

Soile Pohjonen

PARISUHDE YKSITYISOIKEUDELLISESSA AJATTELUSSA

With an English Summary

SUOMALAISEN LAKIMIESYHDISTYKSEN
JULKAISUJA

A-sarja N:o 219

SUOMALAISEN LAKIMIESYHDISTYKSEN JULKAISUJA

A-sarja N:o 219

SOILE POHJONEN

PARISUHDE
YKSITYISOIKEUDELLISESSA
AJATTELUSSA

With an English Summary

HELSINKI 1998

PARISUHDE YKSITYISOIKEUDELLISESSA AJATTELUSSA

KIRJOITTANUT

SOILE POHJONEN

OIKEUSTIETEEN LISENSIAATTI
VARATUOMARI

Yliopistollinen väitöskirja, joka Helsingin yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan suostumuksella esitetään julkisesti tarkastettavaksi Porthanian luentosalissa III perjantaina 4 päivänä joulukuuta 1998 kello 12.

SUOMALAINEN LAKIMIESYHDISTYS

© 1998 Suomalainen Lakimiesyhdistys
ja Soile Pohjonen

ISSN 0356-7206 (painettu)

ISBN 951-855-172-3 (kovakantinen)
ISSN 2814-8053 (verkkojulkaisu)
ISBN 978-951-855-686-5 (PDF)

Vammalan Kirjapaino Oy Vammala 1998

ALKUSANAT

Työni pääideoita on eri alojen ja tasojen välisissä suhteissa liikkuminen. Näin laajan alueen käsittely on minulle ollut mahdollista vain laajassa keskusteluyhteydessä ja kanssakäymisessä. Voin sanoa olevani vilpittömän kiitollinen lähes kaikille tapaamilleni ihmisille: kun työtä ja sen tekijää ei voi erottaa toisistaan näkyy tekijään vaikuttaminen työssä. Mahdollisuus olla työleni tarpeellisen tiedon lähteiden äärellä, seurata erilaisia keskusteluja, keskustella ihmisten kanssa, saada heiltä kommentteja ja mielipiteitä on ollut ehdoton edellytys tämän työn valmistumiselle. Erityiset kiitokseni osoitan oman alani oikeustieteen ohella monitieteisen naistutkimuksen yhteisöille. Naistutkimus on ollut minulle hyvin tärkeä inspiraation lähde. Koska tunnen olevani kiitollisuuden velassa niin monelle, olen ratkaissut kiitosten rajanvedon siten, etten tasapuolisesti kiitä kuin aivan muutamaa tässä prosessissa keskeistä henkilöä.

Ohjaajani dosentti Heikki Mattila on ollut apunani aivan alusta asti eli jo lisensiaattityöni aiheen suunnittelusta alkaen. Suomen ja Saksan avioliittolainsäädännön vertailu on aiheena hänen ehdotuksensa keskusteltuamme kiinnostukseni kohteista. Hän on aina tarvittaessa antanut asiantuntevia kommentteja ja ollut avarakatseinen ja kannustava ohjaaja.

Esitarkastajilleni dosentti Sami Mahkoselle ja professori Thomas Wilhelmssonille olen tehokkaan tarkastustoiminnan ohella kiitollinen hyödyllisistä kommenteista, niin ymmärtämyksestä kuin ”ymmärtämättömyydestä” eli tekstini epäselvyyksien osoittamisesta.

Lähin esimieheni ja aineeni professori Hannu Tapani Klami on tukenut työtäni tärkeillä kommenteilla ja positiivisella asenteella sekä taannut minulle ihanteelliset työolosuhteet.

Lähimmässä työympäristössäni eli entisellä vertailevan ja yleisen oikeustieteen laitoksella, on ollut ennakkoluuloton, yhteistyökykyinen ja mukava työilmapiiri. Laitoksella on vallinnut kyseenalaistamaton ajatuksen ja mielipiteen vapaus.

Kollegani viereisestä huoneesta Raimo Siltala on edesauttanut työskentelyäni alusta lähtien. Hän johdatti minut käytännön juristin töistä yliopistolle tultuani meneillään oleviin keskusteluihin ja keskustelupiireihin ja on aina ollut valmis kommentoimaan tekstejäni ja keskustelemaan niihin liittyvistä kysymyksistä. Työtoverini Anja Nummijärvi on keskustelujen ja kommenttien ohella usein tuonut juuri oikeaan aikaan esille asioita, jotka ovat vieneet työtäni eteenpäin.

Professori Kevät Nousiaisen vetämä naisoikeuden projekti Oikeuden nainen – naisen oikeus on ollut foorumi, jossa on ollut mahdollisuus säännöllisin väliajoin esittää näkökulmia työstään, mistä on ollut suurta hyötyä. Projektissa olen saanut kommentteja omista esityksistäni ja tietoa lähialueilta tai kaikkien töihin liittyvistä yleisistä keskusteluista. Projekti on tarjonnut minulle myös materiaalista tukea eli yhteisen tutkimusapulaisten työpanoksen. Niin projektin kuin laitoksenikin kustantamana pisimmän ajan tutkimusapulaisenani toimineen Eve Hirvosen monipuolisista taidoista ja tiedoista on ollut minulle suurta apua.

Keskustelut ja yhteistyö kaikkien edellä mainittujen sekä monien muiden kanssa ovat vieneet ajatteluani eteenpäin ja vaatineet minua selventämään ilmaisuani. Kiitän kaikkia niitä, jotka ovat kommentoineet työtäni tai sen joitain osia. Kaikki saamani kommentit ovat olleet minulle arvokkaita.

Taloudellisesta tuesta kiitän Jenny ja Antti Wihurin rahastoa, Leo ja Regina Wainsteinin säätiötä, Oskar Öflundin säätiötä, Suomalaista Konkordia-liittoa ja Naisten tiedesäätiötä. Suomalaista Lakimiesyhdistystä kiitän kirjani kustantamisesta ja Vammalan Kirjapaino Oy:tä sen luotettavasta painamisesta.

Vanhempiani Antti ja Sirkka Pohjosta kiitän siitä ennakkoluulottomasta ja absurdin huumorin värittämästä kasvuympäristöstä, jossa minua on aina kannustettu itsenäiseen ajatteluun.

Aktiivisesta henkisestä tuesta kiitän erityisesti ystäviäni Sinikka Mustakalliota ja Jaana-Mirjam Mustavuorta.

Olen rakkaudella ja kiitollisuudella omistanut kirjani omalle parisuhdekumppanilleni, miehelleni Jukka Karhuselle. Hän on kaikin tavoin aina tukenut ja kannustanut minua kaikessa. Hänen rinnallaan on hyvä ja helppo elää.

Koska kirjani yksi aihe on omaehtoisuuden tavoittelu ja kaikkien elämän ilmenemismuotojen yhtäläinen kunnioitus haluan vielä lopuksi ilmaista kiitokseni kissoillemme, joita parempia opettajia omaehtoisuuden tiellä saa hakea!

Helsingissä 8.10.1998

Soile Pohjonen

Parisuhde yksityisoikeudellisessa ajattelussa

I ALKU

1. Työn lähtökohdista ja päämääristä
2. Sukupuolijako

II VERTAILTAVA OIKEUDELLINEN AJATTELU

II A YHTEISKUNNAN VIRALLINEN PARISUHDE: AVOLIITTO

3. Suomen ja Saksan avioliittolainsäädäntö

II B MUUT PARISUHTEET: ERITYISESTI AVOLIITTO

4. Muita parisuhdemuotoja oikeusjärjestyksissä
5. Avoliitto Suomen ja Saksan oikeudellisessa ajattelussa

III VERTAILUANALYYSI JA PÄÄTELMÄT

III A PARISUHDEOIKEUS JA SOPIMUSOIKEUS

6. Sopimusoikeudellinen ajattelu ja parisuhde
7. Parisuhde ja sopimus osana laajempaa vastaparikuviota

III B LAINSÄÄDÄNTÖ JA PARISUHDE

8. Parisuhteen säänteleväminen ja sen mahdollisuudet
9. Parisuhteen oikeudellinen määrittely ja käsittely

IV LOPPU

10. Kaksijakoisista rooleista kohti sukupuoletonta ajattelua?

SISÄLTÖ

Alkusanat	V
Pääjaksot ja -otsikot	VII
Sisältö	VIII
Lähteet	XII
Lyhenteet	XXXII

I ALKU

1. TYÖN LÄHTÖKOHDISTA JA PÄÄMÄÄRISTÄ	1
1.1. Tutkimuksen kuvaus ja tutkimuskohde	7
1.1.1. Vertailtava aineisto	11
1.2. Yleisesti työn metodista	13
1.3. Vertaileva oikeustiede	17
1.3.1. Tämän työn ja sen metodin suhde vertailevaan oikeustieteeseen	22
2. SUKUPUOLIJAKO	24
2.1. Sukupuoli	24
2.2. Erilaisia sukupuolijärjestelmiä	28
2.3. Seksuaalisuus	32
2.4. Identiteetti ja emansipaatio	35
2.5. Erilaisia yhteiselämän ja parisuhteen muotoja	36

II VERTAILTAVA OIKEUDELLINEN AJATTELU

II A YHTEISKUNNAN VIRALLINEN PARISUHDE: AVIOLIITTO

3. SUOMEN JA SAKSAN AVIOLIITTOLAINSÄÄDÄNTÖ	43
3.1. Avioliittolainsäädäntöuudistusten pääpiirteet	43
3.1.1. Suomi	43
3.1.1.1. Tilanne vuosisadan vaihteessa	43
3.1.1.2. AL:n valmistelu	44

3.1.1.3. AL:n uudistamisen pääpiirteet	45
3.1.2. Saksa	46
3.1.2.1. Tilanne vuosisadan vaihteessa	46
3.1.2.2. Kansallissozialismin aika	47
3.1.2.3. BGB:n uudistamisen pääpiirteet	48
3.2. Aviostatus ja puolisoitten roolijako	48
3.2.1. Avioliiton määrittely ja puolisoitten tasa-arvo	48
3.2.1.1. Suomi	48
3.2.1.2. Saksa	51
3.2.2. Puolisoitten henkilökohtainen suhde	55
3.2.2.1. Ruumillinen koskemattomuus avioliitossa	59
3.2.3. Puolisoitten »ulkoisen» asema	61
3.2.3.1. Suomi	61
3.2.3.2. Saksa	66
3.2.4. Määräysvalta avioliitossa	71
3.2.4.1. Suomi	71
3.2.4.1.1. AOL	71
3.2.4.1.2. AL:n valmistelut	72
3.2.4.2. Saksa	74
3.2.4.2.1. BGB	74
3.2.4.2.2. BGB:n uudistukset	74
3.2.5. Työn- ja roolijako	76
3.2.5.1. Suomi	76
3.2.5.1.1. AOL	76
3.2.5.1.2. Käyttämättömistä tulkintamahdollisuuksista	77
3.2.5.1.3. AL:n valmistelut ja muutokset	78
3.2.5.2. Saksa	81
3.2.5.2.1. Avainvalta	84
3.2.5.2.2. Elatusvelvollisuus ja velvollisuus osallistua puolison ansiotoimintaan	86
3.2.6. Yhteenvetoa ja alustavaa vertailua	88
3.2.6.1. Esi moderni avioliitto	88
3.2.6.2. Esi modernista eteenpäin	92
3.3. Avioliiton omaisuusjärjestelmä	98
3.3.1. Suomi	98
3.3.1.1. Omaisuuden yhteisyys vai erillisyys?	98
3.3.1.2. Omaisuusjärjestelmän pääperiaatetta lieventävät poikkeukset	101
3.3.1.2.1. Henkilöä koskevat rajoitukset	101
3.3.1.2.2. Määrättyä omaisuustyyppiä koskevat rajoitukset	104
3.3.1.3. Puolisoitten väliset oikeustoimet ja puolisoitten velkavastuu	108
3.3.1.3.1. Velkavastuu	110
3.3.2. Saksa	112
3.3.2.1. Omaisuuden yhteisyys vai erillisyys?	112
3.3.2.2. Omaisuusjärjestelmän pääperiaatetta lieventävät poikkeukset	121
3.3.2.2.1. Henkilöä koskevat rajoitukset	121
3.3.2.2.2. Määrättyä omaisuustyyppiä koskevat rajoitukset	123

3.3.2.3. Puolisoiden väliset oikeustoimet ja puolisoiden velkavastuu	124
3.3.2.3.1. Velkavastuu	125
3.3.3. Yhteenvetoa ja alustavaa vertailua	126
3.4. Lopuksi	128
3.4.1. Asioiden määrittely	129

II B MUUT PARISUHTEET: ERITYISESTI AVOLIITTO

4. MUITA PARISUHDEMUOTOJA OIKEUSJÄRJESTYKSISSÄ	133
4.1. Avoliitto	133
4.2. Samaa sukupuolta olevien liitot	143
5. AVOLIITTO SUOMEN JA SAKSAN OIKEUDELLISESSA AJATTELUSSA	148
5.1. Mitä oikeutta avoliitto-oikeuden on katsottu olevan?	151
5.1.1. Perheoikeuden soveltaminen	151
5.1.2. Työoikeuden soveltaminen	154
5.1.3. Yhtiöoikeuden soveltaminen	155
5.1.4. Yleisen yksityisoikeuden soveltaminen	156
5.1.4.1. Nimiperiaate	157
5.1.4.2. Perusteettoman edun palautus	159
5.1.5. Perheoikeudellisuus ja velvoiteoikeudellisuus	162
5.2. Avoliiton erityispiirteet	164
5.2.1. Parisuhde ja parisuhdetapa	164
5.2.1.1. Kotityö ja liittoon panostaminen	167
5.2.2. Oikeussuhde?	175
5.3. Lopuksi	179

III VERTAILUANALYYSI JA PÄÄTELMÄT

III A PARISUHDEOIKEUS JA SOPIMUSOIKEUS

6. SOPIMUSOIKEUDELLINEN AJATTELU JA PARISUHDE	180
6.1. Sopimusoikeuden yleisiä linjoja	180
6.2. Sopimusoikeus ja avioliitto	183
6.2.1. Sovittelu ja avioliitto	186
6.3. Sopimusoikeudellisen ajattelun soveltaminen avoliittoon	188
6.3.1. Tahto	189
6.3.2. Sosiaalinen luottamus	192
6.3.2.1. Lojaalisuus parisuhteessa	195
6.3.3. Oikeus ja kohtuus	199
6.3.4. Heikkomman suoja	204
6.3.5. Lopuksi	206
7. PARISUHDE JA SOPIMUS OSANA LAAJEMPAA VASTAPARIKUVIOTA	207
7.1. Dikotominen ajattelu ja sen seuraukset	207
7.2. Yksityinen ja julkinen	217
7.2.1. Yksilön autonomia	220

7.3. Yhteisöllinen tunnesuhde ja yksilöllinen sopimussuhde	224
7.3.1. Hyvä elämä	227
7.4. Luonnollinen perhe ja määriteltävä sopimus	231
7.5. Status vai sopimus?	233

III B LAINSÄÄDÄNTÖ JA PARISUHDE

8. PARISUHTEEN SÄÄNTELEMINEN JA SEN MAHDOLLISUUDET	237
8.1. Moderni puuttumattomuus ja valtion velvollisuudet	237
8.1.1. Tasa-arvon edistäminen avioliitossa ja valtion velvollisuudet	240
8.1.2. Seksuaalinen suuntautuminen ja valtion velvollisuudet	241
8.2. Oikeusjärjestys muutoksen välineenä	245
8.2.1. Sopimus ja tasa-arvo	252
8.3. Muodollisuus vai joustavuus?	254
9. PARISUHTEEN OIKEUDELLINEN MÄÄRITTELY JA KÄSITTELY	258
9.1. Parisuhde-elämän ja sen oikeudellisen alueen määrittely	261
9.2. Parisuhteen oikeudellinen muoto	265

IV L O P P U

10. KAKSIJAKOISISTA ROOLEISTA KOHTI SUKUPUOLETONTA AJATTELUA?	274
SUMMARY	285
ASIAHAKEMISTO	295

LÄHTEET

Kirjallisuus

Aarnio, Aulis:

- Laki, teko ja tavoite, Tutkimus tavoitteellisuudesta lain tulkinnassa ja sen soveltamisessa, Forssa 1975,
- Lapsilainsäädännön taustaa, s. 7–15 teoksessa Lapsioikeuden pääpiirteet, toim. Heikki Mattila, Helsinki 1981,
- Äktenskapet som avtal, s. 9–18 teoksessa Utvecklingslinjer inom avtalsrätten, red. Claes Sandgren, Stockholm 1993,
- Muodon uusi tuleminen?, s. 273–286 Lakimies 1994.

Aarnio, Aulis, Helin, Markku:

Suomen avioliitto-oikeus, Jyväskylä 1992.

Agell, Anders:

- Äktenskaps- och samboenderätt enligt 1987 års lagstiftning, Helsingborg 1987,
- Äktenskap samboende partnerskap, Uppsala 1995.

Alander, Helena:

Havaintoja välimiesmenettelyssä käsiteltävistä asioista, s. 161–180 Defensor Legis 1991.

Alanen, Leena:

Vanhemmuus, sukupuoli ja vanhemmuuksien poliittinen sosiologia, s. 17–29 teoksessa Vanhemmuuksia, Oikeuden nainen- naisen oikeus -projektin seminaarijulkaisu, Helsingin yliopiston yksityisoikeuden laitoksen julkaisuja, 45, Helsinki 1996.

Allén, Tuovi:

Homo Oeconomicus ja »naisen paikka» taloustieteessä, s. 7–17 Naistutkimus 2/ 1991.

Andrup, Henrik H., Buchhofer, Bernd, Ziegert, Klaus A.:

Formal Marriage under the Crossfire of Social Change s. 32–38 teoksessa Marriage and Cohabitation in Contemporary Societies, Areas of Legal, Social and Ethical Change, an International and Interdisciplinary Study, eds. John M. Eekelaar, Sanford N. Katz, Canada 1980.

Aristodemou, Maria:

Law and Postmodernity: Explorations beyond Theory, s. 89–108 Feminist Legal Studies 1/1996.

- Aromaa, Kauko, Cantell, Ilkka, Jaakkola, Risto:*
Avoliitto. Tutkimuksia avioliiton yleisyydestä ja yleistymisestä Suomessa, Helsinki 1981.
- Assmuth, Laura, Tapaninen, Anna-Maria:*
Antropologian naisongelma, s. 136–195 teoksessa Näköaloja kulttuureihin – antropologian historiaa ja nykysuuntauksia, toim. Tapio Nisula, Tampere 1994.
- Atiyah, P.S.:*
– The Rise and Fall of Freedom of Contract, Oxford 1979,
– Promises, Morals and Law, Oxford 1981,
– Essays on Contract, Oxford 1986.
- Atkins, Susan:*
Suomen vuoden 1987 avioliittolain muutos oikeusvertailevasta feministisestä näkökulmasta, s. 99–107 Oikeus 1988.
- Att arbete i Europa*, red. Åke Dahlberg, Mats Johansson, Stockholm 1990.
- Aurejärvi, Erkki:*
Velvoiteoikeuden oppikirja, Jyväskylä 1988.
- Auvinen, Riitta:*
Lapsiperhe Suomessa, D 28 1995 Väestöntutkimuslaitos, Väestöliitto, Helsinki 1995.
- Bailey-Harris, Rebecca:*
Financial Rights in Relationships Outside Marriage: A Decade of Reforms in Australia, s. 233–255 International Journal of Law and the Family, 1995.
- Bala, Nicholas:*
The Evolving Canadian Definition of The Family: Towards A Pluralistic and Functional Approach, s. 293–318 International Journal of Law and the Family 1994.
- Bartlett, Katharine T.:*
Feminist Legal Methods, s. 370–403 teoksessa Feminist Legal Theory, Readings in Law and Gender, eds. Katharine T. Bartlett, Rosanne Kennedy, USA 1991.
- Bauman, Zygmunt:*
– (1/1996) Postmodernin lumo, Tampere 1996,
– (2/1996) On Communitarians and Human Freedom, Or, How to Square the Circle, s. 79–90, Theory Culture & Society 2/1996.
- Bengtsson, Bertil:*
Äktenskapsliknande samlevnad, Uppsala 1973 (1976).
- Bergmann/Ferid:*
Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Frankfurt am Main (ajanmukaistettava irtotehtävä, Verlag für Standesamtswesen GmbH).
- Beyleveld, Deryck, Brownsword, Roger:*
The Practical Difference Between Natural-Law Theory and Legal Positivism, (1985) s. 135–166 teoksessa Natural Law, Volume II, ed. John Finnis, Great Yarmouth 1991.
- Blackwood, Evelyn:*
– Sexuality and Gender in Certain Native American Tribes: The Case of Cross-Gender Females, s. 27–42 Signs 1/1984,
– Breaking the Mirror: The Construction of Lesbianism and the Anthropological Discourse on Homosexuality, s. 1–17 teoksessa The Many Faces of Homosexuality; Anthropological Approaches to Homosexual Behaviour, ed. Evelyn

- Blackwood, New York 1986.
- Brown, Beverly:*
Contracting Out/Contracting In: Some Feminist Considerations, s. 5–15 teoksessa *Feminist Perspectives on the Foundational Subjects of Law*, ed. Anne Bottomley, Great Britain 1996.
- Butler, Judith:*
– *Gender Trouble, Feminism and the Subversion of Identity*, New York 1990,
– *Bodies that Matter, On the Discursive Limits of »Sex«*, New York 1993.
- Bygglin, Gustav:*
Om franchiseavtal och upplösningsfrihet med särskild hänsyn till förhållandena på dagligvaruhandelns område, s. 89–157 Oikeustiede XI 1978.
- Callender, Charles, Kochems, Lee M.:*
The North American Berdache, s. 443–456, kommentit s. 456–464, vastine s. 464–467, viitteet s. 467–470, *Current Anthropology* 4/1983.
- Christensen, Anna:*
Konflikt eller Harmoni, Två normativa strukturer, julkaisematon esitelmä työ-oikeuden pohjoismaisessa tutkijaseminaarissa Suomessa, syyskuussa 1987.
- Chydenius, J. W.:*
Lärobok i finsk äktenskapsrätt, Helsingfors 1945.
- (Chydenius, Wilhelm:*
Lausunto ehdotuksesta laiksi aviopuolisoiden oikeussuhteista, Liite II, Valtio-päivät 1923, Asiakirjat III)
- Clapham, Andrew, Weiler, J.H.H.:*
Lesbians and Gay Men in the European Community Legal Order, s. 7–69 teok-sessa *Homosexuality: A European Community Issue, Essays on Lesbian and Gay Rights in European Law and Policy*, eds. Kees Waaldijk, Andrew Clapham, the Netherlands 1993.
- Colli, Giorgio:*
Filosofian synty, Helsinki 1997.
- Collins, Hugh:*
– *Methods and Aims of Comparative Contract Law*, s. 396–406 *Oxford Journal of Legal Studies* 1991,
– (1/1993) *The Transformation Thesis and the Ascription of Contractual Respon-sibility*, s. 293–310 teoksessa *Perspectives of Critical Contract Law*, ed. Thomas Wilhelmsson, Newcastle upon Tyne 1993,
– (2/1993) *The Law of Contract*, London 1993.
- Dahlberg, Anita:*
Misshandlade kvinnor och rätten teoksessa *Kvinnomisshandel, Delegationen för jämställdhetsforskning, rapport nr 14*, Stockholm 1989.
- Dahlberg, Anita, Nordborg, Gudrun, Wicklund, Elvy:*
Kvinnors Rätt, Eskilstuna 1990.
- Dalloz action:*
Droit de la Famille, Les concubinages, s. 315–354, Paris 1996.
- Dalton, Clare:*
– *An Essay in the Deconstruction of Contract Doctrine*, s. 997–1114 *The Yale Law Journal* 1985,

- Deconstructing Contract Doctrine, s. 287–304 teoksessa *Feminist Legal Theory* (ks. Bartlett).
- Devor, Holly:*
Gender Blending, Confronting the Limits of Duality, Bloomington and Indianapolis 1989.
- Dewar, John:*
Law and the Family, Worcester 1989.
- van Dijk, Pieter:*
The Treatment of Homosexuals under the European Convention on Human Rights, s. 179–206 teoksessa *Homosexuality: A European Community Issue* (ks. Clapham).
- Dopperthien, Marliese:*
Für ein neues Namensrecht, s. 156–159 *Streit* 4/1988.
- Dupuis, Martin D.:*
The Impact of Culture, Society, and History on the Legal process: An Analysis of the Legal Status of Same-Sex Relationships in the United States and Denmark, s. 86–118 *International Journal of Law and the Family* 1995.
- Eisenstein, Zillah:*
The Female Body, Berkeley and Los Angeles 1988.
- Eisler, Riane:*
Malja ja miekka, Juva 1988.
- Eriksson, Lars D.:*
Rätten och moralen, s. 3–10 *Oikeus* 1990.
- Eskridge, William N., Jr.:*
A History of Same-Sex Marriage, s. 1419–1513 *Virginia Law Review* 7/1993.
- Evans-von Kreh, Franziska-Sophie:*
Cohabitation: A Possible German Civil Law Solution, s. 342–345 teoksessa *Marriage and Cohabitation in Contemporary Societies* (ks. Andrup, Buchhofer, Ziegert).
- Featherstone, Mike:*
The Body in Consumer Culture, s. 170–196 teoksessa *The Body, Social Process and Cultural Theory*, eds. Mike Featherstone, Mike Hepworth, Bryan S. Turner, Trowbridge, Wiltshire 1991.
- Foster, Nigel:*
German Law & Legal System, Hampshire 1993.
- Foucault, Michel:*
– Power/Knowledge, Selected Interviews and Other Writings 1972–1977, ed. C. Gordon, New York 1980,
– The History of Sexuality, England 1990.
- Fox Keller, Evelyn:*
Tieteen sisarpuoli, Jyväskylä 1988.
- Frevort, Ute:*
Women in German History, Great Britain 1989.
- Friedmann, W.:*
Legal Theory, Gateshead 1967.
- Frug, Mary Joe:*
Postmodern Legal Feminism, New York 1992.

Gailey, Christine Ward:

Evolutionary Perspectives on Gender Hierarchy, s. 32–67 teoksessa *Analyzing Gender, A Handbook of Social Science Research*, eds. Beth Hess, Myra Ferree, California 1987.

Gardner, Simon:

Rethinking Familyproperty, s. 263–300 *The Law Quarterly Review* 1993.

Gerhard, Ute:

- Verhältnisse und Verhinderungen, Frauenarbeit, Familie und Rechte der Frauen im 19. Jahrhundert, Mit Dokumenten, Frankfurt am Main 1981,
- Frauenrechte und Familienrecht seit dem 19. Jahrhundert, s. 125–137 teoksessa *Die deutsche Frauenbewegung*, hrsg. Ingeborg Drewitz, Bonn 1983,
- Gleichheit ohne Angleichung, Frauen im Recht, München 1990.

Gerhard-Teuscher, Ute:

Die Frau als Rechtsperson. Über die Voreingenommenheit der Jurisprudenz als dogmatische Wissenschaft, s. 108–126 teoksessa *Wie männlich ist die Wissenschaft*, hrsg. Karin Hausen, Helga Nowotny, Nördlingen 1986.

Glendon, Mary Ann:

The Transformation of Family Law; State, Law and Family in the United States and Western Europe, Chicago 1989.

Glendon, Mary Ann, Gordon, Michael Wallace, Osakwe, Christopher:

Comparative Legal Traditions, Text, Materials and Cases, USA 1985.

Goodall, Kay:

»Public and Private« in Legal Debate, s. 445–458 *International Journal of the Sociology of Law* 1990.

Goodrich, Peter:

Gender and Contracts, s. 17–46 teoksessa *Feminist Perspectives on the Foundational Subjects of Law* (ks. Brown).

Gordley, James:

The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine, Great Britain 1991.

Gottberg, Eva:

- Läheislojaliteetin ilmentymistä lainsäädännössä, s. 51–79 teoksessa *Lojaliteettiperiaatteesta, Vastapuolen edun huomioonottamisesta eri oikeuden aloilla*, toim. Ari Saarnilehto, Turku 1994,
- (1/1995) Perhe, elatus ja sosiaaliturva, *Uusikaupunki* 1995,
- (2/1995) Perheoikeus ja heikommen suoja, s. 23–45 teoksessa *Heikommen suojasta, Yksityisoikeudellisia kirjoituksia*, toim. Ari Saarnilehto, Turku 1995,
- (3/1995) Tarvitaanko perhetuomioistuinta, s. 61–66 *Oikeus* 1995.

Grib, Susanne:

Die gleichgeschlechtliche Partnerschaft im nordischen und deutschen Recht, Frankfurt am Main 1996.

Gripenberg, Alexandra:

The Legal Position of the Finnish Woman, Helsinki 1913.

Grosz, Elisabeth:

Contemporary Theories of Power and Subjectivity, s. 59–120, ja *Philosophy*, s. 147–174 teoksessa *Feminist Knowledge, Critique and Construct*, ed. Sneja Gunew, England 1992.

Gruen, Arno:

- Itseään pettävä ihminen, Autonomian pelko miehissä ja naisissa, Keuruu 1988,
- Grziwotz, Herbert:*
Das Ende der Vertragsfreiheit in Ehevermögens- und Scheidungsfolgenrecht?, s. 585–589 FamRZ 1997.
- Grönfors, Kurt:*
– Avtalsgrundande rättsfakta, Göteborg 1993,
– Avtal och omförhandling, Stockholm 1995.
- Gutteridge, H. C.:*
Comparative Law, An Introduction to the Comparative Method of Legal Study & Research, Cambridge 1946.
- Haavind, Hanne:*
Love and Power in Marriage, s. 136–167 teoksessa Patriarchy in a Welfare Society, ed. Harriet Holter, Norway 1984.
- Haeri, Shahla:*
Law of Desire, Temporary Marriage in Shi'i Iran, Syracuse, New York 1989.
- Harding, Sandra:*
Introduction: Is There a Feminist Method?, s. 1–14 ja Conclusion: Epistemological Questions, s. 181–190 teoksessa Feminism & Methodology, ed. Sandra Harding, Indiana 1987.
- Harris, Olivia:*
The Power of Signs: Gender, Culture and the Wild in the Bolivian Andes, s. 70–94 teoksessa Nature, Culture and Gender, eds. Carol MacCormack, Marilyn Strathern, USA 1990 (1980).
- Heinze, Eric:*
Sexual Orientation: A Human Right, the Netherlands 1995.
- Heinämaa, Sara:*
– Naisellisen menetelmän mahdollisuudesta, Kysymyksiä ja mielleyhtymiä, s. 32–35 Naistutkimus 1/1991,
– Ele, tyyli ja sukupuoli, Merleau-Pontyn ja Beauvoirin ruumiinfenomenologia ja sen merkitys sukupuolikysymykselle, Tampere 1996.
- Heiskanen, Markku, Piispa, Minna:*
Usko, toivo, hakkaus, Kyselytutkimus miesten naisille tekemästä väkivallasta, Tilastokeskus, Tasa-arvoasiain neuvottelukunta, Oikeus 1998:12, Sukupuolten tasa-arvo, SVT, Helsinki 1998.
- Hekanaho, Pia Livia:*
– Genderblendarit, s. 18–19 Image 1/1993,
– Lesboluistimet – lesbouksien visuaalisia representaatioita, s. 193–219 teoksessa Uusin silmin, lesbinen katse kulttuuriin, toim. Pia Livia Hekanaho, Kati Mustola, Anna Lassila, Marja Suhonen, Helsinki 1996.
- Held, Virginia:*
Rights and Goods, Justifying Social Action, USA 1989.
- Helin, Markku:*
– Omistuskysymyksistä yhteisen kotitalouden purkautuessa, s. 91–100 teoksessa Turun yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta 30 vuotta, Turku 1991,
– Perheoikeus – nyky näkymiä ja tulevaisuuden kuvia, Ajankohtaista, s. 983–1002 Lakimies 1996.

- Hellsten, Sirkku:*
Oikeutta ilman kohtuutta, Modernin oikeudenmukaisuuskäsityksen kritiikkiä, Tampere 1996.
- Hemmo, Mika:*
– Irtisanomisvapaus ja pitkäkestoiset liikesopimukset, s. 328–346 Defensor Legis 1996,
– Sopimusoikeus I, Jyväskylä 1997.
- Henrich, Dieter:*
esipuhe teoksessa Der Schutz der Familienwohnung in Europäischen Rechtsordnungen, hrsg. Dieter Henrich, Dieter Schwab, Bielefeldt 1995.
- Hepting, Reinhard:*
Das Eheschließungsrecht nach der Reform, s. 713–728, FamRZ 1998.
- Hernberg, Alarik:*
Grunddragen av Finlands familjerätt, Helsingfors 1925.
- Hervey, Tamara K.:*
Justification for Sex Discrimination in Employment, London, Dublin, Edinburgh, Brussels 1993.
- Heterosexuality*, eds. Sue Wilkinson, Celia Kitzinger, Bristol 1993.
- Hiltunen, Rainer:*
Virallisesti ventovieraat – samaa sukupuolta olevien parisuhteet lainsäädännössä, Helsinki 1996.
- Hofmann, Jochen:*
Das Gleichberechtigungsgebot des Art. 3 Abs 2 GG in Rechtsprechung und Lehre, Berlin 1986.
- Hoigaard, Cecilie:*
The Victim as Expert: Active and Captive, s. 51–64 Nora 1/1993.
- Holtmaat, Riki:*
The Power of Legal Concepts: The Development of a Feminist Theory of Law, s. 481–502 International Journal of the Sociology of Law 1989.
- Huhtanen, Raija:*
Naisen virkakelpoisuuden historiallista tarkastelua, s. 93–104 Oikeus 1983.
- Häggman, Kai:*
Perheen vuosisata, Perheen ihanne ja sivistyneistön elämäntapa 1800-luvun Suomessa, Helsinki 1994.
- Häyhä, Juha:*
– (1/1993) Vakuutuksenantajan tiedonantovelvollisuus, oikeusvaltion vai hyvinvointivaltion oikeutta?, s. 163–238 teoksessa Euroopan integraatio ja sosiaalinen sopimusoikeus, toim. Thomas Wilhelmsson, Katariina Kaukonen, Jyväskylä 1993,
– (2/1993) How Does the Welfare State Fit into the Finnish Legal System?, s. 26–44 teoksessa The Nordic Welfare State as a Myth and as Reality, ed. Pekka Kosonen, Helsinki 1993,
– Scandinavian Techniques for Controlling Fairness in Contracts, s. 127–157 teoksessa Welfarism in Contract Law (ks. ko. teos),
– (1/1996) Sopimus, laki ja vakuutustoiminta, Helsinki 1996,
– (2/1996) Lojaliteettiperiaate ja sopimusoppi, s. 313–327 Defensor Legis 1996.

Isaksson, Eva:

Homona ja lesbona Euroopassa, SETA-julkaisuja 4, Helsinki 1994.

Jallinoja, Riitta:

Moderni elämä, Ajankuva ja käytäntö, Rauma 1991.

Jokinen, Arja, Juhila, Kirsi, Suoninen, Eero:

Diskurssianalyysin aakkoset, Tampere 1993.

Jónasdóttir, Anna G.:

Gemensamt och specifikt i kvinnoförtrycket, s. 35–45 Häftet för Kritiska Studier 2/1988.

Juvonen, Tuula:

Ruumiita, sukupuoli ja hermafrodiitteja, s. 14–28 Naistutkimus 4/1995.

Jänterä-Jareborg, Maarit:

Kansainväliset aviovarallisuussuhteet, Puolisoiden omaisuussuhteiden järjestely erityisesti Suomen kansainvälisen yksityisoikeuden kannalta, Helsinki 1984.

Kahn-Freund, O.:

Comparative Law as an Academic Subject, s. 40–61 The Law Quarterly Review 1966.

Kangas, Urpo:

– Ihmisen nimi, Nimenmääräytymisen oikeudelliset rajat, Helsinki 1991,

– Lahja, Helsinki 1993,

– Omaisuuden yhteisyydestä omaisuuden erillisyyteen, Helsinki 1996.

Kaplan, Gisela, T., Lesley, Rogers, J.:

The Definition of Male and Female, Biological Reductionism and the Sanctions of Normality, s. 205–228 teoksessa Feminist Knowledge (ks. Grosz).

Kaufman Hevener, Natalie:

International Law and the Status of Women, Boulder 1983.

Kelly, Raymond:

Witchcraft and Sexual Relations, an Exploration in the Social and Semantic Implications of the Structure of Belief, s. 36–53 teoksessa Man and Woman in the New Guinea Highlands, eds. Paula Brown, Georgeda Buchbinder, Washington D.C. 1976.

Klami, Hannu Tapani:

– Comparative Law and Legal Concepts, The Methods and Limits of Comparative Law and its Connection with Legal Theory, s. 69–163 Oikeustiede XIV 1981,

– Suomen kansainvälinen yksityisoikeus, Jyväskylä 1986,

– Methodological Problems in European and Comparative Law, Yleisen oikeustieteen laitoksen julkaisuja 14, Helsinki 1997.

Kontula, Osmo, Haavio-Mannila, Elina (toim.):

Suomalainen seksi, Tietoa suomalaisten sukupuolielämän muutoksesta, Juva 1993.

Korte, Irma:

Nainen ja myyttinen nainen, Helsinki 1988.

Koskelo, Pauliine:

Sopimus ja parisuhde, s. 190–205 Oikeus 1985.

Koskenniemi, Martti:

From Apology to Utopia, The Structure of International Legal Argument, Helsinki 1989.

Kosko, Bart:

Sumea logiikka, Jyväskylä 1996.

Kropholler, Jan:

Gleichberechtigung durch Richterrecht, Bielefeld 1975.

Köndgen, Johannes:

Selbstbindung ohne Vertrag, Zur Haftung aus geschäftsbezogenem Handeln, Tübingen 1981.

Laqueur, Thomas:

Making Sex, Body and Gender from the Greeks to Freud, USA 1990.

Lassila, Anna:

Tutut roolit, tuntemattomat alueet, Butch, femme ja identiteettipolitiikan dekonstruktio, s. 139–162 teoksessa Uusin silmin, Lesbinen katse kulttuuriin (ks. Hekanaho).

Laster, Kathy, O'Malley, Pat:

Sensitive New-age Laws: The Reassertion of Emotionality in Law, s. 21–40 International Journal of the Sociology of Law, 1996.

Lerner, Gerda:

The Creation of Patriarchy, New York, Oxford 1986.

Lewin, Leif:

Det gemensamma bästa, Om egenintresset och allmänintresset i västerländsk politik, Borås 1988.

Lipsitz, Sandra:

On the Inadequacy of Our Sexual Categories: A Personal Perspective, s. 51–52 teoksessa Heterosexuality (ks. ko. teos).

Loschelder, Wolfgang:

Vom besonderen Gewaltverhältnis zur öffentlich-rechtlichen Sonderbindung, Berlin 1982.

Lund-Andersen, Ingrid:

Moving Towards an Individual Principle in Danish Law, s. 328–342 International Journal of Law and the Family 1990.

Lundgren, Eva:

Väldets normaliseringsprocess. Två parter – två strategier, s. 113–139 teoksessa Delegationen för jämställdhetsforskning: Kvinnomisshandel, rapport nr 14, Stockholm 1989.

Lyotard, Jean-Francois:

Re-writing Modernity, s. 3–9 SubStance 3/1987.

Löfström, Jan:

»Samanarvoiset mutta vastakkaiset?», Sukupuolipolariteetin ajatuksen historiallisuudesta suomalaisessa kulttuurissa, s. 27–39 Naistutkimus 2/1995.

Macaulay, Stewart:

– Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study, s. 55–67 American Sociological Review 1/1963,
– Elegant Models, Empirical Pictures, and the Complexities of Contract, s. 507–528 Law & Society Review 1977.

MacKinnon, Catharine, A.:

Feminism Unmodified. Discourses on Life and Law, USA 1987.

Mahkonen, Sami:

– Johdatus perheoikeuden historiaan, Helsinki 1978,
– Avioero, Tutkimus avioliittolain erosäännösten taustasta ja tarkoituksesta,

- Vammala 1980,
 – Avoliitto, Vammala 1984,
 – Naimiskaaresta uudistettuun avioliittolakiin, s. 895–906 Lakimies 1987.
- Mahkonen, Sami, Ylikangas, Heikki:*
 Perheoikeuden historia Suomessa, s. 94–118 teoksessa Oikeushistoriallisia tutkielmia I, Turun yliopiston yksityisoikeuden julkaisuja A:5:1977, toim. Hannu Tapani Klami, Turku 1977.
- Massfeller, Böhmer, Coester:*
 Das gesamte Familienrecht, Band I, Das innerstaatliche Recht der Bundesrepublik Deutschland, Frankfurt am Main 1985.
- Mattila, Heikki, E.S.:*
 Samboförhållandet i amerikansk rättspraxis, Lösningssmodeller för de finländska domstolarnas behov?, s. 139–168 JFT 1981.
- Maus, Wolfgang:*
 Scheidung ohne Trauschein, Die vermögensrechtliche Auseinandersetzung bei Beendigung einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft, Frankfurt am Main 1984.
- Meigs, Anna S.:*
 Male Pregnancy and the Reduction of Sexual Opposition in a New Guinea Highlands Society, s. 393–408 Ethnology 1976.
- Minkinen, Panu:*
 Correct Law, A Philosophy of the Aporetic, Helsinki 1998.
- Mnookin, Robert, H.:*
 Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce, s. 65–105 Current Legal Problems 1979.
- Moi, Toril:*
 Sukupuoli/teksti/valta, Tampere 1990.
- Moore, Henrietta L.:*
 Understanding Sex and Gender, s. 813–830 teoksessa Companion Encyclopedia of Anthropology, Humanity, Culture and Social Life, ed. Tim Ingold, London, New York 1994.
- Mustakallio, Sinikka:*
 Naisten itsenäisyshistoriaa Suomessa, Vantaa 1988.
- Muukkonen, P.J.:*
 – Sopimusvapauden käsitteestä, s. 601–612 Lakimies 1956,
 – Muotosäännökset, Varallisuus oikeudellisia sopimuksia koskeva tutkimus, Vammala 1958,
 – Sopimus oikeuden yleinen lojaliteettiperiaate, s. 1030–1048, Lakimies 1993.
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, hrsg. Kurt Rebmann, Franz Jürgen Säcker, Band 5: Familienrecht, 1. Halbband §§ 1297–1588, (§§ 1297–1362, s. 87–302, Dr. Andreas Wacke, §§ 1363–1390, s. 302–516, Dr. Joachim Gernhuber), München 1989.
- Möller, Gustaf:*
 Välimiesmenettelyn perusteet, Helsinki 1997.
- Nicholson, Linda, J.:*
 Introduction, s. 1–16 teoksessa Feminism/Postmodernism, ed. Linda Nicholson, USA 1990.

Nieminen, Armas:

Taistelu sukupuolimoraalista, Turku 1951.

Nieminen, Liisa:

- Perusoikeuksien emansipatoriset mahdollisuudet?, Helsinki 1990,
- EY:n tasa-arvopolitiikka, Helsinki 1991,
- Samapalkkaisuuteen perustuslain avulla?, s. 347–370 Lakimies 1993.

Nikander, Pirjo:

The Turn to the Text: The Critical Potential of Discursive Social Psychology, s. 3–15 Nordiske udkast, Journal for Critical Social Science 2/1995.

Nordborg, Gudrun:

Äktenskapet som könskontrakt, s. 19–33 teoksessa Utvecklingslinjer inom avtalsrätten (ks. Aarnio).

Nousiainen, Kevät:

- Miten vapauden poluilla kompastutaan, s. 11–28 Oikeus 1990,
- Johdattelua naisoikeuden näkökulmien pariin, s. 6–13 ja Oikeuden systeemi ja naisen arki, s. 15–57 teoksessa Naisnäkökulmia oikeuteen, toim. Riitta Turunen, Helsinki 1992,
- Prosessin herruus, Länsimaisen oikeudenkäytön »modernille» ominaisten piirteiden tarkastelua ja alueellista vertailua, Helsinki 1993.

Nummijärvi, Anja:

Naisten työttömyysturvasta, Lastenhoito ja päivähoito-ongelmat työttömyyspäivärahan epämisperusteena, Helsinki, Sosiaali- ja terveysministeriö, Tasa-arvo-julkaisuja, Sarja A: Tutkimuksia 3/1991.

Näre, Sari:

Etnopsykoanalyttisia näkökulmia sukupuolikulttuuriin, Helsinki 1995.

Oboler, Regina Smith:

Is the Female Husband a Man? Woman/Woman Marriage Among the Nandi of Kenya, s. 69–88 Ethnology 1980.

O'Brien, Denise:

Female Husbands in Southern Bantu Societies, s. 109–126 teoksessa Sexual Stratification, A Cross-Cultural View, ed. Alice Schlegel, New York 1977.

O'Donovan, Katherine:

- Sexual Division in Law, London 1985,
- Family Law Matters, Padstow 1993.

Okin, Susan Moller:

Justice, Gender, and the Family, USA 1989.

Olsen, Frances E.:

The Family and the Market: A Study of Ideology and Legal Reforms, s. 1497–1578 Harvard Law Review 1983.

Olsson, Hanna:

Det svåra sökandet efter kunskap – Vem är jag och vem är den andra, s. 3–18 Sosiologi idag 2/1987.

Ortner, Sherry B., Whitehead, Harriet:

Introduction: Accounting for Sexual Meanings, s. 1–27 teoksessa Sexual Meanings: The Cultural Construction of Gender and Sexuality, Cambridge 1981.

Oudshoorn, Nelly:

Beyond the Natural Body, an Archeology of Sexhormones, London and New York 1994.

Pahl, Jan:

Money and Marriage, People's Republic of China 1989.

Pateman, Carol:

The Sexual Contract, Padstow 1988.

Patoluoto, Ilkka:

Naista koskevat käsitykset eräissä yhteiskuntatieteellisissä perinteissä, s. 77–136 teoksessa Naisen historiallisuus: yhteiskunta – yksilö – sukupuoli, toim. Leena Alanen, Liisa Rantalaiho, Aino Saarinen, seminaariraportti, Tampere 1981.

Pekkanen, Raimo:

Työeläkelakien soveltamisesta maatilataloudessa työskenteleviin perheenjäseniin, s. 530–544 Lakimies 1968.

Perelman, Ch., Olbrecht-Tyteca, L.:

The New Rhetoric, A Treatise on Argumentation, USA 1971.

Petersen, Hanne:

– Informel ret på kvindearbejdspladser – en retsteoretisk og empirisk analyse, Denmark 1991,

– Home Knitted Law, Norms and Values in Gendered Rule-Making, Suffolk 1996.

Pfarr, Heide M.:

Quoten und Grundgesetz, Notwendigkeit und Verfassungsmässigkeit von Frauenförderung, Baden-Baden 1988.

Pirrung, Jörg:

Internationales Privat- und Verfahrensrecht nach dem Inkrafttreten der Neuregelung des IPR, Bonn 1987.

Pohjonen, Soile:

– YK, EN, EY, YK:n tasa-arvotyöstä, s. 20–22, Tasa-arvo ja sopimukset, s. 26–27, EN, EY ja Tasa-arvo, s. 20–22, Kansainväliset sopimukset koskevat Suomea, s. 18–20 Tasarvo 1–4/1990,

– (1/1991) Uusi avioliittolaki ja asianajajat, Asianajajille lähetetyn kyselyn vastauksista, s. 587–612 Defensor Legis 1991,

– (2/1991) Aviovaimoa ei voi raiskata, s. 1023–1042 Lakimies 1991,

– (1/1992) Yksityinen perhe ja julkinen väkivalta, s. 109–121 Oikeus 1992,

– (2/1992) Naiset, väkivalta ja rikosoikeus, s. 173–200 teoksessa Naisnäkökulmia oikeuteen (ks. Nousiainen),

– Avoliitto sopimuksena, s. 375–393 Lakimies 1995,

– Parisuhde – a sucker deal?, s. 146–151 Oikeus (Sukupuoli ja markkinat) 1996.

Polikoff, Nancy D.:

We Will Get What We Ask for: Why Legalizing Gay and Lesbian Marriage Will Not »Dismantle the Legal Structure of Gender in Every Marriage», s. 1535–1550 (Commentaries) Virginia Law Review 7/1993.

Poll, Jens:

Die vermögensrechtliche Auseinandersetzung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft, s. 266–271 FamRZ 1993.

Pulkkinen, Tuija:

– Raja, s. 284–293 Tiede & edistys 4/1987,

- Valtio ja vapaus, Jyväskylä 1989,
- Keinotekoista seksiä? Luonto, luonnottomuus ja radikaali sukupuolipolitiikka, s. 298–313 Tiede & Edistys 4/1993,
- Sukupuolen genealogiaa eli ristiinpukeutuminen ja postmoderni filosofia, s. 169–185 teoksessa Ajatus 50/1994, Helsinki,
- Luento Sukupuolijärjestelmien teoriaa, Helsinki kevät 1995.
- Pylkkänen, Anu:*
 - Sukunimilaki ei ole aiheuttanut mullistusta naisten nimissä, s. 91–98 Oikeus 1988,
 - Puoli vuodetta, lukot ja avaimet, Nainen ja maalaistalous oikeuskäytännön valossa 1660–1710, Helsinki 1990,
 - Avioliiton historiaa – Sukujen sopimuksesta kahden kauppiaan, s. 80–97 teoksessa Suomen oikeushistorian pääpiirteet, Sukuvallasta moderniin oikeuteen, toim. Pia Letto–Vanamo, Jyväskylä 1991,
 - Avioliitto–oikeuden modernisoitumisen varhaisvaiheista Suomessa, s. 585–606 Lakimies 1994.
- Pöyhönen, Juha:*
 - Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu, Vammala 1988,
 - Kirja-arvostelu, Kurt Grönfors: Avtalsgrundande rättsfakta, s. 659–664 JFT 1994,
 - Muuttuva muuttumaton sopimusoikeus, s. 307–312 Defensor Legis 1996.
- Rautiala, Martti:*
 - Perheoikeuden pääpiirteet, Porvoo 1968.
- Rawls, John:*
 - Oikeudenmukaisuusteoria, Juva 1988.
- Regan Jr., Milton C.:*
 - Reason, Tradition, and Family Law: a Comment on Social Constructionism, s. 1515–1533 Commentaries, Virginia Law Review 7/1993.
- Reifner, Udo:*
 - Alternatives Wirtschaftsrecht am Beispiel der Verbraucherverschuldung, Darmstadt 1979.
- Reinke, Hilda:*
 - Hur mycket liv tillåter forskningen?, s. 7–17 Kvinnovetenskaplig tidskrift 1/1983.
- Riedinger, Elisabeth:*
 - Beschluss mit Anmerkung, Gemeinsamer Ehenahme verfassungsgemäss, s. 159–161 Streit 4/88.
- Ritamies, Marketta, Miettinen, Anneli:*
 - Ensimmäiset parisuhteet, Väestöntutkimuslaitos Väestöliitto D 29 1996, Vammala 1996.
- Robson, Ruthann:*
 - Resisting the Family: Repositioning Lesbians in Legal Theory, s. 975–996 Signs 4/1994.
- Roos, Ole:*
 - För mycket obehörig vinst?, s. 75–97 JFT 1992.
- Rothenbacher, Franz:*
 - Household and Family Trends in Europe: from Convergence to Divergence, s. 3–9 EURODATA Newsletter No. 1, 1995.

- Roth-Stielow, Klaus:*
Rechtsfragen des ehelosen Zusammenlebens von Mann und Frau, s. 233–236 Juristische Rundschau 1978.
- Rudanko, Matti:*
Pankkiasiakkaan ja pankin oikeusturva, Helsinki 1995.
- Ruotsalainen, Ritva:*
Kadotettu sukupuoli, s. 310–317 Tiede & Edistys 4/1995.
- Russell, Diana:*
Rape in Marriage, USA 1990.
- Räsänen, Arja-Liisa:*
Onnellisen avioliiton ehdot, Sukupuolijärjestelmän muodostumisprosessi suomalaisissa avioliitto- ja seksuaalivalistussopissa 1865–1920, Vammala 1995.
- Sacco, Rodolfo:*
Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law, Installment I, s. 1–34, Installment II, s. 343–401, The American Journal of Comparative Law 1991.
- Sanday Reeves, Peggy:*
The Socio-Cultural Context of Rape: A Cross-Cultural Study, s. 5–27 Journal of Social Issues 4/1981.
- Sarkko, Kaarlo:*
Työoikeus, yleinen osa, Vammala 1980.
- Schacht, Joseph:*
An Introduction to Islamic Law, Hong Kong 1991 (1964).
- Schlegel, Alice:*
Toward a Theory of Sexual Stratification, s. 1–40,
Male and Female in Hopi Thought and Action, s. 245–269,
An Overview, s. 344–357, teoksessa Sexual Stratification (ks. O'Brien).
- Schreiber, Christiane:*
Die nichteheliche Lebensgemeinschaft, Bestandsaufnahme, Rechtsvergleich, Gestaltungsvorschläge, München 1995.
- Schwab, Dieter:*
– Familienrecht, München 1993,
– Der Schutz der Familienwohnung im deutschen Recht, s. 129–155 teoksessa Der Schutz der Familienwohnung in Europäischen rechtsordnungen (ks. Henrich).
- SETA/Lehtikuusi & Hiltunen:*
Euroopan maat & Suomi, Tilannekatsaus parisuhteen virallistamiseen, 27.6.1996.
- Shultz, Maguire, Marjorie:*
Contractual Ordering of Marriage: A New Model for State Policy, s. 207–334 California Law Review 1982.
- Silverstolpe, Fredrik:*
Äktenskap mellan kvinnor under 1600- och 1700-talen, s. 188–204 Lambda nordica 1/1989.
- Sisula-Tulokas, Lena:*
Går vi mot en splittrad avtalsrätt?, s. 196–206 JFT 1991.
- Sivenius, Pia:*
Avautua solmuun, Naisnäkökulma ja miehen diskurssi, Helsinki 1984.
- Smart, Carol:*

- Feminism and the Power of Law, Worcester 1989.
- Sousa Santos De, Boaventura:*
Law: A Map of Misreading. Toward a Postmodern Conception of Law, s. 279–302 *Journal of Law and Society* 3/1987.
- Spivak, Gayatri Chakravorty:*
Jacques Derrida of Grammatology, USA 1976.
- Stang–Dahl, Tove:*
Women's Law, An Introduction to Feminist Jurisprudence, Denmark 1988.
- Steinmeister, Ingrid:*
Lesbische Lebensformen, Rechtslage, Tips, Forderungen, Lesbenringen E.V., Bonn 1995.
- Streit*, Feministische Rechtszeitschrift, Bremen, 2–4/1995, 1–2/1996, 1, 3–4/1997, 2/1998.
- Strätz, Hans–Wolfgang:*
Nichteheliche Lebensgemeinschaft (Konkubinats), s. 92–148 teoksessa J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Familienrecht, Berlin 1993.
- Strömholm, Stig:*
Länsimaisen oikeusajattelun historia, Helsinki 1989.
- Sulkunen, Irma:*
Naisen kutsumus, Miina Sillanpää ja sukupuolten maailmojen erkaantuminen, Juva 1989.
- Summa, Hilka:*
Hyvinvointipolitiikka ja suunnitteluretoriikka: Tapaus asuntopolitiikka, Espoo 1989.
- Sunberg, Jacob, W. F.:*
Famijlerätt i omvandling, Stockholm 1969.
- Suomen oikeus- ja yhteiskuntajärjestys (Wrede)*, Porvoo 1970.
- Sverdrup, Tone:*
Stiftelse av sameie i ekteskap og ugift samliv, Oslo 1997.
- Syse, Henrik:*
Rettigheter og forpliktelser – rights and obligations, s. 5–18 *Retfærd* 4/1997.
- Sørensen, Bjørg Aase:*
Ansvarsrasjonalitet: Om mål – middeltenkning blant kvinner s. 392–402 teoksessa *Kvinner i felleskap*, ed. Harriet Holter, Norway 1982.
- Tatchell, Peter:*
Europe in the Pink, London 1992.
- Taxell, Lars Erik:*
Om lojalitet i avtalsförhållanden, s. 148–155 *Defensor Legis* 1977.
- Teichmann, Arndt:*
§§ 241–248 teoksessa Soergel BGB, Band 2, Schuldrecht I, Stuttgart 1990.
- Tielman, Rob, Hammelburg, Hans:*
World Survey on the Social and Legal Position of Gays and Lesbians, s. 249–344 teoksessa *The Third Pink Book, A Global View of Lesbian and Gay Liberation and Oppression*, eds. Aart Hendriks, Rob Tielman and Evert van der Veen, USA 1993.
- Timonen, Pekka:*
Määräysvalta, hinta ja markkinavoima, Jyväskylä 1997.

Toth, A.G.:

The Oxford Encyclopaedia of European Community Law, vol I, Institutional Law, Oxford 1990.

Tulokas, Mikko:

Sovittelun ongelmia, s. 492–503 teoksessa Asianajajan työkentältä – Från advokatens arbetsfält, Suomen Asianajajaliitto, Helsinki 1994.

Tuori, Kaarlo:

– Missä oikeus loppuu?, s. 279–292 Oikeus 1984,
– Oikeuden rationaalisuus, Max Weber ja Jürgen Habermas oikeuskehityksen tulkitsijoina, Helsinki 1988,
– Towards a Multi-layered View of Modern Law, s. 427–442 teoksessa Justice, Morality and Society, A Tribute to Aleksander Peczenik on the Occasion of his 60th Birthday 16 November 1997, eds. Aulis Aarnio, Robert Alexy, Gunnar Berg-holz, Lund 1997.

Unger, Roberto Mangabeira:

The Critical Legal Studies Movement, USA 1983.

Valtonen, Matti:

Avoliiton liittyvä oikeuskäytäntö Helsingin hovioikeudessa vuosina 1986–1992, julkaisematon tutkielma, Helsingin yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta 1994.

van der Veen, Evert, Hendriks, Aart, Mattijsen, Astrid:

Lesbian and Gay Rights in Europe: Homosexuality and the Law, s. 225–246 teok-sessa The Third Pink Book (ks. Tielman, Hammelburg).

Vindeløv, Vibeke:

De økonomiske forhold mellem ugifte samlevende – dogmatik og retspolitik, Århus 1987.

Vogel, Hans-Jochen:

Das Erste Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts vom 14. Juni 1976 (1. Ehe RG), s. 481–491 FamRZ 1976.

Välimäki, Pertti:

Osituksen sovittelu, Helsinki 1995.

Waalldijk, Kees:

Standard Sequences in the Legal Recognition of Homosexuality – Europe's Past, Present and Future, s. 50–72 Australian Gay & Lesbian Law Journal 4/1994.

Watson, Alan:

Legal Transplants: An Approach to Comparative Law, s. 2–8 teoksessa Compa-rative Legal Traditions (ks. Glendon, Gordon and Osakwe).

Weitzman, Lenore:

– The Marriage Contract, New York 1981,
– The Divorce Revolution. The Unexpected Social and Economic Consequences for Women and Children in America, New York and London 1985.

Welfarism in Contract Law, eds. Roger Brownsword, Geraint Gordon Howells, Thomas Wilhelmsson, Ipswich 1994.

West, Robin:

Jurisprudence and Gender, s. 201–234 teoksessa Feminist Legal Theory (ks. Bartlett).

Westling, Achilles:

Avioero-ositus, Hahmotelma uudeksi pesänjakojärjestelmäksi, Rovaniemi 1992.

Weston, Kath:

Lesbian/Gay Studies in the House of Anthropology, s. 339–367, Annual Review Anthropology 22/1993.

Whitehead, Harriet:

The Bow and the Burden Strap: A New Look at Institutionalized Homosexuality in Native North America, s. 80–115 teoksessa Sexual Meanings (ks. Ortner).

Wiegmann, Barbelies:

Ende der Hausfrauenehe, Hamburg 1984.

Wilhelmsson, Thomas:

– Vakiosopimus, Sopimussidonnaisuudesta ja kohtuuttomista sopimusehdoista, Helsinki 1985,

– Social civilrätt, Vammala 1987,

– Questions for a Critical Contract Law – and a Contradictory Answer: Contract as Social Cooperation, s. 9–52 teoksessa Perspectives of Critical Contract Law (ks. Collins),

– Vakiosopimus, Helsinki 1995,

– Control of Unfair Contract Terms and Social Values: EC and Nordic Approaches, s. 244–266 teoksessa Twelve Essays on Consumer Law Policy (Wilhelmsson), Helsinki 1996,

– Avtal och jämlikhet, s. 505–527, Svensk jurist tidning 1997.

Wochner, Manfred:

Gerichtsentscheidungen, s. 414–421 FamRZ 1971.

Yanagisako, Junko Sylvia, Collier, Fishburne Jane:

Toward a Unified Analysis of Gender and Kinship, s. 14–50 teoksessa Gender and Kinship, Essays Toward a Unified Analysis, eds. Jane Collier, Sylvia Yanagisako, California 1987.

Zweigert, Konrad, Kötz, Hein:

An Introduction to Comparative Law, volume I ja II, Oxford 1987.

Ämmälä, Tuula:

Lojaliteettiperiaatteesta eräiden sopimustyyppien yhteydessä, s. 3–50 teoksessa Lojaliteettiperiaatteesta (ks. Gottberg).

Lainvalmisteluasiakirjat ja muut virallisjulkaisut

Suomi:

Avoliittolakikomitean mietintö I 1972:A 21.

Avoliittolakikomitean mietintö II 1976:29.

Avoliittotoimikunnan mietintö 1983:20, Avoliiton solmiminen ja purkaminen.

»Chydeniuksen lausunto», Lausunto ehdotuksesta laiksi aviopuolisoiden oikeussuhteista, antanut Wilhelm Chydenius, Liite II, Valtioapäivät 1923, Asiakirjat III.

Ehdotus Hallituksen esitykseksi Eduskunnalle sukunimeä koskevan lainsäädännön uudistamisesta, Oikeusministeriön lainsäädäntöosasto 1973:6.

Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi sukunimestä 66/1919, Valtioapäivät 1919, Asiakirjat III.

- Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi aviopuolisoiden oikeussuhteista 2/1921, Valtioapäivät 1921, Asiakirjat I.
- Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi aviopuolisoiden oikeussuhteista 10/1922, Valtioapäivät 1922, Asiakirjat I.
- Hallituksen esitys Eduskunnalle uudeksi aviokaareksi 40/1927, Valtioapäivät 1927, Asiakirjat III–V.
- Hallituksen esitys Eduskunnalle siveellisyyteen kohdistuvien rikosten rankaisemista koskevan lainsäädännön uudistamisesta 52/1970, Valtioapäivät 1970, Asiakirjat I.
- Hallituksen esitys Eduskunnalle sukunimilainsäädännöksi 236/1984, Valtioapäivät 1984, Asiakirjat A 5.
- Hallituksen esitys Eduskunnalle laeiksi avioliittolain sekä siihen liittyvien lakien muuttamisesta 62/1986, Valtioapäivät 1986, Asiakirjat A 2.
- Hallituksen esitys Eduskunnalle riita-asiain oikeudenkäyntimenettelyn uudistamista alioikeuksissa koskevaksi lainsäädännöksi 15/1990, Valtioapäivät 1990, Asiakirjat A 1.
- Hallituksen esitys Eduskunnalle takaisinsaantia konkurssipesään koskevaksi lainsäädännöksi 102/1990, Valtioapäivät 1990, Asiakirjat A 2.
- Hallituksen esitys Eduskunnalle etuoikeusjärjestelmän uudistamista koskevaksi lainsäädännöksi 181/1992, Valtioapäivät 1992, Asiakirjat 6.
- Hallituksen esitys Eduskunnalle perustuslakien perusoikeussäännösten muuttamisesta 309/1993, Valtioapäivät 1993, Asiakirjat A6.
- Hallituksen esitys Eduskunnalle oikeudenkäyttöä, viranomaisia ja yleistä järjestystä vastaan kohdistuvia rikoksia sekä seksuaalirikoksia koskevien säännösten uudistamiseksi 6/1997, Valtioapäivät 1997, Asiakirjat A1.
- Korkeimman oikeuden lausunto esityksestä laiksi aviopuolisoiden oikeussuhteista (1921:2), liite, s. 33–45, Valtioapäivät 1921, Asiakirjat I.
- Korkeimman oikeuden lausunto hallituksen esityksestä n:o 40 uudeksi aviokaareksi, liite 2, s. 57–84, Valtioapäivät 1927, Asiakirjat III–V.
- Lainvalmistelukunnan mietintö 1913 niistä periaatteista, joiden mukaan aviopuolisoiden oikeussuhteet olisivat järjestettävät.
- Lainvalmistelukunnan ehdotus 1920:1 Laiksi aviopuolisoiden oikeussuhteista ynnä perustelut.
- Lainvalmistelukunnan ehdotus 1924:1 uudeksi aviokaareksi ynnä perustelut.
- Lakialoite 4/1993, O.Ojala ym.: Ehdotus laiksi kahden samaa sukupuolta olevan henkilön rekisteröidystä parisuhteesta, Valtioapäivät 1993.
- Lakialoite 26/1996, Outi Ojala/vas ym.: Lakialoite laiksi kahden samaa sukupuolta olevan henkilön parisuhteen virallistamisesta, Valtioapäivät 1996.
- Lakivaliokunnan mietintö N:o 5 Hallituksen esityksen johdosta laiksi sukunimestä, Valtioapäivät 1920, Asiakirjat III.
- Lakivaliokunnan mietintö N:o 5 Hallituksen esityksen johdosta laiksi aviopuolisoiden oikeussuhteesta, Valtioapäivät 1923, Asiakirjat III.
- Lakivaliokunnan mietintö N:o 2 hallituksen esityksen johdosta uudeksi aviokaareksi, Valtioapäivät 1928, Asiakirjat III.
- Lausunnot avioliittolakikomitean I mietinnöstä, Oikeusministeriön lainvalmisteluosaston julkaisu 3/1975, Tiivistelmä, Risto Jaakkola.
- Lausunnot avioliittolakikomitean II osamietinnöstä, Oikeusministeriön lainvalmisteluosaston julkaisu 2/1978, Tiivistelmä, Ilkka Cantell.
- (Naisjärjestöjen komitean) Lausunto koskeva Lainvalmistelukunnan mietintöä niistä pe-

- riaatteista, joiden mukaan aviopuolisoiden oikeussuhteet olisi järjestettävä, 1916. Naisten asemaa tutkivan komitean mietintö 1970:A 8.
- Perhetoimikunnan mietintö, Perheet ja laki, Komiteamietintö 1992:12, Oikeusministeriö.
- Perhekesityöryhmän muistio, 1993:26, Sosiaali- ja terveysministeriö.
- Rikoslain kokonaisuudistus II, Rikoslakiprojektin ehdotus, Oikeusministeriön lainvalmisteluosaston julkaisu 1/1989.
- Oikeusministeriön lausunto lakivaliokunnalle lakialoitteesta 26/1996 valtiopäivät, 27.9.1996.
- Scheinin, Martin: Lausunto lakivaliokunnalle lakialoitteesta 26/1996 valtiopäivät (Outi Ojala ym), 17.4.1997.
- Seksuaalirikoskomitean mietintö 1968.
- Sukusolujen ja alkioiden käyttö lääketieteellisessä hedelmöityshoidossa, Työryhmän ehdotus 14.10.1997, Oikeusministeriö.
- Suomen toinen raportti YK:n naisten oikeuksien sopimuksen toteuttamisesta, UM:n julkaisu, Helsinki 1992.
- Väkivaltajaoston mietintö, Naisiin kohdistuva väkivalta, Sosiaali- ja terveysministeriö, Tasa-arvojulkaisu, Sarja B: Tiedotteita, Helsinki 5/1991.

Saksa:

Verhandlungen des Deutschen Bundestages:

Drucksache 3802, 23.10.1952,

Entwurf eines Gesetzes über die Gleichberechtigung von Mann und Frau auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts und über die Wiederherstellung der Rechtseinheit auf dem Gebiete des Familienrechts (Familienrechtsgesetz), Entwurf I.

Drucksache 224, 29.1.1954,

Entwurf eines Gesetzes über die Gleichberechtigung von Mann und Frau auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts nebst Begründung (Anlage 1) mit der Bitte, die Beschlussfassung des Bundestages herbeizuführen, Entwurf II.

Drucksache 7/650, 1.6.1973,

Gesetzentwurf der Bundesregierung, Erstes Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts (1. EheRG).

Drucksache 7/3119, 23.1.1975,

Erster Bericht und Antrag des Rechtsausschusses (6. Ausschuss) zu dem von der Bundesregierung eingebrachten Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Reform des Ehe- und Familienrechts (1. EheRG), (Entwurf eines Gesetzes über den Ehe- und Familiennamen), Drucksache 7/650.

Drucksache 7/3268, 25.2.1975,

Unterrichtung durch den Bundesrat betr. Gesetz über den Ehe- und Familiennamen, aus Drucksache 7/650, Drucksache 7/3119, (Anrufung des Vermittlungsausschusses).

Drucksache 7/4361, 28.11.1975,

Zweiter Bericht und Antrag des Rechtsausschusses (6. Ausschuss) zu dem von der Bundesregierung eingebrachten Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Reform des Ehe- und Familienrechts (1. EheRG), Drucksache 7/650.

Drucksache 7/4694, 3.2.1976,

Unterrichtung durch den Bundesrat, Erstes Gesetz zur Reform des Ehe- und Fa-

milienrechts (1. EheRG), Drucksachen 7/650, 7/4361, (Anrufung des Vermittlungsausschusses).

Drucksache 12/3163, 14.8.1992,

Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung des Familiennamensrechts (FamNamRG).

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band IV, Berlin 1896.

Muut:

Charter on Sexual and Reproductive Rights, International Planned Parenthood Federation (IPPF), UK 1996.

NOU 1988:12, Hustersfelleskap, Oslo 1988.

Prop. 1986/87, Regeringens proposition 1986/87:1 om äktenskapsbalk m.m.

SOU 1974:83, General klausul i förmögenhetsrätten, Betänkande av generalklausulutredningen, Stockholm 1974.

SOU 1993:98, Partnerskap, Del A, Del B (Homosexuella parrelationer och barn och homosexuella föräldrar), Betänkande av Partnerskapskommittén, Stockholm 1993.

Violence Against Women in the Family, Sales No. E.89-IV.5., United Nations, New York 1989.

Lyhenteet

AL	Avoliittolaki
AOL	Laki aviopuolisoiden omaisuus- ja velkasuhteista
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
DM	Deutsche Mark
ed., eds.	toimittaja, toimittajat
EGGBG	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche
EC	European Community
EheG	Ehegesetz
1. EheRG	Erstes Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts
EN	Euroopan neuvosto
ETYK	Euroopan turvallisuus- ja yhteistyökokous
EU	Euroopan unioni
EY	Euroopan yhteisö
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
GG	Grundgesetz
HausratsV	Verordnung über die Behandlung der Ehewohnung und des Hausrats
HD	Högsta domstolen (Ruotsi)
HE	Hallituksen esitys
HM	Hallitusmuoto
HO	Hovioikeus
hrsg.	toimittaja, toimittajat
IPR	Internationales Privatrecht
JFT	Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland
KHO	Korkein hallinto-oikeus
KKO	Korkein oikeus
KO	Kihlakunnanoikeus
KP-sopimus	YK:n kansalaisoikeuksia ja poliittisia oikeuksia koskeva kansainvälinen yleissopimus
KPL	Laki eräistä kansainvälisluontoisista perheoikeudellisista suhteista
LG	Landgericht

NJA	Nytt Juridiskt Arkiv
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NOU	Norges offentlige utredninger
OikTL	Laki varallisuus oikeudellisista oikeustoimista
OLG	Oberlandesgericht
Prop.	Proposition
red.	toimittaja, toimittajat
RL	Rikoslaki
SETA	Seksuaalinen tasavertaisuus ry
SopS	Sopimussarja
SOU	Statens offentliga utredningar (Ruotsi)
StGB	Strafgesetzbuch
SVT	Suomen virallinen tilasto
TakSL	Laki takaisinsaannista konkurssipesään
toim.	toimittaja, toimittajat
TSL	Työsopimuslaki
VG	Verwaltungsgericht
YK	Yhdistyneet kansakunnat
ZPO	Zivilprozessordnung

I ALKU

1. TYÖN LÄHTÖKOHDISTA JA PÄÄMÄÄRISTÄ

Niin pian kun ajattelemme, pohdimme ja muodostamme käsitteitä, alkuperäinen tietoisuus häviää ja ajatus sukeltaa pinnalle. Me emme enää syö kun syömme, emme nuku kun nukumme.

Daisetz T. Suzuki

Työni tausta-ajatus on tuoda esille sukupuolijaon ja sukupuolen vaikutuksia oikeudellisessa ajattelussa. Yhteiskunnissa, joissa ihmiset on sukupuolensa mukaan jaettu kahteen kategoriaan, on sukupuolella ja sukupuoli-ajalla väistämättä merkityksensä yhteiskuntaa säätelevässä oikeusjärjestelmässä.¹ Tarkoitukseni on pohtia, kuinka syvällisiä ja minkälaisia nämä liittymät ovat ja olisiko tämä kaksijakoisuus ylitettävissä. Keskeinen teemani on sukupuoli-jako ja sitä vastaavat oikeudellisen ja yhteiskunnallisen ajattelun aluejaot ja vastaparit. Sukupuolijakoon liittyy välillisesti muita kaksijakoisuuksia ja feminiiniseksi ja maskuliiniseksi määriteltyjä asioita. Päämääräni on häivyttää nämä dikotomiat ja päästä monikeskeisempään ajatteluun. Kategorisesta ajattelusta ei voi päästä eroon ennen kuin on tiedostanut sen olemassaolon. Tilanteessa, jossa miesnäkökulma on pitkään ollut vallitseva, määrittelen harjoittavani naisnäkökulmaista sukupuolijärjestelmän hajottamista.

¹ Käytän sanoja oikeusjärjestys ja oikeusjärjestelmä melko vapaasti. Oikeusteoreettisina käsitteinä niitä on usein vaikea erottaa. Voi jopa kysyä onko milloinkaan kyse »vain» oikeusjärjestyksestä valta- ja sääntöjärjestyksenä, joka olisi erotettavissa tieteen luomasta oikeusjärjestelmästä. Vertailevassa oikeustieteessä näitä käsitteitä käytetään hieman toisin. Oikeusjärjestyksellä tarkoitetaan yksittäistä (yleensä jonkun maan) oikeusjärjestystä ja oikeusjärjestelmällä tietentyypisten oikeusjärjestysten muodostamaa oikeusryhmää.

Sukupuolijärjestelmällä tarkoitan sukupuolijakoon ja -erotteluun liittyviä yhteiskunnallisia ajattelutapoja ja rakenteita ja niiden merkitystä ihmisten elämässä ja yhteiskunnallisessa asemassa. Sukupuolijako ei enää useinkaan näy oikeusjärjestelmässä välittömänä, vaan vaikuttaa välillisenä. Se on osana niitä maailmankatsomuksia ja ihmiskäsityksiä, joille oikeusjärjestelmämme perustuvat.

Erityisesti naistutkijat ovat tuoneet esille sen, kuinka perinteisen² tieteen tekstit jo rakenteellisestikin edustavat ajatusmaailmaa, jota kutsun maskuliiniseksi periaateksi³. Luodaan kiinteitä, lineaarisia, itsen ulkopuolella olevia systeemejä, jotka ovat hierarkkisia ja dualistisia. Femininisen periaatteen mukaisella tavalla ajatella ajattomasti, rajattomasti, vuorovaikutuksellisesti, virraten, aukkoja jättäen, ei ole jätetty tilaa. Ulkoistava äly on unohtanut sisäistävän olemisen, eksistenssin. Jollain tasolla kumpikin periaatepiiri lienee kuitenkin aina mukana kokonaisuudessa, vaikka emme sitä aina havaitse sisäistettyämme yksipuolisemman käsityksen toiminnastamme kuin mitä se käytännössä on.

Tieteellinen ajattelu, niinkuin ihmisen elämäkin, etenee nähdäkseni sykleinä. Välillä on kiinteytymisen ja välillä hajoamisen aika. Kuviot muodostuvat ja syntyneet kuviot rikotaan ja arvioidaan palasiaan myöten uudelleen. Sekä feminismi että postmoderni ovat omalla tavallaan modernin (projektin) kritiikkejä. Kaikki feminismi ei kuitenkaan ole femininisen periaatteen mukaista eikä postmodernia. Suuren osan feminististä ajattelua voi lukea modernin sisäiseksi kritiikiksi.

Käsite postmoderni ymmärretään hyvin monilla eri tavoilla.⁴ Itse käytän sitä kuvaamaan ajattelua, jossa ei modernin tavoin uskota mahdollisuuteen rationaalisesti luoda kaiken kattavaa »suurta kertomusta» ja löytää lopullista totuutta asioista.⁵ Postmodernin voi nähdä modernin vastakohtana tai sitä seuraavana loogisena jatkona, jossa korostetaan asioiden sellaisia puolia, jotka

² Tarkoitan perinteisellä tieteellä Francis Baconin ajoista alkanutta »uutta», modernia tiedettä. Käytän työssäni sanaa moderni kuvaamaan moderniksi kutsuttua ajattelun ja ymmärtämisen tapaa (jota usein kutsutaan modernin projektiksi).

³ Ks. lähemmin esim. Siveniuksen ja Moin tutkimukset useiden kirjoittajien tuotannosta.

Ks. muun muassa Fox Keller, joka on käsitellyt sitä, kuinka naiset havaitsevat helpommin rakenteet, jotka ulkopuolistavat naiset.

⁴ Postmodernin käsite voidaan kyseenalaistaa ymmärtämällä moderni laajemmin. Käytän itse sanoja ja jaottelua moderni ja postmoderni erottelemaan näitä kulttuurimme ajattelun eri puolia. Niin postmoderni kuin modernikin voidaan käsittää laajemmin ja monisyisemmin käyttötarkoituksesta riippuen.

⁵ Ks. modernin ja postmodernin eroista esimerkiksi Pulkkinen (1987).

modernissa ajattelussa jäivät varjoon tai sen voi nähdä modernin ajattelun eteenpäin kehittelynä.⁶ Tiukkaa rajaa eri suuntausten välille ei koskaan voi vetää. Käytännössä moderninkin tieteen totuus lienee mielletty kulloinkin voimassa olevaksi tietyin hyväksytyin keinoin saavutetuksi tiedoksi.

Postmodernia voi tietyllä tasolla verrata henkisyYTEEN.⁷ HenkisyYdessä ihminen pyrkii herkistymään kuuntelemaan vain omaa sisäistä ääntään. Päämääränä on henkinen itsenäisyys, jossa kenenkään muun totuutta ei koskaan aseteta oman totuuden edelle. Täydellisen itsenäisyyden ja itsen kautta löydetään yhteys kaikkeen ja kaikkiin. Oma (»subjektiivinen») sisäinen ääni on samalla osa kosmista ykseyttä, kosmista (»objektiivista») totuutta. HenkisyYden tietä hankittu tieto on subjektiivisuuden ja objektiivisuuden tuolla puolen olevaa kokemustietoa, jota ei voi toiselle välittää. Perinteisesti meidän kulttuurissamme »hengenelämä» on nähty lähes edellä mainitun vastakohtana, dogmaattisena uskona johonkin uskomusjärjestelmään. Modernin kulttuurin voi sanoa perustuneen itsen ulkopuolelta löydettäviin universaaleina pidettyihin dogmeihin uskomiseen, olivat ne sitten uskonnollisia, eettisiä tai tieteellisiä. Dogmeja on epäilty ja muutettu, mutta lähtökohtana on ollut usko lopullisen, yleistettävän totuuden löytymisen mahdollisuuteen. Moderni ihminen on rikkonut rajoja ja paljastanut totuuksia.⁸ Tieteellisissä maailmankatsomuksissa on uskottu rationaaliseen tieteeseen totuuden löytäjänä. Postmoderni ajattelu korostaa, että loppujen lopuksi kaikki tieto on kokemustietoa. Me ymmärrämme vain sellaista tietoa, josta meillä on jo riittävä esiymmärrys ja ymmärrämme kaiken meille annettun tiedon oman esiymmärryksemme kautta. Tutkimuskohteemme, työskentelytapamme ja tuloksemme ovat kaikki oman ymmärryksemme läpi suodattuneita. Järjellämme emme voi ylittää itsemme rajoja ja löytää sen rajoituksia laajempia totuuksia.

Giorgio Colli on kuvannut kreikkalaisen filosofian syntyä siirtymänä viisaiden ajasta viisauden rakastajien aikaan, sofiasta tulee filosofiaa.⁹ Sano-

⁶ Lyotard, s. 3–4, katsoo, ettei ns. postmodernia ja modernia voi pitää selvärajaisina historiallisina kokonaisuuksina. Postmoderni ikäänkuin sisältyy jo moderniin, »...postmodernity is a promise with which modernity is pregnant definitely and endlessly».

Bauman näkee postmodernin modernin projektin tulemisena itsestään tietoiseksi. Toisaalta hän korostaa sen erityisyyttä katsomalla, että modernin käsitteet eivät enää sovelu, jos haluamme ymmärtää postmodernin tilanteen sen omilla ehdoilla. Bauman (1/1996), s. 284–285, 191–193.

⁷ Vertaa Bauman (1996), s. 26–27, modernin tavoitteesta riisua maailma henkisyYdestään – ja kieltää siltä mahdollisuus subjektiuteen.

⁸ Ks. lähemmin Pulkkinen (1987).

⁹ Colli. Ks. s. 102, jossa viitataan Platoniin, joka esittelee itsensä vain filosofiksi, vain viisauden rakastajaksi, jolla ei ole viisautta hallussaan.

jen yhteys viisauteen katkeaa vähitellen. Järkeä ei enää ymmärretä vain kukaan viisaudesta, vaan siitä tulee autonominen. Mystistä viisautta/tietoa ei sen sijaan katsottu voitavan sanoin, järjellä ilmaista. Sanat olivat vain sen epämääräisiä ja hämääriä heijastajia. Postmodernina pidetyn kirjoitustyylin¹⁰ voi nähdä paluuna viisaiden ajan logiikkaan suhteessa sanoihin ja järkeen. Sanojen ei uskota järjen kautta voivan välittää ymmärrystä, jolloin pyritään käyttämään kieltä, joka vaikuttaisi kokonaisvaltaisemmin. Ihmisen muitakin ymmärryksen tasoja houkutellaan mukaan. Viisauden logiikkaan kuuluu, ettei toiselle voi kertoa, miten hänen olisi asiat ymmärrettävä, mutta häntä voi oraakkelimaisesti auttaa pääsemään omaan oivallukseensa.

Tieteen mahdollisuutta löytää ydintotuutta asioista on yhä yleisemmin alettu kyseenalaistaa.¹¹ Tämä on myös oma lähtökohtani. En usko mahdollisuuteen rationaalisesti ja toistettavasti ymmärtää kuin pieniä osatotuuksia.¹² Vaikka tämä asenne eroaa ratkaisevasti perinteisestä tieteellisestä ajattelusta, se ei välttämättä aiheuta suuria muutoksia. Pyrittäessä selvittämään »pieniä kertomuksia» toimitaan usein melko samoin kuin silloin kun niiden uskottiin olevan suuria kertomuksia. Pienet kertomukset voivat aihepiiriltään olla vaikka kuinka laajoja.¹³ Asennoituminen tutkimustapoihin ja -tuloksiin on kuitenkin toinen silloin kun niitä ei mielletä muut kertomukset pois sulkevaksi kaiken kattavaksi koko totuudeksi jostain asiasta.

Käsitys, että asiat eivät ole kaksijakoisesti joko/tai vaan sekä/että, eli ajattelun tasolla ei ole olemassa yhtä muut totuudet kumoavaa absoluuttista totuutta, vaan asioilla on monia, ristiriitaisiakin puolia, aikaansaa pohdiskelevan ja kyseenalaistavan kirjoitustyylin.¹⁴ Ei rakenneta yhtä, kaikenkattavaa

¹⁰ Tarkoitin tällä usein postmodernina pidettyä kirjoitustyyliä, jossa teksti ei ole lähtökohtaisesti lineaarisen rationaalista, vaan monikerroksista, vihjailevaa ja esimerkiksi myös muodoillaan asiaansa ilmaisemaan pyrkivää tekstiä.

¹¹ Yksi ensimmäisiä laajasti tunnettuja nykyajan filosofeja, joiden on voitu tulkita kuuluneen näihin kyseenalaistajiin, on Martin Heidegger. (Ks. esim. Tekniikan kysyminen ja Paluu, s. 31–44 niin & näin 2/1994.)

¹² »Suurten kertomusten» ymmärtäminen on kuitenkin minun maailmankuvassani mahdollista, mutta vain älyllisen ymmärtämisen ulkopuolella tapahtuvana kokonaisvaltaisena kokemuksena.

¹³ Postmoderni liitetään usein mikrotasoon sen tyyppisillä perusteilla kuin että makrotaso edellyttäisi uskoa yhtenäiseen identiteettiin (ks. esim. Aristodemou, s. 97). Itse en liitä kertomuksen laajuutta sen kaiken kattavuuteen.

¹⁴ Me olemme usein erittäin syvästi sisäistäneet luokittelevan ja määrittelevän joko/ tai -ajattelutavan. Tällöin koemme automaattisesti, että valkoinen on aina mustaa vastaan, sen vastakohta, ja valkoisen ja mustan (ja harmaan) yhtäaikainen »hyväksyntä» on teoreettista ristiriitaisuutta.

teoriaa, joka tuo vastauksen kaikkiin ongelmiin. Ratkaisut joudutaan usein etsimään eräänlaisina aikaan ja paikkaan sidottuina tasapainotiloina. Myönnettäessä asioiden vuorovaikutus ei voida vetää liian yksisuuntaisia johtopäätöksiä. Tieteellinen ajattelumme on perinteisesti suuntautunut voimakkaasti määrittelyyn ja erotteluun, jolloin asioiden yhteys/ykseys ja vuorovaikutus helposti hämärtyy.¹⁵ Rationaalinen ajattelu on analysoivaa eli jäsentävää ja erittelevää, intuitiivisuus puolestaan yhteyteen virittyvää ja eläytyvää.

Subjektiivisuutemme ja ihmisyytemme eli yksipuolisuutemme tunnustaminen edesauttaa paradoksaalisesti ajatteluamme monipuolistumaan. Joudumme jatkuvasti kyseenalaistamaan ymmärryksemme perusteita emmekä voi koskaan uskoa niiden yleispätevyyteen. Täysipainoiseen ajatteluun ja ymmärrykseen tarvitsemme sekä feminiinisinä että maskuliinisina pidettyjä elementtejä. Meissä kaikissa on ne molemmat. Mitä paremmin sen tunnustamme ja tiedostamme, sitä kokonaisempia ihmisiä me olemme ja sitä kokonaisempaa meidän ajattelumme samalla on ja sitä vaikeampi meidän on mieltää näitä periaatteita toisiaan poissulkeviksi ja toisiinsa hierarkkisessa suhteessa oleviksi.

Moderni tiede on erottanut ihmisen ja ihmisen ajattelun,¹⁶ mikä on mahdollistanut uskon objektiiviseen tieteeseen. Tutkija, joka tunnustaa subjektiivisuutensa, pyrkii mahdollisimman pitkälti selvittämään, mistä lähtökohdista hän ajattelussaan lähtee. Objektiivisuutensa uskova ei samalla tavoin selvitä lähtökohtiaan, vaan ottaa ne osittain annettuina itsestään selvyyksinä.¹⁷ Monet modernin tieteen lähtökohtien kyseenalaistamiset voidaan nähdä pyrkimyksinä toteuttaa niiden päämääriä siten, että niiden olemassaoloon uskomisen sijasta niistä yritetään tehdä todellisempia, kuten tieteestä saadaan objektiivisempaa, kun sen objektiivisuuteen ei enää uskota.

Moderni oikeus on sisäistänyt tiettyjä »universaaleja» arvoja. Sen lähtökohdaksi on kuitenkin katsottu moniarvoisuus ja yksilön autonomia, koska

¹⁵ Lähden itse siitä, että vastakohdat sisältävät toisensa, samoin kuin uusi sisältyy jo vanhaan. Ks. tästä aiheesta esim. Spivak, s. lix (Derridan ajatus, että vastakohdat sisältävät toisensa) ja aiemminkin mainittu Lyotard, s. 3–4 (postmoderni sisältyy lupauksena moderniin). Samaa ajatusta kuvaa myös vanha jin ja jang -symboli.

¹⁶ Nousiainen on käsitellyt tätä teemaa oikeustieteen osalta sekä artikkelissaan teoksessa Naisnäkökulmia oikeuteen että väitöskirjassaan Prosessin herruus.

¹⁷ Katherine O'Donovan (1985), s. 206, on todennut seuraavasti: »...But even these reforms require a recognition that law operates on gendered subjects, that formal equality masks gender inequality when applied within a system of sexual stratification. So long as the law and its interpreters claim to be neutral and objective when operating within a liberal framework, no objectivity is possible...»

se on jättänyt yksilöille vapausalueita, joihin se ei ole periaatteessa puuttunut. Postmoderni ajattelu pyrkii syvempään moniarvoisuuteen avoimella – myös edellä mainittuja sisäistettyjä ja itsestäänselvyyksiksi miellettyjä arvoja koskevalla – arvopohdinnalla. Tällöin tulevat samalla kyseenalaistetuiksi niin arvovapaiden alueiden vapaus kuin ulkoisen vapauden riittävyys. Työni päämääränä onkin yksilön sisäisen vapauden ja autonomisuuden kehityksen mahdollisuuksien edistäminen.¹⁸ Tällöin lähtökohtana ei ole oletus, että ihmiset ovat luonnostaan sisäisesti autonomisia.

Oikeustiede tutkii oikeusjärjestystä, joka on selkeästi arvosidonnainen samoin kuin sen kritiikkikin. Tästä syystä on tärkeää selvittää omat arvonsa ja päämääränsä tiedostaakseen oman työnsä lähtökohdat. Päämääräni edistää yksilöiden tasa-arvoisia mahdollisuuksia elää omaehtoista elämää on oikeusjärjestyksen kannalta ongelmallinen. Oikeusjärjestyshän nimenomaan luo yleisiä sääntöjä ja säätelee ihmisten elämää. Yleistettävät säännöt sekä moraalijärjestelmät tuntuisivat enemmänkin vain estävän ihmisen omaehtoisen moraalien kehitystä.

Sukupuoliroolit sitovat ihmisiä määrätynlaisen minuuden omaksumiseen, joten ihanteeni on yhteiskunta, joka mahdollistaisi ihmisen kehittymisen omilla eikä sukupuolensa ehdoilla. Sukupuolten välinen tasa-arvo¹⁹ edistää sisäisen autonomian mahdollisuuksia olemalla asettamatta ihmisiä erilaisiin rooleihin ja asemiin erilaisine toimintamahdollisuuksineen. Silloin kun lainsäädännössä ei nimenomaisesti aseteta ihmisiä eri asemaan (esimerkiksi) sukupuolen mukaan on usein vaikeaa tietää, mitkä oikeudelliset toimenpiteet edistävät tai jarruttavat tosiasiallista tasa-arvoa yhteiskunnassa, joka ei ole sukupuolineutraali. Perusteettomaan tasa-arvoilluuteen perustuva lainsäädäntö voi käytännössä olla epätasa-arvoinen silloin kun siinä ei oteta huomioon epätasa-arvoisia käytäntöjä. Toisaalta illuusioidesauttavat toteutumistaan. Lait vaikuttavat asenteisiin ja asenteet lakeihin. Lyhyen ja pitkän tähtäyksen muutostarpeet voivat olla jopa eri suuntaisia. Vertauskohteeksi sopivat nälänhätätilanteet: lyhyellä tähtäyksellä joudutaan antamaan ruoka-apua, minkä jatkaminen liian kauan voi haitata pitkän tähtäyksen rakennemuutoksia. Lakeja säädetettäessä tulisi kyetä eläytymään siihen, mikä uusien lakien vai-

¹⁸ Vertaa Minkkinen, s. 66–73 pohdintaa siitä, mitä on justice lähinnä muinaisten kreikkalaisten filosofien kautta ymmärrettynä. »Justice, then, is the initial possibility of a thing to come to be as what it is», s. 67.

¹⁹ Sanoilla tasa-arvo ja yhdenvertaisuus ei tekstissäni ole systemaattista erilaista viivahdetta, vaikka niille on toisinaan annettu erilainen sisältö. Tasa-arvoon on liitetty usein käsitys samanlaisuudesta ja yhdenvertaisuuteen erilaisuuden samanarvoisuudesta.

kutus tässä todellisuudessa tulee olemaan. Tämä toteutunee käytännössä vain monia näkökulmia ja elämäkokemuksia edustavien ihmisten yhteistyön tuloksena. Kaikki lait lähtevät joistain näkökulmista, joidenkin ihmisten todellisuudesta ja ajatusmaailmasta. Tasa-arvon edistämiseen pyrkivien, onnistuneiden lakien laatiminen ei ole helppoa, etenkin kun tasa-arvokäsityksetkin vaihtelevat.

1.1. Tutkimuksen kuvaus ja tutkimuskohde

Kyseessä on vertailevan oikeustieteen alaan kuuluva tutkimus. Vertailun kohteena on Suomen ja Saksan oikeudellinen asennoituminen parisuhteeseen. Aihetta lähestytään lähinnä oikeusfilosofisin kysymyksenasetteluin: hahmotetaan oikeudellisen ajattelun ja sen perusteiden sukupuolisidonnaisuutta. Käsittelen samaa asiaa ajattelun eri tasoilla – josta syystä joudun osittain toistamaan samoja asioita sekä käsittelemään monia laajoja kysymyksiä suppeasti, vain tämän työn tarpeisiin.

Koska tutkimuksen kohteena on ajattelu, esittelin aluksi sitä ajattelutapaa ja maailmankuvaa, josta työni lähtee. Selvitin minkälaisista lähtökohdista ja näkökulmista katselen aihepiiriäni, mikä puolestaan määrittää sitä, minkälaiset tekijät muodostuvat keskeisiksi ja relevanteiksi tässä työssä. Tämän alaluvun jälkeen selostan metodiani ja työni suhdetta vertailevaan oikeustieteeseen. Koska sukupuolijako on työni keskeinen tema, selvennän luvussa 2 minkälaiselle sukupuolikäsitykselle se perustuu. Luku on samalla lyhyt katsaus sukupuoleen ja seksuaalisuuteen liittyviin erilaisiin käsityksiin ja erilaisiin yhteiselämän muotoihin.

Käsittelen aineistoani sukupuolijaon ja siihen rinnastuvien jakojen eli dikotomisien ajattelun näkökulmasta. Tapamme hahmottaa asioita perustuu pitkälti modernille ajattelulle tyypilliselle dikotomiselle vastapariajattelulle. Kuvaan tätä ilmiötä oikeudellisessa ajattelussa. Parisuhdeoikeus perustuu ajatukselle sukupuolijaosta. Suhteen osapuolet edustavat säännönmukaisesti eri sukupuolta ja poikkeuksellisesti samaa sukupuolta. Yhteiskunnan jakautuminen erilaisiin toiminta-alueisiin vastaa pitkälti sukupuolijakoa. Selvimmin havaittavia esimerkkejä tästä ovat kotityö ja kodin ulkopuolinen työ tai naisvaltaiset ja miesvaltaiset alat. En pyri todistamaan syy- ja seuraussuhteita eli onko nimenomaan sukupuolijako perusjako, jolle muut sitä myötäilevät jaot perustuvat. Työ perustuu näkemykselle monien jakojen ja erotteluiden kiinteästä yhteydestä sukupuolijakoon.

Luvussa 3 esittelen työn varsinaisen empiriapohjan. Osoitan sen avulla minkälaisia konkreettisia asenteita lainsäädäntötekstit oikeusjärjestyksen edus-

tajina kuvastavat. Luvussa kuvataan rinnakkain Suomen ja Saksan avioliittolainsäädännön ajallista kehitystä tietyissä kysymyksissä. Tässä vaiheessa en jäsennä materiaalia uudelleen, vaan vain kuvaan tietystä näkökulmasta tarkasteltuna asioita, jotka ilmentävät oikeudellista ajattelua parisuhteesta. Ratkaisu ei ole kaikilta osin lukijaystävällinen. Lukija ei välttämättä hahmota, mihin työssä pyritään. Hänelle selostetaan asioita ja ainoastaan vihjataan, mikä kuva tämän materiaalin pohjalta myöhemmin koostetaan. Pitäydyn tässä ratkaisussa siksi, että näin varsinainen analyysi pysyy yhtenäisempänä. Uusi kuva piirtyy selkeämmin kun konkreettisia yksityiskohtia ei tarvitse selostaa päälinjojen ohella.

Avioliittovertailun jälkeen jatkan empiriaosaa esittelemällä (luvut 4 ja 5) muita parisuhdemuotoja ja erityisesti Suomen ja Saksan avoliittoja koskevaa oikeudellista ajattelua. Avoliittokuvaus rakentuu osittain avioliittokuvauksen päälle ja jäsentyy osittain kohti seuraavaa osaa. Siinä kuvatussa oikeudellisessa ajattelussa heijastuvat luvussa 3 esille nostetut asenteet ja alkaa hahmottua oikeudellisten rakenteiden liittyminen aiheeseen.

Varsinainen vertailu eli empiriaosien selittäminen ja analysointi – samoin kuin asioiden uudenlainen hahmottaminen – tapahtuu työn loppuosassa.

Yksi työssäni keskeiseksi nouseva jako on oikeudenalajako eli jako perhe- ja sopimusoikeuteen. Vertailen parisuhde- ja sopimusoikeutta keskenään tai oikeammin parisuhdeoikeutta sopimusoikeuteen. En käsittele näitä oikeudenaloja yhteismitallisesti. Parisuhdetta ja lähinnä liikesuhteeksi miellettyä sopimussuhdetta on vertailun kohteena olevissa(kin) oikeusjärjestelmissä käsitelty toisistaan erillään ja eri logiikoilla. Jako perhe- ja sopimusoikeuteen liittyy vahvasti sukupuolijakoon. Perhe on mielletty naisten ja markkinat miesten toiminta-alueeksi. Sopimusoikeus on perustunut ajatukselle yksilöiden tahdonautonomiasta, millä tässä tarkoitan oletusta vapaasta tahdosta ja tahdonilmaisusta ja tämän vapauden suojelun tärkeyttä. Perheoikeuden perinteinen lähtökohta on ollut toinen. Tahdonautonomia ja sen laajuus on keskeinen kysymys sekä perhe- että sopimusoikeudessa. Koska yksilön tahdonautonomia ei ole ollut perinteisen perheoikeuden lähtökohta, sitä koskevasa keskustelussa on useinkin otettu itsestään selvyyksinä monet peruslähtökohdat, joilla rajoitetaan huomattavasti yksilöiden mahdollisuutta järjestää asiansa haluamallaan tavalla. Tahdonautonomiaan liittyvät keskeisesti kysymykset tahdon havaitsemisen mahdollisuuksista ja yksilön tahdon suhteesta yhteisyyteen, jota esimerkiksi kohtuupohdinnat edustavat.

Sopimusoikeudellisen ajattelun kuvaamisen ja parisuhteeseen rinnastamisen ja soveltamisen pohdinnan (luku 6) jälkeen laajennan jatkumoa muuttaman muun aineistossa esille tulleen parisuhteeseen ja sopimukseen liitty-

vän vastakohtaparin käsittelyyn. Nämä 7. luvun vastakohtaparit ovat vaikuttaneet keskeisesti oikeudellisessa(kin) ajattelussa ja liittyvät sukupuoli- ja oikeudenalajakoon. Ne heijastavat eri tasoilla samaa ajattelutapaa kuin perheen ja sopimuksen vastakohtaisuus ja selventävät sitä koskevan oikeudellisen ajattelun taustoja. Tässä luvussa käsitelen yleisestikin dikotomisen hahmotustavan merkitystä ajattelussamme.

Luvussa 8 käsitelen sitä kuinka parisuhteen sääntelyyn on suhtauduttu ja sen vaikutusmahdollisuuksia ja tapoja yleisellä tasolla. Voidaanko lain-säädännöllä edistää sellaisia päämääriä kuin tasa-arvo ja mitä oikeudellisia velvoitteita siihen on? Tämä luku toimii pohjana seuraavalle luvulle. Lukua 9 voi kutsua työn käytännön tuloksiksi. Pohdin parisuhteessa elämisen määrittelyä ja säätelyä ja sitä, kuinka parisuhteeseen tulisi tämän aineiston ja sen lähtökohtien pohjalta oikeudellisesti asennoitua.

Erityisesti avoliittoja tarkasteltaessa joudutaan väistämättä kysymyksen »Mikä on parisuhteen säätelyn tarkoitus?» äärelle. Miksi parisuhdetta säädellään ja millä kriteereillä raja säädeltävien ja säätelemättömien liittojen tai asioiden välillä tehdään? Miksi parisuhde on erityislainsäädännön kohteena? Mitä parisuhteeseen liittyviä (oikeus)hyviä oikeusjärjestyksen tulee edistää? Näitä kysymyksiä ei ole aina selkeästi tuotu esille eikä kokonaisvaltaisesti pohdittu. Ne liittyvät kiinteästi käsityksiin parisuhteesta: minkälainen se on tai sen tulisi olla ja mikä on sen suhde muihin ihmisten välisiin suhteisiin kuten (liike)sopimuksiin.

Koska työni tarkoituksena on pohtia ihmisten omaehtoisuuden edistämistä, seuraavat kysymykset ovat loppupäätelmissä keskeisiä. Edistävätkö käsiteltävät toimintatavat ihmisten omaehtoisia ratkaisuja vai sitovatko ne meitä ulkoapäin määriteltyyn, sukupuolijakoon perustuvaan rooliin ja elämäntapaan? Perustuuko oikeudellinen parisuhdeajattelumme modernisti »universaaleille» käsityksille vai postmodernisti valintoja mahdollistavalle moniarvoisuudelle?

Tutkimuksen käytännöllinen päämäärä on kartoittaa oikeudellista asennoitumista parisuhteisiin ja pohtia siitä käsin tilannetta Suomessa ja sen muutostarpeita. Työn päätarkoitus on kuitenkin valottaa parisuhteeseen liittyvän (oikeudellisen) ajattelun ideologisia perusteita, joille dogmit perustuvat. Tarkoitoin ideologialla tässä välillisesti tai välittömästi sukupuolijakoon pohjautuvaa ajattelua. Edellä mainittu de lege ferenda -kiinnostukseni pääpaino on siten periaatteellisella tasolla.

Viimeisessä luvussa 10 kiteytän pääajatustani eli tietä kaksijakoisesta ajattelusta kohti (muun muassa) sukupuolijaosta irtautunutta omaehtoisuuteen tähtäävää oikeudellista ajattelua. Onko tarkoituksenmukaista erotella ihmis-

ten välisiä suhteita sen mukaan, ovatko ne luokiteltavissa perhe- vai liikesuhteiksi? Onko oikeustieteen taustalla oleva ihmiskuva mustavalkoisen kaksijakoinen vai harmaan sävyjen jatkumo? Dikotomisen selitysmallini tarkoitus on tarjota ulospääsytie dikotomiasta.

Oikeudellisten tekstien vertailuani voi jollain tasolla verrata diskurssi-analyysiin,²⁰ vaikka kyseessä ei olekaan kielen tutkimus eikä tekstianalyysi. Tarkoitukseni ei ole ollut tutkia miten näkökantoja on perusteltu ja miten lukijaa on vakuutettu. Tutkimukseni kohteena ovat tekstit ja niistä nousevat sukupuolirooli- ja parisuhdeasenteet, ennen kaikkea niiden merkitys oikeudellisen ajattelun muokkaajina. Diskurssianalyysille on tyypillistä tarkemman etukäteismetodin puuttuminen. Tekstiä lähestytään ja annetaan tämän vuorovaikutusprosessin muokata menetit. Olen lukenut tekstejä ja työni on minun ajattelutapani omaavalle ihmiselle oman tutkimuskohteeni osalta se »hegemoniadiskurssi», joka tekstistä on noussut.²¹

Miksi ylipäättään vertaan työtäni diskurssianalyysiin? Haluan painottaa sitä, ettei tarkoituksenani ole ollut selittää, mitkä syyt mahdollisesti aiheuttivat tekstissä esiintyviä kantoja ja miksi niissä tapahtui muutoksia. Tarkoituksena on hahmottaa, minkälaisia kuvia sukupuoli- ja parisuhdekäsityksistä ja etenkin niiden merkityksestä oikeudellisessa ajattelussa on selostamistani lähtökohdista teksteistä noussut. Pohdin ajattelutapaa ja sen ulottuvuuksia enkä syy- ja seuraussuhteita. Suhtautuminen parisuhteeseen ja siihen liittyvään sukupuolten asemaan yhteiskunnassa heijastuu oikeudelliseen ajatteluun sen rakenteita myöten. Pohdin työssäni esille nousevien parisuhteeseen liittyvien asenteiden sekä dogmaattisia että syvärakenteisia ilmenemismuotoja. Pääasiallinen tarkoitukseni on hahmottaa ja tuoda tietoisuuteen parisuhdetta koskevan oikeudellisen ajattelun liittymiä muuhun ajatteluun ja maailmankuviin. Voimme tehdä tietoisempia ratkaisuja, kun tiedostamme paremmin aiheeseen liittyvien ajatusrakennelmien logiikkaa.

Tämä työ on yksi tapa hahmottaa kyseessä olevaa aihetta. Sen lisäksi voi-

²⁰ Arja Jokinen, Kirsi Juhila ja Eero Suoninen määrittelevät diskurssianalyysin sel-laiseksi kielen käytön ja muun merkitysvälitteisen toiminnan tutkimukseksi, jossa analysoidaan yksityiskohtaisesti sitä, miten sosiaalista todellisuutta tuotetaan erilaisissa sosiaalisissa käytännöissä. Ks. lähemmin diskurssianalyysistä Jokinen, Juhila, Suoninen, (määritelmä s. 9–10). Ks. myös Nikander diskurssianalyysin moninaisuudesta ja joistain suuntauksista. Osa hänen määritelmästä: »The key idea in all discursive research is to highlight the ways in which language constructs, limits and guides our understanding of our worlds and ourselves, and to examine the ways in which people actively use language in their everyday meaning construction.», s. 4.

²¹ Ks. hegemoniadiskurssista Jokinen, Juhila, Suoninen, s. 76–85.

taisiin esittää monia muita, itsessään yhtä »tosia» ja kokonaisuuden kannalta yhtä »epätosia» näkökulmia.

1.1.1. Vertailtava aineisto

Kuvaan aluksi Suomen ja (Länsi-)Saksan avioliittolainsäädännön kehitystä siitä näkökulmasta, minkälaisia parisuhdekäsityksiä se milloinkin on ilmentänyt, ja miten lainsäädäntö on pyrkinyt – tietoisesti tai tiedostamatta – vaikuttamaan parisuhteeseen. Minkälaisia asenteita puolisoitten välisiin suhteisiin ja minkälaisia avioliittokäsityksiä nämä sääntelyt edustavat? Minkälaista puolisoitten välistä tasa-arvoa lainsäädäntö näissä maissa on tavoitellut ja/tai ollut tavoittelevinaan – tai jättänyt tavoittelematta? Millaisella lainsäädäntötekniikalla tavoitteisiin on pyritty, ja miten paljon säädettävien lakien tosiasiallisia vaikutuksia näyttää olevan pohdittu? Minkälaisessa suhteessa lainsäädäntö ja sen perustana oleva ideologia ja avioliittokäsitys vaikuttavat olevan vallitseviin olosuhteisiin? En pyri vastaamaan kaikkiin näihin kysymyksiin kovinkaan perusteellisesti ja nimenomaisesti, mutta ne ovat elementteinä mukana ajattelussani. Se ideaali, jota vasten näitä kertomuksia peilaan, on omaehtoisuutta edistävä yhteiskunta, joka tukee yksilön mahdollisuuksia kuunnella itseään hänen etsiessään omaa, itselleen soveltuvaa elämäntapaa.

Olen rajannut käsittelyni puolisoitten keskinäisten välien säätelyyn avioliiton kestäessä. Tässä säätelyssä tulee selkeimmin esille aviopuolisoitten yhteiselämää koskevat käsitykset. Tarkastelen lähinnä vain puolisoitten elämää perinteisesti ja tietoisesti säädelleitä lakeja eli pääasiassa avioliittolakia. En varsinaisesti käsittele avioeroa enkä koko työssä lapsia koskevaa sääntelyä, koska nämä aiheet toisivat mukanaan omaa erityisproblematiikkaansa. Kiinnostukseni on kohdistunut yksityisoikeudelliseen ajatteluun eli tarkastelun ulkopuolelle jäävät työssäni esimerkiksi vero- ja sosiaalioikeus, vaikka niiden vaikutus parisuhteen osapuolten asemaan on nykyaikana hyvin merkittävä. Esimerkiksi verotuksella ja lastenhoitopalveluiden tai -tukien tasolla vaikutetaan avio- tai avopuolisoitten työssäkäyntiin. Nykyisessä roolitilanteessa »toisen» kotona työskentely tarkoittaisi yleensä käytännössä naisen kotona työskentelyä.

Koska kiinnostukseni lopullisena kohteena on tulevaisuus eli osoittaa valintoja ja vallitsevia asenteita, jotta niistä voitaisiin tarvittaessa murtautua ulos, riittää avioliittolainsäädäntöä koskevan tarkastelun kohteeksi tämä vuosisata. Tähän rajaukseen on myös työekonomiset syynsä: Saksassa oli voimassa ennen vuonna 1900 voimaan tullutta BGB:tä lukuisia paikallisia lakeja, joiden yhdistelmä BGB on.

Kuvaan lainsäädännön avioliittokäsityksiä lakitekstien ja niiden perusteluiden pohjalta.²² Lakien perustelut eivät luonnollisestikaan anna yksiselitteisen »oikeaa» kuvaa lakien taustalla olevista asenteista. Niissä ilmenee kuitenkin tiedostetut pyrkimykset sekä yhteiskunnallisia asenteita tai oletuksia niistä. Lainsäädännön perusteluissa ilmaistaan sekä lainsäätäjän kannanottoja että oletettua yleistä mielipidettä varten kirjoitettuja, ehkä myös vastustajien rauhoittamiseksi tarkoitettuja perusteluja. En yritä selvittää, millaisia asenteita lainsäädäntötyössä mukana olleilla ihmisillä oli, vaan minkälaisia asenteita nämä tekstit työni näkökulmista ja lähtökohdista heijastavat. Työni tarkoituksena ei ole selvittää, mitkä tekijät ovat vaikuttaneet lainsäädäntötyön taustalla ja aikaansaaneet kyseisen lainsäädännön, vaan hahmottaa laeissa ja niiden perusteluissa ilmeneviä tietoisia tai tiedostamattomia työn aihepiiriin liittyviä käsityksiä.

Oikeuskäytäntöä käsittelen avioliittovertailussa vain poikkeuksellisesti, yleensä lisäselvennyksenä. Sen ajan osalta, jolloin Saksassa ei ollut voimassaolevaa avioliittolainsäädäntöä, käsittelen oikeuskäytäntöä lainsäädännön asemasta. Koska kiinnostukseni kohteena on parisuhdeasenteet, lainsäädäntötekstit ovat antoisin tutkimuskohde. Lait perusteluineen ovat yhteiskunnallisia ohjelmanjulistuksia, joiden tarkoituksena on tuoda esille yhteiskunnan asennoituminen kyseessä olevaan asiaan. Oikeuskäytäntö ei olisi tuonut niin merkittävää lisätietoa asennekartoitukseen, että siihen paneutumisen vaatimaan työmäärään olisi kannattanut ryhtyä. Jos tarkoitukseni olisi ollut kuvata asenteiden yksityiskohtaista muuttumisprosessia ja sen mahdollisia syitä, oikeuskäytännön ja -kirjallisuuden systemaattisen mukaanottamisen olisi voinut katsoa tarpeelliseksi. Avioliittoa koskevat oikeustapaukset koskevat lisäksi pääasiassa avioerotilanteita, joten monet käsittelemäni säädökset eivät useinkaan tule tuomioistuimissa käsiteltäviksi.

Koska kuvaan lainsäädännön kehitystä noin vuosisadan ajalla asenteiden heijastajana, olen rajoittanut vertailun kahteen maahan. Saksa on siinä mielessä otollinen vertailukohde Suomelle, että näiden maiden oikeusjärjestykset ovat rakenteellisesti melko samankaltaisia, ja niiden perhelainsäädännöillä on ollut molemminpuolisesti vaikutusta toisiinsa. Avioliiton merkitys sen sijaan on näissä maissa etenkin naisille erilainen. Saksassa ovat kotirouva-avio-

²² Saksassa on lakikommentaareilla tärkeä osuus lainkäytössä. Suomessa ei tällaisia ole, jolloin oikeuskirjallisuuden vaikutus ei ole yhtä »institutionalisoitunutta». Lakikommentaareillakaan ei silti ole merkittävämpää roolia työssäni, vaan molempien maiden osalta pääpaino on perusteluteksteissä.

liitot ja naisten osapäivätyö yleisempiä kuin Suomessa.²³ Siellä on myös porvarillinen ydinperheideologia ollut vahvempi kuin Suomessa. Aineistoni pohjalta tehdyt johtopäätökset koskevat sinänsä vain näitä kahta maata, mutta ovat monilta osin laajemmin yleistettäviä. Dikotomianäkökulma, josta aineistoani analysoin, on yleinen piirre eikä kuvaa erityisesti Suomea ja Saksaa. Pikemminkin voi sanoa, että näkökulmaa on testattu konkreettisesti Suomeen ja Saksaan.

Käsittelen tutkimuksessani avioliiton jälkeen muita parisuhteen oikeudellisia muotoja eli lähinnä avoliittoja ja oikeudellista suhtautumista niihin. Suomessa ja Saksassa avoliittoja ei ole yksityisoikeudellisesti liittomuotona säädelty. Lähdemateriaalina on ollut oikeuskirjallisuus ja -käytäntö. Yksityisoikeudellinen oikeuskäytäntö koskee pääasiassa omaisuuden jakoa avioliiton purkauksessa, minkä tilanteen käsittelyyn olen rajannut omankin työni avoliittotarkastelun. Käsittelen jollain tasolla eräiden muidenkin länsimaisten oikeusjärjestysten suhtautumista epämuodollisiin liittoihin. Samaa sukupuolta olevien parisuhteet voivat tällä hetkellä olla Suomessa ja Saksassa pelkästään epämuodollisia avoliittoja. Näin ei ole kaikissa maissa. Selvitän lyhyesti, minkälaisia oikeudellisia parisuhdemuotoja kulttuuripiirimme oikeusjärjestelmissä esiintyy.

Avoliittotarkastelu sekä perustuu avoliittokuvaukselle että jatkaa siinä esiin tulleita teemoja ja tuo konkreettisesti esille oikeudellisten rakenteiden eli oikeudenalajaottelun liittymisen aiheeseen. Avoliitto-osa ei ole samalla tavalla systemaattinen kartoitus kuin avoliitto-osa, vaan siinä hahmotetaan pääpiirteittäin kuinka avoliittoon on oikeudellisessa ajattelussa suhtauduttu ja mitkä seikat avoliittoajattelussa ovat tämän työn teeman kannalta erityisiä ja keskeisiä.

1.2. Yleisesti työn metodista

Naistutkimuksessa ovat metodikeskustelut olleet keskeisellä sijalla. Sandra Harding on erottanut toisistaan metodin, metodologian ja epistemologian.²⁴ Hänen mielestään feminismi ei kosketa metodin tasoa, jonka hän näkee hyvin teknisenä. Muun muassa Sara Heinämaa on kysynyt, kuinka feminismi voisi olla muuttamatta myös metodin tasoa ja esittää – mieluummin kuin feminiiniseksi kuin feministiseksi – menettelytapamahdollisuudeksi otetta Luce Irigarayn tekstistä, jossa esiintyy asioiden kääntämistä, hajottamista, taivut-

²³ Att arbeta i Europa, s. 139, 141.

²⁴ Harding, s. 1.

tamista, aukkojen hyödyntämistä, uusien paikkojen kaivertamista... »Voima, jota ei enää voi ohjata valmiitten piirustusten ja pintojen mukaiseksi.«²⁵ Itse näen metodin, metodologian ja epistemologian toisiinsa lomittuneina jatkumoina. Katharine Bartlett pitää feministisiä metodeja myös itsessään lopputuloksina, päämäärinä (ends). Feministinen tekeminen on tavallaan feminististä tietämistä ja päinvastoin.²⁶

Tieteellinen metodi on nähty tieteellisen objektiivisuuden takaajana. Metodi on tehnyt tieteellisestä tutkimuksesta »tieteellistä totuutta» erottaen sen subjektiivisista, arvoväitteistä pohdiskeluista. Mutta mikä on metodi? Kaikessa yksinkertaisuudessaan se on menetelmä, jolla tutkimus tehdään. Voi ko menetelmä olla objektiivinen? Menetelmä määrittelee, mitä sillä voidaan tutkia ja millä tavoin, mikä on relevanttia. Menetelmän todellisuuteen kuulumattomat asiat suljetaan tutkimuksen ulkopuolelle, koska niitä ei voida sillä tutkia.²⁷ Kaikki menetelmät ovat siten subjektiivisia. Ne perustuvat joillekin maailmankuville ja todellisuuskäsityksille ja arvoille, sekä sulkevat aina jotain pois »todellisuudesta». Samoin on tulosten tulkinnan laita. Joillain tieteenaloilla on perinteisesti ollut hyvin rajoitettu määrä metodeja – ehkä vain yksi. Maailmankuvaa, jolle metodi on perustunut ei ole tarvinnut pohtia niin kauan kuin metodi on otettu itsestään selvyytenä. Metodi on näin saanut kyseenalaistamatta määritellä tutkimuksen kohteet ja tulokset. Lähdettäessä päinvastoin liikkeelle tutkimusongelmista pohditaan metodeja, niiden todellisuutta ja käyttökelpoisuutta ja päädytään usein käyttämään monia metodeja yhtäaikaan.

Olenlaisin osa jokaisen tutkijan metodia on hän itse.²⁸ Meidän tapamme hahmottaa todellisuutta määrittelee sen, minkälaisia menettelytapoja valitsemme, miten niitä käytämme, ja mitä johtopäätöksiä niistä vedämme. Luottaessaan objektiivisiin metodeihin tutkijan ei tarvitse pohtia itseään tai maa-

²⁵ Heinämaa (1991), hänen kääntämänsä ote (s. 35) kirjasta Luce Irigaray: *Speculum of the Other Woman*, New York 1985, s. 142.

²⁶ Bartlett, s. 393.

²⁷ Gruen, s. 52, 55, on nähnyt abstrahoinen syynä inhimillisen kokemisen rajoittumiseen ja tuhoutumiseen, tällöin yhteys tunne-elämän todellisuuteen vähenee. Metodologia, joka ei pysty saamaan mitään selvää ihmisen kokemisen sisällöstä, on veruke, jonka avulla tiede työntää tämän tavoittamattomissaan olevan alueen syrjään.

²⁸ Ihminen on oikeustieteen subjekti ja objekti. West aloittaa artikkelinsa *Jurisprudence and Gender* kysymyksellä »Mikä on ihminen?». Hän toteaa oikeustieteen käsittelevän ihmisiä ja pohtii artikkelissaan sukupuolta ja ihmiskäsitystä. Ks. toisaalta Petersen (1996), s. 128, joka huomauttaa Westin lauseen »Jurisprudence, after all, is about human beings» sulkevan oikeudellisten subjektien piiristä muut kuin ihmiset ja ihmisten luomat oikeudelliset subjektit.

ilmankuvaansa eikä niiden vaikutusta hänen tutkimukseensa. Lähdetessä siitä, että kaikki tutkimus on subjektiivista, ensisijainen tehtävä on selvittää, minkälaiselta maailmankatsomukselta tutkimus lähtee, mikä on sen todellisuuskäsitys ja – etenkin yhteiskunnallisissa ja ihmistieteissä – sen ideaalitodellisuus. Ilman itsetuntemusta eivät oman ajattelun ja siihen aina liittyvien tunteiden perusteet voi aueta itselle eikä niiden vaikutusta tutkimukseen havaitse. Oikeustiede ja erityisesti sen jotkut alat, kuten parisuhdeoikeus, perustuvat selkeästi määrätyille arvoille, joista useita ei juurikaan kyseenalaisteta. Nämä arvot ovat niin yleisesti sisäistettyjä, ettei niitä enää nähdä. Itsetuntemus on olennaisen tärkeää myös kyvyssä eläytyä toisiin ja toisten todelluuksiin, mitä tutkijalta usein edellytetään.²⁹

Työni voi luokitella myös naisoikeudelliseksi. Bartlett on jaotellut kolme naisoikeuden metodia: 1) Kysyä naiskysymys eli kuinka oikeus voi peittää näkyvistä muun muassa naisten perspektiivin. 2) Feministinen käytännöllinen päättely eli oikeudellisesti relevanttien seikkojen laajentaminen. 3) Tietoisuuden nostaminen eli oikeudellisten periaatteiden testaaminen niiden näkökulmasta, kokemuksista, joita ne suoraan koskevat.³⁰ Feministisen epistemologiakeskustelun hän on jaotellut neljään osaan: 1) rationaaliseen/empiriseen positioon, 2) näkökulmaepistemologiaan, 3) postmodernismiin ja 4) positionaalisuuteen.³¹ Ensimmäisessä pyritään parantamaan oikeusjärjestystä ja lakeja rationaalisin ja empiirisin perustein. Toisessa naiset nähdään uhreina, mikä antaa heille toisenlaista ymmärrystä asioista. Kolmannessa subjektilla ei nähdä olevan mitään ydinidentiteettiä ja oikeutta tarkastellaan kriittisesti sosiaalisena rakennelmana ja paljastetaan sen piilotettuja sukupuolisidonnaisuuksia ja valtarakennelmia. Neljäs on Bartlettin mukaan kolmen ensin mainitun häntä tyydyttävä synteesi. Kokemus on vuorovaikutuksessa sen hetkisen käsityskyvyn kanssa paljastaakseen uusia ymmärryksiä. Totuus nähdään kuten postmodernissakin paikallisena ja osittaisena.

Mikä on minun menettelytapani – metodini? Luen empiria-aineistoani dikotomian näkökulmasta käsin. Keskeinen kysymykseni on, mikä merkitys sukupuolijaolla on välillisesti tai välittömästi parisuhdetta koskevassa oikeudellisessa ajattelussa. Painopisteet ja keskeisiksi muodostuvat teemat hahmottuvat materiaalista näiden kysymysten läpi. Aineistoa analysoidessani sukupuolijako saa rinnalleen muita sitä vastaavia jakoja ja laajenee kosemaan parisuhdeoikeuden ja oikeudenalajaottelun suhdetta. Ihanne, jota vas-

²⁹ Ks. eläytymisestä Fox Keller, s. 171–189, Olsson ja Reinke.

³⁰ Bartlett, s. 371–383.

³¹ Bartlett, s. 383–393.

ten peilaan materiaaliani, on yksilön mahdollisuus elää sisäisen autonomian eikä sukupuoliroolien tai muiden ulkopuolelta annettujen määritysten mukaista elämää.

Ne seikat, joita poimin materiaalista parisuhdeasenteiden ja sukupuoli-sidonnaisen ajattelun kuvaajina, ovat määrittyneet sen mukaan, miten minä ne ymmärrän ja mitkä asiat katson niiden ilmentymiksi.³² Koko työ on metodinsa selvennystä. Käsitykseni siitä, mitkä ajattelutavat liittyvät sukupuolijakoon ja sukupuolirooleihin, on jo vaikuttanut tutkimusmateriaalin keräämiseen. Koska yksi kysymykseni on, mitkä tekijät edesauttavat vapautumista sukupuolirooleista omaehtoisuuteen, pohdin materiaaliani siitä käsin, min-käläisiä vaikutuksia erilaisilla tekijöillä on sukupuolijärjestelmän pystyessä pitäjinä tai siitä vapauttajina. Työstäni löytynee jonkin verran kaikkia edellä kuvattuja metodisia ja epistemologisia lähtökohtia ja elementtejä, toisia enemmän ja toisia vähemmän.

Olen pyrkinyt vastaamaan pikemminkin kysymykseen *miten* näen asioiden olevan kuin *miksi* näin on. Tämänkin työn voi nähdä miksi-selityksinä, mutta koen enemmän katsovani kuvaa määrätyn silmin kuin kertovani miksi siitä on tullut sellainen kuin se on. Työni on vertikaalinen läpileikkaus oikeudellista ajattelua muokkaavista tasoista. Kaikki tasot ovat vuorovaikutuksessa toistensa kanssa ja heijastavat toisiaan. Käsittelyni pääpaino on ideologisella tasolla, jota dogmaattinen taso heijastaa.

Lähdekirjallisuuden olen valinnut sen perusteella, mitä olen nimenomaisesti käyttänyt tässä tutkimuksessa. En ole huolehtinut siitä, että kaikki »merkittävä» kirjallisuus tulee kommentoiduksi tai mukaan lähdeluetteloon, jos se ei vie omaa tutkimustani eteenpäin. Pyrkimys viitata kaikkeen tutkimuksensa aihepiiristä kirjoitettuun liittyy käsitykseen, että tällä tavalla osoitetaan tutkimusaiheen täydellinen hallinta. Pääroolissa eivät tällöin ole oma kysymyksenasettelu ja tutkimusongelma. Näitä voidaan lähestyä monista näkökulmista ja monin menetelmin. Mahdollisuuksien kasvaessa kuvitelmaa asian täydellisestä hallinnasta jokaisesta lähestymistavasta käsin ei voi enää pitää yllä. Työlle relevantti aineisto määrittyy työn mukaan. On tehtävä valintoja ja perehdyttävä siihen aineistoon ja lähdemateriaaliin, joka on omasta kysymyksenasettelusta tarkastellen olennaisinta. Aiheeseen perehtymisen tapa määrittää myös sitä, mitä voidaan tutkia. Täydellisesti voi kuvitella hal-

³² Lukija on näin kirjoittajan »armoilla» jo käsiteltävän materiaalin valinnassa, edes pitkät sitaattit eivät muuttaisi tilannetta, koska hän ei silloinkaan tietäisi, mitä materiaalia on jätetty pois.

litsevansa vain suhteellisen rajattua kohdetta rajatu(i)lla metod(e)illa. Laajoissa ideologisissa tai näkökulmatarkasteluissa ei voi käsitellä kaikkia osa-alueita yhtä perusteellisesti kuin vain yhteen tällaiseen osa-alueeseen keskittyneessä työssä.

Olen tuonut esille, keitä kirjoittajia olen lainannut ja mille perusteille esitetyt asiat pohjautuvat. Joillain viittauksilla olen halunnut antaa lukijalle mahdollisuuden perehtyä lähemmin niihin tekstissä mainitsemini asioihin, joita en ole tarkemmin käsitellyt. Meidän jokaisen ajattelu on kehittynyt hyvin monimuotoisen elämäkokemuksen ja lukeneisuuden tuloksena, mitä emme tuo esille lähdeluettelossa, jos sillä ei ole riittävää yhteyttä tekstiin. Lähdeluettelo ei koskaan tosiasiallisesti kuvasta ajattelumme lähteitä kokonaisuudessaan – eikä kata kaikkea kaikkien mielestä relevanttia aineistoa.

En ole johdonmukaisesti sitoutunut mihinkään ajatussuuntaan tai kehenkään ajattelijaan. Viittaamalla jossain yhteydessä johonkin tiettyyn ajatukseen en siten tarkoita ottaa kantaa kyseisen kirjoittajan tai suuntauksen kokonaisuuteen. Oma maailmankatsomukseni on suurimmaksi osaksi muodostunut tieteellisen diskurssin ulkopuolella.

Kirjoitustyylini niin kielen käyttönä kuin esittämistapana yleisemminkin on osa metodia. Muotoa ja sisältöä ei tälläkään tasolla voi erottaa. Objektiiviseen tieteeseen uskottaessa kirjoitetaan pitkälti passiivissa, jolloin vaikutelma on neutraali ja yleistävä. Kirjoittajan persoona pidetään muutenkin piilossa. Silloin kun objektiivisuuteen ei uskota, kirjoittajan lähtökohtien eli myös hänen persoonansa esille tulo on usein olennaista. Tällaisen tieteen käsityksen myötä on ensimmäisen persoonapronomininkin käyttö lisääntynyt. Kirjoittaja »tunnustaa», että tutkimus perustuu hänen lähtökohdilleen, tutkimustavoilleen ja päätelmilleen samalla itsestäänselvyydellä kuin hän esimerkiksi sanoo »minun nimeni on X, minun kansalaisuuteni on X» eikä »nimi on X, kansalaisuus on X».

1.3. Vertaileva oikeustiede

Paljon keskustelua on käyty siitä, mitä vertaileva oikeustiede oikein on – vai pitäisikö oikeastaan puhua oikeusvertailusta.³³ Konrad Zweigert ja Hein Kötz määrittelevät vertailevan oikeustieteen maailman eri oikeusjärjestysten vertailuksi – älylliseksi toiminnaksi, jonka kohde on oikeus ja menetelmä ver-

³³ Ks. Glendon, Gordon, Osakwe, s. 1.

tailu ja erityisulottuvuus kansainvälisyys.³⁴ Onko se erillinen tieteenala, metodi vai onko se ylipäättään mitään, minkä voisi määritellä omaksi lohkokseen?³⁵ Rodolfo Sacco on katsonut vertailevan oikeustieteen, kuten muidenkin tieteiden, päämääräksi hankkia tietoa ja sen, kuten muidenkin oikeustieteiden, päämääräksi hankkia tietoa nimenomaan oikeudesta.³⁶ Vertaileva oikeustiede tutkii hänen määrittelyssään eroja ja samankaltaisuuksia kuten muutkin vertailevat tieteet, esimerkiksi vertaileva kielitiede.³⁷ Alan Watsonin mielestä vertaileva oikeustiede on tutkimusta oikeusjärjestyksen ja sen sääntöjen suhteesta toiseen oikeusjärjestykseen sekä tutkimusta oikeuden luonteesta (nature of law) ja erityisesti oikeudellisen kehityksen luonteesta.³⁸ Toisinaan on erotettu makro- ja mikrovertailu.³⁹ Makrovertailussa vertaillaan eri oikeusjärjestysten henkeä ja tyyliä, niiden käyttämiä ajattelu- ja menettelytapoja. Mikrovertailussa keskitytään nimenomaisten oikeudellisten ongelmien ratkaisutapoihin. Näiden vertailutapojen raja on häilyvä ja niitä käytetään usein rinnan.

H. C. Gutteridge on erottanut kuvailevan ja soveltavan vertailevan oikeustieteen.⁴⁰ Ensimmäinen ei pyri ratkaisemaan mitään ongelmaa, toisin kuin toiseksi mainittu. Pelkkää eri oikeusjärjestysten selostamista ei Gutteridgen esityksessä, kuten ei yleensääkään, pidetä varsinaisena oikeusvertailuna. Ratkaistavan ongelman ei tarvitse olla käytännöllinen, vaan se voi olla abstraktin oikeusteorian rakentaminen tai oikeushistoriallinen oikeudellisten käsitteiden ja instituutioiden alkuperän ja kehityksen jäljittäminen. Luodaan analyttisen prosessin seurauksena synteesi. Gutteridge ilmoittaa suhtautuvansa epäilevästi kolmanneksi ryhmäksi esitettyyn eli abstraktin tai spekulatiivisen vertailevan oikeustieteen olemassaoloon. Tutkimus, jota ei voitaisi luokitella joko kuvailevaksi tai soveltavaksi, olisi hänen mukaansa joka tapauksessa niin harvinaista, että sitä ei käytännössä olisi olemassa. Hän mainitsee Ernst Rabelin kutsuneen tätä kategoriaa puhtaaksi vertailevaksi oikeustieteeksi ja sen päämääränä olevan vain tiedon lisääminen oikeudesta.

³⁴ Zweigert, Kötz I, s. 2.

³⁵ Ks. yleisesityksinä vertailevan oikeustieteen käsitteestä, metodeista ja tehtävistä muun muassa Zweigert, Kötz I, s. 1–75, Glendon, Gordon, Osakwe, s. 1–14 ja Hervey.

³⁶ Sacco, s. 4–5.

³⁷ Rinnastuksesta vertailevaan kielitieteen, ks. myös Watson, s. 7.

³⁸ Watson, s. 5–6.

³⁹ Ks. Zweigert, Kötz I, s. 4–5.

⁴⁰ Gutteridge, s. 8–10.

Hugh Collins on erottanut vertailevan oikeustieteen historiassa neljä suositua perustaa vertailulle:⁴¹ 1) luonnonoikeudellinen suuntautuminen ja myöhemmin oikeuden yhtenäistäminen, mieluumminkin *ius gentium* kuin *ius naturale* 2) oikeuden muutosten tutkiminen, missä ilmenevät yhteiskunnan kehityksasteet ja voidaan valaista voimia ja mekanismeja, jotka aiheuttavat muutoksia oikeusjärjestyksissä ja yhteiskunnissa 3) parhaiden ratkaisujen etsiminen oikeudellisille ongelmille kotimaassa 4) keino ymmärtää paremmin omaa oikeusjärjestystä. Zweigert ja Kötz ovat katsoneet, että kolmannessa kohdassa kuvatuista vertailuista voisi kutsua kansalliseksi vertailevaksi oikeustieteeksi.⁴² Heidän mukaansa tulisi pyrkiä todella kansainväliseen vertailevaan oikeustieteeseen, joka voisi muodostaa perustan yleismaailmalliselle oikeustieteelle. Neljännen kohdan mukainen suuntaus on Collinsin mukaan ilmaantunut ja tullut vallitsevaksi noin kolmenkymmenen viime vuoden aikana ja hän kutsuu sitä uudeksi vertailevaksi metodiksi.⁴³

Minkälainen menetelmä on vertailu? Vertailevassa oikeustieteessä ajatus metodien moninaisuudesta ja niiden määräytymisestä tutkimuskohteen mukaan työn edetessä ei ole uusi.⁴⁴ Vertaileva oikeustiede painottaa oikeustodellisuutta, oikeudellisten keinojen päämääriä ja konkreettisia lopputuloksia. Saccon mukaan sen metodi on vastakkainen dogmaattiselle metodille.⁴⁵ Vertailevan oikeustieteen menetelmät kuvataan usein erittäin käytännönläheisesti.⁴⁶

Collins luettelee viisiportaisen uuden vertailevan oikeustieteensä metodisäännösten: tunnista kotimaan oikeuden tarkoitukseltaan epäselvä kohta, tunnista se yhteiskunnallinen ongelma, johon kyseinen kohta pyrkii vastaamaan, tutki muiden oikeusjärjestysten vastauksia samaan ongelmaan, arvioi ovatko muiden oikeusjärjestysten ratkaisut parempia kuin oman oikeusjärjestyksen ja analysoi uudelleen omaa oikeusjärjestystä löytääksesi käsitteelliset esteet tyydyttävämpien ratkaisujen saavuttamiseksi.⁴⁷

⁴¹ Collins (1991) s. 396–399. Collinsin esitys koskee sopimusoikeutta ja erityisesti Ranskan ja Englannin oikeutta.

⁴² Zweigert, Kötz I, s. 45.

⁴³ Collins (1991), s. 398. Collins katsoo, s. 404, että kohdistamalla tutkimus filosofisiin kysymyksiin ja historiallisiin ideologioihin eikä yhteisiin yhteiskunnallisiin ongelmiin valitaan aihe, joka ei sovi uuteen vertailevaan metodiin eikä tällöin päästä vaivan arvoisiin vertaileviin johtopäätöksiin. Collinsin artikkeli on kirja-arvostelu ja edellä mainittu kritiikki on osoitettu artikkelikokoelman yhteen lukuun.

⁴⁴ Ks. esimerkiksi Gutteridge, s. 72 ja Zweigert, Kötz I, s. 29–30.

⁴⁵ Sacco, s. 25–26.

⁴⁶ Ks. esimerkiksi Gutteridge, s. 72–87 ja Zweigert, Kötz I, s. 28–46.

⁴⁷ Collins (1991), s. 399.

Collins kiinnittää huomiota yhteen vertailevan oikeustieteen keskeiseen painotukseen. Oikeusjärjestyksiä verrattaessa – ja siirrettäessä yhden järjestyksen sisällä syntyneitä menettelytapoja toiseen järjestykseen – tulee ottaa huomioon kyseessä olevat oikeusjärjestykset kokonaisuutena ja osana omaa yhteiskuntaa ja sen erityispiirteitä.⁴⁸ Yksittäisen oikeudellisen ratkaisun, kuten lain tai pykälän, erottaminen yhteyksistään ei voi useinkaan antaa oikeaa kuvaa sen toimintaperiaatteista. Zweigert ja Kötz pitävät funktionaalisuutta vertailevan oikeustieteen metodologisena perusperiaatteena.⁴⁹ Tällä periaatteella he tarkoittavat sitä, että keskenään voi hyödyllisesti verrata vain niitä asioita, jotka täyttävät saman tehtävän, funktion. Eri oikeusjärjestykset ratkaisevat samat asiat usein aivan eri keinoin, vaikka usein päätyvätkin samaan tulokseen. Kysymyksiä ei siten voi asettaa oman oikeusjärjestyksen käsitteistöstä lähtien. Zweigertin ja Kötzin mukaan vertailijan on omaksuttava uusi näkökulma, jonka kautta hän tarkastelee vertailun kohteita.⁵⁰ Tämä tapahtuu vapauttamalla jokaisen oikeusjärjestyksen omaksuma ratkaisu kyseisen oikeusjärjestyksen yhteydestä ja arvioimalla niitä suhteessa toisiinsa. Näin nämä ratkaisut voidaan nähdä puhtaasti tehtävänsä valossa, yrityksenä tyydyttää tietty oikeudellinen tarve.

Vertailevassa oikeustieteessä on yksi keskeisiä keskustelun aiheita ollut oikeudellisten ratkaisujen siirrettävyys oikeusjärjestyksestä toiseen. Näissä pohdintoissa esiintyvät kriteerit voivat soveltua myös pohdiskeluihin, voidaanko eri oikeusjärjestyksille asettaa samankaltaisia muutosvaatimuksia.

Mary Ann Glendon, Michael Wallace Gordon ja Christopher Osakwe ovat määritelleet vertailevan oikeustieteen metodia seuraavasti.⁵¹ Se vertailee oikeudellisia menetelmiä, joilla tavoitellaan erilaisia yhteiskunnallisia päämääriä. Se on kiinnostunut järjestelmistä (systems) ja tehtävistä (functions) enemmän kuin rakenteista ja säännöistä. He kuvaavat vertailevaa oikeustiedettä myös oikeus- ja yhteiskunnallisen teorian välttämättömänä heuristisena metodina.⁵² Heidän mukaansa Montesquieu, de Tocqueville ja Max Weber käyttivät sitä valaisemaan oikeuden historiaa ja kasvua, sen roolia yhteiskunnassa, sen suhdetta käyttäytymiseen ja ajatuksiin. Glendon, Gordon

⁴⁸ Collins (1991), s. 397–398.

⁴⁹ Zweigert, Kötz I, s. 31. Glendon, Gordon, Osakwe katsovat, s. 11, Ernst Rabelin panneen vertailevan oikeustieteen 1900-luvulla uudelle perustalle, mitä heidän mukaansa kuvaavat kaksi avainsanaa: funktio ja konteksti.

⁵⁰ Zweigert, Kötz I, s. 41–42.

⁵¹ Glendon, Gordon, Osakwe, s. 12.

⁵² Glendon, Gordon, Osakwe, s. 13.

ja Osakwe katsovat, että vertaileva oikeustiede auttaa meitä ymmärtämään yhteiskunnallisen, yhtä hyvin kuin oikeudellisen, muutoksen dynamiikkaa ja se voi antaa meille tärkeitä johtolankoja vallan rakenteesta ja sijainnista määrättyssä yhteiskunnassa.⁵³

Sacco on kiinnittänyt erityishuomiota julkilausumattomiin periaatteisiin ja käsityksiin, jotka on tunnettava pystyäkseen vertailemaan eri maiden oikeusjärjestyksiä samoin edellytyksin.⁵⁴ Oikeustodellisuus eli yksittäiset lait tai oikeuskäytäntö eivät välttämättä kaikilta osin vastaa joitain oikeusjärjestyksessä vallitsevana pidettyjä yleisiä oikeusperiaatteita. Juristit eivät aina havaitse tätä ristiriitaa sisäistämässään omassa oikeusjärjestyksessä. Oikeusvertailussa huomaa, kuinka samat lait ja tieteelliset sanamuodot voivat tuottaa erilaisia sovellutuksia eri oikeusjärjestyksissä tai päinvastoin. Sacco katsoo, että kaikki tulkintaan vaikuttavat seikat ovat oikeuslähteitä. Noudatamme jatkuvasti sääntöjä, joista emme ole tietoisia tai joita emme pystyisi selkeästi muotoilemaan. Sacco kutsuu näitä »salavaikuttajia» kryptotyypeiksi, jotka tulisi paljastaa ja tämä onnistuu hänen käsityksensä mukaan vain vertailevan oikeustieteen avulla. Kryptotyyppien löytämiseen johtavat havainnot, että periaate ja nimenomainen sanamuoto eroavat toisistaan; lopputulos on toinen, kuin mihin oikeussääntö näyttäisi johtavan.

Voi kysyä, jääkö vertailevan oikeustieteen sitä muusta oikeustieteen/metodin harjoittamisesta erottavaksi piirteeksi muuta kuin »vertailu». Kun vertailun kohteet vaihtelevat hyvinkin suuresti, lienee selvää, että sen menetot vaihtelevat jo tästäkin syystä. Otto Kahn-Freund on sanonut vertailevan oikeustieteen olevan yhteinen nimi moninaisille metodeille tarkastella oikeutta.⁵⁵

⁵³ Suomalaisen vertailevan oikeustieteen väitöskirjojen voisi katsoa sisältyvän tähän kuvaukseen. Heikki E. S. Mattilan väitöskirja (*Les successions agricoles et la structure de la société*, Helsinki 1979) käsittelee suomalaisen maatilaperimysjärjestelmän kehittämistä vertailukohteena pääasiassa sosialistinen Puola. Väitöskirjan toinen vastaväittäjä Andrzej Stelmachowski on kutsunut hänen metodiaan filmitekniikaksi, tutkimuskohdetta valotetaan useista kuvakulmista (Lakimies 1980, s. 300). Juha Tolosen väitöskirja (*Der allgemeine Erklärungshintergrund der wirtschaftlichen Ordnung und seine Anwendung auf das Aktiengesellschaftsrecht*, Helsinki 1974) käsittelee talousjärjestyksen, -teorioiden ja osakeyhtiöoikeuden suhdetta.

⁵⁴ Tässä kappaleessa mainitut asiat luvuista *Features of Some »Legal Formants»*, s. 30–32 ja *Cryptotypes*, s. 384–387.

⁵⁵ Kahn-Freund, s. 41.

1.3.1. Tämän työn ja sen metodin suhde vertailevaan oikeustieteeseen

Mikä on minun vertailuni suhde edellä esittämääni katsaukseen? Tarkoitukseni on koko tässä luvussa ollut paikantaa omaa työtäni suhteessa yleisiin käsityksiin vertailevan oikeustieteen tutkimuksesta.

Oman työni kannalta ei ole tarpeellista pohtia vertailevan oikeustieteen luokitusta tieteen kentässä. Rajat tieteen ja metodin, eri tieteenalojen, tieteenalojen sisäisten alaluokitusten ja tieteen ja ei-tieteen välillä ovat veteen piirrettyjä: loppujen lopuksi kuvitteellisia ja joka tapauksessa alati liikkuvia. Käsitykset vertailevan oikeustieteen luonteesta ja tehtävistä liittyvät käsityksiin (oikeus)tieteen tehtävistä yleensä.⁵⁶ Mitä enemmän kyse on oikeutta koskevien yleisempien linjojen hahmottamisesta eri oikeusjärjestyksissä, sitä lähemmäksi tulemme muun muassa yleistä oikeusteoriaa tai oikeusfilosofiaa. En lähde tässä pohtimaan, onko vertailu apuväline oikeusteorialle vai päinvastoin tai sisältyykö esimerkiksi oikeusteoreettinen aines vertailevaan oikeustieteeseen.⁵⁷ Itse luokittelun – jos/kun luokitella täytyy? – työni vertailevaksi oikeustieteeksi lähinnä siksi, että tutkimuksen pääroolissa ovat määrät – yhtä useammat – oikeusjärjestykset, joiden asennoituminen tutkimuksen kohteena oleviin kysymyksiin on keskeisellä sijalla.

Työni pääpaino on oikeudellisen ajattelun taustalla nähtävien sukupuolijakoon liittyvien ajattelutapojen ja jaotteluiden kartoittamisessa ja tämän sukupuolijärjestelmän hajoittamismahdollisuuksien pohtimisessa. Kiinnostukseni perimmäinen kohde on siten tietyn vaikuttajan eli sukupuolen ja sen liitännäisten rooli oikeudellisessa ajattelussa ja sen muodostumisessa. Tämä ei ole ollut perinteisesti keskeinen oikeustieteellisen kiinnostuksen kohde. Näin ollen sitä ei juuri löydy vertailun kohteeksi luokitelluista asioista. Taustavaikuttajien etsiminen on vertailevassakin oikeustieteessä ollut sosiologisesti suuntautunutta, syiden ja seurauksien tutkimusta. Kuvaisin omaa lähestymistapaani päätarkoitukseltaan makrovertailuna, jolla pyritään sukupuolinäkökulmasta valottamaan parisuhdeinstituutioon ja sen suhteeseen muihin oikeudenaloihin liittyvää oikeudellista ajattelua. Haen tässä työssäni tietoa oikeudesta lähinnä määrittelemällä samankaltaisuuksia, saman kulttuurialueen sukupuolijärjestelmän vaikutusta kahden maan oikeudellisessa ajattelussa.

⁵⁶ Käsitteiden ja järjestelmien luomisella sekä luokitteluilla on täten perinteisesti ollut keskeinen sija myös vertailevassa oikeustieteessä, ks. esimerkiksi Zweigert, Kötz I, s. 43–46 ja 63–75.

⁵⁷ Ks. vertailevan oikeustieteen ja oikeusteorian suhteesta Klami (1981), ks. aiheesta myös esimerkiksi Watson.

Vertailtaessa parisuhdelainsäädäntöä eri maissa voi yhtenä päämääränä olla hahmottaa kyseisten maiden lainsäädäntöjen kehityslinjoja.⁵⁸ En ole lähtenyt tälle tielle, vaan pyrkimyksenäni on selittää työssäni esille nousevien sukupuoliasenteiden merkitystä oikeudellisessa ajattelussa varsinaista sukupuolijakoa laajemmasta dikotomiaperspektiivistä käsin. Kehityslinjojen hahmottamisen sijasta hahmotan yhteisiä ajattelutapoja ja niiden merkitystä oikeudellisessa ajattelussa. Hannu Tapani Klami on vertailumittareita (tertium comparationis) pohtiessaan nimennyt yhdeksi ryhmäksi tieteellisen teorian tai poliittisen ideologian käyttämisen vertailumittarina.^{59a} Käyttämäni sukupuoli-ideologia- ja dikotomianäkökulma lienee rinnastettavissa tällaisiin mittareihin.

Työni lähtökohtahypoteesi on, että yhteiskunnan sukupuolijako sekä sukupuoli- ja sukupuoliroolikäsitykset ovat tavalla tai toisella Saccon esityksen mukaisia oikeuden kryptotyyppejä, jolloin ne myös olisivat hänen ajattelussaan oikeuslähteitä. Osa käsittelemistäni sukupuolisidonnaisista käsityksistä lienee tiedostamattomia, osa tiedostettuja ja osa molempia. Kaarlo Tuori on luokitellut oikeuden tasot seuraavasti: pintataso, oikeuskulttuuritaso ja syvärakennetaso.^{59b} Lähtökohtani on, että sukupuolijako on vaikuttanut ja vaikuttaa näillä kaikilla tasoilla joko välittömästi tai välillisesti. Sukupuolijako, etenkin laajasti käsitettynä, on ajattelutapa eli systeemi, jonka kautta olemme jäsentäneet ja rakentaneet maailmaamme ja oikeusjärjestelmiämme. Tarkoitukseni on oman aiheeni osalta hahmottaa systeemiyhteyttä sukupuolijakon ja oikeusjärjestelmien välillä.⁶⁰ Luokittelen kysymyksenasetteluni lähinnä oikeusfilosofian alaan kuuluvaksi: kiinnostukseni kohdistuu joihinkin oikeudellisen ajattelun taustalla vaikuttaneisiin maailmankatsomuksiin ja ajatusrakennelmiin ja siihen, kuinka oikeudellinen – eli lähinnä perhe- ja sopusopusoikeudellinen – ajattelu heijastaa niitä.

Tarkasteltavanani olevat yhteiskunnat ovat kulttuurisesti, yhteiskuntarakenteellisesti ja oikeudellisesti riittävän samankaltaisia, jotta niiltä voi odottaa periaatteellisella tasolla – ei välttämättä yksityiskohtaisen teknisesti – samankaltaisia parisuhderatkaisuja. Lainsäädännön tarpeet muuttuvat yhteiskunnan mukana, mutta ainakin joissain kysymyksissä lienee mahdollista tavoitella oman aikansa yhteistä oikeutta saman tyyppisissä yhteiskunnissa – silloin kun tietyt ratkaisut näyttäytyvät yleisesti perustelluimmilta.

⁵⁸ Ks. esimerkiksi Glendon.

^{59a} Klami (1997), s. 18. Hän mainitsee esimerkkinä tähän kategoriaan luettavista töistä aiemmin alaviitteessä mainitsemani Tolosen väitöskirjan.

^{59b} Tuori (1997), s. 432–436.

⁶⁰ Vertaa Aarnio (1975), s. 278.

2. SUKUPUOLIJAKO⁶¹

2.1. Sukupuoli

Yksi kyseenalaistamattomimpia »luonnollisuuksia», joille parisuhdetta koskeva oikeudellinen ajattelu perustuu, on ihmisten jakaminen kahteen sukupuoleen. Useimmissa maissa ainoastaan eri sukupuolta edustavat kumppanit saavat solmia oikeudellista merkitystä omaavan parisuhteen. Näin on siitakin huolimatta, että oikeutta solmia avioliitto ja perustaa perhe pidetään perus- ja ihmisoikeutena. Niissäkin maissa, joissa samaa sukupuolta edustavilla kumppaneilla on mahdollisuus solmia oikeudellisesti tunnustettuja aviotai avoliittoa vastaavia liittoja, heitä varten on yleensä erillinen sääntely.

Yksi merkittävimpiä perusteita jakaa ihmiset kategorioihin on sukupuoli. Suvun vallan heikennyttyä ja yksilöllisyyden ja yksilön oikeuksien korostuessa on sukupuolesta meidän kulttuuripiirissämme tullut tavallaan painoarvoltaan entistä merkittävämpi ihmistä määrittävä tekijä. Enää ei ole yleisesti hyväksyttävää esittää, että eri rotujen tai yhteiskuntaluokkien erilainen asema on luonnollinen seuraus niiden erilaisuudesta. Sukupuoli on jäänyt jäljelle ihmisten erottelun »luonnollisena» perusteena.

Naistutkimuksen keskeisiä keskustelunaiheita on ollut essentialisuus. Ovatko naiset ja miehet olemuksellisesti erilaisia? Koko ajatus *naistutkimuksesta* ja kysymys sukupuolierojen olemuksellisuudesta voi nousta vain edellä käsitellystä kaksijakoisuudesta: ihmiset on jaettu naisiin ja miehiin. Ryhmiin jako tarvitsee perustekseen eroja eri ryhmiin kuuluvien välillä ja yhtäläisyyksiä samaan ryhmään kuuluvien välillä. Nais- ja sukupuolitutkimuksessa on viime aikoina noussut vahvasti esille käsitys, etteivät sukupuolet ole olemuksellisesti erilaisia.⁶² Yhdyn tähän käsitykseen. Käsitys sukupuolen olemuksellisuudesta liittyy kuitenkin kiinteästi siihen, mitä tarkoitamme olemuksellisuudella. Joillain sen määrittämisellä ja jossain mittakaavassa se saattaisi minunkin mielestäni olla totta.

Monien tutkijoiden kohdalla on melko tulkinna- ja sopimuksenvaraista luokitellaanko heidän ajattelunsa essentialistiseksi vai ei. Essentialismikin on

⁶¹ En ole tässä luvussa – sen enempää kuin muissakaan – sinänsä sitoutunut mihinkään ajatussuuntaan tai ajattelijaan. Tämän luvun tarkoitus on selvittää minkälaiselle sukupuolikäsitykselle oma työni perustuu. En esittelen kenenkään ajatuksia kokonaisuutena. Yhdistelen eri tasoja ja lähteitä selvittääkseni itselleni muodostunutta kokonais kuvaa tästä aiheesta.

⁶² Ks. esimerkiksi Butler ja Heinämaa (1996), joiden ajatteluun viittaan jäljempänä.

vain määrätylle ajattelutavalle annettu nimi kuten muutkin vastaavat tieteelliset käsitteet. Käsitteillä pyritään kuvaamaan ja määrittelemään asioita jostain vallitsevasta todellisuudesta käsin. Niiden merkitys vaihtelee eri diskursseissa, eri aikoina ja eri ihmisten ajattelussa. Me tarvitsemme käsitteitä ainakin nykyisessä työskentelytavassamme, mutta käsitteet ja niillä luokittelu eivät mielestäni ole itseisarvoina tärkeitä, keskustelu ja ymmärryksen laajentaminen ja syventäminen kylläkin.

Epäessentiaalisuuden painottaminen on samalla poliittinen valinta. Se tarjoaa suurimmat mahdollisuudet muutokseen. Ihmisen omaehtoisuuden ja sukupuolisen ja seksuaalisen monikeskeisyyden tavoittelu on käsitykseni mukaan tie ulos (sukupuoli)hierarkiasta. Mitä vähemmän järjestelmämme rakentuvat kahdelle tarkkaan rajatulle vastaparille ja niiden erolle sitä paremmin pystymme hajottamaan erosta juontuvan hierarkian – se tulee mahdolliseksi.

Kyseenalaisena on pidetty myös sitä, onko olemassa mitään »olemusta». Onko meissä mitään, mikä ei ole sosiaalisesti ja kulttuurisesti määrittynyttä? Toisaalta, voiko se mitä ei ole olemassa määrittä?

Länsimaisen ihmisen maailmankuvaa hallitsee pitkälti psykoanalyysin tuottama ajattelu. Sen käsitteet ja termit ovat levinneet laajasti arkikieleenkin. Sigmund Freud mielsi egon ruumiilliseksi egoksi. Judith Butler on tuonut esille, että Jacques Lacanilla subjekti syntyy vasta sukupuolieron seurauksena ja heteroseksuaalisissa puitteissa.⁶³ Subjekti on siten valmiiksi sukupuolitunut. Psykhe rakentuu sukupuolitettuun ruumiiseen. Käsitys ruumiillisesta egosta elää psykoanalyysissa ja lääketieteessä vieläkin. Lääketieteen liittyvässä yleisessä keskustelussa painotetaan psyykkisten vaikeuksien fyysisiä syitä. Fyysisten sairauksien psyykkisiä syitä ei useinkaan tunnusteta tai edes pohdita. Materia/ruumis on vahvasti »annettu» eikä »muodostuva».

Naistutkimuksessa on 1960–1970 -luvulta lähtien painotettu eroa sex/gender eli biologinen ja sosiaalinen sukupuoli.⁶⁴ Sosiaalinen sukupuoli nähtiin sosiaalisesti määritettynä, mutta biologinen sukupuoli ymmärrettiin lä-

⁶³ Butler (1993), s. 138–140.

Nainen subjektina on suljettu pois Lacanin psykoanalyttisen ajattelun falloskeskeisestä Symbolisesta eli kulttuurisesta merkitysjärjestelmästä. Miehellä on Fallos. Nainen sen sijaan on itse Fallos: Toinen, objekti, maskuliinisen halun heijastaja, isän lain merkitsemä. Naiset eivät voi tämän ajattelutavan mukaan omaehtoisina subjekteina käyttää »isän» kieltä. Ks. lähemmin Butler (1990), s. 43–57.

⁶⁴ Ks. lähemmin esim. Heinämaa (1996), s. 110–131 ja gender-käsitteen käytön historiasta Ruotsalainen.

hinnä annettuna eikä sosiaalisesti määritettynä. Sittenkin tämä käsitys on yhä yleisemmin kyseenalaistettu.⁶⁵

Edellä mainittu naistutkimuksessakin pitkään vallinnut käsitys sukupuolesta muotoutui Thomas Laqueurin mukaan länsimaaisessa kulttuurissamme 1700-luvulla.⁶⁶ Sitä ennen asia ymmärrettiin päinvastoin. Sosiaalisia kategorioita pidettiin luonnollisina. Sukupuoli oli sosiaalinen eikä ontologinen kategorioita.

Butler on jäljempänä käsiteltävää Michel Foucault'n seksuaalisuuden ja seksin suhdetta koskevaa käsitystä vastaavasti esittänyt, ettei sosiaalisen sukupuolen pohjalla ole biologista sukupuolta.⁶⁷ Molemmat ovat saman vallan tuotteita. Ruumis ei ole luokitellut itseään miksiäkään, ei sukupuoleen, rotuun eikä normaaliusluokitukseen. Sen eri ominaisuuksien luokittelu esimerkiksi sukupuolisiksi on sosiaalinen toiminto. Ruumiin biologiset ominaisuudet ovat siten sukupuolisia vain sosiaalisen luokituksen kautta. Näin voidaan sanoa, että biologinenkin sukupuoli on sosiaalisesti määrittynyt.

Yleisessä biologistisessa ajattelussa ruumiin eri ominaisuuksia on jaoteltu sukupuolisesti naisen tai miehen sukupuoliominaisuuksiksi. Ihmisiä ei kuitenkaan voi näillä perusteilla jakaa vain kahteen sukupuoliyhmään. Meissä löytyy lukuisia erilaisia sukupuoliominaisuuksien yhdistelmävariaatioita.⁶⁸ Emme myöskään vielä tiedä, missä mittakaavassa psyykkiset tai sosiaaliset syyt muokkaavat fyysisiä sukupuoliominaisuuksia.⁶⁹

Butler on painottanut sukupuolen performatiivisuutta.⁷⁰ Sukupuoli ei ole olemista vaan tekemistä – vaikkakaan ei subjektin, jonka voisi sanoa olevan olemassa ennen tekoa. Se tuotetaan riittävällä toistolla. Se on aina imitatio.⁷¹ Symbolinen sukupuoliyhteisyyteen omaksutaan Lacanilla rangaistuk-

⁶⁵ Ks. esim. Heinämaa (1996) ja Butler.

Erilaisia sukupuoliäsitelmiä on myös kehitelty monisyisemmiksi. Näre, s. 16, on jaotellut subjektin rakentuvan neljän talouden (prosessin ja rakenteen) vuorovaikutusprosessissa: viettitalous (biologinen sukupuoli), tunnetalous (psykologinen sukupuoli), pääomatalous (sosiaalinen sukupuoli) ja diskurssitalous (kulttuurinen sukupuoli).

⁶⁶ Laqueur, s. 1–24. Kappaleessa Sex, gender, doctors, and law, s. 134–142, oikeusjutuissa esiintulevasta suhtautumisesta sukupuoleen statuksena. Ks. vastaavanlaisista tapauksista myös Silverstolpe.

⁶⁷ Butler (1990), esim. s. 6–7. Foucaultin ja Butlerin käsityksistä tältä osin Pulkkinen (1994) ja luento.

⁶⁸ Ks. lähemmin esim. Kaplan, Rogers.

⁶⁹ Tästä aiheesta lähemmin mm. Oudshoorn.

⁷⁰ Butler, esim. (1990) s. 25 ja (1993) s. 2.

⁷¹ Butler (1993), esim. s. 125.

sen uhalla.⁷² Butler myöntää, että omaksumattomuus ei ole helppoa, mutta hän painottaa, että se ei ole mahdotonta.⁷³ Symbolinen ja sen sukupuolijärjestelmä on tuotettu, joten uusilla toistoilla on mahdollista tuottaa uusi symbolinen, uusia sukupuolia tai sukupuolettomuuksia. Butlerin mukaan ei ole olemassa valmista subjektia, joka omaksuu sukupuolinormeja, vaan subjekti muotoutuu omaksumisprosessien kautta. Foucault on tuonut esille, kuinka seksuaalista halua kuvaavat käsitykset edustavat vallitsevaa juridisdiskursiivista negatiivista valtakäsitystä.⁷⁴ Olet aina-jo ansassa: nautintoa hallitaan ulkoisesti tai hallinta on siihen jo sisään rakennettu kielellä, diskurssilla. Foucault'n oma valtakäsitys, johon palaan tuonnempana, on luova: ilmiöt ovat vallan/valtojen tuotteita.

Heinämaa esittää kysymyksen sukupuolesta muodossa »miten me olemme» eikä »mitä me olemme». Sukupuoli ilmenee ruumiinfenomenologisessa tarkastelutavassa toiminnan tapana ja olemisen tyylinä.⁷⁵ Heinämaa painottaa, ettei riitä, että hylkäämme vallitsevat käsitykset siitä, mitkä sukupuoli-piirteet ovat annettuja ja mitkä tuotettuja.⁷⁶ Hänen kehittämänsä vaihtoehto kritisoi nimenomaan sex/gender-erottelun perustana olevaa kausaaliajattelua. Tämä vaihtoehto perustuu Maurice Merleau-Pontyn ruumiinfenomenologialle ja Simone de Beauvoir'n sukupuolikeskustelulle. Heinämaa tulkitsee Beauvoir'ia siten, että tämä ei etsi sukupuolisuuden syitä, vaan kuvaa sukupuolittuneita merkitysrakenteita ja niiden rakentumista.⁷⁷ Sukupuoliero on tällöin sekä annettu että tehty.⁷⁸ Sukupuolen ja vastaavasti seksuaalisuuden ollessa tyyli niillä ei ole mitään ydintä, jota tyyli ilmentäisi, eikä tyyli ole ominaisuuksien tai tekojen pysyvä kokoelma.⁷⁹ Tyyli on avoin ja epätäydellinen ytimetön rakenne. Naiseus ja mieheys ovat tällöin avoimia ja vaihtelevia, tiettyjä olemisen tyylejä.⁸⁰ Niiden väliin jäävät olemisen tavat kehittävät uusia mukaelmia. Ne eivät näyttäyty kolmansina sukupuolina, vaan kaksijakoisen olemisen sekoittumis- tai hajaantumiskohtina. Sukupuoli ei ole olemus eikä normi, vaan normin syntymistä. Yksittäiset teot voivat sekä edistää että hajottaa sukupuolen tyyllillistä kahtiajakoa.

⁷² Butler (1993), esim. s. 95–96.

⁷³ Butler, esim. (1993) s. 138–140, (1990) s. 66–67.

⁷⁴ Foucault (1990), s. 81–91.

⁷⁵ Heinämaa (1996), s. 15.

⁷⁶ Heinämaa (1996), s. 129.

⁷⁷ Heinämaa (1996), s. 135, 144.

⁷⁸ Heinämaa (1996), s. 147.

⁷⁹ Heinämaa (1996), s. 157–158, 174.

⁸⁰ Heinämaa (1996), s. 161–162, 174.

2.2. Erilaisia sukupuolijärjestelmiä

Lisäargumenttina sille, ettei meidän kulttuurimme tämän hetkinen sukupuolikäsitys ole luonnollinen ja ikuinen totuus, esitän lyhyen katsauksen antropologiaan.

Antropologiassa on tuotu esille sukupuolimäärityksen mukaan määräytyvien roolien ja ominaisuuksien moninaisuus eri kulttuureissa samoin kuin sekä sosiaalisen että biologisen sukupuolen sosiaalinen määrittynisyys.⁸¹ Joissain kulttuureissa katsotaan, että sukupuolierot perustuvat lähes täysin biologiaan, kun sen sijaan jotkut kulttuurit eivät anna oletetuille biologisille eroille paljonkaan painoa. Joudumme eri yhteisöjen kohdalla kysymään aina uudestaan, mitä sukupuolella, feminiinisellä ja maskuliinisella niissä tarkoitetaan.⁸² Sylvia Junko Yanagisako ja Jane Fishburne Collier ovat esittäneet, että sen sijaan että kysyisimme kuinka kategoriat mies ja nainen on varustettu kulttuurisidonnaisilla ominaisuuksilla – siten pitäen niiden välistä eroa itsestäänselvänä – meillä olisi tarve kysyä kuinka eri yhteiskunnat määrittelevät eron.⁸³

Arvovaltarakenteet (prestige) on nähty yhtenä merkittävänä yhteiskunnallisen sukupuoliaseman määrittäjänä.⁸⁴ Sukupuoli on itse yksi arvovaltarakenne.⁸⁵

Meidän kulttuuripiirissämme on vallinnut käsitys, että sukupuolet ovat toisiaan täydentäviä ihmisyyden puolikkaita, mikä äärimuodossaan asettaa sukupuolet toistensa vastakohdiksi. Eroa ei aina ja kaikkialla ole nähty lajivaan aste-erona.⁸⁶ Meidän kulttuurimme lääketieteelliset tekstit antiikin kreikkalaisten ajoista 1700-luvun loppupuolelle kuvasivat naisten ja miesten ruu-

⁸¹ Ks. esim. Ortner, Whitehead ja Yanagisako, Collier ja Moore.

⁸² Naisellisena ja miehekkäänä pidettyjen ominaisuuksien vaihteluista eri kulttuureissa on Margaret Meadin käsityksen mukaan muun muassa seuraavia esimerkkejä: Uuden-Guinean Tchamboli-heimon miesten odotettiin olevan lempeitä, myöntäväisiä ja avuttomia ja naisten rohkeita, aloitteellisia ja vastuunkantajia taloudellisissa asioissa. Arabesh-heimossa molemmat sukupuolet välttivät aggressiivista käytöstä ja mundugumorit uskoivat molempien sukupuolten olevan luonnostaan aggressiivisia. Assmuth, Tapaninen, s. 138–139.

⁸³ Yanagisako, Collier, s. 35.

⁸⁴ Schlegel, s. 3, 7–8 sekä Ortner, Whitehead, s. 10–26. Ks. myös Yanagisako, Collier, erityisesti s. 26–29, jossa he kyseenalaistavat Ortnerin ja Whiteheadin prestige-selitysmallin joitain lähtökohtia.

⁸⁵ Ortner, Whitehead, s. 16.

⁸⁶ Ortner, Whitehead, s. 6–7.

miita pohjimmiltaan samanlaisina.⁸⁷ Naisen ruumis ei ollut eri sukupuolta kuin miehen, vaan miehen ruumiin vähäisempi versio.⁸⁸

Siirryttäessä käsitykseen sukupuolten välisestä tasa-arvosta tulevat henkilökohtaiset ominaisuudet eli naisellisuus ja miehekkyyys keskeisemmiksi sukupuoli erottaviksi tekijöiksi.⁸⁹ Miehekkäät naiset voidaan luokitella lesboiksi/ei-oikeiksi naisiksi ja naiselliset miehet homoiksi/ei-oikeiksi miehiksi. Yhteiskunnassa, jossa sukupuolten eriarvoisuus on selviö, henkilökohtaisille ominaisuuksille ja seksuaaliselle suuntautumiselle ei tarvitse antaa merkitystä sukupuolten välisen eron säilyttäjinä. Voi ajatella, että vasta kun sukupuoli yhdistettiin ruumiilliseen ja seksuaalisuuteen, anatomisesti samankaltaisten henkilöiden keskinäinen käyttäytyminen muodostui uhaksi patriarkaliselle⁹⁰ järjestykselle ja sen käsitteellistäminen ajankohtaistui.

Yhteisöt eivät useinkaan pysty pitämään kiinni sukupuolen ja siihen liitetyn seksuaalisuuden kaksijakoisuudesta, joka yleensä on lähtökohta. Ihmisiä ei saa mahtumaan vain kahteen muottiin. Meidän kulttuurissamme on muun muassa määriteltyinä kategorioina heteroseksuaaliset naiset ja miehet, biseksuaaliset, lesbot ja homoseksuaaliset miehet, transvestiitit ja transseksuaalit.⁹¹ Uudempia kategorisointoja on sukupuolen sekoittajat eli genderblendarit. Holly Devor määrittelee tätä aihetta käsittelevässä kirjassaan heidät yhteen biologiseen sukupuoleen kuuluviksi ja tähän samaan sosiaaliseen sukupuoleen identifioituviksi.⁹² Samalla he kuitenkin ovat moninainen sekoitus molempien sukupuolien standardiroolien piirteitä. Kaikki genderblendareiksi itsensä mieltävät eivät identifioitu kumpaankaan sukupuoleen.⁹³ Rajat näiden ryhmien välillä eivät suinkaan ole selkeät. Merkitykset ja luokitukset, joita erilaisille ominaisuuksillemme annetaan tai ei anneta, ovat sosiaalisia. Joissain kulttuureissa mahdollisuus irtautua kaksijakoisesta roolijärjestelmästä on institutionalisoitu.

⁸⁷ Laquer ja Oudshoorn, s. 6.

⁸⁸ Vrt. Freudin »nainen = kastroitu mies», Grosz, s. 152.

⁸⁹ Ks. tämän kappaleen osalta lähemmin Löfström ja Juvonen. Jälkimmäinen on myös kommentointia edelliseen. Artikkeleissa käsitellään Suomenkin tilannetta.

⁹⁰ Patriarkaalisuudella tarkoitan isän/miehen valtaan perustuvaa ajattelua. Vaikka esimerkiksi meidän yhteiskuntamme patriarkaalisuus on vähentynyt, se on yhä selkeästi valitseva ilmiö: miehet johtavat yhteiskuntaa ja ovat usein perheen pääasiallisia elättäjiä. Tämä termi on siten yhä yhteiskuntamme ajattelua kuvaava ja käyttökelpoinen.

⁹¹ Sandra Lipsitz on kirjoittaessaan seksuaalisten kategorioittemme riittämättömyydestä katsonut, että kulttuurissamme on kolme sukupuolilinjaa: sukupuolipolarisaatio, androsentrisyys ja biologinen essentialismi. Ks. Lipsitz.

⁹² Devor, s. vii–viii.

⁹³ Ks. esim. Hekanaho (1993) ja Hekanaho (1996), s. 205.

Yksi paljon kirjoitettu ilmiö on monien Pohjois-Amerikan intiaaniyhteisöjen ns. berdache.⁹⁴ Berdache elää toisen sukupuolen roolissa. Berdachen on meidän termeillämme katsottu olevan sekä transvestiitti että joskus homoseksuaali. Häntä pidettiin Harriet Whiteheadin mukaan omassa kulttuurissaan sekoituksena: mies-nainen, osittain mies, osittain nainen, ei-mies, ei-nainen.⁹⁵ Berdache saattoi joskus myös tehtäviensä puolesta olla sukupuolien välissä, tehdä osittain molempien sukupuolien töitä tai sitten hänelle oli uskottu tehtäviä, joita vain berdachet hoitivat.⁹⁶ Jotkut tässä väliasemassa olevat saattoivat olla myös biologisesti sekoituksia eli hermafrodiitteja.⁹⁷

Whiteheadin mukaan sen sijaan berdacheinstituutio tuo myös seuraavalla tavalla esille sukupuolen arvoasemana. Berdachen biologinen sukupuoli ei hänen mukaansa täysin menettänyt merkitystään. Miesberdacheja pidettiin usein tavallaan epäonnistuneina miehinä, mutta erityisen hyvinä naisina.⁹⁸ Heidän katsottiin usein tekevän naisten töitä tavallista paremmin, oli näin tai ei. Miehen veroisina pidetyille menestyville »tavallisille» naisille saatettiin myös antaa miehille kuuluva arvonanto, heitä kutsuttiin esimerkiksi »miessydämisiksi».

Evelyn Blackwoodin käsityksen mukaan näiden yhteisöjen sukupuolijärjestelmä oli tasa-arvoinen. Kummankin sukupuolen tehtävät olivat yhtä arvostettuja ja sukupuolilla oli myös yhteisiä tehtäviä. Roo-lijako ei muutenkaan ollut kovin jäykkä, vaan toisen sukupuolen tehtäviin osallistuminen oli mahdollista. Myöskään Charles Callender ja Lee Kochems eivät jaa Whiteheadin käsitystä miehen korkeammasta arvosta näissä yhteisöissä.⁹⁹

Toinen paljon kirjoitettu ilmiö on Afrikan naisaviomiehet.¹⁰⁰ Tähän instituutioon ei ole yleensä katsottu kuuluvan, että naisaviomie-

⁹⁴ En pohdi tässä, mitä nimeä tästä ilmiöstä oikeaoppisimmin tulisi käyttää, ks. tästä lähemmin Blackwood (1984), s. 27, 42. Esitykseni perustuu Blackwoodin ja Whiteheadin käsityksiin, jotka erovat toisistaan. Blackwood viittaa hänen näkemyksensä mukaan virheellisten käsitysten selityksinä mm. eri historiallisiin ajanjaksoihin, naisberdachien »näykymättömyyteen» tutkijoille ja tutkijoiden oman sukupuolijärjestelmän vääristävään vaikutukseen. Ks. myös Callender, Kochems. Heidän artikkelinsa on laaja katsaus berdacheilmiöön ja sen tutkimukseen. Artikkelia seuraa viidentoista muun tutkijan lyhyet kommentit siitä ja kirjoittajien vastine näihin.

⁹⁵ Whitehead, s. 88.

⁹⁶ Whitehead, s. 88–89 ja hieman toisenlainen käsitys Blackwood (1984), s. 29, 41–42.

⁹⁷ Whitehead, s. 89–90.

⁹⁸ Whitehead, s. 106–108.

⁹⁹ Callender, Kochems, s. 455–456. Ks. myös Weston, s. 353.

¹⁰⁰ Ks. lähemmin O'Brien, jonka artikkeli käsittelee eteläisiä bantuyhteiskuntia. Ks. myös Oboler nandeista. Näiden keskuudessa syynä naisaviomieheksi ryhtymiseen on tarve saada miesperillinen. Naisaviomiehen rooli on nandeilla käytännössä miehen ja naisen roolin välimuoto, mutta yhteisössä painotetaan sitä, että hän on mies. Mitä lähempänä ollaan omaisuus- ja perimiskysymyksiä sitä tiukemmin tästä painotuksesta pidetään kiinni.

hillä olisi seksuaalisuhdetta vaimoihinsa.¹⁰¹ Kyse on »puhtaasti» aviomiehen sosiaalisesta asemasta. Naisaviomiehet on jaettu kahteen kategoriaan: surrogaatit ja autonomiset. Ensin mainitut toimivat jonkun miehen sijaisina. Tällä tavoin voidaan esimerkiksi jatkaa sukua kuolleen miehen nimissä. Naisaviomiehen vaimon lapset voidaan katsoa – vaikkakaan ei aina – surrogaatin edustaman miehen lapsiksi. Autonominen naisaviomies puolestaan toimii itsenäisesti ja hänen vaimonsa lapset katsotaan hänen lapsikseen. Autonomisen naisaviomiehen toiminnan syyksi on katsottu sosiaalinen, taloudellinen tai poliittinen asema. Joissain yhteisöissä autonomisen naisaviomiehen rooli vastaa poliittisen johtajan tai parantajan roolia. Jokainen rikas ja vaikutusvaltaisan nainen voi joissain yhteisöissä olla potentiaalinen naisaviomies. Naisaviomies voi myös samalla olla miehen vaimo. Joissain yhteisöissä vaimon ja päällikön roolit ovat melko yhteensovittamattomia. Vaimon alisteinen asema ei sovi yhteen johtajan aseman kanssa.

Yleisin tulkinta edellä mainituista kulttuureista on, että hierarkkisesti korkeampi miehen asema on myös naisille mahdollinen. On myös esitetty tulkinta, että johtajan asema ei liittyisi välttämättä miehen asemaan. Denise O'Brien on huomauttanut, että myös eurooppalaisessa käytännössä voi havaita samanlaista ajattelua kuin niissä Afrikan kulttuureissa, joissa kuningatar, prinsessa tai päällikkö ei voi olla vaimo. Eurooppalainen hallitseva kuningatarkaan ei voi olla naimisissa kuninkaan kanssa. Kuningatar on kuningatar riippumatta siitä, onko hän itse hallitsija vai hallitsijan puoliso. Kuninkaaksi kutsutaan sen sijaan vain hallitsijaa ja kuningattaren puoliso on prinssi tai prinssipuoliso.

Hua-yhteisö Papua-Uudessa Guineassa näkee sukupuolen vaihtuvana prosessina.¹⁰² Naiset menettävät vähitellen naiseuttaan ja kolme lasta synnytettyään heistä tulee sosiaalisesti miehiä eli »miehen kaltaisia» (kakora, näihin puhtaisiin luetaan pojat ja miehet ja kolme lasta synnyttäneet vaihdevuodet ohittaneet naiset). Naiseutta menetetään kuukautisissa ja lasten syntymässä. Miesten kohdalla tapahtuu vastaavanlainen sukupuolen muutos. Heistä tulee vanhemmiten sosiaalisesti naisia, »naisen kaltaisia» (figapa, näihin saastuneisiin luetaan hedelmällisessä iässä olevat tai ei kolmea lasta synnyttäneet naiset, vanhat miehet ja lapset). He menettävät maskuliinisuuttaan auttaessaan poikia saavuttamaan maskuliinisuutta. Pojilla katsotaan syntyessään olevan myös naiseutta. Näin suurin osa ihmisistä on sekä naisia että miehiä, mutta eri aikaan elämässään. Hua-yhteisöllä on miehyys ja naiseus hierarkia: naiseus on saastunutta ja haavoittumatonta, miehyys puhdasta ja haavoittuvaista. Huat uskovat, että myös miehet voisivat tulla raskaaksi, mutta eivät synnyttää. Miehet myös imitoivat naisten kuukautisia.

¹⁰¹ Ks. Weston, s. 348, jossa tätä katsomusta kyseenalaistetaan.

¹⁰² Ks. Hua-yhteisöstä lähemmin Gailey, s. 35–36, ja Meigs.

Anna Meigs katsoo, että Hua-yhteisössä harrastettu fysiologisten sukupuolierojen kuviteltu eliminoiminen ja sukupuoleen liittyvän sosiaalisen aseman vaihtuminen johtuvat sukupuoliaseman korostetusta erosta ja jäykkyydestä.¹⁰³ Jäykkyyttä voidaan näillä keinoilla lieventää. Blackwood on toisaalta katsonut berdacheinstituution olevan osa joustavaa ja tasa-arvoista sukupuolijärjestelmää.¹⁰⁴ Molemmat selitykset voi nähdä perusteltuina. Lience kuitenkin selvää, että sukupuoliasemaa rikkovia instituutioita ei tarvita silloin kun ihmisen asema ja rooli yhteisössä ei muodostu sukupuolen mukaan.

2.3. Seksuaalisuus

Naiset ovat kirjoittaneet miehistä sukupuolena enemmän kuin miehet, joille ihminen on ollut mies. Vastaavasti lesbotutkijat ovat kirjoittaneet heteroseksualismista enemmän kuin heteronaiset, joille seksi on ollut heteroseksyä.¹⁰⁵ Kuten sukupuoli myös seksuaalisuus määrittää hyvin suurta osaa maailman-kuvastamme. Ne liittyvät kiinteästi yhteen määrittelemällä toinen toisiaan. On tuotu esille, ettei vain seksuaalisuus ole yhteiskunnallisesti (socially) muotoutunutta, vaan myös yhteiskuntamuodot (forms of society) ovat eroti-soituneita.¹⁰⁶

Foucault'n genealogian pääperiaatteita on, ettei tutkittavilla ilmiöillä oleteta olevan mitään alkuperää.¹⁰⁷ Tutkimuksen kohteena ovat ne tekijät, jotka tuottavat tutkittavia ilmiöitä sellaisiksi, millaisina me ne kulloinkin näemme. Näin ollen seksuaalisuudenkaan pohjalla ei ole mitään (aitoa) seksiä, josta seksuaalisuus alunperin kumpuaisi.¹⁰⁸ Ajatus (aidosta) seksistä on mahdollinen vasta kun seksuaalisuus on keksitty. Seksuaalisuus, sellaisena kuin me sen ymmärrämme muun muassa erilaisine luokituksineen, on Foucault'n mukaan määrättyjen valtojen ja diskurssien tuotetta. Hänen kiinnostuksensa kohdistuu siihen, miten seksuaalisuus tuli olemassaolevaksi, miten se tuotettiin.

Seksuaalisuutta on yleisen käsityksen mukaisesti tukahdutettu 1700- ja 1800-luvuilta alkaen. Foucault puolestaan katsoo, että seksuaalisuus on juu-

¹⁰³ Meigs, s. 406.

¹⁰⁴ Blackwood (1984), s. 33, 41–42.

¹⁰⁵ Tästä ajatuksesta lähti antologia *Heterosexuality*.

¹⁰⁶ Ortner, Whitehead, s. 24–25.

¹⁰⁷ Ks. lähemmin Foucault (1990), esim. 92–114. Butlerin ajattelu rakentuu pitkälti Foucault'n vaikutteille ja hän on käsitellyt Foucault'a runsaasti tuotannossaan.

¹⁰⁸ Toinen asia on, voiko Foucault'n itsensäkään katsoa täysin sisäistäneen tätä ajattelutapaansa, vai väikkyykö hänenkin mielessään kuitenkin ajatus aidosta, nautinnollisesti Seksistä, joka joskus oli.

ri tänä aikana tullut äärettömän keskeiseksi ja puhutuksi.¹⁰⁹ Seksuaalisuutemme on hänen näkemyksensä mukaan ennemminkin vallan kuin repression tuotetta. Seksuaalisuudesta ja seksuaalisesta nautinnosta voi sanoa tulleen elämän tärkein asia.

Monet naistutkijat ovat painottaneet naisen nautintoa ja sen syrjäytyneisyyttä ja vääristymistä miehisessä yleiskurssissa. Lääketieteellinen käsitys naisen orgasmin merkityksettömyydestä hedelmöityksessä muodostui samoihin aikoihin kuin käsitys sukupuolista erilaisina.¹¹⁰ Näin pääsi syntymään myös käsitys intohimottomasta naisesta. Tieteellisillä käsityksillä sukupuolesta on aina liittymänsä sukupuolivalta politiikkaan.

Meidän kulttuurissamme on painotettu vahvasti seksin oikeutusta lasten hankkimisella. Lasten tekeminen on tehnyt seksistä kunniallista ja sitä on siksi painotettu seksin päätarkoituksena. Nautinnosta lieenee koko ajan tulossa keskeisempänä pidetty osa seksuaalisuutta kuin lasten hankkimisesta. Muun muassa ehkäisyvälineiden ansiosta seksin ja lasten saamisen yhteyttä voidaan yhä tehokkaammin vähentää. Hedonistisessa yhteiskunnassa, jollaisena meidänkin yhteiskuntaamme usein pidetään, nautinnon etsiminen on keskeisellä sijalla.¹¹¹

Lasten saamisen ollessa seksin oikeutus, heteroseksuaalisuus on oikeutuksen edellytys. Kun seksin tarkoitukseksi tulee nautinto, heteroseksuaalisuuden keskeisyys säilyy, jos nautinto liittyy siihen. Butler on tuonut esille nautinnon liittämisen ruumiin fysiologiaan.¹¹² Nautinnot liitetään määrättyihin ruumiinosiin määrättyssä sukupuolijärjestelmässä. Esimerkiksi transseksuaalit ovat usein tuoneet esille, että nautinnon kuvitteellinen ja fyysinen elimellisyys eivät aina vastaa toisiaan. Voimme siis jälleen kysyä, mikä on syytä ja mikä seurausta (ja voiko niitä loppujen lopuksi koskaan edes erottaa toisistaan). Jos seksuaalifantasmat liittyvät perinteisiin sukupuolirooleihin, ne ylläpitänevät osaltaan niin perinteisiä rooleja kuin heteroseksuaalisuuden korostuneisuutta.¹¹³ Seksuaalinen nautinto liitetään usein perinteisiin sukupuolirooleihin.¹¹⁴

Edellä esitetyn syy/seuraus -kysymyksen voi tavallaan esittää lesbo- ja homoparien ja lasten välisestä suhteesta. Keskeinen perustelu sille, että yh-

¹⁰⁹ Foucault (1990), esim. s. 3–13, 135–159.

¹¹⁰ Laqueur, s. viii, 8–10, 154–163.

¹¹¹ Ks. esim. Jallinoja, s. 35, hedonistinen itsensä toteuttaminen vastaa 1970-luvun modernisaatiotutkimuksen tuottamaa ajankuvaa ja Featherstone, s. 177, kulutuskulttuurissa ruumis on julistettu nautinnonvälineeksi. Naistenkin seksuaalisen hedonismin lisääntymisestä ks. Näre, s. 149.

¹¹² Butler (1990), s. 70–71.

¹¹³ Ks. fantasmaista lähemmin esim. Näre.

¹¹⁴ Ks. esim. Räisänen, s. 17, 154, 192–193.

teiskunnan virallinen parisuhdekäsitys tulisi säilyttää heteroseksuaalisena, on parisuhteen tehtävä lasten siirtämisen ja kasvattamisen tyyssijana.¹¹⁵ Lesboja homopareille ei kuitenkaan yleensä edes haluta antaa mahdollisuutta tämän tehtävän täyttämiseen esimerkiksi adoption ja inseminaation avulla.¹¹⁶ Näyttää siltä, ettei heidän suhteelleen haluta antaa edellä mainittua lasten saamisen tuottamaa kunniallisuutta ja oikeutusta. Sukupuolijärjestelmän omaksumattomuudesta seuraava rangaistus on abjektiksi, luonnottomaksi tuleminen.¹¹⁷ Lasten saaminen on kuitenkin sosiaalinen ja kulttuurinen toiminto, johon liittyy paljon muutakin »luonnollista» kuin yhdyntä, raskaus ja synnytys.¹¹⁸ Kuten edelläkin on käynyt ilmi, ei lasten saaminen ja seksuaalisuus aina ja kaikkialla kuulu edes lähtökohtaisesti »viralliseenkaan» avioliittoon. Perhe, parisuhde, sukupuoli ja seksuaalisuus ovat sosiaalisia instituutioita, joilla voi olla monet kasvot. On meidän sosiaalinen ratkaisumme, miten luokittelemme ihmiset ja heidän mahdollisuutensa esimerkiksi perhe- ja työelämään näiden luokituksiemme mukaisesti.

Me luokittelemme samaa sukupuolta olevien seksuaalisuhteet (mitä silkin sitten tarkoitetaan) lesboudeksi ja homoseksuaalisuudeksi ja katsomme yleensä, että kyse on seksuaalisesta suuntautumisesta. Asennoituminen tähänkin asiaan vaihtelee eri kulttuureissa.¹¹⁹ Jotkut etniset ryhmät eivät Whiteheadin mukaan ole koskaan kuulleet minkäänlaisesta homoseksuaalisuudesta.¹²⁰ Joissain yhteisöissä puolestaan heteroseksuaalinen seksi ei ole vallitseva eikä ainakaan arvostetuin seksuaalisuuden muoto.¹²¹ Suhteet, jotka meistä näyt-

¹¹⁵ Ks. esim. Dupuis.

¹¹⁶ Palaan tähän aiheeseen jäljempänä.

¹¹⁷ Butler (1993), esim. s. 95–111.

¹¹⁸ Yanagisako, Collier, s. 31.

¹¹⁹ Ks. myös Blackwood (1986) lesboudesta ja homoseksuaalisuudesta kulttuurisesti määrittyvänä osana yhteiskunnan sukupuolijärjestelmää.

¹²⁰ Whitehead, s. 81.

¹²¹ Ks. lähemmin Kelly Uuden-Guinean etoroista. Miehen uskotaan menettävän elämänsä voimaansa siemenensä mukana. Esipuberteetissa olevat pojat miehistyvät vanhempien miesten siemenestä. Naisten elinvoima puolestaan ei lisääny miesten siemenestä, vaan lisäys menee lasten hyväksi, jollei se mene hukkaan. Heteroseksuaalista seksiä saa harjoittaa vain metsässä, koska se vie elinvoimaa esimerkiksi puutarhalta. Sitä ei myöskään saa harjoittaa määrättyinä aikoina, mitkä ajat kattavat suurimman osan vuotta (205–260 päivää). Homoseksuaalinen seksi sen sijaan saa puutarhankin kukoistamaan eikä sitä ole ajallisestikaan rajoitettu. Homoseksuaalisuus yhdistetään siemenen saamiseen eli elämään ja heteroseksuaalisuus siemenen menettämiseen eli kuolemaan. Kellyn tutkimus koskee lähinnä miehiä. Myös meidän kulttuurissamme on esiintynyt ajattelua, jossa mies menettää heteroseksuaalisessa yhdynnässä täydellisyytään ja nainen saa sitä, ks. Laqueur, s. 125–126.

tävät homoseksuaalisilta voidaan kyseisessä kulttuurissa ymmärtää aivan toisin.¹²² Berdacheyhteisöissä asennoiduttiin usein Whiteheadin mukaan tämän instituution ulkopuolella esiintyvään homoseksuaalisuuteen negatiivisesti.¹²³ Berdacheinstituution päätarkoituksena ei ole pidetty homoseksuaalisuutta, vaan sosiaalisen roolin vaihtoa.¹²⁴ Homoseksuaalisuuteen oli muitakin mahdollisuuksia. Toinen asia on, kuinka hyvin yksilön erilaisia mahdollisia syitä käyttökseen voi aina erottaa toisistaan. Ihmiset sovittavat elämäänsä vallitsevaan järjestelmään. Kath Weston on tuonut esille seksuaalisuuden ja seksuaalisen suuntautumisen määrittelemisen ja ymmärtämisen vaikeutta.¹²⁵ Minkälaisen linssien läpi tarkastelemme ja ymmärrämme eri kulttuureja? Saman kysymyksen voi esittää tavastamme tarkastella omaa kulttuuriamme.

2.4. Identiteetti ja emansipaatio

Yksi naistutkimuksen keskeisiä keskusteluja on ollut tarvitsemmeko nais- tai lesboidentiteettejä vai pitäisikö niitä nimenomaan vastustaa.¹²⁶ Melko yleinen käsitys nykyään on, että erilaiset identiteetit ovat tärkeitä työvälineitä ihmisen yrittäessä etsiä vaihtoehtoja vallitseville mies- ja heteroidentiteeteille. Queer-tutkimus ja -teoria on pyrkinyt hajottamaan yhtenäistä lesbo- ja homoidentiteettiä dekonstruoimalla lesbo- ja homotutkimusta.¹²⁷ Siinä on oltu kiinnostuneita vähemmistöjen vähemmistöistä sekä koko nykyisen sukupuolijärjestelmän kyseenalaistamisesta.

Omaa yksilöllistä identiteettiään ja positiotaan on helpompi etsiä, rakentaa ja muuttaa, jos tarjolla on useita tietoisia vaihtoehtoja eikä vain yksi tiedostamaton vaihtoehto. Määrittämisistään voinee päästä irti vain havaitsemalla ne, missä pyrkimyksessä identiteettien moninaisuuden ja valinnaisuuden esiintuominen on avuksi. Pyrkimällä tiedostamaan subjektiviteettinsä tiedostamattomia puolia voi alkaa saavuttaa edes osittain tietoista ja itsemääräytyvää subjektiviteettiä. Näin ollen en näe postmodernia autonomisen subjektin »kuo-

¹²² Ks. esim. Weston, s. 342, 343, 347 ja 349.

Uudessa-Guineassa esiintyy tapaa, jossa pojan katsotaan tulevan täydellisesti mieheksi homoseksuaalisessa yhdynnässä. Ks. Whitehead, s. 82–83. Hän vertaa tätä tapaa tarkoitukseltaan antiikin Kreikan kypsän miehen ja nuoren pojan suhteisiin. Ks. vastavista siemennesteeseen liittyvistä tavoista myös Weston, s. 350–351.

¹²³ Whitehead, s. 95–97. Ks. myös Blackwood (1984), s. 35–36.

¹²⁴ Ks. erilaisista käsityksistä tästä seikasta Weston, s. 351–353.

¹²⁵ Ks. lähemmin Weston.

¹²⁶ Ks. identiteeteistä esim. Pulkkinen (1993).

¹²⁷ Ks. lähemmin esimerkiksi Lassila.

lemaa» vaarana emansipatoorisille pyrkimyksille vaan edellytyksenä niiden toteutumiselle.¹²⁸ Mitä enemmän pääsemme irti tiedostamattomasti omaksumista määrittämisestämme, sitä paremmin pystymme elämään omanlaisinamme ja alati muuttuvina yhdistelminä tähän mennessä feminiinisiksi ja maskuliinisiksi luokiteltuja ihmisyyden puolia. Pääsemme tähän vain kaksoisstrategialla: tiedostamalla tämänhetkisen todellisuutemme ja Butlerin käsitystä soveltaen alkamalla toistoilla luoda uudenlaista todellisuutta. Jos naissubjektin hajottamisessa voi olla vaarana tiedostamattoman miessubjektin omaksuminen, niin hajottamattoman naissubjektin toistamisessa lieenee yhtä suuri vaara vahvistaa sen yksipuolisuutta ja samalla yhteiskunnan sukupuolidikotomiaa.

2.5. Erilaisia yhteiselämän ja parisuhteen muotoja

Työni aihe on parisuhde aikuisten ihmisten yhteistaloudessa elämisen muotona. Avioliittoa sosiaalisena instituutiona voi pitää sekä parisuhteen ylä- että alakäsitteenä. Kaikki avioliitot eivät ole parisuhteita eivätkä kaikki parisuhteet avioliittoja. Moniavioisuudessa joko naisella tai miehellä on useita puolisoja. Ryhmäavioliitossa sekä naisia että miehiä on useita. Avioliitto on parisuhde, joka ei ole avioliitto. Puhuttaessa tavoista ja instituutioista, joilla aikuisten ihmisten yhteiselämä on järjestetty puhutaan yleensä avioliitoista. Meidän nykyisessä kielenkäytössämme sana »avioliitto» ei enää kuvaa vakiintuneissa parisuhteissa elämistä, vaan sen virallistettua, oikeudellista muotoa.

Mikä on avioliitto sosiaalisena parisuhdeinstituutiona ymmärrettynä? Tämä kysymys on ollut tärkeä antropologisessakin avioliittokeskustelussa.¹²⁹ Määritelmät osoittautuvat helposti kulttuurisidonnaisiksi. Nykyiset määritelmät ovat yleensä laajoja ja väljiä. Niissä ei määritellä osapuolia eikä heidän sukupuoltaan. Avioliiton sosiaaliset tehtävät ovat erilaisia erilaisissa yhteiskunnissa, joten sen muodotkin vaihtelevat suuresti. Yhtyisin niihin näkemyksiin, joissa avioliittojen yhteiseksi piirteeksi jää lähinnä, että ne sisältävät tiettyjä oikeuksia ja velvollisuuksia. Meidän tämän hetkisessä kulttuurissamme avioliitolla ilmiönä ja ideaalina ymmärrettäneen vakiintunutta parisuhdetta, jota voi kuvata sanalla elämäkumppanuus. Elämäkumppanuudella tarkoitan tässä ihmissuhdetta, jossa eletään yhdessä ja huolehditaan yhteisestä taloudesta ja mahdollisista lapsista. Vahvasti statuksellisessa muodos-

¹²⁸ Ks. vastaavasti Nicholson, s. 16, Butlerin ajattelusta. Samassa antologiassa on runsaasti pohdintaa naissubjektiudesta.

¹²⁹ Ks. lähemmin esim. Eskridge, s. 1496–1497.

sa avioliitto ei lähtökohtaisesti ole ihmissuhde emmekä me nykyään kuvaissi sen intressiyhteyttä elämäkumppanuutena. Käytännössä yhteiskuntamme avioliitot eivät aina vastaa edellä annettua kuvausta. Ne voivat esimerkiksi olla voimassa vain juridisesti tai kyseessä voi olla ainoastaan muodollinen elämäkumppanuus, jossa puolisoiden suhdetta ei enää voi kutsua toimivaksi ihmissuhteeksi.

Ihmisten yksityisen yhteiselämän muotovalikoima on runsas. Eri aikoina, eri olosuhteissa ja eri kulttuureissa on vallinnut hyvinkin erilaisia tapoja elää taloudellisissa ja seksuaalisissa suhteissa, asua ja kasvattaa lapsia. Ihmisten roolit yhteisöissään vaihtelevat samoin kuin yhteisön rooli ihmisten elämässä. Meidän ydinperheyhteiskunnassamme yhteisöllisyys on aivan erilaista kuin pienissä kiinteissä yhteisöissä. Samoin kuin avioliiton vaihtelevat perheenkin käsite ja tehtävät eri aikoina ja eri kulttuureissa. Kai Häggman on todennut seuraavasti: »Perheen tutkiminen lieneekin viisainta aloittaa muistutuksella, että »perhettä» ei ole olemassa.»¹³⁰

Meidän kulttuurissamme näyttäytyy tällä hetkellä eräänlaisena lähtökoh-takäsityksenä äitikeskeinen ydinperhe, jonka ongelmana on ollut isän pois-saolo tai sivullisuus. Näin ei kuitenkaan aina ole ollut. Se on lähihistorias-samme suhteellisen uusi tilanne. Äidin asema alkoi laajemmin vahvistua syn-nyttäjistä kasvattajaksi ja hoivaajaksi vasta viime vuosisadalla.¹³¹ Sitä en-nen perheet olivat enimmäkseen isäkeskeisiä. Koti ja ansiotyö eivät etenään keskiluokassa olleet vielä viime vuosisadan alkupuolellakaan eriytyneet toi-sistaan nykyiseen tapaan. Isyys ei myöskään ollut samalla tavoin biologiaan sidottu kuin nykyään, vaan enemmänkin sosiaalista isyyttä. Perheessä elä-tettiin tai kasvatettiin usein myös esimerkiksi orvoiksi jääneitä sukulaislap-sia. Meidän kulttuurimme yhteiselämän muoto eli parisuhde on tällä vuosi-sadalla muuttunut yhä korostuneemmin ihmissuhteeksi. Monet perinteiset, aikanaan normaaleina pidetyt avioliitot olisivat nykyisen käsityksen mukaan niin sanottuja kulissiavioliittoja. Niitä ei enää pidettäisi toimivina avioliit-toina eli todellisina ihmissuhteina.

Näen parisuhteen luonteeltaan sitoutumisena. Sitoutumiselle on Austra-

¹³⁰ Häggman, s. 21. Ks. myös perheen käsitteestä s. 134–136. Perhekäsitysyöryhmä julkaisi muistionsa vuonna 1993, Perhekäsitysyöryhmän muistio. Tilastotietoja Suomen perhetyypeistä, Auvinen, s. 11–16.

¹³¹ Ks. lähemmin esim. Alanen. Hän ilmoittaa esityksensä näiltä osin pitkälti perus-tuvan John Gillisiin (Bringing up father, Britiske faderidentiteter fra 1750 til i dag, Den jyske historiker, Nr 58–59, 1992). Ks. viime vuosisadan perhe-elämästä myös esim. Hägg-man.

lian uudemmassa avoliittolainsäädännössä annettu keskeisen kriteerin asema.¹³² Sitoutumisen perusteet ja tavat vaihtelevat. Sitoutumisen hetki ei välttämättä liity muodolliseen vihkiseremoniaan, vaikka sellainenkin suoritettaiisiin.¹³³ Avioliiton solmimiseen saattaa liittyä hyvinkin vakiintuneita koeavio-liittovaiheita.¹³⁴ Tällaisia ovat meidän nykypäivän kulttuurissamme seurustelevinen ja toisinaan avoliitto. Silloin kun avoliitto toimii koeavio liittona, avioliiton solmiminen näyttäytyy avoliittoa vakavampana sitoutumisena, mutta kuten sanottu häiden viettäminen jossain vaiheessa yhteiselämää voidaan yhtä hyvin nähdä seremoniana, jolla ei ole yhteyttä liittoon sitoutumiseen.

Uskonnolla on ollut merkittävä sija parisuhteeseen ja sukupuolimoraa-liin liittyvissä kysymyksissä.¹³⁵ Pidettäessä avoliittoa uskonnollisena sakramenttina, kuten katolilaisuudessa, kyseessä ei niinkään ole puolisoiden sitoutuminen toisiinsa kuin sakramenttiin. Puolisoista tulee sakramentissa yksi eli erottamattomat. Vaikka luterilaisuudessa avioliittoa ei periaatteessa pidetä sakramenttina¹³⁶, on luterilainen asennoituminen avioliittoon samankaltaista kuin katolilaisuudessa. Näiden uskontojen asenteissa avioliittoon instituutiona ja sen pysyvyteen on aste-ero.

Suhtauduttaessa avioliittoon instituutiona, jossa yhteiselämä on elettävä, sen ulkopuolista yhteiselämää pidetään moraalittomana. Silloin kun sitoutumisen peruste on rakkaus, moraalitonta on puolestaan rakkaudeton yhdessä-olo eikä liiton muodolla ole merkitystä.¹³⁷ Miellettäessä avioliitto luonteeltaan yhteiskunnalliseksi tai tietyn moraalijärjestelmän mukaiseksi asemaksi ja instituutioksi sen pysyvyys näyttäytyy aivan erilaisena vaatimuksena kuin silloin kun se mielletään henkilökohtaiseksi rakkaus- ja ystävyyssuhteeksi. Vaikka ihmiset voivat keskinäisissä suhteissaan voittaa suuriakin vaikeuksia sitä todella halutessaan, niin rakkauden ja ystävyyden tuntemuksia heidän välillään joko on tai ei ole. Niitä ei voi vaatia eikä niihin voi pakottaa. Jos avioliittoa pidetään tunnesuhteena, sitä ei voi samanaikaisesti pitää purkamattomana sitoumuksena.

¹³² Palaan tähän jäljempänä.

¹³³ Ks. esim. Nieminen, Armas, s. 79 ja 102, Pykkänen (1991) s. 82, 86–87 ja Glendon, s. 6–10.

¹³⁴ Ks. esim. Harris, s. 78, Bolivian Andien laymi intiaanien tavasta, jossa pari lopullisesti solmii elinikäisen avioliiton noin kolmen vuoden yhteensoveltuvuuskokeilun jälkeen. Ks. Suomen osalta Nieminen, Armas, s. 77–79.

¹³⁵ Ks. esimerkiksi Nieminen, Armas, (s. 70).

¹³⁶ Ks. Pykkänen (1991), s. 88.

¹³⁷ Ks. esimerkiksi Nieminen, Armas, s. 169, 183 ja 225.

Virallinen avioliitto mielletään usein elinikäiseksi. Avioero on kuitenkin yleensä mahdollinen ainakin joillain edellytyksillä ja määräaikaiksiakin avioliittoja esiintyy. Armas Nieminen totesi 1950-luvulla julkaistussa tutkimuksessaan, että kehitys on kulkenut kohti monogaamisuutta »siinä mielessä, että samanaikaisen polygamian paheksuminen eräässä suhteessa on kasvanut, mutta ei sen sijaan suksessiivisen polygamian, ts. avioerojen yleistymisen».¹³⁸

Perusteet, joilla avioliittoa on pidetty voimassa olevana eri aikoina, ovat vaihdelleet. Avioliiton voimassa olon edellytykseksi tuli viranomaistoimitus Suomessa vuoden 1734 laissa.¹³⁹ Siviilivihkimistä vaadittiin aikoinaan vaihtoehtoksi kirkkoliselle vihkimiselle.¹⁴⁰ Tämän mahdollisuuden avauduttua Suomessa vuonna 1917 ei vihkimisen muoto ole enää juuri herättänyt yleistä kiinnostusta, vaan vastapareiksi ovat muodostuneet avioliitto ja avoliitto.

Shiamuslimien määräaikaississa avioliitoissa (mut'a) korostuu muodon rooli.¹⁴¹ Solmimalla vaikka vain muutaman tunninkin pituinen avioliitto liiton aikaisesta seksuaalielämästä tulee periaatteessa kunniallista avioseksuaalisuutta. Jäykkä järjestelmä on itse luonut muodollisen mahdollisuuden poikkeuksiin. Poikkeusmahdollisuudet ylläpitävät järjestelmää, koska niiden avulla on helpompi pysyä järjestelmän puitteissa. Jäykissä järjestelmissä ihmiset voivat myös kehittää epävirallisia vaihtoehtoja, alkaa käytännössä elää elämäänsä oman halunsa mukaisesti ja solmia uusia liittoja järjestelmän ulkopuolella.

Mut'a avioliitto on sopimus, jossa mies ja naimaton nainen sopivat liiton pituudesta ja naiselle maksettavasta rahasummasta. Määräaikaisten avioliittojen tarkoituksena on pidetty miesten seksuaalisen tyydytyksen mahdollistamista järjestelmässä, jossa avioliiton ulkopuoliset suhteet eivät ole hyväksyttyjä. Miehillä on sallittua pitää neljää vaimoa ja sen lisäksi määritte-

¹³⁸ Nieminen, Armas, s. 314. Hän jatkaa myöhemmin samalla sivulla: »Päädytäänkin siihen tulokseen, että yleisimpänä piirteenä sukupuolimoraalin kehityksessä tutkittavana olevana aikana on ollut suuntaus sukupuolisuuden yhä kasvavan arvostuksen yhdistämiseksi monogaamisuuden yhä kasvavaan arvostukseen.»

¹³⁹ Pylkkänen (1991), s. 87 ja 90.

¹⁴⁰ Ks. lähemmin esimerkiksi Nieminen, Armas, (s. 36–37) ja Pylkkänen (1991), s. 97.

¹⁴¹ Ks. lähemmin Haeri (s. 1–20 johdannosta selviävät pääperiaatteet). Schacht, s. 163, on tuonut esille, että ero shialaisten ja sunnien järjestelmän välillä ei käytännössä välttämättä ole suuri, vaikka mut'a ei sunneilla ole käytössä. Useimmat mut'a avioliitot ovat hänen mukaansa pitkäaikaisia. Kummassakin järjestelmässä moniavioisuus on (miehille) mahdollinen ja avioeron saaminen on (heille) helppoa. Sunnien keskuudessa mut'a avioliiton vaikutukset voidaan saavuttaa epämuodollisella sopimuksella avioliittosopimuksen ulkopuolella.

lemätön määrä määräaikaista vaimoja. Naiset sen sijaan eivät saa pitää kuin yhtä miestä kerrallaan, oli tämä sitten toistaiseksi voimassa olevin tai määräaikaisten sopimuksin suhteeseen kiinnitetty. Naisten syynä solmia määräaikaista avioliitto pidetään sen mukanaan tuomaa taloudellista etua tai turvaa. Määräaikaistessa avioliitossa siitetyt lapset ovat periaatteessa aviolapsia.¹⁴²

Määräaikaisen avioliiton todistaminen voi tuottaa vaikeuksia. Se voidaan solmia kahden kesken ilman todistajia. Monet määräaikaist liitot ovat salaisia tai vain joidenkin läheisten tiedossa. Mies ei useinkaan halua virallisen vaimonsa tietävän määräaikaistista suhteistaan.

Shiamuslimien avioliitto on sopimus,¹⁴³ jossa nainen on oikeutettu korvaukseen myöntämästään oikeudesta seksuaaliseen suhteeseen kanssaan. Toistaiseksi voimassa olevaa pysyvää avioliittoa on verrattu (naisen seksuaalisuuden) myyntiin tai omistukseen. Määräaikaista avioliittoa puolestaan on verrattu vuokraan. Naisen asema on edellä mainitusta syystä määräaikaistessa avioliitossa vapaampi kuin varsinaisessa avioliitossa. Määräaikaisen avioliiton sosiaalinen arvostus ja taloudellinen turva on käytännössä usein kyseenalainen, vaikka se tämän päivän Iranissa onkin periaatteessa arvostettu uskonnollinen käytäntö. Osa liitoista on rinnastunut prostituutioon. Määräaikaisteen avioliittoon ei koeta liittyvän samaa sitoutumista kuin avioliittoon. Toisaalta se ainakin periaatteessa antaa jonkinlaista parisuhde-elämään kuuluvaksi katsottua suojaa.

Määräaikaist avioliitto on sosiaalisena ilmiönä monimuotoinen.¹⁴⁴ Se voi olla ei-seksuaalinenkin. Sillä voidaan helpottaa sukupuolten välistä arkipäiväistä kanssakäymistä kulttuurissa, jossa se muuten on monin muotoin rajoitettua. Rajoitukset kuten hunnuttautuminen eivät koske aviopuolisoita tai avioliiton kautta sukulaisiksi tulneiden henkilöiden välistä kanssakäymistä. Nämä helpotukset säilyvät avioliiton purkautumisen jälkeenkin.

¹⁴² Jos lapsen isä kieltää isyytensä oikeusprosessi on määräaikaistessa avioliitossa erilaist kuin »normaalissa» avioliitossa. Määräaikaistessa avioliitossa prosessi on miehelle edullisempi. Naisen tulee jokaisen määräaikaistekin avioliiton jälkeen pidättäytyä sukupuoliyhteydestä tietyn ajan lapsen laillisen isän tunnistamiseksi.

¹⁴³ Ks. lähemmin avioliitosta sopimuksena ja eri avioliittomuodoista Haeri, s. 23–72. Islamin lain mukainen käsitys sopimuksesta ei ole samanlainen kuin länsimaisen oikeuden käsitys. Siinä ei ole yleistä sopimusvapauden periaatetta.

¹⁴⁴ Ks. lähemmin Haeri, s. 75–102, määräaikaist avioliiton erilaisista käyttötavoista. Haeri on tutkimuksessaan haastatellut sekä naisia että miehiä heidän erilaisista kokemuksistaan ja käsityksistään mut'a'sta (s. 105–197).

Islamin avioliittojärjestelmässä¹⁴⁵ ilmenee kärjistyneessä muodossaan monet avioliittoon muodollisena instituutiona kiinnittyneet käsitykset. Sen sukupuolijärjestelmä perustuu sukupuolten epätasa-arvolle.¹⁴⁶ Sukupuoliroolit tulevat sen avioliittojärjestelmässä selkeästi esille. Ajatus parisuhteesta liittona, jossa nainen tarjoaa seksuaalisen käyttöoikeuden itseensä ja mies taloudellista korvausta, ei ole meidänkään kulttuurissamme vieras. Sen taustalla on käsitys sukupuolten seksuaalisuuden erilaisuudesta – oli käsitys erojen luonteesta sitten mikä tahansa – ja taloudellinen järjestelmä, jossa miehen mahdollisuudet elättää itseään ja perhettä ovat keskimääräisesti paljon paremmat kuin naisen.

Sukupuolen perusteella jakautuneessa yhteiskunnassa avioliitto on osa tätä jakoa. Avioliitto on usein sekä naisen yksityiselämä että työ. Hänen asemansa yhteiskunnassa ja lähtökohtaisesti toimeentulonsakin perustuvat avioliittoon. Tämä tekee naisista miehistä riippuvaisia ja naisten omaehtoisen elämän vaikeaksi. Tällaisessa tilanteessa pysyvä liitto takaa pysyvän yhteiskunnallisen aseman ja toimeentulon. Vapaus on tällöin vapautta vain miehille.

Tasa-arvoisessa yhteiskunnassa määräaikainen avioliitto sen sijaan voisi hyvinkin olla tarpeellinen ja realistinen vaihtoehto.¹⁴⁷ Solmitaan sitova sopimus, mutta ainakin ensi alkuun vain tietyksi ajaksi, eron mahdollisuus huomioiden.

Kuten edelläkin havaitsimme, käsitys sukupuolesta ja sukupuolijaosta vaihtelee eri kulttuureissa. Samoin vaihtelee sukupuolijaon merkityksen suuruus. Käsite parisuhde liittyy kiinteästi sukupuolijakoon. Parisuhteen perustyyppiksi mielletään yleensä naisen ja miehen välinen yhteiselämän muoto. Parisuhteet, joiden osapuolet ovat samaa sukupuolta, kategorisoidaan yleensä erityisryhmäksi. Sukupuolijako on ainut syy nähdä ero heteroseksuaalisten ja toisaalta lesbo- tai homoseksuaalisten liittojen välillä.

Kulttuuripiirimme nykyisen oikeudellisen parisuhdekeskustelun lähtökoh- ta on yhden naisen ja miehen välinen avioliitto. Vaihtoehdot pääsäännölle ovat lisääntymässä. Pohjoismaissa, Suomea lukuunottamatta, on nykyään samaa sukupuolta olevien liittoja koskevaa lainsäädäntöä, joka pitkälti vastaa avioliittolainsäädäntöä. Avoliitoille on annettu yhä enenevästi oikeudellista merkitystä. Ruotsissa on sekä hetero- että homoseksuaalisten avoliittolais-

¹⁴⁵ Ks. lähemmin esimerkiksi Haeri, s. 23–72.

¹⁴⁶ Haerin haastattalema Mulla Ifshagar sanoi suoraan, että mut'a'n tutkimus olisi aloitettava siitä lähtökohdasta, että islamissa »women are regarded as half men, if not less», Haeri, s. 187.

¹⁴⁷ Ks. tästä hahmotelmasta lähemmin Shultz, s. 223, 249–250.

ten yhteistä kotia koskevaa lainsäädäntöä. Norjassa on naimattomien henkilöiden yhteistalouksia koskeva laki.¹⁴⁸ Avioliitto ei näissä maissa ole enää ainut yksityisoikeudellisessa lainsäädännössä määritelty yhteistalouden muoto.

Norjan edellä mainittu yhteistalouden asuntoa ja asuntoirtaimistoa koskeva laki johdattaa mielenkiintoisiin näkymiin. Laki koskee määrätyn edellytyksin kaikkia täysi-ikäisiä ja naimattomia samassa taloudessa asuvia. Osapuolia voi olla myös enemmän kuin kaksi. Sen voi nähdä askeleena kohti itsenäisen oikeudellisen merkityksen antamista samassa taloudessa elämiselle. Norjassa on kuitenkin avioliittolaki ja yhteistalouslain jälkeen on säädetty samaa sukupuolta olevien parisuhteita koskeva laki. Jos näin ei olisi, vaan olisi olemassa vain jonkinlainen yhteisessä taloudessa tai liitossa elämistä säätelevä laki, parisuhteella ei välttämättä olisi muuta oikeudellista merkitystä kuin että se olisi indisio tietyyppisestä yhteiselämästä, jolla saattaa olla vaikutuksensa kumppaneiden tekemien elämäntaparatkaisujen taustaoletuksiin. Talouden yhteisyys on parisuhteessa yleensä huomattavasti kiinteämpi kuin esimerkiksi kahden ystävyksen jakamassa yhteistaloudessa. Talouden yhteisyyteen liittyy erottamattomasti suhteen muu tarkoitus. Jos suhde nähdään yhteiselle edulle perustuvana perheyhteisönä, taloudelliset ratkaisut kaikine – myös sukupuolisidonnaisine – elämäntapaulottuvuuksineen tehdään enemmän yhteisen edun perspektiivistä kuin monissa muissa yhteistaloussuhteissa.

¹⁴⁸ Pалааn näihin lakeihin tarkemmin jäljempänä.

II VERTAILTAVA OIKEUDELLINEN AJATTELU

II A YHTEISKUNNAN VIRALLINEN PARISUHDE: AVIOLIITTO

3. SUOMEN JA SAKSAN AVIOLIITTOLAINSÄÄDÄNTÖ

3.1. Avioliittolainsäädäntöuudistusten pääpiirteet

3.1.1. Suomi

3.1.1.1. Tilanne vuosisadan vaihteessa

Lainsäädäntötyö oli Suomessa ollut keskeytyneenä vuosina 1809–1863. Sen jälleen alettua tarpeet siihen olivat erittäin suuret. Avioliittolain uudistusta ei pidetty tärkeysjärjestyksessä ensisijaisena. Avioliittolainsäädäntömme oli vuosisadan vaihteessa erittäin vanhoillista, vaikka naisen lainsäädännöllinen asema oli 1800-luvulla kohentunutkin.¹⁴⁹ Puolisoiden välisiä oikeussuhteita sääntelivät vuoden 1734 naimiskaari siihen tehtyine muutoksineen ja vuoden 1889 laki aviopuolisojen omaisuus- ja velkasuhteista (AOL).¹⁵⁰ Itsevaltiuden ajalla laadittu naimiskaari oli ollut vanhoillinen jo säädettäessään. AOL, jonka alaan käsittelemäni asiat kuuluvat, edusti avioliittolainsäädännön osauudistuksia.

¹⁴⁹ Ks. Mahkonen, Ylikangas, s. 112–113 ja Kangas (1996).

¹⁵⁰ En ota tässä huomioon vanhempia säännöksiä, jotka vielä olivat osittain voimassa niiden aviopuolisojen kohdalla, joiden avioliitto oli solmittu niiden voimassaoloaikana. En myöskään käsittele vuosisadan vaihteessa voimassa olleen aikaisemman lainsäädännön perusteluja, vaikka joitain osauudistuksia oli tehty 1800-luvun loppupuolellakin, koska ne olivat vain osauudistuksia ja AL:n kokonaisvalmistelu alkoi jo 1900-luvun alkupuolella.

3.1.1.2. AL:n valmistelu

Lainuudistuspaineeet olivat 1900-luvun alussa suuret. Säätyvaltiopäivät olivat yksi kipeimmin uudistusta kaipaavista instituutioista. Suomeen saatiin lainmuutoksella vuonna 1906 yksikamarinen eduskunta ja yleinen ja yhtäläinen äänioikeus, joka koski myös naisia.

Suomessa tapahtui vuosisadan alussa paljon yhteiskunnallisia muutoksia eikä avioliittolain uudistukselle liennyt riittävästi aikaa. Erimielisyyttä ei juurikaan ollut uudistuksen tarpeesta, mutta kylläkin sen sisällöstä. Naisen aseman parantaminen oli yksi suurimpia uudistustarpeita. Yleisesti tunnustettiin, että vuoden 1734 naimiskaareen perustuva avioliittolainsäädäntö ei enää vastannut ajan vaatimuksia. Etenkin naisten saatua äänioikeuden ja vaalikelpoisuuden oli ilmeisen ristiriitaista, että naimisissa oleva nainen sai päättää valtakunnan, mutta ei omista asioistaan.¹⁵¹

Naiskansanedustajat olivat heti alusta pitäen aktiivisia naisen aseman parantamisessa.¹⁵² Kun yksikamarinen eduskunta kokoontui ensimmäisen kerran, kaikki naiskansanedustajat allekirjoittivat anomusehdotuksen, jossa he esittivät, että aviopuolisoiden yhdenvertaisuus mitä pikimmin aikaansaataisiin. Tällainen anomusehdotus uudistettiin sitten kaikilla valtiopäivillä.

Keisarillinen Senaatti asetti vuonna 1907 lainvalmistelukunnan laatimaan ehdotusta naimisissa olevan naisen perheoikeudellisen aseman uudistamiseksi. Vuonna 1913 lainvalmistelukunta julkaisi lausuntokierrosta varten mietinnön niistä pääperusteista, joille uudistus olisi rakennettava.¹⁵³

Avioliittolain uudistus ei vähään aikaan edistynyt tätä mietintöä pidemmälle. Vuosien 1914–1917 välisenä aikana lainvalmistelukunta oli lakkautettuna eikä se toimintansa jatkuttuakaan ryhtynyt heti oma-aloitteisesti ja aktiivisesti tätä uudistustyötä jatkamaan.

Vuoden 1921 ja 1922 valtiopäiville annettiin lainvalmistelukunnan vuoden 1920 ehdotukseen perustuva esitys laiksi aviopuolisoiden oikeussuhteista.¹⁵⁴

¹⁵¹ Mustakallion kirjan *Naisten itsenäisyshistoriaa Suomessa peruskysymyksiä on*, mikä voi selittää tällaisen eron ja sen, että naisten oikeudet määräytyivät eri tavoin siviilisäädyn mukaan. Ks. toisaalta Sulkunen, s. 93–94, avioliittolainsäädännön sukupuolisdonnaisen kaksinaisuuden ja poliittisen kaksoiskansalaisuuden suhteesta.

¹⁵² Ks. lähemmin myös Aune Innala, Suomen naisen alkutaival lainsäätäjänä 1907–1917, Joensuu 1967.

¹⁵³ Lainvalmistelukunnan mietintö 1913.

¹⁵⁴ Lainvalmistelukunnan ehdotus 1920, HE 2/1921 ja sama uudelleen HE:nä 10/1922. Hallituksen esitykset eivät sisältäneet käsiteltävien asioiden osalta mainittavia muutoksia lainvalmistelukunnan ehdotukseen.

Ehdotus rakentui pääasiallisesti samoille periaatteille kuin Skandinavian maissa yhteisen valmistelun jälkeen esitetyt vastaavat ehdotukset.¹⁵⁵

Lainsäädäntötyön edetessä alettiin tuoda esiin myös avioerosäännösten uudistamisen tarpeellisuus ja kiireellisyys. Ajatus uudistaa avioliittolainsäädäntö kokonaisuudessaan hidasti jälleen uudistustyötä.

Lainvalmistelukunnan vuoden 1924 ehdotuksessa uudeksi aviokaareksi¹⁵⁶ oli otettu huomioon Ruotsin, Norjan, Tanskan, Saksan ja Sveitsin uudet avio-liittolait. Käsittelenäni asiat eivät tässä uudessa kokonaisehdotuksessa paljon muuttuneet edellisistä ehdotuksista. Vuonna 1927 annettiin tähän ehdotukseen perustuva hallituksen esitys¹⁵⁷ ja vuonna 1929 uusi avioliittolaki (AL).

3.1.1.3. AL:n uudistamisen pääpiirteet

Valtioneuvosto asetti vuonna 1966 naisten asemaa tutkivan komitean. Komitea antoi lausuntoja, muun muassa vuonna 1967 naisen asemasta Suomessa vastauksena YK:n pääsihteerin tiedusteluun. Komitean laaja, monia eri aloja kartoittava mietintö julkaistiin vuonna 1970.¹⁵⁸ Siinä esitettiin avioliittolain perusteellista uudistamista. Tavoitteena tulisi olla puolisoitten täydellisen yhdenvertaisuus.

Vuonna 1970 asetettiin avioliittolakikomitea, jonka I mietintö valmistui vuonna 1972.¹⁵⁹ Toimeksiannosta ei ilmene asettamisen syytä. Lausuntotilivistelmässä¹⁶⁰ oletettiin syiksi muun muassa Ruotsin ja Tanskan vastaavat uudistukset, Suomessa esitetyt uudistusvaatimukset, kuten edellä mainitun Naisten asemaa tutkivan komitean, sekä 1960-luvulla käynnistynyt keskustelu naisen asemasta. Sukunimisäännökset rajattiin pois tehtäväkuvasta, koska niiden uudistaminen oli erikseen vireillä.

Avioliittolakikomitean II mietintö valmistui vuonna 1976.¹⁶¹ Tämä työ oli rajattu koskemaan vain puolisoitten omaisuussuhteita, joihin ei sisälty-

¹⁵⁵ Avioliittoa koskevan lainsäädännön uudistus koski myös monia muita lakeja, esimerkiksi kauppakaareissa ollut kielto ostaa mitään toisen vaimolta esitettiin poistettavaksi, samoin kuin säästöpankeista annettuun lakiin sisältynyt miehen oikeus määrätä vaimon hyväksi säästöön pannuista varoista.

¹⁵⁶ Lainvalmistelukunnan ehdotus 1924.

¹⁵⁷ HE 40/1927.

¹⁵⁸ Naisten asemaa tutkivan komitean mietintö 1970.

¹⁵⁹ Avioliittolakikomitean mietintö I, 1972.

¹⁶⁰ Lausunnot avioliittolakikomitean I mietinnöstä 1975.

¹⁶¹ Avioliittolakikomitean mietintö II, 1976.

nyt elatus. Valmistelu oli tapahtunut osaksi pohjoismaisena yhteistyönä. Johdannossa ilmoitettiin päädytyn selkeyden vuoksi ehdottamaan erillistä lakia puolisoitten varallisuussuhteista.

Vuonna 1983 valmistui avioliittotoimikunnan mietintö avioliiton solmisesta ja purkamisesta.¹⁶²

Vuoden 1987 – jakamattomana säilytetyn – avioliittolain muutoksiin johdaneessa hallituksen esityksessä vuodelta 1986 avioliittolain sekä siihen liittyvien lakien muuttamisesta koettiin avioliittolain muutospaineiden kohdistuvan erityisesti avioeroa koskeviin säännöksiin.¹⁶³ Tässä yhteydessä luovuttiin syyllisyysperiaatteesta avioerossa. Avioeron saa nykyään harkinta-ajan jälkeen ilman että sen syytä täytyy hyväksyttää. Avio-oikeussäännöstö jäi voimaan, mutta avioliittolain 103 b §:n mukaisesti ositusta ja avioehtosopimusta on mahdollista sovitella.

Samalla tehtiin muitakin tarpeelliseksi koettuja uudistuksia ja poistettiin avioliittolaista kaikki sukupuolen mukaan määräytyvät erot. Hallituksen esityksessä on viitattu pohjoismaiseen lainsäädäntöyhteistyöhön. Merkityksensä on varmaan ollut myös YK:n naisten oikeuksien yleissopimuksella, joka hyväksyttiin vuonna 1979 ja tuli voimaan vuonna 1981.¹⁶⁴ Suomi allekirjoitti sen vuonna 1980 ja ratifioi vuonna 1987. Sopimuksen vaatimia lainsäädäntötarpeita kartoittamaan oli perustettu syrjintäsopimusryhmä. Huomattavimpia tuloksia tästä työstä olivat tasa-arvo- ja sukunimilaki.¹⁶⁵

3.1.2. Saksa

3.1.2.1. Tilanne vuosisadan vaihteessa

Useat pikkuvaltiot yhdistyivät vuonna 1871 Saksaksi. Lainsäädäntö ja oikeudenkäyttö oli paikallisesti hajaantunutta, koska Saksassa ei pitkään ollut ollut vahvaa keskushallintoa. Yhdistymisen jälkeen ryhdyttiin laatimaan maalle

¹⁶² Avioliittotoimikunnan mietintö, 1983.

¹⁶³ HE 62/1986 (avioliittolain muutokset 16.4.1987/411), s. 5.

¹⁶⁴ Sopimuksen virallinen nimi on YK:n Kaikkinaisen naisten syrjinnän poistamista koskeva yleissopimus. Nimi YK:n naisten oikeuksien yleissopimus on haluttu vakiinnuttaa käytäntöön kuvaamaan sopimuksen laaja-alaisuutta ja aktiiviisiin toimiin velvoittavuutta, Suomen toinen raportti YK:n naisten oikeuksien sopimuksen toteuttamisesta, s. 9.

¹⁶⁵ Perhe on tavallaan jätetty tasa-arvolain ulkopuolelle, ks. Tasa-arvolakitoimikunnan mietintö, Komiteamietintö 1982:44, Helsinki 1982, s. 39 ja Niklas Bruun – Pirkko K. Koskinen Tasa-arvolaki, Helsinki 1986, s. 57.

yhteistä siviililakia (Bürgerliches Gesetzbuch, BGB). BGB annettiin vuonna 1896 ja se tuli voimaan vuonna 1900. BGB:n avioliittolainsäädäntö oli jo säädettäessään vanhanaikainen, patriarkaalisen ajattelun ilmentymä.¹⁶⁶ Puhun tässä avioliittoluvussa BGB:stä tarkoittaessani sitä alkuperäisessä muodossaan, jollen toisin mainitse.

3.1.2.2. Kansallissosialismin aika

Kansallissosialistisena aikana ei lainsäädäntöön tehty muutoksia puolisoiden väliseen tasa-arvoon tässä työssä käsiteltäviltä osin. Kuvaan tätä aikaa kuitenkin lyhyesti korostaakseni silloisen ajattelun kiinteää liittymää »normaali-kausien» ajatteluun sekä naisen aseman ja yhteiskunnallisten rakenteiden vastaavuutta.¹⁶⁷

Kansallissosialistinen Saksa oli selkeästi herruusajattelulle perustuva hierarkkinen yhteiskunta. Siihen liittyi olennaisena osana miesdominanssi. Natsit korostivat »luonnollisia» perinteisiä sukupuolirooleja, naisten emansipaatio oli juutalaisten intellektuellien keksintöä. »Naisten pieni maailma luo perustan miesten suurelle maailmalle.» Nämä eivät olleet uusia ajatuksia, konservatiiviset ja uskonnolliset naiset olivat Weimarin tasavallassa itsekin esittäneet ajatuksia sukupuolten välisestä luonnollisesta työnjaosta, jossa kummankin sukupuolen tehtäviä tulisi arvostaa yhtäläisesti. Naisen alisteisuutta pyrittiin kansan kannatuksen vuoksi pehmentämään puhumalla kumppanuudesta. Naisten asema sekä työmarkkinoilla että politiikassa oli ennen kansallissosialismiakin ollut huono ja miehiin nähden toissijainen, joten monet naisetkin kannattivat natseja yleisen hyvinvoinnin nousun toivossa.

Valtio tarvitsi lapsia, joten (arjalaista) äitiyttä ihannoitiin. Perheen perustamista tuettiin taloudellisesti ja lapsettomien pariskuntien verotusta ankaroitettiin. Monet natsijohtajat katsoivat miesten yksiavioisuuden olevan esteenä väestön kasvulle. Avioliiton tarkoituksena oli tuottaa lapsia, joten avioeroa helpotettiin etenkin silloin kun toinen puoliso ei ollut valtiovallan sopimaksi katsoma tai oli hedelmätön.

Kansallissosialistit laajensivat naimisissa olevien naisten virkakieltoja samoin kuin hankaloittivat naisten korkeampaa koulutusta. Natsien tullessa valtaan Saksassa oli työttömyyttä, mutta etenkin jatkuvien sotien takia olttiin pian työvoimapulan edessä. Ristiriitoja aiheutti tällöin se, että naisten

¹⁶⁶ Näin myös Zweigert, Kötz I, s. 157. Ks. myös esimerkiksi Gerhard (1981), s. 186–187.

¹⁶⁷ Kuvaukseni pohjautuu Frevertin esitykseen, s. 205–252.

toisaalta haluttiin pysyvän kotona ja toisaalta heitä tarvittiin työmarkkinoilla, myös korkeammissa tehtävissä. Sekä naisten pitäminen poissa työmarkkinoilta että syntyvyyden lisääntyminen jäivätkin kansallissosialismissa käytännössä toteutumatta.

3.1.2.3. BGB:n uudistamisen pääpiirteet

Vuonna 1949 tuli voimaan uusi perustuslaki, jonka 3 II artiklassa säädettiin naisen ja miehen tasa-arvosta. Jo vuoden 1919 Weimarin tasavallan perustuslain artikla 119 oli määritellyt avioliiton ja perheen perusteeksi molempien sukupuolten tasa-arvon. Tämä ei ollut aiheuttanut muutoksia BGB:hen tai vaikuttanut sen pykälien voimassaoloon. Uuden perustuslain tarkoituksena oli olla velvoittavaa oikeutta. Artikla 117 tähtäsi 3 II artiklan toteutumiseen: 3 II artiklan vastainen lainsäädäntö oli voimassa korkeintaan 31.3.1953 asti.

Avioliittoa koskevia lainmuutoksia eli tasa-arvolakia¹⁶⁸ ei saatu aikaan määräaikaan mennessä, vaan laki annettiin vasta 21.6.1957. Se tuli voimaan 1.7.1958. Saksassa ei tuona väliaikana ollut voimassa olevaa avioliittolainsäädäntöä. Käytän tästä ajasta (1953–1958) nimeä tuomarinoikeus.¹⁶⁹

Avioliittolainsäädäntöä uudistettiin seuraavaksi 14.6.1976 annetulla ensimmäisellä uudistuslailla (1. EheRG).¹⁷⁰ Uudistuksen syitä olivat muuttuneet tasa-arvo- ja avioliittokäsitykset. Uudistuksessa luovuttiin syyllisyydestä avioeroperusteena.

3.2. Aviostatus ja puolisoitten roolijako

3.2.1. Avioelämän määrittely ja puolisoitten tasa-arvo

3.2.1.1. Suomi

Vuoden 1913 lainvalmistelukunta¹⁷¹ halusi aloittaa lakiehdotuksen valmistelun kartoittamalla mielipiteitä. Sen käsityksen mukaan avioliittolain uudistuksen sisällöstä ei ollut yhtä, yleistä mielipidettä. Se mielsi tehtäväkseen

¹⁶⁸ Gesetz über die Gleichberechtigung von Mann und Frau auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts (Gleichberechtigungsgesetz – GleichberG).

¹⁶⁹ Kropholler, jota olen käyttänyt tältä osin lähteenäni, käyttää tästä ajasta termiä Richterrecht.

¹⁷⁰ Erstes Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts (1. EheRG).

¹⁷¹ Lainvalmistelukunnan mietintö 1913.

korjata vanhentunutta lainsäädäntöä vastaamaan silloista oikeustajua ja halusi välttää »kaikkia äärimmäisyyksiä ja yleensä uudistuksia, joilla ei ole jo vakaantunutta oikeuskäsitystä takanaan tai jotka eivät ole tositarpeen vaatimia»¹⁷². Uudistusta pidettiin vaikeana, koska perheoikeus koskee niin läheisesti ihmisten yksityiselämää ja tarpeet eri yhteiskuntaluokissa ovat niin erilaiset sekä siksi, että »kansan oikeustaju on... häilyvä ja ainoastaan vaikeasti määriteltävissä».

Lainvalmistelukunta totesi myös seuraavaa: »Se läheinen henkilöllinen suhde, joka avioliiton kautta syntyy miehen ja vaimon välillä, on useissa kohdin enemmän eettillistä kuin oikeudellista luonnetta ja siis suurelta osalta muiden kuin valtion säätämien lakien alainen.»¹⁷³ Tästä syystä lainsäätäjät ei voi lainkaan puuttua joihinkin kysymyksiin ja voi joistain asioista antaa vain »ai- van yleisiä periaatteellisia säännöksiä».

Vuoden 1924 lainvalmistelukunnan ehdotuksessa todettiin, että avioliitto on olennaisesti siveellinen säännöstö, johon lainsäädännöllä on kajottava varoen.¹⁷⁴ »Mutta toisaalta se on se perimmäinen perusta, jonka varaan yhteiskunnallinen järjestys rakentuu, minkä vuoksi tarkoituksenmukainen avioliittolainsäädäntö on yhteiskunnan kannalta erittäin tärkeä.»

Avioliittolakikomitean I mietinnössä (1972) todettiin, että vuoden 1929 avioliittolakeja säädettäessä lainsäädäntö oli saatettu vastaamaan yhteiskunnan tosiasiallista kehitystasetta, kun lainsäädäntö sen sijaan mietinnön kirjoittamisen aikaan oli aktiivista ja kehitystä ohjaavaa.¹⁷⁵ Sillä pyrittiin osana yhteiskuntapolitiikkaa toteuttamaan toivottavina pidettyjä muutoksia. Toisaalta todettiin, että perhelainsäädännön vaikutusmahdollisuudet ovat yksinään melko rajoitetut. Erot vallitsevien olosuhteiden ja tavoiteltujen muutosten välillä saattavat myös olla niin suuret, että muutoksia on lievennettävä.

Avioliittolakikomitean II mietinnössä (1976) todettiin melko lailla vuoden 1913 lainvalmistelukunnan mietinnön tapaan, että yksityisoikeudellinen lainsäädäntö ei voi olla edelläkävijänä pyrittäessä sukupuolten tosiasialliseen tasa-arvoisuuteen.¹⁷⁶

¹⁷² Lainvalmistelukunnan mietintö 1913, s. 22.

¹⁷³ Lainvalmistelukunnan mietintö 1913, s. 29–30.

¹⁷⁴ Lainvalmistelukunnan ehdotus 1924, s. 53.

¹⁷⁵ Avioliittolakikomitean mietintö I 1972, s. 21–22.

¹⁷⁶ S. 33. Mahkonen (1987), s. 902–3, on kutsunut valistuneeksi rationalismiksi asennoitumista, jossa perhelainsäätäjän tehtävänä ei enää ole opettaa ihmisiä, vaan lainsäädännön tulee ratkaista oikeudelliset ongelmat ottaen huomioon elävän elämän realiteetit. Tällainen ajattelu on hänen mukaansa alkanut vaikuttaa Suomessa 1960-luvulla.

Mietinnössä todettiin käsiteltäessä omistusoikeuden määräytymistä puolisojen välillä, ettei useinkaan voida esittää selvää perustetta sille, miksi puolisoihin tulisi soveltaa erilaisia oikeudellisia periaatteita kuin niihin, jotka eivät ole avioliitossa keskenään.¹⁷⁷ Puolisoita tulisi siksi kohdella pääsääntöisesti yleisten varallisuusoikeudellisten sääntöjen mukaan. Todettiin, että avioliittoon tosin liittyy myös sellaisia erityistekijöitä, joiden perusteella yleisistä säännöistä joudutaan sosiaalisten syiden vuoksi joissakin tapauksissa poikkeamaan.

AL:ää valmisteltaessa keskusteltiin siitä, mitä tulisi selvyiden vuoksi mainita nimenomaisesti ja mitä olisi turha mainita, koska se jonkun ajan kuluksi tulisi itsestään selvää. AL:ssä (33 §) on puolisojen oikeuksien osalta muun muassa nimenomaisesti säädetty, ettei avioliitto pääsääntöisesti rajoita puolison oikeutta tehdä sopimuksia eikä esiintyä oikeudessa. Tasa-arvon toteuttamistavasta käytiin runsaasti keskustelua. Mitkä toimenpiteet edistäisivät muodollista, mitkä tosiasiallista tasa-arvoa. Vuosisadan alkupuolella oli ilmiselvää, ettei yhteiskunnassa vallinnut sukupuolten välinen tasa-arvo eikä sitä sen nykyisessä kattavuudessa edes yleisesti tavoiteltu.

Uudistusinnosta huolimatta vanhat asenteet elivät pitkään mielissä. Vuoden 1913 lainvalmistelukunnan mietinnössä haluttiin vaimon asemaa parantaa, mutta säilyttää miehen määräysvalta. Aviopuolisoiden suhdetta ei haluttu muuttaa yhdenvertaiseksi, vaan säilyttää vanhat roolit ja suoda niiden puitteissa vaimolle enemmän määräysvaltaa.

AL:n muutosta valmisteltaessa oli lähtökohtana puolisojen yhdenvertaisuus ja tasa-arvoistaminen. Naisten asemaa tutkivan komitean mukaan tavoitteena tulisi olla puolisojen täydellinen yhdenvertaisuus.¹⁷⁸ Avioliiton omaisuuden erillisyyttä tulisi laajentaa, avio-oikeutta kaventaa sekä poistaa syyllisyys avioerooperusteena. Ydinperheen yhteiskunnallisten tehtävien nähtiin rajoittuvan lähinnä keskinäisen elatuksen turvaamiseen ja lasten kasvatukseen. Puolisoiden keskinäistä elatusvelvollisuutta ei tulisi kuitenkaan kumota, koska niin monet naiset ovat ilman tuloja. Mietinnössä todettiin, että aviopuolisoiden välinen elatusvelvollisuus katsotaan ensisijaiseksi ja yhteiskunnan toissijaiseksi. Oikeudenmukaisempaan yhteiskunnan tuen jakautumiseen päästäisiin kuitenkin, jos tuen kohteena olisivat yksilöt. Erityisesti mainittiin tarve saattaa nainen ja mies samaan asemaan sukunimilainsäädännössä, mikä uudistus katsottiin voitavan ratkaista myös erilliskysymyk-

¹⁷⁷ Avioliittolakikomitean II mietintö 1976, s. 10.

¹⁷⁸ Naisten asemaa tutkivan komitean mietintö 1970, s. 94–104.

senä. Todellinen tasa-arvoisuus todettiin voitavan saavuttaa vain, jos kotityöt jaetaan tasapuolisesti.

Sukunimilainsäädäntö oli merkittävin poikkeus puolisoitten muodollisesta yhdenvertaisuudesta avioliittoa koskevassa lainsäädännössämme. Muut esitetyt uudistukset, kuten omaisuuden erillisyyt (kylläkin puolison elatusvelvollisuudella lievennettynä) ja syyllisyyden poistaminen avioerooperusteena, ovat puolisoitten itsenäisyyttä edistäviä. Koska muun muassa omaisuuden yhteisyyteen liittyneet naisen itsenäisyyttä rajoittaneet säännökset ovat avioliittolainsäädännössä olleet naisen tasa-arvon tiellä, on ymmärrettävää, että itsenäisyyden edistämistä pidettiin melko itsestäänselvästi yhdenvertaisuutta edistävänä.

Vuoden 1972 avioliittolakikomitean I mietinnön keskeinen tavoite oli puolisoitten yhtäläisille oikeuksille ja velvollisuuksille perustuva yhdenvertaisuus.¹⁷⁹ Mietinnössä todettiin, ettei muodollinen yhdenvertaisuus riitä täyttämään tätä vaatimusta. Jokaisella tulisi tosiasiallisestikin olla yhtäläiset mahdollisuudet. Naisten huonompi asema työmarkkinoilla tekee hänestä taloudellisesti miehestä riippuvaisen. Naisten ansiotyön lisääntyminen ja sosiaaliturva olivat vähentäneet avioliiton roolia vaimon toimeentulon takaajana.¹⁸⁰ Perheen »tunnetehävällä» nähtiin tulevan olemaan keskeinen asema.¹⁸¹ Yhdenvertaisuuden ja taloudellisen itsenäisyyden ei katsottu olevan ristiriidassa perheen tunnetehävän kanssa. Yhdenvertaisuuden katsottiin päinvastoin olevan tärkeimpiä keinoja, joiden avulla ylläpidetään myönteisiä ihmissuhteita perheen sisällä ja luodaan edellytyksiä onnistuneelle yhteiselämälle. Taloudellinen riippumattomuus takaa myös sen, ettei kukaan ole taloudellisista syistä pakotettu jatkamaan epätydyttävää suhdetta. Yhteenkuuluvaisuuden ensisijaisena perusteena tulisi vastaisuudessa olemaan kiintymys.

Sukupolierojen poistuminen avioliittolaista tarkoitti lähinnä naisten suojasäännösten poistumista.

3.2.1.2. Saksa

BGB laadittiin poliittisesti vakaana aikana 1800-luvun loppupuolella. Pyrkimys oli lähinnä säilyttää eikä uudistaa. Eri pikkuvaltioiden avioliitto-oikeusjärjestysten yhtenäistämisessä oli ongelmana sekä paikalliset, uskon-

¹⁷⁹ Avioliittolakikomitean mietintö I 1972, s. 12–17.

¹⁸⁰ Avioliittolakikomitean mietintö I 1972, s. 28–29.

¹⁸¹ Avioliittolakikomitean mietintö I 1972, s. 46–48.

nolliset ja elinkeinorakenteelliset erot että yleisesti muuttuvat käsitykset. BGB ei pyrkinyt edistämään naisten tasa-arvoa, vaan ennemminkin jarruttamaan sitä. Lainsäädännön lähtökohtana oli selvä ja perinteinen sukupuolten välinen roolijako. Vaimon itsenäisyystarpeiden huomioiminen tarkoitti lähinnä vaimon suojelua järjestelmän epäkohtia vastaan.¹⁸² Tasa-arvokäsitykset ja lain vaikutusmahdollisuudet niiden toteuttamiseksi eivät siten varsinaisesti tulleet pohdittaviksi.

Tuomarinoikeusajan (1.4.1953–30.6.1958) lainsäädännöttömän tilan pelättiin johtavan kaaokseen.¹⁸³ Oikeusturvasta ja oikeusyhtenäisyydestä kannettiin suurta huolta. Alussa oltiin jopa erimielisiä siitä, voiko tasa-arvoa ylipäätään toteuttaa tuomarinoikeudella oikeusvarmuuden ja vallanjaon kärsimättä siinä määrin, että menettely olisi tästä syystä perustuslain vastaista. Jotkut tuomioistuimet katsoivat, että lainsäätäjän tahto ei voinut olla, että jokainen tuomari ryhtyy soveltamaan henkilökohtaista käsitystään tasa-arvosta ja toimii näin lainsäätäjänä yksittäisissä tapauksissa.¹⁸⁴

Liittotasavallan korkein oikeus (BGH) katsoi suhteellisen pian annetuksa päätöksessään, että vaikka oikeusvarmuus on tärkeää, artiklan 117 selvää sanamuotoa ei voinut kiertää.¹⁸⁵ BGH katsoi, että lainsäätäjä ei varmaan odottanut eikä halunnut kaaosta, mutta se oli ottanut tämänkin mahdollisuuden huomioon ja pitänyt tasa-arvointressiä tärkeämpänä. Tuomioistuimet olivat sidottuja tähän tärkeysjärjestykseen. BGH katsoi myös, että jos oikeusvarmuus saavutettaisiin puuttumatta perheoikeuteen, se ostettaisiin poliittisesti arveluttavalla oikeusepävarmuudella suhteessa perustuslain voimassaoloon. BGH painotti, että monet muutkin lainsäädännön käsitteet, kuten hyvät tavat ja yhteinen hyvä, määräytyvät arvostuksista riippuen. Verraten pian muodostuisi myös tuomaritapaoikeutta, joka toisi kohtuullista oikeusvarmuutta.

Valtiosääntötuomioistuin katsoi, että artikla 117 ei loukannut oikeusvarmuuden periaatetta.¹⁸⁶ Artikla 3 II oli oikeussäädös eikä ohjelmanjulistus. Tuomioistuimen perinteinen tehtävä on ollut tulkinnoilla täyttää laissa mahdollisesti ilmenevät aukot. Tämä tehtävä voidaan suorittaa loukkaamatta oikeusvarmuutta. Kyseessä ei ollut mielivalta, eikä menettely vaarantanut oikeuden immanenttia rauhanturvaamistehtävää.

¹⁸² Tästä enemmän edempänä.

¹⁸³ Kropholler, s. 8–10.

¹⁸⁴ Kropholler, s. 63–64.

¹⁸⁵ Kropholler, s. 64–65 (14.7.53 BGHZ 10, 266).

¹⁸⁶ Kropholler, s. 66 (BVerfG 18.12.53, BVerfGE 3, 225).

Erimielisyyttä oli myös siitä, kuinka laaja valta tuomarilla oli luoda omaa perheoikeutta.¹⁸⁷ Sekä BGH että valtiosääntötuomioistuimien edustivat supean vallan kantaa. Tarkoitus ei ollut luoda kokonaan uutta avioliittolakeja. Artikla 117 velvoitti vain harkitsemaan, onko voimassa oleva laki tasa-arvon mukainen. Alempien tuomioistuinten kanta oli sama. Ne tekivät oikeusvarmuuden nimissä päätöksiä yksittäistapauksissa luomatta abstrakteja oikeussääntöjä. Tuomarit katsoivat itsensä mieluummin lain käyttäjiksi kuin uudistajiksi. Silloin kun tuomioistuimet etääntyivät enemmän lain määräyksistä ja kehittivät rohkeampia ratkaisuja ne perustelivat päätöksensä perinnäisesti hyväksyttävällä tavalla kuten analogialla.

Vaihtoehtoja yksittäisissä ratkaisuissa oli yleensä kolme: kyseessä oleva säädös oli tasa-arvon mukainen eli voimassaolevaa oikeutta, se ei tasa-arvon vastaisena ollut voimassaolevaa oikeutta eikä sitä sovellettu, tuomari joutui säännöksen tasa-arvon vastaisuuden vuoksi kehittämään sen tilalle uuden.¹⁸⁸

Vuoden 1957 tasa-arvolaille uudistettiin tasa-arvon vastaista avioliittolainsäädäntöä tarpeelliseksi katsotussa laajuudessa. Hallituksen II esityksessä vuodelta 1954 todettiin nimenomaisesti, että siinä oli pidättäytytty laajemmista uudistuksista avioliittolainsäädäntöön ja rajoitettu vain perustuslain tasa-arvovaatimusten toteuttamiseen.¹⁸⁹ Perustuslain tasa-arvokäsityksen osalta II esitys yhtyi vuonna 1952 I esityksessä esitettyyn.

I esityksessä todettiin, että tasa-arvokäsitteen tarkoituksesta vallitsi runsaasti erimielisyyttä.¹⁹⁰ Asiasta oli kaksi vallitsevaa käsitystä. Toisen käsityksen mukaan perustuslaki vaati täydellistä tasa-arvoa, jolloin biologisen eron perusteella ei voitu tehdä minkäänlaista eroa sukupuolten oikeudellisen kohtelun välillä. Toisen käsityksen mukaan samanlaistaminen (Gleichmacherei) ei olisi perustuslain mukaista, vaan pikemminkin sukupuolten fysiologiset ja toiminnalliset erot tulisi ottaa huomioon. Perustuslain 3 artiklan syntyhistorian ja sen sisäisen yhteyden muihin perustuslain määräyksiin katsottiin osoittavan, ettei perustuslaki vaatinut tasa-arvoa, joka ei tehnyt mitään eroa sukupuolten välillä. Tällainen tasa-arvo päinvastoin loukkaisi valtiosääntöoikeuden peruseriaatteita.

Perusteluissa siteerattiin asiasta annettuja lausuntoja, joissa ilmeni muun

¹⁸⁷ Kropholler, s. 66–69.

¹⁸⁸ Kropholler, s. 19–20.

¹⁸⁹ Drucksache 224 (1954), s. 27. I esityksessä, Drucksache 3802 (1952), oli ehdotettu, että samalla palautettaisiin perheoikeuden yhtenäisyys (Rechtseinheit).

¹⁹⁰ Drucksache 3802 (1952), s. 40–41.

muassa seuraavanlaisia ajatuksia. Tasa-arvon ei tulisi olla mekaanista. Sukupuolet ovat samanarvoisia, mutta eivät samanlaisia. Naisella on oma arvo ja omat ansiot. Avioliitto on erityislaatuinen elämänyhteisyys, jolla on korkea päämäärä ja jossa kummallakaan osapuolella ei ole etuja. Perustuslaista todettiin esitetyn, että se on avionrikkoja. Kirkolliselta taholta oli kysytty, puututtiinko naisen oikeudellisella tasa-arvolla liikaa Herran suomaan luomisjärjestykseen. Kirkko ei kannattanut tasa-arvoisuutta, vaan avioliiton täyttymystä elämänyhteytenä. Näiltä osin siteeratun lausunnon antaja ei itse yhtynyt kirkon pelkoihin vaan katsoi, että uudistuksessa oli otettu huomioon luonnon antamat rajat. Hän uskoi, ettei avioliitto määrity perustuslain, vaan puolisoitten oman kristillisen etiikan pohjalta.

Perusteluissa todettiin siteerattujen lausuntojenkin jo osoittavan selkeästi, että perustuslain kirjoittaja ei lähtenyt sellaisesta tasa-arvokäsityksestä, joka ei tehnyt lainkaan eroja sukupuolten välillä. Vain samanlaisia voi kohdella samalla tavoin, mutta erilaisia tulee kohdella eri tavoin. Kummankin puolison tulee niin avioliitossa kuin yhteiskunnallisestikin täyttää omat erityiset tehtävänsä. Lainsäätäjän tulee huolehtia siitä, etteivät avioliitto ja perhe kärsi. Tähän velvoittaa myös perustuslain 6 artikla, joka täytyy ottaa huomioon siinä missä tasa-arvokin. Tämän artiklan mukaan avioliitto ja perhe ovat valtion erityisluojeluksessa. Molempien periaatteiden sopusointu saavutetaan kun »luonnollinen järjestys» otetaan säätelyn ohjenuoraksi.

Esityksessä perustellaan vaimon epätasa-arvoa molempien sukupuolten omalla, erilaisella arvolla ja avioliiton elämänyhteyksellä. Avioliitto nähdään selkeästi miehen perheen pää-roolille rakentuvana yhteisyytenä, jossa vaimon henkilökohtaiset oikeudet joutuvat väistymään. Naisen oma arvo tarkoittaa hänen perinteistä asemaansa, johon ei sisälly samoja oikeuksia kuin miehen asemaan. Perustelut lähtevät itsestään selvästi siitä, että sukupuolet ovat erilaisia ja nimenomaan perinteisten käsitysten mukaisesti. Erilaisuudesta seuraa johdonmukaisesti erilainen oikeudellinen asema. Se on kyseenalaistamaton luonnonlaki, jota järjestystä on luonnonoikeudellisesti ylläpidettävä. Jos tarkoituksena olisi ollut vain vaimon suojeleminen hänen perinteisessä roolissaan, siitä olisi voitu huolehtia sukupuolineutraalisti, esimerkiksi ottamalla huomioon kotona työskentelevän puolison asema.

Vuoden 1973 hallituksen esityksessä 1. EheRG:ksi perusteltiin lisämuutostarvetta erityisesti naisen muuttuneella asemalla yhteiskunnassa ja muuttuneella tasa-arvo- ja avioliittokäsityksellä.¹⁹¹ Kumppanuusavioliitto perustuu yhtäläisille oikeuksille ja velvollisuuksille.

¹⁹¹ Drucksache 7/650 (1973), näistä asioista yleisen osan sivuilla 59–62, 71 ja 75.

Luovuttaessa kotirouva-avioliitosta yleisenä mallina tarkoitus ei ollut asettaa sen tilalle toista mallia, vaan antaa mahdollisuus jatkuvalle kehitykselle. Oikeusvaliokunnan antamassa lausunnossa hallituksen esityksestä 1. EheRG:ksi todettiin, ettei lainsäätäjän tule puuttua avioliiton ja perheen yksityisyyteen, jollei se ole oikeusrauhan säilyttämisen tai muun tärkeän syyn takia tarpeellista.¹⁹² Valtion ei tule määrätä puolisojen yhteiselämän tapaa, korvata entistä ylenpalttista holhousta uudella. Lausunnossa todetaan, että koska elatusvelvollisuus lakkaa lastenkasvatuksen loputtua, puoliso voi eron jälkeen tosiasiassa olla pakotettu ansiotyöhön, jollei hän ole niin vanha, ettei sitä voi häneltä enää vaatia. Miehen sukunimen aseman perheen ainoana nimivaihtoehtona, samoin kuin vaimon »avainvallan» (Schlüsselgewalt) katsottiin hallituksen esityksessä perustuneen miehen ylempiarvoiseen asemaan.

Hallituksen esityksessä ei uskottu oikeuden voivan estää ihmisten yksityiselämän vaikeuksia.¹⁹³ Oikeus voi vain jossain määrin yrittää tasoittaa niistä johtuvia rasitteita osapuolten välillä. Uudistuksen tehtävänä oli lähinnä huolehtia siitä, että erossa ja sen seurauksissa otetaan huomioon oikeudenmukaisuus, kohtuullisuus, sosiaalisuus, ihmisten auttaminen ja oikeuden uskotavuus.

Oikeusvaliokunnan antamassa lausunnossa vähemmistö esitti uskollisuuden, tuen ja lapsista huolehtimisen mainitsemista aviollisina velvollisuuksina.¹⁹⁴ Enemmistö katsoi, että yritys tarkentaa sanamuotoa voisi päinvastoin kaventaa aviollista elämänyhteisyyttä määrittelevän BGB § 1353:n sisältöä. Tällöin myös korostettaisiin joitain seikkoja ja estettäisiin mahdollisesti kehitystä eli oltaisiin aikaansa sidottuja.

3.2.2. Puolisoiden henkilökohtainen suhde

Jäljempänä käsittelemieni seikkojen lisäksi on kyseessä olevissa laeissa mainittu joitain yleisiä periaatteita avioliiton ihanteista. Säännökset avioero-perusteista määrittivät myös käänteisesti avioliiton velvoitteita.

Avioero-perusteita sekä BGB:ssä että AL:ssa¹⁹⁵ olivat uskottomuus, rikollisuus, mielisairaus, toisen hengen tavoittelu tai törkeä pahoinpitely sekä erillään asuminen. Suomessa oli perusteena lisäksi huumaavien aineiden vää-

¹⁹² Drucksache 7/4361 (1975), s. 8.

¹⁹³ Drucksache 7/650 (1973), s. 62.

¹⁹⁴ Drucksache 7/4361 (1975), s. 7.

¹⁹⁵ AL 70–76 §§, BGB §§ 1565–1569. Naimiskaaressa avioeron sai vain huoruus ja omavaltainen hylkääminen -perusteilla, 13 luku.

rinkäyttö ja Saksassa yleisesti avioliiton velvollisuuksien vakava loukkaus¹⁹⁶ ja kunnian ja epäsiiveellinen käytös.

Pääsääntöinen yhdessä asuminen on jäänyt ainoaksi avioliiton olennaiseksi edellytykseksi, joka avioerosäännöksistä enää ilmenee. BGB:n voimassa olevassa muodossa (§ 1565) avioeron edellytys on, että avioliitto on hajonnut eli puolisoitten välillä ei enää ole yhteiselämää eikä sen voida odottaa enää alkavankaan. Avioliiton hajoamista osoittaa määrätyn ajan jatkunut erillään asuminen (§ 1566).¹⁹⁷ Suomessa puolisoilla on oikeus saada avioero ilman muutoin vaadittavaa harkinta-aikaa, jos he ovat asuneet erillään määrätyn ajan (AL 25 §). Erillään asuminen on selkeästi havaittavissa oleva ulkoinen muoto, jonka perusteella avioliitto voidaan katsoa hajonneeksi. Näin ei kuitenkaan voitaisi katsoa ilman taustalla olevaa käsitystä siitä, että yhdessä asuminen on olennainen osa avioliittoa.

Alkuperäisen AL:n mukaan (30 §) puolisoitten tuli toinen toistaan tukea ja »yksissä neuvoin» toimia perheen hyväksi. Puolisoitten ilmoitettiin myös lähtökohtaisesti – »mikäli ei jäljempänä toisin sanota» – olevan oikeudellisesti yhdenvertaisia (31 §). AL:n nykyisessä muodossa (2 §) määritellään puoliset keskenään yhdenvertaisiksi, ilman poikkeuksia. Heidän odotetaan osoittavan keskinäistä luottamusta ja toimivan yhteisesti perheen hyväksi.

Saksassa sukupuolten välisestä yhdenvertaisuudesta on säädetty avioliittolainsäädäntöäkin sitovasti perustuslaissa. BGB:ssä (§ 1353) on yhä säädetty, että puoliset ovat velvollisia aviolliseen elämänyhteisyyteen (Lebensgemeinschaft).¹⁹⁸ Mitä tällä käsitteellä tarkoitetaan, määrittänyt yhteiskunnassa vallitsevien käsitysten mukaan.¹⁹⁹ BGB:n perusteluiden mukaan puoliset ovat velvollisia sellaiseen elämänyhteisyyteen sekä oikeuksiin ja velvollisuuksiin kuin avioliiton luonteesta ja heidän omista olosuhteistaan seuraa.²⁰⁰ Tarkempaa määrittelyä ei pidetty tarpeellisena, koska sisältö kävi selville elämänyhteisyyden käsitteestä itsestään eikä sitä kuitenkaan voitaisi tyhjentävästi

¹⁹⁶ Tällaisena mainittiin muun muassa edellä mainittu törkeä pahoinpitely.

¹⁹⁷ Saksassa ei avioeroa aina myönnetä, jos se katsotaan kohtuuttomaksi, BGB § 1568, ns. Härteklauselein.

¹⁹⁸ Puoliso voi vaatia elämänyhteisyyden palauttamista. Toinen puoliso ei ollut velvollinen noudattamaan toisen vaatimusta, jos se oli oikeuksien väärinkäyttöä tai hän oli oikeutettu vaatimaan eroa. Tasa-arvolaki ei muuttanut tätä pykälää. 1. EheRG ei muuttanut sitä asiallisesti kuin lisäämällä, että avioliitto solmitaan eliniäksi.

¹⁹⁹ Massfeller, Böhmer, Coester (1985), s. 19–23. Tässä on esitetty myös puolisoitten suhteelta edellytetyjä ominaisuuksia, kuten rakkaus, kunnioitus, tuki, suvaitsevaisuus, luottamus jne.

²⁰⁰ Motive (1896), s. 104–105.

määritellä. Perusteluissa mainittiin elämänyhteisyyteen kuuluviksi molemmipuolinen uskollisuus ja tuki, yhdessä asuminen ja aviollisen velvollisuuden suorittaminen (Leistung der ehelichen Pflicht) eli sukupuoliyhteys.²⁰¹

Tasa-arvolain I esityksessä katsottiin elämänyhteisyysvelvollisuudesta seuraavan velvollisuuden keskinäiseen uskollisuuteen ja tukeen.²⁰² Elämänyhteisyys katsottiin olennaiseksi osaksi puolisoitten asemaa avioliitossa. Puolisoiden pitkälle menevän itsenäistymisen tuli väistyä yhteisyyden tieltä. Tasa-arvolaki ei muuttanut §:ää 1353. 1. EheRG ei myöskään asiallisesti muuttanut sitä kuin lisäämällä siihen toteamuksen, että avioliitto solmitaan eliniäksi. Tässä uudistuksessa helpotettiin avioeron saamista.

Hallituksen esityksessä 1. EheRG:ksi katsottiin nykyisen avioliittokäsityksen mukaisen kumppanuuden sisältävän muun muassa toisen huomioonottoa, yhteistoimintaa ja itsekuria.²⁰³ Esityksestä annetussa oikeusvaliokunnan lausunnossa määriteltiin elämänyhteisyyttä tarkemmin: siihen sisältyi muun muassa velvollisuus elää uskollisina yhdessä elinikäisessä avioliitossa, yhteisessä kodissa, toisiaan tukien, yhtäläisin oikeuksin ja velvollisuuksin sekä elättää perhettä, huolehtia lapsista ja pitää yhteistä sukunimeä.²⁰⁴

Hallituksen esityksessä 1. EheRG:ksi todettiin, ettei syyllisyysperiaatteesta luopuminen tehnyt §:ää 1353 tarpeettomaksi.²⁰⁵ Yleinen lausuma puolisoitten velvollisuuspöörästä oli yhä tarpeellinen. Välitysvaliokunta (Vermittlungsausschuss) painotti lausunnossaan §:n 1353 kohdalla, ettei sitä, että uskottomuutta ei enää sanktioida syyllisyysperusteena, tullut ymmärtää niin, että sillä olisi haluttu poistaa avioliiton uskollisuusvelvollisuus.²⁰⁶ Lausunnossa esitettiin, että tärkeimmät velvollisuudet, kuten uskollisuus, olisi nimenomaisesti mainittava laissa. Puolisoiden itsensä harkittavaksi ei täten haluttu kaikilta osin jättää sitä, kuinka he yhteiselämänsä viettävät, vaan uskollisuudesta haluttiin pitää kiinni yhtenä avioelämäänsä kuuluvana piirteenä.

Oikeusvaliokunta katsoi vuonna 1975,²⁰⁷ ettei lainsäätäjän tule puuttua perheen yksityisyyteen, jollei se ole oikeusrauhan säilyttämisen tai muun tärkeän syyn takia tarpeellista. Puolisoiden välinen uskollisuus puolisoilta edellytettynä elämäntapana ja yhteiskunnallisena arvona liittyynee yhteiskunnal-

²⁰¹ Ks. tästä myös Gerhard (1990), s. 163, kieltäytyminen aviollisesta velvollisuudesta oli aiemmin ollut avioeroperuste.

²⁰² Drucksache 3802 (1952), s. 45.

²⁰³ Drucksache 7/650 (1973), s. 95–96.

²⁰⁴ Drucksache 7/4361 (1975), s. 6–7.

²⁰⁵ Drucksache 7/650 (1973), s. 95–96.

²⁰⁶ Drucksache 7/4694 (1976), s. 2.

²⁰⁷ Drucksache 7/4361 (1975), s. 8.

liseen seksuaalimoraaliin ja käsitykseen uskollisuudesta avioliittoa koossa pitävänä tekijänä eli avioliiton pysyvyyden arvoon. Osittain se voi olla itseltään selvästi yleistettävänä pidetty »hyvä».

Münchenerkommentaarissa on todettu, ettei juridisen kommentaarin tehtävänä voi olla antaa moralisoivia yksittäismääräyksiä harmoniseen avio- ja perhe-elämään.²⁰⁸ Siinä luetellut periaatteet lienee siten katsottu yleisperiaateiksi tai luonnonoikeudellisiksi. Kommentaarissa todetaan, että yksilöllisyyden on väistytävä yhteisyyden tieltä. Siinä katsotaan avioliiton sitoviksi elementeiksi yksiavioisuus, seksuaalinen uskollisuus, avioliiton elinikäisyys ja periaatteessa myös samassa taloudessa eläminen. Velvollisuutta elämänyhteisyyteen pidetään positiivisen oikeuden yläpuolella olevana sosiaaliseettisenä normina ja käyttäytymisvelvollisuutena, jolla on oikeuksia rajoittava funktio. Yksiavioisuuden olennaiseksi elementiksi todetaan avioliiton ulkopuolisten seksuaalisuhteiden poissulkeminen.²⁰⁹ Puolisot eivät voi vapauttaa toisiaan uskollisuusvelvoitteesta. Aviollisen sukupuoliyhteyden velvollisuusluonteeseen ei oteta varsinaista kantaa, vaan vetäydytään toteamukseen, että valtion ei tule määrätä puolisoitten intiimillä alueella. Lähtökohdaksi esitetään, että jos pidättyväsyydestä ei ole sovittu, seksuaalista täyttymystä ei oleteta poissuljetun. Kommentaarissa todetaan, että vain uskollisuus on seksuaalisuuden alalla varauksetta tunnustettu oikeusvelvollisuus. Aviorikoksen rangaistavuuden ja avioeron syyllisyysperusteiden poistumisella ei katsota olevan merkitystä uskollisuusvelvollisuuden olemassaoloon.

Uskollisuusvelvollisuuden katsottaneen Suomessakin yleensä kuuluvan avioliiton luonteeseen, vaikkei sitä olekaan lainsäädäntötyössä tuotu esille samoin kuin Saksassa.²¹⁰ AOL ja rikoslaki säädettiin absoluuttisen sukupuolimoraalin aikana: seksuaalinen kanssakäyminen oli sallittu ainoastaan avioliitossa.²¹¹

²⁰⁸ Nämä asiat Münchenerkommentaarissa (1989), sivuilla 139, 143, 145. (En ole tekstissä ilmoittanut kommentaarin kyseisten osien laatijoiden nimiä kommentaarin omaa epäpersoonallista tyyliä mukaillen, mutta olen merkinnyt käyttämäni osien kirjoittajat lähdeluetteloon.) Kommentaarissa on mainittu perusvelvollisuuksiksi rakkaus ja kunniotus (Achtung). Voi kysyä, kuinka tunne voi olla velvollisuus – miten sen edellyttäminen olisi mahdollista. Lisäksi on mainittu muun muassa tuki ja apu.

²⁰⁹ Münchener s. 151–152.

²¹⁰ Ks. esimerkiksi Rautiala, s. 45: Avioliiton luonteesta seuraa velvollisuus uskollisuuteen, yhdessä asumiseen ja yhteiselämään.

²¹¹ Salavuoteus eli esiaviollinen seksuaalinen kanssakäyminen dekriminalisoitiin vuonna 1926 ja huoruus eli aviorikos vuonna 1948.

Ajatus aviollisista velvollisuuksista sai selvää kannatusta keskustelussa, jota käytiin Suomessa siveellisyysriksia koskevaa lainsäädäntöä uudistettaessa, uudistus tuli voimaan vuonna 1971.²¹² AL:n tulkinnastakin voidaan löytää vahvistusta käsitykselle ainakin jonkin asteisesta velvollisuudesta seksuaaliseen kanssakäymiseen: Avioliiton peruuntumisperusteeksi²¹³ – eli sellaiseksi toisen henkilöä koskevaksi erittäin tärkeäksi seikaksi, josta puoliso oli omatta syyttään erehtynyt – katsottiin tilanne, jossa puoliso oli kokonaan kieltäytynyt sukupuoliyhteydestä toisen puolison kanssa ja hänellä oli jo avioliittoa päätettäessä ollut tarkoitus menetellä näin.²¹⁴

3.2.2.1. Ruumiillinen koskemattomuus avioliitossa

Sukupuolittunut²¹⁵ eli naisiin kohdistuva väkivalta on alettu yleisesti nähdä myös yhteiskunnallisena ongelmana, jolla on juurensa sukupuolten välisessä epätasa-arvossa. Se on normaalina pidetyn sukupuolten eriarvoisen aseman epänormaalina pidetty äärimmäinen ilmaus. Päinvastoin voi ensin mainittua pitää epänormaalina ja jälkimmäistä ensimmäisen normaalina seurauksena. Naiseen kohdistuva väkivalta kohdistuu häneen yleensä nimenomaan naisena, hänen seksuaali- tai parisuhderoolissaan. Kansainväliset järjestöt kuten YK, EN ja EY ovat puuttuneet tähän ongelmaan.²¹⁶ Suomessa asiaa on laajemmin havahduttu pohtimaan vasta viime vuosina.²¹⁷ Sukupuolittunut väkivalta on esimerkki hyvin monitahoisesta ongelmakentästä, jossa tarvitaan monien eri oikeuden- ja ammattialojen uudistuksia ja asiantuntemusta.

²¹² Ks. lähemmin Pohjonen (2/1991), s. 1030–1035.

²¹³ Vuonna 1988 voimaan tullessa AL:n uudistuksessa kumottiin avioliiton peruuntumispykälät.

²¹⁴ AL 68 §, KKO 1954 II 110, päätöksessä KKO 1979 II 36 oli vastaavasti kyse puolison kieltäytymisestä yhteiselämästä ja perheen perustamisesta. Avioliiton seksuaalisella toteuttamisella on ollut selkeästi tunnustettu merkitys etenkin kanonisessa oikeudessa, ks. tämän vaikutuksista Suomessa Pykkänen (1991).

²¹⁵ Termiä sukupuolittunut väkivalta on alettu käyttää naisiin naisina kohdistuvasta väkivallasta yleensä ja termiä sukupuolistunut väkivalta silloin kun kyseessä on nimenomaan seksuaalisuuteen liittyvä väkivalta.

²¹⁶ Ks. ongelmasta esimerkiksi YK:n julkaisu Violence against women in the family.

²¹⁷ Ks. lähemmin Väkivaltajaoston mietintö. Mietinnössä on myös katsaus kansainvälisten järjestöjen työhön.

Naisiin kotona kohdistuvaan väkivaltaan suhtaudutaan usein vähättelevästi eikä sitä aina pidetä poliisin ja tuomioistuinlaitoksen tehtäväkenttään kuuluvana asiana samalla tavoin kuin muuta rikollisuutta.²¹⁸ Pelkillä rikosoikeudellisilla keinoilla ei voi merkittävästi ehkäistä sen enempää näitä kuin muitakaan väkivaltatilanteita, mutta kansalaisten suojele väkivallalta kuuluu oikeuslaitoksen tehtäviin rikospaikasta riippumatta.

Raiskausta avioliitossa ei ole Saksassa kriminalisoitu väkisinmakaamisena. Tämä alkaa olla meidän kulttuuripiirissämme suhteellisen harvinaista. Suomessakin lakia muutettiin myöhään, vasta vuonna 1994. Saksassa on esitetty muutoksia tähän lainsäädäntöön.²¹⁹ Kummassakin maassa on muutosperusteluissa korostettu naisen avioliitosta riippumatonta seksuaalista itsemääräämisoikeutta ja naisen muuttunutta asemaa avioliitossa.

Suomessa muutettiin seksuaalirikoksia koskevaa lainsäädäntöä vuonna 1971. Keskustelu avioliitossa tapahtuvan raiskauksen kriminalisoinnista, jota ei ehdotettu, paljasti tekoon liittyviä asenteita.²²⁰ Hallituksen esitykseen²²¹ sisältyi mitäänsanomaton perustelua ja argumentaatiota, jota ei muiden rikosten kohdalla käytettäisi. Tekoa ei selvästikään mielletty varsinaiseksi rikokseksi, ja seksi nähtiin aviollisena velvollisuutena. Tämä velvollisuus ei kuitenkaan ole sukupuolineutraali: naisen on melko mahdoton velvoittaa vastentahtoinen mies »sallimaan» sukupuoliyhteys kanssaan. Joitain asiassa esitettyjä kommentteja lukiessa herää myös kysymys, minkälainen niiden esittäjien käsitys seksuaalielämästä on, jos raiskauksen kriminalisointi tarkoittaa heille jatkuvaa epävarmuutta siitä, oliko kyseessä rikos vai normaali sukupuoliyhteys. Yhdysvalloissa tehtyjen tutkimusten perusteella voidaan päätellä, että aviomiehen suorittama raiskaus on naiselle kaikkein traumaattisin.²²²

²¹⁸ Rikoslain kokonaisuudistuksen II paketissa ehdotettiin yksityisyydessä suoritettua pahoinpitelyn säätämistä virallisen syytteen alaiseksi rikokseksi viittaamalla juuri perheväkivaltaan, s. 233–234. Tämä RL 21 luvun muutos tuli voimaan vuonna 1995. Tunnusmerkistöjä muuttamalla mahdollistettiin kyllä samalla monien ennen pahoinpitelyksi luokiteltavien tekojen luokittelu lieväksi pahoinpitelyksi, joka on yhä aikuisen kohdistuneena asianomistajarikos.

²¹⁹ Ks. esityksistä ja asian edistymisestä esim. Streit 2/1995, s. 82–83, 1/1996, s. 46 ja 3/1997, s. 142 (§§ 177–179 StGB). Saksassa tästä rikoksesta voidaan rangaista lievempänä rikoksena, StGB § 240 (Nötigung), Suomessa olisi vastaavasti voitu käyttää pakottamista, RL 25:12.

²²⁰ Ks. lähemmin Pohjonen (2/1991), s. 1030–1035.

²²¹ HE 52/1970. Asiaa valmistellut seksuaalirikoskomitea oli mietinnössään vuodelta 1968 ehdottanut väkisinmakaamisen kriminalisoinnin ulottamista avioliittoon.

²²² Russell, xxix, 190–193, 198–199.

Sukupuolittuneen väkivallan kohdalla tulee seksuaalisten asenteiden lisäksi esille perheen yksityisyyden ja sovun korostaminen.²²³ Tällöin ei muisteta naisten ja ainakin välillisesti myös lasten yksityisyyden suojaa ja hyvinvointia.²²⁴ Suuri osa naisiin kohdistuvasta väkivallasta tapahtuu yksityisyydessä eli tekijä on parisuhdekumppani tai muu tuttu.²²⁵

3.2.3. Puolisoiden »ulkoinen» asema

3.2.3.1. Suomi

Suomen AOL:n mukaan vaimo kuului miehensä »säättyyn ja tilaan». Tämä säännös oli alunperin osoitus eräänlaisesta puolisoiden tasa-arvosta, heidän välillään vallitsi näin arvon yhteys. Käytännössä tästä katsottiin seuraavan, että vaimon kansallisuus ja oikeuspaikka määräytyi miehen mukaan.²²⁶ Oikeuspaikan on esitetty määräytyneen miehen mukaan myös edusmiehyyden perusteella, mieshän voi kantaa ja vastata vaimonsa puolesta tuomioistuimessa.²²⁷ Miehen säättyyn ja tilaan kuulumisesta vedettiin myös sitä johtopäätöstä, että vaimo saa miehensä sukunimen.²²⁸ Mikään laki ei nimenomaisesti velvoittanut vaimoa tähän, mutta se oli hyvin yleistynyt tapa.

Vuoden 1920 lainvalmistelukunnan ehdotuksessa vaimon katsottiin yhä kuuluvan miehensä säättyyn, muttei enää tämän »tilaan». Tällä tarkoitettiin

²²³ Ks. lähemmin Pohjonen (1/1992).

Tämä näkyy myös Saksan lakiehdotuksissa Gesetzentwurf des Bundesrates für ein Gesetz zur Änderung des Sexualstrafrechts – §§ 177 bis 179, 184 c StGB (Bundestags-Drucksache 12/2167) ja Entwurf der Fraktion der SPD im Deutschen Bundestag für ein Gesetz zur Änderung des Sexualstrafrechts – §§ 177 bis 179, 184 c StGB (B-D 12/1818). Rangaistuksen lieventämistä tai siitä luopumista on ehdotettu mahdolliseksi, jos se palvelisi aviollisen (järjestyksessä toisessa ehdotuksessa myös avioliitonomaisen) yhteisyyden ylläpitoa (Versöhnungsklausel). Tätä klausuulia vastustavasta kannasta (BÜNDNIS 90 / DIE GRÜNEN) ks. Streit 1/1996, s. 46.

²²⁴ Feminististen tutkijoiden keskuudessa on ollut paljon erimielisyyttä siitä, tulisiko naisten lainkaan turvautua rikosoikeuteen sen feminismin kanssa yhteensopimattomuuden ja naisille vahingollisten asenteiden ja käytäntöjen vuoksi. Ks. lähemmin Pohjonen (2/1992).

²²⁵ Ks. lähemmin Heiskanen, Piispa, s. 11 ja 43 (suurin osa miehistä, jotka tekevät naisille väkivaltaa ovat näiden tuttuja, yleisimmin nykyisiä tai entisiä avio- tai avopuolisoja), Väkivaltajaoston mietintö, s. 20 ja Pohjonen (2/1991), s. 1027.

²²⁶ Chydeniuksen lausunto (1923), s. 26–27.

²²⁷ Ks. muun muassa lainvalmistelukunnan ehdotus 1920, s. 75.

²²⁸ Hernberg, s. 42.

mahdollistaa, että poikkeustapauksissa vaimon taloudelliset olot voivat määrätä puolisoiden elintason.²²⁹ Tarpeesta säättää, että vaimo kuuluu miehensä säätyyn oltiin erimielisiä. Wilhelm Chydenius katsoi ehdotuksesta antamassaan lausunnossa, että tämä lakivaliokunnan jaoston sittemmin merkityksellömänä pitämä säätely velvoittaisi miehen takaamaan vaimolleen saman yhteiskunnallisen aseman kuin hänellä itsellään oli sekä kustantamaan vaimonsa säädynmukaisen esiintymisen.²³⁰ Virallisesti sääty-yhteiskuntaa ei enää ollut, joten kyse voi olla vain yhteisestä elintasosta ja asemasta. »Toiselta puolen tulee varakkaan vaimon, siinäkin tapauksessa, että hänen yhteiskunta-asemansa olisi toinen kuin miehen, valmistaa miehelle tilaisuus omaan yhteiskunta-asemaan.» Chydeniuksen ajatuksena näyttäisi olleen, että ylempään »säätyyn» kuuluva huolehtisi puolisonsa noususta samaan säätyyn, vaikka hän vaimon kohdalla puhuu samasta asemasta kuin miehellä ja miehen kohdalla tilaisuudesta omaan asemaan.

Chydenius totesi miehen säätyyn kuulumisesta seuraavan, että vaimo sai miehensä oikeuspaikan ja kansalaisuuden. Näistä asioista voitiin kuitenkin säätää erikseen, minkä tarpeellisuutta Chydenius painotti, jos säätyyn kuulumisesta ei haluttu säätää. Ehdotus lähti siitä, että vaimolla oli oma oikeuspaikka.²³¹ Chydeniuksen edustaman kannan voi siten katsoa olleen lähinnä asenteellinen: vaimon asema yhteiskunnassa määräytyisi miehen mukaan. Hän itsekin toteaa, että säädynmukaisen esiintymisen voi katsoa sisältyvän elatusvelvollisuuteen, johon kuului puolisoiden erityisten tarpeiden tyydyttäminen heidän olojensa mukaisesti.

Puolisoiden säädystä ei AL:ssä lausuttu enää mitään, mutta perheen elatukseen osallistuminen määräytyi puolisoiden »taloudellisten olojen» mukaan (46 §). Vaimo sai miehensä sukunimen, minkä sijasta hänellä oli mahdollisuus ottaa käyttöön kaksoisnimi: miehen nimi yhdistettynä omaansa (32 §). Vuoden 1924 lainvalmistelukunta perusteli tätä voimassaolevalla oikeuskäsityksellä ja puolisoiden elämänyhteisyydellä.²³² Lakivaliokunnan mietintöön vuonna 1928 jätetyssä vastalauseessa katsottiin, että tällainen säännös syrjäyttäisi aiheettomasti tasa-arvoisuusperiaatetta ja aiheuttaisi etenkin iäkkäimmille, ammatissa toimiville naisille hankaluuksia.²³³ Korkein oikeus katsoi lausunnossaan vuonna 1927,²³⁴ että naisen tulisi voida uudessa avioliitossa

²²⁹ Lainvalmistelukunnan ehdotus 1920, s. 41.

²³⁰ Chydeniuksen lausunto (1923), s. 26–27.

²³¹ Lainvalmistelukunnan ehdotus 1920, s. 75.

²³² Lainvalmistelukunnan ehdotus 1924, s. 88, 116.

²³³ Lakivaliokunnan mietintö 1928, s. 40–41.

²³⁴ Korkeimman oikeuden lausunto (1927), s. 67, 73.

käyttää halutessaan myös entisen miehensä nimeä yhdysnimessä, koska hän oli voinut tehdä itsensä tunnetuksi tällä nimellä.

Vuoden 1920 sukunimilaissa todettiin, että sen säännökset eivät vaikuta siihen, mitä yleisen lain mukaan on voimassa naidun naisen oikeudesta miehensä sukunimen käyttämiseen (14 §). Lakivaliokunnan kanta oli, ettei Suomen lain voida katsoa velvoittavan naitua naista käyttämään miehensä sukunimeä.²³⁵ Toisin kuitenkin kävi »yleisen» eli avioliittolain tultua voimaan, kuten edellä ilmenee.

Hallituksen esityksessä sukunimestä vuodelta 1919 oli puhuttu miehen sukunimestä sekä naisen oikeutena että velvollisuutena.²³⁶ Vaimon kuulumista miehen sukuun on pidetty sekä hänen velvollisuutenaan että oikeutenaan. Jälkimmäistä asennetta kuvastaa alkuperäinen AL 84 §: jos puoliset eivät toisin sovi tai oikeus vaimolle tätä oikeutta erityisestä syystä myönnä, vaimon tulee eron jälkeen ottaa oma nimensä takaisin. Laissa on mainittu yhtenä edellä mainittuna syynä tilanne, jossa vaimo on syytön eroon ja hänelle olisi haittaa nimen muuttamisesta. Vuoden 1948 lainmuutoksella säädettiin lähtökohdaksi, että vaimo saa käyttää miehensä nimeä eron jälkeenkin (84 §). Tuomioistuimien voi määrättyä edellytyksin miehen vaatimuksesta päättää toisin.

Vuonna 1986 Suomessa tuli voimaan uusi sukunimilaki (sittemmin nimilaki)²³⁷, jonka mukaan puoliset pitävät avioiduttuaan oman sukunimensä, jolleivät he yhdessä päättä ottavansa jommankumman sukunimeä yhteiseksi nimeksi, jolloin toinen voi myös ilmoittaa ottavansa käyttöön kaksoisnimen (7–8 §§). Yhteiseksi sukunimeksi voidaan ottaa vain jommankumman viimeksi naimattomana saama sukunimi, muuten puoliset ovat oikeutettuja pitämään sen nimen, mikä heillä oli ennen avioliittoa.²³⁸ Jos puoliso on avioituessaan muuttanut nimensä, hän saa avioliiton purkaututtua ottaa takaisin sen nimen, joka hänellä oli viimeksi naimattomana ollessaan, pitää avioliiton kautta saamansa nimen tai ottaa takaisin nimen, joka hänellä oli ennen avioitumistaan ja jonka hän oli pitänyt käytössään kaksoisnimen osana (9 §).²³⁹

²³⁵ Lakivaliokunnan mietintö 1920, s. 3.

²³⁶ HE 66/1919, s. 5.

²³⁷ Sukunimilaki 9.8.1985/694. Lain nimike muutettu lailla 8.2.1991/253.

²³⁸ Kangas on kritisoinut mahdolltomuutta ottaa yhteiseksi nimeksi avioliiton kautta saatua nimeä käytännössä lähinnä naista syrjiväksi, Kangas (1991) s. 62–63.

²³⁹ Yhteisessä huollossa oleva lapsi saa nykyään äitinsä nimen, jos vanhemmilla ei ole yhteistä nimeä, eivätkä he ilmoita mitään lapsen sukunimestä. Jos vanhemmilla on yhteisessä huollossa jo muita lapsia, viimeksi syntynyt saa saman sukunimen kuin nämä. (Nimilaki 2 §).

Sukunimilain valmistelu kesti kauan. Se annettiin jo vuonna 1972 asian-
tuntijan alustavasti valmisteltavaksi. Työtä jatkamaan asetettiin työryhmä, jon-
ka ehdotus julkaistiin vuonna 1973.²⁴⁰ Hallituksen lainsäädäntöön johtaneessa
esityksessä vuodelta 1984 todettiin edellä mainitun ehdotuksen mukaisesti,
että aikaisempi vaimon sukunimeä koskeva sääntely oli peräisin sellaisista
yhteisöistä, joissa nainen oli sekä oikeudellisesti että yhteiskunnallisesti epä-
itsenäisessä asemassa.²⁴¹ Avioituessaan hän siirtyi sukunsa määräysvallasta
miehensä määräysvaltaan. Tätä käsitystä pidettiin nyt vanhentuneena ja yh-
denvertaisuusperiaatteen kanssa ristiriidassa olevana. Lisäksi viitattiin nimen-
muutosten naisille etenkin monissa työtehtävissä aiheuttamiin hankaluuksiin
sekä siihen, että nainen voi kokea pakollisen nimenmuutoksen itsenäisyyt-
tään loukkaavana.

Lainmuutosehdotuksen tavoitteena oli myös ihmisen sukunimen pysyvyys
ja muuttumattomuus, mitä vaimon oman nimen säilyttäminen myös edisti.
Romaanisgermaanisessa oikeuskulttuurissa nimilainsäädäntö perustuu stabi-
liteettiperiaatteelle, jolloin nimistön tulisi käytännön hallinnollisteknisistä
syistä olla mahdollisimman muuttumatonta.²⁴² Vuoden 1973 ehdotuksessa
mainittiin pääsäännöksi se, että puoliset säilyttävät oman nimensä.²⁴³ Myö-
hemmissä ehdotuksissa tällaista pääsääntöä ei enää mainittu. Lainsäädäntöön
johtaneessa hallituksen esityksessä on nimenomaan mainittu, että pääsään-
tönä on valinnanvapaus. Jos puoliset eivät valitse yhteistä nimeä, he säilyt-
tävät aikaisemmat nimensä.²⁴⁴ Lakitekstissä ja hallituksen perusteluissa ko-
rostuu valinnanmahdollisuuksista yhteisen nimen otto. Menettelyllisesti ko-
rostus on toinen: yhteisen nimen otto vaatii nimenomaisen ilmoituksen, il-
man ilmoitusta entiset nimet säilyvät. Vihkijän on kuitenkin tiedusteltava onko
pari päättänyt ottaa yhteisen sukunimen (7 §). Urpo Kangas on katsonut tie-
dusteluvollisuuden piilokehotukseksi yhteisen nimen valitsemiseen.²⁴⁵

Sukunimestä käytiin runsaasti tunteenomaista keskustelua. Miehen suku-
nimeen perheen yhteisenä nimenä vedottiin erityisesti perheen yhteisyyden,
lasten edun ja avioliiton »pyhyden» ylläpitäjänä. Avioerot ja perheiden ha-

²⁴⁰ Ehdotus Hallituksen esitykseksi Eduskunnalle sukunimeä koskevan lainsäädän-
nön uudistamisesta 1973.

²⁴¹ HE 236/1984, s. 9.

²⁴² Kangas (1991), s. 2.

²⁴³ Ehdotus hallituksen esitykseksi sukunimeä koskevan lainsäädännön uudistami-
sesta 1973, s. 12.

²⁴⁴ HE 236/1984, s. 14.

²⁴⁵ Kangas (1991), s. 64.

joamiset ovat kuitenkin lisääntyneet juuri aikana, jolloin miehen sukunimi oli säädetty perheen yhteiseksi nimeksi. Näillä perusteilla ei voi myöskään asettaa miehen sukunimeä vaimon sukunimeä toivottavammaksi, mutta naisen perinteiseen rooliin – hänen velvollisuuksiinsa – on kuulunut perheen ja sen yhteisyyden puolesta uhrautuminen. Todellisempi syy kannanottoihin miehen sukunimen puolesta lieneekin miehen sukunimen symboliarvo patriarkaalisesta perhemallin ja ajattelutavan ylläpitäjänä. Laki ei estä samanmielisiä pariskuntia toimimasta omassa elämässään vanhan järjestelmän mukaan. Keskusteluissa vedottiin erimielisyyksien lisääntymiseen valinnanmahdollisuuksien myötä. Vasta-argumenttina voi kysyä, onko silloin kyse sovusta vai erimielisyyksien näkymättömyydestä, kun sovun muodollisen syntymisen syy on lainsäätäjän asettuminen toisen osapuolen mielipiteen laillistajaksi? Kansainvälisestä vertailusta mainittakoon, että hallituksen esityksessä todettiin, että Suomen lisäksi Kyproksen, Liechtensteinin, Sveitsin ja Turkin oikeudessa naisella on velvollisuus käyttää miehensä nimeä.²⁴⁶

Naiset eivät kovinkaan sankoin joukoin käyttäneet hyväkseen sukunimilain suomia uusia mahdollisuuksia.²⁴⁷ Vanhat asenteet ja ajattelutavat erilaisine symboliarvoineen eivät muutu hetkessä. Kyse on sekä naisten omista asenteista että miesten ja ympäristön asenteista tai painostuksesta.²⁴⁸ Laki ei aktiivisesti edistä todellista valinnanvapautta eli irtautumista perinteisestä ajattelusta. Pelkän valinnanvapauden tarjoava mahdollisuus johtaa usein totutun tavan jatkumiseen etenkin asioissa, joissa asenteet ovat pitkälti alitajuisia ja selkiytymättömiä. Jos tämänhetkisessä asenneilmapiirissä haluttaisiin edesauttaa tosiasiallista valinnanvapautta, vahvana lähtökohtana tulisi olla yksilön oman nimen säilyttäminen. Tällöin voitaisiin lähteä siitä, että yhteisen (käytännössä yleensä miehen) nimen otto olisi periaatteessa poikkeuksellinen menettely, joka vaatisi erityistoimenpiteitä, esimerkiksi nimenmuutoksen hakemista.

Kansainvälinen yksityisoikeus on Suomessa jäänyt lainsäädännön tasa-arvoistamistyön ulkopuolelle. Eräistä kansainvälisluontoisista perheoikeudellisista suhteista 5.12.1929 annetun lain (KPL) 14 §:n mukaan avioliiton oikeudelliset vaikutukset puolisoitten varallisuussuhteisiin määrää pääsääntöi-

²⁴⁶ HE 236/1984, s. 19.

²⁴⁷ Pylkkänen (1988). Artikkelissa tuodaan esille myös naisen nimen vaihdosten seurauksena usein olevien lasten nimen vaihdoksien mukanaan tuomat hankaluudet. Näiden vaihdosten määrä on kasvanut eikä ole aivan pieni, Kangas (1991), s. 70

²⁴⁸ Pylkkänen (1988).

sesti sen valtion laki, johon mies avioliittoa päätettäessä kuului.²⁴⁹ Lainsäädäntötyö kansainvälisen perhelainsäädännön uudistamiseksi on meneillään.²⁵⁰

3.2.3.2. Saksa

BGB:ssä ei säädetty puolisoitten säädystä, se katsottiin perusteluissa julkisoikeudelliseksi asiaksi.²⁵¹ Pidettiin kuitenkin selvänä, että vaimon elämä on miehen sosiaalisen aseman mukainen. Tällä asiantilalla on oikeudellistakin merkitystä elatuksessa ja avioerossa.

BGB:n mukaan vaimo saa miehen sukunimen (§ 1355). BGB:n perusteluissa katsottiin luonnolliseksi seuraukseksi aviollisen yhteyksien läheisyydestä ja koko elämän käsittävästä merkityksestä, että puolisoilla on yhteinen nimi.²⁵² Miehen asemasta puolestaan seurasi, että tämä yhteinen nimi oli hänen nimensä. Perusteluissa korostettiin myös vaimon velvollisuutta miehen nimen käyttämiseen osana aviollista elämänyhteyttä.

Tuomarinoikeudessa ei juurikaan pidetty tasa-arvon vastaisena sitä, että vaimo sai miehensä sukunimen.²⁵³ Kyseessä katsottiin myös usein olevan vain järjestysmääräys. Muun muassa puolisoitten nimi-identiteettiä pidettiin välttämättömänä, eikä §:n 1355 voimassaoloa voinut epäillä, kun perustuslain 3 II artiklaa luettiin yhdessä 6 I artiklan kanssa. 6 I artikla takaa valtion suojelun avioliitolle ja perheelle. Nimi-identiteetin muodostumista vaimon sukunimellä ei esitetty. Miehen nimeä perheen yhteisenä nimenä perusteltiin luonnollisella työnjaolla: mies edustaa perhettä ulospäin ja nainen muodostaa sen sisäpuolen. Valinnanvapauden katsottiin muun muassa johtavan kaakseen eikä se edistänyt tasa-arvoa »mikäli ei tavoiteltu yhteiskunta- ja sen myötä perhejärjestyksemme täydellistä uudelleenorganisointia».²⁵⁴ Yhteiskun-

²⁴⁹ Vastaavanlainen tasa-arvo-ongelma liittyy lasta koskevaan KPL 18 §:ään. KPL:ään on tehty muita muutoksia viimeksi vuosina 1987, 1991 ja 1993. Pykälän merkityksestä ja tulkinnasta nykyaikana on keskusteltu ja oikeuskäytännössä on poikettu tiukasti sanamuotoon perustuvasta tulkinnasta. Ks. lähemmin Jäntherä-Jareborg ja Klami (1986), s. 206–213.

²⁵⁰ Ks. lähemmin Suomen kansainvälisen perhelainsäädännön uudistaminen, Työryhmän ehdotus, Oikeusministeriön lainvalmisteluosaston julkaisu 5/1994 ja Ehdotus eräiden avioliittoa ja perimystä koskevien kansainvälisen yksityisoikeuden alaan kuuluvien säännösten uudistamiseksi, Työryhmän mietintö 1996, Oikeusministeriö.

²⁵¹ Motive (1896), s. 106–107.

²⁵² Motive (1896), s. 106.

²⁵³ Kropholler, s. 25–33 (Namensfragen).

²⁵⁴ Kropholler, s. 26.

ta- ja perhejärjestyksen rakentuessa perustuslain vastaiseksi tulleele sukupuolten väliselle epätasa-arvolle, voi katsoa, että niiden uudistamista juuri olisi tullut tavoitella. Valinnanvapaus horjuttaa miehen mukaan määrittävän perhemallin itsestäänselvyyttä.²⁵⁵

Oikeuskäytännössä esiintyi jonkin verran ratkaisuja, joissa annettiin mahdollisuus ottaa kaksoisnimi. Vain yhdessä tapauksessa tuomioistuin katsoi pakon ottaa miehen sukunimi tasa-arvon vastaiseksi pitäen sitä oikeudenmenetyksenä ja yksilöllisyyteen liittyvän oikeuden (Persönlichkeitsrecht) loukkauksena.²⁵⁶ Päätöksen mukaan jokainen saisi pitää oman nimensä kunnes toisin säädetään.

Vuoden 1954 hallituksen II esitys tasa-arvolaiksi lähti siitä, että puolisoilla tulee olla yhteinen nimi.²⁵⁷ Omien nimien pitäminen olisi esityksen mukaan ristiriidassa miehen ja naisen läheisen suhteen kanssa. Kumman nimi tulee yhteiseksi sukunimeksi on esityksessä katsottu järjestysmääräykseksi, joka ei koske puolisoitten oikeuksia. Tällä juridisella määrittelyllä on pyritty häivyttämään se ristiriita, että tasa-arvolaisissa ei annettu vaimolle tältä osin samoja oikeuksia kuin miehelle. Saksalaisista perinteistä katsottiin seuraavan, että yhteisen nimen tuli olla miehen nimi. Perinteillä olisi voinut perustella koko sukupuolten välisen epätasa-arvon, mitä tasa-arvolaila oliin muuttamassa.

Esitys ei pitänyt suositeltavana valinnan jättämistä puolisoille. Tämän vaihtoehdon ei muun muassa katsottu saavuttavan ymmärtämystä laajoissa kansan kerroksissa ja sen katsottiin aiheuttavan tasa-arvoperiaatteelle enemmän haittaa kuin hyötyä. Puolisot voisivat poikkeuksellisesti turvautua nimen muutokseen halutessaan vaimon nimen yhteiseksi nimekseen. Esitys ei myöskään yhtynyt ehdotukseen, että puolisot voisivat käyttää yhteistä kaksoisnimeä. Tämän käytännön ei uskottu saavan kansan kannatusta ja sitä pidettiin hankalana muun muassa lasten avioitumistilanteessa: tällöin lasten täytyisi jättää joko yksi tai useampi nimi pois, mikä vaarantaisi perheen yhteisyyden ajatuksen. Kansan oletettuun kannatukseen vetoaminen ei kuulosta asianmukaiselta asiassa, jossa kyse on valintamahdollisuuden antamisesta. »Kansaa» ei olisi millään tavoin estetty toimimasta kannatuksensa mukaisella tavalla jatkossakin.

²⁵⁵ On myös tuotu esille, että perheyhteyden ulkoinen osoittaminen sukunimellä avioitossa korostaa diskriminoivasti eri perhemuotojen eroa. Doppertien, s. 158.

²⁵⁶ Kropholler, s. 25 (VG Frankfurt, 27.7.55).

²⁵⁷ Drucksache 224 (1954), s. 29.

Tasa-arvolaki ei asiallisesti muuttanut §:ää 1355 kuin siten, että vaimo sai mahdollisuuden käyttää tyttönimeään miehen nimeen yhdistettynä. Tätä Saksan sukunimilainsäädäntöä ei katsottu perustuslain vastaiseksi.²⁵⁸

Vuoden 1976 1. EheRG uudistuslain mukaan (§ 1355) puolisoilla oli yhteinen, jomman kumman syntymässään saama sukunimi. Yhteiseksi nimeksi voitiin valita myös vaimon nimi. Jos puoliset eivät päättäneet nimestä mitään, yhteiseksi nimeksi tuli miehen nimi. Sillä puolisoilla, jonka nimi ei ollut yhteisenä sukunimenä, oli mahdollisuus yhdistää toisen nimeen joko nimi, jonka hän oli syntyessään saanut tai joka hänellä oli ollut avioliittoa solmimistaan. Avioliiton jälkeen puoliso voi pitää yhteisen sukunimen, mutta hän voi myös ottaa jommankumman edellä mainituista nimivaihtoehtoista takaisin. Tällaisella lainsäädännöllä ei edistetty perinteiden rikkoutumista. Ensimmäkin erimielisyytilanteissa voitti miehen nimi. Toiseksi miehen nimeä suosivan perinteen vuoksi ei yhteisen nimen pakko tosiasiallisesti kohdistunut samoin eri sukupuoliin. Vaimon on paljon vaikeampi säilyttää oma nimensä, jos edellytyksenä on, että mieskin ottaa hänen nimensä. Tämä erimielisyytilanteita lukuunottamatta muodollisesti tasa-arvoinen valinnanvapaus varmisti käytännön jatkumisen mahdollisimman ennallaan.

Hallituksen esitys 1. EheRG:ksi perusteli yhteistä nimeä sillä, että näin näkyy ulkoisestikin perheenjäsenten kuuluminen samaan perheeseen.²⁵⁹ Tämä argumentti kuvastaa käsitystä perheestä yhteiskunnallisena instituutiona, jossa etusijalla ei ole perheen sisäinen elämä eivätkä perheenjäsenten yksilölliset oikeudet. Toisaalta esityksessä todettiin, että nimi ei ole vain tunnistamisväline, vaan sillä on merkitystä myös yksilöllisyyteen liittyvänä oikeutena (Persönlichkeitsrecht). Oikeusvaliokunnan lausunnossa tuotiin esille, että nimi tulee nähdä sekä tunnistamiskeinona, mikä on sen järjestysfunktio, että henkilöllisyyden yksilöllisyyttä määrittävänä elementtinä, mikä on osa yleistä yksilöllisyyteen liittyvää oikeutta.²⁶⁰ Hallituksen esityksessä oli haluttu antaa yhtäläinen mahdollisuus valita yhteiseksi nimeksi joko naisen tai miehen nimi tai molempien nimistä muodostettu kaksoisnimi. Entisessäkin laissa ollut vain toisen puolison kaksoisnimivaihtoehto oli myös tarkoitus säilyttää. Näin haluttiin antaa puolisojen itsensä päättää omista lähtökohdistaan käsin, miten he haluavat tämän asian ratkaista. Sukulaisuuden selvittämisen vaikeutumisesta esitettyjä epäilyksiä torjuttiin toteamalla, että tämä vaikeus on jo tähän asti kohdannut naisen kautta kulkevan sukulaisuuden selvittä-

²⁵⁸ Dobberthien, s. 156.

²⁵⁹ Drucksache 7/650 (1973), s. 96–97.

²⁶⁰ Drucksache 7/3119 (1975), s. 3.

mistä. Esityksessä todettiin, että puoliset voivat halutessaan pitää kiinni vanhasta perinteestä. Kihlaparin tulisi avioliittoa solmittaessa ilmoittaa, minkä nimen he ovat valinneet.

Oikeusvaliokunnan enemmistö toi esille, että miehelle annetaan etuoikeus, jos hänellä on lopullinen päätösvalta yhteiseen sukunimeen.²⁶¹ Ratkaisuksi esitettiin, että puoliset siirtäisivät naimisiinmenoan niin kauan kunnes pysyvät pääsemään sopimukseen nimestä. Vähemmistö esitti, että miehen nimi tulisi sukunimeksi, jollei toisin ilmoiteta. Sen mukaan perustuslaki ei vaadi vihkimisen yhteydessä nimen ilmoituspakkoa, vaan tasa-arvo täyttyy kun puolisoilla on mahdollisuus valita jommankumman nimi. Ilmoituspakko loukkaisi molempien puolisojen päätösvapautta. Miehen nimen lähtökohtaisuutta vähemmistö perusteli pitkällä oikeustraditiolla ja kansan ylivoimaisen enemmistön vakaumuksella. Välitysvaliokunta (Vermittlungsausschuss) yhtyi vähemmistön kantaan ja katsoi muun muassa, ettei täysi-ikäisille kansalaisille kasvatuksellisessa mielessä ole asetettava ilmoituspakkoa.²⁶²

Edellä perustellaan jälleen periaatteellisen tavoitteen – eli tasa-arvon edistämisen – jarruttamista perinteillä ja asenteilla, joista tavoitteen saavuttamiseksi olisi irtauduttava. Retorisena keinona käytetään kansan oikeuksia rajoittavan kasvatuksellisen ilmoituspakon ja kansan vakaumuksen vastakkainasettelua. Saksan(kin) oikeusjärjestelmä perustuu pitkälti kasvatuksellisille näkökohdille: kansalaisille määritellään yhteiskunnalliset säännöt ja päämäärät, jotka heidän toivotaan omaksuvan. Toisaalta oikeusjärjestyksen keskeinen tehtävä on kansalaisten vapauspiirin suojaaminen. Tässä tapauksessa ilmoitusvelvollisuuden säätämisen voi nähdä olemattomana puuttumisena kansalaisten vapauteen ja edistävän asian harkitsemista eli mielipiteen ja valinnan vapautta. Vallitsevan käytännön puolestaan voi nähdä rajoittavan merkittävästi naisten mahdollisuutta nimensä säilyttämiseen eli kansalaisten vapautta.

Välitysvaliokunta pelkäsi nimen muuttamisen aiheuttavan riitoja ja juonitteluja jo solmituissa avioliitoissa eikä siten halunnut antaa siihen mahdollisuutta – ainakaan ennen 1.4.1953 solmituissa avioliitoissa.²⁶³ Se yhtyi valtiopäivien kantaan siinä, ettei vain syntyessä vaan myös avioituessa saatu sukunimi on nimenkantajan yksilöllisyyteen liittyvä oikeus. Tämä »oikeus» olisi siten sellainen perustavanlaatuinen oikeus, ettei oikeusjärjestys voisi sallia yksilön luopua siitä (pakotettuaan hänet ensin luopumaan edellisestä nimen oikeudestaan).

²⁶¹ Drucksache 7/3119 (1975), s. 4.

²⁶² Drucksache 7/3268 (1975), s. 2.

²⁶³ Drucksache 7/3268 (1975), s. 5.

Välitysvaliokunta ehdotti, että sillä puolisollla, jonka nimi ei tullut yhteiseksi sukunimeksi, olisi mahdollisuus käyttää työssään pelkästään omaa nimeään.²⁶⁴ Tällöin oman nimen säilyttämisellä ei olisi samanlaisia oikeudellisia vaikutuksia (Personenstandsrechtliche Wirkungen). Lausunnossa ei kannatettu virallisen kaksoisnimen ottamista, sen katsottiin muun muassa olevan yhteisen sukunimen periaatteen vastainen ja voivan antaa vaikutelman, että kyseessä on avioliitto, jonka oikeusvaikutukset ovat heikommät.²⁶⁵ Voi kysyä, mitä merkitystä tällaisella vaikutelmalla olisi ja mistä se syntyisi. Saksan oikeusjärjestyksessä ei ole oikeusvaikutuksiltaan vahvempia ja heikompia avioliittoja.

Valtiosääntötuomioistuin katsoi 8.3.1988, ettei puolisoliden velvollisuus ottaa yhteinen sukunimi loukannut sen puolison perustuslain 2 artiklan mukaista yksilöllisyyteen liittyvää oikeutta, jonka sukunimi ei tullut yhteiseksi nimeksi.²⁶⁶ Tuomioistuin muutti kantaansa 5.3.1991 ja piti perustuslain tasa-arvoartiklaa tärkeämpänä kuin käskyä pitää yhteistä sukunimeä.²⁶⁷ Se katsoi täten pykälän 1355 olevan näiltä osin perustuslain vastainen. § 1355 tuli voimaan uudessa muodossaan 1.4.1994.

Nykyisen lainsäädännön mukaan puolisollla on mahdollisuus säilyttää sukunimi, joka hänellä oli avioliittoa solmittaessa, jos puoliset eivät pääse sopimukseen siitä, kumman syntymässä saatu sukunimi otetaan yhteiseksi nimeksi. Se puoliso, jonka nimeä ei ole valittu yhteiseksi nimeksi, voi pitää myös kaksoisnimeä. Puolison kaksoisnimen toisena nimenä voi olla joko hänen syntymässä saamansa nimi tai se nimi, joka hänellä oli avioliittoa solmittaessa. Lain siirtymäsäännöissä todetaan, että aiemmin avioituneilla puolisoilla on mahdollisuus vaihtaa sukunimensä uuden lain sallimaksi vuoden ajan. Lain sanamuoto osoittaa selvästi asennetta, jossa yhteistä sukunimeä pidetään lähtökohtana. Omien sukunimien säilyttäminen näyttäytyy kykenemättömyytenä yhteiseen sopimukseen. Perusteluissa on todettu perheen nimityhteisyyden olevan tavoite, muttei pakko.²⁶⁸

Saksassa on aikanaan keskusteltu paljon siitä koskeeko sukupuolten yhdenvertaisuusvaatimus kansainvälisen yksityisoikeuden liittymäsääntöjä. Valtiosääntötuomioistuimen 4.5.1971 antama »espanjalaispäätös»²⁶⁹ vahvisti

²⁶⁴ Drucksache 7/4694 (1976), s. 2.

²⁶⁵ Drucksache 7/4694 (1976), s. 6.

²⁶⁶ Ks. lähemmin Riedinger.

²⁶⁷ Bergmann/Ferid (30.4.1994), s. 25.

²⁶⁸ Drucksache 12/3163 (1992), s. 11.

²⁶⁹ Ks. lähemmin Wochner, s. 414–421.

myönteisen kannan. EGBGB:n 15 artiklan mukaan määräytyi puolisoitten aviovarallisuussuhteita säätelevä laki miehen mukaan.²⁷⁰ Valtiosääntötuomioistuimien katsoi tämän artiklan perustuslain vastaiseksi ja mitättömäksi päätöksessään 22.2.1983. Kansainvälistä yksityisoikeutta uudistettiin vuonna 1984 ja tällöin muutettiin 15 artikla sukupuolineutraaliksi ja valintojakin mahdollistavaksi.²⁷¹

3.2.4. Määräysvalta avioliitossa

3.2.4.1. Suomi

3.2.4.1.1. AOL

Miehen määräysvalta perheessä perustui hänen edusmiehyydelleen. Keski-ajalla edusmiehyys pohjautui ajatukselle kollektiivin isännän vallasta. 1600-luvulla alettiin naisen oikeudellista asemaa – ja vaimoon kohdistuvaa edusmiehyttä – perustella sillä, ettei naisella ollut sitä kokemusta ja kykyä, mitä asioiden hoito vaati ja siksi miehen edusmiehyys oli vaimonkin edun mukaista.²⁷² Myöhemmin, 1900-luvulla, sen katsottiin enää nojaavan perheasioiden hoidon vaatiman yhtenäisyyden tarpeellisuudelle.²⁷³

AOL:n mukaan mies oli vaimonsa edusmies ja kantoi ja vastasi hänen puolestaan (AOL 2:1). Vaimo sai kuitenkin kantaa ja vastata asiassa, joka koski hänen hallitsemaansa omaisuutta (AOL 2:3) sekä esiintyä yksin vastaajana rikosasiassa. Naimisissa oleva nainen ei ollut kuin muodollisesti täysivaltainen.

Miehellä katsottiin edusmiehyyden perusteella olevan isäntävalta talossa ja ratkaisovalta kaikissa puolisoja ja perhettä koskevissa asioissa.²⁷⁴ Hänellä oli muun muassa oikeus valita perheen asuinpaikka ja elatustapa sekä määrätä lasten kasvatuksesta ja palvelusväen työstä. Vaimon vanha germaaninen toimivaltakin kodin sisäisessä taloudessa oli miehen määräysvallan alaista. Laki ei selvästi ilmaissut, kuinka pitkälle miehen valta vaimon hen-

²⁷⁰ Tasa-arvo-ongelmia liittyi myös 17, 18, 19 ja 22 artiklaan.

²⁷¹ Ks. lähemmin Pirrung, s. 139–146.

²⁷² Edusmiehyyden historiasta ks. tarkemmin Pytkäinen (1990), s. 66–93.

²⁷³ 1913 mietintö, s. 26. Ks. Pytkäinen (1991), s. 94, muita perusteluja edusmiehyydelle, kuten seuraavat: Miehen vastuu perheen elättämisestä on suurempi, koska hänellä on ansiotuloja. Nainen oli avioliittosopimuksen solmittuaan vapaaehtoisesti asettunut miehen määräysvaltaan.

²⁷⁴ Lainvalmistelukunnan mietintö 1913, s. 24.

kilöön kaikissa tapauksissa ulottui. Vaimon katsottiin muun muassa tarvitsevan miehensä luvan passin saamiseen.²⁷⁵

3.2.4.1.2. AL:n valmistelut

Vuoden 1913 lainvalmistelukunnan mietinnön mukaan varsinkaan naisten silloista oikeustajua ei enää vastannut naisen epäitsenäinen asema avioliitossa, samalla kun naisen asema yhteiskunnassa oli muuttunut itsenäisemmäksi ja aktiivisemmaksi.²⁷⁶ Mietinnössä katsottiin, että edusmiehyys oli jo sekä lainsäädäntöuudistusten että käytännön kautta menettänyt niin paljon merkityksestään, ettei tätä »erehdyttävää, naisen ja aviovaimon itsetuntoa loukkaavaa käsitettä» tulisi laissa pysyttää. Lainvalmistelukunta viittasi myös siihen, että miehen edusmiehyys oli säilytetty enää hyvin harvojen maiden laeissa.²⁷⁷ Uudemmassa lainsäädännössä siitä oli muualla pääperiaatteena luovuttu, joskin miehelle oli annettu lopullinen ratkaisuvallta perheen asioissa ja vaimon toimintavapautta oli voitu rajoittaa.

Vaimolla esitettiin olevan oikeus ja velvollisuus osallistua perheen yhteisten asioiden hoitoon, mutta ratkaisuvallta erimielisyys tilanteissa jätettiin mietinnössä useimmiten miehelle.²⁷⁸ Ratkaisuvalltaa ristiriitaisissa tilanteissa ei katsottu voitavan jättää avoimeksi, vaan jommallekummalle oli annettava lopullinen määräysvalta.²⁷⁹ Tämä jompikumpi olisi mies, koska: »Jos asiaa yleisesti arvostellaan, todellisten olojen perusteella, ja verrataan molempain sukupuolien ominaisuuksia ja taipumuksia, ei voida oikeudenmukaisesti tulla muuhun tulokseen kuin siihen, että miehellä kuitenkin yleensä on suurimmat edellytykset tarkoituksenmukaisimmalla tavalla johtaa perhettä ja voittaa sen elämässä esiintyvät vaikeudet.» Tapauksittain tehtävät ratkaisut siitä, kumpi on sopivin perheen johtajaksi, kohtaisivat niin suuria käytännön vaikeuksia, että sellainen ratkaisu olisi lainvalmistelukunnan mielestä mahdoton.

²⁷⁵ Gripenberg, s. 11. Tästä tulkinnasta ei vallinnut täysi yksimielisyys. Passeista annetuissa asetuksissa (17.6. 1862, 27.6.1888, 4.7.1919, 15.12.1923, 15.12.1927) aviovaimoa ei ollut asetettu erityisasemaan.

²⁷⁶ Lainvalmistelukunnan mietintö 1913, s. 29.

²⁷⁷ Lainvalmistelukunnan mietintö 1913, s. 27–28. Mietintöön sisältyi liitteenä laaja katsaus muiden maiden vastaavaan lainsäädäntöön.

²⁷⁸ Vaimo ei kuitenkaan olisi velvollinen alistumaan miehensä päätökseen, jos tämä olisi väärinkäyttänyt valtaansa.

²⁷⁹ Lainvalmistelukunnan mietintö 1913, s. 31.

Lainsäädännölliset normit ratkaisuvallasta katsottiin tarpeellisiksi niitä tapauksia varten, joissa puoliset eivät päässeet yksimielisyyteen. Perusteluiksi tarpeellisuudelle voi löytää maininnat perheen edusta. Tällä säädöksellä olisi tosiasiallisesti ollut lähinnä asenteita muokkaava merkitys: miehen ratkaisuvallan ylläpitäminen. Riitoja siitä, kumman perheriidan osapuolen on lopulta annettava periksi, tuskin muutenkaan paljon tuotaisiin tuomioistuimeen. Tuomioistuinta puolisoiden yksityiselämän erimielisyyksien ratkaisijana oli myös haluttu välttää. Vaikka mietinnössäkkin korostetaan puolisoiden läheistä henkilöllistä suhdetta, edellä mainitut argumentit kuvaavat aivan toisenlaista suhdetta. Perhe esiintyy siinä enemmänkin yhteiskunnallisena yksikkönä, jolla on tehtävänsä, ja toimiakseen kitkattomasti tehtävänsä täyttämiseksi sillä täytyy olla yksi johtaja, jolla on vastuu ja päätösvalta. Tämän johtamisen pyramidimallin toimivuus on nykyään kyseenalaistettu työsuhteissakin.

Vuoden 1920 lainvalmistelukunnan ehdotuksessa haluttiin korostaa edusmiehyiden poistamista säätämällä nimenomaan yhtäläisistä ja vaimon oikeuksista (1 §, 3 § ja 10 §). Miehelle ei enää tässä ehdotuksessa annettu ratkaisuvallaa erimielisyytilanteissa, vaan puolisoilla ehdotettiin olevan yhtäläinen oikeus hoitaa yhteisiä ja henkilökohtaisia asioitaan. Ehdotettiin, että puoliset eivät saisi tuoda riita-asioitaan tuomioistuimeen, ennen kuin niitä olisi sovittelu, eikä puolisoitten yhtäläistä oikeutta hoitaa yhteisiä ja omia asioitaan koskevia riitoja saisi lainkaan saattaa tuomioistuimeen (8 luku). Oikeusriidat voisivat vaikuttaa »turmiollisesti» puolisoitten keskinäiseen suhteeseen.²⁸⁰ Perusteluissa todettiin, että sovitteluvaatimus voisi yksittäistapauksissa estää oikeuksiin pääsyn, mutta oikeudenkäyntien välttämistä pidettiin tärkeämpänä tavoitteena.²⁸¹ Tällaisen asenteen taustalla voi nähdä perheasioissa vallinneen sovittelun korostamisen ja perheasioiden rajaamisen yksityisyyteen, oikeusjärjestyksen ulottumattomuuteen, sekä pelkoa riitojen lisääntymisestä aviopuolisoiden jakaantuessa miehen vallan yhdistämästä »yhdessä» kahdeksi itsenäiseksi ja omaan mielipiteeseen oikeutetuksi yksilöksi.

Miehen päätösvaltan puoltamistakin esiintyi vielä. Korkeimman oikeuden lausunnossa hallituksen esityksestä (1921) oli mukana oikeusneuvos Serlachiuksen muun muassa miehen päätösvaltaa puoltavia lausumia. Hän perusteli kantaansa sillä, että »kvinnan i regeln icke är logiskt anlagd» ja toi-

²⁸⁰ Lainvalmistelukunnan ehdotus 1920, s. 68.

²⁸¹ Vaatimuksesta voitaisiin poiketa, jos toinen oli mielisairas, sairas tai sovittelusta aiheutuisi kohtuuttomia kustannuksia.

saalta näkemyksellä kyvykkään naisen ylivoimaisuudesta tahtonsa läpiviemisessä.²⁸²

Lopputulokseksi eli laiksi tuli periaatteellinen tasa-arvo puolisoitten määräysvaltasuhteissa. AL:ssä (30 §) säädettiin, että puolisoitten tulee toimia »yksissä neuvoin» eli sopia asioista yhteisesti.

3.2.4.2. Saksa

3.2.4.2.1. BGB

Saksan BGB:ssä ei enää esiintynyt edusmiehyyttä käsitteenä, mutta kylläkin yksittäisiä pykäläiä, joiden yhteisvaikutus oli pitkälti sama. BGB:n mukaan (§ 1354) miehellä oli ratkaisuvallta kaikissa aviollista yhdyselämää koskevissa kysymyksissä, erityisesti päätettäessä asuinpaikasta ja asunnosta. Jos mies väärinkäytti ratkaisuvalltaansa, vaimo ei kuitenkaan ollut velvollinen noudattamaan tämän päätöstä.

BGB:n perusteluissa katsottiin miehen päätösvallan erimielisyystilanteissa olevan aviosuhteiden luonnollisen järjestyksen mukainen.²⁸³ Laissa erityisesti mainittuja asuntoa ja asuinpaikkaa koskevia päätöksiä pidettiin erityisen tärkeinä. Miehen päätösvallan asuinpaikasta katsottiin perustuvan niin vankasti avioliiton luonteeseen ja miehen luonnolliseen asemaan, ettei mahdotonmuudesta sopia siitä luopumisesta ollut edes tarvetta säätää. Vaimon kotipaikka (Wohnsitz) oli pääsääntöisesti sama kuin miehen (BGB § 10).

3.2.4.2.2. BGB:n uudistukset

Miehen ratkaisuvalltaa koskevan §:n 1354 alaiset erimielisyydet tulevat harvoin tuomioistuimen päätettäväksi. Tuomioistuinriitoina ne koskivat yleensä asuinpaikkaa (§:n 1353 mukaan puolisoilla oli velvollisuus aviolliseen elämänyhteyteen). Tuomarinoikeudessa katsottiin pääsääntöisesti, että puolisoitten tuli keskenään päättää asioistaan. Ainoastaan jos objektiivisesti ajatellen jommankumman päätös oli perheen edun mukaista, puoliso saattoi parin tuomioistuimen mielestä vaatia sen täytäntöönpanoa tuomioistuimelta.²⁸⁴ Tä-

²⁸² Korkeimman oikeuden lausunto (1921), s. 37–44. Toisaalta Serlachius sitten vaati täydellistä tasa-arvoa eli vaimon suojapykälän poistamista perheen elatusvelkojen suhteen.

²⁸³ Motive (1896), s. 105–106.

²⁸⁴ Kropholler, s. 12–15 (OLG Celle, 13.5.1954, LG Krefeld, 5.10.1954).

män »objektiivisen» harkinnan lopputulokseksi voi odottaa usein tulevan miehen mielipiteen, silloin kun mies oli yleensä perheen pääasiallinen elättäjä.

Vielä hallituksen II esityksessä tasa-arvolaiksi katsottiin, ettei miehen päätösvalta ratkaisemattomissa erimielisyys tilanteissa ollut tasa-arvon vastainen.²⁸⁵ Ratkaisematon tilanne vaarantaisi yhteyden. Luonnollisen järjestyksen mukaisesti ratkaisun tekijä olisi mies. Esityksen mukaan perustuslaki ei kiellä ottamasta huomioon sukupuolten välistä toiminnallista eroa. Miehen toimintaan kuuluu, että hän on periaatteellisesti perheen huoltaja ja elättäjä, ja vaimon pääasialliseksi tehtäväksi täytyy nähdä perheen »sydämenä» olemisen. Esityksessä todetaan myös, ettei oikein ymmärretty tasa-arvo estä toista puolisoa tekemästä yksin päätöksiä joistain asioista. Puolisoiden tulee etenkin tärkeämissä asioissa pyrkiä yksimielisyyteen ja ottaa aina toisensa huomioon. Esityksessä korostetaan puolisoiden yhteenkuuluvuutta ja todetaan, että vaimon ja miehen itsenäistyminen vaarantaa yhteyden, mikä ei voi olla tasa-arvon tavoite. Ratkaisemattomissa erimielisyys tilanteissa esitys ei katsonut toisinaan ehdotettua holhousoikeuden ratkaisua käytännössä toimivaksi ja oletti sellaisen helposti vieraannuttavan puolisoja ja johtavan jopa eroon. Valtion tulee kunnioittaa puolisoiden yksityisyyttä eikä sen tule säädöksin tai ehdotuksin vaikuttaa puolisoiden elämänmuotoon. Hallituksen I esityksessä viitattiin myös käsitykseen, että poistettaessa miehen etuoikeusasema perhe ja avioliitto vaarantuisi, mikä olisi perustuslain 6 artiklan vastaista.²⁸⁶

II esitys ei näyttänyt katsovan säädöstä miehen päätösvaltasta vaikuttamiseksi puolisoiden elämänmuotoon eikä tällaisen valtaepätasapainon vieraannuttavan puolisoita toisistaan jopa eroon johtaen. Naisen oikeuksista puhuminen on usein nähty ristiriitojen lietsomisena. Suhteen ristiriidat eivät näy, jos toisella osapuolella ei ole oikeuksia. Esitys ei yhtynyt käsityksiin, että miehen päätösvalta olisi tasa-arvon vastainen ja voisi syventää riitaisuuksia sekä saattaa vaimon epäoikeudenmukaiseen asemaan. Siinä korostettiin velvollisuutta ottaa vaimo ja perhe huomioon päätöksiä tehtäessä ja tarkoitusta olla puuttumatta puolisoiden päätösvaltasuhteisiin muulloin kuin ratkaisemattomissa erimielisyys tilanteissa. Miehen päätöksen ei enää edellytettäisi olevan vallan väärinkäyttöä ollakseen vaimoa velvoittamaton, vaan riittäisi, että se olisi perheen edun vastainen.

²⁸⁵ Drucksache 224 (1954), s. 28–29.

²⁸⁶ Drucksache 3802 (1952), s. 45–46.

Oikeusvaliokunnan mietinnössä katsottiin §:n 1353 mukaiseen elämän-yhteisyyteen sisältyvän puolisoiden yhtäläiset oikeudet.²⁸⁷ Voimaan tulleen tasa-arvolakiin ei enää sisällytetty §:ää 1354 eikä kotipaikkaa koskevaa §:ää 10, jonka oli hallituksen I esityksessä katsottu olevan ristiriidassa perustuslain kanssa.²⁸⁸ Saksan lainsäädäntö siirtyi tällöin periaatteelliseen tasa-arvoon puolisoiden välisissä määräysvaltasuhteissa.

3.2.5. Työn- ja roolijako

3.2.5.1. Suomi

3.2.5.1.1. AOL

AOL:n ja miehen edusmiehyiden voimassaoloaikana oli lainsäädännön lähtökohta puolisoiden työn- ja roolijakoon selvä. Mies oli perheen elättäjä ja päätösten tekijä, ja vaimon tehtävänä oli hoitaa kotia.²⁸⁹

Vaimo ei pääsääntöisesti voinut tehdä oikeustoimia ilman miehensä suostumusta. AOL 2 luvun 5 §:ssä oli nimenomaisesti mainittu, ettei vaimo saanut miehensä suostumuksetta tehdä velkaa paitsi silloin kun hän hallitsi kiinteää omaisuuttaan tai harjoitti elinkeinoa. AOL 2 luvun 6 §:ssä puolestaan oli säädetty, ettei vaimo pääsääntöisesti saanut miehensä suostumuksetta myydä, vaihtaa, lahjoittaa tai pantiksi panna omaisuutta, jota hän ei hallinnut.

Yleisesti oli alettu katsoa, että aviovaimo oli pätevä tekemään ainakin taloudenhoitoon liittyviä oikeustoimia, kuten myymään kotitaloustuotteita.²⁹⁰ Tuomioistuimet olivat myös taipuvaisia olettamaan, että mies oli antanut suostumuksensa velaksi ostamiseen silloinkin, kun näin ei ollut tapahtunut, jolloin siis yhteinen pesä vastasi velasta.²⁹¹

Edusmiehyydestä katsottiin myös johtuvan, että vaimo ei voinut sitoutua työsuhteeseen ilman miehen suostumusta.²⁹² Vuoden 1922 työsopimuslaissa (8 §) säädettiin nimenomaisesti, että myös avioavaimolla oli työnteki-

²⁸⁷ Drucksache 7/4361 (1975), s. 6–7.

²⁸⁸ Drucksache 3802 (1952), s. 42.

²⁸⁹ Käytäntö ei tietenkään ollut näin yksiselitteinen.

²⁹⁰ Lainvalmistelukunnan mietintö 1913, s. 28.

²⁹¹ Lainvalmistelukunnan mietintö 1913, s. 13.

²⁹² Lainvalmistelukunnan mietintö 1913, s. 24, 39. Toisin Chydenius, s. 49, ks. myös s. 50, käsiteltynä suhteessa kolmanteen. Työsopimuslakia (1.6.1922) edelsivät palkkaus-sääntö isännille ja palkollisille (30.1.1865) ja elinkeinoista annettu asetus (31.3.1879), joissa avioavaimon työsuhdetta työntekijänä ei ollut asetettu miehen luvan varaiseksi.

jänä oikeus solmia työsopimus. Työnantajana hänellä oli tämä oikeus, kun sopimus tarkoitti kotitaloutta. Elinkeinoista annetun asetuksen mukaan vaimo tarvitsi pääsääntöisesti miehensä luvan elinkeinon harjoittamiseen (3 §). Vuonna 1919 annettu elinkeinolaki poisti tämän edellytyksen.²⁹³

3.2.5.1.2. Käyttämättömistä tulkintamahdollisuuksista

Edusmiehyys oli muuttunut käytännössä teoreettisemmaksi.²⁹⁴ Oikeuskäytäntö oli tulkinnut sitä niin, ettei se liikaa haitannut naimisissa olevan naisen toimimista taloudellisten asioiden hoitajana. Edusmiehyiden tulkintaa oli kavennettu lähinnä juuri niiltä osin, joilta laissa oli nimenomaisesti ja selkeästi säädetty toisin (AOL 2:5 ja 2:6). Näiltä osin naisen toimintavapauden rajoitukset hankaloittivat jokapäiväistä taloudellisten asioiden hoitoa eli myös miesten elämää.

Tulkintaa ei toisaalta ollut käytetty hyväksi aloilla, joilla se olisi ollut juridisesti huomattavasti yksinkertaisempaa. Pelkästään edusmiehyyspykälästä, ilman muuta tarkentavaa lainsäädäntöä, oli johdettu muun muassa edellä mainitut käytännöt, ettei naimisissa oleva nainen saanut ilman miehensä suostumusta passia eikä saanut sitoutua työsuhteeseen. Näiltä osin olisi helposti voitu päätyä tulkintaan, ettei edusmiehyys koskenut tällaisia asioita. Edusmiehyidenhan olisi yleisestikin voitu tulkita jopa tarkoittavan vain miehen yleisvaltuutusta toimia vaimon asiassa ilman, että se olisi sinänsä tehnyt vaimoa itseään lähtökohtaisesti oikeustoimikelvottomaksi.²⁹⁵ Vaimon henkilöä koskevissa asioissa tällainen tulkinta olisi ollut erittäin helposti perusteltavissa. Holhouslain mukaanhan kaikki 21 vuotta täyttäneet, siis myös naimisissa olevat naiset, olivat täysivaltaisia.²⁹⁶

Tilannetta voi verrata tulkintoihin avioero- ja virkakelpoisuusasioissa. Avioeron saantimahdollisuus oli naimiskaaren mukaan hyvin rajoitettu, mutta sitä laajennettiin oikeuskäytännöllä merkittävästi²⁹⁷. Toisaalta mikään laki ei

²⁹³ Laki elinkeinon harjoittamisen oikeudesta, 27.9.1919/122.

²⁹⁴ Lainvalmistelukunnan mietintö 1913, s. 28–29.

²⁹⁵ Ks. myös Chydenius, s. 36, »Målmanskap betyder, nu som förr, rätt att tala för en annan...». Omaisuudesta mies päättää isännän (husbonde) ominaisuudessa. Lainvalmistelukunnan mietinnön 1913 sivuilla 23–24 edusmiehyiden määrittelyä, isännän ratkaisuvallasta perustuu edusmiehyteen.

²⁹⁶ Chydenius, s. 33, 35–36: holhouslaki lausuu julki vain sen, mikä oli voimassa jo vuoden 1734 laissa. Lainvalmistelukunnan mietintö 1913, s. 24–25: vaimo ei vuoden 1734 lain mukaan ole holhouksenalainen, mutta hänen oikeudellinen toimikykynsä on miehestä riippuvainen.

²⁹⁷ Mahkonen (1980).

kieltänyt naisten kelpoisuutta virkoihin, mutta heitä ei pääsääntöisesti katsottu niihin kelpoisiksi ennen kuin kelpoisuudesta oli säädetty lailla.²⁹⁸ Eri-vapausmenettelyä sovellettiin lähinnä alempiin virkoihin. Syynä tulkintakäytännön erilaisuuteen voinee tässäkin tapauksessa nähdä sen, että avioeron saanti oli sekä naisten että miesten tarve, mutta naisten virkakelpoisuus ylempiin virkoihin etupäässä naisten intressissä – ja horjuttaisi yhteiskunnan sukupuoliroolijärjestelmää.

Sekä hallinto- että oikeuskäytännössä ei näytetä aktiivisesti halutun edistää naimisissa olevien naisten itsenäisyyttä, vaikka siitä, kuinka pitkälle edusmiehyiden voitiin katsoa rajoittavan naisen henkilöä koskevia oikeuksia, vallitsi tiedostettu teoreettinen epäselvyys. Edellä mainituissa henkilöä koskevissa työhönsitoutumis- ja passinsaantirajoituksissa onkin puhtaimmin kyse naisen itsenäisyydestä suhteessa mieheensä, eivätkä nämä oikeudenrajoitukset juuri liittyneet yhteisten jokapäiväisten käytännön asioiden hoitoon.

3.2.5.1.3. AL:n valmistelut ja muutokset

Vaimon ensijaiseksi tehtäväksi katsottiin vuoden 1913 lainvalmistelukunnan mietinnössä kodin hoito.²⁹⁹ Valmistelukunnan tarkoituksena oli, että edusmiehyys poistettaisiin ja vaimolle myönnettäisiin periaatteellisesti täydellinen oikeustoimikelpoisuus, kuitenkin niin että hänen toimintavapauttaan voitaisiin rajoittaa perheen edun niin vaatiessa. Vaikka vaimolle haluttiin antaa vapaus solmia työsopimus ja harjoittaa elinkeinoa ilman miehen lupaa, ehdotettiin miehellä olevan tuomioistuimessa oikeus saattaa kiellettäväksi vaimon elinkeinon harjoittaminen tai tämän työsopimus kumottavaksi, jos ne olisivat vastoin perheen etuja. Naisjärjestöt vaativat lausunnossaan tasa-arvoa kaikissa tilanteissa ja työsopimuksen ja elinkeinon harjoittamisen kieltomahdollisuuden säätämistä kummallekin puolisolalle.³⁰⁰

Sekä vuoden 1913 että 1920 lainvalmistelukunta piti vaimoa sopivampana hoitamaan kotitaloutta.³⁰¹ Hänen oli tarkoitus saada hoitaa sitä itsenäi-

²⁹⁸ Ks. lähemmin Huhtanen ja Mustakallio, s. 78–84. Hallitus katsoi (1917), että naisten virkakelvottomuus perustui perustuslain sanamuotoon: virkoihin voitiin valita vain syntyperäisiä Suomen miehiä; tällä on myöhemmin katsottu tarkoitettua rajata viroista pois ulkomaalaiset. Vuoden 1919 hallitusmuodossa sana »mies» oli muutettu sanaksi »kansalainen», minkä jälkeen naisten virkakelpoisuuslakia valmistelleen lainvalmistelukunnan mukaan naisten soveltumattomuus virkoihin perustui yleiseen oikeusperiaatteeseen.

²⁹⁹ Mietinnön periaatteet puolisoitten henkilökohtaisista suhteista sivuilla 75–77.

³⁰⁰ Naisjärjestöjen komitean lausunto (1916), s. 11.

³⁰¹ Lainvalmistelukunnan mietintö 1913, s. 33 ja 1920, s. 57.

semmin eli omata puolestaan näissä asioissa lopullinen päätäntävalta. Vuoden 1913 ehdotuksessa varauduttiin myös siihen, ettei vaimo olisi sopiva käyttämään näin laajaa valtaa. Miehellä olisi tällöin mahdollisuus pyytää tuomioistuinta rajoittamaan sitä. Päävastaisessa tilanteessa, eli miehen osoittautuessa kykenemättömäksi käyttämään valtaansa, ei ehdotettu meneteltävän vastaavasti. Kun mies väärinkäyttää määräysvaltaansa »ei luonnollisestikaan voida ottaa vaimon eduksi samanlaista järjestelyä käytäntöön».³⁰² Tällöin katsottiin tulevan kysymykseen yhdyselämän lopettaminen tai miehen holhottavaksi julistaminen.

Miehen kohdalla kykenemättömyyden kantaa vastuuta katsottiin ilmeisesti olevan vakavia toimenpiteitä vaativa poikkeuksellinen tilanne, mutta vaimon kohdalla jonkinlaista lapseen rinnastettavissa olevaa »normaalia» ymmärtämättömyyttä, joka ei edellyttänyt holhottavaksi julistamista. Vaimo »voi osoittautua tuhlaavaiseksi tai muuten vähemmän kykeneväksi perheen asioita hoitamaan ja edistämään».³⁰³

Alkuperäisen AL 47 §:n mukaan kumpaisellakin puolisollla oli oikeus »sen mukaan kuin on tavanomaista» hankkia, mitä on tarpeen yhteiseen talouteen, lasten kasvatukseen ja erityisten tarpeidensa tyydyttämiseen. Vuoden 1920 lainvalmistelukunnan mukaan »tavanmukaista» oli, että vaimo hoitaisi juoksevat menot ja mies esimerkiksi asunnon ostamisen.³⁰⁴

Kun periaatteelliseksi lähtökohdaksi tulee työn- ja roolijaon tasa-arvo, joudutaan tosiasiallisen tasa-arvon edistämisen kysymyksen äärelle. Tasa-arvona voi tuskin pitää tilannetta, jossa kummatkin sukupuolet käyvät kodin ulkopuolella töissä, mutta vaimo tekee ainakin suurimman osan kotitöistä. Naisten asemaa tutkiva komitea toi vuonna 1970 esille kotitöiden jakamisen tärkeyden todellisen tasa-arvoisuuden saavuttamiseksi.³⁰⁵ Avioliittolakilakomitean II puolisoitten omaisuussuhteita koskevassa mietinnössä vuodelta 1976 haluttiin estää naisen joutuminen avioliitossa alistettuun asemaan ja korostettiin eriarvoisuutta luovien asenteiden ja tapojen muuttamista niin, että perheessä kummallekin puolisolle tulisi yhtäläinen vastuu lapsista, perheen elatuksesta ja kodissa suoritettavista töistä.³⁰⁶ Avioliittolain alkuun ehdotettiin puolisoitten yhtäläisiä oikeuksia ja velvollisuuksia ja yhteisten asioiden yhteistä vastuuta korostavaa pykälää. Yleisohjetta toistensa mahdollisuuk-

³⁰² Lainvalmistelukunnan mietintö 1913, s. 34.

³⁰³ Lainvalmistelukunnan mietintö 1913, s. 33.

³⁰⁴ Lainvalmistelukunnan ehdotus 1920, s. 57.

³⁰⁵ Naisten asemaa tutkivan komitean mietintö (1970), esimerkiksi s. 9, 124.

³⁰⁶ Avioliittolakilakomitean mietintö II 1976, s. 33.

sien aktiivisesta tukemisesta ansiotyöhön, opiskeluun, yhteiskunnalliseen toimintaan ja vapaa-ajan viettoon esitettiin liitettäväksi yleiseen avioliittolaikiin.³⁰⁷ Tämän kehoituksen tarkoitus oli lähinnä naisten rohkaiseminen perheen ulkopuoliseen osallistumiseen.

Avioliittotoimikunnan mietinnössä avioliiton solmimisesta ja purkamisesta vuodelta 1983 korostettiin myös puolisoiden yhtäläisiä oikeuksia ja velvollisuuksia ja ehdotettiin nimenomaan säädettäväksi, että kummallakin on oikeus itse päättää osallistumisestaan ansiotyöhön sekä yhteiskunnalliseen ja muuhun toimintaan perheen ulkopuolella.³⁰⁸ Avioliittolain 2 §:ssä on nykyään säädetty näin.

AL:ssä säädettiin perheen elatukseen osallistumisesta: kummankin puolison tuli osallistua siihen kykynsä mukaan rahavaroin, toiminnallaan kodissa tai muulla tavoin (AL 46 §). Elatus määräytyi puolisoiden olojen mukaan ja siihen kuului muun muassa kummankin erityisten tarpeiden tyydyttäminen.

Toinen puoliso oli tarvittaessa velvollinen antamaan toiselle sopivin erin varoja hänen huolehdittavanaan oleviin elatusmenoihin (AL 48 §). Vuoden 1920 lainvalmistelukunta oli ehdottanut miehen velvoittamista tähän, jotta vaimo voi itsenäisesti huolehtia sekä omista tarpeistaan että juoksevista talousmenoista.³⁰⁹ Katsottiin, että säätämällä asiasta laissa edistettäisiin tällaisen tavan omaksumista ja sen vastaisen menettelyn mieltämistä epäasialliseksi. Oikeus voi velvoittaa elatusvelvollisuutensa ilmeisesti laiminlyöneen puolison antamaan toiselle sopivin ajoin käyttövaroja (AL 49 §).

AL:n uudistus vuonna 1987 ei pääperiaatteiltaan muuttanut elatusvelvollisuutta koskevia määräyksiä (AL 46–51 §§). Enää ei ole esimerkinomaisesti mainittu toimintaa kotona, puhutaan vain kykynsä mukaan osallistumisesta yhteiseen talouteen ja puolisoiden elatukseen. Perusteluissa on mainittu, että tämä voi kuten ennenkin tapahtua »sekä ansiotyössä kodin ulkopuolella että työskentelemällä kotona perheen hyväksi».³¹⁰ Nyt ei ole enää nimenomaisesti mainittu velvollisuutta antaa toiselle varoja elatusmenoihin eikä kummankin oikeutta hankkia tarvikkeita talouteen. Tuomioistuimen päätöksen lisäksi voidaan elatusvelvollisuuden laiminlyöntitapauksissa kääntyä sosiaaliviranomaisten puoleen ja laatia täytöntöönpanokelpoinen sopimus.

Avustaessaan toista puolisoa ansiotoiminnassa, puolison on AL:n yhä voi-

³⁰⁷ Avioliittolakikomitean mietintö II 1976, s. 39–40. Mietintö itse koski vain aviovarallisuussuhteita.

³⁰⁸ Avioliittotoimikunnan mietintö 1983, s. 30.

³⁰⁹ Lainvalmistelukunnan ehdotus 1920, s. 57.

³¹⁰ HE 62/1986, s. 59.

massa olevan 64 §:n mukaan halutessaan saada korvausta tästä työstä näytettävä, että niin oli sovittu tai tarkoitettu tai että korvausta muuten on pidettävä kohtuullisena. Vuoden 1920 lainvalmistelukunnan perusteluissa todettiin, että yleensä avustaja on vaimo ja kysymys on pienestä taloudesta.³¹¹ Tällöin vaimo tekee miestä avustaessaan työtä, johon hän perheen elatukseen osallistumisvelvollisuutensa vuoksikin olisi velvoitettu. Hän ei saa edes tilaisuutta tehdä tällaista työtä laiminlyömättä palkatonta kodinhoitotyötään. Korvauksen vaatiminen olisi täydellinen yllätys miehelle eikä se olisi omiaan – etenkin oikeudenkäyntitilanteessa – edistämään sitä hyvää suhdetta, jonka pitäisi vallita puolisoitten kesken. Voi epäillä, ettei puolisoitten suhde liene kovin hyvä, jos heidän täytyy väliensä selvittelyssä turvautua oikeudenkäyntiin.

Edellä on lähtökohtaoletuksena avioliitto, jossa mies on perheen elättäjä ja ammatinharjoittaja. Vaimon tehtävät ovat palkattomia ja avustavia eivätkä tuota taloudellista itsenäisyyttä. Vaikka sinänsä lienee yleensä totta, että etenkin pienissä yrityksissä puolisoitten yhteinen työ varmaan tulee välittömästi molempien hyödyksi eli perheen elatukseen, tämä ei poista etenkin nykyaikana kaikkia käytännönkään ongelmia.³¹² Itsenäisellä osuudella ansiotuloista on vaikutusta myös esimerkiksi eläkkeisiin ja sosiaaliturvaan.

Avioliittolakikomitean I mietinnössä vuodelta 1972 ehdotettiin puolisolle määrätyn edellytyksin mahdollisuutta saada eron jälkeen korvausta työpanoksestaan puolison yrityksessä.³¹³ Komitean II mietinnössä todettiin, ettei kotitaloustyöstäkään saa palkkaa. Mietinnössä katsottiin, että vaikka yhdessä tehty työ on tarkoitettu koko perheen toimeentulon turvaamiseksi ja on elatusvelvollisuuden toteuttamista, saattaa puolison palkkasaatavia koskeva poikkeussäännös kuitenkin rajoittamattomana muodostua epäoikeudenmukaiseksi erityisesti avioliiton purkauksessa.³¹⁴

3.2.5.2. Saksa

BGB:n perusteluissa todettiin, että työelämä oli miehen ja koti vaimon päätyö.³¹⁵ Työnjako ilmenee selvästi myös lakitekstistä: vaimolla oli valta ja vel-

³¹¹ Lainvalmistelukunnan ehdotus 1920, s. 54–55.

³¹² Etenkin maatalojen emäntien epäitsenäinen asema tilan tulojen saajana on ollut usein esille tuotu ongelma.

³¹³ Avioliittolakikomitean mietintö I 1972, s. 226.

³¹⁴ Avioliittolakikomitean mietintö II 1976, s. 14–15.

³¹⁵ Motive (1896), s. 107.

vollisuus johtaa yhteistä taloutta (§ 1356). Hän sai tässä tehtävässään edustaa miestään ja tehdä tätä pääsääntöisesti sitovia oikeustoimia (§ 1357, avainvalta). Mies saattoi rajoittaa tätä oikeutta ja poistaakin sen (§ 1357, 2 mom.). Holhousoikeus voi vaimon vaatimuksesta kumota tämän toimenpiteen, jos se katsoi sen vallan väärinkäyttämiseksi.

Tuomarinoikeus piti kiinni ajatuksesta, että perheen taloudenhoito on vaimon luonnollinen toiminta-alue.³¹⁶ Oikeuskäytännössä tämä tuli esille lähinnä työ- ja sosiaalilainsäädännössä, muun muassa kysymyksinä, saavatko naiset töistä vapaata kotitöitä varten ja saako mies vahingonkorvausta vaimon kuoltua.

Tasa-arvolaki ei muuttanut puolisoiden työnjakoa, vaan lisäsi vain vaimon oikeuksia. Uudistetun §:n 1356 mukaan vaimo hoiti taloutta omalla vastuullaan. Hänellä oli oikeus ansiotyöhön, mikäli hänen velvollisuutensa avioliitossa sen sallivat. Tasa-arvolaki pyrki näin aktiivisestikin säilyttämään perinteisen työnjaon säätämällä nimenomaisesti vaimon ensisijaiseksi velvollisuudeksi kodinhoidon. Hallituksen I esityksessä tasa-arvolaksi todettiin, että miehen oikeus sanoa irti vaimonsa työsopimus oli tasa-arvon vastaista ja rajoitti vaimon perustuslaillista oikeutta ansiotyöhön.³¹⁷ Esityksessä katsottiin vaimon päätehtäväksi talouden ja lasten hoito. Tämä seurasi jo puolisoiden velvollisuudesta aviolliseen elämänyhteisyyteen (§ 1353) ja miehen ja vaimon välisestä luonnollisesta työnjaosta, eikä siitä näin ollen ollut tarpeen säätää enää tässä yhteydessä.³¹⁸ Hallituksen II esityksessä todettiin olevan tärkeää – erityisesti vaimon kannalta – nimenomaisesti vahvistaa tämä vaimon tärkeä oikeus ja olennainen tehtävä.³¹⁹

Vuoden 1976 uudistuslain 1. EheRG:n mukaan (§ 1356) puoliset järjestivät taloudenhoidon yksissä neuvoin. Jos taloudenhoito on uskottu toiselle puolisolalle, hän johtaa sitä omalla vastuullaan. Jälkimmäinen määräys katsottiin hallituksen esityksessä yhä tarpeelliseksi.³²⁰ Kotirouva-avioliittoa ei tule pyrkiä estämään ja sanamuodossa on otettu huomioon myös se mahdollisuus, että mies jää kotiin. Kotirouva-avioliitto mainittiin erityisesti puhuttaessa ajasta, jolloin lapset ovat pieniä. Molemmilla puolisoilla on oikeus ansiotyöhön. Ansiotoiminnan valinnassa ja harjoittamisessa tulee kuitenkin ottaa toinen puoliso ja perhe huomioon.

³¹⁶ Kropholler, s. 15–16.

³¹⁷ Drucksache 3802 (1952), s. 46.

³¹⁸ I esityksessä oli 1356 §:ssä siten vain todettu vaimon oikeus ansiotyöhön, jos se on yhdistettävissä hänen perhevelvollisuuksiinsa, Drucksache 3802 (1952), s. 6.

³¹⁹ Drucksache 224 (1954), s. 29–30.

³²⁰ Drucksache 7/650 (1973), s. 97–98.

Münchenerkommentaarissa on todettu, että perheen asettaminen etusijalle koskee erityisesti urheilua, politiikkaa, yleishyödyllisiä ja ura-aktiviteettejä.³²¹ Kun puolisoilla on lapsia, erityisesti vaimon odotetaan ottavan perhe huomioon. Työ, joka vaarantaisi lapsen edun, on kommentaarin mukaan kielletty vanhemmilta BGB §:n 1666 (Gefährdung des Kindeswohls) perusteella.

Käsitykset lain työnjakolausuman merkityksestä vaihtelivat hallituksen esityksen 1. EheRG:ksi mukaan pakottavasta oikeudesta lähtökohtaotukseen. Yhtäläisille oikeuksille ja velvollisuuksille perustuvasta kumppanuus-avioliittoihanteesta lähtevässä hallituksen esityksessä koettiin kotirouva-avioliitto yleispätevänä mallina tasa-arvon kannalta ongelmalliseksi.³²² Se ei yleisenä lähtökohtana vastannut silloista tasa-arvokäsitystä. Naimisissa olevien naisten todettiin käyvän niin paljon töissä, ettei tällaista tilannetta enää voi pitää poikkeuksellisenä. Puolisot päättävät itse taloutensa hoidosta.

Esityksessä haluttiin nimenomaan vahvistaa ajatus ansio- ja kotitöiden jaosta, ettei molempien käydessä ansiotyössä kummankaan rasitus tule koetuuttomaksi. Vastuu kotitöistä on tällöin yhteinen. Hallituksen I esityksessä tasa-arvolaisiksi oli todettu sama asia, mutta siinä tilanne oli esimerkki erityisistä olosuhteista: »kun vaimon täytyy olla ansiotyössä».³²³ Esityksessä 1. EheRG:ksi todettiin, että jo vallinneen lainsäädännön aikana vaimolla oli velvollisuus ansiotyöhön perheen taloudellisen tilanteen niin vaatiessa ja tässä tapauksessa miehellä oli velvollisuus osallistua kotitöihin. Tämä velvollisuus seurasi aviolliseen elämänyhteyteen velvoittavasta §:stä 1353 ja oikeuskäytännöstä.³²⁴ Kodinhoito ja ansiotyö katsottiin hallituksen esityksessä tasavertaisiksi tavoiksi osallistua perheen elatukseen.

1. EheRG:n tarkoituksena ei ole asettaa puolisoille minkäänlaista elämäntapamallia. Eri elämäntapamallien sisältöä on kuitenkin pyritty määrittelemään. Münchenerkommentaarissa on todettu kotirouva-avioliiton yhä olevan yleisin avioliittomuoto ja ettei vähemmistömalli ole sitova.³²⁵ Kommentaarissa korostetaan vapaata valintaa ja todetaan samalla, ettei avioliitto, jossa molemmat käyvät ansiotyössä ole kansantaloudellisesti toivottava. 1. EheRG:n perusteluissa ei vain oleteta vaimon jäävän lasten takia ainakin joksikin aikaa kotiin (mikä lasten syntymän jälkeen onkin kieltämättä luonnol-

³²¹ Münchener, s. 184.

³²² Drucksache 7/650 (1973), näistä asioista sivuilla 59–62, 71 ja 75, 97–98.

³²³ Drucksache 3802 (1952), s. 48.

³²⁴ Münchener kommentaarissa on todettu, että myös ansiotyössä käyvän tulee jonkun verran osallistua kotitöihin §:n 1353 perusteella (Beistandspflicht), s. 183.

³²⁵ Münchener, s. 180–181.

lista), vaan painotetaan vaimon velvollisuutta ottaa ammatinharjoittamisessaan huomioon lasten hoito ja kasvattaminen. Vaikka molemmilla on periaatteessa samat oikeudet ja velvollisuudet, tasa-arvo ei ole »kaavamaista». Kummankin tulee ottaa toinen puoliso ja perhevelvollisuudet työjärjestelyissään huomioon. Esityksessä painotetaan enemmän vaimon velvollisuutta tähän. Esityksessä todettiin toisaalta, että oma ammatti auttaa vaimoa itsenäisyyteen ja itseluottamukseen.

BGB:hen ei ollut otettu määräystä miehen luvan tarpeesta vaimon ammatinharjoittamiseen, koska sen ei katsottu olevan oikein tilanteissa, joissa puoliset tosiasiallisesti elävät erossa.³²⁶ Miehellä oli, saatuaan siihen holhousoikeuden valtuutuksen, oikeus ilman irtisanomisaikaa sanoa irti vaimon sopimus, jolla tämä oli sitoutunut henkilökohtaiseen suoritukseen (§ 1358). Mies sai valtuutuksen, jos oikeus katsoi vaimon työskentelyn haittaavan tämän velvollisuuksien täyttämistä avioliitossa.

Tasa-arvolaki poisti §:n 1358. Miehen oikeutta sanoa irti vaimon työsopimus ei pidetty hallituksen II esityksessä naisen silloisen aseman mukaisena.³²⁷ Naisella oli oikeus ansiotyöhön, kunhan se ei vaarantanut hänen päätehtävänsä: talouden ja lasten hoitoa. Hallituksen I esityksessä todettiin edellä mainitun miehen oikeuden olevan perustuslain vastainen ja vastoin vaimon omavastuullista asemaa miehen yhdenvertaisena elämänkumppanina.³²⁸

3.2.5.2.1. Avainvalta

BGB:n §:n 1357 mukaan vaimo oli pääsääntöisesti oikeutettu toimimaan miehen edustajana ja tekemään tätä sitovia oikeustoimia taloudenhoidollisella toiminta-alueellaan. Miehellä oli oikeus rajoittaa tätä oikeutta tai poistaa se. Holhousoikeus voi vaimon vaatimuksesta kumota tämän toimenpiteen, jos se katsoi sen vallan väärinkäytöksi.

Tuomarinoikeusaikana esiintyi epäselvyyttä siitä, oliko § 1357 enää lainkaan vai vain osittain voimassa tai ulottuiko se nyt molempiin puolisoihin.³²⁹ Suurin osa tuomioistuimista katsoi tämän pykälän nyt koskevan molempia puolisoja. Joissain tuomioissa katsottiin puoliset yhteisvastuullisiksi kyseessä olevista sitoumuksista, joissain katsottiin vaimon olevan vastuussa vain jos mies oli maksukyvytön. Vaimon lisääntyneen vastuun miellettiin tuomarin-

³²⁶ Motive (1896), s. 107–108.

³²⁷ Drucksache 224 (1954), s. 29–30.

³²⁸ Drucksache 3802 (1952), s. 46.

³²⁹ Avainvallasta tuomarinoikeudessa Kropholler, s. 19–22.

oikeudessa olevan hänelle lisärasitus, mutta todettiin, ettei tasa-arvo voi tuoda naiselle vain etuja. Pykälän voimassaoloa sinänsä pidettiin niin avio-, perhe- kuin liike-elämänkin vaatimana.

Miehen oikeuden rajoittaa vaimon toimivaltaa katsottiin tuomarinoikeudessa olevan yhä voimassa. Jotkut tuomioistuimet katsoivat rajoitusoikeuden, kuten pykälän muutenkin, koskevan molempia puolisoja. Jotkut taas jättivät tämän kysymyksen auki ja pitivät rajoitusoikeutta tarpeellisena perheen taloudelliselle toimeentulolle. Vaikka hallituksen I esityksessä tasa-arvolaiksi ja osassa oikeuskirjallisuutta oli esitetty, ettei rajoitukseen olisi oikeutettu mies vaan holhousoikeus, tuomioistuimet eivät omaksuneet tätä ratkaisua. Tuomarinoikeus omaksui oikeusopissa jo pidemmän aikaa esitetyn kannan, että rajoitusoikeuden väärinkäyttö tulisi arvioida objektiivisesti eikä miehen näkökulmasta, joka olisi vahingollinen vaimolle.

Ajatuksen kummankin puolison oikeudesta rajoittaa toisensa toimia voi katsoa horjuttavan miehen asemaa yksinoikeutettuna »perheenpäänä». Vaimokin saisi oikeuden kontrolloida miehen tapaa hoitaa asioita.

Tasa-arvolaki ei asiallisesti muuttanut §:ää 1357 kuin lisäämällä vaimon vastuuta.³³⁰ Vaimo oli uuden §:n 1357 mukaan vastuussa tekemästään oikeustoimesta, jos mies oli maksukyvytön. Hallituksen II esityksessä todettiin, ettei perustuslaki vaatinut tähän pykälään muutosta.³³¹ Hallituksen I esitys tasa-arvolaiksi oli ehdottanut, että pykälä koskisi yhtäläisesti molempia puolisoja.³³² BGB:n alkuperäinen muoto oli esityksen mukaan perustunut siihen, että mies oli perheen ensisijainen elättäjä. Nyt sen sijaan ehdotettiin elatusvastuun olevan molemmilla ja siksi tämänkin pykälän olisi koskettava molempia. Kolmas ei tällöin myöskään menettäisi maksukykyisen vaimon kanssa tehtyyn oikeustoimeen perustuvia saataviaan miehen ollessa maksukyvytön. Myös mies voisi näin hoitaa perheen juoksevia asioita molempia puolisoja velvoittavasti.

Hallituksen II esityksessä tasa-arvolaiksi katsottiin miehen ensisijaisen vastuun taloudenrahoituksesta vastaavan puolisojen työnjaon mukaan määrittyvää elatusvelvollisuutta.³³³ Sen, että kumpikin ensisijaisesti vastaisi itse suorittamistaan toimenpiteistä, esitys katsoi sattumanvaraiseksi³³⁴ ja etenkin

³³⁰ Sanamuoto oli seuraavilta osin hieman lieventynyt: Kun holhousoikeus aiemmin saattoi vaimon hakemuksesta poistaa tämän toimintarajoituksen, jos se oli oikeuden väärinkäyttöä, puhuttiin uudistetussa §:ssä 1357 tilanteesta, jossa rajoitukseen ei ole riittävä syytä.

³³¹ Drucksache 224 (1954), s. 30.

³³² Drucksache 3802 (1952), s. 46.

³³³ Drucksache 224 (1954), s. 30.

vaimolle epäedulliseksi ratkaisuksi, koska tämä useimmiten hoiti taloutta.

1. EheRG muutti avainvallan rajoituksineen koskemaan yhtäläisesti molempia puolisoja. Pykälää täsmennettiin niin, että sen mainittiin koskevan perheen elämäntarpeiden kohtuullista kattamista.³³⁵ Suuremmat hankkeet, joiden toteuttamista voidaan siirtää, eivät oikeusvaliokunnan mietinnön mukaan kuuluneet tämän pykälän alaan.³³⁶

Hallituksen esityksessä 1. EheRG:ksi todettiin taloutta hoitavan puolison itsenäisen toimivallan jäävän tyhjäksi ilman tätä pykälää.³³⁷ Tämä oikeus koski nyt myös tapauksia, joissa mies jää kotiin.

3.2.5.2.2. Elatusvelvollisuus ja velvollisuus osallistua puolison ansiotoimintaan

BGB:n mukaan (§ 1360) mies oli velvollinen antamaan vaimolleen elämäntilansa, omaisuutensa ja ammattinsa mukaisen elatuksen. Vaimolla oli vastaava velvollisuus, jos mies ei pystynyt elättämään itseään.

Tasa-arvolaki muutti §:ää 1360 niin, että puoliset ovat velvollisia työllään ja omaisuudellaan elättämään perhettä. Vaimo täyttää yleensä velvollisuutensa työskentelemällä kotona. Ansiotyöhön hän on velvollinen vain silloin kun »miehen työvoima ja puolisojen tulot» eivät riitä perheen elatukseen eikä puolisojen olosuhteita vastaa, että omaisuuden pääomaa käytetään. Tämän työnjaon ilmoitettiin hallituksen II esityksessä vastaavan »meidän» perinteistä (überliefert) käsitystämme avioliitosta.³³⁸ Samassa yhteydessä on mainittu, että vaimon ja miehen työsuoritukset ovat samanarvoiset.

Elatus määräytyi puolisojen olosuhteiden mukaan. Siihen mainittiin kuuluvan muun muassa puolisojen henkilökohtaiset tarpeet (§ 1360 a).³³⁹ Elatus tuli suorittaa elämänyhteyden vaatimalla tavalla. Mies oli velvollinen antamaan elatusosuuden vaimon käyttöön riittävän ajoissa. Tämä periaate oli hallituksen II esityksen mukaan kehitetty oikeuskäytännössä.³⁴⁰ Se tuntui taroituksenmukaiselta tähdentämään miehelle hänen velvollisuuksiaan.

³³⁴ Tällä kannalla oli myös hallituksen esitys 1. EheRG:ksi, Drucksache 7/650 (1973), s. 99.

³³⁵ Ks. pohdiskelua tämän sanamuodon (muutoksen) merkityksestä esimerkiksi Münchener, s. 198–203.

³³⁶ Drucksache 7/4361 (1975), s. 26.

³³⁷ Drucksache 7/650 (1973), s. 98–99.

³³⁸ Drucksache 224 (1954), s. 30.

³³⁹ Ks. »nykykäsityksestä» Münchener, s. 231–233.

³⁴⁰ Drucksache 224 (1954), s. 31.

1. EheRG muutti §:ää 1360 niin, ettei laissa enää puhuta erikseen vaimosta ja miehestä. Jos toinen vastaa taloudenhoidosta, hän täyttää yleensä työvelvollisuutensa sillä. Hallituksen esityksessä todettiin, ettei tiettyä työnjakoa enää pitäisi määrätä laissa, eikä taloudenhoito enää ollut vain vaimon velvollisuus.³⁴¹ Samalla painotettiin, että kodinhoito katsottiin yhä pääsääntöisesti elatusvelvollisuuden täyttämiseksi, jonka suorittaja voi olla myös mies. Vaimon toissijaisen ansiotyövelvollisuuden poisjättämistä laista perusteltiin myös sillä, että se voisi johtaa sellaiseen väärinkäsitykseen, että kotona työskentelevä puoliso on hätätilanteessa velvollinen tekemään ansiotyötä kodinhoidon ohella. Puolisoiden tulee yhdessä sopia, kuinka asiat tällaisessa tilanteessa järjestetään. Pykälää 1360 a muutettiin niin, että molemmat puolisot ovat nyt velvollisia antamaan toiselle riittävän ajoissa käyttöön elatusvaroja.

Vaimo oli BGB:n mukaan velvollinen osallistumaan miehen ansiotoimintaan sen mukaan kuin puolisoiden olosuhteissa oli tavallista (§ 1356). Tämän katsottiin perusteluissa seuraavan puolisoiden elämänyhteisyydestä, kuten vaimon taloudenhoitovelvollisuudenkin.³⁴²

Tasa-arvolaillla uudistetun §:n 1356 mukaan kumpikin puoliso oli velvollinen avustamaan toista tämän ansiotoiminnassa sen mukaan kuin heidän olosuhteissaan oli tavallista. Hallituksen II esityksessä tasa-arvolaisiksi todettiin, että yleisemmin avustaja on vaimo, koska mies yleensä jatkaa omaa työtään avioliiton solmimisen jälkeenkin.³⁴³ Tämä luonnollinen asiointila oli otettava huomioon tulevaisuudessakin ja siitä syystä velvollisuus avustamiseen oli vain sen mukaan kuin oli tavallista.

1. EheRG:n §:ään 1356 ei enää sisältynyt vastaavaa määräystä. Hallituksen esityksessä katsottiin, ettei tällainen velvollisuus enää näyttänyt oikeutetulta, jollei se erityistapauksessa seuraisi puolisoiden elämänyhteisyydestä.³⁴⁴ Aiemmin lähdettiin siitä, että miehen elinkeino elättää perheen ja kotona työskentelevä vaimo on tarvittaessa velvollinen osallistumaan siinä työskentelyyn. Nyt voi Saksan lainsäädännön taustalla nähdä enemmän kodin ja elinkeinon eriytymisen, jolloin kummallakin puolisoilla on oma työnsä, johon toinen ei pääsääntöisesti ole velvoitettu osallistumaan.

³⁴¹ Drucksache 7/650 (1973), s. 99 – 100.

³⁴² Motive (1896), s. 107.

³⁴³ Drucksache 224 (1954), s. 29.

³⁴⁴ Drucksache 7/650 (1973), s. 98. Ks. Münchener, s. 185–187 nykypohdiskelua tästä velvollisuudesta.

3.2.6. Yhteenvedoa ja alustavaa vertailua

Avioliittolainsäädäntö perustuu jollekin käsitykselle avioliitosta, sen osapuolista, sen tehtävistä ja sen yhteiskunnallisesta roolista. Ajassa liikkuvat ajattelutavat ja ideologiat syntyvät määrätynlaisesta kasvupohjasta eli yhteiskunnasta ja vaikuttavat puolestaan yhteiskunnan muodostumiseen, kuten lainsäädäntöön.³⁴⁵ Muuttuvat ajattelutavat ovat vaikuttaneet avioliittolainsäädäntöön ja naisten asemaan sekä välittömästi että välillisesti toisten ajan hengetä kumpuavien ilmiöiden, kuten esimerkiksi taloudellisten rakennemuutoksien, naisasialiikkeen ja kirkon vaikutusvallan muutoksien myötä. Asian voi nähdä myös toisin päin: konkreettiset muutokset mahdollistavat ideologiset muutokset – vuorovaikutus on jatkuva.

Käsitykset perheen ja yhteiskunnan, yksityisen ja julkisen, suhteesta ovat vaihdelleet erilaisissa yhteiskunnissa eri aikakausina. Ihmisten perhe-elämään puuttumisen määrä ja muoto on samoin vaihdellut. Kontrollin tiukkuutta voi tuskin päätellä sääntöjen muodosta. Sosiaaliset säännöt voivat olla hyvin tiukoja ja niiden noudattamatta jättäminen käytännössä erittäin vaikeaa. Kaikenkattava lainsäädäntö voi puolestaan käytännössä olla melko merkitykseltöntä. Lainsäädäntö lähtee lainsäätämiseen osallistuvien arvo- ja kokemusmaailmasta, jota sosiaaliset säännöt usein vahvasti muokkaavat. Lainsäätäjien mielessä ovat määrätty tilanteet, tarpeet ja kohderyhmät. Työn tuloksena syntyneen lain vaikutus ei ole sama kaikille kohderyhmille eli erilaisissa elämäntilanteissa eläville ihmisille. Lainsäädännön kiteyttämät käsitykset eivät vastaa koko yhteiskunnan käsityksiä.³⁴⁶ Yhteiskunnasta, tilanteesta ja asiasta riippuu kuinka suuren enemmistön tai pienen vähemmistön kantaa lainsäädäntö kuvaa.

3.2.6.1. *Esimoderni avioliitto*

Vuosisadan alussa yleinen länsimainen lainsäädännön perhekäsitys oli avioliittokeskeinen ja patriarkaalinen.³⁴⁷ Sen lähtökohtana oli keskiluokkainen

³⁴⁵ Ks. avioliiton sukupuolijärjestelmän muotoutumisesta esim. Räisänen.

³⁴⁶ Ks. erilaisista asennoitumisista avioliittoon viime vuosisadalla ja tämän vuosisadan alkupuolella esimerkiksi Armas Nieminen.

³⁴⁷ Avioliittolainsäädännön yleisten länsimaisten kehityslinjojen kuvaukseni pohjana olen käyttänyt Glendonin esitystä.

Ks. avioliitto-oikeuden modernisoitumisesta Suomessa Pylkkänen (1994). Hän ilmoittaa tarkoittavansa modernisoitumisella »ennen muuta muutoksia, jotka ovat vähentäneet perheeseen sidottuja oikeusvaikutuksia ja vahvistaneet puolisoiden yksilöllistä määräämisvaltaa sekä yhtäläistäneet puolisoiden asemaa», s. 585.

perhe. Avioliitto oli elinikäiseksi mielletty tärkeä elatusinstituutio ja perheenjäsenten sosiaalisen statuksen määrittelijä. Perheen yhteisyys ja etu miellettiin yksilön etua tärkeämmäksi. Isä/aviomies oli perheen elättäjä, omaisuuden hallitsija ja päätösten tekijä, äiti/vaimo kodin ja lasten hoitaja ja miehen työn avustaja. Seksuaalinen kanssakäyminen – ainakin naisten osalta – tuli rajoittaa avioliiton sisälle. Valtiolla oli oikeus ja velvollisuus määritellä perhe-elämän ulkoiset puitteet edellä mainittujen yleisten käsitysten mukaisesti. Toisaalta lainsäädännön periaatteena oli, ettei valtio saanut paljontaan puuttua perheen sisäiseen elämään, vaan perheen yksityisyyttä tuli kunnioittaa. Edellä kuvaamani Suomen ja Saksan tilanne vastaa hyvin tätä yleiskuvausta.

Käsittämäni materiaali kuvaa sitä, kuinka avioliittolainsäädännössä on pitkään säilynyt traditionaalisia, esimoderneja piirteitä. Tällöin ei lähtökohdana ole oikeuksien yhtäläisyys vaan ihmisillä on erilaiset paikkansa ja tehtävänsä yhteisössä. Suvun vallan eli patriarkaatin aikana yksilön asema on alisteinen hierarkkisesti järjestäytyneessä suvussa. Ranskan vallankumouksen esiintuomia ihanteita oli yksilön suora yhteys valtioon. Tällöin muilla yhteisöillä ei olisi enää valtaa yksilöön. Yksilöllä tarkoitettiin kuitenkin lähinnä miestä eikä ajatus yksilön oikeuksista ulottunut juurikaan naisiin. Oikeus ruumiilliseen koskemattomuuteen on yksi perinteisimpiä yksilön oikeuksia. Vaimon oikeus ruumiilliseen koskemattomuuteen on ollut avioliitossa heikommin suojattu kuin avioliiton ulkopuolella. Raiskauksen avioliitossa jättäminen raiskausrikosmäärittelyn ulkopuolelle kuvastaa miehen seksuaalisia oikeuksia vaimoonsa.³⁴⁸ Suomessa raiskaus avioliitossa katsottiin raiskukseksi vasta vuonna 1994 ja Saksassa näin ei tehdä vielääkään.

Vaimon asemaan oli sukuajattelulla positiivisiakin vaikutuksia: hänen oma sukunsa suojeli häntä miehen valtaa vastaan.³⁴⁹ Voi ajatella, että vaimon asema – ainakin teoreettisesti – on heikoimmillaan, kun suvun merkitys on vähentynyt, eikä yksilöllistyminen koske vielä naisia. Yhteiskunta on jakautunut ydinperheisiin, joissa jokainen mies saa entisen patriarkan aseman, eikä vaimolla enää ole omaa sukua turvanaan. Perheestä on tullut »minisuku», jonka sisälle yksilön oikeudet eivät ulotu.

³⁴⁸ Kummassakin maassa väkisinmakaaminen (Vergewaltigung) on toistaiseksi vain naiseen kohdistuva rikos, RL 20:1, 177 § StGB. Suomessa näin ei enää ole 1.1.1999 voimaan astuvan rikoslain muutoksen (563/98) jälkeen.

³⁴⁹ Ks. esimerkiksi Pylkkänen (1990), s. 120 ja 269.

Vuosisadan alussa voi puolisoiden yhteisyydellä katsoa tarkoitettua melko pitkälle vaimon »sulautumista» miehensä maailmaan. Suomessa hän kuului tuolloin miehensä »säätyyn ja tilaan», mistä johdettiin erilaisia oikeusvaikutuksia. Puolisoiden miehen mukaan määrittyvää yhteisyyttä on ulospäin selkeimmin kuvastanut miehen sukunimi. Miehen nimi perheen yhteisenä sukunimenä ei ole vain yhteisyyden symboli, vaan myös miehen perheenpääaseman symboli. Miehen sukunimeä puoltava perustelu on ollut tunteenomaista, arvoihin ja perinteisiin vetoavaa. Saksassa on esiintynyt myös suhteellisen keinotekoista »juristeriaksi» katsottavaa perustelua sellaisen säätelyn puolesta, joka voisi tavalla tai toisella edesauttaa miehen sukunimen pysymistä perheen yhteisenä nimenä. Koska tasa-arvoinen käytäntö ei estäisi perinteisesti ajattelevia puolisoja toimimasta haluamallaan tavalla, muiden valinnanvapauden vastustamisessa voi nähdä yleisen miehen perheenpääaseman symbolisen kannattamisen.

Suomessa saavutettiin vuonna 1986 oikeudellinen, muodollinen tasa-arvo puolisoiden sukunimen määräytymisessä – todennäköisesti pitkälti kansainvälisoikeudellisten tasa-arvovelvoitteiden ansiosta. Saksassa valtiosääntötuomioistuin katsoi vuonna 1991, että lainsäädäntö, jossa puolisoilla ei ollut mahdollisuutta säilyttää omia sukunimiään oli perustuslain takaaman tasa-arvon vastainen. Uudistetussa lainsäädännössä asetetaan Saksassa yhä selvästi lähtökohdaksi yhteinen sukunimi: omien sukunimien säilyttäminen esitetään kyvyttömyytenä päästä sopimukseen yhteisestä nimestä. Kummankaan maan lainsäädännössä ei voi sanoa esiintyneen kovin aktiivista pyrkimystä epätasa-arvoisen sukunimikäytännön muuttamiseen. Saksan lainsäädännön voi yhä päinvastoin nähdä perinteistä käytäntöä kannattavana.

Yhteisenä piirteenä Suomessa ja Saksassa on puolisoiden välisen tasa-arvon jälkijättöisyys sukunimeä ja raikausta avioliitossa koskevassa lainsäädännössä. Näillä laeilla on merkittävä symboliarvo.³⁵⁰ Mitä tämä yhteinen piirre kertoo näistä yhteiskunnista ja niiden lainsäädännöstä? Ovatko yhteiskuntamme patriarkalisempia kuin aina havaitsemme? Halutaanko edes symboleista pitää kiinni, jos oikeustaju estää epätasa-arvon varsinaisiksi oikeuksiksi miellettyissä kysymyksissä ja tasa-arvon muuten koetaan edenneen uhkaavan pitkälle? Näihin kysymyksiin en tämän materiaalin pohjalta voi antaa vastauksia.

Kansainvälinen yksityisoikeus määrittelee sen, minkä maan lain mukaan puolisoiden välinen aviovarallisuusriita käsitellään eli sen, minkä maan tuo-

³⁵⁰ Käsittelen raikausta avioliitossa vahvasti symbolisena lainsäädäntönä siksi, että sitä ei useinkaan tuoda oikeuden käsittelyyn.

miovallan alaisia puoliset milloinkin näissä kysymyksissä ovat. Saksassa valtiösääntötuomioistuimen päätös sai aikaan muutoksen sukupuolineutraaliin lainvalintasäätelyyn. Suomessa lainvalinta määräytyy vieläkin miehen valtion mukaan eli muodollinenkin tasa-arvo on saavuttamatta. Suomessa kansainvälisiä avioliittoja ei ole lähimainkaan yhtä paljon kuin esimerkiksi Saksassa, mikä voi olla yksi »selitys» sille, että muutostyö on meillä vieläkin kesken.

Suhtautuminen avioliittoon on ollut statuksellista. Avioliiton valtarakenteeseen tulisi olla ulkopuolisille tunnistettavissa oleva asema. Siihen ei suhtauduta yksilöiden välisenä vapaana sopimussuhteena, vaan yhteiskunnallisena instituutiona. Sekä Suomessa että Saksassa lienee vallitseva periaatteellinen suhtautuminen avioliittoon kuitenkin, että se on sopimus.³⁵¹ Avioliiton valtasuhteet on nähty luonnollisina. Nämä valtasuhteet ovat osa yhteiskunnan valtarakennetta ja avioliiton roolia julkisena instituutiona. Avioliiton yksityisyys oli vapautta toteuttaa tuota valtasuhdetta. Avioliiton yhteisyys ja miehen yksilöllisyys olivat pitkälti sama asia. Avioliiton nähtiin toimivan, kun vaimon yksilölliset tarpeet väistyivät miehen tahdon mukaisen yhteisöllisyyden tieltä. Tällainen »luonnollinen» roolijako edellyttää käsitystä erilaisuudesta, tässä tapauksessa sukupuolten erilaisuudesta.

Kummankin maan lainsäädännön lähtökohta on tällä hetkellä puolisten yhteinen määräysvalta. Suhteellisen pitkään esiintyi halua pitää kiinni miehen lopullisesta ratkaisuvallasta. Perusteluina käytettiin sovun edistämistä: puolisten riitojen ei pitäisi tulla tuomioistuinten ratkaistavaksi. Riidat haluttiin ratkaista lailla etukäteen miehen hyväksi, jolloin niitä ei ehkä syntyisikään. Perusteluina sille, että ratkaisuvallalta tulisi olla nimenomaan miehellä, olivat »luonnonlaki» ja oletukset miehen roolin antamista ja edellyttämistä valmiuksista. Vallitsevaa sukupuolijärjestelmää ja työnjakoa haluttiin ylläpitää vetoamalla muun muassa sen aikaansaamiin olosuhteisiin – järjestelmän katsottiin kehäpäätelmän omaisesti oikeuttavan itsensä. Lain säädökset tämän kaltaisista asioista ovat tyypillisesti asenteita muokkaavia, käytännön

³⁵¹ Aarnio, Helin, s. 2, Münchener, s. 138–139: pääasiallisesti sopimus, mutta valtiösääntöoikeudellisesti oikeusinstituutio (Art 6 GG). Ensimmäinen on oppikirja ja jälkimmäinen lakikommentaari. Muista käsityksistä ks. esimerkiksi Aarnio (1993) ja Gerhard (1981), s. 167–168, avioliittoa ei pidetä vain sopimuksena, vaan instituutiona (s. 167–175, Die Ehe als »Institution» und die Reform der Ehescheidung). Gerhard toteaa, s. 158, käsitellessään Allgemein Landrecht'iä, että määrittelemällä avioliiton sopimukseksi, valtio perusteli toimivaltansa avioliittoasioihin, avioliitto määriteltiin näin puhtaaksi oikeussuhteeksi.

merkitystä niillä ei yleensä ole kuin välillisesti vaikuttaessaan vaimon oikeustoimikelpoisuuteen.

Käsittelyajanjakson alkupuolella oli lähtökohta puolisoiden työnjakoon selvä ja »luonnollinen»: mies oli perheen elättäjä ja vaimo kodinhoitaja. Vaimon aseman parantaminenkin ymmärrettiin aluksi vain hänen toimintamahdollisuuksiensa itsenäistämisenä hänen perinteisessä roolissaan, jossa hänet haluttiin aktiivisestikin pitää. Suomessa haluttiin sittemmin nimenomaan korostaa naisen roolin yhteiskunnallistumista. Saksassa perustelut ovat käytännönläheisempiä, muun muassa kotitöiden jaosta puhutaan enemmän arkipäivän tasolla. Saksassa näyttää myös lähtökohtana säilyneen oletus (odotus) vaimon jonkin asteisesta miestä suuremmasta panoksesta kotona. Saksassa ei perusteluiden mukaan haluta enää lainsäädännöllä ottaa mitään kantaa puolisoiden elämäntapamalliin. Suomessa on lainsäädäntöperustelujen nykyinen lähtökohtaoletus avioliitto, jossa molemmat käyvät ansiotyössä. Kokonaisvaltainen pohdinta lainsäädännön mahdollisuuksista ja roolista puolisoiden välisen tosiasiallisen tasa-arvon edistämiseksi yhteiskunnassa on kummasakin maassa ollut melko vähäistä.

3.2.6.2. Esimodernista eteenpäin

Moderniksi kutsutulla ajattelutavalla on ollut suuri merkitys etenkin tämän vuosisadan ajatteluun.³⁵² Modernistisuuden »modernius» ei useinkaan koskenut sukupuolirooleja. Modernin ajattelun ihmiskuva oli julkisuudessa elävä mies. Naisen paikka oli pääasiassa yksityisyydessä, mikä kuului traditionaaliseen elämään. Modernissa ajattelutavassa keskeisen yksilöllisyyden ei mielletty ulottuvan perheeseen. Avioliitto jäi muuta yhteiskuntaa pidempään yhteisöllisen ajattelun piiriin. Ihmisen paikka ja tehtävät avioliitossa määrittivät sukupuolen mukaan.

Modernin emansipatorisuus antoi pohjaa myös naisten vapautusliikkeelle. Ajatus tasa-arvosta alkoi näkyä avioliittolainsäädännössä jo vuosisadan alkupuolella keskusteluna puolisoiden eli sukupuolten yhtäläisistä oikeuksista. Asenteisiin tasa-arvo ei yltänyt nopeasti. Sukupuolirooleja ei juuri kyseenalaistettu. Tasa-arvolla ymmärrettiin enemmänkin erilaisten samanarvoisuutta, ei samanlaisten yhtäläistä asemaa. Samanarvoisten mutta erilaisten oikeudet eivät ole samanlaisia. Tällaisessa tilanteessa periaatteellista samanarvoisuutta voi yhtä hyvin kutsua eriarvoisuudeksi. Esittelemäni lainsäädän-

³⁵² Käsitykset modernismin alkamisajasta vaihtelevat. Modernismia koskeva kuvaukseni perustuu tässä luvussa pitkälti Riitta Jallinojan kirjaan *Moderni elämä*.

tötyö tuo esiin vastapareille perustuvan ajattelun väistämättömän hierarkkisuuden. Miehen (valta)asema perheenpäänä kuului hänen rooliinsa, se oli seurausta hänen »erilaisuudestaan».

Modernisoituminen ulottui vähitellen perheeseen. Riitta Jallinoja on kuvattessaan modernistisuustutkimusta jaotellut sen rationaaliseen, vapaamieliseen ja hedonistiseen itsensä toteuttamisen vaiheisiin.³⁵³ Rationaalisuus vastaisi 1950-luvun modernisaatiotutkimuksen tuottamaa ajankuvaa. Rationaalisessa vaiheessa modernisoitumisessa korostettiin tasa-arvoa ja sen mukaista työnjakoa, mihin sisältyi naisten ansiotyö.

Tasa-arvokäsitykset perustuivat pitkään erilaisuudelle. Saksassa valtio-sääntötuomioistuin alkoi 1970-luvulla luopua siitä suhtautumisesta, ettei perustuslain yhdenvertaisuussäännöksen tarkoituksena ole estää sukupuolen mukaan määräytyvää työnjakoa.³⁵⁴ Nykyään avioliittolainsäädännön periaatteellinen lähtökohta on sekä Suomessa että Saksassa samanlaisuudelle ja yhtäläisille oikeuksille perustuva sukupuolten välinen tasa-arvo.

Tasa-arvoista työnjakoa ja naisten ansiotyötä käsiteltyjen lainsäädäntöjen ei voi sanoa pyrkineen kovin aktiivisesti edistämään. Saksan 1950-luvun lainmuutos katsoi vielä vaimon ensisijaiseksi velvollisuudeksi kodinhoidon ja 1970-luvun lainmuutoksen perusteluissa korostetaan vaimon velvollisuutta ottaa ammatin harjoittamisessaan huomioon lasten hoito ja kasvataminen. Kotirouva-avioliitto oli tuolloinkin vielä jonkinasteinen lähtökoh-
taoletus. Esityksessä on kyllä todettu ansiotyössä käyvien vanhempien vastuun kotitöistä olevan yhteinen. Vuonna 1929 annetussa AL:ssä ei ollut varsinaista mainintaa työnjaosta, mutta se oli selkeästi lähtökohtaoletus. 1980-luvun lainmuutoksessa on oletuksena ollut ansiotyössä käyvät taloudellisesti itsenäiset puoliset, kummallakin mainitaan olevan oikeus itse päättää osallistumisestaan ansiotyöhön. Uudistuksen valmisteluissa 1970-luvulta alkaen oli esillä kotitöiden jakamisen tärkeys.

Suomessa ja Saksassa avioliittolainsäädäntö on pääasiassa hitaasti seurannut ihmisten asenteiden muutoksia eikä modernisti rikkonut rajoja. Tasa-arvoideologia on edennyt avioliittolainsäädännössä hitaasti, jopa vastahakoisesti ja modernisti muodollisessa tasa-arvossa pysytellen. Silloinkin kun aktiivista lainsäädäntöä on kannatettu, lainsäädännön vaikutusmahdollisuuksiin avioliitossa ei ole paljon uskottu. Ei ole myöskään haluttu sitoa lainsäädän-

³⁵³ Jallinoja, s. 35.

³⁵⁴ Nieminen, Liisa (1991), s. 210. Vuonna 1953 antamassaan päätöksessä BVerfGE 3 se oli vielä katsonut, ettei perustuslain yhdenvertaisuussäännöksen tarkoituksena ole estää sukupuolten toiminnallista eriytymistä.

töä liian tarkoilla määräyksillä oman ajan tasa-arvokäsityksiin ja pyritty siten täyttämään vain »minimivaatimukset». Lainsäädännöllä on toisaalta uudistusten ohella aktiivisesti pyritty säilyttämään vanhaa eli estämään tasa-arvon ja yksilöllisyyden edistymistä. Muodollinenkin tasa-arvo on joissain asioissa edennyt hyvin hitaasti eikä sitä ole kummassakaan maassa vieläkaan täydellisesti toteutettu. Pelkästään yksityisoikeudellisella lainsäädännöllä liepeekin vaikea merkittävästi vaikuttaa perinteisiin roolijakoihin ja niihin perustuviin asenteisiin eli tosiasialliseen epätasa-arvoon. Sen sijaan tarkastelemalla perheen elämää määrittelevää lainsäädäntöä kokonaisuutena eli perinteisen perhelainsäädännön ohella esimerkiksi sosiaali-, työ- ja verolainsäädäntöä, mahdollisuudet olisivat jo paremmat.

Ongelmaksi on mielletty yhteiskunnassa vallitsevan todellisuuden ja tavoitteiden välinen ristiriita. Tasa-arvoiluusiolle perustuva lainsäädäntö saattaa olla toiselle osapuolelle vahingollinen epätasa-arvoisessa todellisuudessa.³⁵⁵ Lainsäädännön vaikeuksia on ideaalien ja tosiasiallisen tilanteen yhteensovittaminen. Ihmisten ajattelu ja elämäntavat eivät useinkaan ole niin traditionaalisia, moderneja tai postmoderneja kuin lainsäätäjät uskoivat tai toivoivat.

Vapaamielisyys vastaisi 1960-luvun ja hedonistinen itsensä toteuttaminen 1970-luvun modernisaatiotutkimuksen tuottamaa ajankuvaa. Vapaamielisyyttä korostavassa katsantotavassa avioliittoinstituutio leimattiin traditionaaliseksi ja yhdenmukaistavaksi ja kannatettiin ennen kiellettyjä elämäntapoja. Hedonistinen itsensä toteuttaja elää perhe-elämää vain niin kauan kuin se tuottaa hänelle nautintoa. Tässä yksilöllistymisen huipentumana pidetyssä tilassa korostuvat itsensä etsiminen ja subjektiivisuus. Vapaamielisenä ja hedonistisena voi pitää suuntausta olla puuttumatta puolisoiden liittomuodon valintaan ja elämäntapaan. Puuttumattomuus on liittynyt myös perinteiseen avioliittoon. Avioliittoa on pidetty eettisenä suhteena, joka kuuluu yksityisyyteen. Se on luonnonlakien eikä ihmisten lakien määrittämä. Näin ajateltaessa avioliittoon on voitu tosiasiallisesti puuttua hyvin syvällisesti ja jättää se yksilön oikeuksia korostavan ajattelun ulkopuolelle »luonnontilaan».

Viime vuosikymmeninä länsimaiden perhe-elämän sääntelyssä on pyritty enenevässä määrin antamaan ihmisten itsensä päättää elämäntavoistaan. Uutta suuntausta edustaa syyllisyyden poistaminen avioeroperusteista: syyll-

³⁵⁵ Nykyistä sukupuolineutraalia lainsäädäntöä on kritisoitu käytännön epätasa-arvon huomiotta jättämisestä. Neutraalius edistää muodollisesti samanlaisuutta, mutta voi käytännössä toimia päinvastoin, jos keskiarvotodellisuus on sukupuolille erilainen. Ks. esimerkiksi Weitzman (1985) avioeron jälkeistä omaisuudenjakoa ja elatusapua koskevista keskustelusta.

lisyys rajoitti eron saamista ja määritteli tuomittavana pidettävää käytöstä. Toisaalta nykyiset hallintovaltiot puuttuvat perhe-elämään aivan uusin muodoin. Niin sanottu »new property» eli sosiaali-edut kuten eläke, on saanut nykyaikana kasvavaa merkitystä ihmisten elämässä.³⁵⁶ Näiden etujen puutteellisuutta esimerkiksi kotirouvilla on alettu ottaa jonkin verran huomioon myös aviopuolisoiden välisiä suhteita koskevassa lainsäädännössä.³⁵⁷ Perheoikeudellisten tasaamistarpeiden suuruus eri maissa riippuu etuuskien määräytymisperusteista samoin kuin sosiaaliturvan tasosta yleisestikin. Aiemmin valtio ei mainittavasti osallistunut ihmisten perustarpeiden tyydyttämiseen, vaan tämän tehtävän hoiti perhe ja suku. Yhteiskunnan alkaessa kantaa vastuuta ihmisten perusturvasta, se koski aluksi vain niitä, joilla ei ollut tästä tehtävästä huolehtivaa perhettä. Yhteiskunnallisten muutosten myötä alempien yhteiskuntaluokkien merkitys oikeusjärjestyksessä kasvoi 1900-luvulla. Avioliittolainsäädäntö oli sitä ennen suunnattu lähinnä vain ylemmälle ja keskiluokalle. Nyt täytyi ryhtyä huomioimaan myös niiden tarpeita, joilla ei ollut asemaa eikä omaisuutta. Nykyäänkin on eri oikeudenaloilla erilainen merkitys eri yhteiskuntaluokille: esimerkiksi sosiaalilainsäädäntö koskee enemmän varattomampia ja verotuksen ja aviovarallisuuden sääntely enemmän varakkaampia. Kehitys on kulkenut yhä suuremmassa määrin yhteiskunnan vastuuta ensisijaistavaan suuntaan. Yksilölliseen ajattelu- ja elämäntapaan ei sovi vastuu ja riippuvaisuus toisista yksilöistä. Ydinperhe, jossa molemmat vanhemmat käyvät kodin ulkopuolella töissä, tarvitsee paljon enemmän yhteiskunnallisia palveluita kuin perhe, jossa toinen puoliso työskentelee kotona. Viime aikoina on esiintynyt pyrkimystä siirtää perheille – tässä roolijakotilanteessa käytännössä naisille – takaisin huolenpitotehtäviä.

Puolisoiden henkilökohtaista suhdetta on avioliittolainsäädännössä määritelty suoranaisesti ja avioeroperusteilla välillisesti. Syyllisyysperiaatteesta luovuttaessa jäi lähinnä jäljelle vain sanktioimattomia, lainsäädännössä julkituotuja ihanteita. Saksassa asiaa on pohdittu nimenomaisemmin kuin Suomessa, mutta kummassakaan maassa ei ole enää haluttu tarkemmin määritellä puolisoiden elämäntapaa. Joitain tekijöitä on pidetty itsestään selvästi avioliiton osina, kuten yhdessä asumista, uskollisuutta, avioliiton lähtökohtaista elinikäisyyttä, toistensa tukemista. Yhdenvertaisuudesta on periaatteessa

³⁵⁶ Ks. esimerkiksi Stang-Dahl palkkatyön ja sosiaalietuuksien suhteesta ja tämän vaikutuksesta naisten elämässä.

³⁵⁷ Saksassa on kehitetty Versorgungsausgleichjärjestelmä, BGB §§ 1587–1587 p (säädetty 1976, tehty myöhemmin muutoksia). Kerääntyneet eläke-edut jaetaan puolisoiden kesken erossa.

tullut yksi avioliiton peruselementti. Jotkut avioliiton ominaisuudet näyttää otetun lähtökohdiksi pohtimatta lainkaan niiden itsestään selvyyttä. Niiden omaksumista ei liene edes mielletty avioelämän määrittelyksi. Tämäkin ilmentää parisuhteeseen yhä liittyvää »luonnollisuusajattelua». Puolisolla ei varsinaisesti katsottane olevan velvollisuutta seksuaaliseen kanssakäymiseen, mutta voi kysyä, katsotaanko hänellä olevan oikeutta täysin siitä kieltäytyäkään.

Saksassa avioeron saaminen helpottui ja syyllisyysperiaate poistui avioliittolainsäädännöstä 1970-luvulla ja Suomessa 1980-luvulla. Ihmisten vapaa-mielistä itsensä toteuttamista ei vielä 1990-luvullakaan ole Suomessa eikä Saksassa haluttu edistää ottamalla lainsäädännössä huomioon muita yhteiselämän muotoja kuin heteroseksuaalinen avioliitto.

Hedonistista itsensä toteuttamista voi katsoa kuvastavan suomalaisessa ja saksalaisessa lainsäädäntötyössäkin esiintynyt käsitys avioliitosta kumppanuutena ja tunnesuhteena. Tällaisessa liitossa ihmisellä on mahdollisuus toteuttaa itseään ja saada nautintoa. Tämä käsitys liittyy samanlaisia oikeuksia korostavaan tasa-arvokäsitykseen. Kumppanuus lähtee oikeuksien ja velvollisuuksien tasapainosta. Tunteiden vapaa vuorovaikutus ei ole mahdollinen hierarkkisessa suhteessa. Toisaalta tunteita voi verrata edellä mainittuihin luonnonlakeihin siinä, että niitä on pidetty oikeuden ulkopuolelle kuuluvina. Yksityiselämän tunnesuhteiksi miellettyihin suhteisiin ja liike-elämän järkeisuuhteiksi miellettyihin suhteisiin on oikeudellisesti suhtauduttu eri tavoin, vastapareina kuten naisiin ja miehiinkin.

Modernien ajatussuuntien rinnalla on elänyt muun muassa traditionaalisuus ja neokonservatiivisuus sekä lopulta modernin ja traditionaalisuuden yhdistelmämallit, jollaisena postmodernismiakin on usein pidetty. Eri ajatussuunnat korostavat asioiden eri puolia ja sisältävät toisensa, joten niiden toisistaan erottelu on aina jossain määrin keinotekoisia. Postmodernismi alkoi ajatussuuntana muotoutua 1970-luvulla. Postmodernismin »aito» pluralistisuus, jonka voi katsoa alkaneen kehittyä jo hedonistisessa itsensä toteuttamisessa, ei hyväksy modernin yhdenmukaistavuutta ja kaksijakoisuuksien ylläpitämistä. Yhdistelmämallissa perheen arvostus kasvaa ja haetaan itsensä toteuttamisen ja sosiaalisen vastuun tasapainoa. Tässä asetelmassa tulee myös esille vuorovaikutus. Itseään kehittänyt ihminen on hyödyllisempi yhteisölle, ja hyvä yhteisö tukee yksilön kehitystä.

Modernissa ajattelussa uskotaan mahdollisuuteen löytää asioista yleistettävä Totuus. Tästä seuraa taipumus nähdä asiat Totuuden mukaisia käsityksiä vastaavina. Modernistisuudessa on ihmisten ajattelun muuttaminen määritettyjen yleistettävienä pidettyjen ideaalien mukaisiksi ollut tietoisena pyrki-

myksenä. Ideaalit pohjautuivat periaatteessa traditionaalisuudelle, sen vastakohdiksi. Kuten edellä ilmenee, traditionaalisuudella oli perheasioissa tiukka otteensa ihmisten mielissä. Moderninakin aikana jäivät sisäistettyinä totuuskina elämään vanhat yleistettävät käsitykset sukupuolesta käsitteenä, käsitykset eri sukupuolista, sukupuolisuudesta, parisuhteesta ja perhe-elämästä. Näinkin henkilökohtaisella ja yksilöllisellä tasolla on uskottu olevan olemassa yleistettävät, »luonnolliset» mallit ja yleistettävä hyvä. Samalla kun yleistettävät käsitykset ja ideaalit sulkevat ulkopuolelleen muut olemisen ja elämisen tavat ne eivät edistä omaehtoisen elämäntavan kehittymistä.

Suomen ja Saksan avioliittolainsäädäntö perustuu käsitykselle sukupuolijaon ja heteroseksuaalisuuden luonnollisuudesta. Nämä käsitykset on sisäistetty itsestään selvyyksinä eikä niitä mielletä arvovalinnoiksi. Postmoderni moniarvoisuus ja -keskeisyys ei ole saanut sijaa parisuhdelainsäädännöissämme.

Vuosisadan alun länsimaisten avioliittolainsäädännön yleinen lähtökohdasetelma pysyi yleisesti ottaen vallitsevana 1960-luvulle asti, vaikka osittainen murentuminen oli alkanut jo aikaisemmin. Lainsäädäntöuudistusten taustalla ei useinkaan ole ollut selkeää, yhtenäistä perhepolitiikkaa, joten eri uudistukset eivät aina ole olleet samansuuntaisia. Yleiset linjat ovat kuitenkin eri maissa olleet yhteneväisiä. Viime vuosikymmenien aikana ovat yksilöllisyys, tasa-arvoisuus ja maallistuminen tulleet keskeisiksi perheoikeudellisessa ajattelussa. Yksilöllistymisen myötä perheen tärkeys perustuu siihen, että se on tärkeä yksilön kehitykselle. Kun se ei enää täytä tehtäväänsä yksilön elämässä, siitä voi irrottautua. Avioliittokeskeisyys ei silti ole vielä menneisyyttä. Käsitys avioliitosta enemmän tunne- kuin elatussuhteena ei ehkä myöskään ole käytännössä vielä vallitseva. Puolisoilla on ensisijainen velvollisuus elättää toisensa ja lapsensa.

Länsimaissa 1960-luvulla alkaneitten avioliittolainsäädäntöuudistusten seurauksena on kulttuuriltaan hyvinkin erilaisissa maissa hyvin samantyyppinen avioliittolainsäädäntö. Myös kansainväliset järjestöt, kuten YK ja EN, ovat kiinnittäneet huomiota avioliittolainsäädäntöön ja erityisesti naimisissa olevan naisen asemaan.³⁵⁸ EN on pitkään pyrkinyt saamaan jäsenvaltioille mahdollisimman samanlaiset perhelait. Natalie Kaufman Hevener on jakanut kansainväliset naisia koskevat sopimukset kolmeen kategoriaan: suojeleviin, epätasa-arvoa korjaaviin ja syrjinnän vastaisiin.³⁵⁹ Sopimusten taust-

³⁵⁸ Ks. lähemmin Pohjonen (1990).

³⁵⁹ Kaufman.

talla oleva tasa-arvokäsitys on siis vaihdellut. Suojelevat sopimukset käsitteivät naiset yhtenäisenä, alempiarvoisena ryhmänä. Myös korjaavat sopimusmääräykset näkevät naiset yhtenäisinä. Syrjintää vastustavien sopimusten lähtökohta on, että sukupuolten väliset biologiset erot eivät saisi olla perustana velvollisuuksien ja oikeuksien jaolle. Ne tavoittelevat muodollista tasa-arvoa, puuttumatta välttämättä roolieroihin. YK:n naisten oikeuksien yleissopimus ja naisten aseman parantamiseen tähtäävät toimintaohjelmat eivät enää tyydy vain muodolliseen tasa-arvoon, vaan pyrkivät muuttamaan koko ajattelutapaa naisten ja miesten yhteiseksi vastuuksi kaikilla sektoreilla. Siksi niiden voi katsoa kuuluvan jo neljanteen kategoriaan, jota voi kutsua vaikka Riane Eislerin termiä lainaten kumppanuuskategoriaksi.³⁶⁰

3.3. Avioliiton omaisuusjärjestelmä

Olen jaotellut omaisuusjärjestelmiä käsittelevän esitykseni omaisuuden yhteisyyttä tai erillisyyttä sinänsä ja kyseistä pääperiaatetta lieventäviä rajoituksia käsitteleviin jaksoihin. Omaisuuden yhteisyys tai erillisyyys eivät ole sama asia lainsäädännössä, joka perustuu puolisoitten yhtäläisille oikeuksille, ja lainsäädännössä, joka perustuu miehen vallintaoikeuteen. Miehen valitessa puolisoitten omaisuutta omaisuuden yhteisyys lisää hänen päätösvaltaansa ja rajoittaa vaimon toimintavapautta. Muodolliseen tasa-arvoon perustuvassa järjestelmässä tilanne on päinvastainen: omaisuuden yhteisyys lisää varattomamman eli toistaiseksi yleensä naisen päättäväisyyttä ja rajoittaisi miehen toimintavapautta. Puolisoiden velkajärjestelyjä ja sopimisoikeutta olen käsitellyt erillisessä jaksossa. Koska tämän työn aihe on lainsäädännön asenne puolisoitten keskinäiseen suhteeseen, en käsittele lähemmin velkojen ongelmia.

3.3.1. Suomi

3.3.1.1. Omaisuuden yhteisyys vai erillisyy?

Puolisoiden omaisuus- ja velkasuhteista vuonna 1889 annettu laki (AOL) perustui omaisuuden yhteisyydelle ja miehen edusmiehyydelle. Mies valitsi yhteistä pesää. Järjestelmä edusti perusrakenteeltaan melko muotopuhtaasti ajatusta puolisoitten yhteisyydestä vaimon yksilöllisyyden kustannuksella.

³⁶⁰ Kumppanuus on yksi Eislerin kirjan *Malja ja miekka* pääkäsitteitä.

Puolisoilla oli naimaosa yhteiseen omaisuuteen. Se oli puolet kummallekin, lukuunottamatta maalla olevaa kiinteää omaisuutta, jota ei ollut avioliiton aikana ansaittu (AOL 1:2–3). Naimaosa realisoitui vasta avioliiton purkauksessa. Sen kautta syntyi kuitenkin yhteisomistusoikeus, joten puolison naimaosa voitiin jo avioliiton aikana käyttää hänen velkojensa maksuun (AOL 4:1).

AL:n omaisuusjärjestelmäksi tuli omaisuuden erillisyyks (34 §), ja miehen edusmiehyys ja vallintaoikeus poistuivat. Pääsäännöksi säädettiin nimenomaisesti, että molemmat puoliset valitsevat itse omaisuuttaan (36 §). Puolisoilla on avioliiton purkauksessa realisoituva avio-oikeus toistensa omaisuuteen (35 §). Yksinkertaistaen sanottuna pesän omaisuus jaetaan tällöin puoliksi.

AL:a valmisteltaessa pohdittiin omaisuusjärjestelmää runsaasti. Paljon erimielisyyttä herätti kysymys, tulisiko säädettävän avioliiton omaisuusjärjestelmän perustua omaisuuden yhteisyydelle vai erillisyydelle. Naiselle haluttiin toisaalta antaa enemmän valtaa hallita omaisuutta, mutta toisaalta korostettiin aviopuolisoiden yhteisyyden tarvetta. Asennoituminen puolisoitten välisiin suhteisiin oli etenkin uudistustyön alkuvaiheessa vielä melkoisesti kiinni vanhassa järjestelmässä. Vuoden 1913 lainvalmistelukunnan mietinnössä katsottiin, että puolisoitten omaisuussuhteet olisi edelleen pääasiallisesti rakennettava omaisuuden yhteisyyden periaatteelle.³⁶¹ Järjestelmiä muodosteltaessa olisi noudatettava muun muassa seuraavia periaatteita: Molemmat saavat itse hallita yksityistä omaisuuttaan. Vaimon yksityisen omaisuuden tuotto ja hänen työansionsa ovat hänen hallinnassaan, miehen hallitessa muuta yhteispesän omaisuutta. Tärkeimpiin oikeustoimiin vaaditaan kuitenkin vaimon myötävaikutus. Puolisoja ei siis vielä asetettu tasa-arvoiseen asemaan. Lainvalmistelukunta esitti Saksan BGB:n mukaisesti lakiin otettavaksi rinnakkaisia malleja, joista yksi olisi ensisijainen ja muut voitaisiin joko seläisinaan tai muutettuina ottaa käyttöön avioehdolla.³⁶²

Naisten oikeuksien puolesta puhuvien kannanotoissa esiintyi aluksi yksiselitteisempää kannatusta omaisuuden erillisyyksjärjestelmälle siksi että se takaisi vaimon itsenäisyyden parhaiten. Myöhemmin alettiin kuitenkin melko yleisesti katsoa, että tasa-arvovaatimukset voisivat tulla tyydytetyiksi myös

³⁶¹ Lainvalmistelukunnan mietintö 1913, s. 77.

³⁶² Ehdotetut omaisuusjärjestelmät olivat ansio-omaisuusyhteisyys, yleinen omaisuusyhteisyys ja omaisuuden erillisyyks. Ansio-omaisuusyhteisyys olisi voimassa, jos muusta ei olisi sovittu.

muunlaisessa omaisuusjärjestelmässä, kunhan puolisoiden omaisuuden hallintaoikeus olisi yhtäläinen.³⁶³

Vuoden 1920 lainvalmistelukunnan ehdotuksessa omaksuttiin selkeyden vuoksi ja muiden Skandinavian maiden mallin mukaisesti omaisuuden ja velkojen erillisyyden periaate.³⁶⁴ Erillisyyttä oli lievennetty naimaoikeudella, mikä nähtiin tarpeelliseksi nimenomaan kotona työskentelevän vaimon suojana.³⁶⁵ Ehdotuksessa todettiin tällä ratkaisulla vapautettavan vaimo taloudellisessa suhteessa miehen edusmiehyydestä, mutta vältettävän samalla ne turmiolliset seuraukset, joita vaimolle usein koituu lainsäädännön omaisuuden erillisyydestä.³⁶⁶ Kumpikin hallitsee tällöin omaisuuttaan, mutta puolisoiden yhteiselämälle tärkeä taloudellinen yhteenkuuluvaisuus tulee säilymään. Avioehdolla olisi lisäksi mahdollista järjestää omistussuhteet toisin. Järjestelmä ei olisi jyrkkä muutos aikaisempaan, vaan naisen muuttuneesta asemasta johtuva luonnollinen historiallinen kehitys.

Lakivaliokunta³⁶⁷ ehdotti mietinnössään vuonna 1923, että puolisoiden avioliiton aikana ansaitsema omaisuus kuuluisi puoliksi kummallekin, jollei muuta jakoperustetta olisi. Sama koskisi myös sellaista omaisuutta, jonka kuumista jommallekummalle ei voitaisi selvittää.

AL:n uudistusta valmistelleen avioliittolakikomitean I mietintö vuodelta 1972 piti vallinnutta puolisoiden omaisuusjärjestelmää jäykkänä ja kaavamaisena eikä enää aikaan sopivana.³⁶⁸ Avioliittolain osittaisuudistuksissa ja tehdyissä uudistusehdotuksissa todettiin pyrkimyksenä olleen rajoittaa tasajakoa puolisoiden eläessä ja parantaa eloonjääneen puolison asemaa. Järjestelmä oli luotu olosuhteissa, joissa avioliiton oletettiin yleensä purkautuvan toisen kuollessa, joten lakia ei ollut säädetty erilaisia purkautumistilanteita (eroa) silmälläpitäen. Mietinnössä todettiin, että järjestelmää voidaan perustellusti arvostella siitä, että avioliiton aikainen oikeudellinen omaisuuden erillisyyden on sosiaaliselle todellisuudelle vierasta. Puolisoiden kesken vallitsee tosiasiallinen omaisuuden tai ainakin käytön yhteisyys. Uuden omaisuusjärjestelmän yhdeksi pääperiaatteeksi katsottiin omaisuuden erillisyyden, jossa avioliiton purkautuessa jaettaisiin pääsääntöisesti tasan vain avioliiton aikana ansaittu omaisuus. Tästä ajatuksesta luovuttiin avioliittolakikomitean II

³⁶³ Naisjärjestöjen komitean lausunto (1916), s. 13–14.

³⁶⁴ Lainvalmistelukunnan ehdotus 1920, s. 36–39.

³⁶⁵ Lainvalmistelukunnan ehdotus 1920, s. 43.

³⁶⁶ Lainvalmistelukunnan ehdotus 1920, s. 38.

³⁶⁷ Lakivaliokunnan mietintö 1923.

³⁶⁸ Avioliittolakikomitean mietintö I 1972, s. 220–227.

mietinnössä määrittelyvaikeuksien vuoksi.³⁶⁹ Mietinnössä todettiin, että avio-varallisuuslainsäädännön tulisi seurata yhteiskunnallisia muutoksia ja mikäli mahdollista, pyrkiä tukemaan taloudellisesti heikommassa asemassa olevaa puolisoa.³⁷⁰

Valmistelutöissä ei ryhdytty laajaan pohdiskeluun siitä, miten yhdenvertaisuutta avioliittolainsäädännöllä toteutettaisiin. Päämäärät todettiin melko yleisesti ja omaisuuden erillisyyttä tasa-arvon edistäjänä pidettiin suhteellisen itsestään selvänä. Konkreettisimmat yhdenvertaisuusnäkökohdat tulivat esille puolison suoja -ehdotuksissa. Suomalainen lakimiesyhdistys totesi lausunnossaan, ettei yhdenvertaisuusperiaate sinänsä anna johtoa siitä, miten puolisoitten varallisuussuhteet olisi järjestettävä.³⁷¹ Useissa lausunnoissa painotettiin, että omaisuuden erillisuus saattaa päinvastoin johtaa puolisoitten eriarvoisuuteen.

Omaisuusjärjestelmän päärakennetta eli avio-oikeudella lievennettyä omaisuuden erillisyyttä ei viimeisimmässä avioliittolain uudistuksessa muutettu.

3.3.1.2. Omaisuusjärjestelmän pääperiaatetta lieventävät poikkeukset

3.3.1.2.1. Henkilöä koskevat rajoitukset

Avioehdolla ja lahjoitus- tai testamenttiehdolla on koko käsiteltävänä olevan ajan voinut määrätä omaisuutta puolison yksityisomaisuudeksi.³⁷² AOL:n (2:3) mukaan vaimon hallinto-oikeuden ollessa rajoitettu voitiin määrätä, että vaimolla oli oikeus hallita hänelle yksityiseksi annettua omaisuutta.

³⁶⁹ Avioliittolakikomitean mietintö II 1976, s. 3.

³⁷⁰ Avioliittolakikomitean mietintö II 1976, s. 33.

³⁷¹ Lausunnot avioliittolakikomitean II osamietinnöstä (1978), s. 17.

³⁷² Lainvalmistelukunnan ehdotuksessa 1920 (s. 51) paikaksi, jossa avioehto annetaan oikeudelle, ehdotettiin miehen kotipaikkaa, »koska puolisoikin useimmiten tulevat asumaan sanotulla paikkakunnalla». Tätä järjestelyä pidettiin hyvänä yksinkertaisuutensa vuoksi. Ulkopuolisen olisi helppo tietää, mistä hän saa tiedot puolisoitten omaisuussuhteista. »Jos vaimonkin asuinpaikka otettaisiin huomioon, aiheutuisi siitä vain hankaluutta yleisölle.» Aikaisemmin avioehdot oli jätetty vaimon kotipaikan tuomioistuimeen, sillä jättöpaikka oli ollut sama kuin kuulutuspaikka (AOL 3:2). Miehen kotipaikka jäi avioehdon jättöpaikaksi lopulliseen lakitekstiin (AL 43 §). Vuonna 1986 (30.4.1986/308) muutettiin avioehdon rekisteröintipaikaksi jommankumman sopijapuolen kotipaikan tuomioistuin.

Avioehdon käyttö oli levinnyt meille ilmeisesti Saksasta.³⁷³ Avioehtoa käytettiin kuitenkin hyvin harvoin, vuosisadan vaihteessa vain noin 2–3 % avioliittoon aikovista teki avioehdon.³⁷⁴ Syynä avioehdon tekemättä jättämiseen lieenee niin tuolloin kuin nykyäänkin usein se, ettei avioliittoa solmittaessa avioehdon tarpeellisuuteen haluta uskoa. Avioliitot olivat myös tuolloin yleensä elinikäisiä, joten niiden purkautumisen varalle tehty avioehto koskisi yleensä tilannetta toisen puolison kuoltua. Tällöinhän omaisuus jakautui lesken ja lasten välille, mikä useimmiten lieenee vastannut puolisoitten toiveita. Lapsettomat puoliset saattoivat puolestaan turvata asemansa toisen puolison sukulaisia vastaan myös testamentilla. Avioehdolla ei myöskään ollut suurempaa merkitystä niille, joilla ei ollut sanottavaa omaisuutta eivätkä monet niistäkään, joilla sitä oli, harjoittaneet liiketoimintaa, mikä voi lisätä tarvetta erillisiin omaisuuksiin. Periaatteellisen tasa-arvonkaan vuoksi sitä ei edellä mainitusta prosenttimäärästä päätellen näytetä juuri käytetyn.

Puolisot voivat ennen vihkimistä määrätä avioehdolla naimaosasta ja vaimon yksityisen omaisuuden hallinnosta (AOL 3:1, 5). Naittaja teki avioehdon alle 21 vuotiaan naisen puolesta, mutta siihen tarvittiin kuitenkin myös naisen itsensä suostumus (AOL 3:1). Avioehdolla voitiin määrätä yksityiseksi omaisuudeksi vain sellaista omaisuutta, mitä puolisoilla oli ollut ennen avioliittoa tai mitä hänelle saattoi sen aikana perinnön, lahjan tai testamentin kautta tulla (AOL 1:4). Maalla olevaa perimysmaata ei voitu avioehdollakaan saattaa yhteiseksi. Vaimo sai joka tapauksessa hallita, mitä hän oli omalla työllään ansainnut (AOL 2:3).

Vaimo voi saada pesäeron (AOL 5:2) tai oikeuden määrätyin edellytyksin luovuttaa omaisuutta (AOL 2:6), jos mies ei hoitanut tai kyennyt hoitamaan omaisuutta sitä vaarantamatta. Tällöin omaisuuden yhteys lakkasi eikä mies enää hallinnut vaimon omaisuutta (AOL 5:15). Pesäeron hakeminen oli harvinaista. Viime vuosisadan loppupuolella niitä myönnettiin vuosittain keskimäärin noin kymmenen.³⁷⁵ Pesäeromahdollisuuden tarkoituksena oli estää ylivelkaantumistilanteissa puolison omaisuuden ja pesänosuuden käyt-

³⁷³ Mahkonen, Ylikangas, s. 106.

³⁷⁴ Mahkonen (1978), s. 68 ja Kangas (1996), s. 42–44, jonka tilastojen mukaan ensimmäinen vuosi, jona kolmen prosentin raja ylittyi oli 1911. Kankaan tilastot käsittävät vuodet 1891–1924.

³⁷⁵ Mahkonen (1978), s. 69

täminen toisen puolison velkojen maksuun.³⁷⁶ Se saattoi siten koitua miehenkin hyväksi, mutta suojeli käytännössä useimmiten vaimoa.³⁷⁷

Koska vaimon asema oli mieheen nähden alisteinen, eikä hänen oletettu juurikaan omaavan kokemusta – tai edes monien mielestä kykyä – asioidensa hoitamiseen, suhtauduttiin häneen lainsäädännössä osittain varauksella ja osittain suojelevasti.

Varauksellisuudesta mainittakoon AOL 2:7, jossa säädettiin, että »jos vaimo tuhlaamisen tai muun syyn tähden havaitaan kykenemättömäksi tavaraansa hoitamaan, määrätköön oikeus hänen miehensä tahi toisen uskotun miehen tavaraa hallitsemaan». Suojelunäkökohtaa ilmeni, pesäeromahdollisuuden lisäksi, useissa AOL:n pykälissä³⁷⁸, joissa vaimon omaisuutta haluttiin suojella miehen omavaltaisia toimia vastaan etenkin tämän velkaannuttua. AOL:ssä oli myös periaatteessa molempia puolisoja suojelevia säännöksiä,³⁷⁹ mutta naisen omaisuuden suojeluun voi olettaa olleen useammin tarvetta miehen edusmiehisyyden takia.

Vuoden 1920 lainvalmistelukunnan ehdotuksen perusteluissa oletettiin, että vaimo usein kuitenkin uskoisi omaisuutensa tosiasiallisen hallinnon miehelleen, joko siksi että »häneltä puuttuu siihen tarvittava erikoisvalmistus» tai siksi että »kodinhoito vie tyystin hänen aikansa ja voimansa».³⁸⁰ Siksi katsottiin tarpeelliseksi säätää, että tällaisissa tilanteissa, jos ei muuta ole sovittu tai katsottava edellytetyksi, omaisuutta hallitseva puoliso saa tilintekovelvollisuudetta käyttää omaisuuden tuottoa perheen elatukseen (AL 63 §, yhä voimassa). Puoliso voi milloin tahansa peruuttaa tämän oikeuden eikä peruutus oikeudesta voi sitovasti luopua.

Koska AL:n uuden järjestelmän kulmakiviä oli se, että vaimo hallitsi omaisuuttaan, hänelle ei annettu lopullista valtaa luopua siitä. Laki oli laadittu silmälläpitäen myös sitä poikkeustapausta, että mies uskoisi omaisuutensa hallinnan vaimolle. Puolisolle ei haluttu pohjoismaisten ehdotusten ta-

³⁷⁶ Muun muassa ylivelkaantumistilanteissa oli molemmilla puolisoilla oikeus pesäeroon, AOL 5:1, 4.

³⁷⁷ Hallituksen esityksessä vuoden 1987 avioliittolain uudistukseksi ehdotettiin, että ositus voitaisiin tehdä myös avioliiton aikana, s. 26–28. Osituksen mahdollistaminen avioliiton aikana oli ollut esillä jo vuoden 1929 avioliittolakia valmistellessa. Korkein oikeus pohti ehdotusta pitkään lausunnossaan vuoden 1927 hallituksen esityksestä. Lopullisiin lakiteksteihin tätä muutosta ei ole otettu.

³⁷⁸ AOL 4:3, 9, 5:7.

³⁷⁹ AOL 4:7–9.

³⁸⁰ Lainvalmistelukunnan ehdotus 1920, s. 52–54.

paan antaa valtuutuksetta oikeutta hoitaa toisen puolison asioita tarpeen vaatiessa, esimerkiksi sairaustapauksissa. Syynä tähän oli väärinkäytösten pelko, perustelujen esimerkissä väärinkäyttäjäksi oli vaimo. Pelko uutta tilannetta kohtaan ja mahdollisuus kuvitella löytävänsä itsensä kummaltakin puolelta asetelmaa lienevät edesauttaneet oikeusturvakysymysten korostumista ehdotusta laadittaessa.

AL:n säätämisen jälkeen kuuluvat muut kuin avioehdolla tai lahjoitus- tai testamenttiehdolla tehdyt poikkeukset pääsäännöstä seuraavien lukujen alaan.

3.3.1.2.2. Määrättyä omaisuustyyppiä koskevat rajoitukset

AOL:n (2:2) mukaan miehellä ei ollut ilman vaimon suostumusta oikeutta luovuttaa tai pantata kiinteää omaisuutta, johon vaimolla oli naimaosa tai joka oli hänen yksityistä omaisuuttaan.

Maatalousvaltaisessa sukukeskeisessä yhteiskunnassa pidetään tärkeänä maaomaisuuden säilyttämistä suvun omistuksessa.³⁸¹ Kuten edellä ilmeni, puolisoiden välinen omaisuuden yhteisyys sai osittain väistyä suvun omaisuuden yhteisyyden tieltä kiinteistön kohdalla. Puoliso, jonka oikeudet saivat näin väistyä, oli useimmiten vaimo. Sekä tavat että perintökaari suosivat miestä tilanpitäjänä, joten puoliset lienevät yleensä asuneet miehen perintötilalla. Toisaalta vaimon oikeuksia avioliiton aikana ansaittuun tilaan oli suhteessa miehen hallinto-oikeuteen vahvistettu.

Vuoden 1920 lainvalmistelukunnan ehdotuksessa painotettiin, että kiinteistöllä on suuri merkitys perheelle.³⁸² Talonpoikaisperheen koko elämä ja ansiotoiminta on siihen sidottu. Koska näin ei katsottu olevan kaupungissa, vain maalaiskiinteistön vallintaa rajoitettiin toisen puolison hyväksi.

Vuoden 1924 lainvalmistelukunnan ehdotuksessa kaupunkilaisnäkökulma oli laajentanut puolison oikeutta rajoittaa toisen puolison kiinteän omaisuuden vallintaa eli hänen suostumuksensa tarvittaisiin nyt myös kaupunkikiinteistöä koskeviin toimiin. Korkein oikeus esitti lausunnossaan kritiikkiä sitä kohtaan, että vallitsemisrajoitukset koskivat vain avio-oikeuden alaista

³⁸¹ Suvun intressit näkyivät myös vielä niissä tilanteissa, joissa puolisolle oli poikkeuksellisesti annettu mahdollisuus luovuttaa kiinteää omaisuutta ilman esimerkiksi pois-
saolevan puolison lupaa, siten että hän tämän sijasta tarvitsi puolison suvun suostumuk-
sen, AOL 2:2 §, 6 §.

³⁸² Lainvalmistelukunnan ehdotus 1920, s. 47.

omaisuutta.³⁸³ Avio-oikeudesta vapaakin omaisuus voi olla perheen menestymiselle yhtä tärkeää. Kiinteän omaisuuden kohdalla tulisi rajoituksia olla vain, jos se on perheen asuntona tai ansiotoiminnan eli taloudellisen toimeentulon ehto.

AL:n mukaan (38 §) puoliset eivät saaneet luovuttaa, eivätkä velasta kiinnittää kiinteää omaisuutta³⁸⁴ ilman sellaisen puolison suostumusta, jolla oli tähän omaisuuteen avio-oikeus. Sama koski normaalitapauksessa³⁸⁵ myös irtainta omaisuutta, johon puolisoilla oli avio-oikeus tai joka kuului yhteisesti käytettävään asuntoirtoimistoon, oli toisen puolison tarpeellisia työvälineitä tai tarkoitettu lasten käyttöön (AL 39 §). Jos kieltäytymiseen ei havaittu olevan syytä, tuomioistuimien voi hakemuksesta sallia toimen (AL 40 §). Vuoden 1920 lainvalmistelukunta perusteli tätä pykälää seuraavasti: »Kun voisi sattuua, että puoliso itsepäisyydestä tai oikullisuudesta taikka senvuoksi, ettei hän kykene arvostelemaan taloudellisia oloja, syyttä kieltäytyisi antamasta suostumustaan.»³⁸⁶ Tämän lauseen sananvalinnasta – oikullisuutta pidetään yleensä naisten ominaisuutena – ja maininnasta kykenemättömyydestä arvostella taloudellisia oloja voi myös olettaa vallinneen lähtökohdan: mies on kyseessä olevien kauppojen tekijä ja vaimo hyväksyjä. Puolison tuli myös hoitaa avio-oikeuden alaista omaisuutta niin, ettei se aiheuttomasti vähene toisen puolison vahingoksi (AL 37 §).

Koska vilpittömässä mielessä ollut (vastiketta antanut) saaja saisi pitää kyseessä olevan irtaimen esineen, puolison suoja ei olisi kovin tehokas. Hänellä oli voimaan tulleen lain mukaan tällöin vain lunastusoikeus (AL 58 §). Vuoden 1920 lainvalmistelukunnan ehdotuksessa katsottiin kuitenkin, että pienehköissä yhdyskunnissa toisten aviosääty on tiedossa ja niissä tämä pykälä voisi suojella etenkin vaimon etua.³⁸⁷

Vuoden 1987 avioliittolain uudistus muutti tapaa, jolla omaisuuden erillisyyden pääperiaatetta lievennettiin. Pääasiallisesti perheen yhteisenä kotina käytettyä asuntoa, siitä riippumatta, onko se kiinteää vai irtainta omaisuutta tai esimerkiksi vuokraoikeus, ei saa luovuttaa tai antaa käyttöön il-

³⁸³ Korkeimman oikeuden lausunto (1927), s. 58.

³⁸⁴ Kiinteistöön rinnastettiin myös vuoden 1868 kiinnitysasetuksen 2 §:ssä tarkoitettu toisen maalla oleva laitos.

³⁸⁵ Jos suostumuksen hankkiminen aiheutti melkoista ajanhukkaa tai hankaluutta, se ei ollut tarpeellinen.

³⁸⁶ Lainvalmistelukunnan ehdotus 1920, s. 48.

³⁸⁷ Lainvalmistelukunnan ehdotus 1920, s. 47.

man toisen puolison suostumusta (AL 38–39 §§).³⁸⁸ Sama koskee pääsääntöisesti yhteistä asuintoimitusta, toisen puolison tarpeellisia työvälineitä tai irtainta omaisuutta, joka on tarkoitettu puolison tai lasten henkilökohtaista käyttöä varten (AL 39 §). Tuomioistuimien voi hakemuksesta antaa luvan näihin toimenpiteisiin (AL 40 §). Nykyään tuomioistuimien voi antaa luvan ei vain puolison kieltäytyessä antamasta suostumustaan, vaan myös silloin kun suostumusta ei muusta syystä saada hankittua.³⁸⁹ Hallituksen esityksessä mainittiin esimerkkinä puolison sairastuminen tai muu este.³⁹⁰

Avioliittolakikomitean I mietinnössä vuodelta 1972 todettiin, että asunnon tärkeys perheelle on lisääntynyt siirryttäessä maatalousvaltaisesta yhteiskunnasta kaupungistuneeseen.³⁹¹ Komitean II mietinnössä vuodelta 1976 lähdettiin avioliiton aikana hankitun perheen asunnon ja asuintoimituksen yhteisomistuksesta. Muuten toisen omaisuuteen ansaitsisi osuuden ajan mittaan, jolloin tasajako saavutettaisiin kymmenessä vuodessa. Perheen asunnoksi luettiin vapaa-ajan asuntokin ja toisen lupaa vaativiksi toimiksi myös asunnon vuokraus.³⁹² Laajempia periaatteellisia eroavuuksia pohjoismaiden välillä todettiin syntyneen viime vuosina tapahtuneen oikeuskehityksen johdosta muun muassa perheen asunnon suojaamisessa.³⁹³ Kiinteistön vallintarajoitusten tarkeisuus oli ollut perheen ja asumisen turvaaminen.³⁹⁴ Nykyään elatusta ei enää voittopuolisesti saatu maasta, eikä asunto useinkaan ollut kiinteistö, eikä kiinteistön suojauskeinoksesta ollut apua, jos puolisoilla oli avioehto. Toisaalta kiinteistöllä – eli sen vapaalla käytöllä – saattoi olla merkitystä puolison liiketoiminnassa.

Avioliittolakikomitean II mietinnön mukaan olisi silloisissa yhteiskuntaoloissa ollut kuitenkin kohtuutonta, jos puolisoita olisi kohdeltu kaikissa tilanteissa muodollisesti yhdenvertaisina ottamatta huomioon heillä todelli-

³⁸⁸ Näihin pykäliin tehtyjen (542/1995) ja 1.1.1997 voimaan astuneiden muutosten jälkeen asia tulisi kiinteän omaisuuden osalta ehkä mieluumminkin ilmaista toisin päin eli perheen yhteisenä kotina käytettyä asuntoa ... ei saa luovuttaa ilman toisen puolison suostumusta, jollei sitä pääasiallisesti käytetä muuhun tarkoitukseen – ja jos kotia ja siihen liittyvää maa-aluetta ei voida jättää luovutuksen ulkopuolelle alentamatta merkittävästi kiinteän omaisuuden arvoa.

³⁸⁹ AL 39 § 2 momentissa on mainittu tilanteita, joissa suostumusta ei tarvita, jos sen hankkiminen esteen vuoksi aiheuttaisi kohtuutonta haittaa ja viivytystä.

³⁹⁰ HE 62/1986, s. 59.

³⁹¹ Avioliittolakikomitean mietintö I 1972, s. 221.

³⁹² Avioliittolakikomitean mietintö II 1976, s. 43.

³⁹³ Avioliittolakikomitean mietintö II 1976, s. 7.

³⁹⁴ Avioliittolakikomitean mietintö II 1976, s. 12–13, 36–37, 43–44.

suudessa olevia erilaisia taloudellisia mahdollisuuksia.³⁹⁵ Täydellisen omaisuuden erillisyyden haittavaikutuksia pyrittiin lieventämään muun muassa asuntoa ja asuntoirtoaimistoa koskevilla vallintarajoituksilla. Ehdotettiin säädettäväksi, että puolisoiden on annettava toisilleen sellaisia tietoja, jotka ovat tarpeen perheen taloudellisen aseman ja toimeentulon arvioimiseksi.

Lausunnoissa kiinnitettiin huomiota maatalan omistajan puolison heikennyyn asemaan. Demokraattiset lakimiehet totesi, ettei ollut pohdittu oliko tarkoituksenmukaista, että maalla lisääntyisi itsenäisyys ja kaupungissa yhteisvallinta.³⁹⁶

Hallituksen esityksessä vuoden 1987 avioliittolaiksi todettiin puolisoiden keskeisestä omaisuuden vallinnasta, että aikaisemmat rajoitukset eivät olleet osoittautuneet onnistuneiksi.³⁹⁷ Kun vallintasäännösten tarkoituksena oli turvata perheen toimeentulo, ei ollut perusteltua, että rajoitukset eivät koskeneet avio-oikeuden alaisuudesta vapautettua omaisuutta. Kiinteän omaisuuden parempaa suojaa irtaimien verrattuna ei samasta syystä pidetty tarkoituksenmukaisena, vaan suojan tarpeen tulisi määräytyä omaisuuden käyttötarkoituksen mukaan. Tarkoituksena oli korostetusti tosiasiallisen käytön ja hallinnan suojaaminen, joten vallintarajoitus ei enää estäisi omaisuuden velasta kiinnittämistä tai velan vakuudeksi antamista, jos toimenpiteet eivät edellyttäneet hallinnan luovuttamista. Tätä perusteltiin muun muassa sillä, että tilanteeseen, jossa kyseessä oleva omaisuus menetettäisiin maksamattomien velkojen vuoksi, voidaan päätyä muutenkin velkaantumistilanteissa.

Uudistuksessa haluttiin antaa suojaa perheen varallisuudesta ja perheenjäsenten ammatista tai elinkeinosta riippumatta. Muutos heijastaa sekä yhteiskuntamme siirtymistä kaupunki- ja ansiotyökeskeiseen elämäntapaan että suvun (taloudellisen) yhteisyyden merkityksen vähentyneisyyttä. Samalla sen voi nähdä puolison oikeuksien korostamisena. Tunnustetaan puolisoiden välinen taloudellinen yhteisyys, vaikka uudistuksen taustalla oleva avioliittokäsitys onkin kahden itsenäisen, ansaitsevan ihmisen tunne- eikä elatussuhde. Tilanteessa, jossa avioehto ei ollut, omistuskiinteistöllä asuva ja mahdollisesti työskentelevä puoliso oli aiemmin paremmin suojattu toisen puolison luovutusaikeita vastaan kuin asunto-osakeyhtiössä asuva puoliso. Uudistuksessa osat vaihtuivat. Kiinteistö, jota pääasiallisesti käytetään maatalouden harjoittamiseen, vaikka sillä sijaitisi myös perheen asunto, ei ole enää vallintarajoitusten alainen, kun sen sijaan kotina käytetty asunto-osakehuo-

³⁹⁵ Avioliittolakikomitean mietintö II 1976, s. 34.

³⁹⁶ Lausunnot avioliittolakikomitean II mietinnöstä (1978), s. 51.

³⁹⁷ HE 62/1986, s. 23–26.

neisto on. Niissä tapauksissa, joissa pesään kuuluu kiinteistö eikä avioehto ole, on uudistuksessa heikennetty puolisoitten taloudellista yhteisyyttä eli avio-oikeuden merkitystä.³⁹⁸

Suojelukohteena on nykyään puhtaammin perheen sisäiseen (yksityiseen) elämään kuuluva puoli: asunto. Se on yleisen avioelämäkäsityksen mukaan perustavan laatuinen edellytys yhteisen perhe-elämän viettämiselle. Perhe-elämän ulkopuolinen (julkinen) työelämä on pääasiassa puolisoitten yksityisasi-
asia. Suomen ollessa voittopuolisesti maanviljelysmaa oli maatila sekä asunto että työ. Nyt on maanviljelys samassa asemassa kuin muutkin elinkeinot, joissa toinen puoliso voi työskennellä toisen omistamassa yrityksessä eli puolison »oikeutta työhön» ei suojella avioliittolainsäädännöllä. Nykyinen lainsäädäntö lähtee näin työn ja kodin erottamisesta. Puoliso saa vapaasti menetellä haluamallaan tavalla elinkeinonsa suhteen silloinkin, kun perheen asuminen liittyy siihen.

3.3.1.3. Puolisoitten väliset oikeustoimet ja puolisoitten velkavastuu³⁹⁹

Puolisoitten keskinäinen sopimus- ja lahjoittamisvapaus ja velkavastuu sekä ulkopuolisten velkojien asema suhteessa puolisoihin ovat herättäneet paljon keskustelua. Puolisoitten itsenäisyyttä korostettaessa tulisi heitä kohdella mahdollisimman pitkälti oikeuksiltaan ja velvollisuuksiltaan erillisinä yksilöinä. Puolisoitten talouden ja intressien mielletään kuitenkin tosiasiallisesti olevan melko yhteisiä, mikä aiheuttaa huolta velkojien suojasta.

Vaimon ei ole aina uskottu olevan miehen kanssa tasaväkinen sopimus-
kumppani talousasioissa. Korkeimman oikeuden lausuntoon hallituksen esityksestä laiksi aviopuolisoitten oikeussuhteista (1921) sisältyneessä oikeusneuvos Pehkosen lausunnossa katsottiin, että puolisoitten välinen täydellinen sopimusvapaus olisi arveluttavaa, ei vain velkojien vaan myös puolisoitten itsensä kannalta.⁴⁰⁰ Laissa tunnustettavasta yhdenvertaisuudesta huolimatta olisi toinen puoliso, useimmiten vaimo, tavallisesti taloudellisissa asioissa toisen tahdon ja johdon alainen. Sopimusvapauden kieltäminen antaisi turvaa kevytmielistä tai itsekästä ja häikäilemätöntä puolisoa kohtaan.

³⁹⁸ Hallituksen esityksessä 62/1986, s. 25, huomautettiin kuitenkin, että muut säännökset, joiden tarkoituksena on avio-oikeuden suojaaminen – eli lähinnä AL 40 a § ja 94–95 §§ – jäisivät ennalleen.

³⁹⁹ Käsittelen velkasuhteita hyvin lyhyesti, koska niissä on kolmannella tärkeä merkitys ja tämän työn kohde on puolisoitten välinen suhde.

⁴⁰⁰ Korkeimman oikeuden lausunto (1921), s. 37.

AOL:n perustuessa omaisuudenyhteisyydelle ja miehen vallintaoikeudelle varallisuus oikeudelliset sopimukset tai lahjoitukset puolisoiden välillä eivät olleet sallittuja (AOL 3:6). Puolisoiden keskinäisiä sitoumuksia pidettiin muutenkin usein avioliiton periaatteiden vastaisina. Niiden pelättiin myös aiheuttavan riitoja.⁴⁰¹

Vuoden 1920 lainvalmistelukunnan mietinnössä todettiin, että poistettaessa edusmiehyys pääasiallinen peruste puolisoiden väliseen sopimuskieittoon katoaa.⁴⁰² AL:n mukaan (33, 45 §§) puolisot saivat pääsääntöisesti tehdä varallisuus oikeudellisiakin sopimuksia keskenään, mutta he eivät saaneet antaa toisilleen muita kuin tavanomaisia lahjoja. Puolisot saivat nyt tehdä avioehtosopimuksia myös avioliiton aikana (AL 41 §). Vuoden 1987 avio liittolain uudistus ei tuonut muutosta näihin pykäliin.

Vuonna 1991 (26.4.1991/765) muutettiin AL 45 §:ää niin, ettei puolisoiden oikeudelle lahjoittaa toisilleen omaisuutta ole enää asetettu mitään esteitä.⁴⁰³ Uudistuksen perusteluissa todettiin, ettei nykyään ole enää sellaista tarvetta suojata puolisoa harkitsemattomilta varallisuuden siirroilta, että lahjoituskieitto olisi sillä perusteltavissa.⁴⁰⁴ Yleiset oikeustointen pätemättömyys- ja sovitteluperusteet koskevat myös puolisoiden välisiä oikeustoimia. Esityksessä viitattiin tässä yhteydessä lisäksi AL 103 b §:ään ja avoliittojen erilaiseen sääntelyyn. Hallituksen esityksessä todettiin, että lahjoituskieittoa oli esitetty kumottavaksi jo AL:ää valmisteltaessa ja uudistettaessa. Kiellon kytkeytyminen oleellisesti velkojen suojan tehostamiseen oli syynä siihen, ettei äskettäisessä avio liittolain uudistuksessa puututtu asiaan. Esityksessä viitattiin esimerkkinä kiellon aiheuttamista hankaluuksista tilanteeseen, jossa toinen puoliso myöhemmin väittää yhteisesti ostettua asuntoa toisen osalta lahjaksi.⁴⁰⁵ Tällöin on jouduttu muun muassa arvioimaan kotityön arvoa. Lisäksi todettiin, että kieltoa pystytään kiertämään ja että se kohdistuu myös velkojille vaarattomiin lahjoihin.⁴⁰⁶

⁴⁰¹ Ks. sopimismahdollisuuden kritiikistä Chydeniuksen lausunto, s. 27–30, ks. lisäksi Rautiala, s. 51.

⁴⁰² Lainvalmistelukunnan ehdotus 1920, s. 41.

⁴⁰³ Irtaimen omaisuuden osalta on säädetty, että siitä on ilmoitettava tuomioistuimelle lahjanlupa lain mukaisesti, jotta lahjansaaja voisi saada suojaa antajan velkojen takaisin saantivaatimuksilta konkurssissa ja ulosotossa.

Ks. puolisoiden välisistä lahjoista lähemmin Kangas (1993), s. 145–190.

⁴⁰⁴ HE 102/90, s. 32.

⁴⁰⁵ Viitattiin AL 103 b §:n käyttömahdollisuuksiin.

⁴⁰⁶ HE 102/90, s. 31, viitattiin vuoden 1924 lainvalmistelukunnan ja vuoden 1976 avio liittolainkomitean II mietintöön.

Lahjoituskiellon kumoamisen merkitystä vähentää samassa yhteydessä valmisteltu vuonna 1992 voimaan tullut laki takaisinsaannista konkurssipesään.⁴⁰⁷ Läheisen hyväksi tehty oikeustoimi ja laissa erikseen mainittuna esimerkiksi läheiselle annettu lahja peräytyvät helpommin kuin jos osapuolet olisivat toisilleen vieraina pidettyjä henkilöitä (TakSL 5–6 §§).⁴⁰⁸ TakSL 8 §:n mukaan luovutus läheiselle oletetaan lahjaksi, jos tästä esitetään väite eikä muuta pystytä näyttämään todennäköiseksi. Lain 3 §:ssä on läheistä määriteltäessä ensimmäisenä läheisenä mainittu puoliso.

Vuoden 1991 uudistusten tarkoituksiksi ilmoitettiin hallituksen esityksessä pyrkimys tehostaa velkojen mahdollisuuksia takaisinsaantiin ja siten lisätä heidän tasa-arvoaan ja antaa heille paremmat mahdollisuudet puuttua velallisen ja hänen läheistensä vastikkeettomiin varallisuusjärjestelyihin.⁴⁰⁹

3.3.1.3.1. Velkavastuu

AOL:n lähtökohta oli, että puolisojen velkavastuu oli yhteinen. AOL:n mukaan (2:5) vaimo ei pääsääntöisesti saanut tehdä velkaa ilman miehensä suostumusta. Puolisoiden yhteistä velkaa oli velka, joka oli tehty yhdessä tai jonka vaimo oli tehnyt miehensä suostumuksella pesän hyväksi (AOL 4:2). Vaimolla katsottiin tällä perusteella olevan oikeus tehdä velkaa perheen elatusta varten, esimerkiksi ostaa ruokaa velaksi.⁴¹⁰ Miehen suostumus voi tapahtua hiljaisestikin: hyväksymällä vaimon oikeustoimet. Osittain yhteistä oli miehen pesänhoitajana tekemä velka (AOL 4:3).⁴¹¹ Yksityistä velkaa oli vaimon AOL 4:2:n vaatimuksia täyttämätön velka (AOL 4:4) ja toisen puolison »erinäisestä syystä ja menetyksestä» syntynyt velka, johon toinen ei ollut ollut osallinen eikä ollut siitä hyötynyt (4:5).

Jo AL:n alkuperäisessä muodossa puolisojen omaisuuden erillisyys koski myös velkavastuuta (AL 52 §). Velkojen erillisyyteen muodostavat selkeän poikkeuksen perheen elatusta varten otetut muut kuin rahalliset (AL 52 §). Näistä veloista puolisot vastaavat yhteisvastuullisesti. Oikeudella on valta

⁴⁰⁷ 26.4.1991/758, HE 102/1990. Ks. läheisyydestä uhkana lainsäädännössä ja takaisinsaantilaista lähemmin Gottberg (1994), s. 71–75.

⁴⁰⁸ Hallituksen esityksessä 102/90, s. 21–22, todetaan, että läheisten väliset omaisuusjärjestelyt ovat erityisen vaarallisia velkojen kannalta.

⁴⁰⁹ HE 102/90, s. 1 ja 32.

⁴¹⁰ Rautiala, s. 56.

⁴¹¹ Miehen tekemä velka, johon vaimo ei ollut antanut suostumustaan, maksettiin ensisijaisesti miehen hallitsemasta omaisuudesta, toissijaisesti miehen yksityisellä omaisuudella ja viime kädessä vaimon hallitsemalla omaisuudella.

julistaa puoliso menettäneeksi oikeutensa tehdä tällaista velkaa, jos hän käyttää sitä väärin (AL 56 §). Puoliso sai pääsääntöisesti ulosmittauksessa ja konkurssissa puolisoltaan olevan saatavan vasta muiden velkojien jälkeen (AL 57 §).

Perheen elatukseen luetaan AL:n alkuperäisen sanamuodon mukaisesti myös se, mitä kumpaisenkin puolison »erityisten tarpeiden tyydyttämiseksi» tarvitaan, vuoden 1987 lainmuutoksen jälkeen puhutaan 46 §:ssä »henkilökohtaisten tarpeiden tyydyttämisestä».

Vuoden 1920 lainvalmistelukunnan perusteluissa haluttiin vaimon vastuuta yhteiseen talouteen, lasten vuoksi tai vaimon erityisiä tarpeita varten otetusta muusta kuin rahavelasta rajoittaa bona fide velkojan suhteen⁴¹² kanneaikamääräyksen sillä perusteella, että velkoja luottoa myöntäessään huomioi vain miehen maksukyvyn.⁴¹³ Olisi kohtuullista, että vaimo huolehtiesaan miehen sairauden vuoksi yksin perheen taloudesta ei joutuisi vastaamaan velasta, joka oli tehty aikana, jolloin mies huolehti taloudesta.

Vaimon oikeuden saada käyttäen varoja omiin tarpeisiinsa ei katsottu toteutuvan, jos ei säädettäisi, että molemmat vastaavat edellä mainitun yhteisen talouden sekä vaimon erityisten tarpeitten vuoksi tehdyistä veloista. Tilanteen, että mies olisi vaimostaan riippuvainen erityisten tarpeittensa tyydyttämisen kustantamisessa, katsottiin olevan niin poikkeuksellinen, ettei sen varalta ollut tarpeellista säätää vastaavasti. Etenkin kun tällä uskottiin vain päädyttävän tilanteeseen, jossa varaton vaimo joutuisi vastaamaan miehen erityisten tarpeiden varalle tehdystä velasta. Tämän vaimon suojelun voi nähdä myös velkojien suojeluna. Heidänkin intressissään on, että varattomamaksi oletetun vaimon erityisten tarpeiden maksusta vastaa myös mies.

Elatusvelkojen yhteisyyden todettiin avioliittolakikomitean II (1976) mietinnössä asettavan puoliset avioliiton perusteella muista kansalaisista poikkeavaan asemaan.⁴¹⁴ Toisten tekemistä veloista ei yleensä joudu vastaamaan. Näiltä osin ehdotettiin sovellettavaksi yleisiä valtuutussääntöjä. Velkojapuolison heikko asema suhteessa toisen puolison velkojiin on laajakantoinen poikeus puolisoitten välille muutoin tarkoitetusta taloudellisesta itsenäisyydes-

⁴¹² Poikkeuksen muodostivat tilanteet, joissa velkoja oli käsittänyt tai hänen olisi pitänyt käsittää, että hankinnat eivät olleet tarpeellisia tai kun puoliset eripuraisuuden takia asuivat erillään.

⁴¹³ Lainvalmistelukunnan ehdotus 1920, s. 61–62.

⁴¹⁴ Avioliittolakikomitean mietintö II 1976, s. 14.

tä. Velkojen suojasäännökset eivät edes täysin estä väärinkäyttömahdollisuuksia. Myös puolison palkkasaatavan heikko asema voi muodostua epäoikeudenmukaiseksi.

Puolisoiden yhdenvertaisuuden katsottiin vaativan sitä, että avioliiton solmiminen saattaa puoliset mahdollisimman vähän erityisasemaan muihin nähden, mikä myös puhui omaisuuden erillisyyden ja taloudellisen itsenäisyyden puolesta.⁴¹⁵ Puolisoilla tulisi olla laajempi valta tehdä taloudellisia sopimuksia ja lahjoituksia keskenään, ja elatusvelkojen yhteisvastuu tulisi poistaa.

Elatusvelkojen yhteisvastuun säilyttämistä puolustettiin monissa lausunnoissa sekä velkojen että perheen elatuksen turvaamiseksi. Yhteisessä taloudessa elävien puolisoiden elatusvelkoja pidetään usein erottamattomina. Vaimon vastatessa yhä usein ansiotyöstään huolimatta perheen elatushankinnoista velkojen täydellinen erillisuus voi asettaa hänet miestä epäedullisempaan asemaan.

Valmisteluvaiheessa esitetyt muutostarpeet elatusvelkojen yhteisyyteen ja puolison heikkoon asemaan velkojana eivät sisältyneet hallituksen esitykseen, eivätkä lopulliseen lakitekstiin. Puolison asemaa velkojana koskenut AL 57 § kumottiin vuonna 1992 TakSL:n säätämisen vuoksi tarpeettomana.⁴¹⁶

3.3.2. Saksa

3.3.2.1. Omaisuuden yhteisyys vai erillisuus?

BGB:n lainsäädäntötyöhön ryhdyttäessä aviopuolisoiden varallisuussuhteet oli paikallisissa laeissa järjestetty yli 120 tavalla, joskaan niiden väliset erot eivät aina olleet kovin suuret.

Laajimmin käytössä oli hallintoyhteisyyjärjestelmä. Avioliitto ei tällöin aiheuttanut muutosta puolisoiden omistusoloihin, mutta mies vallitsi perheen

⁴¹⁵ Avioliittolakikomitean mietintö II 1976, s. 33–34.

⁴¹⁶ 30.12.1992/1578, HE 181/92. Takaisinsaantia konkurssipesään koskevan lain katsottiin hallituksen esityksessä, s. 21, suojaavan velkojia puolisoiden keskinäisiä järjestelyjä vastaan niin tehokkaasti, ettei puolison takasijaa enää voida perustella.

Vaimon suojelua edusti AL:n 55 §, joka koski avioliiton purkautumistilannetta. Vaimo ei ollut velvollinen vastaamaan miehen erityisiä tarpeita varten otetusta velasta purkautumisen jälkeen ansaitsemillaan varoilla. Tämä pykälä kumottiin vuoden 1987 uudistuksessa.

hyväksi kaikkea puolisoiden omaisuutta. Tämä ratkaisu edusti välimuotoa myös käytössä olevien täydellisen omaisuuden erillisyyden, jolloin vaimokin valtisi omaisuuttaan, ja miehen vallinnassa olevan omaisuuden yhteisyys-järjestelmän välillä.

BGB:hen otettiin lähtökohtajärjestelmäksi hallintoyhteisyys, mutta annettiin valittavaksi myös muita vaihtoehtoja, joista niistäkin sai poiketa. Laissa mainitut muut järjestelmät olivat omaisuuden erillisyyden (§ 1426), yleinen omaisuuden yhteisyys (§ 1437), ansioyhteisyys (§ 1519) ja vaaranyhteisyys⁴¹⁷ (§ 1549). Omaisuuden erillisyyden oli toissijainen järjestelmä, jos hallintoyhteisyys ei ollut puolisojen välillä voimassa (§ 1426). Muut järjestelmät mahdollistuivat avioehtosopimuksella (§ 1432). Muissa järjestelmissä noudatettiin soveltuvin osin vastaavia pääperiaatteita kuin hallintoyhteisyydessäkin.

Hallintoyhteisyysjärjestelmässä pysyi kummankin puolison omaisuus hänen omanaan, mutta vaimon omaisuus tuli avioliiton solmimisella miehen vallintaan ja nautintaan (§ 1363). Miehen vallitsemaan omaisuuteen (zum eingebrachten Gute) kuului myös vaimon avioliiton aikana saama omaisuus. Mies vastasi pääsääntöisesti perheen ja sen omaisuuden käyttömenoihin (§ 1389). Miehen vallintavallasta johtuen vaimo ei saanut ilman miehen suostumusta määrätä miehen vallinnassa olevasta pesään tuomastaan omaisuudesta (§§ 1395, 1398). Mies voi jälkeinpäin hyväksyä ilman hänen suostumustaan tehdyn sopimuksen (§ 1396).

Eräiden vaimon oikeuksia rajoittavien pykälien osalta oli BGB:ssä nimenomaisesti säädetty, ettei kolmas voinut pätevästi vedota siihen, ettei tieninyt naisen olevan naimisissa (§ 1404). Tämän lain järjestelmää ylläpitävän määräyksen voi nähdä samalla naisen potentiaalisen oikeustoimikyvyytensä ylläpitämisenä, joka estää päinvastaisen käytännön kehittymisen.

BGB:n perusteluissa verrataan roomalaista⁴¹⁸ ja saksalaisperäistä aviovarallisuusjärjestelmää keskenään ja todetaan, ettei ensin mainitun lähtökohdassa – avioliitto ei vaikuta puolisojen varallisuussuhteisiin – tunnusteta avioliiton siveellistä merkitystä.⁴¹⁹ Roomalaisessa järjestelmässä ei tunnusteta, että avioliiton siveellinen luonne toteutuu nimenomaan aviovarallisuuslainsäädännön kautta.⁴²⁰ Myönnettiin, että vaimon oikeudellinen asema oli

⁴¹⁷ Tällä tarkoitettiin ansioyhteisyyttä lisättynä irtaimen omaisuuden yhteisyydellä.

⁴¹⁸ Dotalrecht

⁴¹⁹ Motive (1896), s. 143–144.

⁴²⁰ Toisaalta perusteluissa on todettu yleinen vaikeus ilmaista oikeussäännöllä avioliiton siveellistä sisältöä, Motive (1896) s. 159.

roomalaisessa järjestelmässä itsenäisempi ja varmempi kuin muissa käsittelyissä järjestelmissä ja todettiin monien naisjärjestöjen vedonneen sen puolesta. Saksalaisen oikeuden historiallisen kehityksen sen sijaan katsottiin perustuvan käsitykselle, että avioliitolla on heti solmimisestaan lähtien voimaan tulevia avioliiton tarkoitusta vastaavia varallisuus oikeudellisia vaikutuksia.

Roomalainen järjestelmä oli ollut voimassa vain pienessä osaa Saksaa. Saksalaisen oikeustajun todettiin siten tällä kertaa ilmenevän historiallisesta kehityksestä niin selvästi, että lainsäädännön oli lähdettävä saksalaisesta aviovarallisuuskäsityksestä eikä subjektiivisista käsityksistä joidenkin muiden järjestelmien etusijasta. Etenkin kun otetaan huomioon, ettei muun muassa naisilla ollut ollut mahdollisuutta vaikuttaa lainsäädäntöön, vallitsevien aviovarallisuuskäsitysten »objektiivisuus» voidaan asettaa sanan kaikissa merkityksissä erittäin kyseenalaiseksi. BGB:n valmisteluissa käytettiin perusteluna usein perustelijoiden oletusta kansan oikeustajusta. Suurta käytännön merkitystä katsottiin olevan sillä, että yleinen tapa oli, että vaimo tosiasiallisesti antoi omaisuutensa miehen vallintaan ja käytettäväksi avioliiton tarkoituksia varten.

Perusteluissa pohdittiin eri omaisuusjärjestelmien vaikutusta vaimon ja miehen ja velkojen asemaan sekä eri osapuolten ja liike-elämän suojan tarpeita. Muut omaisuusjärjestelmät olivat välimuotoja täydellisen omaisuuden yhteisyyden ja erillisyyden välillä, ja perustelut muiden järjestelmien haitoista ja hyödyistä vastasivat »äärimuodoista» esitettyjä.

Ehdotuksessa etsitään tasapainoa puolisoitten itsenäisyyden välillä.⁴²¹ Miehen itsenäisyys nähdään perheen edun mukaisena. Hänen oikeuksiensa oikeutus ja tarkoitus on perheen asioiden ja omaisuuden hoito. Vaimon itsenäisyys on enemmänkin mahdollisuutta suojautua miehen toimenpiteitä vastaan joissain tilanteissa.⁴²² Tämä asetelma lähtee oletuksesta, että vaimo luottaa mieheensä puolisoitten omaisuuden hoitajana.

Ehdotus lähti siitä periaatteesta, ettei avioliiton solmiminen välittömästi eikä aviovarallisuusjärjestelmä välillisesti rajoittanut vaimon oikeustoimikelpoisuutta.⁴²³ Tämän todettiin olevan lainsäädännön tendenssi. Ehdotuksessa mainitaan moderni suuntaus antaa vaimolle enemmän yksityisoikeudellista itsenäisyyttä. Vaimon vallintaoikeutta rajoitettiin miehen käyttö- ja vallintaoikeuden suojelemiseksi. Miehen oikeuksien suojelun nähtiin olevan vai-

⁴²¹ Motive (1896), s. 269–70, 274, 296–297.

⁴²² Esimerkiksi Motive (1896), s. 269–270, 274.

⁴²³ Motive (1896), s. 219–223.

monkin intressissä, ja ehdotettujen rajoitusten katsottiin toisaalta olevan riittäviä. Vaimon intressiä perusteltiin muun muassa sillä, että hän saattaisi muuten tarkoittamattaan joutua tilanteeseen, jossa yhteinen aviovarallisuus (Ehegute) ei miehen luvan puutteen vuoksi vastaisikaan hänen rajoittamattoman oikeustoimikelpoisuutensa nojalla tekemästään oikeustoimesta. Riittävänä miehen suojana pidettiin nimenomaan sitä, ettei vaimo voisi ilman hänen lupansa tehdä tällaisia omaisuutta sitovia oikeustoimia. Näissäkin perusteluissa ilmenee asennoituminen vaimoon epäitsenäisenä ja tietämättömänä asioidensa hoitajana sekä järjestelmän oikeuttaminen sillä itsellään. Miehen oikeuksien suojelu ja vaimon oikeuksien rajoittaminen olivat avioliiton eivätkä miehen yksilöllisessä intressissä, ja vaimon oikeustoimikelpoisuuden rajoitusten peruste oli vaimon suojelun tarve.⁴²⁴ Miehen oikeuksien korostamisen syynä voi osittain olla myös »miesten rauhoittaminen» eli mahdollisten vastustajien vakuuttaminen siitä, ettei miesten asema merkittävästi muutu.

Miehen vallintaoikeus yhteiseen avio-omaisuuteen tuntui ehdotuksen mukaan luonnollisimmalta ja vastasi parhaiten puolisoitten välistä suhdetta.⁴²⁵ Tällöin mies voi soveliaasti, taloudellisesti ja tarkoituksenmukaisesti käyttää avio-omaisuutta sen tarkoituksen mukaisesti. Tämän todettiin myös vastaavan BGB:a säädettyä voimassa olleiden lakien kantaa.

Yleinen omaisuuden yhteisyys, jossa miehellä oli pienemmässä tai suuremmassa määrin oikeus vallita ja käyttää yhteisomaisuutta, todettiin yleisimmäksi järjestelmäksi.⁴²⁶ Monien todettiin pitävän tätä järjestelmää ideaalisimpana. Yleisen omaisuuden yhteisyyden tarkoituksen katsottiin olevan osaksi siveellisideaalinen, osaksi käytännöllistaloudellinen.⁴²⁷ Avioliiton siveellisen luonteen mukaisesti puolisoitten täysi elämän- ja intressiyhteisyys ilmenee tällöin myös omaisuussuhteissa.

Tätä järjestelmää vastaan puhui ennen kaikkea vaimon intressien vaarantuminen – miehen oikeudet omaisuuden hoidossa nähtiin erottamattomana osana tätä järjestelmää. Näiden vaarantumisten ei todettu olevan kovin tuntevia ja useimmissa oikeusjärjestelmissä niitä oli vähennetty erilaisin määräyksin.⁴²⁸ Omaisuuden yhteisyyden lopettamisen katsottiin tuovan lähes aina syvän ja parantumattoman särön puolisoitten siveelliseen suhteeseen, joten

⁴²⁴ Motive (1896), s. 230.

⁴²⁵ Motive (1896), s. 269.

⁴²⁶ Motive (1896), s. 147.

⁴²⁷ Motive (1896), s. 326.

⁴²⁸ Motive (1896), s. 148.

siihen turvautumisen ei pitäisi olla yleistä.⁴²⁹ Voi kysyä eivätkö syyt, jotka johtavat yhteisyyden lopettamiseen jo ole seurausta syntyneestä säröstä. Järjestelmän eduiksi katsottiin yksinkertaisuus suhteessa kolmansiin, miehen luoton nousu ja hänen velkojensa aseman suurempi varmuus. Ehdotuksessa annettiin kuitenkin suurempi merkitys vaimon intressien vaarantumiselle, minä käsityksen suuren osan kansasta uskottiin jakavan. Tämä voitiin päätellä siitä suuresta määrästä avioehtoja, joilla rajoitettiin tai poistettiin omaisuuden yhteisyys. Omaisuuden yhteisyysjärjestelmässä katsottiin siten olevan enemmän haittoja kuin hyötyjä.⁴³⁰

Hallintoyhteisyyteen päädyttiin käytännön syistä.⁴³¹ Todettiin myös, että avioehtosopimuksella on helpompi sopia omaisuuden yhteisyydestä kuin hallintoyhteisyydestä.

Omaisuuden erillisysjärjestelmän ei perusteluissa katsottu vaikuttavan yleisiin määräyksiin avioliiton vaikutuksista, erityisestikään ei miehen velvollisuuteen elättää vaimonsa.⁴³² Perheen päänä hänen tuli johtaa yhteistä elämää ja tehdä sitä koskevat päätökset kaikissa ulkonaisissa suhteissa. Tätä oikeutta vastasi velvollisuus vastata perheen käyttömenoista (§ 1427). Vaimon tuli kuitenkin tuloillaan (myös omaisuustuloilla) osallistua näiden menojen kattamiseen. Tässä ilmenee jälleen (ansio)tulojen suhde henkilön itsenäisyyteen: ansaitseva vaimo joutuu kantamaan myös vastuuta. Miehen roolista perheen huoltajana pidettiin periaatteessa kuitenkin kiinni: tällaisessakin tapauksessa mies oli vastuussa perheen menoista. Omaisuuden erillisyyden tarkoitus oli vain antaa vaimolle itsenäinen vallintaoikeus.

Omaisuuden yhteisvallinta, jossa mies tarvitsisi kaikkiin yhteisvallinnassa olevaa omaisuutta koskeviin toimenpiteisiin vaimon luvan, ei ollut yhdistettävissä miehen asemaan.⁴³³ Yhtä vähän kysymykseen voi tulla, että molemmilla puolisoilla olisi yksipuolinen oikeus käyttää yhteisomaisuutta. Omaisuuden vallinnan katsottiin sujuvan parhaiten, jos se hoidettiin yhtenäisesti ja yhden tahdon mukaisesti. Nämä päätökset voitiin aviolliseen toveruuteen ja miehen asemaan perheen päänä vedoten antaa vain miehen tehtäväksi. Ansioyhteisyyden päämäärää – vaimon osuuden varmistamista avioliiton ai-

⁴²⁹ Katsottiin, että vaimon oikeuden sitominen holhouksenalaisuuteen miehen tuhlauksuustapauksissa oli epäkohtana syvällisempi verrattuna holhousmenettelyn suojaan saavutettavana etuna, Motive (1896), s. 397.

⁴³⁰ Motive (1896), s. 150.

⁴³¹ Motive (1896), s. 159.

⁴³² Motive (1896), s. 321–323.

⁴³³ Motive (1896), s. 349.

kana hankittuun omaisuuteen – ei myöskään tullut saavuttaa miehen arvolle kuuluvan aseman kustannuksella. Mainittiin muun muassa miehen tarpeellinen vapaus ja itsenäisyys yksityisen omaisuuden (Sondergut) käytössä.⁴³⁴

Perustelujen käsitystä aviollisesta »toveruudesta» kuvastaa hyvin sen ristiriidattomuus miehen vallan kanssa. Koska yhteisomaisuus säännönmukaisesti käsittää miehen koko omaisuuden, pidettiin välttämättömänä, ettei mies pääsääntöisesti tarvitsisi toimenpiteisiinsä vaimon lupaa.⁴³⁵ Siihen, että mies sai itsenäisesti vallita vaimon omaisuutta suhtauduttiin luonnollisena asiana, mutta pidettiin hyvin arveluttavana, että miehen täytyisi saada vaimon lupa – ainakaan omaa omaisuuttaan koskeviin – toimenpiteisiin.⁴³⁶

Miehen oikeuksien rajoituksia voitiin vastustaa vetoamalla yhtä aikaa niiden soveltumattomuuteen miehen asemaan avioliitossa ja aviovarallisuusoikeyden perustana olevaan puolisoiden keskinäiseen luottamukseen.⁴³⁷ Keskinäisen luottamuksen ja epätasa-arvon voinee yhdistää vain käsittämällä tämän luottamuksen kummankin luottamuksena toisen roolin mukaiseen käytökseen.

Kolmansien, kuten vanhempien, mahdollisuuteen sulkea aviomies tarvittaessa pois vaimon omaisuuden vallinnasta suhtauduttiin myönteisesti ja ymmärryksellä.⁴³⁸ Tällöin vaimo tavallaan säilyy suojelun kohteena, hänen etujaan valvovat joko vanhemmat tai mies. Avio-omaisuuden käytön ei katsottu voivan siirtyä kolmannelle, koska vaimon luottamus kohdistuu nimenomaan mieheen.⁴³⁹ Tämäkin kuvastaa osittain lainsäädännön tausta-ajattelua eli halua säilyttää aviomiehen valta-asema. Perusteluissa korostettiin myös avio-omaisuuden tarkoitusta, joka ei toteutuisi kolmannen käyttöoikeuden vallitessa.⁴⁴⁰

Tuomarinoikeudessa esiintyi erimielisyyttä tasa-arvoisesta aviovarallisuusjärjestelmästä. Eräs paljon huomiota herättänyt päätös sisälsi tunteellisen julistuksen naisen ja miehen erilaisuudesta ja tehtävänjaosta.⁴⁴¹ Kodin ja perheen hoito oli naisen luonnollisen järjestyksen mukainen tehtävä. Omaisuuden erillisyys ei tullut kysymykseen, koska normaalitapauksessa eli kotirouva-avioliitossa se ei toisi tasa-arvoa. Päätökseksi muodostui tasa-arvon

⁴³⁴ Motive (1896), s. 509, 511.

⁴³⁵ Motive (1896), s. 350.

⁴³⁶ Motive (1896), s. 157, 183, 189.

⁴³⁷ Motive (1896), s. 191.

⁴³⁸ Motive (1896), s. 168.

⁴³⁹ Motive (1896), s. 213–214.

⁴⁴⁰ Motive (1896), s. 214.

⁴⁴¹ Kropholler, s. 33–38 (OLG Celle, 19.5.53).

nimissä joiltain osin korjattu ansioyhteisyysjärjestelmä (Errungenschaftsgemeinschaft). Tämä ratkaisu ei ilmoituksensa mukaan ollut tuomarillista mielivaltaa, vaan tulos luonnonoikeudellisten ja valtiosääntöoikeudellisten peruskäsitteiden ja perusjärjestyksen ja biologisen todellisuuden ideaalisesta tulokinnasta.

BGH antoi pian edellä mainitun ratkaisun jälkeen päätöksen, jonka mukaan rajoitukset vaimon omaisuutensa hallinta- ja käyttöoikeuteen katsottiin tasa-arvon vastaisiksi.⁴⁴² BGH vastusti edellä mainitussa päätöksessä esitettyä ansioyhteisyysjärjestelmää: epätasa-arvo vain tasautuisi, kun molemmat hallitsisivat molempien pesään tuomaa omaisuutta. Kantaa perusteltiin sillä, että vaimon itsenäisyyttä tulisi painottaa ja että olisi vastoin miehen elämänkäsitystä, että hän olisi sidottu vaimon lupaan pesään tuomansa omaisuuden käytössä. Kyseessä olevassa päätöksessä BGH:n ei tarvinnut asettua minkään omaisuusjärjestelmän kannalle, mutta se katsoi vaimoa koskevat rajoitukset hänen pesään tuomansa omaisuuden osalta tasa-arvon vastaisiksi. Hieman myöhemmin tekemässään päätöksessä BGH katsoi sovellettavaksi aviovarallisuusjärjestelmäksi omaisuuden erillisyyden.⁴⁴³ Näiden päätösten jälkeen tuomioistuinkäytäntö vakiintui olennaisesti niiden mukaiseksi. BGH ei luonut uutta, parhaimmaksi katsomaansa järjestelmää. Se teki selväksi, ettei se pitänyt omaisuuden erillisyyttä oikeudenmukaisimpana, vaan vain ylimenovaiheessa selvimpänä järjestelmänä.⁴⁴⁴ Vaimon oikeudenkäyntikelpoisuuden rajoitukset ja miehen vastaavat oikeudet katsottiin tasa-arvon vastaisiksi.⁴⁴⁵ Asunnon- ja koti-irtaimiston omistuksen määrittelyssä suhtauduttiin esimerkiksi ulosotossa puolisoihin kuin yhteisomistajiin.

Myös sopimusvapautta käytettiin status quon säilyttämiseen. Puolisoiden katsottiin usein voivan sopia mistä tahansa järjestelmästä, myös sellaisesta, joka sisältää miehen hallinta- ja käyttöoikeuden.⁴⁴⁶ Tosiasiassahan epätasa-arvoisten aviovarallisuusjärjestelmien sulkeminen pois »virallisten» mahdollisuuksien joukosta ei olisi estänyt puolisoita käytännössä toimimasta niiden mukaisesti, esimerkiksi valtuutuksin. Niiden katsominen kielletyiksi tasa-arvon vastaisina olisi osoittanut aktiivista pyrkimystä tasa-arvon edistämiseen.

Tasa-arvolaki muutti omaisuusjärjestelmän pääsäännöksi lisäyksen yhtei-

⁴⁴² (14.7.53, BGHZ 10, 266)

⁴⁴³ (6.9.53 BGHZ 11, 34, 74)

⁴⁴⁴ Kropholler, s. 68.

⁴⁴⁵ Kropholler, s. 36.

⁴⁴⁶ Kropholler, s. 38–40.

syyden (Zugewinnngemeinschaft)⁴⁴⁷, jota noudatetaan jos avioehdolla ei ole muuta sovittu (§§ 1363, 1408).⁴⁴⁸ Puolisoiden omaisuus ei tule avioliiton solmimisella yhteiseksi. Kun lisäyksen yhteisyys lakkaa, avioliiton aikana saatu omaisuus tasataan heidän välillään. Kumpikin puoliso vallitsee omaisuutensa itsenäisesti (§ 1364). Hallituksen I esityksessä katsottiin lisäyksen yhteisyyden täyttävän tasa-arvon vaatimukset.⁴⁴⁹ Tällöin se puoliso eli yleensä vaimo, jolla on vähäiset tulot, saa osansa avioliiton aikana saadusta tulosta. Tämän nähtiin vastaavan paremmin avioliiton luonnetta kuin taloudellisen tilanteen tasoittamisen elatusavulla tai perinnöllä. Hallituksen II esityksessä kerrottiin vastaavan järjestelmän olleen ennen vuotta 1900 voimassa monissa osissa Saksaa.⁴⁵⁰

Jos puolisot eivät halua lisäyksen yhteisyysjärjestelmää eivätkä he ole sopineet muusta järjestelmästä tai lisäyksen- tai omaisuuden yhteisyys on lakannut, heidän välillään vallitsee omaisuuden erillisuus (§ 1414). Kolmas laissa määritelty järjestelmä on omaisuuden yhteisyys (§ 1415). Avioehtosopimuksessa, jossa sovitaan omaisuuden yhteisyydestä, on sovittava myös siitä, vallitseeko omaisuutta mies, vaimo vai molemmat yhteisesti (§ 1421). Jos mitään ei ole sovittu, vallinta on yhteinen. Tällainen valintamahdollisuus voi johtaa aiemman käytännön eli miehen vallinnan jatkumiseen. Mikäänhän ei nytkään estäisi puolisoa valtuuttamasta toista omaisuutensa hoitajaksi niin haluttaessa, vaikka laissa ei olisikaan kuin yhteisvallintavaihtoehto. Näin olisi tehokkaammin asetettu lähtökohdaksi puolisoiden yhteisvallinta.

Tasa-arvolain perusteluissa esitettiin kysymys, oliko BGB:n aviovarallisuusjärjestelmä vanhentunut jo voimaan tullessaan. Joka tapauksessa se ei enää vastannut naisen ottamaa asemaa perheen elämässä.⁴⁵¹ Ilmoitettiin vallitsevan yksimielisyys siitä, ettei se voinut jäädä voimaan. Se ei vastannut tasa-arvoa. Omaisuuden yhteisyysjärjestelmät (yleinen omaisuuden yhteisyys, ansioyhteisyys ja vaaranyhteisyys), vaikka ne asettivatkin vaimon osittain

⁴⁴⁷ Tästä on käytetty myös käännoästä lisäyksentasoitus, joka kuvastaa hyvin järjestelmän ajatusta. Itse olen käyttänyt sanaa lisäyksen yhteisyys lähinnä yhtäläisyyden vuoksi aikaisempien järjestelmien nimien kanssa.

⁴⁴⁸ Münchener kommentaarissa (1989), s. 306, esitetään kysymys, ovatko vapaus ja sitoutuminen lisäyksen yhteisyydessä tasapainossa. Todetaan lisäyksen yhteisyyttä kutsutun funktionaaliseksi omaisuuden yhteisyydeksi.

⁴⁴⁹ Drucksache 3802 (1952), s. 53.

⁴⁵⁰ Drucksache 224 (1954), s. 38.

⁴⁵¹ Drucksache 224 (1954), s. 33.

parempaan asemaan, eivät myöskään olleet tasa-arvoisia miehen pääasiallisen vallintaoikeuden vuoksi. Omaisuuden yhteisyyttä pidettiin sopimattomana lain ensisijaiseksi järjestelmäksi. Siinä puolisoiden asema vaarantuu, koska se merkitsisi heille laajaa vastuuta toistensa veloista. Etenkin lyhyissä liitoissa myös omaisuuden jakaminen liiton purkautuessa on kohtuutonta, jos omaisuuksien erot ovat liittoa solmittaessa olleet suuret. Vaaranyhteisyys oli ollut käyttökelpoinen silloin kun kiinteistö oli olennainen osa omaisuutta, mutta nykyään omaisuuden laatu oli sattumanvaraista. Oli yleisesti tunnus-tettu, etteivät yleinen omaisuudenyhteisyys tai vaaranyhteisyys tulleet kysymykseen, ansioyhteisyyttä oli sen sijaan ehdotettu.⁴⁵²

Ansioyhteisyysskin nähtiin perusteluissa ongelmallisena. Yhteisen omaisuuden vallintavaihtoehdot: jompikumpi, yhdessä tai kummatkin itsenäisesti johtaisivat kaikki kestäättömiin tuloksiin velkavastuuongelmineen. Vaikka avioliittoa pidettiin kohtalonyhteytenä, omaisuuden yhteisvallinnan katsottiin vaarantavan perheen elatusta.⁴⁵³ Toisen ollessa velkavaikeuksissa toisen täytyisi voida käyttää omaisuuttaan perheen elatukseen. Esimerkkinä esitetään tilanne, jossa mies ei vanhuuden tai sairauden vuoksi pysty enää elättämään perhettä. Vaimon ei tulisi tällöin joutua perheen elatuksen sijasta vastaamaan miehen veloista. Vaimon omaisuuden katsottiin tällaisessa järjestelmässä voivan vaarantua. Miehen oletettiin usein käytännössä hoitavan perheen omaisuutta, jolloin velat rasittaisivat yhteisvallinnassa myös vaimon omaisuutta, mikä olisi huonompi asiointi kuin se, että mies vallitsisi omaisuutta yksin. Vallitsevan todellisuuden ei perusteluissa näytetä uskotun muutuneen kovin paljon, joten lain vaikutus käytännön todellisuudessa on pyritty ottamaan huomioon. Yhteisvallinta ei tullut kysymykseen. Alkuperäisen BGB:nkin perusteluissa katsottiin, ettei syynä tähän ollut vain miehen asema vaan myös se, ettei tällainen järjestelmä ollut käytännössä toteutettavissa.⁴⁵⁴

Molempien itsenäisen vallinnan ei myöskään katsottu tulevan kysymykseen, koska puolisoiden toimet voivat olla erisuuntaisia ja tilanne voi aiheuttaa riitoja. Kummankin asemaa vaarantaisi molempien vastuu veloista. Suositeltavaa ei myöskään ollut, että jommallakummalla olisi päätösvalta. Sopiessaan tällaisesta puolisoiden tulisi tietää, mitä he tekevät.⁴⁵⁵ Tämä asettaisi yleensä vaimon epäedulliseen asemaan, koska mies olisi yleensä

⁴⁵² Drucksache 224 (1954), s. 34.

⁴⁵³ Drucksache 224 (1954), s. 36.

⁴⁵⁴ Motive (1896), s. 349.

⁴⁵⁵ Drucksache 224 (1954), s. 36–37.

omaisuuden vallitsija. Tällöin vaimon asema olisi huonompi kuin ennen, hän ei vallitsisi edes ansioitaan.

Omaisuu den erillisyyttäkään ei pidetty sopivana ratkaisuna.⁴⁵⁶ Se toteutaisi tosin muodollisen tasa-arvon, mutta asettaisi vaimon huonompaan asemaan, koska hän yleensä hoitaisi taloutta eikä saisi ansiotuloja, kun taas miehen tulot olisivat hänen omaisuuttaan, jonka hän olisi ansainnut välillisesti tai välittömästi vaimon avulla. Omaisuu den erillisyy s ei siten vastannut avioliiton olemusta (Wesen). Molempien tulisi saada jaossa osansa avioliiton aikana saadusta omaisuudesta, riippumatta siitä kumpi sen on saanut. Useimpien todettiin suosittävän lisäyksen yhteisyy s järjestelmää. Perusteluissa ei enää esitetty laissa määriteltäviksi vaihtoehtoiksi ansion- ja vaaranyhteisyyttä. Niiden katsottiin käyneen tarpeettomiksi.

1. EheRG ei muuttanut aviovarallisuusjärjestelmää.

3.3.2.2. Omaisuu s järjestelmän pääperiaatetta lieventävät poikkeukset

3.3.2.2.1. Henkilöä koskevat rajoitukset

Vaimon vallittavana oli BGB:n hallintoyhteisyy s järjestelmässä hänen yksityinen omaisuutensa (§ 1365). Yksityiseksi omaisuudeksi katsottiin vaimon henkilökohtaisessa käytössä olevat esineet, kuten vaatteet, korut ja työvälineet, hänen ansiotulonsa sekä avioehtosopimuksessa sellaiseksi määrätty omaisuus (§§ 1366–68). Vaimo saattoi saada yksityistä omaisuutta myös muun muassa perintönä ja lahjoituksena (§ 1369). Vaimo ei vastannut yksityisellä omaisuudellaan perheen kuluista niin kauan kuin miehen vallinnassa olevat varat riittivät niihin (§ 1371).

Miehen oikeusturva ja hänen asemansa säilyttäminen perheenpäänä ja omaisuuden hoitajana olivat BGB:n tietoisia tavoitteita. Vaimon oikeuksien rajoittaminen nähtiin usein vaimon suojeluna. Oli vaimon etu, että miehellä oli velvollisuuksia vallitsemaansa omaisuutta kohtaan.⁴⁵⁷ Miehellä oli velvollisuus vastata perheen menoista, koska hänellä oli oikeus pääasiallisesti hoitaa perheen asioita. Perusteluista ilmenee selkeästi, että miehen rooli perheen elättäjänä oli olennainen hänen erityisasemansa säilymiselle. Vaimon itsenäisesti ansaitseman tulon kuulumista miehen valintaan pidettiin epäoikeudenmukaisena ja kohtuuttomana nimenomaan

⁴⁵⁶ Drucksache 224 (1954), s. 37–39.

⁴⁵⁷ Motive (1896), s. 166.

siksi, että hänen ansioitaan ei käytettäisi hänen tahtonsa, vaan miehen tahdon mukaisesti.⁴⁵⁸

Vaimo ei aina tarvinnut miehen lupaa oikeustoimiin: kiireellisissä tilanteissa, joissa oikeudenmenetys oli vaarana, kun mies oli poissa tai sairas sekä muun muassa perintöön liittyviin ja miestä vastaan kohdistuviin toimiin sekä silloin kun luvan epäämiselle ei ollut riittävää syytä, vaimo saattoi saada luvan holhousoikeudelta (§§ 1401–2, 1406–7).⁴⁵⁹

Miehen tuli hoitaa vallinnassaan olevaa vaimon omaisuutta asiaankuuluvasti ja tuottavasti ja antaa vaimolle pyynnöstä siitä tietoja (§ 1374, § 1377). Vaimon pesään tuomilla varoilla hankittu omaisuus kuului vaimolle, vaikkei sitä olisi ollut hankittu hänen nimiinsä (§ 1381). Mies ei pääsääntöisesti voinut ilman vaimon lupaa velvoittaa tätä oikeustoimella mihinkään eikä määrätä (verfügen) vallinnassaan olevasta vaimon omaisuudesta (§ 1375).⁴⁶⁰ Jos vaimo ei ilman riittävää syytä antanut suostumustaan tai oli sairauden tai poisolon vuoksi estynyt antamasta kiireellisesti tarvittavaa lupaa, holhousoikeus voi antaa luvan (§ 1379).

Vaimo voi vaatia mieheltä vakuutta, jos miehen vallinnassa oleva omaisuus näytti huomattavasti vaarantuvan (§ 1391). Hän voi esittää miehen vallintaan ja nautintaan perustuvia vaatimuksia vasta näiden päätyttyä (§ 1394).

Vaimo voi vaatia miehen vallinnan ja nautinnan lopettamista laissa määritellyillä syillä (§§ 1418–20) eli lähinnä tapauksissa, joissa mies oli selvästi laiminlyönyt perheen elatuksen tai siirtänyt omaisuuden hoidon toiselle tai epäonnistunut omaisuuden hoitajana joutumalla holhouksen alaiseksi tai konkurssiin (myös §:n 1391 edellytyksin).

Tasa-arvolain mukaan tulee yhteisomaisuutta vallitsevan puolison vallita sitä asiaankuuluvasti ja antaa siitä pyynnöstä tietoja (§ 1435). Jos vallitsija on aiheuttanut menetystä yhteisomaisuudelle ilman vaadittavaa toisen puolison lupaa tehdyllä toimella, hän on korvausvelvollinen tälle omaisuudelle. Holhousoikeus voi antaa toiselle puolisolle luvan tarpeelliseen toimenpiteeseen, jos omaisuutta vallitseva puoliso kieltäytyy ilman riittävää syytä sitä antamasta (§ 1430).

Yhteisvallintatapauksissa holhousoikeus voi myöntää luvan toimenpiteeseen, jos toinen puoliso kieltää sen ilman riittävää syytä (§ 1452). Jos omaisuutta vallitseva puoliso tai yhteisvallinnan toinen puoliso on sairauden tai

⁴⁵⁸ Motive (1896), s. 174–176.

⁴⁵⁹ Jos mies oli antanut vaimolle luvan itsenäisen elinkeinon harjoittamiseen, tämä ei tarvinnut lupaa siinä tehtäviin oikeustoimiin, § 1405.

⁴⁶⁰ Joihinkin toimenpiteisiin, kuten rahaa koskeviin, ei tarvittu lupaa (§ 1376).

poissaolon vuoksi estynyt tekemästä kiireellistä oikeustointa, jonka lykkääminen voisi vaarantaa omaisuutta, toinen puoliso voi tehdä sen (§ 1429, § 1454). Toisen puolison tai puolisoitten yhdessä hallitessa yhteisomaisuutta toinen puoliso voi hakea yhteisvallinnan lakkaamista, jos puoliso menettelee määrätyn tavoin epäasianmukaisesti omaisuuden hoidossa tai laiminlyö perheen elatusvelvollisuutta (§ 1447, § 1469). Myös omaisuutta vallitseva puoliso voi pyytää yhteisvallinnan lakkaamista, jos toinen on huomattavasti ylivelkaantunut (§ 1448). Puoliso on yhteisvallinnassa oikeutettu joihinkin laissa määriteltäviin toimenpiteisiin ilman toisen lupaa, esimerkiksi hylkäämään tai hyväksymään perinnön (§ 1455).

3.3.2.2. Määrättyä omaisuustyyppiä koskevat rajoitukset

BGB:n perusteluissa pohdittiin sitä, tulisiko vaimolla olla oikeus itsenäisesti käyttää joitain esineitä.⁴⁶¹ Miehen rajoitusoikeutta perusteltiin sillä, että hän on enimmäkseen hankkinut nämä esineet vaimolle elatusvelvollisuutensa velvoittamana ja hänellä on siksi intressi valvoa, että ne pysyvät käyttötarkoituksessaan. Vaimon käyttöoikeutta perusteltiin esineiden tarkoituksella ja luonteella, ja tämän käytännön todettiin vastaavan uudempia lakeja. BGB:n §:ssä 1366 säädettiin vaimon yksityisomaisuuteen kuuluviksi, kuten edellä mainittiin, hänen henkilökohtaisessa käytössään olevat esineet, erityisesti vaatteet, korut ja työvälineet.

Toimenpiteisiin, jotka koskevat koko hänen omaisuuttaan,⁴⁶² puoliso voi tasa-arvolain mukaan velvoittautua vain toisen puolison luvalla (§ 1365). Tämä rajoitus katsottiin tarpeelliseksi puolison suojelemiseksi.⁴⁶³ Puoliso voisi muuten tehdä tyhjäksi toisen jakovaatimuksen. Jos puoliso kieltäytyy ilman riittävää syytä antamasta oikeustoimeen tarvittavaa lupaa, holhousoikeus voi antaa sen. Sama koskee tilanteita, joissa puoliso ei sairauden tai poissaolon takia voi antaa lupaa, ja viivytyksellä vaarantaisi omaisuuden. Puolison lupa tarvitaan myös perheen talouteen kuuluvaa esinettä koskevaan toimenpiteeseen⁴⁶⁴. Tätä ei hallituksen I esityksessä vielä katsottu tarpeelliseksi ja sen todettiin vaikeuttavan tavarantavaihtoa.⁴⁶⁵ II esityksessä se katsottiin tarpeell-

⁴⁶¹ Motive (1896), s. 166.

⁴⁶² ...tai lähes koko omaisuuttaan, Schwab (1995), s. 135.

⁴⁶³ Drucksache 3802 (1952), s. 56.

⁴⁶⁴ 1369 §, holhousoikeus voi tässäkin tapauksessa antaa luvan. Tässä pykälässä ei ole edellä mainittua vaarantamisedellytystä.

⁴⁶⁵ Drucksache 3802 (1952), s. 56.

liseksi perheen suojaamiseksi.⁴⁶⁶ Omaisuuden yhteisyyttä ei katsottu tarpeelliseksi eikä kohtuulliseksi sen sattumanvaraisuuden vuoksi. Yhteiseen asuntoon ja asuntoirtaimistoon on katsottu olevan yhteiskäyttö- ja yhteishallintaoikeus omistussuhteista riippumatta.⁴⁶⁷

Dieter Henrich on tiivistänyt edellä mainittua toteamalla Saksan oikeuden merkittävyyksiin kuuluvan, että vaimo tarvitsee miehen luvan myydäkseen tai lahjoittaakseen vanhat lastenvaunut tai lastensängyn, mutta mies ei tarvitse nimissään olevan perheen asuintalon luovutukseen vaimon lupaa, jos miehellä on muutakin omaisuutta.⁴⁶⁸

Jos toinen vallitsee yksin omaisuutta, hän tarvitsee toisen luvan koko omaisuutta sekä yhteisomaisuuteen kuuluvaa kiinteistöä tai rekisteröityä laivaa tai laivanrakennusta, koskevaan oikeustoimeen (§§ 1423–4). Holhousoikeus voi määrätyin edellytyksin antaa luvan näihin toimenpiteisiin (§ 1426). Yhteisomaisuutta vallitseva puoliso tarvitsee pääsääntöisesti luvan tällaiseen omaisuuteen kuuluvan esineen lahjoittamiseen (§ 1425).

3.3.2.3. Puolisoiden väliset oikeustoimet ja puolisoiden velkavastuu

BGB:n perusteluissa tunnustettiin aviovarallisuusosoikeudessa periaatteessa sopimusvapaus.⁴⁶⁹ Todettiin, että saksalainen oikeustaju vaatii, että puolisot voivat järjestää asiansa vapaasti avioliiton siveellisen luonteen asettamissa rajoissa. BGB:n (§ 1432) mukaan avioehto voidaan tehdä avioliiton aikana.⁴⁷⁰ Perusteluissa lähdettiin periaatteesta, että sydämellisessä elämänyh-

⁴⁶⁶ Drucksache 224 (1954), s. 38–39.

⁴⁶⁷ Münchener (1989), s. 149 ja Schwab (1995), s. 133–134. Schwabin artikkelissa lähemmin myös yleisesti perheen asuntoon liittyvästä suojasta.

⁴⁶⁸ Henrich, esipuhe kirjaan *Der Schutz der Familienwohnung in Europäischen Rechtsordnungen*. Hän kertoo kirjan julkaisemisen liittyvän Euroopan neuvostonkin yritykseen vahvistaa puolison oikeutta perheen asuntoon. Hän toteaa tilanteen olevan Saksan tilanetta parempi muissa oikeusjärjestyksissä.

⁴⁶⁹ Motive (1896), s. 142, 304.

Lahjoitusten kohdalla on puolisoiden olosuhteilla Saksassakin merkitystä omaisuuden jakotilanteissa. Jos asian laidasta on epäilyksiä, lahjoitus katsotaan tapahtuneeksi, jos se on puolisoiden olosuhteissa tavan mukainen, tasa-arvolailalla muutettu 1380 §.

Münchenerkommentaarissa (1989), s. 308, on todettu, että se seikka, ettei lisäyksen jakoa suoriteta kuin vasta avioliiton purkauduttua, on haitallista sille puolisolalle, jolla ei ole tuloja. Hän jää näin ollen riippuvaiseksi puolisostaan.

⁴⁷⁰ Tilanne ei ole tältä osin muuttunut, mutta tasa-arvolain voimaantulon jälkeen asia sisältyy §:ään 1408.

teydessä voidaan havaita muutoksen tarpeellisuus.⁴⁷¹ Tästä syystä ratkaisevaa merkitystä ei voitu antaa mahdollisuudelle käyttää väärin aviollista rakkautta tai miehen ylivoimalle, varsinkin kun ehdotus poisti rajoittavat määräykset vaimon takauksista ja puolisoiden välisten lahjoitusten kiellosta. Ehdotukseen ei otettu mukaan erityisiä määräyksiä puolisoiden sopimuksista, jotka säätelisivät heidän henkilökohtaisia suhteitaan.⁴⁷² BGB:n yleisten periaatteiden katsottiin riittävän. Avioliittoa pidettiin yleisen järjestyksen instituutiona (ein Institut der Öffentlichen Ordnung). Perusteluissa katsottiin, että kaikki sopimusmääräykset, jotka lain hengen ja tarkoituksen mukaan rikovat avioliiton perheoikeudellista suhdetta ja siten myös julkista järjestystä vastaan, ovat mitättömiä.

3.3.2.3.1. Velkavastuu

BGB:n hallintoyhteisyydessä kumpikaan puoliso ei vastannut toisen veloista yksityisellä omaisuudellaan. Miehen vallinnassa oleva vaimon pesään tuoma omaisuus ei vastannut miehen veloista (§ 1410). Vaimon velkojat saivat miehen vallintaoikeudesta välittämättä vaatia maksua vaimon pesään tuomasta omaisuudesta lukuun ottamatta niitä tapauksia, joissa vaimon sitoumus koski vain hänen yksityistä omaisuuttaan tai oli säädetty toisin (§§ 1411, 1412–14). Vaimon ei-yksityinen omaisuus ei muun muassa vastannut vaimon miehen suostumuksetta tekemään oikeustoimeen perustuvasta velasta, jollei tämä oikeustoimi ollut suostumuksetakin pätevä (§ 1412).

Omaisudenyhteisyytilanteessa perusteltiin miehen suurempaa ja vaimon rajoitetumpaa vastuuta toisen puolison velvoituksiin muun muassa vaimon passiivisella asemalla, sillä ettei hänellä ollut mahdollisuutta vaikuttaa yhteisomaisuuden vallintaan, puolisoiden epätasa-arvoisella toimikelpoisuudella ja vaimon rajoitetulla vastuulla miehen veloista.⁴⁷³ Tämä nähtiin kohtuuden vaatimana tasoituksena puolisoiden epätasa-arvoisista oikeuksista.

Tasa-arvolain lisäyksen yhteisyyden pääperiaate on, että kumpikin vastaa omaisuudellaan vain omista veloistaan.⁴⁷⁴ Omaisudenyhteisyytilanteissa voivat kummankin velkojat pääsääntöisesti velkoa yhteisomaisuudesta (§§ 1437, 1459), kun sitoumukseen on tarvittaessa ollut toisen puolison lupa (§§ 1438, 1460).

⁴⁷¹ Motive (1896), s. 305–306.

⁴⁷² Motive (1896), s. 309.

⁴⁷³ Motive (1896), s. 367.

⁴⁷⁴ Yhdessä asuvien puolisoiden irtaimisto (joka on toisen tai molempien hallinnassa) katsotaan velkojan eduksi velallisperuolison omaisuudeksi, samoin kuin hänen henkilökohtaisessa käytössään oleva omaisuus, § 1362.

Molempien puolisojen on katsottu vastaavan ainakin jossain mittakaavassa avainvallan puitteissa tehdystä talousvelasta.⁴⁷⁵

3.3.3. Yhteenvedoa ja alustavaa vertailua

Vuosisadan alussa mies vallitsi kummassakin oikeusjärjestyksessä pääsääntöisesti puolisoiden omaisuutta. Aviovarallisuusjärjestelmä oli osa yhteiskunnan sukupuolijärjestelmää. Suomessa oli voimassa omaisuuden yhteisyys ja Saksassa oli lähtökohtajärjestelmänä hallintoyhteisyys. Etenkin Saksan lainsäädäntöperusteluista käy hyvin ilmi miehen ansiotyön merkitys hänen vallintaoikeutensa oikeuttajana. Miehen vallintaoikeuden aikana nousivat oikeusturvakysymykset esille lähinnä vaimon suojeluna järjestelmän takaamaa miehen valtaa vastaan vallan väärinkäytöksi katsottavissa tilanteissa tai miehen laiminlyödessä velvollisuuksiaan tai ollessa estynyt niitä täyttämästä. Vaimoa suojeltiin hänen oikeusjärjestyksenkin kannattaman sukupuolijärjestelmän mukaisessa roolissaan. Velvollisuudet ja oikeudet sekä oikeudettomuus ja suojelu yhdistettiin toisiinsa.

Miehen vallintaoikeuden poistuttua oikeusturvakysymykset alkoivat koskea yhtäläisesti molempia. Tällöin jouduttiin toiselta pohjalta pohtimaan puolisoiden yhteisyyttä ja velvollisuuksia suhteessa heidän yksilöllisiin oikeuksiinsa. Puolisoilla mielletään olevan yhteisiä intressejä, joiden vuoksi he voivat pyrkiä vahingoittamaan kolmansia ja puolisoiden yhteiselämän on katsottu vaativan yksilöllisten oikeuksien rajoittamista. Suomessa on puolisoiden rajoittamaton keskinäinen lahjoitusoikeus tullut mahdolliseksi vasta vuonna 1991. Puolisoiden yhteisyys on otettu erityisesti huomioon sellaisissa omaisuutta koskevissa toimenpiteissä, jotka on katsottu keskeisiksi puolisoiden yhteiselämässä, kuten elatusvelat ja asuntoirtaimistoa koskevat toimenpiteet. Suomessa asuntoon liittyvä puolison suoja on ollut uudistuksen kohteena. Muuta omaisuutta suurempi yksilönsuoja on sen sijaan annettu henkilökohtaisille esineille.

Tasa-arvo edistää syvempää emotionaalista yhteisyyttä, mutta nostaessaan esille yksilön oikeudet ja roolien yhtenäistymisen se edistää myös puolisoiden itsenäisyyttä. Suomessa siirryttiin miehen vallintaoikeudesta luovuttaessa samalla avio-oikeuden rajoittamaan omaisuuden erillisyyteen ja Saksassa Suomessakin ehdotettuun lisäyksen yhteisyysjärjestelmään. Kumpikin oikeus aktualisoituu vasta avioliiton purkauduttua. Kummassakin järjestelmässä olennaisin muutos tasa-arvonäkökulmasta oli miehen vallintaoikeu-

⁴⁷⁵ Münchener (1989), s. 193, 204.

den poistuminen. Suomessa vaimo ei edes lain mukaan voinut lopullisesti luopua saavuttamastaan vallintaoikeudesta. Kummassakin järjestelmässä näkyy jonkun verran painopisteen muuttuminen yhteisestä kodista ja miehen (yhteisestä) elatuksesta yksilöllisesti ansaitseviin puolisoihin.

Avioliiton omaisuusjärjestelmä kuvaa avioliiton roolia taloudellisena ratkaisuna ja elatusinstituutiona. Siinä joudutaan pohtimaan, mikä on kummallekin parisuhteessa elävälle osapuolelle oikeudenmukaista. Merkityksellistä on tällöin minkälaiseksi parisuhteessa elämisen tapa oletetaan ja minkälainen sen halutaan olevan. Pohdittavaksi tulee parisuhteen suhde taloudellisiin järjestelyihin ja eri omaisuuseriin. Onko avioliitto tunnesuhde vai taloussuhde? Mitä jommaksi kummaksi määrittelystä seuraa? Seuraava kysymys on, voiko tällaista erottelua tehdä. Onko mikään suhde pelkästään tunne- tai taloussuhde? Palaan näihin kysymyksiin jäljempänä.

Aviovarallisuusjärjestelmä on lainsäädännön käsitys oikeudenmukaisista varallisuusjärjestelyistä parisuhteessa. Puolisot ovat sekä Suomessa että Saksassa lähtökohtaisesti omaisuutensa itsenäisiä omistajia ja haltijoita. Parisuhde nähdään tämän yksilönäkökulman ohella kiinteänä yhteisyytenä. Yhteistalous ei ole taloudellisesti eroteltavissa eri arvoisiin panososiin. Erilaiset panokset ovat olennaisia osia kokonaisuudessa. Saksan lisäyksenyhteisyysjärjestelmässä puolisoiden avioliiton aikana hankittu omaisuus jaetaan tasan liiton purkauksessa. Suomessa puolisoiden kaikki omaisuus tulee tällöin jaettavaksi. Nykyään tasajakoa voidaan sovittaa. Suomessa yhteisesti hankittua lisäystä pidettiin vaikeasti määriteltävänä. Esimerkiksi toisen perimällä tilalla työskennelleiden puolisojen taloudessa se onkin vaikeampi ongelma kuin yhteisen asunnon hankkineiden puolisojen taloudessa.

Kotityöt ovat olennainen osa parisuhteen yhteistaloutta. Puolison katsotaan osallistuneen yhteisen omaisuuden kartuttamiseen joko hankkimalla ansiotuloja tai tekemällä kotitöitä tai molempia. Tavallista perhe-elämää yhteistaloudessa ei voi viettää ilman, että kotityöt lastenhoitoineen tehdään. Kotityöt on pitkään nähty naisten velvollisuuksiksi ja naisten ansiotyötä pidetty pikemminkin poikkeuksellisenä. Avioliitto oli se instituutio, johon tämä sukupuolten yhteiskunnallinen työnjako nojasi. Vielä nykyäänkin vastuu kotitöistä usein jää enemmän naisten vastuulle, vaikka molemmat puolisot kävisivätkin ansiotyössä. Miehet voivat tällöin paremmin keskittyä uraansa ja ansiotulojensa kartuttamiseen. Kotityöt mielletään perhe-elämään eli tunnesuhteeseen kuuluvaksi työksi. Niiden kompensatio on hoidettu aviovarallisuussäädöksillä. Niiden taloudellinen luonne jää täten usein varjoon. Ne jäävät tuottavan, palkallisen tai panoksellisen markkinoilla tehtävän työn käsitteen ulkopuolelle. Avioliittolainsäädäntökeskusteluissa niiden keskeinen merki-

tys on nähty ja myönnetty. Kohtuullisuuskäsitysten ohella avioliiton on täytynyt antaa kotitöitä tekeväälle puolisolle riittävä taloudellinen turva, jotta perinteistä työnjakoa sukupuolten välillä on voitu ylläpitää.

3.4. Lopuksi

Silloin kun avioliiton yhteisyys tarkoitti pitkälti sitä, että mies on tuo yksi, puolisoiden yksilöllisyydellä ei ollut suurempaa merkitystä. Vaimon velvollisuutena oli uhrata henkilökohtaiset tarpeensa yhteisyyden alttarille. Hänen oikeuksiensa korostaminen nähtiin tällöin uhkana yhteisyydelle ja sovulle. Etenkin vanhemmassa lainvalmistelussa tulee vahvasti esille miesnäkökulma yrityksenä pitää kiinni miehen asemasta ja taipumus tarkastella todellisuutta siitä käsin. Toimiva ja tasapainoinen yhteisyys syntyy kuitenkin vain yksilöllisyytensä saavuttaneiden ihmisten yhteisyydestä. Uudemmassa lainsäädäntöperustelussa näkyy tätä ajattelua. Uhrautuminen kahlitsee sekä uhrautujaa että uhrin saajaa omanlaiseensa vastavuoroisuus- ja riippuvaisuuskuvioon. Omat ja toisten intressit eivät aina yhdy, vaan joudumme eturistiriitatilanteissa turvautumaan intressivertailuun.

Vasta kahden yksilön välisessä liitossa tulee olennaiseksi tasapainon haku yksilöllisyyden ja yhteisyyden välillä. Lähdettäessä siitä, että naisen itsenäisyyttä on aiemmalla lainsäädännöllä rajoitettu, täydellinen yksilöllisyys näytättyy naisen(kin) edun mukaisena. Kehityksen kulkiessa kohti suurempaa määrittelemättömyyttä se kulkee myös kohti suurempaa yksilöllisyyden korostumista.

Yhteinen tai yhteisesti vallittu omaisuus, velvollisuus auttaa toista ansiotyössä, yhteinen sukunimi, yhteisten asioiden hoidossa tehdyn oikeustoimen velvoittaminen molempia puolisoja, vaatimus puolison luvasta tiettyihin oikeustoimiin ja monet avioelämää koskevat ihanteet, kuten uskollisuus ja yhdessä asuminen, ovat puolisoiden yhteisyyttä korostavia seikkoja. Velkojen ja lahjoitusten kohdalla perustuu huoli velkojien asemasta oletukseen puolisoiden intressiyhteisyydestä. Vastaavasti omaisuuden erillisyys, puutumattomuus muun muassa puolisoiden sukunimikäytäntöön, puolisoiden oikeudet ja heidän yksilöllistä kehitystään korostavat periaatteet ovat yksilöllisyyttä ja itsenäisyyttä korostavia seikkoja. Kummankin maan lainsäädännössä näkyy työn eriytyminen puolison yksityisasiaksi, kun perheen elatus ei enää institutionaalisesti perustu miehen tuloille.

Tasapainoa haettaessa on otettava huomioon sekä yksilöllisyystarpeet että tosiasiallinen (taloudellinen) yhteisyys ja toisistaan riippuvaisuus. Puolisostaan taloudellisesti riippuvainen on etenkin kotona työskentelevä tai kotitöistä

pääasiallisen vastuun kantava puoliso, jos vastuunkanto vaikuttaa hänen ura- ja palkkakehitykseensä. Kummassakin valtiossa on puolisoiden omaisuuden erillisyyttä rajoitettu toisen puolison suojelemiseksi. Käsitykset nais- ja miesrooleista ja -kansalaisuuksista vaikuttavat siihen, korostetaanko yhteisyyttä vai yksilöllisyyttä ja millä tavoin sekä siihen, mitä näillä käsitteillä ymmärretään. En näe yksilön ja yhteisön hyvää vastakohtina, vaan vuorovaikutuksellisia ja toisiaan edellyttävinä hyvinä.

Modernia on kritisoitu yhdenmukaistavuuden lisäksi kaksijakoisuuteen perustuvasta ajattelutavasta. Tämä tulee selkeästi esille avioliittoa koskevassa oikeudellisessa ajattelussa. Oikeudellista suhtautumista avioliittoon määrittävät monet vastakohtaparit. Ensimmäinen on sukupuoli: avioliitto on naisen ja miehen liitto. Toinen on yllä käsitelty yksilöllisyys ja yhteisöllisyys. Muita esille tulleita jakoja ovat yksityisyys ja julkisuus, luonnollisuus ja sovitavuus, tunne ja talous. Yksilöllisyyteen liittyvät oikeudet ja vapaa tahto ja yhteisöllisyyteen velvollisuudet ja statuksellisuus. Ensin mainitut liittyvät julkisuuteen ja viimeksi mainitut yksityisyyteen. Julkisuus on nähty miesten maailmana ja yksityisyys naisten. Parisuhteen sääntely ja sen suhde muihin oikeudenaloihin liittyy kiinteästi näihin kaksijakoisuuksiin. Todellisuuden jakamisella kahteen vastapariin on merkityksensä oikeudenalajaoissa sekä oikeuden ulko- ja sisäpuolelle kuulumisen määrittelyssä. Vastaparien nähdään perustuvan erilaisille logiikoille, jolloin niitä koskeva oikeudellinen ajattelukin on erilaista.

Näillä erilaisilla logiikoilla on yhteys käsityksiin naisista ja miehistä erilaisina ihmisinä. Oikeustiede pyrkii sääntelemään ihmisten käyttäytymistä, mutta kuinka tiedostettu ja pohdittu oikeustieteen ja ihmisluonnosta muodostettujen käsitysten suhde aina on?⁴⁷⁶

Olen tässä luvussa kuvannut konkreettisella tasolla oikeudellista asennoitumista parisuhteeseen. Seuraavien päälukujen avioliittotarkastelun jälkeen siirryn käsittelemään lähemmin aineistostani esille nousseita teemoja.

3.4.1. Asioiden määrittely

Ch. Perelman ja L. Olbrechts-Tyteca ovat luokitelleet argumentaation as-

⁴⁷⁶ Timonen on tuonut esille saman ongelman pohtiessaan oikeustieteen ja taloustieteen taustalla olevia käyttäytymisoletuksia, ks. Timonen esimerkiksi s. 35–37.

Esitän työni lähtökohtaselvennyksinä tarvittaessa käsityksiäni ihmisluonnosta ja sen merkityksestä oikeudellisessa ajattelussa.

sosiatiiviseksi ja dissosiatiiviseksi.⁴⁷⁷ Edellinen liittää toisiinsa erillisiä elementtejä ja jälkimmäinen erottaa toisistaan itsestään selvästi yhteen liitetyjä elementtejä. Assosiatiiviseksi argumentaatioiksi he ovat luokitelleet kvasiloogiset, todellisuuden rakenteeseen vetoavat ja todellisuuden rakennetta määrittelevät argumentit (kuten analogia ja metafora). Tällainen luonteeltaan enemmän muuttumattomuutta säilyttävä argumentointi on ollut lainvalmisteluteksteissä tyypillistä. Kvasiloogisena voi pitää esimerkiksi toisen puolison määräysvallan perustelua sillä, että kummankin itsenäisyys aiheuttaa riskitiriitoja. Todellisuuden rakenteeseen vetoamista on esimerkiksi sukupuolten luonnolliseen olemukseen tai luonnollisiin rooleihin vetoaminen. Dissosiatiivista eli todellisuuskuvaamme käsitteellisesti muuttavaa argumentaatiota perusteluissa ei ole juurikaan esiintynyt. Argumentaation muuttuessa on useimmiten muuttunut vain todellisuuskäsitys, johon vedotaan.

Hilkka Summa on todennut hyvinvointipolitiikan suunnitteluretoriiassa, kuinka (todellisuuden rakenteeseen vetoava) pragmaattinen argumentaatio asettaa tavoitteensa keinon asemaan.⁴⁷⁸ Tällöin tosiasiallisesta tavoitteesta ja näennäisestä keinosta tulee »luonnollinen». Onnellinen perhe-elämä on ollut avioliittolainsäädännön itsestään selvä päämäärä, joka on esitetty saavutettavan määrättyllä sukupuolijärjestelmällä ja jonka voi nähdä esiintyneen keinoksi naamioituna tavoitteena.

Yleinen retorinen vakuuttamistapa on määritellä edistettäväksi halutut asiat itsestään selviksi ja positiivisiksi, jolloin niiden vastustaminen on negatiivista. Negatiiviseksi katsotun asian perustelut ja näkökulmat jäävät pimentoon. Edellä on käynyt ilmi, kuinka parisuhdetta koskevassa argumentaatioissa on usein esitetty positiivisena yksityisyyden suoja (vapaus), perheen yhtenäisyys ja sopu. Tällöin naisen, joka itse kokee puolustavansa omaa vapauttaan ja omia oikeuksiaan, katsotaan vetävän julkisuuteen yksityisyyteen kuuluneen asian eli rajoittavan vapautta ja/tai rikkovan perheen yhte-

⁴⁷⁷ Perelman, Olbrechts-Tyteca, s. 190–192. He toteavat kuitenkin, ettei eri argumentaatiotapoja voi sinänsä erottaa toisistaan, vaan ne ovat toisiaan täydentäviä ja saman argumentin voi luokitella monin tavoin.

Ks. myös Holli, Anne Maria: Miehisestä tasa-arvosta kohti naisten käsitteellistä tilaa, Tasa-arvoasiain neuvottelukunnan tasa-arvopoliittinen diskurssi vv. 1972–86, lisen-siaattitutkielma, Helsingin yliopiston yleisen valtio-opin laitos, joulukuu 1991. Hän on työssään soveltanut Perelmania, Olbrechts-Tytecaa ja Summaa.

⁴⁷⁸ Ks. Summa, s. 199–204, kappale Tukahdutettu argumentaatio. Perelman, Olbrechts-Tyteca käsittelevät pragmaattista argumentaatiota sivuilla 266–270.

näisyyttä ja sopua. Perheonnen ja sovun edistäminen mielletään lisäksi usein nimenomaan naisen erityiseksi tehtäväksi, hänen luonnokseen.

Pidän monien muiden⁴⁷⁹ tavoin määrittelyjen muuttamista yhtenä tärkeänä oikeudellisena vaikutusmahdollisuutena naisen aseman edistämisessä. Edellä on käynyt ilmi, kuinka perheen sopua ja yksityisyyden suoja on usein käytetty positiivisena määrittelyksenä oikeuttamaan naisten oikeuksien sivuuttamisen. Määrittelemällä nämä asiat naisen oikeuksia koskeviksi ne näyttäytyvät aivan erilaisina. Positiivisuus siirtyy oikeuksien puolustamisen puolelle ja »sopu» ja »yksityisyyden suoja» näyttäytyvät naisen oikeuksien polkemisena ja huomiotta jättämisenä. Tähän liittyy oikeuksien hierarkioiden uudelleen määrittely. Esimerkiksi sananvapaus on tällä hetkellä korotettu joissain asioissa hyvin korkealle arvoasteikossa. Suomi on muun muassa tehnyt varauksen YK:n Kansalaisoikeuksia ja poliittisia oikeuksia koskevaan kansainväliseen yleissopimukseen, ettei se sananvapauteen vedoten katso voivansa kieltää sotapropagandaa. Sukupuolisyrjivän mainonnan ja pornografian kieltä on usein vastustettu vetoamalla sananvapauteen.⁴⁸⁰ Kuitenkin julkinen jumalanpilkka (RL 10:1, 1.1.1999 alkaen RL 17:10 rikosnimikkeellä uskonrauhan rikkominen), kehottaminen homoseksualismiin (RL 20:9, ei enää voimassa 1.1.1999 alkaen) ja kiihottaminen kansanryhmää vastaan (RL 11:8) on kielletty lailla sananvapaudesta riippumatta, ja elokuvasensuuri toimii yhä.⁴⁸¹

Periaatteiden ja lakien soveltajien elämäkatsomus ja arvomaailma vaikuttavat heidän tapaansa hahmottaa asioita ja soveltaa lakeja ja periaatteita. Oikeudellisessa keskustelussa on keskeistä tuoda esille näitä perusteita ja arvostuksia ja tarvittaessa muuttaa niitä. Vanhat asenteet on usein kiedottu juridisoinnin kaapuun. Perusteluina on käytetty termejä, jotka lähemmin tarkasteltaessa paljastuvat tyhjiksi tai perusteluina ristiriitaisiksi ja epäloogisiksi sekä esitetty itsestään selvinä hyvinkin kyseenalaistettavia asioita – kuten edellä on toivoakseni osaltaan käynyt ilmi.

Kaikki määrittelyt ovat loppujen lopuksi virheellisiä. Ne yksinkertaistavat asioita ja rajaavat ulkopuolelleen osan todellisuutta. Kaiken sisällään pitävä määrittely ei enää erottelisi määrittelyn kohdetta muusta todellisuudesta. Me tarvitsemme määrittelyjä voidaksemme kommunikoida keskenämme, mutta ne ovat omia luomuksiamme. Naisiin liitetty feminiinisyys ja miehiin liitetty maskuliinisuus, joiden varaan olemme rakentaneet niin paljon, ovat

⁴⁷⁹ Ks. esimerkiksi Smart, s. 164–165, Stang-Dahl, s. 34–36 ja Holtmaat’in artikkeli.

⁴⁸⁰ Ks. myös Nieminen, Liisa (1990), s. 98–99.

⁴⁸¹ Elokuvasensuurin ainakin osittaisesta lopettamisesta on keskusteltu.

myös omia luomuksiamme, jotka vaihtelevat eri aikoina ja eri kulttuureissa. Usein ne nähdään ääripäinä, vastakohtina eikä jatkumona ja toisiinsa kietoutuneina ja toisensa sisältävinä. Näille ja muille vastaparikäsitteille perustuvassa yhteiskunnassa joudumme operoimaan niillä tarkastellessamme asioita ja havaitessamme niiden sukupuolisidonnaisuuksia, mutta samalla voimme pyrkiä rikkomaan niiden yksiselitteisyyksiä.

Sukupuoliroolit ovat hyvä esimerkki käsityksistä, jotka voivat olla niin sisäistettyjä, että vertailussa esille tullut ristiriita periaatteellisen tasa-arvon ja tosiasiallisen perinteisten käsitysten ylläpitämisen välillä ei aina liene edes ollut tietoista.

II B MUUT PARISUHTEET: ERITYISESTI AVOLIITTO

4. MUITA PARISUHDEMUOTOJA OIKEUSJÄRJESTYKSISSÄ

4.1. Avoliitto

Solmimismuodollisuudet erottavat avoliiton avioliitosta. Työni aiheen ollessa parisuhde valtiollisen sääntelyn kohteena eri uskontojen muodollisuuksilla ei ole siinä merkitystä. Käsitykset parisuhteesta, mahdollisuudesta solmia ja purkaa se, sekä seksuaalikäyttäytymisestä on usein määritelty uskontojen opeissa. Monissa valtioissa uskonnolla, jota enemmistö tunnustaa, on kiinteä yhteys valtioon ja kyseisen uskonnon parisuhdekäsityksillä on vaikutusta valtion lainsäädäntöön.⁴⁸² Valtion lainsäädäntö, silloin kun sellaista perhesuhteista on, on koko kansaa koskevana usein kuitenkin väljempi kuin yksittäisten uskontojen tai niiden joidenkin suuntauksien edustajien kanta. Noudattavatko ihmiset enimmäkseen vakiintuneita tapoja vai virallisia muodollisuuksia liittoaan solmiessaan, vaihtelee eri aikoina ja eri olosuhteissa.⁴⁸³ Eri ihmisryhmien tilanne voi myös olla erilainen. Sen enempää kirkko kuin valtiokaan eivät esimerkiksi ole aina olleet edes kiinnostuneita köyhiin vähemmistöihin kuuluvien ihmisten aviollisesta statuksesta.⁴⁸⁴ Ennen Tridentin kirkolliskokousta vuonna 1563 ei avioliiton solmimista ollut kulttuurialueellamme pidetty julkisia toimenpiteitä vaativana⁴⁸⁵, ja kuten aiemmin on jo tullut

⁴⁸² En siten lähemmin pohdi esimerkiksi avioliittoa sakramenttina, vaikka tällä käsityksellä onkin ollut suuri vaikutus avioliittoon koskevaan ajatteluamme.

⁴⁸³ Ks. esimerkiksi Glendon, s. 19–24.

⁴⁸⁴ Ks. esim. Glendon, s. 6–10.

⁴⁸⁵ Ks. lähemmin muun muassa syistä tähän Glendon, s. 28–30. Syyt olivat Glendonin mukaan lähinnä »maallisia».

esille, esimerkiksi Suomessa viranomaistoimitus asetettiin avioliiton voima-
saolon edellytykseksi vasta vuoden 1734 laissa.

Raja avio- ja avioliiton välillä ei meidänkään kulttuurialueellamme ole
nykyäänkään aivan selvä. Esimerkiksi joissain Yhdysvaltojen osavaltioissa
avioliitto voi yhä tulla voimaan asumalla yhdessä avioparina.⁴⁸⁶ Tällainen
common law -avioliitto on vaikutuksiltaan normaali avioliitto ja sitä koske-
vat myös avioerosäädökset.

Heikki Mattila on jakanut joissain Yhdysvaltojen osavaltioissa esiinty-
neitä tapoja yhdistää oikeusvaikutuksia naisen ja miehen väliseen vakiintu-
neeseen yhdessä asumiseen karkeasti kolmeen ryhmään.⁴⁸⁷ 1) Common law
-avioliittoa samoin kuin eräitä siihen rinnastettavia instituutioita⁴⁸⁸ on perus-
teltu klassiseen roomalaiseen ja keskiaikaiseen kanoniseen oikeuteen poh-
jautuvalla käsityksellä, että laillinen avioliitto voidaan solmia myös muuten
kuin vihkimisseremonialla. Roomassa yleiseksi tullessa vapaassa avioliitossa
yhdessä asuminen katsottiin avioliitoksi kun puolisoitten välillä vallitsi af-
fectio maritalis eli että he pitivät toisiaan vaimona ja miehenä.⁴⁸⁹ 2) Proses-
sioikeudellisilla keinoilla on keinotekoisesti pidetty voimassa vihkimisole-
tus. Osapuolelle, joka on kieltänyt vihkimisen tapahtuneen, on asetettu to-
distamistaakka, jota on käytännössä mahdoton täyttää tai väitteen esittämi-
nen vihkimisen puuttumisesta on kielletty tai oikeus väitteeseen on katsottu
vanhentuneeksi. 3) Tuomioistuimet ovat perustelleet avioliiton oikeusvaiku-
tuksia erilaisilla oikeudellisilla konstruktiolla tai soveltamalla analogisesti
avioliittolainsäädäntöä. Nykyisessä oikeudellisessa keskustelussa pääpaino
on tässä kolmannessa ryhmässä.

Edellä mainittua voi verrata Jacob Sundbergin kuvaukseen Ruotsin tilan-
teesta.⁴⁹⁰ Vuoteen 1915 asti avioliiton oikeusvaikutuksia liitettiin myös muihin
kuin virallisesti solmittuihin avioliittoihin. Vuoden 1915 lainuudistuksen jäl-
keen avioliiton oikeusvaikutuksia ei enää laajennettu muihin liittoihin, mut-
ta samanaikaisesti erotettiin monet aiemmin avioliittoon liitetyt seuraukset

⁴⁸⁶ Glendon, s. 277–278. Common law -avioliitto »by cohabitation with habit and
repute» on mahdollinen myös Skotlannissa, Bergmann/Ferid, s. 159 (30.9.1986 ajanmu-
kaistettu kohta, Grossbritannien). Ennen vuotta 1940 oli epämuodollisen avioliiton mää-
ritelmä tätäkin laajempi. Ks. myös Mattila, s. 146–149. Common law -avioliiton perusta
on ollut osapuolten sopimus, jonka ei tarvitse olla nimenomainen.

⁴⁸⁷ Mattila, s. 154–155.

⁴⁸⁸ Ks. muista muodoista Mattila, s. 149–151.

⁴⁸⁹ Ks. tarkemmin Mattila, s. 144–145 ja Glendon, s. 21–22.

⁴⁹⁰ Ks. lähemmin Sundberg, s. 16–62.

tästä edellytyksestä. Käytännössä tilanne ei siten juuri muuttunut.

Ruotsin oikeushistoria on osittain Suomenkin oikeushistoriaa. Vasta kun AL säädettiin vuonna 1929, kumottiin vuoden 1734 naimiskaaren epätäydelliset avioliitot (NK 3:9–10 ja 5:1). Mäkaamisen osapuolet saatettiin julistaa aviopuolisoiksi, minkä seurauksena syntyi epätäydellinen avioliitto. Edellytyksenä oli, että osapuolet olivat olleet kihloissa tai että mies oli antanut avioliittolupauksen. Edellisessä tapauksessa myös mies sai vaatia avioliittoa. Nainen ja lapset saivat näin aviostatuksen suomat edut.

Saksassa avioliitto, jota muotovirheen takia ei muuten pidettäisi pätevänä, tulee alusta lähtien päteväksi avioliitoksi, jos puoliset ovat asuneet tietyn ajan yhdessä avioparina.⁴⁹¹

Haluttaessa korostaa avioliiton asemaa on tulkinnalla voitu katsoa avioliiton olevan voimassa sellaisissakin tilanteissa, joissa muodollisuusvaatimuksia tosiasiaassa ei ole täytetty. Haluttaessa korostaa osapuolten vapaata tahdonilmaisua ratkaisuksi jää kohtuullisiksi katsottujen oikeudellisten seuraamuksien erottaminen avioliittovaatimuksesta.⁴⁹² Avioliiton sopimusluonteen ja vapaan tahdonilmaisun korostamisesta voi katsoa seuraavan edellä mainitun – eli avioliitoksi ei tulisi katsoa muita kuin muodollisesti solmittuja avioliittoja – lisäksi myös sen, ettei avioliitolla sinällään ole liitännäisvaikutuksia, joista sitä solmivilla tai sen solmimatta jättävillä ei välttämättä ole mitään tietoa.

Epämuodolliselle yhdessä asumiselle ei 1960-luvun lopulle asti yleensä annettu meidän kulttuurialueellamme oikeudellista merkitystä.⁴⁹³ Koska se oli yleisempää köyhien ja rodullisten tai etnisten vähemmistöjen keskuudessa, oikeusjärjestys jätti avioliiton yleensä joko huomiotta tai ei hyväksynyt sitä. Avioeron saamisen vaikeuden uskottiin lisänneen avioliittoja. Avioliitossa elivät usein ihmiset, jotka eivät voineet mennä naimisiin siksi, että he olivat jo naimisissa. Tämä oli yhtenä syynä yleiseen avioerojen helpottamiseen 1960-luvun alussa.

Avoliittojen yleistyttyä suhtautuminen niihin on muuttunut. Esimerkiksi sosiaalisia etuuksia koskevissa päätöksissä on alettu ottaa avioliitto huomioon. Avioliitto on siten monien oikeudenalojen käytännössä saanut virallisen aseman. Koska tämä työ käsittelee yksityisoikeudellista ajattelua, en puutu lä-

⁴⁹¹ Tätä koskevat pykälät on 1.7.1998 voimaan astuneessa uudistuksessa siirretty takaisin BGB:hen EheG:stä (§ 17). Ks. uudistuksesta lähemmin Hepting, s. 725.

⁴⁹² Roomalaisessa keisariajan oikeudessa avioliitto oli sopimus, johon ei sinällään ollut liitetty paljon oikeusvaikutuksia. Sundberg, s. 19–20 ja 74–75.

⁴⁹³ Ks. avioliittovertailun yleisistä linjoista lähemmin Glendon, s. 252–290.

hemmin avoliiton asemaan julkisoikeudessa. Avoliittojen oikeudellisen aseman arvioinnissa on yksi keskeinen ongelma ollut avoliiton olemassaolon todentaminen. Tämä vaikeus koskee erityisesti hallintopäätöksiä. Etuuksien saamisen tai muun taloudellisia seuraamuksia omaavan asiointilan riippuessa avioliitonomaisuudesta on tämä seikka voitava todeta. Käytössä on ollut erilaisia määritelmiä ja määrittelytapoja. Avoliiton osapuolia on kaksi, joilta yleensä vaaditaan eri sukupuolta. Yhdessä asuminen yhteisessä taloudessa on keskeinen tunnusmerkki. Sitä on voitu määritellä tarkemmin esimerkiksi vaatimalla yhdessä asumiselta tietynasteista tiiviyyttä tai kestoa. Yhteiset lapset katsotaan usein näytöksi liiton »avoliitonomaisuudesta». Joissain maissa on kehitelty puolivirallisia rekisteröitymismahdollisuuksia. Esimerkiksi Ranskassa ja Italiassa voi hallintoviranomaiselta saada todistuksen avioliitonomaisesti elämisestä.⁴⁹⁴ Se ei ole sinänsä laillisesti sitova, mutta monet julkiset viranomaiset ja yksityiset instituutiot hyväksyvät sen osoituksena osapuolten statuksesta ja toistensa perheenjäsenyydestä.

Tämän työn keskiössä on osapuolten varallisuussuhteiden määrittäminen avoliiton purkautuessa. Ongelma ei tällöin yleensä ole avoliiton olemassaolon toteaminen samalla tavoin kuin hallinto-oikeudessa. Käsittelemässäni tilanteessa avoliiton olemassaolo on usein lähtökohta, josta sen jälkeistä omaisuuden jakoa selvitetään. Määrittelyongelmat tulevat tästä huolimatta esille näissäkin tapauksissa. Vaikka liiton olemassaolo on yleensä selvä, liiton avioliitonomaisuus on toisinaan asetettu kyseenalaiseksi. Tällöin on pohdittu, vastaako parin yhteiselämä käsitystä parisuhteesta elämisestä. Avioliitonomaisuuteen ei ole toisinaan esimerkiksi katsottu kuuluvan kovin vapaa seksuaalielämä.⁴⁹⁵

Glendon totesi vuonna 1989 julkaistussa avoliittovertailussaan, että hyvinvointivalttiollisen julkisoikeuden puolella suhtautuminen avoliittoon on melko yhtenäistä.⁴⁹⁶ Ihmisiä tarpeineen kohdellaan lähtökohtaisesti yksilöinä. Perhe otetaan huomioon lähinnä taloudellisena yksikkönä. Yksityisoikeu-

⁴⁹⁴ Glendon, s. 261 ja Waaldijk (1993), s. 95–96. Waaldijk mainitsee myös Hollannin yhdessäasumissopimusten vaikutuksista kolmansiin joissain tapauksissa. Dalloz action, s. 330 Ranskan tilanteesta. Ks. myös Glendon, s. 282 joidenkin kalifornialaisten kaupunkien kehittämästä mahdollisuudesta rekisteröityä otsakkeella »Domestic Partnership». Tämä koskee myös samaa sukupuolta olevia pareja. Sen muodot ja edellytykset vaihtelevat eri paikoissa, SOU 1993:98, Del A, s. 80. Joskus voi muun muassa edellytyksenä olla, että osapuolet eivät voisi mennä naimisiin keskenään, aina ei tarvitse rekisteröityä.

⁴⁹⁵ Glendon, s. 256–258.

⁴⁹⁶ Glendon, s. 284–290. Tutkimus koski Yhdysvaltoja, Englantia, Ranskaa, Länsi-Saksaa ja Ruotsia.

nessa, jossa tuomareilla on avoliittoa koskevissa asioissa keskeinen rooli, käytäntö on eriytyneempää. Yhä enenevässä määrin puolisojen liiton purkamisen jälkeinen tilanne muodostuu samankaltaiseksi liittomuodosta riippumatta. Näin ei kuitenkaan ole kaikissa tilanteissa, esimerkiksi avopuolison perintöoikeudellinen asema on huono. Muutokset suhtautumisessa avioliittoon ovat omalta osaltaan kaventaneet eroa. Koska elatusapujen määrittäminen on avioliitonkin jälkeen tullut harvinaisemmaksi, avopuoliso ei tässä suhteessa ole enää merkittävästi aviopuolisoa huonommassa asemassa. Avioliiton pääasialliseksi tehtäväksi on jäänyt, että se saa aikaan määrättyjä oletuksia. Jos kyseessä ei ole avioliitto, nämä oletukset on tarvittaessa näytettävä toteen. Tämä todistaminen voi olla vaikeaa ja kallista. Ollessaan yksimielisiä avopuolisot voivat pitkälti järjestää asiansa haluamallaan tavalla.

Avio- ja avoliitto ovat puolin ja toisin vaikuttaneet toistensa kehitykseen. Avioliitto on kaikesta edellä mainitusta huolimatta säilyttänyt keskeisen asemansa ja aviopuolison yksityisoikeudellinen asema on yleensä kaikissa suhteissa parempi kuin avopuolison. Kehitys näyttää joka tapauksessa olevan loitontumassa modernin oikeuden formalismista. Liiton oikeudelliset seuraamukset eivät enää aina riipu sen muodollisesta asemasta eli sen solmimis- muodosta. Kuten meidän avioliittolainsäädännön uudistuksemmekin osoittaa, lyhyen avioliiton jälkeen ei esimerkiksi välttämättä saa hyväkseen kaikkia avioliiton taloudellisia seuraamuksia. Pitkän avioliiton jälkeen niitä vastaavia oikeuksia sen sijaan voi saada. Tasapainottelu muodollisuuden ja joustavuuden, ennustettavuuden ja kohtuuden välillä tulee jatkuvasti esiin näitä asioita pohdittaessa.

Maissa, joissa avoparin omaisuuden jakoa koskevaa yksityisoikeudellista lainsäädäntöä ei ole, joudutaan oikeuskäytännössä ottamaan kantaa siihen, annetaanko avoliitolle merkitystä oikeudellisessa ratkaisussa. Erilaisilla konstruktioilla on voitu päätyä avoliittoa vastaaviin päätöksiin.⁴⁹⁷ Ranskassa on ollut käytössä *société de fait*.⁴⁹⁸ Jos avokumppani voi todistaa, että kyseessä on ollut *de facto* liitto, yhdessä hankittu omaisuus jaetaan avopuolisoiden välillä. Jotkut amerikkalaiset tuomioistuimet ovat kohdelleet avioliiton jälkeistä omaisuuden jakoa samoin kuin avioliitonkin jälkeistä.⁴⁹⁹ Jotkut niistä

⁴⁹⁷ Ks. esim. Glendon Englannissa ja Yhdysvalloissa käytetyistä oikeudellisista konstruktioista yleensäkin esimerkkinä oikeudellisten mahdollisuuksien moninaisuudesta sekä Gardner Englannin, Kanadan, Australian ja Uuden Seelannin avoliittoja koskevasta oikeudellisesta ajattelusta.

⁴⁹⁸ Glendon, s. 255–263, *Dalloz action*, s. 344–345.

⁴⁹⁹ Glendon, s. 281, 288.

eivät ole yrittäneetkään pukea päätöksiään oikeudellisen argumentaation kaapuun, vaan ovat harkinneet avoimesti, mikä ratkaisu heidän käsityksensä mukaan on ollut oikeudenmukainen avo- tai avioeron jälkeen. Eri maiden avio-omaisuusjärjestelmät ovat erilaisia. Mitä lähempänä omaisuuden erillisyyttä avoliiton omaisuusjärjestelmä on, sitä helpompi siihen on avoliitonkin omaisuuden jaon osalta yleensä päätyä. Maissa, joissa elatusavulla on ollut merkittävä asema puolison taloudellisen aseman turvaamisessa avioliiton purkaututtua, edellä mainittu ei pidä yhtä hyvin paikkaansa. Menestyskellisempää kuin avioliitonomaisuuteen vetoaminen voi olla vetoaminen perusteisiin, joita voi pitää sopimusoikeudellisina, kuten aikomukseen tai tarkoitukseen. Erilaiset korvaukset ovat myös olleet yksi tapa ratkaista avoliiton jälkeinen taloudellinen tilanne.

Ruotsissa on avoliittolaisten yhteistä kotia koskeva laki Lag om sambors gemensamma hem (1987:232) ja homoseksuaalisia avoliittoja koskeva vastaava laki Lag om homosexuella sambor (1987:813). Glendon on katsonut Ruotsissa yhdistyvän kolme avoliittoja koskevaa kehityssuuntausta: avoliitosta on tullut merkittävä sosiaalinen instituutio, se on kehittymässä oikeudellisenä instituutiona ja avoliitosta on poistettu monia sellaisia ominaisuuksia, jotka ennen erottivat sen avoliitosta.⁵⁰⁰ Ruotsin heteroseksuaalista avoliittoa koskevassa laissa lain tarkoittaman avoliiton on määritelty koskevan tilannetta, jossa naimaton nainen ja naimaton mies asuvat yhdessä avioliitonomaisissa olosuhteissa (1 §). Esitöissä on tarkennuksina mainittu seuraavia seikkoja: kyseessä ei ole aivan lyhyt suhde, suhteeseen kuuluu tavallisesti seksuaalista yhteiselämää, yhteinen kotitalous ja asunto sekä yhteinen talous tai ainakin taloudellista yhteistyötä.⁵⁰¹ Jos puolisoilla on yhteisiä lapsia, voidaan yhteiselämää yleensä pitää avioliitonomaisena. Yhteisen kirkonkirjaosoitteen voidaan muussa tapauksessa katsoa osoittavan, että puolisoilla on yhteinen asunto eikä heidän yhteiselämänsä ole vain väliaikaista.

Ruotsin lain sisältö on lyhyesti sanottuna seuraavanlainen. Se koskee asuntoa ja asuntoirtoaimistoa, jotka on hankittu yhteiseen käyttöön. Liiton purkautuessa näiden arvo jaetaan tasan puolisoitten välillä. Puolisoilla on mahdollisuus kirjallisesti sopia, ettei tätä lakia sovelleta heihin. Lain mukaista seuraamusta on myös mahdollista sovitella. Avopuoliso ei saa normaalitalanteessa ilman toisen puolison lupaa luovuttaa tai esimerkiksi pantata avoliittolain osituksen piiriin kuuluvaa asuntoa ja asuntoirtoaimistoa. Laissa on

⁵⁰⁰ Glendon, s. 273.

⁵⁰¹ Prop. 1986/87, s. 252.

säädetty myös enemmän asuntoa tarvitsevan mahdollisuuksista jäädä asumaan vuokra- tai asumisoikeusasuntoon. Meidän avioliittolakimme ilmentää vastaavanlaista asunnon ja asuntoirtoimiston asettamista erityisasemaan aiemmin kuvatuilla säännöillään niiden luovuttamiseen vaadittavasta puolison luvasta.

Lain esitöistä ilmenee, että avoliittoon on suhtauduttu pääsääntöisesti lyhytaikaisena avoliittoa edeltävänä liittona.⁵⁰² Sitä ei ole pidetty avioliiton vaihtoehtona eikä siinä ole katsottu olevan tarvetta samanlaisiin säännöksiin kuin avioliitossa. On haluttu rajoitetusti ratkaista käytännön ongelmia ja erityisesti suojella heikompa osapuolta liiton purkaututtua. Esitöissä on todettu, että avopuolisot tekevät harvoin sopimuksia eivätkä yleiset siviilioikeudelliset säännöt ole riittäviä ratkaisemaan avoliittolain alaan kuuluvia ongelmia. Lainsäädäntöön on katsottu olleen tarvetta.⁵⁰³

Norjassa on naimattomien henkilöiden yhteistalouksia koskeva laki (Lov om rett til felles bolig og innbo når husstandsfellesskap opphører, nr 45, 1991). Sen alkuperäinen tarkoitus oli nimenomaan kattaa kaikki heteroavioliiton ulkopuoliset yhteistalousmuodot.⁵⁰⁴ Se koskee yhtä tai useampaa naimatonta yli 18 vuotiasta ihmistä, jotka ovat asuneet yhdessä samassa taloudessa vähintään kaksi vuotta tai heillä on tai on ollut lapsi tai he odottavat lasta yhdessä (§ 1). Oikeuskäytännössä esille tulleet tapaukset näyttävät koskeneen tyypillisiä avoliittoja.⁵⁰⁵ Laki koskee yhteisenä kotina ollutta asuntoa ja sen asuntoirtoimistoa – lähinnä mahdollisuutta lunastaa toisen tällaista omaisuutta kun vahvat syyt sitä puoltavat – liiton purkaututtua joko kuoleman tai eron vuoksi.

Yhteistalouslain valmisteluissa on viitattu Norjan pitkäaikaiseen oikeuskäytäntöön, jossa puolisoja on pidetty yhteisomistajina, jos toisen puolison (yleensä vaimo) on katsottu riittävästi osallistuneen yhteisen omaisuuden (yleensä asunto) hankintaan liiton aikana.⁵⁰⁶ Puoliso on yleensä suorittanut osuutensa kotitöillä ja/tai maksamalla juoksevia menoja, jolloin toinen (yleen-

⁵⁰² Prop. 1986/87, s. 104 ja bilaga 1, s. 6.

⁵⁰³ Prop. 1986/87, s. 99.

⁵⁰⁴ NOU 1988:12, s. 7.

⁵⁰⁵ Vuoden 1996 lopulla löysin kolme lagmannsrett-tuomiota, jotka koskivat husstandsfellesskapsloven'ia. Gulating lagmannsrett (1995-06-21) päätös koski väliaikais- ta järjestelyä, jossa toisen täytyi suhteellisen pian (30.6.95) muuttaa pois yhteisestä asun- nosta. Borgarting lagmannsrett (1996-05-09) päätöksessä annettiin toiselle käyttöoikeus asuntoon. Hålogaland lagmannsrett (1996-05-24) päätös koski miehen kuoleman jälkeis- tä avopuolisoiden osuuksien määrittelyä asuntoon.

⁵⁰⁶ NOU 1988:12, s. 10–11, 45–47.

sä mies) on vapautunut työhön ja hänen työansionsa asunnon hankintaan. Tämä oikeuskäytäntö on koskenut myös avoliittoja. Vaikka oikeuskäytännön katsottiin voivan koskea myös yhteistalouksia, käytännön laisäädännölliseen vahvistamiseen ei haluttu ryhtyä tämän erillislain yhteydessä. Lunastusoikeus liittyy siten yhteisomistuksen mahdollistavaan oikeuskäytäntöön. Yhteistaloudessa asuvat rinnastettiin lain valmisteluissa asunnon osalta avio-
puolisoihin, joiden omaisuus on erillisomaisuutta.⁵⁰⁷

Australiassa on muutamassa osavaltioissa säädetty avoliittolakeja.⁵⁰⁸ Vanhin niistä on New South Wales'in De Facto Relationships Act vuodelta 1984. Lait ilmentävät halua varmistaa oikeudenmukainen omaisuudenjako suhteen loppuessa ja estää toisen osapuolen taloudellinen hyväksikäyttö. Tässä harkinnassa otetaan huomioon osapuolten roolijako, kuten kotitöiden teko, ja se kuinka suhde on vaikuttanut kummankin taloudelliseen tilanteeseen. Useimmat lait mahdollistavat myös rajoitetun elatusapuvaateen. Osapuolilla on yleensä mahdollisuus sopia suhteensa taloudellisista vaikutuksista haluamallaan tavalla. Australian kolme ensimmäistä avoliittolakia koskivat vain heteroseksuaalista yhdessäasumista eli avoliittoon rinnastuvaa asumista yhdessä miehenä ja vaimona. Australian Capital Territory'n Domestic Relationships Act vuodelta 1994 ei enää edellytä heteroseksuaalisuutta eikä avioliitonomaisuutta.⁵⁰⁹ Laissa ei edellytetä liitolta erityisiä muotoja kuten yhdessäasumista. Edellytyksenä on sen sijaan sitoutuminen, joka ylittää esimerkiksi ystävyys-, naapuruus-, kämppäkaveruus- ja taloudenhoitajuussuhteiden sitoutumisasteen. Australian kehitys on kulkenut kohti yhä suurempaa riippumattomuutta liiton muodosta. Avoliittolainsäädännön ulottuvuus on laajentunut ja avio- ja avioliiton purkautumisen seurauksien välinen ero on ka-
ventunut. Australian Capital Territory'n laissa on laaja lista seikoista, joilla on merkitystä omaisuudenjaossa.⁵¹⁰ Liiton aikaisten panostusten lisäksi otetaan huomioon tulevaisuuden tarpeet. Oikeudenmukaisen ja tasa-arvoisen jaon kokonaisharkintaan sisältyy odotus- ja luottamusintressien ja perusteettoman edun huomioiminen.

⁵⁰⁷ NOU 1988:12, s. 10.

⁵⁰⁸ Ks. lähemmin Bailey-Harris s.240–249.

⁵⁰⁹ Section 3 määrittelee lain kohteen, Explanatory Memorandum'sta löytyy lisäselityksiä, Bailey-Harris, s. 242. 3 (1): »domestic relationship» means a personal relationship (other than a legal marriage) between two adults in which one provides personal or financial commitment and support of a domestic nature for the material benefit of the other, and includes de facto marriage.

⁵¹⁰ Section 15 (1) ja Explanatory Memorandum, Bailey-Harris, s. 245–246.

Australiassa on kuten edellä ilmenee viime vuosikymmenen aikana tehty merkittäviä muutoksia avioliiton ulkopuolisten suhteiden omaisuus- ja elatusoikeuksissa. Rebecca Bailey-Harris on analysoinut Australian kokemuksia.⁵¹¹ Hän toteaa, että pluralistinen yhteiskunta ei vain siedä vaan tukee perhemuotojen moninaisuutta. Tällöin joudutaan tasapainottelemaan yksilön itsemääräämisoikeuden ja oikeudellisen paternalismin välillä. Bailey-Harris'in tapa lähestyä aihettaan on kontekstuaalinen funktionalismi. Suhteen muodolla tai sen osapuolten sukupuolella ei ole merkitystä silloin kun lähdetään liikkeelle tietyn tyyppisen olosuhteen oikeudellisesta ratkaisusta. Oikeuden tehtäväkuvaan voi katsoa kuuluvan parisuhteen osapuolten suojelemisen hyväksikäytöltä ja heidän oikeuksiensa ja velvollisuuksiensa oikeudenmukaisen jakautumisen. Osapuolilla on suhteen loppuessa sen oikeudellisesta muodosta riippumatta samat suojelutarpeet. Bailey-Harrisin edustaman ajattelutavan mukaan oikeuden tehtävänä on tasoittaa roolijaosta seuranneita eroja parisuhteen osapuolten taloudellisessa tilanteessa ja ottaa tasapuolisesti huomioon erilaiset panostukset suhteeseen. Edellä mainitusta ei välttämättä seuraa avio- ja avioliiton täydellinen rinnastaminen.

Oikeuskäytännön etuja ovat joustavuus ja sen jatkuva kyky kehittyä, mutta se ei näytä yleisesti ottaen tuottaneen täysin tyydyttäviä tuloksia.⁵¹² Oikeuskäytännön doktriinivalikoima on runsas ja doktriinien suhde toisiinsa on epäselvä. Oikeudenkäynneistä tulee tämän monimutkaisuuden takia sekä kallista että tulokseltaan epävarmoja. Tällä on merkityksensä osapuolen mahdollisuuksiin perätä oikeuksiaan.⁵¹³ Etenkin kotityön arvostus näyttää oikeuskäytännössä jääneen vähäiseksi. Positiivisiakin ennakkotapauksia ryhdytään helposti ajan mittaan tulkitsemaan suppeasti. Bailey-Harris tuo esille, että avioliittoakin koskevissa harkintaratkaisuihin on havaittavissa, että tuomioistuimet systemaattisesti aliarvioivat kodinhoitajan ja vanhemman tehtäviä arvioidessaan puolisoitten avioliittoon panostamista.⁵¹⁴ Harkintaan perustu-

⁵¹¹ Bailey-Harris.

⁵¹² Bailey-Harris mainitsee yhtenä varoittavana esimerkkinä niille, jotka uskovat oikeuskäytännön riittävyyteen new constructive trust'n, joka »has failed to realize its promise in the field of domestic relationships in Australia». Tämä trust-muoto perustuu kohtuuttomuuden arviointiin osapuolten tarkoituksesta riippumatta. Bailey-Harris, s. 237–238.

⁵¹³ Bailey-Harris, s. 240, siteeraa Australian Law Reform Commission'ia, joka on erityisesti kiinnittänyt huomiota pahoinpideltyjen tai pahoinpitelyllä uhattujen naisten mahdollisuuksiin saavuttaa oikeuksia. Pahoinpitely vaikuttaa toimintakykyyn. (ALRC Report No 69: Part I: Equality Before the Law: Justice For Women, 1994, para 9.55)

⁵¹⁴ Ks.lähemmin Bailey-Harris, s. 250–251.

vaa avio-omaisuudenjakoa on Australiassa kritisoitu paljon.⁵¹⁵ Bailey-Harrisin kanta on, että lainsäädäntö on paras menettelytapa. Lainsäädäntösuunnitelmissa hyvänä lähtökohtana on pidetty omaisuuden puolittamista. Tämä voi viitata yhteisyysideologiaan (ideology of »communality») aviovarallisuusasioissa, mikä ei sovellu kaikkiin yhteistalousmuotoihin.

Yksi lainsäädännön kehittymistie on avioliittolainsäädännön laajentuminen joiltain osin koskemaan myös avoliittoa. Kanadan Ontarion Family Law Act'in III osa käsittelee elatusvelvollisuutta (Support Obligations). Tässä osassa (29) mainitaan, että puolisollla tarkoitetaan myös yhdessä avioliiton ulkopuolella asunutta miestä ja naista, jos he ovat jatkuvasti asuneet yhdessä vähintään kolme vuotta. Tähän statukseen riittää suhteen jonkinlainen vakituisuus silloin kun osapuolilla on biologinen tai adoptoitu lapsi. Vastaavanlaisia säännöksiä on useimmissa Kanadan provinseissa.⁵¹⁶ Tällaista laajennusta ei ole tehty omaisuutta koskeviin kohtiin. Oikeuskäytännössä on käytetty konstruktiota constructive trust omaisuudenjakoon.⁵¹⁷ Edellä mainitun lain osassa IV, jossa käsitellään puolisoliden tekemiä sopimuksia (domestic contracts), on yhtenä sopimuslajina yhdessäasumissopimus (53, cohabitation agreement).

Hollannin rekisteröityä parisuhdetta koskeva lainsäädäntö, joka astui voimaan 1.1.1998 koskee sekä heteroseksuaalisia että samaa sukupuolta olevia pareja.⁵¹⁸ Rekisteröitymiseen voivat näin ollen turvautua sekä ne, jotka eivät sukupuolisen suuntautumisensa vuoksi voi solmia haluamansa kaltaista avoliittoa että ne, jotka eivät halua avioitua. Rekisteröityminen tuottaa suurin piirtein avoliittoa vastaavan juridisen aseman, kun lapsia koskevaa sää-

⁵¹⁵ Bailey-Harris, s. 251–252.

⁵¹⁶ Bala, s. 304.

⁵¹⁷ Bala, s. 302–303. Tätä 1970-luvun lopun ajattelutavan muutosta ilmensi Kanadan korkeimman oikeuden päätös Pettkus v Becker vuonna 1980. Kyseessä oli 19 vuotta kestänyt liitto, jossa molemmat olivat työskennelleet kodin ulkopuolella ja maataloudessa. Liiton aikana hankitun omaisuuden katsottiin kuuluvan puoliksi kummallekin. Kotitöille ei vielä tällöin annettu vastaavaa arvoa avoliittojen omaisuutta jaettaessa. Kotityön arvo omaisuudenjaon perusteena nousi vuoden 1993 korkeimman oikeuden ratkaisulla Peter v Beblow. Tässä avovaimo, joka oli enimmäkseen tehnyt kotitöitä, sai suunnilleen puolet 12 vuoden pituisen liiton aikana hankitusta omaisuudesta eli kodin.

⁵¹⁸ (Staatsblad 1997, nr. 324, 5.7.1997 ja nr. 661 sekä Staatsblad 1997, nr. 660, 17.12.1997). Muutoksen pääasiallisia kohtia on Hollannin BGB:n ensimmäiseen kirjaan lisätty uusi otsikko 5A rekisteröidystä parisuhteesta (artiklat 80a–80e). Hollannissa on esitetty myös avioliiton muuttamista sukupuolineutraaliksi. Tietolähteeni Hollannin lainsäädännöstä on ollut Kees Waaldijk ja hänen välittämänsä viralliset tiedonannot, muun muassa internetosoitteessa <http://www.xs4all.nl/~nvihcoc/marriage.html>.

telyä ei oteta lukuun. Lapsia koskevaa lainsäädäntöä suhteessa samaa sukupuolta olevien vanhemmuuteen ollaan Hollannissa myös oltu muuttamassa.

Suomessa ja Saksassa ei ole erillistä avoliittoja koskevaa yksityisoikeudellista kokonaislainsäädäntöä.⁵¹⁹ Perhetoimikunta huomautti mietinnössään vuodelta 1992, että avoliittojen yleistyessä niitä koskevat ongelmat lisääntyvät.⁵²⁰ Oikeudenmukaiseen lopputulokseen pääseminen olisi toimikunnan mukaan ratkaistava lainsäädännön keinoin. Käsittelen jäljempänä näissä työni keskiössä olevissa maissa esiintynyttä oikeudellista avoliittoajattelua.

4.2. Samaa sukupuolta olevien liitot

Suhtautumisen samaa sukupuolta olevien liittoihin on esitetty muuttuneen meidän kulttuuripiirissämme kielteisemmäksi 1200-luvulla.⁵²¹ Samaan aikaan alettiin suhtautua vainoavasti myös muihin sukupuolirajoja ylittäviin käyttäytymistapoihin, kuten naisten pukeutumiseen miehiksi tarkoituksella saavuttaa joku miehinen (valta)asema. Sekä meidän kulttuurissamme että muilla kulttuurialueilla on esiintynyt samaa sukupuolta olevien henkilöiden enemmän tai vähemmän virallisia parisuhteita.⁵²² Nykyinen suhtautuminen, jossa samaa sukupuolta olevien liittoja pidetään poikkeuksellisina ja jopa luonnottomina, ei ole aikaan ja paikkaan sitoutumaton »ikuinen ja luonnollinen» suhtautumistapa. Meidän kulttuurialueemme nykyisessä oikeudellisessa ajattelussa avioliitto on heteroseksuaalinen. Vaikka avioliiton heteroseksuaalisuutta ei olisi laissa nimenomaisesti mainittu, sen on oikeuskäytännössä katsottu olevan avioliiton edellytys.⁵²³ Euroopan ihmisoikeustuomioistuimien päätös samaan tulkintaan.⁵²⁴

Kees Waaldijk on Euroopan maita vertaillen havainnut seuraavan yleisen linjan lainsäädännöllisessä kehityksessä.⁵²⁵ Lähtötasona on vertailluissa

⁵¹⁹ Ks. saksalaisista ehdotuksista esim. Streit, s. 132 3/1995, s. 95–96 2/1996, s. 141 3/1997.

⁵²⁰ Perhetoimikunnan mietintö, s. 87.

⁵²¹ Ks. lähemmin esimerkiksi Eskridge, s. 1469–1474.

⁵²² Ks. lähemmin esimerkiksi Eskridge. (John Boswell: Same-Sex Unions in Pre-modern Europe, Vintage 1994, käsittelee myös tätä aihetta, perustuen erityisesti Boswellin löytämiin samaa sukupuolta oleville pareille tarkoitettuihin vihkikaavoihin.)

⁵²³ Waaldijk, s. 91.

⁵²⁴ Waaldijk, s. 91: (Rees case, 17.10.1986, Series A, No. 106, para 49; Cossey case, 27.9.1990, Series A, No. 184, para 46).

⁵²⁵ Waaldijk. Linja on yleistys eikä vastaa kaikkien maiden kehitystä. Waaldijk on artikkelissaan esittänyt myös yksityiskohtaisempia linjauksia.

maissa yleensä ollut (miesten) homoseksin täydellinen kieltäminen. Suomessa voimassa ollut myös naisten välisten seksuaalisuhteiden kriminalisointi on kansainvälisesti ollut melko harvinaista, samoin kuin korotetut suojaikärajat naisten välisissä suhteissa.⁵²⁶ Kehityksen ensimmäinen askel on ollut aikuisten välisen seksin dekriminalisointi. Dekriminalisointia on seurannut suojaikärajojen yhdenmukaistaminen, minkä jälkeen on seurannut syrjintää vastustava lainsäädäntö ja seuraavaksi on päästy samaa sukupuolta olevien parisuhteen virallistamiseen. Viides vaihe saattaisi olla homoseksuaalisen vanhemmuuden oikeudellinen tunnustaminen.⁵²⁷ Suomi ei ole aivan vielä yltänyt toiseen askeleseen.⁵²⁸ Voi myös kysyä, onko Suomen lainsäädäntö täysin toteuttanut edes ensimmäistä askelta eli dekriminalisointia. Meillähän on vielä 1.1.1999 asti voimassa niin sanottu kehotuspykälä (RL 20:9.2).⁵²⁹ Saman rikoslain muutoksen yhteydessä yhdenmukaistuvat suojaikärajat osapuolten sukupuolesta riippumattomiksi. Vaikka toisen askeleen ottamisessa vielä vähän aikaa onkin puutteita, meillä on toisaalta toteutettu kolmatta askelta eli syrjintäsuojaa. Hallitusmuodon yleisen syrjintäkiellon lisäksi rikoslaissa on syrjintäkriminalisointeja, joissa on nimenomaisesti mainittu myös sukupuolinen suuntautuminen.⁵³⁰

Kun avioliiton tarkoituksena nähtiin patrilineaarisen suvun jatkaminen ja sen omaisuuden periittäminen, etenkin naisen aviolliselle uskollisuudelle pantiin suuri paino. Lapsen asema oli riippuvainen lapsen aviollisesta statuksesta. Yksilöllisemmän suhtautumisen vallatessa alaa lapsen oma etu tuli keskeisemmäksi eikä hänen asemansa enää riippunut aviollisesta statuksesta. Lapsen aseman yhtenäistäminen onkin ollut ensimmäinen selkeä askel avio- ja avoliiton lähentymisen tiellä. Samaa ja eri sukupuolta olevien liittojen yhtenäistämisen kehitys kulkee päinvastaisesti. Niissä maissa, joissa samaa sukupuolta olevien parisuhde rinnastetaan muuten eri sukupuolta olevien liittoihin, lapset on joiltain osin jätetty rinnastuksen ulkopuolelle. Tutkimukset eivät ole osoittaneet vanhempien parisuhteen sukupuolijakautuman mukai-

⁵²⁶ Isaksson, s. 99.

⁵²⁷ Ks. nykytilanteesta ja jo olemassa olevista mahdollisuuksista lähemmin Waaldijk.

⁵²⁸ Ks. Suomen lainsäädäntötilanteesta (erityisesti parisuhdenäkökulmasta) laajemmin Hiltunen.

⁵²⁹ Laki rikoslain muuttamisesta 563/98, HE 6/1997.

(»Joka julkisesti kehottaa samaa sukupuolta olevien henkilöiden välisen haureuden harjoittamiseen...»)

⁵³⁰ RL 11:9 ja 47:3 (RL 11:8 Kiihottaminen kansanryhmää vastaan).

sia keskimääräisiä eroja lapsissa ja heidän tasapainoisuudessaan.⁵³¹ Ilmeisesti samaa sukupuolta olevat vanhemmat koetaan niin poikkeavina, että tätä tilannetta pidetään »luonnollisesti» lapsen edun vastaisena. Oikeusministeriön työryhmän ehdotuksessa (14.10.1997) hedelmöityshoidosta on yksinäisten ja lesbonaisten oikeudettomuutta hedelmöityshoitoon perusteltu lapsen edulla, minkä puolestaan määritellään tarkoittavan lapsen oikeutta isään.⁵³² Toteamalla yksiselitteisesti, että lapsen edun vastaista on olla »sukupuolsemaltaan isätön» eli että »hänet asetetaan asemaan, joka poikkeaa muiden lasten asemasta» on ilmeisesti pyritty välttymään siltä ristiriidalta, että tutkimustulokset eivät ole osoittaneet lapsen edun vaativan hänen kasvamistaan heteroseksuaalisessa ydinperheessä.⁵³³

Kaikissa pohjoismaissa Suomea lukuunottamatta on säädetty erilliset lait samaa sukupuolta olevien liittoja varten: Ruotsissa Lag om homosexuella sambor (1987:813) ja Lag om registrerat partnerskap (1994:1117), Norjassa Loven om registrert partnerskap (nr 40, 1993), Tanskassa Lov om registreret partnerskab (nr 372, 1989) ja Islannissa laki vahvistetusta yhdessäelämisestä (stadfest samvist, 27.6.1996).⁵³⁴ Muut pohjoismaat ovat enää yhden askelman päässä Waaldijkin »lopputasanteesta». Rekisteröity kumppanuus, josta on käytetty myös käännöstä virallistettu parisuhde⁵³⁵ ja jota itse kutsun rekisteröidyksi parisuhteeksi, vastaa avioliittolainsäädäntöä. Ruotsissa, jossa on omaa lainsäädäntöä avioliittoa varten, on lisäksi vastaava laki homoseksuaaliselle avioliitolle, kuten yllä ilmenee. Nämä pohjoismaiset keskenään

⁵³¹ Ks. esim. SOU 1993:98 Del B, osa IV ja Hiltunen, s. 8. B-osassa tutkimustietoa myös homoseksuaalisista parisuhteista yleensä.

⁵³² Sukusolujen ja alkiodien käyttö lääketieteellisessä hedelmöityshoidossa, s. 14.

⁵³³ Työryhmän jäsen ylilääkäri Outi Hovatta onkin jättänyt mietintöön eriävän mielipiteensä, jossa hän viittaa myös tutkimustuloksiin, joiden mukaan »yksin tai toisen naisen kanssa eläville naisille syntyneiden lasten sekä tunne-elämän että fyysinen kehitys ovat hyvät, paremmat kuin lasten keskimäärin». Toivottuina ja suunniteltuina syntyvillä yksinäisten naisten lapsilla ei ole erityisongelmia.

⁵³⁴ Asiasta on keskusteltu monissa muissakin maissa.

Ks. Saksan ehdotuksista mm. Streit, s. 87 2/1998, s. 190 4/1997, s. 18–19 1/1997 (s. 10–18 ehdotusten kritiikkiä Ingrid Steinmeister: Lebensformenrecht – Lesben formen Recht), s. 95–96 2/1996, s. 46 1/1996, s. 184 4/1995, s. 133 3/1995 ja van der Veen, Hendriks, Mattijsen, s. 234.

⁵³⁵ Ks. Hiltunen. Sanan rekisteröinti on koettu tuovan ikäviä mielle yhtymiä homorekistereistä. Käytän itse johdonmukaisesti tätä sanaa, koska omassa visiossani se ei rajoittuisi vain homoseksuaaleihin. Rekisteröiminen kuulostaa minusta epämuodollisemmalta kuin virallistaminen. Ks. nimestä myös Oikeusministeriön lausunto lakivaliokunnalle 1996, s. 9.

hyvin samantapaiset lait antavat samaa sukupuolta oleville kumppaneille aviopuolisoja vastaavan aseman varallisuussuhteissaan. Tämä pätee myös muuhun asemaan, joskin joitain poikkeuksia on. Yksi merkittävä yhteinen poikkeus on, ettei rekisteröidyillä puolisoilla ole samanlaista adoptioisoikeutta kuin aviopuolisoilla. Edellä mainittu Hollannin rekisteröityä parisuhdetta koskeva laki murtaa sukupuolirajoja pidemmälle kuin pohjoismaiset lait siinä mielessä, että se on sukupuolineutraali. Pariskuntia ei ole tässä laissa enää eroteltu sukupuolisen suuntautumisen perusteella eri lakien piiriin.

Kansanedustaja Outi Ojalan tekemä rauennut lakialoite⁵³⁶ olisi toteutessaan vienyt Suomen muita pohjoismaita edelle Waaldijkin kehitysporrastuksen viimeiseen vaiheeseen. Lakialoite oli muuten asiasisällöltään samankaltainen kuin muissa pohjoismaissa voimassa olevat lait, mutta siinä ei suljettu pois samaa sukupuolta olevilta pareilta mahdollisuutta adoptioon. Ojala on sittemmin tehnyt uuden lakialoitteen, jossa mahdollisuus adoptioon on suljettu pois.⁵³⁷ Oikeusministeriö totesi lausunnossaan lakialoitteesta, että aloitteessa ehdotetun »lain perusratkaisut ovat samat kuin muissa pohjoismaissa omaksutut, joten sen säätäminen lisäisi oikeudellista yhdenmukaisuutta Pohjolassa maiden välillä tehdyn yhteistyösopimuksen hengessä (SopS 28/62)».⁵³⁸

Ruotsin lain esitöissä on todettu, että lakiehdotus perustuu ajatukselle kaikkien ihmisten samanarvoisuudesta ja samanlaisuudesta lain edessä.⁵³⁹ Yhteiskunnan ei tule ottaa kantaa ihmisten yhteiselämän muodon valintaan. Yhteiskunnan tehtävänä on helpottaa ihmisten mahdollisuutta elää toiveidensa ja taipumustensa mukaan eikä estää sitä, edellyttäen ettei sillä vahingoiteta muita. Lain tarpeellisuutta perustellaan paitsi osapuolten tarpeilla myös asenteiden muokkaamisella kohti suurempaa tietoisuutta, ymmärrystä ja avoimuutta homoseksuaalisuutta ja homoseksuaalisia parisuhteita kohtaan.

Perhettä koskevassa oikeudessa on pohjoismaissa saanut laajaa kannatusta neutraalisuusperiaate.⁵⁴⁰ Alunperin keskustelu koski lähinnä avo- ja avoliiton suhdetta. Sen mukaan erilaisiin yhteiselämän muotoihin tulisi suhtau-

⁵³⁶ Lakialoite 4/1993.

⁵³⁷ Lakialoite 26/1996.

⁵³⁸ Oikeusministeriön lausunto lakivaliokunnalle 1996, s. 4.

Oikeusministeriö on 17.12.1997 asettanut työryhmän selvittämään samaa sukupuolta olevien yhteiselämään liittyvien epäkohtien poistamiseksi tarpeellisia lainsäädäntötoimenpiteitä.

⁵³⁹ SOU 1993:98 Del A, s. 11.

⁵⁴⁰ Ks. lähemmin Perhetoimikunnan mietintö, s. 79–80, Hiltunen, s. 18–20, Mattila, s. 140 ja Agell (1987), s. 150–156.

tua neutraalisti. Samanlaisia sosiaalisia tilanteita ei tulisi kohdella eri lailla vain siksi, että niiden juridinen muoto on erilainen. Tämän neutraalisuusperiaatteen puolen on usein katsottu soveltuvan lähinnä julkisoikeuteen, missä sillä on Suomessakin ollut käytännön merkitystä. Yksityisoikeudessa on enemmän vallinnut neutraalisuusperiaatteen toinen puoli eli ihmisille olisi jätettävä valinnanvapautta eikä pakottaa kaikkia samaan muottiin. Tästä näkökannasta voi olla seurauksena erilaisten oikeudellisten vaihtoehtojen luominen tai ajattelu, jossa ihmisten oikeussuhteiden muoto katsotaan seurauksiaan myöten harkituksi valinnaksi. Perhetoimikunta katsoi mietinnössään vuodelta 1992, että neutraalisuuden periaate olisi ymmärrettävä niin, ettei mitään perhemuotoa aseteta perusteettomasti muista poikkeavaan asemaan.⁵⁴¹

Perhetoimikunta totesi, että »Avioliiton oikeudellinen sääntely ei enää nykyisin pyri ylläpitämään tiettyjä eettisiä tai uskonnollisia katsomuksia, vaan sen tavoitteena on suhteen kestäessä syntyvien käytännöllisten kysymysten ratkaiseminen. Tämän vuoksi ei voida nähdä eettisiä tai uskonnollisia esteitä sille, että samaa sukupuolta olevien parisuhdetta säännellään ja että tällöin omaksutaan ratkaisuja, jotka muistuttavat avioliittolaissa omaksuttuja.»⁵⁴² Toimikunta katsoi, että lakia samaa sukupuolta olevien parisuhteen rekisteröimisen mahdollistamiseksi olisi ryhdyttävä valmistelemaan.

Suhtautuminen heteroseksuaaliseen avioliittoon alkaa vähitellen lähestyä suhtautumista avioliittoon. Se nähdään yhä useammin avioliittoa vastaavana yhteiskunnallisena ilmiönä, jota koskevat näin ollen esimerkiksi samankaltaiset oikeussuojatarpeet. Seuraava askel on tämän ajattelutavan laajentuminen samaa sukupuolta olevien liittoihin.⁵⁴³ Niihin suhtautuminen näyttää joissain maissa seurailevan avioliiton jälkiä. Esimerkiksi Kanadassa avioliittojen omaisuudenjakoon kehitetty constructive trust on laajentunut heteroseksuaalisista avioliitoista koskemaan myös samaa sukupuolta olevien avioliittoja.⁵⁴⁴ Puolison käsite on samoin alkanut laajentua käsittämään aviopuolison lisäksi joissain yhteyksissä avopuolison, jota käsitettä ei enää aina ole rajattu heteroseksuaalisiin liittoihin.⁵⁴⁵ Pohjoismainen ratkaisu, Suomea lukuunottamatta, on ollut luoda samaa sukupuolta oleville mahdollisuus omaan virallistettuun liittomuotoon.

⁵⁴¹ Perhetoimikunnan mietintö, s. 80.

⁵⁴² Perhetoimikunnan mietintö, s. 89–90.

⁵⁴³ Ks. Saksan lesboparien oikeudellisesta asemasta Steinmeister. Hänen tekstistään ilmenee, että oikeuskäytäntö suhtautuu eri lailla lesbopareihin kuin heteroavopareihin.

⁵⁴⁴ Bala, s. 293, 306 (Andersson v Luoma, 1986).

⁵⁴⁵ Ks. esimerkiksi Kanadan tilanteesta Bala, s. 307–311, ks. käsitteiden laajentumisesta Suomen käytännössä Hiltunen, s. 31–34.

Joissain maissa, kuten Hollannissa, Espanjassa, Italiassa, Ranskassa ja Belgiassa samaa sukupuolta olevien parien on ollut mahdollista rekisteröidä parisuhteensa kunnallisella tasolla joillain paikkakunnilla.⁵⁴⁶ Joissain hallinnollistyyppisissä ratkaisuissa voidaan eri maissa, muun muassa Suomessa⁵⁴⁷ ja Saksassa⁵⁴⁸, antaa samaa sukupuolta olevalle parisuhteelle oikeudellista merkitystä. Tämä on kuitenkin yleensä paljon harvinaisempaa kuin merkituksen antaminen heteroseksuaaliselle avioliitolle.

Asennoitumista samaa sukupuolta olevien avioliittoihin on usein verrattu rodullisiin seka-avioliittoihin asennoitumiseen.⁵⁴⁹ Molempia on vastustettu samanlaisilla argumenteilla. Eri rotuisten ihmisten välisiä avioliittoja on kuten samaa sukupuolta olevienkin liittoja pidetty muun muassa luonnottomina. Rodulliset seka-avioliitot ovat olleet uhka rodulliselle hierarkialle ja siihen liittyvälle rodullisen puhtauden ideaalille. Samaa sukupuolta olevien avioliitot voi vastaavasti nähdä uhkana sukupuolten väliselle hierarkialle ja sukupuoliroolien puhtaudelle.

5. AVOLIITTO SUOMEN JA SAKSAN OIKEUDELLISESSA AJATTELUSSA

Franz Rothenbacherin vuodelta 1995 olevan Eurooppaa koskevan kolmiluokituksen mukaan sekä Suomi että Saksa kuuluvat avioliittojen yleisyydessä keskimmäiseen ryhmään. Avioliitto on siinä kehitymässä yhdeksi yleiseksi elämisen muodoksi.⁵⁵⁰ Tämä ryhmä on jaettu kahteen alaryhmään sen mu-

⁵⁴⁶ SETA/Lehtikuusi & Hiltunen, s. 2 ja osittain Hiltunen, s. 51–52, Dalloz action, s. 330 (Ranska). Ks. myös Tatchell, s. 101–137, ja Tielman and Hammelburg, s. 252–342, ensin mainitussa katsaus Euroopan ja viimeksi mainitussa maailman lainsäädäntötilanteeseen koskien lesbojen ja homojen asemaa. Myös Yhdysvalloissa on samaa sukupuolta olevien parien mahdollista rekisteröityä joissain kaupungeissa, SETA/Lehtikuusi & Hiltunen, s. 2, SETA 2/92, s. 5, 1/93, s. 14, 5/93, s. 9.

⁵⁴⁷ Esimerkiksi seuraavat: Helsingin kaupunki rinnastaa lesbo- ja homoparit lapsettomiin heteropareihin vuokra-asuntoja ja työsuhdeasuntoja myöntäessään (SETA 4/1990). Näin tekee myös kaupungin asuntolainarahasto lainaa myöntäessään. KHO:n päätös 22.6.1993, Diaarin:o 6830/7/92, jossa karkottamispäätökseen kumoamiseen vaikutti myös homoseksuaalinen parisuhde.

⁵⁴⁸ Tielman, Hammelburg, s. 282. Ks. yleensä samaa sukupuolta olevien parien oikeudellisesta asemasta Saksassa Grib, s. 290–301.

⁵⁴⁹ Ks. esim. Eskridge, s. 1504–1508.

⁵⁵⁰ Rothenbacher, s. 5–6. Rothenbacherin artikkelin pohjana olevat tiedot lienevät vanhempia kuin artikkeli eli tilanne ei välttämättä ole enää kaikilta osin aivan sama kuin

kaan, kuinka usein avoliitossa hankitaan lapsia. Suomi kuuluu alaryhmään, jossa paljon lapsia syntyy avoliitossa, Saksa taas siihen, jossa niitä avoliitossa syntyy vähän. Ensimmäisen ryhmän maita, joissa avoliitot ovat vakiintuneita ja joissa suurin osa lapsista syntyy avoliitossa, ovat Ruotsi, Tanska ja Islanti. Norja kuuluu Suomen kanssa samaan ryhmään. Lasten syntymistä avoliitossa pidetään usein osoituksena tämän liittomuodon vakiintuneisuudesta.⁵⁵¹ Rothenbacherin kolmannen ryhmän maissa avoliitto on tuntematon tai ei havaittavissa.

Millä perusteella ihmiset valitsevat parisuhteensa muodon?⁵⁵² Yksi syy lienee liiton imago, millaista sitoutumisen tai vapauden astetta se kullekin edustaa. Toinen syy lienee hyötyvertailu, mikä liittotyyppi on kyseisessä asemassa olevalle henkilölle edullisin. Avoliittoon instituutiona liittyvillä asenteilla ja asennoitumisilla lienee vaikutuksensa siihen valitaanko se liittomuodoksi vai ei. Avoliitolla on myös roolinsa esi- tai koeavoliittona. Sekä avo- että avoliittoja ja -puolisoja on monenlaisia eivätkä liiton muodon valitsemisen syyt liene aina asianosaisille itselleenään täysin selvät. Kaikille avoliitto ei ole yksi valinnan mahdollisuus, vaan ainut mahdollinen vaihtoehto. Suomessa ja Saksassa tämä koskee esimerkiksi lesbo- ja homoseksuaaleja pareja.

Sami Mahkonen on määritellyt Avoliitto-kirjansa aluksi käsittelemänsä avoliiton sosiaalilainsäädännön mukaisesti.⁵⁵³ Avoliitossa »mies ja nainen asuvat tai ovat eläneet jatkuvasti yhteistaloudessa avoliittoa kuitenkaan keskenään solmimatta». Marketta Ritamies ja Anneli Miettinen viittaavat avoliittotutkimuksessaan Kari Pitkäseen ja seuraavaan määritelmään avoliittoja koskevassa tutkimuksessaan: »Avoliitto merkitsee kahden henkilön avoliiton omaista yhdessä asumista yhteisessä taloudessa ilman, että heidät on vihitty juridisesti pätevään avoliittoon.»⁵⁵⁴

Staudingerin kommentaarin avoliitto-osan kirjoittaja Hans-Wolfgang Strätz on todennut, että avoliitosta ei vielä ole yleisesti hyväksyttyä määritelmää.⁵⁵⁵ Yleistä käsitystä vastaa hänen nähdäkseen seuraava määritelmä:

tutkimuksen pohjamateriaalia kerättyä. Ks. avoliittojen yleistyneisyydestä Suomessa Auvinen, s. 18, 21–23.

⁵⁵¹ Ks. esim. Ritamies, Miettinen, s. 51, 93–94.

⁵⁵² Ks. lähemmin Ritamies, Miettinen, s. 16–19, 72–78, 95–99. Ks. myös NOU 1988:12, s. 32–33.

⁵⁵³ Mahkonen (1984), s. 1–3.

⁵⁵⁴ Ritamies, Miettinen, s. 12–13. Erityisesti liiton kestolle ja yksittäisissä tapauksissa pariskunnan omalle käsitykselle asiasta annetaan usein merkitystä määrittelyperusteina.

⁵⁵⁵ Ks. lähemmin Strätz, s. 102–103.

Avoliitto on kahden ihmisen heteroseksuaalinen yhteisyys, jossa halutaan toteuttaa määrittelemättömän pituinen laaja elämänyhteisyys ilman oikeudellisen avioliiton muotoa ja seurauksia. Wolfgang Maus on todennut, että vaikka oikeuskäytännössä ja -kirjallisuudessa on heteroseksuaalisuutta periaatteessa pidetty avioliiton edellytyksenä, tälle käsitykselle ei löydy oikeudellista tukea.⁵⁵⁶ Oikeuskäytäntökään ei ole pitänyt siitä kiinni. Hänen määritelmänsä mukaan avioliitto on kestävästi aiottu pidemmän aikaa eletty kahden yhteisyys, joka tietoisesti ei ole avioliitto.

Avoliitto on tyyppiesimerkki käsitteestä, jonka kaikki tuntevat ja uskovat tietävänsä mikä se on, mutta jonka kattava määrittely on vaikeaa. Kun avioliitolle annetaan oikeudellista merkitystä, se on jollain tasolla määriteltävä. Määritelmästä voidaan pyrkiä tekemään yleispätevä tai jakaa se osiin erilaisia tilanteita silmälläpitäen. Asioiden jotkut puolet saattavat nousta nimenomaisen keskustelun kohteeksi vasta määrittelyprosessin kautta. Edellä tuli jo esille yksi liiton ominaisuus, jota usein pidetään itsestään selvästi »avioliitonomaisena» eli että kumppanien oletetaan olevan eri sukupuolta. En pyri tässä työssä luomaan määritelmää avioliitolle, vaan hahmottamaan miten siihen on oikeudellisesti suhtauduttu. Tarkoitukseni on valaista parisuhdeajattelun vaikutusta avioliiton juridisessa arvioinnissa.

Avoliittoa koskeva yksityisoikeudellinen oikeuskäytäntö käsittelee usein eron jälkeistä omaisuuden jakoa. Tarkastelen seuraavassa tätä tilannetta ja parisuhdeasenteiden merkitystä siinä. En siten käsittele esimerkiksi sosiaalioikeutta.⁵⁵⁷ Puolison elatusavusta avioliiton purkaututtua ei Suomessa ole juurikaan keskusteltu. Meillä se on avioliitonkin jälkeen ollut nimenomaisesti elatusapuna melko poikkeuksellinen ilmiö.⁵⁵⁸ Saksassa elatusavulla on ollut huomattavasti suurempi merkitys ja siitä on avioliittokeskusteluissakin kirjoitettu runsaasti. Ilman nimenomaista sopimusta oikeuteen saada elatusapua avioliiton purkaututtua on yleensä suhtauduttu melko torjuvasti.⁵⁵⁹

Saksan perustuslain 6 artiklan takaaman avioliiton ja perheen suojan on yleensä katsottu tarkoittavan vain muodollisesti solmittuja avioliittoja eikä de facto perheitä.⁵⁶⁰ Perustuslain ei ole katsottu kieltävän avioliittoa, mutta

⁵⁵⁶ Maus, s. 27–30. Maus mainitsee myös, ettei seksuaalisuutta ehdottomasti vaadita sen enempää avo- kuin avioliitossakaan.

⁵⁵⁷ Ks. avioliitosta laajemmin Gottberg (1/1995), s. 379–427.

⁵⁵⁸ Gottberg (1/1995), s. 104–105, ks. lähemmin s. 131–137. Suomen ja mm. Saksan avioliiton jälkeisestä elatuksesta ks. lisäksi s. 165–177.

⁵⁵⁹ Esim. Schreiber, s. 127–129.

⁵⁶⁰ Strätz, s. 106, Glendon s. 264. Ks. art. 6 sekä art. 2 ja 3.

kylläkin avio- ja avoliiton samanarvoisuuden tai avoliiton saattamisen jossain suhteessa avoliittoa epäedullisempaan asemaan.

5.1. Mitä oikeutta avoliitto-oikeuden on katsottu olevan?

Avoliiton ollessa perhesuhde luokiteltaisiin se periaatteessa perheoikeudelliseksi suhteeksi. Mahkonen esittää kolme kirjallisuudessa käytettyä tapaa tarkastella avopuolisoiden varallisuusriitoja: yhteisöoikeus, työsopimus ja vertailu aviopuolisoiden asemaan.⁵⁶¹ Näiden oikeudenalojen soveltuvuuden pohdinta on ollut keskeistä myös saksalaisessa keskustelussa.

5.1.1. Perheoikeuden soveltaminen

Avoliitto-oikeuden soveltumattomuudesta avoliittoihin vallitsee sekä Suomessa että Saksassa laaja yksimielisyys.⁵⁶² Avoliittoinstituutiolla on pakolliset solmimismuodollisuudet. Avoliittoon on usein asennoiduttu nimenomaisena osoituksena tahdosta olla solmimatta avoliittoa ja sitoutumatta sitä koskevaan lainsäädäntöön. Avoliitto-oikeutta ei ole yleensä katsottu voitavan saada voimaan edes sopimuksella, mutta yksittäisiä pykäläiä vastaavien määräysten voimassaolosta voidaan sopia.⁵⁶³ Avoliiton osapuolten sopimuksiin tunnutaan suhteessa avoliitto-oikeuteen usein suhtautuvan enemmänkin yrityksinä luoda »laiton avoliitto» kuin itsenäisinä tiettyyn säännöstöön viitattavina sopimuksina.

Avoliittolainsäädäntö ilmentää oikeudellista suhtautumista parisuhteeseen. Jos parisuhdekäsityksillä on merkitystä suhtautumisessa avoliittoon, avoliittolainsäädännöllä on välillistä vaikutusta siihen. Näin ei useinkaan ole siksi että haluttaisiin analogisesti soveltaa avoliittolainsäädäntöä, vaan siksi että avoliittolainsäädäntö ja parisuhdekäsitykset ovat pitkälti yhteneväiset. Ne ovat olleet pitkässä vuorovaikutussuhteessa toisiinsa.

Avopuolisoiden tilanne on pitkälle rinnastettavissa sellaisten puolisoiden tilanteeseen, joiden avoliitto on peruutunut.⁵⁶⁴ Kummassakin tapauksessa on ollut kyse elämisestä parisuhteesta, joka ei ole ollut (tai ollutkaan) avoliit-

⁵⁶¹ Mahkonen (1984), s. 13–14.

⁵⁶² Saksan osalta, ks. esim. Strätz, s. 108–109.

⁵⁶³ Mahkonen (1984) on pohtinut avoliittolain hyväksi käyttämisen mahdollisia muotoja, s. 103–107.

⁵⁶⁴ Ks. myös Mahkonen (1984), s. 16.

to. Peruutumista koskeva lainsäädäntö kumottiin vuonna 1987, mutta voimassa ollessaan AL 90 §:n mukaan avio-oikeus oli vain avioliiton aikana hankittuun omaisuuteen, ei sitä ennen olleeseen eikä perintönä, lahjana tai testamentilla saatuun omaisuuteen. Erityislainsäädäntöä peruutumista varten ei katsottu uudessa avioliittolainsäädännössä enää tarvittavan lähinnä siksi että osituksen sovittelun avulla voitaisiin tarvittaessa menetellä yleissäännöistä poikkeavasti.⁵⁶⁵ Peruutumistilanteiden voi sanoa kuvastaneen käsitystä siitä, mikä on kohtuullinen omaisuusjärjestely parisuhteessa elämisen päättyessä. Koska peruutuva liitto ei ollut ollut lain mukaan luvalinen, siitä ei kuitenkaan saanut hyötyä eli avio-oikeus ei ollut koko laajuudessaan voimassa. Saksan lähtökohtainen avio-omaisuusjärjestelmä lisäyksen yhteisyys vastaa Suomessa peruutumistilanteissa vallinnutta sääntelyä.⁵⁶⁶

Kihlaussäännösten ei ole yleensä nähty soveltuvan avioliittoihin.⁵⁶⁷ Niiden edellyttämää aikomusta solmia avioliitto ei useinkaan ole olemassa. Suomessa ei kihlauksella avioliittolain vuoden 1987 uudistuksen jälkeen ole enää oikeudellisia seuraamuksia.

Sophie Evans-von Kreb on aikoinaan ehdottanut kihlausanalogian käytönottoa Saksassa.⁵⁶⁸ Liiton loppuessa voisi tällöin saada korvausta vahingoista ja kuluista. Korvaus ei olisi korvausta liiton loppumisesta, vaan yhdessä elämisestä aiheutuneista kuluista tai vahingoista. Näihin voisi sisältyä muun muassa urasta luopumisesta tai toisen aterioiden tai vuokran maksamisesta aiheutuneet kulut. Kihlauspykälät soveltuisivat Evans-von Krebin mukaan siihen luottamuksen asteeseen, joka yleensä vallitsee avioliitossa.

Kihlauksen purkautumisen ja avoeron jälkeistä tilannetta voi ainakin jollain tasolla verrata culpa in contrahendo -tilanteisiin.⁵⁶⁹ Toinen osapuoli on luottanut sopimuksen syntymiseen ja toiminut sen mukaisesti. Jos sopimus-

⁵⁶⁵ HE 62/1986, s. 18–19. Esityksessä on myös huomautettu, että laitton avioliitto on voinut jatkua pitkään ja tilanne muistuttaa kaikissa olennaisissa suhteissa avioeroa. Tällöin saattaisi puolison elatusapuun olla perusteltua tarvetta, mitä mahdollisuutta ei aiemman lain mukaan peruutustapauksissa ollut.

⁵⁶⁶ Pääsääntöisesti peruutumisen varallisuusseuraukset olivat samat kuin avioeron, EheG § 26 (mitättömyys) ja § 37 (peruutuminen). 1.7.1998 lähtien peruutumista koskevat määräykset on siirretty takaisin BGB:hen. Ks. uudistuksesta ja sen sisällöstä lähemmin Hepting, s. 726–727.

⁵⁶⁷ Suomen osalta ks. HE 62/1986, s. 7. Christiane Schreiber on Saksassa katsonut, että ääritapauksissa voinee yleinen, sopimuksen luonteinen luottamussuhde aiheuttaa vahingonkorvausvelvollisuuden, mutta ei pääsääntöisesti, Schreiber, s. 102.

⁵⁶⁸ Evans-von Kreb, s. 344.

⁵⁶⁹ Saksassa Rudolf von Iheringin oppeihin pohjautuva culpa in contrahendo on paljon käytetty periaate, mutta Suomessa, kuten muissakin pohjoismaissa sen käyttö on ol-

ta ei sitten synnykään, hänellä on oikeus korvaukseen vahingosta, joka hänelle on aiheutunut, kun hän on luottanut sopimuksen syntymiseen. Tarkoituksena on asettaa loukattu osapuoli samaan asemaan, missä hän olisi ollut, jollei sopimusneuvotteluja olisi lainkaan käyty (negatiivinen sopimusetu). Tätä ajattelua ovat ilmentäneet AL:n nyt jo kumotut pykälät (7–9 §§),⁵⁷⁰ jotka käsittelivät kihlauksen purkaututtua määrätyn edellytyksin suoritettavia korvauksia toimenpiteistä, joihin oli ryhdytty uskossa, että avioliitto solmitaan. Saksassa on yhä voimassa vastaavanlaiset pykälät (BGB §§ 1298–1300). Kihlauksen ja avioliiton ero on siinä, että kihlaus on sopimuksen valmistelua ja avioliitto jo oletettu sopimussuhde. Niiden yhteinen piirre on, että liittoon panostamisen voidaan katsoa perustuvan uskoon sen jatkumiseen. Avioliittojen kohdalla ei ole enää kyse vain sopimukseen valmistautumisesta, vaan koko ajan vallitsevasta uskosta siihen, että sopimus on voimassa ja elämisestä siihen luottaen. Suojan tarve siinä perustuu samaan logiikkaan kuin culpa in contrahendo -tilanteissa.

Oikeuskäytännössämme on esiintynyt myös jonkun verran nimenomaisesti perheoikeudelliseksi katsottua ajattelua. Markku Helin on vertailevassa katsauksessaan esittänyt, että Norjan, Ruotsin, Suomen ja Tanskan oikeuskäytännössä on saanut kannatusta ajatus, että yhteisomistussuhde voisi syntyä osapuolten tarkoituksesta riippumatta sillä perusteella, että kumpikin on panoksellaan edistänyt esineen hankintaa.⁵⁷¹ Tämä Helinin perheoikeudelliseksi yhteisomistukseksi kutsuma oikeussuhde syntyy »kokonaisarvion perusteella, jonka ulkopuolinen taho muodostaa suhteen osapuolten käyttäytymisestä yhteistalouden aikana».⁵⁷² Norjaa lukuunottamatta ajatuksesta on sittemmin luovuttu.⁵⁷³ Ruotsin nykyisen lainsäädännön mukaan yhteiseen käyt-

lut varovaisempaa. Sopimusoikeudellisen culpa in contrahendon käytön laajuuteen vaikuttaa sekin, kuinka tiukat vahingonkorvauslain edellytykset ovat. Saksassa ne ovat varsin tiukat. Häyhä (2/1993), s. 194–199.

⁵⁷⁰ HE 62/1986, s. 7, todetaan, että 7 ja 8 §:n käsittelemät oikeusriidat voidaan ratkaista myös yleisten oikeudellisten periaatteiden nojalla, joten erityisten säännösten voimassa pitämiseen ei ollut aihetta. Makaamista käsittelevän 9 §:n katsottiin menettäneen yhteiskunnallisen perustansa.

⁵⁷¹ Helin (1991), s. 92–97. Selvimpänä osoituksena tästä »pohjoismaisesta tuulahuksesta» Suomessa Helin mainitsee KKO:n tapauksen 1986 II 103. Kyseessä ei ollut avopari, vaan aviohdon tehnyt eronnut aviopari. Puolisoiden katsottiin omistavan riidan kohteena ja toisen puolison nimissä olleen kiinteistön siinä suhteessa kuin he olivat osallistuneet sen hankintakustannuksiin (1/4 ja 3/4).

⁵⁷² Helin (1991), s. 94.

⁵⁷³ Helin (1991), s. 94 ja Gottberg (1/1995), s. 411–412, Sverdrup, s. 3. Ks. Norjan osalta lähemmin NOU 1988:12, s. 10–11, 45–47 ja Sverdrup, Tanskan osalta lähemmin Vindeløv, s. 103–129 ja Ruotsin osalta Dahlberg, Nordborg, Wicklund, s. 138.

töön hankittu asunto ja asuntoirtoaimisto ovat avosuhteen loppuessa osituksen kohteena, jollei sitä poissulkevaa sopimusta ole tehty.⁵⁷⁴ Lähtökohtaisesti tällaisen omaisuuden nettoarvo jaetaan puoliksi. Jakoa voidaan kohtuullistaa.

Helin kritisoi perheoikeudellisen yhteisomistuksen omaksunutta oikeuskäytäntöä sillä perusteella, että siviilioikeudellisten yleisten sääntöjen mukaan omistaja on se, jolla on esineeseen saanto, ja että siviilioikeuden peruslähtökohtiin kuuluu ajatus, että subjektiivisia oikeuksia hankitaan tahdonilmaisuuilla.⁵⁷⁵ Hän toteaa, että yhteisomistuksessa kysymys omistamisesta on siirtynyt tahdonautonomian alueelta käyttäytymisvastuun piiriin. Helinin luokituksen voi tiivistää seuraavasti. Käsiteltävässä yhteisomistuksen syntymisessä ei ole noudatettu yleisiä esineoikeudellisia periaatteita. Näin on luotu uutta oikeutta, joka perhesuhdetta koskiessaan voidaan lukea perheoikeudeksi.

5.1.2. Työoikeuden soveltaminen

Työpalkkavaatimukset eivät ole kummassakaan maassa erityisemmin menestyneet.⁵⁷⁶ Avoliiton henkilökohtaisesta luonteesta johtuen siinä tehdystä työstä ei ilman sopimusta ole pääsääntöisesti katsottu odotetun korvausta. Etenkin talouden- ja lastenhoito eli kotityöt on yleensä katsottu altruistisesti tehdyiksi. Mahkonen on esittänyt keskeisinä kriteereinä työoikeuden soveltumattomuuteen eli siihen, ettei kotityötä ole katsottu tehdyn työsuhteessa, olleen, ettei korvausta ole odotettu ja ettei työtä ole tehty ainoastaan toisen lukuun. Toisaalta hän toteaa, että »suorituksen koituminen osittain myös tekijän omaksi hyödyksi ei välttämättä poista oikeutta työpalkkaan».⁵⁷⁷ En tässä käsittele laajemmin työoikeuden käyttöä avoliittoratkaisuissa, koska se ei ole ollut niissä keskeisellä sijalla. Edellä mainittu näkemys kotitöistä altruistisena, yhteiseen lukuun tehtynä itsestäänselvyytenä sen sijaan on hyvin keskeinen oikeudellisissa suhtautumisissa avoliittoihin. Palaan tähän jäljempänä.

Kotityöt eivät avioliitossa ole erikseen korvattavia. Avioliitossa yhteisen pesän hyväksi tehty työ on osa samaa yhteisyyttä kuin avio-oikeus. AL 64 §:ssä on nimenomaisesti mainittu, ettei puolison avustaminen tämän ansio-

⁵⁷⁴ Lag om sambors gemensamma hem 1987:232.

⁵⁷⁵ Helin (1991), s. 91, 94.

⁵⁷⁶ Mahkonen (1984), s. 51–60, Strätz s. 123–124. Strätz huomauttaa, että tapauksissa, joissa esimerkiksi avoliitto on ollut luvassa, suorituksista odotetaan korvausta.

⁵⁷⁷ Mahkonen (1984), s. 54.

toiminnassa ole pääsääntöisesti korvaukseen oikeuttavaa työtä ilman nimenomaista sopimusta.

Työoikeuden nimenomaisen soveltamisen voi nähdä olevan ristiriidassa parisuhteen luonteen kanssa. Parisuhde perustuu osapuolten tasa-arvolle ja »samansäätyisyydelle». Ajatus toisesta toisen »palkollisena» ei soveltune ajatukseen tasa-arvoisesta elämäkumppanuudesta. Työsuhteessa työn teettäjällä olevan oikeuden sekä työn johtoon että sen valvontaan (TSL 1 §) on katsottu ilmentävän työntekijän alistettua asemaa suhteessa työnantajaansa.⁵⁷⁸

5.1.3. Yhtiöoikeuden soveltaminen

Yhtiöoikeuden käyttöön on kummassakin maassa suhtauduttu varauksella.⁵⁷⁹ Mahkonen on arvostellut KKO:n ensimmäistä julkaistua avoliittoprejudikaattia (1977 II 86) siitä, että se on ratkaistu yhteisöoikeudellisia periaatteita noudattaen, vaikka se on luokiteltava perheoikeudelliseksi. Avoliitossa eläneen parin katsottiin muodostaneen liiketoiminnassaan avoimen yhtiön.

Saksassa yhtiöoikeutta (BGB § 705) on sovellettu tapauksissa, joissa osapuolet harjoittavat tavallisen yhteiselämän ylittäviä päämääriä omaavaa yhteistoimintaa. Yhtiöoikeuden soveltuvuus ratkaistaan tapauskohtaisesti, indisoina on pidetty suhteen pitkää kestoa ja molemminpuolisia suorituksia. Omaisuudelta vaaditaan myös huomattavaa arvoa. Yhtiöoikeuden on oikeuskäytännössä yleisimmin katsottu soveltuvan toisen puolison nimissä olevaan, mutta yhdessä, yhteisin panoksin toisen kiinteistölle rakennettuun taloon. Edellytyksenä on pidetty, että talo on hankittu yhteiseksi eikä vain yhteiseen käyttöön. Esteeksi on toisinaan muodostunut se, että kodin rakentamisen päämääräksi on katsottu yhteiselämän toteuttaminen. Koti ja koti-irtaimisto katsotaan helposti elämänyhteisyyden toteuttamiseksi, jollei niiden arvo ole tämän tarkoituksen ylittävä. Arvokas omaisuus voidaan katsoa hankituksi arvon vuoksi eikä vain liitossa käytettäväksi omaisuudeksi. Tällöin arvon mielletään tulevan molempien hyväksi liitosta riippumatta. Oikeuskäytännössä on katsottu, että yhtiöoikeutta sovellettaessa osuudet ovat lähtökohtaisesti yhtä suuret. Ne määräytyvät periaatteessa suoritusten mukaan.

⁵⁷⁸ Sarkko, s. 26.

Ainoastaan tilanteissa, joissa voitaisiin katsoa työtä suoritettua työtä vastaan tätä epätasa-arvoa ei sinänsä olisi.

⁵⁷⁹ Mahkonen (1984), s. 7–9. Sivulla 8, alaviite 22, Mahkonen käsittelee lyhyesti yhtiöoikeudellisen ajattelun esiintymistä avoliittojen yhteydessä Suomessa ja Ruotsissa.

Saksan osalta ks. esim. Maus, s. 46–56, 64–69, Poll s. 270, Schwab (1993), s. 353, 357–359, Strätz, s. 109–111, 119–121.

Talouden- ja lastenhoidon tai toisen omaisuuden parantamisen katsominen suoritukseksi ei ole juuri menestynyt.⁵⁸⁰ Yhtenä perusteluna on käytetty BGB § 733. Yhtiön osakas voi maksaa pääomaosuutensa myös työsuorituksella (§ 706, Dienst), mutta osuudesta, joka on maksettu työsuorituksina tai luovuttamalla esineitä käyttöön ei voi vaatia yhtiötä purettaessa korvausta. Yhtiöoikeuden ei näin tulkittaessa ole katsottu ottavan riittävästi huomioon avoliiton henkilökohtaista puolta. Solidaarisuusperiaate ei sitä sovellettaessa toteutuisi. Heikommaksi osapuoleksi tulisi se, joka kotia hoitamalla olisi tukenut toisen työntekoa ja omaisuuden kartuttamista. Toisaalta on tuotu esille, ettei § 733 estä työsuoritusten korvaamista, mutta ettei avoliitossa voida soveltaa käytäntöä, jossa suoritukset kirjataan ja niitä loppuselvityksenä verataan toisiinsa. Näin ollen kumppanin, lasten ja talouden hoitoa ei voida ottaa huomioon korvaukseen oikeuttavina.

Varauksellisuutta yhtiöoikeuden käyttöön on perusteltu muun muassa sillä, että avoliitto on henkilökohtainen suhde, jossa tuetaan toisiaan henkilökohtaisesta kiintymyksestä eikä oikeudellisin velvoittein. Avoliiton henkilökohtaisuutta on käytetty perusteluna kahden suuntaisesti. Yhtiöoikeus ei ota huomioon avoliitolle tyypillisiä henkilökohtaisia suorituksia, ja sen normaalisti huomioimia henkilökohtaisia suorituksia ei tulisi ottaa huomioon tällaisessa henkilökohtaisessa suhteessa. Yhtiöoikeuden ei ole myöskään katsottu vastaavan osapuolten tahtoa.

5.1.4. Yleisen yksityisoikeuden soveltaminen

Minkään edellä käsitellyn oikeudenalan ei ole, kuten edellä ilmeni, katsottu yksimielisesti tai kokonaisvaltaisesti soveltuvan avoliittojen oikeudelliseen tarkasteluun. Mahkonen toteaa, ettei avoliittoja koskevan erityislainsäädännön puuttuminen tarkoita oikeustyhjiötä.⁵⁸¹ Hän viittaa jokseenkin vakiintuneeseen yksityisoikeudelliseen perustaan ja toteaa siviilioikeudellisen järjestelmän ulottavan vaikutuksensa tapauksiin, joissa kaksi tai useammat toimivat yhdessä. Hän mainitsee esimerkkeinä riidan omistusoikeudesta, velkomussaataavasta ja immateriaalisesta vahingonkorvauksesta. Hän toteaa, että tätä kautta muodostuneet oikeusperiaatteet ovat sovellettavissa avoliittolaisten riitoihin. Avopuolisoiden oikeusasema määräytyy siviilioikeuden yleis-

⁵⁸⁰ Ks. lähemmin Maus, s. 69, Strätz, s. 121, Schreiber, s. 138.

⁵⁸¹ Mahkonen (1984), s. 8–9.

periaatteiden mukaisesti.⁵⁸² Hän katsoo toisin sanoen sovellettavaksi tulevan varallisuus oikeuden.

Saksassa on aiemmin toisinaan katsottu, että avopuolisot olisivat halunneet valita oikeusvapaan tilan.⁵⁸³ Avoliitolla ei näin ajateltaessa nähty olevan esimerkiksi taloudellisia vaikutuksia. Nykyään katsotaan yleisesti, että jokaiselle ristiriitatilanteelle on oltava mahdollista saada oikeudellinen selvitys. Saksassa on samoin tuotu esille »das gesamte bürgerliche Recht'n» soveltaminen.⁵⁸⁴ Tästä seuraa Strätzin mukaan, että nimenomaisesti tai konkluudenttisesti solmitulla sopimuksella on etusija ratkaisumallina lakisovellutuksiin nähden.

Ratkaisuksi on esitetty varallisuus oikeutta ja erityisesti velvoiteoikeutta. Seuraavaksi käsittelemäni kaksi varallisuus oikeudellista juridista konstruktiota ovat olleet keskeisiä etenkin suomalaisessa oikeudellisessa ajattelussa. Nimiperiaate edustaa esineoikeutta ja perusteettoman edun palautus velvoiteoikeutta.

5.1.4.1. Nimiperiaate

Suomessa on käytetty käsitettä nimiperiaate, jonka on todettu olevan periaatteessa voimassa ei vain avoliitoissa vaan myös avioliitoissa. Nimiperiaatteen vallitessa omaisuuden katsotaan ensisijaisesti kuuluvan sille, jonka nimissä se on. Näin voi sanoa olevan myös Saksassa. Strätz on tuonut esille, että puhtaalla esineoikeudella ei päädytä avoliittotapauksissa oikeisiin tuloksiin.⁵⁸⁵ Tilannetta voidaan korjata velvoiteoikeuden käytöllä.

Kummassakaan maassa ei avioliitossa ole aina katsottu voitavan noudattaa nimiperiaatetta. Irtaimen esineen omistus oletetaan Suomessa avioliitossa yhteiseksi, jos ei muuta ilmene tai osoiteta (AL 89 §). Myös Saksassa avioliiton aikana yhteiseen talouteen hankittu koti-irtaimisto oletetaan yhteiseksi, jos ei muuta osoiteta (HausratsV § 8). Suomen avioliitto-oikeus rajoittaa myös puolison mahdollisuutta luovuttaa puolisoloiden asuntona käytettyä asuntoa ja asuntoirtaimistoa ja toisen puolison käytössä olevaa irtainta omaisuutta (AL 38–39 §§). Saksan avioliitto-oikeudessa vaaditaan puolisolta toisen puolison lupa perheen talouteen kuuluvaa esinettänsä koskevaan toimenpiteeseen

⁵⁸² Ks. myös Aarnio, Helinin oppikirja, s. 113–144: »Asuinkumppanien omistussuhteet määräytyvät yleisten siviilioikeudellisten sääntöjen mukaan.»

⁵⁸³ Strätz, s. 106–107.

⁵⁸⁴ Strätz, s. 107.

⁵⁸⁵ Strätz, s. 119.

(BGB § 1369). Avoliitossa puoliso saa pääsääntöisesti liiton purkautuessa osuuden avio-omaisuuden arvosta, joten nimiperiaatteen vaikutus ei ole avio-liitossa sama kuin avoliitossa.

Suomessa nimiperiaatteen mukainen ensisijainen oletamus voidaan avoliitossa kumota osoittamalla kyseessä olevan yhteisomistus. Rahoitukselle tai työpanokselle ei ole oikeuskäytännössä annettu merkitystä, vaan nimiperiaate on kumoutunut vain jos omaisuus osoitetaan hankitun yhteiseen lukuun.⁵⁸⁶ Yhteinen käyttötarkoitus ei ole riittänyt nimiperiaatteen kumoamiseen. Mahkonen esitti vuonna 1984 pohjoismaisesta oikeuskäytännöstä voitavan päätellä, että riittävät edellytykset yhteisomistussuhteelle ovat olemassa, mikäli eri tekijöistä saatetaan päätellä omaisuus hankituksi yhteiseen lukuun.⁵⁸⁷ Ratkaisevaa on ollut asianosaistarkoituksen toteen näyttäminen. Jos kantaja kykenee esittämään useita tekijöitä, joista kaikista yhdessä voidaan päätellä ns. fidusiaarisen oikeustoimen olemassaolo, nimiperiaatteesta poikkeaminen voi onnistua. Jos omaisuutta ei ole katsottu yhteiseksi kuin korkeintaan inter partes, nimiperiaatteesta kärsinyt osapuoli voi saada perusteet-toman edun palautusta.

Kuten ylempääkin jo ilmenee, edellä mainittu suhtautuminen kuvaa myös saksalaista ajattelua. Oikeuskäytäntö on Saksassa mennyt epämuodollisem-paan suuntaan, ja ei-omistavan avopuolison huomattavan panoksen yhdessä hankittuun tai rakennettuun taloon voidaan katsoa oikeuttavan osuuteen luodusta yhteisestä arvosta.⁵⁸⁸ Koti-irtaimiston omistussuhteissa on esiintynyt ristiriitaista käytäntöä.⁵⁸⁹ Tällaiseen omaisuuteen ei yleensä, kuten aiemmin on todettu, ole katsottu yhtiöoikeuden soveltuvan. Hankitun yhteisen asun-to-irtaimiston on voitu katsoa olevan yhteisomaisuutta.⁵⁹⁰ Henkilökohtaisten esineiden on oletettu kuuluvan niiden haltijalle.⁵⁹¹ Perusteluna tälle on nähty, että yleisen elämänkokemuksen mukaisesti avopuolisoiden välille on muodostunut hiljainen sopimus, jonka perusteella aviopuolisvoja koskevan BGB § 1362 mukainen edellä mainittu oletus henkilökohtaisessa käytössä olevis-

⁵⁸⁶ Mahkonen (1984), s. 26, Välimäki, s. 374–375.

⁵⁸⁷ Mahkonen (1984), s. 40–41. Ks. myös Vindeløv (1987), s. 144–146. Hän tuo Pohjoismaista Tanskaa koskevassa osuudessa esille, ettei hankkiminen yhteiseen lukuun (fa-elles brug) enää yksinään riitä korvauksen saamiseen eikä toisaalta ole välttämätön edellytys.

⁵⁸⁸ Schreiber, s. 138–140.

⁵⁸⁹ Schreiber, s. 134–135.

⁵⁹⁰ Strätz, s. 113. BGB § 741. Maus, s. 50. Schreiber, s. 138 on painottanut yhteistä käyttöä.

⁵⁹¹ Strätz, s. 113.

ta esineistä pitää avopuolisoidenkin kohdalla paikkansa.

Uudemmassa saksalaisessa oikeuskäytännössä on tuotu esille, ettei liitossa, johon yleensä sisältyy vahva emotionaalinen sitoutuminen voida olettaa esiintyvän halua vetää tarkkaa rajaa »minun» ja »sinun» omaisuuden välille, kuten silloin kun ajetaan rationaalisesti omaa etua.⁵⁹² Onko kyse tällaisesta »emotionaalisesta» liitosta, määräytyy elämänyhteisyyden luonteen, keskon ja tarkoituksiperän perusteella. Kun toinen osapuoli on rahoittanut selviytyksen kohteena olevan esineen, ei sen paremmin yhdessä kuin yksin omistaminenkaan voi olla ehdoton sääntö. Tarkoituksella on ratkaiseva merkitys. Jos koti-irtaimisto on yhdessä hankittu ja maksettu, katsotaan kummankin osuuden olevan yhtä suuri, jos muuta ei ole sovittu.

5.1.4.2. Perusteettoman edun palautus

Perusteettoman edun palautuksella on ollut keskeinen sija Suomen avoliitto-oikeuskäytännössä.⁵⁹³ Perusteettoman edun palautus -instituutio pohjautuu roomalaiseen oikeuteen, josta Saksan oikeus on sen omaksunut.⁵⁹⁴ Saksan oikeudella on ollut voimakas vaikutus Suomen oikeuteen.⁵⁹⁵ Anglo-amerikkalaisessa oikeudessa on vastaavissa tilanteissa käytetty lähinnä fiktiivistä sopimusta.⁵⁹⁶ Ole Roosin mukaan pohjoismaisessa mallissa pääsääntönä on perusteettoman suorituksen palautus.⁵⁹⁷ Palautuksen määrää voidaan melko vapaasti sovitella.

Perusteettomalla edulla tarkoitetaan yleensä sen tyyppisiä tilanteita, joissa joku on vahingossa saanut hänelle kuulumattoman suorituksen, kuten velan suorittaminen väärälle velkojalle tai perusteetta suoritettu palkka, eläke, elatusapu tai muu sellainen.⁵⁹⁸ Tällaisia tilanteita varten on ollut vaikea kehittää

⁵⁹² Schreiber, s. 134–135, OLG Düsseldorf, 18.12.1991, NJW 1992, s. 1706–1708.

⁵⁹³ Valtonen, s. 3.

⁵⁹⁴ Ungerechtfertigte Bereicherung, BGB §§ 812–822.

⁵⁹⁵ Ks. Aurejärvi, s. 201–204. Hakulisen väitöskirjan Perusteettoman edun palautus vuodelta 1931, on katsottu edustavan roomalais-saksalaista perinnettä puhtaimmillaan. Hakulinen puolestaan on merkittävästi vaikuttanut tämän alan ajattelutapaan Suomessa. Ks. Aurejärvi, s. 203.

⁵⁹⁶ Atiyah (1979), s. 768, mainitsee Englannin oikeuden osalta, että vaikka perusteeton etu (unjust enrichment) ei ole saavuttanut täydellistä hyväksymistä, siitä on tullut yhä tärkeämpi »underlying idea of the law», myös perheoikeudessa.

⁵⁹⁷ Roos, s. 84, uskoo, että Suomessakin ollaan siirtymässä kohti tätä pohjoismaista mallia, vaikka muodollisesti ei aivan vielä luovuttaisikaan vanhasta käytännöstä.

⁵⁹⁸ Ks. Aurejärvi, s. 199–200.

tää yhdenmukaisia ja selkeitä sääntöjä. Omistusoikeuden suojaa (rahana tai työnä siirtyvää etua ei voida vaatia takaisin omistajan kanteella), vahingonkorvausvelvollisuutta (edellytykset eivät aina täyty) ja oikeustoimen sitovuutta (hyödynsaajan ja tappionkärsijän välillä ei yleensä ole sopimusta) koskevat säännöt eivät riitä kaikkien tällaisten tilanteiden hoitamiseen. Perusteettoman edun palautus on näihin ensisijaisiin, vakiintuneisiin ja selkeästi säänneltyihin oikeuskeinoihin verrattuna toissijainen instituutio.⁵⁹⁹ Edunpalautuksen perusedellytyksiksi on katsottu saatu etu eli hyöty, edun perusteettomuus ja hyötyminen toisen kustannuksella ja korvattavuuden syyksi katsottavissa oleva asioiden välinen syy-yhteys.⁶⁰⁰ Euroopan unionin tuomioistuin on hyväksynyt perusteettoman edun palautuksen osaksi eurooppaoikeutta.⁶⁰¹

Toisin kuin alemmat oikeusasteet korkein oikeus on vuodesta 1988 (KKO 1988:27 ja 28) asti pyrkinyt rajoittamaan perusteettoman edun käyttöä perusteluissaan.⁶⁰² Kumminkin päätökset, joilla tätä linjanvetoa osoitettiin, koskevat avoliiton jälkeistä omaisuuden jakoa. Roos on perustellut tätä linjamuutosta muun muassa sillä, että perusteeton etu on juridisena käsitteenä monimutkainen.⁶⁰³ Skandinaavinen linja olisi hänen mukaansa mennä suoraan asiaan: perusteluksi riittää, että suoritus on ollut perusteeton, konstruktiivoinen toisen voitosta ei ole tarpeellinen.⁶⁰⁴ Hän korostaa myös sovittelun tarpeellisuutta.⁶⁰⁵ Puuttumatta tässä yhteydessä varsinaisesti perusteettoman edun käyttökelpoisuuteen ja vastustamatta asioiden mahdollisimman suorasanaista eikä dogmaattista käsittelyä, herää kuitenkin muutama kysymys. Perusteettoman edun lähtökohta-ajatus on hyvin yksinkertainen ja voi kysyä, onko sitä käytännössä koettu teoreettisesti kovin raskaaksi.⁶⁰⁶ Edellä mainituissa tapauksissa korkein oikeus ei muuttanut päätöksiä millään lailla, ainoastaan perusteluja. Se muutti perusteettoman edun palautuksen korvaukseksi suoritetusta työstä ja sijoitetuista varoista.

Sinänsä on totta, että monissa tapauksissa sananmukaisesti ymmärrettyinä voiton näyttäminen on hankalaa. Tämä pätee hyvin parisuhteisiin, joissa toinen osapuoli on keskittynyt enemmän kotitöihin ja toinen enemmän »tuot-

⁵⁹⁹ Ks. Aurejärvi, s. 254.

⁶⁰⁰ Ks. Aurejärvi, s. 208.

⁶⁰¹ Toth, s. 538.

⁶⁰² Roos, s. 92. Roos oli itse mukana tekemässä kumpaakin päätöstä. Perusteetonta etua ei ole kuitenkaan kokonaan hylätty KKO:n ratkaisukäytännössä, s. 94.

⁶⁰³ Roos, s. 95.

⁶⁰⁴ Roos, s. 93–94.

⁶⁰⁵ Roos, s. 81–84.

⁶⁰⁶ Tätä oletusta tukevat myös Valtosen havainnot omasta aineistostaan, s. 68.

tavaan työhön». Parisuhde on elämänyhteisyys, johon luetaan kuuluvaksi tietty panokset. Osapuolten työpanokset eivät välttämättä ole rahallisesti samanarvoisia, mutta kokonaisuuden kannalta yhtä tärkeitä. Kokonaisuus ei toimi ilman kummankin panosta. Enemmän ansainneen ja yhteisen omaisuuden omistavan osapuolen tästä työnjaosta saaman voiton näyttäminen ei ole yksiselitteistä.⁶⁰⁷

Vuonna 1993 ratkaistussa avoliittoa koskevassa tapauksessa (1993:168) korkein oikeus ei enää tyytynyt muuttamaan vain perusteluja. Se myönsi »kohtuullista korvausta» 110 000 markkaa vähemmän kuin mitä kihlakunnan oikeus oli katsonut perusteettoman edun palautukseksi.⁶⁰⁸ Vaikka edunpalautusvelkaa onkin katsottu voitavan sovittelalla, Erkki Aurejärvi on painottanut, että sen sovitteluun olisi yleensä suhtauduttava pidättyvästi eikä kohtuullistamisesta saisi muodostua pääsääntöä.⁶⁰⁹ Myönnettäessä »korvausta» – etenkin »kohtuullista korvausta» – on lähtökohtana selkeämmin harkinnanalainen korvausmäärä kuin lähinnä täyden korvauksen määrälle perustuvassa perusteettoman edun palautuksessa. Suomessa on katsottu, että hyödynsaajan on pääsääntöisesti palautettava perusteetta saamansa varat.⁶¹⁰ Tapauksissa, joissa vastaaja on saanut esimerkiksi pidemmän aikaa hieman liian suurta palkkaa, jonka hän on enemmän tai vähemmän hyväuskoisesti käyttänyt, voidaan useinkin katsoa kohtuullistaminen tarpeelliseksi.⁶¹¹ Avoliiton purkautuessa on tilanne kuitenkin yleensä toinen: jaetaan yhdessä hankittua ja yhä jäljellä olevaa omaisuutta. Sinänsähän sekä täyden korvauksen että kohtuullisen korvauksen voi usein katsoa olevan puolet yhdessä hankitun omaisuuden arvosta.

Saksassa perusteettoman edun palautuksen (BGB §§ 812–822) soveltamista avoliitoissa koskeva oikeuskäytäntö ei ole vakiintunutta.⁶¹² Sen edel-

⁶⁰⁷ Ks. Vindeløv, s. 165 ja perusteettoman edun palautuksesta avoliittojutuissa Tanskassa, s. 112–113, 124–126. Ks. myös Sverdrup, s. 257 kotirouvayhteisomaisuuden suhteesta perusteettomaan etuun ja sopimusoikeuteen.

Ks. Välimäki, s. 390–400, hänen pohdinnastaan muun muassa panoksen luonteesta perusteettoman edun palautuksessa parisuhteessa suomalaisesta näkökulmasta.

⁶⁰⁸ Tässä päätöksessä Roos ei ollut mukana.

⁶⁰⁹ Aurejärvi, s. 250–251. Suojaa olisi yleensä annettava vain perustellun vilpittömän mielen nojalla.

⁶¹⁰ Aurejärvi, s. 201–204.

⁶¹¹ Ks. perusteettoman edun palautuksen sovittelusta lähemmin myös Wilhelmsson (1987), s. 114–118. Hän toteaa, että näissäkin tapauksissa mahdollisuudet sovitteluun korostuvat tarveorientoituneissa velallisrooleissa.

⁶¹² Ks. lähemmin esim. Schwab, s. 360–361, Strätz s. 111, 122–123. Esim. Maus on käsitellyt aihetta perusteellisemmin, s. 133–192.

lytysten (Zweckabrede) on katsottu täyttyneen sillä, että osapuolten oletetaan kuvitelleen, että he voisivat käyttää hankittua omaisuutta pidempään. Tämä odotus ei täytyisi, jos toinen osapuoli ei liiton purkaututtua voisi enää käyttää omaisuutta, johon oli sijoittanut. Periaatteen on oletettu yleensä tulevan kysymykseen vain arvokkaiden hankintojen kohdalla, jotka eivät kulu nopeasti.

5.1.5. Perheoikeudellisuus ja velvoiteoikeudellisuus

Avoliittoja koskevien oikeudellisten ongelmien on sekä Suomessa että Saksassa katsottu ratkeavan varallisuus oikeudellisin periaattein. Esineoikeudellisilla periaatteilla on keskeinen sija, mutta niiden ehdottomuutta on väljennetty velvoiteoikeudellisella ajattelulla. Kokonaisvaltaisesti ajatellen velvoiteoikeus tuntuisi olevan se oikeudenala, josta ratkaisua on haettu. Velvoiteoikeus on yksityisoikeuden ydintä ja sen ytimessä oleva oikeussuhde on sopimussuhde. Esineoikeuden painopiste on sivullissuojakysymyksissä ja velvoiteoikeuden henkilökohtaisissa saamisoikeuksissa.

Avoliitto on perheoikeudellinen suhde. Sopimukset puolestaan luetaan kuten sanottu velvoiteoikeudellisiksi. Etenkin keskittymällä sopimusten funktion eikä siihen kuinka ne ovat syntyneet, ainoana todellisena sopimuksena on pidetty velvoiteoikeudellisia sopimuksia.⁶¹³ Perheoikeudelliset sopimukset ovat vain portteja statukseen. Tällainen ajattelutapa vaatii syntyäkseen määrätyn käsityksen sopimuksesta ja perheestä. Sopimus on yksittäinen, selkeitä oikeuksia ja velvollisuuksia sisältävä, vapaasta tahdosta määritelty oikeustoimi. Ihmisten oikeudet ja velvollisuudet perheessä ymmärretään yleisesti määritellyksi, laajaksi kokonaisuudeksi.

Perheenjäsenten oletetaan pitävän huolta toisistaan ja auttavan toisiaan korvauksetta. Korvauksensa – jota ei mielletä korvaukseksi – he saavat kokonaisvaltaisesti esimerkiksi avio-oikeutena, elatuksena tai perintönä. Nämä »korvaukset» ovat osa perheoikeudellista statussuhdetta. Koska velvoiteoikeudelliset sopimussuhteet nähdään yksittäisiä toimia koskeviksi, lähtökohata-ajatus on, että korvaus suoritetaan erikseen jokaisesta sovitusta suorituksesta. Perheenjäsenten välisten työsuoritusten – etenkin jos osapuolet asuvat samassa taloudessa – ei ole useinkaan katsottu perustuvan velvoiteoikeudellisiin sopimuksiin.⁶¹⁴ Tästä on seurannut oletus, ettei niistä ole tarkoitett-

⁶¹³ Ks. esim. Zweigert, Kötz II, s. 6–7.

⁶¹⁴ Ks. perhe- ja velvoiteoikeudellisista työsuorituksista esim. Pekkanen.

tu maksaa rahallista korvausta. Korvausoletus on pääsääntöisesti liitetty vain velvoiteoikeudellisiin sopimuksiin, kuten työsopimuksiin. Tämä asenne pohjautunee enimmäkseen sopimusoikeudelliseen tahtoteoriaan: mitä osapuolten on katsottu tarkoittaneen minkäkinlaisessa suhteessa.

Jos perheoikeudellisiksi luokiteltujen suoritusten korvaamattomuus perustuisi perheoikeuteen sisältyviin oikeuksiin ja velvollisuuksiin, korvaussettomuutta ei voitaisi soveltaa niihin perheenjäseniksi katsottaviin, joilla ei ole perheoikeudellisia velvollisuuksia toisiaan kohtaan. Näihin lukeutuvat avopuolisot. Voi kysyä, voidaanko suorituksia, joihin ei liity mitään perheoikeudellisia oikeuksia tai velvollisuuksia, katsoa perheoikeudellisiksi. Voiko niitä arvostella kuin ne olisivat osa määrättyä statussuhdetta, vaikka ne eivät sitä oikeudellisesti ole. Jos luontaisuuritukset eli elatus samassa taloudessa ovat tyypillisiä perheoikeudellisia korvauksia, kuinka hyvin niiden olisi vastattava markkinahintoja, kun kyseessä ei ole toisiinsa oikeudellisesti velvoitetut henkilöt? Avoliitto asettuu parisuhteena muista kuin puolisoitten välisistä perheoikeudellisista suhteista poikkeavaan asemaan sukupuolisidonnaisine parisuhdetapoineen. Nämä tavat vaikuttavat käyttäytymiseen ja sen oikeudelliseen arviointiin.

Käsittelen jäljempänä avoliittoa sopimuksena omana kokonaisuutenaan.⁶¹⁵ Pohdin sopimusoikeudellisen ajattelutavan soveltuvuutta avoliittojen oikeudelliseen arviointiin. Avoliitto sopimuksena ei sinällään ole ollut oikeudellisen avoliittokeskustelun keskiössä. Sopimusoikeudella on siitä huolimatta ollut suuri merkitys ajattelussa. Avoliittoihin liittyvien konkreettisten sopimusten lisäksi sopimusoikeudellista yleisenä yksityisoikeudellisenä ajatteluna ymmärrettyä argumentointia esiintyy runsaasti, ja muun muassa edellä esitetyt common law -avoliitot ja yhtiöoikeuden soveltaminen avoliittoihin osoittavat, että avoliitto sopimussuhteena ei ole mitenkään uusi ajatus.⁶¹⁶ Jaolla perhe- ja velvoiteoikeuteen on työssäni keskeinen sija osana laajempaa kokonaisuutta. Tämä jako ilmentää oikeudellista asennoitumista vieraitten väliseksi oletettuihin liikesuhteisiin yhdistettyihin sopimuksiin ja henkilökohtaisiksi tunnesuhteiksi miellettyihin parisuhteisiin. Jaolla on liittymä työssäni keskeiseen sukupuolijakoon.

⁶¹⁵ Kangas (1993), s. 3–30, 42–46, 347–350, on lahjaa käsitellessään katsonut sopimusoikeuden olevan selkein väline lahjaoikeustoimen ymmärtämiseen (tarjous ja hyväksyntä). Hän tuo esille, että lahjainstituutio oli alun perin tapa vaihtaa tavaroita ilman voiton tavoittelua.

⁶¹⁶ Ks. aiheesta muun muassa Vindeløv, s. 160–178.

5.2. Avioliiton erityispiirteet

5.2.1. Parisuhde ja parisuhdetapa

Parisuhteeseen liittyvää oikeudellista ajattelua ilmentää avioliittolainsäädäntö, jota ei ole sovellettu avioliittoihin. Avioliittoon ei siten sovelleta oikeudellista parisuhdeajattelua, mutta sen parisuhdeluonteella on merkitystä juridisissa päättelyissä. Muodollisjuridisesti esimerkiksi työ- ja yhtiöoikeuden käyttö on helpompaa siksi, että toisin kuin avioliiton, työsuhteen ja avoimen yhtiön voi saada aikaan konkludenttisestikin.

Avioliitto poikkeaa avioliitosta siinä, että se usein syntyy vähitellen.⁶¹⁷ Sen tarkkaa alkamisajankohtaa ei ole helppo sanoa, vaan sen syntyminen on prosessi. Siinä kuten avioliitossakin olosuhteet voivat muuttua paljonkin alkuasetelmista.

Avioliittoanalogian käyttö on yleensä torjuttu vetoamalla osapuolten tahoon olla solmimatta avioliittoa. Tällöin yhdistetään avioliitto instituutioon ja sitä koskevan lainsäädännön sisältö. Avioliittolainsäädäntö sekä Suomessa että Saksassa on ollut luonteeltaan vallitsevaksi oletettuja käsityksiä kirjaavaa. Sen on haluttu vastaavan sosiaalista käsitystä parisuhteesta eläimestä. Missä mittakaavassa avioliittoanalogian voi katsoa vastaavan puolisoiden omaa käsitystä liitostaan? Tietoisena valintana avioliitto voi olla halua sanoutua irti statuksellisesta yhteisyydestä. Tahto olla sitoutumatta yhteiskunnalliseen avioliittoinstituutioon ei välttämättä samalla tarkoita tahtoa olla sitoutumatta lainsäädännön ilmentämiin sosiaalsiin parisuhdetapoihin. Suomalaisen avio-oikeuden kokonaisvaltaisuuden voi katsoa liittyvän avioliittoinstituution status- ja yhteisyysajatteluun. Saksan avioliittolainsäädännön lisäyksen yhteisyysjärjestelmässä tulee liiton purkautuessa jaettavaksi vain avioliiton aikana hankittu omaisuus. Tämän järjestelyn tarkoituksena voi pitää kohtuullista omaisuuden jakoa yhteiselämän loputtua. Tämän tarkoituksen tulisi liittyä yhtä kiinteästi niin avo- kuin avioliittoonkin.

Parisuhteessa elämisen tapoja voi kauppatapa vastavasti kutsua parisuhdetavaksi. Vallitsevat kauppatavat otetaan kauppaoikeudellisessa arvioinnissa huomioon. Niitä oletetaan lähtökohtaisesti noudatetun, jollei muuta osoiteta tai toisin ole sovittu. Vastavasti voi katsoa, että parisuhdetapaa on noudatettu, jollei muuta ilmene. Parisuhdetavalla tarkoitan vallitsevaa yleistä käytäntöä, joka voi muuttua ajan mukana. Se on vallitseva käytäntö, johon ei

⁶¹⁷ Tilannetta voisi toisinaan verrata sopimusneuvotteluissa vähitellen solmittavaan sopimukseen, ks. neuvottelujen sitovuudesta esimerkiksi Hemmo (1997), s. 135.

liity arvottamista. Se on oikeuden ulkopuolinen olosuhde, sosiaalinen tosi-seikka, jonka olemassaolo on otettava oikeudellisissa ratkaisuisa huomioon.

Vallitsevat käsitykset parisuhteessa elämisen tavoista eivät juurikaan eronne avio- ja avoliitossa. Perheellä on yhteinen koti ja talous. Molemmat puoliset osallistuvat hankintojen ja taloudenhoidon muodostamaan kokonaisuuteen. Etenkin yhteiseen käyttöön hankittu asunto ja asuntoirtoimisto koetaan yhteisiksi. Työni alkupuolen avioliittovertailu kuvastaa Suomen ja Saksan oikeusjärjestyksien käsitystä parisuhteen oikeudenmukaisista taloudellisista seuraamuksista. Käsitystä parisuhdetavasta omassa työssäni keskeisessä kysymyksessä eli avoliiton purkautumisen jälkeisessä omaisuudenjaossa saat-taisi yleisesti vastata edellä mainittu Saksan lisäyksenyhteisyys. Se on ratkaisuna monipuolisempi kuin Ruotsin avopareja koskeva lainsäädäntö.⁶¹⁸ Vaikka yhdessä hankittu omaisuus usein lienee juuri asunto ja asuntoirtoimisto, näin ei ole aina. Elämäntapoja on erilaisia.

Avioliiton jälkeinen omaisuudenjako kuvastaa yhteiskunnan käsitystä kohtuullisista taloudellisista seurauksista parisuhteen purkaututtua. Eri oikeusjärjestelmät ovat ratkaisseet asian eri lailla, mutta lopputulokset eivät yleensä poikkea toisistaan niin paljon kuin lainsäädännöstä voisi kuvitella.⁶¹⁹ Esimerkiksi Itävallassa jaetaan yhteiselämän aikana yhteiseen käyttöön hankittu omaisuus, kuten asunto ja asunointaimisto, ja sen aikana kertyneet säästöt puolisoitten välillä periaatteellisesta omaisuudenerillisyydestä huolimatta.⁶²⁰ Yleisenä jakoperusteena on kohtuus.⁶²¹ Erityisen tärkeänä perusteena on mainittu panostaminen yhteiselämään. Puolisoiden panoksia arvioitaessa esimerkiksi kotirouva-avioliitoissa puolisoitten panokset katsotaan yleensä saman arvoisiksi.⁶²² Tämä kohtuulliseksi katsottu jakotapa tuntuu yleisesti vastaavan käsitystämme parisuhdetavasta tyypillisessä parisuhteessa. Itävallan pääsääntöinen omaisuudenerillisuus vastaa juridisesti täysin avoliiton omaisuudenerillisyyttä.

⁶¹⁸ Kritiikistä Ruotsin ratkaisuun ks. esim. Agell (1987), s. 184. Ruotsin lainsäädännön perusteluista ks. Prop. 1986/87, lähinnä s. 2–3, 40–41, 98–110, 251–272, Bilaga 1, s. 5–6.

⁶¹⁹ Ks. lähemmin Välimäki, s. 3–19.

⁶²⁰ Das Ehegesetz (EheG) § 81, Das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch (ABGB) § 1233, § 1237.

Omaisuudenyhteisyydestä voidaan sopia ja kuolemantapauksessa se säännönmukaisesti muodostuu (ABGB § 1233, § 1234).

Ks. elatuksesta EheG, II Unterhalt §§ 66–80.

⁶²¹ EheG § 83.

⁶²² Bergmann/Ferid 31.8.1993, s. 158.

Tarkoitan parisuhdetavalla tässä työssä siten yksinkertaisesti käsitystä, että yhteiselämän aikana yhdessä hankittu omaisuus on yhteistä. Tämä on kauppatapaa vastaavasti lähtökohtaoletus, jota ei välttämättä ole kaikissa tapauksissa noudatettu.

Parisuhteessa elämisen tapoihin kuuluvat lisäksi käsitykset perheenjäsenien suhtautumisesta toisiinsa ja suhteessa elämiseen. Arvioidessamme parisuhteessa elävien ihmisten käytöstä ja tarkoituksia meidän on oltava tietoisia myös niistä vaikutuksista, joita parisuhteen tavoilla näin laajemmin ymmärrettynä on mahdollisesti ollut heidän ratkaisujensa taustavaikuttajana. Näitä tapoja voi kutsua vaikka parisuhdekäytännöksi. Perheenjäsenien oletetaan pyyteettömästi pitävän huolta toisistaan, toimivan yhteiseksi hyväksi. Sukupuoliroolit vaikuttavat siihen, missä määrin ja millä tavoin kumpikin parisuhteen osapuoli omistautuu tälle yhteiselle hyvälle yksityisen etunsa kustannuksella.

Käsitys parisuhteesta – oli se sitten avio- tai avoliitto – periaatteessa vapaana sopimussuhteena peittää helposti näkyvistä sen luonteen sosiaalisena instituutiona. Parisuhteessa tehdään harvoin nimenomaisia sopimuksia, vaan toimitaan määrättyjen »hiljaisten sopimusolettamien» eli parisuhdetavan tai -käytännön eli usein myös perinteisten sukupuoliroolien pohjalta.⁶²³ Perinteisen sopimusoikeuden voi sanoa perustuvan luottamukseen puutteelle: muodot ja sitovuusäännöt korvaavat luottamuksen. Luottamukseen perustuvissa perhesuhteissa tällaisia korvaavia menettelyjä ei samalla tavoin katsota tarpeellisiksi. Perheoikeus on perinteisesti lähtenyt luottamuksen ja yhteisen edun oletuksesta.

Vastahakoisuus avioliittoanalogiaan selittyy myös avioliiton julkiseksi mielletystä luonteesta. Perhe on nähty yhteiskunnan perustana ja parisuhteen solminen siten yhteiskunnallisena ja yhteiskunnan määriteltävissä olevana toimenpiteenä. Epämuodollisesti solmittua liittoa ei voida tällöin asettaa avioliittoa vastaavaan asemaan. »Koska perhe on yhteiskunnan perusta, on perhesuhteiden muotoutumisella erikoisen tärkeä merkitys yhteiskunnan menestykselle ja hyvinvoinnille. Missä perhesiteet höltyvät ja erittäinkin missä avioliitto menettää pyhyytensä, uhkaa yhteiskuntaakin hajoaminen. Sen suuren edun takia, mikä valtiolla siis on perhesuhteiden järjestelystä, ei osalla perheoikeuden säännöksiä ole pelkästään yksityisoikeudellinen, vaan samalla julkisoikeudellinenkin luonne. Samasta syystä vaaditaan myös määrättyihin

⁶²³ Valtosen tutkimissa avoliitto-oikeustapauksissa nainen oli kantajana miestä useammin suhteessa 3:2, Valtonen s. 6. Tämän voi olettaa tukevan käsitystä, että naiset useammin kokevat avoliiton jälkeisen tilanteen epäoikeudenmukaisena.

tähän kuuluviin oikeustoimiin, kuten avioliiton solmimiseen, julkisen viranomaisen myötävaikutus, samalla kun holhoustoimi on asetettu sellaisen viranomaisen valvonnan alaiseksi.»⁶²⁴

Clare Dalton on esittänyt selityksinä varaukselliseen suhtautumiseen antaa avoliitolle oikeudellisia vaikutuksia sekä avoliiton yksityisyyden että julkisuuden.⁶²⁵ Intiimi suhde on liian yksityinen, jotta tuomioistuimien voisi puuttua siihen sopimuksen täytäntöönpanemiseksi. Tämän selityksen vastakohtana on esitetty avoliittosopimusten olevan liian julkisia, jotta tuomioistuimet voisivat niihin puuttua. Niiden säätelemisen olisi lainsäätäjän tehtävä. Tuomioistuimet eivät voi esittää yksityisiä vaihtoehtoja julkiselle järjestelmälle.

5.2.1.1. Kotityö ja liittoon panostaminen

Keskeinen kysymys avoeron jälkeisessä omaisuudenjaossa on minkälaiseen korvaukseen tai osuuteen yhteisen pesän omaisuudesta osapuolet ovat oikeutettuja. Kotityö⁶²⁶ on yksi tapa panostaa parisuhteen yhteistalouteen.

KKO 1993:168 tapaus soveltuu hyvin esimerkiksi tässä luvussa käsiteltävästä aiheesta.⁶²⁷ Kyseessä oli omaisuuden jakoa koskeva riita avoliiton purkauduttua. Kaikki omaisuus oli miehen nimissä. Pariskunta oli elänyt yhdessä noin 27 vuotta ja heillä oli kolme yhteistä lasta. Jokainen oikeusaste antoi erilaisen ratkaisun.

KO:n päätöksen (26.4.1990) voi sanoa vastanneen Ruotsin avoliittolainsäädäntöä. KO:n päätöksen mukaan avovaimo sai puolet asunnon ja asunto-irtaimiston arvosta perusteettoman edun palautuksena. Miehen säästöillään ostamaa autoa KO ei katsonut tarkoitettuna yhteiseen käyttöön. Asunto katsottiin tarkoitettuna ja hankittuna yhteiseen käyttöön ja avopuolisoiden osallistuneen yhtä suurin osuuksin sen hankintaan. Avovaimon katsottiin ansiotuloillaan ja yhteisessä taloudessa tekemällään työllä osallistuneen yhteisiin kustannuksiin.

Hovioikeus katsoi tuomiossaan (10.12.1991), että pienituloisempi avovaimo ei ollut osallistunut omaisuuden rahoitukseen eikä omakotitalon ra-

⁶²⁴ Suomen oikeus- ja yhteiskuntajärjestys (Wrede), s. 281–282.

⁶²⁵ Dalton (1985), s. 1098–1099.

⁶²⁶ Puhun kotityöstä erittelemättä kodin ja lasten hoitoa. Tätäkin käsitettä käytetään vaihtelevasti, se ei aina sisällä lasten hoitoa.

⁶²⁷ Ks. lähemmin Pohjonen (1995), s. 376–382. Tässäkin tapauksessa tulee esille, kuinka sekä avioliitto-oikeudellinen että sopimusoikeudellinen ajattelu vaikuttavat päätösten taustalla, vaikkei niille muodollisesti ole annettu merkitystä.

kennustyöhön. Miehen ei katsottu saaneen lainkaan perusteetonta etua. Hovioikeus totesi vielä, että avovaimo oli saanut käyttää omakotitaloa asuntonaan vuokraa maksamatta.

Korkein oikeus katsoi ratkaisussaan (29.12.1993), että avovaimon panos oli mahdollistanut miehen kiinteistön ja omakotitalon hankkimisen. Ratkaisusta ilmenee käsitys, että vaimon tarkoituksena ei ollut kartuttaa miehen omaisuutta,⁶²⁸ mutta hän ei ollut yhteistä etua tavoitellessaan valvonut omia etujaan. KKO nimenomaisesti ei perustellut ratkaisuaan perusteettoman edun palautuksella.⁶²⁹ Vaimo sai »kohtuullisen korvauksen»,⁶³⁰ mikä oli hiukan vajaa kolmas osa tilan ja rakennuksen arvon puolikkaasta (noin 1/6 asuintilan arvosta ja 1/8 koko omaisuuden arvosta). Auton ja tavanomaisen koti-irtaimiston hankkimisessa avovaimon panoksella ei miehen ansiotulot ja muut olosuhteet huomioon ottaen ollut KKO:n mielestä sanottua merkitystä.

Avovaimon panoksen arvo on eri oikeusasteissa arvioitu eri tavoin. KO:n perusteluissa panosta on arvioitu osana parisuhdetta. KO mainitsi, ettei vaimo ollut käyttänyt ansiotulojaan omaksi hyödykseen tavanomaista enempää. Puhtaassa panosajattelussa ei sillä, miten muuten käyttää rahojaan, liene mitään merkitystä, vaan ainoastaan sillä, mitä panostaa kyseessä olevaan kohteeseen. Avioliitto-oikeudessa puolestaan lähtökohta-ajatuksena on ollut se, etteivät puoliset käytä tavanomaista enempää yksityiseen kulutukseen, koska ensisijaisena on yhteinen etu. Avioliittolainsäädännön voi sanoa kuvastavan parisuhdetapaa: panoksia ei arvoteta vastakkain, mutta osapuolten oletetaan panostavan yhteiseen liittoon kykyjensä mukaisesti.

HO:n tuomio edustaa perinteisintä, kapean muodollista linjaa. Merkittäviä kriteerejä ovat vain rahoitus ja nimenomaan kyseessä olevaan omaisuuden kohdistunut työ. Tätä linjaa tukevat myös KKO:n päätökset 1988:27 ja 28. Ensimmäisessä korvausta sai rakentamisesta ja toisessa huomattavasta rahapanoksesta. Nyt käsiteltävässä tuomiossa rahoituspanos on arvioitu palkan suuruuden ja HO:n oletaman juoksevien menojen jakaantumisen perus-

⁶²⁸ Vertaa KKO 1973 II 28, jossa oli kysymys avopuolison toisen kiinteistön hyväksi suorittamista summista. KKO katsoi, ettei ollut näytetty, että tällä avopuolisolla olisi ollut tarkoitus lahjoittaa näitä summia toiselle.

⁶²⁹ Perusteettoman edun palautuksen mukaisen ajattelun voi kuitenkin nähdä KKO:n perustelujen taustalla. Siinä oletetaan, ettei avovaimo olisi tarkoittanut kartuttaa miehen omaisuutta siinä tapauksessa, että avoliitto päättyy välirikoon.

⁶³⁰ KKO:n korvausajattelu vie ajatukset sopimusoikeuteen. Vahingonkorvauslain (5:1) mukaan korvattava vahinko on pääsääntöisesti henkilö- tai esinevahinko. Kun mikään erityislainsäädäntökään ei koske kyseessä olevaa tilannetta, voi kysyä, mihin KKO:n määräämä »korvaus» perustuu, jollei jonkinlaiseen sopimukseen.

teella. Vain nämä tekijät on erotettu perheen talouden kokonaisuudesta päätöksen perusteiksi. Voi päätellä, että hovioikeuden tuomiossa kotityöt on katsottu itsestään selviksi, perhe-elämään kuuluviksi. Nainen tekisi niitä joka tapauksessa.⁶³¹ Parisuhteessa elämiselle on annettu merkitystä päätöstä tehtäessä, mutta vain yksipuolisesti. Jos kyseessä olisi pieni yritys, jossa yksi yhtiömies olisi hoitanut rakennustöitä ja toinen talous- ja lastenhoitotöitä, annettaisiin kummankin työpanokselle varmaan arvoa samoilla perusteilla. KKO on arvottanut avovaimon panoksen perheen varallisuuden kerääntymiseen suhteellisen pieneksi. Perusteluista voi päätellä, että miehen paremmilla ansiotuloilla on ollut tähän merkittävä vaikutus.

Puolisoiden asuessa yhdessä voi olettaa, että työnjako on järjestelykysymys. Jos toinen on yksin rakentanut talon, on toinen melkoisella varmuudella tehnyt sitä enemmän muita, kuten talous- ja lastenhoitotöitä. KO:n ja KKO:n päätösperusteluissa todetaan, että avovaimo on tässä tapauksessa huolehtinut yhteiseen talouteen kuuluvien tehtävien suorittamisesta. Ruokamenot ovat yleensä perheen menoista huomattavimpia ja niiden suuruuteen vaikuttaa ratkaisevasti kotitöihin uhrattu aika. Palkkaero saattaa omaisuuden karttumisen kannalta olla tosiasiallisesti merkityksettömämpi kuin taloudellinen taloudenhoito, mistä vaimo on perinteisessä parisuhteessa kantanut vastuun.⁶³² Avovaimo oli kyseisessä tapauksessa oikeudessa vedonnutkin säästäväisyyteensä. HO:n tuomiossa on, kuten sanottu, annettu ratkaiseva merkitys rahapanokselle ja taloon välittömästi liittyvälle työpanokselle. Kodin työnjaossa mies perinteisesti tekee rakennustöitä ja vaimo kotitöitä. Miehillä on myös perinteisesti parempi palkka kuin naisilla. Tämä johtuu pitkälti siitä, että naisten on oletettu omistautuvan enemmän perheelle kuin uralleen ja naiset usein toimivatkin näin. Tämä käsitys on taustalla myös avioliittolainsäädännössä, jossa pyritään osittain kompensoimaan sukupuolten välisen roolijaon seurauksia. Miehen parempien tulojen on HO:n tuomiossa itsestään selvästi katsottu takaavan, että miehen tuloja olisi käytetty enemmän perheen hyväksi

⁶³¹ Syynä miesopettajien parempiin palkkoihin esitettiin 1800-luvun lopulla valtiopäiväkeskustelussa, että »mies syö enemmän, ei sijaa vuodettaan, ei siivoa huonettaan, ei keitä ruokaansa, ei ompele vaatteitaan». Nainen ei siis tarvitse yhtä hyvää palkkaa, koska hän voi tehdä kaiken edellä mainitun itse ilman aputyövoimaa. Ks. Mustakallio, s. 86.

⁶³² Gottberg (1/1995), s. 416 alaviite 97⁴, on avioliiton yhteydessä tuonut esille vuoden 1920 lainvalmistelukunnan esittämän perustelun avio-oikeudelle (LKV 1920:1, s. 43): »...vaimo — — osattomana jättäisi kodin, vaikka siinä oleva omaisuus olisi kenties suureksi osaksi luettava kotia säästäväisesti ja huolellisesti hoitaneen vaimon ansioksi...»

kuin naisen. Naiset käyttävät kuitenkin yleensä tulojaan enemmän perheeseen ja kotiin kuin miehet.⁶³³

Avoliitossa puolisoilla on velvollisuus ottaa osaa perheen yhteiseen talouteen ja puolisoiden elatukseen (AL 46 §). Näiden velvollisuuksien ja avio-oikeuden voi katsoa muodostavan kokonaisuuden. Avoliitossa eläville ei lain-säädännössämme ole asetettu edellä mainittuja velvollisuuksia eikä oikeutta. Sitä varten kotitöiden tekemisen ei voi muodollisjuridisesti katsoa kuuluvan avoliittoon normaalina edellytyksenä, jota ei siten ole otettava omaisuuden jaossa huomioon.⁶³⁴

Kotityö oli vuoden 1930 AL:n mukaan osa elatusvelvollisuutta.⁶³⁵ Sillä ei ansainnut omistusoikeutta omaisuuteen eikä oikeutta palkkaan. Ennen kuin AL:n lahjoituskielto vuonna 1992 kumottiin, sekin oli omalta osaltaan toiminut perusteluna sille, ettei omistusta voinut ilman puuttuvaa rahoitusosuutta syntyä. Kotityön elatusluonne kuitenkin modifioitui oikeuskäytännössä ja sille annettiin kohtuussyistä vaihdanta-arvoa. Vuoden 1988 AL:n muutokset (103b § ja 107 §) loivat mahdollisuuden avoimeen kohtuullistamiseen. Kotityö on nykyään yksi sovitteluharkinnassa huomioitava seikka.

Saksalaisessa oikeuskäytännössä on viitattu siihen, ettei avoliiton kohdalla voi vedota siihen, mikä on tavallista aviollisessa yhteiselämässä, koska avoliitossa ei ole avoliiton velvollisuuksia.⁶³⁶ Kotitöiden tekeminen ja juoksevien menojen maksaminen on siellä kuitenkin katsottu avoliittoon kuuluvaksi, eli niitä ei ole tarkoitettu korvattaviksi.⁶³⁷

Voimme aivan yhtä perustellusti sanoa, että esimerkiksi talon rakentaminen tai ostaminen kuuluu olennaisena osana parisuhteessa elämiseen eikä

⁶³³ Aromaa, Cantell, Jaakkola, s. 25–26, totesivat tutkimuksessaan, että liittotyypistä riippumatta naisen tuloja näytetään käytettävän kodin sisäpuolisiin menoihin, kuten lapsista johtuviin, ja miehen tuloja kodin ulkopuolisiin menoihin, kuten autoon, huveihin ja alkoholiin. Pahl, s. 146–152, miehet käyttävät enemmän omaan »leisure»'iin kuin naiset (englantilainen tutkimus).

⁶³⁴ Ks. myös Valtonen, s. 34.

⁶³⁵ Ks. tämän kappaleen osalta lähemmin Gottberg (1/1995), s. 77–89. Myös AL 64 §:ää (määrittelee puolison mahdollisuutta saada toiselta korvausta ansiotyössä avustamisesta) on tulkittu niin, että se e contrario estää kotityöstä esitettävät palkkavaateet.

⁶³⁶ Maus, s. 47. Kyse oli siitä, ylittikö »Mitwirkung» vaimon tavanomaisen toiminnan. Ks. myös Schreiber, s. 145, 149. BGB § 1357, jonka mukaan puoliso on sidottu toisen puolison yhteiselämän tarpeiden kattamiseksi tekemiin oikeustoimiin, ei koske avopuolisoja.

⁶³⁷ Usein siteerattu BGH:n lausuma: »dass persönliche und wirtschaftliche Leistungen der Partner nicht miteinander abgerechnet, sondern ersatzlos von demjenigen Partner erbracht werden sollen, der dazu in der Lage ist.» FamRZ 1981, 530.

sitä ole katsottava korvattavaksi. Näin ajateltaessa ainakin yhteiselämään kiinteästi liittyvä omaisuus kuten asunto olisivat tulleet yhteisiksi aivan samoin kuin jo yhteiseksi hyväksi käytetyt juoksevat kulut ja kotityöpanokset. Tapauksissa, joissa toinen on maksanut juoksevat kulut ja omistautunut kodin hoidolle ja toinen palkkatyölleen maksaen esimerkiksi omistusasunnon, käsitys kotitöiden korvaamattomuudesta johtaa kohtuuttomaan lopputulokseen.

Koska kotityöt on luokiteltu parisuhteeseen kuuluviksi, niihin ei ole Saksassa katsottu voitavan oikeudellisesti velvoittaa. Henkilökohtaisten velvollisuuksien asettaminen on parisuhteissa nähty rajatun avioliittoon (esimerkiksi § 1353).⁶³⁸ Avioliitonkaan läheissuhdepuoleen kuuluvia velvollisuuksia ei kyllä voi pakkotäytäntöönpanna.⁶³⁹ Avioliiton kohdalla tämä asiainlaista on muun muassa johtanut siihen käsitykseen, että sitä ei ole nähty oikeusyhteisönä ja läheissuorituksia koskevien sopimusten pätevyys on vahvasti kyseenalaistettu. Tällaisina läheisasioina on nähty muun muassa ehkäisyn käyttäminen ja lasten saaminen. Myös uskollisuus, talouden- ja lasten hoito on katsottu henkilöllisiksi velvollisuuksiksi, joihin ei voi oikeuden avulla pakottaa. Ne kuuluvat perustuslaillisesti suojattuun yksityisyyteen. Sopimus, jolla oli tarkoitettu turvata naisen tulevaisuus kun hän oli luopunut asunnostaan ja urastaan avioliiton vuoksi, katsottiin sopimussakkotyypiksi sanktioksi liiton purkamisesta ja siten BGB § 138 (siveetön oikeustoimi) perusteella mitättömäksi.⁶⁴⁰ Velvoitteiden syntyminen avioliiton perusteella on toisinaan yleisesti ottaenkin katsottu § 138 mukaisen siveellisen itsemääräämisen vastaiseksi.⁶⁴¹

Edellä mainitut syyt eivät toimi perusteluina sille, että kotityöt poikkeaisivat muista töistä, joiden suorittamisista tehdään koko ajan sopimuksia. Työsopimukset rajoittavat suuresti henkilökohtaista vapautta. Henkilökohtaisesti suoritettavien työpanosten pakkotäytäntöönpanot eivät liene meidän kulttuurialueellamme nykyään juuri mahdollisia. Luontaisuuksien vaatimisen mahdollisuus on vain osa sopimussuhteiden oikeudellista käsittelyä. Silloin kun luontaisuuksien ei tule kysymykseen, harkitaan purkua tai korvausvelvollisuutta.

⁶³⁸ Strätz, s. 107. Strätz on tässä yhteydessä vedonnut myös valtiosääntöoikeuteen, s. 109.

⁶³⁹ § 888 ZPO, Schreiber, s. 107–110 (Sexuelle Treu und Kinderlosigkeit, Vereinbarung von Vertragsstrafen für den Fall der Trennung).

⁶⁴⁰ OLG Hamm oli muun muassa pitänyt summia suhteettoman suurina. Sovittu korvaus oli 40 000 DM (lyhyenkin ajan jälkeen) ja 10 vuoden kuluttua 80 000 DM. Schreiber, s. 109.

⁶⁴¹ Maus, s. 107–109.

Avioliiton varallisuusjärjestelmä on rakennettu sille oletukselle, että osapuolet täyttävät läheisvelvoitteensa. Sillä on nimenomaisesti pyritty turvaamaan kotia hoitavan vaimon asemaa. Kotitöille omistautunut saa korvauksensa osuutenaan omaisuudesta ja mahdollisesti elatusapuna. Luontaisuu-rituksia odottava osapuoli ei voi vaatia pakkotäytäntöönpanoa, mutta hän voi purkaa suhteen ja Saksassa voidaan joissain tapauksissa epälojaalisuus ottaa huomioon varallisuusjärjestelyissä (BGB §§ 1381, 1579). Avioliiton tyyppisessä sopimussuhteessa tulisi sitä purettaessa pohdittavaksi, mitä kumpikin osapuoli on panostanut suhteeseen ja mistä luopunut suhteen hyväksi eli minkälaisia menetyksiä heille voidaan katsoa aiheutuneen sopimussuhteen purkautumisesta.

Yhtenä esimerkkinä suhtautumisesta kotitöiden korvattavuuteen on aiemmin esille tullut seikka, ettei kotitöiden tekemistä ole katsottu työpalkkaan oikeuttavaksi, koska niistä ei ole odotettu suoritettavaksi korvausta ja koska työ ei tule vain toisen lukuun. Ensiksi voi todeta, ettei se mitä on odotettu ole näissä tilanteissa yleensä kovinkaan selvää. Käsitys, että kotityöt kuuluvat korvauksetta osana parisuhteeseen, juontaa avioliitosta. Avioliitossa niitä ei kuitenkaan suoriteta korvauksetta. Aviovarallisuusjärjestelmä on luotu juuri sitä silmälläpitäen, että puoliso joka on enemmän omistautunut kotitöille (talouden- ja lasten hoidolle) saa osuutensa rahanansaitsemispanoksella yhteisyyteen osallistuneen puolison hankkimasta tulosta aivan samoin kuin tämä on hyötynyt kotityöpanoksesta.⁶⁴² Toiseksi, aina ei ole helppo erottaa mikä osuus työstä on tehty omaan ja mikä toisen lukuun. Jos omaksikin hyödyksi tehty työ olisi yleisesti palkatonta, lisääntyisi palkattomien työntekijöiden määrä suuresti.⁶⁴³

Nykyisessä avioliitto-oikeudessamme ja sen mukaisessa osituksen sovitelukäytännössä kotityöt on täysin rinnastettu varojen hankkimiseen ja niiden katsotaan mahdollistaneen välillisesti toisen puolison varojen hankkimisen.⁶⁴⁴ Kotityöt voidaan lain mukaan ottaa kohtuusharkintana huomioon tapauksissa, joissa on nimenomaisesti avioehtosopimuksella sovittu avio-oikeuden poissulkemisesta. Avioliitossa eli vastaavanlaisissa kohtuuttomuusti-

⁶⁴² Esineoikeudellinen omistajanasema on sinänsä vahvempi kuin avio-oikeuteen oikeutetun asema, lähemmin Gottberg (1/1995), s. 79.

⁶⁴³ Ensimmäisenä tulee mieleeni väitöskirjaansa tekevä assistentti.

⁶⁴⁴ Ks. tästä aiheesta lähemmin Välimäki, s. 82–87, 91–94.

Vaimon oli katsottu pääasiassa kotitöillä suorittaneen osuutensa asunto-osakkeiden maksamisesta, ks. Välimäki, s. 374–375.

lanteissa, joissa minkäänsuuntaista nimenomaista sopimusta ei ole, vastaava kohtuullisuusharkinta tuntuisi vieläkin helpommalta ratkaisulta. Avioeron jälkeisessä osituksen sovittelussa otetaan huomioon myös puolisoitten avoliitossa asuma aika harkittaessa avioliiton pituutta sovittelua puoltavana tai estävänä tekijänä.⁶⁴⁵

Olen jo aiemmin viitannut Norjan oikeuskäytäntöön, jossa jo parinkymmenen vuoden ajan on katsottu yhteisomistussuhteen syntyminen mahdolliseksi parisuhteessa hankittuun omaisuuteen. Tone Sverdrup on tutkinut Norjan yhteisomistuksen syntymistä avio- ja avoliitossa.⁶⁴⁶ Parisuhteessa elämisen järjestelyt muodostavat taloudellisen kokonaisuuden, jonka osana omaisuus on hankittu. Kotityö on katsottu yhdeksi tavaksi osallistua tämän kokonaisuuden luomiseen. Vastaavanlainen liiton työnjakoon liittyvä tapa osallistua yhteisen omaisuuden hankintaan voi olla juoksevien menojen maksaminen. Pääkriteeri on osallistuminen (medvirkning).⁶⁴⁷ Kotitöiden tekeminen mahdollistaa toisen puolison omistautumisen ansiotuloille tai rakentamiselle. Helpoimmin yhteisomistus on mielletty myönnettäväksi asuntoon. Kotitöistä pienten lasten hoito on ollut varmimmin yhteisomistukseen oikeuttava työn muoto. Samalla kun puolison työ kotona on mahdollistanut toisen puolison työn kodin ulkopuolella tai talon rakennuksessa, se on tehnyt kodin ulkopuolisen työn ansiotuloineen hänelle itselleen mahdottomaksi.

Oikeuskäytäntö on tapauskohtaista kokonaisharkintaa,⁶⁴⁸ jossa osallistumisen arvo määritetään. Sverdrup huomauttaa, että olisi mahdollista ajatella myös niin, että elämänyhteisyys (livsfelleskapet) olisi lähtökohtainen peruste liiton aikana hankitun, yhteisessä, yksityisessä käytössä olevan omaisuuden yhteisomistukselle.⁶⁴⁹ Perhe-elämä on kokonaisuus, mikä heijastuu sen aikana hankitun omaisuuden omistusoikeuden määrittämiseen.

Norjan oikeuskäytäntö on saanut vahvistusta laissakin. Norjan nykyisessä avioliittolainsäädännössä⁶⁵⁰ on säädetty, että yhdessä hankittu omaisuus on yhteisomaisuutta. Arvioitaessa, kuka on hankkinut puolisoitten yhteisessä

⁶⁴⁵ Välimäki, s. 205.

⁶⁴⁶ Sverdrup.

⁶⁴⁷ Sverdrup, s. 276.

⁶⁴⁸ Kokonaisharkinnassa on huomioitu muun muassa omaisuuden liittyminen perheyhteisyyteen, ansiotyöhön käytetty aika, oliko hankinta yhdessä suunniteltu ja olivatko osapuolet siitä samaa mieltä, omaisuuden käyttö ja tarve osapuolille. Sverdrup, s. 399.

⁶⁴⁹ Sverdrup, s. 272–273.

⁶⁵⁰ (4.7.1991/47, 31 §) Korkeimman oikeuden ratkaisuja tämän uuden pykälän voimaoloajalta ei vielä ole Sverdrupin aineistossa, Sverdrup (1997), s. 221.

yksityisessä käytössä, yhteisenä asuntona tai tavanomaisena asuinirtaimistona ollutta omaisuutta, tulee puolisoiden työlle kodissa panna painoa.

Ruotsin oikeuskäytännössä kotitöillä ei ole katsottu olevan merkitystä arvioitaessa panoksia, jotka oikeuttaisivat avopuolison omistusoikeuteen.⁶⁵¹ Nykyään, kun asunnon ja asuntoirtaimiston omistussuhteesta avoliitossa on oma lakinsa, edellä mainitulla asenteella on merkitystä muunlaisen omaisuuden jaossa.⁶⁵² Ruotsin korkein oikeus on todennut, että omistus ratkaistaan yleisten varallisuus oikeudellisten periaatteiden mukaisesti ottaen kuitenkin huomioon avopuolisoiden välillä tavallisesti vallitseva läheinen henkilökohmainen ja taloudellinen yhteisyys.⁶⁵³ Omistusoikeus määräytyy siihen pantujen varojen ja työpanoksen mukaan, silloin kun hankinta on ollut riippuvainen työpanoksesta. Varallisuuspanoksia arvioitaessa kiinnitetään huomiota myös siihen, miten menot on jaettu. Yleistolouden juoksevien menojen maksaminen huomioidaan panoksena yhteiseen käyttöön hankitun omaisuuden panoksena.

Tanskalainen Vibeke Vindeløv on huomauttanut, että arvon antaminen kotityölle avoliitossakin ei tarkoita avio- ja avoliiton asettamista samaan asemaan, vaan koti- ja hoivatyön arvostamista.⁶⁵⁴ Kyse ei hänen mukaansa ole yhteiselämän muotojen vaan sukupuolten tasa-arvosta. Jälkimmäinen huomautus pitää paikkansa niin kauan kuin naiset tekevät miehiä enemmän kotitöitä. Hän on myös tuonut esille, että palkka ei muissakaan töissä riipu vain siitä, mitä työtä työntekijä tekee, vaan esimerkiksi siitä tekeekö hän sitä yksityis- vai julkissektorilla.⁶⁵⁵ Ei ole muihin töihin nähden poikkeuksellista, että kotitöiden arvo on erilainen miehen ansiotasosta riippuen. Avioliittolainsäädäntö esimerkiksi Suomessa ja Saksassa lähtee siitä, että kotona työskennelleen tai kotitöihin enemmän panostaneen puolison osuus yhteisestä omaisuudesta liiton purkautuessa määräytyy samoin perustein riippumatta siitä, mikä työssä käyneen tai enemmän työhönsä panostaneen puolison tulotaso

⁶⁵¹ Dahlberg, Nordborg, Wicklund, s. 138.

⁶⁵² Ks. korkeimman oikeuden tapaus NJA 1992, 27, s.163–168. Vapaa-ajan venettä koskevassa tapauksessa on kiinnitetty huomiota vain veneeseen kohdistuvaan työhön. Vene katsottiin hankitun olennaisesti miehen omaan käyttöön. Korkeimman oikeuden jäsen Gregow katsoi omassa lausunnossaan, että argumentaatiolla, että avovaimon työpanos kotona olisi mahdollistanut sen, että mies pystyi työskentelemään niin paljon veneenrakennuksen parissa, ei ole oikeudellista merkitystä.

⁶⁵³ NJA 1992:27, s. 166.

⁶⁵⁴ Vindeløv (1987), s. 211–212. Hän toteaa, että Tanskan oikeuskäytännöstä on vaikea sanoa, missä määrin kotityölle annetaan arvoa panoksena. Ks. kotityöstä avoliitossa lähemmin Vindeløv, s. 149–153, 179–201 ja 208–213.

⁶⁵⁵ Vindeløv, s. 198.

on ollut. Parisuhteessa elämistä käsitellään kokonaisuutena eikä pyritä laskemaan yksittäisten panosten rahallista arvoa.

Kotitöille avoliitossa on alettu antaa enemmän merkitystä omaisuuden- jaossa esimerkiksi Australiassa ja Kanadassa.⁶⁵⁶

5.2.2. Oikeussuhde?

Saksalainen oikeuskeskustelu on suomalaista ja pohjoismaalaista dogmaattisempaa. Tämä ilmenee avoliittojakin koskevassa kirjoittelussa. Saksassa on paljon keskusteltu siitä, onko avoliitto oikeusyhteisö.⁶⁵⁷ Kun oikeusyhteisöt yleensä syntyvät oikeustoimilla, seuraava kysymys on ollut, ovatko avoliittoa toteuttavat teot oikeustoimia.⁶⁵⁸ Tällöin nousee esille kaksi oikeustoimen keskeistä ominaisuutta. Ensinnäkin oikeustoimi on sitoutumistahdonilmaisu. Avoliitto on usein nähty jo luonteeltaan sitoutumistahdon vastakohtana: siihen on päädytty, koska ei ole tahdottu solmia avoliittoa ja sitoutua sen mukaisiin velvoitteisiin – ja oikeuksiin. Saksassa on viitattu Treu und Glauben-periaatteen (§ 242) mukaiseen luottamukseen avoliitoissa tarkoituksella suojata muodollisjuridinen luottamus.⁶⁵⁹ Solmiessaan epämuodollisen avoliiton henkilö ei ole sitoutunut mihinkään eli hänen luottamustaan tähän sitoutumattomuuteen tulee suojella. Avoliittoa on tällöin tarkasteltu jo lähtökohtaisesti suhteessa avoliittoon eikä itsenäisenä oikeussuhteena. Yhtä hyvin voitaisiin ajatella, että oikeusjärjestyksen tulisi suojella ihmisten luottamusta parisuhdetapaan eli sosiaalisessa todellisuudessa määrittäneeseen itsestään selvyytensä omaksuttuun »tahtoon». Treu und Glauben -doktriinin yleisessä määrittelyssä on tulkintaindisiona viitattu odotuksiimme sosiaalisten ryhmien jäsenenä tai tietyissä rooleissa.⁶⁶⁰ Sitä ja pykälää 138 (siveetön oikeustoimi) on yleisesti ottaen usein käytetty mitätöimään epätasapainoisia sopimuksia

⁶⁵⁶ Ks. Australiasta luvussa 5 ja Kanadasta Bala, s. 303. Kanadan oikeuskäytännössä on alettu antaa merkitystä kotityölle. Bala mainitsee korkeimman oikeuden tapauksen *Peter v Beblow* vuodelta 1993, jossa pääasiassa kotia ja lapsipuoliaan hoitanut avovaimo sai 12 vuoden liiton jälkeen omistusoikeuden asuntoon, joka vastasi noin puolta hänen omaisuudesta. Kyseessä katsottiin olevan »joint family venture», jossa on työnjako.

⁶⁵⁷ Ks. esim. Maus, s. 44–49 ja Schwab, s. 356.

⁶⁵⁸ Maus s. 104–121.

⁶⁵⁹ Strätz, s. 108.

BGB § 242 (Leistung nach Treu und Glauben) Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.

⁶⁶⁰ Teichmann, s. 29.

tai sopimusehtoja, joissa toinen osapuoli on ollut heikommassa asemassa.⁶⁶¹ Treu und Glauben'ia on käytetty myös tilanteissa, joissa muodollisuusvaatimukset olisivat johtaneet kohtuuttomaan lopputulokseen.⁶⁶²

Toinen keskeinen oikeustoimeen kuuluva ominaisuus on sitoumuksen hyväksyttävyyys. Sen on oltava oikeudellisesti velvoittava ja täytántöönpantava. Oikeusjärjestyksellä ei panna täytántöön muun muassa epäsideellisiä tai henkilökohtaiseen vapaupiiriin kuuluvia sitoumuksia. Saksalaisessa keskustelussa oli kysymys avoliittojen epäsideellisyydestä aiemmin keskeinen.⁶⁶³ BGH oli vielä vuonna 1968 sitä mieltä, että sukupuoliyhdyntää naimattomien välillä oli pidettävä moraalilain loukkauksena.⁶⁶⁴ Saksassa on myös, kuten monissa muissakin maissa, keskusteltu siitä onko joissain avoliittojen omaisuusjärjestelyissä kyse esimerkiksi korvauksesta seksuaalisista palveluksista. Sideettömät tai hyvien tapojen vastaiset sopimusehdot ovat aina kiellettyjä.⁶⁶⁵ Nykyään avoliittoa itseään ei enää pidetä epäsideellisenä. Toisaalta voi kysyä, kuinka sideellinen suhde juridinen avoliitto on. Jos sukupuoli-nen kanssakäyminen on siinä katsottu niin pakolliseksi, ettei raiskauksen tunnusmerkistö siinä täyty, näyttäytyy sen sideellisyys hyvin kyseenalaisena. Näinhän on Saksassa yhä ja Suomessakin lainmuutos tuli voimaan vasta vuonna 1994.

Myös Yhdysvalloissa seksuaalimoraalilla on ollut roolinsa avoliittotapusten arvioinnissa. On harkittu, koskeeko avopuolisoiden sopimus tai sen osa seksuaalipalvelujen korvaamista eli onko sopimus verrattavissa moraalittomaan prostituutiosopimukseen.⁶⁶⁶ Dalton on esittänyt, että jos seksi nähtäisiin molemmiin puoliseen nautintona eikä naisen miehelle antamana nautintona, se olisi helppo erottaa muusta sopimuksesta.⁶⁶⁷ Yksi avoliiton keskeinen oletus on osapuolten välinen seksuaalielämä. Se mielletään osaksi pari-

⁶⁶¹ Zweigert, Kötz I, s. 156, Foster, s. 196.

⁶⁶² Foster, s. 201.

⁶⁶³ Ks. lähemmin esim. Schreiber, s. 150–152. Sideellisyysteema voi vielä tulla avoliittokeskusteluissa esille muun muassa pohdittaessa avopuolison entisen tai rinnakkaisen avioperheen asemaa.

⁶⁶⁴ Glendon, s. 264 (em. tapaus BGH 26.2.1968, 1968 NJW s. 932, 935). Vuonna 1969 aviorikos dekriminalisoiitiin ja aviottomien lasten lainsäädännöllistä asemaa parannettiin.

⁶⁶⁵ Ks. esim. Schwab, s. 349.

⁶⁶⁶ Dalton (1985), s. 1101–1105.

⁶⁶⁷ Dalton (1985), s. 1111. Enkeli ja huora -roolit tulevat esille avoliittoajattelussakin. Enkeli ei odota mitään korvauksia rakkaudesta tehdyistä palveluksista. Hän olisi palvelija, jos hän odottaisi niitä. Huora houkuttelee seksuaalisuudellaan moraalittomuuteensa perustuviin sopimuksiin, s. 1110–1111.

suhdetta. Naisen perinteinen panos parisuhteen talouteen on ollut kotitöiden tekeminen. Niiden tekemistä kuten seksuaalielämää pidetään osana parisuhdetta. Avoliitossa kotitöiden tekemisellä ei yleensä katsota olleen hyötymistarkoitusta.⁶⁶⁸ Seksuaaliakteilla sen sijaan on nähty olleen tämä tarkoitus.

Tällä hetkellä juridisesti merkittävämmäksi oikeustoimelta vaadittavaksi ominaisuudeksi avoliittokeskusteluissa onkin Saksassa muodostunut henkilökohtainen vapauspiiri. Avoliittoa pidetään niin henkilökohtaisena suhteena, ettei sen täytäntöönpanoon voida oikeudellisesti velvoittaa. Tässä yhteydessä on viitattu BGB § 138 mukaiseen siveellisen itsemääräämisen periaatteeseen.⁶⁶⁹

Kahden oikeustoimikelpoisen avoliitossa asuvan ihmisen välisten oikeustoimien pätevyyden ei luulisi juridisena kysymyksenä lainkaan nousevan esiin. Bertil Bengtsson pohti asiaa 1970-luvulla ja totesi asianajajien keskuudessa vallitsevan käsityksen, että avopuolisoiden väliset sopimukset ovat vain moraalisesti sitovia.⁶⁷⁰ Tämän käsityksen takana Bengtsson olettaa olevan ajatuksen, että sopimus koskee erittäin henkilökohtaista suhdetta, jossa ei ilman muuta voi sitoa toimintavapauttaan ilman avoliittoa. Suurin ongelma avopuolisoiden sopimuksissa tuntuu kirjoituksessa oletetun olevan niiden kohtuuttomuus ja yksilön toimintavapauden sitominen. Kyseenalaisiksi oletetaan sopimukset avoliiton aikana suoritettavista avustuksista, jotka eivät ole korvausta työstä. Ne muistuttavat korvausta seksuaalisuhteesta. Bengtsson painottaa kuitenkin pääsäännön olevan, että avopuolisot ovat normaalisti oikeustoimikelpoisia henkilöitä eikä heidän sopimisvapauttaan voi rajoittaa kuin painavin perustein. Heidän sopimuksiaan voidaan kohtuuttomuustapauksissa sovitella.

Dalton on vastaavasti todennut Yhdysvaltojen avoliittotapauksia tarkastellessaan, että yleinen oletus on ollut, etteivät intiimissä suhteessa olevien⁶⁷¹

⁶⁶⁸ Dalton (1985), s. 1105. Patemanin ajattelussa seksuaalisuus on vallitsevassa suopuolisopimuksessa keskeisesti seksuaalista käyttöä, miesten pääsyä naisten ruumiiseen, prostituutiota, Pateman, s. 154–218.

⁶⁶⁹ Maus, s. 67.

⁶⁷⁰ Bengtsson, s. 24–26. Oikeuskäytäntöä ja -kirjallisuutta ei aiheesta Bengtssonin mukaan tuolloin juuri ollut ja hän varoitti, että hänen esittämänsä tuli asennoitua suurella epäilyksellä. Mahkonen (1984) pohtii asiaa sivuilla 99–119.

Epäilevästä suhtautumisesta avopuolisoiden sopimuksiin ja asenteesta, että aviopuolisoita koskevat säännöt rajoittavat avopuolisoiden sopimusoikeutta, ks. Agell (1995), s. 211.

⁶⁷¹ Tämä ajattelutapa kehittyi puolisoiden välisissä ja vanhempien ja lasten välisissä suhteissa. Avopuolisoiden suhde oletetaan tässä mielessä samanlaiseksi.

sopimukset ole sopimusoikeudellisia, vaan vain moraalisia sitoumuksia.⁶⁷² Menettelyn, jonka muuten olisi katsottu johtavan implisiittiseen sopimukseen (implied-in-fact contract), on näissä tapauksissa nähty kuuluvan luonnollisena osana suhteeseen. Avoliitossa ei tällöin toisen hyötyessä toisen kustannuksella ole aina katsottu kyseessä olevan perusteeton etu (unjust enrichment).

Saksassa on yleensä periaatteessa katsottu, ettei avoliitto ole oikeusyhteisö. Tuomioistuinratkaisuihin voisi Mausin mukaan vetää senkin johtopäätöksen, että avoliitto olisi tunnustettu rajoitetussa mielessä oikeussuhteeksi.⁶⁷³ Jos yhtiöoikeuden soveltaminen avoliittoihin on mahdollista ilman yhtiösopimusta, täytyy elämänyhteisyyden itsensä olla oikeusyhteisö. Oikeudellisesti velvoittavina oikeustoimina avopuolisoiden välillä on yleensä pidetty vain niitä oikeustoimia, joissa seikalla, että ne on tehty avoliitossa, ei ole kuin korkeintaan välillinen merkitys.

Maus on jakanut suoritukset avoliittokumppanille kolmeen luokkaan eli niihin, jotka on tehty yhteiselämää varten, niihin, jotka on tehty yksinomaan kumppanille eli joissa avoliitto vaikuttaa vain taustalla ja niihin, jotka on tehty neutraalisti eli ilman liittymää avoliittoon.⁶⁷⁴ Strätzin luokitus tasotusvaatimuksista avokumppanilta liiton purkautumisen jälkeen vastaa pitkälti edellä mainittua luokitusta. Toisen kohdan hän on määritellyt suorituksiksi, jotka ylittävät tavanomaisen avoliiton elämänyhteisyyden.⁶⁷⁵ Mausin mukaan ensimmäisen ryhmän suorituksilla ei pääsääntöisesti ole oikeustoimen luonnetta, Strätzin mukaan ne eivät koskaan oikeuta tasoitukseen. Kahden viimeisen ryhmän suoritusten oikeussitovuus ei Mausin mielestä ole ongelma, etenkin viimeisen ryhmän. Strätz on todennut toisesta ryhmästä, että sen suorituksiin voidaan soveltaa erilaisia juridisia keinoja, kuten yhtiöoikeutta. Viimeistä ryhmää kohdellaan hänenkin mukaansa yleisten sääntöjen mukaisesti. Rajanvedoksi sille, mitkä suoritukset kuuluvat ensimmäiseen ryhmään, Maus esittää lainsäätäjän ohjenuorana avoliiton elämänyhteisyyttä määrittelevät säädökset. Näitä säädöksiä ovat § 1353 (elämänyhteisyys), § 1360 (velvollisuus perheen elatukseen, mainittu taloudenhoito) ja § 1360 a (elatusvelvollisuuden sisältö: kaikki mikä puolisoitten suhteessa on tarpeellista, taloudenhoitokulut, puolisoitten henkilökohtaiset tarpeet ja yhteisesti elätettävien lasten tarpeet).

⁶⁷² Dalton (1985), s. 1098–1099. Perusteluina voi nähdä sen, etteivät oikeudelliset seuraamukset vastaa osapuolten tarkoitusta ja edellä mainitun käsityksen läheissuhteesta sekä liian yksityisenä että julkisena.

⁶⁷³ Maus (1984), s. 44–49.

⁶⁷⁴ Maus, s. 99–103 ja 129–132.

⁶⁷⁵ Strätz, s. 117–119.

Saksalaisessa keskustelussa on esitetty *lisä*indisioina avoliiton ei-oikeussuhdeluonteelle se, että avoliitto on vapaasti purettavissa.⁶⁷⁶ Tämän on katsottu kyseenalaistavan osapuolten oikeudellista sitoutumista. Voi kysyä, onko tämä ominaisuus niin poikkeuksellinen. Avioliitto on nykyään samoin käytännössä lähes vapaasti purettavissa. Joissain sopimustyypeissä, joissa henkilökohtaista suoritusta ja yhteistyökykyä pidetään keskeisinä edellytyksinä suhteen jatkumiselle, purkaminen saattaa olla hyvinkin vapaata.⁶⁷⁷

Oikeussuhdetta ja oikeustointa koskevan pohdiskelun voi nähdä sekä pohdintana avoliiton luonteesta oikeudellisena vai anomaalisena suhteena että pohdintana sen sopimusluonteesta. Oikeustoimi ja sopimus ovat pitkälti synonyymejä.⁶⁷⁸

5.3. Lopuksi

Tässä luvussa on ilmennyt, kuinka tärkeä merkitys oikeudenalaluokittelulla on ollut avoliiton oikeudellisen aseman määrittelyssä. Avoliiton kohtalo on määräytynyt sen pohjalta, että se on parisuhde. Sitä pidetään henkilökohtaisena yksityisasiana, johon valtion ei juurikaan tulisi puuttua. Parisuhteen liittyy paljon itsestäänselvyysinä omaksuttuja asenteita. Nämä asenteet vaikuttavat sen oikeudelliseen arviointiin, kuten siihen mitä pidetään oikeudellisesti relevanttina. Avoliitto tuntuu karkeistaen sanottuna saaneen osakseen väliinpuotoajan roolin. Sen parisuhde- ja henkilökohtaisuusluokitus ovat syrjäyttäneet sen muun oikeudellisen ajattelun alueelta, eikä parisuhdetta koskeva oikeudellinen ajattelu koske sitä, koska se ei muodollisesti ole oikeusjärjestyksen siunaama parisuhde. Vaikka avoliiton kohdalla on usein viitattu yleisen yksityisoikeuden eli varallisuus oikeuden soveltamiseen, avoliittoa ei juurikaan ole käsitelty velvoiteoikeudellisena sitoumuksena. Avoliiton on mielletty olevan oikeussuhteeksi liian henkilökohtainen. Voidaan perustellusti kysyä, onko oikeudellisen ajattelun luokittelu nykyisellä tavalla tarkoituksenmukaista. Modernissa ajattelussa on yhtenäistämispiirteitä, jota edustaa oletus ihmisten universaalista yhtäläisyydestä, rinnalla vallinnut eriytyminen, mitä modernin oikeuden ammatillinen erityineisyyskin kuvastaa.⁶⁷⁹ Tätä samaa roolien ja osaamisen eriytyneisyyttä edustaa oikeudenalojen eriytyneisyys.

⁶⁷⁶ Maus, s. 120.

⁶⁷⁷ Ks. esimerkiksi Bygglin franchisesopimuksista.

⁶⁷⁸ Ks. lähemmin Hemmo (1997), s. 9–10.

⁶⁷⁹ Ks. Nousiainen (1993), s. 3–4.

III VERTAILUANALYYSI JA PÄÄTELMÄT

III A PARISUHDEOIKEUS JA SOPIMUSOIKEUS

6. SOPIMUSOIKEUDELLINEN AJATTELU JA PARISUHDE

6.1. Sopimusoikeuden yleisiä linjoja

Sopimusoikeus esiintyy työssäni lähinnä sopimusoikeudellisena ajatteluna. En pyri antamaan kokonaiskuvaa sopimusoikeudesta, vaan sillä on tietty tehtävänsä työssäni. Kuvaan sitä sekä parisuhdeoikeuden vastaparinä että samais-
tumisen kohteena tilanteesta riippuen. Tästä syystä sopimusoikeuden normaali-
käytäntö jää pitkälti työni ulkopuolelle ja sopimusoikeutta jää edustamaan
enemmänkin sen perinteisin ja uusin suuntaus. Vaikka kuvaankin tässä luvus-
sa sopimusoikeuden yleisiä linjoja, luvun tehtävä on sidottu työni pääteemaan.

Sopimus on yksi oikeudellisen ajattelun peruskäsitteitä. Sitä pidetään yleis-
esti tärkeimpänä oikeustoimena. Sopimuksen katsotaan soveltuvan kaiken-
laisten oikeussuhteitten sääntelijäksi. Suuri osa siviilioikeudellisista oikeus-
toimista voidaan palauttaa sopimuksiksi. Muun muassa avioliitto- ja yhteis-
öoikeus voidaan nähdä sopimusoikeuden erityissovellutuksina, määrätyn-
laisina sopimuksina, joiden erityispiirteiden vuoksi erityislainsäädäntö on
katsottu tarpeelliseksi.

Sopimuksia yleisesti säätelevä laki Suomessa on vuodelta 1929 oleva oi-
keustoimilaki. Ennen sen voimaantuloa sopimuksia määrittelevät keskeiset
oikeuslähteet olivat vuoden 1734 kauppakaari ja tavanomainen oikeus. Oi-
keustoimilain taustalla oli Skandinaviassa omaksuttu ajattelu, jossa koros-
tettiin luottamuksen suojaan liittyviä seikkoja.⁶⁸⁰ Tällöin yksi keskeisiä dog-
meja on vilpittömän mielen suoja. Varallisuus oikeudellinen ajattelu perus-

⁶⁸⁰ Pöyhönen (1988), s. 205–206.

tui Skandinaviassakin 1900-luvun alussa liberalistiselle näkemykselle.⁶⁸¹ Pääsääntönä oli sopimusvapaus, ja osapuolten oletettiin lähtökohtaisesti olevan sosiaalisesti ja taloudellisesti tasaveroisia.

Vuosisadan alussa voimaan tulleen Saksan BGB:n yleisen osan kolmas luku käsittelee oikeustoimia ja luvun kolmas kappale nimenomaan sopimuksia.⁶⁸² BGB syntyi olosuhteissa, joissa siitä muodostui konservatiivinen, vanhaa ajattelua koonnut lakikokoelma.⁶⁸³ Se ilmentää uskoa taloudelliseen liberalismiin. Sen tyyppikansalaisella on talouselämän kokemusta ja kykyä järjkeviin päätöksiin. Sopimuksen vapaus on tällaisen yhteiskunnan yksi peruslähtökohta.

Juha Pöyhönen on luokitellut sopimusoikeudellisen ajattelun lähinnä yksilöperusteisiin tahtomalliin ja luottamusmalliin sekä yhteisöllisen käytännön malliin.⁶⁸⁴ Neljänneksi malliksi, jota hän ei varsinaisesti käsittele, Pöyhönen nimeää yhteisvastuumallin.

Kuten edelläkin jo ilmeni, tahtomallin mukainen ajattelu vallitsi tämän vuosisadan alussa sekä Suomessa että Saksassa.⁶⁸⁵ Käsiteläinopin tahtokeskeinen sopimussysteemi, jossa sopimus määritellään vapaiden tahtojen yhtymiseksi, oli keskeinen BGB:n säätämisessä vaikuttanut sopimuskäsitys. Sopimusta osapuolten tahtojen yhtymänä pitävästä näkemyksestä tuli myös suomalaisen sopimusopin lähtökohta.⁶⁸⁶ Liberalistisessa sopimusopissa⁶⁸⁷ valtion tulee turvata vapaisiin tahdonilmaisuihin perustuvien sopimusten noudattaminen.

Tahtomalliin sisältyvä dogmi on tahtojen konsensus, luottamusmallissa vilpittömän mielen suoja ja yhteisöllisen käytännön mallissa oikeudenmukaisuus.⁶⁸⁸ Pöyhönen on luetellut länsimaisen hyvinvointivaltion sopimusoi-

⁶⁸¹ Ks. esim. SOU 1974:83, s. 25 ja 31.

Liberalismikin on termi, jota käytetään hyvin monivivahteisesti. Itse käytän sitä yleisluonteisesti, lähinnä tarkoittamaan yksilön autonomiaa, oikeuksia ja vapauksia painottavaa ajattelua.

⁶⁸² BGB:llä – kuten kaikilla laeilla – on oma systematiikkansa, jonka mukaan asioita on minkäkin otsikon alle jaoteltu. Ks. sen systematiikasta vertailevan oikeustieteen näkökulmasta esim. Zweigert, Kötz I, s. 150–153.

⁶⁸³ Zweigert, Kötz I, s. 149–150.

⁶⁸⁴ Pöyhönen (1988), s. 117, 162. Sopimusoikeudellisista muutolinjoista myös Pöyhönen (1996).

⁶⁸⁵ Ks. myös Pöyhönen (1988), s. 12 ja 243.

⁶⁸⁶ Wilhelmsson (1985), s. 14.

⁶⁸⁷ Atiyah'n (1986), s. 121, määritelmän mukaan liberalistinen sopimusteoria on suurelta osalta normatiivinen ja siitä voi olla useita versioita ja klassinen sopimusteoria on historiallinen tosiasia. Hänen esityksensä ne ovat lähes identtiset.

⁶⁸⁸ Pöyhönen (1988), s. 83, 170.

keuden keskeisimmiksi periaatteiksi (tahtojen konsensusta suojaavan) sopimusvapauden, (vilpitöntä mieltä suojaavan) vaihdannan intressin, (oikeudenmukaisuutta toteuttavan) kohtuuden ja heikomman hyvittämisen.⁶⁸⁹ Hänen mukaansa näiden neljän periaatteen yhteensovittaminen on nykyisiä sopimusjärjestelmiä koskevan sopimusmallin keskeinen tehtävä.⁶⁹⁰ Periaatteiden tausta-arvot ovat samassa järjestyksessä ilmaistuna vapaus, taloudellinen vauraus, oikeudenmukaisuus ja sosiaalinen ja taloudellinen (minimi)turvallisuus.

Tahtomalli antaa etusijan sopimusvapaudelle, luottamusmalli vaihdannan intressille, yhteisöllisen käytännön malli kohtuusperiaatteelle.⁶⁹¹ Heikomman hyvittäminen voisi Pöyhösen mukaan olla etusijalla jonkinlaisessa yhteisvastuumallissa, jonka osalta hän viittaa Wilhelmssonin pohdintoihin sosiaalisesta siviilioikeudesta.⁶⁹² Heikomman hyvittäminen ja kohtuus poikkeavat toisistaan Pöyhösen mukaan siinä, että ensin mainittu merkitsee heikomman suosimista ja jälkimmäinen suoritusten tasapainoa. Yhteisvastuumallissa ajatus olisi, että heikompia on hyvitetävä, jotta vapaudet voisivat toteutua.

Matti Rudanko on esittänyt, että jos hyvinvointivaltiollista sopimusoikeutta edustaisi yhteisöllisen käytännön sopimusmalli ja käsitys sopimuksesta prosessina, niin jälkihyvinvointivaltioallinen sopimuskäsitys olisi avoin systeemi.⁶⁹³ Tällaisessa sopimusoikeudessa otetaan huomioon ulkopuolisia intressejä. Avoimessa systeemissä sopimuksen ja sen ympäristön nähdään olevan monimuotoisissa vuorovaikutussuhteissa.

Thomas Wilhelmsson painottaa, että uusista suuntauksista huolimatta – joina hän mainitsee »sosiaalisen», »interventionistisen», »kollektivistisen» ja »erikoistuneen» sopimusoikeuden – liberalistisella sopimusmallilla on sopimusoikeudessa yhä vankka asema.⁶⁹⁴ Common law'n edustaja P.S. Atiyah on vastaavasti katsonut, että sopimusoikeus on yhä olennaisesti perustunut klassiseen malliin eikä enää vastaa oikeuden kehityssuuntaa tai nykyajan arvoja.⁶⁹⁵ Hän on hahmotellut uutta sopimusoikeuden teoreettista rakennetta, jonka tulisi perustua velvoiteoikeuden kolmelle perusperiaatteelle: saadun edun korvaaminen, osapuolten kohtuullisen luottamuksen suojeleminen ja oikeuksien ja velvollisuuksien vapaaehtoinen luominen ja lakkauttaminen.

⁶⁸⁹ Pöyhönen (1988), s. 7.

⁶⁹⁰ Pöyhönen (1988), s. 181.

⁶⁹¹ Pöyhönen (1988), s. 195–196.

⁶⁹² Wilhelmsson (1987).

⁶⁹³ Rudanko, s. 112–113.

⁶⁹⁴ Wilhelmsson (1985), s. 18–24.

⁶⁹⁵ Atiyah (1979), s. 778–779.

Wilhelmsson on jaotellut sopimusoikeuden suuntauksista perinteisiin: sisältöneutraalisuuden, staattisen lähestymisen, vastakkaisuuden, atomistisuuden ja abstraktin lähestymisen ja niitä vastaaviin nykyisiin suuntauksiin: sisältöorientoituneisuuden, dynaamisen lähestymisen, yhteistyön, kollektiivisuuden ja henkilöorientoituneen lähestymisen.⁶⁹⁶ Hän toteaa, että näistä voitaisiin rakentaa monia erilaisia malleja.

Meidän on tässä tieteellisessä perinteessämme vaikea hyväksyä ristiriitoja, »sekä että -ajattelua». Olemme niin tottuneita ajattelemaan, että asiat ovat johdonmukaisesti joko niin tai näin. Olisi epäjohdonmukaista ajatella, että ne voisivat olla sekä niin että näin. Ristiriitojen hyväksymisellä on olenainen merkitys oikeustieteessäkin.⁶⁹⁷ Kun lähdemme siitä, että oikeus on ristiriitaista, sen yleiset opit, arvot, pääsäännöt ja poikkeukset ovat koko ajan käymistilassa. Voimme rakentaa useita yleisten oppien järjestelmiä. Näin ajatellen ei sopimusoikeudessaakaan olisi yhtä keskeistä paradigman omaista sopimustyyppiä, vaan monia tyypillisiä tilanteita.⁶⁹⁸ Valinnanvapauden tunnus-taminen lisää vastuuta. Jokaisen täytyy ottaa vastuu tavastaan käyttää oikeudellisia välineitä ja sen tuottamasta lopputuloksesta.

6.2. Sopimusoikeus ja avioliitto

Avioliittoa pidetään usein periaatteessa sopimuksena.⁶⁹⁹ Avioliittoon eli liittoon, jossa »kahdesta tulee yksi» ei tästä huolimatta ole suhtauduttu sopimussuhteena. Se on koettu enemmän säädeltynä statuksena, jonka sopimuksellisuus koskee lähinnä päätöstä, solmitaanko avioliitto vai ei. Avioliittoa ei ole mielletty vain yksityiseksi suhteeksi vaan myös julkiseksi yhteiskunnalliseksi instituutioksi.

Käytännössä jonkun suhteen sopimuksellisuuden pohdinta tarkoittaa sen sopimusvapauden pohdintaa. Sopimusaltaan tyypillisten sopimuksien, kuten liikesopimusten, sopimuksellisuutta ei yhtä helposti kyseenalaisteta, vaikk-

⁶⁹⁶ Wilhelmsson (1993), s. 38–41, 47–48. Samassa antologiassa on useita artikkeleita, jotka käsittelevät sopimusoikeuden uusia suuntauksia.

⁶⁹⁷ Ks. esim. Wilhelmsson (1987), s. 26–27.

⁶⁹⁸ Ks. Atiyah (1986), s. 5.

⁶⁹⁹ Tämä 6.2. luvun yleisosassa esitetty on osittain yhteenvedoa muualla tässä työssä lähemmin käsitellyistä asioista.

Ks. puolisoiden välisestä sopimusvapaudesta, sen rajoituksista ja kohtuullistamisesta Saksassa Grziwotz.

ka ne olisivatkin käytännössä hyvin vakioituneita. Avioliiton sopimusvapauden voisi ensiksi jakaa kahteen osaan.⁷⁰⁰ Onko se suhteena sopimus eli toisensa vapaasti valinneiden osapuolten vapaasti solmittavissa ja purettavissa oleva sopimussuhde, ja onko se toisaalta suhde, jonka sisällöstä osapuolet voivat vapaasti sopia. Sopimusvapauden kolmas elementti, jonka kiinnostaavuus avioliiton vaikutusten laajentuessa muihin parisuhteisiin on kasvanut, on muotovapaus.⁷⁰¹ Sen enempää avioliiton solmiminen kuin purkaminenkaan ei Suomessa tai Saksassa ole muotovapaa.

Avioeron harkinnanvaraisuuden poistuttua tai lähes poistuttua syyllisyysperiaatteesta luopumisen myötä avioliitosta on käytännössä tullut osapuolten purettavissa oleva sopimus. Avioliiton solmiminen ja sopimuskumppanin valinta on kulttuurialueellamme jo pidempään ainakin periaatteessa perustunut osapuolten omalle halulle ja suostumukselle.⁷⁰² Kumppanin valintaa rajoittavat avioliiton heteroseksuaalisuusvaatimus ja avioesteet, joiden määrä on vähentynyt.⁷⁰³

Avioliitto»sopimuksen» sisältö on ollut periaatteessa sopimussuhteen ulkopuolelta määritelty. Avioehtosopimus on puolisoiden käytössä ollut erillinen sopimusmahdollisuus, jolla he ovat voineet osittain poiketa lainsäädännön pääperiaatteista. Käsittelen sitä lisää seuraavassa alaluvussa.

Silloin kun vaimo ei ollut oikeustoimikelpoinen eli kelpoinen tekemään oikeudellisesti sitovia sopimuksia, kysymyksellä puolisoiden välisistä sopimuksista ei ollut paljonkaan merkitystä. Avioliitossa, johon suhtaudutaan luonnonlakien määrittelemänä ilmiönä, puolisoiden ei muutenkaan juuri oleteta sopivan tämän »luonnonilmiön» ilmenemismuodoista.

Avioliiton historia liittyy kiinteästi sukupuolirooleihin. Mikä on avioliiton tulevaisuus instituutiona sukupuolirooleista irrottautuvassa yhteiskunnassa? Voisiko parisuhteestakin tulla »vapaa» sopimus? Käytännössä puoliset

⁷⁰⁰ Muukkonen on Fischerin viisijaon pohjalta jakanut sopimusvapauden kuuteen eri elementtiin: päätöntäväpauus, sopimuskumppanin valintavapauus, tyyppivapauus, sisältövapauus suppeassa merkityksessä (Fischerillä kaksi edellä mainittua olivat sisältövapauus), muotovapauus ja purkuvapauus. Ks. lähemmin Muukkonen (1956), 607–608 ja 1958, s. 234–235.

⁷⁰¹ Ks. pohdintaa avoliitosta ja muotovirheestä Mattila, s. 162–163.

⁷⁰² Avioliitto sopimuksena ei aina ja kaikkialla ole ollut sopimus puolisoiden itsensä vaan esimerkiksi sukujen välillä.

⁷⁰³ Suomi: AL 4–9 (1987). Saksassa on avioesteitä vähennetty 1.7.1998 voimaan tullessa lain uudistuksessa, jossa avioesteitä koskevat määräykset on siirretty takaisin BGB:hen. Vuodesta 1938 avioliiton solmimismahdollisuuksia koskevat pykälät olivat EheG:ssä (§§ 1–10). Ks. uudistuksesta lähemmin Hepting, s. 713–717.

voivat hoitaa asiansa haluamallaan tavalla, jos he pääsevät keskenään sopimukseen siitä, kuinka he ne haluavat hoitaa. Lainsäädännöllä on pakottavaa merkitystä lähinnä tilanteissa, joissa puoliset ovat erimielisiä. Avioliittolainsäädäntöä voisi verrata kolmannen tahon laatimaan vakiosopimukseen,⁷⁰⁴ jossa on pyritty ratkaisuun, joka olisi osapuolille yleensä oikeudenmukainen. Suhtautumalla avioliittoon vapaana sopimuksena, voitaisiin korostaa osapuolten omaa vastuuta. Ulkopuolinen instituutio ei tällöin määrittäisi liittoa, vaan osapuolet itse ottaisivat vastuun siitä, mitä he liitoltaan haluavat. Mikäli he eivät olisi näin tehneet sovellettaisiin »mallisopimusta» tai oikeammin toisijaisesti sovellettavaa lainsäädäntöä (kuten kauppalakia sen alaan kuuluvissa suhteissa). Kuten muitakin sopimuksia, parisuhdesopimuksiakin koskevat kohtuullisuusvaatimukset, ja pohdittavaksi tulee sekin, millainen osapuolten kohtuullinen irtisanomissuoja taloudellisine kompensatioineen mahdollisesti on.

Oikeustoimikykyiset puoliset ovat periaatteessa oikeutettuja solmimaan sopimuksia keskenään. Toinen asia on, suhtaudutaanko heidän sopimuksiinsa aina kuten muihin sopimuksiin. Ihmissuhdetta on pidetty enemmänkin moraalisesti velvoittavien sopimusten tyyssijana. Henkilökohtaiseen suhteeseen suhtaudutaan helposti suhteena, jonka henkilökohtaisia velvoittautumisia koskevat sopimukset ovat yksityisiä ja oikeudellisesti sitomattomia, koska niitä ei voi oikeudellisesti täytäntöönpanna.⁷⁰⁵ Täytäntöönpano-ongelma (in natura) koskee kuitenkin yhtä hyvin muitakin velvoittautumisia henkilökohtaiseen suoritukseen.⁷⁰⁶

Koska avioliittoon suhtaudutaan yhteisyytenä, on kolmannen suojasta oltu puolisoitten sopimuksissa huolestuneita. Velkojan aseman on pelätty vaarantuvan. Puolisoiden tasa-arvoon ei ole myöskään uskottu, vaan on epäilty heidän välistensä sopimusten kohtuullisuutta. Kohtuuttomille sopimusehdolle ei kyllä yleisenäkään periaatteena anneta oikeudellista suojaa. Toisaalta on myös haluttu edistää avioliiton sopimuksellisuutta ja käytäntöä, jossa puoliset tosiaan pohtisivat odotuksiaan liitostaan ja solmisivat tietoisia, konkreettisia sopimuksia. Tämän on nähty voivan edistää tasa-arvoa.

Avioliiton statuksellisuutta ja julkisuutta voi katsoa kuvastavan sen tosiasian, että avioliiton solmimisesta seuraa lukematon määrä oikeudellisia vai-

⁷⁰⁴ Gudrun Nordborg on painottanut avioliiton luonnetta sopimuksena ja nähnyt siinä vakiosopimuksen piirteitä, ks. Nordborg.

⁷⁰⁵ Ks. tästä teemasta laajemmin esim. Shultz, s. 280–288.

⁷⁰⁶ Shultz (common lawn edustaja), s. 294–300, on tuonut esille, että sopimusoikeudessa on lisääntyvästi alettu ottaa huomioon sopimuksen ei–taloudellisia ulottuvuuksia.

kutuksia, joihin osapuolet eivät voi vaikuttaa.⁷⁰⁷ Nämä seuraamukset liittyvät avioliiton ilmentämään tiettyyn elämäntilanteeseen ja siihen liitettyihin esimerkiksi sosiaaioikeudellisiin oikeuksiin ja velvollisuuksiin. Irrottamalla ne avioliitosta, kuten osittain on tehtykin, avioliitto olisi suhteessa niihin vain vahva todiste tietystä elämäntilanteesta, josta on tiettyjä oikeudellisia seuraamuksia.

6.2.1. Sovittelu ja avioliitto

Oikeustoimilakiin sovellettavia periaatteita ei hallituksen avioliittolain muuttamisesta antaman esityksen mukaan voida sellaisenaan soveltaa avioliittolain mukaisessa osituksen sovittelussa.⁷⁰⁸ Ensiksikin osituksen sovittelu aiheutuu useimmiten joko lain tasajaon periaatteesta tai kolmannen henkilön avio-oikeutta koskevista määräyksistä (esimerkiksi testamentissa). Tällaisissa tilanteissa ei ole kysymys puolisojen tekemästä yksilöllisestä sopimuksesta. Puolisoiden voidaan katsoa sitoutuneen lain määräyksiin olettamalla, että he muussa tapauksessa olisivat tehneet niistä poikkeavan sopimuksen. Esityksessä todettiin, että puolisojen välisiä nimenomaisia sopimuksia edustavissa avioehtosopimuksissa on yleensä aina vaikea etukäteen tietää minälaisissa olosuhteissa ne aktualisoituvat. Avioehtosopimusten kohtuullistamistarve tulee tästä syystä esityksen mukaan ilmeisesti olemaan suurempi kuin tyypillisten varallisuus oikeudellisten sopimusten, »joiden vaikutukset voidaan yleensä arvioida jo sopimusta tehtäessä». Hallituksen esityksessä todetaan OikTL 36 §:ää ja AL 103 a §:ää vertailtaessa, että varallisuus oikeudellisten sopimusten pääsäännön ollessa sopimussitoumusten täyttäminen, kohtuullistamiseen suhtaudutaan pidättyvämmiin silloin, kun vaikutukset on jo sopimusta tehtäessä voitu ennalta arvioida.

Esityksessä katsotaan, että sopimuksen sitovuuden ja ennalta arvattavuuden periaatteelle ei voi puolisojen välisiä perheoikeudellisia varallisuussuhteita selvitetäessä antaa niin suurta merkitystä kuin harkittaessa puhtaasti varallisuus oikeudellisten sopimusten kohtuullistamista. Pöyhösen mukaan tämä on osoitus siitä, että vaihdannan intressi ja tarkemmin luottamus on vaikeoitu perheoikeudellisten varallisuussuhteiden kannalta heikommaksi vastaindiksi kuin tavallisesti.⁷⁰⁹ Asian voi vaihdannan intressin osalta nähdä

⁷⁰⁷ Ks. esim. Hiltusen luettelo avioliittoon liittyvistä säädöksistä, Hiltunen, s. 65–70.

⁷⁰⁸ HE 62/86, s. 33–34.

⁷⁰⁹ Pöyhönen (1988), s. 314, alaviite 231.

myös päinvastoin. Seurauksiltaan vaikeasti ennakoitavia sopimussuhteita uskalletaan helpommin solmia, jos olosuhteiden muututtua voidaan tarvittaessa luottaa kohtuullistamismahdollisuuteen. Pöyhönen esittää erona OikTL 36 §:n ja AL 103 b §:n välillä sen, että AL:ssa tarkoitetun kohtuuttomuuden tai perusteettoman edun syntymisen ei tarvitse olla seurausta ulkoisesta tekijästä.⁷¹⁰

Parisuhde on esimerkki suhteesta, jossa on samasta syystä sekä erittäin tärkeää voida luottaa sopimusten tai lain mukaisten seuraamusten pysyvyyteen että voida kohtuullistaa niitä. Parisuhdejärjestelyillä on hyvin keskeinen merkitys ihmisen elämässä. Hänen tulisi toisaalta voida luottaa niiden seurausten pysyvyyteen, mutta toisaalta yhden väärinarvioinnin, joka on perustunut vaikeasti ennustettavissa oleville odotuksille, seuraukset eivät saisi olla hänelle kohtuuttomat.

Esityksessä todetaan, että puolisoitten tekemä ositussopimus on monimutkainen ja myös sen seuraukset vaikeasti arvioitavia. Ositussopimus merkitsee puolisoitten varallisuusaseman kokonaisselvittelyä. Tavanomainen varallisuus oikeudellinen sopimus on nähty sopimuksena »jossa on kysymys vain rajoitettujen, sopimuksessa määriteltujen velvoitteiden ja oikeuksien perustamisesta».

AL:n sovittelusäännösten lähtökohana on oletamus, että lain mukainen tasajaon periaate on yleensä kohtuullinen, mutta laissa ei ole haluttu luoda minkäänlaisia yleisiä sääntöjä tai painottaa kohtuullistamisen poikkeuksellisuutta. Pertti Välimäki on tuonut esille, että lykätyn arvovoyhteisyyden maissa puolittamisesta poikkeamisen mahdollisuudet ovat ahtaimmat Saksassa.⁷¹¹ Tasoitusvaade voidaan evätä vain, jos tasoituksen suorittaminen olisi karkeasti kohtuutonta (grob unbillig, BGB § 1381). Puolisoiden välisten nimenomaisten sopimusten kohtuullistamismahdollisuus on usein nähty heikomman etuna ja lain mukaisen tasajaon sovittelu vahvemman etuna.⁷¹² Avioehtosopimusten kohtuullistamiseen on etenkin ennen avioliittolain muutosta – jolloin OikTL 36 § oli käytettävissä oleva kohtuullistamiskeino – suhtauduttu osittain varauksellisesti.⁷¹³

⁷¹⁰ Pöyhönen (1988), s. 350. Hän lukeutuu myös niihin, jotka katsovat, että OikTL 36 § sopisi AL 103b §:ää paremmin sopimusosituksen sovitteluun. Ks. myös Välimäki, s. 258–265.

⁷¹¹ Välimäki, s. 10.

⁷¹² Ks. Pohjonen (1/1991), avioehtosopimusten kohtuullistamisesta s. 593–595, osituksen sovittelusta s. 600–605. Ks. osituksen sovittelusta laajemmin Välimäki.

⁷¹³ Ks. lähemmin Pohjonen (1/1991), s. 593–595, erilaisista suhtautumisista asiaan.

Perustelut, joilla avioliittoon eli parisuhteeseen liittyvät sopimukset edellä näyttäytyvät erityisinä ja varallisuus oikeudellisista sopimuksista poikkeavina, lähtevät perinteisen sopimusoikeuden mukaisesta sopimuskäsityksestä. Parisuhdesopimuksiin liitetyt ominaisuudet kuvastavat enemmän uuden sopimusoikeudellisen ajattelun sopimuskäsitystä.

Koska toista parisuhdetyyppiä eli avioliittoa varten ei ole olemassa »lain mukaista tasajakoa», koskisi avioliittoja edellä mainitusta vain nimenomaisen sopimusten kohtuullistaminen. Tosiasiassa nekin yleensä puuttuvat eli soviteltavaksi tulisi yleensä muodollisen sopimuksettomuuden aiheuttamia kohtuuttomuustilanteita. Jos avioliitossa voidaan sovitella nimenomaisia sopimuksia kohtuuttomina, tulisi avioliiton muodollisen sopimuksettomuuden seurauksia voida vähintään yhtä perustellusti sovitella. Avioliittoa koskevilla ratkaisuisilla on kohtuussyistä annettu merkitystä parisuhteessa tyypillisesti esiintyville tilanteille. Kuten aiemmin tuli esille, voidaan kotityöt ottaa osituksen sovittelussa kohtuusharkintana huomioon tapauksissa, joissa avio-oikeus on suljettu pois avioehtosopimuksella. Kotitöille annettiin myös tätä ennen käytännössä kohtuussyistä vaihdanta-arvoa.

6.3. Sopimusoikeudellisen ajattelun soveltaminen avioliittoon

Suomessa sopimusoikeuden käyttöä avioliittoratkaisuissa ei ole kovinkaan paljon nimenomaisesti pohdittu. Avopuolisoiden oletettu eli hiljainen tahto on sen sijaan useinkin esiintynyt keskustelun aihe ja perustelujen osa. Saksan oikeuskäytännössä on suhtauduttu hiljaisten sopimusten olemassaoloon pidättyväisesti.⁷¹⁴ Ihmisten, jotka eivät ole halunneet sitoutua avioliittoon ei tulisi katsoa sitoutuneen määrittelemättömiin, tuomarin olettimiin velvollisuuksiin.⁷¹⁵ Tämäkin ajattelutapa perustuu oletukseen osapuolten tahdosta. Oletetaan, että he eivät ole halunneet sitoutua mihinkään. Avioliittoa koskeva sopimusoikeudellinen ajattelu – oli se sitten sopimusoikeudelliseksi miellettyä tai ei – on kummassakin maassa enimmäkseen ollut perinteisesti tah-

⁷¹⁴ Strätz, s. 107–108, Schwab, s. 348–350. Avopuolisoiden nimenomaisille sopimuksille ei ole nähty estettä, jollei niillä sovita henkilökohtaisista velvollisuuksista ja oikeuksista. Varallisuus oikeudellisille sopimuksille ei ole rajoituksia, jollei niillä pyritä esimerkiksi korvaushallalla edellä mainittuihin sitoumuksiin.

Ks. sopimusmyönteisemmistä kannanotoista Maus, s. 76–82 ja esimerkiksi Roth–Stielow.

⁷¹⁵ Ks. lähemmin esim. Maus, s. 110–121. Hän tuo muun muassa esille sen näkemys, että tahtoa olla sitoutumatta ei voi olettaa niiden kohdalla, jotka eivät voi solmia avioliittoa keskenään, esimerkiksi samaa sukupuolta olevat.

tomallin mukaista.⁷¹⁶ BGH:n päätös vuodelta 1982, joka koski yhtiöitä koskevien BGB:n pykälien 730 ja 705 analogista soveltamista avoliittoon, edustaa nimenomaisesti ilmaistun tahdon vaatimuksesta luopumista.⁷¹⁷

Mika Hemmo on sopimusoikeuden yleisesityksessään todennut virheeliseksi sopimusoikeudessa perinteisesti vallinneen sopimuksentekotahdon ja sopimisen nimenomaisuuden korostamisen.⁷¹⁸ Sopimuksen saatetaan tällöin katsoa edellyttävän osapuolilta selkeää sitoutumistarkoitusta ja sen ilmaismista. Hän huomauttaa, että eräät sopimuksen syntymistavat eivät kuitenkaan edellytä varsinaista sitoutumistahtoa eivätkä nimenomaista sitoutumisilmaisua.

Osapuolten keskenään vapaasti tekemät sopimukset kuuluvat selkeästi sopimusoikeuden alaan. Muut oikeudelliset suhteet voi karkeistaen sanottuna erottaa sopimusoikeudesta sillä, että niitä eivät määrittele osapuolten väliset vapaat tahdonilmaisut vaan esimerkiksi lainsäädäntö. Käytännössä mitkään sopimukset eivät ole täysin vapaita, vaan niitä rajoittavat ainakin jossain määrin muun muassa lainsäädäntö ja/tai alan käytäntö. Avoliittoja ei Suomessa eikä Saksassa säätele mikään siviilioikeudellinen erityislainsäädäntö, vaan ne ovat vapaasti sovittavia suhteita. Ne edustaisivat siten erittäin tyypillisiä sopimussuhteita. Avoliittoja pidetään perheoikeudellisina, mutta niitä ei ole Suomessa eikä Saksassa perheoikeudellisesti säännelty. Niihin on katsottu sovellettavan yleisiä siviilioikeudellisia periaatteita eli käytännössä varallisuusosoikeutta. Kuten aiemmin jo mainitsin, Strätz näkisi sopimuksella dogmaattisesti olevan etusija ratkaisumallina tällaisessa tilanteessa – verrattuna olemassa olevien lakien soveltamiseen. Kun sopimus on oikeustoimen perustyyppi, sopimusoikeuden ja sen periaatteiden käyttö avoliitoissa tuntuu erittäin loogiselta ratkaisulta.

Oman lähestymiseni painopiste on enemmänkin asetelmassa parisuhde yhtenä sopimuksena muiden sopimusten joukossa kuin parisuhde sopimuksena.⁷¹⁹

6.3.1. Tahto

Sopimusoikeudessa on tahdon nimenomaisuudella ja myös tietoisuudella ollut keskeinen sija.

⁷¹⁶ Ks. esim. Maus, s. 129.

⁷¹⁷ Strätz, s. 110, BGH 12.7.1982, FamRZ 1982, s. 1065–1066.

⁷¹⁸ Hemmo (1997), s. 11.

⁷¹⁹ Dalton ja Shultz ovat omissa töissään verranneet oikeudellista suhtautumista parisuhteeseen ja (muihin) sopimuksiin eli oma lähestymistapani on tältä osin samantapainen kuin esimerkiksi heillä.

Tahtomalli edustaa oikeuskulttuuripiirimme sopimusoikeusajattelun vanhin hinta linjaa.⁷²⁰ Näkemys, jossa tahdonilmaisuksi avoliiton varallisuusoikeudellisista seuraamuksista katsotaan vain nimenomainen tahdonilmaisu, on tahtomallin mukaista ajattelua muodollisimmillaan. Nimenomaisen tahdonilmaisun puute nähdään tällöin osoitukseksi siitä, että kyseistä tahtoa ei ole. Tahdonilmaisun puuttuminen ihmisten välisessä kanssakäymisessä ei kuitenkaan aina tarkoita sitä, etteivät he olisi tahtoneet ja tarkoittaneet jotain, mitä ei ole nimenomaisesti ilmaistu. Implisiittiset sopimislupaukset ovat varsin yleisiä. Emme nimenomaisesti lupaa mitään esimerkiksi tehdessämme busimatka-, ravintolaruokailu- tai hotellissa-asumis»sopimuksia», mutta meidän katsotaan silti sitoutuneen määrättyihin yleisesti tunnettuihin velvoitteisiin eli näissä tapauksissa maksamaan laskumme.⁷²¹ Joukkosopimusten määrä on nykymaailmassa kasvanut.⁷²² Markkinaosapuolilla on tällaisessa sisällyksettömyydessä, standardisoituneessa sopimuksenteossa vakioituneita ennakkoodotuksia.⁷²³ Saksassa on esitetty, että aikomus on tällaisissa hiljaisen »sopimuksen» tilanteissa korvautunut tyypillisellä sosiaalisella käytöksellä (sozialtypisches Verhalten) ja on syntynyt tosiasiallinen sopimussuhde (faktisches Vertragsverhältnis).⁷²⁴ Tämä ajattelu on jossain määrin vaikuttanut myös oikeuskäytännössä. Avoliitossa parisuhdetapa vastaa tyypillistä sosiaalista käytöstä.

Pöyhönen on kuvannut hiljaista tahtoa yhdeksi konstruktioksi, jonka avulla laajennetaan tahtosopimusmallin ja sen dogmien soveltumisalaa.⁷²⁵ Hiljaista tahtoa käytetään tahtoperusteisena ratkaisutapana silloin kun tosiasiallista tahtojen konsensusta ei ole. Pöyhönen korostaa hiljaisen tahdon käytön vasta-argumentaationa sitä, että ihmisen täytyisi yleisesti olettaa olevan tie-

⁷²⁰ Ks. vapaan tahdon asemasta nykyisessä sopimusoikeudessa esimerkiksi Atiyah (1979) kappale The Decline of Free Choice and Consent, s. 726–764.

⁷²¹ Ks. lähemmin Atiyah (1981), s. 173.

P. J. Muukkonen on todennut seuraavasti (Muukkonen 1958, s. 52): »Tahdonilmaisun nimenomaisuusvaatimus voi merkitä toisinaan sitä, toisinaan tätä.»

⁷²² Wilhelmsson (1995), s. 5–6.

⁷²³ Häyhä (1/1996), s. 19–20.

⁷²⁴ Foster, s. 204.

BGB säätelee sopimusoikeutta tarkemmin kuin meidän lainsäädäntömme. Tahdonilmaisu on Saksassa keskeisessä asemassa. Tällä on luonnollisesti vaikutuksensa teoreettiseen muotoiluun. Ks. lähemmin esim. Pöyhönen (1994) ja Häyhä (1/1996), s. 58–59.

Ks. myös Wilhelmsson (1995), s. 21–22, hiljaisen tahdonilmaisun tilalle tulleista määritteistä, kuten käyttäytymisvastuu ja sosiaalityypiset olosuhteet sidonnaisuuden perustana.

⁷²⁵ Pöyhönen (1988), s. 84–87.

toinen siitä, että hän käyttää tahtoaan. Hän toteaa, että hiljaisen tahdon konstruktio johtaa siihen, että osapuolen tahto oletetaan hänen toimintansa perusteella. Tahtomallin mukaan sopimusvapauden vallitessa tapahtunutta toimintaa ei voi eikä pidä yrittääkään arvioida jälkikäteen lopputuloksestaan käsin.⁷²⁶ Atiyah on tuonut esille, että klassinen sopimusteoria olettaa, että osapuolten tarkoitus eikä toiminta luo sopimusvelvoitteet.⁷²⁷ Tarkoitus on näin saanut liioitellun roolin sopimusvelvoitteiden syntymisessä. Pöyhönen katsoo, että yhteisöllisen käytännön mallissakin tahtojen konsensuksen tietoisuusedellytys saa Suomessa keskeisen merkityksen.⁷²⁸ Uudemmassa sopimus-oikeudellisessa ajattelussa sopimusvelvoitteiden syntyä määrittelevät tekijät eivät ole luonteeltaan niinkään ehdottomia sääntöjä kuin vahvoja presumptioita.⁷²⁹

Avoliitoissa nimenomaista tahdonilmaisua ei yleensä ole eikä tahto aina ole tietoinen. Läheissuhteita ei mielletä ensisijaisesti sopimuksiksi ja suhteeseen liittyvät odotukset ovat usein sisäistettyjä itsestäänselvyyksiä, joita ei tietoisesti ajatella. Tyypilliseksi sopimuksiksi miellettyissä tilanteissa, kuten kaupassa, tilanne on yleensä toinen. Niissä tahto on pääsääntöisesti tietoinen ja selvä. Avoliitto on hyvin monitahoinen ja laaja kokonaisuus. Mitä siinä tahdotaan, ei ole yhtä yksiselitteistä eikä sitä usein ole edes nimenomaisesti mietitty.

Tuomioistuimen päätös osapuolten tarkoituksesta on sinällään paradoksi. Tuomioistuin suojelee osapuolten tahdon toteutumista päättämällä, mitä he tahtoivat. Päätös ei välttämättä vastaa kummankaan – eikä ilmeisesti ainakaan toisen – käsitystä omasta tahdostaan. Oletettu tarkoitus voi kätkeä taakseen lähes mitä vain »tosiasiallisia» tarkoituksia ja perusteluja. Se mahdollistaa kätkeytymisen kapean muodollisesti arvioitun »tarkoituksen» taakse, jolloin tosiasialliset perustelut eivät tule selkeästi julki eikä ratkaisujen perusteluja pohdita avoimesti.

Hiljaisten lupausten merkityksestä on tuotu esille, että luottamusta niihin suojellaan vain, jos luottamus on todellinen ja lupauksen saaja on toiminut lupaukseen luottaen.⁷³⁰ Avoliittojen osapuolten käytös noudattaa yleen-

⁷²⁶ Pöyhönen (1988), s. 190.

⁷²⁷ Atiyah (1986), s. 13–14.

⁷²⁸ Pöyhönen (1988), s. 247.

⁷²⁹ Grönfors toteaa Ruotsin sopimuslaista, että tarjous ja hyväksyntä ovat riidaton lähtökohta, mutta ei ainoa tapa sopimuksen syntymiseen. »Anbud och accept är i denna mening avtalsgrundande rättsfakta.» Grönfors (1993), s. 31.

⁷³⁰ Atiyah (1981), s. 40, on todennut common law'sta, että siinä on havaittavissa suuntaus suojella niitä, jotka ovat luottaneet toisten hiljaisiin lupauksiin, mutta vain jos luottamus on todellinen ja lupauksen saaja on toiminut lupaukseen luottaen.

sä »tehtyä sopimusta» eli parisuhdetapaa siihen tiedostamattomasti ja itses-
tään selvytyksenä luottaen.

Rudanko on tuonut esille, että oikeustoimilain osapuolten tahtoon ja vas-
tapuolen luottamuksen suojaan perustuva sopimuskäsitys ei riitä esimerkik-
si sopimuksen syntyyn liittyvien monitahoisten kysymysten jäsentelyyn mo-
nimutkaisissa sopimussuhteissa (kuten luottosuhde).⁷³¹ Parisuhde kuten avo-
liitto on hyvin monitahoinen suhde. Se on ihmisen koko elämään heijastuva
elämäntapa ja -muoto.

Tahtoajattelun käyttökelpoisuus on sopimusoikeudessa yhä enenevässä
määrin kyseenalaistettu. Kun sen ei yleensäkään katsota soveltuvan kaik-
kien sopimusoikeudellisten tilanteiden ratkaisemiseen, avoliittoakaan ei voi-
tane kohtuudella arvostella vain siitä käsin. Ottamalla huomioon parisuhde-
tapa tyypillisenä sosiaalisena käytöksenä ja hiljaisena sopimuksena tahtoajat-
telullakin voidaan avoliittoratkaisuissa päästä kohtuullisiin tuloksiin.

6.3.2. Sosiaalinen luottamus

Luottamusmallissa luottamus itsenäistyy tahdosta.⁷³² Käytännön syynä luot-
tamuksen merkityksen korostumiseen on ollut se, että tahtomalli ei ole ollut
onnistunut ratkaisumalli silloin, kun henkilön käyttäytymisen ulkoinen ja si-
säinen arviointi tahdon suhteen ovat ristiriidassa ja tietoinen vapaa tahto on
huonosti perusteltavissa. Luottamusmallissa sopimussitovuus selitetään suo-
ritukseen oikeutetun näkökulmasta. Hänen ei pidä kärsiä haittaa sopimuk-
sen täyttämättä jättämisestä.⁷³³ Vilpittömän mielen suoja pidetään Suomes-
sa velvoiteoikeuden keskeisenä tekijänä. Ihmisten on voitava solmia oi-
keussuhteita järjestelmään luottaen. Vaihdata edellyttää luottamusta, vas-
tikkeen saantiin liittyviä takeita.⁷³⁴ Markkinoille tyypilliseksi mielletty egois-
tisen vapaa ihmiskuva ei käytännössä sovellu markkinoiden lähtökohdaksi.

Luottamusmallin pääintressi eli vaihdannan suoja voidaan laajemmin näh-
dä inhimillisen kanssakäymisen ja yhteistyön mahdollistamisena. Yksi täl-
laisen yhteistoiminnan muoto on avoliitto. Luottamus perustuu tiettyssä so-
siaalisessa ympäristössä omaksuttuihin tapoihin toimia erilaisissa suhteissa.

Pöyhönen on esitellyt Johannes Köndgenin yhtenä luottamusmallin edus-

⁷³¹ Rudanko, s. 104–105.

⁷³² Pöyhönen (1988), s. 139.

⁷³³ Pöyhönen (1988), s. 151.

⁷³⁴ Ks. tästä lähemmin Häyhä (1/1996), s. 39.

tajana.⁷³⁵ Köndgenin mukaan teorianakenteen tukipilareita ovat tavallaan itsensä velvoittamisen (Selbstbindung) ja vastavuoroisuuden (Reziprozität) käsitteet. Itsensävelvoittaminen kertoo meille, kuinka velvoittautuminen muodostuu ja vastavuoroisuus selittää, miksi itsensä velvoittautumiset säilyvät ajan mukana.⁷³⁶ Se, millainen luottamus saa (sopimus)suojaa perustuu Köndgenin mukaan sosiaaliseen rooliin. Toiminta jossakin roolissa luo vastapuolelle legitiimejä odotuksia. Osapuoli käyttäytyy tiettyjä vakiintuneita muotoja vastaavasti tai omaksuu tietyn roolin, joka herättää vastapuolella normatiivisia käyttäytymisodotuksia. Yksilö pystyy jättäytymään sosiaalisten sidonnaisuuksien ulkopuolelle vain ilmoittamalla tästä nimenomaisesti, esimerkiksi sopimuksessa. Köndgenin mielestä oikeuskäytännössä on näkyvissä muutossuunta: itsensä velvoittaminen voi tapahtua myös ilman sopimusta tai tahdonilmaisua.⁷³⁷ Köndgenin legitiimien odotusten suojaa johtaa hiljaisiin tahdonilmaisuihin liittyen kysymään sitä, mitkä odotukset ovat legitiimejä, esimerkiksi suhteen kannalta tyypillisiä tai suhteeseen jatkuvasti liittyneitä.

Udo Reifner on todennut, että vapaa tahto tulee suhteuttaa sopimustavoitteissa ilmaistujen tarpeiden yhteiskunnalliseen määrittynyyteen.⁷³⁸ Oikeuden ihanteiden yhteiskunnallinen määrittynisyys sisältyy hänen hahmottelemaansa oikeuden sosiaalisen tulkinnan mukaiseen oikeusmuotoon.⁷³⁹ Sopimusten sitovuuden justifikaatio perustuu ihmisten yhteisille uskomuksille joihinkin perussääntöihin pohjautuvalle toiminnalle yhteiskunnassa.⁷⁴⁰

Yksilöllisellä sopimuksella on mielletty olevan vankka asema sosiaalisena tahdonilmaisuna. Ilman sitä odotuksia ei ole usein katsottu voivan syntyä. Juha Häyhä on huomauttanut, että ajateltaessa vasta sopimuksen synnyttävän vakautta, katsotaan että ilman sopimusta tuota vakautta ei olisi.⁷⁴¹

⁷³⁵ Pöyhönen (1988), s. 155–159. Köndgen, s. 156–192 Selbstbindung als Schlüsselkonzept für Verpflichtungsverhalten, s. 192–233 Rollenphänomene und funktionale Autorität ja s. 233–282 Reziprozität als Hintergrundserwartung.

⁷³⁶ Köndgen, s. 280.

⁷³⁷ Köndgen, s. 7. Myös Atiyah (1979), s. 762–764, on todennut odotusten yhä enemmän irrottautuneen lupauksista ja sopimuksista. Nämä odotukset nousevat sen sijaan usein nykyaikaisesta elämäntavasta. Ks. myös luottamuksen merkityksen kasvusta kappale The Resurgence of Reliance-based Liabilities, s. 771–778.

⁷³⁸ Reifner, s. 94, Wilhelmsson (1995) s. 26–27.

⁷³⁹ Reifner, s. 86. Hän kritisoi ja kehittää Saksan perinteistä siviilioikeutta kappaleessa Zivilrechtsdogmatik und soziale Wirklichkeit – Elemente einer Theorie sozialadäquater Rechtsanwendung, s. 22–102.

⁷⁴⁰ Wilhelmsson (1993), s. 17.

⁷⁴¹ Häyhä (1/1996), s. 51–52.

Osapuolten odotuksilla ei ennen sitovaa sopimusta ole tällöin oikeudellista perustaa. Kuten edellä on tullut ilmi, tällä liberalistisen sopimusopin keskeisellä edellytyksellä on ollut paljon vaikutusta avoliittojen oikeudellisessa arvioinnissa. Yksilölliset sopimukset eivät kuitenkaan kaikissa sopimustyypeissä ole vakautta tuova, normaali toimintatapa. Joukkosopimusten yleistyessä niiden normaalimuoto vakiintuu yleiseksi odotukseksi. Liberalistisen sopimusopin mukaiset yksilölliset eli joukkostandardista poikkeavat sopimukset aiheuttavatkin tällaisessa tilanteessa ennakoimattomuutta.⁷⁴² Parisuhdetapa on esimerkki yleiseksi odotukseksi vakiintuneesta käytännöstä avoliitoissa.

Häyhä on lojaliteettiperiaatetta ja osapuolten odotuksia käsitellessään tuonut esille, ettei sopimuksia tehdä sitä silmällä pitäen, että niitä rikotaan.⁷⁴³ Niitä solmittaessa asioiden oletetaan sujuvan ennako-odotusten mukaisesti. Odotusten ollessa riittävän vahvat sopimusta ei edes katsota tarpeelliseksi. Avoliitto eli parisuhde on tyypillisesti tilanne, jossa sopimusta ei pidetä eikä usein edes haluta pitää tarpeellisena.

Liberalistisen sopimusopin perusajatus oli, että osapuolet edistävät omia etujaan. Klassisen sopimusoikeuden käsitys sosiaalisista suhteista on atomistinen eikä solidaarinen, lojaalinen ja luottamukseen perustuva.⁷⁴⁴ Sittemmin on alettu lisääntyvästi katsoa, että osapuolilla on toisiaan kohtaan lojaliteettivelvollisuus, sopimus on yhteistoimintaa.⁷⁴⁵ Uusi käsitys vaihdannan intressistä korostaa sen justifikaation yhteyttä vaihdannan molemminpuoliseen hyödyttävyyteen.⁷⁴⁶ Onnistunut vaihdanta hyödyttää molempia osapuolia. Esikuva on pitkäaikainen yhteistoiminta eikä kertaluontoinen sopimus. Hugh Collins on luottamusmallista kirjoittaessaan esittänyt, että tällöin ei enää nähdä yhteiskuntaa kokoelmana antagonistisia yksilöitä, joiden toimintaa ohjaa vain oma etu, vaan oikeus havaitsee tarpeen suojella yksilöitä, joiden yhteistoiminta pohjautuu taloudelliselle keskinäiselle riippuvaisuudelle ja luottamukselle.⁷⁴⁷ Oikeuden tehtävänä on säännellä myös taloudellisia riippuvaisuussuhteita ja estää luottamuksen pettämistä (abuse), ei vain helpottaa vaihtoa.

Tässä luvussa kuvattu ajattelutapa soveltuisi hyvin avoliittoihin. Ne ovat sosiaalisia suhteita: parisuhteita, joissa ihmiset elävät suhteellisen vakiintu-

⁷⁴² Häyhä (1/1996), s. 53.

⁷⁴³ Häyhä (2/1996). Ks. myös Hemmo (1996) edellytysopista, s. 336–338.

⁷⁴⁴ Collins (1/1993), s. 306.

⁷⁴⁵ Taxell ja Pöyhönen (1988), s. 272 ja Wilhelmsson (1985), s. 27.

⁷⁴⁶ Pöyhönen (1988), s. 272.

⁷⁴⁷ Collins (2/1993), s. 86–87.

neiden tapojen mukaisesti ja heidän tietoisten tai tiedostamattomien odotuksensa voi yleisesti olettaa vastaavan näitä tapoja eli edellä mainittua parisuhdetapaa. Erilaisilla yhteisökäytännöillä on keskeinen merkitys eri sopimusten arvioinnissa.⁷⁴⁸ Hyvän yhteisökäytännön vastaiseksi voi varmasti kutsua ainakin sitä avoliittotapauksissa tyypillistä käytöstä, jossa toinen osapuoli ei saakaan omaa osuuttaan yhteisestä omaisuudesta osallistuttuaan omalla panoksellaan sen luomiseen tavan mukaisesti.

6.3.2.1. Lojaalisuus parisuhteessa

Suomessa on viime vuosina oikeustieteessä keskusteltu paljon lojaliteettiperiaatteesta. Sen on katsottu alkaneen kehittyä tämän vuosisadan aikana liberalistisen tahtomallin yksinvaltiuden alettua väistyä.⁷⁴⁹ Lojaliteettivelvollisuutta ei ole kuten kohtuullisuusperiaatetta (OikTL 36 §) säädetty voimaan lainsäädännössämme. Se on kuitenkin sekä oikeuskirjallisuudessa että -käytännössä katsottu oikeusjärjestyksessämme voimassa olevaksi periaatteeksi.⁷⁵⁰ Sen soveltuvuus vaihtelee sopimustyypeittäin ja on osa tapauskohtaista kokonaisharkintaa. Seuraavanlaiset käsitykset lojaliteettiperiaatteesta ja sen voimassaolosta vastannevat yleistä käsitystä. Lojaliteettiperiaate on voimassa etenkin pitkäaikaisissa, henkilökohtaista suhdetta, yhteistyötä ja luottamusta edellyttävissä suhteissa. Lojaliteettivelvollisuuden on katsottu korostuvan sellaisissa sopimuksissa, joissa osapuolet eivät ole toistensa kilpailijoita. Siihen sisältyy jonkinasteista huolenpitovelvollisuutta toisen osapuolen eduista ja mahdollisuuksista täyttää oma osuutensa sopimuksesta.

Lojaliteettiperiaate asettaa sopimuskumppaneille velvollisuuden ottaa huomioon se, mitä vastapuoli on vastaavissa tilanteissa tavanomaisen käytännön perusteella saattanut odottaa.⁷⁵¹ Lojaliteettiperiaatteen soveltamisessa olisi yksi mahdollinen mittari se, mikä vastaavissa tilanteissa on tavanomaista ja siksi ennakoitavaa.⁷⁵² Häyhä on tuonut esille, kuinka lojaliteettiperiaatteen ja hyvän pankkitavan asettamat vaatimukset voivat rinnastua toisiinsa. Tä-

⁷⁴⁸ Ks. esim. Rudanko, s. 116, 124–130.

Ks. myös Wilhelmsson (1995), s. 21–22 lyhyenä kuvauksena pohjoismaissa esitetyistä käsityksistä tietyn käyttäytymisen tuottamalle sidonnaisuudelle, kuten käyttäytymisvastuu ja sosiaalityypiset olosuhteet sidonnaisuuden perustana.

⁷⁴⁹ Muukkonen (1993).

⁷⁵⁰ Ks. Muukkonen lisäksi lähemmin Taxell ja Ämmälä.

⁷⁵¹ Ks. lähemmin Häyhä (1/1996), s. 22.

⁷⁵² Ks. lähemmin Häyhä (1/1996), s. 221–222.

hän joukkoon voi lisätä myös hyvän parisuhdetavan. Häyhä on lojaliteetti-periaatetta pohtiessaan todennut, että sopimusta ympäröivä tila ei ole tyhjä.⁷⁵³ Ennakoinnin perusta ei ole vain sopimuksessa, vaan myös näissä sitä ympäröivissä odotuksissa.

Onko lojaliteettivelvollisuus sopimusvelvoite, jonka rikkominen on sopimusrikkomus? Ainakin yhteistoimintasopimusten osalta näin voitaneen lähes aina katsoa olevan.⁷⁵⁴

Parisuhde eli avo- tai avioliitto on henkilökohtaista yhteiselämää koskeva sopimussuhde. Avioliittolaki kuvastaa lainsäädännön käsitystä parisuhteesta.

AL 2 § määrää puolisoille seuraavia velvollisuuksia: »Heidän tulee avioliitossa osoittaa keskinäistä luottamusta sekä yhteisesti toimia perheen hyväksi.» Avioliittolaki ei mainitse sanaa lojaali, mutta avioliittoa voinee sanoa sekä lain määrittelyn että yleisesti ymmärretyn luonteensa vuoksi lojaliteettivelvoitesuhteeksi par excellence. Kuten osapuolten tasa-arvo on ollut sopimussuhteiden lähtökohtaoletus, puolisoitten lojaalisuus toisiaan kohtaan on ollut avioliiton lähtökohtaoletus. Avio-oikeus perustuu ajatukselle suhteessa vallinneesta lojaalista yhteydestä. Kuitenkin voi sanoa, että Suomen AL:ssa lojaliteettivelvollisuus ei kirjaimellisesti ottaen ole voimassa muuten kuin omaisuuden hoitoon liittyvänä velvollisuutena.⁷⁵⁵ Sen rikkomisesta ei ole mitään oikeudellisia seuraamuksia lukuunottamatta mahdollisuutta osituksessa vedota edellä mainitun huolellisuusvelvollisuuden rikkomiseen. Eva Gottberg on todennut, että »vuoden 1987 avioliittolain muutosten taustalla oli periaatteellinen valinta, jonka mukaan puolisoitten henkilökohtainen suhde jätettäisiin perheen sisäiseksi asiaksi».⁷⁵⁶ Tällöin ei anneta oikeudellista merkitystä sille, toteutuuko henkilökohtaisella tasolla tosiasiallisesti lojaalisuus, jolle avioliiton oletetaan perustuvan. Parisuhteen tarkoitushan on henkilökohtainen yhteiselämä.

Saksan Härteklauseln'in (§ 1568) mukaan avioliitto voidaan jättää purkamatta, jos purku aiheuttaisi poikkeuksellisten olosuhteiden vuoksi suuria vaikeuksia toiselle osapuolelle. Avioliittoon ei tällöin suhtauduta ihmissuh-

⁷⁵³ Häyhä (2/1996).

⁷⁵⁴ Muukkonen (1993), s. 1047–1048.

⁷⁵⁵ AL 37 § tarjoaa osituksessa (94 §) mahdollisuuden korvaukseen, jos puoliso on hoitanut huonosti avio-oikeusomaisuuttaan. Ks. lähemmin Gottberg (1994), s. 59–62. Ks. sama artikkeli läheislojaliteetista laajemminkin.

Ks. aiheesta myös Pohjonen (1996).

⁷⁵⁶ Ks. lähemmin Gottberg (1995/1), s. 157.

teena, vaan pykälä kuvastaa halua suojella heikompaa osapuolta. Toisaalta § 1565 mahdollistaa eron nopeuttamisen toisen henkilöstä johtuvista koh-
tuullisuussyistä.

Avioliittoa ei yleensä pidetä varallisuus oikeudellisena suhteena. Yleinen käsitys avioliiton tarkoituksesta ei ole taloudellisen voiton tavoittelu. Oikeudellisena suhteena avioliitto toisaalta lienee tämän hetken Suomessa puhtaammin varallisuus oikeudellinen kuin mikään muu sopimussuhde.⁷⁵⁷ Henkilölliset elementit on täysin eliminoitu oikeudellisia seuraamuksia aiheuttavien toimien joukosta. Sopimusoikeudessa on lähtökohtaisesti käytettävissä sanktiot sopimusrikkomuksista ja yksi mahdollinen peruste on lojaliteettiperiaate. Sopimusoikeudellisessa ajattelussa on ryhdytty yhä enenevässä määrin painottamaan sopimuksen yhteistyöluonnetta, jolloin henkilökohtaiset puolet korostuvat. Samaan aikaan avioliitto-oikeudessa on tehty päinvastoin. Tuomioistuimissa ei ole haluttu riideltävän suhteen henkilökohtaiseen puoleen kuuluvista asioista. Avioliitosta on oikeudellisena suhteena haluttu tehdä asiallinen varallisuussuhde. Mikään sopimussuhde ei kuitenkaan liene näin väkivaltaisesti irrotettavissa kahteen osaan. Ihmisten väliset suhteet ovat aina myös ihmissuhteita ja yksinkertaisinkin epäpersoonallinen sopimussuhde voi vaatia sopimusrikkomuksia selviteltäessä hyvinkin henkilökohtaisen käytöksen selvimistä.

AL:n mukaan ei ole mitään estettä sille, että toista käytöksellään syvästi loukannut esimerkiksi väkivaltainen puoliso voisi vaatia tasinkoa loukkaamaltaan puolisolta.⁷⁵⁸ Puolison (onnistunut) tappaminen on ainut tasinko-oikeuden menettämisen peruste (AL 59 §). Tasinkoonhan on oikeutettu tavallaan sillä oletuksella, että takana on lojaali yhteisyys. Vaikkei näin olisikaan ollut, se ei nykyään poista tasinko-oikeutta. Saksassa elatuksen ja tasingon maksamisesta voi toisen käytöksen vuoksi vapautua (§§ 1381, 1579). Tällainen negatiivinen mahdollisuus saada vahingonkorvausta eli ettei tarvitse maksaa osuutta, jonka muuten olisi joutunut maksamaan, koskee vain varakkaampaa puolisoa.

⁷⁵⁷ Tämän havahduin huomaamaan Eva Gottbergin väitöskirjasta (1/1995) s. 144: »Suomen lainsäädännössä avioliitto lienee tällä hetkellä ainoa sopimussuhde, jossa räikeäkin lojaliteettirikkomukset sivuutetaan merkityksettöminä.» Henkilökohtaisten rikkomusten merkityksestä, s. 150–154.

⁷⁵⁸ Tämän voisi kyllä sopimusoikeudellisessa ajattelussa katsoa olevan OikTL:n 33 §:n mukaista kunnian vastaista ja arvotonta sopimukseen vetoamista, Gottberg (1/1995), s. 154.

Ks. syyllisyyden liitännäisseuraamuksista laajemmin Westling, s. 51–59.

Monissa tapauksissa on varmasti kohtuullista, ettei »syyllisyydellä» ole vaikutusta varallisuussuhteisiin. Esimerkiksi uskottomuus, väliaikainen perheen elatukseen ja yhteiselämään osallistumattomuus tai suhteen yhtäkkinen lopettaminen »ilman syytä» varmaan yleensä loukkaavat toista osapuolta ja ne saattavat olla sopimusrikkomuksiin verrattavia tekoja. Osana monimuotoista ja henkilökohtaista ihmissuhdetta ne edustanevat kuitenkin usein sellaisia tekoja, joiden pääasiallinen tarkoitus ei ole toisen loukkaaminen ja yhteiselämän velvollisuuksien laiminlyöminen ja joilla siksi ei tulisi olla merkitystä tasinko-oikeuden määrittämisessä. Yhtä kohtuullista kuin joidenkin syiden jättäminen omaisuudenjaon perusteiden ulkopuolelle lienee, että joissakin tilanteissa näin ei menetellä. Hyvä esimerkki tällaisista tilanteista on edellä mainittu väkivaltaisuus. Edellä mainittu kehitys ei sinänsä ole hämmästyttävä. Mitä henkilökohtaisempi suhde on, sitä vaikeampaa on syy- ja seuraussuhteiden osoittaminen ja sen seurauksena lojaalin käytöksen määrittelemineen.

Saksassa on usein periaatteessa katsottu, että avoliitto on luottamussuhde.⁷⁵⁹ Toisen luottamusta ei tulisi oman edun tavoittelemiseksi voida käyttää hyväksi. Oikeuskäytännössä on esimerkiksi sellaisissa tilanteissa, joissa avopuoliso on ottanut toiselta vastaan huomattavia suorituksia silloin, kun hän jo on mielessään päättänyt jättää tämän tai ylläpitää muita suhteita vain teeskennellen rakastavaa avokumppania, katsottu luottamuksen pettäneen kumppanin olevan velvollinen korvaukseen tai lahjan palauttamiseen. Strätz on esittänyt, että avokumppani voisi Treu und Glauben'in (BGB § 242) perusteella olla korvausvelvollinen, jos hän purkaa liiton sopimattomaan aikaan kuten pian vaikean sairastumisen jälkeen tai ennen synnytystä tai shikaanisiti. Tätä kantaa on vastustettu muun muassa sillä, ettei se vastaa yhdessä asumisella tavoiteltua sitoutumattomuutta. Strätzin mukaan lopettamisvapaukseen ei anna oikeutusta törkeän kohtuuttomaan (grob unbillig), Treu und Glauben -periaatteeseen soveltumattomaan menettelyyn.

Saksassa Treu und Glauben lienee keskeisin periaate, jonka avulla BGB:n vanhoillisuutta on yleisesti lievennetty.⁷⁶⁰ Sitä käytettiin paljon hyväksi ennen sittemmin tehtyjä liiketoimia koskevia lainsäädäntöuudistuksia tilanteissa,

⁷⁵⁹ Tässä kappaleessa käsitellystä aiheesta ks. lähemmin Maus, s. 60–63, Schreiber, s. 102–103, Strätz, s. 116 ja BGB §§ 530, 531 (Schenkungen wegen groben Undankes) ja § 826 (Sittenwidrige vorsätzliche Schädigung).

⁷⁶⁰ Zweigert, Kötz I, s. 156. Keskeiset pykälät, joita on käytetty hyväksi oikeuden kehittämisessä ovat olleet §§ 138, 157, 242 ja 826, s. 158. §§ 157 ja 826 liittyvät samoin siveettömyyteen ja Treu und Glauben'iin.

joissa sopimuskumppanin mahdollisuudet vaikuttaa sopimukseen ja ymmärtää sitä olivat epäsuhtaiset.⁷⁶¹ Näin voitiin ottaa huomioon sopimuskumppanien erilaiset asemat ja etteivät he tosiasiallisesti aina olleet liberalistisen ihanteen mukaisesti tasaväkisiä. Normaaaleissa avoliittojen omaisuudenjakoratkaisuissa periaatetta ei ole käytetty tällä logiikalla, vaan suojelemaan oletettua luottamusta sitoutumattomuuteen.

Parisuhde on suhde, jonka oletetaan perustuvan lojaalisuudelle ja jota yleensä eletään sen mukaisesti.⁷⁶² Avoliittoajattelua on hallinnut panosajattelu, jossa osapuolten käyttäytymistä ja odotuksia ei useinkaan ole pohdittu eikä osapuolelta tällöin ole vaadittu lojaalisuutta parisuhdetavan mukaisia odotuksia kohtaan.

6.3.3. Oikeus ja kohtuus

Yhteisöllisen käytännön mallissa tahto ja luottamus muuttuvat sopimusvastuun välittömistä kriteereistä välillisiksi kriteereiksi sille, että vastuun pohjana oleva käytäntö on oikeudenmukaista.⁷⁶³ Avoliittojen kohdalla tämä tarkoittanee sitä, että parisuhteessa eläniisen »ehtojen» eli sen seurauksien tulisi olla kummallekin osapuolelle oikeudenmukaisia. Muodollinen, nimenomaisesti ilmaistulle tahdolle tai yksipuolisesti arvioituille panoksille perustuva oikeudellinen ajattelu on avoliittojen kohdalla usein mielletty juuri epäoikeudenmukaiseksi.

Käsitellessään sopimusinstituution sitovuutta Pöyhönen esittää arvosidonaisuuden lisäoletuksina seuraavaa. Tahtomallissa tällainen juridinen selitys on vastuu vapauden käytöstä, luottamusmallissa toisen intresseille aiheutetun haitan hyvittäminen ja yhteisöllisen käytännön mallissa sopimussuoritusten tasapaino.⁷⁶⁴ Pöyhönen katsoo sopimusinstituutin oikeudenmukaisuusvaatimusta tasapainon merkityksessä voitavan perustella myös John Rawlsin oikeudenmukaisuusteorialla. Sen mukaan olisi rationaalista hyväksyä vain sopimustyypit, jotka eivät merkitse ihmisten yhdenvertaisuuden loukkausta

⁷⁶¹ Zweigert, Kötz II, s. 11–13.

Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Gesetz) vuodelta 1976 sisältää omat yksityiskohtaisia tilanteita käsittelevät pätemättömyyspykälänsä (§§ 10–11). Lain § 9 on yleissäännös *Treu und Glauben*’in vastaisten määräysten pätemättömyydestä.

⁷⁶² Ks. parisuhteesta luottamuksen ja yhteistoiminnan suhteena Gardner.

⁷⁶³ Pöyhönen (1988), s. 172.

⁷⁶⁴ Pöyhönen (1988), s. 172.

hyödyttämällä tyypillisesti vain toista osapuolta.⁷⁶⁵ Perinteisten sukupuoliroolien mukaista työnjakoa noudattavien avioliittoja voi erotilanteessa tavallaan pitää tällaisina epäoikeudenmukaisina sopimuksina, jos avovaimon panokselle ei säännönmukaisesti anneta arvoa. Jo itsessään epäoikeudenmukaiset instituutiot eivät voi Pöyhösen mukaan saada yhteisöllisen käytännön mallissa sopimussitovuuden leimaa.⁷⁶⁶

Tilanteessa, jossa olisi nimenomaisesti sovittu yhteiseen käyttöön hankitun omaisuuden kuuluvan vain toiselle, mutta olosuhteista kävisi selvästi ilmi, että toinenkin on suuresti edesauttanut omaisuuden karttumista, harkittaisiin normaalissa sopimusoikeudellisessa ajattelussa, onko kyseessä kohtuuton sopimus. Suomessa olisi sovellettavissa ensinnäkin OikTL 36 §, jolloin sopimusta joko sovitellaan tai kohtuuton ehto jätetään huomioon ottamatta.⁷⁶⁷ Sopimuksen pätemättömyysperusteita yleislausekkeenomaaisesti edustavan OikTL 33 §:n mukaan voimaan ei tule saattaa sopimusta, joka on tehty sellaisissa olosuhteissa, että niistä tietoisesti olisi kunnian vastaista ja arvotonta vedota tähän oikeustoimeen. Saksassa OikTL:n 33 §:ää vastaa paljon käytetty yleislauseke BGB § 242 (Treu und Glauben). Voisi ajatella, että kynnys sellaisen tilanteen tavalla tai toisella kohtuullistamiseen, jossa ei ole nimenomaista sopimusta, olisi matalampi kuin nimenomaisen sopimuksen kohdalla.

Oikeus ja kohtuus on perinteisesti mielletty romaanis-germaanisessa oikeusajattelussa yhteenkietoutuneiksi. Kohtuuden on katsottu sisältyvän oikeuteen. Toisaalta muodollisessa oikeudellisessa ajattelussa erillinen kohtuusarviointi on mielletty oikeusturvaa vaarantavaksi. Oikeudellisessa seurauksien arvioinnissa on tarpeen yhdistää oikeus ja kohtuus, muoto ja sisältö. Kohtuusharkinta on vapaata harkintaa, johon harkitsijoiden asenteet heijastuvat. Tästä oikeusturvavaarasta huolimatta sopimuksen tosiasiallinen vapaus ei toteudu ilman vastuuta eli tässä yhteydessä kohtuullistamismahdollisuutta. Sekä lainsäädäntö että sopimukset perustuvat joillekin ennakko-oletuksille ympäröivästä todellisuudesta ja sen toimijoista. Niiden toimivuus tarkoituksensa mukaisesti riippuu siitä, vastaavatko kyseiset ennakko-oletukset todellisuutta. Kohtuullistamisella voidaan pyrkiä tasoittamaan odotusten

⁷⁶⁵ Ks. vastaväitteistä tälle, Pöyhönen (1988), s. 173.

⁷⁶⁶ Pöyhönen (1988), s. 174. Tahtomallissa vastaava kriteeri on hyvän tavan vastaisuus.

⁷⁶⁷ OikTL 36 §:n soveltamisessa sopimuksen voimassapitäminen kohtuullistettuna on ensisijainen tavoite ja sopimus katsotaan pätemättömäksi vasta kun sitä ei ole saatu kohtuullistettua. Ks. OikTL 33 ja 36 §:ien erosta esimerkiksi Hemmo (1997).

ja todellisuuden välistä kuilua. Sama laki ei voi olla käytännössä kaikille sama kuin silloin, kun olosuhteet ja ihmiset ovat samanlaisia.

Sirkku Hellsten on todennut, että moderni näkemys oikeudenmukaisuudesta vain sosiaalisten instituutioiden ominaisuutena ja vastavuoroisuuteen perustuvana sopimuksena ilman mitään hyvän elämän mallin eksplikointia johtaa oikeuteen ilman kohtuutta minimaalisen moraalien yhteiskunnassa.⁷⁶⁸ Oikeudenmukaisuusvaatimus ei täyty oikeudenmukaisiksi miellettyjen menettelytapojen ja muotojen noudattamisella. Hyvä elämä ja kohtuus edellyttävät toteutuakseen myös sisällöllistä eli tapauskohtaista oikeudenmukaisuusharkintaa.

Wilhelmsson on maininnut eräitä sosiaalisia arvoja, joiden voidaan nykyään sanoa sisältyvän kohtuusperiaatteeseen: sopimustasapaino (suorituksen ja vastasuorituksen välillä, ei saa kohtuuttomasti rikastua toisen kustannuksella), turvallisuus (perusturvallisuus erityisesti sosiaalisesti olennaisissa yhteyksissä), itsenäisyys (heikomman suoja vahvemman yksipuolista päätösvaltaa vastaan), vapaus (heikomman toimimismahdollisuus), yksityisyys, oikeudenmukaiset seuraamukset (rikkomuksen seuraamus ei saa olla kohtuuttoman ankara), vastuu (suhteessa vahvemman vapautumiseen sopimukselta) ja oikeudellisten keinojen käyttömahdollisuudet (niitä ei saa kohtuuttomasti heikentää).⁷⁶⁹

Tahtomallissa kohtuus ei ole itsenäinen periaate.⁷⁷⁰ Mainittakoon vielä vertailun vuoksi, että tahtomallissa toimintaa ei arvioida sen lopputuloksesta käsin. Kohtuuttomuusarviointeihin ei tällöin tarvitse ryhtyä. Luottamusmallissa se on poikkeuksena määrätynlaisissa sopimustyypeissä. Yhteisöllisen käytännön mallissa kohtuus on pääsääntönä. Pöyhönen pitää viimeksi mainittua mallia kahden ensin mainitun varaan rakennettuna kompromissina.⁷⁷¹ Sovittelu, jolla kohtuutta toteutetaan, kuvastaa sopimusoikeudessa yhtä länsimaisen oikeuden keskeisistä ongelmista, jännitettä muodollisten ja sisällöllisten piirteiden välillä.⁷⁷²

Dalton on todennut omasta oikeuskulttuuristaan, että sen sopimusoikeus suosii objektiivista, muotoa ja ilmausta subjektiivisen, sisällön ja aikomuksen kustannuksella.⁷⁷³ Hänen mukaansa huolemme muodosta ja sisällöstä sekä

⁷⁶⁸ Hellsten, s. 30.

⁷⁶⁹ Wilhelmsson (1985), s. 120–124 ja (1995) s. 177–183.

⁷⁷⁰ Pöyhönen (1988), s. 188–196 kappale Kohtuuden asema eri sopimusmalleissa.

⁷⁷¹ Pöyhönen (1988), s. 245.

⁷⁷² Pöyhönen (1988), s. 5–6.

⁷⁷³ Dalton (1985), s. 1040.

ilmaisusta ja aikomuksesta ovat vain erityisiä ilmauksia kyvyttömydestämme ratkaista jännitettä julkisen ja yksityisen, toisen ja itsen välillä.⁷⁷⁴

On keskusteltu siitä, onko kohtuullistamiskeinona käytetty sovittelu yhä sopimusoikeudessamme poikkeus pääsäännöstä vai onko jo syntymässä sopimuksen sisällön aineellisia puolia painottava uusi sovittelun keskeisesti sisältänyt sopimusoikeus.⁷⁷⁵ Sovitteluhan on lähtökohtaisesti ollut korjauskeino, mahdollisuus muuttaa sinänsä sitovaa sopimusta. Pöyhönen katsoo, että sovittelu on sopimusoikeuden mikrokosmos. Sovittelu kuitenkin hänen mukaansa myös poikkeaa olennaisesti muista sopimusoikeuden instituutioista.⁷⁷⁶ Sovittelussa ei ole kysymys tietystä näkökulmasta, vaan se on kokonaisnäkökulma. Sovittelussa oikeudenmukaisuusarvio perustuu sopimuksen aikaansaaman lopputuloksen kokonaisarviointiin. Suomalaiset tuomioistuimet ovat pitkään suhtautuneet pidättyväisesti sovitteluun. Tilanne on sittemmin ollut muuttumassa.⁷⁷⁷

Mikko Tulokas on tuonut esille sovitteluun liittyvänä vaarana muun muassa sen, että sovittelijat eivät aina riittävästi tunne sopimukseen liittyviä olosuhteita.⁷⁷⁸ Hän ehdottaa sovitteluratkaisujen kytkemistä sopimusoikeudelliseen perinteeseen ja sovittelun tyyppiratkaisujen kehittämistä. Puutteet yleistuomioistuimien asiantuntijuudessa voi nähdä myös perusteluna sopimusta ympäröivää todellisuutta ymmärtävän kokonaisharkinnan samoin kuin erityistuomioistuimien tai -osastojen tai erityiskokoonpanojen tarpeelle. Menettelytapojen ja tuomareiden asiantuntemuksen määräytyminen käsiteltävän jutun luonteen mukaan voisi liikesopimuksissakin tuoda paremman tasapainon kohtuuden ja tehokkuuden välille.

Tahtomalli on Pöyhösen mukaan tyypillisesti edustanut pistekäsitystä, jossa sopimussuhteen synty ja lakkaaminen ovat pisteitä aikajanalla.⁷⁷⁹ Prosessikäsitys sen sijaan sopii parhaiten yhteisöllisen käytännön malliin, vaikka se olisi liitettävissä muihinkin sopimusmalleihin. Pöyhönen toteaa, että siirtyminen prosessikäsitykseen heikentää välttämättä sopimusoikeuden systemin vahvuutta. Käsitys selvärajaisesta sopimussuhteesta tekisi helpoksi rajanvedon sopimusvastuun ja sopimuksen ulkoisen vastuun välillä. Osapuolten olisi tällöin helppo tietää, koska he ovat tai eivät ole sitoutuneet sopi-

⁷⁷⁴ Dalton (1985), s. 1095.

⁷⁷⁵ Ks. tästä esimerkiksi Wilhelmsson (1985), s. 27–28.

⁷⁷⁶ Pöyhönen (1988), s. 365–369.

⁷⁷⁷ Wilhelmsson (1985), s. 103–104.

⁷⁷⁸ Tulokas.

⁷⁷⁹ Pöyhönen (1988), s. 244.

musvastuuseen. Käytännössä sopimussuhteita ei useinkaan voida arvostella näin. Yksittäinen sopimus saattaa syntyä vaihteittain vuorovaikutuksellisen prosessina.⁷⁸⁰ Se voi esimerkiksi olla vain osa laajempaa yhteistyötä, mitä taustaa ei kohtuudella voida jättää huomiotta sopimussuhdetta arvioitaessa.

Edellä kuvailtu tapa nähdä sopimus soveltuu hyvin avoliiton hahmottamiseen. Avoliitto on vuorovaikutuksellinen prosessi, joka usein syntyy vähitellen ilman tarkkarajaisia tai nimenomaisia oikeustoimia ja tahdonilmaisuja. Tämän tyyppisen suhteen oikeudellisen harkinnan tulee olla kokonais-harkintaa.

Sovittelussa voidaan ottaa parisuhdetapa huomioon. Sovittelu hyödyttää tällöin sitä osapuolta (yleensä avovaimo), jonka panos (kuten kotityö) muuten olisi jäänyt vaille riittävää arvoa. Jos sen sijaan parisuhdetapa olisi jo osapuolten toimesta otettu huomioon, toinen osapuoli olisi jo täyttänyt sopimusvelvoitteensa (kuten kotityön) ja sovittelun kohteeksi tulisi vain toisen osapuolen (yleensä avomiehen) suoritus. Jäljellä olevan velallisen suorituksen sovittelu on tyypillinen sovittelutilanne. Tarveorientoitunut sopimussovittelu on kohdistunut yleensä velallisen suoritukseen.⁷⁸¹ Velkojan hyväksi kohtuusharkinta on yleensä tapahtunut vuokra- ja vahingonkorvausasioissa. Tällöin esimerkiksi muuttopäivän siirtoa ja eloonjääneen vahingonkorvausoikeutta harkittaessa voidaan velkojaa pitää tavallaan heikompana osapuolena. Kohtuullistamisajattelusta voi siten perinteisen mallin mukaisessa tapauksessa hyötyä joko avomies velallisena tai avovaimo heikompana osapuolena.

Suhtautumista avio- ja avoliittoon leimaa osittain oletus avioliitoista pitkäaikaisina ja avoliitoista lyhytaikaisina liittoina. Kumpiakin on kuitenkin molemmanlaisia. Lyhytaikaisten eli lähtökohtaoletusten vastaisten avioliit-tojen taloudellisia seurauksia voidaan nykyisen lainsäädäntömme mukaan sovitella. Loogista olisi voida vastaavasti »sovitella» etenkin pitkäaikaisten avoliittojen taloudellisia seuraamuksia avoliiton seuraamusten suuntaan.

Häyhä on tuonut esille, että harkittaessa sopimusten kohtuullisuutta ja mahdollista sovittelua otetaan vertailukohteeksi usein pakollinen tai toissijainen lainsäädäntö ja alan tai osapuolten välinen pitkäaikainen käytäntö.⁷⁸² Niiden katsotaan lähtökohtaisesti edustavan yleisen käsityksen mukaista kohtuutta ja niistä poikkeavien sopimusehtojen olevan odottamattomia. Näitä tavallisuudesta poikkeavia sopimusehtoja yleensä sovitellaan. Wilhelmsson on

⁷⁸⁰ Pöyhönen (1988), s. 215 ja ks. myös Häyhä (1/1993), s. 199–203.

⁷⁸¹ Wilhelmsson (1987), s. 146.

⁷⁸² Häyhä (2/1993), s. 40–41.

maininnut tavan, erityisesti hyvän tavan tai hyvän liiketavan vastaisuuden yhtenä kohtuusharkinnan ja sovittelun laukaisevana tapausryhmänä.⁷⁸³ Avo-liittojen osalta voi analogisesti viitata avioliittolainsäädäntöön parisuhdetta määrittävänä lainsäädäntönä sekä »alalla vallitsevana pitkäaikaisena käytäntönä», jota myös parisuhdetapa edustaa.⁷⁸⁴

6.3.4. Heikkomman suoja

Avoliittojen kohdalla on usein puhuttu heikkomman suojan tarpeesta.⁷⁸⁵ Avo-liitossa vallitsevat samat parisuhdekäytännöt kuin avioliitossakin, mutta sen huomioon ottava avioliittolakia vastaava lainsäädäntö puuttuu.⁷⁸⁶ Kuten olen edellä pyrkinyt osoittamaan, voitaisiin sopimusoikeudellisin keinoin päästä parisuhdetapa huomioon ottamalla oikeudenmukaisiin lopputuloksiin. Lähtökohtaisesti avoliittoratkaisuissa ei tällöin olisi useinkaan tarvetta heikkomman suojeluun. Heikompi on avioliitossa ollut heikompi pitkälti oikeusjärjestyksen itsensä vuoksi. Jos oikeudellisesti relevanteiksi katsotaan vain toista, mutta ei toista osapuolta hyödyttävät seikat, oikeusjärjestys itse tekee toisesta osapuolesta heikkomman. Heikkomman suoja ja kohtuus liittyvät kuitenkin toisiinsa eikä niiden välille voi vetää selvää rajaa. Heikkommuuden yhtenä osoituksena voi Pöyhösen mukaan pitää sitä, että on solminut epätasapainoisen sopimuksen.⁷⁸⁷

Naiset asettaa yleisesti ottaen taloudellisesti heikompaan – osittain miehestä riippuvaiseen – asemaan parisuhteessa naisten asema yhteiskunnassa: yhteiskunnan »sukupuolisopimus».⁷⁸⁸ Miesten oletetaan yleensä olevan saman sukupuolisopimuksen perusteella naisia riippuvaisempia perheestä, mutta muuten kuin taloudellisesti. Naisilla on huonompi palkka ja huonommat uramahdollisuudet, heiltä odotetaan suurempaa omistautumista perhe-elämälle

⁷⁸³ Wilhelmsson (1995), s. 129–134.

⁷⁸⁴ Avioliittolainsäädännön osalta voisi karkeistaen todeta, että vuoden 1987 AL:n uudistuksessa kohtuullisuusperiaate tuli ja lojaalisuusperiaate lähti.

⁷⁸⁵ Ks. esimerkiksi Mahkonen (1984), s. 130.

⁷⁸⁶ Ks. heikkomman suojasta perheoikeudessa Gottberg (1995/2). Hän toteaa, että perheoikeudessa painopiste on lainsäädännön rakenteisiin sisältyvissä heikkommuusolettamisissa ja turvafunktioiden. Aviopuolisoiden yksityisoikeudelliseksi heikkomman suojan peruskanteiksi hän katsoo laajan elatusoikeuden avioliiton aikana, avio-oikeuteen perustuvan tasingon osituksessa ja harkinnanvaraisen oikeuden elatusapuun avioeron jälkeen. (Leskeä suojataan edellä mainitun lisäksi vielä erikseen.) S. 24.

⁷⁸⁷ Pöyhönen (1988), s. 194.

⁷⁸⁸ Ks. tästä käsitteestä lähemmin Pateman.

ja sitä pidetään naisille sosiaalisesti tärkeämpänä. Naiset ovat monesti itsekin sisäistäneet tämän sukupuolisopimuksen ja sen ohella perhe-elämän logiikkana pidetyn huolenpidon ja rakkauden logiikan. Rakkauden logiikassa oma etu yhtyy yhteiseen etuun. Naisen rooli on sen mukainen ja omistautuessaan enemmän perhe-elämälle hän on myös toiminut enemmän perhepiirissä ja sen logiikan vaikutusalueella kuin mies. Miehen roolissa on toimittu enemmän perheen ulkopuolella ja siellä vallitsevan logiikan, kuten yksilön oikeuksia painottavan oikeudellisen logiikan tai usein egoistisena pidetyn markkinoiden logiikan mukaisesti. Naisten yleinen identifioiminen heikomaksi osapuoleksi ja siten tavallaan kykenemättömämmäksi oikeustoimiin on kuitenkin ongelmallista. Sillä voisi olla jopa vaikutusta naisten oikeustoimikelpoisuuteen.⁷⁸⁹

Wilhelmsson on jakanut sopimusoikeuden heikomman osapuolen roolit seuraaviin tyyppeihin: vanhinta tyyppiä edustavat muodolliset suojaroolit ja uudempiä tulokkaita toimintaan ja henkilöön liittyvät roolit.⁷⁹⁰ Ensin mainitussa tyyppissä vallitsee täysin oikeustieteen perinteisen »laki on kaikille sama»-ajattelutavan mukainen käsitys osapuolten roolien vaihdettavuudesta. Muodollisessa roolikäsityksessä ei henkilökohtaisilla ominaisuuksilla periaatteessa ole merkitystä. Osapuolia voidaan tällöin suojella sopimustilanteeseen liittyvässä roolissaan joissain sopimustyypeissä, kuten vuokra, vakuutus ja osamaksu. Kyse ei välttämättä ole konkreettisesta heikomuudesta. Toisen roolityypin esimerkki on kuluttajasopimus, jossa roolit ovat vielä melko täysin vaihdettavissa. Kolmannessa kategoriassa vaihdettavuus on rajoitettu. Roolit on sidottu henkilökohtaisempiin eli henkilöön liittyviin ominaisuuksiin, kuten asiantuntemukseen, ammattiin, varallisuuteen ja sukupuoleen. Wilhelmsson on jakanut henkilöroolit kykyorientoituneisiin (oikeustoimikelpoisuus, ammattilaisuus) ja tarveorientoituneisiin (varallisuus, sairaus, ikä eli erityinen tarve). Hän määrittelee tarveorientoituneen roolikäsitteen käsitteeksi, joka antaa oikeudellista merkitystä sellaisille osapuolen henkilöön liittyville seikoille, jotka voivat aiheuttaa hänelle erityisiä tarpeita kyseisessä oikeussuhteessa.⁷⁹¹ Hän mainitsee yhdeksi tällaiseksi seikaksi naissukupuolen.

Edellä mainittu kehitys kohti sopimusoapuolten henkilökohtaisempien ominaisuuksien huomioonottoa murtaa sitä eroa, joka on nähty olevan oikeudellisen ajattelun ja perhesuhteiden välillä. Edellisessä ajattelussa osa-

⁷⁸⁹ Ks. Nousiainen (1992), s. 55–57.

⁷⁹⁰ Wilhelmsson (1987), s. 53–65.

⁷⁹¹ Wilhelmsson (1987), s. 66, (s. 65–71).

puolten on oletettu olevan toisiinsa vaihdettavissa, kun taas perhesuhteissa näin ei ole katsottu olevan.⁷⁹²

Heikomman suoja -ajattelua voitaisiin tarvittaessa soveltaa avoliittoihin. Muun muassa sukupuolirooliin liittyneen käytöksen aiheuttama heikompi asema voitaisiin ottaa harkinnassa huomioon. Avioliitto-oikeudessa elatusavun määrittämisen voi katsoa edustaneen sekä kyky- että tarveorientoitunutta harkintalogiikkaa. Huomiota on kiinnitetty sekä puolison eron jälkeiseen kykyyn selviytyä taloudellisesti että hänen taloudellisen avun tarpeeseensa.

6.3.5. Lopuksi

Yleisellä sopimusoikeudellisella ajattelulla päästäisiin avoliitto-oikeuskäytännössä sisällöllisesti onnistuneisiin lopputuloksiin kun parisuhdetapa otetaan huomioon. Jos näin tehdään, suurta merkitystä ei ole edes sillä käytetäänkö uudemmaa vai vanhempaa sopimusoikeudellista ajattelua – tai turvaututaanko perusteettoman edun palautukseen. Edellä esittelemiini luottamusta ja kohtuutta korostaviin ajattelutapoihin sisältyy kuitenkin korostetusti ajatus sosiaalisten roolien ja tapojen merkityksestä, ja niiden avulla päädytään helposti parisuhdetavan huomaavaan ja huomioonottavaan ratkaisuun.

Eri sopimusoikeudelliset suuntaukset ovat saman asian hahmottamista erilaisella logiikalla, jonka seurauksena asiaa tarkastellaan erilaisista näkökulmista ja erilaisin painotuksin.⁷⁹³ Erilaisiin tapauksiin soveltuvat erilaiset näkökulmat, jotka ilman nimenomaista esille nostamista saattaisivat jatkaa untaan käsitteiden sisällä kenenkään niitä havaitsematta. Näin olisi voinut käydä myös sosiaalisten roolien määrittämille legitimeille odotuksille.

Tämä samaan ratkaisuun päätyminen erilaisilla perusteluilla on esimerkki oikeuden ulkopuolisten tai sellaisina pidettyjen seikkojen ratkaisevasta merkityksestä oikeusjärjestyksessä. Parisuhdetapa edustaa kauppataivan tavoin oikeuden ulkopuolista, oikeussuhteen arvioinnissa keskeistä seikkaa, joka olisi oikeudellisissa ratkaisuissa otettava huomioon – samoin kuin sukupuolijärjestelmän välilliset vaikutuksetkin.

Sopimussuhdetyyppinä avoliitto ja yleensäkin parisuhde vastaa uudemman sopimusoikeudellisen ajattelun pohjalla olevaa näkemystä sopimuksesta: se on prosessi, luottamukseen perustuva pitkäaikainen yhteistyösopimus,

⁷⁹² Palaan tähän aiheeseen jäljempänä.

⁷⁹³ Ks. yhtenä esimerkkinä tästä Pöyhönen (1994). Samaan päämäärään joudutaan erilaisissa oikeusjärjestyksissä pyrkimään erilaisin keinoin.

jonka rooleja on perinteisesti pidetty henkilöorientoituneina.

Vapaita, vain tunteille perustuvia liittoja on vastustettu muun muassa vetoamalla siihen, että tällaisissa vapaan rakkauden liitoissa unohdetaan liittoon kuuluvat velvollisuudet ja vastuu.⁷⁹⁴ Jos sopimuksia pidetään oman edun tavoittelemiseksi solmittuina taloudellisina suhteina ja parisuhteita oman nautinnon vuoksi solmittuina rakkaussuhteina, ne näyttäytyvät hyvin samanlaisina. Näin ilmaistuna kummassakin suhteessa voi pääasiana nähdä oman edun ja omien oikeuksien tavoittelun. Uusi sopimusoikeus on painottanut perheoikeuteen ja ihmissuhteisiin liitettyjä vastavuoroisuutta, velvollisuuksia ja vastuuta, jolloin taloudelliset ja perhesuhteet jälleen näyttäytyvät samanlaisina. Eivätkö ihmiset ole ihmisiä sekä liike- että rakkaussuhteissaan? Näin ajateltaessa ihmiset käyttäytyvät pitkälti samalla logiikalla kaikissa suhteissaan ja ihmissuhteitten menestyksellinen hoitaminen ei ole olennaisesti erilaista, oli suhteen päätarkoituksena sitten taloudellinen tai emotionaalinen yhteistoiminta. Joskus voi olla jopa vaikea sanoa, kumpi suhdemuoto edustaa kumpaakin. Talous on hyvin keskeinen osa parisuhdetta ja työn ja rahan hankkimisen tuottama emotionaalinen tyydytys on monille suuri.

Jatkan sopimus- ja parisuhdeoikeuden vastakohtaisuuden ja yhtäläisyyden teeman käsittelyä muutamalla keskeisellä näiden oikeudenalojen ja niiden suhteen taustalogiikkaa kuvaavalla esimerkillä seuraavassa pääluvussa, jolle tämä 6. luvukin toimii pohjamateriaalina.

7. PARISUHDE JA SOPIMUS OSANA LAAJEMPAA VASTAPARIKUVIOTA

7.1. Dikotominen ajattelu ja sen seuraukset

Dikotominen ajattelu on ollut hyvin syvällä länsimaaisessa tieteellisessä ajattelussa. Tätä havainnollistaa hyvin esimerkki »kovien» tieteiden alalta eli sumeaan logiikkaan kohdistunut vastustus.⁷⁹⁵ Sumea logiikka perustuu aja-

⁷⁹⁴ Ks. tästä aiheesta esimerkiksi Häggman, s. 14–15.

Tekstissä mainittu asenne kuvastaa laajempaakin tunnesuhteisiin liittyvää häilyväsyyden pelkoa. Suhteeseen panostaminen velvollisuudesta tai järkisyyistä – mikä motivoi liikesuhteisiin panostamisen – koetaan luonnollisena, vaikka voisi ajatella, että periaatteessa toimivaan tunnesuhteeseen vasta kannattaakin panostaa. Mitä henkilökohtaisempi suhde on, sitä vaikeampi lienee löytää juuri itselleen sopivia kumppaneita.

⁷⁹⁵ Ks. lähemmin Kosko. Hän tuo esille, että sumea logiikka on otettu helpommin vastaan itämaissa kuin länsimaissa. Itämaisen ajattelun vaikuttajaksi hän nimeää Budd-

tukselle, ettei selkeitä rajoja voi vetää. Todellisuus ei ole A TAI ei-A vaan A JA ei-A. Erot ovat aste-eroja, jolloin musta ja valkoinen ovat harmaan todellisuuden ääriarvoja (A TAI ei-A sisältyy A JA ei-A:han). Älykkäiden koneiden rakentaminen ei ole onnistunut mustavalkoisella logiikalla, mutta terveeseen järkeen rinnastetulla sumealla logiikalla kylläkin.

Tapa, jolla hahmotamme maailman ja ihmiset, muodostaa perustan tieteellisille ajattelutavoillemme, jotka puolestaan muokkaavat meitä ja tapaamme hahmottaa asioita. Tieteellinen ajattelu on kiinteässä yhteydessä ihmiskuvaan ja meihin ihmisinä. Ihmistä kaikkine luonteenominaisuuksineen ja hänen tapaansa ajatella ei voi erottaa toisistaan.

Kulttuurissamme on vallinnut käsitys naisista ja miehistä erilaisina ihmisinä. Nämä käsitykset ovat vaikuttaneet sekä ihmisten käsityksiin itsestään että ihmisluonnon eri puolien eriasteiseen arvostukseen. Tunteet on esimerkiksi yhdistetty naisiin ja järki miehiin. Miesten korkeampi sosiaalinen asema ja yhteiskunnallisen ajattelun mieskeskeisyys ovat nostaneet keskiöön miehekkäinä pidetyt luonteenominaisuudet. Tiede on perustunut pitkälti tämän »puoli-ihmisen» ihmiskuvalle. Tätä ihmiskuvaa ja yritystä elää sen mukaisesti on muokannut vahvasti myös pyrkimys kieltää ihmisyyden toinen puoli itsessä. Tämä on yksi merkittävä seuraus sukupuolidikotomiasta tieteessä. Kokonaisuutensa hyväksyvän ihmisen »kokonainen tiede» on mahdollinen vain, jos pääsemme irti itseämme kahlitsevista sukupuolisesti määrittyneistä minäkuvista. Ihminen, joka ei ole muokannut itseään tiettyyn määriteltyn muottiin, kestää nähdä elämän epävarmana, muuttuvana ja ristiriitaisena. Usko hallittavissa olevaan ristiriidattomaan systeemiin on tietyn ihmistyyppin tarve.⁷⁹⁶

Vastaparien mielletään edellyttävän toistensa olemassaoloa, mutta ne nähdään erillisinä. Oma ajatteluni ja ihanteeni lähtee siitä, että vastapareja ei eroteta erillisiksi ja niiden välistä harmoniaa haetaan jokaisen yksilön ja yksikön sisällä. Jokainen yksilö sisältää sekä feminiinisiä että maskuliinisia puolia ja hakee (tai ei hae) niiden sopivaa tasapainoa itsessään. Vastaavasti yhteiskunta ja sen yksiköt eivät ihannetilassani ole jakautuneet erillisiin vastaparialueisiin, vaan tasapainotilaa haetaan jokaisen toiminta-alueen sisällä.

han ja länsimaisen ajattelun vaikuttajaksi Aristoteleen. Sumeaan logiikkaan perustuvan tekniikan kehittämisessä ollaan Japanissa varsin pitkällä. Nykyään näkee jo meilläkin päivälehdissä mainoksia esimerkiksi sumealla logiikalla (fuzzy logic) toimivista pesukoneista.

⁷⁹⁶ Ristiriidatonta systeemiä voisi pitää turvahakuisen ihmisen tarpeena. Vrt. esim. Bauman, s. 42–45, modernin varmuuksien antamasta turvasta ja vapautuksesta henkilökohtaisesta vastuusta.

Yksilötasolla itsen joidenkin puolien ulkoistaminen on selvästi tullut esille sukupuoli- jaossa, jossa naisia on pidetty feminiinisinä ja miehiä maskuliinisina. Tutun Madonna ja Huora -myytin voi nähdä saman mekanismin tuotteenä. Jotta hyvä nainen (Madonna) voidaan pitää puhtaana, paha siirretään asumaan sen ulkopuolelle, sen vastakohtaan pahaan naiseen (Huora).

Roberto Mangabeira Unger on kuvatessaan periaatteen ja vastaperiaatteen suhdetta perinteisessä sopimusoikeudessa viitannut Shakespearen Venetsian kauppiaaseen.⁷⁹⁷ Venetsiassa ihmiset tekevät sopimuksia ja heitä pitivät yhdessä etujen yhdistymiset. Belmontissa he vaihtavat vihkisormuksia ja heitä pitää yhdessä keskinäinen kiintymys. Kummankin kaupungin menestyksen edellytys on sen vastakohtakaupungin olemassaolo. Periaate ja vastaperiaate kuvastavat kahta erilaista näkemystä ihmisten vuorovaikutussuhteista. Ungerin kuvauksen näihin vastapareihin liitetyistä näkemyksistä voisi tiivistää kuvaukseksi hyvän ja pahan taistelusta. Sosiaalinen Belmontin alue on hyvä, jota on suojeltava pahalta. Sopimus pyritään tällöin pitämään perheen ja ystävyiden maailman ulkopuolella. Vastaavasti on kritisoitu Jürgen Habermasin näkemystä Lebensweltistä (kommunikatiivisen toiminnan alue) ja Systeemistä (strategisen toiminnan alue).⁷⁹⁸ Systeemiä ei pyritä muuttamaan, vaan eristämään se Lebensweltistä. Ne ovat vastakohtapareja, joista Lebenswelt on hyvä, jota suojellaan ja joka pyritään pitämään puhtaana työntämällä siihen kuulumaton sen ulkopuolelle, sen vastakohtaan, pahaa edustavaan Systeemiin. Hyvyydestään huolimatta sekä Belmont että Lebenswelt ovat tässä vastapari-ajattelutavassa alisteisessa tai riippuvaisessa asemassa, Belmont »ei voi koskaan teeskennellä olevansa enempää kuin Venetsian satelliitti».⁷⁹⁹

Pyrkimyksemme suojella itseämme »pimeiltä puoliltamme» ulkoistamalla ne toisten ominaisuuksiksi, ulkoisiksi »vihollisiksi», heijastuu täten yhteiskunnalliseen ajatteluun. Lienee yhtä mahdotonta onnistuneesti luoda yhteiskunnallisia alueita, jotka edustaisivat vain osaa inhimillisestä toimintalogiikasta kuin itseään vahingoittamatta kieltää osa itseään. Valtasuhte valitsee siinä mielessä yksilön sisälläkin, että meitä hallitsee se mitä emme suositu itessämme kohtamaan.

Arno Gruenin mukaan ihmisen autonomisuus kehittyi sen mukaisesti, mitkä ovat hänen mahdollisuutensa esteettömästi kokea ja tuntea omat havaintonsa, tunteensa ja tarpeensa eli autonomia on täydellistä sopusointua omien

⁷⁹⁷ Unger, s. 63–64.

⁷⁹⁸ Ks. lähemmin Tuori (1988), s. 200–201, 133, 89–93.

⁷⁹⁹ Unger, s. 66.

tunteiden ja tarpeiden kanssa.⁸⁰⁰ Epäautonomisuus on tila, missä vallanhimosta ja vallan tavoittelusta on tullut sisäisen kaaoksen ja uhkaavan psykoottisen hajoamisen välttämiskeino.⁸⁰¹ Gruenin mukaan autonomiaan perustuva itse ei voi elää tuhoavasti.⁸⁰² Tuhoavuuden perustana on sielussa tapahtunut lohkokoutuminen, ihminen yrittää valloittaa menettämänsä osan itseään ulkopuoleltaan. Tällaiselle ihmiselle empatia on heikkoutta ja aito läheisyys mahdollonta. Empatia – Gruenin mukaan syvin ja alkuperäisin kommunikointitapamme – rakkaus ja uskallus kokea omat aidot tunteensa johtavat aitoon itseen.⁸⁰³ Gruen näkee ihmisen epäautonomiakierteen syyksi naisen alistuksen mukanaan tuoman naisen tarpeistaan vieraantumisen ja sen vaikutuksen hänen suhtautumiseensa lapsiinsa ja näiden tarpeisiin.⁸⁰⁴

Peter Goodrich on painottanut sopimusoikeuden sukupuolisidonnaisuuksia pohtiessaan sitä ihmiskuvaa, mitä perinteinen sopimusoikeudellinen ajattelu psykoanalyttisesti tarkastellen edustaisi.⁸⁰⁵ Se asettaa tietyn homososiaalisen sukupuoli-identiteettirakenteen suhteille, joita se analysoi ja tuomitsee omalla tavallaan. Tämä tapa suosii muodollisuutta ja etäisyyttä, ei suhdetta ja intiimiyttä. Luodaan todellisuus, jonka objektiiviseen rationaliteettiin ei sisälly kiintymystä ja subjektiivisuutta.

Hellsten on painottanut sitä, että tunteiden ja oikeudenmukaisuuden erotaminen toisistaan on yksi tärkeä ero sopimusteoreettisen oikeudenmukaisuuskäsityksen ja hyve-etiikan välillä.⁸⁰⁶ Oikeudenmukaisuus ilman sisällöllistä pohdintaa on pelkkä menettelytapa. Arvot ja tilannekohtaisuus liittyvät tunteisiin.⁸⁰⁷ Arvot ja tunteet ovat logiikkaan ja faktoihin perustuvan tieteen ulkopuolella. Niitä ei voi loogisesti johtaa mistään faktoista.

Järki ja tunteet eivät ole toisistaan erotettavissa olevia vastapareja sen enempää kuin niihin rinnastuvat muodot ja arvot. Kummallakin on tärkeä tehtävänsä ihmisten toiminnan ohjaamisessa. Voi sanoa, että katkaistiinpa siten ihmisen yhteys itseensä eli yhteyskanavaansa tunteisiinsa tai hänen yhtey-

⁸⁰⁰ Gruen, s. 11 ja 17.

⁸⁰¹ Gruen, s. 170.

⁸⁰² Gruen, s. 155.

⁸⁰³ Gruen, s. 24, 171–172.

⁸⁰⁴ Gruen, s. 18–20, 23–24, 95.

⁸⁰⁵ Goodrich.

⁸⁰⁶ Hellsten, s. 98–99, 27. Tässä yhteydessä voisi viitata yleisemminkin oikeustieteen keskusteluihin sisällön merkityksen kasvusta suhteessa muotoon, katso tästä esimerkiksi Petersen (1996), s. 61.

⁸⁰⁷ Ks. aiheesta esimerkiksi Petersen (1996), s. 15, 63–64.

tensä kykyynsä arvioida älyllisesti itseään, saadaa kummassakin tapauksessa aikaan ohjattavissa oleva ihminen: manipuloitava tai totteleva. Tunteiden ja järjen kulloinkin sopivan tasapainon tarpeen voi rinnastaa tarpeeseen käyttää hyväksi ihmisen intuitiivista puolta analyttisen puolen rinnalla.

Collins on tuonut esille, ettei oikeus enää voi vetää selvää rajaa oikeudellisten, poliittisten ja moraalisten argumenttien välille.⁸⁰⁹ Tullessaan tietoiseksi arvoista, oikeuden on tunnustettava myös arvojen moninaisuus ja ristiriitaisuus. Nykyinen sopimusoikeus eroaa klassisesta sopimusoikeudesta niin muotonsa kuin sisältönsäkin puolesta. Tekniset säännöt muuttuvat avoimiksi normeiksi ja ristiriitaisiksi periaatteiksi. Sopimusoikeus hajoo materialisoituessaan tapauskohtaisemmaksi erityisalueisiin ja joutuu harkitsemaan tulintojensa sosiaalisia ja taloudellisia seurauksia.

Lähtökohtani on, että naisen ja miehen käsitteellinen vastakkaisuus tuli si purkaa kokonaisvaltaisemman ja tasa-arvoisemman yhteiskunnan luomiseksi. Tätä jakoa vastaavia jakoja ja samalla sukupuolijakoa tuottavia jakoja ovat muun muassa perhe ja markkinat, perheoikeus ja velvoiteoikeus, hyvinvointivaltio ja oikeusvaltio, yhteisö ja sopimus, yhteisöllisyys ja yksilöllisyys, luonnollisuus ja vapaa tahto, yksityinen ja julkinen.

Perhe ja markkinat edustavat oikeustieteen näkökulmasta tavallaan ääri-vastapareja. Ihmiskuva, joka usein liittyy näihin vastapareihin, on perheajattelussa altruistinen ja markkina-ajattelussa egoistinen. Niin kauan kuin pyysimme oikeustieteen sisällä ero ei ole yhtä selkeä, koska sekä perhe- että sopimusoikeutta yhdistää oikeudellinen ajattelu. Taloudellisessa ajattelussa, jota markkinat edustavat, oikeustiede oikeudenmukaisuusperiaatteineen edustaa arvoperiaatteita taloustieteen rationaalisuuden tai tehokkuuden rinnalla.⁸¹⁰ Arvoja, tunteita ja sisältöä korostavassa ihmiskeskeisessä ajattelussa oikeustiede puolestaan esiintyy muodollisrationaalisena.

Sopimus- ja perheoikeuden yhdistämisellä on periaatteellista merkitystä vastakohta-ajattelua rikkovana ilmiönä. Vastapareissa perhe/markkinat (sopimusoikeus), hyvinvointivaltio/oikeusvaltio ja nainen/mies ensin mainitut edustavat yleisessä ajattelussa jälkimmäisiin verrattuna yhteisyyttä ja huolenpitoa. Frances Olsen on esittänyt, että perheen ja markkinoiden erottaminen ja niiden tehtävien polarisaatio vahvistaa vallitsevaa sukupuolten välisiä epätasa-arvoa ja rajoittaa inhimillisen kanssakäymisen mahdollisuuksia.⁸¹¹

⁸⁰⁹ Collins (2/1993), s. 38–39.

⁸¹⁰ Ks. esimerkiksi Timonen, s. 36 ja 102.

⁸¹¹ Olsen, s. 1529, 1567, 1577. Katso myös erilaisesta suhtautumisesta sopimuksiin silloin kun kyseessä on perhe ja silloin kun kyseessä on markkinat, Unger, s. 618–625.

Niin kauan kuin näemme markkinat ja perheen dikotomiana, ihannekuvamme niistä säilyvät epätäydellisinä ja epätydyttävinä. Samoin sukupuoliroolit heijastavat samaa dikotomiaa: feminiinisuuden ja maskuliinisuuden polarisaatiota. Vaikka lähentäisimmekin vastapareja toisiinsa, ongelma säilyy niin kauan kuin näemme ne erillisinä vastapareina.

Kuten liberalistisen sopimusoikeuden periaatteita ei katsottu voitavan soveltaa perheoikeuteen, uudellakaan sopimusoikeudella ei ole ollut siihen suurta vaikutusta. Etenkin Suomen osalta voi yksinkertaistaen sanoa, että olemme nyt seuraavanlaisessa tilanteessa:⁸¹² Perheoikeus lähestyy perinteisiä markkinoita ja lähtee osapuolten tasa-arvon oletuksesta. Parisuhteen osapuolten henkilökohtaisella suhteella ei ole paljonkaan yksityisoikeudellista merkitystä. Sopimusoikeus on alkanut ottaa huomioon osapuolten yhteisyyttä ja todellisuutta ja yrittää todellistaa olettamaansa tasa-arvoa. Sopimussuhde on alettu ainakin uudemmassa teoriassa mieltää yhä enemmän yhteistyösuhteeksi, mikä muun muassa tarkoittaa sen ihmissuhdeluonteen ja lojaalisuusvelvoitteiden myöntämistä. Perheoikeudessa, joka on perinteisesti lähtenyt osapuolten lojaalisuuden oletuksesta, ei ole kiinnitetty keskeistä huomiota tasa-arvon tai lojaalisuuden tosiasialliseen toteutumiseen.

Irma Korte on esittänyt ihmisen voivan spiraalimaisella tiellä kehittyä valta- ja oikeudenmukaisuusetiikan kautta rakkauden etiikkaan.⁸¹³ Sopimusoikeuden voi nykyään sanoa olevan matkalla kohti rakkauden logiikkaa ja perheoikeuden kohti oikeudenmukaisuus- ja valtaetiikkaa. Ehkä sopimusoikeus on Kortteen etiikkaspiraalissa matkalla juuresta latvaan eli vallasta rakkauteen ja perheoikeus latvasta juureen – alkaakseen matkansa uudelleen kohti latvaa? Roolit ovat edellä mainitusta suuntautumisesta käsin arvioiden vaihtuneet, mutta dikotomia on toistaiseksi säilynyt.

Rikkoutuuko dikotomia mieltämällä parisuhde uuden sopimusoikeudellisen ajattelun mukaiseksi sopimussuhteeksi, jolloin senkään kohdalla ei kiistettäisi monimuotoisuutta, yksilöllisyyttä ja tämän hetken Suomessa myös

⁸¹² Näiden oikeudenalojen oikeustieteellisessä keskustelussa esiin tullut ristikkäinen kehityskulku perustuu tässä työssä teoreettisen ajattelun kehitykseen ja sitä jollain tasolla kuvastavaan lainsäädäntöön, ei oikeuskäytännön tutkimukseen. Tähän päätelmään joltaneen oman tarkasteluni pääpaino on sopimusoikeudessa ollut oikeuskirjallisuudessa ja perheoikeudessa lainsäädännössä ja sen valmistelussa. Perheoikeuden osalta se kuvastaa Suomea paremmin kuin Saksaa.

⁸¹³ Korte, s. 9–25. Ks. myös Okin, s. 28–29, missä hän kommentoi John Rawlsia; oikeudenmukaisuus on olennaisin, muttei korkein hyve, tavalliset ihmiset eivät voi jatkuvasti nousta korkeammille moraalien tasoille.

henkilökohtaisuutta?⁸¹⁴ Tulisiko »perussopimukselle» parisuhteelle antaa takaisin paikkansa sopimusajattelun keskiössä? Esimerkiksi Tuomas Akvinolaisen kirjoituksissa avioliitto oli perusteellisimmin käsitelty sopimustyyppi.⁸¹⁵ Vai tulisiko meidän kehittää uusi ihmissuhdeoikeus, jonka alalajeja parisuhdeoikeus ja ainakin suurelta osin nykyistä sopimusoikeutta vastaava liikesuhdeoikeus olisivat?

Perheen logiikan ohella siihen pitkälti rinnastuva hyvinvointivaltiologiikka on helposti nähty vastakohtaisena oikeusvaltiollisen sopimusoikeuden logiikalle. Tästä on seurannut, että oikeusvaltiollinen ja hyvinvointivaltiollinen sopimusoikeus on vastaavasti usein nähty vastakohtaisina.

Suomessa on paljon keskusteltu hyvinvointivaltion vaikutuksesta sopimusoikeuteen.⁸¹⁶ Sopimusoikeudellisen ajattelun suunta on ollut oikeusvaltiolliseksi luokitellusta kohti hyvinvointivaltiolliseksi luokiteltua. Häyhä ei näe oikeus- ja hyvinvointivaltion sopimusoikeuksia toistensa itsenäisinä vastakohtina. Sopimusoikeudelliset peruslähtökohdat eivät ole niissä juuri erilaiset.⁸¹⁷ Hän esittää, että oikeusvaltiollinen ajattelu voitaisiin legitiimien odotusten osalta kiteyttää lauseeseen »Legitimate expectations based on contract» ja hyvinvointivaltiollinen ajattelu lauseeseen »Contracts based on legitimate expectations». Ennustettavuutta ei siten ole jälkimmäisessäkään ajattelussa laiminlyöty. Ennakoitavuuden kriteerit vain ovat vaihtaneet paikkaa.

Pöyhönen toteaa, että Köndgen on kehittänyt hyvinvointivaltioon sopivaa käsitystä siitä, mitä luottamus juridisesti tarkennettuna oikeastaan merkitsee ja mihin luottamuksen merkitys perustuu.⁸¹⁸ Hän on luokitellut tahtoja ja luottamusmallin oikeusvaltion sopimusmalleiksi ja yhteisöllisen käytännön ja yhteisvastuumallin hyvinvointivaltion sopimusmalleiksi.⁸¹⁹ Köndgeniä hän on käsitellyt luottamusmallin yhteydessä. Köndgen onkin kiistatta luokiteltavissa vaihdannan intressiä painottavan luottamusmalliajattelun edustajaksi. Toisaalta hänen painottamiensa legitiimien odotusten on katsottu edustavan tyypillisesti hyvinvointivaltiollista oikeudellista ajattelua.⁸²⁰

⁸¹⁴ Tällä hetkellä avioliiton henkilökohtaisen puolen käsittely on pyritty siirtämään sosiaalisektorin hoidettavaksi. Tämä jako on monella tavalla ongelmallinen. Ks. lähemmin Gottberg (1995/1 ja 1995/3).

⁸¹⁵ Ks. lähemmin Gordley, esim. s. 8, 161, 228, 230.

⁸¹⁶ Ks. esim. Welfarism in Contract Law.

⁸¹⁷ Ks. Häyhä (1994).

⁸¹⁸ Pöyhönen (1988), s. 155.

⁸¹⁹ Pöyhönen (1988), s. 198.

⁸²⁰ Häyhä (2/1993), s. 43.

Valtiovallanterventioista seuraavia sopimusvapauden kavennuksia on usein pidetty hyvinvointivaltioillisina poikkeuksina liberalistisesta oikeusvaltioillisesta ajattelusta. Häyhä on tuonut esille, että näin olisi vain jos valtion puuttumattomuus olisi sinällään liberalistisen sopimusajattelun päämäärä.⁸²¹ Jos päämääränä sen sijaan pidetään vakautta ja ennakoitavuutta, valtiovallanterventiot eivät sinällään ole ristiriidassa liberalismien kanssa.

Hyvinvointi- ja oikeusvaltiojaottelun suhteellisuutta osoittaa edellä mainittujen lisäksi selkeästi se, että tasa-arvo oli liberalistisen sopimusoikeuden muodollinen lähtökohtaoletus ja hyvinvointivaltioillinen sopimusoikeus pyrkii toteuttamaan tuon lähtökohtaoletuksen.⁸²² Hyvinvointiajattelun kohtuusperiaate antaa materiaallisen sisällön perinteisen sopimusoikeusajattelun muodollisille arvoille, ottaa sen markkinarationaliteetin vakavasti.⁸²³ Eri ajatussuunnat eivät ole toistensa vastakohtia, vaan eri puolilla samasta kokonaisuudesta.

Käytännössä eri elämäntaluiden logiikan erottelu ei liene koskaan täysin onnistunut.⁸²⁴ Oikeuden materiaalistuminen on tullut selkeämmin esille viime aikoina, mutta se ei ole muodollisen oikeudenkaan valtakaudella poissaoleva ilmiö. Muodollisen oikeuden tyyppiesimerkin sopimusoikeuden on todettu materiaalistuneen sellaisten yleislausekkeiden kuin »Treu und Glauben» ja »hyvä kauppatapa» sekä heikomman suojelun ja sopimusten kohtuullistamisen kautta.⁸²⁵ Tällaiset arviointitavat ovat muodollisen oikeuden ulkopuolisia: eettisiä, moraalisia, tosiasiallisia keskimääräisodotuksia. Ne eivät ole puhtaan oikeudellisesti tulkittavissa. Samalla on kuitenkin todettu jo sopimusoikeuden perinteisten tahto- ja luottamusteorian olleen samankaltaisia arviointitapoja.

Näyttäisi siltä, ettei usko dikotomiseen maailmaan ole kovin hedelmällinen tapa yrittää jäsentää maailmaa, joka ei suostu jäsentymään dikotomisesti. Lienee taas tullut aika rikkoa entinen kuvio, tuoda erillään pidetyt ja erillisyydessään kehittyneet palaset takaisin samalle pöydälle ja pohtia uudelleen eri palojen logiikkaa ja suhteita ja muodostaa uudenlaisia kuvioita – joksikin aikaa.

⁸²¹ Häyhä (1/1996), s. 122.

⁸²² Sopimusoikeudellista lainsäädäntöä on usein perusteltu heikomman suojelun tarpeella, Wilhelmsson (1995) s. 7.

⁸²³ Wilhelmsson (1996), s. 258, 262–263.

⁸²⁴ Lebensweltin ja Systeemin erillisyyden ja erilaisuuden kyseenalaistamisesta, katso Tuori (1988), s. 113–115.

⁸²⁵ Katso lähemmin Tuori (1988), s. 51–55, 155–156.

Perinteisen (sopimus)oikeuden voi sanoa luoneen sellaisen todellisuuskäsityksen, jonka se voi menetelmillään hallita. Voidakseen luoda illuusion täysin ennakoitavasta ja kontrolloidusta järjestelmästä, on todellisuudesta, jota järjestelmän oletetaan voivan kontrolloida, tehtävä niin yksinkertainen, että kontrollointi on mahdollista. Elämän kontrollointi lieene kuitenkin aina illuusio. Se on myös kallis illuusio. Yrittäessämme pitää siitä kiinni, todellisuutemme kapenee kapenemistaan ja tosiasiallinen otteemme siitä vain pienenee.

Päätän tämän luvun empiirisellä esimerkillä vastakohtaisuusajattelun ja »puoli-ihmisen» logiikan riittämättömyydestä sopimusoikeudellisessa ajattelussa.⁸²⁶

Mary Joe Frugin mukaan postmodernit feministit pyrkivät muuttamaan sukupuolieron vastakohtaisuusrakennetta.⁸²⁷ Tarkoitus on riippuvainen ei-tar koituksesta. Mieheys ei siten ole vain naiseuden vastakohta, vaan riippuvainen siitä. Hänen mukaansa postmodernit feministit ovat valmiita kohtaamaan eroja mieheyden ja naiseuden sisällä. Samanaikaisesti he myös hyväksyvät sukupuolisen eron. He käsittelevät naisia historiallisesti ja sosiaalisesti määrittäneinä yksilöinä samanaikaisesti kun he haastavat yhteyden feminiinisyyden ja biologisen naiseuden välillä. Vastaavasti postmoderni feministinen havainto sopimuksen mahdottomuus doktriinista olisi, että se mitä ankaralla vastuulla (strict liability) tai suorituksella (performance) tarkoitetaan riippuu siitä, mitä ei-suoritus tai vapautus suorituksesta (excuse of p.) tarkoittaisivat.

Frug vertaili kahta sopimuksen mahdottomuutta käsitellyttä artikkelia, toista maskuliinisuuden ja toista feminiinisyyden edustajana. Kummatkin artikkelit ovat miesten kirjoittamia. Maskuliinisuutta edustavassa kirjoituksessa käsitellään sopimuksia kuin ne sopisivat tiettyyn abstraktiin, sopimuksellisten suhteiden malliin. Kirjoittajien ehdotuksella on yksi päämäärä. Feminiiniseksi luokitellussa kirjoituksessa kirjoittajan ehdotuksella on useita päämääriä ja se perustuu pluralistiseen malliin. Siinä painotetaan, että sopimukset perustuvat pitkäaikaisiin suhteisiin, joissa osapuolet luottavat mieluumminkin muun muassa vilpittömään mieleen (good faith) ja jakamiseen kuin vaativat sopimustekstin kirjaimellista tulkintaa. Artikkeleiden kielenkäyttö ja niissä käytetyt sanat ovat vastaavasti erilaisia. Maskuliininen kielenkäyttö on

⁸²⁶ En ole selvittänyt Frugin käyttämien common law –termien suhdetta meidän vastaaviin termeihimme, koska mahdottomuusdoktriinilla sinänsä ei ole minun esityksessäni merkitystä.

⁸²⁷ Frug, s. 111–124.

vaihtoehtottomampaa, vuorenvarmaa. Feminiiniseksi luokitellussa kielenkäytössä pohdiskellaan useita vaihtoehtoja. Maskuliinisessa kirjoituksessa torjutaan avoimet ratkaisut, jotka olisivat epävarmuudessaan olleet ristiriidassa kirjoittajien etsimän lopputuloksen kanssa. Feminiinisessä kirjoituksessa vedotaan intuitioon peittämään lievää vääristelyä. Siinä ei kohdata näiden kahden ratkaisutavan erilaisuuden uhkaa. Kirjoittaja vetoaa intuitioon peittääkseen lievän vääristelynsä, joka johtuu feminiinisestä kauhusta vastakkainasetteluun, riitaan ja autonomiaan. Frugin mukaan kummankaan artikkelin kirjoittajat eivät onnistu tehtävässään sukupuolirooliensa vuoksi.

Kummatkin artikkelit erottavat mahdollisuuden ja ankan vastuun toisistaan yrittäessään ratkaista odottamattomien sopimusolosuhteiden tuottaman ongelman ennustettavilla normeilla. Vastakohtaiset suhteet (oppositional relationships) tuottavat yleensä ei-toivottuja hierarkioita. Frugin mukaan mahdollisuusdoktriinia ei pitäisi käsitellä ankan vastuun periaatteen kanssa vastakkaisena vaan suhteessa siihen. Tämä velvoite tekee mahdollisuusdoktriinista hänen mukaansa »mahdottoman». Postmoderni feministinen yritys on voittaa mies/nainen vastakkaisuus hyväksymällä se ja samanaikaisesti hajottaa se. Mahdollisuusdoktriinin ongelmaan voitaisiin soveltaa vastaavaa menettelyä.

»To analyse the gender of contracts is thus to cross the boundary that historically both marks and separates femininity from contract and desire from law.»⁸²⁸

Käsittelen seuraavaksi muutamaa aiheessani keskeistä ja edellä esiin nousutta vastakohtaparia selvittääkseni dikotomia-ajattelun ulottuvuuksia ja liittymiä oikeudelliseen ajatteluun sekä kyseenalaistaakseni samalla näiden kaksijakoisten vastaparien vastakkaisuutta. Rajat eri lukujen välillä olisi voinut vetää toisinkin. Tästä samasta syystä eli asioiden yhteenkietoutuneisuudesta johtuen olen myös selvyiden vuoksi toistanut aiemmin mainittuja asioita. Esittelemäni kuvat ovat, kuten kaikki yleistyksen, tyyppittelyjä ja vastakkainasetteluja eivätkä sinänsä kuvaa niinkään asioiden monisyisyyttä kuin valitsevia mielikuvia kärjistetyissä muodoissaan.⁸²⁹

⁸²⁸ Goodrich, s. 44. Ks. tämän aristoteelisen desire'n merkityksestä suhteessa oikeuteen lähemmin esimerkiksi Minkkinen, s. 143–144. Desire liittyy ihmisen eläimelliseen puoleen ja oikeus puolestaan on yhdistävä linkki jumalalliseen oikeudenmukaisuuteen.

⁸²⁹ Esimerkiksi patriarkaalinen perhemalli ei perinteisessä muodossaan enää useinkaan vastaa käytäntöämme ja mielikuviamme, mutta siitä juontuvia piirteitä on yhä runsaasti ajattelun taustalla.

7.2. Yksityinen ja julkinen

Jako yksityiseen⁸³⁰ ja julkiseen on yksi keskeinen dikotomia, jolla on kiinteä liittymä käsittelemääni aiheeseen. Luvun olisi voinut otsikoida myös yksilön autonomiaksi ja julkiseksi vallaksi.

Julkisen ja yksityisen merkitys on vaihdellut ja niiden vastakohtaisuus ja raja monin tavoin kyseenalaistettu, esimerkiksi vanhalla naisliikkeen iskulauseella: henkilökohtainen on poliittista. On esitetty, että näiden käsitteiden käyttökelpoisuus oikeusajattelussa olisi nykyaikana ohi ja käyttöön olisi otettava uusia käsitteitä, toisena vaihtoehtona olisi näiden kategorioiden uudenlainen käyttö.⁸³¹ Vaikka yleisestikin myönnetään, että julkisen ja yksityisen raja on muuttunut ja hämärtynyt eikä näillä käsitteillä voi enää tyydyttävästi selittää nykyajan ilmiöitä, niillä on kuitenkin selitysarvoa ajattelumme taustavaikuttajina.

Perhe on hyvä esimerkki instituutiosta, joka on nähty sekä erittäin julkisena että erittäin yksityisenä. Perhe on ymmärretty yhteiskunnan perusyksiköksi, jonka rakenteella on tärkeä osuus yhteiskunnan rakenteen muodostumiseen. Parisuhdetta ei ole nähty yksilöllisenä sopimuksena. Sopimus on yksilöä ja yksilön vapauksia korostavan yhteiskunnan peruskäsitteitä. Hypoteettisilla sopimuksilla on kyllä valtasuhteetkin saatu näyttämään vapaaehtoisilta.⁸³² Ihmisten on voitu nähdä alistuneen vapaaehtoisesti valtion tai perheen valtaan ja holhoukseen, koska se on ollut heille tavalla tai toisella hyödyllistä.

Liberalistinen ajattelu oikeutti yhteiskunnallisen järjestyksen kertomuksella yhteiskuntasopimuksesta, mitä pidettiin voittona patriarkalismista. Tällä kertomuksella on yhä huomattava vaikutus aikamme yhteiskunnalliseen ajatteluun. Siinä, Kevät Nousiaista lainatakseni, sopimus yhdistää vapauden oikeudenmukaisuuteen.⁸³³ Carol Pateman⁸³⁴ on todennut, että miesten ja val-

⁸³⁰ Käytän ja olen käyttänyt sanaa yksityinen käsittelemässäni keskusteluperinteessä omaksutussa yleisessä merkityksessä tarkoittamaan lähinnä julkisen määräämisvallan ulkopuolella olevaa itsensä määräämisen aluetta, yksityiselämää tai henkilökohtaista. Ks. Sami Mahkonen: Oikeus yksityisyyteen, Porvoo 1997 (s. 14–41) yksityisyyden käsitteen tarkemmasta analyysistä eri käyttötarkoituksissa.

⁸³¹ Julkisesta ja yksityisestä oikeustieteessä ks. lähemmin Goodall. Muun muassa nämä käsitteet helposti yksinkertaistavat ja siten kieltävät ihmissuhteiden monimutkaisuuden ja -selitteisyyden, Dalton (1991) s. 287.

⁸³² Ks. lähemmin esim. Pateman, s. 39–76. Ks. myös esim. Räisänen, s. 71–73, rakauden roolista avioliittosopimuksessa.

⁸³³ Nousiainen (1990), s. 12.

⁸³⁴ Ks. Pateman.

tion välistä yhteiskuntasopimusta täytyi edeltää sukupuolisopimus. Muutenhan sopimusta ei olisi tehty vain miesten ja valtion välillä, vaan yksilön oikeudet olisivat koskeneet naisiakin. Yhteiskuntasopimusajattelu ei vähentänyt patriarkalismia kuin miesten välillä. Naisen ja miehen väliseen luonnollisena pidettyyn alistukseen se ei puuttunut. Ainut sopimus, jonka tekemiseen naisen katsottiin olevan oikeutettu, oli avioliittosopimus. Näin naisen katsottiin vapaaehtoisesti alistuvan tottelemaan ja saavan vastapalvelukseksi miehen suojelun. Tästä konstruktiosta seurasi myös julkisen ja yksityisen yhä selvempi erottaminen. Naisen toimintapiiri rajattiin yksityiseen ja näin vahvistettiin sukupuolten välinen työnjako. Tämä työnjako heikensi julkisoikeudellisten poliittisten oikeuksien merkitystä naisille sitten kun niiden katsottiin koskevan naisiakin.⁸³⁵

Perhe on yhteiskunnan mikrokosmos. Perheen ja yhteiskunnan vaikutussuhteet ovat vuorovaikutussuhteita.⁸³⁶ Perheessä omaksutut ajattelumallit vaikuttavat tietoisesti tai tiedostamatta kaikkeen ajatteluamme – ainakin niin kauan kuin emme pyri vapautumaan niistä. Foucault on todennut, että yhteiskunnan muuttuminen riippuu muiden siihen liittyvien valtamekanismien muuttumisesta. Voidakseen toimia niin kuin se toimii, valtio tarvitsee suhteellisen autonomisen, määrätynmuotoisen miehen ja naisen, aikuisen ja lapsen välisen valtasuhteen.⁸³⁷ Ranskan vallankumouksessa valtio nähtiin ihmisen vapauttajana suvun vallasta. Seuraava askel olisi valtio ihmisen vapauttajana ydinperheestä tietyn tyyppisenä yhteiskuntainstituutiona. Vapauttaminen on kuitenkin vapauttamista vain silloin, kun ihmiselle luodaan olosuhteita, joissa hän voi vapautua valtasuhteista omaehtoisuuteen. Tärkeämpää kuin yhteisön rakenne lienee sen asenneilmapiiri, joskaan ne eivät ole erotettavissa toisistaan ja vaikuttavat toisiinsa.

Naisen ja miehen välinen eriarvoisuus on ollut historiallisen aikamme yh-

⁸³⁵ Nieminen, Liisa (1990), s. 305–306, 346.

⁸³⁶ Ks. yhteiskunnan ja perheen vuorovaikutuksesta esimerkiksi Held, s. 195.

⁸³⁷ Foucault (1980), s. 60 ja 188.

1800-luvun monarkisti Louis de Bonald oivalsi myös tämän: »...in order to keep the state out of the hands of the people, it is necessary to keep the family out of the hands of women and children», lähteeni Okin, s. 18 (s. 612, *Archive Parlementaires 2e série*, vol. 15, Paris 1869).

Sosiaali- ja terveysministeriön Kansainvälistä perheen vuotta 1994 koskevan julkaisun (1/1993) alaotsikkona on »Pienimmän demokratian luominen yhteiskunnan sydämeen».

Anna Jónasdóttir, s. 42–43, on tuonut luokkayhteiskuntaa vastaavasti esille termin avioliittoyhteiskunta.

teiskunnissa vallitseva piirre.⁸³⁸ Se on lähtökohta ajattelulle, että ihmiset eivät ole samanarvoisia vaan hierarkkisessa suhteessa toisiinsa. Se on ensimmäinen hierarkialuokittelu, jonka patriarkaalisen perhemallin lapsi oppii.⁸³⁹ Myös orjuusinstituution on esitetty lähteneen liikkeelle naisorjista.⁸⁴⁰ Miesten orjuuttaminen seurasi tämän käsitteen mukaan vasta myöhemmin, kun instituutio oli kehittynyt. Tämä kuvastaisi selkeästi sitä, että naisten alempi-arvoinen asema yhteiskunnassa luo yleensäkin edellytyksiä yhteiskunnalliselle eriarvoisuudelle ja hierarkialle. Naisen alisteinen asema perheessä muokkaa ihmisten ajattelutapaa alistamisen oikeutuksesta. Tähän muokkaamiseen osallistuu koko yhteiskunta, eri aikoina erilaisella voimalla. Kyse voi olla selkeästä, lainsäädännössäkin vakiinnutetusta eriarvoisuudesta tai enemmänkin asenteellisesta, alitajuisesta ja käytännössä esiintyvistä eriarvoisuudesta.

Muutokset edellyttävät, että molemmat muuttuvat, sekä ihmiset että yhteiskunta. Ihmiset muodostavat yhteiskunnan, ja yhteiskunta muokkaa vastavuoroisesti ihmistä. Näin ollen yhteiskunnan olisi rakenteellaan tuettava ihmisen kehitystä ja ihmisen kehittyttävä, jotta uudet yhteiskuntarakenteet toimivat.

Katherine O'Donovan on esittänyt, että sukupuolten väliseen tasa-arvoon tähtäävät uudistukset, jotka eivät puutu jakoon yksityiseen ja julkiseen, epäonnistuvat.⁸⁴¹ Tämä jako heijastaa ihmisten rooleja ja tehtäviä yhteiskunnassa kuten jako perhe ja markkinatkin.

Ovatko perhe ja markkinat/sopimus yksityisiä vai julkisia? Tähän kysymykseen voi vastata monella eri tavalla. Edellä käsitelini perhettä yhteiskunnallisena eli julkisena instituutiona, suhteessa siihen sopimus näyttäytyy yksityisen tahdon ilmauksena. Päinvastoin ajatellen markkinat mielletään julkisiksi: kaikille avoimeksi ja läpinäkyväksi eli ennustettavissa olevaksi toiminnaksi,⁸⁴² jolla on periaatteessa kaikkien tiedossa olevat julkiset pelisäännöt. Perheessä puolestaan vietetään suljettua yksityiselämää.

Toisaalta sekä perhe että markkinat on nähty yksityisyyden alueena,⁸⁴³ johon valtion ei tulisi puuttua. Parisuhteen ja markkinoiden yksityisyyden

⁸³⁸ Näin ei kuitenkaan ole useiden tutkijoiden mukaan aina ollut. Ks. esimerkiksi Eisler, jonka mukaan nykyistä »herruusyhteiskuntaa» edelsi »kumppanuusyhteiskunta».

⁸³⁹ Ks. myös Okin, s. 22, perheen merkityksestä muun muassa oikeudenmukaisuuskäsityksen kehittymiseen.

⁸⁴⁰ Lerner, s. 78.

⁸⁴¹ O'Donovan (1985), s. 159–160, 181, 206.

⁸⁴² Ks. esim. Lewin, s. 137, myös läpinäkyvyyden kyseenalaistamisesta.

⁸⁴³ Ks. esimerkiksi Tuori (1988), s. 89–93 Habermasin ajattelusta.

eron voi kärjistää seuraavasti. Avioelämän puitteet on määritelty, mutta sen toteutukseen ei haluta puuttua. Patriarkalismia valtahierarkioineen ei liberaalismin vallatessa alaa poistettu perheen sisältä ja perhe-elämä on yhä jäänyt edustamaan yhteiskunnan ulottumattomissa olevaa yksityisyyttä. Sen luonne erillisine rooleineen on nähty »luonnollisena järjestyksenä». Parisuhteen yksityisyys on tosin lähestynyt markkinoiden yksityisyysluonnetta sen puittemääritysten väljentyessä ja purkamisvapauden lisääntyessä. Markkinoilla on korostettu vapaata tahtoa kuten sopimusvapautta. Siellä oletettiin vallitsevan yhdenvertaisuus ja roolien yhtäläisyys. Markkinoilla on lähtökohtaisesti mahdollista jatkuvasti kehitellä uusia oikeudellisia sopimussuhdemuotoja omine sisällöllisine ehtoineen.

Toisaalta molempia voi pitää julkisina. Perhe- ja parisuhde-elämä on hyvin julkisesti määriteltyä. Sen muodot ja tyypit on oikeudellisina ilmiöinä säädelty eikä kaikista asioista voi vapaasti sopia. Marjorie Shultz on todennut, että ironisesti yksityisoikeudelle eli yksityisille päätöksille ja sopimuksille on annettu hyvin vähän tilaa avioliitossa, joka on suhteena ehkä kaikkein yksityisin.⁸⁴⁴ Se on hänen mukaansa ollut sekoitus julkisoikeutta tai ei mitään oikeutta. Liike-elämän vapautta on runsaasti säännöstelty ja sen seurauksia kohtuullistettu. Tärkeä askel markkinoita edustavien sopimusten yksityisyyden supistamisessa on lainsäädännössämme ollut OikTL 36 §:n säätäminen.⁸⁴⁵

Frug on Yhdysvaltain common law'n edustajana verrannut avioeroa ja sopimuksen mahdottomuus -tilannetta.⁸⁴⁶ Hän toteaa, että viime vuosisataan verrattuna valtion puuttuminen avioeroihin on hienovaraistunut samalla kun puuttuminen sopimuksen mahdottomuusriitoihin on tullut avoimemmaksi.

7.2.1. Yksilön autonomia

Yksilön autonomiaa on perinteisesti tarkasteltu enemmänkin ulkoisena kuin sisäisenä tilana. Vaikka ulkoinen ja sisäinen eivät olekaan toisistaan erotettavissa, tarkastelutapa muuttuu sisäisen autonomian merkityksen korostues-

⁸⁴⁴ Shultz, s. 303–305.

⁸⁴⁵ OikTL 36 §:n mukaisen kohtuullistamissovittelumahdollisuuden voi nähdä sekä osapuolten sopimusvapautteen puuttumisena että yrityksenä aikaansaada tosiasiallista sopimusvapautta.

Dalton on todennut sopimusten olevan sekä yksityisiä että julkisia, ks. lähemmin Dalton (1985, erityisesti s. 1010–1039).

⁸⁴⁶ Frug, s. 122.

sa. Sisäistä eli omaehtoista autonomiaa on mahdollista saavuttaa vain itse-tuntemuksen ja – tutkiskelun kautta. Omaehtoisia valintoja voi tehdä vasta kun tietää kuka on valitsemassa.

Zygmunt Bauman huomauttaa, että monet leimallisesti modernit politiikat ovat nykyään saaneet postmodernin sävyn.⁸⁴⁷ Nykyään vaaditaan ihmis-oikeuksia eri väestöosille. Ne ovat koodinimi toimijan riippumattomuudelle, sille valinnanvapaudelle, joka koostaa toimijuuden postmodernissa habitaatissa.⁸⁴⁸ Uudelleenjaon kohteena ei ole niinkään varallisuus. Vaikka tässä esimerkissä liikutaankin sinänsä ulkoisen autonomian alueella niin kehitys on kulkenut kohti sisäisemmän autonomian tavoittelua: toimijan riippumattomuus ja valinnanvapaus on lähempänä ajatusta sisäisestä autonomiasta kuin ulkoisten (toimeentulo)edellytysten tuoma autonomia.

Käsitys yksityisyydestä vapauden reviiirinä, johon valtion ei tule paljon puuttua, vastaa englantilaisen tradition vapauskäsityksen negatiivista vapautta: vapaa on ihminen, jota ei estetä tekemästä sitä, mitä hän haluaa. Hyvinvointivaltion väliintulon voi katsoa oikeuttavan edellisen kritiikki eli positiivisen vapauden käsite: vapaus on vapautta johonkin, esimerkiksi toimeentuloon tai henkilökohtaiseen koskemattomuuteen. Kortteen valtaetiikan mukaisista vapautta voidaan kutsua negatiiviseksi vapaudeksi ja oikeudenmukaisuusetiikan mukaista vapautta positiiviseksi vapaudeksi.

Valtaetiikan mukaisesti ihmisellä on ensin oltava valtaa omaan elämäänsä vaikuttamiseen, itsensä toteuttamiseen. Ihmisellä, jolla ei ole ollut valtaa omaan elämäänsä vaikuttamiseen, ei ole pohjaa edetä rakkauden etiikkaan. Muodollisessa oikeudenmukaisuusetiikassa on kunkin tärkeää saada, mitä hänelle määrätyn arvotajun mukaan kuuluu. Sisällöllisessä oikeudenmukaisuudessa huomio kiinnittyy jokaisen yksilön ominaislaadun vaatimaan oikeudenmukaisuuteen. Rakkauden etiikassa oma ja muiden intressi on jo samaa ykseyttä. Tämä etiikka on myös huolenpidon etiikkaa. Perinteinen naisihminen on ollut sen mukainen: rakastava, anteeksiantava ja uhrautuva. Tämän ihanne naisen on oletettu olevan luonnostaan korkeimman etiikan ruumiillistuma, eikä hänelle ole miesten tavoin suotu vallan ja oikeudenmukaisuuden etiikan sisällään pitämiä (ihmis)oikeuksia.⁸⁴⁹ Naisen edun on mielletty olevan

⁸⁴⁷ Bauman (1/1996), s. 206–207.

⁸⁴⁸ Habitaatti on olotila, paikka, ympäristö, toimittajan huomatus, Bauman (1/1996), s. 196.

⁸⁴⁹ Jos naisille ei yleistettäen ole haluttu antaa mahdollisuutta kehittyä vallan etiikan kautta todelliseen rakkauden etiikkaan, naisille on vastaavasti myönnetty enemmän oikeutta tunteisiin eli yhteyttä itseensä, mikä mahdollistaa omaehtoisen moraalin kehittymistä.

yhteneväinen perheen edun kanssa.⁸⁵⁰ Rakkauden/huolenpidon etiikan mukaisen sisäisen vapauden voi katsoa vastaavan tavallaan saksalaista vapauskäsitystä, jonka mukaan vapaus on moraaliliona olemista, tahto kohdistuu itseensä sääten itselleen lain.⁸⁵¹ Erona on kuitenkin se, ettei rakkauden etiikan mukainen omaehtoinen moraaliluo yleistettäviä lakeja. Se edellyttää yksilöltä tapauskohtaista herkkyyttä.⁸⁵² Luonnollisesti nämä eri etiikat ovat vain määrittelyjä ja sulautuvat yksilötasolla eri tavoin toisiinsa.

Postmoderniin ajatteluun voidaan katsoa kuuluvan yksilöllinen moraalili.⁸⁵³ Ihmiselle ei enää syötetä universaaleja, kaikkien omaksuttaviksi tarkoitettuja käsityksiä, eikä hänelle vain anneta mahdollisuutta ottaa itse vastuu omista moraalisisistä valinnoistaan, vaan hänen myös odotetaan tekevän niin. Ihmistä pidetään moraalisenä ja moraalisesti pätevänä subjektina. Käytännössä kaikki ihmiset eivät liene kykeneviä tai edes halukkaita olemaan moraalisia subjekteja. Sille voidaan kuitenkin pyrkiä luomaan mahdollisimman suuret kulttuuriset edellytykset.

Eron modernin ajattelun ja edellä esittämäni postmodernin rakkauden etiikan mukaisen vapauskäsitteen välillä voi kiteyttää niin, että modernit ajattelijat uskoivat vapaiden yksilöiden löytävän universaalin, yleistettävän moraalin. Itse en »postmodernisti» usko hyvän yleistettävyyteen. Yleisesti hyvänä pidetty teko voi yksittäisessä tapauksessa olla paha ja päinvastoin. Ihmiset ovat myös erilaisia, eivätkä meidän todellisuutemme, mahdollisuutemme ja kykymme ole samat. Arvovalinnoissa ei voi päätyä lopullisiin tuloksiin, vaan kyse on jatkuvasta pohdinnasta, liikkeestä. Todellista oikeudenmukaisuutta emme voi oikeusjärjestyksen avulla saavuttaa.

Yleiset, yleispätevät säännöt eivät ota riittävässä määrin huomioon yksilöllisiä tilanteita. Ne ovat siten periaatteessa aina epämoraalisia. Ne estävät korkeimman asteisen etiikan – omaehtoisen moraalin – kehittymistä, korostaessaan yleisten, ulkoapäin annettujen sääntöjen noudattamista. Joustavat normit, jotka antavat enemmän harkintamahdollisuuksia in casu, antavat

⁸⁵⁰ Ks. esimerkiksi Eisenstein, s. 127.

⁸⁵¹ Englantilaisesta ja saksalaisesta vapauskäsitteestä ja niiden kehittäjistä ks. Pulkkinen (1989), s. 116–122.

⁸⁵² Kreikkalainen Oresteia-taru on perinteisesti nähty positiivisena, oikeusajattelun voiton mielivallasta. Naistutkimuksessa on painotettu siinä ilmenevää patriarkalisiin voittoa. Tämän tarun – monikerroksisena myytinä – voi nähdä myös kertomuksena ihmisten vieraantumisen omaehtoisesta moraalista, yhteydestä ykseyteen eli »jumalien laista». Tällöin yleispätevät säännöt tulevat tarpeelliseksi yhteiskuntajärjestelmässä.

⁸⁵³ Ks. lähemmin Bauman (1/1996), s. 42–45, 211–214, 217–265, 287.

myös enemmän mahdollisuuksia mielivaltaan. Sopivan tasapainon löytäminen edellä mainittujen näkökulmien välillä on loputon tehtäväkenttä. Olosuhteiden muuttuessa tasapainopiste siirtyy.

Tilanteessa, jossa ei uskota yleistettäviin ja ikuisiin totuuksiin, myönnetään ristiriitojen ja valintojen »ikuisuus».⁸⁵⁴ Elämä ja eläminen on aina ristiriitaista ja epävarmaa. (Oikeus)tiede ei voi tällöin koskaan kehittyä ristiriidattomaksi eikä luoda ristiriidatonta käytäntöä.

Oikeusjärjestys voi yksilötasolla velvoittaen puuttua vain vapauden ja oikeudenmukaisuuden etiikan edistämiseen. Ketään ei voi pakottaa rakkauden etiikkaan, se on yksilöllistä ja omaehtoista. Valtio voi harjoittaa huolenpidon etiikkaa lähinnä antajana, huolehtia kansalaisista lähtien siitä, että yksilön ja yhteisön edut ovat loppujen lopuksi yhteneväiset.

Valtion ensisijaisena tehtävänä voi siten nähdä yksilön vapauden edistämisen estämällä yksilön alistamisen. Tällöin valtion tulisi edistää menettelytapoja, joilla yksilöt pääsevät irrottautumaan heitä alistavista rakenteista, eikä ainakaan tukea sellaisten jatkumista. Jotkut teot voidaan yleensä katsoa toisia ihmisiä alistaviksi ja heidän vapauttaan ja kehitystään rajoittaviksi. Valtion velvollisuutena voi nähdä ihmisten suojelun toisten yrityksiltä estää heidän sisäisen autonomisuutensa kehittymisen ja mahdollisimman hyvien edellytysten luomisen yksilön mahdollisuuksille tehdä omaehtoisia valintoja. Taatessaan ihmisille vapautta ja oikeudenmukaisuutta valtio joutuu puuttumaan niiden vapauteen, jotka haluaisivat alistaa muita, ja rajoittamaan joidenkin oikeuksia, jotta muillekin voitaisiin niitä antaa.

Naisiin kohdistuva eli sukupuolittunut väkivalta on selkeä esimerkki tilanteesta, jossa pääasiallisen suojelun kohteena oleva yksilön vapaus on käsitettävä alistetun eikä alistajan vapaudeksi.⁸⁵⁵ Pääasiallisena tavoitteena on siten oltava yksilön vapauttaminen tällaisesta hänen itsemääräämisoikeutensa väkivaltaisesta rajoittamisesta. Vapauden edistäminen ei ole vapauden riistämisen vapauden edistämistä. Vapautta ei voida määritellä yhteiskunnan asiaan puuttumisen tai puuttumattomuuden kautta, vaan lähtien liikkeelle kyseessä olevista ongelmatilanteista. Parisuhteen rooleihin ja tehtävänjakoon pätee sama periaate, mutta niissä liikutaan vielä suuremmalta osin jo oikeudenmukaisuuden alueella: vapaus toimeentuloon, omaan aikaan, urakehityk-

⁸⁵⁴ Ks. myös Koskenniemi, s. 486–501.

⁸⁵⁵ Väkivallalla alistettu ihminen vieraantuu myös henkisesti itsestään. Hän alkaa toimia niinkuin olettaa väkivallan harjoittajan haluavan hänen toimivan minimoidakseen väkivallan – alettuaan itsekkin uskoa, että väkivallan laukaisee hänen oma käytöksensä. Ks. lähemmin esimerkiksi Lundgren.

seen, lasten huoltoon jne. Sukupuolittuneessa väkivallassa on kyse myös positiivisesta vapaudesta: vapaudesta ruumiilliseen koskemattomuuteen, ja parisuhteen pelisäännöissä negatiivisesta vapaudesta: vallasta itsensä toteuttamiseen. Monesti on kuitenkin hyvin vaikeaa tietää, minkälainen laki ja/tai toimenpide kussakin yhteiskunnallisessa tilanteessa edistää yksilöiden vapautta. Aina eivät ristiriitatilanteet ole yhtä helppoja ratkaista jommankumman hyväksi kuin sukupuolittuneessa väkivallassa.

Sukupuolten ja sukupuolisten suuntautumisten välinen tasa-arvo on yksilön vapautta, hänen mahdollisuuttaan elää yksilöllisten tarpeidensa ja ominaisuuksiensa eikä sukupuolensa mukaan määräytyvää elämää. Tällöin pyritään rikkomaan valmiit roolimallit ja edistämään ihmisten mahdollisuuksia tehdä ratkaisuja omista lähtökohdistaan ilman sisäistettyjä tai painostuksen alaisena omaksuttuja rooleja. Tällainen tasa-arvokäsitys ei sinänsä määrittele oikeaksi tai vääräksi mitään elämäntapaa. Sen tarkoitus on vain vapauttaa ihmiset sellaisista asenteista ja syrjinnästä, jotka estävät heitä tosiasiallisesti tekemästä vapaita ratkaisuja.

7.3. Yhteisöllinen tunnesuhde ja yksilöllinen sopimussuhde

Tämän luvun aihepiiriin kuuluvat vastaparit yhteisöllisyys ja yksilöllisyys ja yhteinen ja oma etu. Sopimus edustaa ajattelussamme yksilöllisyyttä, yksilön tahdon vapautta ja yksilön oikeuksia. Yhteisöllinen ajattelu tunteineen ja vastuineen liitetään perheeseen. Sopimus liitetään rationaalsiin liikesuhteisiin, joissa mielletään tavoiteltavan omaa etua. Avioliitto mielletään henkilökohtaiseksi tunnesuhteeksi, jossa tavoitellaan yhteistä etua.

Meidän liberalistiselle ajattelulle pohjautuva käsityksemme sopimuksesta korostaa sopimusta yksilön tahdon ja vapauden ilmentäjänä. Liberalistinen sopimusoikeus perustuu markkinoiden tarpeille. Markkinoilla toimivien ihmisten oletettiin tavoittelevan ja valvovan omaa etuaan ja kykenevän siihen. Perhe- ja parisuhdeajattelu on puolestaan perinteisesti ollut yhteisöllisyyteen perustuvaa, statuksellista ja »luonnollista». Yhteisön toimintalogiikka perustuu tavoille ja tunteille. Sopimus on nähty omanvoitonpyyntöisen epävarmuuden tilan vakauttajana.⁸⁵⁶ Perheen ei altruistisena ja vakiintuneena yhteisönä ole mielletty samalla tavalla olevan vakauttamisen tarpeessa. Klasinen taloustiede lähti yhteiskunnan ja kodin vastakohtaisuudesta.⁸⁵⁷ Yhteis-

⁸⁵⁶ Ks. esim. Häyhä (1/1996), s. 44–45.

⁸⁵⁷ Ks. lähemmin Allén.

kunta miellettiin miesten alueeksi ja ansionlähteeksi, perhe naisten. Yksilön oikeudet ja tasa-arvo eivät kuuluneet perheeseen.⁸⁵⁸ Sopimus ja yhteisö on nähty toistensa vastakohtina. Sopimus on oikeudellisessa ajattelussa toiminut pääsääntönä. Yhteisö on ollut sen negaatio.⁸⁵⁹ Kuvio vastaa liberalistisen ajattelun sukupuolinäkemyistä. Mies on pääsääntö ja nainen miehen negaatio, miestä täydentävä vastakohta. Kokonaisuus on tällaisessa ajattelussa jaettu erilaisiksi puolikkaiksi. Kumpikin puoli tarvitsee toistaan, jotta kokonaisuus voi toimia. Jotta tämä tilanne säilyisi, kumpikaan puolikas ei voi muuttua järkyttämättä koko kuviota.

Unger on painottanut, että perhe-elämän erityisyys ei tässä alue-erotte- lussa ole ollut vain oletus ja ihanne suhteesta, joka perustuu luottamukseen, tunteisiin ja joustavaan vastavuoroisuuteen, jonka sopimusoikeudelliset jäykät säännöt oikeuksista ja velvollisuuksista tuhoaisivat.⁸⁶⁰ Olennaisia ovat olleet myös käsitykset perhe-elämän valtasuhteista epätasa-arvoisuuksineen. Perhe edustaa suhteessa (sopimus)oikeuteen tunteiden jalostamaa valtarakennetta. Valta pitää koossa muodottoman tunnemaailman, joka puolestaan antaa oikeutuksen vallalle. Käsitys perheen ja sopimuksen vastakkaisuudesta perustuu Ungerin mukaan hyvin rajoittuneelle käsitykselle perheestä ja (sopimus)oikeudesta.

Parisuhteen erottaa muista sopimussuhteista se, että sen oletetaan perustuvan tunteille ja tunteilla oletetaan olevan siinä keskeinen sija.⁸⁶¹ Muissa sopimussuhteissa näin ei yleensä oleteta olevan. Tunteet edustavat maailmaa, johon kuuluu määrittelemätön monimuotoisuus, subjektiivisuus ja irrationaalisuus. Muodollinen, objektiivinen ja rationaalinen ajattelu on perinteisesti pyrkinyt kieltämään ne. Tunteet ja niihin liittyvä sitoutuminen ja yhteys on koettu uhkaavina. Tunnesuhde nähdään mielellään oikeuden ulkopuolisena.

⁸⁵⁸ Yksilön oikeuksien painottamisella on kyllä sekä yleisenä ilmiönä että talouteen liittyen ollut vaikutusta naisen yksilöoikeuksien edistämiseen. Naisten vajaavaltaisuuden ei ole haluttu häiritsevän elinkeinotoimintaa. Ks. tästä esimerkiksi Häggman, s. 201–211, naittajan vallan purkamisesta osana elinkeinolainsäädännön uudistamista 1800-luvun loppupuolella.

⁸⁵⁹ Ks. lähemmin Unger, s. 58–66.

⁸⁶⁰ Unger, s. 65–66.

⁸⁶¹ Ks. lähemmin Goodrich, jonka ajatuksia olen vapaasti lainaillut tässä yhteydessä.

Ks. tunteiden roolista oikeudellisessa ajattelussa myös Laster, O'Malley. He korostavat tarvetta ottaa huomioon niin positivistisrationalistinen, teknokraattinen kuin emotionaalinenkin paradigma oikeudessa. He tuovat myös esille, että osittain näin on jo ollutkin. (S. 22, 31)

Uudemmassa sopimusoikeudellisessa ajattelussa on yhä enemmän otettu huomioon subjektiiviset olosuhteet ja todellisuuden monimuotoisuus, jota ei voi tarkasti määritellä. Sopimukset ovat yhä enenevässä määrin alkaneet näyttäytyä ihmissuhteina. Ne ovat ihmisten kommunikaatiomuotoja, joissa toimijat ovat subjektiivisia ihmisiä tunteineen. Tiukoilla, objektiivisilla säännöillä ei tosiasiaassa pystytäkään liikesuhteitakaan hoitamaan.

Liikesuhteetkin ovat usein pitkäaikaisia yhteistyösuhteita, joissa osapuolten edut ovat yhteenkietoutuneet. Yhteistyön jatkuminen on tärkeämpää kuin muodollisista oikeuksista kiinnipitäminen. Yhteistyön onnistumisessa on olennainen osuutensa ihmisten välisillä suhteilla. Tunteet ovat ihmisen yhteys itseensä. Tunteensa tukahduttava tai niiden olemassaolon ja/tai olemassaolon oikeutuksen kiistävä ihminen on paradoksaalisesti pitkälti kieltämiensä tunteiden sokaisema. Tämä sokeus värittää hänen näkemyksiään asioista ja estää avoimen kommunikaation muiden kanssa. Voi sanoa, että ihminen, joka ei tiedosta tunteitaan, on täysin niiden hallitsema eikä pysty rationaaliseen ajatteluun niiltä osin, joilta olemassaolemattomiksi väitetyt tunteet hallitsevat. Tällöin tunteet pyritään pukemaan järjen kaapuun. Kuten aiemminkin on tullut esille, tunteilla on suuri rooli oikeudellisessa argumentaatiossa, mutta ei niinkään avoimesti vaan usein rationaaliseksi naamioituneena ja manipulaationa.

Parisuhteen ja tyypilliseksi sopimussuhteeksi mielletyn liikesuhteen oletettu erilainen logiikka on keskeisiä syitä niiden käsittelyn erilaiselle oikeudelliselle logiikalle. Jos ihmisen toimintalogiikka ei muutukaan täysin toiseksi hänen vaihtaessaan toiminta-aluetta, kyseenalaistuu myös pari- ja sopimussuhteen oikeudellisen käsittelyn eron toimivuus. Perinteisen sopimusoikeuden logiikan yleispätevyys voidaan kyseenalaistaa myös sopimusoikeuden sisällä.

Todellisenä sopimuksena on sopimusoikeudellisessa ajattelussamme pidetty vain velvoiteoikeudellisia sopimuksia. Parisuhdesopimuksen edustaja oikeudellisessa ajattelussa – eli avioliitto – on ollut sopimus vain marginaalisesti. Sopimusoikeudesta on lohkaistu omiksi oikeudenaloikseen suuri joukko muitakin sopimustyyppisiä. Kun otetaan lisäksi huomioon, kuinka monenlaiset liike-elämän sopimuksetkaan, kuten pitkäaikaiset sopimukset, eivät ole kuuluneet sopimusoikeuden »kovaan ytimeen», on syytä Ungerin tavoin ihmetellä, mitä loppujen lopuksi on jäänyt jäljelle tämän erittäin vaikutusvaltaisen oikeudenalan sisällöksi.⁸⁶² Ehkäpä avioliittoa tai parisuhdetta voi pit-

⁸⁶² Unger, s. 58.

källä aikaperspektiivillä jopa kutsua »kaikkien sopimusten äidiksi».⁸⁶³ Uudempi sopimusoikeus on alkanut painottaa sopimuksen ominaisuuksia vähitellen syntyvänä pitkäaikaisena ja henkilöorientoituneena suhteena, mitkä ominaisuudet ilmentävät yhteisöllistä ajattelua ja sopivat hyvin kuvaamaan avoliittoa. Parisuhteen voi näin nähdä olevan palaamassa sopimusakajattelun keskiöön.

Kysymys yksilöllisyyden ja yhteisöllisyyden logiikasta on keskeinen myös parisuhteen sisällä. Parisuhteeseen (rakkauteen) rooleineen ja työnjakoineen asennoidutaan eri tavoin silloin kun sen katsotaan olevan ykseyden muodostavien, toisiaan täydentävien puolikkaiden liitto, kuin silloin kun sillä ymmärretään kahden itsenäisen yksilön toisiaan tukevaa yhteiselämää.⁸⁶⁴

Yksilöllisyys/yhteisöllisyys ja hoivaetiikka sekä tällaisten tekijöiden vaikutus tieteellisen ajattelun muokkautumiseen ovat olleet naistutkimuksessa paljon esillä.⁸⁶⁵ Esimerkkinä yhteisöllisen ja yksilöllisen näkökulman tuottamista erilaisista logiikoista toimii Bjørg Aase Sørensenin esittämä näkemys, että meidän kulttuurissamme naisten ajattelu on yleensä enemmän vastuurationaalista, tekojen seurauksien pohtimista ja niistä vastuun ottamista.⁸⁶⁶ Miesten rationaalisuus on puolestaan yleensä enemmän teknisrajoitteista: päämäärätietoista, jolloin vastuu otetaan vain tarkoituksellisista teoista. Edellinen ajattelu vallitsee perhe-elämän sisällä ja jälkimmäinen sen ulkopuolella. Vastuurationaalisuus liittyy kokonaisvaltaiseen harkintaan, mitä uudempi sopimusoikeus on painottanut. Teknisrajoitteinen rationaalisuus kuvastaa perinteistä, muodollista sopimusoikeudellista ajattelua.

7.3.1. Hyvä elämä

Käsitteet yksilöllisyys ja yhteisöllisyys liittyvät ajattelumme ihmiskuviin. Ne pitävät sisällään käsityksiä ihmiselle hyvästä elämästä. Nämä teemat ovat viime aikoinakin olleet esillä keskusteluissa kommunitarismista ja liberalismin. Tämä keskustelu on usein ollut yksi muoto yksilöllisyyden ja yhteisöllisyyden vastakkainasettelua.⁸⁶⁷ Yksilöllisyys liitetään usein moniarvoisu-

⁸⁶³ Tämän ajatuksen minussa herätti Goodrichin artikkeli.

⁸⁶⁴ Ks. lähemmin esimerkiksi Patoluoto.

⁸⁶⁵ Ks. esimerkiksi West, s. 207, hän esittää muun muassa termin connection thesis.

⁸⁶⁶ Sørensen. Samantapaista jaottelua on esittänyt myös Carol Gilligan psykologisessa tutkimuksessa (In a Different Voice, USA 1982).

⁸⁶⁷ Ks. esimerkiksi Bauman (2/1996), s. 89. Hän näkee autonomisen yksilön mahdollisuutena pysyttelemisen erossa sekä liberalismista että kommunitarismista, jotka hän näkee molemmat yksipuolisina ja yhteensovittamattomina. »Community without freedom is a project as horrifying as freedom without community.»

teen eli oikeudelliseen ajatteluun, jossa hyvää elämää ei määritellä, vaan luodaan vain sen edellyttämiksi nähdyt menettelytavat. Yhteisölliseen ajatteluun liitetään puolestaan monesti yhteinen, sisällöllinen käsitys hyvästä elämästä eli yksiarvoisuus.

Yksilöllisyys ja yhteisyys sekä oma ja yhteinen etu on dikotomisen ajatteluperinteemme mukaisesti usein nähty toistensa vastakohtina.⁸⁶⁸ Kortteen spiraalissa ja omassa ajattelussani oma ja yhteinen ovat toistensa edellytyksiä. Tie yhteisyyteen kulkee itsen kautta, mille lähtökohdalle yhteisö voi antaa »itselle» hyvät tai huonot edellytykset. Tämän ajattelutavan mukaisesti vain yksilö, joka on suonut itselleen aikaa löytää voimavaransa, voi tehokkaasti hyödyntää yhteisöä. Vain yksilö, joka on oppinut hyväksymään itsensä ja omaehtoiset tarpeensa ja kuuntelemaan omaa ääntään, voi hyväksyä muut ja heidän tarpeensa ja suoda myös heille heidän itsenäisyytensä ja omaehtoisuutensa. Ykseyden ja yhteyden voi löytää vain itsensä kautta.

En edellä mainitun mukaisesti näe yhteisöllisyyttä ja yksilöllisyyttä vastakkaisina, vaan vuorovaikutuksellisinä, yksilöllisyyden tienä yhteisöllisyyteen ja yhteisöllisyyden yksilöllisyyden mahdollistajana. Kummallakin on, kuten kaikella, positiivisten puoliensa ja mahdollisuuksiensa kääntöpuolena negatiiviset ilmentymänsä.

Hellsten on todennut liberalistisen yhteiskuntasopimuksen perustuvan kehäpäätelmälle.⁸⁶⁹ Tämä tulee hänen mukaansa hyvin esille Rawlsin oikeudenmukaisuusteoriassa. Siinä yksilön autonomian turvaaminen edellyttää yksilön autonomian olemassaoloa. Hellstenin pyrkimyksenä on ollut hävittää modernin moraali- ja yhteiskuntafilosofian sellaisia jyrkkiä vastakkainasetteluja kuin absolutismi ja relativismi, objektivismi ja subjektivismi sekä individualismi ja kollektivismi.⁸⁷⁰ Hän pyrkii toteuttamaan tämän Aristoteleen ajattelun pohjalta, jolloin yksilön autonomisuus on pikemminkin moraalinen potentiaali, johon pyritään.⁸⁷¹ Yksilön hyvä elämä on tässä ajattelussa mahdollista toteuttaa vain hyvässä yhteisössä.⁸⁷² Hellsten tuo esille, että aristoteellisessa mallissa menetelmä ja päämäärä ovat yhtä tärkeitä.⁸⁷³ Rationaali-

⁸⁶⁸ Voidakseen ajatella näin yksilö ei miellä itseään essentiaalisesti osana kokonaisuutta vaan erillisenä.

⁸⁶⁹ Hellsten, s. 11–12.

⁸⁷⁰ Hellsten, s. 159, laajemmin yksilöllisyyden ja yhteisöllisyyden yhteisyydestä, s. 157–165.

⁸⁷¹ Hellsten, s. 67–69.

⁸⁷² Hellsten, s. 105.

⁸⁷³ Hellsten, s. 103–104 ja 108.

suus tarkoittaa päämäärän eli hyvän elämän kannalta relevanttien keinojen löytämistä. Ihmisellä on hyvä elämä silloin, kun hänen olemuksensa toteutuu mahdollisimman täydellisesti. Päämäärän toteuttamiseksi käytetyille keinoillekin asetetaan laatuvaatimukset. Hyvä yhteiskunta pyrkii muuttumaan hyvän elämän toteutumista edistävään suuntaan. Liberalismissa menetelmä on itseisarvo eikä päämäärä ole selvästi määritelty. Liberalismissa yksilön autonomian turvaaminen valtion puolueettomuudella on sekä menetelmä että keino. Hellsten huomauttaa, että liberalismista voidaan kuitenkin implisiittisenä löytää sama keinojen ja päämäärän itseisarvon vaatimus. Sen oikeudenmukaisuusvaatimusten toteutuminen vaatii tätä.

Perhe-elämä edusti liberalistisessa elämän osajaottelussa yhteisöllisyyttä, arvoja ja elämän laadullista puolta. Perhe oli tavallaan valtion ja sen puolueettomuuden ulkopuolella oleva »toinen maailma», eräänlainen hyvän elämän luonnollinen tyyssija. Sillä oli tärkeä ja määritelty tehtävänsä ja paikkansa yhteiskunnassa. Valtion puolueettomuus ei siten koskenut perhe-elämän yleisiä periaatteita, vain niiden yksilöllistä toteutusta. Perheenjäsenten yksilöllisten oikeuksien oikeutus eli muodollisen oikeudenmukaisuuden vaatimus yksilön näkökulmasta ovat myöhempää perua. Sopimusoikeus perustui puolestaan periaatteessa yksilöllisyydelle, arvovapaudelle ja muodollisille säännöille. (Yhteiskunta)sopimusteoreettinen oikeudenmukaisuuskäsitys on erottanut toisistaan tunteet ja oikeudenmukaisuuden.⁸⁷⁴ Oikeudenmukaisuudesta on tällöin tullut moraalipohdintoista erillinen yhteiskuntajärjestystä ja yhteistyötä ylläpitävä menettelytapa. Tämä sopimusteoreettinen lähestymistapa ihmisyiden ytimeen on ollut pyrkimys nähdä ihmisyyden laboratorio-olosuhteissa.⁸⁷⁵ Ihmisluonto nähdään historiattomana ja sosiaalisen todellisuuden ulkopuolella olevana. Sisällöllisen toteutumisen eli esimerkiksi kohtuuden huomioiminen sopimusoikeudessa, jonka juuret ovat vahvasti yhteiskuntasopimusteoreettisessa ajattelussa, ovat uudempaa suuntausta.

Yhteiskunnallisessa ja oikeudellisessa keskustelussa on yksi keskeinen aihe hyvän elämän ja oikeuden suhde. Voi sanoa, että oikeus on olemassa hyvän elämän mahdollistamiseksi. Se on yksi menettelytapa, jolla hyvälle elämälle pyritään luomaan puitteet. Miten on mahdollista, että menettelytapa eli oikeus toisinaan mielletään niin itsenäistyneeksi omalakiseksi järjestelmäksi, että siitä on tullut lähes vastapari päämäärälleen hyvälle elämälle. Käytännössä näin tapahtunee usein erilaisissa toiminnoissa. Menettelytavat

⁸⁷⁴ Hellsten, s. 98–99.

⁸⁷⁵ Hellsten, s. 121.

alkavat elää omaa elämäänsä ja muuttuvat itsetarkoituksellisiksi. Päämäärä, johon niillä pyrittiin unohtuu tai mielletään joillain toisilla keinoilla saavutettavaksi. Ehkä vain hyvin yksinkertaisissa asioissa voimme olla melko varmoja, että menettelytapamme säilyttävät yhteytensä päämääräänsä. Harva meistä jatkaisi asioimista postitse, jos tietäisi että postilaitos on tosiasiaa lakannut toimimasta. Eikö päämäärän ja keinojen erottaminen toisistaan ole oikeuden ja hyvän elämän tapauksessa yhtä absurdia kuin postittaa kirjeitä, joita ei koskaan toimiteta perille?

Liberalistisen ajatuksen valtion puolueettomuudesta hyvän elämän määrittelyssä voi nähdä jopa vastuun pakoiluna. Valtio ottaa koko ajan kantaa hyvän elämän edellytyksiin hyvinkin voimakkaasti. Virallisen parisuhteen rajaaminen koskemaan vain heteroseksuaalisia suhteita on yksi esimerkki tästä. Meillä ei siten vallitse arvovapaus. Mielikuva arvovapaudesta antaa myös mahdollisuuden olla muodollisesti puuttumatta asioihin julistamalla ne valtion toimivaltaan kuulumattomiksi ja virallistamalla »puuttumattomuudesta» seuraava ratkaisu. Tästä ovat hyvinä esimerkkeinä jotkut avoliittoratkaisut. Kun oikeusjärjestys mielletään myös menetelmänä osaksi hyvän elämän edellytyksien luomista, voimme edellyttää avointa argumentaatiota lakien ja tuomioistuinratkaisujen taustalla olevista käsityksistä hyvän elämän edellytysten asettamista vaatimuksista oikeusjärjestykselle. Tällöin nämä käsitykset voidaan helpommin kyseenalaistaa ja pääsemme lähemmäksi todellista »arvovapautta» eli monipuoliselle arvokeskustelulle perustuvaa järjestelmää. Tällöin ei oikeuksista puhuminenkaan näyttäydy lähes hyvän elämän luomiselle vastakkaisena muodollisena ja jäykkänä asiainhoitona.

Kuten muotoa ja sisältöä, ei hyvää elämää ja sen edellytysten luomista voi erottaa toisistaan. Moniarvoisuudesta voi tulla todellista vasta kun sen toteutuminenkin otetaan keskustelun ja pohdinnan kohteeksi. Parisuhdesäätelyn voi omalta osaltaan nähdä sekä yhteiskunnan käsityksenä hyvästä elämästä että yrityksenä luoda edellytykset hyvälle elämälle. Jos parisuhteen varallisuuden säätelyn tarkoituksena nähdään kohtuulliset taloudelliset seuraamukset tietyn tyyppisessä taloudellisessa yhteisyydessä elämisestä, tämä olisi se käsitys hyvästä elämästä, jota täytyisi lainsäädännössä tavoitella liiton muodosta ja osapuolten sukupuolesta riippumatta.

Milton Regan on perustellut samaa sukupuolta olevien liittojen oikeudellisen aseman hyväksymistä käyttäen perustelunaan nimenomaan hyvää elämää ja sen määrittelyä eikä vapaata tahtoa.⁸⁷⁶ Tässä perustelutavassa ei vedota vapauteen järjestää yksityiselämänsä neutraalisti niin kuin haluaa, vaan

⁸⁷⁶ Regan, s. 1532.

yhteiseen käsitykseemme hyvästä. Samaa sukupuolta olevat haluaisivat toteuttaa yhteiskunnan arvostamaa elämäntapaa, mutta eivät voi tehdä niin. Samaa sukupuolta olevia ei myöskään vaadita otettavaksi uusina tulokkaina mukaan oikeutettujen joukkoon, vaan vedotaan perinteisiimme. Perustelussa tuodaan esille, että samaa sukupuolta olevien henkilöiden liitot ovat ennenkin olleet kulttuuripiirissämme hyväksytyjä ja ovat osa avioliittoperinnettämme.

7.4. Luonnollinen perhe ja määriteltävä sopimus

Perhe mielletään pitkälti »luonnontilaksi», jossa ihmiset elävät tietyllä, yleispäteväksi nähdyllä tavalla. Sopimus on sen sijaan mielikuvissamme tilannekohtainen ja yksilöllinen. Se ei ole olotila, vaan määritelty tahdonilmaisu. Tietynlaisina luonnostaan pidettyjä ilmiöitä on periaatteessa oikeudellisesti helppo säädellä: muokataan vain luonnonlaki oikeudelliseen muotoon. Luonnonlaki on itsestään selvästi yksiarvoinen. Arvokeskustelu ei ole tarpeen. Sen sijaan ihmisten vapaavalintainen toiminta näyttäytyy myös vapaasti säädeltävänä. Sen säätely on ihmisten päätettävissä eli sen periaatteet ovat systemin itsensä asettamissa rajoissa jatkuvasti auki pohdinnoille ja arvotuksille.

Luonnonoikeuden tunnusomaisimmaksi piirteeksi voi sanoa uskoa positiivista oikeutta ylempänä – tai sen perustana – oleviin oikeusperiaatteisiin.⁸⁷⁷ Varhaisemman (antiikin ja skolastisen) luonnonoikeuden aikana korostettiin ihmisten ja asioiden luontoa ja olemusta oikeusperiaatteiden lähtökohtana. Rationalistisen luonnonoikeuden aikana korostettiin ihmisen kykyä rationaalisesti päätellä nämä oikeusperiaatteet ja niiden taustalla olevat absoluuttiset ja objektiiviset arvot. Nämä eri korostukset eivät ole toisiaan poissulkevia.⁸⁷⁸ Absoluuttisten arvojen taustalla on oltava absoluuttinen käsitys niistä

⁸⁷⁷ Luonnonoikeuden, kuten kaikkien ajattelusuuntien, määritelmä vaihtelee. Ks. lähemmin esim. Friedmann, s. 95–156 ja Strömholm, s. 187–238. Se on ollut erilaista eri aikoina ja eri paikoissa ja se nähdään eri tavoin – myös näkijästä riippuen. Etenkin vallitsevan ajattelutavan muuttuessa esiintyy välittäviä kantoja. Kirjoittajat ovat periaatteessa vielä vallitsevalla kannalla, mutta tosiasiaa jo matkalla seuraavaan vaiheeseen. Ks. luonnonoikeuden osalta esim. Friedmann, s. 128–131 ja Strömholm, s. 187–192. Kaikilla ajattelutavoilla on toinen puolensa, vastakohtansa. Kun ne viedään tarpeeksi pitkälle, päädytään lopulta tälle toiselle puolelle: vastakohtat kohtaavat.

⁸⁷⁸ Ks. esim. Gordleyn esitys, josta ilmenee kuinka nämä elementit sisältyvät oikeudelliseen ajatteluun jollain tavoin eri aikakausina. Ks. myös myöhemmästä ajattelusta, esim. s. 212, tahtoteoreettikkojen ja objektivistien kirjoituksista kuului läpi ajatus sopimusten luonnosta tai olemuksesta.

entiteeteistä, joita arvot koskevat. Luonnonoikeus on täten nähdäkseni väistämättä essentialistista. Se perustuu asioiden ja ihmisen luonnolle.⁸⁷⁹

Sopimusoikeudesta poistettiin periaatteessa luonnonoikeudelliset ja filosofiset elementit 1800-luvulla. Sopimusoikeudesta tuli positiivisoikeudellista. Vanhasta aristoteeliseen filosofiaan perustuneesta sopimusoikeudellisesta ajattelusta säilyi vain tahtoteoria.⁸⁸⁰ Sen rinnalla esiintyneet muut ulottuvuudet unohdettiin. Perheoikeudessa 1800-luvulla puolestaan säilyi luonnonoikeudelliseksi katsottava ajattelutapa. Se perustui luonnollisiksi koetuille käsityksille perheestä, parisuhteesta ja ihmisistä. Sitä koskevat oikeusperiaatteet perustuivat näille käsityksille ja niitä kutsuttiinkin usein sananmukaisesti »luonnollisiksi». Luonnollisuuksia ei tarvitse pohtia eikä perustella. Voi sanoa, että avioliiton arvot ja niitä kuvastavat säädökset ovat olleet niin itsestäänselviä, ettei rationaalista päättelyä ole juuri tarvittu. Avioliitto on ollut niin luonnollinen instituutio, että se on lähes jäänyt luonnonoikeuden rationaalisen pohdinnan ulkopuolelle.

Sopimusoikeudella oli toisaalta keskeinen asema rationaalisessa luonnonoikeudessa. Oikeusjärjestelmän olemassaolon oikeutukseksi miellettiin yhteiskuntasopimus, mikä osaltaan lisäsi sopimusoikeudellisen ajattelun keskeisyyttä. Luonnonoikeus painotti yksilön subjektiivisia, luonnollisia oikeuksia. Parisuhteeseen ne eivät ulottuneet samalla tavalla kuin muille elämän aloille. Parisuhteessa vallitsi yhteiskuntasopimuksen sijasta enemmänkin »luonnollinen» sukupuolisopimus. Luonnonoikeudellisen ajattelun vaikutuksista sopimusoikeudessa oli *pacta sunt servanda* (sopimukset on pidettävä) tärkeä esimerkki oikeussäännöstä, jonka oikeutta ei katsottu voitavan asettaa kyseenalaiseksi.

Käytännössä luonnonoikeudellisen ja positivistisen ajattelun ero ei välttämättä ole suuri.⁸⁸¹ Kumpikin suuntaus pyrkii sinänsä mahdollisimman hyvien yleistettävien sääntöjen luomiseen. Luonnonoikeuden äärimuodossa ideaalisääntöjä vain pidetään periaatteessa ikuisina ja absoluuttisesti parhaina. Positivistisessa ajattelussa sääntöjen parhaimmuus on suhteellista. Eroa voi toisaalta pitää hyvinkin merkittävänä. Absoluuttisina pidettyjä totuuksia ei kyseenalaisteta yhtä herkästi kuin tilannesidonnaisiksi miellettyjä ratkaisuja. Ensin mainituista muodostuu helpommin itsestäänselvyyskiä. Luonnolliset totuudet ovat totuuksia, eivätkä siten tarvitse perusteluja. Ne antavat pa-

⁸⁷⁹ Ks. esim. Friedmann, s. 98, 122 ja 129 ja Strömholm, s. 214.

⁸⁸⁰ Ks. lähemmin Gordley, esim. s. 8, 161, 228, 230.

⁸⁸¹ Näiden kahden ajattelutavan vertailusta käytännössä ks. esim. Beyleveld, Brownsword (»luonnonoikeudellinen kanta«).

radoksaalisesti yksilölle parhaimmat mahdollisuudet luoda omalle moraaliin perustuvia järjestelmiä muiden noudatettaviksi luonnollisina ja yleistettävänä.⁸⁸² Vastaavasti voi sanoa, että positivistinen ajattelu johtaa omaan äärimmäisyyteensä vietyä samaan kyseenalaistamattomuuteen. Oikeussääntöjen taustalla joka tapauksessa aina olevia arvoja ei pohdita.

Kyseenalaistaessamme parisuhdeoikeuden luonnonoikeudellisen luonteen joudumme pohtimaan sen »luonnollisuuksia» eli arvosidonnaisuuksia, kuten heteroseksuaalisuutta ja avioliittoinstituution keskeisyyttä.

7.5. Status vai sopimus?

Kysyessämme, onko avioliitto status vai sopimus, joudumme pohtimaan, kuinka suuressa määrin ulkoapäin määritelty avioliitto niin oikeudellisesti kuin sosiaalisesti on. Oikeudellinen suhtautuminen statukseen ei ole samanaista kuin suhtautuminen vapaaksi ja tasa-arvoisiksi oletettuihin oikeussuhteisiin.

Yhteiskunnissa, joissa vakiintuneet tavat säätelevät elämää ei niiltä osin ole tarvetta varsinaiselle lainsäädännölle. Näissä yhteiskunnissa jokaisella on tietty asema, jonka mukaan hänen oikeutensa ja velvollisuutensa määräytyvät. Sopimusvapaus on edellä mainittujen seikkojen sitomaa. Yksityisoikeuden yleiseksi kehityssuunnaksi on nähty kulku statuksesta sopimukseksi. Köndgen on jatkanut tätä Henry Sumner Mainen ajatusta kolmannella kvasisopimuksen vaiheella eli: »from status to contract to quasi-contract».⁸⁸³ Yksityisoikeuden on nyttemmin nähty olevan muuttumassa takaisin statukselliseksi.⁸⁸⁴ Oikeussuhteet eivät enää ole vapaita, vaan valtion määrittelemiä, sidottuja statussuhteita. Sopimuksia on haluttu oikeudenmukaistaa ja niissä otetaan huomioon osapuolten sosiaalisia ominaisuuksia. Joukkosopimusten yleistyessä yksittäisten sopimusten tarve vähentyy. Tällainen tilanne alkaisi muistuttaa aikaa, jolloin käyttäytymistä ohjasi tapa.⁸⁸⁵ Avioliitto on voitu nähdä poikkeuksena ensin mainitusta kehityskulusta stauksesta sopimukseen tai osana paluuta statukseen.⁸⁸⁶ Sen on myös nähty olevan hitaasti kulkemassa statuksesta sopimukseksi ja olevan tällä hetkellä vaiheessa status-sopimus.⁸⁸⁷

⁸⁸² Ks. Strömholm, s. 211.

⁸⁸³ Köndgen, s. 421.

⁸⁸⁴ Ks. myös Zweigert, Kötz II, s. 10.

⁸⁸⁵ Häyhä (1/1996), s. 54.

⁸⁸⁶ Pateman, s. 165–168 tässä kappaleessa käsitellystä aiheesta.

⁸⁸⁷ Sopimus/status kehityksenkin voi periaatteessa nähdä spiraalimaisena kiertona painotuksesta toiseen: status – kvasistatus – kvasisopimus – sopimus – kvasisopimus jne.

Vahva statuksellinen suhtautuminen avioliittoon heijastuu myös suhtautumiseen muihin parisuhteisiin. Avioliiton ollessa Parisuhdeinstituutio muille parisuhteille jää jäljelle rooli avioliiton negaationa. Tilannetta ei voi tällöin verrata vakiosopimuksen ja yksilöllisten sopimusten väliseen eroon vaan enemmänkin laillisen instituution ja lainsuojattomien väliseen eroon. Yksi esimerkki statuksellisen suhtautumisen vaikutuksista on asenne, jonka mukaan parisuhteen osapuolille ei voi asettaa suojattuun yksityiselämään sisältyviä velvollisuuksia kuin avioliitossa. Jos parisuhteisiin suhtauduttaisiin sopimussuhteina, ei olisi perusteltavissa, miksi tilanne eroaisi näin kategorisesti avioliiton ja muiden parisuhteiden välillä.

Sopimus on nykyisen oikeustieteen peruselementtejä. Sopimuksien teon ja niiden täytäntöönpanon turvaamisella on ollut keskeinen sija oikeudellisessa ajattelussa. Ominaisuus, joka on tehnyt avioliitosta ei-sopimuksen on se, että sopimuksen sisältö on ennalta määrätty eikä siis osapuolten vapaasti sovittavissa. Pitkäaikaiset sopimussuhteet, joista helposti alkaa muodostua statustyyppisiä suhteita omine tapoineen, eivät ole olleet sopimusajattelun tyyppisopimuksia. Kumpikin asiantila on muuttumassa. Vakiosopimusten määrä on koko ajan lisääntymässä ja pitkäaikaiset sopimussuhteet alkavat voittaa yhä enemmän alaa sopimusoikeudellisessa ajattelussa.

Sopimus on usein koettu vapauden välineeksi. Avioliiton sopimuksellinen puoli on vallannut yhä enemmän alaa ajattelussamme, kun avioliitto on alettu mieltää moderniksi oikeudelliseksi suhteeksi ja puolisoille on suotu enemmän sopimusvapautta. Puolisot on alettu mieltää itsenäisiksi, tasa-arvoisiksi ja itsenäisesti toimeentuleviksi ihmisiksi eli tyypillisiksi sopimusosapuoliksi. Suhtautumista avioliittoon sekä instituutiona että sopimuksena esiintyy käsittelemisensä avioliittolainsäädännön argumentaatioissa rinnakkain. Tarpeen mukaan korostetaan tarkoitushakuiseltakin vaikuttavasti välillä puolisoitten itsenäisyyttä, välillä avioliiton siveellistä luonnetta rakkauden tyyssijana. Jälkimmäiseen liittyy luonnonoikeudellinen elementti: on asioita, joista puolisot eivät voi sopia toisin, koska ne ovat avioliiton olennaisia, luonnollisia osia. Luonnollisena on voitu perustella oikeusjärjestyksen yleisperiaatteiden vastaista sukupuolten välistä eriarvoisuutta.

Avioliiton sopimusluonteesta voidaan puhua monella eri tasolla. Voidaan pohtia, onko avioliitto sinänsä sopimus, sisältäykö siihen sopimusmahdollisuuk-

⁸⁸⁸ Ks. Aarnio (1993), joka tarkastelemalla avioliittoa sinänsä historiallisesta ja juriditeknisestä perspektiivistä, tulee siihen lopputulokseen, että sopimuskonstruktio on tarpeeton ja avioliitto on lain määrittelemä instituutio.

sia ja pohtia sopimuksellisuutta puhtaan juridisena⁸⁸⁸ tai sosiaalisena seikkana.

Avioliiton luonteesta instituutiona tai sopimuksena on keskusteltu paljon.⁸⁸⁹ Sen pohtimista pidetään esimerkiksi Münchenerkommentaarissa turhana.⁸⁹⁰ Siinä todetaan henkilökohtaisten ja institutionaalisten katsantotapojen olevan yhtenäisen ilmiön kaksi eri puolta. Avioliiton vapauttaminen metafyyisisistä ja uskonnollisista taustoista edistää sen muuttumista ja joustavuutta.

Käsitys avioliiton luonteesta ei ole yhdentekevä. Juridisesti statuksellinen ajattelu voi estää sopimuksellisen ajattelun kehittymisen. Asennetasolla statuksellinen asennoituminen, joka uskotaan sopimukselliseksi, voi tuottaa ongelmia. Uskottaessa avioliiton olevan vapaa sopimusoikeudellinen suhde sen institutionaalisuutta ei nähdä. Vapaus ja vastuu liittyvät yhteen. Kaavan mukainen käytös näyttäytyy vapaana valintana, josta valitsija on henkilökohtaisesti ja tietoisesti vastuussa. Tällainen institutionaalisuus ei ole enää niinkään juridista kuin sosiaalista: asenteita, rooleja ja käyttäytymistapoja. Vain tunnistamalla nämä sosiaaliset rajoitteet voimme päästä niistä eroon ja tehdä avioliitosta todellisen sopimuksen. Sopimussuhde edistää vapautta vain silloin kun molempien osapuolten neuvotteluasemat ovat tasaväkiset ja tiedostetut. Tiedostamaton ristiriita oikeusjärjestyksen lähtökohtien ja sosiaalisen todellisuuden välillä voi estää yrityksetkin järjestelmän yleisten oikeudenmukaisuuskäsitysten toteuttamiseksi.

Rooliin mukauttamisen muodot muuttuvat sen mukana, mikä yhteiskunnassa on hyväksyttävää ja tavoiteltavana pidettyä. Epätasa-arvon ollessa normin mukaista, sen rakenteet ovat näkyviä, tasa-arvoilluudessa ne ovat usein näkymättömiä ja/tai tunnustamattomia. Käytännössä naiset vastaavat yhä suurimmaksi osaksi kotitöistä silloinkin kun molemmat puoliset ovat ansiotyössä.⁸⁹¹ Tätä vastuuta ei aina nähdä sukupuolisidonnaisena. Puolisot esimerkiksi katsovat, että heidän mielestään tulisi jommankumman (äidin tai isän) jäädä kotiin hoitamaan pieniä lapsia.⁸⁹² Heidän tapauksessaan oli sattumalta tarkoituksenmukaisempaa, että kotiin jäi äiti. Sattumalta näin on suurimmassa osassa avioliittoja. Omaan suostumukseen perustuvaan päätökseen on alistuttava »ilolla», toisin kuin jonkinlaisen pakon edessä tehtyyn päätökseen. Vaikka nykyisessä sukupuolten välisessä palkkauksen eriarvoisuustilanteessa edellä mainittu ratkaisu voi

⁸⁸⁹ Ks. muuten mainittujen lisäksi esimerkiksi Okin, s. 117–124.

⁸⁹⁰ Münchener, s. 138–139.

⁸⁹¹ Ks. esimerkiksi Suomen toinen raportti YK:n naisten oikeuksien sopimuksen toteuttamisesta, s. 124–126.

⁸⁹² Ks. tästä ilmiöstä Haavind, s. 152–156. Ks. työ- ja kotivelvollisuuksien vuorovaikutuksesta myös Petersen (1996), s. 40–43.

usein olla taloudellinen välttämättömyys, näin ei varmasti ole läheskään kaikissa tapauksissa. Tilanteessa, jossa tosiasiaassa vain sopeudutaan vallitseviin käytäntöihin, ei ole kyse todellisesta valinnasta. Palkkauksellista epätasa-arvoa puolestaan vahvistaa miehen ansiotyön asettaminen tärkeämmäksi kuin naisen.

Perinteisten, sukupuolisidonnaisten parisuhdenormien mukainen käytös mielletään usein rakkauden ilmaisuksi – onnen ja hyväksynnän takeiksi. Nainen sopeutuu niiden mukaisesti miestä enemmän – ja siis »omasta tahdostaan». Avioliittoa ei mielletä kehiteltävissä olevaksi sopimukseksi molempia osapuolia tyydyttävästä yhteiselämästä, vaan pyyteettömän rakkauden muodoksi.⁸⁹³ Mieltämällä esimerkiksi pienten lasten hoitojärjestelyt kummankin vastuulla oleviksi taloudelliseksi järjestelyiksi voidaan harkita, kuinka tarvittaessa tasoitetaan myös välilliset seuraukset, kuten eläke-edut, ja sovi-taan vuorollaan kotona työskentelevän osuudesta toisen palkkatuloihin.⁸⁹⁴

Aviovarallisuusjärjestelmiä on määritelty käsitteillä panos, tarve ja status.⁸⁹⁵ Kaikilla näillä elementeillä on paikkansa parisuhdeajattelussamme. Status ei ole vielääkään merkityksetön. On yhä tilanteita, joissa toinen on yhteisen toiveen mukaisesti ryhtynyt »päätyönään» toisen puolisoiksi – yleisemmin vaimoksi – hankkimatta tästä syystä itselleen esimerkiksi muuta ammat-tia. Kaikissa tällaisissa tilanteissa ei liene aivan helppo osoittaa puolison kovin merkittävästi välillisestikään edesauttaneen omaisuuden kertymisessä. Voi jopa olla niinkin, ettei omistava puolisoakaan ole itse hankkinut omaisuuttaan, vaan esimerkiksi perinyt sen. Tällaisissa tapauksissa ei ehkä ole panos- eikä tarveperusteita omaisuuden jakoon, mutta toinen on kiistatta panostanut liit-toon koko elämänsä. Parisuhde on yhä joillekin asema ja elämäntapa, jossa kummallakin on roolinsa yhteisesti hyväksytyssä kokonaisuudessa. Kokonai-suus ei toimisi ilman näitä erillisiä panoksia, joita ei ole tarkoitukseen ar-vottaa rahallisesti. Myöskään muissa avioliitoissa panoksia ei voi suhteuttaa rahallisesti. Esimerkiksi kotirouva-avioliitoissa vaimon panos on yleensä pe-riatteessa miehen panoksen kanssa saman arvoinen miehen tulotasosta riip-pumatta. Roolijako on tehty yhteisen kokonaisuuden hyväksi.

⁸⁹³ Ks. Haavind, s. 144–145.

⁸⁹⁴ Ks. tästä myös Koskelo, s. 198–203. Naisjärjestöjen komitean lausunnossa (1916) s. 14–15, esitettiin, että puoliset olisi velvoitettava valitsemaan sopivimmaksi katsoman-sa aviovarallisuusjärjestelmän saatuaan laissa (lausunto koski silloista lakiesitystä) esi-tetyistä vaihtoehdoista tarkat tiedot. Tällöin puolisoitten olisi pakko perehtyä avioliiton-sa taloudellisiin ja oikeudellisiin seurauksiin ja heidän yksilölliset olosuhteensa ja toi-veensa tulisivat huomioiduiksi.

⁸⁹⁵ Ks. esim. Välimäki, s. 18.

III B LAINSÄÄDÄNTÖ JA PARISUHDE

8. PARISUHTEEN SÄÄNTELEMINEN JA SEN MAHDOLLISUUDET

8.1. Moderni puuttumattomuus ja valtion velvollisuudet

Modernin oikeustieteen keskeisiä rakenteita on jako yksityiseen ja julkiseen. Käytännössä rajanveto ei koskaan liene ollut selvä.⁸⁹⁶ Nousiainen on määritellyt oikeustieteen tieteenksi, joka määrittelee modernin valtion suhdetta kansalaisyhteiskuntaan.⁸⁹⁷ Modernin oikeuden päätehtävä on ollut yksilön vapauden turvaaminen, mikä on pitkälti mielletty yksityisyyden koskemattomuuden turvaamiseksi.⁸⁹⁸ Oikeus keskittyy tällöin yksityisen ja julkisen rajapintaan. Moderni oikeus on mielletty formaalisrationaaliseksi tavoitteiden toteuttajaksi. Se ei saa määrätä, mitä tavoitteita ihmisen tulee omaksua. Moderni filosofia eriyttää eri alueita, kuten kognitiivisen järjen alueen moraalisesta ja esteettisestä alueesta.⁸⁹⁹

Avioliitto miellettiin pitkään anomaaliseksi oikeussuhteeksi. Se ei ollut oikeudellinen, vaan siveellinen suhde. Toisaalta oltiin selkeän tietoisia avioliiton ja sitä määrittelevän avioliittolainsäädännön yhteiskunnallisesta merkityksestä. Friedrich Carl von Savigny piti avioliittoa luonnollisena instituutiona, oikeusjärjestyksen ulottumattomissa olevana alueena. Avioliitto ei ollut sopimus, vaan »objektiivinen siveellinen järjestys», joka ei ollut riippuvainen yksilöiden vapaasta valinnasta ja mielipiteistä.⁹⁰⁰ Tällä »siveellisyydellä» ei Ute Gerhardin mukaan ollut vaikeaa oikeuttaa puolisojen suhdet-

⁸⁹⁶ Nousiainen (1993), s. 49.

⁸⁹⁷ Nousiainen (1993), s. 16. Modernista oikeudesta tässä mainituin osin katso myös muun muassa s. 56–58, 67 ja 187–188.

⁸⁹⁸ Ks. lähemmin esimerkiksi Nousiainen (1993), s. 180–182.

⁸⁹⁹ Nousiainen (1992), s. 18.

⁹⁰⁰ Ks. Gerhard (1983), s. 129.

ta juridisesti erityisenä vallanalaisuussuhteena (das besondere Gewaltverhältnis).⁹⁰¹ Kun avioliitto mielletään »siveelliseksi» instituutioksi, jota oikeusjärjestys ei ole määritellyt eikä saakaan määritellä, vaan ainostaan toteuttaa, lainsäädännöllä voidaan puuttua syvällisestikin perheen elämään. Tällöin vain määrittely mielletään ulkopuolelta »annetun» määrittelyn toteuttamiseksi. Avioliittoa koskeva lainsäädäntö on usein nähty vain vallitsevan oikeuskäsitteiden kirjaamiseksi, jolla ei pyritä aktiivisesti muuttamaan asenteita. Koska kyseessä ei ollut oikeudellinen suhde, avioliitossa ei ole tarvinnut samalla tavoin noudattaa oikeudellisia periaatteita. Vaimon oikeuksien ja yksilönvapauden sivuuttaminen ei tällöin ole ollut ristiriidassa yleisten oikeusperiaatteiden kanssa.

Aikoinaan perusteltiin miehen päätösvaltaa sillä, ettei valtio voi puuttua puolisojen asioihin. Ratkaistiin riita jo etukäteen luomalla institutionaalinen valtasuhde ja katsottiin se sitten puuttumattomuudeksi. Ajatus siitä, että perheellä on oltava johtaja, oli itsestäänselvyys, josta lähdettiin liikkeelle. Näin perheriidat eivät ole yhteiskunnallisia/oikeudellisia eikä oikeusjärjestyksen yhteiskunnan riidanratkaisijana tarvitse niihin puuttua. Näennäinen ristiriidaton harmonia on mahdollinen vain velvollisuuksille perustuvassa statussuhteessa.⁹⁰² Sopimussuhteessa ristiriitojen mahdollisuus on avoimesti tunnustettu. Jos yksilöillä on velvollisuuksien lisäksi oikeuksia, ristiriidat ovat väistämättä mahdollisia.

Valtion valta perustuu pitkälti näkemykseen valtiosta yhteiskuntarauhan turvaajana eli ihmisten suojelijana. Miehen perheenpääasema on perustunut myös näkemykseen miehestä naisen suojelijana. Käytännössä »oma» mies on naisen turvallisuuden suurin uhka, kuten aiemmin on tullut esille. Anita Dahlberg on kutsunut tätä sukupuolten välistä »suojausopimusta» mafiasuhteeksi.⁹⁰³ Vaimon (oikeudellisen) aseman ollessa epäitsenäinen mieheen verrattuna laki suojeli vaimoa miehen äärimmäiseltä mielivallalta eli itse(kin) luomaltaan järjestelmältä. Nykyään keskustellaan siitä, ottaako lainsäädäntö huomioon naisen tosiasiallista taloudellista sitoutuneisuutta avioliittoon.

⁹⁰¹ Tällä julkisoikeudellisella käsitteellä tarkoitetaan kansalaisen ja valtion välisestä yleisestä vallanalaisuussuhteesta (allgemeinen Gewaltverhältnis) poiketen suhteita, joissa sellaiset yleiset oikeusvaltiolliset periaatteet kuin oikeusturva eivät vallitse normaaliin tapaan, esimerkiksi laitosisuhteissa. Erityisen vallanalaisuussuhteen yhtäläisyyksistä perheoikeudessa ks. esimerkiksi Loschelder, s. 477–478, myös Tuori (1984), s. 287–292, erityisestä vallanalaisuussuhteesta ja Lebenswelt'in, kuten perheen asemasta.

⁹⁰² Ks. ristiriidasta ja harmoniasta Christensen.

⁹⁰³ Dahlberg, s. 27.

Puuttumattomuusperiaate alkoi vaikuttaa avioliitossa vasta sen jälkeen kun avioliittoon alettiin suhtautua oikeudellisenä suhteena. Tällöin ei useinkaan ole pohdittu sitä, mitä puuttumattomuus käytännössä tarkoittaa eli minkälaista todellisuutta sillä tosiasiaassa edistetään. Käsittelemissäni lainsäädäntöperusteluissa esiintyy myös yhtäaikaaisesti vetoamista moderniin puuttumattomuuteen ja avioliiton yksityisyyteen sekä sen ominaisuuksien luonnollisuuteen, »ikuisuuteen» eli puuttumattomuudeksi miellettyyn puuttumiseen.

Vuosisadan alussa avioliittolainsäädännön asenteet olivat yhteiskunnan todellisuutta vanhoillisempia. Nykyään lainsäädäntö perustuu käsitykselle puolisoiden tasa-arvoisuudesta ja itsenäisyydestä. Vuosisadan alussa naisten heikompi taloudellinen itsenäisyys oli tosiasia, joka otettiin huomioon ja joka kuului osana hyvänä pidettyyn järjestelmään. Saksassa tilanne ei tosiasiallisesti eikä asenteellisesti ole muuttunut yhtä paljon kuin Suomessa. Suomessa naisten kokopäivätyöskentely on yleistä, kun sen sijaan Saksassa kotirouva-avioliitot ovat vielä melko yleisiä.⁹⁰⁴ Saksassa otetaan täten avioliittolainsäädäntöä pohdittaessa enemmän huomioon käytännön todellisuus.⁹⁰⁵ Perhe-elämä sisältyy Saksassa muutenkin yhä vielä enemmän juridiseen diskurssiin kuin Suomessa.⁹⁰⁶ Kotirouva-avioliiton säilymiseen vaikuttaa myös sen taloudelliset seuraukset. Mielletäänkö avioliitto yhteiskunnalliseksi instituutioksi, jossa naiset ja lapset elätetään vai itsenäisten puolisoiden yhteiselämän muodoksi, vaikuttaa sen oikeudellisen hahmottamisen tapaan.

Avoliittopohdiskeluissa toistuu pitkälti sama keskustelu, mikä aikoinaan käytiin avioliitosta. Se ei ole oikeudellinen, vaan siveellisuontoinen suhde. Oikeusjärjestys ei ole sitä määritellyt eikä saakaan määritellä. Sen yksityisyyteen ei tule puuttua.

Avoliittojen ja samaa sukupuolta olevien liittojen kohdalla lähtökohtana on ollut puuttumattomuus eli oikeuden ulkopuolelle jättäminen. Kuten edellä ilmenee, puuttumattomuus on vähitellen väljentynt. Käytännössä puuttumattomuuskin on puuttumista ihmisten yksityiselämään. Avoliittoja kos-

⁹⁰⁴ Att arbete i Europa, s. 139, 141.

⁹⁰⁵ Ks. asenteista naimisissa olevan naisen roolista ja kotirouvaratkaisun ongelmista Saksassa Wiegmann.

⁹⁰⁶ Pohjoismaiset oikeusjärjestykset ovat luonteeltaan käytännönläheisempiä ja vähemmän abstrakteja rakennelmia luovia kuin saksalainen oikeusajattelu. Pragmaattisesta perinteestämme johtuen dogmaattinen keskustelumme on myös suppeampaa. Zweigert ja Kötz (I) luokittelevat pohjoismaiset oikeusjärjestykset omaksi ryhmäkseen romaanisgermaanisen ryhmän (civil law) sisällä, s. 285–295. BGB edustaa yksityiskohtaista ja abstraktia pandektista ajattelua, s. 150.

kevissa ratkaisuisa vahvistetaan puuttumattomuuden(kin) avulla tietty seuraamus. Avioliittoa on pitkälti pidetty tahdonilmaisuna, jolla on haluttu tehdä liitosta yksityisasiä. Jos parisuhdetta sen sijaan pidetään sosiaalisena suhteena, jossa vallitsee tietyt tavat, oikeudenmukaiset ja kohtuulliset päätökset eivät voi olla ratkaisevasti riippuvaisia liiton solmimistavasta. Avioliitossa olevien ei voi katsoa solmineen avioliittoa ja sitoutuneen sen kaikkiin seuraauksiin, mutta heidän suhteeseensa soveltuu parisuhteeseen osana sosiaalista todellisuutta liittyvät lähtökohtaolelut ja suojatarpeet.

8.1.1. Tasa-arvon edistäminen avioliitossa ja valtion velvollisuudet

Käsitellyissä lainsäädäntöhankkeissa on suhtauduttu varovaisesti lainsäätäjän mahdollisuuksiin vaikuttaa puolisoien välisiin suhteisiin. Avioliittolainsäädännön mieltämistä tavoitehakuiseksi politiikaksi, jolla on velvollisuus aktiivisesti edistää tasa-arvoa, on lainsäädäntötyössä esiintynyt melko vähän. Erityisesti perhe-elämää koskevassa lainsäädännössä korostetaan helposti yksityisyyden suojaa, yksilön oikeutta päättää itse elämästään ja mahdollittomuutta vaikuttaa perhe-elämään lainsäädännöllä. Toisaalta on samalla voitu aktiivisesti ylläpitää vanhoja asenteita. Passiivinen muuttamattomuus/puuttumattomuus merkitsee usein vanhojen asenteiden ylläpitämistä tai jopa kehityksen jarruttamista. Joskus uudistuksia on vastustettukin viittaamalla nimenomaan perinteisiin, mikä tasa-arvoa toteuttavassa lainsäädännössä on melkoisen ristiriitainen perustelu, kun epätasa-arvoisia perinteitä juuri ollaan muuttamassa. Kantaa ottamattomuus on aina myös kannanotto – status quon puolesta, halusi sitä aktiivisesti tai ei. Joitain arvoja avioliittolainsäädännöllä on aina haluttu korostaa, jos ei muuten niin luonnollisina ja itsestäänselvinä.

Jos otamme lähtökohdiksi, että henkilökohtainen on poliittista ja lait ovat »jähmettynyttä politiikkaa»,⁹⁰⁷ yhtenä johtopäätöksenä voisi olla jo edellä esiin tullut kanta, että henkilökohtaista on säädeltävä lailla. Lait ovat vain yksi osa politiikkaa ja politiikan keskeinen kysymys tulisi olla: millä keinoilla päästään kulloinkin haluttuun tulokseen? Jos lisäämme tähän edellä esitetyn ajatuksen valtion tehtävästä auttaa kansalaisia etenemään omaehtoisuuteen, tulisi henkilökohtaisen säätelyn olla tätä tehtävää edistävää. Valtion tulisi siis edistää ihmisten omaehtoisuutta säätelemällä heidän elämänsä? Rinnastettaessa omaehtoisuus ja säätelemättömyys tulee muistaa, että tyh-

⁹⁰⁷ Ks. lähemmin Eriksson, s. 5, »förstelnad politik» ja Unger, s. 92, »frozen politics».

jää aluetta ei ole missään. Kaikkialla vallitsee jokin järjestys, valtasuhde, tapakulttuuri, ajattelutapa ja logiikka. Puolisoiden eriarvoinen asema perustuu nykyään voittopuolisesti tapoihin ja yhteiskunnallisiin asenteisiin. Niihin puuttuminen edellyttää lain politiikkaluonteen myöntämistä. Pyrittäessä edistämään vapautta ja omaehtoista moraalia ihmisten elämään puuttuminen on perusteltua vain, kun se edistää tätä päämäärää. Yhteiskunnan sukupuolisyrynnän ja -sidonnaisuuden poistaminen edistää ihmisten mahdollisuutta omaehtoiseen elämään.

Tasa-arvon aktiivinen edistäminen on sekä Suomen että Saksan kansainvälisoikeudellinen velvollisuus. Kansainvälinen oikeus on kansainvälisen tason jähmettynyttä politiikkaa. YK:n naisten oikeuksien yleissopimus, jonka Suomi ja Saksa ovat ratifioineet, velvoittaa valtioita aktiivisesti edistämään sukupuolten välistä tasa-arvoa eli velvollisuus ei täyty muodollisen tasa-arvon takaamisella. Sopimuksella on ollut merkittävää vaikutusta Suomen lainsäädäntöön. YK:lla oli vaikutusta myös perhelainsäädäntömme uudistustyön aloittamiseen. Saksassa on perustuslailla ollut huomattava merkitys avioliittoa koskevan lainsäädännön tasa-arvoistumiseen. Perustuslain 6 I (avioliitto ja perhe ovat valtion erityissuojeluksessa) artikla on toisinaan asetettu vastakkain 3 II eli tasa-arvoartiklan kanssa.⁹⁰⁸ Suomessa ei vuoden 1919 perustuslain suppealla tasa-arvopykälällä ole ollut erityisempää käytännön vaikutusta sukupuolten välisen tasa-arvon edistämisessä.⁹⁰⁹ Meillä ei kuten Saksassa ole valtiosääntötuomioistuinta, johon voi valittaa katsoessaan, ettei lainsäädäntö ole perustuslain mukainen.

8.1.2. Seksuaalinen suuntautuminen ja valtion velvollisuudet

Lesboilta ja homoseksuaaleilta on evätty mahdollisuus valita liittomuoton. Ihmisten asettaminen sukupuolisen suuntautumisensa vuoksi eri asemaan ei edistä mahdollisuutta omaehtoiseen elämään.

Seksuaalisten vähemmistöjen asema ja seksuaalisen suuntautumisen vuoksi tapahtuvan syrjinnän lopettaminen on ollut esillä monien valtioiden välisen kansainvälisten järjestöjen työssä.⁹¹⁰ Tällaisen syrjinnän vastustamisen voi tulkita sisältyvän keskeisiin kansainvälisiin sopimuksiin.

⁹⁰⁸ Ks. lähemmin esimerkiksi Pfarr, s. 85–90 ja Hofman, s. 26.

⁹⁰⁹ Nieminen, Liisa (1993), s. 349, 362. Silloinen HM 5 §: Suomen kansalaiset ovat yhdenvertaiset lain edessä. Nykyinen HM 5 § (17.7.1995/969) on laajempi.

⁹¹⁰ Ks. lyhyenä yhteenvetona Isaksson, s. 74–110, jossa käsitellään EN:n, ETK:n, Pohjoismaiden neuvoston ja EU:n työtä.

YK:n kansalaisoikeuksia ja poliittisia oikeuksia koskevan kansainvälisen yleissopimuksen (KP-sopimus) 23 artikla ja EN:n Euroopan ihmisoikeussopimuksen 12 artikla tunnustavat avioliittoiässä oleville miehille ja naisille oikeuden solmia avioliitto ja perustaa perhe. Euroopan ihmisoikeustuomioistuin ja -toimikunta ovat katsoneet, että sopimuksen takaama oikeus mennä naimisiin koskee vain vastakkaista biologista sukupuolta olevien henkilöiden oikeutta solmia perinteinen avioliitto.⁹¹¹ EU:n parlamentti on hyväksynyt päätöslauselman homojen ja lesbojen tasaveroisista oikeuksista.⁹¹² Siinä vedotaan sekä komissioon että jäsenmaitiin, että ne aktiivisesti vastustaisivat syrjintää seksuaalisen suuntautumisen perusteella. Jäsenvaltioita pyydetään muun muassa poistamaan syrjivä lainsäädäntönsä ja komissiota laatiin suositus muun muassa siitä, ettei samaa sukupuolta olevilta evättäisi mahdollisuutta avioliittoon tai sitä vastaavaan liittomuotoon eikä heidän oikeuttaan vanhemmuuteen, adoptoimiseen tai kasvattivanhemmuuteen rajoitettaisi.

Sekä YK:n KP-sopimus (17 art.) että Euroopan ihmisoikeussopimus (8 art.) suojelevat yksityis- ja perhe-elämää. YK:n ihmisoikeuskomitea on katsonut, että homoseksuaalinen seksuaalielämä kuuluu ihmisoikeussopimuksen suojeleman yksityisyyden piiriin.⁹¹³ Euroopan ihmisoikeustuomioistuinten ja ihmisoikeustoimikunnan oikeuskäytännössä on vastaavasti myönnetty samaa sukupuolta olevien suhteiden kuuluvan yksityiselämän suojan piiriin,⁹¹⁴ mutta toistaiseksi ne eivät ole katsoneet perhe-elämän suojan koskevan samaa sukupuolta olevien suhteita.⁹¹⁵ Tuomioistuin ja toimikunta ovat kyllä tul-

⁹¹¹ van der Veen, Hendriks, Mattijssen, s. 233–234: (toimikunta: Rees case, 17.10.1986, Series A., No. 106 1987.)

⁹¹² European parliament Resolution on equal rights for homosexuals and lesbians in the EC (A3-0028/94) Official Journal No C 61/40. (Isaksson, s. 114–118, päätöslauselman suomenkielinen käännös.) Ks. EU:n ja EN:n toiminnasta lesbojen ja homoseksuaalien oikeuksien edistämisessä lisäksi esimerkiksi van der Veen, Hendriks, Mattijssen, s. 239–241 ja Waaldijk.

⁹¹³ Toonen v. Australia, United Nations, Human Rights Committee, Communication No. 488/1992, 4.4.1994.

⁹¹⁴ van der Veen, Hendriks, Mattijssen, s. 230–231: (Euroopan ihmisoikeustuomioistuin: Dudgeon case, 22.10.1981, Series A., No. 45, 1982, Norris case, 25.10.1988, Series A., No. 142, 1988, Euroopan ihmisoikeustoimikunta: case 15070/89, Modinos v. Cyprus, 7.12.1990, Council of Europe press release.) Ks. ihmisoikeustuomioistuinten käytännöstä myös Heinze, s. 175–178 ja 196–208.

⁹¹⁵ Clapham, Weiler, s. 43, van Dijk, s. 189–190 ja van der Veen, Hendriks, Mattijssen, s. 231–232: (Euroopan ihmisoikeustoimikunta: Case 9369/81, X and Y v. U.K., 3.5.1983, D&R 32, 1983, Case 14753/89, X and Y v. U.K., 9.10.1989, julkaisematon).

kinneet perhe-elämän suojan ulottuvan avioliittoperheen ulkopuolelle ja käsittävän heteroseksuaaliset avioliitot, sisarusten ja muiden sukulaisten väliset perheet, moniavioiset perheet ja yksinhuoltajaperheet.⁹¹⁶ Perhekäsite on viimeksi laajentunut tuomioissa, jossa katsottiin perheeksi naisen, keinohedelmöityksellä siitetyn lapsen ja naisesta mieheksi leikatun transseksuaalin muodostama perhe.⁹¹⁷

EN:n ihmisoikeussopimuksen oikeuskäytäntö osoittaa, että periaatteessa sopimuksen syrjäntäkieltoartiklan (14) on katsottu kieltävän syrjinnän seksuaalisen suuntautumisen perusteella.⁹¹⁸ Sen enempää ihmisoikeustuomioistuin kuin toimikuntakaan ei ole toistaiseksi missään käsittelemässään tapauksessa katsonut, ettei kyseessä olevalle erilaiselle kohtelulle olisi ollut oikeutusta.⁹¹⁹ YK:n ihmisoikeuskomitea on tulkinnut ihmisoikeussopimuksen 2 ja 26 artiklan kieltävän syrjinnän myös sukupuolisen suuntautumisen perusteella.⁹²⁰ Se on katsonut sopimuksen syrjäntäkieltoluetteloissa mainitun »sukupuolen» sisältävän sukupuolisen suuntautumisen. Sekä YK:n että Euroopan ihmisoikeussopimuksen syrjäntäkieltoluetteloita ei muutenkaan ole pidetty tyhjentyvinä, mitä ilmentää viimeisenä mainittu kielletty syrjäntäperuste »or other status».⁹²¹

Martin Scheinin on lausunnossaan lakivaliokunnalle samaa sukupuolta olevien parisuhteen virallistamista koskevasta lakialoitteesta katsonut, että homoseksuaaleihin kohdistuu välillistä syrjintää kun he eivät voi solmia avioliittoa, johon on liitetty monenlaisia oikeudellisia vaikutuksia.⁹²² Hän huo-

⁹¹⁶ van der Veen, Hendriks, Mattijssen, s. 232: (Euroopan ihmisoikeustuomioistuin: Marcks case, 13.6.1979, Series A., No. 31 (1979), toimikunta: case 7289/75 ja 7349/76, X and Y v. Switzerland, Yearbook XX 1977, Khan v. U.K. Yearbook X 1967.) (Tapauksessa X, Y and Z v. U.K. on lisäksi mainittu mahdollisuudesta de facto suhteiden kuulumisesta perhekäsitteen piiriin tuomiot Keegan v. Ireland, 26.5.1994, Series A., No. 290 ja Kroon and Others v. the Netherlands, 27.10.1994, Series A., No. 297–C.)

⁹¹⁷ X, Y and Z v. The United Kingdom, European Court of Human Rights, 75/1995/581/667, 22.4.1997.

⁹¹⁸ Ks. lähemmin van Dijk, s. 203. Ks. myös Heinze, s. 221–225, jossa on lyhyesti käsitelty myös artiklan 14 itsenäisyyden tulkintaa. (Sen sanamuodossa turvataan sopimuksessa taatut oikeudet ja vapaudet ilman syrjintää esimerkiksi sukupuolen vuoksi.)

⁹¹⁹ van der Veen, Hendriks, Mattijssen, s. 235.

⁹²⁰ Toonen v. Australia, United Nations, Human Rights Committee, Communication No. 488/1992, 4.4.1994.

⁹²¹ Ks. aiheesta yleisemmin esim. Heinze, s. 221–225.

⁹²² Scheinin (lausunto lakivaliokunnalle). Hän on lausunnossaan samalla tuonut esille ihmisoikeussopimustapauksissa esille tulleet transseksuaalisuuteen liittyvät ongelmat. En itse käsittele erikseen transseksuaalien asemaa. Sukupuolijaon yleisen merkityksen vähentäessä helpottunee siirtyminen eri kategoriaan automaattisesti.

mauttaa, että ihmisoikeussopimusten tulkintakäytäntö sukupuolisen suuntautumisen ja identiteetin alalla on käymistilassa. Vaikka ihmisoikeussopimusten tulkintakäytäntö ei tällä hetkellä oikeudellisesti velvoittaisikaan Suomea säätämään kyseessä olevan tyyppistä parisuhdelakia, niin tilanne voi muuttua. Jo nyt sen voi katsoa puoltavan tällaista lainsäädäntöä.⁹²³ Scheinin pitää oikeudellisten sopimusvelvoitteiden vastaisena syrjintänä esimerkiksi perintöverotusta. Siinä samaa sukupuolta olevat parisuhdekumppanit eivät voi päästä samaan asemaan kuin aviopuolisot.

YK:n neljännessä maailmankonferenssissa naisten aseman edistämiseksi 15.9.1995 hyväksytyssä Pekingin julistuksessa on sen 96 kohdassa muun muassa todettu, että naisten ihmisoikeuksiin kuuluu oikeus hallita omaa seksuaalisuuttaan ja päättää itse vapaasti ja vastuullisesti – ilman pakkoa, syrjintää tai väkivaltaa – siihen liittyvistä asioista. Tässä julistuksessa on ensimmäisen kerran tunnustettu seksuaalisuus tai seksuaalioikeudet ihmisoikeutena. Seuraava askel on ryhtyä pohtimaan, mitä seksuaalioikeuksilla kokonaisuudessaan tarkoitetaan ja miten niitä voitaisiin parhaiten edistää. Monia jo olemassaolevia kansainvälisissä instrumenteissa taattuja oikeuksia voitaneen tulkita laajentavasti.⁹²⁴ Toisaalta on samalla tarpeen korostaa seksuaalioikeuksien roolia myös itsenäisenä oikeutena. Kansainvälisten asiakirjojen rooli kansainvälisen tason »jähmettyneenä politiikkana» vaatii asioiden mahdollisimman selkeää ilmaisua. Julistusten ja sopimusten merkitys on useinkin suurempi asenteen muokkaajina ja tavoitteiden asettajina kuin täytäntöön pantaviksi tulkittavina asiakirjoina. Tämän lisäksi yhtyisin siihen käsitykseen, etteivät muut kansainvälisissä instrumenteissa taatut oikeudet kata seksuaalioikeuksien kaikkia puolia. Lesbonaisten oikeus toteuttaa omaa seksuaalisuuttaan ja elää sen mukaisissa suhteissa lienee itsestäänselvästi seksuaalioikeus.⁹²⁵

Oikeus mennä naimisiin on taattu monien maiden perustuslaissa. Avioliiton heteroseksuaalisuutta on perusteltu lähinnä heteroseksuaalisuuden luonnollisuudella, josta seuraa homoseksuaalisuuden luonnottomuus, ja avio-

⁹²³ Ks. lähemmin Scheinin (lausunto lakivaliokunnalle). Yksityis- ja perhe-elämän suojaan liittyy Euroopan ihmisoikeussopimuskäytännössä poikkeuksellisen voimakkaasti velvoite positiivisiin toimiin ja oikeuksia tosiasiallisesti rajoittavan lainsäädännön katsominen sopimusloukkaukseksi.

⁹²⁴ Ks. esimerkiksi International Planned Parenthood Federationin Charter on Sexual and Reproductive Rights.

⁹²⁵ Seksuaalioikeudet on kirjattu julistuksen kappaleeseen Naiset ja terveys. Sitä ei ole varsinaisesti käsitelty syrjintäkieltoasiana.

liiton lisääntymistehtävällä.⁹²⁶ Heteroseksuaalisilta pariskunnilta ei kuitenkaan vaadita sen enempää lisääntymistä kuin lisääntymiskykyäkään avioliiton solmimisen edellytyksenä.

Suomen hallitusmuodon nykyisessä 5 §:ssä on säädetty kansalaisten yhdenvertaisuudesta lain edessä. Luettelo syistä, joiden perusteella kansalaisia ei saa syrjiä sisältää sukupuolen, muttei sukupuolista suuntautumista. Luetteloa ei kuitenkaan ole tarkoitettu tyhjentäväksi ja hallitusmuodon uudistuksen perusteluissa on mainittu kiellettyinä syrjintäperusteena myös sukupuolinen suuntautuminen.⁹²⁷ Oikeuskansleri on katsonut, ettei HM 5 §:stä ja Suomea velvoittavista ihmisoikeussopimuksista »näyttäisi voitavan ainakaan selkeästi johtaa valtiovallalle velvoitetta ryhtyä lainsäädäntötoimenpiteisiin» samaa sukupuolta olevien liittojen aseman rinnastamiseksi aviopuolisoihin.⁹²⁸ Hän toteaa samassa yhteydessä, että HM 5 § huomioon ottaen »ei toisenlaistakaan tulkintaa kuitenkaan voitane pitää varmuudella ennalta poissuljetuna».

Saksan perustuslain 6 artiklassa todetaan avioliiton ja perheen olevan valtion erityisessä suojeluksessa. Artiklassa 3 ilmoitetaan kaikkien ihmisten olevan lain edessä samanarvoisia. Miesten ja naisten tasa-arvo on mainittu erikseen. Artiklassa on lueteltu syitä, joiden vuoksi kukaan ei saa joutua muita huonompaan asemaan. Sukupuolista suuntautumista ei ole luettelossa mainittu. Saksan oikeuskäytännössä avioliitto on katsottu heteroseksuaaliseksi.⁹²⁹

8.2. Oikeusjärjestys muutoksen välineenä

Lait ovat aikanaan pyrkineet tietoisesti säilyttämään naisen alisteisen aseman. Nykyään on lainsäädännön lähtökohtana periaatteessa tasa-arvo, mutta lain tulkinnassa ja täytäntöönpanossa ja osittain vielä lainsäädännössäkin vaikuttavat ihmisten ja siten oikeusjärjestyksen sisäistyneet perinteisetkin asenteet.⁹³⁰

⁹²⁶ Ks. esim. Dupuis. Hän on artikkelissaan vertaillut Yhdysvaltoja ja Tanskaa. Ks. Kanadan perustuslakikeskustelusta lyhyesti Bala, s. 305–311.

⁹²⁷ HE 309/1993, s. 43–44.

⁹²⁸ Valtioneuvoston oikeuskanslerin ratkaisu 6.8.1996, Dnro 163/1/96, s. 4.

⁹²⁹ Ks. Grib, s. 14–15 ja 290 ja Schwab, s. 30.

⁹³⁰ Lisäesimerkkeinä mainittakoon tulkinnasta KHO:n tasa-arvolain tulkinnat 15.2.1991 T:502 ja 5.9.1991 T:2990, ks. lähemmin Nieminen, Liisa (1991), s. 254–262, ja täytäntöönpanosta poliisin toisinaan esiintyvä haluttomuus ryhtyä toimenpiteisiin parisuhdeväkivaltatapauksissa.

Ajattelumme perustuu pitkälti kahdelle toisiaan täydentävälle sukupuolelle ja niiden väliselle erolle ja valtahierarkialle. Yhteiskunnalliset ja ideaaliset rakenteemme ovat kasvaneet tämän sukupuolisopimuksen maaperästä. Siten on luonnollista, että feministisissä kirjoituksissa on usein suhtauduttu kriittisesti esimerkiksi oikeusjärjestykseen ja sen mahdollisuuksiin toimia »vapautuksen» välineenä. Järjestys, joka on syntynyt toisistaan erotettujen sukupuoliroolien ja -stereotyyppien ja miesten valta-aseman sisäistyneessä yhteiskunnassa, perustuu näillekin sisäistyksille. Oikeusjärjestys naisten »vapauttajana» on ristiriitainen, koska sen tulisi vapauttaa nainen niistä rakenteista, joihin se itsekkin pitkälti perustuu. Liikkuessamme jonkun diskurssin sisällä emme voi vapautua siitä. Oikeussubjekti, jonka oikeusjärjestys on määrittänyt, ei ole omaehtoinen subjekti.⁹³¹

Lainsäätäjien ja -käyttäjien asenteet vaikuttavat oikeusjärjestyksen toimintaan, minkä on usein selkeästi voitu osoittaa olleen naisille haitallista. Huomaamattominta tällainen asenteellisuus on silloin, kun naisille tyypillisiä elämäntilanteita ei ole tultu ajatelleeksi, vaan ratkaisut ovat perustuneet miehille tyypillisiin tilanteisiin eli lähtökohtaihminen on ollut mies. Sukupuolten välillä on yhä yleisesti ottaen eroja esimerkiksi siinä, kuinka he yhdistävät työn ja kodin ja millainen tulotaso heillä on. Sukupuolisidonnainen painopiste-ero näkyy esimerkiksi suhtautumisessa pahoinpitelyyn: naiset joutuvat pahoinpitelyn uhriksi tyypillisesti yksityisyydessä, miehet julkisuudessa. Jälkimmäinen on Suomessa ennenkin ollut virallisen syytteen alainen teko, edellinen vasta vuodesta 1995.

Seksistiset asenteet eivät kuitenkaan ole vain oikeusjärjestystä koskeva ongelma. Samat asenteet vaikuttavat myös muualla yhteiskunnassa. Voidaan kysyä, säilyvätkö sisäistetyt (muttei tiedostetut) asenteet vankemmin oikeuden ulkopuolelle jätetyissä ongelmatilanteissa. Tähän suuntaan voi vaikuttaa sekin esitetty näkökohta, että lainsäädännön ulkopuolelle jätetyt ongelmat jäävät helposti yhteiskunnallisen keskustelun ja toimenpiteiden ulkopuolelle. Niitä ei ole yhteiskunnallisella tasolla olemassa, vaan ne jäävät yksityisiksi, henkilökohtaisiksi yksittäisongelmiksi. Erityisesti jos yhteiskunnassa lähdetään siitä, että sen tehtävänä on aktiivisesti edistää tasa-arvoa, lait lienevät useinkin edistyksellisempiä kuin oikeustyhjien alueiden käytöstavat. Tämä ei tietenkään takaa oikeuskäytännön edistyksellisyyttä eikä välttämättä lainkaan vaikuta muuhun käytäntöön.

⁹³¹ Katso tästä aiheesta esimerkiksi Butler (1990), s. 2–3.

Oikeusjärjestyksen rakenne ja keinot kuvastavat sen sisäistämää lähtökohta-ajattelua. Erityisesti norjalaiset kotirouva-oikeuden kehittäjät ovat korostaneet, että nykyinen lainsäädäntö ei lähde naisten tarpeista.⁹³² Muun muassa Carol Smart on kiinnittänyt huomiota siihen, että oikeusjärjestys usein vain pahentaa – tai luo uusia – ongelmia, joihin se nykyisillä keinoillaan puuttuu.⁹³³ Hän on painottanut myös sitä, ettei oikeuksien saaminenkaan ole ongelmatonta. Kun ihmiset saavat lisää oikeuksia, se lisää myös oikeusjärjestyksen kontrollia heidän elämäänsä. Yhteiskunnalla on tällöin oikeus tutkia ihmisten elämää voidakseen päättää oikeuksien myöntämisestä. Tällä tavoin myös oikeusjärjestyksessä vallitsevat asenteet pääsevät vaikuttamaan entistä syvällisemmin ihmisten elämään. Oikeus mitätöi muun tiedon ja kokemukset ja omii yksinoikeuden totuuteen.

Vaikka yhdynkin monella tasolla edellä kuvatun tyyppiseen kritiikkiin, en halua tyytyä siihen. »Isän» laki ja kieli eivät ole ikuisia, essentiaalisia. Syvällisestikin sisäistetyt asenteet ja ajattelutavat ovat muuttuvia. Jos maailma ja ymmärryksemme selitetään vanhojen ajatusrakennelmien ja stereotyypioiden kautta, emme pääse niitä pakoon, mutta meidän ei tarvitse tehdä näin. Todellisuus on sellainen, miksi me sen miellämme. Symbolit muuttuvat. Sukupuoli ei ole olemista vaan tekemistä, se luo itse itsensä.⁹³⁴ Oikeusjärjestystä ja sen logiikkaa voidaan muuttaa. Yhteiskunnalliset järjestelyt – kuten oikeusjärjestys – ovat jatkuva prosessi, joiden on koko ajan muututtava olosuhteiden ja ihmisten mukana, samalla kun ne itse vaikuttavat olosuhteiden ja ihmisten muuttumiseen.

Edellä mainituista syistä pidän ideaalitodellisuuteni saavuttamisen tärkeimpänä keinona asenteiden muutosta ja siinä työssä ei voi unohtaa oikeutakaan. Jotkut asiat ovat oikeusjärjestyksen ulottumattomissa, eikä lain muutos usein paljonkaan muuta todellisuutta, jos entiset asenteet säilyvät. Esimerkiksi tulkinnoilla, lain jättämisellä kuolleeksi kirjaimeksi, sen täytöntöönpa-

⁹³² Ks. lähemmin Stang-Dahl. Esimerkiksi sosiaalioikeudessa on selvästi lähtökohdana ollut ansiotyössä käyvä ihminen: sosiaalitytö, eläkkeet jne. perustuvat pitkälti ansiotyölle ja kotona työtä tekevä jää vaille samanlaista yhteiskunnan taloudellista turvaa, puolisoistaan riippuvaiseksi. Eri maiden järjestelmät luonnollisesti poikkeavat toisistaan joissain suhteissa.

⁹³³ Jos esimerkiksi inestitapauksessa lapsi eikä isä poistetaan kotoa, lapsi kokee itsensä rangaistuksi ja toisaalta taloudellisesti miehestä riippuvainen perhe voi joutua taloudelliseen ahdinkoon miehen joutuessa vankilaan – eikä, jos lapsi on kotona, vankilatuomio estä miestä jatkamasta käytöstään vankilasta päästyään. Ks. näistä kysymyksistä lähemmin Smart, s. 50–65, 138–165.

⁹³⁴ Ks. lähemmin kappale 2.1.

non ja valvonnan hoitamatta jättämisellä laki voidaan käytännössä vesittää. Joillakin laeilla on toisaalta paljonkin vaikutusta ja niiden kiertäminen on hyvin vaikeaa. Lain määräyksillä on usein välillinen vaikutus keskenään sovitaviin asioihin.⁹³⁵ Neuvotteluasemiin vaikuttaa se, millaisia oikeuksia osapuolet tietävät tai uskovat itsellään lain mukaan olevan.

Naisten elämään on usein liittynyt enemmän muodollista sääntelyä vaillo olevia tilanteita kuin miesten.⁹³⁶ Modernissa valtiossa oikeudellista ajattelua hallitsee valtion perspektiivi ja valtion oikeus, jolloin paikallisempien, pienempien yksiköiden – kuten perheen – näkökulma tai käytännöt eivät ole keskiössä. Valtioperspektiivi on yksi modernin ajattelun yhtenäistävän yleisperspektiivin ilmenemismuoto. Postmoderni oikeus olisi Boaventura De Sousa Santoksen mukaan pluralistinen, eritasoisten (oikeus)järjestelmien verkosto.⁹³⁷

Voisimme puhua myös ongelmien ja muiden ratkaistavien asioiden yksilön vapaudesta. Ratkaisua etsittäessä ei tulisi lähteä liikkeelle järjestelmistä ja niiden logiikasta, vaan itse ongelmasta ja sen tarpeista. Yhä enemmän huomiota tulisi kiinnittää erilaisten ratkaisumallien yhtäaikaiseen käyttöön, jolloin oikeudelliset keinot olisivat vain yksi osa kokonaisratkaisua. Esimerkiksi useiden eri ammattialojen asiantuntijoita sisältävä perhetuomioistuimien tai tuomioistuimien perheosasto tai erityiskokoonpano voisi käsitellä perheen ristiriitoja kokonaisvaltaisemmin ja tehokkaammin kuin puhtaasti oikeudellinen tuomioistuin.⁹³⁸ Tällöin tärkeinä nähtäisiin myös muiden ammattialojen painottamat näkökulmat eikä vain juridisesti merkittävät seikat. Tuomioistuimena siinä olisi oikeusturva-ajattelu mukana ja nekin asiat, jotka nykyään tosiasiallisesti päätetään sosiaalisektorilla tai joita ei perheasioiden yhteydessä käsitellä lainkaan, kuten usein väkivalta, tulisivat mukaan oikeudelliseen harkintaan. Läheissuhteissa oikeusturvan painottaminen on tärkeää, ettei vahvemman oikeus voita sovinnon ja sovittelun nimissä.

⁹³⁵ Ks. lähemmin Mnookin.

⁹³⁶ Petersen (1991), s. 73.

⁹³⁷ Sousa Santos, s. 297–299, »...a network of legal orders.« Hän lopettaa artikkelinsa seuraavasti: »By constantly changing its colours according to certain biological rules, the chameleon is truly not an animal but rather a network of animals as much as law is a network of legal orders. Law as a chameleon may turn out to fit the postmodern conception of law.«

⁹³⁸ Muun muassa Saksassa on perhetuomioistuin. Se käsittelee vain siviilioikeudellisia juttuja. Keskeisenä perusteluna perhetuomioistuimien perustamiselle oli Saksassa ajatus siitä, että perheasiat tarvitsevat erityisen käsittelyn erityisen rakenteensa vuoksi, s. 488 Vogel. Perhetuomioistuinta on pidetty tärkeinä käsittelemään myös perheväkivaltaa, esimerkiksi Väkivaltajaoston mietintö, s. 96–98.

Liikuttaessa monisisisillä alueilla, kuten perhe-elämä, on tärkeää miettiä myös aivan uudenlaisia poikkitieteellisiä ratkaisuja erilaisiin ongelmatilanteisiin ja asioiden kehittämiseen. Tuomioistuinten rinnalle olisi toisaalta syytä kehittää erilaisia sovittelumenettelyjä, jotka jo menettelytapana soveltuisivat kaikkia osapuolia mahdollisimman pitkälle tyydyttävien ratkaisujen löytämiseen, myös yhä jatkuvissa suhteissa.⁹³⁹ Perhe- niinkuin liikesuhteidenkin ongelmat ja ristiriidat ovat monenlaisia ja vakavuudeltaan eriasteisia, joten kaikkiin tilanteisiin ei sovellu samanlainen menettely.

Yksityisoikeudellisen lainsäädännön mahdollisuudet yksinään vaikuttaa perhe-elämän kehitykseen ovat rajalliset. Avioliiton aikana puolisoiden välisen selvittelyssä ei juuri turvauduta oikeusjärjestykseen. Avioliiton yksityisoikeudelliset vaikutukset aktualisoituvat lähinnä vasta avioliiton purkautuessa. Avioerosäädösten asenteita muokkaava merkitys lienee vähäinen. Ihmiset eivät avioliittoa solmiessaan ja yhdessä eläessään juurikaan tehne ratkaisujaan tai harkitse käytöstään eroon varautuen. Oikeusjärjestyksen tehtäväksi jää usein tukea muuta yhteiskunnallista kehitystä. Lainsäädännöllä on kuitenkin joskus jopa huomattavaakin vaikutusta yhteiskunnan kehityksessä. Lait ovat myös yhteiskunnallinen kannanotto.

Susan Atkins uskoo, että Suomen kaltaisessa oikeusjärjestelmässä on realistisempaa kuin common law -maissa olettaa, että lailla voidaan vaikuttaa yhteiskunnan jäsenten käyttäytymiseen. Hän on Suomen avioliittolain uudistusta vuodelta 1987 arvioidessaan pitänyt puutteena sitä, ettei lain pedagogisia vaikutuksia ole pyritty käyttämään hyväksi.⁹⁴⁰ Laissa ei ole painotettu kotitöiden tekemisen olevan molempien puolisoiden velvollisuus. Oikeus käsitetään vain konfliktien ratkaisijana, jos yksityiselämän kysymyksistä ei säädetä laissa riidanratkaisu- ja täytäntöönpano-ongelmien takia. Täytäntöönpano-ongelmia on myös omistusoikeutta ja taloudellisia korvauksia koskeissa asioissa. Suomen ja Saksan avioliittolainsäädännössä on koko käsittelemäni ajanjakson aikana esiintynyt periaatteellisia lausumia, jotka eivät ole täytäntöönpantavissa tai luo tai poista oikeuksia. Tähän liittyen voi mainita säädöksen miehen velvollisuudesta antaa vaimolle varoja elatusmenoihin.⁹⁴¹ Siinäkin oli kyse miehen velvollisuudesta täyttää osansa kodin hoidossa, ja säädös miellettiin molemmissa maissa asennekasvatukselliseksi py-

⁹³⁹ Ks. laajemmin esim. Shultz, s. 307–328.

⁹⁴⁰ Atkins, s. 104–106.

⁹⁴¹ Suomessa tällainen säädös ei enää ole voimassa ja Saksassa sanamuoto on nykyään sukupuolineutraali.

käläksi. Sillä kasvatettiin kuitenkin oikeaa käyttäytymistä perinteisen rooli-asetelman mukaisessa kotirouva-avioliitossa.

Atkins toteaa lisäksi, että sovittelun ollessa vapaaehtoinen, toista puolisoa ei voi vaatia selvittämään avioliiton henkilökohtaisia ongelmia – varaliskuuskysymyksiä kylläkin. Avioliiton ongelmien selvittämisellä on tunnetusti ratkaiseva merkitys myös henkilön seuraavien ihmissuhteiden onnistumiselle. Atkins toteaa vielä, että jos lain tavoitteena on itsemääräämisoikeuden edistäminen, sen on käsiteltävä tasapuolisesti ihmiselämän yksityisiä ja julkisia puolia.

Vaikka oikeusjärjestyksen tehtävä on ollut laatia yhteiskunnassa noudatettavia sääntöjä ja huolehtia siitä, että niitä noudatetaan, on asiaa pohdittu hyvin vähän ihmisen psyyken kannalta. Miten ihmiset omaksuvat asioita? Mitkä menettelytavat saavat ihmisen torjumaan asioita ja mitkä suhtautumaan niihin positiivisesti? Lähtökohtaisesti voi ajatella, että oikeusjärjestyksen tapa »kasvattaa» on psykologisesti enemmänkin vastustusta herättävä.

Keskusteluissa avioliiton seksuaaliseen suuntautumiseen liittyvän tasarvon vaatimuksesta on avioliitto nähty sekä muuttajana että muuttujana. Lesbojen ja homoseksuaalien keskuudessa on paljon pohdittu sitä, tulisiko avioliittolainsäädännön ulottamista heihin edes haluta. Kyseessä voi olla yleisluontoisempi yhteiskunnallinen kannanotto, mutta keskeisellä sijalla on vastustavissa mielipiteissä usein ollut avioliittoon sisältyviksi koettujen sukupuoliroolikäsitysten vastustus.⁹⁴² Myös heteroseksuaalisesta näkökulmasta on esitetty avioliiton olevan niin konservatiivinen instituutio, ettei sen vaikutusaluetta tulisi lainkaan laajentaa. Asiaa voi ajatella myös toisin päin. Jos otetaan huomioon se, että suurin osa ihmisistä solmii avioliiton, eikä yleisenä politiikkana ole kyseenalaista jättää tämä instituutio periaatteessa koskemattomaan »taantumuksen tilaan»? Eikö olisi parempi pyrkiä poistamaan avioliitosta siihen liittyviä »taantumuksellisia» piirteitä tai miellejohdyntymisiä.

On keskusteltu paljon siitä, pystyvätkö lesbo- ja homoavioliitot muuttamaan avioliittoinstituutiota.⁹⁴³ Näiden liittojen mukaantulon tähän institu-

⁹⁴² Ks. esim. Bala, s. 310–313.

Common law -maissa (joissa kyseessä olevaa keskustelua on paljon käyty ja mihin keskusteluihin minäkin viiataan), joissa lainsäädäntö täsmentyy oikeustapausten ratkaisuihin, sukupuoliroolien asema voi olla periaatteessa keskeisempi kuin romaanisgermaanisissa maissa, joissa lain tulkinnan ei mielletä samalla tavoin kuvaavan oikeusjärjestystä kuin lakien.

⁹⁴³ Ks. esimerkiksi Virginia Law Review, vol 79, 7/1993, jossa useissa artikkeleissa käsitellään tai sivutaan tätä teemaa. Artikkelit ja kommentit on alunperin esitetty lehden sponsoroimassa symposiumissa Sexual Orientation and the Law 23.–24.4.1993.

tioon voi olettaa rikkovan perinteistä sukupuolirooliaasetelmaa. Vaikka näisäkin liitoissa roolit olisivat sukupuolisidonnaisia, ne eivät jakautuisi sukupuolen mukaan. Sinänsä samassa kulttuuriympäristössä kasvanut pieni vähemmistö ei pystyne muuttamaan enemmistön käytäntöjä kovin radikaalisti. Parisuhteeseen liittyneillä valtarakennelmilla ja roolijaoilla lieene vaikutuksensa lesbo- ja homosuhteissa samoin kuin heterosuhteissakin. Ihmisen kyky irrottautua vallitsevista asenteista ei liene riippuvainen hänen seksuaalisesta suuntautumisestaan. Edellä mainitusta huolimatta uskon, että rikkomalla parisuhteen sukupuolijakoliittymiä viedään kehitystä vallinneita sukupuoliasenteita muuttavaan suuntaan. Ihmiset asenteineen antavat sisällön instituutioille, mutta myös instituutiot rakenteineen muokkaavat ihmisten asenteita.⁹⁴⁴

Avioliitto ei nykyään sinällään aiheuttane sukupuolten välistä epätasa-arvoa, vaan siinä heijastuu yhteiskunnan epätasa-arvo.⁹⁴⁵ Avioliittolainsäädäntöön voi suhtautua pariskunnan tilannetta selkiyttävänä ja kohtuullistavana sääntelynä, joka turvaa myös sellaisten puolisojen aseman, jotka eivät arvaa tai osaa itse laatia itselleen kohtuullisia sopimuksia tai järjestelyjä. Parisuhdetta solmittaessa ja eletessä ei useinkaan varauduta erotilanteisiin.

Ei myöskään voi vaatia, että ainoastaan jonkun tietyn ihmisryhmän on pakko elää »edistyksellisesti». Lesboilla ja homoseksuaaleilla on aivan yhtä vaihtelevia elämäntapoja ja käsityksiä avioliitosta – ja sen taantumuksellisuudesta tai edistyksellisyydestä – kuin heteroseksuaaleillakin. Jos emme jaottele ihmisiä sukupuolen tai sukupuolisen suuntautumisen perusteella, annamme kaikille saman mahdollisuuden näistä ominaisuuksista riippumatta tehdä itse valintansa parisuhteensa muodosta.

Keskusteltaessa parisuhteeseen liittyvistä oikeusvaikutuksista on tärkeää samalla pohtia laajemmin, mitä oikeusvaikutuksia avioliitolle tai muulle virallistetulle parisuhteelle halutaan antaa.⁹⁴⁶ Voi esimerkiksi kysyä, onko ny-

⁹⁴⁴ Hupaisana esimerkkinä parisuhteeseen liittyvistä sukupuolisidonnaisuuksista näen seuraavan sanomalehtijutun (Helsingin Sanomat, 3.2.97): Islannin veroviranomaisten esittämässä veroilmoituskavakkeessa oli homopariskunnan toinen osapuoli merkitty naiseksi. Pariskuntia koskevissa kaavakkeissa on palsta naiselle ja miehelle. Kriteeri, jonka perusteella veroviranomaiset olivat päättäneet kumpi on nainen, oli ikä. Heteropariskunnissa kun nainen on yleensä tilastojen mukaan nuorempi.

⁹⁴⁵ Eskridge, s. 1488.

⁹⁴⁶ Ks. esimerkiksi Polikoff, s. 1549. Ks. myös Perhetoimikunnan mietintö, s. 35–75, Perhekesityöryhmän muistio, Hiltunen, s. 65–77, missä luetteloita eri yhteiselämän muotoihin liitettyistä säädöksistä ja Robson perheen ja lesbojen uudelleen määrittelystä.

kyaikana perusteltavissa, että vain läheiset sukulaiset, joihin aviopuoliso luetetaan, kuuluvat alemman perintöveron luokkaan? Miksei olisi yhtä edullista testamentata omaisuuttaan elämäkumppanilleen tämän statuksesta riippumatta tai vaikka hyvälle ystävälle, joka on ollut läheisin ja tärkein ihmissuhde, kuin antaa itselleen mahdollisesti etäisen lähisukulaisen periä se? Voidaan varmasti löytää runsaasti esimerkkejä liittymistä aviosuhteeseen, joiden asianmukaisuuden voi kyseenalaistaa. Joidenkin valtioiden sosiaalijärjestelmissä avioliiton merkitys voi olla hyvinkin suuri. Tähän liittyy myös keskustelu lainsäädännön yksilö- tai yhteisö/perhekeskeisyydestä.⁹⁴⁷ Yksilökeskeisyyttä lienee – ainakin toistaiseksi – pidetty suuntana, johon päin ollaan yleisesti ottaen menossa.⁹⁴⁸

8.2.1. Sopimus ja tasa-arvo

Sopimusta on perinteisesti pidetty vapauden välineenä. Sittenmin on kyseenalaistettu, onko sopimus vapauden väline heikommassa neuvotteluasemassa olevalle. Edistääkö sopimusajattelu tasa-arvoa parisuhteessa? Onko olemassa feminististä sopimusoikeutta?

Edellä käsittelemäni ajatus tarpeesta poistaa dikotomia perheen ja sopimuksen väliltä on osa yritystä poistaa dikotomisuus naisen ja miehen väliltä. Jos lähdetään siitä, että dikotomisuus ja oppositioparit väistämättä johtavat hierarkiaan, pääsääntöön ja sen negaatioon, edistää sopimus- ja parisuhdevestaparien yhteensulauttaminen tasa-arvoa ainakin yleisellä tasolla.

Pateman on katsonut, että naiset eivät ole avioliittosopimuksen osapuolina »yksilöitä» vaan naisia.⁹⁴⁹ Tämä tarkoittaa alkuperäisen yhteiskunnallisen sukupuolisopimuksen mukaan luontaisesti alempiarvoisia. Heidän velvollisuutensa on totella. »Yksilö» on mies, joka käyttää naisen ruumista. Keskeisesti lainsäädännölle perustuvassa oikeusjärjestyksessä, jonka lainsäädännössä raiskaus avioliitossa on kriminalisoitu eikä laissa mainita tottelemisvelvollisuutta tai velvollisuutta seksuaaliseen kanssakäymiseen, edellä mainittu ei muodollisesti pidä paikkaansa. Toinen asia on, kuinka pitkälti se pitää paikkansa sosiaalisena sukupuolisopimuksena, joka vaikuttaa oikeuskäytäntöön. Tämä on asennekysymys, joka liittyynee enemmänkin parisuhteeseen kuin avioliittoon. Tosin avioliitto instituutiona on aiemmin perustunut su-

⁹⁴⁷ Ks. esim. Hiltunen, s. 30.

⁹⁴⁸ Ks. lähemmin esimerkiksi Lund-Andersen. Pohjoismailla on yksilökeskeisempi perinne kuin monissa muissa EU-maissa.

⁹⁴⁹ Pateman, s. 181, 185 (s. 154–188).

kupuolten epätasa-arvolle. Nimenomaisten sopimusten tekemisen lisääntyminen voisi olla yksi tasa-arvoistava tekijä. Tällöin osapuolet joutuisivat tietoisemmin ajattelemaan, mitä he liitoltaan haluavat ja keskustelemaan keskenään aiheesta. Monet ihmiset lienevät periaatteessa tasa-arvoisia, jolloin sopimuksia ei tehtäisi epätasa-arvoisiksi.⁹⁵⁰

Lenore Weitzman, joka on kirjoittanut nimenomaisten parisuhdesopimusten tekemisen puolesta, on todennut avioliittosopimuksesta eli avioliitosta, että sen osapuolet ovat menettäneet perinteiset statuksen edut ja samalla heiltä on riistetty sopimuksen tarjoama vapaus.⁹⁵¹ Suhteen ehdot sanelee valtio.

Nimenomaisetkaan sopimukset eivät ole itsestään selvästi tasa-arvoisia.⁹⁵² On usein painotettu, että sopimusten tasa-arvoisuus kyseenalaistuu, jos sopimuspuolet eivät ole tasavahvoja. Naisten on perinteisesti oletettu olevan tottumattomampia solmimaan sopimuksia ja huonompia valvomaan omaa etuaan.⁹⁵³ Tästä on katsottu seuraavan, että parisuhteessa tehdyt sopimukset saatavat helposti olla naisille kohtuuttomia. Vastaväitteenä voi todeta, että näissä tilanteissa on käytettävissä kohtuullistamissäädökset siinä missä muissakin epätasa-arvoisiksi arvioituissa sopimussuhteissa. Kohtuullistamistarpeen arvioimiseen vaikuttavat luonnollisesti arvioijien omat asenteet sukupuolikäsitteineen. Avoliitoissa, joissa sopimuksia ei yleensä lainkaan tehdä, olisi nimenomaisten sopimusten tekeminen varmasti yleensä parempi ratkaisu kuin sopimukseton tila.

Weitzmanin mukaan miehet usein vierastavat sopimuksia ja jättäytyvät mielellään luottamuksen varaan.⁹⁵⁴ Naiset sen sijaan tuntevat oikeutensa paremmin turvatuiksi selkeällä sopimuksella. Hän olettaa, että syy tähän eroon on, että miehillä on perinteisesti ollut enemmän valtaa parisuhteessa. Tasavahvat osapuolet pitävät sopimusta järkevänä vaihtoehtona. Tästä voi yhtenä selityksenä päätellä, että sopimuksen tekoa pohdittaessa sopimus näyttäytyy tarpeettomimmaksi sille, joka uskoo asioiden hoituvan hänen haluamallaan tavalla ilman sopimustakin ja joka ei ehkä edes halua keskustella pelin säännöistä.

⁹⁵⁰ Weitzman (1981), s. 242. Sopimuksissa, joista Weitzman kirjoittaa, sovitaan myös henkilökohtaisesta suhteesta, työnjaosta jne.

⁹⁵¹ Weitzman (1981), s. xix. Nimenomaiset sopimukset ovat yksi kirjan pääteemoista.

⁹⁵² Ks. esim. Gottberg (1/1995), s. 160–165, jossa on käyty läpi tätä aihetta koskennutta keskustelua.

⁹⁵³ Ks. tästä esim. Weitzman (1981), s. 246–248.

⁹⁵⁴ Weitzman (1981), s. 241–243.

Wilhelmsson on pohtiessaan sopimusta ja tasa-arvoa aavistellut meidän seisovan uuden sopimusparadigman kynnyksellä.⁹⁵⁵ Tällöin tulevat kyseenalaistettaviksi monet sopimusoikeuden entiset lähtökohdat systematiikasta lähtien. Wilhelmsson painottaa erityisesti tarvetta irrottautua ajatuksesta, että sopimus on vain kahden osapuolen välinen. Sopimus tulisi sen sijaan nähdä avoimempana järjestelmänä ja osana monimutkaisempia kokonaisuuksia. Yksi tällainen kokonaisuus on sukupuolijärjestelmä. Toinen syvällisempää pohdintaa vaativa kysymys, jolla on liittymä tähänkin työhön, on kenen on kulloinkin kannettava riski. Yhteiskunnallisen tasa-arvon edistämistä pohdittaessa ei ole esimerkiksi itsestään selvää, että heikommassa asemassa olevien sopimuskentkemahdollisuudet saavat aina olla heikommat, koska he ovat sopimuskumppaneina riskejä. Kysymystä avoliiton sopimusluonteesta voisi pohtia myös riskin jaon oikeudenmukaisuuden näkökulmasta.

Naistutkimus on osa perinteisen tieteen kritiikkiä. Se ei ole pyrkinyt tuomaan esille vain naisnäkökulmaa – »näkymätöntä naista» – vaan myös sukupuolijaon mukaisesti väritynyttä feminiinistä perinssiippiä.⁹⁵⁶ Perinteinen (miesten) tiede käsitetään tällöin lähinnä maskuliinisen perinssiipin tuotteena. Sopimusoikeudellisen ajattelun uudet suuntaukset voi nähdä pitkälti feminiinisen perinssiipin esille tulona. Sopimusoikeus, jossa sopimussuhde nähdään yhteistyönä, jatkuvana, vuorovaikutuksellisenä ja avoimena prosessina ja jossa korostetaan henkilökohtaisten seikkojen ja tilannekohtaisten olosuhteiden huomioimista ja kokonaisvaltaista harkintaa, on feminiinistä ja feminiinisen perinssiipin mukaan tuomisen takia myös feminististä sopimusoikeutta.

8.3. Muodollisuus vai joustavuus?

Otan esille vielä yhden parisuhteenkin oikeudellisessa käsittelyssä keskeisen kysymyksen eli kuinka voimme ja uskomme voivamme hallita elämän ilmiöitä. Äärilaita, jossa hallinta olisi täydellisin, olisi yksityiskohtainen ja muodollinen säätely, jossa minkäänlaista epävarmuutta tuovaa harkintaa ei tarvittaisi. Toinen äärilaita olisi täysin säätelemätön tila, jossa kaikki ratkaisut olisivat tilannekohtaisia. Käytännössä kumpikaan näistä ei pysty säilyttämään puhdasoppisuuttaan, joten niiden välillä joudutaan hakemaan tasa-

⁹⁵⁵ Wilhelmsson (1997).

⁹⁵⁶ Monet sopimusoikeudelliset menettelytavat lienevät hyvinkin käyttökelpoisia myös liike-elämässä esiintyvissä sukupuolisyrintätilanteissa aivan samoin kuin niitä on käytetty esimerkiksi kohtuullistamaan erilaisessa asemassa olevien ihmisten suhteita yleensä. Ongelmana lienee useimmiten se, ettei sukupuolisyrintää nähdä tai ilman laajempia tutkimusotoksia pystytäkään näyttämään toteen.

painoa. Menettelytapaa muotona pohtiessamme perustuu valintamme siihen, miten toimivina eri tapoja yleisesti ottaen pidämme ja omaan suhteeseemme menettelytapojen edustamaan ajattelutapaan eli millä logiikalla haluaisimme toimia – mikä puolestaan kertoo meistä ihmisinä. Sisällöllinen valinta määräytyy sen mukaan miten koemme parhaiten toteuttavamme kulloisetkin päämäärämme.

Oikeudellisissa keskusteluissa on esiintynyt suuntauksia, joita voi kutsua järjestelmäorientoituneiksi. Niissä järjestelmä ja sen johdonmukaisuus ovat lähtökohtia, jolloin järjestelmän logiikan mukaiset määritelmät ja muutoseikat korostuvat. Niiden vastapainona jotkut suuntaukset ovat korostaneet järjestelmää ympäröivän todellisuuden ja järjestelmän arvopohjan eli sisällöllisten seikkojen merkitystä. Viime aikoina on järjestelmien teoreettista pohjaa koskevilla oikeudellisissa keskusteluissa saanut yhä enemmän sijaa ajatus monikeskeisyydestä. Monikeskeinen järjestelmä on erilaisia todellisuuksia huomioiva, avoin järjestelmä, joka ei perustu yhdelle johdonmukaiselle logiikalle.

Joustavuus ja ennakoitavuus sekä kohtuus ja muodollisuus on oikeudellisissa keskusteluissa usein asetettu vastakkain. Vastakkainasettelu kuvastaa omalta osaltaan joko/tai ajattelun mahdottomuutta. Täysin ennakoimatonta joustavuutta tai täysin ennakoitavaa ja joustamatonta järjestelmää tuskin löytää. Elämän monipuolisuutta ja ristiriitaisuutta ei voi paeta eikä todellisuutta voi jakaa johdonmukaisiin ja yksipuolisiin osiin. Yksipuoliset osat eivät toimi omillaan.

Sumean logiikan teoreetikko Bart Kosko on analogisesti verrannut tuomarin päättelyä sumean järjestelmän koneiden sumeaan assosiatiiviseen muistiin (FAM).⁹⁵⁷ Tuomari päättyy sumeaa painotettua keskiarvoa muistuttavaan tulokseen. Mustavalkoisella logiikalla voidaan toimia vain, jos jokaiseen mahdolliseen tilanteeseen on olemassa sääntö, jonka soveltamiseen ei tarvita lainkaan harkintaa.

Suuntaus on klassisessa yksityisoikeudessa ollut kohti epämuodollisuutta.⁹⁵⁸ Saksalaisessa oikeusryhmässä on korostettu muutovaatimuksia tarkoituksella suojella kokemattomia henkilöitä yllätyksiltä. Zweigert ja Kötz ovat todenneet, että muodollisuusvaatimuksia poistamalla pakotettaisiin tuomio-

⁹⁵⁷ Kosko, s. 206–212.

⁹⁵⁸ Zweigert, Kötz II, s. 59–60.

En tässä työssä vertaile eri maiden tai oikeusjärjestyksien sopimusoikeutta keskenään. Esitän enimmäkseen vain joitain yhteisiä ja yleisiä linjauksia. Common law -maissa esimerkiksi muodollisuusvaatimukset ovat periaatteessa suurempia kuin meillä. Me toimimme paljon väljemmillä käsitteillä.

istuimet ilmaisemaan päätöksensä todelliset syyt. He katsovat, että nykyajan lukutaitoiset ihmiset eivät välttämättä tarvitse yhtä paljon suojelua sopimussuhteissaan kuin ihmiset ennen. Kurt Grönfors on huomauttanut, että sopimuksen sisällön tarkistukset ja lisääntynyt joustavuus antavat tosiasiasa paremmat mahdollisuudet sille, että sopimus toteuttaa pääasiallisen tarkoituksensa.⁹⁵⁹ Goodrich on tuonut esille, ettei ole laajaa empiiristä näyttöä sille että »black letter rules» tai sopimuksen vapauden muodolliset periaatteet toisivat liikesuhteisiin varmuutta.⁹⁶⁰ Lisäksi epäoikeudenmukaisia ratkaisuja syntyy usein juuri muodollisuuksien takia. Avoliittoratkaisuissa näin on usein käynyt. Onko muodollisen parisuhteen ja parisuhdeoikeuden aika kulkemassa kohti loppuaan? Onko muodollisen suojelun tarve vähentymässä? Riittääkö muodollinen suojelu tai aiheuttaako juuri se suojattomuutta?

Joustavat ja subjektiiviset menettelytavat on työnnetty perinteisen sopimusdoktriinin ulkopuolelle, vaikka ne ovat liike-elämän käytännön keskeisiä elementtejä.⁹⁶¹ Joustava ja monisyinen harkinta antaa vaikutusmahdollisuuksia yhtä hyvin »perinteisille» kuin »edistyksellisillekin» asenteille.⁹⁶² Tunnustettaessa subjektiivisuuden keskeinen asema, myös tarve näiden subjektiivisuuksien tiedostamiseen ja havaitsemiseen korostuu. Muodollisuudessa on edellytyksenä ainakin jonkinasteinen objektiivisuus.⁹⁶³ Muoto edustaa universaalisuutta suhteessa aina muuttuvaan sisältöön.⁹⁶⁴ Uskoa siihen, että tarkasti määriteltävissä olevat tietyt muodot tuottavat periaatteessa aina oikeita ja hyviä ratkaisuja, voi pitää yhtenä ilmentymänä uskosta objektiivisuuteen ja universaalisuuteen.

Uudemmassa sopimusoikeudellisessa ajattelussa on, kuten aiemmin olen

⁹⁵⁹ Grönfors (1995), s. 93.

⁹⁶⁰ Goodrich, s. 33.

⁹⁶¹ Ks. esim. Brown ja Goodrich.

⁹⁶² Ks. esimerkiksi Nummijärvi, s. 108–109. Hänen tutkimuksessaan tarkasteltua joustavaa normia, joka muodoltaan ilmentää huolenpitorationaliteettia, sovellettiin huolenpitorationaliteetin sijasta sen vastakohdaksi katsotun tekniseen hallintaan rajoittuneen rationaalisuuden mukaisesti.

Esimerkkinä vanhojen keinojen toimivuudesta verrattuna uusiin keinoihin on esitetty pankkien koronnosto-oikeusjutut. Vahvempi puoli eli pankit pyrki käyttämään hyväkseen uutta suuntausta edustavaa materiaalista, kollektiivista ja tarveorientoitunutta argumentaatiota. Heikompi osapuoli eli kuluttajat käytti sen sijaan suhteellisen perinteistä, muodollista argumentaatiota. Tuomioistuimet vakuutuivat perinteisestä argumentaatiosta, mutta antoivat hyvinvointivaltiolle katsottavia päätöksiä kuluttajien hyväksi. Ks. Wilhelmsson (1993), s. 42–45.

⁹⁶³ Unger, s. 2–3.

⁹⁶⁴ Minkinen, s. 49, (hän viittaa Rudolf Stammleriin).

tuonut esille, painotettu monien systematisointien, yleisten oppien ja pääsääntöjen rinnakkaista olemassaoloa. Tällöin ratkaisija on selkeämmin vastuussa omista valinnoistaan. Tavallaan näin on käytännön ratkaisujen kohdalla ollut ennenkin. Tiukkojakin sääntöjä on tosiasiaassa voitu käyttää hyvin eri tavoin. Hyväksyttäessä vaihtoehtojen moninaisuus, omaa vastuuta ei voida kiistää piiloutumalla vastuusta vapaana Suuren Säännön tai Suuren Systemin taakse. Monikeskeisyys tuo mukanaan henkilökohtaisen vastuun ja vaatii asioihin perehtymistä niiden omista lähtökohdista. Järjestelmässä, jossa ei hallitse »universaalit», sisäistetyt arvot, järjestelmän toimijat ovat moraalisia subjekteja ja vastuussa valinnoistaan.⁹⁶⁵ Eri näkökulmista eli eri kriteereillä ovat eri lopputulokset johdonmukaisia.⁹⁶⁶ Tällöin tulee esille myös oikeuden ulkopuolisten seikkojen ratkaiseva rooli oikeusjärjestyksen käytännön todellisuudessa. Ymmärryksemme, tietomme ja ajattelutapamme, jotka heijastuvat myös oikeudelliseen toimintaan, muovautuvat yhteiskuntamme, kokemuksiemme ja rooliemme pohjalta. Sukupuoliroolien oikeuden sisäisistä piilovaikutuksista ei päästä irti ennenkuin ne on tiedostettu.

Avoliittotapauksissa oikeuskäytännön kyky päätyä oikeudenmukaisiin lopputuloksiin on usein kyseenalaistettu – erityisesti sukupuolten välisen tasa-arvon näkökulmasta. Oikeuskäytännön harkinnan tuloksena tehdyt päätökset ovat usein noudattaneet muodollista logiikkaa eikä lopputulosten ole koettu vastaavan käsitystä parisuhteessa elämisen kohtuullisista taloudellisista seurauksista. Vapaata harkintaa on käytetty toteuttamaan hyvin muodollista logiikkaa. Avoliittoratkaisuissa ei aina ole otettu huomioon asiaan liittyviä oikeuden ulkopuolisina pidettyjä seikkoja, kuten kauppatapaa rinnastettava parisuhdetapaa.

Pitkäaikaisten, henkilökohtaisiksi tunnustettujen, lojaalisten sopimussuhdeiden vallatessa alaa ajattelussa, tarkat määrittelyt ja erottelut käyvät mahdolltomiksi. Tämä mahdollisuus voidaan joko lähtökohtaisesti tunnustaa tai pyrkiä laajentamaan hallittavaa todellisuutta. Laajan kokonaisuuden pitkälle viety, tarkka analysointi ja yhä hienojakoisempi määrittely johtaa lopulta kuitenkin niin suureen hienojakoisuuteen, että ollaan tultu takaisin kokonaisuuden määrittelemättömään ykseyteen.

Oikeusjärjestys ei koskaan pysty luonnonoikeuden tavoittelemaan täydellisyyteen. Lacissa esiintyvät määrittelemättömät ilmaisut, kuten »oikeudenmukaisuus», »kohtuus» ja »perusteettomuus», voidaan nähdä keinoina tehdä järjestelmästä näennäisesti aukoton tai näyttönä järjestelmän aukollisuu-

⁹⁶⁵ Bauman (1996), s. 211–214.

⁹⁶⁶ Ks. myös Häyhä (1/1996), s. 3.

desta.⁹⁶⁷ Niiden käyttö vastaa luonnonoikeuden käyttöä. Kyseessä olevassa tilanteessa jokaisen tulisi periaatteessa kyetä rationaalisesti päättämään, mikä siinä on oikeudenmukaista, kohtuutonta tai perusteetonta. Kaikenkattavia sääntöjä ei pystytä luomaan vaan tilannekohtaisuudelle on aina jouduttu jättämään tilaa.

Yhtenä esimerkkinä jatkuvasta tasapainon hausta voi nähdä viimeaikaiset pohdinnat toisaalta muodon uudesta tulemisesta⁹⁶⁸ ja toisaalta alaa valanneet arvokeskustelut⁹⁶⁹. Arvot liittyvät sisältöön eli myös joustavuuteen. Muotokeskustelussa etsitään ratkaisua kysymykseen, milloin muotoa tarvitaan eli missä määrin oikeus selviää tehtävästään muotovapaammin ja missä määrin tarkemmat muodot ovat välttämättömiä.⁹⁷⁰ Liittämällä lain kirjain ja tavoite tiiviisti toisiinsa on pyritty välttämään muodon ja sisällön ristiriita.⁹⁷¹ Muotoa ja sisältöä ei voi koskaan täysin erottaa. Muodot pitävät jo sisällään tietyt arvot ja jättävät aina tulkintamarginaalia.

9. PARISUHTEEN OIKEUDELLINEN MÄÄRITTELY JA KÄSITTELY

Meidän kulttuurialueellamme oikeudellisesti määriteltä parisuhdetta edustaa yleensä periaatteessa vain heteroseksuaalinen määrätyn muodon solmittu avioliitto. Sen ohella myös epämuodollisilla parisuhteilla ja lesbo/homoseksuaalisilla parisuhteilla voi olla oikeudellista merkitystä. Annettaessa ilmiölle oikeudellista merkitystä sitä joudutaan jossain laajuudessa määrittelemään.

Erilaiset (oikeus)suhteet vaativat erilaista säätelyä, jotta niiden erityispiirteet tulisivat tarkoituksenmukaisesti huomioon otetuiksi. Tämä on syynä erillisen avioliittolainsäädännönkin olemassaoloon. Parisuhde on katsottu erityislainsäädäntöä vaativaksi oikeussuhteeksi. Käsitys siitä, mikä tämä erityissäätelyä vaativa erityisluonne on, vaihtelee. Erityislainsäädännössä tulee, kuten kaikessa lainsäädännössä, yleisemminkin pohdittavaksi mitkä asiat kuuluvat sen määriteltäviin ja mitkä jäävät sen ulkopuolelle ja mitä toimenpi-

⁹⁶⁷ Ks. näistä käsitteistä Friedmann, s. 135 ja Strömholm, s. 233–234.

⁹⁶⁸ Ks. lähemmin Aarnio (1994) ja Pöyhönen (1996).

⁹⁶⁹ Esimerkiksi Hellsten.

⁹⁷⁰ Esimerkiksi Aarnio (1994). Hän on todennut muodon olevan hyvä renki mutta huono isäntä.

⁹⁷¹ Ks. lähemmin Pöyhönen (1996). Hän viittaa Osvi Lahtiseen (Oikeustoimen muoto-ongelmasta, s. 134–144, Lakimies 1957).

teitä kyseiset erityispiirteet vaativat: tulevatko ne toisaalta riittävästi huomioiduiksi ja ovatko ne toisaalta tosiaankin erityiskohtelua vaativia piirteitä. Miksi on eroteltu avioliitto ja epämuodolliset liitot, perhe- ja velvoiteoikeus? Vastaako tällainen erottelu ja siitä juontuva lainsäädäntö ja oikeuskäytäntö parisuhteeseen liittyviä tarpeita?

Kuinka erityinen suhdetyyppi parisuhde on?⁹⁷² Tarvitseeko nimenomaan parisuhde oman säännöstönsä vai esimerkiksi yhteiselämysuhteet, yhteistaloussuhteet, lasten huoltosuhteet? Ilman sukupuolen mukaan eriytyneitä rooleja ei ilmeisesti olisi merkitystä sillä, minkälaisella kokoonpanolla yhteistaloudet tai lasten hoitamiset tapahtuvat. Uusperheet ovat jo yksi yleinen esimerkki siitä, kuinka esimerkiksi yhteistalous, elatus ja vastuu lapsista eivät enää kuulu yhteen, vaan oikeudet ja velvollisuudet ovat hajaantuneet eri talouksissa elävien henkilöiden välillä. Oma ratkaisuni kappaleen alussa esittämiini kysymyksiin olisi jälleen sekä/että. Oikeudenalojen erillisyyksien mahdollistaa eri tilanteiden erityisyyden huomioon ottamisen, mutta on yhtä tärkeää pohtia eri oikeudenalojen yhtäläisyyksiä ettemme perusteetta loisi yksipuolisille logiikoille perustuvia erillisiä osia.

Lain tarkoitus liittyy siihen, mitä oikeushyviä se suojelee. Kokonaisvaltaisesti parisuhdelainsäädäntöä lopullisine tarkoituksineen ja rajoineen ei ole aina paljon pohdittu. Lainsäädäntö voi olla muuttumattomana voimassa hyvinkin kauan ja siihen voidaan tehdä osittaisia muutoksia, joiden tarkoituksena voi olla esimerkiksi vain muutaman käytännössä ilmenneen ongelman ratkaisu. Sama laki voi näin ollen sisältää hyvinkin ristiriitaisia poliittisia tavoitteita.

Oikeudellisen ajattelun logiikkaa on pidetty toisena kuin perhe-elämän. Oikeudellisessa ajattelussa on katsottu asioiden saavan merkityksensä ja niitä arvosteltavan yhdenmukaisten muotoseikkojen mukaan. Oikeussubjektit mielletään pääsääntöisesti samanarvoisuudessaan samanlaisiksi. Laki on kaikille sama. Perhe-elämässä sen sijaan on katsottu lähdetyn keskinäisestä luotamuksesta ja avunannosta. Tekoja arvostellaan enemmänkin niiden tosiasiallisen merkityksen mukaisesti. Perheenjäsenet eivät useinkaan ole samassa asemassa eli oikeussubjekteina toisiinsa vaihdettavissa.⁹⁷³ Aiemmin puolisoitten tehtäväkenttä ja olemus määriteltiin nimenomaisestikin erilaisiksi.

⁹⁷² Ks. myös esim. Välimäki, s. 329, 391–392, pohdintaa aviovarallisuus-oikeuden suhteesta varallisuus-oikeuteen.

⁹⁷³ Nousiainen (1992), s. 21 (hän on eri yhteyksissä puhunut tästä aiheesta yksityiskohtaisemmin).

Uudemmassa sopimusoikeudellisessa ajattelussa osapuolten toisiinsa vaihdettavuus on rajoitettu.⁹⁷⁴ Osapuolten käyttäytymisen arviointi on yhteydessä heidän henkilöönsä liittyviin ominaisuuksiin. Sopimussuhteitakaan ei voida tyydyttävästi käsitellä perinteisellä muodollisoikeudellisella logiikalla. Edellä esitetty ei siten olekaan vain perheeseen liittyvää poikkeuksellisuutta, vaan koskee ylipäätään ihmisten välisiä suhteita. Näyttäisikin olevan yhtä tärkeää pohtia eri oikeussuhteiden ja oikeudenalojen yhtenäisyyttä kuin niiden erityisominaisuuksia ja ennen kaikkea sitä, mitkä asiat kuuluvat kumpaankin ryhmään.

Ajattelutavat, joista toinen perustuu modernisti kaksijakoisuuteen ja sisäistettyihin arvoihin ja toinen postmodernisti monikeskeisyyteen ja moniarvoisuuteen, hahmottavat parisuhteen ja sen aseman oikeusjärjestyksessä eri tavoilla. Ensin mainitussa ajattelutavassa on esimerkiksi periaatteessa mahdollista uskoa aukottomasti ja loogisesti toimivan systeemin löytymiseen, jälkimmäisessä uskotaan avoimiin, muuttuviin, harkinnanvaraa jättäviin systeemeihin. Ensimmäisessä ei tarvitse tarjota vaihtoehtoja, jälkimmäisessä vaihtoehdot eivät ole vain sallittuja vaan edellytettyjä.

Nousiainen on kysynyt, voiko Rawlsin oikeudenmukaisuuden takaaja: »tietämättömyyden verhon takana» oleva olento, joka tekee arvioitaan tietämättä asemaansa yhteiskunnassa, olla yhtäaikaan eri sukupuolien ja etiikkojen ruumiillistuma.⁹⁷⁵ Tämän työn materiaalista ilmenee, että Rawlsin ajatus toimii tilanteissa, joissa lainsäädäntö on aiemmin ollut selkeästi eriytynyttä esimerkiksi sukupuolen mukaan. Kun sukupuolierojen merkitys väheni ja molemmilla osapuolilla oli yhtäläisiä oikeuksia, lainsäätäjä joutui ottamaan huomioon sen mahdollisuuden, että hän voi löytää itsensä eri rooleista säätelyn kohteena olevassa asiassa. Hän tulee silloin ajatelleeksi oikeusturvakysymyksiä huomattavasti monipuolisemmin. Mutta neutria, universaalia ihmistä hänestä ei tule, eikä hän voi tosiasiassa eläytyä kovinkaan moniin tilanteisiin. Ainut ratkaisu lienee asettaa verhon taakse riittävän monta erilaista ihmistä, jotka eivät edusta vain erilaisia elämäkokemuksia vaan myös erilaisia maailmankatsomuksia ja etiikoita, jos emme usko yhteen, universaaliin oikeudenmukaisuuteen.

⁹⁷⁴ Ks. esim. Wilhelmsson (1987), s. 53–65. Hän on jakanut heikomman osapuolen roolit tyyppeihin, joista uusin on henkilöön liittyvät roolit. Nämä hän jakanut kyky- ja tarveorientoituneisiin.

⁹⁷⁵ Nousiainen (1990), s. 21, ja Rawls, s. 87–90. Ks. Rawlsin oikeudenmukaisuusteorian kritiikkina myös Hellsten, s. 12–57 sekä Okin, s. 89–109 (kappale *Justice as Fairness: For Whom?*), joka käsittelee Rawlsin Oikeudenmukaisuusteoriaa nais- ja perhenäkökulmasta.

Suomalaisessa keskustelussa siitä, mille käsityksille perheen ja oikeuden suhde perustuu, on viime aikoina lähinnä viitattu neutraalisuusperiaatteeseen. Englantilaisessa keskustelussa on eritelty positivismiin ohella muun muassa funktionalismiksi ja familialismiksi nimettyjä lähestymistapoja.⁹⁷⁶ Funktionalismissa lähdetään siitä, että oikeus pyrkii toteuttamaan tiettyjä tehtäviä ja tarkoituksia. Tätä suuntausta on kritisoitu esimerkiksi perheen valtasuhteiden huomiotta jättämisestä ja myös sen perheelle asettamien tehtävien sisällöstä. Suuntauksen ei ole katsottu riittävästi kyseenalaistaneen oikeusjärjestyksen mahdollisuuksia toteuttaa näitä sille asetettuja tehtäviä. Familialismiksi nimetty ajattelu on painottanut enemmänkin oikeuden vaikutuksia kuin sen tarkoituksia sekä enemmänkin oikeuden moninaisuutta kuin sen homogeenisuutta. Familialismin joidenkin suuntausten on kritisoitu idealisoivan perhettä essentiaalisena ja myyttisenä. Postmodernina tapana suhtautua perheeseen on pidetty muodon, tavan ja sisällön yhtäaikaista korostamista. Hylätään ajatus yhdestä täydellisestä teoriasta ja otetaan huomioon myös aiemmin huomiotta jääneet tarinat.

9.1. Parisuhde-elämän ja sen oikeudellisen alueen määrittely

Kuten olen edellä tuonut esille periaatteessa puolisoitten yhteiselämää ei ole koko käsiteltävänä aikana yleensä haluttu määritellä, mutta käytännössä sitä on koko ajan määritelty.

Vuosisadan alussa pidettiin vielä aktiivisesti yllä määrätynlaista perhemallia, jossa puolisoitten oikeudet ja velvollisuudet määrättyivät eri tavoin sukupuolen mukaan. Sukupuolet miellettiin olemuksellisesti erilaisiksi, jolloin oli täysin luonnollista, että heidän roolinsa olivat erilaiset. Sukupuolten oikeudellisen aseman erilaisuudelle oli luonnonoikeudellinen oikeutus. Oikeuksia vastasivat velvollisuudet. Miehen velvollisuus elättää perhe oli selkeästi yksi tärkeä peruste hänen etuoikeuksilleen. Näitä puitemäärittelyjä ei koettu varsinaisena puuttumisena puolisoitten yksityiselämään.

Sekä Suomessa että Saksassa on haluttu lakata määräämästä, kuinka ihmisten tulisi avioliitossaan elää. Joistain ihanteista on silti haluttu pitää kiinni. Jos pidämme lähtökohtana omaehtoisuuden eli ihmisen vapauden edistämistä, lainsäädännössä voitaisiin asettaa tavoitteeksi vain tätä päämäärää edistävät käyttäytymismallit.

Esille tuotu aviollisen uskollisuuden ideaali ei edistä ihmisen mahdollisuutta omaehtoiseen elämään ja on siten ehdottomana *ideaalina* jopa vahin-

⁹⁷⁶ Ks. eri suuntauksista Dewar, s. 3–7 ja laajemmin O'Donovan (1993), s. 18–29.

gollinen, vaikka se olisikin useimmille pareille sopivin elämäntapa. Seksuaalisen uskollisuuden vaatimus ylläpitää käsitystä seksistä aviollisena velvollisuutena ja oikeutena. Uskollisuuteen veloitettun puolison seksuaalielämä on riippuvainen toisesta puolisoista. Hänen seksuaalinen itsemääräämisoikeutensa on rajoitettu. Hän on toisen puolison (seksuaalista) omaisuutta.⁹⁷⁷ Seksi ilman omaa halua vieraannuttaa omasta ruumiista ja seksuaalisuudesta.⁹⁷⁸ Koska ihmiset, avioliitot ja tilanteet ovat erilaisia, täysin yleispätevää sääntöä ei voitane uskollisuudestakaan laatia, suuntaan eikä toiseen.⁹⁷⁹ Syyllisyysperiaatteesta luopuminen avioliittolaissa on poistanut aviollisen uskollisuuden konkreettisen merkityksen lainsäädännöstä.⁹⁸⁰

Atkins huomauttaa, että Suomen nykyisessä avioliittolaissa ei mainita muun muassa kunnioitusta, huomaavaisuutta ja kärsivällisyyttä.⁹⁸¹ Nämä voi tietenkin katsoa ominaisuuksiksi, joiden avulla annetaan toiselle elintilaa ja vapautta. Toisaalta ne voivat olla myös ominaisuuksia, joilla voi tukahduttaa itseään: omat tarpeet jäävät toisen tarpeiden varjoon. Ihminen vieraantuu itsestään ja vapaudestaan, jos hän kokee velvollisuudekseen tuntea esimerkiksi kunnioitusta tai rakkautta silloinkin kun hän ei niitä tunne.

Yhdenvertaisuus (kuten molempien mahdollisuus oman sukunimen käyttöön) ja yhtäläiset oikeudet ja velvollisuudet (kuten kotityöt) avioliitossa ja sen ulkopuolella ovat omaehtoisuutta edistäviä ihanteita. Niiden mukainen elämä ei perustu sukupuolirooleihin ja ne asettavat lähtökohdan samaksi kummallekin puolisolle. Periaatteellisesta yhtäläisyydestä lähdettäessä on mahdollista tehdä kummankin yksilöllisten tarpeiden mukaisia ratkaisuja. Jos kummankaan ei tarvitse sopeutua kaavamaisiin rooleihin, yhteiselämän ratkaisut voivat olla hyvinkin erilaisia, vaihtuvia ja »epätasapainoisia» olematta silti kumpaakaan sortavia. Nyky-yhteiskunnassa, jossa roolierot ovat yhä val-

⁹⁷⁷ Antropologisissa tutkimuksissa on havaittu, että yhteisöissä, joissa raiskaus on yleistä, suhtaudutaan naiseen omaisuutena, Sanday Reeves, s. 20.

⁹⁷⁸ Ks. Hoigaard, pääasiassa prostituoitujen selviytymisstrategioista, toisten käytössä olevan ruumiinsa ja itsensä erottamisesta ja sen seurauksista.

⁹⁷⁹ Ideaalit ja todellisuus lienevät joka tapauksessa kaikkialla ristiriidassa. Useimmat suomalaiset kannattavat uskollisuutta kuin noudattavat sitä, ks. Kontula, Haavio-Mannila, s. 453, 459–460. Tästä erosta seurannee ristiriitoja, syyllisyyttä ja mustasukkaisuutta.

⁹⁸⁰ Voitaisiin kuitenkin ajatella, että esimerkiksi naisia alistavassa moniavioisuus-yhteiskunnassa yksiavioiseen uskollisuuteen perustuva ideaali voisi edesauttaa asenteiden muutosta parisuhdekäsitykseen, jossa roolit eivät olisi sukupuolen mukaan määräytyneen erilaiset.

⁹⁸¹ Atkins, s. 104.

litsevaa todellisuutta, yhtäläisten lähtökohtien ihanteen korostus on myös eräänlaista heikomman suojaa.

Puolisoilta vaadittu yhteinen sukunimi oli suoranaista puuttumista puolisoloiden elämään ja vapauteen itse päättää omista asioistaan. Tämän perhe-elämään puuttumisen taustalla oli ihanne perheen yhteisyydestä. Puuttumatta nyt siihen, että yhteinen sukunimi ei lähennä ihmisiä toisiinsa eikä osoita yhteisyyttä kuin ulkoisesti ja muodollisesti, yhteisyyden vaatimus on myös puuttumista puolisoloiden elämäntapaan. Positiivinen yhteisyys muuttuu helposti negatiiviseksi ja tukahduttavaksi, jos se mielletään aina voimassa olevaksi ehdottomaksi velvollisuudeksi.

Etenkin Saksassa näyttää ajatus elämäntavan vapaudesta koskeneen lähinnä ansiotapaa ja työnjakoa. Suomea ja Saksaa näiltä osin vertailtaessa täytyy ottaa huomioon, että Suomen avioliittolain viimeisin uudistus on uudempi kuin Saksan.

Suomen ja Saksan nykyisessä avioliittolainsäädännössä on lähtökohta perinteinen, yhdessä asuva ydinperhe. Onko tämä malli aina hyvä ja etenkin yleispätevä? Viime aikoina on keskusteltu paljon uusperheistä, mutta muun muassa hajaperheet ovat uudempi keskustelun aihe. Jatkuva yhdessäasuminen ei välttämättä ole kaikille antoisin tapa elää parisuhdetta. Ydinperheideologia estänee kuitenkin usein poikkeavaan ratkaisuun päättymisen.

Ulotettaessa yksilön vapaus myös yksityisyyteen on pyrittävä luomaan yhteisölliset edellytykset ihmisten erilaisille valinnoille. Oikeusjärjestys on mukana perhe- ja parisuhdemallikeskustelussa joko julkilausumalla joitain ideoita tai katsomalla määrätynlaiset yhteiselämän muodot perheeksi tai parisuhteeksi, mistä seuraa niiden jäsenille oikeuksia tai velvollisuuksia. Onko – ja jos on, niin kuinka – erilaisten ratkaisujen asettaminen erilaiseen juridiseen asemaan perusteltavissa?⁹⁸²

Avoliittojen kohdalla on painotettu sekä avopuolisoiden oikeutta pysytellä avioliittolainsäädännön ja oikeudellistamisen ulkopuolella että heidän tarvettaan saada oikeussuojaa avioliitonomaisessa suhteessa tai olla saamatta yksin eläville tarkoitettuja etuuksia. Avioliitto-oikeudellinen ajattelu on ulotunut osittain avoliittoihin, mutta vuorovaikutus on molemminpuolinen. Myös avoliitoilla on ollut vaikutusta avioliittolainsäädäntöön. Avoliittojen lisääntyessä on kiinnitetty huomiota avoliittojen kilpailukykyyn säilyttämiseen.

Paradoksaalisesti avioliittoon voidaan oikeudellisia seuraamuksia pohdit-

⁹⁸² Perhetoimikunnan mietinnössä, s. 80, 83, on esitetty, ettei eri perhemalleja saisi perusteettomasti kohdella eri tavoin ja tuotu pohdittavaksi, mitä seikkoja on pidettävä tärkeinä perhemuotoja koskevassa lainsäädännössä. AL:ää muutettaessa korostettiin myös eri perhemuotojen yhdenvertaisuutta.

taessa suhtautua perinnevapaammin kuin avioliittoon. Sen avioliitonomaisuutta ei erikseen enää arvioida. Aviopari saa olla vaikka kuinka epätyypillinen parina ja viettää minkälaista yhteiselämää haluaa ilman että heidän avioliittonsa olemassaoloa kyseenalaistetaan. Tullakseen määritellyksi avioliitonomaiseksi voidaan liitolta sen sijaan vaatia melko perinteistä elämäntapaa.⁹⁸³ Avioliitonkin elämäntapa voi kyllä jossain määrin vaikuttaa omaisuuden jakoon esimerkiksi sovittelutilanteissa. Tällöin tulee kuitenkin olla kyse suhteen toimivuuteen liittyvistä seikoista eli laiminlyönneistä tai loukkaamisista. Avioliittojen kohdalla avioliitonomaiseksi lukeminen voi kumoutua epätavalliseen elämäntapaan tai epäsuhtaiseen pariyhdistelmään.

Avioliitonomaisuuden määritelmiä ovat yleensä eri sukupuoli, yhdessä asuminen ja toisinaan yhteiset lapset. Voi kysyä, onko perusteita olla katso-matta avioliitossa asuviksi henkilöitä, jotka eivät varsinaisesti asu yhdessä, mutta joiden talous ja lapset ovat yhteiset. Ulkopuolisen arvioijan toimenpiteistä puhuttaessa on kyllä muistettava, että merkitystä voidaan antaa vain seikoille, jotka tämä voi jollain tasolla havaita tai perustellusti vakuuttua niiden paikkansapitävyydestä.

Oikeusjärjestyksen sanotaan ulottuvan yhä laajemmalle, jos se puuttuu avioliittoihinkin. Avioliitot ovat kuitenkin osa yhteiskuntaa ja oikeusjärjestys puuttuu niihin joka tapauksessa. Kysymys kuuluu vain: kuinka? Puuttumattomuuskin on jonkun ratkaisumallin ja sen seurauksien vahvistamista. Niistä on otettava nimenomainen vastuu, jos ne katsotaan oikeiksi. Henrik Andrup, Bernd Buchhofer ja Klaus Ziegert ovat nähneet oikeuden tehtävänä suojella perhettä elävänä sosiaalisena ilmiönä eikä sen omaa luomusta avioliittoa.⁹⁸⁴ Kirjoittajat kysyvät, miksi oikeus kohtelisi eri tavoin muodollista ja epämuodollista avioliittoa.

Lesbo- ja homopareilla ei yleensä ole edes mahdollisuutta rekisteröidä liittoaan ja saada halutessaan osakseen avioliiton oikeusvaikutuksia. Heidän suhteelleen ei yleensä avioliitonakaan anneta vastaavia oikeudellisia vaikutuksia kuin heteroseksuaaliselle avosuhteelle. Suhdetta ei oikeudellisesti suu-relta osin ole olemassa. Tämä on yhteiskunnallinen kannanotto, jolla parisuhteena pidetään heteroseksuaalista suhdetta. Tällä kannanotolla puututaan ihmisten seksuaalielämään pitämällä yllä käsitystä lesbouden ja homoseksuaalisuuden epänormaaliudesta. Parisuhdelainsäädännön ja oikeussuojan tarve ei liene riippuvainen puolisoiden sukupuolesta. Ihmisten yksilöllisyyttä ja vapautta kunnioittavan yhteiskunnan tulisi kiinnittää jatkuvaa huomio-

⁹⁸³ Ks. esimerkiksi Glendon, s. 256–258 ja Dewar, s. 50–51.

⁹⁸⁴ Andrup, Buchhofer, Ziegert, s. 37.

ta ihmisten tosiasiallisiin mahdollisuuksiin valita erilaisia itselleen soveltuvia elämäntapoja eikä ainakaan pyrkiä perusteettomasti estämään niitä.

Samaa sukupuolta olevien liittojen erillisen säätelyn tai kannan, jossa ne pidetään »puhtaana» avioliiton perinteistävästä vaikutuksesta voi pidemmällä tähtäyksellä nähdä haluna säilyttää status quo yleisenä sääntönä, mutta antaa mahdollisuus poikkeuksiin. Poikkeukset vahvistavat tällöin säännön eli avioliiton »perinteisyyden» ja heteroseksuaalisuuden.

9.2. Parisuhteen oikeudellinen muoto

On esitetty, että oikeus ei sovi perheasioiden järjestäjäksi – ja toisaalta että yksityisyyttä ei tulisi jättää oikeusjärjestyksen ulkopuolelle, jolloin oikeusjärjestyksen ei tarvitsisi muuttua, vaan se voi säilyttää yksipuoliset lähtökohdansa.⁹⁸⁵ On esitetty, että parisuhdesopimuksia on niiden pitkäaikaisuuden ja tilanteiden vaihtelevuuden vuoksi vaikea tehdä.⁹⁸⁶ Sopimusten edustamaksi katsotun markkinaalogiikan ei ole myöskään aina nähty soveltuvan parisuhteeseen. Olisiko parisuhteen oltava lainsäädännössä säädelty suhde vai sopimus vai ei oikein kumpikaan vai jotain siltä väliltä? Käsittelen ensin kysymystä parisuhteesta sopimuksena ja esitän kappaleen ensimmäisen kysymyksen uudelleen liikesuhteista. Soveltuuko oikeus tyyppisopimuksina pidettyjen liikesopimusten käsittelyyn? Kuinka erilaisia pari- ja liikesuhteet oikeudellisesta näkökulmasta loppujen lopuksi ovat?

Parisuhteiden erityispiirteenä voi nähdä niihin liitetyn mielikuvan pitkäaikaisina tunnesuhteina, jotka perustuvat sovinnollisuudelle ja luottamukselle. Samaa on kuitenkin sanottu liikesuhteista, kuten edellä ilmenee. Välitustuomiot ovat liike-elämässä varsin suosittuja.⁹⁸⁷ Paitsi että niillä pystytään pitämään liikesalaisuudet poissa julkisuudesta, saadaan nopeita tuomioita ja ratkaisijoiksi erityisasiantuntijoita, niiden on katsottu olevan joustavampia ja voivan edistää sovinnollisuutta.⁹⁸⁸ Joka tapauksessa välitustuomiot ainakin mahdollistavat normaalia tuomiota epämuodollisemman harkinnan.⁹⁸⁹ Erityi-

⁹⁸⁵ Ks. lähemmin esim. O'Donovan (1985), s. 194–199, 205.

⁹⁸⁶ Ks. lähemmin esim. O'Donovan (1985), s. 192–193.

⁹⁸⁷ Möller, s. 6.

⁹⁸⁸ Ks. Alander, s. 162–163. Ks. myös Möller, s. 6–8.

Oikeudenkäymiskaarta uudistettaessa on myös pyritty edistämään sovintoon päätymistä. Tätä ilmentää uusi 5 luvun 26 §. Ks. perusteluista HE 15/90, s. 29, 64–65.

⁹⁸⁹ Välimiesmenettelystä annetun lain (23.10.1992/967) 31 §:ssä on todettu, että välimiesten on perustettava tuomionsa lakiin. Jos asianosaiset ovat niin sopineet saavat välimiehet kuitenkin perustaa tuomionsa siihen, minkä katsovat kohtuulliseksi (ex aequo et bono).

sesti silloin, kun kyseessä on pitkäaikainen liikesuhde ja osapuolet haluavat jatkaa sitä, valittaneen riidan selvittelyyn helposti mieluummin välitysmenettely kuin oikeudenkäynti.⁹⁹⁰ Voi yhtä hyvin sanoa, että käytäntö on osoittanut, etteivät oikeusjärjestyksen perinteiset menettelytavat, jotka perustuvat ajatukselle tarkoista säännöistä ja tarkasti noudatettavista sopimuslausekkeista, sovellu tyypillisinä sopimussuhteina pidettyjen liikesuhteidenkaan käsitelyyn. Jos muodollisen oikeuden menettelytavat eivät sovellu hyvin »kovan ytimensä» hoitamiseen, mihin ne soveltuvat?

Sopimusta on pidetty parisuhteelle vieraana. Toisaalta voisi sanoa, että kirjaimellisesti noudatetuksi aiotulla sopimuksella on enemmän mahdollisuuksia tulla toteuttaneeksi tämä tarkoituksensa pari- kuin liikesuhteissa. Liikesuhteissa sopimuksista ei aina pidetä kiinni silloin, kun osapuolet haluavat jatkaa suhdetta ja ovat siksi valmiita etsimään sovintoa ja tinkimään sopimuksen mukaisista oikeuksistaan.⁹⁹¹ Liike-elämässä osapuolten on myös huolehdyttävä maineestaan. Joustamaton käytös yhdessä liikesuhteessa voi helposti estää uusien suhteiden syntymisen. Sopimukseen vedotaan innokkaimmin tilanteissa, joissa edellä mainituilla seikoilla ei ole riittävää merkitystä eli riitauttamisella on kokonaisvaltaisesti ajatellen mahdollisuus voittaa enemmän kuin hävitä. Parisuhdesopimukset kuuluvat useimmiten juuri tähän ryhmään. Liiton purkautumisen varalta tehdyt sopimukset aktualisoituvat tilanteessa, jossa suhdetta ei enää haluta jatkaa eikä parisuhteeseen yleensä liity edellä mainittua huolta maineesta hyvänä sopimuskumppanina. Kiinnostavuus parisuhdekumppanina mielletään saavutettavan muilla ominaisuuksilla. Parisuhdesopimusten aktualisoituessa on sopimukseen vetoamisella yleensä kaikki voitettavissa eikä mitään menetettävissä.⁹⁹² Näillä perusteilla näyttäisi siis ennemminkin siltä, että parisuhteessa sopimus voi tulla kirjaimellisemmin noudatetuksi kuin liikesuhteissa.⁹⁹³

Sekä pari- että liikesuhteissa on kyseenalaistettu sopimusvapauden tosiasiallisuus silloin kun sopimuskumppanit eivät ole tasavahvoja. Molemmis-

⁹⁹⁰ Ks. esimerkiksi Alander, s. 162 ja Macaulay (1977).

⁹⁹¹ Ks. sopimuksen ja sopimusoikeuden roolista liikesuhteissa lähemmin Macaulay 1963 ja 1977.

⁹⁹² Luonnollisesti tilanteet ovat erilaisia ja osapuolet voivat pyrkiä saamaan toisen luopumaan vaateistaan esimerkiksi uhkaamalla riitauttaa lasten huollon.

⁹⁹³ Tällä ajattelutapojen perusteiden kuriositeetinomaisella kyseenalaistuksella en luonnollisestikaan halua väittää, etteivät sopimukset olisi liikesuhteissa tarpeellisia tai että tiukasti omista muodollisista oikeuksistaan kiinnipitäminen olisi tavoiteltavaa avioerokäytäytymistä.

sa suhdetyypeissä on tuotu esille toisaalta se että sopimukset ja lait vaikuttavat taustalla: niiden sisällöllä on merkitystä osapuolten käsitykseen omasta neuvotteluasemastaan ja toisaalta että ihmiset yleensä tuntevat lakeja ja niiden mukaista asemaansa huonosti. Yhteistä kummallekin suhdetyypille on myös sen käsityksen esiintyminen, että hyvin yksityiskohtaiset sopimusneuvottelut ilmentävät luottamuksen puutetta. Niin pari- kuin liikesuhdekin nähdään yhteistoimintana, jota kuvastaa luottamus ja tilannekohtainen joustavuus. Yksityiskohtainen sopimus voidaan nähdä epäluottamuslauseena. Vaikka tätä asennetta käytännössä ilmenee myös liikesuhteissa, liitetään se oikeudellisessa keskustelussa yleensä vain perhesuhteisiin. Sopimusten nähdään tuovan markkinoiden logiikan intiimeihin suhteisiin niiden inhimillisten ominaisuuksien, kuten luottamuksen, kustannuksella.⁹⁹⁴ Sopimuksen voi yhtä hyvin nähdä osapuolten pyrkimyksenä huolehtia itsensä ja toistensa hyvinvoinnista siinäkin tapauksessa, että asiat eivät suju niin kuin toivottiin. Tekemällä oikeudenmukaisena pitämänsä sopimuksen toisen kanssa suojelee myös toista siltä mahdollisuudelta, ettei itse jossain tilanteessa toimiskaan kohtuullisesti. Sopiminen eli pyrkimys päästä yhteisymmärrykseen yhteistoiminnan tai -elämän periaatteista tuo selkeyttä kaikkiin suhteisiin ja niihin liittyviin odotuksiin.

Sopimus on varmasti ihmiskunnan vanhimpia tapoja hoitaa asioita ja sitä on käytetty jo kauan ennen niitä aatesuuntia, jotka nykyään liitetään sopimuksiin – ja mitkä käsitykset puolestaan voivat muuttua ja muuttuvat koko ajan. Olennaisinta oman työni kannalta on sen seikan korostaminen, että niin liike- kuin perhesuhteetkin ovat ihmissuhteita. Ihmissuhteeseen liittyy oman näkemykseni mukaan yhtä aikaa sekä tervettä itsekkyyttä että yhteisyyttä ja luottamusta. Raha ja rakkaus eivät käytännön elämässä sulje pois toisiaan. Parisuhteen osapuolten taloudelliset sopimukset eivät estä heitä tuntemasta pyyteetöntä kiintymystä toisiaan kohtaan. Taloudelliset järjestelyt voi päinvastoin nähdä osoituksena rakkaudesta ja huolenpidosta. Karkeistaen voi sanoa, että perinteisessä sopimusoikeudessa liikesuhteet on pelkistetty rahasuhteiksi ja perinteisessä perheoikeudessa on korostettu rakkautta, vaikka oikeusjärjestys onkin pitkälti määritellyt parisuhteen taloudellisia ja valta-asemia. Jos emme näe pari- ja sopimussuhteita vastakkaisille logiikoille perustuvina suhteina, voisimme nähdä ne erityissopimustyyppinä eli osina ihmishuhtesopimusoikeutta.

⁹⁹⁴ Ks. esim. Collins (2/1993), s. 88–89, 107–108. Ks. myös s. 95–97, josta ilmenee Englannin oikeuskäytännön suopeampi suhtautuminen perhesuhteiden sopimuksiin silloin kun niillä on sovittu lain suojelemia etuja paremmista eduista.

Vaikka korostaisimmekin edellä mainituilla tavoin mahdollisuutta sisällyttää talous rakkauteen muuttamatta rakkautta »egoistiseksi markkinoiden logiikaksi»,⁹⁹⁵ tosiasiaksi jäänee, että mitä henkilökohtaisemmasta (sopimus)-suhteesta on kyse, sitä enemmän luottamus tai käsitys tarkoista sopimuksista epäluottamuksen osoituksina saa aikaan sopimuksettomia tiloja. Sopimusta ei luottamuksen vallitessa koeta tarpeelliseksi. Parisuhde on myös hyvä esimerkki sopimussuhteesta, jossa tavat ja odotukset ovat melko vakiintuneita. Tästä on seurauksena, että ihmiset helposti luottavat säännönmukaisiin käytäytymismalleihin eivätkä ota selvää oikeuksistaan tai tee nimenomaisia sopimuksia.⁹⁹⁶

Edellä on tuotu esille, kuinka ennakoitavuutta on pidetty markkinoilla tärkeänä. Se on erittäin tärkeä myös muussa inhimillisessä kanssakäymisessä. Parisuhde on yksi keskeisiä ihmisten elämää sääteleviä oikeussuhteita. Ennakoitavuutta tuottavat tavat, sopimukset ja lainsäädäntö. Avoliittosopimukset ovat harvinaisia ja ennakoitavuus avoliittoon perustuvissa ratkaisuissa erittäin huono.

Ehdotukseni oikeudellisesta suhtautumisesta parisuhteeseen lähtee siitä ajatuksesta, että parisuhde olisi yksi ihmisten välistä kanssakäymistä koskeva sopimussuhdetyyppi.

Tyypillisissä sopimussuhteissa eli kauppasuhteissa vallitsee sopimusvapaus ja (kauppa)tavat. Avoimia tilanteita varten on laadittu toissijaista lainsäädäntöä eli irtaimen omaisuuden kauppaa koskeva kauppalaki.⁹⁹⁷ Vastaa-va järjestely toimisi parisuhteessakin. Toissijainen lainsäädäntö edustaisi sopimuksettomissa tilanteissa sovellettavaa kohtuullista ratkaisua. Avio- tai avoliittoja ei oikeudellisina instituutioina enää olisi.⁹⁹⁸ Olisi vain rekisteröityjä ja rekisteröimättömiä liittoja, joiden osapuolten sukupuolella ei olisi merkitystä. Liittomuotojen ei tulisi rajoittua vain parisuhteisiin, vaan toissijaista

⁹⁹⁵ Voisimmeko Frugia (ks. luku 7.1.) lainatakseni ajatella, että vastenmielisyys selkeitä sopimuksia kohtaan parisuhteessa on ihmisten feminiinistä kauhua vastakkainasetteluun, riitaan ja autonomiaan näissä suhteissa...

⁹⁹⁶ Ks. tästä ilmiöstä Häyhä (1/1996), s. 188–189.

Keskusteluissa on myös esitetty, että yleisesti tiedostettu epäselvyys voisi kannustaa useampia ottamaan selvää asioista ja miettimään ratkaisujensa perusteita ja seurauksia etukäteen.

⁹⁹⁷ 27.3.1987/355.

⁹⁹⁸ En pohdi tässä työssä esimerkiksi sitä, minkälaisia irtisanomisaikoja tai muita irtisanomissuojavaihtoehtoja korvausvelvollisuuksineen parisuhteessa tulisi mahdollisesti olla.

lainsäädäntöä voisi olla myös muunlaisia yhteiselämän ja/tai yhteistalouden muotoja varten. Rekisteröitymiseen voisi liittyä ihmisten kannustaminen laatimaan yksilöllisiä yhteiselämäsopimuksia. Valittavissa voisi tällöin olla myös useita vakiomalleja, esimerkiksi puhtaasti taloudellisia suhteita säänteleviä malleja ja malli, jossa sovitaan myös tasa-arvoisesta työnjaosta samoin kuin malli, jossa edellisten lisäksi kuvataan myös yhteiselämän sisältöä kuten päätösten tekemistä yhdessä. Tällä voitaisiin mahdollisesti vaikuttaa siihen, että ihmiset jonkun verran pohtisivat etukäteen sitä, mitä he liitoltaan haluavat.

Yhteiselämäsopimuksissa törmäämme sopimusoikeudessa paljon keskusteltuun aiheeseen eli minkälaiset sopimukset ovat oikeudellisesti täytäntöön pantavia ja minkälaisia sopimuksia tulisi oikeudellisesti arvioida. Henkilökohtaisia suorituksia edellyttävät sopimusvelvoitteet eivät useinkaan ole pakolla täytäntöön pantavissa, vaan ratkaisuna on korvausvelvollisuus. Parisuhdesopimukseen liittyvillä henkilökohtaisilla velvoittautumisilla voi vastavasti olla merkitystä osana oikeudellista kokonaisharkintaa taloudellisissa jaoissa. Vaikka näistä velvoittautumisista suuri osa olisikin katsottavissa osapuolia »vain» moraalisesti sitoviksi sopimusvelvoitteiksi, se ei tee niistä merkityksettömiä.

Helin on katsonut, että meillä on jo rekisteröity parisuhde eli avioliitto.⁹⁹⁹ Itse uskon, että monet avioliittoon kohdistuvat ennakkoluulot kohdistuvat juuri instituutioon nimeltä avioliitto. Luopumalla koko käsitteestä avioliitto ja perustamalla vain mahdollisuus rekisteröidä liittonsa saatettaisiin rekisteröityyn parisuhteeseen tosiaan alkaa suhtautua samanlaisena järkevänä toimenpiteenä kuin vuokrasopimuksen tekemiseen kirjallisena, minkä rinnastusesimerkin Helin mainitsee. Kaikkia tämä »asennemuutos» tuskin kuitenkaan koskisi. Kuten edellä on tullut ilmi, suhtautumisessa perhe-elämään korostuu usein yksityisyys suhteessa julkiseen valtaan. Siksi esimerkiksi ihmiset, jotka haluavat korostaa yhteiskunnallista yksityisyyttään ja riippumattomuuttaan, eivät halunne edes rekisteröidä liittoaan, vaikka he olisivatkin tietoisesti pohtineet sen muotoa ja kokisivat sen vakiintuneeksi. Niillä ihmisillä puolestaan, jotka haluaisivat rekisteröitymisen lisäksi solmia esimerkiksi uskonnollisen avioliiton, olisi tähän mahdollisuus.

Jos lähemme siitä oletuksesta, että suuri osa ihmisistä ei pohdi liittonsa muotoa kovinkaan rationaalisesti eikä ole hyvin selvillä ratkaisunsa juridisista seurauksista, kohtuullista taloudellista lopputulosta vakiinnuttamaan pyrkivää lainsäädäntöä voi heidän kohdallaan verrata myös heikomman suo-

⁹⁹⁹ Helin (1996), s. 984–988.

jaan. Ihmiset, jotka eivät tosiasiaassa tiedä ratkaisujensa taloudellisia seurauksia, voivat toimia virheellisin oletuksin ja odotuksin.

Helin rinnastaa avoliittoon kohdistuvan lainsäädännön yhteiskunnan suoritamaan pakkonaittamiseen. Hän huomauttaa, että oikeuskäytäntö voi jo nykyisellä lainsäädännöllä ottaa avoliiton erityisolosuhteet huomioon ja pitää edempänä käsittelemääni KKO 1993:168 ratkaisua järkevänä oikeusohjeena. Miksei se että oikeuskäytäntö antaa oikeudellista merkitystä avoliitolle ole »pakkonaittamista»? Ero lieenee siinä, että Helin näknee lainsäädännön, jossa oikeusseuraamukset perustuvat avoliiton todetulle olemassaololle, luovan statuksen: avoliiton. Avoliittolainsäädäntööhän voi soveltaa vain avoliittoihiin. Suhde on todettava sellaiseksi ennenkuin lakia voidaan siihen soveltaa. Sen sijaan oikeuskäytännön voi vain katsoa ottavan huomioon tietyn asiointilan tai olosuhteen. Oikeuskäytäntö voi määrätä annettavaksi kohtuullista korvausta silloin kun se sen kohtuulliseksi katsoo. Suhdetta ei tarvitse julistaa avoliitoksi, voidaan vain ottaa huomioon olosuhteet ja niiden mahdollisesti vaativat kohtuullistamiset. Käytännössä nämä kaksi päättelyketjua eivät merkittävästi poikkea toisistaan.¹⁰⁰⁰ Kummassakin tapauksessa ratkaisun perustana on kysymys: onko kyse liitosta tai olosuhteista, joilla on merkitystä oikeudellisia seuraamuksia arvioitaessa. Ero on lähinnä siinä, että lainsäädännöllä voidaan yhtenäistää sitä, minkälaisia nämä seuraamukset pääsääntöisesti ovat. Helinkin toteaa seuraavaksi käsiteltävän lainsäädäntömallinsa ansioiksi, että ne saattaisivat helpottaa osapuolten pääsemistä oikeuksiinsa. Avoliitto-oikeuskäytännön tutkimukset tuovat esille lainsäädännön tarpeellisuuden.¹⁰⁰¹

¹⁰⁰⁰ Oikeusjärjestyksessä annetaan myös jo nimenomaista merkitystä avoliitolle monissa hallinto-oikeuden alaan kuuluvissa asioissa.

¹⁰⁰¹ En pohdi tässä työssä sitä, kuinka suuri käytännön tarve prosentuaalisesti avoliittosääntelylle on. Gottberg (1/1995, s. 413–414, 427) on varovaisesti epäillyt, ettei tarvetta lainsäädäntöön juuri olisi. Hän on myös huomauttanut, että Ruotsin avoliittolainsäädäntöön ennakoitavuus on kärsinyt, koska sovittelusäännös on lakea ja vaikeasti tulokittava. Ilman lainsäädäntöä ennakoitavuus lieenee kuitenkin vielä huonompi, kuten esimerkkinä käyttämäni suomalainen oikeustapauskkin KKO 1993:168 osoittanee. Yhdyn Gottbergin toiveeseen siitä, että avoliiton ongelmia Suomessa empiirisesti tutkittaisiin samoin kuin selvitteläisiin pohjoismaisia lainsäädännöstä saatuja kokemuksia.

Vindeløv (1987) on Tanskan oikeuskäytäntöä koskevassa tutkimuksessaan päätenyt siihen näkemykseen, että lainsäädäntö avoliiton purkautumisen jälkeisestä jaosta olisi oikeusvarmuuden vuoksi välttämätöntä. s. 159. Hänen tutkimuksessaan ainoastaan liiton kesto oli melko selvästi hyväksytty kriteeriksi, joka oikeutti korvausvaateeseen, s. 157. Muiden kriteerien rooli jäi epäselväksi. Se raja, jolloin ei enää katsota olevan kyse aivan lyhyestä yhteiselämästä eli jolloin kompensatio tulee kysymykseen, näyttää olevan kahden

Erilaisista lähtökohdistamme huolimatta päädyimme Helinin kanssa samantyyppiseen lopputulokseen, avioliiton asemaa lukuunottamatta. Hän katsoo, että jos avioliittoa koskeva lainsäädäntö havaitaan tarpeelliseksi, tällaisen lainsäädännön tulisi koskea myös muita yhteistalouden muotoja kuin heteroseksuaalista parisuhdetta. Tässä olen hänen kanssaan samaa mieltä, kuten edempää jo ilmenee.

Helin on suositellut asuntoa ja asuntoirtaimistoa koskevaa jakomallia. Osapuolet saisivat panostaan vastaavan osuuden näistä. Oman – jo aiempaan osittain esille tulleen – ehdotukseni tiivistäisin seuraavasti. Kiinteässä yhteistaloudessa eläneiden henkilöiden vakiintuneessa liitossa tulisi pääsääntönä olla lisäyksenyhteyttä vastaava jako. Parisuhteessa yhdessä elämiin on kuulunut kiinteä intressiyhteys. Yhteiselämässä on panoksia vaikea ja jopa mahdoton vertailla rahassa, koska ne voivat olla hyvin erityyppisiä. Löyhemmissä yhteistalouksissa, jotka eivät perustu kokonaisvaltaiselle intressiyhteydelle, pääsääntö saattaisi olla panosta vastaava osuus. Näihin pääsääntöihin olisi mahdollista sopia poikkeuksia ja niitä, samoin kuin niiden poikkeuksiakin, voitaisiin kohtuullistaa vastaavasti kuin nykyään avioliiton jälkeisessä omaisuudenjaossa voidaan sovittaa niin pääsäännön kuin avioehtosopimuksenkin vaikutuksia.

Toissijaisesti noudatettava lainsäädäntö rekisteröidyssä parisuhteessa, jossa kumppanit eivät ole muusta sopineet, voisi pitkälti vastata nykyistä avio-
liittolainsäädäntöä. Avioehdon ja osituksen sovittelukäytännöstä saattaisi kuitenkin päätellä, että lisäyksenyhteyks vastannee pääsääntönä enemmän yleistä kohtuukäsitystä avioliitossakin – ja parisuhdetapaa – kuin nykyisenlainen avio-oikeus.¹⁰⁰² Tällöin ero rekisteröidyn ja rekisteröimättömän liiton välillä olisi omaisuuden jaon suhteen vain siinä, että ensin mainitussa on selvää,

ja kolmen vuoden välillä, s. 131–132. Hyvin pitkäaikaisena on pidetty 12–14 vuoden liittoa. Tällöin voi odottaa korvausta.

Ks. myös NOU 1988:12, s. 27 norjalaisten käsityksistä, joihin yhteistalouslainsäädännön valmisteluissa viitataan.

Olen muualla viitannut Bailey–Harrisin lainsäädäntöä puoltavaan kantaan Australiasta.

¹⁰⁰² Ks. lähemmin Välimäki, s. 124–139, s. 210–211. Jos puoliso on panostanut toisen puolison sivuomaisuuteen hänellä voi olla hyvät mahdollisuudet saada osansa siitä osituksen sovittelussa ja puolisollla, joka ei ole panostanut tällaiseen sivuomaisuuteen, mahdollisuudet saada osuus tällaisesta omaisuudesta voivat olla heikohkot. Sovittelu on kuitenkin kokonaisharkintaa, jossa otetaan huomioon myös muut osatekijät.

että sitä koskevaa käytäntöä pääsääntöisesti noudatetaan.¹⁰⁰³ Jälkimmäisessä tapauksessa joudutaan pohtimaan, ovatko olosuhteet sellaiset, että jakosääntö tulee sovellettavaksi. Rekisteröimättömien liittojen tai yhteistalouksien osalta joudutaan pohtimaan mitä lainsäädännön tilannetta ne vastaavat. Kyse ei minäkään liiton osalta ole statuksen luomisesta. Mallissani yhdistyisivät sitoutumattomuus sekä sukupuoli jakoon että avioliittoinstituutioon.

Parisuhdetta koskevaa oikeudellista keskustelua on leimannut statuksellisuus. Epämuodollisia parisuhteita on tarkasteltu avioliitosta käsin. Keskeinen kysymys on ollut, mitä tahdonilmaisua avioliiton solmimattomuus – eikä avioliitto – edustaa. Avioliitolle instituutiona annetaan usein yhä suuri itseisarvo. Jos avioliittoa lähestyttäisiin itsenäisenä sopimustyyppinä, lähdettäisiin liikkeelle siitä, minkälaisia sitoumuksia ja suojan tarpeita siihen sisältyy, minkälaiset ratkaisut olisivat oikeudenmukaisia ja kohtuullisia.

Muiden kuin ydinperheiden »vakiinnuttaminen» oikeudellisinä yhteistalouksina tuo esille kysymyksen ydinperheen yhteiskunnallisesta roolista. Vaaraksi siinä tapauksessa, että ydinperhemalli sukupuoliroolierityneessä yhteiskunnassa hajoaa, voi nähdä sen, että parisuhteen velvollisuudet jäävät helposti naisille. Perinteisen roolimallin omaksuneet miehet, jotka eivät kykene toteuttamaan vanhaa rooliaan, tippuvat järjestelmän ulkopuolelle. Yksipuoliset roolit eivät edesauta sopeutumista erilaisiin olosuhteisiin. Voi myös esittää oletuksen, että vahva heteroseksuaalinen ydinperhemalli säilyttää tehokkaasti perinteiset sukupuoliroolit. Näin ollen sen tietyntyyppisen hajoamisen voi nähdä mahdollisuutena perhe-elämän uudenaikaiseen kukoistukseen, toisenlaiselta pohjalta, uusin roolein tai roolittomuuksin. On myös sosiaalinen realiteetti, etteivät avioliitto ja ydinperhe ole ainoat yhteiselämän muodot. Tämä on oikeusjärjestyksenkin otettava huomioon edistääkseen oikeudenmukaisia taloudellisia seuraamuksia ihmisten välisessä yhteistoiminnassa eikä luoda järjestelmää, johon sopimattomien elämäntaparatkaisujen annetaan »pudota väliin» ja oikeudellisen ajattelun tuottaa niissä kohtuuttomia seurauksia.

Nykyisen oikeudellisen ajattelun avioliitto on moderni instituutio perustuessaan tietyille sisäänrakennetuille arvoille ja (sukupuoli)dikotomialle. Edellä kuvatun oikeudellisen parisuhteen voi vapaavalintaisena, monikeskeisenä ja -arvoisena järjestelmänä nähdä postmodernin logiikan mukaisena – kuten uuden sopimusoikeudellisen ajattelunkin, jonka kanssa se olisi osa ihmisten

¹⁰⁰³ Kokonaisuutena ajatellen jouduttaisiin vastaavasti pohtimaan eroaako rekisteröidyn ja rekisteröimättömän liiton säätely ja jos, niin miltä osin.

välisiä sopimuksia ja suhteita määrittelevää oikeutta. Tämän parisuhdeoikeuden muodot eivät ole jäykät, vaan siinä annetaan tilaa erilaisille lähtökohdille ja sisältöharkinnalle huomioimalla muun muassa ympäröivä todellisuus tapoineen. Parisuhde – kuten muutkin sopimussuhteet – ovat tässä järjestelmässä avoimia prosesseja, joissa esiintyy tiettyjä oikeussuojan tarpeita. Malli perustuu ajatukselle edistää omaehtoisia valintoja ja tasa-arvoa erilaisten ihmisryhmien välillä.

IV LOPPU

10. KAKSIJAKOISISTA ROOLEISTA KOHTI SUKUPUOLETONTA AJATTELUA?

Tämän työn tarkoitus on ollut tuoda esille sukupuolisidonnaista kaksijakoisuutta vertikaalisena jatkumona. Jatkumon toinen konkreettinen ääripää on ollut ihminen ja parisuhde ja toinen oikeustiede ja yhteiskunta. Olen eri kerroksista valinnut elementtejä tätä kuvaamaan. Näin laajassa aihepiirissä valinnat olisivat voineet olla toisiakin. Kattavasti ja »objektiivisesti» tällaista jatkumoa ei olisi voinut kuvata.

Suomen ja Saksan nykyisissä oikeusjärjestyksissä koko tutkimukseni aihe eli parisuhde perustuu sukupuolijaolle. Parisuhteen ainut oikeudellisesti säädelty muoto on avioliitto, jonka saavat keskenään solmia vain eri sukupuolta olevat henkilöt. Sukupuolijako on parisuhdeajattelun taustalla oleva itsestäänselvyys. Niissä kulttuuripiirimme maissa, joissa lesbo- ja homoseksuaaliset suhteet on oikeudellisesti pitkälti rinnastettu heteroseksuaaliseen avio- tai avoliittoon, niistä on yleensä säädelty eri laeilla kuin heterosuhteista. Heterosuhteet ovat sääntö ja lesbo- ja homosuhteet poikkeus, jotka saatetaan jossain mittakaavassa rinnastaa heterosuhteeseen.

Sekä Suomen että Saksan avioliittolainsäädäntö tuntee vain heteroseksuaalisen avioliiton. Pidän heteroseksuaalisuuden hegemonian rikkomista olennaisen tärkeänä asiana. Kyse ei ole pelkästään yksilön oikeuksista ja vapaudesta, vaan myös koko sukupuolten väliselle erolle perustuvan järjestelmän rikkomisesta. Kuten jo edellä totesin, parisuhde on se instituutio, jossa sukupuolirooleja tehokkaimmin pidetään yllä. Usko sukupuolten väliseen esentiaaliseen eroon on tiukimmillaan seksuaalisuhteessa. Hajottaessamme ihmisen seksuaalisuuden tunnustamalla sen laajan kirjon ja todennäköisesti suu-

rimman osan jonkun asteisen biseksuaalisuuden¹⁰⁰⁴ hajotamme myös sukupuoliselle erolle perustuvaa järjestelmää. Sukupuolijärjestelmä perustuu nykyään pitkälti käsitykselle naisen ja miehen erilaisesta seksuaalisuudesta ja siitä juontuvista parisuhderooleista.¹⁰⁰⁵ Esimerkkinä tämän kaksijakoisuuden vahvuudesta voi mainita transseksuaalikeskustelun. Pitkään vallitsi melko yksiselitteinen käsitys ihmisen kuulumisesta jompaankumpaan sukupuoleen, jolloin ainoa ratkaisu oli sukupuolenvaihdosleikkaus, jos alkuperäinen ruumis ei vastannut ihmisen omaa käsitystä sukupuolestaan. Vasta viime aikoina on alettu laajemmin kyseenalaistaa tilanteiden »kaksiselitteisyyttä». Todennäköisesti ihmisten sukupuoli- ja seksuaali-identiteettien kirjo on hyvin laaja jatkumo. Tätä ilmentävät muun muassa »genderblendarit», jotka eivät useinkaan varsinaisesti identifioitu sen enempää naisiksi kuin miehiksikään. Myös ihmisten seksuaalinen suuntautuminen voi vaihdella, kohdistua välillä lähinnä naisiin ja välillä lähinnä miehiin. Meitä ei ole vain kahta sukupuolta kiinteine seksuaalisine suuntautumisineen.

Seksualirooleilla on tärkeä tehtävä sukupuolijärjestelmän ylläpidossa. Sukupuolten välisen jännitteen katsotaan usein perustuvan perinteisiin rooleihin. Etsiessämme toisesta itsessämme tukahdutettua tai kehittymätöntä puolta¹⁰⁰⁶ emme kuitenkaan koskaan voi tulla tyydytetyiksi, vaan vasta tunnistamassamme oman ihmisyytemme ja samalla toisten ihmisyyden monimuotoisuuden. Dikotomisessa ajatteluperinteessämme erotetaan usein seksuaalisuus henkisistä ja älyllisistä ominaisuuksista. Tämän seurauksena heteroseksuaalisessa ajattelussa esiintyy edellisen liittämistä siihen sukupuoleen, jonka kanssa ollaan seksuaalisuhteissa ja jälkimmäisen liittämistä siihen sukupuoleen, jonka kanssa sitä ei olla.

Käsitykset sukupuolten erilaisista ominaisuuksista ovat syvällisesti sisäistettyjä. Sukupuolierot ovat sitkeimmin eläneitä uskomuksia erilaisen kohte-

¹⁰⁰⁴ Uskommeko ihmisen seksuaalisuuden yksiselitteisyyteen vai monisyiseen jatkumuonteeseen on hyvä esimerkki käsityksestä, jonka »totuudellisuutta» on mahdoton »tieteellisesti» todistaa, mutta jolla voi olla suuri merkitys tieteellisten käsitysten lähtökohdana. Seksuaalisuus on niin kokonaisvaltainen ja monisyinen ilmiö, että sen luonteesta ja ilmenemismuodoista tuskin koskaan päästään yksimielisyyteen.

¹⁰⁰⁵ Katso esimerkiksi MacKinnon, s. 46–62, seksuaalisuuden sosiaalisesta määrittämisestä.

¹⁰⁰⁶ Muun muassa C. G. Jungin paljon huomiota saaneet kirjoitukset animasta ja animuksesta heijastavat tätä ilmiötä. Gruenin mukaan mies pelkää heikkouttaan ja haavoittuvuuttaan, kieltää nämä ominaisuutensa ja siirtää ne naiseen. Tähän peliin osallistuva nainen pyrkii omistamaan miehen vallan abstraktiona. Perinteiset nais- ja mieskuvat esittävät aidot mahdollisuudet läheisyyteen ja johtavat itsetuhoon, Gruen s. 52–54, 87.

lun oikeutuksina.¹⁰⁰⁷ Samalla tavoin on perusteltu muun muassa eri yhteiskuntaluokkien ja rotujen eriarvoista asemaa. Monet stereotyyppiset käsitykset sosiaalisista sukupuolista eivät yleistykinäkään pitäne paikkaansa ja monet saattavat mieluumminkin päinvastaisina vastata sosiaalista tilannetta. Tavallamme nähdä ja tulkita »todellisuutta» luomme ja vahvistamme sitä.

Kun sukupuoli ja seksuaalisuus mielletään vain tietoisien tai tiedostamattoman määrittelyn tuloksiksi, meidän on helpompi kokea ne muuttujina kuin silloin, kun koemme ne olemuksellisina ja siten muuttumattomina, vaikkakin ehkä väärinymmärrettyinä. Jos postmodernisti uskomme, että todellisuus on liian monisyinen, jotta pystyisimme sitä kokonaisuudessaan rationaalisesti hahmottamaan,¹⁰⁰⁸ pystymme hahmottamaan vain ilmiöiden muodostumista, löytämään monia pieniä kertomuksia. Tällöin emme myöskään usko olevan olemassa essentiaalista naista tai miestä tai naisen ja miehen seksuaalisuutta. Ne ovat vain käsityksiämme, jotka pitävät yllä kaksijakoista maailmankuvaa.

Erolle perustuvaa (valta)rakennelmaa pitää yllä myös feminiinisuuden yhdistäminen naiseen ja maskuliinisuuden miehiin. Sekä meissä itsessämme että yhteiskunnassa ja yhteiskunnallisessa ajattelussa on sekä feminiinisiä että maskuliinisia elementtejä. Jos emme halua olla ihmisyyden puolikkaita, niiden toisiaan täydentävyyden tulee tapahtua jo meidän sisällämme – jolloin toimintamme, kuten tietemme, olisi sekä feminiinistä että maskuliinista. Tällöin emme muun muassa usko pystyvämme luomaan »maskuliinisia» aukottomia järjestelmiä tai luottamaan »feminiiniseen» täysin vapaaseen harkintaan, vaan tarvitsemme sekä oikeutta että kohtuutta, muotoja ja oikeussääntöjä sekä sisällöllistä, vapaata harkintaa.

Sukupuoli on pitkälti oikeuden ulkopuoliseksi mielletty tekijä, joka kuitenkin vaikuttaa vahvasti sen sisällä. Se värittää monia käsityksiämme ja arvostuksiamme. Jos emme havaitse sitä olemme tilanteessa, jossa perspektiivin objektiivisuus toteuttaa tavoittelijansa perspektiivin.¹⁰⁰⁹ Sukupuolisidonnaisella ajattelulla on suuri merkitys sekä oikeusjärjestyksen syvärakenteille että sen säännöille ja tulkinnalle.

¹⁰⁰⁷ Vanhan tasa-arvosäännön »samanlaisia on kohdeltava samalla tavoin ja erilaisia erityisominaisuuksiensa mukaan» vaikutuksista naisen asemaan Saksassa ks. Gerhard-Teuscher, s. 118–121.

¹⁰⁰⁸ Itse uskon, että syvempi ja kokonaisvaltainen ymmärrys on irrationaalinen ja täysin yksilöllinen prosessi – ja paradoksaalisesti ainut tie yhteyteen.

¹⁰⁰⁹ Ks. lähemmin esimerkiksi Hellsten, s. 127. Hän viittaa erityisesti Alasdair MacIntyre'iin (After Virtue, a study in moral theory, 1984, s. 51–61, 76–78, alkuteos 1981).

Yhteiskunnan tehtävien jako liittyy ajatukseen toisiaan täydentävistä sukupuolista ja toimialueista. Oikeudellinen ajattelukin on dikotomisesti jakautunut erilaisiin alueisiin. Jaot nainen/mies, yksityinen/julkinen, perhe/markkinat, perheoikeus/velvoiteoikeus, perhe/sopimus, yhteisö/yksilöllisyys, hyvinvointivaltio/oikeusvaltio, luonnollisuus/vapaa tahto, epäitsekkyys/itsekkyyys, tunne/järki ja niin edelleen ovat osa samaa kuviota. Kaiken pohjalla voi nähdä käsityksen ihmisestä ihmisyyden puolikkaana, ei kokonaisena ihmisenä molempine puolineen – ainakaan kaikissa tilanteissa. Erilaisille puolikkaille on varattu omat erilaiselle logiikalle perustuvat toiminta-alueensa. Todellisuus on jaettu vastakohtapareihin, jotka edustavat vastakohtaisina pidettyjä ajattelu-, suhtautumis- tai olemisen tapoja. Mieltäessämme itsemme ja maailman sekä/että -periaatteella toimiviksi emme jaa todellisuuttamme joko/tai periaatteen mukaisesti.

Suhtautuminen talouteen ja ihmissuhteisiin on yhteiskunnassamme eriytynyt. Talous liittyy perinteiseen miesten maailmaan ja ihmissuhteet perinteiseen naisten maailmaan. Tämä jako näkyy myös oikeudellisessa ajattelussa. Taloudellisia suhteita varten luotu sopimusoikeus ja ihmissuhteita varten luotu perheoikeus kulkevat yhä omia teitään. Vaikka nämä vastakkaisista lähtökohdista lähteneet oikeudenalat ovat lähentyneet toisiaan kehittymällä vastakkaiseen eli toistensa suuntaan, ne ovat säilyttäneet erillisyytensä.

Kumpikaan edellä mainittu oikeudenala ei ole tullut toimeen yksipuolisella logiikallaan, koska niiden käsittelemät suhteet ovat loppujen lopuksi hyvinkin samanlaisia. Ehkä aika alkaa olla kypsä erillisyyden häivyttämiseen, kokonaisen ihmisen logiikalle perustuvaan yhteiskuntaan ja oikeustieteeseen. Vastataksemme tähän haasteeseen joudumme avoimesti pohtimaan ihmisluontoa ja ihmisen käyttäytymisen logiikkaa ja niiden merkitystä oikeudelliseen ajatteluun.

Miten ero ja eron hierarkia voitaisiin rikkoa oikeustieteessä ja -järjestyksessä? Yhtenä keinona tässä työssä on ihmisen omaehtoisuuden edistäminen ja sukupuolisen ja seksuaalisen monikeskeisyyden mahdollistaminen. Voimme pyrkiä luomaan olosuhteet, joissa ihmisillä olisi niin muodolliset kuin tosiasiallisetkin mahdollisuudet elää sillä tavoin kuin he itse yksilöinä omalla kohdallaan katsovat parhaaksi. Oikeusjärjestys puuttuisi ihmisten elämäntapoihin ainoastaan suojellakseen eli taatakseen ihmisille tosiasiallisia mahdollisuuksia elää mahdollisimman omaehtoista elämää. Oikeusjärjestyksellä ei tulisi esimerkiksi olla muita parisuhdeidealeja – tai kyseenalaistamattomia lähtökohtia – kuin sellaisia, jotka edesauttavat yksilön tosiasiallisia omaehtoisia valintoja. Yksilön käytöstä tulisi rajoittaa (vain) siltä osin kuin se rajoittaa toisten ihmisten mahdollisuutta elää omaehtoista elämää. Myönnän,

että rajanveto-ongelmat yksilön vapauden ja muiden suojelun välillä eivät aina ole helppoja. Asiaa ei tee yksinkertaisemmaksi se, että tässä ajattelussa valtiolta vaaditaan myös aktiivisia, laajoja toimia omaehtoisen elämän tosiasialliseksi mahdollistamiseksi eli ihmisiä erilaisiin asemiin ja rooleihin kahlitsevien rakenteiden rikkomiseksi.

Yksilön autonomia ja moniarvoisuus ovat modernin oikeuden lähtökohtia, mutta yksilön moniarvoisen sisäisen autonomian kehittymiselle sen vaikutusalueella ei ole jäänyt paljon tilaa. Tämä vaikutusalue on – etenkin perheoikeudessa – myös laajempi kuin miksi moderni oikeudellinen ajattelu on mieltänyt tämän puuttumattomuutensa alueen vastaparin. Muodollisessa järjestelmässä, joka on perustunut tietyille sisäistetyille arvoille, ei järjestelmän tosiasiallisen yksiarvoisuuden pohdinta ole juuri edes kuulunut oikeuden toimialaan.¹⁰¹⁰ Järjestelmän omaksumia arvoja ei ole enää koettu valituiksi arvoiksi. Postmoderni ajattelu pyrkii toteuttamaan autonomisuuden, omaehtoisuuden ja moniarvoisuuden tosiasiallista kehittymistä.¹⁰¹¹ Vaihtoehtojen esillä olon lisäksi omaehtoisuus edellyttää omien sidonnaisuuksiemme havaitsemista voidaksemme tehdä tietoisempia valintoja ja ratkaisuja. Pohtiessamme mitä arvoja ja käsityksiä järjestelmämme edustavat ja edistävät toiminnallaan, voimme edistää autonomiaamme näiden järjestelmien vaikutuspiirissä eläessämme.

Vapauteen liittyy vastuu. Vastuu liittyy vastavuoroisuuteen. Ihmisten väliset suhteet toimivat pitkällä tähtäyksellä tyydyttävästi vain, jos vastavuoroisuus toteutuu eli kaikilla on jonkinlainen mahdollisuus tyydyttävään selviytymiseen systeemissä. Yhteisestä hyvästä huolehtiminen on näin kaikkien intressissä. Vastuu vaatii sellaista järjestelmää, jossa parisuhteen purkautumisen jälkeinen omaisuudenjako on osapuolille oikeudenmukainen. Yksilön vapaus vaatii, ettei ketään voida pakottaa jatkamaan epätydyttävää parisuhdetta. Nämä esimerkit valaissevat tarkoittamaani vapauden ja vastuun välistä rajanvetoa. Vastuu sekä oikeuksien ja velvollisuuksien tasapaino sisältyvät jo oikeudenmukaisuuskäsitykseemme.¹⁰¹² Ihmisten vapaus itse valita elämäntapansa ei saisi johtaa toisen ihmisen hyväksikäyttämisen »lailistamiseen». Valtio täyttää huolenpitovelvollisuuttaan täytäntöönpanemalla tämän myös sopimusoikeudessa esille tulleen vastuuvollisuuden sopimus-kumppanista.

¹⁰¹⁰ Ks. lähemmin esimerkiksi Bauman (1996), s. 211–214.

¹⁰¹¹ Vertaa Bauman (1996), s. 284, postmoderni modernin projektin tulemistä itselleen tietoiseksi.

¹⁰¹² Ks. oikeuksien ja velvollisuuksien suhteesta lähemmin Syse. Hän korostaa tarvetta nähdä ihminen sekä oikeuksien että velvollisuuksien haltijana, vaikka oikeudet ja velvollisuudet eivät aina voikaan täydellisesti vastata toisiaan.

Vastuukysymysten arvioinnit on yksi oikeustieteen keskeisiä kysymyksiä. Vastuun arvioinnin ja ulottuvuuden tulisi olla jatkuvan pohdinnan ja muutoksen tilassa. Ympäröivän yhteiskunnan ja oikeustieteen muuttuessa eivät käsitykset vastuusta voi jäädä muuttumattomiksi.¹⁰¹³

Suurin osa ihmisistä mieltänee parisuhteen määrätyille rooleille perustuvaksi heterosuhteeksi. Heidän käsityksensä ja sen mukainen elämäntapansa ovat sosiaalista todellisuutta. Oikeusjärjestyksen on otettava huomioon se sosiaalinen todellisuus, jossa elämme. Ratkaisuna tämän ja edellä selostetun, eli kahden vastakohdilta vaikuttavan näkökulman huomioon ottamiseksi yhtä aikaa, näen parisuhdeoikeuden mieltämisen osaksi sellaista sopimus-oikeutta, jossa otetaan huomioon ne sosiaaliset roolit, joissa sopimukset on solmittu. Näin olisi mahdollista antaa oikeudellista merkitystä ihmisten elämäntavoille ja asenteille ilman että oikeusjärjestys jaottelee ihmisiä ja heidän tehtäviään välillisesti tai välittömästi sukupuolikategorioihin ja ilman että se jaottelee itseään sukupuoli- ja peräisin oleviin erillisiin logiikkoihin eri elämäntilanteilla. Mitä pidemmälle tässä sukupuolijaon suhteellistamisessa päästään, sitä relevantimmaksi nousee kysymys, missä määrin parisuhteen sääntely erityissopimussuhteena on tarpeen ja millä perusteilla jaotteluja tehdään.

Jos lähdemme siitä, että sukupuoli on sosiaalinen kategoria ja ettei meidän yhteiskunnallista asemaamme tulisi määritellä sen kautta, oikeusjärjestyksemmekään ei tulisi perustua tälle jaolle. Parisuhteessa eläminen olisi yksi yhteiskunnallinen oikeusinstituutio, joka ei olisi riippuvainen osapuolten sukupuolesta. Taloudelliset ja ihmissuhteet eivät olisi kaksi eri asiaa, vaan myönnettäisiin, että kaikki ihmisten väliset oikeussuhteet ovat tavallaan sekä taloudellisia että ihmissuhteita. Tahdonautonomia ja yhteisvastuu kuuluvat kumpaankin lähtökohtaisesti samalla tavoin. Keskeinen syy pari- ja sopimus-suhteen erottelulle on käsitys ensin mainitusta henkilökohtaisena tunnesuhteena ja jälkimmäisestä rationaalisena taloussuhteena. Niiden ihmiskuva ja oletukset ihmisen käyttäytymisestä ovat erilaiset.

Oikeusjärjestelmämme keskeisenä tarkoituksena on ollut tuottaa käyttäytymissääntöjä. Käyttäytymissäännöt pohjautuvat väistämättä jollekin käsitykselle ihmisestä, ihmisen käyttäytymisestä ja käyttäytymisidealeista. Olen edellä käsitellyt oikeudelliseen ajatteluun ja lainsäädäntöön vaikuttavia käsityksiä sukupuolesta ja parisuhteesta. Käsityksiämme ihmisistä ja sukupuolesta ei voi erottaa toisistaan. Erilaiset roolit ja rooliodotukset muokkaavat meitä ja ajatteluamme. Ajatusjärjestelmät kuvastavat kehittäjiään myös ihmisinä, joita sukupuoli- ja ajatusjärjestelmät puolestaan ovat muo-

¹⁰¹³ Ks. esimerkiksi Rudanko, s. 263–264.

kanneet.¹⁰¹⁴ Vaikka ihmiskäsityksellä on erittäin keskeinen merkitys oikeusjärjestyksien muodostumisessa, sitä ei ole paljonkaan oikeustieteessä pohdittu. Toinen oikeuden – tässä(kin) työssä esille noussut – keskeinen tarkoitus on ihmisten välisten ristiriitatilanteiden ratkaisu. Jos otamme tämän oikeuden tehtävän tosissamme, eikö meidän tulisi tietää jotain siitä, kuinka ihmisten välisiä konflikteja ratkaistaan mahdollisimman tyydyttävästi? Tämä onnistuu vain ymmärtämällä jotain ihmisistä ja ihmisten käyttäytymisestä.

Perhettä koskevan ajattelun taustalla on ollut yhteisöllinen ja altruistinen ihmiskäsitys. Markkinoita koskevan ajattelun taustalla taas puolestaan individualistinen ja egoistinen ihmiskäsitys.¹⁰¹⁵ Luonnollisestikin nämä toteamukset ovat karkeita yleistyksiä. Vastaavat ihmiskäsitykset vaikuttavat perhe- ja sopimusoikeuden taustalla. Oikeustieteen ihmiskäsitys näyttää siten vaihtelevan oikeudenalasta riippuen.¹⁰¹⁶ Toisaalta oikeudenmukaisuudelle perustuva oikeustiede on itsessään egoistisen ja altruistisen ideologian välissä. Soveltuuko muodollinen oikeudellinen ajattelu yhteen sen kanssa, miten ihmiset toimivat ihmissuhteissaan? Kysymykseen voi vastata jatkumoajattelulla. Mitä epäpersoonallisempi ja lyhyempi suhde tai oikeustoimi on, sitä mahdollisempaa on muodollinen ja yksityiskohtaisille sopimuslausuille perustuva toiminta. Mitä henkilökohtaisempi – tai itseisarvoisempi – ja pidempiaikaisempi suhde on, sitä tarkoituksenmukaisempaa on joustava

¹⁰¹⁴ Ihmisillä on monia tapoja hahmottaa maailmaa ja asioita sekä ilmaista itseään. NLP:ssä (neuro-linguistic programming) aisti- ja niitä vastaavat miellejärjestelmät on jaettu kolmeen luokkaan: visuaalinen, auditiivinen ja kinesteettinen. Ihmiset voivat kyetä kommunikoimaan kaikillakin näillä tavoilla, mutta meillä on suosikkijärjestelmämme. Visuaalisen ihmisen voisi kiteyttää nopeasti hahmottavaksi visionääriksi ja kinesteettisen toiminta- ja tunneorientoituneeksi. Auditiivinen tapa kuvaa tieteessä vallinnutta hahmotustapaa: edetään loogisesti askel askeleelta ja ollaan kiinnostuneita sanoista itseisarvoina. Ks. lähemmin esimerkiksi Veli-Matti Toivonen: *Karttoja mielen toiminnasta*, s. 11–43 teoksessa *NLP mielikirja*, toim. Toivonen, Peter von Harpe, Helsinki 1995.

Konkreettisena esimerkkinä oikeudellisen tilanteen ja tilanteen taustalla vaikuttavien ihmiskuvien suhteen pohdinnasta ks. Thomas Wilhelmsson: *Consumer Images in East and West*, s. 103–119 kirjoittajan teoksessa *Twelve Essays on Consumer Law and Policy*, Helsinki 1996.

¹⁰¹⁵ Poliitiikan tutkimuksessa on käsitys ihmisestä puhtaasti oman edun tavoittelijana luonut perustan muun muassa yksipuolisille oletuksille henkilökohtaisen etunsa mukaisesti äänestävästä äänestäjästä, ääniä maksimoivasta poliitikosta ja budjettia maksimoivasta byrokraatista. Empiiriset tutkimukset eivät ole tukeneet näiden ominaisuuksien valitsevuutta. Leif Lewin toteaa edellä mainittua koskevan kirjansa lopuksi: »Till överbälgande del söker människan befrämja ett allmänintresse i politiken. Men hon gör det av konsekvensetiska skäl.»

¹⁰¹⁶ Tieteenalan kokonaisihmiskuvaa voisi siten pitää melko skitsofreenisena.

keskustelu yhteistoiminnan päämääristä ja periaatteista. Yhteisöllinen logiikka liittyy suhteen intressiyhteisyyteen. Perinteinen muodollinen oikeudellinen ajattelu ei näin ajatellen soveltuisi kovinkaan hyvin yhteistoimintaan, jossa ihmiset toimivat »ihmisinä» eivätkä ole helposti vaihdettavissa. Mitä henkilökohtaisemmille seikoille annetaan merkitystä, sitä lähemmäksi tullaan myös sisältöharkintaa.

Perinteisessä perheoikeudessa puolisoiden sukupuoleen perustuvat roolit ja elämäntapa oli määriteltä. Tavoitteena oli selkeästi ylläpitää sukupuolieron ja -sopimuksen mukaista elämäntapaa. Markkinoilla ja sopimusoikeudessa vallitsi lähtökohtaisesti vapaus. Tätä taustaa vasten voi pitää luonnollisena, että kehitys on sittemmin kulkenut kohti puolisojen elämäntavan määrittelemättömyyttä ja sopimusvapauden määrittelemistä eli rajoittamista. Oikeusjärjestelmämme johtavia periaatteita on ollut käsitys kohtuuden sisällymisestä oikeuteen. Voi ajatella, että kumpikin edellä mainittu oikeudena on ollut kulkemassa kohti »kohtuullista vapautta»: ihmiset saavat lähtökohtaisesti elää haluamallaan tavalla, mutta heidän vapauttaan rajoitetaan siten, ettei tilanne muodostu toisille osapuolille kohtuuttomaksi.

Jatkumojattelussa emme jaa ihmissuhteita eri osiin suhteen alan mukaan, vaan sen omien ominaisuuksien mukaan. Liike- ja sopimussuhteet voivat olla hyvin henkilökohtaisia ja yhteistyö jopa täysin riippuvainen osapuolten henkilöistä ja parisuhteet voivat puolestaan olla hyvinkin epäpersoonallisia. Kumppaankaan alaan luokiteltavien yksittäisten suhteiden ja niihin liittyvien oikeustoimien ominaispiirteitä ei voi päätellä suhteen tyyppin mukaan, vaikka yleisesti ottaen nykyajan parisuhteet ovatkin henkilökohtaisempia ihmissuhteita kuin sopimussuhteet. Etenkin ajallisesti ja paikallisesti laajasti ajatellen on yleinen parisuhde, jossa pari valitaan henkilöön liittyvien, mutta ei henkilökohtaisten ominaisuuksien perusteella. Kumppanin odotetaan olevan taustaltaan, ammatiltaan, ulkonäöltään tai tavoiltaan tietynlainen, mutta hänen sijastaan oltaisiin yhtä hyvin voitu valita toinen samantasoiset ominaisuudet omaava.

Ihmisten käytöksen itsekkyyttä tai epäitsekkyyttä ei myöskään voi olettaa heidän kulloistenkin toiminta-alueittensa mukaan. Vaikka eri puolellemme korostuvatkin erilaisissa ihmissuhteissa, kaikki puolellemme ovat meissä aina. Ihmiset hakevat kaikissa suhteissa jotain itselleen, minkä voi määritellä itsekkyydeksi ja edistävät samalla yhteistyötä eli toimivat yhteiseksi hyväksi, minkä voi määritellä epäitsekkyydeksi. Yhteistoiminta on antamista ja vastaanottamista.

Perheoikeuden lähtökohtaoletus, osapuolten lojaalisuus, ei ole vain henkilökohtaisiin tunnesuhteisiin liittyvä piirre, vaan olennainen osa liike- ja

muita sopimussuhteita. Lojaalisuuden oikeudellinen arviointi ihmissuhteissa voidaan hahmottaa jatkumon avulla, jonka toisella puolella ovat henkilökohtaiset suhteet ja toisella epäpersoonalliset suhteet. Mitä henkilökohtaisempi suhde on, sitä vaikeampi on esittää syy- ja seurausketjuja eli osoittaa sanktioitavaa eli epälojaalia käytöstä. Sama pätee mahdollisuuteen vaatia suoritusta luonnossa tai suhteen jatkumista ilman toisen osapuolen halua, mitä kysymyksiä on parisuhdeoikeudellisissa pohdintoissa toisinaan käsitelty kuin ne olisivat parisuhde-erityisiä ongelmia. Mitä henkilökohtaisempi suhde on, sitä vähemmän muihin vaihdettavia sen osapuolet samalla ovat eivätkä voi asettaa toista tilalleen.

Keskeinen ero pari- ja sopimussuhteen välillä on edellä mainittujen lisäksi ollut niiden suhde tasa-arvoon. Parisuhde perustui sukupuolten epätasaa-arvolle ja sopimussuhde oletukselle osapuolten tasa-arvosta. Lähdetäessä sukupuolten välisestä tasa-arvosta nämä suhdetyypit eivät tältäkin osin välttämättä eroa toisistaan. Tasa-arvo ei ole tosiasiallista, jos osapuolet eivät ole tasavahvoja eli kun toinen on merkittävästi riippuvaisempi toisesta, oli riippuvaisuus sitten emotionaalista tai taloudellista. Tasa-arvoon liittyy myös ajatus parisuhteen osapuolten muita oikeussuhteita vähäisemmästä toisiinsa vaihdettavuudesta oikeussubjekteina. Tämä ominaisuus liittyy siihen, kuinka eriytyneet osapuolten roolit ja valta-asema ovat. On parisuhteita, joissa eriytyneisyys on hyvin vähäistä ja sopimussuhteita, joissa se on merkittävää.

Sopimusoikeudessa on alettu kiinnittää huomiota siihen, kuinka tasa-arvoisia sopimussuhteen osapuolet tosiasiaissa aina ovat ja korostaa osapuolten lojaalisuusvelvoitteita. Parisuhdeoikeudessa on alettu korostaa tasa-arvoa, mutta onko siinä sopimusoikeutta vastaavasti alettu toisaalta kiinnittää huomiota siihen, pitääkö parisuhteen lojaalisuusoletus paikkaansa sen enempää kuin sopimussuhteen tasa-arvoisuusoletuskaan? Samalla tavoin keskeistä ja nimenomaista huomiota tämä kysymys ei ole saanut osakseen – ja avoliiton osapuolten ei aina ole edes oletettu olevan lojaalisia toisiaan kohtaan. Puolisoiden välisen aktiivisen tasa-arvon edistämisen vähäisyys osoittaa myös pidättäytymistä moderniin muodolliseen ajatteluun, jossa lähtökohtaoletusten tosiasiallinen toteuttaminen ei ole ollut keskiössä.

Pari- ja sopimussuhteen yhdistetyksi ideaaliksi voi nähdä muodostuvan lojaalin ja tasa-arvoisen kumppanuuden.

Yhteisyys ei sulje pois erityisyyttä. Nykyisten jaotteluiden kyseenalaistaminen ei tarkoita sitä, ettei uusia jaotteluja syntyisi tai vanhoilla olisi enää mitään merkitystä. Asioilla on aina sekä yhteisiä että erityisiä piirteitä. Kysymys on enemmänkin siitä, mitkä piirteet katsomme asioilla yhteisiksi ja mitkä erilaisiksi ja millä perusteilla. Myöntäessämme ihmisen ja hänen toi-

mintansa logiikan lähtökohtaisen yhtäläisyyden eri aloilla voimme vapaammin ja selkeämmin havaita yksittäisten asioiden itsensä vaatimia erityismenettelytarpeita. Monien vanhojen jakojen, kuten yksityis- ja julkisoikeuden, rajat ovat hämärtyneet, samoin kuin näiden jakojen tarkoituksenmukaisuus asioiden oikeudellisessa hahmottamisessa. Esimerkiksi perhettä koskeva sääntely on sekä yksityis- että julkisoikeudellista. Käytännöt ovat monilla aloilla monipuolistuneet merkittävästi. Niin liike- kuin perhesuhteetkin ovat tulleet moninaisemmiksi ja etenkin sopimussuhteissa vakiintuneita ja toisistaan eroavia käytäntöjä tulee koko ajan lisää.¹⁰¹⁷ Esimerkiksi lisääntymisteknologia ja tietokoneverkot lisäävät omalta osaltaan tilanteita, joihin vanhat perhe- ja varallisuus oikeudelliset käsitteet tai menettelytavat eivät aina enää riitä tai ole tarkoituksenmukaisimpia. Tarvitsisimme tuomioistuimiinkin enemmän erityisosastoja tai -kokoonpanoja, jotka oikeusvarmuuden ja oikeuden lisäksi olisivat erikoistuneet kyseessä olevien suhteiden sisällöllisiin käytäntöihin.

Kokonaisuuden osat ovat yhtä aikaa sekä kokonaisuuden pienoismalleja että sen yksilöllisiä piirteitä. Yhteisyys ja yksilöllisyys eivät ole toistensa vastakohtia. Ihmisen kehityksen voi monella tasolla nähdä syklinä, jota voi kuvata matkana tiedostamattomasta yhteydestä yksilöllisyyteen ja siitä tietoiseen yhteyteen. Olisimmeko yhteiskuntana kypsymässä vaiheeseen, jossa voimme omaehtoisina yksilöinä ymmärtää yhteisyytemme? Ihmisen yhteisöllisyyden voi myös nähdä yksilöllisyyden jatkeena, yhden ihmisen yksikö laajenee vähitellen käsittämään yhä suurempia yhteisöjä saavuttaakseen lopulta yhteenkuuluvuuden tunteen kaikkien ja kaiken kanssa, jolloin ketään eikä mitään ei enää suljeta yhteisön ulkopuolelle. Kuten yksilöllisyys voi estää yhteisöllisyyden voi yhteisöllisyyskin estää laajemman yhteisöllisyyden samoin kuin luonnollisesti yksilöllisyyden.

Ideaali-ihmisiä varten luodut järjestelmät eivät toimi nykyisten ihmisten todellisuudessa, mikä ei estä pyrkimystä kohti ideaaliyhteiskuntaa. Matka on pitkä – tai loputon – ja keinot päämäärän saavuttamiseksi vaihtuvat tilanteen muuttuessa. Ideaalien tiedostaminen on tärkeää, koska silloin niistä ja niihin liittyvistä ongelmista voidaan keskustella ja pyrkiä etsimään kulloisessakin tilanteessa parasta tasapainoa kokonaisuuden eri puolien, kuten todellisuuden huomioonottamisen ja päämäärään pyrkimisen, välillä. Kaikkien rakenteiden taustalla on joku maailmankatsomus. Tyhjiöitä ei ole missään,

¹⁰¹⁷ Ks. sopimusoikeuden hajaantumisesta esimerkiksi Grönfors (1993), (s. 131–132) ja Sisula–Tulokas (»Kanske det sålunda visar sig att splittringens små vassa stycken kan sammanfogas till nya sköna helheter.«, s. 206).

ei yksityisyydessä eikä muodollisissa menettelytavoissa. Kaikki järjestelmät vaikuttavat jollain tavoin ihmisten elämään ja edistävät jonkin tyyppistä ajattelutapaa ja jättävät jotain ulkopuolelleen. Kaikki mitä teemme tai jätämme tekemättä on aina jonkinlainen kannanotto. Pystyäksemme omaehtoiseihin ratkaisuihin meidän on tunnistettava niiden esteet, kuten sukupuolisidonnaisuudet. Me emme loppujen lopuksi voi muuttaa maailmaa, toisia tai edes itseämme, vaan ainoastaan ymmärrystämme itsestämme ja sen mukana toisista ja maailmasta – jolloin kaikki muuttuu...

S U M M A R Y

Couple Relationship in Private Law Thinking

Comparison between Finland and (Western) Germany

Rodolfo Sacco has called the hidden effectors in the legal systems cryptotypes. They are principals and viewpoints which we do not actively realize as having any effect on our legal systems. Because of them, the legal reality does not necessarily correspond to the general legal principles. Sacco considers these hidden elements also as sources of law. My starting point is that views of sex/gender, sex division and gender roles adhere to these kinds of cryptotypes in legal systems.

What is the logic and understanding behind the legal attitudes towards couple relationships and how they appear and have an effect on the dogmatic and practical level? This is the basic question in my work. By describing the picture as it is today, I question the system's ability to function and present some ideas on what kind of logic new pictures could be constructed. The underlying logic does not only affect the content of legislation or legal practice, but also the structures of the system.

Modernity has been based on dichotomies and on black and white logic. In these surroundings, the idea of opposite sexes has been natural. Even if the sexes are nowadays considered to have equal value and their similarities have been increasingly emphasized, sex is still a significant and strict category. Marriage is based on gender dichotomy. Most systems acknowledge only heterosexual marriage. Even when equivalent forms for same sex couples exist, they are usually enacted in separate laws. In Holland, however, there is a law regarding registered partnerships which is applied to all partnership cases. Another set of opposites has been family and contract law. The former has traditionally been the domain of women and the latter (market) the domain of men. The logic and the understanding of human nature has accordingly been different behind these two branches of law.

I question the modern starting points in ways which have been central in feminist and so-called postmodern research. Both of these trends emphasize features which have not been valued in modernity. Aside from dichotomies, modern science is based on rational truth-seeking outside the seeker and on certain values built into the system. A central pair of opposites in modernity is women versus men. People and their characteristics have been seen as either feminine or masculine. Male-centered science has valued masculine characteristics and the equivalent world views. The need for thinking, that includes all sides of human understanding and does not emphasize only half of it, also becomes apparent in my work. Postmodernity has also been seen as trying to realize the ideas of modernity. When the ideals of modernity are not believed to exist already, it is possible to try to realize them.

Hannu Tapani Klami has named scientific theory or political ideology as one type of tertium comparationis. My view of gender ideology and dichotomy could be considered this kind of tertium comparationis. My basic questions could be classified to be those of legal philosophy: I outline the gender bonds of legal thinking and its basis as world views on which legal thinking has been built.

My understanding of gender is that it is not essential. It is instead performative, a style to be. It is as a phenomenon a social definition and classification. Thus, not only gender but also sex is socially defined. In addition, there are not only two categories, and the lines between these are vague. Sex is a continuum. The same is true of sexual orientation. To emphasize my point, I describe some often-discussed in anthropological research different beliefs on sex, gender and sexuality, as well as some different systems of living together.

The basic empirical basis of my work is the motivation behind the marriage legislation, as well as the legislation itself in Finland and Germany during this century. My interest has been in the rules applied to the on-going marriage in private law. They explain best the attitudes towards how a couple is supposed to live and behave. Through this material, besides particular gender roles and marriage institution attitudes, what becomes apparent is the importance of certain general classifications or opposites, which differentiate between marriage and typical legal institutions such as contracts. There is a difference in attitude towards a relationship which is taken as an anomaly in legal systems, as created by nature and belonging to the personal level, and towards a relationship which is considered to be legal and is judged according to legal principles. The legal discussion concerning cohabitation is reminiscent of the anomaly discussions concerning marriage. Legal thinking

and practices in dividing property in cohabitation cases is the other empirical part of my work.

In Finland and Germany, the only legally-defined couple relationship is heterosexual marriage. Especially at the beginning of this century, the different roles of the spouses were taken as the basis of marriage. There were very late premodern features in marriage. Marriage legislation has mostly slowly followed the development of society, and has not in an active modern way tried to expand the limits. In some questions, such as surname, which when it is the name of the husband could be seen to symbolize the husband's role as the head of the family, even formal equality has been slow in motion. Postmodern realization of ideals, like equality, has not been active in marriage laws. Many values have been taken for granted and not even considered as values which have been chosen. The postmodern pluralism of values and possibilities has not in many respects reached the marriage legislation, one example of this being the impossibility for same sex couples to marry.

In some other countries there are more possibilities. In the Scandinavian countries, except Finland, same-sex couples may register their partnerships and establish a legal situation quite similar to married couples. In Sweden there is legislation for cohabitation in separate laws for same sex and heterosexual couples, even if the legal situation is quite the same. In Norway there is a law concerning a situation in which two or more unmarried people of legal age live in the same household. The line between formal and informal marriage even today is not always clear and even in our culture marriage has not always been a heterosexual institution requiring public confirmation. The position of cohabitation has grown stronger compared to the beginning of the century, and it has some legal consequences similar to marriage. On the other hand, cohabitation no longer always has to be heterosexual to have legal consequences. This broadening of the limits of the legal couple relationship can be recognized in some countries.

One significant feature that appears in legal thinking concerning cohabitation in Finland and in Germany is the importance of the legal classification. Cohabitation is not a legally-defined relationship. Therefore family law is not applied, even if cohabitation is classified as belonging to family law, and attitudes concerning marriage affect its legal thinking. But neither are general civil law principles applied in the usual way. Cohabitation is not taken as an independent legal relationship or legal act, for example as a contract. This problem becomes apparent especially in attitudes towards housework. One could say that cohabitation falls between the branches of law.

In one chapter I handle cohabitation as a contract and go through the phases of contract-law thinking as well as its position in marriage law. The importance of external matters becomes clear in this examination. If the couple-relationship practice is taken into consideration, reasonable results may be reached through any model of contract law thinking. As in commerce, there are customary practices in couple relationships which couples usually follow. They act for the common good. When they live together, have children and buy property, they expect the property to be part of the communality and their living arrangements are based on this belief. I call the idea that the value of the property acquired together belongs to both parties equally, a "couple relationship practice". According to reflections concerning marriage, this seems to have been considered to be a fair system in couple relationships. The existence of this practice should legally be taken as a starting point, but it may naturally be proved not to have been followed.

As women and men, family law and contract law have represented a more or less opposite logic in our minds. Roughly speaking, in the logic of families people have been seen as altruistic, and in the logic of markets egotistic. Marriage is also in principal a contract, but a contract in a twilight zone. It is actually considered to be a status. Dependent members of a community are supposed to have duties and to take care of each other. In contract relationships, free individuals are supposed to have rights and seek benefits. The discussion in both spheres could also be seen as the movement of a circle: status – quasi status – quasi contract – contract – quasi contract etc. As standard contracts have become more and more significant contract types, marriage and contract are approaching each other in the status/contract classification.

One could say that in Finland, family law has developed towards traditional contract law thinking: the meaning of the personal side of the relationship has been diminished to a nearly non-existing level. This development in family law has not been quite the same in Germany. Instead, the contract law thinking has developed in an opposite direction. The significance of the person related features of the relationship have received increasing attention. These two branches of law have developed towards each other but remain separate.

An important reason for legal reforms has been the lack of married women's individual rights i.e. equality. But one could say that the idea of marriage as a loyal human relationship is not realized in the letter of the law in Finland. The purpose of marriage is to be a human relationship, but there are only sanctions on economic carelessness. The liability of the wealthier

spouse to pay adjustment exists, irrespective of the behaviour of the other spouse. Only killing the other is an exception and affects the rights of the "evildoer" in property division after the breakdown. The principle of the property being divided equally after the marriage is based on the idea of a loyal partnership. Family law is based on the presumption of loyalty, as contract law is based on the presumption of equality.

The obligation of loyalty between business partners has been emphasized in contract law for some time. Partners are expected to also take into consideration the needs of the other partner. According to the liberalist tradition, business partners were supposed to be equal and capable of taking care of themselves. The more recent contract law has emphasized that this does not always correspond with reality. Welfare state-oriented contract law has tried to make this presumption come true.

Should there be a similar task for our family law to face: to try to realize equality – now when it has been acknowledged to be the ideal – and take into consideration that the loyalty ideal is not always reality?

I question if these two different kinds of relationships really are so different from each other as to presuppose different legal thinking. Is the basis of this difference in logic well founded? Are we expected to change our personality when we cross the border from home to business or vice versa?

Detailed contract negotiations are often considered not suitable to warm, personal and loyal family relationships. It is felt that they emphasize a lack of trust. This is also true in business relationships, where loyalty is highly valued. The wish to continue the relationship and to maintain a good reputation often prevents one from insisting on all the benefits that may have been agreed to. After the breakdown of a marriage such obstacles do not exist. Ironically, it could be said that detailed contract rules could more easily be fully taken advantage of in marriage than in business.

Many business (contract) relationships may be very personal and the person related features should be – and have been – taken into legal consideration in our contract law. All couple relationships and family-law related situations are not very personal and these features are not relevant in their legal consideration. The more personal the relationship, the more difficult it is to present the law of cause and effect to define the unwanted behaviour with sanctions. The same is true for the possibility to demand that the relationship continue against the will of the other.

Both partnerships could be seen as commitments, as co-operations with a certain goal. In business it may be to sell and buy things or services or to accomplish a project together. In "love" it is usually to live together in one

way or another. If one of the partners breaks the contract, the other is entitled to damages and/or to compensation. The more personal the co-operation and/or the performance is, the more impossible it is to demand the fulfillment in natura. In couple relationships, the settlement usually means a fair share of the property which has been acquired together. The contributions and their effects in a spouse's life ought to be taken into consideration. In applying the laws, principles of loyalty, fairness and protection of the weaker party would be relevant. I do not mean to bring back such responsibilities as sexual loyalty or other demands for a particular kind of behaviour, but to suggest a requirement of some kind of partnership loyalty, for example the responsibility not to take unfair economic advantage of the other or not to abuse the other violently.

Fairness and the rights of the weaker party have become central concepts in contract law. The concepts themselves have developed in the same direction as contract law in general. The first types of weaker party roles have been classified as formal. In the formal understanding of roles person-related features are not significant. People are thus interchangeable in their roles. This attitude has shifted towards the idea of more person-related roles. Ability or need-oriented weaker party roles take into consideration, for example, sex, profession or illness.

Person relatedness means unchangeability. This implies the impossibility to appoint someone else to take one's place, as well as common interests which in turn mean a community attitude. It also implies the necessity to take into consideration content and not only form.

The interchangeability between the partners has to do with the differentiation of their roles and power positions. The more similar these are the more interchangeable the partners are. This line does not necessarily follow the line between love and business relationships, even if the impossibility to interchange family members has been pointed out as a feature which differentiates a family situation from typical legal relationships.

The general idea has been that contracts are about individual rights and that intimate and status relationships are built on unselfish obligations. Love relationships have also been considered as based on a search for enjoyment. Relationships based on love or on interests may thus both appear as partnerships which exist for a very subjective reason. In the one you seek love and personal enjoyment, and in the other profit and material good. They could both be seen as selfish contracts: partners want something for themselves. On the other hand, they could both just as well be seen as responsible common good, give and take relationships with rights and duties. Human part-

ners in any relationships idealistically could be seen as free and independent subjects, protecting their autonomy and at the same time needing each other. A balance between rights and obligations is needed in all functioning human partnerships. Human relationships are based on the benefits of the parties and on their responsibility towards each other, in short: on equal reciprocity.

The point I want to make is that the significant difference emerges from the personality or person relatedness in a relationship. This line may not be drawn according to the type of the relationship, even if couple relationships, at least in our days, usually are more personal than business relationships.

Formal law, where detailed contract clauses are supposed to be followed, is best suited to impersonal, short relationships, which contract relationships were traditionally considered to be. The more personal and the longer the relationship is, the more flexible and content-and-goal-oriented the needs in conflict situations become. In the new contract law thinking, a contract has been emphasized as a long and open process. Cohabitation could be seen as typical of this kind of contract relationship. In turn, traditional contract law could be seen as not suitable in solving many typical contract relationship problems.

Seeing things as black or white, their shades of grey remain unseen. If we look at the different kinds of contracts and ways of living together, we may notice many differences within both groups. When we start from a general human relationship point of view instead of thinking in terms of the dichotomy in question, we could probably more easily recognize the need for different kinds of rules for different kinds of relationships within these old opposites.

Open, flexible and polycentric systems bring to the surface the responsibility of a moral subject. We can no longer hide behind The System and The Rules which have been interpreted to be Absolute. In thinking which is based on a belief in objectivity and universality, the belief in forms is natural.

Besides the law branch divisions mentioned above, there are many other divisions which reflect the same logic as the sex dichotomy. These are, for example, private and public, community-oriented emotional relationships and individual contract, natural family and definable contracts and status and contract, which I examine separately along with the dichotomy-thinking itself. My work could thus be seen as a vertical continuum. The idea of this part of the work is to show the vertical effect of ways of thinking. The larger picture explains the smaller one (rules of law, legal dogma) and vice versa.

Questions of the autonomy of the individual deal with the private/public

division, especially through the role of the State and what is considered to be a public sphere. Both family and contract could be defined as private and public in many different ways. Modern law has been considered to be based on the ideas of autonomy and value freedom. The realization of these starting points may be questioned. Some values are built into modern legal thinking without being considered to be values anymore. They have become self-evident. The autonomy of the legal subject is thus limited, and inner autonomy, in particular, is not encouraged.

The discussion of communitarianism and individualism has often been based on a contradiction. They have been seen as opposites and not important parts of a whole. My starting point is that both sides are needed. We must have individual rights to be able to live the kind of life we as individuals need, to be able to be useful members of a society, to be able to give something (back) to the community. Irma Korte has described this as a spiral, from the ethics of power to the ethics of justice and finally to the ethics of love. This spiral is to be proceeded step by step. Marriage has represented an institution based on a community idea, where individual rights have given way to common good. Traditionally, this has usually meant the rights of women as family-centred beings.

A good life and its different value bases have been a central question in the above-mentioned discussions. Good life, values, i.e. content, are central in legal discussions if we take seriously the reason for the existence of legal systems.

In the latter part of my work I ponder on the enactment of couple relationships and its possibilities. My main idea is to allow and encourage people to formulate their own morals and choose their ways of life accordingly. If we do not believe in one truth, we accept parallel realities and individual choices. The only one we are encouraged to listen to is ourselves. Sex roles are an important example of obstacles to live one's life according to one's own needs and wishes, and not a life defined by one's sex.

As law in our legal family is supposed to set rules of behaviour for people, my goal may seem to be opposed to the very idea of law, which it is on a certain level. Law can never really be moral, as in my understanding morality is always a personal sensitivity and responsibility. Law is also understood as a tool to protect people and give us, at least on some level, possibilities to create a good life. In this complex world, with varying situations and realities, nothing can be declared to be always right or wrong. We must create a balance between the State's duties to interfere and to allow free choices.

This study explores, on a general level, which definitions of living in couple-relationships further possibilities for individual choices and which do not. For example, respect and sexual fidelity probably both usually further the possibilities for a good marriage. But both could also be considered as something which cannot be demanded. Feelings, as respect or lack of it, are our connection to ourselves, and to deny them means to harm the connection and thus our autonomy. Fidelity as a common ideal may be harmful as well, and is connected to the right of sexual self-determination.

The balance between forms and flexibility, legal security and fairness, forms and content has been a central problem in law. Strictly formal or freely flexible systems do not remain pure in practice. Whether we believe more in logically-functioning perfect systems or open content-oriented argumentation tells much about us as human beings, how much we feel we are able and willing to control life.

The systems we create are our images and based on our images of things which have importance in the created systems. Our personal characteristics, our world views and our ideas about human behaviour may be recognized in our systems, as in our legal thinking and its division into branches of law. Legal systems have created rules of behaviour for people and sanctions to make people follow these rules. Yet the correlation between the system and how people behave is seldom seriously thought of. The system and its form live their own lives.

Even if my main interest is in legal thinking, I also want to offer practical suggestions. Feminist research has presented many doubts about the possibilities of the legal system being used in an attempt to attain equality. I see the legal system as a changeable social system which cannot be left out of the social change efforts, any more than any other social sphere.

My suggestion would be to abolish marriage as an institution and treat couple relationships as special contracts, or actually to develop a human co-operation law – be the relationship business or love – in which different types of co-operation could be parts. The relationship could be registered and a certain statute applied to these relationships, if the parties had not agreed on something else. Parties could also be encouraged to make individual contracts and thus think through what they want from their union. The general fairness principle would offer the way to arbitrate unreasonable agreements. The statute would represent the fairness idea in ordinary situations. In this system no difference would be made between heterosexual and same sex relationships. There would no longer be a couple relationship institution based on sex division and the equivalent traditions.

There would also be a statute which would be applied to couples who have not registered their relationship, representing the fairness idea in ordinary cases. Because of traditional attitudes, the need for cohabitation legislation has become apparent in many countries. These two statutes would not necessarily differ greatly from each other in property division questions. The registration could mostly be a presumption that the situation corresponds to what is meant in the statutes. There would also be statutes or paragraphs for relationships where people, for example, have a common household but are not couples. Couple relationships are expected to be more personal and based more on a communality idea than many other living arrangements.

There are also needs for different kinds of mediation systems for different kinds of problem situations. There are cases where legal safety must have a central position and those where problem-solving needs are emphasized more. Protection and problem-solving are both central tasks of the legal system. Also in their realization, knowledge of human nature and human behaviour would be needed.

One of my main questions is how to get from dichotomy thinking to ungendered thinking. Frances Olsen has pointed out that as long as we have the market and family dichotomy, we are not able to attain equality between the sexes. The division into family and contract law represents this dichotomy. Contract law, which would deal with people's co-operation in all kinds of relationships, would represent a different kind of thinking. Family and contract would not be considered as based on an opposing logic and on an opposing understanding of humans and our behaviour. Many of the differences between these two institutions are based on the idea of family relationships as emotional and contract relationships as rational.

Both above mentioned branches of law could nowadays be seen as efforts to realize an ideal of loyal and equal partnerships based on freedom limited by the principle of fairness.

Marriage as a legal institution could be said to be a modern institution. It is based on a (sex)dichotomy and on certain self-evident values. The above-mentioned partnership model would abolish marriage as an institution and be polycentric, based on the plurality of values and could thus be called a postmodern model. In addition, this model – as well as the new contract law thinking – could be called feminine. This partnership and the new contract law thinking are not based on a dichotomy or other strict definitions. They bring forth different kinds of realities and subjectivity and see things as interaction and open processes.

ASIAHAKEMISTO

- altruismi 154, 211, 224, 280
 - ks. myös etiikka
- ansiotyö
 - ansiotyö (naisen) oikeutena 51, 82, 92–93
 - ansiotyö suhteessa liiton omaisuuteen ja roolijärjestelmään 80–84, 99, 116, 120–122, 126–129, 139–140, 154–155, 168–169, 171–174, 236
 - ansiotyö velvollisuutena 55, 80–81, 86–87
 - ks. myös kotityö
- antropologisia näkökulmia 28–32, 34–35
- arvottaminen (osuuksien) 109, 127, 141, 155–156, 158–159, 188, 200, 203, 236
 - ks. myös kotityö, parisuhdetapa ja perusteettoman edun palautus
- arvot 5, 14–15, 52, 57–58, 88, 90, 97, 131, 182–183, 199, 201, 210–211, 214, 221–222, 227–233, 240, 255, 257–258, 260, 272, 276, 278
 - ks. myös moniarvoisuus
- asuinliitto, ks. avoliitto
- asunto 104–108, 124,
 - ks. myös kotityö ja perheoikeudellinen yhteisomistus
- Australia, avoliitto 37–38, 140–142, 175
- autonomia 5–6, 8, 16, 154, 209–210, 216–217, 220–224, 228, 278–279
 - ks. myös vapaa tahto ja omaehtoisuus
- avainvalta 55, 82, 84–86, 126
- avioehtosopimus 46, 109, 113, 116, 119, 121, 172, 184, 186–188, 271
- avioliiton ulkopuolinen 58
 - ks. myös avoliitto ja uskollisuus
- avoliitto
 - avioelämä 48–61, 71–98, 261–265
 - avioliiton peruuntuminen 59, 151–152
 - avioliittoanalogia 151–152, 164–167, 204
 - avioliittoinstituutio, ks. avioliitto statuksena
 - avioliitto ja sopimusoikeus 185–188, 265–284
 - avio-oikeus 98–108, 154, 162, 164, 170, 196, 271
 - ks. myös avioliiton peruuntuminen
 - aviorikos, ks. uskollisuus
 - avioliitto statuksena 61–71, 183–186, 233–236
 - aviovarallisuus 98–129, 165
- avoliitto 133–143
- avoliitto sopimuksena 188–207, 265–284
- lainsäädäntö ja oikeuskäytäntö 150–163, 167–175,
 - ks. myös Australia, Kanada, kotityö, parisuhde, ehdotukseni, Ruotsi ja Yhdysvallat
 - ks. myös oikeussuhde ja parisuhdetapa
- binaarioppositiot, ks. dikotomia
- common law -avioliitto 134, 163
- culpa in contrahendo 152–153
- de facto liitto, ks. avoliitto
- dikotomia 1–7, 10, 13, 23, 36, 207–217, 228, 252, 254–258, 272, 274–284
 - ks. myös moderni
- diskurssianalyysi 10
- edusmiehyys 61, 71–74, 76–78, 98–99, 103, 109
- egoismi 192, 205, 211, 268, 280
 - ks. myös etiikka
- elatusapu 137–138, 140, 150, 172, 206
- elatusvelat 111–112, 126
- elatusvelvollisuus 50, 62, 79–80, 86–87,

- 123, 142, 170
eläke 81, 236
– ks. myös new property
elämänyhteisyys 56–58, 164–166
emansipaatio 35–36
emotionaalisuus, emotiot, ks. tunteet
ennakoitavuus 195–196, 213–215, 255, 268
epäitsekkyys, ks. altruismi
epämuodollinen liitto, ks. avoliitto
esiaviollinen 58
– ks. myös avoliitto
esimoderni 88–92
essentiaalisuus 24–25, 274, 276
Euroopan ihmisoikeussopimus, ks. Euroopan neuvosto
Euroopan neuvosto (EN) 59, 97, 241–244
Euroopan unioni/yhteisö (EU/EY) 59, 241–242
etiikka 210, 212, 221–223, 227, 260
feminiininen 1–2, 5, 13, 28, 36, 131–132, 208–209, 215–216, 254
feminismi/feministinen 2, 13–15, 215–216, 246, 252, 254, 276
hedonismi 33, 93–94, 96
heikompi osapuoli (heikomman suoja/hyvittäminen) 139, 156, 176, 182, 187, 197, 201, 203–206, 263, 269–270
henkilökohtaisuus, suhteen 38, 97, 154, 156, 163, 174, 177, 179, 185, 195–198, 212–213, 224–227, 257, 268, 279–282
heteroseksuaali/heteroseksuaalisuus 25, 29, 32–35, 41–42, 96–97, 143, 150, 184, 230, 233, 244–245, 274–275
hierarkia 2, 5, 25, 31, 47, 89, 93, 131, 148, 218–220, 246, 252, 277
hiljainen sopimus/tahto, 158–159, 166, 188–193,
Hollannin rekisteröity parisuhde 142–143, 146, (148)
homoseksuaali, homoseksuaalisuus, ks. samaa sukupuolta olevien liitot
huorinteko, ks. uskollisuus
hyvinvointivalttiollinen sopimusoikeus 181–182, 213–214
hyvä elämä 58, 92, 201, 222, 227–231
ideaalit (osana muutosprosessia) 94, 96–97, 232, 261–263, 277, 283–284
identiteetti 35–36
ihmisoikeudet, ks. perustuslaki, seksuaalinen suuntautuneisuus ja tasa-arvo, Euroopan neuvosto, Euroopan unioni ja Yhdistyneet kansakunnat
implisiittinen sopimus/sopimuspäätös, ks. hiljainen sopimus
individualismi, ks. yksilöllisyys
instituutio, ks. avoliitto statuksena
intiimi suhde, ks. henkilökohtaisuus, suhteen
intuitiivisuus, 5, 211
irrationaalisuus, 225
irtain omaisuus 105–107, 118, 124, 126, 138–139, 155, 157–159, 165, 271
Islannin rekisteröity parisuhde, 145–146
itsekkyyt, ks. egoismi
joint venture, alaviite 656
joukkosopimus 190, 194, 233
joustavuus 141, 222–223, 225, 254–258, 265, 267, 280–281
julkinen 88, 91–92, 125, 129, 133–134, 166–167, 185–186, 201–202, 217–220, 237, 250, 283
kaksijakoisuus, ks. dikotomia
Kanada, avoliitto 142, 147, 175
kansainvälisoikeudelliset velvoitteet, ks. Euroopan neuvosto, Euroopan unioni ja Yhdistyneet kansakunnat
kansallissosialismi 47–48
kihlaus 152–153
kiinteä omaisuus 76, 99, 104–108, 120, 124, 155
kohtuus/kohtuuttomuus 55, 106, 121–122, 135, 137, 152, 164–165, 172–173, 198–204, 214, 240, 255, 272, 281
– ks. myös oikeudenmukaisuus
kolmannen asema 85, 113, 116–117, 126, 185
kokonaisharkinta 140, 173, 195, 202–203, 227, 254–258, 276
kommunitarismi 227
konfliktien ratkaisu, ks. ristiriitojen ratkaisu
korvaus 81, 152, 154, 156, 161–163, 177, 198, 203, 269
– ks. myös kotityö
koti, ks. asunto

- koti-irtaimisto, ks. irtain omaisuus
 kotityö 51, 109, 127, 154, 167–175
 – ks. myös Australia, Kanada ja Yhdysvallat
 KP-sopimus, ks. Yhdistyneet kansakunnat
 kryptotyytit 21, 23
 lahja/lahjoittaminen 105–106, 108–110, 124–125, 128
 lainsäädäntö muutoksen välineenä 237–240, 245–252
 lapsi (ja samaa sukupuolta olevien liitot) 144–146
 lesbo, lesbous ks. samaa sukupuolta olevien liitot
 liberalismi
 – liberalismi ja perhe 224–225, 229
 – liberalismi ja sopimus 181–182, 194, 214, 224–225
 – ks. myös kommunitarismi ja yhteiskuntasopimus
 liikesuhde 163, 213, 224–227, 265–268
 lisäyksen yhteisyys 118–119, 271
 lisääntyminen, ks. lapsi
 lojaalisuus 194, 212, 257, 281–282
 – lojaliteettiperiaate 195–199
 luonnon oikeus 231–233
 luottamusmalli 181–182, 192–195
 makrovertailu 18, 22
 markkinat 192, 212, 214, 219–220, 224
 maskuliininen 1–2, 5, 28, 36, 131–132, 208–209, 215–216, 254
 mikrovertailu 18
 moderni 2–7, 9, 92–97, 137, 179, 201, 221–222, 237, 248, 260, 272–273, 278, 282
 moniarvoisuus 5–6, 9, 97, 227–228, 230, 260, 272, 278
 monikeskeisyys 1, 25, 260, 272, 277
 moninaisuus 35, 211, 248, 257
 moraali 222–223
 muodollisuus/muoto 199–204, 254–258, 281
 – ks. myös parisuhde, ehdotukseni
 mut'a 39–41
 määrittely (asioiden) 129–132
 – ks. myös parisuhde-elämän määrittely
 määräaikainen avioliitto 39–41
 määräysvalta 71–76
 naisoikeus 15
 – ks. myös naistutkimus
 naistutkimus 13, 24–26, 35, 227, 254
 new property 95
 nimeomainen sopimus/tahdonilmaisu ja sen vaatimus 150–151, 166, 189–191, 199, 253
 nimi, ks. sukunimi
 nimiperiaate 157–159
 Norjan rekisteröity parisuhde 145–146
 Norjan yhteistalouden asuntoa ja asuntoir-
 taimistoa koskeva laki 42, 139–140
 objektiivisuus 3, 5, 14, 17, 201–202, 210, 225–226, 231, 237, 256, 276
 oikeudenmukaisuus 141, 181–182, 199–202, 210–211, 217, 228–229, 257–258, 260, 278, 280
 – ks. myös etiikka ja moraali
 oikeuskäytäntö, ks. avoliitto, edusmiehyys
 ja tuomarinoikeus
 oikeussuhde/oikeustoimi 175–179
 olemus, ks. essentiaalisuus
 omaehtoisuus 6, 9, 11, 16, 25, 97, 218, 221–223, 228, 240–241, 246, 261–262, 273, 277–278, 283–284
 – ks. myös autonomia ja vapaa tahto
 omaisuuden erillisuus/yhteisyys 98–101, 112–121, 155–159
 – ks. myös perheoikeudellinen yhteis-
 omistus
 oppositioparit, ks. dikotomia
 ositus 46, 172–173, 186–188, 271
 – ks. myös Ruotsin avoliittolait
 osuuksien arvottaminen, ks. arvottami-
 nen
 palkkatyö, ks. ansiotyö
 panos, panostaminen 81, 127, 155, 158, 199–200, 236, 271
 – ks. myös kotityö, parisuhdetapa, per-
 heoikeudellinen yhteisomistus ja pe-
 rusteettoman edun palautus
 parisuhde
 – ehdotukseni oikeudellisesta suhtautumi-
 sesta parisuhteeseen 268–273
 – erilaisia muotoja 36–42

- parisuhde-elämän määrittely 48–98, 237–240, 261–265
- parisuhdekäytäntö 166
- parisuhdetapa 164–167, 192, 195, 203–204, 206, 268–273
 - ks. myös liikesuhde
- perhe 8–10, 13, 24, 34, 37, 54, 88–89, 92–95, 150–151, 204–207, 209, 211–212, 217–220, 224–225, 229, 231–232, 242–243, 272, 280–282
 - ks. myös kotityö, parisuhdetapa
- perheoikeudellinen yhteisomistus 153–154, 173–174
- perintöoikeudellinen asema, avoliitto 137, 244, 252
- perusteettoman edun palautus 159–162, 167–168
- perustuslaki 48, 52–54, 56, 66–71, 75–76, 82, 84–85, 93, 150–151, 241, 244–245
- pistekäsitys (sopimus) 202
- pitkäaikainen sopimus 194–195, 206, 226–227, 234, 257, 266
- pluralismi, ks. moniarvoisuus ja moninaisuus
- polysentria, ks. monikeskeisyys
- postmoderni 2–7, 9, 15, 35–36, 92–97, 215–216, 221–222, 248, 260–261, 272–273, 278
- prosessikäsitys (sopimus) 182, 202–203, 206, 254
- puuttumattomuus 94, 214, 223, 230, 237–240, 264, 278
- raiskaus, ks. sukupuolistunut väkivalta
- rationaalisuus 2–5, 93, 211, 224–226, 231–232, 237, 279
 - ks. myös vastuurationaalisuus
- rekisteröiminen, parisuhteen 136, 148
 - ks. myös Hollannin, Islannin, Norjan, Ruotsin ja Tanskan rekisteröity parisuhde ja parisuhde, ehdotukseni
- ristiriitaisuus 4, 183, 208, 211, 223, 238, 255, 258–259
- ristiriitojen ratkaisu 72, 75, 157, 248–249, 280
- roolijako, 48–98,
 - ks. myös kotityö, parisuhdetapa ja sukupuolijako
- Ruotsin avoliittolait 41–42, 138–139, 153–154, 165, 167, 174
- Ruotsin rekisteröity parisuhde 145–146
- ruumiillinen koskemattomuus, ks. sukupuolistunut/sukupuolittunut väkivalta
- samaa sukupuolta olevien liitot 28–32, 143–148, 230–231, 268–276
 - ks. myös heteroseksuaalisuus ja seksuaalinen suuntautuminen ja tasa-arvo
- seksuaalinen suuntautuminen 29, 32–35
- seksuaalinen suuntautuminen ja tasa-arvo 45–46, 59, 97–98, 241–244
- seksuaalirikokset, ks. sukupuolistunut väkivalta
- seksuaalisuus 32–35, 274–276
- sisältö 17, 183, 200–202, 210–211, 214, 221, 230, 256, 258, 261, 273, 276, 281
- société de fait 137
- sopimus
 - sopimuksen pistekäsitys, ks. pistekäsitys
 - sopimuksen prosessikäsitys, ks. prosessikäsitys
 - sopimusmallit 181–182 ja ks. em. kohdassa mainitut mallit
 - sopimusvapaus 183–185
 - ks. myös luonnonoikeus ja parisuhde, ehdotukseni
 - sopimus ja tasa-arvo 252–254
 - ks. myös avioehtosopimus, avio- ja avoliitto, hiljainen sopimus, hyvinvointivalttiollinen sopimusoikeus, ihmisoikeudet, joukkosopimus, liberalismi ja sopimus, nimenomainen sopimus, pitkäaikainen sopimus, vakiosopimus ja yhteiskuntasopimus
- sosiaalinen siviilioikeus, ks. yhteisvastuumalli
- sovittelu 186–188, 201–204, 249–250
- status, ks. avoliitto statuksena
- subjektiivisuus 3, 14–15, 17, 201–202, 210, 225–226, 256
- suku 89, 104, 107, 144
- sukunimi 50–51, 55, 62–70, 90, 128, 262–263
- sukupuoli
 - biologinen/sosiaalinen sukupuoli 25–28
 - sukupuolijako (liitännäisineen) 1–2, 6–7,

- 9–10, 15, 22–27, 208–209, 274–284
sukupuolistunut ja sukupuolittunut väkivalta 59–61, 89–90
sumea logiikka 207–208, 255
säätty 61–62
tahdonautonomia, ks. autonomia
tahdonilmaisu, ks. nimenomainen ja tietoinen tahdonilmaisu
tahdomalli 181–182, 189–192
taloustyöt, ks. kotityö
Tanskan rekisteröity parisuhde 145–146
tarve 203, 205–206, 236
tasapaino 5, 96, 128–129, 137, 141, 201–202, 208, 211, 222–223, 254–255, 258, 278, 283
tasinko 197–198
tietoinen tahdonilmaisu 189–192
tosiasiallinen toteutuminen 6, 11, 50–51, 65, 79, 92, 196, 200, 212, 215, 224, 264–266, 277–278, 282
Treu und Glauben 175–176, 198–200, 214
totuus 2, 4
trust 141–142, 147
tunteet, 38, 51, 96–97, 107, 127, 224–227, 265, 277, 279, 281
tuomarinoikeus 48, 52–53, 66–67, 74–75, 82, 84–85
universaalius 3, 5, 9, 179, 222, 256–257, 260
uskollisuus/uskottomuus, 55, 57–58, 95–96, 144, 261–262
uusomaisuus, ks. new property
vaihannan intressi 182, 186–187, 194, 213
vaihdeavuus, osapuolten toisiinsa/muihin 205–206, 259–260, 281–282
vakiosopimus 185, 234
valtion velvollisuudet 60, 223, 277–278
– ks. myös ihmisoikeudet
vapaa tahto 8, 129, 135, 154, 162, 189–193, 211, 220, 230, 277
– ks. myös autonomia ja omaehtoisuus
vastaparit, vastakohtat, ks. dikotomia
vastuu 183, 185, 199–203, 207, 222, 235, 257, 278–279
– vastuurationalisuus 227
velkavastuu, ks. elatusvelat
vilpittömän mielen suoja 180–181, 192
väkivalta, ks. sukupuolistunut/sukupuolittunut väkivalta
väkisinmakaaminen, ks. sukupuolistunut väkivalta
väl miesmenettely/välitystuomio 265–266
ydinperhe, ks. perhe
yhdessä asuminen 56–57, 95, 134–136, 149, 264,
– ks. myös avoliitto ja Norjan yhteistaloutta koskeva laki
Yhdistyneet kansakunnat 45–46, 59, 97–98, 241–244
Yhdysvallat, avoliitto 134, 137–138, 167, 176–178
yhteiselämä, ks. avioelämä ja yhdessä asuminen
yhteiskuntasopimus 217–218, 228–229, 232
yhteisvastuumalli 181–182, 204–206
yhteisöllisen käytännön malli 181–182, 199–204
yhteisöllisyys 37, 91–92, 129, 224–229, 263, 280–281, 283
– ks. myös yhteisöllisen käytännön malli
YK, ks. Yhdistyneet kansakunnat
yksilö/yksilöllisyys 35, 58, 67–68, 70, 73, 89, 91–92, 94–98, 108, 126, 128–129, 136, 181, 194, 205, 215, 232, 237–238, 240, 252, 262, 264–265, 277–278
– ks. myös autonomia
yksityinen 55, 57, 61, 73, 75, 89, 94, 131, 171, 221, 239–240, 242, 246, 249, 261, 265, 269
– ks. myös julkinen ja yhteisöllisyys
yrityssuhde, ks. liikesuhde
Zugewinnngemeinschaft, ks. lisäyksen yhteisyys