SUOMALAISEN LAKIMIESYHDISTYKSEN JULKAISUJA
A-sarja N:o 223

Tuulikki Mikkola

OIKEUDELLISEN TIEDON YHTENEVYYS JA SEN ESTEET

Jäämistöoikeudellisen informaation vertailtavuus

With an English Summary

SUOMALAISEN LAKIMIESYHDISTYKSEN
JULKAISUJA

A-sarja N:o 223

SUOMALAISEN LAKIMIESYHDISTYKSEN JULKAISUJA
A-sarja N:o 223

TUULIKKI MIKKOLA

OIKEUDELLISEN TIEDON YHTENEVYYS JA SEN ESTEET

Jäämistöoikeudellisen informaation vertailtavuus

WITH AN ENGLISH SUMMARY

HELSINKI 1999

OIKEUDELLISEN TIEDON YHTENEVYYS JA SEN ESTEET

Jäämistöoikeudellisen informaation vertailtavuus

KIRJOITTANUT

TUULIKKI MIKKOLA

OIKEUSTIETEEN KANDIDAATTI

Yliopistollinen väitöskirja, joka Lapin yliopiston oikeustieteiden tiedekunnan suostumuksella esitetään julkisesti tarkastettavaksi Lapin yliopiston Fellman-salissa perjantaina, 27. päivänä elokuuta 1999 kello 12.

SUOMALAINEN LAKIMIESYHDISTYS

© 1999 Suomalainen Lakimiesyhdistys
ja Tuulikki Mikkola

ISSN 0356-7206

ISBN 951-855-178-2
Verkkokirjan ISBN 978-951-855-690-2

Vammalan Kirjapaino Oy Vammala 1999

Vanhemmilleni

ALKUSANAT

Minusta ei pitänyt tulla tutkijaa vaan oikeustieteen lisensiaatti, varatuomari ja viimein asianajaja. Olin toteuttamassa tämän elämänsuunnitelmani ensimmäistä vaihetta Englannissa, Nottinghamin yliopistossa, kun jokin - jota voinee myös kohtaloksi kutsua - puuttui peliin. Joku ystävällinen sielu, jonka nimeä en valitettavasti vielä tänä päivänäkään tiedä, oli lähettänyt *Kattin* ensimmäisen tutkijakoulun hakupaperit vanhempieni osoitteeseen. Sieltä isäni toimitti ne kiireen vilkkaa minulle. Kirjoitin hakemuksen ja sain yllättäen kutsun haastatteluun. Kun minut valittiin kymmenen tohtorikoululaisen joukkoon, oli jäljellä oleva aika öljykangastakkien, höyrytettyjen vihannesten ja kokolattiamattojen luvatussa maassa paremmin kestettävissä.

Kesäkuussa 1995 muutin Helsinkiin ja ryhdyin käymään koulua tullakseni tutkijaksi. Tavoitteekseni otin tohtorikoululle asetetun neljän vuoden aikataulun. Kun epäusko valtasi mielen, muistelin sananlaskua, joka on kotona ollut ylitse muiden: sen, että tekee parhaansa, on riitettävä niin itselle kuin muille. Koskaan eivät vanhempani ole minua kuitenkaan kehuneet periksiantamisesta tai samojen virheiden toistamisesta. Heidän opetuksiensa ja hienon esimerkkinsä mukaisesti minä olen yrittänyt elää ja myös väitöskirjaani kirjoittaa.

Ilman kokeneempien tieteenharjoittajien apua tämän noviisin tie olisi ollut paljon kivisempi. Kangasalan tyttönä ensimmäinen innoittajani on luonnollisesti ollut *Aulis Aarnio*. Hän on antanut minulle oivia elämänohjeita ja kannustanut kansainvälisiin opintoihin. Tutkimuksen tekemisessä minulla on ollut onni saada apua - työnohjaajani *Ahti Saarenpään* lisäksi - suomalaisen oikeusvertailun johtotähdeltä *Heikki E.S. Mattilalta*, joka ei ole laskenut niitä tunteja, joita hän on opastamiseeni uhrannut. Viimeisen kevään aikana sain arvokkaita kommentteja ja kannustusta myös *Hannu Tapani Klamilta*. Niiden inspiroimana jaksoin ottaa loppukirin, vaikka olin jo hetken maitohapoilla.

Kansainvälisen talousoikeuden instituutti on tarjonnut loistavat olosuhteet tutkimuksen kirjoittamiselle. Instituutin ja tohtorikoulun johtajana toiminut *Olli Mäenpää* osoitti jatkuvasti, miten suuri sivistys kantaa mukanaan myös sydämen sivistystä. Hän todisti, kuinka empaattisuus ja huumorinpilke eivät vähennä auktoriteettia - päinvastoin. Kattin osaava kirjastohenkilökunta *Gunilla Häklin* johdolla on puolestaan aina auliisti ja tehokkaasti etsinyt tarvitsemaani materiaalia. *Gunilla* ei ainoastaan etsi eurooppaoikeutta koskevaa tietoa, vaan hän on itsekin kävelevä informaatiolähde. Tutkimusmateriaalia olen saanut myös *Lapin yliopiston oikeusinformatiikan instituutilta*, erityisesti sen johtajalta *Ahti Saarenpäältä* ja instituutin sihteeriltä *Tuija Jokelaiselta*.

Tohtorikoulun puitteissa olen päässyt myös Englannin oikeuden alkulähteille. Olen ollut vierailevana tutkijana *Lontoon IALS-instituutissa (Institute of Advanced Legal Studies) sekä Warwickin ja Cambridgen (Centre for European Legal Studies) yliopistoissa*. Nämä tutkimusmatkat ovat olleet työni kannalta erityisen arvokkaita, koska niiden aikana olen päässyt keskustelemaan tutkimuksestani sikäläisten juristien - kuten perheoikeuden arvostetun professorin *Judith Massonin* - kanssa. Toisen tärkeän linkkini, *Nicola Peartin*, löysin internetin kautta. *Peart* toimii jäämistöoikeuden professorina Uudessa-Seelannissa ja hänen kanssaan olen käynyt monia kiintoisia keskusteluja sähköpostin välityksellä. Nyttemmin olen tavannut myös *Markku Kiikerin*, joka väitteli oikeusvertailun saralta tänä keväänä Firenzessä. Hänen tutkimuksestaan *The Theory and Practice of Comparative Legal Studies I ja II*, jota olen vasta hiljattain päässyt lukemaan, ilmenee, että olemme olleet kiinnostuneita osin samoista teoreettisista kysymyksistä. *Kiikerin* kaltaista keskustelukumppania olisin kaivannut näiden Kattissa vietettyjen vuosienkin aikana.

Rahallista tukea olen saanut *Helsingin sanomien 100-vuotisrahastolta, Emil Aaltosen, Kordelinin ja Öhmanin säätiöiltä sekä Kulttuurirahastolta*. Näille tahoille lausun parhaimmat kiitokseni. *Suomalaista lakimiesyhdistystä* kiitän tutkimukseni ottamisesta heidän julkaisusarjaansa.

Tutkimuksen tekstin saattoi painokuntoon *Risto Haavisto*. *Jari Råmanilta* sain apua tutkimuksen kieliasun tarkastukseen ja korjaukseen. Englanninkielisen lyhennelmän kielivirheet korjasi *Dino Chincotta* Bristolin yliopistosta. Kattin nykyinen johtaja *Veijo Heiskanen* varmisti, että myös työn viimeistelyvaiheessa minulla oli kunnon puitteet työskentelylle. *Tuomaksen* kanssa me toteutimme tohtorikoulun ideaa: toinen toistaan tukien loppuun asti. Meidän monet keskustelumme tutkimuksen tekemisestä - ja paljosta

muustakin - olivat todiste siitä, ettei tohtorikoululaisia oltu valittu mihinkään keskinäiseen loppukilpailuun vaan yhteiseen rynnistykseen.

Veljeäni, Anskumaijaa, Kristaa ja Käkkärää on siunattu kuuntelijan lahjalla. Heille vyörytin iloni ja suruni - sillä tavoin niistä edelliset ovat tuplaantuneet ja jälkimmäiset puolittuneet. *Jouni Ranta* on puolestaan se, joka pelasti minut hukkumasta. Hän on myötäelänyt kirjoittamalla omaa tutkimustaan ja osoittanut, että miehissäkin on olemassa sellaisia harvinaisuuksia, jotka haluavat, että naisilla on itsetuntoa ja kunnianhimoa. *Jounilla* on myös taito kohottaa niistä molempia.

Uutanassa, Rovaniemellä ja hieman Helsingissäkin vuosisadan kuumimpana kesänä vuosituhannen viimeisenä vuotena,

Tuulikki

Sisällys

LYHENTEET

LÄHTEET

I. JOHDANTO

1. Näkökohtia oikeusvertailusta 1
2. Oikeusvertailun välttämättömyydestä 5
3. Tutkimuksen rakenteesta 8
4. Lainvalinnasta jäämistöoikeuden alueella 11
5. Tutkimuksen rajoista 13

II. OIKEUSVERTAILU OIKEUSTUTKIMUKSENA

1. Katsaus oikeusvertailun esihistoriaan 17
2. Oikeusvertailun läpimurto 1800-luvulla 19
   2.1. Aluksi 19
   2.2. 1800-luvun saksalainen oikeuskulttuuri 20
   2.3. Oikeusvertailun syntyminen 23
3. Oikeusvertailun kehityksestä 1900-luvulla 26
   3.1. Aluksi 26
   3.2. Oikeusvertailun hyödyntäminen kansallisella tasolla - esimerkkejä 30
      3.2.1. Saksan oikeus 30
      3.2.2. Suomen oikeus 36
      3.2.3. *Englannin oikeus* *45*
   3.3. Euroopan ihmisoikeudet oikeusvertailun kannalta 56
      3.3.1. Yleistä 56
      3.3.2. Ihmisoikeussopimusten tulkinta 58
      3.3.3. Suomi ja Englanti ihmisoikeuksien suojaajina 60
   3.4. Johtopäätöksiä 65
   3.5. EY-oikeus ja oikeusvertailu 67
      3.5.1. EU:n ihmisoikeussuoja 67
      3.5.2. Artikla 215(2) ja oikeusvertailua edellyttävät käsitteet ... 69
      3.5.3. EY-oikeuden periaatteet 71
      3.5.4. Oikeusvertailu tuomarien ja julkisasiamiesten toiminnassa 73
      3.5.5. Lainsäädännön harmonisointi EU:ssa 75
         3.5.5.1. Aluksi *75*
         3.5.5.2. Johdanto oikeudellisiin siirrännäisiin *79*

3.5.5.3. Oikeudellisten siirrännäisten vastustajista *80*
3.5.5.4. Oikeudellisten siirrännäisten puolustajista *82*
3.5.5.5. Johtopäätöksiä *86*
3.6. Ajatusten kehittelyä 88

III. MISTÄ SYNTYVÄT OIKEUSVERTAILUN PERUSONGELMAT ?
1. Näkökohtia kielestä ja oikeuskielestä 91
1.1. Aluksi 91
1.2. Oikeuskieli erikoiskielenä 93
1.3 Oikeuskieli ja kansalainen 94
1.4. Käsitteiden suhteellisuus 97
1.5. Oikeusvertailija, vieraileva taiteilija ? 103
2. Oikeussäännösten erilaiset tarkastelutasot 106
2.1. Lähtökohtia 106
2.2. Institutionaalinen teoria oikeudesta 107
2.3. Helpot ja kiperät tapaukset 109
2.4 Kiperien tapausten ratkaiseminen 113
2.4.1. Toisen asteen justifikaatio 113
2.4.2. Periaatteiden asema 116
2.4.3. Seurausharkinta 121
2.5. Väliintulevat tekijät 125
2.5.1. Aluksi 125
2.5.2 Väliintulon toteuttaminen 126
2.5.3. Väliintulevat tekijät ja tunnistamissääntö 128
2.6. Yhteenveto 129
2.6.1. Oikeuden olemuksen kannalta 129
2.6.2. Oikeuslähteistön kannalta 132
2.6.3. Oikeusvertailun kannalta 136
2.7. Johtopäätökset 139

IV. ESIMERKKI OIKEUSVERTAILUSTA: ENGLANNIN OIKEUSJÄRJESTELMÄ
1. Englannin oikeuden historia 143
1.1. Aluksi 143
1.2. Normannivalloituksen perintö 144
1.3. Kanslerioikeuden kehittyminen 147
1.4. Roomalainen oikeus Manner-Euroopassa 150
1.5. Mannereurooppalaisen oikeuskehityksen merkitys Englannin oikeudelle 152
1.6. Parlamenttilakien esiinmarssi 158

1.7. Johtopäätöksiä ... 162
2. Englantilainen oikeuskoneisto ... 164
2.1. Juristit ja heidän koulutuksensa ... 164
2.2. Oikeudenkäyntiasianajajat ... 167
2.3. Oikeusprosessi ja juristien ammattitaito ... 170
2.4. Tuomarikunta ... 172
2.5. Äänestyslausunnot ja ennakkotapausoikeus ... 178
2.6. Oikeustieteen asema ... 181
2.7. Oikeuskoneisto ja oikeusriitojen vähäisyys ... 184
3. Englannin oikeuden lähteet ... 185
3.1. Säädännäinen oikeus ... 185
3.1.1. Johdanto ... 185
3.1.2. Lainsäädäntötekniikka ja oikeuskoneiston yhteistoiminta ... 189
3.1.3. Parlamenttilakien tulkinta ... 191
3.1.3.1. Aluksi ... 191
3.1.3.2. Kirjaimellisen tulkinnan sääntö ... 193
3.1.3.3. Muut tulkintasäännöt ... 194
3.1.3.4. Lain esitöiden merkitys laintulkinnassa ... 197
3.1.3.5. EY-oikeuden tulkinta ... 199
3.2. Ennakkotapausoikeus ... 202
3.2.1. Johdanto ... 202
3.2.2. Stare decisis ... 203
3.2.2.1 Aluksi ... 203
3.2.2.2. Ratio ja obiter dicta ... 206
3.2.2.3. Samanlaisuus ja analogia ... 212
3.2.2.4. Equity-oikeus ... 215
3.2.2.5. Parlamenttilakien ja oikeuskäytännön suhde ... 218
3.3. Yhteenveto ... 220
4. Keskustelu oikeusjärjestelmien lähentymisestä ... 224

V. JÄÄMISTÖOIKEUDELLISEN INFORMAATION VERTAILTAVUUS SUOMESSA JA ENGLANNISSA
1. Lähtökohtia jäämistöoikeudesta kansallisella ja kansainvälisellä tasolla ... 229
1.1. Perimys ja yhteiskunnallinen moraalikoodi ... 229
1.2 Jäämistöoikeudellinen perheyhtäläisyys ... 232
1.2.1 Jäämistöoikeus kansainvälisessä keskustelufoorumissa .. 232
1.2.2 Esimerkkeinä Suomi ja Englanti ... 234
1.3. Jäämistöoikeudelliset systeemiperiaatteet ja oikeusvertailu ... 236

2. Jäämistöoikeuden historiaa 237
2.1. Testamentin kehityksestä roomalaisessa oikeudessa 237
2.2. Testamentin paikan vakiintuminen Englannissa 239
2.3. Lakimääräinen perimys 242
2.3.1. Irtain omaisuus 242
2.3.2. Kiinteä omaisuus 243
2.4. Katsaus nykyisyyteen 245
2.5. Suomen jäämistöoikeuden sukusidonnaisuus ja testamentti 246
2.6. Jaosta perintö- ja ansiomaahan 248
2.7. Puolison asemasta 251
2.8. Katsaus nykyisyyteen 255
3. Tarkennettu kysymyksenasettelu - vertailumittarien täsmentäminen 256
4. Lesken asema 258
4.1. Perintökaaren leskensuojajärjestelmä 258
4.1.1. Aluksi 258
4.1.2. Leskensuojan sisältö 259
4.2. Lesken asema englantilaisessa jäämistöjärjestelmässä 262
4.2.1. Leski lakimääräisen perimysjärjestyksen valossa 262
4.2.2. Lesken oikeudesta asuntoon 266
4.3. Vertailevia huomioita 269
4.4. Lesken suojaa koskevista uudistusehdotuksista 275
5. Läheisten aseman turvaaminen jäämistössä 279
5.1. Lakimääräinen perimys lähtökohtana Suomen jäämistöoikeudessa 279
5.1.1. Taustaa 279
5.1.2. Lakiosan käsite 279
5.1.3. Kaavamaisuudesta poikkeaminen 282
5.1.4. Lakiosa oikeusinstituutiona nyky-yhteiskunnassa 283
5.2. Perittävän tahdonautonomia lähtökohtana Englannin jäämistöoikeudessa 285
5.2.1. Taustaa 285
5.2.2. Perittävän tahdonautonomian rajoittamisen historiasta . 286
5.2.3. Etuosalain soveltamisalue 288
5.2.3.1. Aluksi 288
5.2.3.2. Etuosalain hakijaryhmät 290
5.2.3.3. Harkintakriteerit 291
5.2.3.4. Perittävän lapsia koskevat erityiskriteerit 294
5.2.3.5. Leskeä koskevat erityiskriteerit 295
5.2.3.6. Etuosalain ongelma 297
5.2.3.7. Etuosainstituution muutosalttius 298
5.2.3.8. Johtopäätöksiä etuosasta 300

5.3. Testamentin tosiasiallinen asema Suomessa ja Englannissa 302
5.3.1. Perintöverotus ja jäämistösuunnittelu 302
5.3.2. Suomalainen perintöverotus 303
5.3.3. Englantilainen perintöverotus 305
5.3.4. Keskustelun kehittelyä 308
5.3.5 Suomalainen jäämistöjärjestelmä 309
5.3.6. Englantilainen jäämistöjärjestelmä 311
6. Jäämistön selvitystoimet 315
6.1. Yleistä 315
6.2. Suomalainen pesänselvitys- ja jakojärjestelmä 316
6.2.1. Taustaa 316
6.2.2 Rajanvetoa 318
6.2.3. Osakkaiden yhteishallinto lähtökohtana 320
6.2.4. Järjestelmän valinnaisuus 322
6.2.5. Pesänselvittäjän ja -jakajan nimitys 323
6.2.6. Toimitusmiesten tehtävät 325
6.2.7. Tasajaon periaate 328
6.3. Englantilainen virallisselvitysjärjestelmä 330
6.3.1. Aluksi 330
6.3.2. Järjestelmän lähtökohdat 331
6.3.3. Pesänhoitajien nimitys 332
6.3.4. Pesänhoitajien tehtävät 335
6.3.5. Trust-instituutio 340
6.3.5.1. Yleistä 340
6.3.5.2. Trust perimystilanteissa 343
6.4. Vertailevia huomioita 346
6.5. Tulevaisuudennäkymiä 349
7. Englannin jäämistöoikeuden "kirjoittamattomat" säännökset 352
7.1 Yleistä 352
7.2. Donatio mortis causa 352
7.3. Testamenttia koskevat sopimukset 357
7.4 Voiko testamentin tekemisen delegoida ? 360
7.5 Proprietary estoppel 361
7.6. Johtopäätöksiä 362

VI. JOHTOPÄÄTÖKSET
1. Vertailujakson johtopäätökset 365
2. Lopuksi 379

SUMMARY: THE UNIFORMITY OF LEGAL INFORMATION AND OBSTACLES ACHIEVING IT. 389

HENKILÖHAKEMISTO 399

OIKEUSTAPAUSLUETTELO 405

ENGLANTILAISTEN TAPAUSRAPORTTIEN LYHENTEET . 412

LYHENTEET

AEA	Administration of Estates Act 1925
AL	Avioliittolaki (234/1929)
Am.J. Comp. L.	American Journal of Comparative Law
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
BGB	Burgerliches Gesetzbuch 1896 (Saksa)
BVerGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgericht
CMLR	Common Market Law Reports
Conv	The Conveyancer and Property Lawyer
DL	Defensor Legis
ECR	European Court Reports
EIF	Encyclopedia Iuridica Fennica
EIS	Euroopan ihmisoikeussopimus
EJCL	Electronic Journal of Comparative Law
EN	Euroopan neuvosto
HC	House of Commons
HE	Hallituksen esitys
HMSO	Her Majesty's Stationery Office
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly
IHTA	Inheritance Act 1984
JFT	Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland
JLR	Journal of Legal Reasoning
JT	Juridisk Tidskrift
JZ	Juristen Zeitung
KHO	Korkein hallinto-oikeus
KKO	Korkein oikeus
KS	Konkurssisääntö (9.11.1868)
LJ	Law Journal
LM	Lakimies
LR	Law Review
LT Jo	Law Times
Lvk	Lainvalmistelukunta
LQR	Law Quarterly Review
MJ	Maastricht Journal of European and Comparative Law
MLR	Modern Law Review
NCPR	Non-contentious Probate Rules

NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NOU	Norges offentlige utredninger
OK	Oikeudenkäymiskaari
PerVL	Perintö- ja lahjaverolaki (378/1940)
PK	Perintökaari (40/1965)
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RL	Rikoslaki (39/1989)
SOU	Statens offentliga utredningar (Ruotsi)
SvJT	Svensk Juristtidning
TfR	Tidskrift for Rettsvitenskap
VanhA	Asetus määräajasta velkomisasioissa sekä julkisesta haasteesta (9.11.1868)
YK	Yhdistyneet kansakunnat
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch 1907 (Sveitsi)
ZVglRWiss	Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft
ÄB	Ärvdabalken (12.12.1958, Ruotsi)

LÄHTEET

I. YLEINEN KIRJALLISUUS (TUTKIMUKSEN OSAT I-IV)

Aarnio, Aulis,

-Ennakkopäätöksistä ja niiden sitovuudesta. Oikeus 1993:3 s. 254-272.

-Laintulkinnan teoria. Yleisen oikeustieteen oppikirja. Juva 1989.

-Laki, oikeus ja oikeudenmukaisuus. Pohjois-Suomen tuomarikoulun julkaisussa 2/1999 (Rovaniemi 1999) s. 9-37.

-Oikeussäännösten tulkinnasta. Helsinki 1982.

-Precedent in Finland. Teoksessa Interpreting Precedents. A Comparative Study (toim. MacCormick, N.- Summers, R. Aldershot 1997) s. 65-102.

-Statutory Interpretation in Finland. Teoksessa Interpreting Statutes. A Comparative Study (toim. MacCormick, N. -Summers,R.S.Aldershot 1991) s. 123-170.

Abraham, Henry J.,

The Judicial Process. Oxford 1993.

Alexy, Robert,

A Theory of Legal Argumentation. The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification. Oxford 1989.

Alexy, R.-Dreier, R.,

Statutory Interpretation in the Federal Republic of Germany. Teoksessa Interpreting Statutes (toim. MacCormick, N.-Summers, R.S. Aldershot 1991) s. 73-123.

Allen, T.- Anderson, B.,

The Use of Comparative Law by Judges. Anglo-American LR Vol. 23 s. 435-459.

Anderson, Bruce,

"Discovery" in Legal Decision-Making. Dordrecht 1996.

Arnheim, Michael,

Introduction. Teoksessa Common Law (toim. Arnheim, M. Aldershot 1994) s. xi-xxvi.

Atiyah, P.S,

Common Law and Statute Law. MLR Vol. 48 (1985) s. 1-28.

- Form and Substance in Legal Reasoning: the Case of Contract. Teoksessa The Legal Mind. Essays for Tony Honoré (toim. MacCormick, N.- Birks, P. Oxford 1986) s. 19-44.

- Law and Modern Society. London 1996.

- Pragmatism and Theory in English Law. London 1987.

- The Rise and Fall the Freedom of Contract. Oxford 1979.

Atiyah, P.S.-Summers, R.S.,

Form and Substance in Anglo-American Law. A Comparative Study of Legal Reasoning, Legal Theory and Legal Institutions. Oxford 1987.

Aubin, Bernhard,

Die Rechtsvergleichende Interpretation autonom-internen Rechts in der deutschen Rechtssprechung. RabelsZ 34 (1970) s. 458-480.

Bailey, S.H.-Gunn, M.J.,

Smith and Bailey on the Modern English Legal System. London 1991.

Baker, J.H.,

- An Introduction to English Legal History. London 1990.

- The Three Languages of the Common Law. McGill Law Journal/ Revue de droit de McGill Vol. 43 (1998) s. 5-24.

Bankowski, Zenon,

- Analogical Reasoning and Legal Institutions. Teoksessa Informatics and the Foundations of Legal Reasoning (toim. Bankowski, Z.- White, A.-Hahn, U. Kluwer 1995) s. 177-90.

- The Institution of Law. Teoksessa Law and Power (toim. Tuori, K.-Bankowski, Z.-Uusitalo, J. Liverpool 1997) s. 159-173.

Bankowski, Z.-MacCormick, N.,

Statutory Interpretation in the UK. Teoksessa Interpreting Statutes (toim. MacCormick, N.-Summers, R.S. Aldershot 1991) s. 359-406.

Bankowski, Z.-MacCormick, N.-Marshall, G.,

Precedent in the UK. Teoksessa Interpreting Precedents. A Comparative Study (toim. MacCormick, N.- Summers, R. S. Aldershot 1997) s. 315-354.

Bankowski, Z.-MacCormick, N.-Morawski, L.-Miguel, A.R.,

Rationales for Precedent. Teoksessa Interpreting Precedents. A Comparative Study (toim. MacCormick, N.-Summers, R. Aldershot 1997) s. 481-501.

Bates, J.N.,

The Contemporary Use of Legislative History in the UK. The Cambridge LJ Vol. 54 (1995) s. 127-153.

Beatson, Jack,

Has the Common Law a Future ? Cambridge LJ Vol. 56 (1997) s. 291-314.

Beaulac, Stéphane,

Parliamentary Debates in Statutory Interpretation: A Question of Admissibility or of Weight ? McGill Law Journal/Revue de droit de McGill, Vol. 43 (1998) s. 287-324.

Bell, John,

- Comparative Law and Legal Theory. Teoksessa Prescriptive Formality and Normative Rationality in Modern Legal Systems. Festschrift for Robert S Summers (toim. Krawietz, W.-MacCormick, N.-von Wright, G.H. Berlin 1994) s. 19-32.

- English Law and French Law - Not So Different ? Current Legal Problems Vol. 48 (1995) s. 63-101.

Bennion, Francis,

- Artikkelit: The Times 1.2.1994 ja 24.1.1995.

- Hansard - Help or Hindrance ? A Draftman´s View of Pepper v Hart. Statute LR Vol. 14 s. 149-162.

- Statute Law. London 1990.

- Which Sort of Human Rights Act ? New LJ 3.4.1998 s. 488-90.

Bergholtz, Gunnar,

Ratio et Auctoritas: a Comparative Study of the Significance of Reasoned Decisions with Special Reference to Civil Cases. Teoksessa European Legal Cultures (toim. Gessner, V.-Hoeland, A.-Varga, C. Dartmouth 1996) s. 122-127 (alkuperäisteksti Scandinavian Studies in Law Vol. 33).

Bernitz, U.- Heuman, L.-Leijonhufvud, M.-Seipel, P.-Warnling-Nerep, W.-Victorin, A.-Vogel, H-H.,

Finna rätt. Stockholm 1996.

Berman, Harold J.,

Law and Revolution: the Formation of the Western Legal Tradition. Harvard 1983.

Bing, Jon (toim.),

Handbook of Legal Information Retrieval. Amsterdam 1984.

Bingham, T.H.,

There is a World Elsewhere: The Changing Perspectives of English Law. ICLQ Vol. 41 (1992) s. 513-529.

Björne, Lars,

Siviilioikeudellisen systematiikan kehityksestä. Teoksessa Suomen oikeushistorian pääpiirteet (toim. Letto-Vanamo, P. Jyväskylä 1991) s. 307-319.

Blume, Peter,

The Communication of Legal Rules. Statute LR Vol. 11 s. 189-210.

Boer, Ted de,

The Relation Between Uniform Substantive Law and Private International Law. Teoksessa Towards a European Civil Code (toim. Cappelletti, M. Dordrecht, Kluwer 1994) s. 51-63.

Bogdan, Michael,

- Comparative Law. Göteborg 1994.

- Jämförande juridik - vad, varför, hur ? Teoksessa Jämförande juridik - vad, varför, hur ? (toim. Suksi, M. Åbo 1996) s. 1-8.

Boin, Kai T.,

Englische Barristers und die Sozietät. ZVglRWiss 96 s. 386-405.

Bridge, Caroline,

Consiliation and the New-Zealand Family Court. Legal Studies 16 (1998) s. 298-324.

Brugger, Winfried,

Legal Interpretation, Schools of Jurisprudence, and Anthropology: Some Remarks From a German Point of View. Am. J. Comp. L. Vol. 42 (1994) s. 395-421.

Brusiin, Otto,

- Oikeusvertailusta. LM 1954 s. 434-446.

- Tuomarin harkinta normin puuttuessa. Vammala 1938.

Burn (toim.),

Cheshire and Burn´s Modern Law of Real Property. London 1982.

Caenegem, R.C. van,

- An Historical Introduction to Private Law. Cambridge 1988.

- Legal History. A European Perspective. London 1991.

- The Birth of the English Common Law. Cambridge 1988.

Coing, Helmut,

- Common Law of Europe: Historical Foundations. Teoksessa New Perspectives for a Common Law of Europe (toim. Cappelletti, M. London 1978) s. 31-44.

- Europäisches Privatrecht. Band I. Älteres Gemeines Recht. München 1985.

- Grundzüge der Rechtsphilosophie. Berlin 1993.

Collins, Hugh,

The Voice of Community in Private Law Discourse. European LJ Vol. 3 (1997) s. 407-421.

Constantinesco, Léontin-Jean,

- Die Kulturkreise als Grundlage der Rechtskreise. ZfRV 22 (1981) s. 161-178.

- Rechtsvergleichung. Band I. Carl Heymanns Verlag KG 1971.

Cornish, W.R.-Clark, G.,

Law and Society in England 1750-1950. London 1989.

Crabbe, Vincent,

Understanding Statutes. London 1994.

Cross, Rupert,

- Blackstone v Bentham. LQR Vol. 92 (1976) s. 516-527.

- Precedent in English Law (uudempi painos toim. Bell, J.-Engel, G. London 1995).

Cruz, Peter de,

- A Modern Approach to Comparative Law. Deventer 1993.

- Comparative Law in a Changing World. London 1995.

Curran, Vivian Grosswald,

Cultural Immersion, Difference and Categories in U.S. Comparative Law. Am. J.Comp. L Vol. 46 (1998) s. 43-92.

Dale, Sir William,

- Legislative Drafting: A New Approach. A Comparative Study of Methods in France, Germany, Sweden and the UK. London 1977.

- Principles, Purposes and Rules. Statute LR Vol. 10 s. 15-26.

- The European Legislative Scene. Statute LR Vol. 13 s. 79-96.

David, René,

- English Law and French Law. A Comparison in Substance. London 1980.

- Nykyajan suuret oikeusjärjestelmät I (ranskalaisen painoksen toimittanut Jauffret-Spinosi, C. Ranskasta suomeksi kääntänyt Mattila, H.) Helsinki 1982.

- Nykyajan suuret oikeusjärjestelmät II (ranskalaisen painoksen toimittanut Jauffret-Spinosi, C. Ranskasta suomeksi kääntänyt Mattila, H.) Helsinki 1986.

Davies, J.D.,

Equity in English law. Teoksessa Equity in the World´s Legal Systems. A Comparative Study (toim. Newman, R.A. Brussels 1973) s. 157-185.

Dawson, John P.,

The Oracles of Law. The University of Michigan Law School 1968.

Dodova, L.,

A Translator Looks at English Law. Statute LR Vol. 1 s. 69-78.

Drobnig, Ulrich,

- Rechtsvergleichung in der deutschen Rechtsprechung. RabelsZ 50 s. 610-630.

- The Use of Foreign Law by German Courts. Teoksessa German National Reports in Civil Law Matters for the XIVth Congress of Comparative Law in Athens (toim. Jayme, Erik. Heidelberg 1994) s. 5-24.

Drzewicki, Krystof,

Internationalization and Juridization of Human Rights. Teoksessa An Introduction to the International Protection of Human Rights (toim. Hanski, R.-Suksi, M. Turku 1997) s. 25-48.

Duggan, Anthony J.,

Is Equity Efficient ? LQR Vol. 113 (1997) s. 601-636.

Dworkin, Ronald,

- A Matter of Principle. Oxford 1986.

- Law´s Empire. London 1986.

- Taking Rights Seriously. London 1977.

Eckhoff, Torstein,

-Legal Principles. Teoksessa Prescriptive Formality and Normative Rationality in Modern Legal Systems. Festschrift for Robert S. Summers (toim. Krawietz, W.-MacCormick, N.-von Wright, G.H. Berlin 1994) s. 33-42.

- Rettskildelaere. Oslo 1993.

Elliott, Mark,

The Demise of Parliamentary Sovereignty ? The Implications of Justifying Judicial Review. LQR Vol. 115 (1999) s. 119-137.

Ervo, Laura,

Euroopan ihmisoikeussopimuksen merkitys suomalaisessa lainkäytössä - erityisesti määrättäessä avustaja maksuttoman oikeudekäynnin yhteydessä. Defensor Legis 1998 s. 108-116.

Esser, Josef,

- Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts. Rechtsvergleichende Beiträge zur Rechtsquellen- und Interpretationslehre. Tübingen 1956.

- Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Frankfurt am Main 1970.

Ewald, William,

- Comparative Jurisprudence I: What Was It Like to Try a Rat ? University of Pennsylvania LR Vol. 143 (1994-95) s. 1898-2149.

- Comparative Jurisprudence II: The Logic of Legal Transplants Am. J. Comp. L Vol. 43 (1995) s. 489-510.

Evans, J.,

Statutory Interpretation: Problems of Communication. Oxford 1988.

Evans-Jones, Robin,

Receptions of Law, Mixed Legal Systems and the Myth of the Genius of Scottish Private Law. LQR Vol. 114 (1998) s. 228-249.

Ewing, K.D.,

The Human Rights Act and Parliamentary Democracy. MLR Vol 62 (1999) s. 79-99.

Fennelly, Nial,

Legal Interpretation at the ECJ. Fordham International Law Review Vol. 20 (1997) s. 656-679.

Foster, Nigel,

German Law and Legal System. London 1993.

Freeman, Michael,

The Modern English Approach to Statutory Construction. Teoksessa Legislation and the Courts (toim. Freeman, M. Aldershot 1997) s. 1-6.

Gardiner, Richard,

Interpreting Treaties in the UK. Teoksessa Legislation and the Courts (toim. Freeman, M. Aldershot 1997) s. 115-132.

Gerven, Walter van,

- ECJ Case Law as a Means of Unification of Private Law ? European Review of Private Law Vol. 2 s. 293-308.

- Taking Article 215(2) EC Seriously. Teoksessa New Directions in European Public Law (toim. Beatson, J.-Tridimas, T. Oxford 1998) s. 35-47.

Gibson, Ralph,

The Law Commission. Current Legal Problems 1986 s. 57-83

Glanville, William,

- Statutory Interpretation. The Meaning of Literal Interpretation I. New Law Journal 5.11.1981 s. 1128-9.

- Statutory Interpretation. The Meaning of Literal Interpretation II. New Law Journal 12.11.1981 s. 1149-51

Glendon, Mary-Ann,

- State, Law and Family. Family Law in Transition in the United States and Western Europe. Oxford 1977.

Glendon, M.-Gordon, M.W-Osakwe, C.,

Comparative Legal Traditions. Text, Materials and Cases on the Civil Law, Common Law and Socialist Law Traditions with Special Reference to French, West German, English and Soviet Law. Minnesota 1985.

Goff, Lord,

- Legislature. Denning Law Journal 1987 s. 79-97.

- The Future of the Common Law. ICLQ Vol. 46 (1997) s. 745-760.

Goodhart, A.L.,

Precedent in English and Continental Law. LQR 1934 s. 40-65.

Goodrich, Peter,

Reading Law. A Critical Introduction to Legal Method and Techniques. Oxford 1986.

Gordley, James,

Comparative Legal Research and Its Function in the Development of Harmonized Law. An American Perspective. Teoksessa Towards Universal Law. Trends in National, European and International Lawmaking (toim. Jareborg, N. Uppsala 1995) s. 37-54.

Goutal, Jean Louis,

Characteristics of Judicial Style in France, Britain and the USA. Teoksessa European Legal Cultures (toim. Gessner, V.-Hoeland, A.-Varga, C. Aldershot 1996) s. 116-122 (alkuperäisteksti Am. J. Comp. L Vol. 24).

Grawson, R.H.,

The Task of Comparative Law in Common Law Systems. Teoksessa One Law. On Jurisprudence and the Unification of Law. Selected Essays Vol. II s. 173-194.

Grossfeld, Bernhard,

- Sprache und Schrift als Grundlage unseres Rechts. JZ 13/1997 s. 622-639.

-Macht und Ohnmacht der Rechtsvergleichung. Tübingen 1984.

Gutteridge, H.C.,

Comparative Law. An Introduction to the Comparative Method of Legal Study and Research. Cambridge 1949.

Hakapää, Kari,

Uusi kansainvälinen oikeus. Rovaniemi 1995.

Hakulinen, Y.J.,

Latinankieli ja lainoppi. LM 1949 S. 341-344.

Hall, Jerome,

Comparative Law and Social Theory. Louisiana 1963.

Hallberg, Pekka,

- Oikeus puntarissa. Puheenvuoro. Porvoo 1997.

Hart, H.L.A,

- The Concept of Law. Oxford 1961.

Hellner, Jan,

Lagstiftningen inom förmögenhetsrätten. Praktik, teori och teknik. Stockholm 1990.

Henket, Maarten,

Statutes in Common Law and Civil Law. Utrecht 1991.

Hepple, Bob,

English Law. Teoksessa International Encyclopedia of Laws. World Law Conference: Law in Motion (toim. Blanpain, Roger. Kluwer 1997) s. 68-73.

Herman, Shael,

Quot Judices Tot Sententiae: A Study of the English Reaction to Continental Interpretive Techniques. Teoksessa Comparative Legal Cultures s. 145-172 (toim. Varga, C. Cambridge 1992. Alkuperäisteksti Legal Studies Vol. 1).

Hill, Jonathan,

Comparative Law, Law Reform and Legal Theory. Oxford Journal of Legal Studies Vol. 9 (1989) s. 101-115.

Hiltunen, Risto,

Chapters on Legal English. Aspects of Past and Present of the Language of the Law. Helsinki 1990.

Hoecke, Martin,

The Use of Unwritten Legal Principles. Ratio Juris Vol. 8 (1995) s. 248-260.

Holdsworth, Sir William,

A History of English Law. Volume III. Boston 1966.

Holland, J.A.-Webb, J.S.,

Learning Legal Rules. London 1991.

Horspool, Margot,

Statutory Interpretation of European Community by English Courts. Teoksessa Legislation and the Courts (toim. Freeman, M. Aldershot 1997) s. 95-114.

Hunt, Murray,

Human Rights Law in English Courts. Oxford 1997.

Ipp, D.A.,

Lawyers Duties to the Court. LQR Vol. 114 (1998) s. 63-107.

Jackson, Bernard S.,

- Ius Gentium, Ius Commune, European Law. Teoksessa Legal Visions of the New Europe (toim. Jackson, B.S.-McGoldrick, D. London 1993) s. 3-36.

- Semiotics and Legal Theory. London 1985.

Jokela, Antti,

Periaatteellisia näkökohtia oikeuskäytännön merkityksestä. LM 1984 s. 189-201.

Joutsamo, Kari,

- Ennakkopäätösten juridinen ja yhteiskunnallinen rooli Englannin oikeusjärjestelmässä. Teoksessa Jurisprudentia Turkuensis (toim. Kairinen, M. Helsinki 1986) s. 115-129.

- Trust - oikeushenkilö sui generis. Teoksessa Juhlajulkaisu Allan Huttunen (toim. Kairinen, M.-Kartio, L.-Saarnilehto, A. Turku 1988) s. 29-36.

Joutsamo, K.-Aalto, P.-Kaila, H.-Maunu, A.,

Eurooppaoikeus. Helsinki 1996.

Jääskinen, Niilo,

Historiallisen koulun oikeustiedekäsitys. Helsinki 1983.

Kahn-Freund, Otto,

- Civil Law and Common Law - Real and Imaginary Obstacles to Assimilation. Teoksessa New Perspectives for a Common Law of Europe (toim. Cappelletti. Sijthoff 1978) s. 137-168.

- On Uses and Misuses of Comparative Law. MLR Vol. 37 (1974) s. 1-28.

Karlsson, Fred,

Johdatusta yleiseen kielitieteeseen. Vaasa 1982.

Kaser, Max,

- Roomalainen yksityisoikeus. Porvoo 1968.

Kelsen, Hans,

Puhdas oikeusoppi. Porvoo 1968.

Kiralfy, Albert,

- English Law. Teoksessa Comparative Law and Matrimonial Property (toim. Kiralfy, A. Leiden 1972) s. 180-222.

- Law and Right in English Legal History. Teoksessa Comparative Legal Cultures (toim. Varga, C. Aldershot 1992) s. 69-82 (alkuperäisteksti The Journal of Legal History Vol. 6).

Klami, Hannu Tapani,

- Comparative Law and Legal Concepts. The Methods and Limits of Comparative Law and its Connection with Legal Theory. Oikeustiede-Jurisprudentia 1981 s. 73-183.

- Ihmisen säännöt: tutkimus oikeuden olemuksesta, synnystä ja toiminnasta. Turku 1983.

- Integraatio ja oikeusvertailu: metodologisia näkökohtia. Oikeus 1981 s. 183-193.

- Methodological Problems in European and Comparative Law. Helsinki 1994.

- Roomalaisen oikeuden järjestelmä. Helsinki 1978.Suomen kansainvälinen yksityisoikeus. Helsinki 1986.

- Tieteellisen ajattelutavan ja roomalaisen oikeuden vaikutuksesta Ruotsi-Suomen oikeuskehitykseen. Turku 1976.

- Tietokone ja oikeuskulttuuri. LM 3/1986 s. 288-317.

Koopmans, T.,

Comparative Law and the Courts. ICLQ Vol. 45 (1996) s. 545-556.

Koschaker, Paul,

Europa und das römische Recht. München und Berlin 1966.

Krawietz, Werner,

Oikeudellinen argumentointi: oikeusteoreettisia, oikeusfilosofisia ja oikeussosiologisia näkökulmia. LM 1983 s. 555-590.

Kulla, Heikki,

Oikeusvertailu ja eurooppalainen hallinto-oikeus. Teoksessa Jämförande juridik: vad, varför, hur ? (toim. Suksi, M. Åbo 1996) s. 39-52.

Kötz, Hein,

- Comparative Legal Research and Its Function in the Development of Harmonized Law. The European Perspective. Teoksessa Towards Universal Law. Trends in National, European and International Lawmaking (toim. Jareborg, N. Uppsala 1995) s. 21-36.

Laakso, Seppo,

Lain esityöt oikeuslähteenä. Teoksessa Oikeus, demokratia ja informaatio (toim. Rosas, A. Helsinki 1993) s. 111-124.

Lee, Simon,

Comparative Law: Home Rules. Teoksessa Legal History and Comparative Law: Essays in Honour of Albert Kiralfy (toim. Plender, R. London 1990) s. 113-128.

Legrand, Pierre,

- Against a European Civil Code. MLR Vol. 60 (1997) s. 44-63.

- European Legal Systems Are Not Converging. ICLQ Vol. 45 (1996) s. 58-63.

- How to Compare Now. Legal Studies Vol. 16 (1998) s. 232-242.

- Review Article: Comparative Legal Studies and Committment to Theory. MLR Vol. 58 (1995) s. 262-273.

-The Impossibility of Legal Transplants. MJ Vol. 4 (1997) s. 111-124.

- Uniformity, Legal Traditions and Law´s Limits. Juridisk Tidskrift 1996-7 s. 306-322.

Lehtimaja, Lauri,

Lakimies ja ihmisoikeudet. LM 2/1995 s. 183-192.

Letto-Vanamo, Pia,

- Oikeuden Eurooppa. Luentoja oikeushistoriasta. Helsinki 1995.

Letto-Vanamo, P.-Tamm, D.,

Eurooppa ja oikeus - oikeushistoria ja oikeuden Eurooppa. Oikeus 3/1994 s. 233-244.

Levitsky, Jonathan E.,

The Europeanization of the British Legal Style. Am. J. Comp. L. Vol. 42 (1994) s. 347-380.

Linna, Tuula,

Korkeimman oikeuden perustelut käytännön ohjauskeinona - toteutuuko prejudikaattifunktio. LM 2/1993 s. 137-160.

Lobban, Michael,

The Common Law and English Jurisprudence 1760-1850. Oxford 1991.

MacCormick, Neil,

-Argumentation and Interpretation in Law. Ratio Juris Vol. 6 (1993) s. 16-29.

- Defeasibility and Logic. Teoksessa Informatics and the Foundation of Legal Reasoning (toim. Bankowski, Z.-White, I.-Hahn, U. Kluwer 1995) s. 99-117.

- Four Quadrants of Jurisprudence. Teoksessa Prescriptive Formality and Normative Rationality in Modern Legal Systems. Festschrift for Robert S. Summers s. 53-70 (toim. Krawietz, W.-MacCormick, N.-von Wright, G.H. Berlin 1994).

- Institutions, Arrangements and Practical Information. Ratio Juris Vol. 1 (1988) s. 73-82.

- Law, Morality and Positivism. Legal Studies Vol. 1 (1982) s. 131-145.

- Legal Reasoning and Legal Theory. Oxford 1978.

- On Legal Decisions and Their Consequences: from Dewey to Dworkin. New York University LR Vol. 58 s. 239-258.

- Reconstruction after Deconstruction: A Response to CLS. Oxford Journal of Legal Studies Vol. 10 (1990) s. 539-558.

- Why Cases Have Rationes and What These Are. Teoksessa Precedent in Law (toim. Goldstein, L. Oxford 1987) s. 155-182.

MacCormick, N.-Weinberger, O.,

An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism. Dordrecht 1986.

MacLeod, Ian,

Legal Method. London 1993.

Makkonen, Kaarle,

- Luentoja yleisestä oikeustieteestä. Jyväskylä 1981.

- Oikeudellisen ratkaisutoiminnan ongelmia. Rakenneanalyyttinen tutkimus. Vammala 1981.

Malleson, Kate,

Judicial Training and Performance Appraisal: The Problem of Judicial Independence. MLR Vol. 60 (1997) s. 655-667.

Malmström, Åke,

- Jämförande rättsvetenskap. Synpunkter och riktlinjer. Teoksessa Festskrift tillägnad Halvar Sundberg. (Uppsala 1959) s. 270-288.

Markesinis, Basil,

- A Matter of Style. LQR Vol. 110 (1994) s. 607-628.

- Comparative Law in Search of an Audience. MLR Vol. 53 (1990) s. 1-20.

- Conceptualism, Pragmatism and Courage. A Common Lawyer Looks at Some Judgements of the German Federal Court. Teoksessa Essays in Memory of Professor F.H.Lawson (toim. Wallington, P.-Merkin, R.M. London 1996) s. 57-70.

- Foreign Law and Comparative Methodology. Oxford 1997.

- Learning from Europe and Learning in Europe. Teoksessa The Gradual Convergence: Foreign Ideas, Foreign Influences and English Law on the Eve of the 21st Century (toim. Markesinis, B. Oxford 1994) s. 1-32.

- Litigation-Mania in England, Germany and the USA: Are We So Very Different ? Cambridge LJ 1990 s. 233-76.

- The Comparatist (or a Plea for a Broader Legal Education). Teoksessa Yearbook of Comparative Law Vol. 15 (toim. Barav, A.-Wyatt, D.A. Oxford 1996) s. 261-281.

Marmor, Andrei,

Interpretation and Legal Theory. Oxford 1992.

Martin, Robyn,

Diverging Common Law - Invercargill Goes to the Privy Council. MLR Vol. 60 (1997) s. 94-101.

Mason, Anthony,

The Place of Equity and Equitable Remedies in the Contemporary Common Law World. LQR Vol. 110 (1994) s. 238-259.

Mattila, Heikki,

- Les successionis agricoles et la structure de la société. Une étude en droit comparé. Vammala 1979.

- Oikeuslingvistiikka oppiaineena. Teoksessa Oikeustiede-Jurisprudentia 1997 s. 198-216.

- Oikeusvertailevasta perustutkimuksesta. Oikeus 1980 s. 19-23.

- Oikeusvertailun lingvistiset hankaluudet. Teoksessa Oikeus ja oikeudellinen ajattelu monikielisessä maailmassa (toim. Jyränki, A. Turku 1999) s. 107-118.

Mears, Martin,

Gamma minus ? New LJ 1998 s. 486 ss.

Merrills, J.G.,

Promotion and Protection of Human Rights within the European Arrangements. Teoksessa An Introduction to the International Protection of Human Rights (toim. Hanski, R.-Suksi, M. Turku 1997) s. 209-220.

Merryman, John H.,

- On the Convergence of the Civil Law and Common Law. Teoksessa New Perspectives for a Common Law of Europe (toim. Cappelletti, M. Sijthoff 1978) s. 195-233.

Mincke, Wolfgang,

- Die Problematik von Recht und Sprache in der Übersetzung von Rechtstexten. ARSP 1991 s. 446-465.

-Eine vergleichende Rechtswisseschaft. ZVglRWiss 83 s. 315-328.

- On Information and Interpretation. Teoksessa Gemensam nordiskt konferens i rättsinformatik och rättsfilosofi 1991-1992. Konferensföredrag. Lapin yliopisto 1992 s. 1-12.

Modeen, Tore,

- Kirja-arvostelu teoksesta Zweigert-Kötz: An Introduction to Comparative Law. TfR 1979 s. 88-96.

Mulholland, R.D.,

An Introduction to the New Zealand Legal System. Wellington 1995.

Mustill, Lord,

What Do Judges Do ? JT 1995-6 s. 611-624.

Mäenpää, Olli,

Eurooppalainen hallinto-oikeus. Lähtökohtia ja perusteita. Helsinki 1996.

Neville, L.,

Comparison, Reform and the Family. An inaugural lecture delivered in the University of Birmingham on 27th April 1967. Irtopainos.

Nicholas, Barry,

Rules and Terms - Civil Law and Common Law. Tulane LR Vol. 48 s. 946-972.

Niemi, Matti,

- Lainopillisen argumentoinnin kaksi tasoa. Kolme tutkielmaa laista ja oikeudesta, osa 3/3. LM 5/1998 s. 757-773.

-Päämäärien valtakunta. Konventionalistinen analyysi lainopillisen tiedon edellytyksistä ja oikeusjärjestelmän perusteista. Helsinki 1996.

Niemivuo, Matti,

- Kansallinen lainvalmistelu. Helsinki 1998.

- Lagberedning och rättsjämförelse. Teoksessa Jämförande juridik: vad, varför, hur ? (toim. Suksi, M. Åbo 1996) s. 73-82.

Niiniluoto, Ilkka,

- Informaatio, tieto ja yhteiskunta. Filosofinen käsiteanalyysi. Helsinki 1991.

- Uusien tieteiden synty: kuusi mallia. Teoksessa Malli, metodi ja merkitys: esseitä Veikko Rantalan 60-vuotispäivän kunniaksi (toim. Haaparanta, L.-Koskinen, J.-Oesch, E.-Vadén, T. Tampere 1993) s. 187-196.

Nuutila, Ari-Matti,

Rikosoikeudellinen huolimattomuus. Helsinki 1996.

Ojanen, Tuomas,

The European Way. The Structure of National Court Obligation under EC Law. Saarijärvi 1998.

Olsson, Kurt,

Behövs Nordiskt lagstiftningsarbete ? Teoksessa Nordiskt lagstiftningssamarbete i det nya Europa (toim. Bernitz,U.-Wiklund, O. Stockholm 1996) s. 221-229.

O´Malley, Thomas,

Sources of Law. An Introduction to Legal Research and Writing. Dublin 1993.

Ormrod, Roger,

Words and Phrases and Their Influence on the Law in Practice. Teoksessa Essays in Memory of Professor F.W. Lawson (toim. Wallington, P.-Merkin, R. London 1986) s. 145-152.

Paasto, Päivi,

Omistuskäsitteistön rakenteesta. Tutkimus jaetun omistusopin mahdollisuudesta ja merkityksestä omistuskäsitteistössä 1700-luvun lopulle tultaessa. Vammala 1994.

Paterson, Alan,

The Law Lords. London 1982.

Peczenik, Aleksander,

Jumps and Logic in the Law. What Can One Expect from Logical Models of Legal Argumentation ? Artificial Intelligence and Law Vol. 4 s. 297-329.

Pellonpää, Matti,

- Euroopan ihmisoikeussopimus. Helsinki 1991.

- Euroopan ihmisoikeussopimus vuoden 1997 alkaessa. LM 1/1997 s. 3-16.

Petersen, Theodor,

Englannin oikeuslaitos (englannista suomeksi kääntänyt Soukka, P.) Helsinki 1965.

Posner, Richard A.,

Law and Legal Theory in England and America. Oxford 1996.

Postema, G.J.,

Bentham and the Common Law Tradition. Oxford 1986.

Pöyhönen, Juha,

- Basic Misunderstandings in Comparative Law. Teoksessa Changing Europe and Comparative Legal Research (toim. Kosonen, P. Helsinki 1992) s. 60-68.

- Minun metodini. Teoksessa Minun metodini (toim. Häyhä, J. Porvoo 1997) s. 245-160.

- Sopimuksen kohtuuttomuus anglo-amerikkalaisissa sopimusjärjestelmissä. Oikeustiede-Jurisprudentia 1993 s. 204-278.

- Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu. Vammala 1988.

Ragnemalm, Hans,

EG-domstolen inifrån. JT 1998-9 s. 283-299.

Rawls, John,

A Theory of Justice. Oxford 1972.

Redmond, P.W.D.-Shears, P.,

General Principles of English Law. London 1993.

Reinhart, Gert,

Rechtsvergleichung und richterliche Rechtsfortbildung auf dem Gebiet des Privatrechts. Teoksessa Richterliche Rechtsfortbildung. Erscheinungsformen, Auftrag und Grenzen. (Heidelberg 1986) s. 599-617.

Rensen, Tom,

British Statutory Interpretation in the Light of Community and Other International Obligations. Statute LR Vol. 14 s. 186-203.

Renton, Lord,

The Evolution of Modern Statute Law and its Future. Teoksessa Legislation and the Courts (toim. Freeman, M. Aldershot 1997) s. 7-16.

Rheinstein, Max,

Gesammelte Schriften - Collected Works I & II (toim. Leser, H.G.) Tübingen 1979.

Rissanen, Kirsti,

Eurooppaoikeuden lähteet kansallisen tuomioistuimen näkökulmasta. Teoksessa Oikeus, demokratia, informaatio (toim. Rosas, A. Helsinki 1993) s. 76-93.

Rudden, Bernard,

- Comparative Law in England. Teoksessa Comparative Law and Legal System: Historical and Socio-Legal Perspectives (toim. Butler, W.E.-Kudriavtsev, V.N. London 1985) s. 79-90.

- Courts and Codes in England, France and Soviet Russia. Tulane LR Vol. 48 s. 1010-28.

Saarenpää, Ahti,

- Legal Data Banks and Legal Skills. ARSP 39 s. 173-178.

- Sana, käsite ja tulkinta - oikeudellisen tiedonhallinnon ongelmia. Helsingin hovioikeuspiirin VI tuomarikokouksen pöytäkirja 10.6.1992 s. 45-68.

- Sääntö, peukalosääntö ja rutiini. Näkökohtia käytännön ja teorian suhteesta. Teoksessa Oikeustiede-Jurisprudentia 1984 s. 267-330.

Scheinin, Martti,

- International Human Rights in National Law. Teoksessa An Introduction to the International Protection of Human Rights. A textbook (toim. Hanski, R.-Suksi, M. Turku 1997) s. 343-353.

- Oikeus, demokratia, informaatio - ajankohtaisia kehityspiirteitä. Teoksessa Oikeus, demokratia, informaatio (toim. Rosas. A. Helsinki 1993) s. 16-26.

Schiller, A. Arthur,

Roman Law. Mechanisms of Development. Malta 1978.

Schlette, Volker,

Europäischer Menschenrechtsschutz nach der Reform der EMRK. JZ 54. Jahrgang (1999) s. 219-226.

Schmitthoff, Clive M.,

- Die kunftigen Aufgaben der Rechtsvergleichung. JZ 1978 s. 495-499.

- Non stamus decisis. Teoksessa Europäischen Rechtsdenken in Gesichte und Gegenwärt. Festschrift für Helmut Coing. Band II (toim. Horn, N. München 1982) s. 469-482.

Schwintowski, Hans-Peter,

Recht und Gerechtigkeit. Eine Einfürung in Grundfragen des Rechts. Berlin 1996.

Schäder, Göran,

Nordisk samordning av lagstiftning inom ramen för EU. Teoksessa Nordiskt lagstiftningssamarbete i det nya Europa (toim. Bernitz, U.-Wiklund, O. Stockholm 1996) s. 231-234.

Searle, John,

- Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language. Cambridge 1988.

- The Construction of Social Reality. New York 1995.

- The Rediscovery of the Mind. Massaschusetts 1992.

Sevón, Leif,

Suomalainen tuomari ja EY:n tuomioistuin. Pohjois-Suomen tuomarikoulun julkaisussa 3/1999 (Rovaniemi 1999) s. 55-98.

Shapiro, Martin,

Courts. A Comparative and Political Analysis. Chicago 1983.

Simpson, A,W,B.,

- Bibliographical Dictionary of the Common Law. London 1984.

- The Ratio Decidendi of a Case and the Doctrine of Binding Precedent. Teoksessa Oxford Essays in Jurisprudence. (toim. A.G.Guest. Oxford 1961) s. 148-175.

Sintonen, Matti,

Positivismi. Teoksessa Vuosisatamme filosofia (toim. Niiniluoto, I.-Saarinen, E. Juva 1989) s. 1-39.

Sjöholm, Elsa,

Rechtsgeschichte als Wissenschaft und Politik. Berlin 1972.

Slapper, Gary,

English Legal System. Student LR Vol. 24 s. 25-29

Smith, J.C.,

The Unique Nature of the Concepts of Western Law. The Canadian Bar Review Vol. XLVI s. 191-227.

Stein, Peter,

- Roman Law, Common Law and Modern Civil Law. Tulane LR Vol. 66 s. 1591-1603.

- The Character and Influence of the Roman Civil Law. Historical Essays. London 1988.

Stepnikowska, Agnieszka,

Stand, Probleme und Perspektiven der zweisprachigen juristischen Fachlexicographie. Konzeption eines Fachwörterbuchs des Rechts Deutch-Polnisch. Frankfurt am Main 1998.

Steyn, Johan,

Does Legal Formalism Hold Sway in England ? Current Legal Problems Vol. 49 (1996) s. 43-58.

Strauch, Dieter,

Recht, Gesetz und Staat bei Friedrich Carl von Savigny. Köln 1960.

Strönholm, Stig,

- Användning av utländskt material i juridiska monografier. Några anteckningar och förslag. SvJT 56 s. 251-263.

- Comparative Legal Science - Risks and Possibilities. Teoksessa Law Under Exogenous Influences (toim. Suksi, M. Turku 1994) s. 5-29.

- Länsimaisen oikeusajattelun historia. Helsinki 1989.

Suksi, Markku,

Jämförande juridik - vad, varför, hur ? Teoksessa Jämförande juridik - vad, varför, hur ? (toim. Suksi. Turku 1996) s. 1-8.

Summers, Robert S.,

The Legal System. A Social Science Perspective. New York 1975.

Svinhufvud, Eino,

Oikeusvertailu hallituksen esityksissä. LM 5/94 s. 637-638.

Tamm, Ditlev,

Romersk rätt och europeisk rättsutveckling. Stockholm 1993.

Taruffo, Michele,

Institutional Factors Influencing Precedents. Teoksessa Interpreting Precedents. A Comparative Study (toim. MacCormick, N.-Summers, R. Aldershot 1997) s. 437-460.

Teubner, Gunther,

Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergencies. MLR Vol. 61 (1998) s. 11-32.

Timonen, Pekka,

Ennakkotapaukset ja niiden merkitys oikeuslähteenä. Mänttä 1987.

Tolonen, Hannu,

- Menneet ja tulevat käsitteet oikeuden ja yhteiskunnan aatehistoriassa. Oikeus 2/1992 s. 126-144.

- Mitä oikeus on ? Oikeus 2/1997 s. 109-124.

- Oikeudelliset teoriat ja oikeustiede: esimerkkinä sopimusoikeus. Oikeus 1/1996 s. 2-17.

- Säännöt, periaatteet ja tavoitteet: Oikeuden, moraalin ja politiikan suhteesta. Oikeustiede-Jurisprudentia 1987 s. 337-383.

- Yleisten oppien rakenteesta ja merkityksestä. Juhlajulkaisu Allan Huttunen (toim. Kairinen, M.-Kartio, L.-Saarnilehto, A. Turku 1988) s. 177-194.

Tolonen, Juha,

- Empiirisen tiedon käytöstä oikeustieteessä. LM 1976 s. 593-609.

- Oikeustieteen metodioppia. Teoksessa Juhlajulkaisu Leena Kartio (toim. Björne, L.-Kumpula, A.-Saarnilehto, A.-Tuomisto, J.-Ämmälä, T. Turku 1998) s. 323-332.

- Valtio ja oikeus: tutkimus lain käsitteestä. Åbo 1989.

Tridimas, Takis,

The Role of the Advocate General in the Development of Community Law: Some Reflections. Common Market LR 34 s. 1349-1387.

Tuori, Kaarlo,

- Oikeustieteen ajattomuus. LM 3/1997 s. 399-408.

- Oikeus, valta ja demokratia. Helsinki 1990.

Twining, William,

Globalization and Legal Theory. Current Legal Problems Vol. 49 (1996) s. 1-42.

Tähti, Aarre,

Periaatteet Suomen hallinto-oikeudessa. Helsinki 1994.

Wagner-Döbler,Roland

Präjudizien in deutschen, englischen und US-amerikanischen Gerichtentscheidungen. RabelsZ 59 (1995) s. 113-127.

Walker, R.J.-Ward, R.,

Walker and Walker´s English Legal System. London 1994.

Watson, Alan,

- Failures of Legal Imagination. Edinburgh 1988.

- Legal Transplants: An Approach to Comparative Law. Edinburgh 1974.

- Legal Transplants and Law Reform. LQR Vol. 92 (1976) s. 79-84.

- Roman Law and Comparative Law. University of Georgia Press 1991.

Weinberger, Ota,

The Role of Rules. Ratio Juris Vol. 1 (1988) s. 224-240.

Weiss, Manfred,

A German Viewpoint. Teoksessa International Encyclopedia of Laws. World Law Conference: Law in Motion (toim. Blanpain, Roger. Kluwer 1997) s. 159-162.

Wennström, Bo,

The Lawyer and the Language. Göteborg 1996.

Wiio, Osmo A.,

Ymmärretäänkö sanomasi ? Helsinki 1974.

Wiklund, Ola,

EG-domstolens tolkningsutrymme. Om förhållandet mellan normstruktur, kompetensfördelning och tolkningsutrymme i EG-rätten. Stockholm 1997.

Wilhelmsson, Thomas,

- Nordic Legal Approaches to Economic Unification. Papers from the International Symposium on Legal Approaches Towards Creating and orderly World Market and Economy. Vedboek 1987.

- Sosiaalinen sopimusoikeus ja Euroopan integraatio. Teoksessa Euroopan integraatio ja sosiaalinen sopimusoikeus (toim. Wilhelmsson, T.-Kaukonen, K. Jyväskylä 1993) s. 7-139.

Viljanen, Jukka,

Uusi Euroopan ihmisoikeustuomioistuin aloittaa toiminnan marraskuussa. Oikeus 1/1998 s. 54-67.

Wilson, Geoffrey,

English Legal Scholarship. MLR Vol. 50 (1987) s. 818-854.

Virkkunen, Aino,

Oikeustapausten raportointi ja prejudikaattioppi. LM 1989 s. 783-817.

Vogel, Hans-Heinrich,

Juridiska översättningar. Lund 1988.

Woolf, Lord,

Civil Justice in the United Kingdom. Am. J. Comp. L. Vol 45 (1997) s. 709-736.

Vranken, Martin,

Role of Advocate-General in the Law-Making Process of the European Communities. Anglo-American LR Vol. 25 s. 39-63.

Wrede, R.A.,

Suomen oikeus- ja yhteiskuntajärjestys. Porvoo 1974.

Välimäki, Pertti,

Osituksen sovittelu. Helsinki 1995.

Ylikangas, Heikki,

Oikeus historiallisena ilmiönä. Helsinki 1978.

Ylöstalo, Matti,

Suomen oikeustiede. Oma maa 16.7.1960 s. 245-256.

Youngs, Raymond,

English, French and German Comparative Law. London 1998.

Zimmermann, Reinhard,

- Der Europäische Character der Englischen Rechts. ZEuP 1/1993 s. 4-51.

- Roman Law and European Legal Unity. Teoksessa Towards European Civil Code (toim. Hartkamp, Hesselink, Hondius, Perron, Vranken. Kluwer 1994) s. 65-81.

- Savigny´s Legacy. LQR Vol. 112 (1996) s. 276-605.

- Statuta sunt stricte interpretanda ? Cambridge LJ Vol. 56 (1997) s. 315-328.

Zweigert,K.-Kötz,H.,

An Introduction to Comparative Law I. Oxford 1987.

II. INTERNETISTÄ SAADUT LÄHTEET (OSIIN I-IV)

Bingham, Lord,

The Way We Live Now: Human Rights in the 17th Milennium (http://www.webjcli.ncl.ac.uk/1998/issue1/bingham1.html)

Côté, Pierre-André,

L´interprétation de la loi en droit civil at en droit statutaire: communairé de langue et differences d´accents. Revue Juridique Themis 1997 (numéro 1) (http://www.droit.umontreal.ca/pub/themis/97vol31n1/cote.html)

Hodgson, John,

The Comparative Dimension (http://www.ncl.ac.uk/~nlawwww/article5/hodgson5.htm)

Horne, Roger,

Ignorance of the Law (http:/www.number7.demon.co.uk/papers/Legallinks/links.htm)

III. JÄÄMISTÖOIKEUDELLISET LÄHTEET (TUTKIMUKSEN OSA V)

Aarnio, Aulis,

- Jälkisäädökset. Helsinki 1975.

- Luentoja perintöoikeudesta II. Vammala 1971.

- Perillisen oikeusasemasta. Porvoo 1967.

- Perimysjärjestelyt maanomistusolojen kannalta. Teoksessa Suomen oikeushistorian pääpiirteet (toim. Letto-Vanamo, P. Jyväskylä 1992) s. 43-65.

- Suomen jäämistöoikeus II. Testamenttioikeus. Helsinki 1991.

- Testamenttisäännösten kehityspiirteitä. Teoksessa Suomen oikeushistorian pääpiirteet (toim. Letto-Vanamo, P. Jyväskylä 1992) s. 66-79.

Aarnio, A.-Kangas, U.,

Suomen jäämistöoikeus I. Jyväskylä 1992.

Aarnio, A.-Kangas, U.-Puronen, Pertti

Perunkirjoitusopas. Helsinki 1996.

Bailey, S.,

The Law of Wills including Intestacy and Administration of Assets. London 1973.

Bailey, S.-Gunn, M.J. (toim.),

Smith and Bailey in the English Legal System. London 1991.

Barlow, J.S.-King, L.C-King, A.G.,

Wills, Administration and Taxation. A Practical Guide. London 1994.

Best, Keith,

Probate. The Right Way to Prove a Will. London 1991.

Boele-Woelki, K.,

The Road Towards a European Family Law. Internet (http://law.kub.nl/ejcl/11/art11-1.htm).

Brox, Hans,

Erbrecht. Köln, Berlin, Bonn, München 1998.

Calonius, Matthias,

Siviilioikeuden luennot. 2. laitos 1998 (toim. Kangas, U.-Timonen, P. Porvoo 1998).

Carlsson, Lizzie,

"Jag giver dig min dotter". Trolovning och äktenskap i den svenska kvinnans äldre historia. Lund 1965.

Clark, J.B.,

- Parry and Clark: The Law of Succession. London 1988.

- Theobald on Wills. London 1982.

Clements, L.M,

The Changing Face of Trusts: The Trusts of Land and Appointment of Trustees Act 1996. MLR Vol. 61 (1998) s. 56-67.

Cretney, S.M.,

Reform of Intestacy: The Best We Can Do ? LQR Vol. 111 (1995) s. 77-99.

Cretney, S.M -Masson, J.M.,

Principles of Family Law. London 1997.

Dewar, John,

Law and the Family. London 1992.

Eaton, John,

Midland Guide to Inheritance. London 1992.

Ferid, Murad,

Internationales Erbrecht: Quellensammlung mit systamatischen Darstellung des materiellen Erbrechts sowie des Kollisionsrechts der Wichtigsten Staaten. München 1955.

Finch, J.-Hayes, L.-Mason, J.-Masson, J.-Wallis, L.,

Wills, Inheritance and Families. London 1996.

Fratcher, William,

Trust. Teoksessa International Encyclopedia of Comparative Law. Vol VI: Property and Trust. Chapter 11 (toim. Fratcher, F.H. Tübingen 1973) s. 9-23.

Frohn, E.N.,

The Position of the Surviving Spouse in the Law of Succession. Some comparative remarks. Teoksessa Comparability and Evaluation: Essays on Comparative Law, Private International Law and International Commercial Arbitration (toim. Boele-Woelki, K.-Grosheide, F.W.-Hondius, E.H.-Steenhoff, G.J.W. Hague 1994) s. 37-51.

Glendon, Mary-Ann,

Fixed Rules and Discretion in Contemporary Family Law and Succession Law. Tulane LR Vol. 60 (1996) s. 1165-1197.

Gottberg-Talve, Eva,

Ottolapsen perimykseen liittyvistä kansainvälisyksityisoikeudellisista ongelmista Suomessa ja Ruotsissa. Teoksessa juhlajulkaisu Allan Huttunen (toim. Kairinen, M.-Kartio, L.-Saarnilehto, A. Turku 1988) s. 17-27 .

Grattan, Sheena,

Mutual Wills and Remarriage. The Conveyancer and Property Lawyer. Vol. 61 s. 153-161.

Halttunen, Rauno,

Perimysoikeuden laajuudesta. Tutkimus kuolinpesien varallisuudesta ja perillisten ikärakenteista. Oikeustiede-Jurisprudentia 1971 s. 195-232.

Hayton, David,

- European Succession Laws (toim. Hayton, David). Bristol 1998.

- The International Dimension to Deceaseds´ Estates. Teoksessa Legal History and Comparative Law: Essays in Honour of Albert Kiralfy (toim. Plender, R. London 1990) s. 61-72.

Heikonen, A.R.,

Perinnönyhteydestä Suomen oikeudessa I. Helsinki 1936.

Helin, Markku,

Oikeustapauskommentti. LM 7/1992 s. 1341-1346.

Hemmo, Mika,

Sopimus ja delikti. Tutkimus vahingonkorvausoikeuden vastuumuodoista. Helsinki 1998.

Holborn Law Tutors,

Succession Textbook. London 1986.

Hällström, Erik af,

Arvejordsinstitutet s. 250-278. Teoksessa Minnesskrift ägnad 1734 års lag II. Stockholm 1934.

Jutikkala, Eino,

Suomen talonpojan historia. Helsinki 1958.

Jänterä-Jareborg, Maarit,

- Kansainväliset aviovarallisuussuhteet. Puolisoiden omaisuusuhteiden järjestely erityisesti Suomen kansainvälisen yksityisoikeuden kannalta. Helsinki 1984.

- Partsautonomi och efterlevande makes rättsställning. En internationellt-privaträttslig studie. Uppsala 1989.

Kangas, Urpo,

- Holhousviranomaisen lupa, pesänselvitys ja perinnönjako. DL 1995 s. 860-885.

- Lahja. Helsinki 1993.

- Lesken oikeudellinen asema. Oikeusdogmaattinen tutkimus lesken sosiaaliturvan laajuudesta. Vammala 1982.

- Omaisuuden yhteisyydestä omaisuuden erillisyyteen. Helsinki 1996.

- Perimyksen tehtävät ja perimysjärjestys. LM 1984 s. 1051-1075.

- Perinnöt ja testamentit. Helsinki 1996.

- Puolison oikeudesta hallita jäämistöä PK 3 luvun nojalla. Näkökohtia omaisuuden jaosta ja perinnönjaosta. LM 1983 s. 731-753.

Kerridge, Roger,

Distribution on Intestacy: the Law Commission´s Report. The Conveyancer and Property Lawyer 1990 s. 1358-369

Klami, Hannu Tapani,

Vuoden 1734 lain perimysjärjestelmä. LM 1981 s. 120-137.

Leipold, Dieter,

Erbrecht. Grundzüge mit Fällen und Kontrollfragen. Tübingen 1991.

Lilius, Frans Oskar,

Testamentin muodosta Suomen oikeuden mukaan. Helsinki 1903.

Lohi, Tapani,

Vastuu kuolleen henkilön velasta I. Jäämistöomaisuuden arvoon rajoittuva vastuu. Helsinki 1998.

Mahkonen, Sami,

Johdatus perheoikeuden historiaan. Vammala 1978.

Malmstöm, Åke,

- Rättsutvecklingen 1736-1809 s. 91-142. Teoksessa Minnesskrift ägnad 1734 års lag av jurister i Sverige och Finland. Stockholm 1934.

- Successionsrätt I. Efterlevande makes arvsrätt. Uppsala 1988.

- Successionsrätt II. Testamentsrätt. Uppsala 1987

Martyn, J.G.Ross,

Family Provision: Law and Practise. London 1985.

Mattila, Heikki,

Om boutrednings- och arvskiftessystem. En jämförelse mellan dansk och finsk rätt. JfT 1971 s. 330-353.

Mattila, Pauli K.,

Varojen arvostaminen perintö- ja lahjaverotuksessa erityisesti silmällä pitäen kiinteää omaisuutta ja yritysvarallisuutta. Helsinki 1984.

Mellows, A.R.

The Law of Succession. London 1993.

Miller, Gareth,

- Family Provision on Death - The International Dimension. IQLR Vol. 39 (1990) s. 261-287.

- Provision for a Surviving Spouse. The Conveyancer and Property Lawyer. Vol. 61 (1997) s. 442-452.

- The Machinery of Succession. Aldershot 1996.

Nybergh, Gunnar,

Reflektioner kring boutredning och arvskifte enligt den nya ärvdabalken. JfT 1972 s. 201-217.

Oughton, R.D.,

Tyler´s Family Provision. London 1984.

Palmén, Johan Philip,

Rättshistoriska bidrag till tolkningen af 1734 års lag. Helsingfors 1894.

Peart, Nicola,

- Awards for Children under the Family Protection Act 1955. Butterworths Family Law Journal June 1995 s. 224-227

- Forced Heirship in New Zealand ? Butterworths Family Law Journal December 1996 s. 97-103.

- The Direction of the Family Protection Act 1955. New-Zealand Recent LR 1994 s. 193-217.

Pettit, Philip H.,

Equity and the Law of Trusts. London 1993.

Puronen, Pertti,

Perintö- ja lahjaverotus. Helsinki 1995.

Pylkkänen, Anu,

Puoli vuodetta, lukot ja avaimet. Nainen ja maalaistalous oikeuskäytännön valossa 1660-1710. Helsinki 1990.

Rapola, Marjos,

Uusi lakiosasäännöstö. Helsinki 1951.

Rautiala, Martti,

- Ositus. Helsinki 1950.

- Perillisen lakiosa: perintökaaren uusitun 17.luvun selitykset. Helsinki 1957.

Rheinstein, Max,

The Law of the Family and Succession. Teoksessa Civil Law in the Modern World (toim. Yiannapoulos, N. Lousiana State University Press 1965) s. 27-57.

Rheinstein, M.-Glendon, M-A.,

The Law of Decedents´ Estates. Mineola 1971.

Riddall, J.G.,

The Law of Trusts. London 1996.

Rossdale, S.A.,

Probate and the Administration of Estates: A Practical Guide. London 1996.

Saarenpää, Ahti,

- Inter vivos ja mortis causa. Näkökohtia kuoleman vaikutuksesta oikeustoimiin. Juhlajulkaisu Simo Zitting (Helsinki 1985) s. 251-273.

- Perintö ja jäämistö. Kitee 1994.

- Pesänjakajan valinnasta. DL 1978 s. 349-63.

- Pesänselvittäjä ja pesänjakaja. Ensimmäinen osa. Helsinki 1980.

- Tasa-arvosta tasajakoon. Piirteitä jäämistölainsäädäntömme kehitysvaiheista. Oikeustiede-Jurisprudentia 1980 s. 189-223.

- Tasajaon periaate. Tutkimus jäämistöoikeudellien tasajaon periaatteen toteuttamisesta tuomioistuinkäytännössä. Vammala 1980.

Scoles, Eugene F.,

The Hague Convention on Succession. Am. J. Comp. L. Vol. 42 (1994) s. 85-123.

Sherrin, C.H.-Bonehill, R.C.,

The Law and Practise of Intestate Succession. London 1993.

Sladen, Michael,

Practical Trust Administration. London 1983.

Spellenberg, U.-Himonga, C.H.-Adjamagbo-Johnson, K.,

Recent Developments in Succession Law. Teoksessa International Encyclopedia of Laws. World Law Conference: Law in Motion (toim. Blanpain, R. Kluwer 1997) s. 711-749.

Sundberg, J.W.F.,

Nordic Laws. Teoksessa Arbeiten zur Rechtsvergleichung Vol. 50 s. 31-62.

Sunnucks, J.H.G.,-Martyn, J.G.Ross-Garnett, K.M.,

Williams, Mortimer and Sunnucks on Executors, Administrators and Probate. London 1993.

Wörlund, Göran,

Är möjligheterna att göra bröstarvinge arvlös för begränsade: behöver vi överhuvudtaget ett lagslottsinstitut ? JfT 1994 s. 416-425.

Yeldham, R.F.-Gowers, J.S.-Downs, M.J.,

Tristram and Coote´s Probate Practise. London 1989.

Ylöstalo, Matti,

Pari sanaa perintölainsäädännön uudistamisesta. DL 1963 s. 410-415.

IV. VIRALLISAINEISTO

A. ENGLANTI

Committee of Intestate Succession, Cmnd. 8310 (1951).

Law Commission, Consultation Paper, February 1990: Hague Convention on Succession (kommentit Hayton, David)

Law Commission, Consultation Paper No. 121: Privity of Contract: Contracts for the Benefit of Third Parties (http://www.open.gov.uk/lawcomm/library/lc242/part-3).

Law Commission Consultation Paper No. 146: Trustees´ Powers and Duties. The Powers They Need (1997).

Law Commission Report No. 52, First Report on Family Property: A New Approach (1973).

Law Commission Report No 61, Second Report on Family Property: Family Provision on Death, HC 324 (1974).

Law Commission Report No 187: Family Law Distribution on Intestacy, HC 60 (1989-1990).

Law Commission Working Paper No. 108, Distribution on Intestacy (1989).

Law Reform Committee, 22nd Report: The Making and Revocation of Wills, Cmnd. 7902 (1980).

Law Reform Committee, 23rd Report: The Powers and Duties of Trusties, Cmnd. 8733 (1982).

Proposals for English and Scottish Law Commissions, Cmnd. 2573 (1965).

Real Property Commissioners, 4th Report (1833).

Rights Brought Home: The Human Rights Bill Cmnd. 3782 (1997) (http://www.official~documents.co.uk/document/office/rights/chap4.htm).

B. SUOMI (JA RUOTSI)

Ehdotus eräiden avioliittoa ja perimystä koskevien kansainvälisen yksityisoikeuden alaan kuuluvien säännösten uudistamiseksi. Työryhmän mietintö 1996.

Ehdotus laiksi kuolinpesää koskevista kansainvälisistä suhteista. LVK 1936:4.

Instruction on the Drafting of Government Proposals. Oikeusministeriön julkaisuja. Helsinki 1992.

Lainlaatijan opas. Laatinut Tyynilä, Markku. Oikeusministeriön julkaisu 1996.

Perintöoikeuskomitean mietintö 1975:84.

SOU 1932:16 Lagberedningens föslag till revision av Ärvdabalken IV.

Työryhmän ehdotus Suomen kansainvälisen perhelainsäädännön uudistamiseksi. Oikeusministeriön lainvalmisteluosaston julkaisu 5/1994.

I. JOHDANTO

1. Näkökohtia oikeusvertailusta

> "Kulttuuri on mielen kollektiivinen ohjelmointi, joka erottaa tietyn ryhmän tai luokan jäsenet toisten ryhmien jäsenistä. Se on tarkasti sanottuna kollektiivinen ilmiö, joka opitaan sosiaalistumisprosessissa ja on ainakin osittain yhteinen ihmisille, jotka elävät/ovat eläneet samassa ympäristössä."[1]

Yhteisön sisäistä sosiaalistumista voidaan tarkastella suhteessa johonkin kulttuurin osa-alueeseen, kuten kansalliseen oikeuteen. *Pierre Legrand*[2] kuvaa käsitteellä "legal mentalité" oikeusyhteisössä yhteiseksi koettua käsitystä sekä siitä, mikä laki (ja oikeus) on, että siitä, miten lakia koskevaa informaatiota ymmärretään. Kysymys on siten sekä oikeuden ontologiasta ja epistemologiasta.[3] Tällaiset traditiota jatkavat yhteiset ideat oikeudesta ohjaa-

---

[1] *Hofstede*, Cultures and Organizations: Software of the Mind (London 1991) s. 5. Myös *Frykman-Löfgren*, Den kultiverade människan s. 15 (Malmö 1979): "Kultur är något som används för att systematisera, förklara och legitimera den värld som omger individen...Kulturen är det medium - det filter - genom vilket människan skapar sin verklighetsbild."

[2] *Legrand* toimii vertailevan oikeuskulttuurin professorina Tillburgin yliopistossa, Hollannissa.

[3] *Legrand*, How to Compare Now s. 236 sekä Uniformity, Legal Traditions and Law´s Limits s. 316 ss. Ks. myös *Constantinesco*, Kulturkreise als Grundlage der Rechtskreise s. 161: "jeder Rechtskreis ist Ausdruck eines Kulturkreises."

vat oikeudellista ajattelua tietyssä oikeusyhteisössä; ne luovat mahdollisuudet oikeusinstituutioiden perustamiselle ja oikeudellisille toiminnoille.[4]

Jo ennen oikeudellista koulutustaan juristit ovat sisäistäneet kulttuuria koskevaa tietoa. Tällaisella yhteiskunnan jäsenyyteen sidotulla "esiymmärryksellä" on *Legrandin* mukaan (yleensä tiedostamatonta) vaikutusta myös oikeusyhteisön sisäisille ideoille ja toiminnoille. Oikeusyhteisöllisten toimintojensa kautta juristit sosiaalistuvat ammatillisesti. Tällä tavoin heidän identiteettinsä kristallisoituu yhteiskunnallis-kulttuurisen koodijärjestelmän kokonaisuuden mukaiseksi. Tämän vuoksi oikeusvertailijoiden olisi *Legrandin* mukaan pyrittävä ymmärtämään kohdemaan "legal mentalité", jotta he voisivat tutkia vieraan maan yksittäisiä oikeussäännöksiä oikeuskulttuurin omilla ehdoilla. On siis tehtävä ero tutun ja vieraan ajattelutavan välillä.[5] Tähän ymmärtämisen tapaan liitetään usein laajemman kontekstin eli oikeutta ympäröivien kulttuuristen, taloudellisten, sosiologisten, historiallisten, antropologisten, kielellisten ja psykologisten tekijöiden huomioiminen.[6] Tätä kontekstisidonnaista oikeusvertailun tapaa voidaan pitää tekstisidonnaisen säädösvertailun vastakohtana.

Yhdysvaltalainen oikeusvertailija *Vivian Curran* on yhtä lailla puolustanut kontekstisidonnaista oikeusvertailua. Hän on todennut, että "oikeudella ei ole omaa itsenäistä elämää". Tämän vuoksi hän kyseenalaistaa näkemyksen oikeudesta muista yhteiskunnallisista osajärjestelmistä - kuten politiikasta - eristettynä kokonaisuutena. Oikeutta ympäröivän yhteiskunnallisen

---

[4]Englantilainen oikeusvertailija *John Bell*, English Law and French Law s. 69, korostaa, että oikeudellinen traditio on keino, jolla yhteiset ideat oikeudesta siirretään oikeusyhteisössä uusille juristisukupolville. Se on historiallisesti kiteytynyt näkemys lain (ja oikeuden) asemesta ja tehtävistä.Kulttuurin ja tradition tarkemman määrittelyn olen tässä työssäni sivuuttanut, koska mainittujen käsitteiden pintaa syvempi analyysi vaatisi oman tutkimuksensa kirjoittamista.

[5]*Legrand*, The Impossibility of Legal Transplants s. 115 sekä Review article: Comparative Studies and Committment to Theory s. 263 ss. Myös Uniformity, Legal Traditions and Law´s Limits s. 308, jossa kirjoittaja epäilee objektiivisuuden saavuttamisen mahdollisuutta: "we have to accept the inevitable constraints regarding the extent to which a participant in one legal tradition can learn to think like a participant in another tradition."

[6]*Legrand*, The Impossibility of Legal Transplants s. 116. Kontekstisidonnaista oikeusvertailua edustaa myös *Kahn-Freund*, Uses and Misuses of Comparative Law s. 2, joka toteaa, että oikeusvertaileva tutkimus "becomes an abuse..if it is informed by a legalistic spirit which ignore the context of the law."

todellisuuden huomioimisen kautta *Curran* toivoo tavoittavansa sisäisen näkökulman vieraan maan oikeuteen. Tavoite on siten sama kuin *Legrandilla*.[7] Hän(kin) kuitenkin esittää epäilyksen siitä, onko vierasta materiaalia mahdollista koskaan ymmärtää muista kuin omista kansallisista lähtökohdista käsin.[8] Kansallisen näkökulman osallisuus tutkimuksissa tarkoittanee samalla sitä, että oikeusvertailun avulla saatavat johtopäätökset jäävät välttämättä jossain mitassa epätäydellisiksi.

Eurooppalaisessa kirjallisuudessa englantilainen oikeusvertailija *Basil S. Markesinis* on varoittanut siitä, miten oikeusvertailevien tutkimusten tulokset ohjautuvat herkästi tiettyyn suuntaan tutkijan taustan (kansallisuuden ja koulutuksen) ohjaamana. Hänen konkreettisena esimerkkinään on *René Davidin* tekemä tutkimus ennakkotapausten asemasta eri oikeusjärjestelmissä. Siinä *David* oikeuskäytännön sijaan keskittyy analysoimaan ennakkotapausten oikeuslähdeopillista asemaa muodollisesti voimassa olevien säännösten valossa. Tutkimusote on ranskalaiselle oikeuskulttuurille tyypillinen.[9] Tämän vuoksi *Markesinis* yleistää, että "learned lawyers can make misstatements which are partly the result of misconceptions about (or ignorance of) foreign law and partly also due to the fact that their training and inclination of the moment somehow prevents them from seeing or describing the full picture."[10] *Markesinis* jatkaa, että historiallisesti "parhaita" oikeusvertailijoita ovat olleet *Otto Kahn-Freundin* kaltaiset henkilöt, jotka ovat asuneet pitkän aikaa kahdessa maassa. Heidän suhtautumisensa uuden asuinmaansa oikeutta kohtaan on ollut kaikkein neutraaleinta; sitä arvostaa ilman, että kritiikki on kadonnut.[11]

> *Markesiniksen* kritiikki on kohdistunut toisen oikeuskulttuurin jäseneen, ranskalaiseen *Davidiin*. Sen sijaan *Curran* on kritisoinut maineikasta maanmiestään *John Dawsonia* siitä, miten tämä ei saksalaisia oikeustapauksia tutkiessaan ole riittävässä määrin ottanut huomioon säännösten taustalla vaikuttavaa yhteiskunnallista kontekstia (joka on Saksassa erilainen kuin Yhdysvalloissa).[12]

---

[7]Cultural Immersion, Difference and Categories in U.S. Comparative Law s. 58 ss.

[8]Cultural Immersion, Difference and Categories in U.S. Comparative Law s. 49.

[9]*Davidin* tutkimus on julkaistu teoksessa International Encyclopedia of Comparative Law. Tarkemmat viittaukset siihen ks. *Markesinis*, A Matter of Style s. 9 ss., alaviite 49.

[10]Comparative Law in Search of an Audience s. 9. Hänen näkemyksiään on syytä lukea Englannin oikeuden erityislaatuisen oikeuslähdeopin valossa.

[11]The Comparatist s. 263.

[12]Ks. Cultural Immersion, Difference and Categories in U.S. Comparative Law s. 79, jossa hän ottaa konkreettiseksi esimerkikseen *John Dawsonin* saavuttamat johtopäätökset artikkelissa Judicial Revision of Frustrated Contracts (BUL Rev. Vol. 63 s. 1039).

Oikeuskirjallisuudessa on kiista tekstisidonnaisen ja kontekstisidonnaisen vertailutavan mahdollisuuksista laajennettu kysymykseen, onko oikeusvertailua mahdollista suorittaa pelkän kirjatiedon varassa vai vaatiiko oikeudellisen informaation ymmärtäminen osallistumista oikeusyhteisöllisiin käytäntöihin. Jälkimmäinen näkemys rakentuu olettamalle, että säännösten tulkinnassa hyödynnetään yhteisön sisäisesti kiteytyneitä "kielioppisääntöjä". Jokaisessa oikeuskulttuurissa juristit toimivat tällaisten sääntöjen mukaisesti, vaikkeivat kykenekään välttämättä ilmaisemaan niiden sisältöä. Kiinnostavaa tässä on, että vaikka tällainen oikeudellisen informaation hallintaa ohjaava "tacit knowledge" ei omaa konkreettista lähdettä, ei sen sisällöstä käytännössä yleensä synny oikeusyhteisön sisäisesti erimielisyyksiä. Kyse on sosiaalisesta tiedosta, jossa on mukana perinnöllistä ainesta. Hiljaista tietoa onkin kuvattu myös kollektiiviseksi alitajunnaksi.[13] Oikeuden viesti ei, kuten *Peter Goodrich* on maininnut, tämän vuoksi koskaan välity pelkkänä materiaalisena normimassana vaan myös elämänmuotona.[14]

Oikeusvertailu on herättänyt vuosien saatossa kiihkeääkin keskustelua. Olen esittänyt siitä edellä vain muutamia esimerkkejä. Käydystä keskustelusta huolimatta oikeusvertailun asema oikeuden maailmassa leijuu jokseenkin ilmassa. Sitä pidetään vain erikoistuneiden juristien harrastuksena, joka näyttäytyy muille lakimiehille hahmottomana kummajaisena: juhlien kutsumattomana vieraana, joka ei ole esitellyt isäntäväelle itseänsä. Osasyy tästä osin varauksellisesta, osin piittaamattomasta asenteesta lankeaa oikeusvertailijoille itselleen. Tutkimusta on tehty tavalla, jota lukijat eivät ole ymmärtäneet tai jonka funktio on jäänyt epäselväksi.[15] Tämä on synnyttänyt komment-

[13]Luonnehdintaa käyttänyt *Koivunen*, Kirjasto merkityksen tuottajana tietoyhteiskunnassa (Helsinki 1995) s. 99, 107. Ks. myös *Wennström*, The Lawyer and Language s. 25, jonka mukaan juridisiin ammattitaitoihin liittyy käytännön tuoma kokemus, ns. "practical proficiency." Eli tietyn oikeusyhteisön juridiset käsitteet eivät aukea ennenkuin juristi on niitä joutunut itse soveltamaan. Vain käytäntö opettaa oikeusyhteisöön historiallisesti kiteytyneet juridiset "kielioppisäännöt", joita ei yleensä ole ilmaistu missään konkreettisessa lähteessä. Oikeusyhteisön jäsen imee toimintaympäristöstään vaikutteita, joita hän sitten itse soveltaa juridisiin toimintoihin osallistuessaan. *Niiniluodon*, Informaatio, tieto ja yhteiskunta s. 51, mukaan tilanne on analoginen äidinkielen oppimiseen; lapsellakin on kieliopin säännöistä piilevää tietoa. Tällaisista kirjoittamattomista juridisen materiaalin hallinnan säännöistä ks. *Esser*, Grundsatz und Norm in der Richterlichen Fortbildung des Privatrechts, joka antoi niille nimityksen "leges artis judiciarie".

[14]Reading Law s. 199. Oikeudelliset tekstit toisin sanoen kantavat implisiittisesti paljon enemmän kuin mitä niiden sanamuoto pintapuolisesti tarkasteltuna paljastaa.

[15]Oikeusvertailevia tutkimuksia pinnallisiksi moittineista ks. *Shapiro*, Courts. A Comparative and Political Analysis, johdannosta s. vii: "comparative law has been somewhat disappointing field. For the most part it has consisted of showing that a certain procedural or substantive law of one country is similar or dissimilar from that of another. Having made this showing, no one knows quite what to do next".

teja oikeuden kansallisesta luonteesta ja oikeusvertailevien tutkimusten tekemisen mahdottomuudesta.

Myös suomalainen oikeuskirjallisuus tarjoaa esimerkkejä juristeista, jotka ovat pitäneet oikeusvertailevia tutkimuksia jopa mahdottomina suorittaa. Yksi heistä on *Juha Pöyhönen*. Hänen ajatuksensa perustuvat näkemykseen, jonka mukaan laki ja oikeus ovat yksi lenkki siinä perheyhtäläisten ja inhimillisten artefaktien sarjassa, josta kulttuuri muodostuu. Siksi oikeusvertailun edellyttämä neutraalisuus on harhaa.[16] *Matti Niemi* puolestaan toteaa - varsinaisesti oikeusvertailuun kantaa ottamatta - että oikeudellinen tieto edellyttää sisäistä näkökulmaa, oikeusyhteisön arvostusten omaksumista eikä sen ulkopuolelle voi siksi asettua. Lainopillinen tulkinta on merkitysten luovaa käyttämistä; on tunnettava muutkin kuin yksittäinen, tulkittavana oleva säännös samaten kuin muut oikeuslähteet. *Niemi* asettaakin juristeille seuraavat vaatimukset: "Desuetudon ja muiden väliintulevien tekijöiden mahdollisuus edellyttävät periaatteessa kaikkien oikeuslähteiden tuntemista, ja lopulta myös johtopäätöksen aineellinen ei-hyväksyttävyys on otettava huomioon. Korkea-asteinen varmuus edellyttää näin ollen erittäin hyvää koko yhteisön oikeustradition tuntemista ja ymmärtämistä."[17]

2. Oikeusvertailun välttämättömyydestä

Lienee totta, että eri oikeuskulttuureista kotoisin olevat juristit näkevät vieraan oikeusjärjestyksen säännökset ikäänkuin omien kansallisten silmälasiensa läpi värittyneinä. Tämän tosiseikan tunnustaminen ei mielestäni kuitenkaan yksinään riitä perusteeksi väitteelle, että oikeudellinen vertailu olisi hyödytöntä tai aina virheellisiin johtopäätöksiin päätyvää tutkimusta. Ymmärtämisprosessissa sulatetaan näet aina yhteen horisontteja: "On välttämä-

[16]Filosofia - minun metodini ? s. 247. Ks. myös *Makkonen*, Oikeudellisen ratkaisutoiminnan ongelmia s. 21. Hän on kirjoittanut, että oikeusteoreetikko kontrolloi mielellään oppinsa jonkin konkreettisen oikeusjärjestyksen pohjalta. Tällöin on tietysti lähinnä se oikeusjärjestys, jonka piirissä hän itse on saanut koulutuksensa ja jonka tekniikan hän parhaiten hallitsee. Hän jatkaa, että lakitekstit ja judikatuuri eivät anna riittävää kuvaa vieraan maan oikeuden täydelliseksi ymmärtämiseksi. Ongelma on siinä, etteivät juristit voi tuntea vieraan maan oikeuden "henkeä".

[17]Päämäärien valtakunta s. 232. Mielenkiintoiseksi muodostuu kysymys siitä, kuinka moni kansallisista juristeista täyttää nämä *Niemen* asettamat vaatimukset korkea-asteisen tiedon saavuttamisesta voimassa olevan oikeuden sisällöstä.

töntä lähteä ymmärtämään muita siitä, missä itse on, omista käsityksistä ja omista käsitteistä. Ymmärtäminen vaatii oman näkökulman laajentamista, ei sen hylkäämistä."[18] Subjektivismi tulisikin ymmärtää oikeusvertailevien tutkimusten välttämättömäksi elementiksi.[19] Sen olemassaolo olisi ensin tunnustettava, ja sitten katsottava, mihin tämä käytännön tutkimustyön kannalta johtaa.

Oikeusvertailijan olisi kuitenkin pyrittävä pysymään vapaana ennakkoodotuksista. Vierasta oikeutta koskevasta materiaalista ei saa etsiä sellaista informaatiota, jonka tutkija jo etukäteen on siitä päättänyt löytää - tutkimuksen olisi käytävä valmiin mallin edellä. Tämä johtaa tutkimukseni kannalta keskeiseen näkökulmaan, kahden toisilleen vastakkaisen mielipiteen kompromissiin. Siinä janan toinen pääty ei usko oikeusvertailun mahdollisuuksiin, kun taas janan toinen pää voi historiallisten ja nykypäivän esimerkkien avulla osoittaa, että sitä on jo kauan onnistuneesti(kin) harjoitettu. Koska äärimmäisen lukkoonlyödyt asenteet ovat usein hedelmättömiä, valitsen itse kultaisen keskitien. Pidän oikeusvertailua mahdollisena, mutta vaikeana. Jos valitsisin toisen tien ja pitäytyisin kannassa, jonka mukaan oikeusvertailevat tutkimukset ovat mahdottomia ja siksi hyödyttömiä, tarkoittaisi se sitä, että en myöskään uskoisi ihmisten tarkoituksenmukaiseen kansainväliseen kanssakäymiseen.

Oikeusvertailu on oikeustieteen nuppu, jota ei ole osattu kastella niin hyvin, että se olisi puhjennut väriloistoonsa kukkimaan. Vaikka rajat katoavat ja etäisyydet pienenevät, ei oikeutta ole opittu kansallisella tasolla hahmottamaan globaalisesti. Eri maissa oikeuden opetuksessa, tutkimuksessa ja tulkinnassa painotetaan edelleen kansallista perspektiiviä, ja muistutetaan, että kansainvälisten yleissopimusten yleistymisestä ja integraation syventymisestä huolimatta oikeus tulee säilymään ensisijaisesti kansallisena kokonaisuutena. Vertailu kuitenkin kuuluu luonnollisena osana inhimilliseen ajatteluun - se on keino hankkia ja jäsentää tietoa. Ihmisten arkipäiväänkin kuu-

---

[18] *Sintonen*, Positivismi s. 9. Myös *Searle*, The Rediscovery of the Mind s. 54, jossa kirjoittaja toteaa, että materialismin kaltainen ajattelutapa, joka kieltää todellisuuden havainnoimisen elementteinä subjektiiviset ja tietoiset tilat, kuten ajatukset ja tunteet, on virheellinen, koska "consciousness and subjectivity are essential to the mind." *Searlen* teos kuvastaa kauttaaltaan hänen näkemystään, jonka mukaan tietoisuus tulee ymmärtää suhteessa oman kulttuurimme muokkaamaan maailmankuvaan.

[19] Subjektiivisuudella viittaan tässä siihen verkostomaiseen yhteistoimintaan, jota tapahtuu tietyn tulkinnallisen yhteisön sisäisesti sen arvojen ja tavoitteiden mukaisesti. Subjektivismilla mennään tässä siten yksilön ohitse, ja otetaan huomioon yhteisön asema yhteisöjen joukossa.

luu kymmeniä tilanteita, joissa tulee verrattua tilanteita, asioita tai henkilöitä keskenään. Samalla tavoin juristi voi tehdä vertailevia huomioita oikeudellisista elementeistä joko kansallisen järjestelmän sisäisesti tai sitten suhteessa vieraan maan järjestelmään. Perspektiivi voi olla historiallinen tai nykyhetkeen sijoittuva (tai näiden yhdistelmä), eikä mikään estä sitäkään, että vertailulla pyritään tekemään tulevaisuutta koskevia ennusteita tai ehdotuksia. Oikeusvertailevat tutkimukset voivatkin olla hyvin monenlaisia, mutta niillä kaikilla yleensä pyritään lainopin kanssa yhtenäisen tavoitteen saavuttamiseen: tuottamaan sellaista oikeudellista tietoa, josta on kansallisella tasolla hyötyä.[20] Vaikka oikeustieteessä kansallinen näkökulma onkin korostunut, tosiasia on, että oikeus toimii osana yhteiskuntaa. Ja kun näihin yhteiskunnallisiin toimintaverkostoihin tulee kansainvälinen aspekti mukaan, on tieteen palvelutehtävänsä täyttääkseen kyettävä käsittelemään myös oikeusvertailevaa informaatiota.[21]

Mahdollisten näkökulmien monilukuisuus tarkoittaa, että oikeusvertaileva tutkimus voi muotoutua osin tutkijan, tutkimuksen tavoitteiden ja tutkimuskohteen näköiseksi. Esimerkiksi lainsäätäjän työssä oikeusvertaileva informaatio voi toimia inspiraation lähteenä, kun taas parempaa normatiivista tietämystä vaaditaan sellaiselta lainsoveltajalta, joka joutuu lainvalintasääntöjen perusteella soveltamaan vieraan maan materiaaliseen oikeuteen sisältyvää säännöstä. Oikeusvertailun avulla on myös mahdollista opettaa oikeutta laajemmalla perspektiivillä - sellaisella, joka sivuuttaa tieteenalan kapeaalaisuuden ja rajojen myötä määräytyvän eristyneisyyden. Aiemmin oikeusvertailevien tutkimusten tekemistä monimutkaistaneet tai ainakin hidastaneet esteet, kuten informaation vaikea saatavuus, ovat poistuneet ja kielimuurit madaltuneet, ja osin tämänkin vuoksi oikeusvertailun mahdollisuudet tuntuvat lähes rajattomilta. Itse asetan lähtökohdaksi, että oikeusvertailun hyväksikäyttö niin oikeuden teoreettisella kuin käytännöllisellä tasolla ei ole ainoastaan perusteltua vaan myös välttämätöntä. Tämä lienee yleistettävissä koskemaan kaikkia oikeudellisia toimijoita.

---

[20]Erotan tässä siis kansallisen näkökulman esimerkiksi EY-oikeudellisesta näkökulmasta. EU:ssahan vertailulla on välttämätön paikkansa sen ylikansallisen luonteen ja oikeuden harmonisointitavoitteiden vuoksi.

[21]Oikeusvertailun välttämättömyys ja hyödyllisyys tekevät siitä osan lakimiehen perusmetodia. *Saarenpää* on määritellyt perusmetodin niin, että se kertoo, mikä on tärkeää hyvälle lakimiehelle. Ks. esimerkiksi Kadonneet systeemit s. 263-267 (teoksessa Minun metodini. Toim. Häyhä, J. Porvoo 1997 s. 261-278) sekä Kenen lakikirja? (LM 5/1992 s. 625-647).

3. Tutkimuksen rakenteesta

Tutkimukseni lähtökohtana on sen paikan osoittaminen, mikä oikeusvertailulla oikeuden maailmassa nykyisin on. Tämän paikan selvittäminen tuntuu sellaiselta perustehtävältä, jonka pohjalta tutkimukseni on mielekästä edetä. Se vaatii katsomista olan yli historiaan sekä kurkistamista sivuille päin muihinkin kuin omaan kansalliseen tilanteeseemme. Oikeusvertailun merkityksen ymmärtäminen nykyään ja sen sijoittaminen juridisen ajattelun kartalle edellyttää mielestäni perustietoja tämän tutkimustavan historiallisuudesta yhdistettynä nykyhetkiseen esimerkinomaiseen katsaukseen siitä, miten sitä eri maissa hyväksikäytetään. Katsauksen myötä voinemme hylätä väitteet, joiden mukaan oikeusvertailu on mahdotonta. Ihmisen luonteeseen kuuluu suhtautua mitätöiden ja kenties vihamielisestikin siihen, mitä ei aivan ymmärrä.

Erityisen mielenkiinnon kohteena tulee olemaan oikeusvertailussa vaadittavan esitiedon ongelma eli se, miten säännösmateriaalista voi tehdä oikeasuhtaisia johtopäätöksiä vieraassa maassa voimassa olevasta oikeudesta. Oikeusvertailussa olisikin tärkeätä edetä jäsentyneen suunnitelman mukaan; oikeudellinen tieto kussakin oikeusjärjestelmässä olisi pintatason tiedon lisäksi ymmärrettävä myös oikeuskulttuurin tasoisena taitona. Merkitykselliseksi kohoaa erityisesti niiden henkilöiden toiminta, joista *Max Rheinstein* käytti nimitystä "Die Rechtshonoratioren".[22] Nämä henkilöt vaikuttavat tosiasiassa eniten siihen, miltä oikeus(järjestelmä) kussakin maassa näyttää. Tämä tuo tutkimukseeni mukaan vahvan toiminnallisen aspektin - oikeuden abstrakti olemus nähdään liitynnässä sen funktionaaliseen puoleen.

Tavoitteenani on siten osoittaa, miten vieraan oikeusjärjestyksen merkityskoodisto on mahdollista murtaa. Oikeusvertailijoiden on etsittävä tietyllä hetkellä tietyssä yhteisössä voimassa olevaa oikeudellista ajattelu- ja tulkintatapaa. Tätä kautta tapahtuu siirtymä informaatiosta tietoon: väitteeseen,

---

[22]Alunpitäen tämä termi on ilmeisesti peräisin *Weberiltä*. Ks. *Bernstein*, Rechtsstile und Rechtshonoratioren (RabelsZ 34 s. 443-457), joka on osoittanut, että *Rheinstein* käyttää käsitettä Rechtshonoratioren eri merkityksessä kuin *Weber*. Ks. myös *John Dawsonin* kirjassaan The Oracles of Law käyttämä käsite "lain oraakkelit", jolla hän tarkoittaa oikeuskulttuurin vaikutusvaltaisimpia toimijoita. *Dawson* on keskittynyt niiden kolmen oikeusjärjestelmän tutkimiseen, mitkä ovat olleet tämän ja viime vuosisadan aikana oikeuden kehityksen kannalta kenties kaikkein merkittävimmät (ainakin länsimaisessa oikeuspiirissä) ts. Englantiin, Saksaan ja Ranskaan. Hän on vertaillut niitä keskenään sen suhteen, ketkä henkilöt ovat vaikuttaneet niiden nykymuotoon kehittymiseen kaikkein eniten. Erityistä huomiota hän on kiinnittänyt tuomarien asemaan kussakin oikeusjärjestelmässä.

jolla oletetaan olevan vastineen todellisuudessa. Tosin informaation ja tiedon käsitteillä - samoin kuin muillakin kielen sanoilla - on omat historialliset kohtalonsa. Ne on käsitetty aina uudella tavalla sitä mukaa kuin todellisuus, jota ne kuvaavat, on muuttunut. Viimeisten parin vuosikymmenen aikana tietoa ja informaatiota on muoti-ilmiön tavoin liitetty liiankin useaan yhdyssanaan. Nyt niiden merkitykset ovatkin sekavat. Itse en käsitä niitä synonyymeinä - kukapa kääntäisi englanninkielisiäkään sanoja "knowledge" ja "information" samalla suomenkielen sanalla. Tässä tutkimuksessa "informaatio" edustaa kaikkea sellaista lähdemateriaalia, jonka avulla on mahdollista saada "tietoa" vieraan maan voimassa olevista oikeussäännöksistä.[23] Informaatio voi koostua pelkistä signaaleista (esimerkiksi väite, joka on ilmaistu sellaisella kielellä, jota vastaanottaja ei ymmärrä). Tiedon saavuttaminen edellyttää sen sijaan kieltä, jonka käsitteillä on jokin yhteisesti sovittu merkitys.

Tulen konkretisoimaan oikeusvertailun teoriasta esittämäni väitteet vertailemalla erään oikeudenalan säännöksiä (koskien keskeisiä oikeusinstituutioita) kahdessa oikeusjärjestelmässä. Valitut maat edustavat kahta eri oikeusryhmää - toinen on Suomi romaanis-germaanisen oikeusryhmän edustajana ja toinen Englanti common law -oikeusryhmän edustajana. Olen valinnut Englannin oikeusvertailun kohdemaaksi, koska se edustaa Euroopan alueella ainutlaatuista anglosaksista oikeuskulttuuria. Sen maantieteellinen läheisyys ja EU:n jäsenyys ovat kuitenkin vaikuttaneet niin, että yhteistyö ja vuorovaikutus sikäläisten juristien kanssa on välttämätöntä ja väistämätöntä. Yhteistyön toteutuminen vaatii tuohon kommunikaatioon osallistuvalta juristilta valmiuksia puhua samalla kielellä ja mikä tärkeintä, samoista asioista.

Tutkittavaksi oikeudenalaksi valitsin jäämistöoikeuden, koska se on tiiviissä liitynnässä yhteiskunnalliseen arvojärjestelmään ja juridisiin traditioihin. Jäämistöoikeudellisten säännösten lähempi tarkastelu valaisee siksi erityisen selkeästi esitiedon tärkeyttä oikeusvertailevissa tutkimuksissa. Tä-

[23]*Niiniluoto* on todennut, että suomen kielessä informaatio hyväksyttiin sivistyssanaksi vasta 1911, kun ensimmäinen suomalainen Tietosanakirja (3. osa) tiesi kertoa, että informeerata tarkoittaa opettaa. Verbi tietää on taas vanha suomen kielen sana, joka on tiettävästi johdettu tie-sanasta. Tietäminen on siten alunpitäen tarkoittanut tien tuntemista, joten tiedon määritelmään on perinteisesti liittynyt vahva toiminnallinen vivahde. Ks. lisää *Niiniluoto*, Informaatio, tieto ja yhteiskunta s. 9-15. *Niiniluoto* määrittelee tiedon "informaatiota suppeammaksi alalajiksi, johon liittyy jonkinlainen menestyksen, totuudenmukaisuuden ja perusteltavuuden lisäehto." (s. 64). Ks. myös *Mincke*, On Information and Interpretation s. 1.

hän liittyy myös se, että oikeusvertaileva tutkimus voi paljastaa kansallisesti rajoittunutta tutkimusta paremmin lain suhteet poliittisesti ja moraalisesti värittyneisiin arvoihin. Näillä suhteilla on merkitystä kaikilla oikeusaloilla - myös jäämistöoikeudessa - silloin, kun arvioidaan lainsäädännön uudistamishankkeita. Oikeusvertailu voidaankin nähdä oikeudellisen sääntelyn tietyn johdonmukaisuuden säilyttämiskeinona. Kun tutkitaan muiden oikeuskulttuurien ratkaisuja, nähdään kenties helpommin kansallisen oikeuden rakenteellinen yhteys omaan yhteiskuntaan.

Oikeusvertailevissa tutkimuksissa erityisen tärkeäksi tulee, miten ns. tertium comparationis valitaan. Se on käytettävä vertailumittari, joka mahdollistaa lainsäännösten mielekkään vastakkainasettelun. Tämä ei ole vain yksi tärkeimmistä vaan myös yksi vaikeimmista oikeusvertailevien tutkimusten vaiheista. Yleensä tertium comparationis valitaan säännösten yhtenevien funktioiden perusteella. Tässä oikeuden dualistisuus toisaalta säännöstekstinä ja toisaalta toiminnallisena kokonaisuutena tulee selkeästi esille. Lain tekstien tasolla pysyvät tutkimukset keskittyvät lähinnä säännöksistä mahdollisesti löytyvään yhtenevään terminologiaan, joka taas oikeuskielen oikeusyhteisösidonnaisuuden vuoksi johtaa helposti harhaanjohtaviin johtopäätöksiin.[24]

En usko siihen, että oikeusvertailun mielekkyys olisi riippuvainen ainoastaan vertailumaiden lainsäädäntöjen yhtenäistämistavoitteista, vaan oikeusvertailijoiden tulisi keskittyä myös maiden välisten oikeudellisten erojen ja niiden syiden tutkimiseen. Tämän vuoksi jäämistöoikeus on oikeusvertailun kannalta erityisen mielekäs oikeudenala, koska sen piiriin kuuluvia lakeja ei tulla ainakaan lähitulevaisuudessa harmonisoimaan - onhan kyse kunkin valtion eettiseen maaperään tiukasti sidotuista säännöksistä.[25] Toisaalta maailman pienentyessä ihmiset avioituvat aiempaa useammin ulkomaisen henkilön kanssa. Tällaisen kansainvälisen avioliiton solmimisella saadaan aikaan perhesuhde, jonka mahdollisissa ero- tai perimystilanteissa saattaa myös oikeusvertaileva informaatio tulla lainvalintasääntöjen kautta relevantiksi.[26]

---

[24]*Zweigert-Kötz*, An Introduction to Comparative Law s. 42. Myös *Klami*, Methodological Problems in European and Comparative Law s. 14-16.

[25]Näin on todettu useassa yhteydessä mm. *Letto-Vanamo* ja *Tamm*, Eurooppa ja oikeus - oikeushistoria ja oikeuden eurooppalaistuminen s. 242.

[26]Tällaisissa tilanteissa oleelliseksi käy myös se, että Suomessa asuva perillinen saa tietoonsa, miten ulkomailla on toimittava jäämistösaannon toteuttamiseksi.

4. Lainvalinnasta jäämistöoikeuden alueella

Lainvalintasäännösten perusteella määräytyy se, minkä maan lakia kunkin mahdollisesti syntyvän oikeusongelman ratkaisemiseksi sovelletaan.[27] Eri maiden perimyslaeissa olevat erot korostuvat siksi, että lainvalintasäännökset ovat mainitulla oikeudenalalla kansainvälisesti tarkasteltuna hajanaiset. Euroopan alueella tilannetta voi luonnehtia karkeasti niin, että kansalaisuusperiaatteen asema on yhä vahva Keski- ja Etelä-Euroopan maissa. Sen sijaan Sveitsissä, Norjassa ja Tanskassa sekä Englannissa sovelletaan kotipaikkaperiaatetta. Joissakin maissa lainvalintasäännökset ovat perimystilanteissa jakautuneet, jolloin oleelliseksi käy kysymys siitä, missä maassa minkäkin laatuinen jäämistöomaisuus sijaitsee.

> Esimerkiksi Englannin oikeudessa pääsääntönä on, että perittävän kotipaikan (domicile) laki tulee ensisijaisesti sovellettavaksi.[28] Jos jäämistöön kuitenkin kuuluu ulkomailla sijaitsevaa kiinteää (immovable) omaisuutta, sovelletaan sen jakoon sijaintimaan voimassa olevia perimyssäännöksiä.[29]

Vaikkakin lainvalintasäännöksissä on eri maiden kesken tämän kaltaista huojuvuutta, olisi lainsoveltajan kyettävä ottamaan selko sovellettavaksi tulevasta laista ja sen todellisesta sisällöstä. Epätietoisuus voi näet johtaa kiusallisiin ja kohtuuttomiin oikeudenmenetyksiin. Näin voi käydä esimerkiksi silloin, kun iäkäs leski tai sellainen perittävän lapsi, joka on ollut koko elinaikansa perittävän elatuksesta riippuvainen, ei ole osannut varautua sii-

---

[27]Kansainvälisen yksityisoikeuden englanninkielinen käännös on private international law, mutta anglo-amerikkalaisessa oikeuskirjallisuudessa siitä käytetään yleisimmin nimitystä conflict of laws.

[28]Olen tässä kääntänyt domicile-käsitteen kotipaikaksi, ja immovable-käsitteen kiinteäksi omaisuudeksi, mutta nämä käännökset eivät ole täsmällisiä. Englantilaisessa oikeudessa "immovable" tarkoittaa sellaista esinettä, jota ei voida liikuttaa, mutta jota kuitenkin voi koskettaa. "Movables" tarkoittaakin siten irtaimia esineitä, joita voi siirrellä paikasta toiseen. Käsite "domicile" on puolestaan hankalasti määriteltävissä oleva ominaisuus. Se on kaiken lisäksi kehittynyt tapausoikeudellisesti eikä siitä ole vieläkään säädetty lailla. "Domicile of law" edellyttää sekä fyysisen olinpaikan kiinteyttä että henkilön omaa tuntemusta siitä, mikä on hänen pysyvä asuinmaansa (se on ts. pysyvä koti, johon asianomaisen on tarkoitus palata). "Domicile of origin" määräytyy niissä tilanteissa, kun henkilön kotipaikkaa ei voi muuten määrätä. Tällöin ratkaisevana on henkilön vanhempien kotipaikka.

[29]Lainvalintasäännösten kompleksisuuden vuoksi englantilaisessa oikeuskirjallisuudessa on pyritty antamaan neuvoja siitä, miten ulkomailla sijaitsevan maaomaisuuden jaon voi saada oman kansallisen lain soveltamispiiriin (yhtiölainsäädäntöä hyväksikäyttämällä). Esimerkiksi *Rossdale*, Probate and the Administration of Estates s. 62.

hen, ettei hänellä jäämistön jakoon sovellettavan oikeuden mukaan ole lainkaan perimysoikeutta.

Suomen sisäisestikin oikeustila hakee vielä muotoaan. Jäämistöoikeudellisen säännöstön valinta on kansainvälisessä yksityisoikeudessa sääntelemättä ja pelkästään korkeimman oikeuden ratkaisujen varassa. Oikeuskäytännön ja -kirjallisuuden vakiintuneen kannan mukaan perinnön siirtymiseen liittyvien esineoikeudellisten kysymysten katsotaan yleensä määräytyvän kansainvälisissä suhteissa sen valtion lain mukaan, jonka kansalainen perittävä kuollessaan oli, joten tämä ns. perintöstatuutti ei määräydy kiinteästi. Perhe- ja avioliittolainsäädännössä tilanne on jäämistöoikeutta selkeämpi. Vuonna 1930 yhtä aikaa avioliittolain kanssa tuli näet voimaan laki eräistä kansainvälisluontoisista perheoikeudellisista suhteista (KPL), joka säätää, että avioerotilanteissa puolisoiden taloudelliset suhteet määrittävä laki seuraa avioliiton päättämisen hetkellä miehellä ollutta kansalaisuutta. Lain 14 §:ssä tätä ns. aviovarallisuusstatuuttia pidetään kiinteänä. Se ei vaihdu, vaikka miehen kansalaisuus avioliiton solmimisen jälkeen vaihtuisikin. KPL 55 §:ssä on säädetty lain säännösten soveltumattomuudesta perintö- ja testamenttioikeudellisiin tapauksiin. Tämän vuoksi jäämistöoikeudessa vaikeuksia syntyy lähinnä asiakokonaisuuksien, esimerkiksi lesken koko tilanteen, arvioinnin yhteydessä.[30]

Puutteellisten perintöoikeudellisten lainvalintasäännösten aiheuttamat ongelmat on tiedostettu. Tämän vuoksi oikeusministeriö asetti 1986 työryhmän pohtimaan asiaintilan uudistamista.[31] Tuloksena oli työryhmän ehdotus Suomen kansainvälisen perhelainsäädännön uudistamiseksi. Vuonna 1995 asetettiin uusi työryhmä, joka vuonna 1996 julkaisi ehdotuksensa hallituksen esitykseksi eräiden avioliittoa ja perimystä koskevien kansainvälisen yksityisoikeuden alaan kuuluvien säännösten uudistamiseksi (jota vastaisuudes-

[30]Ks. *Jänterä-Jareborg*, Partsautonomi och efterlevande makes rättställning. En internationellt-privaträttslig studie (Uppsala 1989) s. 355 sekä 379 ss. Myös *Klami*, Suomen kansainvälinen yksityisoikeus s. 178-181.

[31]Tässä tarkoitetaan muita kuin pohjoismaisessa kontekstissa esiinnousevia ongelmia. Jos perittävällä oli kuollessaan jonkin Pohjoismaan kansalaisuus sekä kotipaikka toisessa Pohjoismaassa, tulee sovellettavaksi Pohjoismaiden välinen perintöä, testamenttia ja pesänselvitystä koskeva sopimus (SopS 21/35), jossa perintöstatuutti määräytyy pääsääntöisesti perittävän asuinmaan mukaan. Ks. lisää *Klami*, Suomen kansainvälinen yksityisoikeus s. 181-184.

sa nimitän työryhmän mietinnöksi 1996).[32] Työryhmä päätyi ehdottamaan kotipaikkaperiaatetta ensisijaiseksi lainvalintaa ohjaavaksi liittymäksi. Sen katsotaan kuitenkin edellyttävän, että perittävä on ollut ko. valtion kansalainen tai asunut maassa vähintään viiden vuoden ajan ennen kuolemaansa. Muutoin sovellettavaksi tulisi työryhmän ehdotuksen mukaan perittävän kansalaisuusvaltion säännökset.[33]

Jäämistöoikeutta koskevien lainvalintasäännösten hajanaisuus Euroopan alueella osoittaa, miksi oikeusvertailevien tutkimusten tekeminen on tälläkin oikeudenalalla välttämätöntä. Tosin vertailevaa jäämistöoikeudellista tutkimusta voivat puoltaa muutkin kuin vain välittömästä lainsoveltamisesta johdettavat perusteet. Ne liittyvät oikeusvertailevien tutkimusten monipuolisuuteen, niihin useisiin näkökulmiin mitä tutkimusote haasteen vastaanottavalle henkilölle voi tarjota.

5. Tutkimuksen rajoista

Kaikkien väitöskirjaa kirjoittavien tavoin olen joutunut tekemään radikaalejakin rajauksia sen suhteen, mitkä kysymykset olen itselleni asettanut vastattaviksi. Oikeusvertailun teorian kannalta tärkeitäkin asioita on jäänyt tässä tutkimuksessa käsittelemättä, mutta olen kokenut sen esitykseni johdonmukaisen jäsentämisen kannalta välttämättömäksi.

Maantieteellisesti olen pysyttäytynyt mannereurooppalaisessa ja englantilaisessa oikeuskulttuuripiirissä. Sen ulkopuolisiin maihin esiintyy siksi vain

[32]Työryhmän ehdotus ei tätä kirjoitettaessa ole vielä johtanut lainsäädäntöuudistuksiin, mutta tavoitteena on, että asiaa koskevat säännökset saataisiin sijoitettua omina lukuinaan asianomaisia aineellisia kysymyksiä koskeviin lakeihin. Tällä hetkellä keskitytään aviovarallisuusoikeutta, perimystä, avioliiton solmimista sekä ulkomaisten avioliittojen tunnustamista koskeviin säännöksiin. Hallituksen esitys pyritään saamaan aikaan vielä vuoden 1999 puolella. Ks. vireillä olevista lainsäädäntöhankkeista oikeusministeriön kotisivut (http://www.vn.fi/om/suomi/hankkeet.htm).

[33]Työryhmän mietintö 1996 s. 57 ss., jossa lesken suoja on erityisesti huomioitu. Hänellä olisi mietinnön mukaan PK 3:1.a §:n mukainen oikeus, mikäli sen mukainen omaisuus on Suomessa ja edellyttäen, että oikeus on kohtuullinen, kun huomioon otetaan varallisuus, jonka leski osituksessa, perintönä tai testamentilla saa. Käyttöoikeus ei tulisi leskelle samalla tavoin välittömästi kuin Suomen lakia sovellettaessa, vaan ainoastaan niissä tapauksissa, kun osituksen ja perinnönjaon yhteisvaikutusta olisi tällä tavoin kohtuullista oikaista. Myös avustussäännöksien (PK 8:1 ja 8:2) harkinnanvarainen turva olisi edelleenkin lesken ja rintaperillisten suojana. Ks. näistä PK:n suojajärjestelmistä tämän tutkimuksen V osan luvut 4.1. ja 5.1.

muutama hajanaisempi viittaus. Englannin oikeuden kohdalla tälle on ollut suurempi tarve, koska maalla on historiallisesti vahvana säilynyt yhteys muihin Kansainyhteisön jäsenmaihin. Tutkimuksessa on myös muutamia Yhdysvaltain oikeuteen tehtyjä viittauksia, jotka on tarkoitettu peiliksi englantilaista oikeusjärjestelmää koskeville huomioille. Englannin oikeuden erityispiirteet - ja toisaalta sen eurooppalaisuus - on ollut näet helpompi joiltakin osin pelkistää esiin jotain muuta kuin mannereurooppalaista vertailupintaa vasten. En kuitenkaan keskity tutkimuksessani oikeusvertailevassa kirjallisuudessa suosituksi käyneeseen keskusteluun oikeusperheistä. Osaksi tämä johtuu siitä, että aihe on mielestäni jo loppuun kaluttu. Toisekseen oikeusvertailun kohdemaiden ryhmittely avaa oven vaarallisille yleistyksille, joiden tekemisestä tämä tutkimus yrittää lukijaa nimenomaisesti varoittaa.

Vaikka saman maan sisäisesti eri aikoina voimassa olleiden oikeussäännösten erojen tutkiminen on eittämättä oikeusvertailun laajempien määritelmien puitteissa, ymmärrän oikeusvertailun kuitenkin tässä työssä niin, että sen avulla tutkitaan kahteen tai useampaan oikeusjärjestelmään sisältyviä elementtejä. Tämän vuoksi erotan oikeushistoriallisen ja oikeusvertailevan tutkimusotteen toisistaan.[34] Tosin raja oikeushistorian ja -vertailun välillä on häilyvä ja niiden suhde toisiaan hyödyttävä. Oikeushistorialliset seikat ovat siksi tämänkin tutkimuksen vertailujaksossa esillä, mutta vain, jos niillä on mielestäni ollut merkitystä oikeussäännösten lukemista ohjaavan esitiedon kannalta. Oikeushistoriallisilla viitteilläni on siten työssäni vahva kytkentä nykypäivään, eikä johtopäätöksissäni varsinaisesti pyritä tuomaan mitään lisää oikeushistorialliseen tutkimustraditioon.[35]

Tutkimukseni tavoite ei ole oikeuspoliittinen eli en pyri ohjaamaan lainsäätäjää tiettyyn suuntaan säännösten aineellisella tasolla. Näkökantani valinta tarkoittaa, etten ole konkreettisen oikeusvertailuosion jälkeen koonnut lankoja yhteen yhtäältä toteamalla, minkä maan oikeus on tarkastelluista

---

[34]Ks. *Klamin* artikkeli Oikeushistoriallisesta ja oikeusvertailevasta tutkimusintressistä (LM 1976 s. 582-592). Oikeusyhteisön sisäisistä vertailututkimuksista ks. *Mincke*, Eine vergleichende Rechtswissenschaft s. 316, jossa kirjoittaja kiinnittää huomiota siihen, miten kansallisen järjestelmän sisällä tehtävä vertikaalinen oikeusvertailu on kuin perhealbumia tutkisi - kuvien kohteet ja niiden ympäristöt muuttuvat ja kehittyvät matkalla kehdosta nykypäivään.

[35]Englantilaisen oikeusjärjestelmän historian kuvaamisessa olen ottanut huomioon kuitenkin myös sen arvon itsenäisesti luettavana jaksona sellaiselle, joka ei ole aiemmin tutustunut sikäläisen oikeuden erityispiirteisiin. Tämän vuoksi jaksoa voi oikeutetusti sanoa hieman liian laajaksi, jos tarkastellaan sen arvoa oikeusvertailevan esitiedon hankkimisen kannalta.

paras, ja toisaalta tähän perustuen tarjoamalla uusia lainsäädännöllisiä ratkaisuja de lege ferenda.

Kansainvälisen yksityisoikeuden jäämistöoikeudelliset, yksityiskohtaiset lainvalintasäännökset puuttuvat tutkimuksestani - tätä edeltävää johdannon omaista jaksoa lukuunottamatta. Työni ei sisällä myöskään keskustelua elektronisista oikeuslähdevarastoista, vaikka informaatio-käsitteen käyttö tutkimukseni nimessä saattaakin johdattaa lukijan odottamaan oikeusinformatiikkaa koskevaa teknistä tietoa. Toisaalta tutkimuksellani on kuitenkin selkeästi välillinen linkki siihen, miten informaatio tietotekniikan avulla välittyy. Muutos kohden informaatioyhteiskuntaa tekee oikeusvertailun edellytysten tutkimisesta entistä tärkeämmän. Informaation saatavuuden ja tavoitettavuuden paraneminen ei tarkoita, että vaatimukset sen käsittelystä ja hallinnasta olisivat samanaikaisesti muuttuneet. Päinvastoin, entistä helpommin käsillä olevan informaation ja oikeasuhtaisen tiedon eroa tulee korostaa nyt enemmän kuin koskaan. Kun yhä useammalla on mahdollisuus lukea muutakin kuin kansallista oikeudellista materiaalia, tarkoittaa se, että yhä useammin ilmenee tapauksia, joissa lukija olettaa, että tutkimuskysymysten asettaminen olisi informaation muuttumisen kautta helpottunut. Ja jos kysymykset asetetaan tällä tavalla väärin, ei niihin ole antaa oikeusvertailun kautta oikeita vastauksia.

II. OIKEUSVERTAILU OIKEUSTUTKIMUKSENA

1. Katsaus oikeusvertailun esihistoriaan

> "Oikeusvertailun perimmäisenä edellytyksenä on sekä siviilioikeudessa että muilla oikeusaloilla yhteisöissä elävä ihminen, tuo arvoituksellinen olento, jonka maallinen vaellus ikuisuuden näkökulmasta merkitsee katoavaa hetkeä, mutta jonka ajattelu vaeltaa vapaana yli ajan ja paikan."[1]

Vertailu kuuluu erottamattomasti inhimilliseen ajatteluun ja tietoisuuteen.[2] Jo Kreikan varhaisimpia kaupunkilakeja säädettäessä siellä todennäköisesti tutkittiin vieraiden valtioiden voimassaolleita lakeja, jotta omasta laista olisi saatu paras mahdollinen.[3] Myös Solonin ja XII taulun lakien valmistelussa

---

[1] *Brusiin*, Oikeusvertailusta s. 445 ss.

[2] Mm. *Leibnitz* väitti näin 1600-luvulla. Vaikka hän ei todennäköisesti ole ensimmäinen, joka tämän totesi, näkee oikeusvertailevissa teoksissa tässä yhteydessä paljon nimenomaan häneen tehtyjä viittauksia. Ks. *Hall*, Comparative Law and Social Theory s. 15.

[3] *Aristoteleen* sanotaan vertailleen kaikkiaan 153 Kreikan kaupunkivaltion tai barbaarimaan valtiosääntöjä ja perustaneen Politiikka-teoksensa näille tutkimuksilleen. Kreikan kaupunkivaltioiden liitynnästä oikeusvertailun historiaan ks. *Schmitthoff*, Die künftigen Aufgaben der Rechtsvergleichung s. 499 sekä *Schwintowski*, Recht und Gerechtigkeit s. 92: "Erste Ansätze heutiger Rechtsvergleichung findet man bei Aristoteles, der die Verfassungen der griechischen Stadtstaaten des 4. und 5. Jh. v. Chr. miteinander verglich." Myös *David*, Nykyajan suuret oikeusjärjestelmät I s. 1 ja *Rheinstein*, Gesammelte Shriften I s. 241.

kerrotaan apuna käytetyn oikeusvertailevaa materiaalia.[4] Viime vuosituhannen lopulla kirjoitettiin myös teoksia, joissa roomalaisia, feodaalisia sekä kanonisia oikeussääntöjä verrattiin toisiinsa, mutta ne olivat sisällöllisesti ja esitysteknisesti jäsentymättömiä.

Kaikkia edellä mainittuja vertailevia tutkimuksia arvioitaessa ne täytyisi suhteuttaa sitä taustaa vasten, että oikeudellinen tutkimus ylipäätään oli lapsenkengissä ennen kuin glossaattorit 1100-luvulta eteenpäin ryhtyivät tutkimaan roomalaista oikeutta.[5] Yliopistot eivät enää pitäneet eri alueilla voimassa olleita oikeussäännöksiä tutkimisen arvoisina roomalaisoikeudellisten oikeuslähteiden rinnalla.[6] Vaikka juristit eivät tutkimuksissaan keskittyneet vertaamaan roomalaisen oikeuden ja paikallisesti sovellettujen oikeussäännösten yhtäläisyyksiä ja eroja, sisältyi heidän tutkimuksiinsa nähdäkseni välttämättä oikeusvertaileva elementti jo sen vuoksi, että tutkimuksia tehneet juristit olivat kotoisin Euroopan eri alueilta ja eri oikeuskulttuureista. Kuitenkin tiedostettu kiinnostus oikeusvertailua kohtaan oli vuosituhannen ensimmäisillä vuosisadoilla vähäistä.[7] Roomalaisen oikeuden tutkiminen yliopistoissa loi kuitenkin perustan oikeusvertailun myöhemmälle kehittymiselle.[8]

Sellaisia tutkimuksia, joissa roomalaista oikeutta tarkoituksellisesti verrattiin alueellisesti voimassa olleisiin lakeihin, ryhdyttiin tekemään 1500-luvun paikkeilla. Näissä tutkimuksissa keskityttiin siihen, miten paikallisia ja roomalaisoikeudellisia sääntöjä saatettiin soveltaa rinnakkain, joten ne palvelivat erityisesti lainkäyttäjätahoa.[9] Näiden tutkimusten tarve syntyi

[4]*Mattila*, Les successions agricoles et la structure de la société s. 39 ss. Kahdentoista taulun lain valmistelusta kerrotaan, että ennen sen säätämistä lähetettiin delegaatio Kreikkaan tutkimaan, millainen oli Solonin lakikokoelman sisältö. Tämän tarinan todenperäisyydestä ei *Mattilan* mukaan ole täyttä varmuutta, mutta tutkijoiden keskuudessa on kuitenkin yleisesti tunnustettu, että kreikkalaisella oikeudella oli vaikutusta varhaisen roomalaisen oikeuden kehittymiseen. Ks. myös ko. sivun alaviite 46, jossa kirjoittaja toteaa, että oikeushistorioitsijan näkökulmasta säännösten reseptiota mielenkiintoisempi kysymys on se, kuinka kreikkalaisten filosofien ajatukset vaikuttivat roomalaisoikeudellisiin ideologioihin. Ks. myös *Marsh*, Comparative Law and Law Reform s. 75, alaviite 46 (teoksessa Proceedings of the Fourth European Conference of Law Faculties s. 71-86. Strasbourg 1977), jossa on listattu niitä tutkijoita, jotka uskovat vanhaan legendaan Kreikkaan lähetetystä delegaatiosta ja niitä, jotka eivät siihen usko.

[5]Ks. tämän tutkimuksen IV osan luku 1.4.

[6]*Rheinstein*, Gesammelte Schriften I s. 240.

[7]*Schwintowski*, Recht und Gerechtigkeit s. 92. Myös *Coing*, Common Law of Europe: Historical Foundations s. 37.

[8]Merkittävä tekijä oikeusvertailun kannalta oli myös eri maiden yliopistoissa käytetyn kielen, latinan, yhtenäisyys. Englannin oikeudellisen eristäytymisen mahdollisti aikanaan osaltaan se, että siellä käytettiin oikeuskielenä latinan sijasta lakiranskaa. Ks. tästä III osan jakso 1.

[9]Nämä tutkimukset olivat useimmiten varsin epäsystemaattisia ja hajanaisia esityksiä. Ks. *Gutteridge*, Comparative Law s. 11.

käytännön tarpeesta, koska tuona aikana eri valtiot resipioivat roomalaisoikeudellisia sääntöjä kansallisesti sovellettaviksi oikeussäännöksiksi.[10]

2. Oikeusvertailun läpimurto 1800-luvulla

2.1. Aluksi

Oikeuskirjallisuudessa on käyty keskustelua siitä, kuka yksittäisistä, oikeusvertailun kehityksen kannalta merkityksellisistä henkilöistä, ansaitsisi nimityksen sen "isäksi". *Aristoteles* lienee esiintynyt liian kaukana menneisyydessä.[11] Kun historiallista lankaa kerii nykypäivästä taaksepäin aina 1700-luvulle, tulee vastaan *Charles-Louis de Montesquieu* (1689-1755), jolle oli tyypillistä transnationaalinen käsitys oikeudesta. Siksi jotkut tahot ovat innostuneet nimittämään häntä oikeusvertailun isäksi.[12] *Montesquieun* tärkein merkitys oikeusvertailun kannalta on ollut se, että hän relativisoi aiemmat luonnonoikeudelliset näkemykset ylikansallisesta oikeudesta. Hänen mielestään kansakuntien erilaiset olosuhteet johtivat lakien sisältöjen vaihtelemiseen. Varsinaisen oikeusvertailevan tutkimusmetodin kehittymisen kannalta hänen merkityksensä oli kuitenkin varsin vähäinen.[13]

Seuraavalla vuosisadalla tapahtui sellaisia oikeustieteellistä ja -teoreettista ajattelua koskeneita muutoksia, että saatetaan puhua vertailevan oikeustieteen synnystä erityisenä tieteenhaarana. Oikeusvertailun varteenotettavimmat isäehdokkaat vaikuttivatkin 1800-luvun Euroopassa, erityisesti Saksassa. Kun mainittu vuosisata on osoittautunut oikeusvertailun kannalta näin tärkeäksi, ansaitsee aikakauden saksalainen oikeusajattelu tulla erillisen tarkastelun kohteeksi.

---

[10]*Zimmermann*, Savigny´s Legacy s. 578.

[11]*Markesinis*, The Comparatist s. 270, kuitenkin toteaa: "Comparatists could claim him as the father of their subject for his work on the Constitution of Athens and on other ancient Greek city States.."

[12]*Montesquieun* tunnetuin teos oli De l´èsprit des lois. Hänen merkityksestään oikeusvertailulle mm. *Gutteridge*, Comparative Law s. 12 sekä *Kahn-Freund*, On Uses and Misuses of Comparative Law s. 6.

[13]Ks. *Hall*, Comparative Law and Social Theory s. 15. *Constantinesco*, Rechtsvergleichung I s. 75, mainitsee puolestaan *Fortesquen* työn uraa uurtavuuden ja vaikutuksen esimerkiksi *Montesquieun* töihin, mutta myöntää toisaalta hänen tekemiensä vertailujen epäsystemaattisuuden.

2.2. 1800-luvun saksalainen oikeuskulttuuri

Modernin oikeustiedenäkemyksen alkupiste sijoittuu 1800-luvun Saksaan.[14] Oikeustieteen on noista ajoista nähty muodostavan yhtenäisen keskustelutradition, jonka kohteen rajausta, esitettyjen väitteiden tyyppiä, käsitteenmuodostusta ja tematiikkaa luonnehtii, ei muuttumattomuus, vaan tiettyjen perusvalintojen rajaama jatkuvuus. *Niilo Jääskisen* sanoin "tätä jatkuvuutta ilmentävät oletukset positiivisesta oikeudesta oikeustieteen kohteena, tulkinnasta ja systematisoinneista oikeustieteen tehtävinä ja oikeustieteen autonomisuudesta suhteessa filosofiaan ja muihin yhteiskuntatieteisiin sekä oikeuden ja moraalin ja oikeuden ja politiikan periaatteellisen eron tunnustaminen."[15]

Kunnia oikeustieteen konstituutiosta on joissain yhteyksissä annettu *Friedrich Carl von Savignylle* (1779-1861) - ei roomalaista oikeutta tutkineille glossaattoreille tai post-glossaattoreille saatikka rationalistisen luonnonoikeussuuntauksen kannattajille. *Savigny* perusti historiallisen koulukunnan. Vertailevalta kannalta mielenkiintoista on, että historiallisen koulun oppien vaikutus ulottui Saksan rajojen ulkopuolellekin.[16] Yhtenä syynä koulukunnan saamaan laajaan suosioon oli, että yksityisoikeuden systematisointiin sen oppien nojalla ei liittynyt mitään näkyvästi poliittista.[17] Tämän vuoksi sitä tutkittiin myös sellaisissa maissa, jotka olivat aiemmin reagoineet roomalaisen oikeuden materiaalista reseptiota vastaan (esimerkkinä Englanti).[18]

Syyt historiallisen koulukunnan suosiolle vaihtelivat eri maissa. Esimerkiksi Englannissa oikeudellinen kehitys oli luonut yhtenäisen ja keskitetyn oikeuslaitoksen, ja Saksasta tuodun oikeustieteen tarkoituksena oli luoda järjestystä ennakkotapausten ja parlamenttilakien hajanaiseen kokonaisuuteen. Sitä vastoin Saksassa oikeustieteen tarve versoi oikeusjärjestyksen aukollisuudesta. Saksahan oli jakautunut yli 30 erilaiseen oikeuspiiriin: vaikka

---

[14] *Krawietz*, Oikeudellinen argumentointi s. 558, näkee kehityksen saaneen pontimensa *Kantin* kriittisestä filosofiasta.

[15] *Jääskinen*, Historiallisen koulun oikeustiedekäsitys s. 4.

[16] *Jääskinen*, Historiallisen koulun oikeustiedekäsitys s. 4 ss.

[17] Toisin kuitenkin *Sjöholm*, Rechtsgesichte als Wissenschaft und Politik s. 145.

[18] Aikanaan historiallisen koulun oppeja tutkittiin innokkaasti myös Suomessa. Ks. *Letto-Vanamo* ja *Tamm*, Eurooppa ja oikeus - oikeushistoria ja oikeuden eurooppalaistuminen s. 239 ss. Myös *Letto-Vanamo*, Eurooppa oikeusyhteisönä. Yhteistyön haasteet ja mahdollisuudet s. 4-9 (Helsinki 1998). Ks. historiallisen koulun vaikutuksesta amerikkalaiselle oikeusajattelulle *Reimann*, Historische Schule und Common Law. Die deutsche Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts Im amerikanischem Rechtsdenken (Berlin 1993).

maasta oli tullut yhtenäinen valtio henkisesti ja taloudellisesti, vallitsi siellä sovellettavien säännösten kaaos ja sirpaleisuus eikä maassa ollut lainkäyttöä yhtenäistävää ylintä oikeusastettakaan.[19] Toisaalta *Savignyn* ajatusten on katsottu olleen siellä yhteydessä ns. "Staatslehre"-oppiin (valtio-oppiin), jonka perusongelmana oli, mihin Saksan kansan yhtenäisyys ja identiteetti perustuvat. Ranskan vallankumous oli ollut varoittava esimerkki, jonka vuoksi oli ratkaistava kysymys kansansuvereniteetistä ja suojattava saksalaiset instituutiot ranskalaista, vallankumouksellista teoriaa vastaan. Roomalaisen oikeuden periaatteista katsottiin olevan tämänkin ongelman ratkaisijaksi, joten se toivottiin saatettavaksi yleispätevästi voimaan niin, että sillä olisi myös yleinen hyväksyntä. Koska *Savigny* edusti yksityisoikeutta, on hänen liityntänsä valtio-oppiin pyritty myös kieltämään. Nämä kriittiset näkemykset on pyritty tukahduttamaan muistuttamalla, että historiallisen koulun liityntä valtio-oppiin löytyykin *Savignyn* oikeuslähdekäsityksestä, joka nojautuu roomalaiseen oikeuteen ja kansanhenkeen.[20]

Historiallisen koulukunnan synty on ajoitettu *Savignyn* kirjoitukseen Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (1814). Sillä hän vastasi *Anton Friedrich Justus Thibautille*, joka oli vaatinut Saksaankin säädettäväksi siviilikodifikaatiota.[21] *Savigny* ajatteli, että oikeuden lähde on kansassa, eikä sitä siksi voinut - eikä saanut - kahlita kodifioitujen lakien muotoon. Oikeus on kielen tavoin ihmisten tietoisuudessa historiallisesti kehittynyt kokonaisuus, joka on kiteytynyt kansanhenkeen.[22] Koulu-

[19]*Rheinstein*, Gesammelte Schriften I s. 95. Myös *Ylikangas*, Oikeus historiallisena ilmiönä s. 159.

[20]*Tolonen*, Valtio ja oikeus s. 95 sekä *Strauch*, Recht, Gesetz und Staat bei Friedrich Carl von Savigny s. 96-103. Valtio-oppia vastasi Englannissa utilitarismin esiinmarssi, jolla pyrittiin vastaamaan siellä teollistumisen aikakauden ja Ranskan vallankumouksen esiinnostattamiin ongelmiin ja uhkakuviin. Utilitaristit pyrkivät maksimoimaan yksilön oikeudet (koska sitä kautta päästiin suurimpaan yhteiseen hyvään). *Savignykin* ajatteli, että oikeuden fundamentaalinen funktio syntyy yksilön vapauspiirin suojelemisesta eli oikeuden tehtävänä oli rajata se vapauspiiri, jonka sisällä yksilö voisi tehdä moraalisia valintojaan. Näillä *Savignyn* ajatuksilla on selvä esikuva *Kantin* etiikassa. Ks. *Ewald*, Comparative Jurisprudence I s. 2037..

[21]*Thibautin* keskeisin kirjoitus oli Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland (1814). Ks. siitä, miksi *Thibaut* kodifikaatiota vaati *Zimmermann*, Savigny´s Legacy s. 577, joka kuvaa saksalaisten säännösten olleen tuolloin kuin tilkkutäkkipeitto. Myös *Sjöholm*, Rechtsgeschichte als Wissenschaft und Politik s. 71 ss.

[22]Tästä kertoo *Savignyn* kahdeksanosainen teos System des heutigen römischen Rechts (1840-51), jossa hän pitää selvänä, että kansanhenkeen kiteytyneet säännökset ovat alunperin roomalaisoikeudellisia. Ks. *Strauch*, Recht, Gesetz und Staat bei Friedrich Carl von Savigny s. 87-9 sekä *Sjöholm*, Rechtsgeschichte als Wissenschaft und Politik s. 29-35. *Savigny* ei kuitenkaan itse ollut kehittänyt kansanhenki-termiä. Ennen häntä sitä käyttäneitä ajattelijoita olivat olleet mm. *Hegel*, *Fichte* ja *Schelling*.

kunta ei pitänyt kansallisten oikeusjärjestysten välistä oikeusvertailua relevanttina. Kun jokaisessa maassa voimassa ollut oikeus oli historiallisesti kehittynyt kansahengen tuote, ei ulkomaisen oikeuden tutkimiselle keksitty mitään mielekästä funktiota.[23] Oikeustieteellisen kirjallisuuden asema oli sen sijaan erityisen tärkeä, koska sen tehtävänä oli tulkita kansanhenki selkokielelle.[24] Historiallisen koulun tiedonintressi ei ollut historiallinen vaan kansanhenkeä tulkitsemalla historia kytkettiin nykyisyyteen - historiallinen metodi oli keino saada tietoa nykyisistä säännöksistä ja sitä kautta *Savignyn* metodi palveli käytäntöä.[25]

Savignyn vaikutusta sille, että Saksaan ei 1800-luvun alkuvuosikymmeninä saatu säädetyksi kodifikaatiota, ei tule kuitenkaan liioitella. *Jääskisen* mielestä niin myöhempi kirjallisuus kuin *Savigny* itsekin ovat olleet yhtä mieltä siitä, että historiallisen koulun vaikutus tähän oli itse asiassa vähäinen. Kodifikaation säätämisen estivät lopultakin muut, lähinnä poliittiset syyt.[26]

Vaikka kansanhenki olikin *Savignyn* mielestä ensisijainen oikeuslähde, ei hän täysin torjunut ajatusta sen ulkopuolisten oikeuslähteiden olemassaolosta. Yhteiskuntasuhteiden monimutkaistuessa hän näet katsoi, että kansanhengen oikeutta luova voima oli heikentynyt, mikä johti lainsäädännön ja oikeustieteen nousuun sen rinnakkaisiksi oikeuslähteiksi. Teoksessaan Juristische Methodenlehre (1803) hän määritteli, että tuomarin tehtävänä tuli olla lakien mahdollisimman objektiivinen tulkitseminen. Vaikkakaan lainsoveltajat eivät saa luoda uusia oikeussäännöksiä, myönsi hän kuiten-

---

[23]Kuten *Jääskinen*, Historiallisen koulun oikeustiedekäsitys s. 32, totesi, *Savigny* käsitti kansakunnan olevan oikeuden ontologinen perusta. Tästä on lyhyt harppaus valtion ja oikeuden suhteeseen: oikeus ei ole valtion synnyttämää, mutta valtio on tietyssä mielessä oikeuden edellytys.

[24]Ensin *Savignyn* kansanhenki viittasi tavalliseen kansaan, mutta hän myöhemmin myönsi, että oikeuden monimutkaistuessa kansanhenki saattoi olla vain professionaalisen eliitin tietoisuudessa. Ko. eliitillä hän viittaa nimenomaan oikeustieteilijöihin. Tämä vahvensi yliopistojen entisestäänkin merkittävää asemaa saksalaisessa oikeuskulttuurissa. Ks. *Ewald*, Comparative Jurisprudence I s. 2015, 2020 sekä *Strauch*, Recht, Gesetz und Staat by Friedrich Carl von Savigny s. 89 ss.

[25]Vaikkakin saksalaisten ja englantilaisten oikeusteorian tarve versoi eri syistä, oli mailla tältä osin myös yhdistäviä tekijöitä. *Savigny* vastusti kodifikaatioiden säätämistä Saksaan; samoin englantilaiset juristit jakautuivat kahteen ryhmittymään sen perusteella, kannattivatko he maahan säädettäviä kirjoitettuja parlamenttilakeja vai eivät.

[26]Historiallisen koulun oikeustiedekäsitys s. 13.

kin mahdolliseksi sen, että lainsäädännön vanhentuneisuuden johdosta tuomarit joutuvat tosiasiassa tulkinnallisesti muuttamaan lakeja.[27]

2.3. Oikeusvertailun syntyminen

Yhdysvaltalaisen *William Ewaldin*[28] mukaan systemaattinen oikeusvertaileva tutkimustapa syntyi Saksassa *Savignyn* aikakaudella 1800-luvulla ja osaksi hänen vastustajiensa (kodifikaatioiden kannattajien) työn seurauksena.[29] Kyseinen vuosisata onkin jaettavissa kahteen oikeusvertailun kehityksen kannalta merkitykselliseen ajanjaksoon. Niistä ensimmäisen *Ewald* katsoo alkaneen *Thibautin* julkaisemasta pamfletista, jossa Saksaan vaadittiin säädettäväksi ranskalaismallista siviilikodifikaatiota. *Ewald* kuvaa tuon ajan oikeusvertailijoita kosmopoliiteiksi, poliittisesti liberaaleiksi ja avoimiksi uusille ideoille (erityisesti ranskalaisille ja yhdysvaltalaisille). Heidän kiinnostuksen kohteenaan eivät ensisijaisesti olleet vieraiden maiden oikeussäännökset, vaan ideat ja teoriat - he saivatkin työhönsä inspiraatiota suoraan filosofisista lähteistä. Kiinnostavaa on, että aikakauden historiallista koulua kannattaneet ja toisaalta sitä kritisoineet oikeusvertailijat saivat kumpikin vaikutteita samoilta ajattelijoilta - *Kantilta* ja *Herderiltä*.

Vuosisadan ensimmäisten oikeusvertailijoiden tukikohdaksi muodostui Heidelbergin yliopisto. Siellä vaikutti *Thibautin* lisäksi monta merkittävää tutkijaa, kuten esimerkiksi *Feuerbach*, joka on parhaiten tunnettu rikosoikeutta koskeneista teoksistaan sekä kirjoittamastaan Baijerin rikoslaista vuodelta 1813.[30] Hänen tiedetään tutustuneen Ranskan ja Italian rikosoikeudellisiin säännöksiin. *Feuerbachin* ansiot eivät kuitenkaan ilmene muiden ajatusten kopioimisessa. Huolellisen tutkimuksen jälkeen hän näet totesi että ranskalaista Code civil -teosta ei voinut sinällänsä säätää Baijerin voimassa

[27]Ks. *Savignyn* ajatusten tulkitsemisesta *Jääskinen*, Historiallisen koulun oikeustiedekäsitys s. 27.

[28]*Ewald* toimii tällä hetkellä oikeusfilosofian apulaisprofessorina Pennsylvanian yliopistossa. Olen ottanut tämän luvun pohjaksi hänen pitkän artikkelinsa Comparative Jurisprudence I, jossa hän on perinpohjaisesti käsitellyt oikeusvertailun kehitystä sen moderniin muotoon.

[29]Voisi yleistää, että ennen kodifikaatioiden aikakautta tehdyissä oikeusvertailevissa tutkimuksissa ideana oli löytää tutkittavista oikeusjärjestyksistä jotain yhteistä. Niiden luonne oli integroiva - sen sijaan kansallisvaltioiden synnyttyä oikeusvertailu muuttui kontrastiiviseksi: vertailun ideana oli asetella toistensa kanssa erilaisia lainsäädännöllisiä ratkaisuja vastakkain.

[30]Hän oli kiinnostunut myös koraanin rikosoikeudellisista säännöksistä, joita koskevan esseen hän julkaisi vuonna 1800.

olevaksi oikeudeksi.[31] Heidelbergissä vaikuttaneista juristeista erityismaininnan ansaitsevat myös siviilikodifikaatiota innokkaasti kannattanut ja siksi Ranskan oikeuteen tarkasti perehtynyt *Zachariae* sekä rikosoikeutta tutkinut *Mittermaier*, joka oli perehtynyt erityisesti Englannin ja Yhdysvaltain oikeuteen. Heidän suurin saavutuksensa oli lanseerata alkuun oikeusvertailuun perehtynyt aikakauslehti Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslands. Siinä julkaistuissa artikkeleissa seurattiin Englannin ja Yhdysvaltain oikeuden kehitystä ja siihen kirjoittivat artikkeleita muutkin kuin vain saksalaiset juristit.[32]

Ewald pitää tuon ajan merkittävimpänä oikeusvertailijana *Edouard Gansia*, joka oli opiskellut *Thibautin* kanssa Heidelbergissä. Hän muutti valmistuttuaan Berliiniin *Hegelin* assistentiksi ja ryhtyi kritisoimaan historiallisen koulukunnan oppeja.[33] *Gans* kuoli melko nuorena ja hänen merkittävimmäksi työkseen jäi neliosainen tutkimus jäämistöoikeuden kehityksestä, "Das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwicklung" (1824-1829).[34] *Gansin* tutkimukset ovat joutuneet sittemmin unohduksiin, ja nykyisin hän on aliarvostettu oikeusvertailua harjoittavien tutkijoiden keskuudessa. Kovin moni heistä ei edes tunne hänen nimeänsä. *Ewald* on tässä suhteessa poikkeus. Hän laskee oikeusvertailun ensimmäisen aikauden päättyväksi *Gansin* kuole-

---

[31] *Ewald*, Comparative Jurisprudence I s. 2117. Hän jatkaa, että *Feuerbachin* kiinnostuksen kohteet ulottuivat laajalle, koska islamilaisen rikosoikeuden lisäksi hän tutustui mm. vanhaan venäläiseen oikeuteen sekä Intian, Siperian ja Mongolian lakeihin. Hänen tavoitteenaan oli kehittää oikeushistoriaa ja oikeuden kehitystä oikeusvertailevasti tutkiva ja universaalisti pätevä tieteenala. Inspiraationsa tähän hän sai *Kantilta*. Ks. *Feuerbachista* lisää *Utriainen*, Syyllisyys muuttuvana käsitteenä s. 4-18 (Vammala 1984), jossa samoin todetaan, että *Feuerbach* oli *Kantin* seuraaja. Tästä huolimatta hän ei sisällyttänyt kantilaista ajattelua rikosoikeudellisiin rakenteisiinsa, koska hän halusi luoda nimenomaan praktisen rikosoikeudellisen järjestelmän - teoreettisten järjestelyjen tuli *Feuerbachin* mukaan toimia vallitsevassa yhteiskunnassa.

[32] *Constantinesco*, Rechtsvergleichung I s. 90-114. Ks. *Ewald*, Comparative Jurisprudence I s. 2118, alaviite 495, jossa mainittu esimerkkejä siitä, millaisia artikkeleita mainitussa lehdessä julkaistiin. Niitä lukemalla sai selkoa esimerkiksi Yhdysvaltain rikosoikeudesta, roomalaisen oikeuden ja equityn asemasta Englannin oikeudessa sekä yhdysvaltalaisen oikeusteorian kehityksestä.

[33] *Gans* kritisoi *Savignya* teoksessaan Naturrecht und Universalrechtsgeschichte (toim. Manfred Riedel, 1981). Ks myös *Braun*, Schwan und Gans (JZ 34 s. 769-775).

[34] Ks. *Gansista* lisää *Constantinesco*, Rechtsvergleichung I s. 101-7 sekä *Braun*, Gans und Puchta - Dokumente einer Feindschaft s. 764 (JZ 53 s. 763-769), jossa todetaan *Gansin* jäämistöoikeudellisesta teoksesta mm.: "Wenn Savigny die rechtswissenschaftliche Forschung nachdrücklich auf das römische Recht verwiesen hatte, so unternahm Gans hier den Versuch, die verschiedensten Rechtsordnungen als blosse Momente im universalen Entwicklungsprozess der Menscheit darzustellen."

maan 1839. Vuosisadan puoliväliin mennessä aikakauden maineikkaimmat oikeusvertailijat olivat kuolleet ja Kritische Zeitschrift lakkautettu. Seurasi oikeusvertailun lamaannuksen aika.[35]

Oikeusvertailun harjoittamista oli Saksassa 1800-luvun alkuvuosikymmenillä leimannut *Thibautin* ja *Savignyn* vastakkainasettelu. Kodifikaatioiden kannattajat tutkivat innokkaasti muiden maiden oikeusjärjestyksiä, kun taas historiallisen koulukunnan kannattajat pitäytyivät tutkimaan vain kansallisesti määräytynyttä ja kansanhengessä kiteytynyttä oikeutta. Tämä joko/tai-tilanne laukesi niin, että kun aikaisemmin oikeus oli ollut kansanhenkeä, nyt se nähtiin tahdon tuotteena. Vaikkakin *Savignyn* oppien mukaan torjuttiin ajatus lainsäädännöstä ainoana voimassa olevana oikeutena, on historiallisesta koulusta katsottu voitavan vetää linja oikeudellisen harkinnan rakenteen näkemiseen loogis-deduktiivisena. Lain säännösten perusteella rakennettiin käsitteiden hierarkia, jonka perusteella oletettiin olevan mahdollista ratkaista oikeusriidat ilman, että käsitteet ja niitä ilmaisevat sanat olisi nähty tilanne- ja asiayhteyssidonnaisina.[36] Vaikkakin tästä ajattelutavasta sittemmin etäännyttiin ja oikeus alettiin nähdä enemmän yhteiskunnallisena ilmiönä, jonka tulkinnassa tuli huomioida myös teleologisia elementtejä, jäi loogis-deduktiivisuuteen kilpistynyt sääntösidonnainen ajattelutapa oikeuden maailmaan pitkäksi aikaa vallitsevaksi.[37]

1800-luvun puolenvälin jälkeen alettiin vähitellen uskoa, että vieraiden maiden oikeutta koskevalla informaatiolla voisi olla jonkinlainen hyötyfunktio myös kansallisen juristin kannalta. Saksassa ryhdyttiin valmistelemaan siviilikodifikaatiota (BGB), jonka valmistelun yhteydessä tehtiin myös oikeusvertailevia tutkimuksia. Esimerkiksi roomalaisen oikeuden vaikutus on siitä yhä nähtävissä - pandektistien oppien mukaan BGB näet koottiin viiden kirjan järjestelmäksi. Saksan lisäksi muissakin maissa koettiin jälleen luonnolliseksi tutkia, miten tietyt oikeusongelmat oli vieraissa

[35]*Ewald*, Comparative Jurisprudence I s. 2120.

[36]*Aarnio*, Laintulkinnan teoria s. 118-120.

[37]Käsitelainopin kriitikoista yksi oli *Rudolf von Ihering*, joka oli alkujaan tuon opin kannattaja. Hänen kritiikistään syntyi ns. intressilainoppi, jossa oikeus nähtiin välineenä ratkaista yhteiskunnassa ilmeneviä ristiriitoja. Ks. *Coing*, Grundzüge der Rechtsphilosophie s. 253. Myös *Makkonen*, Luentoja yleisestä oikeustieteestä s. 56, jossa todettu, kuinka Iheringin mielestä käsitelainoppi saattoi olla vain väline tietoisten tai tiedostamattomien arvostusten ja persoonallisten asenteiden peittämiseen. Hän pyrki kehittämään laintulkintaan teleologisen metodin, joka perustui ajatukseen, että jokaisen oikeussäännön tehtävänä oli tietyn päämäärän toteuttaminen.

oikeusjärjestyksissä säännelty.[38]

Oikeusvertailu oli kuitenkin muuttanut luonnettaan vuosisadan alkuvuosikymmeniin verrattuna, koska nyt sitä harjoitettiin positivismin ideologisen viitan alla. Tämä tarkoitti, että tutkimuksen painopiste siirtyi oikeuden taustalla vaikuttaneista ideoista ja teorioista säädännäisen oikeuden yksityiskohtaisiin pykäliin.[39] Tämänkaltainen positivistisesta tieteenihanteesta lähtenyt pykäläsidonnainen oikeusvertaileva tutkimustapa on säilynyt *Ewaldin* mukaan näihin päiviin asti.[40]

3. Oikeusvertailun kehityksestä 1900-luvulla[41]

3.1. Aluksi

Ilkka Niiniluodolla on teoria uusien tieteenalojen syntymisestä. Erityistieteiden syntyminen voi hänen mielestään tapahtua kuudella vaihtoehtoisella tavalla. Niitä yhdistävänä tekijänä on tieteenalan itsenäisyyden kytkeminen sosiaalisiin kategorioihin. Tämä tarkoittaa, että samankaltaisia ongelmia tutkivien ja toistensa kanssa säännöllisesti kommunikoivien tieteilijöiden ryhmän ei katsota muodostavan omaa tieteenalaansa, ellei tiettyjä sosiaalisia lisäehtoja ole olemassa - kuten täysipäiväisiä ammattilaisia, omia konferensseja, aikakausjulkaisuja, tieteellisiä seuroja ja lopulta yliopiston professuureja ja laitoksia.[42] Oikeusvertailun osalta nämä ehdot täyttyivät riittävässä

[38]*de Cruz*, Comparative Law in a Changing World s. 10-12, *Coing*, Common Law of Europe: Historical Foundations s. 38, toteaa, että teollistumisen aikakaudella kaikkien länsi-eurooppalaisten maiden lainsäätäjät tutkivat, miten uudet ongelmat oli muissa kansallisissa laeissa ratkaistu. Varsinkin englantilainen ja ranskalainen lainsäädäntö tutkittiin tarkasti - olivathan ne maita, joissa teollistuminen oli alkanut ja joissa se oli pisimmälle edennyt. Myös *Mattila*, Les successions agricoles et la structure de la société s. 40.

[39]Saksalaista positivismia vastasi Ranskassa eksegeettinen koulukunta, joka 1800-luvun loppua lähestyessä muuttui niin konservatiiviseksi, että se lopulta menetti täydellisesti otteensa säännösten suhteesta yhteiskunnalliseen todellisuuteen. *Nawaz*, Techniques of Legal Research s. 3 (Cochin University LR Vol. 7 s. 1-15): "Exegetical approach means interpretation by the aid of logic. It has nurtured rationality in structuring law and aiding in the building up the armoury of lawyers on a relatively simpler basis.." Eksegeettisestä koulukunnasta ks. lisää *Klami*, Ihmisen säännöt s. 131-134 sekä *Zimmermann*, Savigny´s Legacy s. 586.

[40]*Ewald*, Comparative Jurisprudence I s. 2121 ss.

[41]Otan tässä jaksossa huomioon vain yksityisoikeuteen keskittyneen oikeusvertailun.

[42]Uusien tieteiden synty: kuusi mallia s. 189.

määrin 1800-luvun lopun ja 1900-luvun alun vuosikymmenien aikana. 1800-luvun lopulla oikeusvertailua alettiin näet opettaa yliopistoissa ja samalla perustettiin sitä koskevat ensimmäiset professuurit. Aikakausi toi mukanaan myös oikeusvertailevaan tutkimukseen keskittyneet instituutiot ja aikakauslehdet.[43] Oikeusvertailulle kehittyi tätä myöten tärkeä oikeuspoliittinen funktio, joka tarkoitti, että sitä alettiin hyödyntää entistä systemaattisemmin erityisesti lainsäätäjän apuvälineenä.[44] Vertailevalla informaatiolla olikin tärkeä asema erityisesti suurten kodifikaatioiden valmistelussa.[45]

1900-luvulle tultaessa kiinnostus oikeusvertailua kohtaan kasvoi yhä. Sen kehityksen kannalta paljon merkitystä on annettu Pariisin maailmannäyttelyn yhteydessä vuonna 1900 pidetylle kongressille, johon aloite tuli ranskalaisilta *Edouard Lambertilta* ja *Raymond Saleillesilta*. Tuossa kongressissa oikeusvertailu systematisoitiin asettamalla sille tavoitteeksi yksi ja yhtenäinen maailmanlaki. Sen luomisprosessissa oikeusvertailijoilla oli tärkeä tehtävä. Heidän tuli paljastaa historiallisten sattumien vuoksi kansallisiin lakeihin syntyneet eroavuudet.[46] *Lambertin* ja *Saleillesin* nimet on liitetty oikeusvertailun perustajien yhteyteen. Kun historian pitkää lankaa seuraa taaksepäin, vaikuttaa kuitenkin siltä, että he itse asiassa vain kokosivat yhteen jotakin, joka oli jo ilman heidän myötävaikutustaankin ollut olemassa. *Lambertin*

---

[43]Oikeusvertailun ympärille syntyneistä aikakauslehdistä esimerkkeinä mm. Annuaire de législation étrangère (1872), Rivista di diritto internazionale e di legislazione comparata (1898). Välittömästi 1900-luvun alussa syntyi Blätter für vergleichende Rechtswissenschaft und Volkswirtschaft (1906, joka nimettiin 1927 uudelleen. Tällöin sen nimeksi tuli Rabels Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft und Volkswirtschaft).

[44]Ranskassa perustettiin Société de législation comparée (1869) ja kymmenen vuotta myöhemmin erityisesti lainsäätäjän avuksi tarkoitettu Comité de législation étrangère, jonka toimesta tehdyt vertailut olivat vielä sisällöllisesti vaatimattomia; ne myös rajoittuivat maantieteellisesti mannereurooppalaisiin oikeuskulttuureihin. Englannissa puolestaan ensimmäinen oppituoli historiallista ja vertailevaa oikeustiedettä varten perustettiin 1869 Oxfordiin ja 1895 lainsäätäjän avuksi syntyi Society of Comparative Legislation. Ks. näiden instituutioiden historiasta *Constantinesco*, Rechtsvergleichung I s. 132-42, *Rheinstein*, Gesammelte Schriften I s. 242-3 sekä *Mattila*, Les successions agricoles et la structure de la société s. 40.

[45]Esimerkiksi Sveitsin siviililakikirjan pohjana oli *Huberin* tutkimus eri kantoneiden voimassa olevasta oikeudesta (kyse oli siten valtionsisäisestä oikeusvertailusta). Tutkimus julkaistiin nimellä System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts I-IV (1886-1893).

[46]*Zweigert-Kötz*, An Introduction to Comparative Law s. 2 ss., *de Cruz*, Comparative Law in a Changing World s. 14 ss, *Constantinesco*, Rechtsvergleichung I s. 90 ja *Malmström*, Jämförande rättsvetenskap s. 286.

ja *Saleillesin* työn arvo on pikemminkin siinä, että he organisoivat oikeusvertailun tutkimista, loivat sille puitteet ja asettivat tutkimukselle ensimmäistä kertaa kansainvälisellä tasolla sellaisen yhtenäisen tavoitteen, joka tutkijoiden mielestä oli hyödyllinen.

Tällä vuosisadalla oikeusvertailu on osoittanut olevansa korvaamaton osa esimerkiksi YK:n oikeudellisen pääelimen, Kansainvälisen tuomioistuimen (International Court of Justice) toimintaa.[47] Se on tärkeä osa myös niiden kansainvälisten organisaatioiden työtä, joiden suojissa eri maiden oikeudellisia säännöksiä pyritään yhtenäistämään. Yleismaailmallisella tasolla aineellisen lainsäädännön yhtenäistämistä harjoittavat mm. YK erityisjärjestöineen sekä International Institute for the Unification of Private Law eli Unidroit. Unidroit on vuonna 1926 perustettu itsenäinen kansainvälinen järjestö, joka on tuottanut suuren joukon mm. irtaimen kauppaa, luototusta ja kuljetusoikeutta koskeneita selvityksiä. Järjestön toiminnalla katsotaan olleen erityistä merkitystä myös sitä kautta, että sen työ on saattanut olla pohjana jonkun muun järjestön puitteissa aikaansaadulle asiakirjalle.[48]

Toisaalta kaikilla oikeudenaloilla kansallisten oikeussäännösten yhtenäistäminen ei ole mielekäs tavoite. Kyseeseen voi kuitenkin tulla lainvalintasääntöjä koskevien periaatteiden johdonmukaistaminen, jotta kansainvälisiä liityntöjä omaavan oikeussuhteen osapuolet tietäisivät, minkä valtion lain mukaan syntyneet oikeusongelmat tulee ratkaista. Kansainvälisen yksityisoikeuden yhtenäistämiseen yleismaailmallisesti keskittynyt elin on Haagin kansainvälisen yksityisoikeuden konferenssi, joka kokoontui ensimmäisen kerran vuonna 1893. Se on työstänyt useita lainvalintasääntöjä koskeneita yleissopimuksia (konventioita), joiden ratifiointiin on kuitenkin yleensä ryhtynyt vain rajallinen joukko valtioita. Tosin *Heikki Mattila* on muistutta-

---

[47]*Ris*, Treaty Interpretation and International Court of Justice Recourse to Travaux Préparatoires: Towards a Proposed Amendment of Articles 31 and 32 of the Vienna Convention of the Law of Treaties (Boston College International and Comparative Law. Vol. 14 s. 111-136), jossa kirjoittaja pohtii niitä ongelmia, joita Kansainvälinen tuomioistuin joutuu tulkintatoiminnassaan kohtaamaan. Hänen pohdintansa liittyvät elimellisesti myös oikeusvertailun asemaan.

[48]Ks. *Mattila*, sana-artikkeli Oikeusjärjestysten yhtenäistäminen s. 659 (EIF 6. osa s. 650-667). Vuonna 1966 perustettiin YK:n kansainvälisen kauppaoikeuden toimikunta (UNCITRAL), joka on keskittynyt kansainvälisen irtaimen kaupan ja merenkulun aiheuttamien oikeudellisten ongelmien ratkomiseen. Lakiyhteistyön kannalta merkittäviä YK:n erityisjärjestöjä ovat myös mm. Kansainvälinen työjärjestö ILO sekä Kansainvälinen siviili-ilmailujärjestö ICAO. Nykyisin oikeuden yhtenäistämisen kannalta tärkeä organisaatio on myös WIPO, World Intellectual Property Organization.

nut, että konferenssin työllä on ollut merkitystä yli sen, mitä pelkkien ratifiointien perusteella voisi päätellä. Yleissopimukset ovat näet olleet esikuvana kansallista oikeutta kehitettäessä ja konventioiden periaatteita on myös osin noudatettu eräänlaisena kansainvälisenä tapaoikeutena.[49]

Vuosien saatossa on perustettu myös lukuisia oikeusvertailuun keskittyneitä instituutteja, jotka pyrkivät edistämään eri maiden juristien keskinäistä vuorovaikutusta järjestämällä seminaareja ja sponsoroimalla kansainvälisiä tutkimusprojekteja.[50] Tällainen on esimerkiksi Center for International Legal Studies, joka pitää päämajaansa Salzburgissa, Itävallassa. Se julkaisee oikeusvertailevaa informaatiota sisältävää teosta Comparative Law Yearbook, joista ensimmäinen on vuodelta 1977.[51] Erityisen tärkeänä oikeusvertailun kannalta on myös pidettävä sitä informaatioarvoa, minkä tarjoaa kahdeksantoistaosainen The International Encyclopedia of Laws -kokoelma, jonka kirjoittamiseen on osallistunut 695 kirjoittajaa yli 60 maasta. Vuosituhannen vaihteeseen mennessä työhön arvioidaan osallistuneen yli tuhannen kirjoittajan erioikeusjärjestelmistä.[52] Pariisin maailmankongressin yhteydessä järjestetty oikeusvertaileva seminaarikin on saanut "perillisensä", nimittäin neljän vuoden väliajoin kokoontuvan Kansainvälisen vertailevan oikeustieteen akatemian kongressin (International Congress of Comparative Law), joista järjestyksessä viidestoista pidettiin Englannin Bristolissa kesällä 1998. Näillä kongresseilla on toki vaatimattomammat tavoitteet kuin mitä Pariisissa ai-

[49]Ks. *Mattilan* sana-artikkeli Oikeusjärjestysten yhtenäistäminen s. 660 (EIF 6. osa s. 650-667). Pyrkimyksistä yhtenäistää kansainvälisen yksityisoikeuden säännöksiä ks. *Loon*, The Hague Conference: Its Origins, Organization and Achievements (SvJT 1993 s. 293-307).

[50]Oikeusvertailun kehityksen kannalta merkittävä tapahtuma oli Institut für Rechtsvergleichungin perustaminen Münchenin yliopiston yhteyteen vuonna 1916. Lyonin yliopiston yhteyteen perustettiin vastaava instituutti 1920. 1930-luvulla perustettiin Hampuriin oikeusvertailuun keskittynyt Max Planck -instituutti, jonka johtajina ovat toimineet mm. tunnetut oikeusvertailijat *Konrad Zweigert* sekä *Hein Kötz*.

[51]Koska työni tarkoituksena ei ole toimia informaation etsimistä helpottavana käsikirjana, en ole luetteloinut kaikkia oikeusvertailun kannalta relevantteja julkaisusarjoja. Tällaisista oikeudelliseen informaationhakuun eri maissa opastavista teoksista ks. *Jules Wintertonin* yleisesitys General Sources (teoksessa Guides to Information Sources. Toim. Winterton, J.-Moyrs, E.M. London 1997 s. 1-21).

[52]Kokoelman merkityksestä on *Roger Blanpain* (päätoimittajan ominaisuudessa) kirjoittanut: "the Encyclopedia will become a valuable source of information for students, scholars, practicing lawyers, the judiciary, governments, international organizations, businesses, trade unions and other bodies." Ks. johdanto teokseen International Encyclopedia of Laws. World Law Conference: Law in Motion.

koinaan. Tarkoituksena on tarjota eri maiden oikeusvertailijoille harvinainen tilaisuus kokoontua keskustelemaan ajankohtaisista ongelmista eri maiden oikeusjärjestysten pohjalta ja edistää sillä tavalla kaikilla oikeudenaloilla tehtävää oikeusvertailevaa tutkimusta.[53]

Kansallisella tasolla oikeusvertailulle on kiteytynyt monta funktiota. En lähde niitä tässä kuitenkaan luettelemaan, vaan esittelen sen sijaan kolme eri oikeusjärjestelmää siltä kannalta, miten niissä on pyritty hyödyntämään tietoa muiden maiden oikeuksista. Saksan mukaanotto on perusteltua siksi, että olen monen muun tavoin olettanut modernin oikeusvertailun kehityksen alkupisteen olevan saksalaisten juristien ajatuksissa ja kirjoituksissa. Otan maan kuitenkin esille pintapuolisemmin kuin Suomen ja Englannin, koska kahteen viimeksi mainittuun oikeusjärjestelmään tulen palaamaan työni jälkiosassa eli konkreettisessa vertailuosiossa.

3.2. Oikeusvertailun hyödyntäminen kansallisella tasolla - esimerkkejä

3.2.1. Saksan oikeus

> "Oikeudellisissa ratkaisuissa viitataan vain harvoin vieraaseen oikeuskirjallisuuteen, yliopistojen virat ovat lähes poikkeuksetta paikallisten juristien hallussa; lisäksi ohjeet oikeudellisen opetuksen järjestämiseksi rakentuvat kansallisen oikeuden varaan, ja tämä oikeustieteen partikularisoituminen uhkaa lyödä leimansa sukupolven juristeihin.."[54]

---

[53]Vuoden 1998 kongressissa käsiteltiin 36 ajankohtaista teemaa oikeustieteen eri aloilta ja siihen osallistui noin neljäsataa juristia kaikkialta maailmasta. Edustettuina olivat lähes kaikkien länsieurooppalaisten maiden lisäksi sellaiset Aasian maat kuin Japani, Kiina, Vietnam ja Hong Kong. Etelä-Afrikasta tuli 15 osallistujaa ja Yhdysvaltain ja Kanadankin edustus oli varsin vahva. Osallistujia oli myös Etelä-Amerikasta. Pohjoismaista osallistujia oli Suomesta, Ruotsista ja Tanskasta. Maantieteellisen kattavuutensa lisäksi osallistujien mielenkiintoisuutta lisäsi se, että he eivät kaikki olleet yliopiston professoreita, vaan mukana oli niin hyvin tuomareita kuin eri maiden lainvalmistelukoneistoissa työskenteleviä juristeja.

[54]*Zimmermann*, Roman Law and European Legal Unity s. 65.

Historiallinen katsaus osoitti, miten tärkeitä 1800-luvulla eläneet saksalaiset oikeustieteilijät ovat olleet oikeusvertailun kehityksen kannalta. Mutta mikä paikka oikeusvertailevalla tutkimustraditiolla on siellä nykyisin ? Onko *Zimmermannin* edellä mainittu lausuma oikeuden paikallisesta luonteesta tosi ja miten tähän lausumaan liittyy *Max Rheinsteinin* huomio, jonka mukaan oikeusvertailuun keskittyneiden instituuttien synty osaltaan vaikutti käsitelainopillisen ja analyyttisen oikeusajattelun väistymiseen ?[55]

Oikeusvertailevaa informaatiota lienee Saksassa hyödynnetty eniten sen lainsäädäntöä koskeneissa reformeissa.[56] Jo BGB:tä valmisteltaessa siellä tutustuttiin Euroopan alueella tuolloin voimaan saatettuihin siviilikodifikaatioihin ja säätämisensä jälkeen BGB toimi itse edelleen mallina muiden maiden lainsäätäjille.[57] Mannereuroopan oikeusjärjestelmät jaetaankin kahteen ryhmään - germaaniseen ja romanistiseen - sen mukaan, ovatko ne ottaneet enemmän vaikutteita saksalaisesta vai ranskalaisesta oikeudesta.[58]

Oikeusvertailun oikeuspoliittinen merkitys ei Saksassa ole kuitenkaan päättynyt BGB:n voimaansaattamiseen. Tämän on kulunut vuosisata osoittanut. Erityisesti toisen maailmansodan jälkeen lainsäädäntöhankkeiden yhteydessä on vieraiden oikeusjärjestyksien vastaaviin ongelmanratkaisukeinoihin tutustuttu ainakin jossain laajuudessa.[59] Toisaalta Saksan oikeudesta on ollut apua muiden maiden lainsäätäjille; esimerkiksi korealainen hallinto-oikeus on osin välillisesti, osin välittömästi omaksunut saksalaisvaikuttei-

---

[55]Tämä on *Rheinsteinin*, Gesammelte Schriften I s. 244, mukaan tarkoittanut, että oikeuden ankkuroiminen kansallisille aluevesille ei ole enää nykypäivän Saksassa mahdollista.

[56]Ks. *Drobnig-Dopffel*, Die Nutzung der Rechtsvergleichung durch den deutschen Gesetzgeber (RabelsZ 46 s. 253-307).

[57]*Mattila*, Les successions agricoles et la structure de la société s. 40, toteaa, että koska oikeustila oli Saksan sisäisestikin hajanainen, oli kodifikaatiota säädettäessä tehtävä myös sellaista (oikeusvertailevaa) tutkimusta, jossa verrattiin maan eri osissa vanhastaan voimassa olleita säännöksiä keskenään. *Ylikangas*, Oikeus historiallisena ilmiönä s. 159, huomauttaa, että Saksa oli ennen BGB:n säätämistä jakaantunut peräti yli 30 oikeuspiiriin omine oikeusjärjestelmineen.

[58]BGB:tä pitivät lainsäädännöllisenä esikuvanaan mm. Itävalta, Sveitsi, Unkari, Kreikka, Japani (Saksasta on otettu mallia maan kauppalaille, kun muu siviilioikeus on ottanut vaikutteita ranskalaisesta oikeudesta), Turkki (välillisesti sveitsiläisen kodifikaation välityksellä), Brasilia, Meksiko ja Peru. Näissä maissa voimaan saatetut lakikokoelmat muistuttavat yhä esikuvaansa. Ks. *Rheinstein*, Gesammelte Schriften I s. 240. Ranskan oikeudesta mallia on otettu mm. Italiaan, Espanjaan ja Hollantiin.

[59]Ks. *Zweigert-Kötz*, An Introduction to Comparative Law s. 16, jossa annetaan esimerkkejä niistä lainsäädännöllisistä uudistuksista, joiden yhteydessä oikeusvertailevalla informaatiolla on ollut erityistä merkitystä.

ta.[60] Mutta mikä merkitys oikeusvertailulla on ollut kodifikaatiolle rakentuneen oikeusjärjestelmän lainkäyttäjälle ? Kysymys lienee vaikea jo päätösperusteluiden niukan muodon vuoksi; niissä ei pyritäkään kertomaan avoimesti kaikkia niitä tekijöitä, joihin ratkaisu perustuu. Tämä ei kuitenkaan tarkoita, etteikö perusteluita tutkimalla voisi saada jotain viitteitä siitä, miten suhtautuminen oikeusvertailuun on tuomioistuimissa vuosien mittaan muuttunut.

Bernhard Aubin tutki 31 oikeusvertailuun kantaa ottanutta oikeustapausta, jotka oli ratkaistu maan ylimmän asteen tuomioistuimissa vuosien 1909 ja 1961 välisenä aikana. Hänen tutkimustensa mukaan vuosina 1910-1924 viittauksia tehtiin lähinnä vain Itävallan yksityisoikeudellisiin, tarkemmin sanottuna yhtiöoikeudellisiin, säännöksiin.[61] Vuosina 1924-1928 tuomioistuimet kiinnostuivat myös mm. Sveitsin, Englannin ja Ranskan oikeusjärjestyksistä, mutta julkisoikeus oli edelleen jotakin, johon kansallisen lainkäyttäjän ei sopinut tai ei tarvinnut viitata oikeusvertailevasti. Hitlerin valtaannousun jälkeen oikeusvertailua ei luonnollisestikaan hyväksytty natsituomioistuinten lainkäytössä.[62] Tosin BGB säilyi voimassa myös Hitlerin valtakauden ajan, koska kansallissosialismi ei tuonut periaatteellista muutosta niihin suhteisiin, joita siviililaki sääntели. Tämän jälkeen viittauksia ulkomaisiin oikeusjärjestyksiin tehtiin vasta viisikymmenluvulla,jolloin yleiseurooppalainen oikeuskulttuuri yhtenäistyi. Oikeusvertailevat tutkimukset ulotettiin tällöin jo kaikkiin länsieurooppalaisiin oikeusjärjestyksiin, mutta myös joihinkin Euroopan ulkopuolisiin maihin, kuten Yhdysvaltoihin. Yksityisoikeuden lisäksi kiinnostuttiin vihdoin myös rikos- ja hallinto-oikeudesta, ja Itävalta luovutti asemansa ensisijaisena tutkimuskohteena Sveitsille.[63]

---

[60]Ks. esimerkiksi *Seok*, Die Rezeption des deutschen Verwaltungsrechts in Korea (Berlin 1991). Välillisellä vaikutuksella tarkoitan, että hallinto-oikeuden aineelliset säännökset kulkeutuivat Saksasta Koreaan Japanin hallinto-oikeuden välityksellä. Saksalaisen hallinto-oikeustieteen vaikutus on sen sijaan tapahtunut Koreassa suoraan - yleensä maiden tutkijoiden välisen välittömän vuorovaikutuksen kautta.

[61]Die rechtsvergleichende Interpretation autonom-internen Rechts in der deutschen Rechtssprechung s. 463.

[62]*Curran*, Cultural Immersion, Difference and Categories in U.S. Comparative Law s. 68, toteaa, että lähes kolmasosa saksalaisista oikeustieteen professoreista muutti maasta sen jälkeen, kun Hitler nousi valtaan. Heihin kuuluivat myös merkittävät oikeusvertailijat kuten *Rabel, Schlesinger, Ehrenzweig, Reisenfeld, Kessler, Stein, Rheinstein.*

[63]*Aubin*, Die rechtsvergleichende Interpretation autonom-internen Rechts in der deutschen Rechtssprechung s. 464 ss.

Aubinin lisäksi *Ulrich Drobnig* kiinnostui tutkimaan, miten saksalaiset tuomioistuimet ovat oikeusvertailua toiminnassaan hyödyntäneet. Hän syvensi *Aubinin* kysymyksenasettelua tutkimalla myös niitä syitä, joiden perusteella maan ylimmät oikeusasteet ovat vuosien 1950 ja 1980 välisenä aikana vieraiden maiden oikeuteen viitanneet. Hän on jakanut tapaukset kolmeen eri ryhmään sen mukaan, millainen kansainvälinen liittymäkohta niissä on ollut. Ensimmäiseen niistä kuuluvat tapaukset, joissa sovellettaviksi tulleet oikeussäännökset ovat määräytyneet kansainvälisen oikeuden tai kansainvälisen yksityisoikeuden nojalla eli tuomioistuimella on ollut välitön oikeudellinen velvollisuus muiden kuin kansallisten oikeussäännösten soveltamiseen.[64] Toisekseen sovelletun säännöksen kansainvälinen liityntä on voinut olla epäsuorempi siten, että kansalliseen oikeuteen kuuluvan säännöksen voimaansaattamiseen on liittynyt jokin kansainvälinen elementti. Säännös voi olla esimerkiksi tulosta oikeuden yhtenäistämispyrkimyksistä tai sillä voi muuten olla selvä esikuva jonkin vieraan maan lainsäädännössä. Näissä tapauksissa tuomioistuimet ovat pitäneet tärkeänä, että tulkintavaihtoehtoja arvioitaessa säännön alkuperämaan oikeuskäytäntöön ja -kirjallisuuteen on riittävässä määrin perehdytty.[65] *Drobnigin* mielestä tähän toiseen ryhmään kuuluvat myös ne tapaukset, joissa maa on liittynyt johonkin kansainväliseen yleissopimukseen. Niiden osalta havaitaan joskus myös ns. ennakoivaa soveltamista, jolla *Drobnig* tarkoittaa, että yleissopimuksen artikloja sovelletaan tuomioistuimissa jo ennen sitä määräpäivää, jolloin niiden on määrä tulla valtiota oikeudellisesti sitoviksi.[66] Kolmanneksi ryhmäksi *Drobnig* erotti tilanteet, joissa oikeusvertaileva viittaus on tehty siitä huolimatta, että tapauksessa ja siinä sovellettavaksi tulevissa oikeussäännöksissä ei ole mitään kansainvälistä liityntää. Tällaiset tapaukset ovat olleet melko harvinaisia. *Drobnig* löysi tästä kuitenkin esimerkkejä jo muiltakin oikeudenaloilta kuin vain sopimus- ja kauppaoikeudesta.[67]

Sekä *Aubinin* että *Drobnigin* tutkimusten perusteella on helppo päätellä, että oikeusvertailua on saksalaisessa lainkäytössä hyödynnetty varovaisesti.

---

[64]*Drobnig*, Rechtsvergleichung in der deutschen Rechtsprechung s. 613. Ks. myös *Rabel*, Das Problem der Qualifikation (RabelsZ 5 s. 241-288).

[65]*Drobnig*, Rechtsvergleichung in der deutschen Rechtsprechung s. 615. Huomaa alaviitteissä mainitut esimerkkitapaukset. Kirjoittaja kuitenkin toteaa, että tähän ryhmään kuuluvia tapauksia esiintyy ensin mainittua harvemmin.

[66]*Drobnig*, The Use of Foreign Law by German Courts s. 12. Tämänkaltainen ennakoiva soveltaminen ei koske kirjoittajan mukaan ainoastaan kansainvälisiä yleissopimuksia vaan myös joitakin EY-oikeudellisia direktiivejä.

[67]Ks. *Drobnig*, Rechtsvergleichung in der deutschen Rechtsprechung s. 622.

Vieraiden maiden oikeudelliseen informaatioon perustuvilla huomioilla on haluttu yleensä vain vahvistaa kansallisten auktoriteettiargumenttien nojalla tehtyjä ratkaisuja.[68] Saksalaista perustelutapaa voisikin kutsua sveitsiläisen ja ranskalaisen perustelutavan välimuodoksi. Sveitsissähän on tapana viitata avoimesti vieraiden maiden voimassa oleviin lakeihin, kun taas Ranskassa oikeusvertailevat viittaukset puuttuvat tuomioistuinten perusteluista lähes kokonaan.[69]

Saksan oikeudessa on kuitenkin tapahtunut sellaista kehitystä, jonka perusteella voisi olettaa, että oikeusvertailun merkitys tuomioistuinten toiminnassa saattaisi tulevaisuudessa lisääntyä. Tämä kehitys on näkynyt ensinnä siinä, että tuomioistuinten aiemmin ratkaisemien päätösten oikeuslähdearvo kasvanut.[70] Kuitenkin se, mihin ennakkopäätösten sitovuus perustetaan ja miten ehdoton tuo sitovuus on, on oikeuskirjallisuuden perusteella jäänyt avoimeksi.[71] Vastaukset saattavat tulevaisuudessa löytyä oikeusvertailevasta materiaalista. Toinen ja oikeusvertailun kannalta merkittävämpi muutos on kohdistunut oikeuslähteiden lukemistapoihin. Oikeussäännösten sanamuotoa eli tulkinnan tekstuaalista lähtökohtaa korostetaan edelleen, mutta huomioon otetaan myös poliittisten, taloudellisten, kulttuuristen ja sosiaalisten

---

[68]*Drobnig*, The Use of Foreign Law by German Courts s. 7, yleistää, että vaikkakin hänen tutkimuksensa keskittyivät ylimpiin tuomioinstansseihin, sen johtopäätökset lienevät yleistettävissä myös alempiin oikeusinstansseihin. Ks. myös *Reinhart*, Rechtsvergleichung und richterliche Rechtsfortbildung auf dem Gebiet des Privatrechts s. 606 sekä *Alexy-Dreier*, Statutory Interpretation in the Federal Republic of Germany s. 87, jossa mainitaan, että oikeusvertailevat viittaukset ovat tuomioistuinten toiminnassa mahdollisia, mutta kirjoittajat eivät tarkemmin analysoi oikeusvertailun tosiasiallista asemaa saksalaisissa tuomioistuimissa.

[69]Sveitsin siviilikodifikaatiossa (ZGB) Art. I(2) todetaan, että tuomarilla on ratkaisupakko, vaikka laki olisi aukollinen. Säännös valtuuttaa hänet konkreettisissa aukkotapauksissa toimimaan lainsäätäjän tavoin, joka tarkoittaa, että myös oikeusvertailun hyödyntäminen on tällaisissa tilanteissa sallittua. Ks. myös *Germann*, Probleme und Methoden der Rechtsfindung s. 173 (Bern 1965) ja *Reinhart*, Rechtsvergleichung und richterliche Rech-tsfortbildung auf dem Gebiet des Privatrechts s. 614, erityisesti alaviite 117. *Grossfeld*, Macht und Ohnmacht der Rechtsvergleichung s. 13, on huomauttanut, että yleisimmin oikeusvertailuun viitataan Sveitsissäkin muiden oikeuslähteiden perusteella jo tehtyjen johtopäätösten vahvistamiseksi ja pitää Itävaltalaista lähestymistapaa oikeusvertailuun samanlaisena.

[70]Ks. ennakkotapausten asemasta vertailevassa valossa Saksan, Englannin ja Yhdysvaltain oikeuden mukaan *Wagner-Döbler*, Präjudizien in deutschen, englischen und US-amerikanischen Gerichtentcheidungen. Perustuslakituomioistuimen ratkaisut ovat Saksassa siitä erityisessä asemassa, että ne ovat myös myöhemmissä ratkaisutilanteissa lainsoveltajaa vahvasti velvoittavia oikeuslähteitä (BVerGG § 31.1).

[71]*Alexy-Dreier*, Statutory Interpretation in the Federal Republic of Germany s. 90.

yhteyksien vaikutus oikeussäännösten normatiivisten merkitysten muotoutumiselle.[72] Tuomarilla on näiden oikeuslähteiden lukemiseen kohdistuneiden muutosten seurauksena aktiivinen rooli, mikä ainakin teoriassa voi jättää tilaa myös oikeusvertailevien argumenttien huomioimiselle.

Oikeusvertailevien huomioiden hyödyntäminen lainsoveltamistoiminnassa edellyttää sitä, että ulkomaisesta aineistosta on saatavilla luotettavaa ja ymmärrettävää informaatiota. Tiedonhankintatapoja voi olla hyvin erilaisia. Saksan oikeuslähdeopin ja oikeustradition valossa olisi luonnollisinta, että oikeustiede välittäisi lainsäätäjälle ja lainsoveltajalle heidän tarvitsemaansa tietoa ulkomaisista oikeusjärjestelmistä.[73] Ehkä yhtenä selityksenä tuomioistuinten pidättyvälle viittaustekniikalle on, että oikeustiede ei ole tätä tehtäväänsä täyttänyt. Toisaalta tilannetta voi katsoa toiseltakin suunnalta, ja pohtia sitä, pysyttelevätkö lainsoveltajat ajantasalla siitä, mitä oikeustieteessä tapahtuu. On näet muistettava, että Saksaa pidetään edelleen monilla tahoilla oikeusvertailun johtomaana. Siellä esimerkiksi julkaistaan useita pelkästään oikeusvertailuun keskittyneitä juridisia aikakauslehtiä, joiden sivuilta löytyy informaatiota niin vieraiden maiden oikeusjärjestyksistä kuin kansainvälisestä ja EY-oikeudestakin. Saksasta löytyy, myös maailmanlaajuisesti arvostettuja instituutteja, jotka ovat keskittyneet pääasiallisesti oikeusvertailevan informaation välittämiseen, tutkimiseen ja opettamiseen.[74]

---

[72] *Krawietz*, Oikeudellinen argumentointi s. 561, jonka mukaan vallitseva suuntaus edustaa *Iheringin* intressi- ja arvojuridiikkaa, jonka lähemmän tarkastelun rajaan tässä yhteydessä pois.

[73] *Drobnigin*, Rechtsvergleichung in der deutschen Rechtsprechung s. 626, mukaan tuomioistuimen päätösperusteluista on havaittavissa, että tuomareiden tärkein informaatiolähde vertailevaan materiaaliin tutustumiseksi on heidän oma kansallinen oikeuskirjallisuutensa. Myös *Ewald*, Comparative Jurisprudence I s. 1961, alaviite 88. Tässä yhteydessä voi tehdä myös hypyn historiaan. Saksassa (jossa oikeustila oli hajanainen, koska se säilyi ruhtinaskuntiin pirstoutuneina pienalueina huomattavan kauan) roomalaisen oikeuden laajamittainen reseptio sai aikaan sen, että sen säännökset hallinneet oikeusoppineet saivat huomattavan aseman. Tämän vuoksi Saksaan kehittyi ns. Aktenversendung: kun paikalliseen oikeusistuimeen tuli ratkaistavaksi tapaus, jota se piti erityisen vaikeana, voitiin se lähettää jonkun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan ratkaistavaksi. Tällä tavoin 1500- ja 1600-luvuilla Justinianuksen Digestasta tuli eräänlainen saksalaisen common law'n muoto saksalaisille valtioille. Ks. *Mattila*, sana-artikkeli Romaanis-germaaninen oikeusryhmä s. 750 (EIF 6. osa s. 748-759).

[74] Tärkein näistä lienee Max Planck -instituutti.

3.2.2. Suomen oikeus

Oikeusvertailevaa tutkimusta ovat meillä kehittäneet yliopistomiehet. Heitä on Suomessa vain ollut lukumääräisesti varsin pieni joukko, eivätkä edistysaskeleetkaan ole kerrallaan olleet kovin pitkiä. Toisaalta oikeusvertailevan tutkimuksen esiintymistä on vähentänyt lainopin korostunut positivistisuus. Vuosien kuluessa on kuitenkin alettu ymmärtää, mitä *Y.J. Hakulinen* tarkoitti sanoessaan, että kehittyneeseen oikeustieteeseen ja lainopilliseen sivistykseen kuuluu osana tieto vieraiden oikeusjärjestysten pääperiaatteista.

Matthias Caloniuksen vaikutuskaudella (1738-1817) oivallettiin, että oikeusjärjestelmän juuret eivät ole vain kotimaan kamaralla. Sen vuoksi lain tulkitsijan ja soveltajan on kyettävä eri oikeusjärjestysten vertailuun. *Hakulisen* mukaan *Calonius* oli pohjoismaisista lainoppineista "suurin". Viisaana miehenä hän käytti opetus- ja julkaisutoiminnassaan ruotsin kielen sijasta latinaa. Syynä tälle *Hakulisen* tulkinnan mukaan oli se, että "hän siten tahtoi kehittää oppilaskunnassaan sen kielen taitoa, joka oli niihin aikoihin lainopillisen tutkimuksen valtakielenä mannermaalla, siten tehdäkseen mahdolliseksi kotimaisen oikeuden rikastuttamisen ulkomaisesta oikeuskulttuurista saatavilla vaikutteilla. Caloniuksen ajoista lähtien suomalaisen lainopin yhteys yleiseurooppalaiseen oikeuteen on jatkuvasti säilynyt ja asteittain myös syventynyt."[75]

1800-luvulla Keski-Euroopassa harjoitettu romanistinen tutkimus ulotti vaikutuksensa myös Suomeen. Se on havaittavissa *R. Montgomeryn* pääteoksessa Handbok i Finlands allmänna privaträtt (1889-1895), jossa hän sovelsi roomalaisoikeudellista tieteisopin järjestelmää Suomen yksityisoikeuden yleisten periaatteiden jäsentämiseksi.[76] Oikeusvertailun kannalta merkitykselliseksi osoittautui myös *F. Ekströmin* työ. Hän nimittäin julkaisi laajoja oikeushistoriallisia ja -vertailevia tutkimuksia. Hän oli kiinnostunut

---

[75] *Hakulinen*, Latinankieli ja lainoppi s. 342, painottaa, että vain tutustumalla roomalaiseen oikeuteen on mahdollista tutustua sen perustalle rakentuneisiin mannermaisiin oikeusjärjestyksiin siten, että saaduilla johtopäätöksillä on vertailullisesti kestäviä tuloksia. Oikeusvertailun kannalta *Hakulisen* merkittävin työ lienee ollut hänen lakikielen sanakirjansa Suomi-Ruotsi-Saksa, joka oli Suomessa ensimmäinen laatuaan. Sanakirjan ensimmäinen painos ilmestyi vuonna 1974 (Porvoo). Ks. myös *Ylöstalo*, Suomen oikeustiede s. 246 ss., joka pitää selvänä, että *Caloniuksella* oli silloisiin oloihin nähden huomattava ja monipuolinen sivistys ja että hän oli hyvin perehtynyt oman aikansa vallitseviin ajatussuuntiin, joiden vaikutus myös näkyi hänen tieteellisestä kielenkäytöstään ja oikeusfilosofisesta näkemyksestään. *Ylöstalo* ei nähdäkseni kuitenkaan *Hakulisen* tavoin korosta *Caloniuksen* merkitystä oikeusvertailun kehittäjänä.

[76] *Ylöstalo*, Suomen oikeustiede s. 248.

myös oikeusvertailuun tiukasti liitynnässä olevista kansainvälisen yksityisoikeuden periaatteista, jota käsitelleet *Ekströmin* kirjoitukset on julkaistu teoksena Sju internationellt privaträttsliga uppsatser (1917).

Tällä vuosisadalla merkittävä, kansalliset rajat ylittänyt oikeusteoreetikko on ollut *Otto Brusiin*. Hänen onkin sanottu suorittaneen pioneerityön vietyään suomalaisen oikeusteorian kansainväliselle tasolle ja foorumille. Jo väitöskirjastaan Tuomarin harkinta normin puuttuessa (vuodelta 1938) ilmenee hänen mieltymyksensä ranskalaiseen ja italialaiseen oikeusteoriaan.[77] Viime vuosinakin oikeusvertailua on suomalaisessa oikeuskirjallisuudessa käytetty oikeusteoreettisten kysymysten valaisemiseen.[78] Oikeusvertailun avulla on luotu myös positiivisoikeudellista tutkimusta palvelevia yleisiä taustanäkökulmia ja suhteellistettu oman oikeuden systematiikka, käsitteistö ja tärkeimmät ratkaisumallit.[79] Kiinnostus aitoa oikeusvertailua kohtaan on ollut kuitenkin suhteellisen vähäistä ja *Aulis Aarniokin* totesi lähes kaksi vuosikymmentä sitten, että niin hyvin lainvalmistelutöihin kuin väitöskirjoihinkin sisällytetyt oikeusvertailevat katsannot ovat olleet alkeellisia ja vain harvoin ne ovat yltäneet muun tutkimuksen, so. oman oikeuden tutkimuksessa tavoitetulle tasolle.[80] Muista Pohjoismaista poiketen meillä ei ole edes pidetty tapana julkaista oikeusvertailun historiaa, asemaa ja teoriaa koskevia oppikirjoja, vaikka oikeuskirjallisuudessa on todettu, että vain tällaisten te-

---

[77]Näin *Hannu Tolonen*, "Otto Brusiinin väitöskirjan tarkastelua aikalais- ja nykykeskustelussa" s. 28 (LM 1/1997 s. 25-63).

[78]*Mattila*, Oikeusvertailevasta perustutkimuksesta s. 19, jossa kirjoittaja viittaa esimerkkinä mm. *Juha Tolosen* vuonna 1974 julkaistuun väitöskirjaan Der allgemeine Erklärungshintergrund der wirtschaftlichen Ordnung und seine Anwendung auf das Aktiengesellschaftsrecht. Merkittävä teos suomalaisen oikeusvertailun tradition kannalta on myös *Hannu Tolosen* Korko, raha ja sopimus: korkokielto ja sen häviäminen rahan sekä pääoman syntymisen ongelmana (1992).

[79]*Mattila*, Oikeusvertailevasta perustutkimuksesta s. 19, toteaa, että tällaistakin oikeusvertailua voidaan pitää luonteeltaan teoreettisena, mutta kuitenkin varsin lähellä käytäntöä olevana tutkimuksena. Sitä on Suomessa harjoitettu erityisesti akateemisten, positiivisoikeudellisten väitöskirjojen yhteydessä. Niihin kuuluu lähes poikkeuksetta pohjoismaisen tai ainakin saksalaisen oikeuden lyhyehkö esittely tutkittavan problematiikan kannalta. Suomessa on viitattu paljon myös ulkomaiseen oikeusteoriaan; saksalainen oikeustiede on saanut niin suuren painotuksen muiden kustannuksella, että *Brusiin*, Tuomarin harkinta normin puuttuessa s. 199 alaviite 13, toteaa kriittisesti sitä pidetyn meillä "Tieteenä". Tiedettämme on vaivannut hänen mukaansa työvoiman puute, ja resurssit on keskitetty "syrjäyttäen angloamerikkalaisen, italialaisen ja usein myös skandinaavisen tieteisopin, jotka ovat yhtä syvälliset sekä pätevät kuin konsanaan saksalainen doktriini."

[80]*Aarnio*, Virallisen vastaväittäjän lausunto Heikki Mattilan väitöskirjasta Les successions agricoles et la structure de la société s. 290 (LM 1980 s. 290-300).

osten julkaisemisen kautta olisi mahdollista saavuttaa parempi pohja kansainväliselle oikeudelliselle vuorovaikutukselle: "Niiden pohjalta Euroopan yhdentyminen voitaisiin ymmärtää syvemmin, ja mannereurooppalaisten lakimiesten kanssa olisi mahdollista keskustella hedelmällisesti muutoinkin kuin vain eurooppaoikeuden tasolla."[81]

Suomalaisen oikeusvertailevan kirjallisuuden joukossa yksi merkittävimmistä tutkimuksista on *Mattilan* väitöskirja Les successions agricoles et la structure de la société (1979), jossa vertaillaan suomalaista ja puolalaista maatilaperimysjärjestelmää keskenään. Tutkimus oli 80-luvulle tultaessa hyvin ajankohtainen, koska PK 25 luku oli tuolloin valmisteilla ja *Mattila* halusi selvittää, kuinka vertaileva oikeustiede voisi lainvalmistelijaa tehtävässään auttaa.[82] Julkisoikeuden puolella mainitsemisen arvoinen on *Antero Jyrängin* vuonna 1989 ilmestynyt teos Lakien laki: perustuslaki ja sen sitovuus eurooppalaisessa ja pohjoisamerikkalaisessa oikeusjattelussa suurten vallankumousten kaudelta toiseen maailmansotaan. Rikosoikeudessa vertailevaa tutkimusotetta edustaa *Terttu Utriaisen* tutkimus Syyllisyys muuttuvana käsitteenä (1984), jossa syyllisyyskäsitettä tarkastellaan esimerkiksi anglosaksisessa ja ranskalaisessa rikosoikeudessa.[83] *Aulis Aarnio* on puolestaan liittynyt kansainväliseen oikeusteoreettiseen keskusteluun.[84] Hän on osallistunut teosten Interpreting Statutes (1991) ja Interpreting Pre-

[81] *Mattila*, sana-artikkeli Oikeusvertaileva kirjallisuus s. 673 (EIF 6. osa s. 670-674). Pääsäännöstä on nyt yksi poikkeus, kun *Jaakko Husan* Johdatus oikeusvertailuun -teos julkaistiin vuonna 1998.

[82] *Mattila* itse kirjoittaa tutkimuksensa tavoitteista s. 38, että "Le droit comparé donne une possibilité d´évaluer et d´améliorer encore, sous quelques aspects, les régles proposées par le comité pour la réforme du Code des successions. C´est cette comparaison de caractére législatif qui forme le coeur de la présente étude." Perheoikeuden alalla oikeusvertailevaa tutkimusotetta on sittemmin hyödyntänyt *Kirsi Kurki-Suonio*. Hänen vuonna 1999 tarkastettu väitöskirjansa käsittelee lapsioikeutta ja sen nimenä on Äidin hoivasta yhteishuoltoon - lapsen edun muuttuvat oikeudelliset tulkinnat. Oikeusvertaileva tutkimus.

[83] Julkisoikeudellisen oikeusvertailevan tutkimuksen kannalta on oleellista huomioida *Kari Joutsamon* Euroopan yhteisöön kohdistuneet tutkimukset sekä *Markku Suksen* väitöskirja vuodelta 1993: Bringing in the People tarkastelee, mikä asema kansanäänestysinstituutiolla on maailman valtiosäännöissä. *Timo Eskon* väitöskirja käsittelee työoikeutta. Tämä vuonna 1985 julkaistu tutkimus on nimeltään Lainvalinta ja kansainväliset työsuhteet: kansainvälisyksityisoikeudellinen ja oikeusvertaileva tutkimus.

[84] Oman kontribuutionsa oikeusvertailevaan tutkimukseen on tuonut myös *Päivi Paasto* 1994 hyväksytyllä väitöskirjallaan Omistusoikeuskäsitteistön rakenteesta: tutkimus jaetun omistusopin mahdollisuudesta ja merkityksestä omistuskäsitteistössä 1700-luvun lopulla. *Paasto* on tarkastellut ruotsalais-suomalaisen oikeuden omistuskäsitteistön kehitystä ja tämä kehitys saatetaan myös kansainvälisiin yhteyksiinsä.

cedents (1997) kirjoittamiseen. Näissä teoksissa oikeudellista argumentaatiota ja tuomioistuinten toiminnassa käytettäviä lähteitä on tarkasteltu kansainväliset rajat ylittäen.[85]

Suomalaiset tuomioistuimet ovat suhtautuneet varovaisesti vieraan maan oikeuteen tehtäviin viittauksiin. Tällä asenteella lienee tekemistä legalistisen tradition kanssa; vieraan maan positiivisen oikeuden tutkimisen on katsottu olevan luonteeltaan politiikkaa ja siihen tehtyjen viittausten on nähty olevan oikeuden ulkopuolisia.[86] Toisaalta korkeimman oikeuden perustelukulttuuri ei ole antanut juuri mahdollisuutta vertailututkimusten hyödyntämisen ilmituontiin. Toisin kuin esimerkiksi Saksassa, korkein oikeus ei ole pitänyt tapanaan viitata oikeuskirjallisuudessa esitettyihin kannanottoihin edes kansallisella tasolla. Siksi on vaikea kuvitella, että tuomioistuimet viittaisivat ratkaisuja perustellessaan vieraiden maiden oikeudellisiin informaatiolähteisiin.[87] Oikeusvertailun merkitystä tuomioistuinten toiminnassa on siten vaikea hahmottaa vain päätösperusteluihin viittaamalla. Tutkimus, jossa lasketaan tuomioistuimen perusteluihin sisällytettyjen,ulkomaiseen oikeuteen kohdistuvien viittausten määrä ja josta sitten tehdään suoria päätelmiä oikeusvertailevan informaation asemasta ja arvostuksesta tuossa oikeusinstanssissa, ei kerro koko totuutta.

Lainvalmistelun yhteydessä tehtyjä oikeusvertailevia tutkimuksia on luonnehdittu riittävän tietopohjan keräämiseksi. *Matti Niemivuo* painottaa, miten lainsäätäjän on välttämätöntä tuntea muiden maiden oikeutta. Hän kuitenkin varoittaa, että oikeusvertailevaa informaatiota voi lainsäädäntötyös-

[85]En ole pyrkinyt edellä esittelemään kaikkia niitä teoksia, jotka ovat hyödyntäneet oikeusvertailevaa tutkimusotetta. Sellaisia tutkimuksia, joihin on sisällytetty ainakin jonkinlainen vierasta oikeutta koskeva osio, on ilmestynyt koko joukko muitakin. Olen halunnut pikemminkin antaa esimerkkejä siitä, miten oikeusvertailevat tutkimukset saattavat ulottua hyvin useille oikeudenaloille - myös oikeusteoriaan ja oikeushistoriaan.

[86]Myös *Aarnio*, Statutory Interpretation in Finland s. 139, 146 ss. Vertailevien viittausten ilmituonti tuomioistuinten perusteluissa liittyy yleisemminkin tuomioiden perustelujen laadusta käytyyn keskusteluun, joka rajautuu tässä kuitenkin työni ulkopuolelle. Käydystä keskustelusta ks. esimerkiksi *Virolainen*, Tuomion perustelemisesta (LM 6/86 s. 889-917) sekä *Linna*, Korkeimman oikeuden perustelut käytännön ohjauskeinona - toteutuuko prejudikaattifunktio.

[87]Ks. *Heinonen*, Ovatko KKO:n ennakkoratkaisut kohdallaan s. 65, jossa hän on mm. tutkinut vuonna 1995 julkaistuissa ratkaisuissa (215 kpl) olevia viittauksia. Suoria viittauksia oikeuskirjallisuuteen löytyi kahdesta ratkaisusta (teoksessa Oikeustiede-Jurisprudentia 1997. Juhlajulkaisu Aulis Aarnio. Toim. Kangas, U.-Timonen, P. s. 58-65.) Ks. oikeuskäytännöstä esimerkiksi KKO:1991:155, jossa selvitettiin Norjan voimassa olevan oikeuden sisältöä.

sä käyttää kaksiteräisen miekan tavoin: "Sillä voi saada aikaan pintaraapaisun, josta ei ole hyötyä, mutta ei sanottavasti haittaakaan. Tällaista miekkaa voi käyttää myös taitavasti: sillä voidaan saada aikaan tarkkoja pistoja ja teräviä leikkauksia. Mutta tämä ase on myös vaarallinen käyttäjälleen, jos sillä huidotaan eri suuntiin ja ei oikein tiedetä, miten ja mihin sitä pitäisi käyttää."[88]

Lainsäätäjä on toiminnassaan hyödyntänyt oikeusvertailun miekkaa myös konkreettisesti: säädösten valmistelussa on näet toisen maailmansodan jälkeen viitattu avoimesti vertailevaan aineistoon, ja hallituksen esityksiin onkin yleensä sisällytetty oma oikeusvertaileva jaksonsa.[89] Hallituksen esitysten lainvalmisteluohjeissa (ns. HELO-ohjeet) on oikeusvertaileva materiaali nimenomaan mainittu. Sen mukaan vertailumaiden valinta ja tehtävien vertailujen yksityiskohtaisuus määrittyy kussakin valmisteluprojektissa yksittäistapauksellisesti.[90] *Eino Svinhufvud* on todennut vertailun kohdemaiden valitsemisesta, että joillakin oikeudenaloilla - kuten sopimusoikeudessa ja ylipäätään muussa siviilioikeudessa - oikeudellinen vertailu olisi syytä teh-

---

[88]Kansallinen lainvalmistelu s. 80.

[89]Oikeusvertailua sisältäneistä hallituksen esityksistä mainittakoon esimerkkeinä mm. 120/94, 24/94 ja 311/93. Ks. myös oikeusministeriön julkaisu 15/1987: Rikoslain kokonaisuudistus I: oikeusvertaileva katsaus (Sipilä, K.-Laukkanen, V.) On kuitenkin huomattava, että muissakin viranomaisissa kuin oikeusministeriössä on tehty sellaisia tutkimuksia, joissa kotimaisia ja ulkomaisia oikeussäännöksiä on verrattu keskenänsä. Ks. esimerkiksi Sosiaali- ja terveysalan tutkimus- ja kehittämiskeskuksen (STAKES) *Tennbergillä* teettämä selvitys 7/1994: Vertailu lapsioikeudellisesta päätöksenteosta Englannin ja Suomen lainsäädännön mukaan.

[90]HELO-ohjeiden mukaan hallituksen esityksen yleisperusteluissa tulee olla alajakso "2.2. Kansainvälinen kehitys ja ulkomainen lainsäädäntö". Tästä lausutaan ohjeissa näin: "Katsauksen tarkoituksena on antaa lukijalle kuva erilaisista tavoista ratkaista käsillä oleva asia. Sen laajuus ja seikkaperäisyys riippuu yhtäältä esityksen laajuudesta, toisaalta esillä olevasta asiasta. Kuvaus voi olla lyhyt ja yleispiirteinen, jos sen merkitys käsiteltävänä olevan asian kannalta on vähäinen. Kansainvälinen lainsäädäntökatsaus voidaan jättää pois, jos sillä ei ole käsiteltävän asian kannalta merkitystä. Esityksessä on erityisesti selostettava vastaavat valmisteilla olevat tai toteutetut ratkaisut muissa pohjoismaissa sekä Euroopan vapaakauppaliittoon kuuluvissa maissa (EFTA) ja Euroopan yhteisöissä (EY).." Lisäksi jäsenyydet kansainvälisissä yleissopimuksissa ja niiden mukaiset velvoitteet lainsäädännölle olisi huomioitava. Tällä vuosikymmenellä on lainvalmistelussa säännönmukaisesti otettu huomioon myös Euroopan ihmisoikeussopimuksen velvoitukset, ja se tapahtuu siitä riippumatta, onkolainsäädäntötyöhön ryhdytty nimenomaan ihmisoikeussopimuksen määräysten vuoksi vai alunperin kokonaan kansallisista syistä. Ks. myös *Ervo*, Euroopan ihmisoikeussopimuksen merkitys suomalaisessa lainkäytössä s. 108.

dä suurten ja kehittyneiden teollisuusmaiden oikeusjärjestyksiin, koska niissä syntyy jatkuvasti suuri määrä oikeudellisia suhteita. Tällaisissa maissa ovat voimassa olevien oikeusohjeiden edut ja haitat tulleet käytännössäkin punnituiksi.[91]

Aiemmin vertailuissa huomioitiin Pohjoismaat (kuitenkin ilman Islantia) ja romaanis-germaanisista Euroopan valtioista mukaan kelpuutettiin Saksa, Ranska ja pienemmistä valtioista erityisesti Sveitsi ja Itävalta. Common Law -järjestelmän maitakaan ei oikeuskulttuurien eroista huolimatta kokonaan unohdettu, mutta niihin tehdyt viittaukset ovat olleet satunnaisempia luonteeltaan. Myös vanhat sosialistiset valtiot (Neuvostoliitto, DDR ja Puola) otettiin näihin kattaviin tutkimuksiin mukaan. Viime vuosina vertailtavien maiden valintaan on tullut jonkin verran muutoksia. Itä-Euroopan maiden lainsäädäntö on menettänyt merkitystään ja EU:iin liittyminen on merkinnyt sen jäsenmaiden lainsäädäntöjen lisääntynyttä seuraamista - myös niiden maiden, jotka aiemmin olivat jääneet vaille huomiota (kuten Välimerenmaat).[92]

Niemivuo on törmännyt neljään erilaiseen tapaan suhtautua oikeusvertailuun lainvalmistelussa. Ensinnäkin oikeusvertailua ei aina nähdä lakihankkeen kannalta tarpeellisena. Toisaalta oikeusvertailu voidaan ymmärtää pakollisena muotona, jolloin seurauksena yleensä on juuri minimivaatimukset täyttävä selvitys joidenkin vieraiden maiden oikeustilasta. Kolmanneksi *Niemivuo* erottaa näkemyksen, jonka mukaan oikeusvertailu on lainvalmistelun irrallinen koriste. Neljänneksi hän erottaa aidon oikeusvertailun, joka tarkoittaa, että tietoa vieraista oikeusjärjestelmistä myös tosiasiassa käytetään lainvalmistelussa hyödyksi. Tämä ei merkitse välttämättä sitä, että ulkomaisia oikeudellisia ratkaisuja omaksuttaisiin kansalliseen oikeuteen - oikeusvertailu voi johtaa myös vaihtoehtojen kartoituksen kautta poissuljentaan. Näistä suhtautumistavoista vain ensimmäinen ja viimeinen voivat olla perusteltuja. Oikeusvertailun ymmärtäminen pakollisena muotona tai koristeena sen sijaan eivät juuri koskaan.[93]

---

[91]Ks. Oikeusvertailu hallituksen esityksissä s. 637 ss. *Svinhufvud* ei näe pelkästään hyvänä asiana sitä, että oikeusvertailun kohdemaat valittaisiin ainoastaan EU:n jäsenmaiden joukosta.

[92]*Niemivuo*, Lagberedning och rättsjämförelse s. 79 ss., huomauttaa, että useissa uusimmista lainvalmisteluprojekteista on erityisellä mielenkiinnolla tutkittu Hollannin oikeusjärjestyksessä omaksuttuja ratkaisuja. Hollannin oikeudesta kiinnostavan tekee se, että siellä on juuri tullut voimaan uusi siviililakikirja.

[93]Ks. *Niemivuo*, Kansallinen lainvalmistelu s. 82-84. Myös s. 84-87, siitä, miten ja millä tavalla oikeusvertailevat tutkimukset lainvalmisteluhankkeiden yhteydessä toteutetaan.

Muilla Pohjoismailla on erityisasema oikeusvertailevissa tutkimuksissa.[94] Tämä selittyy sillä, että niillä on Suomen kanssa samasanaisia säädöksiä, yhteistä historiaa, yhteisiä oikeudellisia traditioita ja yhteiskunnalliskulttuurista samanhenkisyyttä, jonka varaan lainsäädäntöyhteistyötä on voinut rakentaa. Skandinavian maat perustivat vuonna 1952 Pohjoismaiden neuvoston, jonka tavoitteena on ollut tiivistää yhteistyötä poliittisella, taloudellisella ja oikeudellisella sfäärillä. Suomi liittyi neuvoston jäseneksi vuonna 1955.[95] *Thomas Wilhelmsson* on aiheellisesti muistuttanut, että koska pohjoismaisissa oikeuskulttureissa on huomattavaa yhtenäisyyttä, ei niiden välistä lainsäädännöllistä yhtenäistämisprosessia ole tarvinnut rakentaa oikeudellisen velvoittavuuden varaan - toisin kuin EU:ssa - vaikka Pohjoismaiden hallitukset vuoden 1962 Pohjoismaiden yhteistyösopimuksessa eli ns. Helsingin sopimuksessa ovatkin ilmoittaneet pyrkivänsä mahdollisimman yhtenäisiin oikeussääntöihin erityisesti siviilioikeuden alalla. Pohjoismaiden neuvoston asema suhteessa jäsenmaihin on neuvoa-antava eivätkä sen tekemät suositukset ole maiden hallituksia sitovia. Neuvosto valvoo kuitenkin sitä, että jäsenmaissa todella tutkitaan, mihin toimenpiteisiin sen suositukset aihetta antavat.[96] Vaikka pohjoismainen yhteistyö neuvostonkin puitteissa on perinteisesti keskittynyt yksityisoikeudellisten säännösten (esimerkiksi sopimusoikeuden) yhtenäistämiseen, ei se *Curt Olssonin* mukaan tarkoita, etteikö yhteistyötä voitaisi tehdä myös useilla muillakin oikeudenaloilla, esimerkiksi vero-, hallinto- ja prosessioikeudessa. Yhteistyön tavoitteena ei vain

---

[94]Norjan kohdalta ks. *Eckhoff*, Rettskildelaere s. 245 ss. Kirjoittaja antaa tässä yhteydessä myös esimerkkejä muidenkin kuin pohjoismaiden vaikutuksesta Norjan oikeuteen.

[95]*Olsson*, Behövs Nordiskt lagstiftningssamarbete ? s. 221, on luetellut niitä tekijöitä, joiden varaan Pohjoismaiden välinen lainsäädäntöyhteistyö on ollut mahdollista perustaa. Kirjoittaja toteaakin yhteisen pohjoismaisen lainsäädäntövalmistelun täyttäneen jo 120 vuotta (s. 223). Ks. myös *Carsten*, Europäische Integration und Nordische Zusammenarbeit auf dem Gebiet des Zivilrechts (ZEuP 2/1993 s. 335-353) ja *Hellner*, Rechtsvereinheitlichung im skandinavischen Rechtskreis (Arbeiten zur Rechtsvergleichung 69: Methoden der Rechtsvereinheitlichung s. 27-32).

[96]Ks. Helsingin sopimuksen 4. artikla (SopS 28/1962). *Wilhelmsson*, Sosiaalinen sopimusoikeus ja Euroopan integraatio s. 11, jatkaa, että yhteistyö lakia valmistelevien ministeriöiden ja niissä toimivien virkamiesten kesken on pitkälti vapaamuotoista, eikä saavutettu yhteisymmärrys millään tavoin velvoita eri maita saattamaan samankaltaisia säännöksiä voimaan. Helsingin sopimus ei koske vain oikeudellista vaan myös kulttuurista, sosiaalista ja taloudellista yhteistyötä. Siinä on myös omat artiklat liikennettä ja ympäristön suojelua varten. Pohjoismaiden neuvostosta, sen tehtävistä ja merkityksestä ks. *Horn*, sana-artikkeli Pohjoismaiden neuvosto s. 699 ss. (EIF 6. osa s. 698-702).

kaikilla oikeuden aloilla voi olla yhtä syvä lainsäädäntöä koskeva harmonisaatio kuin mikä siviilioikeudessa on jo osin saavutettu.[97] Pohjoismaisen yhteistyön tavoitteet määrittyvät siten jokaisen projektin yhteydessä itsenäisesti. Oikeuskirjallisuudessa yhteistyön välityksellä syntyneitä lakeja on kuitenkin luonnehdittu "paremmiksi" ja "kestävämmiksi" kuin jos ne olisi valmisteltu kokonaan kansallisesti.[98]

Pohjoismaisten oikeuskulttuurien läheisyys ilmenee lainsäädäntöuudistusten lisäksi myös oikeustieteellisistä teoksista. Väitöskirjatutkimuksissa on perinteisesti edellytetty, että kirjoittaja on selvittänyt pohjoismaisen oikeustilan käsiteltävänä olevalla oikeudenalalla. Joillakin aloilla Pohjoismaiden lainsäädännöllinen yhtenäisyys on niin tiivis, että on jopa kärjistäen todettu olevan miltei epäluonnollista pitää muiden skandinavian maiden oikeuskäytäntöä tai oikeuskirjallisuutta ulkomaisena informaatiomateriaalina.[99] Kaikkiin oikeudenaloihin tämä ei kuitenkaan päde: esimerkiksi Tanskan ja Norjan rikosoikeudessa on erilainen "rakenne" kuin Suomen rikoslaissa. Velvoiteoikeuden osalta tilanne on taas siitä erikoislaatuinen, että siitä on olemassa yhteinen pohjoismainen doktriini, mutta oikeuskäytäntö ja yksittäiset lainsäännökset eivät siitä huolimatta ole maiden kesken yhtenevät.[100] Vaikka pohjoismaiseen vertailuun on *Brusiininkin* mielestä lupa luottaa enemmän kuin muuhun vertailuun, on huomattava, että vaikka lain sanamuoto olisikin eri Pohjoismaissa yhtenäistetty, ei se kuitenkaan takaa, että lakia käytäntöön sovellettaessa tuo yhtenäisyys pystyttäisiin ylläpitämään.[101]

---

[97]Esimerkiksi sopimusoikeudessa tavoitteet harmonisaatiosta ovat paljon syvemmällä kuin kuluttajien suojaa koskevissa lainuudistuspyrkimyksissä. Kuluttajansuojan kannaltahan tavoitteena on ollut lakien yleisen rakenteen yhtenäistäminen kuluttajansuoja-asiamiehen ympärille. Yksityiskohtaisemmista eroista ks. *Wilhemsson*, Nordic Legal Approaches to Economic Unification s. 37.

[98]*Olsson*, Behövs nordiskt lagstiftningssamarbete ? s. 226, 228.

[99]Ks. *Bernitz ym.*, Finna rätt s. 118-123 siitä, mistä lähteestä löytyvät eri pohjoismaissa julkaistut oikeustapaukset. Teoksessa käsitellään erityisesti Ruotsin oikeusjärjestelmää.

[100]*Strönholm*, Användning av utländskt material i juridiska monografier s. 254. Tilanne Pohjoismaissa saattaa olla myös sellainen, että alkujaan vallinnut oikeusyhtenäisyys on aikojen kuluessa synnyttänyt kansallisesti värittynyttä oikeuskäytäntöä.

[101]Tuomarin harkinta normin puuttuessa s. 203. Pohjoismaista oikeudellista informaatiota tarvitsevan kannattaa tutustua Nordisk Domsamling -kokoelmaan. Se sisältää tuomioistuinten ratkaisemia tapauksia, joissa on sovellettu jotain perustaltaan yhteispohjoismaista oikeussäännöstä. Toisaalta kyse voi olla tapauksista, joissa oikeusyhtenäisyys on ilman maiden tarkoituksellistakin yhteistyötä suuri. Kokoelman yhtenä tarkoituksena lienee siten oikeuden yhtenäistämisen edistäminen myös toiminnallisen oikeuden tasolla. Ks. *Eckhoff*, Rettskildelaere s. 252 sekä *Bernitz ym.*, Finna rätt s. 123. Kokoelman suomalaiset tapaukset julkaistaan siinä ruotsiksi.

Pohjoismaisen oikeuden näennäiset yhtäläisyydet saattavat myös peittää perustavanlaatuisia - maiden historiasta, maantieteellisestä asemasta ja kansanluonteesta johtuvia - eroja. Siksi suomalaisen lainsoveltajan ja tutkijan on aina huomioitava yhteiskuntamme erikoislaatu.[102]

Oikeuskirjallisuudessa on käyty keskustelua siitä, miten pohjoismaisen yhteistyön merkitys muuttuu EU:n olemassaolon myötä. On ennakoitu, että yhteistyön merkitys tulee säilymään tärkeänä, koska suuri osa unionin jäsenmaiden oikeusjärjestyksistä jää tulevaisuudessakin kansallisten järjestelyjen varaan. Lisäksi pohjoismaisen lakiyhteistyön alue on perinteisesti ulottunut taloudellisen toiminnan sääntelyn ulkopuolelle, kuten esimerkiksi perheja jäämistöoikeuteen.[103] Direktiivit saattavat jopa lisätä maiden välisen konsultoinnin tarvetta, koska ne vaativat jäsenvaltion sisäisiä ratkaisuja voimaansaattamisen tavoista.[104] Toisaalta Benelux-maiden esimerkki on osoituksena siitä, miten pienten maiden aiemmin tiivis keskinäinen yhteistyö voi heikentyä, jos niistä kaikki liittyvät EU:iin. Pohjoismaiden osaltahan EU ei voi täysin korvata perinteisempiä yhteistyön muotoja, koska Norja ja Islanti eivät ole liittyneet siihen.[105] Lienee kuitenkin selvää, että eurooppaoikeudellisten vaikutusten vuoksi pohjoismaisen yhteistoiminnan muodot kohtaavat sen perinteisiin toteuttamistapoihin kohdistuvia muutospaineita.[106]

---

[102]*Wilhemsson*, Nordic Legal Approaches to Economic Unification s. 36. Oikeuskirjallisuudessa pohjoismaista yhtäläisyyttä on luonnehdittu siten, että maat jakautuvat kahteen ryhmään - länsipohjoismaiseen ja itäpohjoismaiseen oikeusperheeseen. Tämä tarkoittaa, että suurimmat yhtäläisyydet löytyvät yhtäältä Tanskan ja Norjan sekä toisaalta Suomen ja Ruotsin oikeuksien väliltä. Ks. *Bernitz ym.*, Finna Rätt s. 19. Suomen ja Ruotsin oikeuden vertaamisesta ks. tämän tutkimuksen V osan luku 1.2.2.

[103]*Mattila*, Kirja-arvostelu teoksesta Bogdan: Komparativ rättskunskap s. 969 (LM 7/ 1994 s. 968-970), toteaa, että "..siten se, että pohjoismaiset juristit tuntevat vastavuoroisesti toistensa oikeuden rakenteita, periaatteita ja lähteitä, säilyttää pitkälti merkityksensä myös tulevaisuudessa".

[104]*Olsson*, Behövs nordiskt lagstifningssamarbete ? s. 224.

[105]Norja ja Islanti kuuluvat ETA:an eli Euroopan talousalueeseen.

[106]*Schräder*, Nordiskt samordning av lagstiftning inom ramen för EU s. 232 ss. Ks. myös *Horn*, sana-artikkeli Pohjoismaiden neuvosto s. 701 (EIF 6. osa s. 698-702), siitä, miltä pohjoismaisen yhteistyön tulevaisuus kirjoittajan mukaan näyttää. Hän viittaa mm. siihen, miten Pohjoismaiden neuvosto Reykjavikin istunnossaan vuonna 1995 vahvisti vastaisen yhteistyön periaatteet. Yhteistyö tulee näiden periaatteiden mukaan keskittymään mm. Euroopan integraatioon liittyviin kysymyksiin. Tässä yhteydessä ei saa jättää mainitsematta myöskään pohjoismaisen vuorovaikutuksen kannalta tärkeää instituutiota, Pohjoismaista lakimieskokousta, joista järjestyksessä 35. pidettiin vuonna 1999 Oslossa, Norjassa (osallistujia noin tuhat).

3.2.3. Englannin oikeus

> "Englantilaista maankamaraa on vaikea puhkaista; ulkomaisten ideoiden siemenet eivät ole tervetulleita."[107]

Englannin oikeuden isolaatio suhteessa muihin Euroopan maihin ei ole koskaan ollut täydellinen. Ensimmäinen englanninkielinen oikeusvertaileva tutkimus, *Thomas Woodin* kirjoittama New Institute of the Imperial, julkaistiin jo vuonna 1704. *Woodin* tarkoituksena oli osoittaa, että monella Englannissa sovelletulla oikeussäännöksellä oli alkuperä mannereurooppalaisessa oikeudessa.[108] Englantilaiset juristit osasivat latinaa, jonka vuoksi he saattoivat tutustua roomalaiseen oikeuteen sekä Manner-Euroopassa paikallisesti sovellettuihin säännöksiin. Vuorovaikutus oli kahdensuuntaista, koska myös mannereurooppalaisten juristien on osoitettu tutustuneen Englannin oikeuteen. On myös esitetty väitteitä, joiden mukaan ranskalainen siviilikodifikaatio ei olisi niinkään uusien valistusaatteiden ilmentymä, vaan että siihen olisi lähinnä koottu jo voimassa olleita ranskalaisia oikeussäännöksiä sekä tehty "lainoja" ulkomaisesta, myös Englannin, oikeudesta.[109]

1800-luvun lopulla kansallisen oikeusjärjestyksen ulkopuolisia vaikutteita alettiin vierastaa.[110] Kukapa olisi ollutkaan kiinnostunut vieraista oikeusjärjestyksistä, kun ne epätäydellisyydessään vain alleviivasivat englantilaista ylemmyydentuntoa siitä, että heidän common law -oikeutensa oli lähes täydellinen oikeusjärjestys.[111] Vierasta oikeusinformaatiota väheksyttiin. Mutta se, että ketään ei kutsuttu kylään, ei tarkoittanut, etteikö vaikutteita olisi kulkeutunut englantilaisesta oikeusjärjestelmästä muihin maihin. Onhan muistettava, että Englanti oli mahtava siirtomaavalta. Kolonisaatio antoi Englannin oikeudelle siivet, joiden avulla se levisi Pohjois-Amerikkaan ja Australiaan, osaan Afrikkaa sekä merkittäviin osiin Aasiaa (erityisesti Intiaan).[112]

---

[107] *Dodova*, A Translator Looks at English Law s. 70.

[108] Ks. *Gutteridge*, Comparative Law s. 15.

[109] *Coing*, Common Law of Europe: Historical Foundations s. 36, toteaa, että vaikkakaan ei ole syytä aliarvioida Ranskan siviilikodifikaation, Code civilin, suurta vaikutusta Euroopan oikeudelle, on syytä muistaa, että kodifikaation monet uusina pidetyt ajatukset olivat peräisin Englannin oikeudesta: "to mention only a few, the parliamentary form of government, the new principles of civil and criminal procedure, and the ideas on local self-government."

[110] *Neville*, Comparison, Reform and the Family s. 2 ss.

[111] *Wilson*, English Legal Scholarship s. 830.

[112] Ks. tästä esimerkiksi *Eckhoff*, Rettskildelaere s. 244.

Periaatteena siirtomaavaltaan perustuneessa pakkoreseptiossa oli, että vain, jos alistetuilla alueilla ei ollut keskitettyä hallintoa ja omaa oikeuskoneistoa, tuli valloittajien common law´ta soveltaa, jolleivat maan erityisolosuhteet - esimerkiksi maantieteelliset tai taloudelliset tekijät - asettaneet tälle esteitä. Jos oikeuskoneisto oli paikallisella tasolla jo vakiintunut, ei common law -oikeuden resipioinnille ollut tarvetta, jolloin myös tuomioistuinlaitos jätettiin ennalleen. Tälläisissäkin tilanteissa common law saatettiin sovellettavaksi, jos paikalliset säännökset olivat aukolliset tai jos valloittajat pitivät niitä muuten epäsopivina. Esimerkiksi Afrikassa sijainneiden alusmaiden asukkaille englantilaisvaikutteisilla säännöksillä ei ole ollut juurikaan käytännön merkitystä, koska heitä lähimmin koskettavat oikeudenalat - kuten sopimus-, maa-, perhe- ja jäämistöoikeus - jäivät kolonisaation aikanakin perinteisen sääntelyn - tapaoikeuden tai uskonnollisten lakikokoelmien - varaan.[113]

Koska Englannin oikeuden resipiointi ei alusmaissa ollut täydellinen, Privy Councilin - joka oli ylin oikeusaste Englannin alusmaissa esiintyneissä oikeusriidoissa - tuomareiden oli pakko tutustua alistettujen maiden omiinkin oikeussääntöihin.[114] Privy Council joutui ratkaisemaan valituksia, jotka tulivat sellaisista maista, joissa sovellettiin mm. hindulaisia ja islamilaisia lakeja (Intia), Kiinan oikeutta (mm. Hong Kong), roomalais-hollantilaista oikeutta (Etelä-Afrikka, Rhodesia), Ranskan siviilikodifikaatiota (Quebec), normannilaista tapaoikeutta (Kanaalinsaaret) sekä afrikkalaisia ja aasialaisia tapaoikeudellisia säännöksiä.[115] Privy Councilin oli tässä tilanteessa ky-

[113]Myös Intiassa perhe- ja jäämistöoikeudellisia suhteita sääntelivät hindulait. Ks. *Zweigert-Kötz*, An Introduction to Comparative Law s. 238 sekä *Lord Goff*, The Future of the Common Law s. 746. Ks. siitä, miten paikallisia lakeja ja englantilaisia säännöksiä alusmaissa sovellettiin *Matson*, The Common Law Abroad: English and Indigenous Laws in the British Commonwealth (ICLQ Vol. 42 s. 753-779).

[114]Privy Council on hallinnollinen viranomainen ja sen toimivaltaan kuuluvat oikeudelliset kysymykset ratkaisee Judicial Committee of the Privy Council, jonka jäseninä toimivat Lord President of the Council, lordikansleri, parlamentin ylähuoneen tuomarit sekä monet Privy Councilin jäsenyyteen korotetut korkeiden tuomarinvirkojen haltijat (joista jotkut tulevat myös toisista Kansainyhteisön maista). Se perustettiin virallisesti vuonna 1833, jota ennen Englannin alusmaista tulleita valituksia oli käsitellyt Committee of Trade and Plantations. Ks. *Mulholland*, An Introduction to the New Zealand Legal System s. 71. Privy Councilin kehityshistoriasta *Petersen*, Englannin oikeuslaitos s. 68-71.

[115]*Rudden*, Comparative Law in England s. 82-4. *de Cruz*, A Modern Approach to Comparative Law s. 13, tekee yksityiskohtaisen huomion, kuinka parlamentin komiteatasoisesti (the House of Common´s Select Committee) suositettiin vuonna 1848, että yliopistot toisivat oman kontribuutionsa Privy Councilin soveltamien lakien selkiinnyttämiseksi. Englannin ensimmäinen vertailevan oikeustieteen oppituoli perustettiin kuitenkin vasta parikymmentä vuotta tämän ehdotuksen jälkeen.

ettävä jakamaan oikeutta niin, että se tyydytti brittien oikeustajun, mutta toisaalta kunnioitti myös paikallisia tapoja ja lakeja. Tämä asetti lainkäytölle suuret vaatimukset ja pakotti Privy Councilin tarkastelemaan oikeutta transnationaalina ilmiönä.

Vaikka useimmat Englannin entisistä alusmaista ovat nykyään itsenäisiä, kolonisaation ansiota suurelta osin on, että kolmasosa maapallon väestöstä elää yhä alueilla, joissa sovellettava laki on ainakin jonkinasteisesti saanut common law´sta vaikutteita. Esimerkiksi Intiassa 1800-luvulla voimaan saatettu *Sir James Stephenin* laatima rikoslaki on siellä yhä edelleen rikosoikeuden perustana.[116] Toisaalta Privy Council käsittelee yhä monista maista - kuten Uudesta-Seelannista, Sri Lankasta, Sierra Leonesta, Gambiasta ja Mauritiukselta - tulevia oikeusjuttuja. Tämä muistuttaa yhä common law´n kolonisaation aikakaudella tekemästä maailmanvalloituksesta.[117]

Privy Councilin asema on kuitenkin aikaa myöten heikentynyt, koska esimerkiksi Kanada, Intia, Pakistan ja Australia ovat julistaneet oman korkeimman oikeutensa ylimmäksi mahdolliseksi valitusinstanssiksi.[118]Samalla kun Privy Councilin toimivallan maantieteellinen kattavuus on tällä tavalla supistunut, sen rooli Kansainyhteisön oikeuden yhtenäistäjänä on ollut muutostilassa. Aiemmin Privy Councilin ja Englannin ylimmän oikeusinstanssin (ylähuoneen) yhdysside oli vahva.[119] Ne pyrkivät seuraamaan toistensa tekemiä ratkaisuja, ja Privy Council piti tavoitteenaan aina sitä, että muiden Kansainyhteisön maiden oikeus(käytäntö) pysyisi yhtenäisenä Eng-

---

[116]*Grawson*, The Task of Comparative Law in Common Law Systems s. 182 ss.

[117]*Mulholland*, An Introduction to the New Zealand Legal System s. 72, toteaa, että vuonna 1994 kuudestatoista Kansainyhteisön maasta oli mahdollisuus valittaa Privy Counciliin. Privy Councililla on myös Englannin sisäisesti toimivaltaa mm. kirkollisissa asioissa ja merisotasaalisjutuissa (prize cases). Ks. esimerkiksi *Martin*, Diverging Common Law - Invercargill Goes to the Privy Council s. 95.

[118]Australian oikeustilan kannalta käänteentekeväksi muodostui tapaus R v Viro (1978) 18 ALR 257, jossa Privy Councilin ratkaisut julistettiin lähtökohtaisesti kansallisia tuomioistuimia sitomattomiksi. Ks. *Mullholland*, An Introduction to the New Zealand Legal System s. 71, jossa kirjoittaja on koonnut perusteluita sekä sen puolesta että sitä vastaan, miksi Uuden-Seelannin oikeudessa tulisi säilyttää valitusoikeus Privy Counciliin. Niitä voi tarkastella myös yleistävästi eli siltä kannalta, mitä etuja ja haittoja sillä on, että Privy Council pyrkii ratkaisemaan eri Kansainyhteisön maista tulevia oikeusriitoja yhtenevällä tavalla. Kirjoittaja itse pitää selvänä, että tulevaisuudessa myös Uudessa-Seelannissa valitusoikeus rajoitetaan kansallisiin oikeusinstansseihin.

[119]Ks. tästä Privy Councilin ja ylähuoneen suhteesta esimerkiksi *Matson*, The Common Law Abroad: English and Indigeneous Laws in the British Commonwealth (ICLQ Vol. 42 s. 753-779) erityisesti s. 757-759.

lannin oikeuden kanssa.[120] 1990-luvulla on ollut kuitenkin havaittavissa, että erilaisuutta ei Kansainyhteisön alueella pidetä enää heikkoutena vaan voimavarana ja common law´n sallitaan muokkautuvan niin, että paikalliset olosuhteet tulevat huomioiduiksi.[121] Tämä lisää Privy Councilin vastuuta siitä, että se huomioi kunkin ratkaistavana olevan tapauksen kannalta relevantin oikeudellisen materiaalin. Tätä myöten tarve oikeusvertaileville tutkimuksille lisääntyy: tutkimuksille, joissa selvitetään eri maiden voimassa oleva oikeus ja sen lukemisen tavat.

Kansainyhteisön maiden oikeudellisia suhteita voisi verrata pohjoismaiseen vuorovaikutukseen. Englannin lainsäätäjä esimerkiksi seuraa muiden Kansainyhteisön maiden oikeuden - lainsäädännön ja oikeuskäytännön - kehittymistä. Lainsoveltajakin saattaa kirjata perusteluihinsa lukuisia viitteitä muiden Kansainyhteisön maiden oikeuteen ja oikeuskäytäntöön.[122] Näiden maiden oikeudellisen informaation (ennakkotapausten) käyttökelpoisuutta arvioidaan sen mukaan, mikä asema päätöksen tehneellä tuomioinstanssilla on kansallisessa tuomioistuinhierarkiassa ja kuinka arvostettuja ratkaisun tekemiseen osallistuneet tuomarit ovat kotimaassaan. Koskaan kuitenkaan muissa Kansainyhteisön maissa tehdyillä ratkaisuilla ei voi olla englantilaista tuomioistuinta sitovaa oikeuslähdeopillista asemaa.[123] Toisaalta englantilaisen lainsoveltajan näkee tekevän usein viittauksia Irlannin tai Skot-

---

[120]Ks. Edward Wong Finance Co.Ltd v Johnson, Stokesand Master [1984] 2 WLR 1.

[121]*Martin*, Diverging Common Law s. 101: "The common law of England has learned much from the development of law in Canada and Australia, where different but equally able minds have chosen to tackle difficult legal problems in different ways. The common law can only benefit from this plurality of approach."

[122]*Wilson*, English Legal Scholarship s. 831. Tämän kannalta merkitykselliseksi käy englantilaisten tuomioistuinten ratkaisuissaan käyttämä perusteluformaatti, josta ks. tämän tutkimuksen IV osan luku 2.5. Kansainyhteisön maiden edustajat kokoontuvat säännöllisin väliajoin kokoontuvaan konferenssiin, Commonwealth Law Conference, joka on pääasiallisin foorumi ko. maista tulevien juristien keskusteluille ja yhteistyölle. Tämän suoran vuorovaikutuksen lisäksi Kansainyhteisön sisäisen oikeudellisen informaation välittymisessä on tärkeä merkitys ollut Commonwealth Legal Advisory Service -palvelulla. Sen puitteissa joku Kansainyhteisön maiden viranomaisista voi tehdä kyselyn siitä, minkälaista oikeudellista kehitystä jollakin tietyllä oikeudenalalla on toisessa tai toisissa Kansainyhteisön jäsenmaissa tapahtunut. Tätä palvelua välittää The British Institute of International and Comparative Law.

[123]*Bankowski-MacCormick-Marshall*, Precedent in the UK s. 327. Julkisasiamies *Warner* totesi yhteisöjen tuomioistuimen asiassa 155/79 A.M. & S. [1982] ECR 1575, s. 1635: "Decisions of the superior courts of Canada and of New Zealand are of persuasive authority in the English courts and I can, for my part, see no good reason why an English court should not follow those particular decisions."

lannin oikeuteen: nämäkin ovat luonteeltaan oikeusvertailevia, koska kummallakin maalla on Englannista erilliset oikeusjärjestykset.[124]

Viime vuosilta löytyy toki esimerkkejä sellaisistakin oikeustapauksista, joiden perusteluissa on viitattu Kansainyhteisön ulkopuolisiin (erityisesti mannereurooppalaisiin) oikeusjärjestyksiin.[125] *Hugh Collinsin* mukaan tämä ylimpiä tuomioasteita koskeva muutos kohti avoimempaa oikeusvertailevan informaation hyödyntämistä symboloi uudelleensuuntautumista yksityisoikeuden eurooppaoikeudellista kehitystä kohtaan.[126] Kehitys osoittaa myös sen, että tuomioistuimet suhtautuvat avoimesti EY-oikeuden harmonisointitavoitteisiin. Siksi tuomioistuimet eivät toiminnallaan tavoittele ainoastaan kansallisen oikeuden sisäistä koherenssia, vaan tavoitteena on myös se, että tehdyt ratkaisut vastaisivat mahdollisimman hyvin muiden eurooppalaisten maiden oikeustilaa. Tätä *Collins* kuvaa vapaaehtoisesti omaksutuksi eurooppaoikeudelliseksi vaikutukseksi, joka näyttäytyy ylimpien oikeusasteiden toiminnassa yleensä silloin, kun kansallinen oikeus on tulkinnanvarainen tai aukollinen.[127]

Nämä *Collinsin* suoraviivaiset käsitykset oikeusvertailun aseman parantumisesta ja tämän syistä eivät tuntuisi kuitenkaan oikein istuvan englanti-

---

[124]*Wilson*, English Legal Scholarship s. 831. Iso-Britannia tarkoittaa Englantia (myös Walesia vuodesta 1282 lähtien) ja Skotlantia. Yhdistynyt Kuningaskunta käsittää Iso-Britannian lisäksi Pohjois-Irlannin. Westminsterin parlamentin lainsäädäntövalta kattaa koko Yhdistyneen Kuningaskunnan, mutta kaikkia lakeja ei tosiasiassa säädetä koskemaan koko aluetta; joku säädös voi olla maantieteellisesti rajoitettu koskemaan esimerkiksi pelkkää Skotlantia. Ks. *Bankowski-MacCormick*, Statutory Interpretation in the UK s. 369. Maantieteellisistä käsitteistä ja mainittujen alueiden oikeudellisesta asemasta *Tolonen-Nienstedt*, Johdatus Englannin oikeuslähteisiin s. 2-3 (Tampereen yliopisto 1985). Vuoden 1998 Scotland Act'illa lainsäädäntövalta palautettiin Skotlantiin 1.7.1999 lähtien.

[125]Englannin oikeudessa oikeusvertailun pioneerin asema - kun sitä tarkastelee suhteessa muihinkin kuin vain Kansainyhteisön maihin - kuulunee *H.C.Gutteridgelle*, jonka tuotanto keskittyy 1940- ja 1950-luvuille.

[126]*Collins* perustaa mielipiteensä lähinnä kahteen englantilaiseen oikeustapaukseen. Suppeampi, mutta kirjoittajan mielestä sitäkin tärkeämpi, vertailuosio liitettiin tapaukseen Co-operative Insurance Society Ltd v Argyll Stores (Holdings) Ltd [1993] 3 All ER 934. Toisena esimerkkitapauksena hänellä on paljon julkisuutta saanut White v Jones [1995] 2 All ER 691.

[127]*Collins*, The Voice of the Community in Private Law Discourse s. 420 ss. Näistä vapaaehtoisuudelle perustuvista vaikutteista Collins erottaa ne tilanteet, joissa EY-oikeudellisia periaatteita sovelletaan tapauksiin siksi, että ne kuuluvat yhteisöoikeuden velvoittaviin oikeuslähteisiin. Yhteisöoikeudellisen periaatteen soveltamisesta ks. Woolwich Building Society v IRC (No 2) [1993] AC 170.

laiseen oikeuskulttuuriin.[128] Onkin todennäköistä, että oikeusvertailevan materiaalin käyttöä englantilaisissa tuomioistuimissa on leimannut pinnallisuus, eikä ulkomaista oikeutta ei ole osattu käyttää uusien kysymysten asettamiseen. Tätä kantaa tukevia kannanottoja löytyy enemmän kuin sellaisia, joissa *Collinsin* kannanotot olisi vahvistettu.[129] Pinnallisuuden ongelman on sanottu koskevan myös Yhdistyneen Kuningaskunnan tai Kansainyhteisön maiden sisäisen materiaalin hyödyntämistä.[130] Esimerkkinä tavasta, miten tuomioistuimet yhä tuntuvat oikeusvertailuun suhtautuvan, on uudehko sananvapautta käsitellyt ennakkotapaus Derbyshire County Council v Times Newspapers Ltd. Tapauksen perusteluissa viitattiin sekä yhdysvaltalaiseen oikeuskäytäntöön että Euroopan ihmisoikeussopimuksen 10. artiklaan ja sen perusteella Strasbourgin ihmisoikeustuomioistuimessa tehtyihin ratkaisuihin. Päätöksen perusteluissa kuitenkin nimenomaisesti (ylimielisesti) mainittiin, että tapauksen olisi voinut ratkaista pelkästään common law´n nojalla. Vierasta oikeutta käytettiin näin ollen ainoastaan tukemaan kansallisen oikeuden perusteella tehtyjä johtopäätöksiä.[131]

Tapaus White v Jones, jossa viitattiin mannereurooppalaisiin oikeusjärjestyksiin, ei yksin riitä osoittamaan, että perustelukulttuuri olisi muuttunut oikeusvertailun suhteen avoimemmaksi. Tätä korostaa asenne, jonka *Lord Goff* on pukenut sanoiksi: hänen mukaansa oikeusvertailevaan informaatioon tulee viitata varovaisesti silloin, kun tutkimuksen kohteena on muu kuin anglosaksinen oikeusjärjestelmä.[132] White v Jones -tapauksessa oike-

[128]Vrt. esimerkiksi tämän tutkimuksen IV osan luku 3.1.3.5.

[129]Ks. *Holborn*, Butterworth´s Legal Research Guide s. 193, jossa painotetaan, että yhteisöjen tuomioistuimen tai EU:n jäsenvaltioiden ennakkotapausten siteeraaminen on tullut Englannissa tavallisemmaksi, mutta jos kyse ei ole kansallisia tuomioistuimia sitovasta eurooppaoikeudellisesta kysymyksestä, ovat viittaukset olleet luonteeltaan lähinnä illustratiivisia. Ks. myös *Bankowski-MacCormick-Marshall*, Precedent in the UK s. 327 sekä *Allen-Andersen*, The Use of Comparative Law by Common Law Judges s. 449.

[130]Ks. esimerkiksi *Allen-Anderson*, The Use of Comparative Law by Common Law Judges s. 437. Artikkelin tarkoituksena on ollut kritisoida kanadalaisen tuomioistuimen ratkaisemaa tapausta ja sitä, miten oikeusvertailua käytettiin sen yhteydessä hyödyksi. Mielenkiintoiseksi tuon artikkelin tekee, ettei siinä ole tyydytty vain kuvailuun, vaan kirjoittajat ovat punninneet kysymystä siitä, kuinka oikeusvertailua olisi voinut (ja kannattanut) tuon tapauksen yhteydessä käyttää.

[131][1993] 1 All ER 1011, erityisesti s. 1018. Vuonna 1997 ratkaistussa tapauksessa Regina v Mills and Poole (internet) *Lord Goff* esimerkiksi viittasi erääseen Kanadan ylimmän oikeusinstanssin tuomarin äänestyslausuntoon, mutta tässäkin tapauksessa oikeusvertaileva viittaus oli kuitenkin vain keino vahvistaa jo muilla perusteilla lukkoon lyötyjä kannanottoja.

[132]Ks. Comparative Law (teoksessa Law Making, Law Shaping and Law Finding. Toim. Markesinis, B. Oxford 1998 s. 37-42).

usvertailua saatettiin harjoittaa poikkeuksellisen syvällisesti vain sen vuoksi, että lainsoveltajan kannalta relevantista ulkomaisesta oikeudesta oli olemassa englanninkielisiä selitysteoksia.[133] Tämä osoittaa, miten tärkeällä sijalla kansainvälistyvässä maailmassa on se, että oikeusjärjestelmän tietohuoltojärjestelmä on kunnossa ja että se nimenomaan huomioi oikeusjärjestelmän paikan muiden maiden oikeusjärjestelmien joukossa.

Toisin kuin tuomioistuinten toiminnassa, lainsäätäjän työssä oikeusvertailulle on jo pidempään annettu konkreettinen funktio. Oikeusvertailun aseman paraneminenkin voidaan tällä vuosisadalla kytkeä siihen hetkeen, jolloin ymmärrettiin, mikä tutkimusotteen hyöty voi olla lainsäätäjän kannalta.[134] Erityisen keskeisiksi oikeusvertailevat viittaukset ovat tulleet niissä tapauksissa, joissa parlamentti pyrkii saattamaan voimaan sellaisten kansainvälisten yleissopimusten periaatteita, joissa Englanti on osallisena.[135] Oikeusvertailun asema lainsäädäntötyössä tulee luonnolliseksi myös silloin, kun on kyse EY-oikeudellisten direktiivien voimaansaattamisesta. Oikeusvertailulla on paikkansa kuitenkin myös muissa lainsäädäntöprojekteissa, koska lakeja valmistelevan Law Commissionin (lakikomission) työskentelyä koskeva lainkohta (Commission Act 1965 pykälä 3(1)(f)) säätää seuraavasti: "..to obtain such information as to the legal systems of other countries as appears to the Commissioners likely to facilitate the performance of any of their functions."[136] Lakikomissio on suhtautunut vakavasti tähän lainsäädännössä asetettuun edellytykseen vieraissa oikeusjärjestyksissä omaksuttujen

[133]White and another v Jones and others [1995] 1 All ER 691, varsinkin *Lord Goff* s. 697-705.

[134]*Neville*, Comparison, Reform and the Family s. 7, huomauttaa, että jo vuosisadan alussa säädännäistä oikeutta uudistettaessa otettiin oikeusvertailevaa materiaalia huomioon. Esimerkkinä hänellä on Report of the Royal Commission on Divorce and Matrimonial Causes (Cd. 6478) 1912 s. 17-28. *Nevillen* sanoin oikeusvertailun kehittymisen kannalta oleellista oli juristien muuttunut asenne sitä kohtaan: "What is new in recent years is the extent to which English law has actually been prepared to accept ideas from outside itself."

[135]*Kahn-Freund*, On Uses and Misuses of Comparative Law s. 3. Esimerkkeinä The Wills Act 1963, jossa huomioitiin testamenttimääräysten muotoa koskevien lakiristiriitojen ratkaisemiseksi tehty yleissopimus (Hague Convention on the Conflict of Laws Relating to the Form of Testamentary Dispositions of 1961, joka on Suomessa saatettu voimaan lailla 21.5.1976/835 ja asetuksella 13.8.1976/836, SopS 77).

[136]Tulen tästä lähtien käyttämään termiä pykälä englanninkielisen termin section sijasta.

ratkaisujen tutkimisesta.[137] Yleensä lakikomission tekemien vieraan oikeuden kartoitusten on sanottu olleen oikeusvertailua sen aidossa merkityksessä. Niissä ei ole tyydytty pintatasoisiin säännösselvityksiin vaan niissä on otettu huomioon säännösten paikka oikeuden systemaattisessa - myös toiminnallisessa - kokonaisuudessa.[138] Vaikka lainvalmistelussa huomioidaan nykyisin myös mannereurooppalaisten maiden oikeustila, englantilainen lainsäätäjä selvittää yleensä ensisijaisesti sen, mikä on oikeustila muissa Kansainyhteisön maissa.[139] Lainsäätäjä on osannut ottaa hyödyn irti myös siitä, että Skotlannilla on Englannista erillinen oikeusjärjestys.[140]

Skotlannin oikeusjärjestelmä on oikeusvertailun kannalta kiinnostava, koska se on ottanut vaikutteita sekä mannereurooppalaisesta että englantilaisesta oikeusperinteestä eli se on esimerkki ns. sekoittuneesta (mixed) oikeusjärjestelmästä. Tämä johtuu siitä historiallisesta seikasta, että sen jälkeen, kun Skotlanti joutui sotaan Englannin kanssa, sen vaillinaista tapaoikeutta haluttiin täydentää mannereuroopassa sovelletuilla roomalaisen oikeuden periaatteilla. Myöhemmin Skotlannin ja Englannin välisellä liittosopimuksella - Act of Settlement 1707 - Skotlanti säilytti oman oikeusjärjestelmänsä ja omat tuomioistuimensa.[141] Skotlantilaiset juristit kuvaavat

[137]*Kahn-Freund*, On Uses and Misuses of Comparative Law s. 3, toteaa, ettei oikeusvertailun hyödyntäminen ole jäänyt vain teorian tasolle vaan että vieraiden maiden oikeusjärjestelmien tutkimisesta on ollut lakikomission työlle konkreettistakin hyötyä. Ks. esimerkiksi Law Commission Consultation Paper No. 121: Privity of Contract - Contracts for the Benefit of 3rd Parties (1991).

[138]Lakikomission työtä on kiittänyt mm. *Rudden*, Comparative Law in England s. 79-86. Ks. erityisesti s. 86, jossa hän antaa konkreettisia esimerkkejä lakikomission oikeusvertailevista kartoituksista lainsäädäntöreformien yhteydessä.

[139]*Bridge*, Conciliation and the New-Zealand Family Court: Lessons for English Law Reformers s. 299: "If that prophecy is to be fulfilled, England must heed the pitfalls other jurisdictions have created, or seem intent upon creating. Reflection on the New Zealand family law jurisdiction is instructive for that country is something of a social laboratory where experimental philosophies and processes have been readily implemented and standardised and further change can be brought about with apparent ease. As with all laboratory experiments the findings can be invaluable to others intent on effecting similar changes. For those implementing the new English legislation there are lessons to be learned."

[140]Skotlantilaiset vaikutteet ilmenevät erityisesti Englannin rikosoikeudessa.

[141]*Koschaker*, Europa und das römische Recht s. 126: "Das römische Recht hat Schottland erst im 16. Jahrhundert erreicht. Von Bedeutung war die Einrichtung einer Court of Session (1532) durch James V, die subsidiär nach römischen Recht urteilte. Im 17. Jahrhundert übte die holländische Schule starken Einfluss auf die schottischen Juristen, die vielfach in Holland studierten. Seit der Vereinigung mit England machte sich allmählich und im steigenden Masse die Einwirkung des englischen Rechts geltend. Immerhin wird für den Eintritt in das Scotch bar und damit auch für den Richter der court of session Kenntnis des römischen Rechts verlangt." Skotlannin itsehallinnon mukana lainsäädäntövaltakin palasi takaisin Edinburghiin (Scotland Act 1998) heinäkuussa 1999.

oikeusjärjestelmäänsä erityisen onnistuneeksi, koska he ovat voineet ottaa parhaat palat muiden oikeusjärjestyksistä ja myös oppia muiden virheistä.[142] Nykyisin avoimuuden oikeusvertailevia tutkimuksia kohtaan on sanottu syntyvän käytännön tarpeesta, koska Skotlannin omien ennakkopäätösten määrä on alhainen. Maan tuomioistuimet ja lainsäätäjä seuraavatkin erityisellä mielenkiinnolla Englannin oikeuskäytännön kehitystä ja uusien parlamenttilakien säätämistä.

Robin Evans-Jones on ollut skotlantilaista oikeusvertailun traditiota kohtaan kriittinen ja todennut, että ollakseen ns. sekoittunut oikeusjärjestelmä, seuraavat skotlantilaiset juristit liian vähän sitä, miten oikeus Manner-Euroopassa kehittyy. Tämä johtuu hänen mukaansa siitä, että kontinentaalista oikeutta on skotlantilaisille opiskelijoille opetettu viimeiset 40 vuotta lähinnä roomalaisen oikeuden pohjalta. Eristymistä vahventaa vielä korkeaksi kasvanut kielimuuri. Tästä syystä Skotlanti on muuttumassa yhä englantilaisemmaksi oikeuskulttuuriksi. Tämä tarkoittaa *Evans-Jonesin* mielestä myös sitä, että näkemys skotlantilaisesta oikeusjärjestelmästä "erinomaisena" sekoituksena saattaa olla virheellinen. Totuus lienee, että mannereurooppalaista oikeutta koskevan kansallisen oikeuskirjallisuuden puuttuminen on johtanut siihen, että englantilaiset vaikutteet ovat tulleet kaikkein vahvimmiksi. *Evans-Jonesin* mielestä skotlantilaiset eivät olekaan punninneet eri vaihtoehtoja keskenään - he ovat saattaneet harkita vain niitä ratkaisuja, joista on ollut riittävästi (englanninkielistä) informaatiota saatavilla.[143]

Englantilaiseen (oikeus)kulttuuriin kuuluu vähintään kaksi tosiseikkaa, joilla on oikeusvertailun merkitystä heikentävä voima. Ensimmäinen on teknisempi ja se liittyy oikeuskieleen ja oikeudellisten käsitteiden kääntämisen vaikeuteen.[144] Oikeusvertailua harjoittavan henkilön tulisi pystyä tutustumaan oikeudelliseen materiaaliin sen alkuperäiskielellä, koska käännös ei koskaan ole informaatiolähteenä paras mahdollinen. Englantilaisten juristien kielitaitoa pidetään kuitenkin yleisesti ottaen heikkona.[145] Kielitaidon heik-

[142]*Evans-Jones*, Receptions of Law, Mixed Legal Systems and the Myth of the Genius of Scots Private Law s. 228 ss., jossa kirjoittaja viittaa skotlantilaisten itsensä arvioihin omasta oikeudestaan.

[143]Ks. *Evans-Jones*, Receptions of Law, Mixed Legal Systems and the Myth of the Genius of Scots Private Law s. 232, 246.

[144]Tähän ongelmaan tulen palaamaan tarkemmin tutkimukseni III osan jaksossa 1.

[145]Puutteellisen kielitaidon syistä ks. *Wilson*, English Legal Scholarship s. 833: "product of general legal culture and the English educational system". Myös *Hodgson*, The Comparative Dimension (internet). Juristien heikon kielitaidon vuoksi on tärkeää, että Englantiin on perustettu sellaisia tutkimuslaitoksia, jotka tekevät heidän tarvitsemaansa "käännöstyötä". Sellainen on mm. Institute of Advanced Legal Studies, joka sijaitsee Lontoossa.

kous lienee yksi lisäsyy sille, miksi englantilaiset ovat painottaneet Irlannin ja Skotlannin sekä muiden Kansainyhteisön maiden ensisijaista merkitystä oikeusvertailun kohdemaina. Toisaalta englantilaisessa oikeuskulttuurissa oikeustiede ja oikeusteoria ovat olleet aliarvostetussa asemassa. Tämä on oikeusvertailun kannalta vahingollista, koska oikeudenkäyntiasianajajilla tai tuomareilla ei ilman oikeuskirjallisuuden apua ole todellisia resursseja selvittää kulloisenkin tapauksen yhteydessä sitä, miten ongelma on ratkaistu vieraiden maiden oikeusjärjestelmissä.[146] Tämä tosiseikka tuli ilmi myös edellä mainitun tapauksen White and another v Jones -tapauksen yhteydessä. Siinähän oikeusvertailua saatettiin hyödyntää sen vuoksi, että aiheen kannalta oleellisesta ulkomaisesta oikeudesta löytyi englanninkielisiä teoksia.[147] *Basil S. Markesinis* on kääntänyt tilanteen päälaelleen toteamalla, että avoimemman asenteen oikeusvertailua kohtaan olisi lähdettävä tuomareista. Jos tuomarit muuttaisivat asennettaan, rohkaisisi se myös asianajajia tekemään oikeusvertailevia viittauksia oikeusinstansseissa esiintyessään. *Markesinis* päättelee, että tätä kautta tultaisiin siihen väistämättömään lopputulokseen, että myös oikeuskirjallisuus suhtautuisi oikeusvertailuun vakavasti ja pyrkisi vieraita oikeusjärjestyksiä koskevan informaation muokkaamiseen "tuomariystävällisempään" muotoon.[148]

Myös lainsäätäjä tutustuu ensisijaisesti vieraan maan oikeudesta kertovaan oikeuskirjallisuuteen, mutta sen lisäksi turvaudutaan suorempiin informaatioväyliin eli henkilökohtaisiin kontakteihin.[149] Oikeuskirjallisuuden käytössä on näet se ongelma, että kukin lainsäädäntöprojekti vaatii yleensä oikeusvertailevan informaation räätälöimistä sen mittojen mukaiseksi eli oikeuskirjallisuudessa tehdyt oikeusvertailevat johtopäätökset eivät yleensä koskaan ole valmiita sellaisenaan käytettäviksi. On myös muistutettu siitä,

---

[146] *Wilson*, English Legal Scholarship s. 832 ss.

[147] *Lord Woolf* on todennut (johdannossa teokseen Markesinis, Foreign Law and Comparative Methodology), että tähän asti tuomioistuinten tietolähteenä ovat toimineet oikeudenkäyntiasianajajat, mutta hän ei pidä tätä pysyvänä - tai tulevaisuudessa toimivana - järjestelynä. Hän uskookin, että tuomioistuimet tulevat luomaan jonkinlaisen avustajan (judicial assistant) viran pitämään tuomarit selvillä siitä, mitä muussa maailmassa tapahtuu.

[148] *Markesinis*, A Subject and Thesis s. 7. Kirjoittaja on selittänyt omaksumaansa lähestymistapaa sillä, että yliopistomaailmassa tuntuu jatkuvasti siltä, että oikeusvertailu tulee aina toisen oikeusalueen nielemäksi. Aiemmin sen nieli kansainvälinen oikeus, nyt taas EY-oikeus.

[149] Oikeusvertailuun keskittynyt englantilainen instituutti, The British Institute of International and Comparative Law, on auttanut lainsäätäjää relevantin oikeudellisen informaation kokoamisessa. Sen resurssit lienevät kuitenkin vähäisemmät kuin joidenkin muiden maiden oikeusvertailuun keskittyneillä laitoksilla, kuten saksalaisella Max Planck-instituutilla.

että kaikkien lainsäädäntöreformien yhteydessä oikeusvertailevalla informaatiolla ei ole käyttöarvoa oikeudenalan erityispiirteiden vuoksi. Tämä tarkoittaa, että kaikkea käsillä olevaakaan oikeusvertailevaa informaatiota ei pidä hyödyntää, jollei sen järkevälle käytölle ole lainvalmistelussa edellytyksiä.[150]

Oikeusvertailun hyödyntämisen esteet eivät Englannissakaan kuitenkaan koske vain informaation saatavuutta. Toinen oikeusvertailun aliarvostettua asemaa ylläpitävistä tekijöistä on asenteellinen; juristit suhtautuvat oikeusvertailevaan materiaaliin vähättelevästi.[151] Tuomarit haluavat pitää yllä sitä harhakuvaa, että heidän kansallinen oikeutensa on täydellisyyttä hipova kokonaisuus ja että se on yleensä myös kattava oikeuslähteistö kaikkien oikeudellisten ongelmien ratkaisemiseksi. Toisaalta EY-oikeutta rasittaa kaksi "virhettä": se on säädännäistä sekä suurelta osin julkisoikeudellista. Englannissahan julkisoikeuden ja yksityisoikeuden eroa ei alunperin edes tunnettu ja tämä oikeushistoriaan kuuluva seikka heijastuu edelleenkin - ainakin jossain mitassa - englantilaisten juristien asenteisiin mainittua jakoa kohtaan.[152]

---

[150]*Marsh*, Comparative Law and Law Reform (teoksessa Proceedings oh the Fourth European Conference of Law Faculties s. 71-86. Strasbourg 1977). Hänellä on esimerkki turhasta oikeusvertailusta: The Distribution of Criminal Business between the Crown Court and the Magistrates' Courts, Cmnd. 6323 (1975). Hän tarjoaa esimerkin myös sellaisesta lakikomission lainsäädäntöehdotuksesta, jossa oikeusvertailevat viitteet puuttuivat (hänen mielestään aiheellisesti) kokonaan: Codification of the Law of Landlord and Tenant: Report on Obligations of Landlords and Tenants (Law Commission No. 67).

[151]Pohjois-Irlantilainen professori *Lee* on kritisoinut englantilaisia juristeja siitä, että nämä suhtautuvat yliolkaisesti jopa Yhdistyneen Kuningaskunnan sisäisen oikeusvertailevan informaation hyödyntämiseen. Ks. Comparative Law: Home Rules s. 116-9.

[152]Näin totesi *Baselow* The Eurofication of National Law in EU Member States - seminaarissa (Haga Slott, Enköping 21.11.1997) pitämässään alustuksessa European Contract Law.

3.3. Euroopan ihmisoikeudet oikeusvertailun kannalta

3.3.1. Yleistä

Ihmisoikeuksien aatehistoria ulottuu kauas, mutta lakimiestä kiinnostavassa merkityksessä ne oikeudellistettiin - niistä tehtiin kansainvälistä oikeutta sanan juridisessa merkityksessä - vasta toisen maailmansodan jälkeen. *Lauri Lehtimaja* muistuttaa, että kyse ei tuolloin ollut enää luonnonoikeudellisesta idealismista vaan luonnollisesta reaktiosta karvaaseen historialliseen kokemukseen.[153] Ennen 1940-luvun loppua ihmisoikeuksien suoja oli ollut rajoitetumpaa, koska sitä koskevat sääntelyt olivat kohdistuneet joko tiettyyn vähemmistöryhmään tai/ja ne olivat omanneet vain tiettyjä suojamuotoja. Muutoksessa olikin kyse kattavammasta ihmisoikeuksien suojaamisen tason määrittelystä kansainvälisellä tasolla: ihmisoikeudet eivät rajoittuneet enää kansallisesti. Tämän vuoksi valtiot eivät nykyään saa kohdella kansalaisiaan millä tahansa tavalla.

Ihmisoikeuksien esiinmarssin soihdunkantajana toimi Yhdistyneet kansakunnat (YK), joka hyväksyi vuonna 1948 Ihmisoikeuksien yleismaailmallisen julistuksen (Universal Declaration of Human Rights). Sen myötä ihmisoikeuksien kansainvälinen tunnustaminen tuli jäsenvaltioiden yhteiseksi tavoitteeksi. Tärkeitä ovat olleet myös vuoden 1966 TSS-(taloudelliset, sosiaaliset ja sivistykselliset oikeudet) ja KP-(kansalais- ja poliittiset oikeudet) sopimukset - erityisesti, koska ne sitovat sopimusvaltioita oikeudellisesti ja koska niiden mainitsemien oikeuksien toteutuminen on myös kansainvälisessä valvonnassa.[154] Niillä on myös läheinen liityntä Ihmisoikeuksien yleismaailmalliseen julistukseen, joka ei ole mainittujen sopimusten tavoin oikeudellisesti sitova, mutta josta haetaan niiden soveltamiseksi tulkinnallista apua.[155]

Yleismaailmallisten ihmisoikeussopimusten lisäksi on olemassa alueellisia ihmisoikeusjärjestelyjä. Euroopan alueellakin on useampia järjestöjä, joiden avulla ihmisoikeuksien suojaa on pyritty ja pyritään ylläpitämään ja

---

[153]*Lehtimaja*, Lakimies ja ihmisoikeudet s. 183. Ks. myös *Schlette*, Europäischer Menschenrechtsschutz nach der Reform der EMRK s. 219.

[154]Esimerkiksi KP-sopimuksen toteutumista valvoo YK:n ihmisoikeuskomitea Genevessä.

[155]Ks. *Drzewicki*, Internationalization and Juridization of Human Rights s. 32-35, joka katsoo ihmisoikeusnormistojen kansainvälistymisen tapahtuneen neljässä ajanjaksossa vuodesta 1945 nykypäivään.

kehittämään. Esimerkiksi ETYK on käsitellyt turvallisuuskysymysten lisäksi myös ihmisoikeuksia.[156] Se ei ole saattanut voimaan mitään jäsenvaltioita sitovaa ihmisoikeusnormistoa, mutta merkityksellistä on, että ETYKin lausumat tosiasiallisesti ohjaavat tuomioistuinten harkintaa.[157]Vuonna 1949 perustettu Euroopan Neuvosto (EN) on kuitenkin Euroopan alueella merkittävin ihmisoikeuksia edistänyt instituutio. Sen työskentelyn tuloksena syntynyt tärkein asiakirja on Euroopan ihmisoikeussopimus (Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, EIS) vuodelta 1950. Siihen ei suinkaan ole pyritty sisällyttämään kaikkia mahdollisia ihmisoikeuksia (siitä puuttuvat erityisesti taloudelliset ja sosiaaliset oikeudet) vaan se rakentuu sellaisilla perustaville vapauksille ja oikeuksille, joiden sopimuksen laatimisen aikaan katsottiin tulleen hyväksytyiksi kaikissa länsieurooppalaisissa demokratioissa.[158]

Ihmisoikeuksien toteutumista Euroopan alueella on edistänyt EIS:n kolmiportainen valvontamekanismi. Aikaisemmin järjestelmä toimi siten, että yksilövalituksissa (valtiovalituksia on tehty harvoin[159]) useimpien tapausten käsittely päättyi ihmisoikeustoimikuntaan. Jos valitus otettiin käsiteltäväksi, tuli se seuraavaksi esille joko ihmisoikeustuomioistuimessa tai Euroopan neuvoston ministerikomiteassa.[160] Tämä moniportainen valvontajärjestelmä uudistui, kun ihmisoikeussopimuksen 11. lisäpöytäkirja tuli voimaan 1.11.1998. Muutosta on perusteltu sillä, että järjestelmää luotaessa olosuhteet olivat täysin toisenlaiset kuin tänä päivänä. Tehokkaamman valvonnan tarvetta on lisännyt jäsenvaltioiden määrän paisuminen nykyiseen neljäänkymmeneen sekä samanaikaisesti tapahtunut yksilövalitusten määrän huomattava kasvu.[161] Määrällisen kasvun rinnalla käsiteltäväksi tulevat tapaukset ovat ongelmallistuneet - tulleet laajemmiksi ja monimutkaisemmik-

[156]Ks. *Merrills*, Promotion and Protection of Human Rights within the European Arrangements s. 216 ss.

[157]*Scheinin*, International Human Rights in National Law s. 350.

[158]Ihmisoikeussopimusta täydentää vuoden 1961 Euroopan sosiaalinen peruskirja (the European Social Charter), joka heijastaa jakoa vapausoikeuksien ja sosiaalisten oikeuksien välillä. Vrt. YK:n piirissä tehty jako KP- ja TSS-oikeuksiin.

[159]Valtiovalitusten vähäistä määrää on aiemmin selittänyt sopimusvaltioiden samankaltaisuus. Kun jäsenvaltioiden määrä on kasvussa ja kun ne tätä myöten muuttuvat heterogeenisemmiksi, saattaa olla, että valtiovalitustenkin määrä tulee jatkossa kasvamaan.

[160]Ks. tämän valvontajärjestelmän kritiikistä *Schlette*, Europäischer Menschenrechtsschutz nach der Reform der EMRK s. 219-222.

[161]Tuhannen rekisteröidyn valituksen raja rikkoutui vuonna 1988. Vuonna 1996 valituksia tehtiin lähemmäs viisituhatta

si.[162] Uudistuksen myötä ihmisoikeussopimuksen valvonta keskitetään yhdelle tuomioistuimelle. Ministerikomitea säilyy yleistoimielimenä, jonka tehtäväksi jää ihmisoikeustuomioistuimen päätösten toteutumisen valvonta.[163]

Nykyisin EN:n työstä tärkeän osan muodostavat valtiosopimusten laatiminen (joista osa on koskenut nimenomaisesti ihmisoikeuksia) sekä oikeudellisesti sitomattomien julistusten, suositusten ja päätöslauselmien julkistaminen. Näistä viimeksi mainituillakin saattaa käytännössä olla suuri merkitys kansallisen lainsäädännön kehityksen ohjaajana sekä EIS:n artiklojen tulkinnallisena apuvälineenä. Ne ovatkin usein syntyneet pitkällisten neuvottelujen jälkeen, jolloin niiden sisällöstä on päästy suhteellisen suureen yksimielisyyteen. Tämän vuoksi voi olettaa, että niillä voi olla merkitystä kansallisella tasolla niin hyvin oikeustieteen, lainsoveltajan kuin myös lainsäätäjän toiminnan kannalta.[164]

3.3.2. Ihmisoikeussopimusten tulkinta

Ihmisoikeuksia koskeneilla sopimuskirjoilla on ollut vaikutusta siihen, että oikeusvertailu on saanut yhä suuremman merkityksen länsimaisissa oikeusjärjestelmissä. Aikaansaatujen ihmisoikeusnormistojen sanamuodot on näet täytynyt jättää melko yleisluonteisiksi, joka osin selittää, miksi oikeusvertailevat argumentit ovat olleet heti alusta pitäen niiden tulkinnassa luonnollisia ja välttämättömiä apuvälineitä.[165] Esimerkiksi EIS:n tulkinnalle on leimal-

---

[162] *Viljanen*, Uusi Euroopan ihmisoikeustuomioistuin s. 54.

[163] *Viljanen*, Uusi Euroopan ihmisoikeustuomioistuin s. 56. *Schlette*, Europäischer Menschenrechtsschutz nach der Reform der EMRK s. 222-226, kuvaa uuden valvontajärjestelmän rakennetta ja vertailee sitä vanhaan järjestelmään.

[164] *Merrills*, Protection and Promotion of Human Rights Within the European Arrangements s. 211. *Drzewicki*, Internalization and Juridization of Human Rights s. 38, kuvailee mainittuja julistuksia, suosituksia yms. termillä "soft law". Niiden tärkein merkitys on oikeuskäytännön ohjaamisessa, mutta "sometimes they constitute a first step towards the transformation of their provisions into "hard law" in the course of the codification process." Ks. myös OECD: Improving the Quality of Laws and Regulations (OECD/ GD(94)59. Pariisi 1994). Erityisesti raportin jakso Ensuring Legal and Technical Quality, jossa todetaan, että vaikka maa ei olisikaan juridisesti velvoitettu seuraamaan tiettyä kansainvälisen oikeuden säännöstä, saattaa kansallisen oikeuden muuttaminen sen mukaiseksi olla viisasta jostakin valtion kannalta järkevästä, esimerkiksi taloudellisesta, näkökulmasta.

[165] Oikeusvertailevien argumenttien käyttö ihmisoikeusnormistojen tulkinnassa voidaan Suomessa sitoa myös auktoriteettiargumenttiin, sillä kansainvälistä oikeutta koskevia sopimuksia tulkitessa sovellettavaksi tulevat Wienin valtiosopimusoikeutta koskevan yleissopimuksen (SopS 32-33/80) artikloihin kootut tulkintaperiaatteet, joista yhtenä on mainittu oikeusvertailu.

lista ollut eräänlainen länsieurooppalainen oikeuskulttuurisidonnaisuus. Tulevaisuudessa sopimuksen tulkinnassa joudutaan tosin ratkomaan yhä haastavampia ongelmia, koska uusiin sopimusmaihin kuuluu nyt oikeusjärjestelmältään ja -kulttuuriltaan alkuperäisistä jäsenistä eroavia maita.[166] *Matti Pellonpää* on varoittanut, että "sopimuksen tulkinnallisista vaihtoehdoista ei tule mekaanisesti hyväksyä sopimusvaltioiden enemmistön hyväksymää tulkintaa, koska vertailevat näkökohdat muodostavat yhden monesta - tosin tärkeän - tulkinnassa huomioon otettavasta seikasta."[167] Pienet jäsenvaltiot eivät siksi ole - ainakaan teoriassa - sopimuksen artiklojen tulkinnassa suurempien jäsenvaltioiden talutusnuorassa.

Ihmisoikeustuomioistuimen tulkintakäytäntöä leimaa siten evolutiivis-dynaaminen piirre, koska tulkinnat muuttuvat sitä mukaa, kun ihmisoikeussopimukseen osalliset yhteiskunnat kehittyvät. Tämä on tärkeämpää kuin se, että pitäydyttäisiin sopijapuolten alkuperäisissä tarkoituksissa. Tämän vuoksi esitöillä ei voi olla ratkaisevaa merkitystä tulkintatoiminnan kannalta. Lauri *Lehtimaja* on kuvannut Strasbourgin ihmisoikeuskäytäntöä Troijan hevoseksi, jolla on viaton ulkokuori, mutta yllättävä sisältö.[168] Kun dynaamisuuteen liittyy luovuus, herää kysymys, toimiiko ihmisoikeustuomioistuin lainsäätäjänä vai lainsoveltajana ? *Pellonpää* on sitonut tämän tulkinnan objektivoimisen problematiikan yhteen oikeusvertailevien argumenttien kanssa: "On selvää, että..tuomioistuimen on pystyttävä perustamaan tulkintojensa muutokset johonkin objektiivisempaan kiinnekohtaan kuin vain omaan "intuitioonsa" siitä, millä tavoin yhteiskunnallinen ilmapiiri ja demokraattiset arvot ovat muuttuneet Länsi-Euroopassa. Tällaisen kiinnekohdan tarjoaa tuomioistuimen tulkintatoiminnassaan soveltama (oikeus)vertaileva lähestymistapa."[169]

---

[166]*Pellonpää*, Euroopan ihmisoikeussopimus vuoden 1997 alussa s. 16.

[167]Euroopan ihmisoikeussopimus s. 153 ss.

[168]*Lehtimaja*, Lakimies ja ihmisoikeudet s. 187.

[169]*Pellonpää*, Euroopan ihmisoikeussopimus s. 151. *Viljasen*, Uusi Euroopan ihmisoikeustuomioistuin s. 63, mielestä ihmisoikeustuomioistuin on viime aikoina pyrkinyt kehittämään tulkintaa käyttämällä distinktio-tekniikkaa: "Uuteen tulkintaan ei ole vaadittu aikaisempien ratkaisujen uudelleen arviointia, vaan ero on ollut löydettävissä tapauksen erityisolosuhteiden kautta (ks. esim. B v Ranska, 25.3.1992, 232-C). Tällaisen tulkintapoliittisen linjauksen valitseminen on yksittäistapauksessa antanut mahdollisuuden päästä toiseen lopputulokseen. Toisaalta varsinaisen tapauksen ulkopuolella ei ole ollut yhtä selvää, mitä tulkintaa tuomioistuin on kannanotollaan halunnut tukea." *Viljanen* odottaakin kiinnostuneena sitä, miten toteutettu Euroopan ihmisoikeussopimuksen valvontajärjestelmän uudistaminen (1998) tulee tulkintakäytäntöön vaikuttamaan.

3.3.3. Suomi ja Englanti ihmisoikeuksien suojaajina

Kansainvälisiin järjestöihin liittyminen ja yleissopimuksiin sitoutuminen on vaikuttanut suomalaisten tuomioistuinten soveltamaan oikeuslähdeoppiin.[170] Vaikka Suomi on tällä vuosisadalla liittynyt useisiin ihmisoikeussopimuksiin, ei niihin pidetty tapana viitata korkeimmissa oikeusasteissa ennen 1990-lukua. Nykyisin tilanne on toinen: KP-sopimukseen tai EIS:een on viitattu lukuisissa ylimpien oikeusasteiden ratkaisuissa.[171] Eduskunnan oikeusasiamiehen toimintakertomuksessa todetaankin, että kansalliset perusoikeudet ja kansainväliset ihmisoikeudet muodostavat toisiaan täydentävän oikeudellisen suojajärjestelmän, jolla on keskeinen merkitys laillisuusvalvonnassa: "Perus- ja ihmisoikeudet "läpäisevät" koko laillisuusvalvonnan kentän."[172]

> Suomalaiset tuomioistuimet ja lainsäätäjä saattavat huomioida ulkomaiset ihmisoikeusnormit ei vain sääntöluontoisina, vaan myös periaatteiden tavoin, jolloin heidän tulkintaansa vaikuttavat myös Suomea oikeudellisesti velvoittamattomat ihmisoikeussäännöstöt - ikäänkuin ihmisoikeudet olisivat tällöin kansallisen oikeuden kehitystä ja soveltamista ohjaavia ulkoisia mittapuita. Tämä osoittaa, miten ihmisoikeusnormit eivät pelkästään osoita oikeusturvan minimitasoa vaan voivat

---

[170]Kansainvälisillä sopimuksilla on Suomen oikeusjärjestelmässä vahva muodollisoikeudellinen asema. Tämä johtuu siitä, että Suomi kuuluu ns. dualistisiin valtioihin, joissa valtion kansainvälisistä sitoumuksista tulee sen sisäisesti velvoittavia vasta sitten, kun ne on muunnettu (inkorporoitu) osaksi kansallista oikeusjärjestelmää. Suomessa voimaansaattamisesta säädetään yleensä blankettilailla ja asetuksella. Ks. yksityiskohtaisemmin *Pellonpää*, Euroopan ihmisoikeussopimus vuoden 1997 alkaessa s. 7.

[171]EIS on vaikuttanut kenties konkreettisimmin OK 13 luvun 1 §:n esteellisyyssäännöksiin. EIS 6 artiklan 1. kohta ja uudistetut perusoikeussäännökset, erityisesti HM 16 §:n tuomioistuinten riippumattomuusvaatimus, ovat vaikuttaneet niin, että henkilö saattaa olla esteellinen, vaikkei hän sitä oikeudenkäymiskaaren perinteisen tulkinnan valossa olisikaan. Ks. KKO 1996:124 sekä myös KKO:1998:148, jossa korkein oikeus tulkitsi pakkokeinolakia niin, että se vastasi myös Suomen hallitusmuodon ja Euroopan ihmisoikeussopimuksen määräyksiä sekä KKO:1999:50, jossa isyyslain tulkinnassa otettiin huomioon HM 6 § sekä EIS 5 ja 8 artiklat. EIS on vaikuttanut myös korkeimpaan hallinto-oikeuteen, josta ks. KHO 6.5.1998 T 773/1998 (ATK vuosikirja), jossa sovellettiin Euroopan ihmisoikeussopimuksen 8(1) artiklaa kuten myös HM:n säännöksiä 8 § ja 16a §.

[172]Eduskunnan oikeusasiamiehen kertomus toiminnastaan vuonna 1997 (Helsinki 1998) s. 35. Ks. myös s. 64, jossa huomautetaan, että vaikkakin Suomesta tehdään runsaasti ihmisoikeusvalituksia, niin se ei tarkoita, että ihmisoikeuskulttuuri olisi jotenkin huono - pikemminkin päinvastoin: "Mitä paremmin ihmiset osaavat perätä oikeuksiaan, sitä parempaan suuntaan kehittyy myös ihmisoikeustilanne. Demokraattinen oikeusvaltio edellyttää kansalaisiltaan aktiivisuutta."

integroitua osaksi oikeusideologiaamme.[173]

Sen sijaan *Laura Ervo* on todennut, että EIS:n artikloista ei ole kuitenkaan tullut suomalaisen lainkäytön arkipäivää, vaikka ne yhä eneneväs-sä määrin otetaankin erityisesti muutoksenhakuasteissa huomioon. *Ervon* mielestä asennemuutosta tarvitaan etenkin alioikeustasolla, jossa ihmisoikeussopimusten soveltaminen on ilmeisesti vielä melko harvinaista. Toisaalta asianajajat eivät osaa käyttää ihmisoikeussopimuksen määräyksiä päivittäisenä perustyökaluna. *Ervon* mukaan syynä tuomioistuinten piittaamattomuuteen on tiedon puute: ihmisoikeussopimuksen määräykset koetaan lainkäytön hienosäätäjiksi tai tutkijoille tai muutoksenhakutuomioistuimille tarkoitetuiksi askarteluvälineiksi. Ei ymmärretä, että kyse on jokapäiväisistä ja merkityksellisistä säännöksistä samoin kuin oikeudenkäymiskaaren säännöksetkin ovat.[174] Ihmisoikeussopimus (EIS) tulisi ts. arkipäiväistää.[175] Tämä (ja EY-oikeus) ei kuitenkaan tarkoita, että Suomi kadottaisi oikeudelliset erityispiirteensä. Oikeusvertailevat kannanotot voivat *Pekka Hallbergin* mukaan jopa vahvistaa kansallista oikeuskulttuuria. Dynaaminen oikeuslähdeoppi ei siksi välttämättä merkitse eurooppaoikeudellista kolonisaatiota.[176]

Englannin oikeudessa on perinteisesti uskottu common law´hon ihmisoikeuksien toteuttajana, koska sen on nähty aina tähtäävän ensisijaisesti yksilön mahdollisimman rajoittamattomiin vapauksiin. Puhutaan ns. negatiivisista oikeuksista: kaikki, mikä common law´ssa ei ole kielletty, on sallittua tehdä. Englannin tapausoikeuteen perustuva ihmisoikeussuoja on ollut monessa suhteessa tehokas, mutta viime vuodet ovat osoittaneet, että yhteiskunnallisten toimintojen ja suhteiden monimutkaistuessa common law on ihmisoikeuksien kannalta myös hajanainen ja epätäydellinen suojajärjestelmä.[177] Tämän vuoksi kansalliset tuomioistuimet ovat joissakin tapauksis-

---

[173]*Lehtimaja*, Lakimies ja ihmisoikeudet s. 191, puhuu maanläheisestä antilegalismista. Se on tyypillistä ihmisoikeusystävälliselle laintulkinnalle, jossa lain kirjaimen sijasta tuijotetaan mieluummin lainsoveltamisen tosiasiallisiin vaikutuksiin reaalimaailmassa. Suomen ratifioimista ja tärkeimmistä ratifiomatta jättämistä ihmisoikeussopimuksista ks. *Scheinin*, Ihmisoikeudet Suomen oikeudessa s. 8-9 (Jyväskylä 1991).

[174]Euroopan ihmisoikeussopimuksen merkitys suomalaisessa lainkäytössä s. 108 ss.

[175]*Lehtimaja*, Lakimies ja ihmisoikeudet s. 183.

[176]Oikeus puntarissa s. 53.

[177]Rights Brought Home: The Human Rights Bill, October 1997 (Cmnd. 3782) (internet). Erityisesti luku 1: The Case for Change. Suojajärjestelmän heikkous on käynyt ilmi esimerkiksi silloin, kun parlamenttilaki on ollut ristiriidassa common law´ssa kehittyneiden yksilöiden oikeuksien kanssa. Näissä tilanteissa parlamenttilakia tulee näet soveltaa ensisijaisesti.

sa tehneet viittauksia EIS:een tulkinnallisten epäselvyyksien ratkaisemiseksi.[178] Englantilaisilla on tosin ollut vuodesta 1996 lähtien mahdollisuus nostaa valtiota vastaan kanne ihmisoikeussopimuksen rikkomisesta Euroopan neuvoston toimielimissä, mutta tähän perustuvaa oikeusturvaa on tosiasiassa heikentänyt valitusprosessin läpiviemiseen keskimäärin kuluva aika (arviolta viisi vuotta) ja kustannukset (30 000 puntaa).[179]

Ihmisoikeussuojan puutteellisuuden vuoksi Englannissa ryhdyttiin käymään keskustelua siitä, tulisiko EIS saattaa kansallisesti voimaan.[180] Tätä pidettiin tärkeänä ensinnäkin yksityisten kansalaisten perspektiivistä tarkasteltuna - olihan yleisen luottamuksen kannalta vahingollista ajatella, että kansallisten tuomioistuinten sijasta oikeutta saattoi saada vain maan ulkopuolisista oikeusinstansseista. Toisaalta inkorporaatiota pidettiin tärkeänä myös sen vuoksi, että tätä kautta myös englantilaiset pääsisivät omalta osaltaan vaikuttamaan Strasbourgin dynaamisesti kehittyvään tapausoikeuteen. Voimaan saattamisen läpimeno pyrittiin varmistamaan ehdottamalla kansallisten tuomioistuinten ja parlamentin keskinäisten valtasuhteiden ennallaan pitämistä eli että EIS:n artikloja ja Ihmisoikeustuomioistuimen päätöksiä ei edelleenkään pidettäisi kansallisia lainsoveltajia ehdottomasti sitovina oikeuslähteinä. Ehdotettiin, että kansallisen lain ja ihmisoikeussopimuksen ristiriitatilanteissa parlamentin säätämillä laeilla olisi edelleenkin

[178]Ks. siitä, miten ihmisoikeuksia Englannissa sovelletaan *Feldman*, Civil Liberties and Human Rights in England and Wales (Oxford 1993). Myös *Hunt*, Human Rights Law in English Courts s. 325-384, johon kirjoittaja on koonnut kronologiseen taulukkoon ne englantilaisissa tuomioistumissa ratkaistut tapaukset, joiden perusteluissa on viitattu sellaisiin kansainvälisiin ihmisoikeusnormistoihin, jotka eivät muodollisesti kansallisia lainsoveltajia sido. *Huntin* taulukossa on huomioitu muutkin ihmisoikeussopimukset kuin EIS. *Bankowski-MacCormick-Marshall*, Precedent in the UK s. 351. Ks. myös *Lord Bingham*, The Way We Live Now: Human Rights in the 17th Milennium (internet), jossa hän toteaa tuomioistuinten pyrkineen EIS:n kanssa linjassa olevaan tulkintaan niin hyvin säädännäistä kuin ennakkotapausoikeuttakin soveltaessaan: "In these ways the convention made a clandestine entry into British law by the back door, being forbidden to enter by the front." Kirjoittaja viittaa kuitenkin myös siihen käytännössäkin ilmenneeseen mahdollisuuteen, että tuomioistuimet tekevät (joutuvat tekemään) ratkaisuja, jotka ovat ihmisoikeussopimusten kanssa ristiriidassa. Esimerkiksi R v Ministry of Defense ex parte Smith [1996] QB 517.

[179]Sen jälkeen, kun englantilaiset ovat saaneet valittaa Strasbourgin ihmistoikeustoimielimiin, on Englantia koskevia valituksia hyväksytty enemmän kuin mitään muuta maata kohtaan - Italiaa lukuunottamatta - eli yli 50. Tähän lukuun eivät sisälly sovintoon johtaneet ihmisoikeusrikkomukset. Englannin onkin todettu rikkoneen lähes jokaista ihmisoikeussopimuksen artiklaa. Ks. näistä rikkomustapauksista lisää *Lord Bingham*, The Way We Live Now: Human Rights in the 17th Milennium (internet).

[180]Inkorporaatiosta käydyn keskustelun on yhteenkoonnut *Zander*, The Bill of Rights s. 1-39 (London 1997).

etusija. Englantilaisille tuomareille syntyisi vain velvoite tulkita kansallisia lakeja mahdollisimman yhdenmukaisesti ihmisoikeussopimuksen kanssa.[181]

Nämä ehdotukset johtivat siihen, että Englannissa säädettiin Human Rights Act 1998. Siinä omaksuttiin ehdotusten mukainen ratkaisu siitä, että kansallisilla säännöksillä on edelleen etusija EIS:n artikloihin nähden silloin, kun ne ovat ristiriidassa keskenään. Uusi säädös velvoittaa kuitenkin kaikkia lainsoveltajia tulkitsemaan kansallista oikeutta mahdollisimman yhdenmukaisesti ihmisoikeussopimuksen kanssa.[182] Jos ristiriita kansalliseen oikeuteen jää kuitenkin ylittämättömäksi, voivat ylimmät oikeusasteet tehdä sitä koskevan julistuksen (declaration of incompatibility), mutta tämä ei vaikuta käsiteltävänä olevassa jutussa sovellettaviin kansallisiin säännöksiin välittömästi. Tuomioistuimilla on siten valta arvioida kansallisten säännösten ihmisoikeussopimuksen mukaisuutta, mutta niillä ei edelleenkään ole lainsäädäntövaltaa.[183] Tämän tuomioistuimille siirretyn parlamenttilakien

[181]Rights Brought Home: The Human Rights Bill, October 1997 (Cmnd. 3782) luku 2 (internet), jossa ehdotettiin, että samalla säädettäisiin ns. nopeutettu lainsäädäntöprosessi, jota kautta EIS:n kanssa ristiriitaiset säännökset saataisiin nopeasti ja joustavasti uudistetuiksi (ns. "fast-track procedure"). Kun pohdittiin eri vaihtoehtoja sille, miten tällaisen nopeutetun lainsäädäntöprosessin voisi toteuttaa, viitattiin muiden Kansainyhteisön maiden (erityisesti Kanadan ja Uuden-Seelannin) omaksumiin ratkaisumalleihin. Ks. *Tierney*, Constitutional Reform under the New Labour Government s. 469 (European Public Law Vol. 3 s. 461-473).

[182]Ks. 25.3.1999 Englannin ylimmässä oikeusasteessa annettu ratkaisu tapauksessa Dawson v Wearmouth (internet). Tapauksessa oli kyse lapselle annettavasta sukunimestä ja eronneiden avopuolisoiden oikeudesta päättää siitä. Kantajan asianajaja viittasi Euroopan ihmisoikeussopimuksen 8 artiklaan. Tuomioistuin myönsi, että ihmisoikeussopimuksen artiklat ovat lähtökohtaisesti relevantteja kansallisen lain tulkinnassa. Tässä tapauksessa ihmisoikeussopimuksen ei katsottu kuitenkaan vaikuttavan tuomioistuimen velvollisuuteen ratkaista riita kansallisesti voimaansaatetun vuoden 1989 Child Actin perusteella lapsen edun mukaisesti. Ks. erityisesti *Lord Holbournen* äänestyslausunto.

[183]Tässä syntyy mielenkiintoinen jännite, koska ihmisoikeussopimuksen mukainen tulkintavelvoite koskee kaikkia oikeusasteita, mutta julistuksen kansallisen lain EIS:n vastaisuudesta voivat tehdä vain parlamentin ylähuone, Privy Council, Court of Appeal ja High Court. Tämä julistus ei kuitenkaan näidenkään oikeusinstanssien osalta vaikuta käsiteltävänä olevan tapauksen ratkaisuun. Ajatellaanpa, että kansalainen häviää juttunsa alemmassa oikeusasteessa esimerkiksi siksi, että sovellettavaksi tuleva kansallisen oikeuden säännös on ristiriidassa EIS:n kanssa. Miksi hän vaivautuisi valittamaan ylempään oikeusinstanssiin, kun se ei voisi tässä yksittäisessä tapauksessa tehdä muuta kuin pysyttää ratkaisun, arvioida kansallisen lain EIS:n vastaisuuden ja jäädä odottamaan lainmuutosta (tulevia tapauksia silmällä pitäen) ? Kuitenkin, jos henkilö ei tässä tapauksessa tee valitusta, julistus EIS:n ja kansallisen lain ristiriidasta jää tekemättä, koska - kuten todettu, alemmat oikeusasteet eivät ole sen tekemiseen oikeutettuja.

arviointivallan on katsottu olevan merkittävä poliittisia valtasuhteita horjuttava tekijä. Englannissahan on tätä ennen ollut selkeä toimivaltojen ero lainsoveltaja- ja lainsäädäntötahon välillä.[184] *K.D. Ewing* on innostunut siksi pitämään Human Rights Actia merkittävimpänä parlamentin ja tuomioistuinten välisiin valtasuhteisiin puuttuvana lakina sitten vuoden 1688 Bill of Rightsin.[185]

Francis Bennion on ihmetellyt, että eivätkö nämä lainsäädännölliset ratkaisut johda siihen, että Englannissa ja Strasbourgissa toteutetut oikeudet eivät vastaa toisiaan. Hän pohtiikin eroa ns. peilikuva-lakien ja vapaasti kelluvien -lakien välillä. Viimeksi mainituilla hän tarkoittaa, että kansalliset tuomioistuimet voivat kehittää (rajoittaa ?) ihmisoikeuksia tulevaisuudessa(kin) haluamallaan tavalla. Eli kun Englannissa voimaan saatettu laki kelluu vapaasti, tarkoittaa se käytännön tasolla, että ihmisoikeuksien laajuus jää yhä kansallisen oikeuskoneiston päätettäväksi.[186] *K.D. Ewing* katsoo Human Rights Actin lainsäädännöllisten ratkaisujen tarkoittavan, että Englannissa ei todellisuudessa voimaansaatettu Euroopan ihmisoikeussopimusta, vaan "joukko periaatteita, jotka sattuvat kuulumaan EIS:een." Hän toteaa, että "we have something much closer to a distinctively British Bill of Rights than is sometimes imagined."[187]

---

[184]Englannissa parlamentin lainsäädäntövaltaa on aiemmin pidetty rajoittamattomana, josta ks. esimerkiksi *Elliottin* artikkeli Demise of Parliamentary Sovereignty ?

[185]*Ewing*, The Human Rights Act and Parliamentary Democracy s. 79: "the most significant formal redistribution of political power in this country..perhaps since 1688 when the Bill of Rights proclaimed loudly that proceedings in Parliament ought not to be questioned or impeached in any court or in any place." Myös *Elliott*, Demise of Parliamentary Sovereignty ? s. 127, pohtii Human Rights Actin vaikutuksia traditionaaliseen oppiin Englannin parlamentin lainsäädäntövallan suvereenisuudesta.

[186]Koska se ei ole kirjoittajan mukaan suotavaa, osoittaa hän artikkelissaan Which Sort of Human Rights Act ? ne muutokset, joka lakiehdotukseen tulisi tehdä, jotta voimaansaatettava säännöstö olisi ns. peilikuvateesin mukainen. *Bennionin* artikkeli on siis ajalta ennenkuin Human Rights Act saatettiin voimaan. Tällä ei ole merkitystä, koska hän pohtii uudistuksen niitä kohtia, jotka saatettiin voimaan ehdotusten mukaisina.

[187]The Human Rights and Parliamentary Democracy s. 86. Kirjoittajan mielestä ihmisoikeussopimuksen teksti on merkityksetön ilman viittauksia oikeuskäytäntöön ja sitä myöten oikeustieteeseen. EIS:n teksti jää tällöin torsoksi, ja englantilaiset tuomioistuimet voivat kehittää artikloissa mainittuja periaatteita tahtomaansa suuntaan.

3.4. Johtopäätöksiä

Edellä käydyssä maakohtaisessa tarkastelussa on selvinnyt, että oikeusvertailun merkitys on kansainvälistymisen, ylikansallisiin järjestöihin liittymisen ja yleissopimusten hyväksymisen vuoksi kasvamaan päin, mutta yhä edelleen vertailevalla tutkimusotteella on esimerkkimaissa myös käyttämättömiä voimavaroja. Kaikkien näiden maiden osalta tälle yhteinen - ja kenties pahin - syy löytyy siitä epäluulosta, jolla oman voimassa olevan oikeuden ulkopuolisiin elementteihin suhtaudutaan: perinteisesti niissä ollaan ajateltu, että oma laki tarjoaa kaiken sen materiaalin, jonka kansallinen lainsoveltaja tarvitsee yksittäisten tapausten ratkaisemiseksi. Suomen osalta arviointia vaikeuttaa se, että korkeimman oikeuden käyttämästä perusteluformaatista on vaikea tehdä johtopäätöksiä sen suhteen, kuinka paljon oikeusvertailevaa aineistoa on todellisuudessa ratkaisuharkinnassa hyödynnetty. Korkeimman oikeuden esittelijä toimii perusteluadressaatin kannalta näkökentän katveessa; mitä näemme on se tosiseikka, että tuomioistuin ei viittaa juuri edes kansalliseen oikeuskirjallisuuteen. Oikeuskäytäntöönkin tehdyt viittaukset ovat pikemminkin olleet poikkeuksen kuin pääsäännön asemessa. Eri kannanottoja ei siten puhuteta perusteluissa vastakkain. Viime vuosina muutosta tässä suhteessa on kuitenkin tapahtunut - samalla kun perustelut ovat pidentyneet. Ehkä tämä kehitys johtaa ajan myötä myös oikeusvertailevien argumenttien selkeämpään hyödyntämiseen päätöstä tehtäessä ja sitä perusteltaessa.

Englantilaisen oikeuskulttuurin tuntomerkki on puolestaan oikeustieteelle annettu aliarvostettu asema, joka omalta osaltaan selittää oikeuden isolationismia. Se selittää myös oikeusvertailevan tutkimusotteen asemaa Englannissa. On kuitenkin huomattava, etteivät englantilaiset itse koe oikeutensa eristyneisyyttä ongelmana - se pikemminkin muistuttaa sikäläisiä juristeja heidän oman oikeusjärjestyksensä - ja varsinkin common law'n - erinomaisuudesta. Tällä oikeustieteelle annetulla aliarvostetulla asemalla ja mannereurooppalaisesta poikkeavalla oppikirjatraditiolla on merkitystä työni koko kysymyksenasettelun kannalta. Liittyväthän nämä oikeuskulttuuriin kuuluvat tekijät oikeusvertailussa vaadittavan esitiedon problematiikkaan. Niillä on siten merkitystä siltä kannalta, miten englantilaisten juristien on mahdollista hankkia tietoa vieraiden oikeusjärjestysten sisällöstä. Oikeuskulttuurisilla tekijöillä on merkitystä myös niille ulkomaisille juristeille, jotka haluaisivat selvittää voimassa olevan Englannin oikeuden sisältöä. Se kolmio, joka muodostuu lainsäädännöstä, lainkäytöstä ja oikeustieteestä, ei ole kaikissa oikeusjärjestelmissä samanlainen - kulmapisteiden saama arvostus

ja keskinäinen vuorovaikutus vaikuttavat sivujen pituuteen ja kulmien terävyyteen. Tällä on olennaista merkitystä oikeudellisen informaation hankkimisen ja sitä kautta myös oikeusvertailevien tutkimusten kannalta.

Kaikkien kolmen esimerkkimaan perusteella oikeusvertailulla näyttää olevan eniten oikeuspoliittista merkitystä eli sitä hyödynnetään eniten kansallista lainsäädäntöä muutettaessa ja uudistettaessa.[188] *Zweigert-Kötzin* kirjoittamassa oikeusvertailun perusteoksessa An Introduction to Comparative Law vertailevien tutkimusten tarpeellisuutta perustellaankin ensisijaisesti sillä, että ne ovat tärkeitä lainsäätäjän toiminnan kannalta. Tämän valossa englantilaisen *Jonathan Hillin* kritiikki on mielenkiintoinen; hänen mielestään kirjoittajien väitteet edellyttävät objektiivisuutta, joka ei ole oikeusvertailevissa tutkimuksissa mahdollinen. *Hillin* tulkinnan mukaan *Zweigertin* ja *Kötzin* mielestä on mahdollista kyetä oman oikeuden kriittiseen tarkasteluun yhdenvertaisesti vieraiden oikeusjärjestelmien rinnalla, jolloin lainsäätäjä voisi vertailun kohdemaiden oikeudesta valita "the better solution for his time and place".[189] *Zweigert* ja *Kötz* ovat ilmeisesti olleet selvillä siitä, että heidän objektiivisuus-olettamansa saattaa aiheuttaa kritiikkiä, koska he ovat todenneet, että vertailijan tarkastelun mittapuut ovat samoja, joita jokainen oikeustieteilijä käyttää arvioidessaan, mikä useista vaihtoehtoisista ratkaisuista olisi tarkoitukseensa (purpose) paras ja toimisi olosuhteisiin nähden oikeudenmukaisimmin (most justly). *Hill* huomauttaa tämän perustelun uskottavuuden kärsivän siitä, että "purpose" ja "justly" ovat kumpikin arvoväritteisiä käsitteitä. Tämä aiheuttaa houkutuksen muokata saatuja tutkimustuloksia siten, että ne soveltuisivat paremmin käyttötarkoitukseensa ja vahvistaisivat tutkijalla olleita ennakkokäsityksiä. Kritiikistään huolimatta *Hill* ei pidä järkevänä, että oikeusvertailua lakattaisiin kokonaan hyödyntämästä lainuudistamisprosesseissa - olisi vain pidettävä mielessä, että arviot kunkin oikeusjärjestelmän hyvistä ja huonoista puolista tapahtuvat lopulta aina tutkijan omien, omassa oikeusyhteisössä muokkautuneiden arvostusten pohjalta, jotka sitten vaikuttavat tehtyihin johtopäätöksiinkin.[190]

[188] *Wrede*, Suomen oikeus- ja yhteiskuntajärjestys s. 77, on yleistänyt, että miltei kaikissa maissa lainsäätäjä kiinnittää vieraisiin oikeusjärjestyksiin huomiota. Ks. myös *Mattila*, Les successions agricoles et la structure de la société s. 41, joka toteaa, että vähänkin merkittävämpien lainuudistusten yhteydessä useimpien maiden lainsäätäjät tutustuvat ainakin kaikkein tärkeimpinä pitämiensä maiden oikeuteen.

[189] *Zweigert-Kötz*, An Introduction to Comparative Law s. 15.

[190] *Hillin*, Comparative Law, Law Reform and Legal Theory s. 103-6, mukaan kirjoittajat ovat itse paljastaneet teoriansa puutteet soveltaessaan sitä sopimusoikeudellisiin kysymyksiin. *Modeen* ei *Zweigert-Kötzin* teoksen arvioinnissa suoraan ota kantaa *Hillin* esiinnostamaan ongelmaan. Ks. Kirja-arvostelu teoksesta Zweigert-Kötz: An Introduction to Comparative Law (TfR 1979 s. 88-96).

Heikki Mattilan väitöskirjan teesit tuovat lainvalmistelijalle oikeusvertailua koskevia lisähaasteita. Hän väittää, että jos kahden valtion yhteiskunta- ja oikeusjärjestykset ovat lähellä toisiaan, ei tutkimus voi tarjota paljonkaan kiinnostavaa de lege ferenda, jollei huomioon oteta mahdollisuutta legitimoida valittuja lainsäädäntöteknisiä ratkaisuja. Eli vain, jos oikeusvertailevista tutkimuksista tehdään mahdollisimman haastavia vertailtavan asia-aiheen ja vertailumaiden osalta, tarjoavat ne konkreettisia vaihtoehtoja kansalliselle lainsäätäjälle, eivätkä toimi vain muilla keinoin jo päätettyjen lainuudistusten tai -muutosten tukena.[191] Jokaisen oikeusvertailevan tutkimuksen syvyys ja tutkimusmaiden valinta oikeuspoliittisissa projekteissa riippuu kuitenkin aina siitä, missä lainsäädäntöprosessin vaiheessa ollaan: ensinnäkin inspiraatio lain muuttamiselle saattaa tulla ulkomaisesta oikeudesta, toisekseen oikeusvertailun avulla voidaan ottaa mallia uusien säännösten lakitekniseksi toteuttamiseksi. Oikeusvertailulla saadaan myös empiiristä tietoa siitä, miten kansallisesti voimaansaatettaviksi suunnitellut säännökset ovat toisissa maissa toimineet niille asetettujen tavoitteiden toteuttajina.[192]

3.5. EY-oikeus ja oikeusvertailu[193]

3.5.1. EU:n ihmisoikeussuoja

Myös EU:lla on oma roolinsa ihmisoikeuksien suojaajana.[194] On katsottu, että EY-oikeudellisten periaatteiden piiriin kuuluvat myös Euroopan ihmisoikeussopimuksen sisältämät oikeudet. *J.G. Merrills* onkin huomannut, että koska yhteisön oikeutta tulkitessa ja sovellettaessa on otettava huomioon sen jäsenmaiden konstitutionaaliset traditiot, tunnustetut ihmisoikeudet mukaan

[191]Les successions agricoles et la structure de la société s. 44-47.

[192]*Niemivuo*, Lagberedning och rättsjämförelse s. 73, 77, jossa on listattu syitä oikeusvertailun tärkeydelle lainvalmistelutyössä: " 1. Det internationella samarbetet, t.ex. ekonomiska integrationen, förutsätter en viss enhetlighet mellan lagstifningen i två eller flera länder. 2. Det utländska jämförelsematerialet ger idéer och ibland t.o.m. modeller för lösningar. 3. Genom att bekanta sig med systemen i olika länder kan man få kunskap om hur planerade lösningsmodeller fungerar i praktiken."

[193]Yhteisöoikeutta tarkasteltaessa on huomattava, että Rooman sopimuksen artiklojen uusi numerointi on tullut voimaan toukokuussa 1999. Koska vanha numerointijärjestelmä on edelleen käytössä uusien rinnalla, olen itse pitäytynyt vanhassa järjestelmässä.

[194]Ks. *Ojanen*, The European Way s. 107-117, siitä, missä tapauksessa Euroopan ihmisoikeussopimukseen ensimmäisen kerran yhteisöjen tuomioistuimen perusteluissa viitattiin ja miten ihmisoikeuksien huomioiminen on EU:ssa tämän jälkeen kehittynyt.

luettuna, yhteisöjen tuomioistuimessa onkin useissa tapauksissa tehty viittauksia Euroopan ihmisoikeussopimuksen periaatteisiin. Ihmisoikeussopimuksen periaatteiden soveltamista voi kuitenkin rajoittaa, jos se katsotaan tarpeelliseksi yhteisön tavoitteiden vuoksi.[195]

Ihmisoikeudet saivat virallisen vahvistuksen Maastrichtin unionisopimuksessa (F(2) artikla) vuonna 1992: "Unioni pitää arvossa yhteisön oikeuden yleisinä periaatteina perusoikeuksia, sellaisina kuin ne taataan ihmisoikeuksien ja perusvapauksien suojaamiseksi tehdyssä, Roomassa 4. päivänä marraskuuta 1950 allekirjoitetussa Euroopan yleissopimuksessa ja sellaisina kuin ne ilmenevät jäsenvaltioiden yhteisessä valtiosääntöperinteessä."[196] Unionisopimuksen J.I(2) artiklan mukaan myös ulko-ja turvallisuuspolitiikassa (toinen pilari) tulee ihmisoikeudet huomioida ja K.2(1) artikla viittaa nimenomaan Euroopan ihmisoikeussopimukseen ja YK:n pakolaisyleissopimuksen noudattamiseen oikeus- ja sisäasioissa (kolmas pilari). Tämä Maastrichtin sopimukseen kirjattu F(2) artikla oli kuitenkin alkujaan yhteisöjen tuomioistuimen välittömän toiminnan kannalta merkityksetön, koska tuomioistuin ei ollut toimivaltainen tulkitsemaan unionisopimusta. Vasta Amsterdamin tarkastamissopimuksella (1997) yhteisöjen tuomioistuimelle annettiin toimivalta tulkita artiklaa yhteisön instituutioiden toimien osalta EY:n perustamissopimuksen ja unionisopimuksen antamien yleisten toimivaltuuksien valossa (rajoitettuna I pilariin ja III pilariin kuuluviin asioihin).

Euroopan yhteisön toimielimistä parlamentti on ollut ihmisoikeuksien saralla aktiivisin; se ottaa kantaa, tekee esityksiä ja kysymyksiä komissiolle ja neuvostolle. Parlamentissa onkin erillinen ihmisoikeuksien valiokunta, joka antaa vuosittain raportin maailman ihmisoikeustilanteesta ja EU:n toiminnasta ihmisoikeuksien edistäjänä.[197] EU:n mahdollisuudet vaikuttaa ihmisoikeuksien toteutumiseen ovat kuitenkin rajallisemmat kuin YK:n tai EN:n,

---

[195]Protection and Promotion of Human Rights within the European Arrangements s. 217.

[196]*Wiklund*, EG-domstolens tolkningsutrymme s. 107: " EG-domstolar hämtar i dessa fall inspiration från medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner samt från den vägledning som ges i de internationella dokument som rör skyddet av de mänskliga rättigheterna och som medelmssstaterna har medverkat eller anslutit sig till. Domstolen har i detta sammanhang angivit att Europakonventionen är av särskilt betydelse." Ks. esimerkiksi asia 44/79, Hauer v Rheinland-Pfalz, ECR [1979] 3727.

[197]Parlamentin aktiivisuudesta kertoo jotain sekin, että vuonna 1993 se teki yli sata ihmisoikeuksiin liitynnässä olevaa kysymystä neuvostolle ja komissiolle. Ks. *Joutsamo ym.*, Eurooppaoikeus s. 107, alaviite 327 esimerkkeineen sekä *Woods*, The European Union and Human Rights (teoksessa An Introduction to the International Protection of Human Rights. Toim. Hanski, R.-Suksi, M. Turku 1997 s. 283-301).

joilla on enemmän jäsenvaltioita. Toisaalta ihmisoikeusperiaatteiden painoarvo muiden yhteisön oikeuden lähteiden rinnalla on jonkin verran epävarma.[198] Esille nostettuun kysymykseen siitä, tulisiko EU:n liittyä Euroopan ihmisoikeussopimuksen allekirjoittajien joukkoon, antoi yhteisöjen tuomioistuin oman lausuntonsa 1996 päätyen siinä kielteiseen kantaan.[199] *Lauri Lehtimaja* on ollut huolissaan tästä EU:n selkiintymättömästä suhteesta EN:n laatimaan ihmisoikeussopimukseen; hän pitää näet mahdollisena, että yhteisöjen tuomioistuin tulkitsee sopimusta ajanmittaan eri tavalla kuin mihin Strasbourgissa on totuttu. Tämän vuoksi Eurooppaan saattaa muodostua kaksi rinnakkaista ihmisoikeusjärjestelmää, joiden suunnan yhtenevyyden määrää se, miten ihmisoikeudet saadaan sovitetuksi osaksi Euroopan taloudellista ja poliittista yhdentymistä.[200]

3.5.2. Artikla 215(2) ja oikeusvertailua edellyttävät käsitteet

> "Nykyiset valtiosäännöt sisältävät usein joukon muodollisia ja aineellisia oikeusperiaatteita. Siksi ei olekaan yllättävää, että EY-oikeus..tekee myös eksplisiittisen viittauksen yleisiin oikeusperiaatteisiin artiklassa 215(2)."[201]

Yhteisöoikeudessa on säännös, jossa suoranaisesti edellytetään oikeusvertailevaa lähestymistapaa. Perustamissopimuksen artikla 215(2) säätää sopimussuhteiden ulkopuolisesta korvausvastuusta silloin, kun EU:n toimielin tai henkilöstö aiheuttaa vahinkoa tehtäviään suorittaessaan. Tällaisia kanteita

[198] *Merrills*, Protection and Promotion of Human Rights within the European Arrangements s. 217 ss.

[199] Lausunto 2/94, Euroopan ihmisoikeussopimus, Kok. [1996] I-1759. Tuomioistuin perusteli kantaansa sillä, että liittymisen myötä perustamissopimus vaatisi muutoksia, koska yhteisöjen tuomioistuin tulisi sidotuksi Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tulkintaratkaisuihin.

[200] *Lehtimaja*, Lakimies ja ihmisoikeudet s. 192. Myös *Ojanen*, The European Way s. 115: "fundamental rights must primarily be seen in their full individuality..And clearly, too, comparisons between the case-law of the Court of Justice and, for example, the Court of Strasbourg must be treated with caution because these two courts practice their "trades" in more or less different worlds." Ks. *Alston-Weiler*, An Ever Closer Union in Need of a Human Rights Policy (European Journal of International Law Vol. 9 (1998) s. 658-723), jossa kirjoittajat peräänkuuluttavat EU:n piirissä kokonaisvaltaisempaa ja koherentimpaa lähestymistapaa ihmisoikeuksia kohtaan. Tarve tälle on 2000-lukua lähestyttäessä kasvanut suuremmaksi kuin mitä tilanne oli vielä muutama vuosi sitten. Syitä tälle kasvaneelle tarpeelle ovat mm. rahaliitto ja EU:n laajeneminen.

[201] *Bengoetxea*, The Legal Reasoning of the European Court of Justice s. 72 (Oxford 1993).

nostavat yleensä yksityiset tahot; mikään ei kuitenkaan estä sitä, että kanteen nostaisi jäsenvaltio tai muu ulkopuolinen valtio. Vahingonkorvausvastuu tulee arvioida jäsenvaltioiden lainsäädännön yhteisten periaatteiden mukaan.[202] Artiklassa käyttöönotettu terminologia jätti yhteisöjen tuomioistuimelle tehtäväksi konstruoida vahingonkorvausvastuulle konkreettinen sisältö. Harkintamalli asetettiin tapauksessa Lütticke, jossa vahingonkorvausvelvoitteen syntymisen edellytyksinä pidettiin - mannereurooppalaisen ajattelun mukaisesti - ilmennyttä todellista vahinkoa, syy-yhteyttä vahingon ja toimielimen/henkilön toiminnan välillä sekä toiminnan oikeudenvastaisuutta.[203]

Artikla 215(2) on säilynyt todellisena haasteena oikeusvertailijoille, sillä jäsenvaltioiden lisäännyttyä (alkuperäisistä kuutosista) on vahingonkorvausoikeudellisiin periaatteisiin tullut huomattaviakin eroja. Toisaalta oikeuskirjallisuudessa on artiklan soveltamiskäytäntöä kritisoitu ja esimerkiksi *Walter van Gerven* on sanonut, että yhteisöjen tuomioistuin ei suhtaudu sen soveltamiseen vakavasti.[204] En kuitenkaan ryhdy tässä yhteydessä käsittelemään artiklan soveltamisehtoja ja vahingonkorvauskanteiden menestymisedellytyksiä tämän tarkemmin.[205]

Artiklan 215(2) lisäksi oikeusvertailua edellyttävät myös ne EY-oikeuteen kuuluvat säännökset, joissa esiintyy sellaisia termejä, joiden merkitysten selventäminen edellyttää tutustumista eri jäsenmaiden kansallisiin käsitemer-

---

[202]*Koopmans*, Comparative Law and the Courts s. 546 ja *Joutsamo ym.*, Eurooppaoikeus s. 354.

[203]Asia 4/69, Lütticke [1971] ECR 325. Ks. *Joutsamo ym.*, Eurooppaoikeus s. 292-296.

[204]Kirjoittajalla on asiasta omakohtaista kokemusta; onhan hän työskennellyt julkisasiamiehenä yhteisöjen tuomioistuimessa. Hänen mielestään artiklaa 215(2) käytettiin tapauksessa yhdistetyt asiat C-46/93 ja 48/93, Brasserie du Pêcheur & Factorname [1996] ECR I-1029 sellaisella tavalla, joka oli "too limited in scope, in breadth and in depth." Ks. Taking Article 215(2) EC Seriously s. 35, 46 ss. *Van Gervenin* mielestä myös EY:n perustamissopimuksen 128 artikla luo velvoitteen oikeusvertailun huomioimiselle. Tuossa artiklassa todetaan, että yhteisön on myötävaikutettava siihen, että jäsenvaltioiden omia kansallisia kulttuureja pidetään arvossa. Samalla sen on vaalittava myös maiden yhteistä kulttuuriperintöä. *Van Gervenin* mukaan yhteisöjen tuomioistuimen on toiminnallaan autettava tuon yhteisen kulttuuriperinnön esiinnostamista, ja se taas edellyttää vertailevan tutkimusotteen hyödyntämistä. Nykyisin *van Gerven* toimii professorina sekä Louvainin yliopistossa Belgiassa että Maastrichtin yliopistossa Hollannissa.

[205]Ks. esimerkiksi European Community Law and Human Rights Textbook (toim. MacLean, R. London 1992) s. 136-141 ja siinä mainitut yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisemat tapaukset julkisasiamiesten lausuntoineen ja perusteluineen.

kityksiin. Esimerkkinä mainittakoon perustamissopimuksen 6, 8 ja 48 artikloissa syrjintäkiellon, unionin kansalaisuuden sekä työvoiman vapaan liikkuvuuden yhteydessä esiintyvä termi kansalaisuus.[206]

3.5.3. EY-oikeuden periaatteet

EU:n jäsenmaiden oikeusjärjestelmien vertailulla on eurooppaoikeudellisen oikeuslähdeopin näkökulmasta merkitystä muiltakin osin kuin edellä mainitun 215(2) artiklan kannalta. Rooman sopimuksen 164 artikla näet määrää, että sopimusta sovellettaessa "the law is observed."[207] Yhteisöjen tuomioistuimessa ja oikeuskirjallisuudessa tämän on katsottu alusta pitäen tarkoittavan jäsenvaltioiden oikeusjärjestysten yhteisten arvojen kunnioittamista.[208] Yhteisöoikeudessa on näin ollen katsottava olevan voimassa erityiset yleiset periaatteet, joiden lähtökohta on toisaalta jäsenvaltioiden kansallisten oikeusjärjestelmien, toisaalta yleisen kansainvälisen oikeuden yleisissä periaatteissa.[209] *Hannu Tapani Klamin* mukaan "jo se, että integraatiota on yleensä voinut esiintyä, osoittaa, että oikeusjärjestysten välillä on sellainen interaktio, että oikeusjärjestykset eivät ole voineet toimia toisistaan riippumatta."[210] Yhteisöoikeudellisten periaatteiden tärkeä asema todettiin myös

[206]Ks. *Joutsamo ym.*, Eurooppaoikeus s. 354, *Kulla*, Oikeusvertailu ja eurooppalainen hallinto-oikeus s. 43 sekä asia 3/54, Assider v High Authority [1954-56] ECR 63. Myös *de Wilmars*, Le droit comparé dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes (Journal de Tribunaux 1991 s. 37-40).

[207]Artiklan viittaus perustamissopimukseen kattaa paitsi varsinaisen perustamissopimuksen liitteineen ja pöytäkirjoineen myös sen nojalla annetun yhteisön oikeuden ja yhteisön tekemät kansainväliset sopimukset.

[208]*Koopmans*, Comparative Law and the Courts s. 546. Myös *Joutsamo ym.*, Eurooppaoikeus s. 207 sekä seuraavat yhteisöjen tuomioistuimen tapaukset: asia 26/62, Van Gend en Loos [1963] ECR 12 sekä asia 155/79, A.M. & S. [1982] ECR 1575. Näistä jälkimmäisessä katsottiin, että jäsenvaltioissa on voimassa yhteinen periaate, jonka mukaan asiakkaan ja asianajajan väliset kontaktit ovat luottamuksellisia. Asiassa 44/79, Hauer v Land Rheinland-Pfalz [1979] ECR 3727 todettiin: "in safeguarding those (fundamental - lisäys TM) rights, the Court is bound to draw inspiration from constitutional traditions common to the Member States."

[209]*Wiklund*, EG-domstolens tolkningsutrymme s. 104 ss. On huomattava, että nämä EY-oikeuteen kuuluvat jäsenvaltioiden oikeudellisille traditioille perustuvat yleiset oikeusperiaatteet olisi erotettava yhteisöjen tuomioistuimen kehittämistä EY-oikeuden oikeusperiaatteista, joihin kuuluvat mm. oikeusvarmuuden, suhteellisuuden ja tasa-arvon periaatteet. Tästä ks. *Rissanen*, Eurooppaoikeuden lähteet kansallisen tuomioistuimen näkökulmasta s. 77. Yhteisöoikeudellisten periaatteiden jaosta erilaisiin pääryhmiin ks. esimerkiksi *Mäenpää*, Eurooppalainen hallinto-oikeus s. 172.

[210]Integraatio ja oikeusvertailu: metodologisia näkökohtia s. 188.

5.4.1977 annetussa Euroopan parlamentin, neuvoston ja komission yhteisiä perusoikeuksia koskevassa julistuksessa. Periaatteet eivät velvoita ainoastaan yhteisön tuomioistuinta sen soveltamistoiminnassa, vaan myös jäsenvaltioiden on noudatettava näitä yleisiä periaatteita yhteisön lainsäädäntöä täytäntöönpannessaan. Periaatteilla lienee yhteisöoikeuden alueella kuitenkin tärkein merkityksensä primääri- ja sekundäärioikeudellisten säännösten soveltamista suuntaavina ohjeina, eikä niiden perusteella voi siksi sivuuttaa esimerkiksi perustamissopimuksessa selvästi ilmaistua artiklaa.

Periaatteisiin liittyy yhteisöoikeudessa(kin) ongelma siitä, että vaikka niiden olemassaolo myönnetään, ei niiden materiaalisen sisällön määrittämiseksi ole täsmällisiä kriteerejä.[211] Aiemmin ajateltiin, että niiden pitäisi löytyä jokaisen jäsenvaltion kansallisesta oikeudesta. Nyttemmin tämä tulkinta on muuttunut, eikä periaatteen tarvitse löytää tukea edes enemmistöstä jäsenvaltioiden oikeusjärjestyksiä ollakseen voimassa yhteisöoikeudessa. Tämä on tärkeää erityisesti tulevaisuudessa, kun jäsenmaiden määrä kasvaa. Sen mukana integraatioon osallisten maiden oikeusjärjestelmät tulevat yhä heterogeenisemmiksi, jolloin on yhä epätodennäköisempää, että EY-oikeudelliseksi katsottava periaate voisi löytyä jokaisen jäsenvaltion oikeudesta.[212] Yhteisöjen tuomioistuin on pyrkinyt pelkistämään periaatteista esiin niissä olevan "kovan ytimen", koska jäsenmaiden oikeuskoneistot muokkaavat periaatteen osaksi muuta kansallista oikeussysteemiään. Kunkin jäsenmaan oikeusjärjestykseen kuuluvat oikeuslähdeopilliset säännöt, tulkinta- ja argumentaatiotavat vaikuttavat periaatteiden sisältöön ja "sijaintiin". Julkisasiamies *Warner* totesikin tapauksessa A.M. & S. Europe Limited v Commission of the European Communities, että periaatteen selkeyttämisessä olisi pystyttävä erottamaan irrelevantit, yksittäiset eroavaisuudet sellaisista, jotka menevät asia todelliseen ytimeen. Jos tuon ytimen pystyy paljastamaan "it matters not if its conceptual origin, the methods whereby it has been developed, or even the scope of its application in detail, differ from member state to member state."[213] EY-oikeuteen sisältyvien periaatteiden

---

[211]Ks. *Mäenpää*, Eurooppalainen hallinto-oikeus s. 176 ss. ja *Klami*, Methodological Problems in European and Comparative Law s. 39 ss.

[212]Näin totesi *Jürgen Baselow* The Eurofication of National Law in EU Member States -seminaarissa (Haga Slott, Enköping 21.11.1997) pitämässään alustuksessa European Contract Law. Ks. myös asia 155/79, A.M. & S.[1982] ECR 1575, erityisesti s. 1650.

[213]Asia 155/79, A.M. & S. [1982] ECR 1575, erityisesti s. 1631-1634. Ks. myös uudemmasta tapausoikeudesta yhdistetyt asiat C-430 ja 431/93, Van Schijndel and Van Veen v SPF [1995] ECR I-4705 sekä asia C-312/93, Peterbroeck v Belgian State [1995] ECR I-4599. Myös *Ojanen*, The European Way s. 110-113.

määrittelyssä ei kuitenkaan ole mahdollista päästä pois arvojen ja arvostusten maailmasta, mikä pitää yhteisöjen tuomioistuimen ja kansallisten lainsoveltajien tehtävän vaikeana.[214]

Yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisuihin sisältyy periaatteiden olemassaolon tunnustamisen vuoksi välttämättä oikeusvertaileva dimensio. Julkisasiamiehet ovat kuitenkin painottaneet, miten vertailevan metodin hyödyntäminen edellyttää käsitteiden ja sääntöjen taakse ulottuvaa tutkimusta sekä proseduraalisten sääntöjen ja käytännön huomioimista oikeuden sisältöön vaikuttavina tekijöinä. Julkisasiamiesten selvityksistä käykin ilmi, että erimielisyydet siitä, mikä on eri jäsenmaissa voimassa olevan oikeuden sisältö, ovat käytännössä täysin mahdollisia. Jos kerran jo jäsenmaiden säädännäisen oikeuden vertailu aiheuttaa edellä mainittuja vaikeuksia, on helppoa ymmärtää millaisiin vaikeuksiin julkisasiamiehet joutuvat yrittäessään konstruoida kansallisista oikeusjärjestelmistä esiin periaatteita (jotka eivät välttämättä ole säädännäiseen oikeuteen kirjoitettuja), joiden voisi katsoa täyttävän EY-oikeudessa niille asetetut yleisyyden ja relevanttiuden kriteerit.[215]

3.5.4. Oikeusvertailu tuomarien ja julkisasiamiesten toiminnassa

> "Min erfarenhet är, att kulturkrockarna är få och sällan ger upphov till några besvärande lösningar."[216]

Koska yhteisöjen tuomioistuimessa työskentelevät henkilöt ovat kotoisin eri jäsenvaltioista, sen lainkäyttöön voi jo immanentisti katsoa kuuluvan oi-

[214]Ks. julkisasiamies *Slynnin* lausuma periaatteiden yleisyyden vaatimuksesta asia 155/79, A.M. & S. [1982] ECR 1575, s. 1651. Eli yhteisöjen tuomioistuimen on, sen jälkeen kun periaatteen "kova ydin" on paljastettu, annettava sille yhteisön tavoitteiden valossa yksityiskohtaisemmat soveltamisraamit.

[215]Esimerkiksi asia 155/79, A.M. & S. [1982] ECR 1575, erityisesti s. 1651. Omasta vertailujaksostaankin *Slynn* toteaa, että sillä on riskinsä olla liian yksinkertaistettu ja epätäydellinen. Ks. myös *Tridimas*, The Role of the Advocate General in the Development of Community Law s. 1360.

[216]*Ragnemalm*, EG-domstolen inifrån s. 295.

keusvertailevan asiantuntemuksen.[217] Toisaalta oikeusvertailun itsestään selvää asemaa selittää yhteisöoikeuden oikeudellinen informaatiolähdeoppi. Esitöillä on esimerkiksi olennaisesti vähäisempi merkitys EY-oikeudessa kuin suomalaisessa oikeusjärjestelmässä ja yhteisöjen tuomioistuin onkin vain poikkeuksellisesti viitannut valmisteluasiakirjoihin.[218] EY-oikeuden kiinteyttäminen (systematisoiminen) tapahtuu siksi ensisijaisesti oikeustieteessä ja oikeuskäytännössä.

Julkisasiamiehillä on oikeusvertailun hyödyntämisen kannalta keskeinen asema. He eivät yleensä rajoitakaan tuomioistuimelle antamaansa lausuntoaan siihen, miten kukin konkreettinen tapaus tulisi heidän mielestään ratkaista. He toimivat tapauksen valmistelijoina, mutta myös eräänlaisina EY-oikeudellisina teoreetikkoina; he tekevät kriittisiä huomautuksia voimassa olevan oikeuskäytännön epäjohdonmukaisuuksista ja ennusteita siitä, miltä tulevat kehityslinjat näyttävät.[219] Voisi myös sanoa, että oikeusvertailun

---

[217]Huomaa, että yhteisöjen tuomioistuimesta puhutaan kahdessa eri merkityksessä. *Sevón*, Suomalainen tuomari ja EY:n tuomioistuin s. 57 ss., kiteyttää, että yhteisöjen tuomioistuin muodostaa hallinnollisesti yhden kokonaisuuden. Tämä toimielin muodostaa kuitenkin kaksi tuomitsemistoiminnassaan erillistä ja itsenäistä tuomioistuinta, yhteisöjen tuomioistuimen ja yhteisöjen ensimmäisen asteen tuomioistuimen. Ne toimivat samassa rakennuksessa ja käyttävät osaksi samaa henkilöstöä. Yhteisöjen tuomioistuimessa on 15 tuomaria ja 9 julkisasiamiestä. Yhteisöjen ensimmäisen asteen tuomioistuimessa ei sen sijaan ole pysyviä julkisasiamiehiä, mutta jäsen voidaan määrätä sellaisena toimimaan yksittäisessä jutussa. EY:n perustamissopimuksen 167 artiklan mukaan tuomariksi valittavan henkilön tulee olla riippumaton. Ks. *Ragnemalm*, EG-domstolen inifrån s. 293, jossa kirjoittaja huomauttaa siitä, että eri tuomareiden erilaiset oikeuskulttuuritaustat auttavat tarkastelemaan yhteisöoikeudellisia tapauksia laajemmasta perspektiivistä ja tekemään perustelut jäsenvaltioiden kannalta luettaviksi. Ks. myös s. 295, jossa *Ragnemalm* painottaa sitä, että se seikka, että tuomarit ovat kotoisin eri maista, ei lähtökohtaisesti aiheuta käytännön toiminnassa ongelmia.

[218]*Klami*, Methodological Problems in European and Comparative Law s. 17. *Rissanen*, Eurooppaoikeuden lähteet kansallisen tuomioistuimen näkökulmasta s. 87, toteaa EY-oikeudellisten esitöiden kuvaavan pikemminkin lainsäädäntöprosessin kulkua kuin valaisevan säännösten sisältöä. Siksi yhteisöjen tuomioistuin on vain poikkeuksellisesti viitannut perusteluissaan siihen, mitä lainvalmistelutöissä on sanottu - julkisasiamiesten lausunnoissa näitä viittauksia esiintyy sitä vastoin useammin. Ks. asia 155/79 A.M. & S. [1982] ECR 1575, erityisesti s. 1659 ss.: "The legislative history does not, therefore, in my view, offer any useful guidance to the interpretation.."

[219]Julkisasiamiehen roolilla onkin tässä suhteessa selviä yhtäläisyyksiä englantilaisten tuomareiden kanssa, jotka eivät kaikissa tapauksissa tyydy aina välttämättä vain ration julkituontiin äänestyslausunnoissaan vaan tekevät yleisempiä kommentteja konkreettisen tapauksen ulkopuolelta. Tällaiset lausumat saavat lainkäyttöä tosiasiallisesti ohjaavan obiter dictum -aseman, joista myöhemmin enemmän IV. osan luvussa 3.2.2.2.

merkitys yhteisöjen tuomioistuimen lainkäytössä on pitkälti riippuvainen nimenomaan julkisasiamiesten suopeasta suhtautumisesta sitä kohtaan.[220] Nämä selvittävät näet lausuntojensa yhteydessä jäsenvaltioiden oikeutta laajemminkin kuin vain sen maan osalta, jolla on tapaukseen suora liityntä.[221] Kun muistetaan, että yhteisöjen tuomioistuimen tuomareita on kritisoitu samalla tavalla kuin kansallisten tuomioistuinten jäseniä siitä, että he eivät ota oikeusvertailua tarpeeksi vakavasti, on se osaltaan johtanut siihen, että ristiriidat julkisasiamiesten lausuntojen ja tuomareiden tapaukseen ottamien kantojen välillä eivät ole harvinaisuuksia.

3.5.5. Lainsäädännön harmonisointi EU:ssa

3.5.5.1. Aluksi

Harmonisoinnilla tarkoitetaan lainsäädäntöjen lähentämistä. Se on mainittu tavoitteena Euroopan yhteisön perustamissopimuksen eli Rooman sopimuksen 3. artiklassa. Tätä eurooppalaisen integraation puitteissa tapahtuvaa lainsäädännön harmonisointia vastustaneet kirjoittajat ovat viitanneet yhdysvaltalaiseen esimerkkiin siitä, miten jäsenvaltioilla voisi Euroopan alueellakin säilyttää lainsäädännöllisesti itsenäisen aseman ilman, että taloudellisen yhteisön toiminta sen vuoksi vaikeutuisi.[222] Heidän mielestään eri kulttuurit olisi nähtävä voimavarana ja alueellisena rikkautena. Siksi Euroopassakin olisi ensisijaisesti luotava mahdollisuudet eri EU:n jäsenvaltioista tulevien juris-

---

[220] *Tridimas*, The Role of the Advocate General in the Development of the Community Law s. 1385, *Horspool*, Statutory Interpretation of European Community Law by English Courts s. 99 sekä *Vranken*, Role of the Advocate General in the Law-making Process of the European Community s. 46: "Occasionally, the Advocate General will engage in a comparative analysis that produces a masterpiece of legal scholarship."

[221] *Tridimas*, The Role of the Advocate General in the Development of the Community Law s. 1354, toteaa, että jo EY:n ensimmäiset julkisasiamiehet *Lagrange* ja *Roemer* hyödynsivät työssään oikeusvertailevaa informaatiota. Heitä voisi jopa sen suhteen nimittää jonkinlaisiksi tien raivaajiksi. Tapausesimerkkeinä *Tridimas* mainitsee asian 3/54, Assider v High Authority [1954-56] ECR 63 sekä yhdistetyt asiat 7/56, 3-7/57, Algera v Common Assembly [1957-58] ECR 39.

[222] *Kötz*, Comparative Legal Research and Its Function in the Development of Harmonized Law s. 26: "there does not seem to be an inevitable trend towards uniformity of law in the wake of the formation of a close federation, nor does the development of a large and economically fully integrated market, as it exists in the United States, depend to any significant extent on the existence of a substantial amount of uniform statute law."

tien keskinäiselle yhteisymmärrykselle koulutuspohjaa koskevilla muutoksilla. Tällöin säännösten väkivaltaista yhtenäistämistä ei tarvitsisi nähdä ainoana keinona toteuttaa eurooppalaista integraatiota.[223] Yhtenäisyys voisi heidän mielestään rakentua myös eurooppalaisten oikeusjärjestelmien yhteisten periaatteiden varaan, joita voisi pelkistää esiin niin hyvin kansallisesta oikeudesta kuin Euroopan ihmisoikeussopimuksen kaltaisista yhteisistä, kansainvälisoikeudellisista sitoumuksista.

Tosiasia kuitenkin on, että EU:n puitteissa tapahtuva lainsäädännön harmonisointi on sitä vastustaneista mielipiteistä huolimatta alati syventynyt. Vain kysymys integraation lopullisesta laajuudesta ja syvyydestä on vielä auki.

EY-oikeus jaetaan primäärioikeuteen, johon kuuluvat Rooman sopimus ja sitä täydentävät valtiosopimukset, sekä sekundäärioikeuteen, johon kuuluvat tietyt joko ministerineuvoston tai komission antamat normistot ja jonka tasolla oikeuden yhtenäistämistoimenpiteetkin syntyvät.[224] Oikeuden yhtenäistämistoimien tärkeimpinä instrumentteina ovat asetukset ja direktiivit. Niistä edellä mainitut ovat voimassa kaikissa jäsenmaissa ilman erillisia voimaansaattamistoimia. Direktiivit taas velvoittavat jäsenmaita Rooman sopimuksen 189 artiklan mukaan tekemään muutoksia kansalliseen lainsäädäntöön, jos sen voimassa olevat säännökset ovat direktiivin kanssa ristiriidassa.[225]

---

[223] *Kötz*, Comparative Legal Research and Its Function in the Development of Harmonized Law s. 26 ss., pohtii yhdysvaltalaisen oikeudellisen koulutusjärjestelmän ansioita - siellä ei keskitytä opettamaan ainoastaan yksittäisten osavaltioiden lakeja vaan myös osavaltioille yhteiset periaatteet. Samaan tulisi *Kötzin* mukaan pyrkiä myös eurooppalaisten juristien koulutuksessa. Vrt. *Juha Tolonen*, Ikkunat auki Eurooppaan s. 174 (Oikeus 1982 s. 171-175), joka peräänkuuluttaa yleisten oppien tasolla liikkuvaa kansallista omaehtoista tutkimusta; sen sijaan, että kysyttäisiin, mitkä ovat kilpailun edistämisen yksityiskohdat tulisi kysyä, mitä tämä taloudellinen kilpailu on ja mikä on sen merkitys. Nämä kysymykset ovat näet sekä kansallisella tasolla tarkasteltuina oleellisia että myöskin kansainväliseltä kannalta tarkastellen tarpeeksi yleisiä. Tällaisten kysymysten varaan kansainvälistä yhteistyötä on *Tolosen* mielestä mahdollista rakentaa.

[224] *Kivivuori*, Euroopan unionin säädösvalmistelusta s. 245 (Oikeus 1993: 4 s. 245-252), on erottanut primääri- ja sekundäärioikeuden rinnalle erilliseksi oikeusohjeiden rintamaksi yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisuillaan luomat yleiset oikeusperiaatteet.

[225] Direktiivien täytäntöönpanon valvonta kuuluu ensisijaisesti komissiolle, jolla on valta Rooman sopimuksen 169 artiklan mukaan nostaa yhteisöjen tuomioistuimessa laiminlyöntikanne jäsenvaltiota vastaan. Ks. asia C-191/95, Euroopan yhteisöjen Komissio v Saksan liittotasavalta (ratkaisu annettu 29.9.1998)(internet).

Direktiivien toteuttamistapoja on kuitenkin monenlaisia. Direktiiveistä voidaan laatia yhteisön tasolla niin yksityiskohtaisia ettei jäsenvaltioille jää mahdollisuuksia niiden sanamuodoista poikkeamiseen. Tätä harmonisoinnin muotoa kutsutaan kokonaisharmonisoinniksi. Vuoden 1985 Valkoisen kirjan julkaisemisen jälkeen on harmonisointiin kuitenkin omaksuttu uusi lähestymistapa. Uusien vaatimusten mukaan vain olennaiset vaatimukset on harmonisoitava eli jäsenvaltioiden oikeuksia määrätä direktiivien lopullisista toteuttamismuodoista lisättiin (puhutaan ns. puitedirektiiveistä). Edellä mainittujen harmonisointimuotojen lisäksi yhteisöoikeudessa sovelletaan valinnaista ja osittaista harmonisointia sekä vähimmäisharmonisointia. Valinnainen harmonisointi antaa nimensä mukaisesti vallan valita, noudattaako esimerkiksi valmistaja lähennettyjä vai kotimaisia sääntöjä. Valinnaisuus liittyy usein sisämarkkinadirektiiveihin. Osittainen harmonisointi puolestaan tarkoittaa, että harmonisoituja säännöksiä sovelletaan vain kansainvälisluonteisissa suhteissa, ei valtion sisäisissä oikeussuhteissa. Vähimmäisharmonisointi edustaa harmonisointitavoista uusinta muotoa ja tarkoittaa, että direktiivissä edellytettyä suojan tasoa voi vielä jäsenvaltioiden sisäisesti parantaa. Tätä on perusteltu nykyisten jäsenvaltioiden oikeusjärjestysten heterogeenisuudella, ja ratkaisu on tuttu esimerkiksi kuluttajansuojan alueella.[226]

Jotta yhteisön tavoitteet saataisiin toteutettua mahdollisimman tehokkaasti, yhteisöjen tuomioistuin on kehittänyt tulkinnallisen käytännön, että jos joku jäsenvaltio ei noudata velvollisuuttaan muuttaa lainsäädäntöään direktiivin mukaiseksi tai jos direktiiviä koskevat valtion voimaansaattamistoimenpiteet ovat olleet puutteellisia, se voi tulla valtion sisäisesti suoraan sovellettavaksi - mutta vain, jos direktiivin sanamuoto on riittävän selkeä ja ehdoton. Lisäedellytyksenä on, että direktiivi perustaa kansalaisille välittömiä oikeuksia ja velvollisuuksia.[227] EY-tuomioistuin tuntuu soveltaneen näitä ehdottomuuden ja riittävän täsmällisyyden kriteereitä melko väljästi kiinnittäen enemmänkin huomiota direktiivin päämäärään kuin yksittäisen säännöksen sanamuotoon. On painotettu, ettei jäsenvaltion pidä saada hyötyä siitä, ettei se ole pannut direktiiviä asianmukaisesti täytäntöön.[228]

---

[226]*Saarinen*, sana-artikkeli Lainsäädäntöjen lähentäminen Euroopan yhteisöissä s. 525-7 (EIF 6. osa s. 525-527).

[227]*Hallberg*, Oikeus puntarissa s. 57. Ks. asia 41/74, Van Duyn [1974] ECR 1334, erityisesti s. 1337.

[228]Ks. *Maunu*, Oikeustapauskommentaari: asia C-91/92, Faccini Dori [1994] ECR I-3325 s. 100 ss. (LM 1995 s. 97-107).

Oikeusvertailun tehtävät eivät lopu uusien EY-säännösten voimaansaattamiseen tai vanhojen muuttamiseen.[229] Harmonisoidut säännökset tulevat näet osaksi kansallista oikeusjärjestelmää, mikä vaikuttaa välittömästi siihen tapaan, miten kansalliset tuomioistuimet niitä lukevat ja sitä myöten soveltavat. Mielenkiintoista on, että joissakin yhteisön jäsenvaltioissa oikeuteen on nähty liittyvän ns. tulkinnallisen "kaksinaisdimension": lakia on katsottu voitavan tulkita kahdella eri tavalla riippuen siitä, onko se peräisin kansalliselta vai ylikansalliselta lainsäätäjältä.[230] Harmonisoitujen säännösten osalta kansallisten tuomioistuinten tulisi joka tapauksessa seurata yhteisöjen tuomioistuimen sekä muiden jäsenvaltioiden tuomioistuinten oikeuskäytäntöä. Integraation toteutuminen edellyttää näet, että yhteisöoikeudellisia säännöksiä tulkitaan jäsenmaissa yhtenäisellä tavalla.[231] Käytännössä se tarkoittaa ns. teleologisen tulkintametodin etusijaa eli erilaisista tulkintavaihtoehdoista pyritään löytämään se, joka parhaiten edistää yhteismarkkinoiden toteutumista.[232] Kansallisen oikeusjärjestyksen takana vaikuttavan "maailmankuvan" on syrjäydyttävä suuremmassa tai pienemmässä määrin EU:n taustalla vaikuttavan maailmankuvan edestä.[233]

---

[229] *Kulla*, Oikeusvertailu ja eurooppalainen hallinto-oikeus s. 41.

[230] Näin esimerkiksi Englannissa. Tämä tulee tarkemmin esille IV. osassa luvussa 3.1.3.5.

[231] Suurimmilla jäsenvaltioilla on tässä erityisasema, koska on jo tilastollisesti todennäköisempää (tuomioistuimissa käsiteltävien oikeusriitojen kvantitatiivisen määrän perusteella), että uusia säännöksiä sovelletaan ensinnä näiden maiden kansallisissa tuomioistuimissa. Tästä on muistuttanut *Klami*, Methodological Problems in European and Comparative Law s. 9. Hän huomauttaa, että pienten maiden ennakkopäätökset saattavat jäädä suurissa maissa huomiotta jo kielellistenkin ongelmien vuoksi. Tosin hän varoittaa, että suurten maiden ratkaisulinjaa ei kaikissa tapauksissa saa automaattisesti pitää suositeltavampana.

[232] Teleologisesta tulkinnasta ks. asia C-106/89, Marleasing [1990] ECR 4135. Ks. *Sevón*, Suomalainen tuomari ja EY:n tuomioistuin s. 56 ss., jossa kirjoittaja muistuttaa, että suomalaisen tuomarin työkenttä muuttui olennaisesti, kun Suomi liittyi Euroopan unioniin. Muutos on ollut määrällinen, mutta myös laadullinen. Laadullisessa muutoksessa on kyse siitä, että EY on yhdenmukainen markkina-alue, joka edellyttää yhdenmukaista sääntelyä sekä lakitasolla että soveltamistasolla. *Sevónin* mukaan EY-oikeutta on sovellettava tehokkaasti, mikä edellyttää, että sitä on eräissä tilanteissa sovellettava kovemmalla kädellä kuin muuta sisäistä oikeutta.

[233] *van Gervenin*, ECJ Case-law as a Means of Unification of Private Law ? s. 295, mielestä myös yhteisöjen tuomioistuimen tulkintatoimintaan liittyy "kaksinaisdimensio". Kun se soveltaa primäärioikeutta, tuomioistuin saattaa tehdä varsin rohkeitakin tulkintoja. Sekundäärioikeutta - kuten direktiivejä - soveltaessaan tuomioistuin sitä vastoin noudattaa tarkemmin kirjallista (mekaanista) tulkintaa. Kirjoittaja perustaa tämän näkemyksensä tuomioistuimen viimeaikaiseen oikeuskäytäntöön.

Oikeusvertailijoiden tärkeänä tehtävänä onkin selvittää näitä jäsenvaltioiden oikeusjärjestelmien ja yhteisöoikeudellisen maailmankuvan eroja.[234] *Hannu Tapani Klamin* ajatukset maailmankuvista liittyvät *Jürgen Baselowin* käsityksiin oikeusvertailun ja EY-oikeuden toisiaan "kyräilevästä" suhteesta. Kansallisen tason oikeusvertailevat tutkimukset keskittyvät etsimään eri maiden oikeusjärjestelmissä olevia yhteisiä tekijöitä, joiden pohjalta harmonisaatio voi mahdollistua niin teknisesti kuin tulkinnallisestikin, mutta yleensä tällä tavalla toteutettuina ne aliarvioivat yhteisöoikeuden omalakisuuden. Yhteisöoikeutta olisi *Baselowin* mukaan tarkasteltava itsenäisenä ja toimivana - vaikkakin jäsenvaltioiden oikeusjärjestelmiin liittyvänä - säännöskokonaisuutena, jotta kuilu yhteisöjen tuomioistuimen toiminnan ja oikeusvertailevan tutkimuksen välillä voitaisiin saada umpeenkurotuksi.[235]

3.5.5.2. Johdanto oikeudellisiin siirrännäisiin

Ennen EY-oikeudellisen yhtenäistämistoimen teknistä toteuttamista olisi vastattava kahteen kysymykseen: 1. onko oikeudellinen kysymys sellainen, että sitä koskevia oikeussäännöksiä on mielekästä pyrkiä EY-oikeuden tasoisesti sääntelemään ja 2. mikä tapa lain yhtenäistämisen toteuttamiseen soveltuu parhaiten. Jälkimmäisellä tarkoitan lähinnä valintaa asetuksen ja direktiivin välillä. Direktiivien osalta jatko-ongelmia syntyy edelleen sanamuodon formuloinnin suhteen. Kuinka paljon sillä tullaan jättämään kansalliselle toimeenpanokoneistolle harkintavaltaa ? Tässä yhteydessä onkin mielekästä valottaa oikeuskirjallisuudessa käytyä keskustelua siitä, millä tavoin ja millä ehdoilla oikeudellisia instituutioita on mahdollista siirtää oikeusjärjestelmästä toiseen ja millainen lopputulos siirron toteuttamisella todennäköisesti tullaan saavuttamaan.

Oikeusjärjestyksestä toiseen siirretylle oikeudelliselle instituutiolle ei ole vakiintunut yhtä nimeä edes kansallisessa oikeuskirjallisuudessamme. Sellaisia voi kutsua joko oikeudellisiksi pistokkaiksi tai transplanteiksi (englanninkielisissä maissa käytetään näet vakiintuneesti termiä legal transplants).[236] Itse olen päätynyt nimitykseen oikeudellinen siirrännäinen, jol-

---

[234] *Klami*, Integraatio ja oikeusvertailu: metodologisia näkökohtia s. 192.

[235] *Baselowin* ajatukset olen poiminut hänen The Eurofication of National Law in EU Member States -seminaarissa pitämästään alustuksesta The European Contract Law (Haga Slott, Enköping 21.11.1997).

[236] Viime vuosina englanninkielisessä kirjallisuudessa on lisääntynyt myös termin legal borrowing käyttö.

la voidaan viitata hyvin monen asteisiin lainoihin: kyse voi olla jopa vain yhden termin siirtämisestä vieraasta oikeusjärjestelmästä omaan oikeusjärjestelmään. Toisena ääripäänä on kokonaisen säädöksen siirto oikeusjärjestelmästä toiseen. Oikeudellisella siirrännäisellä ei voida kuitenkaan tarkoittaa koko oikeusjärjestyksen tietoista resipiointia.[237]

3.5.5.3. Oikeudellisten siirrännäisten vastustajista

> "siirtääkseen yhden sanan ilman sen vääristymistä, täytyisi samalla siirtää sitä ympäröivä kieli. Kielen siirtäminen ilman sen merkityksen muuttamista edellyttäisi, että sen kohdeyleisö siirtyisi sen mukana.."[238]

Pierre Legrandin käsitys oikeudesta kulttuurisena manifestaationa ja yhteiskunnan osaelementteihin nivoutuvana interaktiojärjestelmänä johtaa hänet suhtautumaan oikeudellisiin siirrännäisiin pessimistisesti. Hänen mukaansa parhaimmillaankin oikeusjärjestyksestä toiseen voi siirtää vain merkityksettömiä sanamuotoja. Tästä syystä oikeudelliset siirrännäiset ovat mahdottomia.[239] *Jan Hellner* on puolestaan todennut, että kun lainsäätäjä on siirtänyt tietyn oikeuskäsitteen vieraasta oikeusjärjestelmästä osaksi omaa kansallista oikeusjärjestelmää, muuttuu käsite näissäkin tapauksissa välttämättä sen vuoksi, että vastaanottavan järjestelmän systeemiset kontekstit eivät ole samankaltaiset kuin käsitteen alkuperämaassa; siksi käsitteet harvoin säilyvät

---

[237]Esimerkiksi *Aarnio* on todennut *Mattilan* väitöskirjaa koskevassa vastaväittäjän lausunnossaan s. 298 (LM 1980 s. 290-300) seuraavasti: "Tekijä puhuu toistuvasti puolalaisten ratkaisumallien "siirrettävyydestä" Suomeen. Kielenkäyttö luo helposti mielikuvan siitä, että jotkin ratkaisut voitaisiin ratkaisuina siirtää maasta toiseen. Vallankin kahden erilaisen yhteiskuntajärjestelmän omaksuneen maan kesken kielenkäyttö vaikuttaa vähemmän onnistuneelta. Omasta puolestani puhuisin mieluummin eräiden ratkaisutyyppien käytettävyydestä tai käyttökelpoisuudesta suomalaisessa lainvalmistelussa .." Reseption määritelmästä ks. esimerkiksi *Rheinstein*, Gesammelte Schriften I s. 261-268, jossa hän erittelee erityyppisiä reseption muotoja. Hänen määritelmänsä tuntuisi käsittävän myös oikeudellisen siirrännäisen yleisen määritelmän. *Rheinsteinin* mielestä reseptiossa on kyse siitä, miten jonkin oikeudellisen "ilmaston" oikeudellinen ilmiö tietoisesti siirretään toiseen oikeudelliseen "ilmastoon" (ks. s. 264 ss.).

[238]*Hoffman*, Lost in Translation s. 275 (New York 1989).

[239]*Legrand*, The Impossibility of Legal Transplants s. 120.

eri maissa merkityssisällöltään identtisinä.[240]

Legrand ja *Hellner* ovat keskittyneet siihen, mitä oikeudelliselle siirrännäiselle tapahtuu vastaanottavassa oikeusjärjestelmässä. *Günther Teubneria* on sitä vastoin kiinnostanut, miten siirrännäinen vaikuttaa vastaanottavan oikeuden systeemisiin rakenteisiin. Hänen tarkastelunsa perspektiivi on toisin sanoen kontekstilähtöinen. *Teubnerin* mielestä oikeudelliset siirrännäiset laukaisevat vastaanottavassa oikeusjärjestelmässä arvaamattomia muutoksia, jotka eivät rajoitu vaikutukseltaan vain siirrettyyn säännökseen tai säädökseen. Siksi *Teubner* on nimennyt siirrännäiset uudestaan kutsuen niitä oikeudellisiksi irritanteiksi niiden säännöskontekstia "ärsyttävän" ominaisuuden vuoksi. Hän on ottanut esimerkikseen mannereurooppalaisiin oikeusjärjestelmiin pohjautuvan bona fides -periaatteen, joka on Englannin sopimusoikeudessa perinteisesti torjuttu. *Teubnerin* mielestä englantilaiset tuomioistuimet ovat perinteisesti suhtautuneet mainittuun periaatteeseen kuin se olisi "joku tarttuva vierasperäinen tauti".[241] Oikeudellinen tilanne kuitenkin muuttui direktiivin myötä vuonna 1994.[242] *Teubnerin* mukaan direktiivi ei ole kuitenkaan johtanut EU:n jäsenmaiden kesken suurempaan oikeusyhtenäisyyteen, vaan - paradoksaalista kyllä - se on tavoitteidensa vastaisesti pikemminkin erkaannuttanut oikeuskulttuureita toisistaan. Lopputuloksena on näin ollen siirretyn bona fides -periaatteen jatkuva toiminta muuta

[240]*Hellner*, Lagstiftningen inom förmögenhetsrätten s. 202, toteaa, että käsitteen alkuperä saattaa olla ulkomaisessa oikeudessa. Koska lainsäädännön pohjana ovat aina kuitenkin "faktiska förhållandena och de rättspolitiska syftena" - jotka ovat suhteessa jokaiseen yhteiskuntaan ainutkertaiset - muuttuu käsitteen sisältö siitä, miten sitä alkuperäisessä yhteiskunnallisessa kontekstissaan tulkittiin ja sovellettiin. Ks. kotimaisista kirjoittajista *Paasto*, Omistuskäsitteistön rakenteesta s. 251: "oikeudellinen käsitteistö on monentasoisesti sidoksissa aikakautensa oikeudellisiin ilmiöihin ja yhteiskunnalliseen rakenteeseen.. Käsitteistö on kiinnittynyt historialliseen tilanteeseen siinä määrin, että niitä ei voi merkitystä muuttamatta irroittaa niistä maahan liittyvistä oikeusasemista, joita käsitteillä kuvataan."

[241]Ks. bona fides -periaatteen perinteisestä asemasta Englannissa *Holland-Webb*, Learning Legal Rules s. 253 ss. sekä *O´Connor*, Good Faith in English Law (Aldershot 1990). Periaatteen asema on heidän mukaansa heikko, koska Englannin sopimusoikeuden perustana on ajatus sopimuksesta taloudellisena vaihdantavälineenä. Se on tuonut mukanaan ns. "caveat emptor -olettaman" eli että sopimusten osapuolten tulee sen solmimishetkellä tutustua tarkasti siihen, mihin he sitoutuvat, koska tuon sidonnaisuuden luonne on ankaraa (kirjoittajat mainitsevat tässä poikkeuksellisen tapauksen Interfoto Picture Library Ltd v Stiletto Visual Programmes Ltd [1988] 1 All ER 348.)

[242]Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts, Council Directive 93/13/EEC, joka implementoitiin Englannissa: Regulation 4 of the Unfair Terms in Consumer Contracts, SI 1994 No 3159. Internetissä on oma direktiiviä koskeva tietokantansa, jossa on informaatiota mm. EU:n jäsenmaiden oikeuskäytännöstä. Ks. European Database on Case Law about Unfair Contractual Terms (http://europa.eu.int/clab/).

Englannin sopimusoikeutta "irritoivana" tekijänä.[243]

> Bona fides on tuottanut päänvaivaa kansallisen lainsoveltajan lisäksi myös yhteisöjen tuomioistuimelle. *Walter van Gerven* on huomauttanut, että sitä koskevan direktiivin osalta oikeusvertailu on kohdannut rajansa, koska jäsenmaiden käsitykset bona fides -periaatteen sisällöstä ja merkityksestä sopimusoikeudessa vaihtelevat ja jäsenmaiden oikeusjärjestelmistä onkin hyvin vaikea löytää sitä koskevia yhteisiä nimittäjiä. Kirjoittajan mielestä bona fides -periaate onkin esimerkki niistä tapauksista, joissa laaja oikeusvertaileva tutkimus aiheuttaa yhteisöjen tuomioistuimelle ainoastaan ajan- ja rahanhukkaa.[244]

3.5.5.4. Oikeudellisten siirrännäisten puolustajista

> "vastaanottava järjestelmä ei tarvitse todellista tietoa alkuperäisen säännöksen sosiaalisista, taloudellisista, maantieteellisistä ja poliittisista konteksteista.."[245]

Alan Watson on esittänyt yhden yksinkertaistetuimmista, mutta toisaalta myös perustelluimmista, oikeudellisia siirrännäisiä puolustaneista käsityksistä. Hän on heijastanut teoriaansa vasten peiliteoreetikkojen väitettä siitä, että muutokset lakia ympäröivissä taloudellisissa, sosiaalisissa, kulttuurisissa yms. tekijöissä vaikuttavat konkreettisena heijastumana voimassa olevien lakien sisältöön. Nimitys peiliteoria syntyy oikeuden näkemisestä tällä tavoin yhteiskunnallisena peilinä.[246] Sitä vastoin *Watson* uskoo, että oikeusjärjestyksen säännösmuutokset selittyvät totuudenmukaisimmin (yksityis)oikeudellisilla siirrännäisillä.

Alun pitäen *Watson* uskoi oikeuden kehittyvän ns. vahvan insulaatioteesin mukaisesti muista yhteiskunnallisista osajärjestelmistä täysin riippumatta.[247] Tätä hän on perustellut länsimaisella oikeushistorialla - roomalaisen oikeuden kehitys tarjoaa näet parhaan esimerkin siitä, miten kansallisissa lakireformeissa kannattaa ottaa mallia vieraista oikeusjärjestyksistä ja

---

[243]*Teubner*, Legal Irritants. Alustus seminaarissa Interaction of repulsion ? (Turku 13.1-2.1996) (julkaistu MLR Vol. 61 s. 11-32). Myös *Posner*, Law and Legal Theory in England and America s. 72, on todennut, että oikeussysteemin osaa ei tule muuttaa ennenkuin analysoidaan muutoksen vaikutus koko systeemin kannalta: "It would be foolish to suggest installing an airplane battery in an automobile on the ground that airplane batteries are more reliable; the airplane batteries would not fit."

[244]ECJ case-law as a means of unification of private law ? s. 306 ss. alaviitteineen.

[245]*Watson*, Legal Transplants and Law Reform s. 81.

[246]Ks. esimerkiksi *Bellin* käsitys oikeudesta, English Law and French Law s. 100.

[247]Ks. Roman Law and Comparative Law s. 97.

miten tuollaiset reformit myös yleensä onnistuvat.[248] Siirrännäisiä voi tosin löytää myös kansallisen oikeusjärjestelmän sisältäkin, jos tietyn oikeusinstituution oletetaan toimivan myös jollakin toisella oikeudenalalla.[249] *Watsonin* ajatusten perustana on positivistinen näkemys oikeudesta; hän tarkastelee kussakin oikeusjärjestelmässä auktoritatiivisesti voimassa olevia säännöksiä täysin muodollisesti, eikä kansallisten tuomioistuinten lainkäyttöä tai oikeutta ympäröiviä yhteiskunnallisia kontekseja tarvitse hänen mielestään ottaa oikeudellisissa tutkimuksissa huomioon. Kun säännökset nähdään näin vahvan oikeuspositivistisesti, vaikuttaa se välttämättä myös käsitykseen niiden siirrettävyyden helppoudesta. Mikä tahansa sääntö voi siis "kotiutua" mihin tahansa muuhun länsimaiseen oikeuspiiriin kuuluvaan oikeusjärjestykseen. Jos Watsonin teesejä soveltaisi EY-oikeuteen, tarkoittaisi se itse asiassa sitä, että samasanaiset asetukset voitaisiin saattaa voimaan kaikissa jäsenvaltioissa ja että nuo siirrännäiset johtaisivat tosiasialliseen harmonisaatioon myös toiminnallisella tasolla. Tätä pohtiessa täytyy kuitenkin huomioida, että Watson tarkasteli vain yksityisoikeudellisia säännöksiä. Sen vuoksi hänen ajatuksiensa analogiseen sovellettavuuteen julkisoikeudessa täytyy suhtautua varauksella.[250]

Watsonin tuotanto on laaja - häneltä on ilmestynyt noin kaksikymmentä kirjaa ja sata artikkelia - ja tarkka lukija voisikin syyttää häntä ristiriitaisten väitteiden esittämisestä.[251] Hän on esimerkiksi joissakin myöhemmissä kirjoituksissaan suhtautunut peiliteorioihin suopeammin ja antanut ymmärtää, että lainmuutoksiin vaikuttavat tekijät ovat kompleksisempi ilmiö kuin mitä hänen peiliteorioita vastustanut vahva insulaatioteesinsä pitää sisällään.

---

[248]Myös *Ewald*, Comparative Jurisprudence II s. 503: " History shows that because of the nature of the legal profession, legal change in European private law has taken place largely by transplantation of legal rules; therefore, law is, at least sometimes, insulated from social and economic change." *Ewald* toteaa, että edellä mainitun valossa oikeusvertailijoiden tulisi ensisijaisesti keskittyä oikeudellisten siirrännäisten tutkimiseen.

[249]*Watson*, Legal Transplants s. 108.

[250]On huomattava, että EY-oikeudelliset asetukset koskevat yleensä julkisoikeutta. *Watson*, Legal Transplants s. 6, 96-100 ss.: "it would be relatively easy task to frame a single basic code of private law to operate throughout the whole of the Western world." Hän siis rajaa yhtenäisen lain mahdollisuuksia sekä sisällöllisesti (yksityisoikeus) että maantieteellisesti (länsimaat, joka on laajempi käsite kuin mannereurooppalainen). Ks. myös *Zweigert-Kötz*, An Introduction to Comparative Law s. 183: "the day may not be too far distant when the project of a European Civil Code will be undertaken".

[251]*Ewald*, Comparative Jurisprudence I s. 491, jossa seuraavasti: "..he has, over time, and in different contexts, changed his formulations, sometimes claiming one thing and sometimes another, with the consequence that his theory has frequently been misunderstood."

Otto Kahn-Freund ei hyväksy *Watsonin* vahvaa insulaatioteesiä. Hän on sen sijaan jatkanut *Montesquieun* 1700-luvulla esittämiä ajatuksia siitä, miten säännösten sidonnaisuus yhteiskunnan maantieteellisiin, sosiaalisiin, taloudellisiin, kulttuurisiin ja poliittisiin voimiin yleensä selittää oikeudellisten siirrännäisten onnistumisen tai epäonnistumisen. *Kahn-Freundin* mukaan jokainen näistä yhteiskunnallisista tekijöistä on yhä tänä päivänäkin relevantti oikeudellisten siirrännäisten onnistumismahdollisuuksia arvioitaessa, mutta niistä suurin paino olisi asetettava politiikalle: "Monissa tapauksissa kysymys ei ole siitä, kuinka syvälle maaperään se (oikeudellinen instituutio - TM) on juurtunut, vaan se, kuka istuttanut juurakon ja kuka puutarhaa hoitaa."[252] Poliittisen valtajärjestelmän ja oikeussäännösten sidonnaisuus toisiinsa nähden vaihtelee kuitenkin samankin oikeusjärjestelmän sisäisesti oikeudenaloittain; osa säännöksistä on siksi helposti siirrettävissä maasta toiseen, osaa niistä taas ei voisi siirtää aiheuttamatta vahinkoa siirrettävälle säännökselle tai vastaanottavalle systeemille. *Kahn-Freundin* mukaan oikeusjärjestys voidaan tällä perusteella jakaa mekaanisiin ja orgaanisiin säännöksiin. Orgaaniset säännökset ovat niitä, jotka "kantavat erityistä kulttuurista painolastia". Niiden voisi jopa katsoa kantavan korostuneessa mitassa yhteiskunnallis-moraalisia arvoja mukanaan.[253] Niitä tilanteita, joissa orgaanisia

[252]Uses and Misuses of Comparative Law s. 13, jossa *Kahn-Freund* jatkaa poliittisen valtajärjestelmän eroista säännösten siirrettävyyteen vaikuttavana tärkeimpänä tekijänä: "Or in non-metaphorical language: how closely it is linked with the foreign power-structure, whether that be expressed in the distribution of formal constitutional functions or in the influence of those social groups which in each democratic country play a decisive role in the law-making and the decision-making process and which are in fact part and parcel of its constitutional and administrative law". Kasvikunnasta otetulla metaforalla on myös *Brusiin* värittänyt ajatuksiaan siitä, kuinka vieras oikeusnormi olisi liitettävä sen oman historian pohjalta muodostuneeseen poliittis-taloudelliseen perustaan: "Yhtä vähän kuin kasvi voidaan mielivaltaisesti siirtää maastosta ja ilmanalasta riippumatta, yhtä vähän voidaan oikeusnormi täten kiskaista irti kasvupohjastaan." Tuomarin harkinta normin puuttuessa s. 203.

[253]Myös *Merryman*, On the Convergence of Civil Law and Common Law s. 230, jossa harmonisoinnin todetaan onnistuvan parhaiten (jos ylipäätään) silloin, kun ko. säännös on sekularisoitu eli vapautettu erityisestä kulttuurisesta painolastistaan. Aikoinaan glossaattorit ja heidän työtään jatkaneet kommentaattorit sekularisoivat roomalaisen oikeuden, jolloin sitä saatettiin soveltaa voimassa olevana oikeutena sellaisissakin maissa, jotka ajallisesti ja paikallisesti olivat erkaantuneet kauaksi rooman valtakunnasta. Nykyisin lakien yhtenäistämisyritystä täytyy edeltää sen, että säännöt puhdistetaan kulttuurisista ja sosiaalisista elementeistä, jolloin ne soveltuvat työstettäväksi eri oikeusjärjestysten erilaisissa oikeuskoneistoissa. Ne säännökset, joiden osalta *Merryman* näkee sekularisoinnin mahdolliseksi, vastaavat ilmeisesti *Kahn-Freundin* mekaanisia oikeussäännöksiä. Onnistuneista ja epäonnistuneista siirrännäisistä länsimaisissa oikeusjärjestelmissä ks. *Merryman* s. 208-10.

säännöksiä pyritään sovittamaan väkisin vieraaseen oikeusympäristöön, *Kahn-Freund* nimittää oikeusvertailun väärinkäyttämiseksi.[254]

Tätä *Kahn-Freundin* oikeudellisia siirrännäisiä koskevaa teoriaa voi hyödyntää myös EY-oikeudellisesta harmonisaatiosta keskusteltaessa. Tietyillä (orgaanisilla) oikeudenaloilla - joista esimerkkeinä perhe-, siviili-, rikos- ja suuri osa sosiaalioikeutta - ei tulisi ryhtyä lakien yhtenäistäiseen, koska oikeussäännösten harmonisoiminen aiheuttaisi haittoja ja kuluja, jotka ylittäisivät yhtenäistämisestä koituvan kokonaishyödyn. Tällaisiin haittoihin kuuluvat mm. oikeusjärjestyksen monimutkaistuminen ja sirpaloituminen - harmonisointitoimet saattaisivat olla myös turhana edistyksen esteenä, kun yhteiskunnassa syntyneet uudet ongelmat joutuisivat odottamaan ylikansallisen lainvalmistelijan reagointia. Jos taas kyseessä ovat mekaaniset oikeussäännökset, EY-oikeudellisten direktiivien tai jopa asetusten onnistuneelle täytäntöönpanolle ei ole esteitä. Tällä tavoin ero mekaanisen ja orgaanisen oikeudenalan välillä merkitsee samalla eroa mahdollisen ja mahdottoman siirrännäisen välillä. *Kahn-Freund* on yhteenvedonomaisesti todennut, että harmonisointi vaatii harkintaa ja edellyttää laatuun satsaamista määrän sijasta; käytännöllisten edellytysten täytyy ohjata yhtenäistettävien oikeudenalojen valintaa. EU:n toiminta ei yleisesti ottaen edellytä esimerkiksi sopimus-, varallisuus-, perhe- tai rikosoikeuden keskeisten periaatteiden harmonisointia.[255]

---

[254]On Uses and Misuses of Comparative Law s. 20, jossa todetaan, että oikeudellisia menettelytapoja koskevat säännöt ovat yleensä vaikeammin siirrettävissä oikeusjärjestyksestä toiseen kuin muiden oikeudenalojen säännökset: "..the attempt to use foreign models of judicial organisation and procedure may lead to frustration and may thus be a misuse of the comparative method." *Watson* vastasi tähän *Kahn-Freundin* paljon huomiota herättäneeseen artikkeliin kirjoituksellaan Legal Transplants and Law Reform (LQR Vol. 92 (1976) s. 79-84). Keskusteluun ovat sittemmin osallistuneet useat muutkin kirjoittajat, josta esimerkkinä *Stein*, Uses, Misuses - and Nonuses of Comparative Law (Northwestern University Law Review Vol. 72 (1977) s. 198-216).

[255]Civil Law and Common Law - Imaginary and Real Obstacles to Assimilation s. 143. Myös *Zweigert-Kötz*, An Introduction to Comparative Law s. 25 ss. *Moore* on todennut, että kaikkia oikeudenaloja kohtaavan automaattisen ja väkinäisen lainsäädännön yhtenäistämisen sijasta pitäisi keskittyä siihen, että eri oikeusjärjestelmien välille rakennettaisiin oikeusaloittaisia siltoja, jolla kohtaavilla juristeilla olisi tietoon perustuva luottamus toisiaan kohtaan. *Moore* esitti silta-metaforansa The Eurofication of National Law in EU Member States -seminaarissa (Haga Slott, Enköping 21.11.1997) pitämässään alustuksessa The Procedural Law and the Amsterdam Treaty. Samassa seminaarissa *Wersäll* totesi rikosoikeuden osalta, että sen harmonisaatioon tulisi olla selkeä käytännön tarve, jotta sitä olisi järkevää ryhtyä yrittämään. Tietyillä rikosoikeutta koskevilla osa-alueilla (esimerkiksi terrorismin sääntelyssä) tarvitaan rajoja ylittävien periaatteiden säätämistä, mutta muuten Wersäll kannatti ajatusta siitä, että EY-oikeuden tasolla tulisi keskittyä yhteistyön edellytysten parantamiseen ja teknisten yksityiskohtien säätäminen tulisi jättää kansallisten lainsäätäjien huoleksi. Sekä *Moore* että *Wersäll* edustivat ruotsalaista lainvalmistelutahoa.

3.5.5.5. Johtopäätöksiä

Oikeudellisista siirrännäisistä käyty keskustelu on mielenkiintoinen sekä EY-oikeuden yhtenäistämistoimien että oikeusvertailun teorian kannalta. Tämän viimeksi mainitun liitynnän vuoksi keskustelu liittyy läheisesti tutkimukseni tarkennettuun kysymyksenasetteluun. Esiin tuotujen näkemysten perusteella lienee selvää, että vaativinta oikeusvertailun on oltava niillä oikeudenaloilla, joihin kuuluvien oikeusinstituutioiden siirtoa eri oikeusjärjestelmien välillä pidetään joko mahdottomana tai ainakin hyvin vaikeana. Sellaisten oikeussäännösten, joiden siirto maasta toiseen käy helpommin päinsä, asema oikeusvertailun kannalta ei siten liene kaikkein haasteellisin. Tutkimuksellani en pyri kuitenkaan myöskään aliarvioimaan esimerkiksi eurooppaoikeudellisesti harmonisoitujen kauppalakien tulkitsijoiden tehtävän vaikeutta - ja vastuullisuutta - yhteisön tavoitteiden toteutumisen kannalta.

Siirrännäisten onnistumismahdollisuuksista varmin on *Watson*, jonka mielestä oikeushistoria vahventaa hänen väitteensä. On mielenkiintoista, miten samankaltaisina *Watson* länsimaiset oikeusjärjestelmät näkee. Siksi hän voi sivuuttaa oikeuskulttuurin rakenteellisten, ideologisten ja institutionaalisten tekijöiden vaikutuksen: ne ovat hänelle irrelevantteja taustatekijöitä lain pintatasolla (oikeusjärjestyksessä) tapahtuville muutoksille. Sitä vastoin *Kahn-Freundin* tekemällä jaolla orgaanisiin ja mekaanisiin oikeusnormeihin on jotain yhteistä *Jürgen Habermasin* aikoinaan tekemän erottelun kanssa. *Habermas* näet esitti, että oikeus voidaan nähdä yhtäältä ohjausvälineenä ja toisaalta instituutiona. Näistä jälkimmäinen liittyy toimijoiden elämismaailmassa, Lebensweltissä, vaikuttaviin moraalisesti värittyneisiin periaatteisiin - nämä periaatteet ikään kuin ohjaavat oikeuden institutionaalista kehitystä, jolloin sääntely on moraalin rajoittamaa. Jos lainsäätäjä sivuuttaisi Lebensweltin arvot, johtaisi se todennäköisesti desuetudoon. Ohjausvälineenä oikeus voi toimia elämismaailmasta irtaantuneiden osajärjestelmien - kuten rahan ja hallinnon -tarkoitushakuisessa sääntelyssä.[256]

---

[256]*Habermas*, Theorie des kommunikativen Handeln. Band 2 s. 536 ss. (Frankfurt am Main 1981): "Hier wird das Recht mit den Medien Geld und Macht so kombiniert, dass es selber die Rolle eines Steuerungsmediums übernimmt." Ohjausvälineenä oikeus esiintyy kirjoittajan mukaan erityisesti seuraavilla oikeudenaloilla: "..die meisten Materien des Wirtschafts-, Handels-, Unternehmens- und Verwaltungsrechts..."

Habermas itse ei tehnyt kahtiajaotteluaan vertailevan oikeustieteen, vaan oikeusjärjestelmän sisäisestä näkökulmasta. Tätä kahtiajakoa oikeusalojen välillä sillä perusteella, kuinka itsenäisiä ne ovat suhteessa moraaliperusteisiin, on oikeuskirjallisuudessa esiintynyt enemmänkin. Ks. esimerkiksi *Ehrmann*, Comparative Legal Cultures (New Jersey 1976) s. 4.

Tutkimukseni kannalta *Kahn-Freundin* tekemä jaottelu mekaanisiin ja orgaanisiin oikeudenaloihin tuntuu kaikkein hedelmällisimmältä - erityisesti, koska oikeusvertailun konkreettisena kohteena tässä tutkimuksessa on selkeästi orgaaninen oikeudenala, jäämistöoikeus. Kaikilta osin en kuitenkaan *Kahn-Freundin* näkemyksiä hyväksy. Hän esimerkiksi yliarvioi politiikan vaikutuksen muihin yhteiskunnallis-kulttuurisiin tekijöihin nähden oikeuden kehittymistä ja muutosta ohjaavana tekijänä. Jos tuon ajatuksen hyväksyisi, tarkoittaisi se näkemystä oikeudesta institutionaalistettuna politiikkana käsitteen selkeimmässä merkityksessä. Toisaalta säännösten siirto ei koskaan ole niin yksinkertainen tekninen operaatio, kuin mitä hän antaa mekaanisten normien kohdalla ymmärtää.[257]

Teorioiden tarkoituksena ei kuitenkaan ole, että ne tulisivat aina kokonaan hyväksytyiksi tai hylätyiksi. Vaikka *Kahn-Freundin* teoria on osin liikaa riisuttu, on se silti edellä mainituista vaihtoehdoista vetoavin säännösten siirtokelpoisuutta ja niiden yhteiskunnallisten sidonnaisuuksien vahvuutta selittävänä teoriana. Oikeudellisten siirrännäistenkin kohdalla olisi siten virhe tyytyä hyväksymään jompikumpi ääripään kanta ja julistamaan siirrännäiset joko mahdollisiksi tai mahdottomiksi. Kyse on siitä, miten oikeusvertailun avulla voidaan punnita oikeudellisen siirrännäisen mahdollisuuksia onnistua tietyssä konkreettisessa tapauksessa. Siirrettävyyteen vaikuttavat sekä siirrettävänä olevat säännökset (oikeusinstituutio) että sen oikeusjärjestyksen tekninen rakenne, johon säännöksiä harkitaan siirrettäväksi. Tällä tavoin siirtokelpoisuus on määre, joka kohdistuu nimenomaan yksittäiseen oikeusinstituutioon - ei vain tiettyyn oikeudenalaan.[258]

[257]Ks. myös *Mattilan* artikkeli Oikeusvertailevasta perustutkimuksesta, erityisesti s. 21, jossa hän toteaa ettei tutkittavana oleva vieraan maan laki välttämättä sovellu toisen yhteiskunnan sääntelymalliksi. Jos oikeudellinen siirrännäinen toteutetaan ilman riittäviä taustatietoja, voi tapahtua se, mitä *Mattila* nimittää Funktionswandel-ilmiöksi: säännöstö toimii siirtävässä ja säännöksen alkuperämaassa eri tavoin. Siksi muissa oikeusjärjestelmissä omaksuttuja sääntelyratkaisuja harkittaessa lainsäätäjällä tulee olla tieto sen soveltamiskäytännöstä alkuperäismaassaan.

[258]Englannin oikeuteen sisältyvä "ombudsman"-instituutio on esimerkki oikeudellisesta siirrännäisestä. Sen alkuperäinen esikuva löytyy Skandinaviasta (tarkemmin sanottuna Ruotsista) ja joka täytyi sen vuoksi ennen siirtoaan muuttaa esikuvaansa "englantilaisemmaksi". Englantiin instituutio saapui Uuden-Seelannin kautta ja se saatettiin voimaan vuoden 1965 Parliamentary Commissioner Actilla. Englantilainen "ombudsman" ei ole kaikilta osin identtinen instituutio sen skandinaavisten esikuvien kanssa. Instituution siirtoa Englantilaiseen oikeuteen on pidetty onnistuneena. Tämä osoittaa, miten siirrännäiset ovat mahdollisia vain, kun huomioidaan sekä vastaanottava- sekä luovuttava järjestelmä. Tästä edellytyksestä ei voi poiketa millään oikeudenalalla. Eri kysymys on, voidaanko siirtoa lainkaan suorittaa. Ks. tarkemmin *Markesinis*, The Comparatist s. 274 ss. sekä sama, Learning from Europe and Learning in Europe s. 13.

3.6. Ajatusten kehittelyä

Näyttäisi siltä, että niin hyvin oikeustieteessä, lainkäytössä kuin lainsäädäntötyössäkin oikeusvertailevaa informaatiota voidaan hyödyntää konstitutiivisella, auksiliaarisella tai dekoratiivisella tavalla. Ensin mainitulla tarkoitetaan sitä, että oikeusvertailevilla argumenteilla on välittömästi ja itsenäisesti ratkaisuun johtava voima. Oikeusvertailevaa lähestymistapaa hyödynnetään useimmiten auksiliaarisesti eli vieraaseen oikeuteen tehdyillä viittauksilla vain vahvistetaan auktoritatiivisempien oikeuslähteiden perusteella aikaansaatuja johtopäätöksiä. Dekoratiivisilla viittauksilla tarkoitetaan oikeusvertailevien argumenttien koristeellista käyttöä; tämä on oikeusvertailun hyödyntämistavoista kaikkein vaarallisin, koska se tarkoittaa pintapuolisuutta ja harhaanjohtavuutta - ei todellista tietoa.[259] Juuri näiden koristeellisia (ja myös auksiliaarisia) tutkimuksia tehneiden juristien vuoksi oikeusvertailu ei ole saanut sitä arvonantoa, mikä sille kansallisissa oikeusjärjestelmissä kuuluisi. Ne, jotka sanovat, ettei oikeusvertailua kannata tehdä, ovat oikeassa. Mutta vain, mikäli termillä viitataan näihin oikeusjärjestyksiä raapaiseviin pintasilauksiin.

Auksiliaarinen oikeusvertailun tapa on läheisessä liitynnässä säännöstasoiseen oikeusvertailun tekemiseen. Vierasta oikeutta koristeellisesti lähestyvä oikeusvertailu syntyi Manner-Euroopassa positivistisen ja Englannissa formalistisen oikeuskäsityksen leviämisen myötä. Sääntöjen tekstitasoon rajoittuneessa oikeusideologisessa ilmapiirissä ei ollut filosofisemmin oikeuden ideoita ja teorioita tarkastelleille näkemyksille elinmahdollisuuksia. Mutta mikään ei mielestäni selitä, miksi säännöstasoisten erojen kuvailu on edelleen oikeusvertailua harjoittavien tutkijoiden ohjenuora. Tämä tutkimustapa näet edellyttäisi, että "watsonmainen" näkemys oikeuden sääntöluonteisuudesta olisi hyväksyttävissä. Jos sitä vastoin uskomme siihen teoriaan, että säännökset eivät sinällään kerro välttämättä koko totuutta voimassa olevasta oikeudesta, ei säännöstasoinen kuvaileva vertailu täytä tieteellisyyden kriteerejä.

Oikeusvertaileville tutkimuksille näyttäisi tällä vuosisadalla olevan tyypillistä, että niillä etsitään lähinnä oikeusjärjestelmien välisiä yhtäläisyyksiä. Syynä tähän lienee ollut se pelko, että erojen osoittamisella syvennettäisiin oikeusjärjestelmien välistä kuilua, kun pyrkimys kuitenkin on toisesta maailmansodasta lähtien ollut Euroopassa päinvastainen; eroihin keskitty-

---

[259]Ks. *Reinhart*, Rechtsvergleichung und richterliche Rechtsfortbildung auf dem Gebiet des Privatrechts s. 604.

vän oikeusvertailun on pelätty heikentävän mahdollisuuksia esimerkiksi oikeuden yhtenäistämiseen eurooppalaisella tasolla. Yhtäläisyyksien kuvailuun keskittyvä tutkimus heikentää kuitenkin ymmärrystä siitä, miten tärkeä asema oikeusjärjestelmää koskevilla rakenteellisilla tiedoilla on. Kun keskitytään yhtäläisyyksiin, unohdetaan ne eroavuudet, jotka vertailun kohdemaissa on oikeuskulttuuritasolla. Oikeusvertailijat eivät voi rakentaa ymmärrystä parantavia siltoja siten, että he välttävät eroista puhumista. Päinvastoin, sillat rakennetaan hyväksymällä se tosiseikka, että muilla voi olla erilaisia totuuksia. Tällöin voi ymmärtää myös sen, että erot säännöksissä ilmentävät itse asiassa oikeuskulttuurien välisiä eroja (jotka eivät käänteisesti tyhjene oikeusjärjestyksiin.) Tämä tarkoittaa, että eroista puhumisen välttteleminen tarkoittaa samalla totuuden saavuttamisen vaikeutumista.

Koska oikeusvertailulla on monta tarkoitusperää, on yhtenäisen tutkimustavan asettaminen ongelmallista. En halua tai voikaan väittää, että olisi vain yksi oikea tapa vertailututkimuksien tekemiseen. Moni asia on riippuvainen tutkijasta, tutkimuskohteesta ja tutkimuksen tarkoituksesta. Pyrin kuitenkin tarkastelemaan sitä, mitkä virheet tehdyissä tutkimuksissa ovat johtaneet jotkut kirjoittajat lanseeraamaan teesit sen mahdottomuudesta. Tällöin on saatuja tuloksia ollut tarkasteltava yleispätevällä tasolla.

III. MISTÄ SYNTYVÄT OIKEUSVERTAILUN PERUSONGELMAT?

1. Näkökohtia kielestä ja oikeuskielestä

1.1. Aluksi

> "Luodessaan ihmisen järjelliseksi olennoksi, Jumala ei antanut hänelle ainoastaan taipuvaisuutta ja tarvetta olla yhteydessä kaltaistensa kanssa vaan varusti hänet myös kielellä, suurenmoisimmalla yhteiskunnallisella siteellä ja instrumentilla."[1]

Kielellä tarkoitetaan merkkijärjestelmää, jonka pääasiallinen tehtävä on informaation välittäminen. Kieli on tätä kautta ensijaisesti sosiaalisen vuorovaikutuksen väline - sen avulla ihmisten keskinäinen kommunikaatio on mahdollinen. Kieli on kuitenkin myös niin heterogeeninen ilmiö, ettei sen avulla aina ensisijaisesti tavoitella ihmisten välistä yhteisymmärrystä. Kieli on näet myös vallankäytön ja sen ylläpidon väline.

Kieli on osa yhteisön traditiota ja osoitus sen jatkuvuudesta. Kommunikaatioon osallistuva henkilö ei itse keksi käyttämäänsä kieltä vaan se on jotain toisilta saatua. Merkitykset ovat aina siinä mielessä objektiivisia, että ne ovat viestintätilanteessa olemassa. Merkityssuhteiden verkosto edellyttää siten puheyhteisön olemassaoloa, jossa syntyvien monenlaisten vuorovaikutussuhteiden aineellinen sisältö voidaan palauttaa viestinnälliseksi. Elä-

[1] *Locke*, The Second Treatise of Government, Luku VII.

minen jossakin kulttuurissa tapahtuu siten kielen merkityssuhteiden verkostossa, jossa sanoilla ymmärretään olevan referenssit, viittaussuhteet, johonkin kielen ulkopuoliseen todellisuuteen.[2]

Kielen tutkiminen ei tarkoita vain sen semanttista ulottuvuutta eli ilmaisun merkityssisältöä vaan sen lisäksi voidaan erottaa kaksi muutakin tasoa. Syntaksi tarkoittaa sanojen suhdetta toisiinsa nähden. Funktionsa saavuttaakseen kielen merkeillä on näet oltava joku keskinäinen järjestys ja näiden käyttösääntöjen kokonaisuutta kutsutaan kieliopiksi.[3] Pragmatiikalla taas tarkoitetaan, *Ilkka Niiniluodon* määritelmän mukaan, kielen tutkimista siten, että huomioon otetaan kielen käyttäjät ja kielen todellinen käyttö erilaisiin kommunikatiivisiin tehtäviin.[4] *Kaarle Makkosen* mukaan pragmatiikassa on eräässä mielessä kyse ihmisen ja sanan välisestä suhteesta, kielen dynaamisista ominaisuuksista.[5] Semantiikka, syntaksi ja pragmatiikka toimivat kaikki kommunikaatiossa yhteenkietoutuneina eli kielen merkityksiä ei voida palauttaa joko kielen merkkien viittaussuhteisiin, kielen rakenteeseen tai sanojen käyttöyhteyteen - kyse on näiden kaikkien kolmen tutkimustason suhteesta.

Sekä kielen merkeillä että kieliopilla on liityntä kulttuuriyhteisön jäsenten jakamaan todellisuuskäsitykseen, ns. maailmankuvaan. Se on rakentunut informaation lisäksi myös yhteisön jäsenten yhteisistä uskomuksista, arvoista ja olettamuksista. Yhtäältä maailmankuva on sanojen käytön edellytyksenä; toisaalta sanoilla järjestetään tätä maailmankuvan kokonaisuutta.[6] Yksin-

---

[2] *Crabbe*, Understanding Statutes s. 10: "a language-like system of vocal symbols in which the individual symbols lack references to elements, items and concepts of a culture is meaningless."

[3] Kielen järjestelmällisyydestä sen oppimisen ja käyttämisen edellytyksenä ks. esimerkiksi *Karlsson*, Johdatusta yleiseen kielitieteeseen s. 30. Ks. myös *Makkonen*, Luentoja yleisestä oikeustieteestä 71, jossa hän toteaa sanojen syntaktisista suhteista: "Kysymyksessä on siis eräänlainen kielioppi, säännöt siitä, miten ilmaisujen suhde toisiin ilmaisuihin määräytyy. Syntaksissa kielelliset ilmaisut ovat ikäänkuin nappuloita pelissä, jota pelataan tiettyjen sääntöjen mukaan."

[4] Informaatio, tieto ja yhteiskunta s. 26 ja 41. *Niiniluoto* viittaa tasottelussaan *Morrissen* tutkimuksiin. Ks. myös *Karlsson*, Johdatusta yleiseen kielitieteeseen s. 43-45 sekä *Mincke*, On Information and Interpretation s. 1.

[5] Luentoja yleisestä oikeustieteestä s. 72.

[6] *Juha Tolonen* on huomauttanut todellisuuden jäsentämisestä: "..but people understand and interpret the facts in different ways. This is due to our patterns or understanding social realities in general, in other words, to the choice of paradigm employed in the creation of knowledge." (Alustus seminaarissa Interaction or Repulsion ? Turku 13.12.1996.) Ks. siitä, miten maailmankuva on ymmärtämisen edellytyksenä *Curran*, Cultural Immersion, Difference and Categories in U.S. Comparative Law s. 56 ss.

kertaisimmankin kirjaimellisesti tulkittavissa olevan virkkeen merkitykset ovat sidoksissa näihin yhteisöittäin vaihtuviin taustatietoihin, joita liittyy jokaiseen virkkeeseen ennalta määräämättömästi. Siksi niitä ei voi jokaisessa lauseessa myöskään tuoda eksplisiittisesti ilmi.[7] Kommunikaation kantasana communis onkin latinaa ja tarkoittaa yhteistä - yhteistä maailmankuvaa ja sitä myöten yhteistä näkökulmaa viestittävään asiaan.

1.2. Oikeuskieli erikoiskielenä

> "Modernin yhteiskunnan lisääntyvä monimutkaistuminen, joka edellyttää yksilöiden odotusten suuriasteista pysyvyyttä suhteessa heidän käyttäytymiseensä, on mahdollista hallita vain kehittyneiden juridisten konstruktioiden välityksellä."[8]

Äidinkieli on keino jäsentää yhteistä kokemusmaailmaa. Äidinkielen varaan rakennamme ajatuksemme ja luovat tekomme sekä paikallistamme itsemme jonkin yhteisön jäseneksi. Yleiskielen sisäisesti on kuitenkin erotettavissa useita erikoiskieliä, joista yksi on oikeuskieli.[9] Myös oikeus on olemassa merkityssuhteiden verkostona eli kielen muodossa tapahtuvana viestintänä. Sanat muodostavat yhtäaikaa sekä oikeuden raaka-ainemateriaalin että työkalut tuon kokonaisuuden hallitsemiseksi. Koska oikeuskieli on yleiskielen alainen erikoiskieli, on se myös välttämättä esijäsentynyt merkkijärjestelmä. Oikeuskieli toimii yleiskielen pohjalta, eikä niiden välistä rajaa voi piirtää veitsenterävästi. Yleiskielellä on jonkinasteinen ylivalta oikeuteen nähden, koska lainsäätäjä voi muuttaa oikeussääntöjä, mutta hänellä ei ole keinoa muuttaa kielenkäytön perussääntöjä. Oikeuskieli voitaisiinkin hahmottaa yleiskielen sisälle syntyneenä murteena, jota ei voi ymmärtää ilman perustietoja yleiskielen sanojen käyttösäännöistä.[10]

---

[7] *Marmor*, Interpretation and Legal Theory s. 26 ss., jossa lisää siitä, miten onnistunut kommunikaatio on riippuvainen yhteisöllisesti relevantiksi koetun taustatiedon yhtenevyydestä. Ks. myös *Niemi*, Päämäärien valtakunta s. 28 ss.

[8] *Smith*, The Unique Nature of the Concepts of Western Law s. 20.

[9] Sanaa oikeuskieli käytetään tässä jaksossa laajemmassa merkityksessä kuin lakikieltä, jonka ymmärrän säädöskielen synonyymina. Oikeuskieli tarkoittaa näet säädöskielen lisäksi myös tuomioistuimissa käytettyä kieltä sekä oikeustieteen kieltä. Ks. *Mattila*, Oikeuslingvistiikka oppiaineena s. 198. Myös *Wróblewski*, Legal Language and Legal Interpretation s. 239 ss. (Law and Philosophy Vol. 4 s. 239-255).

[10] On sanottu, että oikeuskielellä ilmaistun viestin ns. informatiivinen funktio on yleensä keskeisin, kun taas luonnollisissa kielissä painotetaan informaation välittämisen lisäksi sen muitakin funktioita. Ks. esimerkiksi *Hakulisen* artikkeli Suomalaisuus ja äidinkieli (Kielikello 1/94 s. 3-5) näistä äidinkielen muista tehtävistä.

Käsitejärjestelmästä on *Fred Karlsson* todennut, että se on välttämätön tutkimuskohteen hahmottamista sekä aineiston hankintaa ja käsittelyä varten. Käsitteenmuodostus, ns. kategorisaatio, liittyy läheisesti arkiajatteluunkin. *Karlssonin* mukaan muodostamme käsitteellisiä abstraktioita, joita varustamme nimilapulla.[11] Jokainen nimilappu nimeää käsitteen, joka edustaa tiettyjä ulkomaailman, ajattelumme tai maailmankuvamme ominaisuuksia. Käsitteiden avulla orientoidumme aistihavaintojen moninaisuudessa: hahmotamme maailman tietynlaiseksi, strukturoimme sen.[12]

Oikeuskielen piirissä abstraktisilla käsitteillä on aivan erityinen merkitys. Ne ovat (tai saattavat olla) erilaiset kuin yleiskielen käsitteet. Siksi samaakaan äidinkieltä puhuvat henkilöt eivät välttämättä ymmärrä juridisia käsitteitä samalla tavalla, jos he eivät ole saaneet oikeudellista koulutusta. Hämäävää on se, että oikeuskielessä on saatettu ottaa käyttöön sellaisia käsitteitä, jotka kyllä terminologisesti ovat yleiskielen mukaiset, mutta joille on juridisesti annettu joku erityismerkitys.[13]

1.3 Oikeuskieli ja kansalainen

> "Nyttemmin lakikielen vaikeaselkoisuudesta ja arkaaisuudesta on eri maissa pyritty vapautumaan. Tämä on osoittautunut varsin vaikeaksi."[14]

Oikeuskieli eroaa yleiskielestä terminologiansa lisäksi myös tyyliltään. Useimmissa oikeusjärjestelmissä oikeuskielen pyrkimys täsmällisyyteen ja selkeyteen on aiheuttanut sen, että virkerakenteet ovat kehittyneet polveikkaiksi ja monimutkaisiksi. *Osmo A. Wiio* on jakanut vaikean kielen perustyypit insinöörikieleksi ja lakimieskieleksi. Insinöörikielessä käytetään paljon selkeitä lauserakenteita, mutta vaikeita ammattisanoja. Lakimieskielelle on sen sijaan tyypillistä se, että teksti on rakennettu monimutkaisesti ja pitkien virkkeiden varaan. Tekstin ymmärtäminen on tällöin vaikeaa, vaikka

---

[11] Eli käsite tarkoittaa asian olemusta, sen merkitystä. Termillä tarkoitetaan sen ulkoista asua - sitä, miten käsite on kielessä ilmaistu. Ks. tästä *Mattila*, Oikeusvertailun lingvistiset hankaluudet s. 107 ss. Hän erottaa toisistaan synonymian (useat termit ilmaisevat saman käsitteen) sekä polysemian (samaa termiä käytetään usean käsitteen ilmentäjänä).

[12] Johdatusta yleiseen kielitieteeseen s. 16 ss.

[13] *Bing*, Handbook of Information Retrieval s. 32: "Such legal definitions obviously will take precedence over the common use of the word, and perhaps create a divergence of the interpretation of the word as part of a legal and non-legal context."

[14] *Mattila*, Oikeusvertailun lingvistiset hankaluudet s. 116.

käytetyt sanat voivatkin olla tavallisia ja sitä kautta tuttuja.[15] Tämän vuoksi oikeuskielen luonne professionaalisesti rajoitetun ryhmän keskinäisenä keskusteluna eli diskurssina korostuu.[16] *Peter Goodrichin* mielestä oikeudellinen tulkintadiskurssi onkin yksipuolinen monologi tuomioistuimelta kansalaiselle, koska kansalaisella ei ole mahdollisuutta ymmärtää käytettyä oikeuskieltä. Siksi oikeusyhteisön jäsenyyskin tarkoittaa taitoa kommunikoida rajoitetun professionaalisen ryhmän jäsenten kesken.[17]

Tämä liittyy useissa maissa virinneeseen keskusteluun siitä, millä tavalla säädöstekstit tulisi laatia. Jos lähtökohtana pidetään säädösten viestintäfunktiota, on monimutkainen kielenkäyttö tarkoituksenmukaisen kommunikaation este. Tavoitteena ei voi olla maallikon sulkeminen oikeutta koskevasta kommunikaatiosta pois.[18] Säädöskielen liiallinen kansantajuistaminen saattaa kuitenkin olla uhka lain täsmällisyydelle. Säännösten tuleekin olla riittävän lyhyitä ja täsmällisiä, mikä käytännössä johtaa sellaisten juridisten termien, lauserakenteiden ja systemaattisten sidonnaisuuksien käyttöön, jotka vain oikeustieteellisen peruskoulutuksen omaava henkilö voi hallita.[19] Tällöin muiden kuin lainsäädäntötasoisten diskurssien varaan jää se, onko kansalaisen käytettävissä hänen toimintansa rationaaliseksi suunnittelemiseksi riittävä ymmärrys voimassa olevasta oikeudesta. Oikeuskulttuurista riippuen tällainen kansalaista valistava tehtävä voi olla ensisijaisesti joko oikeustieteellä, lainsoveltajalla tai viranomaisella.[20]

[15] *Wiio*, Ymmäretäänkö sanomasi ? s. 192, jonka mielestä tämä on syy siihen, miksi yleisö tuntee esimerkiksi lainsäädäntöä heikosti. Ks. myös *Ahon* kirjoitus Oikeuskielestä ja oikeuden estetiikasta (teoksessa Juhlajulkaisu Matti Ylöstalo. Toim. Wirilander, J.-Aro, P-L., Esko, T.-Kartio, L. Helsinki 1987 s. 17-22). *Aho* on huolissaan siitä, että hyvä oikeuskieli ja sen kauneus on katoamassa suomalaisesta juridiikasta, vaikka esteettiset vaatimukset voitaisiinkin toteuttaa kielen asiasisältöön negatiivisesti vaikuttamatta.

[16] Diskurssi on keskustelu, jossa voidaan esittää perusteluita (argumentteja) jonkun kannan tueksi ja sitä vastaan.

[17] Reading Law s. 189: "The first task of the legal utterance is to translate the facts of a case and the everyday perception of the facts into legal categories or normative propositions (rules) that are expressed in a language that is both obscure to the non-legal participants in the case and is far more general than the issue in the case itself." Samansuuntaisesti *Paterson*, The Law Lords, luku V.

[18] Ks. OECD:n selvitys Improving the Quality of Laws and Regulations erityisesti luku 7: Communicating and Codifying Laws (OECD/GD(94)59. Pariisi 1994). Siinä todetaan, että lakien tulisi olla selkeästi kirjoitettuja, jotta kansalaiset voisivat ymmärtää niiden sisällön. Selvityksessä on viitattu tyytyväisinä OECD-maissa laajalti levinneeseen lainsäädäntötekniseen ideologiaan mahdollisimman yksinkertaisesta säädöskielestä.

[19] Esimerkiksi *Saarenpää*, Legal Data Banks and Legal Skills s. 173.

[20] Ks. Suomen osalta tärkeä on laki viranomaisten toiminnan julkisuudesta (621/1999), jossa viranomaisen velvollisuus tuottaa ja jakaa tietoa on nimenomaisesti mainittu (20 §). Viranomaisilla tarkoitetaan laissa myös tuomioistuimia ja muita lainkäyttöelimiä.

Säädöstekstien laatimistekniikka on sidoksissa oikeuskulttuuriin. Englantilainen *Francis Bennion* edustaa kantaa, jonka mukaan lakitekstejä on lähes mahdotonta muotoilla niin, että ne voisi ymmärtää ilman juridista koulutusta. Hänen mielestään lainsäätäjän ei tarvitse edes tavoitella kansanomaista kieltä. Tässä on huomioitava englantilaiselle oikeuskulttuurille tyypillinen oikeuslähdeopillinen näkemys, jonka mukaan säädännäinen oikeus on vain ennakkotapausoikeutta täydentävä oikeuslähde. Tämän vuoksi parlamentin säätämiä lakeja tulee tulkita tiukan kirjaimellisesti. Ajattelumallilla lienee ollut vaikutuksensa myös Englannissa esitettyihin näkemyksiin siitä, kuinka kansaintajuisessa muodossa säädöskieli tulisi saattaa voimaan.[21] *Jan Hellner* edustaa pehmeämpää linjaa, ja toteaa, ettei lainsäädäntöä tule kirjoittaa epätarkasti vain sen takia, että maallikko voisi sen ymmärtää. Toisaalta lakitekstiä ei saa muotoilla tarpeettoman monimutkaisestikaan. Pääasiana hän tuntuu pitävän juridisen tekstin tarkkuutta ja sen merkityssisällön mahdollisimman suurta yksiselitteisyyttä.[22]

Näistä erilaisista lähtökohdistaan huolimatta *Hellner* ja *Bennion* ovat löytäneet yhteisen sävelen siltä osin, että lainsäätäjän työn tuloksena säädösteksteihin välttämättä jää tiettyjä "elliptisiä" tekijöitä. Tämä tarkoittaa, että "kaikkea ei voi lain sisään kirjoittaa", koska lakitekstien luettavuus vähenisi tällöin niiden liiallisen pituuden ja monimutkaisen rakenteen vuoksi. Elliptisten merkitysten vuoksi oikeuskielen hahmottaminen kokonaisuutena

---

[21] Ks. artikkelit: the Times 1.2.1994 sekä 24.1.1995. Myös Bennion on Statute Law s. 10. *Dodova*, A Translator Looks at English Law s. 72-74, toteaa, että vaatimus yksinkertaisemmasta kielestä tulisi korvata yhteiskunnallisella valistuksella lain sisällöstä. Englantilaisen oikeuskielen monimutkaisuudesta ja kansalaisten asemasta ks. myös *Iedema*, Legal Ideology: the Role of Language in Common Law Appellate Judgements (International Journal for the Semiotics of Law, Vol. 22 s. 21-36). Skotlantilainen *MacCormick*, An Institutional Theory of Law s. 63, pitää ensisijaisena tavoitteena, että lain parissa työskentelevien henkilöiden tulisi ymmärtää sen sisältö. Toisaalta lain pitäisi käydä mahdollisimman suuressa määrin myös maallikkojen järkeen, koska lain regulatiivisuus vaikuttaa nimenomaan heidän elämäänsä.

[22] *Hellner*, Lagstiftningen inom förmögenhetsrätten s. 230. *Blumen*, The Communication of Legal Rules s. 199 ss., mielestä olisi erityisen tärkeää, että voimassa olevan lain sisällöstä viestittäisiin sellaisella tavalla, joka voisi avautua myös niille, jotka eivät ole saaneet juridista koulutusta. Suomalaisesta lainvalmistelukäytännöstä mainittakoon 30.5.1996 hyväksytty Valtioneuvoston lainvalmistelun kehittämisohjelma (Oikeusministeriön lainvalmisteluosaston julkaisu 3/1996), jossa on edellytetty, että hyvän säädöksen tulee olla oikeudellisesti moitteeton, lakiteknisesti ja kielellisesti viimeistelty sekä selkeä ja ymmärrettävä. Ks. myös Lainlaatijan opas (Helsinki 1996), johon on koottu yhtenäiseen muotoon ne periaatteet, joita säädösehdotuksia laadittaessa on pyrittävä noudattamaan. Sivuilla 128-138 on käsitelty säädöskielen ymmärrettävyyttä sekä sen täsmällisyyttä ja johdonmukaisuutta.

tulee erityisen tärkeäksi. Säännös on kuin osa palapelistä, jossa sitä ympäröivätkin palat ovat kuvan kehittymisen kannalta merkityksellisiä. Ero elliptisiä merkityksiä sisältävän lakikielen ja huonon lakikielen välillä on siinä, että jäljempänä mainitussa lainsäätäjän elliptiseksi olettama seikka ei ole sitä lakia soveltaville (juridisen koulutuksenkaan saaneille) henkilöille.[23]

1.4. Käsitteiden suhteellisuus

> "Olisi niin paljon mukavampaa, jos luonto olisi luonut kaiken ehdottoman selkein rajoin ja kielet niin kehittyneinä, että sanoillakin olisi vain yksi pääasiallinen merkitys..Ikävä kyllä luonto ei kuitenkaan toimi tällä tavoin."[24]

Oikeuskielen ytimen muodostavat käsitteet ovat historiallisesti kehittyneet ja ne ovat jokaisessa oikeusyhteisössä sille ainutkertaiset. Toisaalta oikeudellisen kielen rakenne ilmentää yhteisön oikeudellista ajattelutapaa: "Tutkimus oikeuskielestä on samalla tutkimus oikeusajattelusta."[25] Voisikin olettaa, että jos oikeuskulttuurit eroavat paljon toisistaan, on se samalla indisio siitä, että oikeuskielissä on huomattavia eroja. Tämän vuoksi tietyn oikeusyhteisön oikeuskielen ymmärtäminen edellyttää, että tunnetaan sen taustalla vaikuttava kielellinen traditio sekä riittävässä määrin myös oikeusjärjestelmän yleistä rakennetta. Toisaalta kielten erilainen rakenne vaikeuttaa toisiin oikeusjärjestelmiin tutustumista, koska meidän on vaikea vaihtaa kielellistä perspektiiviämme toisen kieliyhteisön (ja sen merkitysjärjestelmän) kaltaiseksi.

---

[23] Bennion on Statute Law s. 234 ss. *Bennionin* esimerkkinä elliptisistä tulkinnoista on englantilainen tapaus Inland Revenue v Hinchy [1959] 1 QB 327. Vrt. kuitenkin Cape Brandy Syndicate v IRC [1921] 1 KB 64, erityisesti s. 74: "Nothing to be read in, nothing to be implied.." Ks. myös *Hellner*, Lagstifningen inom förmögenhetsrätten s. 228-231 sekä *Hiltunen*, Chapters on Legal English s. 30: "On the contrary, the elliptic diction resulting from the omission of circumstancially known information means that one has to reconstruct the sense on the basis of what is available."

[24] *Pound*, Some Thoughts about Comparative Law s. 7: "There are overlappings and twilight zones and mergins on almost every side of everything and where there are not, analogical and figurative use of words create overlappings of terms, and divergences in the use of them create new confusion." (Teoksessa Festsschrift für Ernst Rabel. Band I. Rechtsvergleichung und internationales Privatrecht. Toim. Dölle, H.-Rheinstein, M.-Zweigert, K. Tübingen 1954 s. 7-16.)

[25] *Dodova*, A Translator Looks at English Law s. 72. Myös *Smith*, The Unique Nature of the Concepts of Western Law s. 7: "A language system with a radically different syntactical structure will probably reflect a different epistemological theory."

Yhteisymmärrys edellyttää yhteisiä merkityksiä, jotka voivat syntyä kommunikaatioon osallistuvien henkilöiden yhteisen kokemuspiirin ja yhtenevien maailmankuvien perusteella. Tällaisia keskinäisen ymmärtämyksen piirejä on monia - juristit ovat niistä vain yksi esimerkki - ja näiden ryhmien sisäisessä kommunikaatiossa voi käyttää myös arvostelmia, koska yhteinen kokemuspiiri antaa myös konnotatiivisille sanoille yhteneviä merkityksiä.[26] Oikeuden maailmassa tämä perustelee ja mahdollistaa sanamuodoltaan joustavien säännösten voimaansaattamisen ilman, että se johtaisi mielivaltaiseen lainkäyttöön kunkin lainsoveltajan henkilökohtaisesti määräytyvien preferenssien mukaisesti.

Kun oikeuskielen terminologia, käsitteet ja oikeudellinen ajattelutapa ovat historiallisesti kehittyneet, on luonnollista, että oikeuskielen erot ovat pienempiä - tai ainakin helpommin ymmärrettävissä - jos oikeusjärjestelmät jakavat yhteisen historian tai jos ne ovat olleet tarkoituksellisesti oikeudellisessa yhteistyössä.[27] Esimerkiksi Ruotsin ja Suomen kulttuuriyhteyden ansiosta niiden oikeudellisten käsitteiden yhtäläisyydet ovat huomiota herättävän suuret.[28] *Bernhard Grossfeld* on puolestaan yleistänyt, että koska roomalaisen oikeuden ja latinan asema oli Euroopan alueella vahva, on mannereurooppalaisten maiden oikeuskielissä niin hyvin terminologisia kuin rakenteellisia yhtäläisyyksiä, jotka helpottavat noista maista kotoisin olevien juristien keskinäistä kommunikaatiota.[29]

---

[26] Jaosta konnotatiiviisiin sivumerkityksiin ja denotatiivisiin sanakirjamerkityksiin ks. *Wiio*, Ymmärretäänkö sanomasi ? s. 44, erityisesti s. 42-46 sekä 117. Kirjoittaja toteaa kokemuspiirin karttuvan siten, että ympäristöstä välittyy viestejä kasvatuksen, oppimisen ja kokemuksen kautta: "Ihminen siis omaksuu suuren joukon käyttäytymisohjeita, jotka ovat toivottavia tai ei-toivottavia aina kunkin aikakauden ja kulttuurin arvosteluperusteiden mukaan." Ks. myös *Vogel*, Juridiska översättningar s. 75 ss.: "Finner han en motsvarighet måste han räkna med skillnader i denotationer eller konnotationer, som ibland visar sig först efter ingående rättsutredningar och komparativ analys..sambandet med den rättsordning som innehållet bygger på, får inte brytas".

[27] Ks. *Hiltunen*, Chapters on Legal English s. 12, joka toteaa, että oikeudellisten tekstien lukemisessa ja toiselle kielelle kääntämisessä kohdattavat vaikeudet ovat sitä suuremmat, mitä suurempi yhteiskunnallis-kulttuurinen kuilu on kääntäjän oman kielen ja käännettävän kohdekielen välillä.

[28] Ks. tästä lisää *Palmgren*, sana-artikkeli Lakiruotsi s. 549 (EIF 6. osa s. 547-550). Niistä ongelmista, jotka koskevat ruotsinkielisen säädöstekstin luomista suomen pohjalta ks. esimerkiksi *Bondsdorff*, Om det svenska lagspråket i Finland (JFT 1984 s. 402-423). Ks. myös tämän tutkimuksen II osan luku 3.2.2.

[29] *Grossfeld*, Sprache und Schrift als Grundlage unseres Rechts s. 634 ss. Myös *Makkonen*, Oikeudellisen ratkaisutoiminnan ongelmia s. 195 ja *Hakulinen*, Latinankieli ja lainoppi s. 342, on todennut, että "juridinen terminologia on useissa maissa miltei kauttaaltaan

Sen sijaan Englanti muodostaa tässä suhteessa eurooppalaisen "kielisaarekkeen", koska siellä lakiranska korvasi latinan pääasiallisesti käytettynä oikeuskielenä aina tämän vuosituhannen puoliväliin asti. Tosin lakiranskan käyttöönotto ei tehnyt Englannin oikeudesta yhtään ranskalaisempaa, koska termien käsitteellinen sisältö oli kuitenkin aina englantilainen - sen ulkoasusta riippumatta.[30] Eurooppalaista lankaa ei siellä kuitenkaan kielellisesti(kään) koskaan täysin katkaistu, vaikka turhan usein unohdetaankin - erityisesti englantilaisten toimesta - mainita siitä tärkeästä seikasta, että myös latinankieli vaikutti Englannin oikeuteen. Se oli näet oikeuskirjallisuuden käyttämä kieli aina 1300-luvulle asti ja sitäkin kauemmin - aina 1700-luvulle saakka - tuomioistuinten virallinen pöytäkirjakieli (muilta osin prosessikielenä oli lakiranska).[31] *J.H. Bakerin* mielestä latinan vaikutus Englannin oikeuteen olisikin tullut syvemmäksi ja pysyvämmäksi, jos se vain olisi säilynyt kauemmin oikeuskirjallisuuden käyttämänä kielenä. Hän kuitenkin muistuttaa, että latinan vähäinen vaikutus englantilaiseen oikeusterminologiaan ei tarkoita, etteikö sillä olisi ollut vaikutusta englantilaisen oikeuskielen rakenteeseen, esimerkiksi käytettyihin kannekaavoihin.[32] Kaiken kaikkiaan Englannin oikeuden historia kuvastaa tärkeää oikeuskieleen liittyvää seikkaa; kielen ainutkertaisuudella oli tärkeä merkitys sille, miksi Englannin oikeus saattoi kehittyä Euroopan alueella ainutkertaiseksi

latinalaisperäistä ja monesti suorastaan latinankielistä." *Hellner*, Lagstifning inom förmögenhetsrätten s. 35-7, muistuttaa, että Saksan siviilikodifikaation roomalaisista oppikirjoista omaksuma yksityisoikeudellinen systematiikka ei ole säilynyt siellä vain esitysteknisenä välineenä: "Den har satt sin prägel på en stor del av modern tysk rättspraxis och rättsvetenskap. Även om problemen diskuteras som rättspolitiska, är termerna och begreppen de som är givna genom den historiska utvecklingen och som kodifierats i BGB."

[30] Lakiranska otettiin oikeudellisena kielenä käyttöön samaan aikaan, kun oikeusjärjestelmä ryhtyi Englannissa muutenkin kehittymään 1100-luvulta lähtien. Tämän vuoksi se, että lakiranska toi englantilaisiin oikeussaleihin vieraita termejä, ei haitannut, koska kieli kehittyi oikeusjärjestelmän rinnalla ja sen muutoksia myötäillen. Oleellinen merkitys tässä oli ns. kannekaavojen kehittymisellä sekä kielen ja menettelymuotojen vahvalla liitynnällä, josta ks. tutkimuksen IV osan luku 1.2.

[31] Ks. *Baker*, The Three Languages of the Common Law s. 12. Englannin kielen aseman kannalta tärkeä säädös oli vuoden 1731 English in the Law Courts Act.

[32] Vrt. *Hakulinen*, Latinankieli ja lainoppi s. 343, jolla on käsitys, että angloamerikkalaisessa lainopillisessa kirjallisuudessa latinankielisten sanontatapojen käyttö ei ole mainittavasti vähäisempää kuin niidenkään maiden kirjallisuudessa, jossa roomalaisen oikeuden vaikutus on ollut tuntuvin. Erityisen voimakkaalta ilmaisulta vaikuttaa *Hakulisen* toteama, että "englannin oikeustiede, oikeusjärjestelmänsä ylhäisestä eristyneisyydestä huolimatta, ei ole milloinkaan aliarvioinut roomalaisen oikeuden merkitystä oikeusajattelun kehittäjänä.."

järjestelmäksi.[33] *L. Dodovan* sanoissa onkin paljon järkeä: "toisin kuin englannin kieli, josta on tullut tietynlaista kansainvälistä omaisuutta, Englannin oikeus ja oikeuskieli näyttävät kuuluvan yksinomaan englantilaisille."[34]

Englannin kielellinen eristyneisyys suhteellistuu huomattavasti, kun huomioidaan se tosiasia, että kontinentaalisten maiden oikeudellisten käsitteiden ja luokittelujen yhtenevyyteen ei tule niihinkään sokeasti luottaa. Yhteisistä juurista huolimatta on muistettava, että kielen merkitykset eivät ole staattisia, ja 1800-luvulta eteenpäin kiihkeänä vyörynyt nationalismi ja yhteiskunnalliset muutokset ovat vaikuttaneet roomalaisestakin oikeudesta omaksutun aineksen sisältöön ja latinalaisperäisen termistön muuttumiseen: "Juristin yhteisistä juurista huolimatta Bolognasta Helsinkiin, Kööpenhaminaan, Pariisiin tai Müncheniin on kuljettu montaa tietä."[35] Oikeuskielen "oikeat" merkitykset muuttuvat ajan myötä, vaikka nämä muutokset ovatkin hitaita.[36] Historian yhdistävä merkitys onkin nykyisin erityisesti siinä, että säännösten taustalla niiden tulkintaan vaikuttavat periaatteet ovat säilyttäneet riittävän yhtenevyyden juridista kommunikaatiota helpottaakseen. Mannereurooppalaisten maiden maailmankuvat eivät ole kenties identtiset, mutta niillä on useita leikkauskohtia.[37]

Koska käsitteet ovat mannereurooppalaisissakin oikeusjärjestelmissä jossain suhteessa ainutkertaiset, olisi ne ymmärrettävä erisniminä - kertovathan ne aina myös jotain siitä todellisuudesta, joka niitä ympäröi.[38] Tämän vuoksi oikeuskielen kääntämisessä olisi kiinnitettävä erityistä huomiota kol-

---

[33] *Baker*, The Three Languages of the Common Law s. 5: "The development of a body of legal ideas is inseparable from the creation of special legal language."

[34] A Translator Looks at English Law s. 69. Artikkelissa pyritään tuomaan ilmi englantilaisen oikeuskielen kääntämiseen liittyviä ongelmia.

[35] *Letto-Vanamo* ja *Tamm*, Eurooppa ja oikeus - oikeushistoria ja oikeuden eurooppalaistuminen s. 243. Myös *Kahn-Freund*, Civil Law and Common Law - Real and Imaginary Obstacles to Assimilation s. 144.

[36] *Hiltunen*, Chapters on Legal English s. 60: "Changes in legal language are slow to take effect, the genre being one of the most conservative of all varieties of language use". Samasta ks. myös *Niiniluoto*, Informaatio, tieto ja yhteiskunta s. 8.

[37] *Mattila*, Oikeuslingvistiikka oppiaineena s. 206, huomauttaa, että tärkeimpien latinalaisten termien ja lauseparsien tuntemus kuuluu yhä edelleen juristin perusvalmiuksiin niin Britanniassa kuin Manner-Euroopassa. Tämä koskee hänen mielestään myös Pohjoismaita: viljelläänhän esimerkiksi siviilioikeuden ja rikosoikeuden yleisten oppien alueella Suomessakin edelleen latinankielisiä termejä ja lauseparsia. Sen vuoksi *T.M. Kivimäen* ja *Matti Ylöstalon* kirjoittaman Suomen siviilioikeuden oppikirjankin loppuun on painettu näitä koskeva luettelo käännöksineen.

[38] Ks. *Mincke*, Die Problematik von Recht und Sprache in der Übersetzung von Rechtstexten s. 458 ss.

meen seikkaan. Ensinnäkin samalla termillä voidaan viitata eri käsitteisiin. Englanninkielisessä oikeuskirjallisuudessa tällaisista termeistä käytetään kuvaavasti nimitystä "false friends".[39] Tällainen mahdollisuus on olemassa silloin, kun samaa kieltä käytetään eri oikeusjärjestelmissä. Englannin kielen lisäksi hyvä esimerkki on saksan kieli, jota käytetään oikeuskielenä Saksassa, Itävallassa, Sveitsissä ja Lichtensteinissa. Näissä oikeuskulttuureissa saksankielisiä termejä käytetäänkin joissakin tapauksissa eri merkityksissä.[40] Toisaalta harhaanjohtavuutta lisää se, että ulkoisesti erilaiset termit voivat merkitä käsitteellisesti samaa asiaa: "..the person who in English and American law is called "plaintiff", is called "pursuer" in Scots law."[41] Kolmanteen ja luultavasti hankalimpaan ongelmaryhmään kuuluvat ne termit, joille ei kielellisesti eikä sisällöllisesti löydy muista oikeusjärjestelmistä vastaavuutta. Tällainen on esimerkiksi englantilainen trust-instituutio, jolle ei ole mannereurooppalaisissa oikeusjärjestelmissä (ei myöskään Suomessa) mitään vastinetta.[42]

[39] Ranskankielisessä kirjallisuudessa käytetään nimitystä "faux amis". Ks. *Fennelly*, Legal Interpretation at the European Court of Justice s. 661 sekä *Stepnikowska*, Stand, Probleme und Perspektiven der zweisprachigen juristischen Fachlexikographie s. 55: "Das Phänomen der "falschen Freunde" ist nicht nur in der allgemeinen Sprache, sondern auch in den juristischen Terminologien nicht selten anzutreffen."

[40] Ks. esimerkkejä *Galdia*, sana-artikkeli Lakisaksa s. 552 (EIF 6. osa s. 550-555). *Mattila*, Oikeuslingvistiikka oppiaineena s. 203, alaviite 13, havainnoillistaa konkreettisin esimerkein, miten toisistaan eroavilla käsitteillä voi olla sama ulkoasu kahdessa eri oikeusysteemissä. Esimerkiksi jurisprudence tarkoittaa Englannissa oikeustiedettä ja Ranskassa oikeuskäytäntöä. Mainittu termi on mielenkiintoinen siksi, että se on sama kahdessa eri oikeuskielessä - ei vain oikeuskulttuurissa. Ks. myös *Mincke*, Eine vergleichende Rechtswissenschaft s. 315 sekä *Stepnikowska*, Stand, Probleme und Perspektiven der zweisprachigen juristischen Fachlexikographie s. 25.

[41] *Rheinstein*, Gesammelte Schriften I s. 253. Englannissa vuonna 1999 voimaansaatettujen uusien oikeudenkäyntisääntöjen (Civil Procedure Rules) mukaan prosessiin liittyvää sanastoa on muutettu. Esimerkiksi termin plaintiff sijasta käytetään nyt termiä claimant.

[42] *Vogel*, Juridiska översättningar s. 39 ss. pohtii sitä, miten oikeudellista tekstiä kääntävän henkilön olisi tällaisissa tilanteissa toimittava. Termi voidaan laittaa lainausmerkkien sisään ja jättää kääntämättä, mutta silloin tekstin kontekstista tulisi selvitä käsitteen sisältö. Sama vaatimus on silloin, jos kääntäjä itse luo lainasanan. Kolmas keino kääntäjällä näissä tilanteissa on, että hän kuvailee (selittää) käsitteen merkityksen mahdollisimman kattavasti. Ongelmana kuvailevissa käännöksissä on, että ne yleensä ovat pitkiä ja voivat aiheuttaa "tyylirikkoja". *Mattila*, Oikeusvertailun lingvistiset hankaluudet s. 108, toteaa, että jos vertailija muodostaa vieraan käsitteen ilmaisemiseen sepitetyn sanan, on sen oltava läpikuultava. Termin on ts. luotava oikea mielle, sen on ilmaistava olennaisilta osin vieraan käsitteen ominaispiirteet. Juridisesta kielenkäännöstä ks. myös *Klami*, Methodological Problems in European and Comparative Law s. 19-22 (joka antaa myös omakohtaisia ja konkreettisia esimerkkejä juridisen käännöstyön vaikeudesta) ja *Sarcevic*, New Approach to Legal Translation (Kluwer Law International 1997).

Oikeuskielen oikeuskulttuurisidonnaisuuden vuoksi käännöstyötä tekevän henkilön olisi ensin ymmärrettävä, mitä työn kohteena olevassa tekstissä todella sanotaan - mikä on siitä välittyvän viestin sisältö. Tämä yleensä tarkoittaa, että tekstin kääntäjällä olisi oltava edellytykset oikeusvertailevien tutkimusten tekemiseen - tai sitten käännöstyö edellyttää asiantuntijoiden yhteistyötä. On joka tapauksessa totta, että "ymmärtämisen rajat ovat myös kielenkääntämisen rajat."[43]

Otto Brusiinin mukaan ns. kokonaisnäkemyksen negatiivisen funktion kielto ilmentää yksittäisen tapauksen näkemistä oikeusjärjestyksen kokonaisuudesta käsin. Tuomari eroaa taiteilijoista sillä perusteella, että hänellä on pitkäjännitteisen avara ajattelutapa, joka on määrätietoisen kasvatuksen tulosta, ja tämän kasvatuksen vuoksi hän on kykenevä näkemään sekä yksittäisen oikeustapauksen että yksittäisen oikeussäännöksen oikeusjärjestyksen kokonaisuudesta käsin.[44] Oikeusvertailijakin voi pitää tälläistä kokonaisnäkemystä vieraasta oikeusjärjestelmästä tavoitteenaan. Sen vuoksi kaksikieliset erikoissanakirjat tulevat hänen työnsä kannalta relevanteiksi vasta ymmärtämisvaiheen jälkeen.[45]

Kääntämiseen liittyvien ennakkoehtojen lukuisuus oikeuttaa kysymyksen, onko edes mielekästä puhua (oikeus)kielen kääntämisestä, kun kyse on enemmänkin oikeudellisen kielen tulkinnasta ja ilmaisemisesta toisella kielellä ? Suomalaisia virkkeitä ei voi kirjoittaa esimerkiksi ruotsalaisilla sanoilla, koska käsitteet eivät vastaa suoraan toisiaan. Ihmiset myös ajattelevat ruotsiksi eri tavalla kuin suomeksi. *Tapani Suomisen* väite on, että termi "kääntää" on itsessään väärinkäsitys. On näet mahdotonta kirjoittaa alkuperäistekstiä eri kielellä ja väittää, että se on sama teksti. Kääntämisen mahdottomuus ei kuitenkaan tarkoita, että kulttuurien välinen kommunikaatio olisi mahdotonta. Se, joka osaa useita kieliä, voi näet välittää ajatuksia kielestä toiseen: "Hon kan berätta ungefär samma sak, hon kan tolka. Men översätta kan hon inte."[46]

---

[43] *Koller*, Grundprobleme der Übersetzungstheorie s. 66 (Bern 1972).

[44] *Brusiin*, Tuomarin harkinta normin puuttuessa s. 110 ss. ja s. 210, mainitsee taiteilijat erikseen, koska monet tutkijat ovat korostaneet oikeuden soveltamisen olevan "taidetta" ilman, että ovat tehneet selkeää eroa tuomarin ja taiteilijan välillä.

[45] *Husa*, Vertailevan tutkimuksen vaikeudesta s. 206 (Kunnallistieteellinen aikakauskirja 2/96 s. 203-207), puhuu hermeneuttisen pirstoutumisen ongelmasta, jolla hän tarkoittaa niitä tilanteita, joissa tutkittavat säännökset on irrotettu asiallisesta kokonaisyhteydestään. Tällöin syntyvä käsitys voi olla virheellinen. *Husa* epäileekin fragmentaarisen ja valikoivan esittämistavan olevan joissakin tilanteissa merkki siitä, että säännökset on tällä tavoin alistettu tutkijan oman intressin palvelemiseen.

[46] Språkbruk 4 (1998) s. 3-5. *Suominen* on kirjailija ja työskentelee Suomen lähetystössä Tukholmassa.

1.5. Oikeusvertailija, vieraileva taiteilija ?

> "Mutta abstraktit oikeusnormit elävät, muuttuvat lihaksi ja vereksi, vasta niitä konkreettisiin oikeustapauksiin sovellettaessa.."[47]

Oikeudessa on erilaisia diskurssiryhmiä, joiden käyttämän oikeuskielen funktio on erilainen.[48] Näiden oikeusyhteisön eri diskurssiryhmien välillä tapahtuu kuitenkin välttämätöntä vuorovaikutusta. Lainsäätäjän luoma lakiteksti antaa näet ainoastaan informaatiota voimassa olevasta oikeudesta ja tämän vuoksi lainsoveltajan tekemä tulkinta ei kohdistu normeihin, vaan normit ovat lainsoveltajan tekemän tulkinnan lopputulos kussakin yksittäisessä tapauksessa.[49] Täten lainsäätäjän työn tuloksena voimaansaatetut säännökset eivät ole sinällään valmiita käytettäväksi vaan ne edellyttävät tulkintaa kussakin konkreettisessa ratkaisutilanteessa. Tällä tavoin soveltaminen edellyttää tulkintaa, merkityksen antamista lainsäätäjän merkitysdiskurssissaan tuottamalle materiaalille.

Lainsäännösten lisäksi oikeuteen kuuluva muu aines, kuten periaatteet, tuovat tarkastelun keskiöön myös käsitediskurssin, jolla tarkoitan oikeustieteen (lainopin) tietoa tuottavaa toimintaa. Tämä käsitediskurssi palautuu kahteen muuhun tärkeimpään oikeudellisen diskurssin muotoon, koska se analysoi ja jäsentää sekä lainsäätäjän säännösmateriaalia että tuomioistuinten ratkaisemia tapauksia. Oikeustiede myös otetaan lainsäätäjän ja -soveltajan toiminnassa huomioon; onhan oikeustieteen vaikutusvaltaiseen asemaan esi-

---

[47] *Brusiin*, Tuomarin harkinta normin puuttuessa s. 172.

[48] Oikeuskielen voi ryhmitellä eri diskurssiryhmien käyttämän oikeuskielen lisäksi myös kirjoitettuun ja puhuttuun oikeuskieleen. Tällä jaolla on merkitystä erityisesti sen suhteen, miten helposti ilmaisun merkitystä voidaan välittömässä vuorovaikutustilanteessa ja toisaalta kirjoitetun tekstin osalta muuttaa. Eli kirjoitetun tekstin kautta tapahtuva oikeudellinen kommunikaatio omaa tietynasteisen finaalisen luonteen. *Grossfeld*, Sprache und Schrift als Grundlage unseres Rechts s. 633, on todennut, että "Die Schrift ist eine Zeitmaschine, zeichnet sich aus durch Trägheit und Verfeinerung Sie spiegelt einen von der Umwelt unabhängigen Text vor und gibt so abstrakten Regeln eine höhere Weihe. Das ist zu Beachten, wenn man schriftliche Texte auslegt." Ks. myös s. 637 ss. Saman huomioinut *Crabbe*, Understanding Statutes s. 7. Puhutun ja kirjoitetun oikeuskielen erottelusta myös *Hiltunen*, Chapters on Legal English s. 65.

[49] *Makkonen*, Oikeudellisen ratkaisutoiminnan ongelmia s. 95: "Lähinnä niistä asiakirjoista, joihin laki- ja muut säännöstekstit ovat painetut, ratkaisija saa informaatiota siitä, mitkä oikeusnormilauseet ovat tosia.." *Klami*, Ihmisen säännöt s. 178, toteaa, että lauseet, joilla informaatiota normeista pyritään antamaan, on erotettava normeista itsestään, sillä kysymyksessä on informaatiosuhde, jossa normien sisältö täsmentyy tiettyyn tekstiin nojautuen. Tätä tekstiä kutsun sääntelyinformaatioksi."

merkiksi periaatteiden muodostajana kiinnitettävä oikeusjärjestelmän instituutioita tarkasteltaessa erityistä huomiota.[50] *Lars D. Erikssonin* käyttämä metafora oikeuden sekakuorosta onkin kuvaava, kun ajattelee niitä eri tahoja, jotka oikeuskieltä käyttävät.[51] Merkitys-, soveltamis- ja käsitediskursseissa ei siten yleensä ole minkään oikeusyhteisön sisäisesti kyse kolmesta tasapaksusta tenorista.

Oikeudellisen kielen käyttö ei siten tapahdu ilman siirtymää konkreettiselta tasolta abstraktiselle; tapahtuneen siirtymän väli kurotaan justifikaatiossa oikeudellisilla argumenteilla eli oikeuden sisäisillä perusteluilla umpeen. Argumentit ovat sellaisia lauseita, joiden avulla jokin tulkinnallinen vaihtoehto pyritään vahventamaan, perustelemaan.[52] Tuo yhteenkuromisen tapa on jokaiselle oikeusyhteisölle ominainen, mutta uskaltaisin joka tapauksessa yleistää, että tieto voimassa olevista normeista ei minkään maan tulkintadiskurssissa voi selvitä pelkillä kieliopillisilla tutkimuksilla: "Ollakseen tutkimuskohteena mielekäs, kieli ja teksti liittyvät yksityisten toimijoiden tai yhteiskunnallisten ryhmien vuorovaikutusjärjestelmiin, instituutioihin ja normeihin. Nimenomaan näissä yhteyksissä kielelle syntyy merkityksiä."[53] Sanat ovat kylläkin välttämätön lähtökohta normin etsimiseksi, mutta sinällään epätäydellinen ja lopputuloksen saavuttamisen kannalta riittämätön ko-

---

[50] Diskurssijaottelussani olen ottanut vaikutteita *Jacksonilta*, Ius Gentium, Ius Commune, European Law s. 5, joka toteaa: "There is no single genre of legal literature which serves to unify the legal system; on the contrary, these several genres not only exemplify but fortify the separateness of the various semiotic systems at work within the "law". The character and interests of the particular audience necessarily affect, inter alia, the nature of the message it communicates". Periaatteiden ja oikeustieteen suhteesta ks. tarkemmin tämän osan myöhempi luku 2.4.2.

[51] Tämän metaforansa hän esitti seminaarissa Oikeuden kielet (Turku 26.-28.5.1998). Ks. oikeuden eri kielistä myös *Erikssonin* kirjoitus Oikeuden polyfonia s. 35 ss. (teoksessa Oikeus ja oikeudellinen ajattelu monikielisessä maailmassa. Toim. Jyränki, A. Turku 1999 s. 35-41), jossa hän erottaa oikeuden toimijoiden kielinä lainsäätäjän, viranomaisten, tuomioistuinten, asianajajien ja oikeustieteen kielen. Ks. myös *Stepnikowska*, Stand, Probleme und Perspektiven der zweisprachigen juristischen Fachlexikographie s. 27-29.

[52] Tuomioistuimessa käytävä soveltamisdiskurssi on osin konkreettiseen yksittäistapaukseen sidottua retoriikkaa eli puhetaitoa. Tällöin voidaan soveltamisdiskurssin sisäisesti erottaa asianosaisten ja heidän asiamiestensä kieli tuomioistuinten jäsenten käyttämästä kielestä.

[53] Ks. tästä *Tolonen*, Menneet ja tulevat käsitteet oikeuden ja yhteiskunnan aatehistoriassa s. 126, jossa kirjoittaja tarkastelee niitä mahdollisia konteksteja, joissa oikeudellista kieltä ja tekstejä olisi tarkasteltava. Tekstin tutkimista sen laatijan tarkoituksista irtaantuneena *Tolonen* kutsuu funktionaaliseksi; siinä tekstillä on toimintaympäristö ja yhteydet sosiaalisiin suhdejärjestelmiin ja yhteiskunnallisiin tehtäviin (s. 138).

konaisuus. Tarkastelua tulee siksi täydentää systeemisillä elementeillä sekä juridisiin perusvalmiuksiin kuuluvilla argumentaatio- ja tulkintasäännöillä. Niiden avulla on myös mahdollista pitäytyä tavoitteessa siitä, että tulkinnan kautta syntyvillä normeilla ei tulisi luoda oikeusjärjestykseen uutta oikeudellista informaatiota.[54]

Oikeusvertailun tulisi olla *Robert Alexyn* terminologiaa käyttäen rationaalinen diskurssi, jonka säännöt kieltävät siihen osallistuvia henkilöitä viittaamasta samoilla sanoilla eri asioihin.[55] Kielen suhteellisuus paikkaan nähden on avaimena oikeuden liittämiseksi osaksi muuta yhteiskuntaa. Siksi tarkastelua on laajennettava lainsäätäjän lisäksi oikeudessa toimivaan kahteen muuhun valtakeskukseen, oikeustieteeseen ja lainsoveltajan toimintaan.[56] On muistettava, että oikeus on viestintää ja viestit välittyvät kielen muodossa. Yhteiskunnan muuttuvat arvot sekä kulloinenkin puhujataho vaikuttavat välitettyihin viesteihin. Se spektri, jonka läpi elämismaailmamme - myös oikeutemme - tulkitsemme, ei pysy paikallaan. Jos oikeusvertailija tarkastelee kohdemaan oikeudellista kieltä vain sen staattisella ja abstraktisella lainsäätäjän merkitysdiskurssin tasolla, on hän *Brusiinia* lainatakseni jäävä vieraan oikeusjärjestelmän "vierailevaksi taiteilijaksi."[57]

Siksi siirrynkin tarkastelemaan seuraavaksi oikeudellisia järjestelmäelementtejä eli sitä tasoa, joka - osin implisiittisesti - vaikuttaa kussakin oikeusyhteisössä sen oikeuskielen lukemiseen ja sitä kautta voimassa olevaan oikeuteen toiminnallisena entiteettinä.

---

[54] Ks. seuraavan jakson luku 2.4.1.

[55] *Alexy*, A Theory of Legal Argumentation s. 188-191, jossa kirjoittaja listaa neljä kielenkäytön perussääntöä, jotka ovat kommunikaation edellytyksenä (ns. basic rules). Sääntö I.4 on, että "different speakers may not use the same expression with different meanings."

[56] Joissakin oikeusjärjestelmissä rakenteellisten ja ideologisten syiden vuoksi erityinen merkitys on annettava asianajajille ja heidän kielelleen. Näin esimerkiksi Englannissa, josta ks. tutkimuksen osa IV.

[57] *Brusiin*, Tuomarin harkinta normin puuttuessa s. 172, erotti oikeusjärjestyksen ja oikeusjärjestelmän käsitteet, ja sitä myöten keskeisajatukseksi nousi se, että lainsoveltajan toiminta liittyy niistä kumpaankin. Tällä tavalla oikeusjärjestelmä rajoittaa tuomarin ratkaisutoimintaa, mutta se samalla myös perustaa hänelle luovan elementin ja vapauden. Juuri sidonnaisuus kokonaissystematiikkaan, kuten edellä mainittu, erottaa tuomarin vapaista taiteilijoista.

2. Oikeussäännösten erilaiset tarkastelutasot

2.1. Lähtökohtia

Edinburghin yliopiston professorin *Neil MacCormickin* ajatuksilla on kosketuspinta sekä mannereurooppalaiseen että englantilaiseen oikeuskulttuuriin. Tämä kaksoisliityntä syntyy välttämättä sen vuoksi, että skotlantilainen oikeus on "sekoittunut": siinä on ts. aineksia sekä kontinentaalisesta että englantilaisesta oikeudesta.[58] *MacCormickin* teoria oikeuden olemuksesta ja oikeudellisen harkinnan rakenteesta sisältääkin sellaisia elementtejä, jotka löytyvät kaikista länsieurooppalaisista oikeusjärjestelmistä. Häntä ovat kiinnostaneet ne oikeuskulttuurin tasoiset tekijät, joita ilman oikeudellisten ilmiöiden tarkastelu kansallisella tasolla ei ole mahdollista. Tämän vuoksi *MacCormickin* ajatukset ovat oleellinen osa seuraavaa, oikeusvertailun ongelmia ymmärtämään pyrkivää jaksoa.

> Koska näkökulmani valintaa on ohjannut *MacCormickin* teorian hyöty oikeusvertailijoille, olen jättänyt käsittelemättä sellaisia kysymyksiä, joilla ei mielestäni ole hyötyfunktiota vieraiden maiden oikeutta koskevien tutkimusten edellytysten teoreettisen analyysin kannalta. Olen myös täydentänyt *MacCormickin* ajatuksia eri maiden oikeuskirjallisuudessa esitetyillä näkökohdilla, jotta kävisi selkeämmin ilmi, miten oikeusvertailun kannalta tärkeiden oikeussysteemisten elementtien määrittely on aina viime kädessä tehtävä maakohtaisesti.

MacCormick jatkaa hartilaista perinnettä siinä mielessä, että hänellekin laki (ja oikeus) on ensisijaisesti sääntökokoelma.[59] *MacCormick* ei kuitenkaan ole omaksunut ajatusta siitä, että laki (ja oikeus) olisi jyrkästi moraalista erotettavissa. Tämä on jo lähtökohtaisestikin mahdotonta, koska lain sääntösidonnaisuutta ylläpitää viime kädessä moraalisidonnainen arvo.[60] Laki

[58] Ks. Skotlannin oikeuden sekoittuneisuudesta II osan jakso 3.2.3.

[59] Tosin *MacCormick* muistaa painottaa, että hänen ja *Hartin* teoriassa on selkeitä eroavuuksia. Ks. *MacCormick-Weinberger*, An Institutional Theory of Law s. 6 ss. Tulen lyhentämään tämän teoksen kirjaimilla ITL ja viittaamaan vain siinä oleviin *MacCormickin* kirjoittamiin jaksoihin.

[60] Law, Morality and Positivism s. 142 sekä Argumentation and Interpretation in Law s. 28. *Hartin* sekä *MacCormickin* mielestä säännösten voimassaolo jossakin oikeusyhteisössä määritetään ns. tunnistamissäännön (rule of recognition) avulla. Se tarkoittaa, että oikeuskulttuurin oikeustoimijat hyväksyvät tosiasiallisessa toiminnassaan säännösten voimassaolon. *MacCormick* on painottanut, että tunnistamissäännön perustana ovat ne arvot, joita sen hyväksyminen toteuttaa eli ns. underpinning reasons. *Hartin* näkemyksistä ks. The Concept of Law s. 92 ss. *MacCormickin* näkemyksistä Legal Reasoning and Legal Theory (LRT) s. 138.

ja moraali eivät *MacCormickin* mielestä kuitenkaan palaudu toisiinsa eli moraaliargumentein perusteltu ratkaisu voi erota oikeudellisesta ratkaisusta. Tämän vuoksi ratkaisuja ei voi justifioida pelkillä aineellisilla argumenteilla vaan sen on aina saatava (jonkinasteista) tukea oikeusjärjestyksen auktoritatiivisista säännöksistä. Tässä tulee esille *MacCormickin* perusidea: joissakin tapauksissa pelkät säännösten tekstit ovat oikeudellisen ratkaisun tekemiseksi riittämättömät, jolloin on välttämätöntä ottaa huomioon positiivisen oikeuden ulkopuolisiakin tekijöitä.[61]

Koska *MacCormick* hyväksyy, että aineellisilla argumenteilla on merkitystä oikeudellisessa harkintaprosessissa, voi hän *Hartista* poiketen olettaa, että aukkotapauksetkin voi ratkaista ilman, että tuomarille tulisi tällöin välttämättä myöntää lainsäätäjän valtuudet. Oikeusjärjestelmään kuuluvien osien avulla ratkaisusta muokataan auktoritatiivisten oikeuslähteiden valossa hyväksyttävä ja ennalta-arvattava.[62] Oikeudellisessa harkinnassa huomioon otettavat aineelliset argumentit ovat "institutionaalistuneet" oikeusyhteisön sisäisesti. Se tarkoittaa, että aineellisia argumentteja on aina tarkasteltava suhteessa johonkin auktoritatiiviseen säännökseen tai säännöksiin. Siksi keskustelu oikeuden sidonnaisuudesta moraaliin käydään aina voimassa olevan oikeuden sisäisesti. Aineellisen harkinnan on aina tapahduttava positiiviseen oikeuteen kuuluvien säännösten puitteissa.[63]

Jotta *MacCormickin* ajatus positiivisen oikeuden ja moraalin yhteydestä ratkaisuharkinnassa kävisi ymmärrettävämmäksi, on luotava silmäys oikeudellisten elementtien institutionaaliseen luonteeseen.

2.2. Institutionaalinen teoria oikeudesta

Institutionaalisen teorian avulla *MacCormick* on voinut tarjota vaihtoehtoisen näkökulman kelseniläiselle normatiivisuudelle ja jyrkälle "sein/sollen" erottelulle ilman, että hänen täytyy luopua oikeuspositivistisista lähtökoh-

---

[61] Argumentation and Interpretation in Law s. 17 ss. Myös Law, Morality and Positivism s. 134-138, jossa *MacCormick* pyrkii osoittamaan, että arvot ovat osa *Hartinkin* teoriaa, vaikka hän itse olisi saattanut tällaista tulkintaa vastustaa: "from the internal point of view rules must either constitute or subserve values... It is a necessary implication of his (Hart's - TM) theory." Argumenttien jaosta auktoritatiivisiin ja aineellisiin ks. lisää *Summers*, Two Types of Substantive Reasons. The Core of a Theory of Common Law Justification (Cornell LR Vol. 63 s. 707-788).

[62] Vrt. *Hart*, The Concept of Law s. 134, joka toteaa, että säännöillä ja niihin sisältyvillä käsitteillä on "open-texture", ja siksi lainsoveltajien on joissakin tapauksissa toimittava lainsäätäjän mandaatilla.

[63] Why Cases Have Rationes and What These Are s. 168.

dista.[64] *MacCormickin* inspiraationa toimivat aikoinaan puheaktiteoriat, joita apuna käyttäen hän laittoi *Humen* lain "no ought from is" - tosiseikoista ei voi johtaa yksilön toimimisvelvoitteita - uuteen uskoon.[65] Induktiivinen argumentti jalostui *MacCormickilla* lopulta oikeusjärjestelmän käsitteiden ja sääntöjen jäsennysperusteeksi.[66]

MacCormick käsittää oikeusinstituutiot lainsäätäjän luomiksi faktoiksi, jotka eroavat ns. raaoista tosiseikoista siinä, että niiden syntymä, vaikutukset ja lopettaminen määrittyvät oikeusjärjestelmään kuuluvien sääntöjen mukaisesti.[67] Ne ovat siten tulkinnanvaraisia tosiasioita.[68] Institutionaalisten faktojen tärkein merkitys on, että niiden avulla sääntömateriaalia voi helpommin jäsentää suuremmiksi kokonaisuuksiksi, jolloin juridinen kommunikaatiokin voidaan irrottaa sitä monimutkaistavista yksityiskohdista. Samalla oikeusongelmien käsittely rationalisoituu, koska instituutioiden avulla on mahdollista rajoittaa oikeudellisen ratkaisun perusteluiksi hyväksyt-

---

[64] *Kelsenille*, Puhdas oikeusoppi s. 6, olemisen ja pitämisen maailmat ovat apriorisesti toisistaan erotettuja.

[65] Mm. *Searle*, Speech Acts s. 51. *MacCormickin* institutionaalisen teorian juuret juontavat useampaa reittiä puheaktiteorioihin; vaikutuksia hän on ottanut *Searlen* lisäksi mm. *Hartin* välityksellä *J.L. Austinilta*. Ks. myös *Airaksinen*, Moraalifilosofia s. 38 (Juva 1988) sekä *Niemi*, Päämäärien valtakunta s. 81-89.

[66] *Ota Weinberger* on osallistunut institutionaalisen teorian kehittämiseen yhdessä *MacCormickin* kanssa, mutta tulen seuraavassa viittaamaan nimenomaan viimeksi mainitun ajatuksiin. Kirjoittajat ovat itse myöntäneet, että he käsittävät institutionaalisen faktan joiltain osin eri tavoin. Ks. ITL s. 9.

[67] Näistä säännöistä voi käyttää nimitystä institutiiviset, konsekventiaaliset ja terminatiiviset säännöt. Oikeusvertailussa on huomattava, että institutionaaliset tosiseikat ovat kussakin oikeusyhteisössä ainutkertaiset (näennäisistä yhtäläisyyksistä huolimatta). Ks. ITL s. 54. Huomaa yhteys esimerkiksi *Minckeen*, Eine vergleichende Rechtswisseschaft s. 315-317: "man es bei der Beschäftigung mit Rechtsinstituten fast immer mit "Rechtsindividuen" zu tun hat..".

[68] Ks. esimerkiksi Institutions, Arrangements and Practical Information s. 78. Huomaa *Hartin*, The Concept of Law s. 26-48, tekemä jako oikeuksia ja velvollisuuksia luovien sääntöjen välillä. *MacCormickin* mukaan tämä jako ei yksinään oikeusjärjestykseen kuuluvia sääntöjä voi jäsentää, koska jotkut niistä voivat kuulua molempiin ryhmiin. Osa säännöistä voi olla sellaisiakin, etteivät ne luo velvoitteita eivätkä oikeuksia. Näin ITL s. 64-6. *MacCormick* ei kuitenkaan halua aliarvioida *Hartin* tekemää sääntöjen jakoa ja onkin todennut siitä, että "it is the most important and prominent in modern legal philosophy"(s. 60). Myös *Rawls*, Two Concepts of Rules (Philosophical Review Vol. 64 s. 3-52), jakoi säännöt kahteen ryhmään: sääntöleviin (regulative) ja perustaviin (constitutive) ja samankaltaisen jaon teki *Searle*, Speech Acts s. 33-42.

täviä argumentteja.[69] Toisaalta institutionaalisten tosiseikkojen pysyvyys on ennakoitavissa. Jos esimerkiksi avioliitto on syntynyt oikeusinstituution institutiivisia sääntöjä noudattamalla, eikä sen voimassaoloa ole lopetettu terminatiivisten sääntöjen mukaisesti, on kullakin yksittäisellä hetkellä mahdollista luottaa voimassa olevan avioliiton vaikutuksia koskeviin sääntöihin ja johtaa niistä yksittäistapauksellisten olosuhteiden mukaiset oikeudelliset seuraukset. Tällöin järjestelyyn osallistuvien ja siihen ulkopuolisten henkilöiden oikeudet ja velvollisuudet on mahdollista kullakin hetkellä määritellä - tämä on edellytyksenä oikeussubjektien rationaalisille valinnoille.[70] Institutionaaliset faktat järjestävät oikeudellisten suhteiden verkostot toimimaan johdonmukaisina kokonaisuuksina.[71] Näin ne myös edistävät oikeudenmukaisuutta.[72]

2.3. Helpot ja kiperät tapaukset

> "it is possible neither to derive an ought from an is alone, nor an is from an ought alone."[73]

---

[69] ITL s. 61. Myös *MacCormickin* artikkeli Why Cases Have Rationes and What These Are s. 167. Huomaa *Kelsen*, Puhdas oikeusoppi s. 3 ss: "Tunnusomaisesti juridisen sisältönsä, omalaatuisen oikeudellisen merkityksensä kysymyksessä oleva tosiseikasto saa normista, joka sisältönsä puolesta koskee tätä tosiseikastoa, joka antaa sille oikeudellisen merkityksen, niin että akti voidaan selittää tämän normin mukaan. Normi on selityskaaviona." Ks. *Tuori*, Oikeus, valta ja demokratia s. 221, joka toteaa, että normien käyttäminen raakojen tosiseikkojen tulkintakaaviona on ennen *MacCormickia* esitetty oikeustieteellisessä ja sosiologisessa kirjallisuudessa mm. *Weberin* ja *Rossin* toimesta.

[70] Kyse on sellaisesta informaatiosta, jonka avulla kansalaisten ja viranomaisten toiminta ja valinnat ovat rationalisoitavissa ja ennakoitavissa. Vrt. kuitenkin väliintulevat tekijät luvussa 2.5.

[71] Institution, Arrangements and Practical Information s. 79. Ks. *Bankowski*, The Institution of Law s. 166. Myös *Atiyah*, Form and Substance in Legal Reasoning: the Case of Contract s. 30-33, jossa hän avioliittoinstituution avulla osoittaa, miten sen käyttö auttaa väistämään ne hankaluudet, joita sen liityntä muihin oikeudellisiin järjestelyihin - esimerkiksi jäämistöoikeudellisiin suhteisiin - ilman parisuhteen oikeudellista institutionalisoimista (avioliitoksi) aiheuttaisi.

[72] Ks. muodollisen ja aineellisen oikeudenmukaisuuden suhteesta *Rawls*, A Theory of Justice s. 59. Kirjoittajan mukaan muodollinen oikeudenmukaisuus ei aina takaa aineellisen oikeudenmukaisuuden toteutumista. Edellinen on kuitenkin oikeutettu, koska se estää huomattavassa määrin epäoikeudenmukaisuutta: "Formal justice in the case of legal institutions is simply an aspect of the rule of law which supports and secures legitimate expectations."

[73] ITL s. 18.

Institutionaaliset tosiseikat eivät vielä yksinänsä ole tulkintadiskurssissa hattutempun asemassa, koska ne eivät itse ohjaa omaa käyttöänsä. Niillä onkin liityntä oikeusyhteisössä tärkeäksi koettuihin arvoihin. Se, miten suora tuo oikeusinstituutioiden ja arvojen liityntä kussakin yksittäistapauksessa on, riippuu siitä, millä tavalla ratkaistavana olevan tapauksen tosiseikasto saadaan sovitetuksi tietyn säännöksen soveltamisalaan. Tätä kautta institutionaaliset tosiseikat kytkeytyvät oikeuteen sovellettuna oikeutena, sen toiminnalliselle tasolle.

MacCormick uskoo, että joissakin tilanteissa ratkaistavana olevan tapauksen tosiseikat kuuluvat selkeästi ja riidattomasti sovellettavaksi tulevan oikeussäännön alaan, jolloin on mahdollista päätellä deduktiivisesti tämän yksittäistapauksen oikeusseuraamukset.[74] Nämä ovat lain soveltajalle ns. helppoja tapauksia (clear cases), joiden ratkaisuilla ei tuoda uutta informaatiota oikeusjärjestykseen. Tapauksen tosiseikoista ja sovellettavaksi tulevasta oikeussäännöstä voidaan asettaa premissit, joista loogis-deduktiivisesti päätteltävää johtopäätöstä kutsutaan syllogismiksi.[75] Toisaalta helppojen tapausten osalta on muistutettava erosta soveltamisen ja tulkinnan välillä, joista edellinen edellyttää jälkimmäistä.[76] Helpotkin tapaukset vaativat siten tulkintaa - sen kohteena on teksti (lain tai ennakkopäätöksen teksti) ja lopputuloksena saadaan muodostetuksi kuhunkin tapaukseen sovellettava normi(premissi).[77]

> *Hartille* helppojen tapausten (rutiinitapausten) olemassaolon tunnustaminen oli keskeinen osa hänen kielilähtöistä tulkintateoriaansa. *Hartin* mukaan lait ja oikeus perustuvat suuressa määrin sellaisiin viranomaisten ja yksityisten kansalaisten toimintaa ohjaaviin sääntöihin, jotka eivät vaadi uutta arviointia jokaisen yksittäistapauksen kohdalla.[78] On asioita, jotka me tiedämme ja tunnemme asettamatta niiden olemassaoloa tai perusteita alinomaan koetteille.

---

[74] ITL s. 202 sekä LRT s. 37. Hän konkretisoi väitteensä osoittamallaan englantilaisella esimerkkitapauksella: Daniels and Daniels v R. White & Sons and Tanbard [1938] 4 All ER 258. Myös *Bankowski-MacCormick-Marshall*, Precedent in the UK s. 319.

[75] *Mincke*, On Information and Interpretation s. 6 sekä *Makkonen*, Luentoja yleisestä oikeustieteestä s. 159 ss.

[76] *Aarnio*, Laintulkinnan teoria s. 161.

[77] Erityisesti tulkintaa vaativina tilanteina on kahden tai useamman säännön ristiriita, jolloin on ensisijaisesti selvitettävä, onko ristiriita todellinen vai vain näennäinen. Ks. myös *Makkonen*, Oikeudellisen ratkaisutoiminnan ongelmia s. 122.

[78] *Hart*, The Concept of Law s. 132. Selkiytyneet merkitykset tuovat oikeuteen varmuutta ja ennustettavuutta, mutta *Hart* myönsi myös, että säädöskielen merkitykset voivat olla epäselvät. Ks. s. 12: "a penumbra of uncertainty where the judge must choose between alternatives."

Ahti Saarenpään mielestä lakimiehellä on oltava tarvittava määrä riittävän tarkkoja tai peukalosäännönomaisia tietorakenteita toimintojaan ohjaamassa. Esimerkiksi tuomioistuinlaitos joutuu pakostakin toimimaan suuressa määrin opittujen rutiinien varassa.[79] Aika ei näet riitä muuhun ja rutiinit opettelemalla taataan oikeudellisen järjestelmän toimivuuskin paremmin. Rutiini edustaa järjestystä ja varmuutta kaikilla oikeudenaloilla.[80] *Saarenpää* kuitenkin muistuttaa, että rutiininkin käyttöön olisi liityttävä "perustellun epäilyn vaatimus", jolla hän tarkoittaa taitoa arvioida informaation oikeellisuutta - myös rutiinitilanteissa informaation ajantasaisuus tulisi aina riittävällä tarkkuudella varmistaa.[81] Rutiinitapauksetkin edellyttävät siten ratkaisijaltaan lainopillista tietoa ja harjaantuneisuutta, lakimiehen ammattitaitoa.[82]

Helpoissa tapauksissa on siten kyse yksinkertaisista ratkaisutilanteista, joissa tapahtuneet tosiseikat ja sovellettava oikeussääntö sekä sen merkitys ovat niin selvät, että seuraamusvaihtoehtoja on vain yksi.[83] Käsittääkseni helppojen tapausten joukkoon kuuluvat myös ne sanamuodoiltaan avoimiksi jätetyt lainsäännökset, joiden soveltamisehdot ovat vakiintuneet. Vakiintamistehtävä kuuluu oikeuskulttuurista riippuen joko oikeuskäytännölle tai oikeustieteelle tai näiden yhteistoiminnalle.[84] Sovellettavan lain-

[79] Myös *Välimäki*, Osituksen sovittelu s. 26, on huomannut, että siellä, missä enin osa riidoista ratkaistaan, lainsoveltaminen on normien noudattamista eikä niiden luomista. Asioiden hoitaminen kaavamaistuu.

[80] Sääntö, peukalosääntö, rutiini. Näkökohtia käytännön ja teorian suhteesta s. 278 sekä sama, Sana, käsite ja tulkinta s. 64. Rutiineista käydystä pohjoismaisesta keskustelusta ks. myös *Eckhoff*, Retningslinjer og "tumregler" (TfR 1980 s. 145-163) ja *Jareborg*, Regler och riktlinjer (TfR 1979 s. 385-410) sekä Regler och riktlinjer. En replik (TfR 1981 s. 436-444).

[81] Sana, käsite ja tulkinta s. 64 ss.: "Rutiinien rajat ovat monasti sidoksissa oikeuslähdeaineiston muuttumattomuuteen." *Ormrod*, Words and Phrases and Their Influence on the Law in Practice s. 145-153, on kiinnittänyt huomiota siihen, miten käsitteiden ja sanontojen toistot tuomarien päätöslausumissa luovat huonoa - tapauksen aineelliset tosiseikat sivuuttavaa - rutiinia. Hänen mielestään näet sanojen kriitikitön käyttäminen vaarantaa oikeuden toteutumisen, koska aineellinen harkinta korvataan vakiintuneiden sananparsien avulla.

[82] *Saarenpää*, Tasajaon periaate s. 147.

[83] *Saarenpää*, Sääntö, peukalosääntö ja rutiini s. 274. Ks. myös *Makkonen*, Oikeudellisen ratkaisutoiminnan ongelmia s. 96, jossa hän nimittää tämänkaltaisia ratkaisutilanteita isomorfisiksi.

[84] Suomessa joustavien oikeussäännösten soveltamisen rajat asettaa korkein oikeus, mutta rajojen sisäisen soveltamiskentän rauhoittaminen on hovioikeuksien tehtävänä. Ks. tästä esimerkiksi *Aarnio*, Ennakkopäätöksistä ja niiden sitovuudesta s. 256. *Välimäki*, Osituksen sovittelu s. 28 katsoo, että lainopin tehtävänä on täsmentää yleislausekkeen sisältöä. Vrt. englantilaiseen oikeusjärjestelmään, jossa avointen säännösten - mikäli sellaisia säädetään - soveltamisehtojen täsmentäminen kuuluu ensisijaisesti tapauksia ratkaiseville tuomareille. Tämä tulee tutkimuksen seuraavassa osassa tarkemmin esille.

säännöksen yksityiskohtaisuus ei siten ennalta kerro koko totuutta siitä, onko tapaus helppo vai kiperä.

Sen sijaan ns. kiperissä tapauksissa (hard cases)[85] nousee esiin soveltamisongelmia, koska voimassa oleva oikeudellinen aines ei yksinään tarjoa riittävästi informaatiota lainkäyttäjälle. Tällöin ratkaisun perusteluissa on sanottava jotain uutta - lainsoveltaja joutuu olemaan informatiivinen ottaessaan huomioon myös muita kuin oikeusjärjestykseen eksplisiittisesti kuuluvia säännöksiä. *Juha Pöyhönen* on sanonut, että kiperä tapaus on tapaus, joka ratkaistaan yksinomaan oikeusperiaatteiden avulla.[86] Oikeusperiaatteiden tasolla kulkevaa harkintaa ei ilmeisestikään ole olemassa vain oikeuden sisäisesti, vaan kiperissä tapauksissa joudutaan aina - ainakin välillisesti - tekemisiin yhteiskunnallisenkin arvojärjestelmän kanssa. Kiperissä tapauksissa on joka tapauksessa ilmeistä, että lainsoveltajan on siirryttävä teoreettiselta säännöstasolta oikeuden toiminnalliselle tasolle.[87]

MacCormickin mukaan kiperien tapausten soveltamisongelmat voivat olla kolmenlaatuisia: joko kyse on tapahtuneiden tosiseikkojen epäselvyydestä tai sitten niiden merkityksestä jonkin nimenomaisen oikeussäännöksen soveltamisen kannalta (problems of classification/relevancy). Luonnollisesti myös sovellettavan oikeussäännöksen tulkinnassa voi olla ongelmia (problems of interpretation). Kiperissä tapauksissa siten pelkkä loogis-deduktiivinen päätelmä ei johda tyydyttävään ja oikeudenmukaiseen lopputulokseen sen vuoksi, että asetettavissa premisseissä (normi- ja faktapremissi) on eri tulkintavaihtoehtoja.[88] Niiden asettamiseen liittyy välttämättä arvosidonnaista harkintaa (mutta sen jälkeen, kun ne on asetettu, etenee juridinen harkinta

[85] Meillä *Aarnio*, Oikeussäännösten tulkinnasta s. 14, on kääntänyt termin "hard case" harkintaratkaisuksi, joiden vastakohtia hän nimittää rutiiniratkaisuiksi, ei helpoiksi tapauksiksi.

[86] Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu s. 31.

[87] Informatiivisuuden asteesta puhuttaessa voisi kiperät tapaukset jakaa vielä kahteen ryhmään niin, että erotettaisiin harkintaa vaativat ongelmat sellaisista, joissa ongelma on selkeästi jäänyt positiivisessa oikeudessa sääntelemättä (ns. aukkotilanteet). Aukkotilanteissa lainsoveltajan informatiivisuuden aste lienee korkeimmillaan. *Makkonen*, Oikeudellisen ratkaisutoiminnan ongelmia s. 96, puhuu aukkotilanteiden sijasta sääntelemättömistä tilanteista. Huomaa *Saarenpään*, Tasajaon periaate s. 3-5, tekemä jako normatiivisiin aukkoihin ja tunnistamisen aukkoihin. Näistä viimeksi mainittuja hän luonnehtii tilanteiksi, joissa lain soveltaja ei voi olla varma, mitä laki asiasta sanoo.

[88] *Makkonen*, Oikeudellisen ratkaisutoiminnan ongelmia s. 96.

kiperissäkin tapauksissa deduktiivisesti).[89] Tämä arvosidonnaisuus ei ole täysin subjektiivista, mutta se ei myöskään perustu universaaleille luonnonoikeudellisille arvoille. Kiperänkin tapauksen ratkaisun on näet oltava asianomaisessa oikeusyhteisössä oikeuden mukainen, jolloin se on lähtökohtaisesti myös oikeudenmukainen. Miten tähän muodollisesti "oikeaan" oikeudelliseen ratkaisuun päästään, sen on *MacCormick* pyrkinyt osoittamaan teoriallaan toisen asteen justifikaatiosta.[90]

2.4 Kiperien tapausten ratkaiseminen

2.4.1. Toisen asteen justifikaatio

Erityisesti kiperä tapaus (ja aukkotilanteet) asettaa lainsoveltajan ongelman eteen: kuinka tehdä ja perustella ratkaisu siten, että se parhaiten toteuttaisi muodollista oikeudenmukaisuutta ja ideaa tuomarista lainsoveltajana, ei lainsäätäjänä, yksittäistapauksissa. Ongelma on tuttu niin hyvin mannereeurooppalaiseen kuin myös englantilaiseen oikeuskulttuuriin kuuluvalle juristille.[91] *MacCormickin* vastauksena on teoria toisen asteen justifikaatiosta. Siinä on otettu huomioon ne oikeudelliseen argumentaatioon kuuluvat muuttumattomat elementit, joita hän kutsuu nimillä konsistenssi, koherenssi ja konsekvenssi.[92] Termillä rational reconstruction *MacCormick* kuvaa näiden elementtien käyttämistä rakennuspalikoina, joista koottava rakennelma vastaa hyvin (ja riittävästi) perusteltua oikeudellista ratkaisua.[93]

> Koska todellisuudessa rajaa helppojen ja kiperien tapausten välillä on vaikea vetää, *MacCormick* puhuukin mieluiten janasta, jonka toisen

[89] LRT s. 197 ss. Ts. premissien asettamisessa välttämätön tulkintaprosessi ei lopullisesti sulje pois logiikan käyttöä ratkaisuharkinnan jossakin vaiheessa. Ks. Legal Deduction, Legal Predicates and Expert Systems (International Journal for the Semiotics of Law Vol. 14 s. 181-202) s. 188, 193: "In any event, no one does suppose that deductive legal reasoning can supply all the information required for justifying legal claims or decisions. Certainly, my thesis is only that, once certain information is supplied, the process of reasoning with that information is a deductive one.."

[90] On huomattava, että oikeudellisen harkinnan malli on oikeusyhteisön sisäisestikin relatiivinen suhteessa aikaan. *MacCormickin* teorian arvo onkin siinä, että hän on pyrkinyt pelkistämään ratkaisutoiminnasta esiin sen muuttumattomia elementtejä.

[91] LRT s. 67 sekä 223.

[92] Oikeudellisella argumentaatiolla tarkoitan tässä niitä perusteluita, joiden pohjalta lainsoveltajan oikeudellinen harkinta etenee ja joiden pohjalta ratkaisut justifioidaan.

[93] Ks. LRT s. 121.

> pään muodostavat selkeästi yksinkertaisesti ratkaistavissa olevat tapaukset ja toisessa päässä ovat lainsoveltajan kannalta erityisen vaikeat tapaukset. Tällä janalla ei voi kuin suuntaa-antavasti osoittaa, missä kohdin helpot tapaukset loppuvat ja kiperät alkavat. Siksi on vaikeata etukäteen ennakoida niitä tapauksia, joihin teoria toisen asteen justifikaatiosta tulee soveltumaan.[94]

MacCormickin mukaan oikeudellinen harkinta etenee sekä tiedollisella että arvostuksellisella tasolla, ja käytännön ratkaisutoiminnassa nämä tasot kietoutuvat välttämättä toisiinsa. Toisen asteen justifikaation elementeistä tiedollista tasoa edustaa ilmeisimmin konsistenssi. Se tarkoittaa yksittäisten säännösten ristiriidattomuutta, joka saavutetaan ensisijaisesti selkeiden kollisiosääntöjen avulla. Niiden avulla on mahdollista ratkaista ne konfliktit, jotka oikeusjärjestykseen ovat lainsäätäjän työn tuloksena kenties jääneet (tai jotka siihen on tietoisesti jätetty). Toisaalta lainsoveltajalla oleva ongelma siitä, mikä useista vaihtoehtoisista säännöksistä tulee valita sovellettavaksi, voi olla eri oikeuslähteiden prioriteettijärjestystä koskeva ongelma. Tuo järjestys on aina oikeusyhteisösidonnainen, mutta se voi jäädä täsmentymättömäksi myös sen sisäisesti. Erona kollisiosääntöjen ja oikeuslähteiden etusijajärjestyksen välillä on se, että jälkimmäisessä oikeusjärjestystä tarkastellaan "altapäin" eli käytetään oikeusjärjestelmän tasoista näkökulmaa, kun taas kollisiosääntöjä sovellettaessa ei tapahdu siirtymää oikeusjärjestyksen pintatasolta pois. Konsistenssia voisi tarkastella *MacCormickin* teoriassa joko lähtökohtaisena tai viimekätisenä - määrittäähän se muiden toisen asteen justifikaatioon kuuluvien elementtien mukaista harkintaa siten, että vastoin jonkun selkeästi sovellettavaksi tulevan säännöksen sanamuotoa on ratkaisua lähes mahdotonta tehdä (tai ainakin se vaatii erityisen selkeitä ja täsmällisiä perusteluita).[95]

Konsistenssi toimii kiinteässä vuorovaikutuksessa koherenssin kanssa. Koherenssi tarkoittaa, että oikeusjärjestyksen tasoiset säännökset justifioidaan niitä yleisemmillä periaatteilla.[96] Periaatteet tuovat ilmi sääntöjen taustalla vaikuttavat arvot, joten niitä voisi pitää välittävänä elementtinä sään-

---

[94] LRT s. 198, myös s. 228, josta seuraava sitaatti: "But in the spectrum from the pellucidly clear to the long-shot try-on, no one can with confidence (unless he is a fool) claim to descern the point at which the clear cases stop and the hard ones start." Ks. myös *Makkonen*, Oikeudellisen ratkaisutoiminnan ongelmia s. 97, joka korostaa, kuinka liukuminen kirkkaimmasta isomorfiatilanteesta selvimpään sääntelemättömään tilanteeseen muodostaa eräänlaisen oikeudellisen ajattelun spektrin, jossa ylimenoja ei voida havaita.

[95] Ks. luku 2.5 väliintulevista tekijöistä.

[96] Reconstruction after Deconstruction. A Response to CLS s. 549.

töjen ja moraalin välillä.[97] Periaatteiden luonteeseen kuuluu, että ne eivät yleensä itsenäisesti ohjaa lainsoveltajaa yhteen ratkaisuun, vaan ne antavat hänelle useammankin oikeudellisesti kelvollisen justifikaatioargumentin.[98]

Konsekvenssi on puolestaan tavoitteisiin pohjautuvaa harkintaa, eli sen kautta arvioidaan, millaisiin seurauksiin kukin ratkaisu tosiasiallisesti johtaisi ja olisiko se yhteiskunnallisten arvostusten valossa toivottava. Kyse on aina jonkun ratkaisun yleistettävyydestä, ei tietyn tapauksen osapuolista. Konsekventiaalisen harkinnan oikeudellinen hyväksyttävyys perustuu sille, onko saavutettava ratkaisu sellainen, että se ei ole ristiriidassa voimassa olevien oikeussäännösten valossa ja voidaanko sitä tulevaisuudessakin soveltaa tosiseikastoltaan relevanteilta osin samankaltaisiin tapauksiin. Seurausharkinnallisten elementtien olemassa olosta huolimatta pyritään kuitenkin aina ensisijaisesti siihen, että tehdyllä ratkaisulla voimassa olevaa oikeusjärjestystä tulisi muutettua mahdollimman vähän. Vaikeissa tapauksissa jonkinasteista muutosta ei voi välttää ja lainsoveltajan on tehtävä valintoja eri ratkaisuvaihtoehtojen suhteen. Hänen olisi tällöin valittava eri tulkintavaihtoehdoista se, mikä *Wolfgang Mincken* sanoja lainatakseni "leaves undisturbed as much as possible of the existing legal order." Tällä tavalla *Mincke* pyrkinee samaan kuin *MacCormick* eli pitämään lainsoveltajan ja lainsäätäjän toimivallat omilla, oikeuskulttuurin sisäisesti vakiintuneilla paikoillaan.[99]

Koska seurausharkinta perustuu arvoihin ja koska periaatteet ovat oikeussysteemisesti hyväksyttyjen arvojen heijastumia, liittyvät konsekvenssi ja koherenssi toisiinsa, mutta eivät ole toisiinsa nähden identtisiä. Jotta niiden suhde kävisi selvemmäksi, on syytä uppoutua hieman syvemmälle periaatteiden maailmaan.

---

[97] ITL s. 73. *Peczenik*, Jumps and Logic in the Law s. 315, 317, käyttää koherenssin käsitettä tarkoittamaan perusteluketjun loppupistettä. Oikeudellisen päättelyn on loputtava jossakin järkevässä pisteessä - siinä, missä perusteluilla on saatu aikaan tiedon koherentti kokonaisuus. Oikeudellinen koherenssi ei edellytä täydellistä loogista konsistenssia, vaan se voi olla olemassa yksittäisten normien tasoisista (unimportant) ristiriitaisuuksista huolimatta. *Peczenik* erottaa näet täydellisen ja riittävän koherenssin toisistaan (perfect/reasonable coherence).

[98] LRT s. 177.

[99] *Mincke*, On Information and Interpretation s. 8.

2.4.2. Periaatteiden asema

Periaatteilla on lähtökohtaisesti monta funktiota oikeuden kokonaisuudessa.[100] Yksi tärkeimmistä on se, että ne helpottavat kommunikaatiota - tämä liittyy siihen, että useimmat periaatteet ilmentävät useampaa kuin yhtä sääntöä. Periaatteet voivat myös tarjota argumentteja oikeuspoliittisiin debatteihin (eli lainsäädäntöuudistuksista käytyihin keskusteluihin) tai ne voivat toimia normatiivisena raaka-ainemateriaalina, jota lainsäätäjä hyödyntää muuttaessaan lakeja tai säätäessään kokonaan uusia säädöksiä.[101]

Lainsoveltajan (ja oikeustieteen) perspektiivistä periaatteet voidaan jakaa kahteen ryhmään sen mukaan, onko niillä merkitystä sääntöjen tulkintaa ohjaavina metanormeina vai onko niillä välittömästi ratkaisuun johtava itsenäinen asema oikeuslähteistössä.[102] Viimeksi mainittua näkökantaa edustaa esimerkiksi *Ronald Dworkin*, jonka mukaan periaatteiden tehtävänä on ohjata tuomioistuimet sellaiseen ratkaisuun, joka on sisällöllisesti yhdenmukainen sen tradition kanssa, jonka osaksi (ratkaisu)lausetta esitetään.[103] Joko/tai-jaottelun sijasta periaatteet voi myös jäsentää kahdelle eri ratkaisutasolle; esimerkin tästä tarjoaa *Martin Hoecke*, joka on jakanut mannereurooppalaisiin oikeusjärjestyksiin kuuluvat periaatteet rakenteellisiin ja ideologisiin, joista ensin mainitut ovat johdettavissa kirjoitetusta oikeudesta ja joilla on siksi enemmän sääntöluonne. Rakenteelliset periaatteet ovat myös oikeusalakohtaisia. Ideologisista periaatteista puhuttaessa lähennytään sen sijaan oppia luonnonoikeudellisista, yleispätevistä totuuksista. Kirjoittaja pitää niitä lakitekstin ulkopuolelta johdettuina, ja niiden funktiona on korjata sääntöjen ja rakenteellisten periaatteiden mukaisia tulkintoja lainsovelta-

---

[100] Periaatteista käydyn keskustelun avauksesta eri maissa ks. *Pöyhönen*, Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu s. 13.

[101] *Eckhoff*, Legal Principles s. 36 ss.

[102] Jotkut kirjoittajat puhuvat periaatteiden sijasta ns. suuntaviivoista. Ks. esimerkiksi *Eckhoff-Sundby*, Rettssystemer s. 125-130 (Oslo 1991), jossa suuntaviivat määritellään niin, että ne osoittavat, mitkä tekijät ovat tuomioistuinten harkinnassa relevantteja, miten ne vaikuttavat ja mitkä ovat niiden keskinäiset painoarvot. Suuntaviivojen käytön tunnistaminen ja osoittaminen on vaikeaa siksi, että joskus niitä saatetaan käyttää tiedostamattomasti. Ks. myös *Atiyah*, Pragmatism and Theory in English Law s. 33: "The law is slowly coming to grips with the concept of common law; they seem to be neither principles or rules, but appear to be sort of check-list of factors relevant to be borne in mind in making proper decision in the particular circumstances of the case." Periaatteiden ja suuntaviivojen keskinäisen suhteen tarkempaan analyysiin en tässä yhteydessä ryhdy.

[103] *Dworkin*, Law´s Empire s. 114 sekä 225, jossa hän kutsuu tätä yhdenmukaisuutta traditioon integriteetiksi. Ks. *Weinberger*, The Role of Rules s. 234, jonka mukaan periaatteet - kuten säännötkin - ohjaavat lainsoveltajaa tiettyyn ratkaisuun. Niiden abstraktinen

mistilanteissa.[104]

Periaatteista on käyty paljon keskustelua eri maiden oikeuskirjallisuudessa, mutta niiden määritelmästä on ollut vaikea saavuttaa yksimielisyyttä.[105] Yleensä periaatteita koskevissa kiistoissa on kyse niiden välisistä suhteista eikä siitä, kuuluuko jokin yksittäinen periaate jonkin oikeusyhteisön voimassa olevaan oikeuteen. Siksi myös kysymys siitä, mikä on periaatteiden voimassaolon perusta, on jäänyt vaille tarkkarajaista vastausta. Esimerkiksi *Torstein Eckhoff* on kiteyttänyt, että periaatteiden syntyajankohtaa on vaikea määritellä, koska niitä ei yleensä luoda tietoisesti oikeudellisissa toiminnoissa. Hänen mielestään periaatteen tunnistamisessa on tärkeätä, että se vakiintuu tietyn nimiseksi. Tämä saattaa olla hitaan kehityksen tulosta, koska periaate on saattanut vaikuttaa useiden tapausten ratkaisuun ilman, että siihen olisi perusteluissa eksplisiittisesti viitattu; periaatteeseen on myös voitu viitata useita kertoja toisistaan eroavilla tavoilla, ennen kuin sen nimitys lopulta vakiintuu tiettyyn formulaan.[106]

Eckhoffin näkemysten taustalla on ajatus siitä, että periaatteilla on välittömästi ratkaisuun ohjaavaa vaikutusta. *Juha Pöyhönen* sen sijaan huomauttaa, että periaatteiden tehokkuutta ei voi tulkita tapauskohtaisesti, koska edes

---

luonne vain estää loogis-deduktiivisen päättelyn, joka on sen sijaan sääntöjen perusteella tehtyjen rutiiniratkaisujen kohdalla mahdollinen. *Makkonen*, Oikeudellisen ratkaisutoiminnan ongelmia s. 239, on todennut samansuuntaisesti, että ratkaisufunktion kannalta periaatteet eivät eroa muista oikeusnormeista laisinkaan. On kuitenkin huomattava, että *Weinbergerin* ja *Makkosen* periaatekäsitykset ovat lähtökohtaisesti erilaiset kuin *Dworkinilla*: he eivät näet katso mahdolliseksi, että sääntöjen ja periaatteiden välillä voisi tehdä "dworkinilaisen" rajanvedon vaan periaatteet ovat ratkaisunormeja siinä missä säännötkin.

[104] The Use of Unwritten Legal Principles s. 255-9. Ks. *Pöyhönen*, Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu s. 65, jossa hän toteaa, että jos kyse ei ole kiperistä tapauksista, niin periaatteet ovat tavallisesti ratkaisusäännöstä heikommalla, mutta kuitenkin asiaan vaikuttavalla tavalla mukana juridisessa ongelmanratkaisussa. Tavallisesti oikeusperiaatteet *Pöyhösen* mukaan tuolloin kontrolloivat ja hahmottavat ratkaisuargumentaation rakennetta, kulkua ja siirtoja. *Niemen*, Päämäärien valtakunta s. 281, mielestä periaatteet eivät ole niinkään itsenäisen oikeuslähteen asemassa vaan niillä on merkitystä lähinnä tavanomaisten oikeuslähteiden tulkinnassa.

[105] ITL s. 73. *Pöyhönen*, Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu s. 23, on todennut, että sääntöjen määrittelystä vallitsee yksimielisyyttä, mutta ongelmat alkavat silloin kun kysytään, millaista muuta ainesta voimassa olevaan oikeuteen kuuluu. *Pöyhösen* mukaan sellaisiksi on oikeuskirjallisuudessa mainittu periaatteiden lisäksi mm. policyt, standardit ja peukalosäännöt.

[106] Legal Principles s. 34. Periaatteen nimen vakiintumisesta voi esimerkkinä mainita korkeimman oikeuden tapauksen 1993:136, jossa ratkaisu tehtiin aiemmin sekä kirjallisuudessa että oikeuskäytännössäkin tunnetulla lojaliteettiperiaatteella, mutta tuolla kertaa se yksilöitiin nimeltä: "niin sanotun lojaliteettiperiaatteen mukaisesti".

se, että oikeusperiaatetta ei ole käytetty yhdessäkään ratkaisussa, ei riitä osoittamaan, ettei se ole voimassa olevaa oikeutta: "Jos sillä nimittäin on keskeinen asema oikeusjärjestyksessä, sen voimassaolo vahventuu epäsuorasti siinä tavassa, jolla sovellettava normisto valitaan ja sitä täsmennetään."[107]

Se, että periaatteiden määrittelystä ei olla päästy yksimielisyyteen tarkoittaa samalla, että periaatteiden ja sääntöjen välinen raja-aita on teoreettiselta sijainniltaan ja korkeudeltaan hämärän peitossa. Esimerkiksi *MacCormickin* mukaan sääntöjen ja periaatteiden välillä ei ole tehtävissä jyrkkää ja laadullista rajanvetoa periaatteen yleisestä ja arvostuksellisesta luonteesta huolimatta.[108] Niiden välisen eron selventämiseen on kuitenkin pyritty eri maiden oikeuskirjallisuudessa. Perusteluina erotteluille on esitetty sääntöjen ja periaatteiden erilaisia tunnistamis- ja soveltamisehtoja tai systematisointia. Erottelukriteereistä yksi suosituimmista on, että sääntöjen poikkeukset on mahdollista luetteloida, mutta periaatteiden kohdalla tätä ei pidetä mahdollisena. Periaatteiden on nähty omaavan ns. painon ulottuvuuden. Niitä voidaan soveltaa tai olla soveltamatta jossakin tapauksessa ilman, että ne menettävät kokonaan merkitystään ja pätevyyttään.[109] Tällä perusteella tehty erottelu osoittautuu kuitenkin kestämättömäksi, jos määrittelemme periaatteet siten, että niillä on suoraan ratkaisuun ohjaavaa painoa ja että niitä soveltamalla voidaan poiketa sääntöjen osoittamasta ratkaisusta.[110] Jos kunkin periaatteen painoarvo ratkaisujen yhteydessä tapahtuu vasta yksittäis-

---

[107] Tästä *Pöyhönen*, Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu s. 29-31. Liitynnästä Saksassa käytyyn keskusteluun periaatteista ja erityisesti *Alexyyn* ks. s. 51 ss.

[108] LRT s. 155 ss. Mainitun raja-aidan korkeus on luonnollisesti erityisen matala silloin, kun periaatteet nähdään sääntöjen rinnalla toisena ratkaisunormityyppinä. Esimerkiksi *Weinbergerin* mielestä sääntöjen ja periaatteiden rajaa on vaikea määritellä, koska periaatteet "are rules which are applied by weighing different possibilities for resolving hard cases (vahvennus - TM)." Ks. The Role of Rules s. 233 ss., jossa hän perustelee tätä näkemystään. *Klami*, Ihmisen säännöt s. 237, on osallistunut keskusteluun toteamalla, että sääntöjen, periaatteiden ja policyjen erot tulisi nähdä liukumina. Ks. myös 239-241, jossa hän perustelee kantaansa, jonka mukaan periaatteet voidaan ymmärtää myös oikeusnormeiksi ja miksi hän ei näe mitään erityisen merkityksellistä ontologista eroa sääntöjen ja periaatteiden välillä.

[109] *Peczenik*, Jumps and Logic in the Law s. 299, toteaa, ettei periaatteiden välillä ole ehdottomia, tapauksista irrallisia painoarvoja, vaan niiden punninta on aina kontekstuaalista. Tämä käy ilmi periaatteiden ristiriitatilanteissa - niissä ei näet kysytä, kumpi niistä syrjäytyy, vaan miten on mahdollista optimoida molempien soveltaminen oikeusjärjestelmässä. Tämä ominaisuus erottaa ne kirjoittajan mukaan säännöistä, jotka ovat soveltamisalueeltaan ehdottomampia.

[110] Ks. *Tolonen*, Säännöt, periaatteet ja tavoitteet s. 346. Myös *Alexy*, Theorie der Grundrechte (Baden-Baden 1985) s. 88.

tapauksellisella punninnalla, tarkoittaa se sitä, että jokaista sääntöihin tehtävää poikkeustakaan ei voi kestävällä tavalla määritellä.[111]

Yhteisenä tekijänä sääntöjen ja periaatteiden välisten erottelukriteerien taustalla on se, että oikeuteen katsotaan kuuluvaksi harkinnanvaraisia (subjektiivisia) elementtejä, joita ei voida palauttaa yksiselitteisiksi säännöiksi. Periaatteet ovat siten se lopputulos (normatiivinen yleistys), joka syntyy, kun säännöt rationalisoidaan niiden taustalla vaikuttavien arvojen suhteen. Toisaalta periaatteita ei voi määritellä siten, että ne olisivat täsmällisesti niiden sääntöjen summa, jotka sitä oikeusjärjestelmässä ilmentävät, vaan periaatteiden soveltamisala muodostuu usein laajemmaksi kuin yksittäisten sääntöjen. Siksi periaatteilla on tietynlainen "ylijäämä-ominaisuus" sääntöihin verrattuna.[112]

Periaatteiden luonteeseen kuuluu myös se, että ne ovat pysyvämpiä kuin oikeussäännöt. Vaikeampi on sen sijaan selvittää, miten ja millä nopeudella periaatteet muuttuvat, jos ne lainkaan sitä tekevät. *Dworkin* johtaa periaatteita yhteisön ulkopuolelta, eikä hän konstruoi menetelmää, jolla periaatteita voitaisiin muuttaa. *MacCormick* ei kuitenkaan hyväksy Dworkinin teoriaa periaatteiden apriorisesta luonteesta.[113] Periaatteet eivät ole hänelle staattisia oikeuden elementtejä, vaan ne voivat kehittyä. Tämä selittää myös ennakkotapausoikeuden mahdollisen kehittymisen.[114] *MacCormickin* mukaan periaatteiden kulloinenkin voimassaolo on mahdollista määrittää muiden

---

[111] *Eckhoff*, Legal Principles s. 41, muistuttaa, että periaatteiden auktoritatiivisuus ja kriteerit niiden määrittelemiseksi vaihtelevat eri oikeusjärjestelmissä. Suurin auktoritatiivisuus on tietysti sellaisilla periaatteilla, jotka on kirjattu maan perustuslakiin. Mitä vähemmän periaatteella on auktoritatiivista arvoa, sitä suurempi todennäköisyys, että se voi tulla vasta-argumentein sivuutetuksi. Ks. *Pöyhönen*, Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu s. 43, jossa hän jakaa oikeussäännösten voimassaolon tasot ratkaisutilanteen näkökulmasta. Säännöt hän on jakanut kahteen ryhmään sillä perusteella, miten niiden ja periaatteiden kollisiot on mahdollista ratkaista. Jos säännön voimassaolo on vahvaa eli sääntö on ankara oikeussääntö, ei sitä voi periaatteen nojalla ratkaisussa sivuuttaa. Toisin kuitenkin silloin, kun säännön voimassaolo on heikkoa.

[112] *Eckhoff*, Legal Principles s. 33, 40. Periaatteita on oikeuskirjallisuudessa luonnehdittu myös niin, että vaikka tyytymättömyys sääntöihin tuodaan useimmiten julki, vain harvoin kuulee kenenkään kritisoivan periaatteita (silloinkaan, kun kaksi periaatetta ovat tapauksen ratkaisemiseksi ristiriidassa).

[113] *MacCormickin* ja *Dworkinin* mielipide-erojen analyysistä ks. *Twining-Miers*, How to Do Things with Rules (London 1995), erityisesti s. 135.

[114] *Niemen*, Päämäärien valtakunta s. 133 ss., mielestä *Dworkinin* periaatekonstruktio on harhaanjohtava, koska oikeusyhteisön traditio kiteytyy sisäisen näkökulman kautta eli oikeuden normit - myös periaatteet - on hyväksyttävä tiettynä aikana tietyssä paikassa.

säännösten tapaan ns. tunnistamissäännön (rule of recognition) avulla.[115] Se tarkoittaa, että periaatteilla on painoa, merkitystä tai arvoa oikeusjärjestyksessämme, mutta ne eivät ole päteviä vain sisältönsä perusteella. Niille on näet löydettävä institutionaalista tukea oikeusjärjestyksen erilaisista ja eritasoisista toiminnoista, kuten säädetyistä laeista, tuomioistuinkäytännöstä tai lakien esitöistä.[116] Siksi oikeusperiaatteisiin perustuvia ratkaisuja voidaan *Hannu Tolosen* sanoin kutsua institutionaalisiksi arvoarvostelmiksi.[117] Periaatteiden syntyperusteiden ja aseman selvittämiseksi olisikin siten aina tutustuttava siihen, millainen painoarvo ja auktoriteetti oikeuskoneiston eri toimijoilla kussakin oikeuskulttuurissa on.[118]

---

[115] Tunnistamissäännön käsite on *Hartilta*, The Concept of Law s. 97 ss. "For the most part the rule of recognition is not stated, but its existence is shown in the way which particular rules are identified, either by courts or other officials or private persons or their advisers." Ks. *Pöyhönen*, Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu s. 34, jonka tulkinta *MacCormickista* tässä yhteydessä on, että tämä on yrittänyt pelastaa oikeusperiaatteet tunnistamissäännön alaisuuteen siten, että koska säännöt kuuluvat kiistattomasti tunnistamissäännön alaisuuteen, kuuluvat siihen myös periaatteet - näkeehän *MacCormick* ne oikeussääntöjen johdannaisina. Ks.LRT s. 240-246.

[116]Eri oikeuskulttuureissa tämä institutionaalisen tuen paikka saattaa vaihdella. Oikeustieteen suhteesta periaatteiden muodostamiseen *Tolonen*, Oikeudelliset teoriat ja oikeustiede: esimerkkinä sopimusoikeus s. 2. *Pöyhönen*, Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu s. 33, kirjoittaa, että periaatteen kuuluminen oikeusjärjestykseen ei tavallisesti perustu viranomaisaktiin (lain säätämiseen, tuomarin ratkaisuun), vaan juridisen ammattikunnan ja kansalaisten keskuudessa vakiintuneeseen käsitykseen periaatteen sopivuudesta. Englantilaista oikeuskulttuuria tarkasteltaessa on huomattava, että periaatteet kehittyvät useimmiten tuomareiden lainsoveltamistoiminnan kautta. Tähän Englannin oikeuden piirteeseen palaan tarkemmin tutkimuksen seuraavassa, Englannin oikeusjärjestelmää koskevassa osassa.

[117] Ks. *Tolonen*, Yleisten oppien rakenteesta ja merkityksestä s. 188-90. Myös *MacCormick*, Four Quadrants of Jurisprudence s. 58. Käsite institutionaalinen tuki esiintyy keskeisenä myös *Dworkinilla*, Taking Rights Seriously s. 40 ja 64-68. Ks. *Esser*, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts s. 132, joka vastaa siihen, mistä lähtien periaatteet johonkin oikeusjärjestykseen kuuluvat: "Sobald und soweit sie durch rechtsbildende Akte den Legislative, der Jurisprudenz oder des Rechtslebens institutionell verkörpert worden sind." Myös *Hoecke*, The Use of Unwritten Legal Principles s. 259: "principles should be used only within the framework of limited judicial review, for correcting statutory rules, and they should rely on broad consensus in society and/or (at least) among lawyers."

[118] *Aarre Tähti* on nähnyt ongelmalliseksi sen, että Suomessa yleensä periaatteiden voimassaolon perusteeksi viitataan vain oikeuskäytännössä tai oikeustieteessä esitettyihin kannanottoihin, josta teoriasta puuttumaan jää oikeudellinen peruste oikeustieteen tai tuomioistuinten voimassa olevan oikeuden sisältöä muokkaavalle vallalle. Periaatteita näet ei kirjoittajan mukaan voida tunnistaa luotettavasti millään muulla perusteella kuin sillä, että niitä on oikeus- ja hallintokäytössä, säädöksissä ja oikeuskirjallisuudessa kutsuttu periaatteiksi. Ks. Periaatteet Suomen hallinto-oikeudessa s. 3 ss.

Tämän tutkimuksen kannalta tärkeätä ei ole periaatteiden oikeudellisen aseman tyhjentävä selittäminen. Pyrkimyksenäni on muistuttaa, että oikeuteen kuuluu säädännäisten lakien tai sitovien ennakkotapausten lisäksi muutakin materiaalia, joka vaikuttaa lainsoveltajien ratkaisuharkintaan. On myös huomattava, että periaatteista käyty keskustelu elää ja kehittyy jatkuvasti. Muutoksia nähdään sekä periaatteiden materiaalisessa sisällössä että itse periaate-käsitteen merkityksessä. *Juha Tolosen* mielestä tämä käy konkreettisesti ilmi siitä, että kun esimerkiksi Suomen oikeusjärjestykseen kuuluvia säännöksiä jaotellaan sääntöjen ja periaatteiden näkökannalta, yhä useampi niistä tulkitaan tuomioistuinkäytännössä kuuluvaksi näistä jälkimmäiseen, vaikka niitä aiemmin saatettiin pitää selvinä sääntöinä.[119] Tarkoittaako tämä käytännössä, että tuomarit ovat se viimekätinen taho, joka ratkaisee kysymyksen siitä, kuuluuko säännös sääntöjen vai periaatteiden luokkaan ?

Jotta lainsoveltaja voisi kussakin yksittäisessä tapauksessa valita eri vaihtoehtojen välillä, on periaatteet kunkin oikeudenalan sisäisesti järjestettävä niin, että ne lainsoveltamistilanteissa ovat järkevä kokonaisuus. Periaatteet on siis priorisoitava, asetettava keskinäiseen järjestykseen. *MacCormickin* ns. koherenssitestinä sääntöjen taustalla vaikuttaville arvoille ja periaatteille on se, että niiden mukaisen elämän tulee olla poliittisessa yhteisössä ja yhteiskunnassa puolustettavaa.[120] Tässä kohdin astuvat seurausharkinnalliset argumentit vahvasti kuvaan mukaan; periaatteiden asettamien legitiimien vaihtoehtojen välinen valinta tehdään viime kädessä konsekventiaalisin argumentein.

2.4.3. Seurausharkinta

> "Tuomarin luova panos on siinä, että hän joutuu punnitsemaan seurausten arvoa, asettamaan seuraukset oikeudenmukaiseen suhteeseen keskenään. Tämän arvostuksen hän tekee omaksumansa oikeudenmu-

[119] Oikeustieteen metodioppia s. 328. Hän ottaa esimerkkinä oikeustoimilain säännökset ja erityisesti sen 7 §:n tarjouksen sitovuudesta. Ks. myös *Aarnio*, Testamentin tulkintasäännöistä (teoksessa Juhlajulkaisu Matti Ylöstalo. Toim. Wirilander, J.- Aho, M.- Aro, P-L.-Esko, T.-Kartio, L.-Taipale, E.-Tarkka, O. Helsinki 1987 s. 5-15). Hän vertaa omia näkemyksiään *Matti Ylöstalon* käsityksiin testamentin tulkintasäännöksistä (ja niiden nimittämisestä joko säännöiksi tai periaatteiksi). Ks. erityisesti s. 8-9 ja 14-15.

[120] ITL s. 74 sekä Four Quadrants of Jurisprudence s. 58: "the whole congeries of values has to be thought of as delienating a defensible form of life for humans in political communities and societies.."

> kaisuusmittarin perusteella yrittäen, ainakin parhaissa tapauksissa, tavoittaa jotakin sellaista, mikä sillä hetkellä koetaan yhteiskunnassa yleisesti oikeudenmukaiseksi."[121]

Sääntöjen ja periaatteiden kokonaisuudella on jokin moraalis-yhteiskunnallinen merkitys, ja juuri se tekee periaatteista syvemmässä mielessä johdonmukaisia kuin muodollisen ristiriidattomuuden näkökulmasta tarkasteltuna.[122] Lainsäätäjän on mahdotonta kirjoittaa säädöksiin esiin objektiivisia ja muuttumattomina säilyviä tavoitteita, koska ne aina tarkentuvat ja muuttuvat aikaa myöten. Kun tapaus on vaikea ratkaista lakimiehen tavanomaisten työvälineiden avulla, on oikeudellista argumentaatiota arvioitava mahdollisten ratkaisuvaihtoehtojen seurausten perusteella eli teleologisesti (telos tarkoittaa päämäärää). On arvioitava, mikä sääntöjen ja periaatteiden valossa mahdollisista tulkinnoista on seurauksiltaan "paras", jolloin se kiteytyy konkreettisessa tapauksessa oikeudellisesti hyväksyttäväksi tavoitteeksi.[123]

MacCormickin mielestä säännösten teleologinen tarkastelu ei voi johtaa mielivaltaan (vaikka valinta eri teleologisten argumenttien kesken tehdäänkin lopulta ei-oikeudellisilla, aksiologisilla arvoilla[124]), koska tehtyjen ratkaisujen on oltava aina auktoritatiivisten argumenttien valossa hyväksyttäviä. Siksi ratkaisujen perusteluista ei saisi hyväksyttäviä, jos seurausharkinta suoritettaisiin vain tietyn tapauksen yksittäisten olosuhteiden valossa.[125] Siten jokaisen ratkaisun on oltava riidaton, kun sitä arvioidaan oikeudellista systeemikontekstia vasten.[126] Kuten *Aarnio* toteaa, oikeudenmukaisuuskäsitykset eivät synnyt tyhjiössä vaan laintulkitsija liittyy traditioon, joka on

---

[121] *Aarnio*, Laki, oikeus ja oikeudenmukaisuus s. 26.

[122] *Tolonen*, Oikeudelliset teoriat ja oikeustiede s. 7.

[123] Ks. *Aarnio*, Laintulkinnan teoria s. 241, on todennut, että valinnassa eri seuraamusvaihtoehtojen välillä on kyse ns. käytännöllisistä syistä eli reaalisista argumenteista tulkintaperusteina. Hänen tulkintansa mukaan reaalisilla argumenteilla tarkoitetaan niitä seurauksia, jotka ovat eniten tavoittelemisen arvoisia.

[124] Näistä arvoista ks. myös *Aarnio*, Laintulkinnan teoria s. 242, joka muistuttaa, että tavoite ei ole objektiivinen tila, vaan arvostusten värittämä haluttu seuraus.

[125] LRT S. 238, ITL s. 202 sekä *Anderson*, "Discovery" in Legal Decision-Making s. 48-50.

[126] Myös *Klami*, Comparative Law and Legal Concepts s. 102, pitää oikeudellista harkintaa lopultakin luonteeltaan arvosidonnaisena, mutta hänellekin tuon kaltainen harkinta objektivoituu tietyn yhteisön sisäiseksi "evaluated in the framework of a certain system of values and goals.."

muotoutunut ennen häntä ja joka jää hänen jälkeensä.[127] Tämä tarkoittaa myös, että seurausharkinnallisten argumenttien olisi aina institutionaalistuttava osaksi voimassa olevaa oikeutta.[128] Institutionaalistumiseen liittyy yleistettävyys, joka on oikeudellisiin ratkaisuihin välttämättä liittyvä elementti. *MacCormick* onkin todennut: "That judges pursue them under the constraint of universalizability entails indeed that their decisions must always be decisions in principle.[129]"

> Sen sijaan *Dworkin* erottaa periaatteista policyt, joilla hän tarkoitti yhteisöllisiä hyviä (tavoitteita) vastakkainaseteltuna yksilön hyvien kanssa; soveltamistilanteissa näistä tuli aina valita yksilönhyviä, periaatteita, toteuttavat päätökset.[130] *Hannu Tolonen* on kiinnittänyt huomiota tähän kahtiajakoon. Hän on todennut, että jos seurausharkinnallisilla tavoitteilla ymmärretään yhteiskuntapoliittisia tavoitevalintoja, joilla pyritään taloudellisen, poliittisen tai sosiaalisen päämäärän edistämiseen, olisi ne välttämättä erotettava oikeudellisista periaatteista. Jos tavoite yhdistetään lainsoveltamistilanteisiin, jolloin siihen liittyy ns. yleistettävyysteesi (eli että toimintaohje on yleispätevä), ei eron tekeminen periaatteiden ja tavoitteiden välillä ole relevanttia. Eli *Tolosen* mielestä ero policyn ja periaatteen välillä on tehtävissä, mutta se on relatiivinen ja käsitettävissä ainoastaan vallitsevien instituutioiden kontekstissa.[131]

Seurausharkinnallisten argumenttien asema määrittyy aina oikeusyhteisösidonnaisesti. Näyttääkin siltä, että kussakin oikeusjärjestelmässä oikeuslähdeopin avoimuuden aste määrittää sen alueen laajuuden, jonka puitteissa säännösten teleologiseen arviointiin on päätöksen ratkaisuperusteluissa

---

[127] Laki, oikeus ja oikeudenmukaisuus s. 26, jossa *Aarnio* muistuttanut siitä, että tuomari on tai hänen ainakin pitäisi olla yhteiskunnassa vallitsevien oikeudenmukaisuuskäsitysten tulkki. Hänen velvollisuutensa on pukea sanoiksi se, minkä ihmiset ehkä vain puutteellisesti tiedostavat, vaikka sen sydämessään tuntevat.

[128] "..second-order justification in the law involve testing rival possible rulings against each other and rejecting those that do not satisfy relevant tests - the relevant tests being concerned with what makes sense in the world, and with what makes sense in the context of the system". Ks. On Legal Decisions and Their Consequeces: from Dewey to Dworkin s. 257. Myös *Pöyhönen*, Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu s. 69.

[129] On Legal Decisions and Their Consequences: from Dewey to Dworkin s. 258. Ks. myös LRT s. 143, 156. Tästä *Aarnio* on todennut, että "tuomarin on toimittava moraalisesti niin, että hänen toimintansa voi muodostua noissa tilanteissa yleiseksi säännöksi." Ks. Laki, oikeus ja oikeudenmukaisuus s. 27.

[130] Taking Rights Seriously s. 90(-100).

[131] *Tolonen*, Säännöt, periaatteet ja tavoitteet s. s. 352 ss. Ks. myös *Tolosen* kirjoitus On Universalizing and Discourse (ARSP 51 s. 282-289).

sallittua viitata. Sen mukaan määräytyy, kuinka ohueksi justifioinnin sidos lakitekstiin voi käydä, ja kuinka suuren merkityksen tulkintavaihtoehdon määräytymisessä seurausharkinnalliset argumentit saavat. Näyttäisi kuitenkin olevan yleistettävissä, että tuomioistuimet ovat varovaisia käyttämään seurausharkintaan perustuvia argumentteja ratkaisujen justifioimiseen, vaikka ne olisivatkin tärkeällä sijalla todellisessa päätöksenteossa.[132] Tämä liittyy seurausharkinnallisten argumenttien tietynasteiseen epävarmuuselementtiin, jonka vuoksi niiden käytön ilmituonti on *Peter Goodrichin* mukaan kuin vauhkoontuneen hevosen selkään nouseminen - sillä tavoin ratsastaja voi joutua arvaamattomiin maisemiin.[133]

Suomalaisessa oikeuskirjallisuudessa on viime vuosina otettu lähtökohtaiseksi olettamaksi, että periaatteiden keskinäinen järjestys (niiden painoarvot suhteessa toisiinsa) liittyy konsekventiaalisten argumenttien mukaisiin viimekätisiin ja kutakin oikeusinstituutiota koskeviin arvo- ja tavoiteperusteluihin. Niiden avulla voidaan luoda ns. malli, jonka kautta periaatteiden keskinäisistä suhteista puhuminen mahdollistuu. Malli kertoo kunkin oikeudenalan luonteenomaisimmat piirteet, poikkeukset ja pääsäännöt.[134] Sillä on ts. ongelmanratkaisukyky, joka perustuu periaatteiden taustalla oleviin yhteiskunnallisiin ja arvosuuntautuneisiin taustaolettamiin.[135] Koska malli sekä ohjaa periaatteiden käyttöä että myös legitimoi niiden käytön, on se välttämätön lähtökohta pyrittäessä ymmärtämään oikeudellista argumentaatiota (vaikkakaan ei siihen lopullisesti riittävä). Periaatteille mallissa kerran annetut painoarvot ovat kuitenkin "oikeita" vain suhteessa tiettyyn aikaan ja paikkaan. Vanhan mallin on joskus väistyttävä oikeutta uudesta näkökulmasta tarkastelevan mallin tieltä. Malleista puhuttaessa suurin ongelma liittyy siihen, että niitä ei määritetä virallisissa oikeuslähteissä. Mutta kenen juridisen toimintatahon tavoitteet ovat mallin muuntumisen kannalta ratkaisevimmat; päättävätkö sen sisällöstä kenties oikeustieteilijät, asianajajat vai lainsoveltajat?

---

[132] *Klamin*, Ihmisen säännöt s. 466, mielestä tämä johtuu ns. objektiivisuusideologiasta, joka vaatii peittämään avoimen tavoitteellis-arvostukselliset tulkinnat.

[133] Reading law s. 199. Ks. myös *Ormrod*, Words and Phrases and Their Influence on the Law in Practise s. 151.

[134] *Pöyhösen* väitöskirja, Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu, liikkuu sopimusoikeuden mallitasolla. Hän toteaa siinä (s. 80), että sopimusmalli on se taustatieto/esitieto, joka sopimusnormiston tarkastelijalla on sopimuksesta.

[135] *Tolonen*, Yleisten oppien rakenteesta ja merkityksestä s. 191 ss.

Kysymykseen annettava vastaus on tässäkin yhteydessä oikeuskulttuurisidonnainen.[136]

Seurausharkinnan kautta *MacCormickin* esittämä väite, että voimassa oleva oikeus ei voi tyhjentyä abstraktisesti ilmaistuihin oikeussäännöksiin, vahventuu konkreettisesti. Tämän vuoksi lainsoveltaminen ja oikeudellisen ratkaisun tekeminen on kompleksinen tehtävä, jos kyse ei ole rutiiniratkaisuista. Mutta kuinka pysyvä on sellainen ratkaisuvaihtoehto, joka näyttää eksplisiittisten säännösten perusteella kiistattomalta.

2.5. Väliintulevat tekijät

2.5.1. Aluksi

> "oikeudellisten instituutioiden ja yleensä oikeudellisten järjestelyiden hyve on siinä, että ne tarjoavat yksilön normatiiviselle asemalle jonkin asteisen ja ajassa jatkuvan pysyvyyden."[137]

Kansalaisten oikeusturva jakautuu pääosin kahteen vaatimukseen: lainsoveltamisella olisi tuotettava oikeudenmukaisia ratkaisuja ja lainsoveltamisen olisi oltava ennakoitavaa. Oikeudellisia instituutioita koskevien säännösten tarkoituksena on sellaisten järjestelyjen luominen, joilla on ajallista pysyvyyttä ja joiden perusteella kansalaiset voivat tehdä oikeuksiaan ja velvollisuuksiaan koskevia päätelmiä suhteessa nykyhetkeen ja tulevaisuuteen. Ihmisten elämä yhteiskunnassa koostuu suuresta joukosta erilaisia oikeussuhteita, ja siksi kansalaisten on voitava suunnitella toimiaan - heidän on voitava luottaa siihen, että oikeudellisilla instituutioilla, kuten avioliitolla tai sopimuksella, on tietynasteinen pysyvyys ja että niiden olemassaolo määräytyy instituutiot synnyttävien (institutiivisten) ja ne lopettavien (terminatiivisten) säännösten mukaan. Tämän kaltainen ennakoitavuus on kaiken järkevän yhteiskuntaelämän perusta: oikeuden vakaus, sen stabiilisuus, on kansalaisten kannalta tärkeä lakeihin kuuluva elementti.[138]

Väliintulevat tekijät kohdistuvat oikeudellisen instituution (oikeudellisen järjestelyn) pätevyyteen. Mikä alunpitäen näytti oikeussäännösten valossa pätevältä, ei sitä säännösten seuraamisesta huolimatta olekaan. Päät-

[136] Ks. *Nuutila*, Rikosoikeudellinen huolimattomuus s. 146, jossa hän varoittaa mallien mukanaan tuomista vaaroista. Varoituksistaan huolimatta hän kuitenkin pitää mallien kehittelyä 1980-luvun kotimaisen oikeustieteen yhtenä merkittävimmistä saavutuksista.

[137] *MacCormick*, Defeasibility in Law and Logic s. 113.

[138] Ks. *MacCormick*, Institutions, Arrangements and Practical information s. 74 ss.

telyketju syistä seurauksiin ei ole niin vedenpitävä kuin klassisessa logiikassa.[139] *MacCormick* on jakanut väliintulevat tekijät kahteen ryhmään, eksplisiittisiin ja implisiittisiin. Edellä mainitut ovat helpompia kuin jälkimmäiset, koska ne ovat tulleet säännöksissä nimenomaisesti ilmaistuiksi. Väliintulo on teoreettisesti rajattu; jos esimerkiksi tiettyjen ehtojen täyttyessä A:lla on joku oikeus suhteessa B:hen, voi tuo A:n oikeus jäädä täyttymättä, jos B näyttää toteen jonkun laissa säädetyn poikkeuksellisen ehdon C olemassaolon. Eksplisiittinen väliintulo voidaan siten lainsäännöksen tai ennakkotapausoikeuden perusteella ennustaa, jos tuo väliintuleva tekijä vain tuodaan tuomioistuimessa esille. Tuomioistuimen (tai muun lainsoveltajan) ei näet ole otettava sitä viran puolesta huomioon.[140]

Implisiittisten väliintulevien tekijöiden soveltamisalaa ei ole tällä tavalla rajattu joihinkin ennalta määriteltyihin oikeussuhteisiin vaan niiden vaikutusala on yleisempi. Implisiittiset tekijät voivat muuttaa myös sitä suuntaa, johon eksplisiittiset väliintulevat tekijät ovat olleet lainsoveltajaa jossakin konkreettisessa tapauksessa ohjaamassa.[141] Seuraavassa tarkoitan väliintulevilla tekijöillä nimenomaan tätä *MacCormickin* implisiittiseksi nimittämää kategoriaa.[142]

2.5.2 Väliintulon toteuttaminen

> "Sääntö synnyttää jotakin sellaista, jota voisimme kutsua jonkin oikeuden "tavallisesti tarpeelliseksi" tai "oletettavasti tarpeelliseksi" pätevyyden edellytykseksi..Säännöt tulee ymmärtää mahdollisten poikkeuksien valossa. Ne tulisi lukea jo syntyneiden periaatteiden valos-

---

[139] Englannissa tilanteista, joissa väliintulevat tekijät esiintyvät, käytetään nimitystä "defeasibility". *MacCormick*, Defeasibility in Law and Logic s. 99, ei ota kunniaa termin lanseeraamisesta angloamerikkalaiseen oikeuskirjallisuuteen, vaan mainitsee *H.L.A. Hartin* käyttäneen sitä jo 1940-luvun lopulla.

[140] Eksplisiittiselle väliintulevalle tekijälle on siten tyypillistä, että todistustaakka tämän laissa ilmaistun poikkeussäännön osoittamisesta on B:llä. Ks. esimerkiksi Defeasibility in Law and Logic s. 100, 108. Tämän kaltainen väliintulo liittyy pääsäännöistä ja poikkeussäännöistä käytyyn keskusteluun ja on ymmärrettävissä esimerkiksi Suomen avioliittolakiin sisältyvän osituksen sovittelusäännön puitteissa.

[141] Defeasibility in Law and Logic s. 100 ss.

[142] Defeasibility in Law and Logic s. 102, jossa *MacCormick* selittää, että väliintulevat tekijät eivät tee olemassa olevaa oikeutta pätemättömäksi, vaan ne vaikuttavat pragmatistisesti siinä kohtaa, kun lainsoveltajalta konkreettisesti vaaditaan jonkin oikeuden vahvistamista. Eli itse oikeudellisiin instituutioihin väliintulo ei voi vaikuttaa, vaan se otetaan huomioon käsitteen edellytysten arvioinnissa.

> sa, mutta myös sellaisten uusien periaatteiden, jotka pohjautuvat institutuution tarkoitukseen kehittyvien yhteiskunnallisten ehtojen ja arvojen kontekstissa."[143]

Väliintulevien tekijöiden mukaantulo osaksi oikeudellista harkintaprosessia tapahtuu aina konkreettisen lainsoveltamisen kautta. Oikeustiede voi kehittää teoriaa väliintulevista tekijöistä ja siinä voidaan myös pyrkiä formuloimaan väliintulon edellyttämiä poikkeuksellisia olosuhteita, mutta tuomioistuimella on tässä aina kuitenkin viimekätinen sananvalta.[144] Väliintulon sitoutuminen yksittäiseen tapaukseen tekee siitä luonteeltaan pragmatistisen. Yleensä lainsoveltaja ei voi, eikä hänellä ole velvollisuutta, tehdä väliintulevien seikkojen poissuljentaa. Oikeusvarmuus on tärkeä hyve oikeusjärjestelmässä ja oikeusinstituutioita koskevaa ekplisiittista informaatiota pidetään lähtökohtaisesti riittävänä oikeudelliseen järjestelyyn osallisten oikeuksien oikeudelliseksi arvioimiseksi. Asianosaisen tuleekin useimmiten itse osoittaa, miksi tuomioistuimen tulisi tuosta oikeusvarmuuden määrittelemästä lähtökohdasta jotain yksittäistä tapausta ratkaistessaan poiketa.[145]

Rationaalisen yhteiskunnallisen toiminnan kannalta ratkaisevan tärkeää on, että kansalaiset voivat luottaa siihen, että oikeusinstituutioilla on ajallinen pysyvyys. On voitava luottaa siihen, että eksplisiittisten säännösten valossa pätevä järjestely saa aikaan odotetut oikeudelliset seuraukset. Siksi tuomioistuimen väliintulevalla toiminnalla oltava sellainen peruste, joka oikeusyhteisössä koetaan hyväksyttäväksi - yksittäistapauksellinen oikeudenmukaisuus toteutetaan siten suhteessa jonkun ryhmän oikeudenmukaisuuskäsityksiin. Siksi *MacCormick* sitoo väliintuloon oikeuttavat tekijät sääntöjen taustalla vaikuttaviin periaatteisiin, jotka pohjautuvat oikeusyhteisössä esiintyvään käsitykseen oikeudellisen instituution tarkoituksesta ja tavoitteista yhteiskunnallisten arvostusten valossa. Joissakin tapauksissa oikeusvarmuutta tärkeämpänä on pidettävä joustavuutta, jolla oikeudelliset instituutiot

---

[143] ITL s. 69, 71. Myös *Rheinstein*, Gesammelte Schriften I s. 105: "the just judge is not necessarily he who in all and every circumstance is invariably rendering his decision in strict accordance with the formulated norms of law even where they exist. Every articulation is but a necessarily insufficient attempt to express in words a value judgement that is felt more or less vaguely..The just judge has to sense such situations.."

[144] Defeasibility in Law and Logic s. 102, jossa *MacCormick* kirjoittaa, että väliintulevat tekijät voivat vaikuttaa lähestulkoon jokaisen oikeudellisen instituution (sen mukaisen oikeuden) syntymiseen. Jo tämän vuoksi olisi mahdotonta, että lainsäätäjä tai oikeustiede keskittyisi väliintulon mahdollisiin ilmenemistilanteisiin.

[145] *MacCormick*, Defeasibility in Law and Locig s. 112, onkin todennut, että "such vitiating factors are often of a sort that lie outside the control, and perhaps even the knowledge, of the person who exercises the power." Ks. myös ITL s. 72.

vastaavat yhteiskunnassa esiinnouseviin ongelmiin.[146] Joustavuus ei kuitenkaan johda mielivaltaan, koska väliintulevalle tekijälle täytyy ensinnäkin löytyä kannatusta niiden henkilöiden joukosta, jotka "are concerned with the working of the legal system". Toisekseen oikeusjärjestelmässä täytyy olla sääntöjä, joista sovellettu periaate voidaan pelkistää esiin.

Jotta mainittujen edellytysten olemassaoloa voisi kontrolloida, ei väliintulevien tekijöiden tapauksessakaan saa joustaa oikeudellisen perusteltavuuden vaatimuksesta. Perusteluvelvollisuus on paras keino suojautua mielivallalta - sen takaa julkinen kontrolli.[147] Väliintulevien tekijöiden luonteeseen kuuluu kuitenkin elimellisesti, ettei lainsoveltaja voi välttyä valinnoilta sen suhteen, mikä on tärkeää ja mikä ei - tuota valintaa ohjaavia objektiivisia mittapuita ei ole missään lähteessä mainittu. Arvostukset liittyvät sekä sen hetken aktuaalistumiseen, jolloin väliintulevat tekijät koetaan tarpeellisiksi, että tuon intervention sisältöön eli merkitykseen konkreettisen ratkaisun kannalta.

2.5.3. Väliintulevat tekijät ja tunnistamissääntö

Väliintulevien tekijöiden olemassaolon tunnustaminen problematisoi joiltakin osin *MacCormickin* ajatuksia. Oikeudellisia instituutioita määrittävät säännökset näet perustellaan aina niitä hierarkisesti ylemmällä tasolla olevilla oikeussäännöksillä ja viime kädessä *Hartin* lanseeraamalla tunnistamissäännöllä. Koska tuomioistuinkäytännössä on mahdollista väliintulevien tekijöiden avulla syrjäyttää muodollisesti pätevien säännösten soveltuvuus tapaukseen, ainakin *Kaarlo Tuorin* mukaan se osoittaa, että tunnistamissääntö sääntöjen pätevyysperustana tulisi hylätä ja korvata jollain muulla teorialla; tärkeätä ei siten hänen mielestään enää ole, kuinka usein interventio tapahtuu ja onko se poikkeuksellinen vai ei.[148]

Tunnistamissäännön ja väliintulevien tekijöiden suhteeseen voisi ottaa kuitenkin myös laajemman näkökulman. Silloin tunnistamissääntöä ei tarvitsisi harkita korvattavaksi jollain muulla teorialla. Näkemykseni mukaan tunnistamissääntö kontrolloikin välillisesti, konsistenssin ja koherenssin kautta, väliintulevien tekijöiden esiintymistä ja käyttöä. Todennäköisimmästä tulkintavaihtoehdosta ei siten koskaan yksittäistapauksessa poiketa pystymetsästä kaadettujen ja oikeudelle täysin ulkopuolisten moraaliargumenttien

---

[146] ITL s. 70-72.

[147] ITL s. 73. Tässä epäselväksi jää, tarkoittaako *MacCormick*, että väliintulevien tekijöiden on täytynyt saada kannatusta juristien vai vielä laajemman yhteiskunnallisen toimijajoukon keskuudessa.

[148] Oikeus, valta ja demokratia s. 230 ss.

ohjaamana. Se, että väliintulevat tekijät ovat vielä institutionaalistumattomia, ei tarkoita, etteivätkö ne olisi jollain tapaa linjassa oikeudellisen tradition kanssa. Jotta maccormickilainen universalismi toteutuisi, on väliintuleville tekijöille myönnettävä mahdollisuus siirtyä puhtaan harkinnallisista argumenteista ratkaisuharkinnan koherenttien tai jopa konsistenttien elementtien piiriin. Jälkimmäinen edellyttää yleensä sitä, että lainsäätäjä kirjaa sen eksplisiittiseksi säännökseksi.[149] Tuskinpa kukaan hyväksyisi ratkaisuja sellaisilla perusteilla, joita sovellettaisiin vain yhdessä yksittäisessä tapauksessa ilman, että ne tulisivat myös myöhemmin olosuhteiltaan vastaavissa tilanteissa käyttöön. Tämänkaltainen väliintulo olisi mielivaltaa, eikä sopisi osaksi demokraattisten yhteiskuntien oikeuskoneistoa.

Ongelman väliintulevien tekijöiden ja tunnistamissäännön suhteesta jätän kuitenkin analysoimatta tässä tätä tarkemmin. Lain voimassaolon viimekätiset teoreettiset perusteet ansaitsisivat oman tutkimuksensa. Vaikka väliintulevien tekijöiden ja tunnistamissäännön keskinäinen suhde onkin ongelmallinen, väliintulevien tekijöiden merkityksen tunnustaminen osoittaa, miten *MacCormick* pyrkii irtautumaan teoreettisten abstraktioiden ulkopuolelle, ja ottaa tällä tavoin huomioon, että teorian arvo on lopulta siinä, miten se palvelee käytäntöä.

2.6. Yhteenveto

2.6.1. Oikeuden olemuksen kannalta

Säännöksiä arvioidaan aina jostakin tarkastelukulmasta. Esimerkiksi institutionaalinen teoria oikeudesta yhdistää ensisijassa normatiivisen ja reaalisen tavan tarkastella oikeutta. Se rakentuu positiiviselle oikeuskäsitykselle, mutta *MacCormickin* lopullinen käsitys oikeuden olemuksesta on monivivahteisempi kuin perinteisten oikeuspositivistien. *MacCormick* onkin esittänyt oikeuden olemuksen suorakulmaisena mallina.[150]

[149] Ennakkotapausoikeudelle perustuvissa maissa alkujaan väliintulolle perustunut ratkaisu voi muuttua sitovaksi ennakkotapaukseksi ns. stare decisis -periaatteen mukaisesti. Sitovan ennakkotapauksen opista ks. tämän tutkimuksen seuraava osa.

[150] Suorakulmaisen näkemyksensä hän on esitellyt artikkelissa Four Quadrants of Law. Ks. erityisesti s. 53.

Oikeus yhteiskuntatieteissä (Law in Social Sciences)	Perustavat arvot/ periaatteet (Fundamental Values and Principles)
Työstämätön oikeus (Raw Law)	Tieteellinen (työstetty) oikeus (Doctrinal Law)

MacCormickin käsityksen mukaan mikään hänen mallinsa yksittäisistä kulmauksista ei voi esiintyä oikeudessa puhtaana. "Työstämätön oikeus" tarkoittaa oikeuden ymmärtämistä jokapäiväisinä toimintoina, jolloin se käsittää sekä sanomalehden ostamisen että veroilmoituksen täyttämisen. Oikeuden käsittämiselle tällä "työstämättömällä tavalla" on tyypillistä sen kokemuksellisen luonteen korostaminen. Tieteellinen oikeus on taas välttämätön, jotta näiden ihmisten erilaisten toimintojen oikeudellinen luonne voidaan ymmärtää. Tällöin on huomioon otettava systematiikka ja lakimiesten työvälineinään käyttämät yleiset opit. Tällä tavoin ymmärrettynä työstämätön oikeus on raaka-ainemateriaali, joka työstetään oikeustieteen konstruoimien käsitteiden ja periaatteiden avulla.[151] Yleensä tämä asioiden järjestäminen tapahtuu oikeustieteen toimesta, vaikkakin tässä saattaa olla eri oikeusyhteisöjä koskevia variaatioita.[152]

Kerran tehty asioiden systemaattinen järjestäminen ei kuitenkaan riitä. Systeemiä on muutettava, jotta uudet yhteiskunnalliset ongelmat voitaisiin se avulla jälleen tunnistaa ja ratkaista.[153] *MacCormickin* mielestä asioiden systemaattisessa järjestämisessä oleelliseksi käyvätkin hänen suorakulmaisen mallinsa kaikki kulmaukset eli myös fundamentaaliset arvot (kuten

[151] Four Quadrants of Jurisprudence s. 60. Asioiden systematisoimisen tarve syntyy käytännön pakosta; jotta koko ajan lisääntyvän informaation voisi hallita, on pakko redusoida maksimaalinen määrä tietoa minimaaliseen määrää periaatteita. Ks. *Searle*, Speech Acts s. 88 ss. sekä saman kirjoittajan, The Rediscovery of the Mind s. 86 ss.

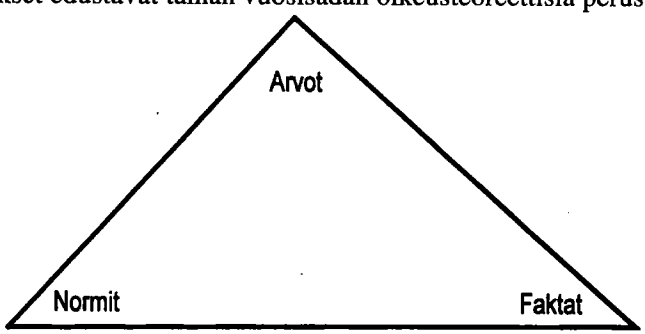
[152] Englannissa systematisointitehtävä kuuluu näet ensisijaisesti tuomioistuimille. Tämä liittyy lainsäädännön kirjoitustekniikkaan sekä tuomioistuinten perusteluformaattiin, joista kumpikin tulee tutkimuksen seuraavassa osassa tarkemmin esille.

[153] *Klami*, Tietokone ja oikeuskulttuuri s. 313, toteaa, että koska yhteiskunta on avoin, on myös tietoa järjestävän arvostusjärjestelmän oltava avoin.

Systeemin muuttamisesta keskusteltaessa on huomioitava liityntä ns. malleihin, joiden merkitystä suomalaisessa keskustelussa on viime vuosina korostettu. Ks. aiempi luku 2.4.3.

ihmisoikeudet) sekä muut ihmisten hyvinvointia edistävät periaatteet. Hänen mukaansa ei ole olemassa arvoista vapaata oikeustiedettä. Arvojen tasolla tapahtuva asioiden järjestäminen ratkeaa lopullisesti kuitenkin vasta *MacCormickin* mallin viimeisen nurkkauksen valossa. Siinä tärkeäksi tulevat oikeuden yhteiskunnalliset liitynnät. Yhteiskunnan historian, talouden, sosiologian ja politiikan merkitys oikeusalojen johdonmukaistamisessa sekä lainsäädännön uudistamisessa onkin oleellinen. Hän haluaa kuitenkin muistuttaa, että yhteiskunnasta tulevat impulssit suodattuvat oikeudellisen käytännön tasolle oikeustieteen kautta. Hän ei esimerkiksi usko taloustieteelliseen oikeustutkimukseen vaan sellaiseen oikeustutkimukseen, joka osaltaan hyödyntää taloustiedettä.[154]

Hannu Tolosen kolmikulmaisessa tavassa hahmottaa (kaleidoskooppimaisen) oikeuden olemus on paljon samaa kuin *MacCormickin* suorakulmaisessa mallissa. *Tolosen* hahmottelema malli on seuraavanlainen (mallissa kolmion kulmaukset edustavat tämän vuosisadan oikeusteoreettisia perussuuntauksia).[155]



Arvojen, normien ja faktojen keskinäisiä suhteita on aiemmin leimannut pyrkimys poissulkevuuteen eli joko/tai-asetelmaan. *Tolosen* mielestä viimeistään tällä vuosikymmenellä on käynyt selväksi, ettei minkään näkemyk-

[154] Ks. Four Quadrants of Jurisprudence s. 60, jossa *MacCormick* selventää tätä niin, että oikeuden tutkiminen ja selittäminen yhteiskuntatieteiden valossa on siksi mahdotonta, että "law is a conceptual category more than it is a raw reality." Eli työstämätön oikeus on tosiasiallisesti mahdoton ilmiö eivätkä yhteiskuntatieteet voikaan irrottaa sitä omaksi tutkimuskohteekseen ottamatta tätä oikeuden käsitteellistä luonnetta huomioon: "For economics or sociology to try to access law-as-distinct-from-legal-doctrine-and-legal-theory would be illusory."

[155] *Tolonen*, Mitä oikeus on ? s. 109 ss, tarkoittaa oikeuden kaleidoskooppimaisuudella, että se on mahdollista hahmottaa lähes lukemattomin tavoin. Tämän vuoksi hän pitää lähestymistapaansa oikeuden olemukseen epätäydellisenä ja vain yhtenä mahdollisena muiden joukossa. Vrt. *Grossfeld*, The Strength and Weakness of Comparative Law (Oxford 1990) s. 9: "..law itself is kaleidoscopic."

sen merkitystä tulisi kiistää. Siksi siirryntä on käynyt ja käy kohti sekä/että-asetelmaa.[156] Esimerkiksi luonnonoikeudellista tarkastelua ei tulisi yhdistää menneiden aikojen ajatteluun, koska asia näyttää nykypäivänä olevan niin, että arvoihin ja oikeudenmukaisuuteen perustuvat oikeuden teoriat on otettava yhä enenevästi huomioon. Oikeuden periaatesuuntautunut sääntelymalli lisääntyy ja oikeuden kansainvälistyminen aiheuttaa tietyn arvoherkkyyden sekä yhteisistä (esimerkiksi ihmisoikeussopimukset) että kunkin kansakunnan omista erityisistä arvoista.[157] *Tolosen* mukaan oikeuden monipuolisuudesta kertoo jotain sekin, että kolmion jokaista kulmaa ja sivua on mahdollista tutkia eri vivahtein. Esimerkiksi 1800-luvulla normatiivinen näkemys oikeudesta tarkoitti *Austinille* suvereenin valtaa ja käskyjä, mutta vuosisata myöhemmin *Hart* ymmärsi normatiivisuuden ilmenevän oikeudellisen kielen sosiaalisena toimintana kussakin oikeusyhteisössä.[158]

MacCormickin suorakulmiossa kaikilla neljällä kulmauksella on paikkansa ja jatkuva merkityksensä - samoin kuin *Tolosen* kolmion kulmauksilla. Oikeutta ei kuitenkaan käsitetä kaikkialla siten, että *MacCormickin* malli olisi tasasivuinen neliö (tai *Tolosen* tasasivuinen kolmio). Kulmien keskinäinen vuorovaikutus ja painotus vastaavat näet osaltaan kysymykseen, miten oikeus kussakin maassa ymmärretään. Tämä osoittaakin, miten suurella epäilyksellä tulee suhtautua sellaisiin oikeuden teorioihin, jotka ovat linnoittuneet vain yhteen mallin kulmauksista. Myöskin se, mitä kukin kulmaus sisällään pitää, on oikeusyhteisösidonnainen. Tästä konkreettisena esimerkkinä on normatiivisen käsityksen muuttuvuus historiassa tarkasteltuna. Näin ollen sekä oikeuden olemusta osoittavien mallien kulmauksille että niiden välisille suhteille on tyypillistä relatiivisuus sekä ajassa että paikassa tarkasteltuna.[159]

2.6.2. Oikeuslähteistön kannalta

Siitä, miten laki ja oikeus hahmotetaan, on lyhyt harppaus oikeuslähteitä koskevaan problematiikkaan. Oikeuslähteiden ja oikeudellisten informaatio-

---

[156] Mitä oikeus on ? s. 110.

[157] Mitä oikeus on ? s. 114 ss. *Tuori*, Oikeus, valta ja demokratia s. 265: "teleologiset ja aksiologiset näkökohdat ovat oikeuden tavoitteellisuuden lisääntyessä saaneet myös lainkäyttömenettelyssä yhä tärkeämmän aseman."

[158] Mitä oikeus on ? s. 112.

[159] ITL s. 141: "We can set up caricatures or ideal types of so-called legal positivism and natural law theory. But we delude ourselves in supposing that there remains nowadays any sharp division between these approaches so named."

lähteiden välinen ero on selkeä. Edellä mainitut on kotimaisessa kirjallisuudessa yleisesti ymmärretty tietyssä yksittäistapauksessa tehtävän oikeudellisen ratkaisun perusteeksi. Sen sijaan oikeudellinen informaatiolähde auttaa lainsoveltajaa antamalla tietoa voimassa olevan oikeuden sisällöstä. Sellaisena voi pitää esimerkiksi lainvalmisteluaineistoa, joka antaa informaatiota lainsäätäjän tarkoituksista.[160]

Oikeuslähteistön käyttö synnyttää omat ongelmansa. Näistä ensimmäinen liittyy siihen, että oikeuslähteiden keskinäiset suhteet on kussakin oikeusjärjestelmässä ilmaistu yleensä vain periaatteen kategoriaan kuuluvin toimintaohjein (jotka voivat olla kirjoittamattomia): "Vaikka kirjoitettu laki antaisikin useimmiten vastauksen ratkaistaviin kysymyksiin, se säätelee itse omia käyttöedellytyksiään ja suhdettaan muihin normeihin vain muutamilla, luonteeltaan lähinnä periaatteisiin kuuluvilla (so. sovellutusalueeltaan harkinnanvaraisilla) säädöksillä."[161] Myös tulkintadiskurssia ohjaavien elementtien monimuotoisuus ja *MacCormickin* toisen asteen harkinnan elementtien yhteenkietoutuminen lainsoveltajan toiminnassa suhteellistavat oikeuslähteiden tarkkojen auktoritatiivisten painoarvojen määrittämistä.[162]

---

[160] Ks. *Peczenik*, Vad är rätt ? s. 209-212 (Stockholm 1995) sekä *Koponen*, Rättskällematerial i Norden, EES och EG s. 13: "Om man talar om juridik som ett hantverk, så kan man säga att jurister har en uppsättning verktyg, rättskällor, en metod att hitta i den juridiska verktygslådan, rättstekniken, och (förhoppningsvis) ett antal olika tillvägagångssätt att använda sig av verktygen för att lösa problem." Sen sijaan kaikkiin angloamerikkalaisiin oikeuskulttuureihin ei ole vakiintunut oikeuslähdeoppia vastaavaa käsitettä. Yhdysvalloissa puhutaan monasti materiaaleista (materials), joita käyttäen saadaan tietoa oikeusjärjestyksen sisällöstä. Toisaalta amerikkalainen nykyteoria puhuu ratkaisujen perustelemisen yhteydessä perusteista (reasons). Englantilaisessa oikeudessa näkee kuitenkin yhä useammin tehtävän viittauksia (oikeudellisen materiaalin sijasta) oikeudellisiin lähteisiin (sources).

[161] *Tolonen*, Säännöt, periaatteet ja tavoitteet s. 367. *Aarnio*, Laintulkinnan teoria s. 254, käyttää oikeuslähteistön yhteydessä termiä prioriteettistandardi. Suomen oikeuden osalta kaksi niistä on lausuttu julki OK 1:11:ssa ja muut ovat tulkintakäytännön tietä muotoutuneita. Ks. myös *Niemi*, Päämäärien valtakunta s. 297, jonka mielestä oikeuslähdeoppi kokonaisuutena ja sen tulkinta voidaan osoittaa vain tradition avulla, koska muuten esimerkiksi säädösten asema yhteisössä voi jäädä hämärän peittoon. Ks. myös Handbook of Information Retrieval s. 35, jossa *Bingin* mielipide on, että oikeuslähteiden keskinäisissä painoarvoissa saattaa oikeusyhteisön sisäisestikin esiintyä ongelmia. Perustuslain ja tavallisen säädännäisen lain suhde on kyllä selvä, mutta entäpä ensimmäisen oikeusasteen ennakkotapausten ja oikeuskirjallisuuden suhde ? Keskustelua ongelmallistaa vielä se, että ratkaisuargumentaatio saattaa perustua useaan oikeuslähteeseen, jolloin ratkaisussa sovellettua normia ei voi perustella yhdellä ainoalla lähteellä.

[162] Ks. esimerkiksi *Bankowski-MacCormick-Marshall*, Precedent in the UK s. 319.

MacCormickin teoria on teoriaa oikeudellisesta tiedosta ja niistä elementeistä, jotka tuomioistuinten harkintaa ohjaavat.[163] Jotta se olisi mielekäs teoria, on sillä ja käytännön tasolla käytävällä juridisella diskurssilla oltava yhtäläisyyksiä.[164] Institutionaalinen teoria tai toisen asteen justifikaation elementit eivät vielä yksinään kerro koko totuutta, jos niitä tarkastellaan oikeuskulttuurisista käytännöistä irrallaan. Teoriat on näet suhteutettava oikeusyhteisön oikeuslähdeoppia ja tuomioistuimen ratkaisuperusteluissa käyttämää formaattia vasten. Yhden käyttökelpoisen ja *MacCormickin* teoriaa mahdollisesti täydentävän näkökulman tarjoaa *Hannu Tolonen*, joka on irrottanut oikeuslähteet traditionaalisista sitovuustaulukoista[165] ja soveltanut niiden sijaan saksalaiseen hermeneutiikkaan pohjaavaa teoriaansa, jossa oikeuslähteet ilmenevät eri sitovuusasteiden sijasta lähtökohtina, toimintoina ja tuloksina.[166] *Tolonen* käyttää termiä objektivaatio, jonka hän on määritellyt niin, että lainsäätäjän lisäksi oikeuskäytäntö ja oikeustiede antavat uusia itsenäisiä merkityssisältöjä oikeuslähteistön normeille. Abstrakti ja konkreetti yhteenkietoutuvat sosiaalisessa maailmassa (esimerkiksi raha ja oikeus) siten, että se olisi järjestettävä yleisellä järjestelmätasolla (normit) sekä reaalisella, konkreettisella järjestelmän normien toteuttamisen tasolla.[167]

Tolosen määrittelemä objektivaatio tarkoittaakin käytännössä sitä, että ratkaisut sekä luovat yhteiskunnassa realisoituvan oikeussuhteen että muovaavat oikeusinstitutionaalisia rakenteita. Siksi esimerkiksi lainsäätäjä ei luo lopullista oikeutta - sen tekee oikeuden historiallis-yhteiskunnallinen prosessi. Lainkäytössä ratkaistaan konkreettisia oikeussuhteita, mutta samalla tulkitaan ja muovataan, jopa luodaan normi, koska oikeudelliseen ongel-

---

[163] Tätä kautta sillä on myös välitön liityntä oikeuslähteiden käyttämiseen oikeusyhteisössä.

[164] *MacCormick* liitti teorian ja konkretian näkyvällä tavalla yhteen jo teoksessaan Legal Reasoning and Legal Theory viittaamalla siinä jatkuvasti oikeuskäytäntöön näkökantojensa vahvistukseksi.

[165] Sitovuustaulukkoon sitoutumisesta ks. *Aarnio*, Laintulkinnan teoria s. 220 ss., jossa tehdään jako vahvasti velvoittaviin, heikosti velvoittaviin ja sallittuihin oikeuslähteisiin.

[166] Apriorisesti tuntuukin olevan mahdotonta lopullisesti määritellä, mikä on oikeuslähteiden keskinäinen etusijajärjestys ja painotus kussakin konkreettisessa tapauksessa. *Laakso* on kirjoittanut sattuvasti, että "se status ja funktio, mikä eri oikeuslähteillä on kulloisessakin ratkaisutilanteessa, vaihtelee sääntelyinformaation täydellisyysasteen ja ratkaisutilanteen ominaisluonteen perusteella." Ks. Lain esityöt oikeuslähteenä s. 113 ss.

[167] *Tolosen* jäsennys perustuu hänen omaksumiinsa vaikutteisiin *Brusiinin* väitöskirjasta Tuomarin harkinta normin puuttuessa. *Tolonen* haluaa nimenomaan korostaa ihmistekoisen, mutta myös ihmisten kanssakäymiseen ja toimintoihin perustuvan tulkinnan merkitystä.

maan ei ole lopullista vastausta vaan se on aina kontekstuaalinen.[168] Kuten *Niemi* toteaa "ihmiset yhteisöinä määrittelevät traditiota tekojen kautta ja toisaalta traditio on jatkuvassa asemassa suhteessa ihmisten tekoihin. Traditio jatkaa ja uusintaa itseään jatkuvan konkretisoinnin kautta."[169] *Tolosen* mukaan eri oikeuslähteiden osalta tosiasiallinen muuttuu normatiivisuudeksi eli objektivoituu erilaisella nopeudella. Suurin syy siihen on, että esimerkiksi periaatteilta ja tapaoikeudelta puuttuvat varsinaiset oikeusauktoriteetit. Niillä ei ts. ole suoranaisesti määriteltyä institutionaalista toimijaa.[170]

Oikeuden voi tämän valossa rakenteistaa abstrakti-konkreetti ulottuvuudella niin, että oikeustiede on luonteeltaan abstraktia, tapaoikeus konkreettista ja oikeuskäytännössä yhdistyvät nämä molemmat piirteet. *Tolonen* on sääntö/periaate-keskustelun ja yleisten oppien hahmottamisen näkökulmasta luonut oman tasottelunsa, jonka abstraktiseen puoleen kuuluvat periaatteita jäsentävät teoriat (mallit) eli taustaolettamat. Kun lainsoveltaja kohtaa konkreettisen oikeusongelman, siirtyy hän *Tolosen* jäsennyksessä periaatetasolle, joka taas ohjaa sääntöjen soveltamista.[171]

Abstraktisen ja konkreettisen voi tätä myöten katsoa edellyttävän *MacCormickin* teoriassa toisiansa. Muutoin säännösten tulkinnassa ja oikeuslähteiden käytössä päädytään - jos ei suorastaan virheellisiin - niin ainakin pinnallisiin johtopäätöksiin. Toiminnallisen tason merkitys on kuitenkin aina oikeuskulttuurisidonnainen ja ratkaisuargumentaation hyväksyttävyys on sidoksissa aikaan ja paikkaan. Oikeudellisten toimijoiden roolit, oikeudelliset informaatiolähteet sekä keskinäinen painotus ja niiden lukemisen tavat ovat siten kullekin oikeuskulttuurille ominaiset. Oikeustapaukset ja niiden perustelut tulisi lukea oikeuskulttuurin ominaispiirteiden valossa: jokaisessa oikeusjärjestelmässä on oikeuslähteiden käytölle omat vakiintuneet sääntön-

[168] Huomaa, kuinka *MacCormickin* tarkoittamat väliintulevatkin tekijät saadaan sovitettua *Tolosen* teoriaan ilman, että mitään sen osista täytyisi väkisin vääntää epäluonnolliseen asentoon.

[169] Päämäärien valtakunta s. 117.

[170] Mitä oikeus on ? s. 119 ss. Koska esimerkiksi tapaoikeuden oikeudellinen asema oikeuslähteistössä ei ole aivan selvä, sen merkitystä lisäävät siihen viittaavat oikeustieteen ja oikeuskäytännön perustelut. *Tolonen* viittaa myös välimiesoikeuden päätöksiin, joiden teoreettinen velvoittavuus muiden lähteiden joukossa on mielenkiintoinen kysymys. Itse hän sijoittaisi ne tapaoikeuden ja oikeuskäytännön välimaastoon. Ks. tästä myös Oikeudelliset teoriat ja oikeustiede s. 14.

[171] Mitä oikeus on ? s. 121.

sä.[172]

On tärkeää vastata kysymykseen, kuka, miten ja millä perusteella asettaa lainsoveltamisen kannalta oikeudellisesti relevantin rajapyykit. Tätä kautta voi saada ymmärrystä siihen, miten oikeudellisilla perusteluilla kussakin yhteisössä rakennetaan oikeudellinen ratkaisu ja miten *MacCormickin* toisen asteen justifikaation elementit siinä toisiinsa kietoutuvat. *Aulis Aarnio* on verrannut oikeudellisen tulkinnan ja rationaalisen harkinnan periaatteita pelin sääntöihin ja oikeuslähteitä sen palasiin. Oikeudellisessa perustelussa on kuitenkin tavalliseen palapeliin verrattuna tärkeä ero, koska edellä mainitussa rakennettava kuva ei ole tiedossa etukäteen vaan se muodostuu pelin kuluessa. *Aarnion* mielestä tämä tekee oikeudellisen tulkinnan ja ratkaisutoiminnan vaikeaksi.[173] Voisiko sitä enää sattuvammin sanoa ?

2.6.3. Oikeusvertailun kannalta

Vaikka *MacCormick* ei ole tutkimuksissaan keskittynyt aineellisiin oikeussäännöksiin kohdistuviin oikeusvertaileviin tutkimuksiin, on hän kuitenkin omalta osaltaan vaikuttanut sitä koskevan teorian kehittymismahdollisuuksiin.[174] Hänen teoriansa näet kertoo, mitkä oikeuskulttuurin tasoiset tekijät kohdemaan oikeuden tutkimisessa on otettava huomioon. Oikeusinstituutiot ovat *Wolfgang Mincken* luonnehdinnan mukaisesti erisnimen kaltaisia, joka tarkoittaa, että niille merkityssisällön antava säännöskompleksi on eri oikeusjärjestelmissä erilainen. Tällöin oikeusvertailu ei voi edetä pelkästään oikeusinstituutioiden terminologisella - eli niiden nimien - tasolla.[175] On myös ilmeistä, että oikeusinstituutioista osa on liian yleisellä tasolla, jotta ne voisi

---

[172] Oikeuslähteistön käytön kannalta yksi merkityksellisimmistä tekijöistä on tapauksen kiperyyden aste. Tällä perusteella *Laakso*, Lain esityöt oikeuslähteenä s. 113 ss., on jakanut tuomioistuimen perusteluissaan käyttämät argumentointitavat systeemiperusteiseen (kun säädösteksti sisältönsä vuoksi on yksiselitteinen, ns. rutiinitapaukset), hermeneuttiseen (kun auktoritatiivinen oikeuslähteistö on tulkinnanvarainen) ja tooppiseen (kiperät tilanteet, joissa oikeuslähteet eivät ratkaisua määrää tai ovat ristiriidassa keskenään, jolloin oikeudellisen ongelman ratkaisemisessa siirrytään tekstikeskeisyydestä ongelmakeskeisyyteen).

[173] *Aarnio* on käyttänyt palapeli-metaforaansa useassa yhteydessä. Ks. esimerkiksi Laintulkinnan teoria s. 264 sekä s. 283-287.

[174] Ks. esimerkiksi LRT s. 194, jossa hän on tunnustanut oikeusvertailevien argumenttien paikan juridisessa argumentoinnissa.

[175] Eine vergleichende Rechtswissenschaft s. 316.

suoraan valita vertailumittarin asemaan.[176]

MacCormick on huomannut, että kansainvälinen vuorovaikutus on lisääntynyt myös oikeustieteessä. Oikeusvertailevien tutkimusten lisääntyminen ei saa kuitenkaan johtaa ajattelemaan, että oikeusjärjestelmän sisäisellä teorialla ja systeeminrakentamisella olisi pienempi arvo nyt, kun yhä useammin tietyn oikeudenalan juristit tarkastelevat omaa oikeuden viipalettaan vieraista oikeussysteemeistä olevien juristien kanssa. Teoria voi - ja sen tuleekin - muuttua, mutta yhä se säilyttää kansallisen tärkeytensä.[177] Oikeusvertailevat argumentit olisikin ymmärrettävä seurausharkinnallisten argumenttien tapaan oikeusjärjestyksen pintatason ulkopuolisina elementteinä, jolloin oikeuden sisäiset systeemiset referenssit ja traditiot muokkaisivat oikeusvertailevan materiaalin kutakin oikeusyhteisön diskurssia parhaiten palveleviksi argumenteiksi.

Se, että hyväksytään argumentaatioteoreetikkojen ajatus, jonka mukaan lainsoveltamisella ei tule tavoitella yhden ainoan ratkaisun illuusiota, vaan oikeusyhteisössä hyvin ja hyväksyttävästi perusteltua päätöstä, vain vahventaa oikeusvertailevien huomioiden asemaa myös kansallisen oikeuden tasolla. Jos hyväksyttäisiin idea oikeudesta suljettuna systeeminä, mitä virkaa oikeusvertailevalle informaatiolle voisikaan antaa ? Toisaalta voi myös todeta, että oikeusvertailevien tutkimusten relevanssin hahmottaminen on helpompaa juuri sen vuoksi, että nykyisin ollaan luovuttu puhtaan analyyttisesta metodista ja ollaan valmiita tunnustamaan oikeuden ja moraalin välinen yhteys.[178]

MacCormick tekee oikeusvertailevasta näkökulmasta mielekkään liittämällä oikeuteen hermeneuttisen idealismin, mikä tarkoittaa, että oikeusjärjestelmän ymmärtämiseksi riittää pitäytyminen toimijoiden perspektiiviin.[179] Oikeusvertailijan ei siten tarvitse hyväksyä tutkimassaan vieraassa oikeusjärjestelmässä vaikuttavia arvoja ja arvostuksia. Hänen tulisi silti

---

[176] Tällöin oikeusvertailulla pyritään ymmärtämään tutkimuksen kohdemaiden oikeusinstituutioita (eli oikeusinstituutiot kuuluvat tällöin oikeusvertailun loppupäähän, johtopäätösten tekemisen hetkeen).

[177] Ks. esimerkiksi Four Quadrants of Jurisprudence s. 56.

[178] *Paaston*, Omistuskäsitteistön rakenteesta s. 12, mukaan analyyttisyys tarkoittaa käsitteistön rakentamista puhtaan juridisesti ilman, että se kuvaisi niitä oikeudellisia asemia, joihin sekoittuu yhteiskunnallisia ja taloudellisia intressipunnintoja tms. vierasta ainesta.

[179] Alun pitäen *Hart*, The Concept of Law s. 83, erotti sisäisen ja ulkoisen näkökulman normatiivisten järjestelmien tarkastelussa. Ilman sisäistä näkökulmaa ei ollut mahdollista erottaa oikeussääntöön perustuvaa toimintaa sellaisesta yhteiskunnallisesta tavasta, jota noudatettiin ilman oikeudellista sanktiouhkaa sen noudattamatta jättämisestä.

päästä perille siinä vaikuttavista intentionaalisista tekijöistä eli siitä, miten oikeusnormit ja oikeudelliset instituutiot ontologisesti ja epistemologisesti ymmärretään.[180] "Kun omaksumme tämän (hermeneuttisen - lisäys TM) metodin tunnustamme tiiviin liitynnän sekä niiden sääntöjen välillä, joita ihmiset yhteisöllisinä ryhminä seuraavat, että niiden asenteiden välillä, joita heillä on sellaisten arvojen pohjalta, joihin he toiminnassaan kiinnittyvät. Mutta meidän itsemme ei tarvitse sisäistää samoja arvoja."[181] Hermeneuttinen näkökulma jakaa toisin sanoen sisäisen näkökulman kanssa ns. reflektoivan asenteen, jolloin yhteisön jäsenten tekoja arvioidaan sääntöjen asettamaa käyttäytymismallia vasten. Tällöin mahdollistuu se, että vaikka jokaisen oikeusjärjestelmän taustalla vaikuttaakin jokaiselle oikeusyhteisölle ominainen aksiologinen järjestelmä, ei se poista oikeusjärjestysten väliltä niiden vertailtavuutta.[182] *MacCormick* käyttää tästä nimitystä kognitiivinen asenne - volitiivinen asenne sen vastakohtana tarkoittaa osallistujan näkökulmaa, suhtautumista johonkin käyttäytymismalliin.[183] Oikeusvertailijan olisikin nähtävä eri maiden lait sellaisina kuin ne ovat, eikä niiden tarkastelussa tule yrittää selvittää eri oikeusjärjestelmissä vaikuttavia universaaleja moraaliperiaatteita. Mitkä lait ovat voimassa ja minkä tulisi olla voimassa ovat eri kertaluokan kysymyksiä ja ne tulisi myös selkeästi toisistaan erottaa. Hermeneuttinen näkökulma mahdollistaa kuitenkin sellaisen vieraisiin arvoihin sitoutumattoman ja siten neutraalin näkökulman, josta lähtien omaa oikeusjärjestelmää voi tarkastella kriittisesti.[184]

[180] Vrt. *Dworkin*, Law´s Empire s. 55, jonka ajatuksista seuraa päätelmä, että hän on epäillyt oikeusvertailun onnistumismahdollisuuksia. *Dworkin* on näet edellyttänyt, että oikeudellinen tulkitsija on sitoutunut yhteisön poliittiseen moraaliin - tulkintatoiminta kiteytyy yhteisöön, sen jäsenyyteen ja siihen kiinni kasvamiseen. Ks. tämän partikularistisen teorian kritiikistä esimerkiksi *Kress-Anderson*, Dworkin in Transition s. 348 (Am. J. Comp. L Vol. 37 s. 337-351): "comparative studies have much to offer general jurisprudence, since they provide evidence that may tend to confirm or disconfirm particular theories..No doubt those who are more optimistic about the prospects for comparative studies and intercultural understanding will find these pessimistic consequences of constructive interpretation to be, rather, an inherent limitation of Dworkin´s method." Ks. myös *Marmor*, Interpretation and Legal Theory s. 57.

[181] Law, Morality and Positivism s. 139, jossa *MacCormick* toteaa, että edellytyksenä oikeussääntöjen ymmärtämiselle oikeusjärjestyksessä on aina, että tutkija tietää, mitä on olla oikeudellisten säännösten velvoittama.

[182] Ks. myös *Klami*, Comparative Law and Legal Concepts s. 137.

[183] Ks. Law, Morality and Positivism s. 139.

[184] Law, Morality and Positivism s. 142. Kriittisyys mahdollistaa oman oikeusjärjestelmän muutoksen, yhteiskunnallisten olosuhteiden vaatiman dynaamisuuden. Suljettu järjestelmä on aina myös staattinen järjestelmä. Ks. myös *Bankowski*, On Method and Methodology s. 23 (teoksessa Interpreting Statutes. Toim. MacCormick, N.-Summers, R. Aldershot 1991 s. 9-28).

Oikeusvertailun mahdollisuuksista puhuttaessa voitaisiinkin tehdä ero vieraan oikeuden tutkimisen ja sen soveltamisen välillä oikeusvertailun kohdemaassa. Siinä väitteessä, että oikeusvertailijan mahdollisuuksien rajat tulevat vastaan vieraan oikeuden uusintamisessa, lienee mukana totuuden siemen.

2.7. Johtopäätökset

"Suurin osa informaatiosta on kätketty lauseen näkyvän pinnan alle."[185]

Oikeudellinen totuus ei ole yksiselitteinen asia. Tämä on oikeuteen kuuluva tosiseikka, joka aktualisoituu oikeusjärjestelmän sisäisesti; juristit erikoistuvat yhä kapeammille lohkoille ja muodostavat tätä kautta eri kommunikaatioryhmiä oikeuden sisälle. Toisaalta pluralismi tuo järjestelmään sitä fragmentoivia perspektiivejä, alati sääntömateriaalia eri muotoon muokkaavia teorioita. Kuitenkaan kukaan ei ole ole kyseenalaistamassa kansallista oikeutta tiedon epävarmuuden vuoksi. Syynä on se, että kansallinen oikeus koetaan välttämättömäksi, sitä tarvitaan. Ja niin tarvitaan oikeusvertailuakin.

Oikeusvertailua koskevan keskustelun painopiste tulisi muuttaa siihen, mitä vieraasta oikeusjärjestelmästä tulisi tietää sääntöjen lisäksi, jotta harhaanjohtavien johtopäätösten ala kaventuisi mahdollisimman paljon. Tämän perustana on oletus, että oikeudellisia säännöksiä ei kertakaikkiaan ole mahdollista ymmärtää tai soveltaa ilman, että ne saavat merkityksen oikeuskulttuurin tasoisista tekijöistä. Se, että valitsin esimerkkimaakseni Englannin, ei tarkoita vastakohtaispäätelmää, että oikeusjärjestelmää koskevien ennakkotietojen merkitys olisi vähäinen esimerkiksi kahden mannereurooppalaisen oikeuskulttuurin ollessa oikeusvertailun kohdemaina. Vaikka common law -oikeuden jaottelut ja käsitteet sekä oikeudellisten toimijoiden sanasto ylipäätään ovat hyvin erilaisia verrattuna romaanis-germaaniselle pohjalle rakentuneisiin oikeusjärjestelmiin, on huomattava, ettei mitään vierasta oikeusjärjestelmää ole mahdollista tarkastella oikeusjärjestyksen tasolla pysytellen ja niin, että oikeudellisen ongelman paikka vieraassa systeemissä ja sitä koskeva normatiivinen regulaatio todettaisiin oman oikeusjärjestyksen oikeudellisten instituutioiden ja tradition muovaamien systeemirakenteiden pohjalta.[186] Oikeuskulttuurisista elementeistä löytyy vastaus siihen, mitä

[185] *Mincke*, On Information and Interpretation s. 10.

[186] *Tuori*, Oikeustieteen ajattomuus s. 400 ss., toteaa, että oikeusjärjestysten normatiivinen pintataso seuraa kansallisvaltioiden rajoja, mutta että oikeuskulttuuria voimme eritellä avarammin maantieteellisin kategorioin ja puhua esimerkiksi anglosaksisesta oikeuskulttuurista. Modernissa yhteiskunnassa kulttuurien erilaisuutta tuskin kukaan enää kuitenkaan kiistää: "Moderni historiallinen tietoisuus myöntää myös kulttuurien, mukaan luettuna oikeuskulttuurien historiallisen muuttuvuuden."

sääntöjen ympärillä on, millä tavalla ne ilmentyvät ja kuka niiden sisällöstä on oikeutettu päättämään. Ilman tätä ennakkotietoa ei oikeudellista informaatiota saada käännettyä tiedoksi eivätkä säännökset muutu normeiksi.

Miten sitten oikeuskirjallisuudessa on kommentoitu esitiedon merkitystä oikeusvertailevien tutkimusten onnistumisen kannalta. Kotimaisesta keskustelusta otettakoon esimerkiksi *Hannu Tapani Klami*, jonka mielestä oikeusjärjestelmään kuuluvien rakenteiden tunteminen on tärkeää, koska ne vaikuttavat myös säännösten soveltamiseen ja niin ollen oikeudellisiin toimintoihin.[187] *Zweigertin* ja *Kötzin* perusteoksessa todetaan, että oikeusvertailu on mahdollista jakaa makro- ja mikrotasoihin, joista viimeksi mainittu keskittyy kohdemaiden yksittäisiin instituutioihin ja edellä mainittu niiden oikeussysteemisiin rakenteisiin. Näiden kahden välistä rajaa pidetään tosin epätarkkana ja kirjoittajien mielestä oikeusvertailevissa tutkimuksissa on yleensä ainakin jossain mitassa yhdistettävä nämä molemmat tasot.[188] *Michael Bogdan* on puolestaan todennut, että oikeusvertailun onnistumista uhkaavista tekijöistä pahin on tutkimusta tekevän henkilön oma subjektiivinen näkökulma, joka on välttämätöntä seurausta hänen kansallisesta koulutuksestaan ja omassa oikeusyhteisössä hankkimastaan kokemuksesta. Tämän vuoksi *Bogdan* on todennut, että juristin koulutuksen saanut henkilö sortuu maallikkoa herkemmin tekemään vierasta oikeutta koskevia virheellisiä johtopäätöksiä. Tämän vuoksi hän korostaa, että vieraasta oikeusjärjestelmästä on oltava riittävä esitieto ennenkuin ryhdytään tutkimaan sen yksittäisiä oikeusinstituutioita ja sitä määrittäviä säännöksiä.[189]

Oikeusvertailun alueella suurimpana puutteena tuntuu kuitenkin olevan, että sellaiset teokset, joissa tämä vierasta oikeusjärjestelmää koskeva esitieto on yhdistetty käytännölliseen tutkimukseen, tuntuvat olevan vähemmistönä alan oikeuskirjallisuudessa.[190] Oikeusvertailevat tutkimukset ovatkin siten jaettavissa karkeasti joko vertailussa oikeuden pinta(teksti)tasolla pysyviin tai sitten oikeuden rakennetasolla pysyviin tutkimuksiin. Hedelmällisintä olisi,

---

[187] Comparative Law and Legal Concepts s. 118 sekä s. 96, jossa kirjoittaja käyttää termiä "vorverständnis" merkitsemään oikeusvertailevissa tutkimuksissa tarpeellista esitietoa vieraan oikeusjärjestelmän rakenteista.

[188] An Introduction to Comparative Law s. 5: "In many respects, therefore, microcomparison only makes sense if one takes due account of the general institutional context in which the rules of the foreign systems under comparison are developed and applied."

[189] Jämförande Juridik- vad, varför, hur ? s. 5.

[190] Poikkeksena mainittakoon esimerkiksi *Atiyah-Summers*, The Form and Substance in Anglo-American Law. Teoksen teoreettisia väitteitä on pyritty konkretisoimaan Yhdysvaltain ja Englannin oikeudesta otetuilla havainnoilla.

jos nuo tasot saisi myös oikeusvertailevissa tutkimuksissa kohtaamaan. En yhdykään *Basil S. Markesiniksen* ajatuksiin siitä, että oikeusvertailun opetuksessa tulisi käyttää ponnahduslautana oikeustapauksia, joiden avulla sitten edettäisiin kunkin oikeusinstituution paikkaan kohdemaan oikeusjärjestelmässä. Onhan oikeusjärjestelmän yleisten rakenteiden tunteminen jo siksikin tärkeää, että osaa hakea esiin tutkimuksen kannalta oleellisen oikeuskäytännön.[191] *Markesinis* on oikeassa siinä, että oikeusvertailu olisi konkretisoitava elävän elämän tapauksilla, mutta tämän toiminnallisen tarkastelun olisi mielestäni oltava sekundäärinen suhteessa oikeusjärjestelmän rakenteiden tutkimiseen.

William Ewald on aiheellisesti ehdottanut, että käsite "comparative law" olisi vanhanaikaisena korvattava termillä "comparative jurisprudence", koska se antaa totuudenmukaisemman kuvan siitä, mistä todellisessa vertailevassa oikeustieteessä tulisi olla kyse. Oikeusvertailijoiden tulisi pyrkiä ymmärtämään vieraan oikeuskulttuurin ajatustapoja, ideoita, teorioita ja niihin liittyviä juridisen argumentaation ja päätösperustelun malleja. *Ewaldin* ajatuksissa houkutteleva elementti on se, että hän kulkee keskitietä *Alan Watsonin* tekstisidonnaisen ja *Pierre Legrandin* sekä *Vivian Curranin* kontekstisidonnaisten oikeusvertailevien näkemysten välimaastossa. Hän huomauttaa, että *Watsonin* näkemys on liian suppea. Liian laajana hän taas näkee edellytyksen siitä, että oikeusvertailijoiden olisi aina tutustuttava kohdemaan oikeuden ulkopuolisiin sosiologisiin, taloudellisiin, antropologisiin yms. tekijöihin oikeasuhtaisten johtopäätösten saavuttamiseksi. *Ewaldin* mielestä oleellista on oikeudellisen materiaalin tutkiminen oikeuskulttuurin sisältä päin, eikä tämä hänen mukaansa edellytä kaikkien yhteiskunnallisten kontekstien huomioimista; ne huomioidaan vain niin laajalti kuin ne ovat suodattuneet oikeudellisiin käsityksiin.[192]

Yhtenä vakavimmista ongelmista oikeusvertailussa on ollut positivistinen lähtökohta, jonka vuoksi on unohdettu periaatteiden fundamentaalinen merkitys. Periaatteet vaikuttavat suoraan siihen, mikä on voimassa olevan ja so-

[191] Ks. Comparative Law in Search of an Audience s. 2. Ks. oikeuskäytäntöön nojaavasta vertailevasta tutkimuksesta *Markesinis-Lorenz-Dannemann*, The Law of Contracts and Restitution: A Comparative Introduction (Oxford 1997).

[192] Comparative Jurisprudence I s. 2141. *Ewaldin* mielestä "comparative jurisprudence" laajentaa oikeusvertailun mahdollisuuksia ohi sen, mitä kahtiajako "law in books" ja "law in action" mahdollistaa. Hän tavoittelee oikeusvertailulle kolmatta muotoa, nimittäin "law in minds". Näitä ajatuksiaan *Ewald* kiteyttää myös artikkelissaan The Jurisprudential Approach to Comparative Law: A Field Guide to Rats (Am. J. Comp. L. Vol. 46 (1998) s. 701-707).

vellettavaksi tulevan oikeuden sisältö (jolloin ne voivat toimia ratkaisunormeina). Toisaalta niiden voidaan ajatella myös liikennemerkkien tavoin ohjaavan juristin kulkua oikeusjärjestyksessä (ja -järjestelmässä). *Ewald* onkin aiheellisesti huomauttanut, että säännöt eivät yksinänsä tee vieraasta oikeusjärjestyksestä "vierasta".[193] On kummallista, että samalla kun arvosuuntautuneet teoriat oikeudesta ovat lisääntyneet, oikeusvertailijat eivät tunnu pitävän tätä kehitystä tutkimustuloksiinsa vaikuttavana tekijänä. Käsittääkseni oikeuden ontologiaa koskevat näkemysmuutokset ilmenevät kuitenkin myös lain tulkintaa ja ratkaisuargumentaatiota koskevissa epistemologisissa käsityksissä.

Vaikuttaa joka tapauksessa vahvistetulta väitteeltä, että oikeusvertailijan tärkein apuväline on tutkittavan kohdemaan oikeudellinen kirjallisuus tai yleisemmin sanottuna lähde, josta selviää, miten oikeus ymmärretään ja miten sitä tulkitaan. Esitiedon tarve oikeusvertailussa tarkoittaa sitä, että tutkija ei voi suoraan kiinnittyä primäärilähteisiin (kuten tutkimuskohteena oleviin lainsäännöksiin) kuten kansallista oikeutta tutkittaessa. *Heikki Mattila* on todennut, että "Järkevä oikeusvertailija aloittaakin vieraaseen järjestelmään perehtymisen sekundaarilähteistä, ts. oikeustieteellisistä oppi- ja käsikirjoista. Oikeustieteen kieli on näet kaikkialla ulkomaalaisen kannalta helppotajuisempaa kuin tuomarien, hallintoviranomaisten, asianajajien ja notaarien kieli. Oikeustieteen tutkijat ja opettajat välttävät arkaismeja, ja jos sellaisia pidetään tarpeellisina, ne selitetään usein yleiskielellä." [194]

Työni loppuosassa pyrin itse konkreettisesti osoittamaan, miten paljon Englannin jäämistöoikeudessa on sellaista oikeuskulttuurin tasoista ainesta, jonka tuntemus on tarpeen, jotta englantilaiset oikeudelliset informaatiolähteet voisi hakea, lukea ja ymmärtää oikealla tavalla. Oikeusvertailun johdantoteosten lisäksi se on vaatinut sellaisten teosten lukemista, joissa Englannin oikeusjärjestelmää ja vertailun kohteena olevaa oikeudenalaa (jäämistöoikeutta) on tarkasteltu "sisältäpäin".

---

[193] Comparative Jurisprudence I s. 2141.

[194] Oikeusvertailun lingvistiset hankaluudet s. 116.

IV. ESIMERKKI OIKEUSVERTAILUSTA: ENGLANNIN OIKEUSJÄRJESTELMÄ

1. Englannin oikeuden historia

1.1. Aluksi

> "Vasta normeja valottava yhteiskunnallinen reaalitieto ja normien historia yhdessä antavat täyteläisen kuvan oikeudesta."[1]

Edellytys oikeusjärjestelmän historian tuntemisesta ei koske yksin Englannin oikeutta, vaikka kaikista oikeuskulttuureista juuri se sitookin ainutkertaisella tavalla yhteen menneisyyden ja nykyisyyden.[2] Vasta sen jälkeen, kun on selvittänyt Englannin oikeuteen syntyneen oikeuslähdeopillisen kolmijaon, roomalaisoikeudellisen reseption puuttumisen, systeemin läpileikkaavan formalistisuuden sekä juristiprofession erityislaatuisen aseman, voi ymmärtää lain tulkintaan tänä päivänä välttämättä liittyvät ontologiset,

---

[1] *Brusiin*, Tuomarin harkinta normin puuttuessa s. 201.

[2] Vrt. *David*, Nykyajan suuret oikeusjärjestelmät II s. 4, joka toteaa, että Englannin oikeusjärjestelmän historiallisen kehityksen tunteminen on välttämätöntä. Toisiin järjestelmiin verrattuna kyse on kuitenkin pitkälti painotuseroista; näin esimerkiksi Englannin (joka korostaa oikeusjärjestelmän perinteitä) ja Ranskan (joka painottaa lakiensa rationaalisuutta ja loogisuutta) oikeusjärjestelmiä verratessa. Tosiasiassa näet historiallisen ja rationaalisen aineksen osuus ei niissä ole *Davidin* mielestä kovinkaan erilainen. Molemmat maat ovat joutuneet mukautumaan moniin muutoksiin ja vastaamaan uusiin yhteiskunnallisiin tarpeisiin, jotka loppujen lopuksi ovat olleet hyvin samankaltaisia.

epistemologiset ja metodologiset lähtökohdat. Sanonta laki on niin kuin se luetaan, johtaa Englannin oikeuden kohdalta kysymään ensin, mihin oikeuslähteeseen termillä laki viitataan. Sen perusteella näet määräytyy myös, miten se luetaan.

Otan tässä osassa esiin oikeushistoriallista tietoa siltä osin, kuin se hyödyntää oikeusvertailevassa osassa edellytetyn esitiedon saavuttamista. Oikeushistoria on tässä tutkimuksessa keino ymmärtää oikeustoimijoiden keskinäisiä suhteita ja oikeusjärjestelmän rakenteita - sellaisina, kuin esiintyvät nykypäivänä. Tämä tavoite on ohjannut aiheenvalintaa ja tutkimuksen perusteellisuutta; viimeksi mainittuun liittyen myös lähdesyvyyttä.[3]

1.2. Normannivalloituksen perintö

Englannin oikeuden kehittyminen on ollut katkeamatonta aina vuoden 1066 normannivalloituksesta lähtien. Normannivalloituksen myötä heimovallan aika päättyi ja maahan syntyi voimakas keskusvalta. Samalla sinne kehittyi feodaalijärjestelmä, joka erosi huomattavassa määrin Ranskan, Saksan ja Italian läänityslaitoksista. Englannissa normandialaiset aatelismiehet joutuivat asettumaan valloitettuun maahan, jonka kieli ja kansan tavat olivat vieraat. Heidän oli tässä tilanteessa pakko tukeutua hallitsijaansa läänitetyn maaomaisuuden turvaamiseksi. Kuningas ei puolestaan uskaltanut antaa kenellekään aatelismiehelle liian suurta läänitystä, jottei kukaan olisi päässyt kilpailemaan hänen valta-asemansa kanssa. Alilääninityksetkin oli tyystin kielletty 1200-luvun lopulta lähtien.[4]

Valloitusta välittömästi seuranneina vuosina sovellettavana oikeutena olivat pääsääntöisesti paikalliset lait ja suullisesti välitetyt tapaoikeudelliset säännökset, mitkä vielä vaihtelivat maan eri osissa - aivan kuten mannereurooppalaisissakin järjestelmissä.[5] Kuningas puuttui lainkäyttöön alunpitäen vain poikkeuksellisissa tilanteissa.[6] Curia Regis, jonka istuntojen aikana kuningas tuomionsa antoi, koostui hänen lähimmistä neuvonantajistaan, jotka seurasivat kuningasta tämän tekemillä matkoilla.[7] Aikaa myöten

[3]Lähdesyvyys on historiallisessa katsannossani siten välttämättä pinnallisempi kuin mitä vaadittaisiin puhtaasti oikeushistoriaan keskittyneeltä tutkimukselta.

[4]*David*, Nykyajan suuret oikeusjärjestelmät II s. 7.

[5]*Goodrich*, Reading Law s. 128. Myös *Baker*, An Introduction to English Legal History s. 15, jossa lisää vanhan anglosaksisen oikeudenhoitojärjestelmän partikularistisuudesta.

[6]Jos esimerkiksi valtakunnan rauha oli uhattuna.

[7]Curia regis tarkoittaa kuninkaan neuvostoa. Siinä toimineet kuninkaan neuvonantajat eivät olleet saaneet juridista koulutusta, vaan olivat ammentaneet kokemusta käytännön

kuninkaan tuomioistuimen sijainti vakiinnutettiin Westminsteriin ja se jaettiin kolmeen osastoon käsittelemiensä tapausten laadun mukaan. Osastojen nimiksi vakiintuivat Court of Exhequer, Court of King´s Bench ja Court of Common Pleas.[8] Aluksi ne toimivat erikoistuomioistuimina niin, että kukin niistä keskittyi omalle saralleen hoitamaan kuninkaallista varainhoitoa, ratkaisemaan maaomaisuuden ja kiinteistön hallintaa koskevia riitoja tai tuomitsemaan rikoksentekijöitä. Myöhemmin osastojen keskinäisestä toimivallan jaosta luovuttiin.[9]

Kuninkaallisissa tuomioistuimissa oikeusprosessit käytiin aina kuninkaan nimissä, ja yksityistenkin henkilöiden keskinäiset riidat ymmärrettiin kiistana kuninkaan ja yhteistoimintaan kykenemättömien henkilöiden välillä. Oikeusjutut olivat siten julkisoikeudellisia asian laadusta ja asiaosaisista riippumatta.[10] Kuninkaalliset tuomioistuimet tulivat tavallisen kansan keskuudessa suosituiksi, koska niitä pidettiin moderneina ja tehokkaina. Vähitellen vanhat anglosaksisia sääntöjä soveltaneet oikeusistuimet alkoivat menettää asemiaan.[11] Kuninkaalliset tuomioistuimet olivat itsekin innokkaita laajentamaan toimivaltaansa, koska esimerkiksi rikosoikeudellisissa riidoissa langetetuilla sakkorangaistuksilla ja konfiskointitoimilla oli mahdollista kasvattaa kruunun tuloja.[12]

---

työstä. Vasta aikaa myöten tuomioistuinten keskittäminen johti ammattimaisen, juridisen koulutuksen saaneen juristikunnan syntymiseen. Ks. lisää *Baker*, An Introduction to English Legal History s. 20 ss sekä *van Caenegem*, An Historical Introduction to Private Law s. 102.

[8]Koska hallitsijoista erityisesti Henrik II:lla oli merkittävä vaikutus tuomioistuinten rakenteellisessa keskittämisessä, on häntä nimitetty joskus jopa common law -järjestelmän isäksi. Hänen hallintokautensa kesti vuodesta 1154 vuoteen 1189. Ks. *Abraham*, The Judicial Process s. 9 ja *van Caenegem*, An Historical Introduction to Private Law s. 35. Huomaa, että Court of King´s Benchin nimessä kuningas vaihtuu kuningattareksi sen mukaa, kuka maata hallitsee.

[9]*David*, Nykyajan suuret oikeusjärjestelmät II s. 9 ss. Tämä toimivaltojen yhteensulautuminen oli kuitenkin pitkä prosessi ja lopullisesti se tapahtui oikeastaan vasta vuonna 1873. Tuolloin Queen´s Benchin asema säilytettiin. Court of Exhequer ja Court of Common Pleas lakkasivat toimimasta vuonna 1880. Tästä myös *Petersen*, Englannin oikeuslaitos s. 60.

[10]Tästä periytyy se, että miksi yhä edelleen mannereurooppalaisissa oikeussysteemeissä tehty jako julkis- ja yksityisoikeuteen on Englannissa vähämerkityksinen. Englannissa ei tehdä myöskään jakoa tavallisten ja hallintotuomioistuinten välillä. Angloamerikkalaisessa oikeuspiirissä tunnetaan käsite Rule of Law, joka tarkoittaa kansalaisten tasaveroisuutta viranomaisten mielivaltaa vastaan. Jos kansalainen on kohdannut "hallinnollista" vääryyttä, hän voi nostaa viranomaista vastaan kanteen tavallisessa tuomioistuimessa.

[11]*Baker*, An Introduction to English Legal History s. 15, sanookin, että traditionaalisten tuomioistuinten oikeudenkäytön ennustaminen oli yhtä varmaa kuin lopputuloksen arvaaminen noppapelissä.

[12]*Zweigert-Kötz*, An Introduction to Comparative Law s. 190.

Curia Regikselle kuului alunpitäen toimeenpano- ja tuomiovallan lisäksi myös lainsäädäntövalta, koska nykyisten valtiopäivien kaltaisena laitoksena parlamentti esiintyi vasta 1200-luvun lopulla eli noin sata vuotta kuninkaallisten tuomioistuinten syntymän jälkeen. Parlamentin katsotaan kokoontuneen ensimmäisen kerran vuonna 1295, vaikkakin 50 vuotta aiemmin pidetyssä kokouksessa aatelis- ja pappissääty jo kokoontuivat yhteen "in parliament". Parlamentin lainsäädäntötoiminta jäi kuitenkin sen olemassaolon alkuaikoina vähäiseksi. Lainsäädäntövallan lisäksi se sai oikeuden toimia muutoksenhakuasteena, kun kuninkaalliset tuomioistuimet tunnustivat sen ylimmäksi oikeusasteeksi, jollaisena parlamentin ylähuone (House of Lords) vieläkin toimii.[13]

Samaan aikaan, kun kuninkaallisten tuomioistuinten suosio oikeusriitojen ratkaisijana kasvoi, alkoivat myös niiden soveltamat oikeusohjeet vakiintua. Vahva hallitsija ja keskitetty hallintokoneisto tarjosivat syntyedellytykset yhtenäiselle ja tiiviissä keskinäisessä vuorovaikutuksessa toimivalle juristikunnalle.[14] Ensi alkuun tuomarit tekivät Lontoosta käsin "lainkäyttömatkoja" pienemmille paikkakunnille. Tällöin he sovelsivat paikallisia tapaoikeussääntöjä. 1200-luvulle tultaessa tuomarikunnan yhteiset keskustelut, joita he kävivät matkojensa välissä Westminsterissä, johtivat näiden "lainkäyttömatkoilla" sovellettujen sääntöjen yhtenäistymiseen ja vakiintumiseen - syntyi nykyisen common law -oikeusjärjestelmän perusteet, ja yksi Euroopan vanhimmista kansallisista oikeusjärjestelmistä. Termin "common law" alkuperä on kanonisessa oikeudessa ja maallista oikeutta koskevana se otettiin käyttöön *Edward I*:n hallintokaudella eli vuosien 1272-1307 välisenä aikana. Se tarkoittaa yleistä paikallisen vastakohtana, ts. yhteistä oikeusjärjestelmää koko valtakunnalle. Käsitteellä erotettiin samalla tuomioistuinten kehittämä kirjoittamaton common law -oikeus parlamentin ja hallitsijan antamista säännöksistä.[15]

Common Law -järjestelmä korosti heti alusta pitäen menettelytapoja ratkaisujen aineellisen oikeellisuuden kustannuksella, joten se muuttui proseduraaliseksi luonteeltaan. Kehitettiin vakiomuotoiset kannekaavat (writs), joka tarkoitti, että oikeusturvaa hakevan oli valittava sopiva kaava ja sen jälkeen vain täytettävä osapuolten nimet siihen. Jos tapauksen tosiseikkoihin sopivaa kannekaavaa ei ollut olemassa, ei prosessia myöskään saanut tuo-

[13] *Petersen*, Englannin oikeuslaitos s. 9 ss.

[14] *Letto-Vanamo*, Oikeuden Eurooppa. Luentoja oikeushistoriasta s. 45. Myös *van Caenegem*, An Historical Introduction to Private Law s. 100 ss.

[15] *Abraham*, The Judicial Process s. 8. Common law´sta on käytetty myös nimitystä Lex non scripta (kirjoittamaton oikeus, kirjoittamaton laki).

mioistuimessa vireille. Kannekaavan mukaan määräytyi myös tuomioistuimen noudattama menettely - todistelu- ja näyttökysymykset - ja siinä jopa määrättiin, mitä termiä kantajasta ja vastaajasta kussakin tapauksessa tuli käyttää. Jos näitä proseduraalisia määräyksiä sovelsi väärin, kanne ei menestynyt.[16] Keskeisimmän ongelman muodosti siten se, miten kuninkaallinen tuomioistuin saatiin ottamaan tietty asia tutkittavakseen ja miten äärimmäisiin muotoseikkoihin sidotun prosessin sai vietyä loppuun asti.[17] Lopullisesti kannekaavat poistettiin common law -oikeudesta vasta vuonna 1852. On sanottu, että poistamisestaan huolimatta niiden vaikutuksen voi edelleen havaita Englannin oikeuden käsitteistä ja oikeudenalajaotuksista.[18]

1.3. Kanslerioikeuden kehittyminen

> "he could petition the king to "do right for the love of God and by way of charity", the King being empowered to mold the law for the sake of "justice", to grant the relief prayed for as an act of grace, when the common law gave no remedy, or no adequate remedy."[19]

Lainkäytön muodollisuudesta aiheutunut kankeus johti siihen, että osapuolet alkoivat vedota suoraan hallitsijaan, jotta heidän kanteensa olisi ratkaistu "oikeuden ja kohtuuden" mukaan. Oikeusturvan hakijalla täytyi itsellään olla "puhtaat kädet", eli hänen täytyi olla asialla vilpittömin aikein. Kuninkaallisilla tuomioistuimilla ei lähtökohtaisesti ollut mitään käytäntöä vastaan. Tätä asennetta on selitetty sillä, että ne itsekin kehittyivät alkujaan

[16]*Joutsamo*, Ennakkopäätösten juridinen ja yhteiskunnallinen rooli Englannin oikeusjärjestelmässä s. 115, toteaa tiukan muotosidonnaisuuden johtaneen siihen, että oikeus yhtenäistyi, mutta myös jähmettyi. 1200-luvun puoliväliin asti hallitsija määräsi kannekaavoista, josta lähtien hänen neuvonantajiensa (ns. council) osallisuutta päätöksenteossa lisättiin. Kun uusien kannekaavojen myöntämistä rajoitettiin, johti se joko voimassa olevien kaavojen tulkitsemiseen alkuperäisen tarkoituksen vastaisesti tai sitten - ja useimmissa tapauksissa - siihen, että oikeusriita jätettiin kokonaan tutkittavaksi ottamatta. Ks. lisää *Abraham*, The Judicial Process s. 9.

[17]*David*, Nykyajan suuret oikeusjärjestelmät II s. 13.

[18]Kannekaavat poistanut laki on Common Law Procedure Act 1852. Ks. *Bogdan*, Comparative Law s. 107, joka huomauttaa, että Englannin oikeuden luokittelu on monimutkainen sen vuoksi, että sen pohjana ovat vanhat, kasuistiset kannekaavat:"The English classification of law is not logical or consistent, but rather splinters the legal system into a number of small divisions which partly overlap each other." Ks. myös *Baker*, An Introduction to English Legal History s. 66: "The classification of writs was therefore more than just a convenient arrangement for reference purposes; it was a classification of actions, and in course of time a map of the substantive outlines of the common law."

[19]*Abraham*, A Judicial Process s. 12 ss.

periaatteesta, jonka mukaan kuninkaan puoleen kääntyminen oli poikkeuksellisesti sallittua silloin, kun henkilö halusi saada oikeusriitansa oikeudenmukaisesti ratkaistua.[20]

Näiden vetoomusten käsittelemisessä kuningasta avustaneista henkilöistä tärkein oli lordikansleri (Lord Chancellor), jota tehtävänsä vuoksi alettiin kutsua nimellä "the keeper of King´s conscience".[21] Kun kuningas vähitellen luopui anomusten käsittelystä, delegoitiin ne suoraan kanslerin ratkaistaviksi. Lordikansleri tuli jonkinlaisen omantunnon oikeusinstanssin asemaan; hän pyrki ratkaisemaan oikeusriidat sen mukaan, mitä yksittäistapauksellisten olosuhteiden nojalla oli pidettävä kohtuullisena ja oikeudenmukaisena. Hallitsevaksi nousi siten tapausten aineellinen ratkaisu, ei enää prosessi.[22] 1300-luvulta 1500-luvun puoliväliin kestäneen ajanjakson kuluessa tämä ylimääräinen muutoksenhakukeino muuttui vähitellen itsenäisesti sovellettavaksi oikeussääntöjen kokoelmaksi.[23] Syntyi ns. equity-oikeus.[24]

Tudorien hallituskauteen ja *Henrik VIII*:een asti lordikanslerit olivat teologisen koulutuksen saaneita hengenmiehiä, ja tuomiovallankäyttö oli siksi organisoitu kanonisen mallin mukaan. Tuomarilla oli esimerkiksi aktiivinen rooli totuuden selvittämisessä. Roomalais-kanonisella oikeudella oli myös sisällöllistä vaikutusta ratkaisujen sisältöön, vaikka lopulta ei olekaan aivan varmaa, miltä pohjalta lordikanslerit yksittäiset tapaukset ratkaisivat - omantunnon tuomioistuimessahan on varsin subjektiivinen, ad hoc -kaiku ja lordikanslerien tiedetään perustelleen ratkaisujaan luonnonoikeudellisinkin argumentein.[25] Equity-oikeudet kehittivät myös itsenäisesti toimintaansa ohjanneita periaatteita, joista yksi tärkeimmistä oli, että "equity acts in personam". Tämä tarkoitti sitä, että kansleritуomioistuimissa jollekin henkilölle saatettiin asettaa henkilökohtainen toimintavastuu tai -velvoite. Tällaista oikeusseuraamusta ei tunnettu common law -tuomioistuimissa.[26]

---

[20]*David*, Nykyajan suuret oikeusjärjestelmät II s. 21.

[21]*MacLeod*, Legal Method s. 19.

[22]*Baker*, An Introduction to English Legal History s. 118, 122.

[23]*Joutsamo*, Ennakkopäätösten juridinen ja yhteiskunnallinen rooli Englannin oikeusjärjestelmässä s. 115.

[24]Equity jää tästä lähtien kääntämättä, koska ei ole olemassa käännöstermiä, joka toisi sen merkityksen oikealla tavalla esiin. Se ei tarkoita samaa kuin mitä mannereurooppalaisissa oikeusjärjestelmissä tarkoitetaan kohtuudella. Siksi esimerkiksi ranskalainen sana "équité" (kohtuus) käännetään Englannissa yleisimmin termillä "natural justice". Englantilaisessa oikeusjärjestelmässä "natural law" tarkoittaa luonnonoikeutta.

[25]*Letto-Vanamo*, Oikeuden Eurooppa. Luentoja oikeushistoriasta s. 49.

[26]Vaihtoehtoisia käännöstapoja ovat esimerkiksi kansliaoikeus tai lordikanslerin

1500-luvun alkupuoliskolta lähtien lordikanslerin virkaa hoitivat juridisen koulutuksen saaneet lakimiehet, mutta yhä edelleen sovellettujen säännösten esikuva oli roomalais-kanonisessa oikeudessa. Ne vastasivat yleensä common law´ta paremmin sen ajan ihmisten oikeustajua. Yksittäistapauksellisuus johti kuitenkin välttämättä ristiriitaan oikeudenmukaisuuden kenties vanhimman maksiimin - tasavertaisuuden - kanssa, ja siksi equity-oikeuskin vakautettiin. Siihen pakotti myös tehtyjen anomusten määrä - tuhannet vuosittaiset vetoomukset aiheuttivat väkisinkin rutiinin syntymisen. 1800-luvulla positivistiset kodifikaatiovaateet jähmettivät equityn lopullisesti formaaliksi järjestelmäksi - omantunnonoikeudet muuttuivat moraalisista tuomioistuimista juridisiksi.[27]

On ounasteltu, että koska kanslerioikeuksissa noudatettiin kirjallista menettelyä ja tutkintaperiaatetta, ja koska asiat käsiteltiin suljetuin ovin ja ilman valamiehistöä, saivat ne melko helposti hallitsijoiden tuen. Vallanhaluisille kuninkaillehan kanslerioikeuksien soveltamat roomalaisoikeudelliset säännökset edustivat oivaa tapaa pönkittää heillä entisestäänkin mahtavana säilynyttä itsevaltaa. Kanslerioikeudet käsittelivät näet vain kansalaisten keskinäisiä riitoja, eivätkä ne siten rajoittaneet kuninkaan toimintavapauksia.[28] Alkoikin näyttää siltä, että kanslerioikeuksien vaikutuksen vuoksi englantilainen oikeuskehitys oli pikku hiljaa luisumassa osaksi mannereurooppalaista traditiota. Vaikutti myös ilmeiseltä, että perinteiset kuninkaan tuomioistuimet tulisivat aikaa myöten kokonaan lainkäytöstä syrjäytetyiksi. Tätä ei kuitenkaan koskaan tapahtunut pääosin sen vuoksi, että parlamentti ryhtyi vastustamaan (common law -tuomioistuinten tuella) hallitsijan liian suureksi kasvanutta valtaa. Oikeudenkäyttö jakaantui lopulta kahtia sekä prosessuaalisesti että materiaalisesti. Equity- ja common law -järjestelmät olivat siten voimassa rinnakkain ja niiden keskinäinen valtatasapaino ratkaistiin vasta 1600-luvulla equityn hyväksi. Se tarkoitti, että common law´n ja equityn ristiriitatilanteissa tuli ensisijaisesti soveltaa kanslerioikeuksissa kehittynei-

---

tuomioistuin. Itse pitäydyn korpustekstissä käyttämässäni kanslerituomioistuimessa (tai kanslerioikeudessa).

[27] *Baker*, An Introduction to English Legal History s. 127 ss., *van Caenegem*, An Historical Introduction to Private Law s. 135 ja *Atiyah-Summers*, Form and Substance in Anglo-American Law s. 242. Lordikansleri on nykyisin Englannin korkea-arvoisin maallinen virkamies ja nimellisesti ylin tuomari. Hän on hallituksen (kabinetin) jäsen (hän astuu virkaansa ja eroaa siitä hallituksen mukana) ja ylähuoneen puhemies. Muiden tuomareiden ei katsota kuuluvan virkamieskuntaan.

[28] *David*, Nykyajan suuret oikeusjärjestelmät II s. 23.

tä oikeusohjeita.[29]

Kun 1600-luvulta 1800-luvulle common law -oikeuksien tuomarit havaitsivat, että kanslerioikeudet kehittivät ennakkotapauksiin nojautuvaa juridista sääntökokoelmaansa maltillisesti ja common law´n olemassaoloa kunnioittaen, hyväksyivät he sen olemassaolon. Tämän "kaksoisjärjestelmän" prosessuaalinen erillisyys poistettiin parlamenttilaeilla (Judicature Acts) vuosina 1873-1875. Sen jälkeen yksi ja sama tuomioistuin saattoi soveltaa sekä common law- että equity-oikeudellisia säännöksiä. Niiden välinen erillisyys säilytettiin kuitenkin muilta osin - myös sääntö siitä, että equity "voittaa" common law´n, jos ristiriitaa niiden kesken esiintyy. Sääntö on yhä tänä päivänäkin voimassa olevaa oikeutta.

> Tuomioistuinten uudelleenjärjestämisen seurauksena syntyivät ylioikeudet, ns. Supreme Court of Judicature. Siihen kuuluu High Court of Justice (tästä lähtien High Court) sekä vetoomustuomioistuimena toimiva Court of Appeal, ja nämä ylioikeudet sijaitsevat lontoolaisessa oikeuspalatsissa nimeltään The Law Courts (virallisesti The Royal Court of Justice).[30] High Court on jakautunut kolmeen jaostoon (division): Queen´s Bench -jaostoon, kanslerijaostoon sekä perheasiainjaostoon (Queen´s Bench Division, Chancery Division, Family Division).[31]

1.4. Roomalainen oikeus Manner-Euroopassa

Mannereurooppalaisissa maissa oikeuskehitys kulki Englannin oikeuteen verrattuna eri tavalla. Bolognassa ryhdyttiin tutkimaan roomalaista oikeutta 1100-luvulla, kun glossaattoreiksi kutsutun koulukunnan edustajat aloit-

---

[29]"Equitas sequitur legem" eli equityn etusija common law´hon nähden ilmaistiin selkeästi ensimmäisen kerran tapauksessa Earl of Oxford´s Case (1615) 1 Rep Ch 1. Ks. Walker and Walker´s English Legal System s. 54 ss: "Thus the supremacy of equity were established though in the next eighty years this supremacy was by no means unchallenged."

[30]Mielenkiintoinen käsitteellinen tarkennus on se, että kun Englannissa käytetään termiä Supreme Court of Judicature, sillä ei tarkoiteta parlamentin ylähuonetta. Historiallisesti tämä saa selityksensä viime vuosisadalla käydystä liberaalien ja konservatiivien välisestä poliittisesta valtataistelusta, joka ratkesi konservatiivien valtaanpääsyyn vuonna 1874. Samalla ylähuoneen valta toimia ylimpänä tuomioistuimena palautettiin (toisin kuin mitä liberaalit olivat säätäneet vuoden 1873 Judicature Actissa), mutta se "unohdettiin" liittää osaksi ylioikeuksia. Näin asian on todennut esimerkiksi *Petersen*, Englannin oikeuslaitos s. 54 ss.

[31]Perheasiainjaoston nimi oli vuoteen 1970 asti Probate, Divorce and Admiralty Division. Se lakkautettiin Administration of Justice Actilla.

tivat keskiajalta peräisin olevan roomalaisen oikeuden neliosaisen esityksen Corpus Juris Civiliksen muokkaamisen silloisen varhaisskolastisen teologian kehittämin ajattelutavoin.[32] Heidän työnsä ei kuitenkaan tähdännyt tuloksiin, joita olisi voinut soveltaa tuon ajan konkretisoituneisiin oikeuselämän ilmiöihin. 14. ja 15. vuosisadalla glossaattorien teoreettisen suuntauksen syrjäyttikin käytännöllisempiin päämääriin tähdännyt postglossaattorien (kommentaattorien) koulukunta. *Max Kaser* kiteyttää, että silloisia oikeusinstituutteja, olivatpa ne germaanista tai roomalaista alkuperää, alettiin käsitellä yhtenäisin, roomalaisilta opituin metodein. Kommentaattorit myönsivät todeksi myös sen, ettei roomalaisella aineellisella oikeudella ollut mahdollista korvata kaikkia paikallisia oikeussääntöjä.[33]

Eurooppalaiset yliopistot tulivat oikeudellisina vaikuttajina tuomioistuimia tärkeämpään asemaan.[34] Hajanaisia paikallisia tapaoikeussäännöksiä merkittävämpinä pidetyt roomalaisen oikeuden säännökset saivat niissä ensisijaisen aseman lakimieskoulutuksen perustana. 1500-luvulta eteenpäin aina kansallisvaltioiden syntymiseen asti voi sanoa, että mannereurooppalaisilla oli yhteinen oikeus ja yhteinen oikeustiede.[35] Tämä roomalaiseen perinteeseen pohjannut yhteinen oikeus, jus commune, on siten osoitus oikeustieteen yhtenäistävästä voimasta. Siitä tuli kokonaisuus, jonka luoman sanaston ja metodien avulla lakimiehet saattoivat ratkaista oikeudelliset ongelmat oikeudenmukaisesti. Roomalainen oikeus osoittautui joustavaksi järjestelmäksi verrattuna common law´hon, jonka ankaruuteen jouduttiinkin myöhemmin puuttumaan equity-säännöillä. Kontinentaalisessa Euroopassa ei sen sijaan ollut tarvetta erityisille kohtuussäännöksille tai kohtuusoikeutta soveltaneille oikeusinstansseille. Olihan roomalaista oikeutta tutkineille juristeille syntynyt sellainen käsitys, että kohtuuton oikeus oli ristiriidassa itse oikeuden käsitteen kanssa. Siksi mannereurooppalaisiin oikeusjärjestyksiin ei syntynyt myöskään englantilaisten tuntemaa oikeuslähdeopillista eroa com-

---

[32]Corpus Juris Civilis on lakiteos, johon sisällytettiin klassisen roomalaisen oikeuden keskeiset saavutukset ja joka kodifioitiin keisari *Justinianus I*:n toimesta Bysantissa vuoden 530 paikkeilla. Sen neljä osaa olivat Institutiones, Digesta, Codex ja Novellae. Ks. *Klami*, Roomalaisen oikeuden järjestelmä s. 3 sekä *Tamm*, Romersk rätt och europeisk rättsutveckling s. 13.

[33]Roomalainen yksityisoikeus s. 7. *van Caenegem*, An Historical Introduction to Private Law s. 53, joka muistuttaa jaosta jus communeen ja jus propriumiin, joista jälkimmäisellä viitattiin paikallisiin lakeihin, joiden säännöksissä olevat aukot tuli täydentää jus communesta omaksutuin metodein ja ideoin.

[34]Ks. tästä Strömholmin artikkeli Liljorna i Bologna: när rätten blev vetenskap (SvJT 1978 s. 418-434).

[35]*Coing*, Europäisches Privatrecht s. 7.

mon law- ja equity-oikeuden välille.[36]

Manner-Euroopassa roomalainen oikeus resipioitiin moniin maihin suoraan sovellettavaksi oikeudeksi aina 1500-luvulta eteenpäin.[37] Tätä edisti se, että roomalaista oikeutta resipioineissa maissa omat oikeus- ja hallintokoneistot olivat hajanaisia. Roomalainen oikeushan oli valmis systeemi: kodifioitu, glossilla ja kommentaareilla selkeytetty ja kotimaistenkin juristien toimesta jo usean vuosisadan ajan yliopistossa tutkittu kokonaisuus. Esimerkiksi Saksassa reseptio oli melko täydellinen. Aina 1300-luvulta lähtien roomalainen oikeus (Gemeines Recht) alkoi syrjäyttää hajanaisia paikallisia oikeussääntöjä lähes kaikilla oikeudenaloilla ja tämä reseptio täydellistyi 1500- ja 1600-luvuilla.[38] Vain Sachenspiegelin alueella roomalaisen oikeuden vaikutus oli vähäisempi. Resistanssin selittää se, että siellä paikalliset oikeussäännökset oli jo ehditty saattaa jäsennettyyn muotoon säädännäiseksi oikeudeksi, jolloin sen ulkopuolisten oikeussäännösten resipioinnin tarvetta ei välittömästi ollut.[39]

1.5. Mannereurooppalaisen oikeuskehityksen merkitys Englannin oikeudelle

> "läpi koko Englannin oikeuden kehityshistorian on havaittavissa roomalaisesta oikeudesta otettuja lainoja, jotka toteutettiin joskus suorasti, joskus epäsuorasti."[40]

Englannissa saavutettu valtiollinen yhtenäisyys ja keskitetty hallinto- ja oikeuskoneisto estivät roomalaisen oikeuden reseption.[41] Englannin oikeudellinen kehitys oli ollut sidoksissa vahvaan keskusvaltaan ja keskitettyihin tuomioistuimiin. *Peter Goodrich* nimittää siellä *Henry de Bractonin* kirjoituksista 1200-luvulta alkanutta ja aina 1700-luvulle jatkunutta ajan-

---

[36]Ks. *David*, Nykyajan suuret oikeusjärjestelmät II s. 45 ss.

[37]Ks. *Glendon-Gordon-Osakwe*, Comparative Legal Traditions s. 659, reseption määritelmästä. Resipioinnilla tarkoitetaan sitä, että roomalainen oikeus hyväksyttiin kokonaisuudessaan välittömästi sovellettavaksi oikeuslähteeksi. Kaikissa roomalaista oikeutta omaksuneissa maissa tämä reseptio ei ollut kuitenkaan täydellinen. Ks. reseption määritelmästä myös tämän tutkimuksen II osan luku 3.5.3.2.

[38]*Coing*, Europäisches Privatrecht s. 1, 12. Roomalaisesta yleisestä oikeudesta (jus commune) tuli erityisesti velvoiteoikeuden ja osittain myös esine- ja perintöoikeuden perusta, kun taas Saksassa ennen reseptiota voimassa olleita sääntöjä sovellettiin varsinkin perhe- ja kiinteistöoikeuden alueella.

[39]Ks. *Foster*, German Law and Legal System s. 17 ss.

[40]*Smith*, The Unique Nature of the Concepts of Western Law s. 217 ss.

[41]*Schiller*, Roman law s. 3 ss.

jaksoa oikeudellisen eristäytymisen kaudeksi.[42] Se on "ennakkotapauksiin oikeudellisesti nojaavan järjestelmän kehittymisen esihistoriaa", jolloin common law´sta tuli aina vain englantilaisempi ja eristyneempi mannereurooppalaisiin oikeuskulttuureihin verrattuna.[43] Englannissa irrottauduttiin siten siitä yliopistollisesta hegemoniasta, mikä oli glossaattoreiden ja kommentaattoreiden vaikutuksesta puhjennut kukoistukseen muussa Euroopassa.

Juristien koulutus oli oppipoikamaista ja siitä olivat vastuussa käytännön juridiikkaa hoitaneet asianajajat ja heidän yhteenliittymänsä, Innit (Inns of Court). Juridiikan opettaminen - kuten itse oikeuskin - perustui oikeustapauksiin ja aineellisten oikeussääntöjen sijasta painotettiin eri oikeusinstansseissa käytössä olleita menettelytapoja. Englantilaisten oikeudellista eristäytymistä vahvensi se, että mannereurooppalaisissa maissa oikeuskielenä käytettiin latinaa, mutta Englannissa vanhaa englantilais-normannilaista lakiranskaa. Koska ensimmäiset oikeustapausraportitkin julkaistiin 1200-luvulta eteenpäin lakiranskaksi, vain harvat saattoivat ymmärtää niiden sisällön. Ranskan kielen käyttöönottoa on perusteltu sillä, että se oli terminologialtaan valmiiksi jäsennetty ja merkityksiltään tarkennettu.[44] Mitkä tahansa syyt selittävätkin lakiranskan käyttöönottoa oikeuskieleksi latinan sijasta, on selvää, että se yhdessä englantilaisen järjestelmän rakenteellisten tekijöiden kanssa edisti englantilaisen oikeuskulttuurin kehittymistä Euroopan alueella ainutlaatuiseksi.[45]

Vaikka roomalaista oikeutta ei Englannissa sovelletuksi oikeudeksi resipioitukaan, ei se tarkoita, etteikö mannereurooppalaisella oikeudella ja oikeustieteellä ollut siellä minkäänlaista jalansijaa. Tosin tämän vaikutuksen laajuudesta ei ole täyttä selvyyttä. On näet jopa väitetty, että joidenkin mannereurooppalaisten ja englantilaisten oikeusinstituutioiden samankaltainen kehittyminen on selitettävissä pelkällä puhtaalla sattumalla.[46] Lienee kuitenkin ilmeistä, että aina 1100-luvulla vaikuttaneen *Vacariuksen* ajoista lähtien eurooppalainen jus commune vaikutti myös Englannin oikeuteen.[47]

---

[42]Reading Law s. 104. Myös *Tamm*, Romersk rätt och europeisk rättsutveckling s. 286.

[43]*Koschaker*, Europa und das römische Recht s. 216.

[44]*Goodrich*, Reading Law s. 129. *Hiltunen*, Chapters on Legal English s. 52-3, tarjoaa listan englantilaiseen oikeusjärjestelmään kuuluvista, alunperin ranskalaisperäisistä juridisista käsitteistä. Nyrkkisääntönä kirjoittajan mukaan on, että mitä "oikeudellisempi" ("legal") käsite on, sitä todennäköisempi on myös sen ei-englantilainen alkuperä.

[45]Ks. lakiranskasta myös tämän tutkimuksen III osan luku 1.4.

[46]Ks. *Coing*, Common Law of Europe: Historical Foundations s. 34.

[47]*Vacarius* oli italialainen glossaattori, joka opetti kuningas *Stephenin* valtakaudella (1135-1154) roomalaista oikeutta Oxfordin yliopistossa. Hän toimitti oppilailleen

> Vuonna 1268 kuolleen *Henry de Bractonin* (joka oli sekä pappi että juristi) kuuluisimmat teokset ovat On the Laws and Customs of England sekä Tractatus de legibus et consuetudinibus Angliae. Ne osoittivat hänen tutustuneen syvällisesti myös roomalaiseen oikeuteen. Hänen kirjoistaan löytyi myös suoria viittauksia esimerkiksi kuuluisan glossaattorin *Azon* tuotantoon.[48] *Bractonin* työ osoittaa, että vaikka Englannissa ei ollutkaan tarvetta roomalaisoikeudellisten sääntöjen resipiointiin, helpottivat mannereuroopassa kehitetyt käsitteet ja systemaattiset opit myös englantilaisen, hajanaisen säännösmateriaalin jäsentämistä.[49] Hän oli koonnut tekeillä olevaa tutkimustaan sekä käytännön tuomarin työtään varten muistikirjaansa (Note Book) kokoelman noin kahdesta tuhannesta tehdystä ratkaisusta.[50] Mannereurooppalaisesta vaikutuksesta kertonee jotain se, että *Bracton* ei tapauskokoelmassaan vain kiittänyt tai kritisoinut tehtyä ratkaisua vaan pyrki myös tuomaan esiin sen periaatteen, jota ratkaisun tehneiden tuomareiden voitiin hänen mielestään katsoa tarkoittaneen.[51]

1500- ja 1600-luvulla mannereurooppalaiset vaikutteet kävivät vahvemmiksi. Selkein oli alunperin sekä kanslerioikeuksien että kirkollisten tuomioistuinten liityntä mannereurooppalaiseen oikeustraditioon. Kirkollisilla oikeusinstansseilla oli toimivaltaa myös joissakin tavallisia kansalaisia koskeneissa asioissa, joista ilmeisimpiä esimerkkejä lienevät perhe- ja aviooikeus.[52] Kirkollisten oikeusinstanssien jäseniltä vaadittiin yhteen aikaan jopa

---

kokoomateoksen Corpus Juris Civiliksestä. Tämä työ tunnetaan nimellä Köyhien kirja (Liber Pauperum). Ks. *Koschaker*, Europa und das römische Recht s. 213 sekä *Smith*, The Unique Nature of the Concepts of Western Law s. 215.

[48] *Azon* on sanottu olleen merkittävin roomalaisen oikeuden lähde *Bractonille*. Näin esimerkiksi *Smith*, The Unique Nature of the Concepts of Western Law s. 28, joka kuitenkin muistuttaa, että *Bracton* tutustui suoraan myös Corpus Juris Civiliksen teksteihin.

[49] Ks. *Stein*, The Character and Influence of Roman Civil Law s. 153, jonka mielestä *Bractonin* tavoitteena oli informoida muiden oikeuskulttuurien juristeja Englannin oikeuden sisällöstä ja vakuuttaa heidät siitä, että se oli vähintään yhtä rationaalinen ja koherenssi kokonaisuus kuin mannereurooppalaisten maiden oikeus. Myös *van Caenegem*, The Birth of the English Common Law s. 92 sekä *Koschaker*, Europa und das römische Recht s. 213.

[50] *Bractonin* kokoelma ei ollut ennakkotapausoikeutta sanan nykyaikaisessa merkityksessä. Kyse ei ollut ratkaisujen auktoriteettiarvosta, vaan hänen kuvailemansa tapaukset kertoivat siitä, mikä oli lain sisältö. Näin *Virkkunen*, Oikeustapausten raportointi ja prejudikaattioppi s. 785.

[51] *Virkkunen*, Oikeustapausten raportointi ja prejudikaattioppi s. 785. Tapausten selittäminen yleisempien periaatteiden valossa ei näet vielä tuolloin kuulunut osaksi oikeutta. Oikeustapauksia käsiteltiin muotosidonnaisesti ilmitulleiden faktojen - ei periaatteiden - valossa. Kuten myöhemmin ilmenee, periaatteiden asema on Englannissa tänä päivänäkin erilainen kuin mannereurooppalaisissa oikeusjärjestelmissä.

[52] Ks. *Zimmermann*, Roman Law and European Legal Unity s. 77.

tohtorintasoisia oppiarvoja roomalaisesta oikeudesta (jota edellytystä ei asetettu muille tuomareille).

> Kirkon sisäiset suhteet ovat edelleen kirkollisten oikeusinstanssien tuomiovallan alaisuudessa, toisin kuin sellaiset asiat, jotka koskevat kirkon suhdetta maallikoihin (avioliittoasiat), myös perinnönjakoa ja testamentin pätevyyttä sekä tulkintaa koskevien asioiden osalta niiden tuomiovalta lakkasi vähin erin 1800-luvulla.

Kanslerioikeuksien ja kirkollisten tuomioistuinten lisäksi mannereurooppalaisia vaikutteita omaksuttiin kauppa- ja merioikeuden välityksellä (ns. law merchant, johon käsitteen laajemmassa merkityksessä kuuluu myös merioikeus, ns. maritime law). Common law oli näet epäsopiva sääntelemään kauppasuhteita vieraiden maiden kanssa ja siksi käyttöön otettiin Länsi-Euroopassa ja Välimeren maissa omaksuttuja oikeustapoja, jotka pohjautuivat roomalaiseen oikeuteen. Vuonna 1300-luvun puolivälissä julkaistiin laki, jonka mukaan kauppa- ja merioikeudelliset asiat oli käsiteltävä nopeutettua prosessimenettelyä soveltaen satamakaupunkeihin ja suuriin markkinapaikkoihin perustetuissa erityisissä oikeusinstansseissa. Sittemmin ns. Admiraltyn Courtin perustaminen teki monet näistä paikallisista tuomioistumista tarpeettomiksi.[53]

Perinteiset common law -tuomioistuimet suhtautuivat varauksella tähän uuteen, romanistisia vaikutteita omaksuneeseen oikeusinstanssiin ja siksi common law'hon alettiin kehittää omia kauppaoikeudellisia säännöksiä. Kiistelyt Admiralty Courtin toimivallan laajuudesta jatkuivat oikeastaan aina siihen asti, kunnes sen asema osana kansallista oikeudenhoitokoneistoa sai vahvistuksen parlamenttilailla 1875.[54] Silloin High Courtin yhteyteen perustettiin Probate, Divorce and Admiralty Division.[55] Tapahtui ns. siviili- ja kauppaoikeuden yhtenäistäminen, jossa yhteydessä myös kauppiasluokalla aiemmin olleet erivapaudet poistettiin.[56]

Tavallisten tuomioistuinten asenne mannereurooppalaisia vaikutteita kohtaan säilyi ristiriitaisena. Ne halusivat korostaa Englannin oikeuden eroa ja täydellisyyttä kontinentaalisiin oikeusjärjestyksiin verrattuna.[57] Englantilaiset tuomarit eivät siksi viitanneetkaan päätösperusteluissaan tutustumiinsa ulkomaisiin auktoriteetteihin, vaikka heidän on osoitettu esimerkiksi kopioi-

---

[53]*Koschaker*, Europa und das römische Recht s. 217 ss.

[54]Ks. lisää *Runyan*, The Rolls of Oleron and the Admiralty Court in the 14th Century England (American Journal of Legal History Vol. 19 s. 95-111).

[55]Tästä jaostosta on käytetty myös lyhyempää nimitystä Admiralty Division.

[56]*Baker*, An Introduction to English Legal History s. 142 ss.

[57]*Zimmermann*, Roman Law and European Legal Unity s. 79.

neen Corpus Juris Civiliksen tekstiä kirjoittamiinsa tuomioperusteluihin - jopa sillä tavoin, että he eivät muuttaneet sanaakaan matkimastaan tekstistä. Lainauksista poisjätettyjen viitteiden myötä haluttiin antaa vaikutelma, että argumentaatio perustuu kokonaisuudessaan common law -oikeuteen.[58]

Mannereurooppalainen vaikutus ulottui myös oikeustieteeseen ja englantilaisten juristien on osoitettu tutustuneen esimerkiksi *Savignyn*, *Thibautin* ja *von Iheringin* teoksiin. Ulkomailta saadut vaikutukset tihkuvat esimerkiksi *John Austinin* kirjoituksista läpi.[59] Kun tutkitaan eri aikakausina Englannissa vaikuttaneita ja vieraita oikeuskulttuureita tutkineita juristeja, on mielenkiintoista havaita, miten he eivät ottaneet vaikutteita ainoastaan alkuperäisistä roomalaisen oikeuden lähteistä vaan myös aikalaisiltansa - esimerkiksi *Bracton* glossaattoreilta, *Hale* humanisteilta ja *Austin* pandektisteilta. Näyttää siltä, että vierasta oikeutta koskevaa informaatiota käytettiin heidän tutkimuksissaan avartamaan perspektiiviä ja lisäämään kansallisen oikeuden tarkastelun objektiivisuutta.[60]

Englantilaisten juristien joukosta *Sir Henry Mainelle* voi ilmeisesti antaa kunnian muilla tieteenaloilla kehittyneen vertailumetodin läpilyömisestä myös Englannin oikeuteen. Kaksi vuotta *Charles Darwinin* Origin of Species -teoksen jälkeen (1861) ilmestyi näet hänen Ancient Law -kirjansa, joka keskittyi oikeuteen tietoisen vertailevasta näkökulmasta.[61] 1871 ilmestyneessä

---

[58]Mannereurooppalaisen oikeuden vaikutuksesta Englannin 1800-luvun oikeuskäytäntöön ks. esimerkiksi Hadley v Baxendale (1854) 9 Ex 341 sekä Taylor v Caldwell (1863) 3 B.& S. 825. Ks. myös *Constantinesco*, Rechtsvergleichung I s. 77, *Gutteridge*, Comparative Law s. 37 ss. (alaviitteineen) ja *Nicholas*, Rules and Terms - Civil Law and Common Law s. 946 ss. Oikeuskäytännön lisäksi mannereurooppalaiset vaikutteet ulottuivat myös lainvalmisteluun ja sitä myöten säädännäiseen oikeuteen.

[59]*Rudden*, Comparative Law in England s. 82-4, kertoo lähemmin 1700- ja 1800-lukujen merkittävimpien oikeusvertailua harrastaneiden juristien - mm. *Sir Frederick Pollockin* ja *A.V. Diceyn* - työstä. *Pollock* kuului koulukuntaan, joka yritti palauttaa Englannin oikeuden takaisin juurilleen ja hänet muistetaan erityisesti yhdessä *Maitlandin* kanssa kirjoittamastaan teoksesta History of English Law (vaikka tosiasiassa *Pollock* osallistui ilmeisesti vain vanhan anglosaksisen oikeuden kautta käsittelevän osan kirjoittamiseen ja lopputyö jäi *Maitlandin* hartioille). *Dicey* puolestaan muistetaan erityisesti lainvalintasääntöjä koskevasta teoksesta Conflict of Laws sekä valtiosääntöoikeudellisista pohdinnoista teoksessa Law of the Constitution. Ks. lisää *Simpson*, Bibliographical Dictionary of the Common Law s. 148 ss., 343-5, 421-3.

[60]*Stein*, The Character and Influence of Roman Civil Law s. 156 ss.

[61]*Simpson*, Bibliographical Dictionary of the Common Law s. 344, huomauttaa, että *Mainen* liitynnän biologiseen evoluutio-teoriaan ovat huomanneet erityisesti hänen lukijansa. *Maine* itse ei ilmeisesti seurannut tietoisesti *Darwinin* mallia, vaan hän on saanut vaikutteita geologiasta. Kuten *Simpson* toteaa: "he compared primitive ideas of law with the primary crusts of the earth.."

Village Communities in East and West -teoksessaan hän väitti, että oikeusvertailun tärkein tehtävä oli auttaa lainsäätäjää. Enää vieraiden oikeusjärjestelmien tuntemista ei tarvinnut salailla eikä niiden olemassaolo uhannut common law´n asemaa.[62]

Peter Goodrichin mielestä roomalaisen oikeuden tutkimiseen pohjautunut eurooppaoikeudellinen tieteellinen ajattelu vaikutti Englannissa lopulta niin, että sen hajanainen säännösmateriaali rationalisoitiin systemaattiseksi kokonaisuudeksi. Tuon prosessin virstanpylväinä voi pitää *Blackstonen* aloittamia Englannin oikeutta koskeneita luentoja Oxfordin yliopistossa vuonna 1758 (vaikka opiskelijoiden kiinnostus niitä kohtaan olikin vähäistä) sekä ylähuoneen noin sata vuotta myöhemmin, vuonna 1898, muotoilemaa oppia sitovista ennakkotapauksista.[63] Oikeustapausraportointi oli jo tätä ennen kehittynyt luotettavammaksi ja kieli ymmärrettävämmäksi, koska vuonna 1731 englannin kielen asema raportointikielenä muuttui yhä tärkeämmäksi. Tämä siirtymä lakiranskasta ja latinasta englannin yksinomaiseen käyttöön ei ollut portaaton, vaan käytännössä kaikkia näitä kieliä käytettiin ensin rinnakkain ja sekavalla tavalla.[64] *Goodrichin* mukaan mannereuroopassa tapahtuneella kodifikaatioaallolla ja Englannin oikeuden systemaattisemmalla jäsentämisellä oli yhteinen taustasyy - pyrkimys koota kansallinen oikeus selkeäksi kokonaisuudeksi. Tämän vuoksi Englannin oikeutta voi lukea ja ymmärtää osana muun Manner-Euroopan oikeuskehitystä.[65]

---

[62]*Nicholas*, Rules and Terms - Civil Law and Common Law s. 946 ss.

[63]London Street Tramways [1898] AC 37. *Baker*, An Introduction to English Legal History s. 194.

[64]*Dodova*, A Translator Looks at English Law s. 72, huomauttaa, että jo 1362 oli säädetty laki siitä, kuinka jokaisen tulisi saada käyttää äidinkieltään tuomioistuimessa, mutta se ei yleistänyt englantia käytettäväksi oikeudenkäyntikieleksi. *Hiltusen*, Chapters on Legal English s. 57, mukaan ensimmäinen englanninkielinen parlamenttilaki on vuodelta 1483. *Goodrich*, Reading Law s. 187, mainitsee, että käytetyn kielen vaihtaminen ranskasta englanniksi vuoden 1731 lain mukaisesti ei tehnyt lakitekstejä maallikoille ymmärrettävämmiksi, koska kansalaisilla ei ollut edellytyksiä ymmärtää oikeudellisia tekstejä - jos heillä ylipäätään lukutaito sattui olemaan. *Goodrich* muistuttaa siten siitä, miten oikeuskieli erikoiskielenä vaatii lukijaltaan taitoja, joita tavallinen, yleiskielellä kirjoitettu teksti ei lukijaltaan edellytä. Ks. oikeuskielestä ja kansalaisesta tämän tutkimuksen III osan luku 1.3.

[65]*Goodrichin*, Reading Law s. 131, mukaan common law´n ainutkertaisuus ei estä pitämästä Englannin oikeutta osana eurooppalaista intellektuaalista traditiota, jota hän kutsuu termillä "European legal humanism". Myös *Côté*, L'interprétation de la loi en droit civil et en droit statutaire: communaiutré de langue et differences d'accents (internet), näkee Manner-Euroopan ja Englannin oikeudella olevan samanlaisen tradition. Huomaa *Smith*, The Unique Nature of the Concepts of Western Law s. 31 ss., joka jakaa common law -järjestelmän kehityksen kolmeen laajaan ajanjaksoon: arkaaiseen (empiiriseen) vaiheeseen,

Mannereurooppalaisten koulukuntien vaikutusta Englannin oikeuteen ja oikeusajatteluun ei voi kuitenkaan mitata millään tarkoilla kriteereillä. Joten ken tietää, ehkä *Hannu Tapani Klami* onkin ollut oikeassa todetessaan, että englantilaisen oikeustieteen kosketus mannereurooppalaisiin valtavirtauksiin on ollut lopultakin suhteellisen vähäinen ja että hegeliläisyys, historiallinen koulukunta ja käsitelainoppi ovat jääneet englantilaisessa oikeustieteessä vaille sanottavaa vaikutusta. Tämä vuoksi *Klami* on pitänyt Englannin oikeuden kehitystä pitkälle meidän vuosisadallemme asti varsin itseriittoisena.[66]

1.6. Parlamenttilakien esiinmarssi

> "1800-luvun lopussa oikeudellinen ajattelu Englannissa ja Yhdysvalloissa oli formalistista: oikeus, kuten matematiikka, ymmärrettiin käsitteiden välisinä suhteina, ei suhteina käsitteiden ja todellisuuden välillä."[67]

On kiinnostavaa, että nimenomaan Englannin historiasta löytyy henkilö, joka on ollut yksi Euroopan maineikkaimpia kodifikaatioiden puolestapuhujia. Hän oli *Jeremy Bentham*, joka vaati, että myös Englannissa saatettaisiin voimaan säädännäinen lakikokoelma.[68] Hän hylkäsi kaikki oikeuden metafyy-

---

siirtymävaiheeseen sekä käsitteelliseen ajanjaksoon. *Smith* selittää niiden väliset rajat näin: "English law during the archaic period is the Germanic customary law of the Anglo-Saxons. There were few if any constructs since their legal concepts were empirical by nature. The transitional period begins with the introduction of constructs from Roman law, and lasts until the time when jural relations were no longer confused with the actual things to which they relate."

[66]Syiksi tälle *Klami* mainitsee englantilaisten oikeuslähteiden järjestymättömyyden, sikäläisten juristien heikohkon kielitaidon ja poliittiset syyt, eikä hän halua jättää huomiotta sitäkään, että englantilaisesta oikeustieteestä on puuttunut keskustelua ja moni-ilmeisyyttä. 1900-luvun alussa tietä johdattaneiden oikeustieteilijöiden toiminnan pohja rakentui siitä työstä, jota *Austin* ja häntä seuraten *Salmond* olivat muodostaneet. Ks. Ihmisen säännöt s. 133 ss.

[67]*Posner*, Overcoming Law s. 1 (Harvard College 1995).

[68]*Bentham* oli juristi. Hän harjoitti juridiikkaa uransa alkuvaiheessa, mutta vetäytyi myöhemmin täydellisesti yhteiskunta- ja oikeusteoreettisten pohdintojensa pariin. Hänestä tulikin filosofian ja yhteiskuntatieteiden vaikutusvaltaisin kirjoittaja Englannissa (sitten *Locken* päivien) ja samalla yksi koko Euroopan vaikutusvaltaisimmista yhteiskuntafilosofeista (ja 1800-luvun liberalismin perustajista). Ks. *Strönholm*, Länsimaisen oikeusajattelun historia s. 279 ss. sekä *Simpson*, Bibliographical Dictionary of the Common Law s. 44-46.

siset, uskonnolliset tai eettiset perusteet. Hän katsoi, että oikeus on pakkoon perustuva järjestelmä, jolla on kolme keskeistä tunnusmerkkiä: oikeus on ilmaistu käskyinä tai kieltoina, oikeussäännöt ovat suvereenin antamia ja sanktioin vahvennettuja.[69] Sen sijaan tapausoikeudelle hän ei arvoa antanut. Common law -säännöt edustivat hänen mielestään historiallista sattumaa, jotka olivat olemassa vain tuomareiden mielissä. Common law oli koirien laki, sillä kansalaisia rangaistiin teoistaan ex post facto. Kirjoitetut säännöt olivat sen sijaan ihmisten toisilleen kirjoittamia, eikä niissä ollut mitään pyhää tai mystistä. Siksi huonoiksi osoittautuneita lakeja saattoi myös niiden säätämisen jälkeen muuttaa.[70]

Englannissa *Benthamin* kritiikin kärki kohdistui edellisellä vuosisadalla common law -järjestelmää ylistäneeseen *William Blackstoneen*. Joiltain osin heidän ajatuksensa erosivat toisistaan kuin yö ja päivä. *Bentham* ei halunnut tunnustaa common law -oikeuden olemassaoloa, kun taas *Blackstone* katsoi sen olevan oikeusjärjestys, joka kirjoitetusta laista poiketen täytti kaikki kohtuullisuuden ja rationaalisuuden kriteerit.[71] *Blackstonen* kirjoittama teos Commentaries on the Laws of England on Englannin oikeuden kattava tutkimus, jonka kielellinen hienous ja selkokielinen tyyli hämmästytti jo hänen aikalaisiaankin.[72] Vaikka yleissävy tuomioistuinten luomaa oikeutta kohtaan on siinä positiivinen, jopa osin ylistävä, on *Blackstone* käyttänyt myös tervettä kritiikkiä.[73]

Lakikokoelmilla koettiin yhtäältä olevan ensisijaista arvoa kansallisvaltioiden rajojen vahvistajina. Toisaalta niiden säätäminen symboloi vallan siirtymistä uusille valtaapitävien luokille. Näitä tavoitteita Englannissa ei sen historian jatkuvuuden vuoksi ollut ja *Benthamin* vaatimukset kaikuivat

---

[69]*Strönholm*, Länsimaisen oikeusajattelun historia s. 282.

[70]*Postema*, Bentham and the Common Law Tradition s. 280. Myös *Stein*, Roman Law, Common Law and Modern Civil Law s. 450.

[71]Katso tästä mm. *Cross*, Blackstone v. Bentham s. 516.

[72]*van Caenegem*, An Historical Introduction to Private Law s. 137 sekä *Cross*, Blackstone v. Bentham s. 517. *Blackstonen* kommentaareja on luonnehdittu merkittävimmäksi Englannin oikeudesta koskaan kirjoitetuksi teokseksi. Ks. tästä myös myöhempi luku 2.6.

[73]*Lobban*, The Common Law and English Jurisprudence 1760-1850 s. 12, 26: "putting the law into a Roman-structure, and showing that it could be related to a series of source-based rights..The fact that he was attempting to systematize English law in Roman terms did not make Blackstone innovatory: what was unusual was the sophistication and the rigour of the attempt.." Hänen ajatuksissaan on merkkejä rationaalisesta luonnonoikeudesta - hän korosti esimerkiksi säännösten taustalla vaikuttavien ideologioiden ja periaatteiden tärkeyttä.

osin kuuroille korville.[74] Vallankumoukset puuttuvat edelleen sen historiasta eivätkä teollistumisen synnyttämät uudet yhteiskunnalliset tarpeet pystyneet nekään kodifikaatiotarvetta riittävässä määrin perustelemaan. Common law´n joustavuus mahdollisti näet sen, että oikeus pystyttiin sopeuttamaan näihin muutoksiin. Englannissa ei siten kertakaikkiaan ollut riittävän hyvää syytä luopua ennakkotapauksiin nojaavasta oikeudellisesta järjestelmästä. Kontinentaalisissa valtioissa sen sijaan oli kodifikaatioille suotuisa kasvualusta 1800-luvulla.[75] Oikeudellinen tilanne oli Manner-Euroopassa tuolloin sekava ja epävakaa. Yliopistollisessa opetuksessa oltiin nojauduttu samaan oikeuslähteeseen - roomalaiseen oikeuteen - mutta tuomioistuimet olivat roomalaisen oikeuden rinnalla joutuneet soveltamaan yleensä myös valtioiden kansallisia säädöksiä.[76]

1800-luvulla Englannin oikeus koki kuitenkin muutoksia. Yhtäältä nämä muutokset kohdistuivat parlamentin toimintaan ja toisaalta tuomioistuinten ratkaisemiin tapauksiin. Vaikka säädännäinen oikeus ei ollut Englannissa uusi keksintö, vuosisadalla tapahtuneet ideologiset muutokset vaikuttivat niin, että parlamentti systematisoi lainsäädäntötyötään ja samalla kirjoitettujen lakien aliarvostettu asema alkoi asteittain parantua.[77] Kyse oli elinkeino- ja yhteiskuntarakenteen nopeasta muuttumisesta, johon lainsäätäjä reagoi muiden teollistuneiden maiden tapaan tuottamalla ensikädessä uuden kauppaoikeuden.[78]

Samoihin aikoihin havaittiin, että ennakkotapausdoktriinin systematisoi-

---

[74]On mielenkiintoista, kuinka kodifikaatioiden vastustajat saattoivat perustella näkemyksiänsä mannereurooppalaisten oikeustieteilijöiden ajatuksilla. *Sir Henry Maine* oli esimerkiksi lukenut *Savignyn* kirjoituksia, ja vastusti niiden perusteella ajatusta lakikodifikaation tarpeellisuudesta Englannissa. Ks. *Simpson*, Bibliographical Dictionary of the Common Law s. 345.

[75]*Goodrich*, Reading Law s. 35, 44. Ks. myös *David*, English Law and French Law s. 17.

[76]*Rheinstein*, Gesammelte Schriften I s. 24.

[77]*Abraham*, The Judicial Process s. 15, toteaa, että vuosisataisesta historiastaan huolimatta parlamenttilait edustivat selkeästi toissijaista sääntelykeinoa tuomarioikeuden rinnalla aina 1800-luvun puoliväliin asti. Tämä on jossain määrin edelleen totta. Ks. myöhempi luku 3.1.1.

[78]Ks. *Zweigert-Kötz*, An Introduction to Comparative Law s. 207, jossa todetaan, että *Benthamin* vaatimus saada monimutkaiset common law -oikeuden säännöt kootuiksi helpommin ymmärrettäviksi säädöksiksi sai konkreetin ilmentymänsä kauppaoikeuden alueella. 1800-luvulla tuli voimaan monta sellaista säädöstä, jotka kokosivat yhteen tätä oikeudenalaa koskevia tapausoikeudellisia oikeusohjeita. Esimerkkinä Sale of Goods Act 1893 ja Partnership Act 1890. Myös *van Caenegem*, Legal History. A European Perspective s. 177 sekä *Ylikangas*, Oikeus historiallisena ilmiönä s. 162. Kauppaoikeuden kasvusta Manner-Euroopassa myös *Zimmermann*, Savigny´s Legacy s. 578.

minen edellytti ratkaisujen jäsennettyä julkaisemista. Tämä johti Council of Law Reporting -neuvoston perustamiseen vuonna 1865.[79] Se sai puolivirallisen aseman, koska sen julkaisemasta tapauskokoelmasta haluttiin tehdä ensisijainen informaation lähde tasoltaan vaihteleviin, yksityisten kustantajien julkaisemiin kokoelmiin verrattuna. Toisekseen parlamentin aktivoituminen monilla oikeudenaloilla, mm. rikos-, kauppa- ja työoikeuden piirissä, oli jonkinlainen haaste tuomioistuinlaitokselle tehostaa vastaavasti omaa rooliaan Englannin oikeusjärjestyksen kehittäjänä. Eri valtioiden yhteiskunnallisilla instituutioilla tuntuu näet olevan ainainen pyrkimys hankkimansa aseman ja vaikutusvallan säilyttämiseen.[80]

Säädännäisten lakien määrä on tällä vuosisadalla edelleen kasvanut. Vuonna 1965 perustettiin viisijäseninen Law Commission, jonka tehtäväksi tuli tutkia lain uudistamis- ja jäsentämismahdollisuuksia sekä osittaiskodifiointien järkevyyttä.[81] Käytännössä sen tehtäviin on kuulunut sekä käyttämättömien säännösten ja säädösten kumoaminen että muun oikeuden uudelleen järjestäminen ja johdonmukaistaminen. Lakikomissio julkaisee ensin konsultaatiomuistion (consultation paper), jossa on selitetty havaitut ongelmat ja erilaiset lainsäädännölliset ratkaisuehdotukset. Muistio kierrätetään laajalti erilaisten juristiryhmien keskuudessa (se on julkinen myös muille kansalaisille), joiden toivotaan esittävän kommentteja ja huomioita sen sisältöön. Myöhemmin valmistuu lordikanslerille suunnattu raportti (report), joka on lakikomission lopullinen kannanotto ja johon liitetään myös valmis säädösehdotus (Bill).[82]

Tällä hetkellä Englannin oikeudessa on meneillään kehitysvaihe, jota *Goodrich* kutsuu nimellä "creeping codification". Yhtenäisen kodifikaation voimaan saattamisen sijasta tavoitteena on lain konsolidoiminen: erilliset lait pyritään yhdistämään rationaaliseksi ja keskenään kitkattomasti toimivaksi kokonaisuudeksi. Lakikomission on katsottu onnistuneen saavuttamaan tämän tavoitteensa esimerkiksi perheoikeuden alueella.[83]

---

[79]*Petersen*, Englannin oikeuslaitos s. 44, huomauttaa tämän neuvoston syntyneen asianajajien (ei tuomarien) aloitteesta. *Virkkunen*, Oikeustapausten raportointi ja prejudikaattioppi s. 799, tarkentaa aloitteen tulleen *Daniel*-nimiseltä oikeudenkäyntiasianajajalta vuonna 1863. Hänen suunnitelmansa pohjalta perustettiin komitea tutkimaan eri vaihtoehtoja siitä, miten oikeustapausraportointi tulisi järjestää.

[80]*Joutsamo*, Ennakkopäätösten juridinen ja yhteiskunnallinen rooli Englannin oikeusjärjestelmässä s. 117.

[81]Law Commissionin käännöksenä käytän lakikomissiota. Sen edeltäjä oli vuonna 1932 asetettu pysyvä toimikunta, Law Revision Committee. Ks. lisää *Petersen*, Englannin oikeuslaitos s. 34.

[82]Ks. lakikomission kotisivut (http://www.gtnet.gov.uk/lawcomm/homepage.htm).

[83]*Goodrich*, Reading Law s. 46.

1.7. Johtopäätöksiä

Katsaus Englannin oikeushistoriaan on osoittanut, miten myytti sen täydellisestä isolaatiosta Euroopan alueella on virheellinen. Roomalaiseen oikeuteen perustunut oikeusajattelu vaikutti sielläkin, mutta koska aina normannien valtaannoususta asti katkeamattomana jatkunut kansallinen oikeustraditio oli kehittynyt vahvaksi ja tehokkaaksi, pystyi se muokkaamaan nämä ulkoiset vaikutukset niin, että niiden avulla lähinnä jäsennettiin ja johdonmukaistettiin omaa kansallista oikeutta. Siksi Englannin oikeusjärjestelmä on säilyttänyt omasta historiastaan peräisin olevat ominaispiirteensä - sen tavat käsittää ja lukea lakia eivät siten ole samanlaiset kuin roomalaisen oikeuden (ja latinan) pohjalle rakentuvissa mannereurooppalaisissa oikeuskulttuureissa.

Englannin oikeusjärjestelmän kuvaaminen common law -oikeudeksi tarkoittaa yleensä sitä, että järjestelmä on kehittynyt tuomareiden ratkaisemien ennakkotapausten perustalle. Tällöin termi tarkoittaa siis säädännäisen oikeuden vastakohtaa. Tämä ei ole kuitenkaan common law´n ainoa merkitys, vaan sillä voidaan viitata myös siihen oikeuteen, jota kanslerioikeuksissa kehittyneellä equityllä pyrittiin kohtuullistamaan. Kolmanneksi common law´lla voidaan ymmärtää englantilaisperäistä oikeuspiiriä, jolloin se erotetaan roomalais-kanoniselle oikeustraditiolle rakentuvasta oikeuspiiristä. Nämä common law´lla olevat erilaiset käsitemerkitykset ovat kaikki osoituksena niistä ominaispiirteistä, jotka Englannin oikeudella suhteessa muihin eurooppalaisiin oikeusjärjestelmiin on.

Ennakkotapausoikeudellisesta juurakostaan huolimatta parlamenttilait tuovat Englannin oikeuden puuhun koko ajan lisää oksia. Nuo oksat ovat kuitenkin hajanaisia, ja lakikomission työstä huolimatta ne tuntuvat aina vain haaroittuvan, eivätkä harvenevan. Säädännäisestä oikeudesta on tullut monimutkainen ja vaikeasti hallittavissa oleva kokonaisuus. Lainmuutokset tehdään yhä yksittäissäädöksin eli lakiin tehtävän yhdenkin pykälän muutoksesta säädetään omalla lailla. Toisaalta parlamenttilakien lukeminen edellyttää ennakkotapausoikeuden jonkinasteista tuntemista, koska säädännäinen oikeus on rakennettu tapausoikeudellisten elementtien perustalle. Englannin oikeudesta hahmotettavaa kokonaiskuvaa sumentaa se, että sovellettaviksi saattavat tulla oikeuskäytännössä kehittyneet ja "kirjoittamattomiksi oikeusohjeiksi" jääneet common law- tai equity-lähtöiset säännökset. Tämä tarkoittaa, että jos oikeusvertailija syöksyy suoraan säännösteksteihin, väärinkäsitysten vaara on todennäköinen.

Historiasta löytyy myös selitys sille, miksi ei ole oikein olettaa englan-

tilaisten juristien negatiivisen suhtautumisen kodifikaatioita kohtaan tarkoittavan sitä, että formalismi olisi järjestelmästä poissuljettu ja että juridista argumentaatiota ohjaavat perusprinsiipit olisivat yhteydessä aineellisiin argumentteihin - moraaliin ja luonnonoikeuteen. Olettaman virheellisyys paljastuu viimeistään silloin, kun Englannin oikeusjärjestelmää vertaa yhdysvaltalaiseen systeemiin.

Historiaan tutustumalla on saattanut ymmärtää myös englantilaisen oikeusterminologian monimutkaisuuden - ainakin maallikon näkökulmasta. Oikeuskieli saattaa myös sisältää tavallisia sanoja, joiden merkitys on kuitenkin yleiskieleen nähden eroava. Oikeuskieli on kuin rakennus, jonka elementit on tilattu useilta aliurakoitsijoilta - vanhasta englannista, latinasta, vanhasta ranskasta.. Siksi tuossa rakennuksessa on useita huoneita, joissa ensikertaa vierailulla oleva henkilö ilman etukäteisopastusta eksyy varmasti. Oikeudellisen informaation lähteille löytäminen on vain ensiaskel matkalla kohti oikeusvertailevien tutkimusten edellyttämää tavoitetta eli todellista tietoa siitä, mikä on voimassa olevan Englannin oikeuden sisältö.

Modernin englantilaisen oikeusjärjestelmän ymmärtämiseksi sitä voisi lähteä purkamaan usealta suunnalta - ennakkotapausdoktriini, lainsäädännön asema, oikeuslähteiden tulkintaperiaatteet ja juridinen koulutussysteemi ovat kaikki esimerkkejä siitä, miten englantilainen oikeudellinen ajattelu toimii erilaisessa ympäristössä kuin suomalainen vastineensa. Käsittelyjärjestys ei kuitenkaan ole tutkimuksessani olennaista, vaan se, että todella selvennän oikeudelliseen ajatteluun vaikuttavat tekijät riittävällä kattavuudella ja tarkkuudella. Ennakkopäätöksille rakentuva systeemi ei avaudu, jollei tiedä, kuka, miten ja miksi on oikeutettu prejudikaatteja tekemään. Toisaalta on otettava huomioon se ideologinen ilmasto, jossa englantilainen oikeuskoneisto - lainsäätäjä, tuomioistuimet, asianajajat, oikeustieteilijät - toimii. Palautan tässä mieliin käsitteen "Die Rechtshonoratioren", joka on alunperin *Max Weberin* käyttöön ottama ja sittemmin *Max Rheinsteinin* tutkimuksissaan lanseeraama termi. Sillä viitataan henkilöihin, jotka toimivat tietyn maan oikeuselämässä ja joilla on sen suuntaamisessa suurin vaikutusvalta.[84]

Vaikkakaan roomalaisen oikeuden reseptiota ei Englannissa tapahtunut, katsotaan sen kuuluvan eurooppalaiseen oikeuskulttuuripiiriin. Siellä vaikuttaneet uskonnolliset, tieteelliset ja filosofiset ajatukset muokkasivat näet "maailmankuvaa" niin, että yhteys mannereurooppalaiseen traditioon vaikuttaa selvältä. Kun maailmankuvissa on tämänkaltaista samanlaisuutta, kat-

[84] *Rheinstein*, Gesammelte Schriften I s. 74. Ks. myös tämän tutkimuksen johdantoosan jakso 3.

sotaan asioita - myös oikeudellisia - samoilla silmälaseilla, mikä tarkoittaa myös perusarvojen yhtäläisyyttä. Tällöin on mahdollista, että oikeusvertailussa vaadittavan esitiedon etsiminen rajoitetaan oikeuden syvärakenteellisten tekijöiden yläpuolelle. Tällä tarkoitan sitä, että kun oikeusvertailun kohteena on kaksi länsieurooppalaista maata, niitä olennaisesti erottavat piirteet käyvät lähtökohtaisesti ilmi oikeuskulttuurin ja oikeusjärjestyksen tasolta.

> *Franz Wieackerin* mukaan eurooppalaiseen oikeuskulttuuripiiriin kuuluvien maiden oikeuskäsitystä yhdistää kolme tekijää (joiden oletan kuuluvan edellä mainitulle oikeuden syvärakenteelliselle tasolle). Ne ovat individualismi, legalismi ja oikeuden intellektuaalisuus. Individualismista voi johtaa käsitykset yksilön vapauspiiristä ja ihmisoikeuksista. Intellektuaalisuus tarkoittaa sekä oikeuden systemaattisuutta että luonnonoikeudellisia arvoja lain oikeudenmukaisuudesta. Länsieurooppalainen oikeustraditio onkin pitkään kamppaillut löytääkseen sopivan balanssin oikeusvarmuuden ja yksittäistapauksellisen kohtuuden välillä.[85]

2. Englantilainen oikeuskoneisto

2.1. Juristit ja heidän koulutuksensa

> "No hands in pockets. It shows slovenliness. No fidgetting with pencil or with gown. It shows nervousness. No "ers" or "ums". It shows that you are slow thinking.."[86]

---

[85]Ks. *Wieackerin* artikkeli Foundations of European Legal Culture (Am. J. Comp. L. Vol. 38 s. 1-29), jossa hän (s. 5) sisällyttää eurooppalaiseen oikeuskulttuuripiiriin maantieteellisesti Eurooppaan kuuluvat maat, mutta myös ne sen ulkopuoliset valtiot, jotka ovat siirtomaavallan aikana tai muutoin vapaaehtoisesti omaksuneet oikeuteensa eurooppalaisia piirteitä. Esimerkkeinä edellisistä ovat Australia ja Uusi-Seelanti ja jäljempänä mainituista Japani ja Turkki. Hän myös perustelee erikseen Pohjois-Amerikan valtioiden liitynnän mannereurooppalaiseen traditioon (s. 6), mutta Itä-Euroopan valtioiden osalta hän jättää liitynnän avoimeksi. Eurooppalaisia oikeuskulttuureja yhdistävistä elementeistä *Wieacker* kirjoittaa sivuilla 20-27. Ks. myös esimerkiksi *Hepple*, English Law s. 68, joka on todennut, että Englannin oikeuden arvot ovat samat kuin muissakin länsimaisissa oikeussysteemeissä. Näistä yhteisistä arvoista konkreettisena ilmentymänä on mm. Euroopan ihmisoikeussopimus.

[86]Näin neuvoo Lord Denning asianajajia siitä, miten tuomareiden edessä ei kannata käyttäytyä, jos haluaa vaikuttaa uskottavalta. Ks. The Discipline of Law s. 8 (London 1979).

Juristien koulutusjärjestelmälle on tyypillisenä piirteenä ollut Englannissa se, että yliopistot eivät ole saaneet siellä niin tärkeää asemaa kuin mannereurooppalaisissa oikeuskulttuureissa. Alkujaan näet asianajajan tai tuomarin uraa tavoitelleen henkilön ei tarvinnut astua jalallaankaan yliopistoalueelle. Oikeus opittiin seuraamalla lakimieskunnan vanhimpien työtä.

Lontoossa sijaitsevat juristien yhteenliittymät, innit, perustettiin 1200-luvun lopulla alunperin yliopistoja vastanneiksi sisäoppilaitoksiksi. Edes Englannin oikeuden omat oppituolit, jotka perustettiin Oxfordiin vuonna 1758 ja Cambridgeen vuonna 1800, eivät pystyneet tarjoamaan realistista vaihtohtoa innien oppipoikamaiselle koulutusjärjestelmälle.[87] Opetuksen kohteena oli common law -oikeus - kiinnostusta roomalaisia tai kanonisia lakeja kohtaan ei juurikaan tunnettu.[88] Inneissä koulutuksensa saaneita juristeja kutsuttiin - ja yhä kutsutaan - barristereiksi, oikeudenkäyntiasianajajiksi.[89]

Barristereiden lisäksi vuosituhannen alkuvuosisatoina oli olemassa myös alempi asianajajakunta, attorneyt, joiden yhteenliittymät olivat alun pitäen innien kontrolloimia. Attornien pääsy inneihin estettiin eivätkä he koskaan muodostaneet omaa ammattikuntaa itsenäisine instituutioineen tai ammatillisine pätevyysvaatimuksineen. 1500-luvulla he lakkasivat puhumasta oikeuden edessä. 1500-luvulla oikeudellisten asioiden määrä kasvoi ja ne myös vaikeutuivat. Samaan aikaan Counsel-nimitystä kantaneiden oikeudellisten neuvonantajien ryhmästä erottui solicitorit, jotka liittyivät attorneihin vuonna 1605. "Näin muodostui yhä edelleen valtiollisesti kontrolloitu alempi asianajajakunta, jonka jäsenet vielä 1700-luvun alkupuolella olivat yleensä vain maanviljelijöitä ja merimiehiä."[90] Tähän alempaan asianajokuntaan kuuluvia juristeja kutsutaan nykyisin toimistoasianajajiksi (solicitor). He voivat

[87]1800-luvun puolessa välissä vain muutama merkittävän aseman saavuttanut juristi oli opiskellut lakia yliopistossa. Ks. *Dawson*, The Oracles of Law s. 34-40.

[88]Innejä on neljä ja nimeltään ne ovat Gray´s Inn, Lincoln´s Inn, Middle Temple ja Inner Temple. Ks. lisää *Cornish-Clark*, Law and Society in England 1750-1950 s. 106 sekä *Atiyah*, Law and Modern Society s. 4. Kiinnostava yksityiskohta on, että Lincoln´s Inn omistautui erityisesti equity-oikeuden opettamiseen, mikä johtui siitä historiallisesta seikasta, että lordikansleri istui alunpitäen oikeutta tämän innin ns. suuressa salissa. Tästä *Petersen*, Englannin oikeuslaitos s. 107.

[89]The Bar tarkoittaa oikeudenkäyntiasianajajien koko ammattikuntaa.

[90]*Letto-Vanamo*, Suomalaisen asianajajalaitoksen synty ja varhaiskehitys s. 293 ss. (Vammala 1989). Näiden juristien yhteenliittymäksi perustettiin vuonna 1739 Society of Gentlemen Practisers in the Courts of Law and Equity, jonka sijaan sittemmin perustettiin Law Society.

toimia pääsääntöisesti asiamiehinä vain alemmissa tuomioistuimissa.

Nykyisin kaikilta juristin uralle tahtovilta vaaditaan akateeminen loppututkinto (jonka suorittaminen kestää Englannissa yleensä kolme vuotta). Sen ei tosin vieläkään tarvitse olla oikeustieteellisestä tiedekunnasta hankittu. Teoriassa ei ole siksi mahdotonta, että ylimpään tuomarinvirkaan nimitettäisiin joku, jolla ei ole lainopillista loppututkintoa.[91] Yliopistosta saatu tutkinto on joka tapauksessa vain koulutuksellinen välietappi, koska kukaan ei voi ryhtyä asianajajaksi - vielä vähemmän tuomariksi - heti yliopistosta valmistuttuaan, vaan juridiikan harjoittaminen edellyttää osallistumista käytännön perehdyttämiskursseille. Toteutetut opintokokonaisuudet eroavat toisistaan henkilön tekemän uravalinnan perusteella.[92]

Tulevien oikeudenkäyntiasianajajien (yliopistoajan jälkeiseen) koulutukseen kuuluva mielenkiintoinen piirre on ns. "keeping term". Tämä tarkoittaa, että inneissä vietettyyn oppipoika-aikaan liittyy perinteisesti vahva sosiaalinen lataus. Opiskelijoiden on näet osallistuttava vanhempien asianajajien järjestämille lounaille ja päivällisille. Innit koetaan tiiviiksi yhteisöiksi, ja siksi oppipoikien on osoitettava olevansa myös sosiaalisesti kyvykkäitä. On jopa sanottu - kenties liioitellen - että nämä yhteiset ateriat vanhempien juristien seurassa muodostavat oikeudenkäyntiasianajajiksi haluavien opiskelijoiden oppipoika-ajan tärkeimmän osan.

Tulevien juristien koulutuksessa korostetaan oikeuden toiminnallista puolta. Tätä kuvastaa hyvin myös se, miten yliopistoissa on traditionaalisesti austinilaisten oppien mukaan painotettu, etteivät moraaliset tekijät kuulu osaksi oikeudellista päätöksentekoa. Opiskelijat on totutettu formalistiseen ajatukseen, että lainkäytön objektiivisuus ja oikeudenmukaisuus turvataan

---

[91]Ne henkilöt, jotka eivät ole lukeneet yliopistossa lakia, joutuvat loppututkinnon jälkeen suorittamaan yksivuotisen opintokokonaisuuden (CPE, Common Professional Exam), ennenkuin he ovat samalla viivalla oikeustieteellisen tutkinnon suorittaneiden opiskelijoiden kanssa. Tästä yhden vuoden lisästä huolimatta yhä usempi valitsee tämän reitin. Sitä kautta yliopistossa voi lukea esimerkiksi taloustieteitä, koska se voi helpottaa myöhempää sijoittumista yritysmaailmaan. Ks. esimerkiksi http://www.lawsoc.org.uk/ sekä http://www.barcouncil.org.uk/.

[92]Toimistoasianajajiksi haluavat suorittavat yksivuotisen kurssin (LPC eli Legal Practice Course), jonka jälkeen heidän on suoritettava kahden vuoden työharjoittelujakso, josta heille maksetaan minimipalkka. Tästä kahdesta vuodesta he voivat työskennellä osan aikaa ulkomailla. Ks. http://www.lawsoc.org.uk/. Oikeudenkäyntiasianajajiksi haluavat opiskelijat taas suorittavat yksivuotisen kurssin (BVC eli Bar Vocational Course), jonka jälkeen heistä tulee yhden vuoden ajaksi "oppipoikia" johonkin oikeudenkäyntiasianajajien yhteenliittymistä. Oppipoika-aikaa kutsutaan nimellä pupillage. Ensimmäinen kuuden kuukauden aika on palkatonta harjoittelua. Kun kokelas sitten ns. kutsutaan juristikunnan jäseneksi, siitä käytetään nimitystä "be called to the Bar". Ks. lisää http://barcouncil.org.uk/.

parhaiten hokeman "the law is the law is the law" sisäistämisellä; säännöt ja periaatteet opetetaan sellaisina kuin ne ovat muodollisesti voimassa. Pohdinnat siitä, miten lakia voisi käyttää keinona yhteiskunnallisten ongelmien ratkaisemiseksi, ovat tänä päivänäkin vailla relevanssia.[93] Pragmatistisen opetusmetodin parhaimpana puolena on pidetty sitä, että se tuottaa itsenäisiin ratkaisuihin kykeneviä individuaaleja. Mannereurooppalaisissa oikeusjärjestelmissä nojaudutaan abstrakteihin ajatusmalleihin, minkä voisi tietystä (ainakin englantilaisesta) näkökulmasta tarkasteltuna ajatella vahvistavan juristikunnan kollektiivista anonymiteettiä ja vaikuttavan sitä kautta heikentävästi laajemman yleisön ja juridisten toimijoiden välisen kommunikaation mahdollisuuksiin onnistua.[94]

2.2. Oikeudenkäyntiasianajajat

> "Uskon, että luokkajärjestelmä on yhä toiminnassa oikeudenkäyntiasianajajien keskuudessa. Heidän keskuudestaan ei löydä montaa kaivosmiehen poikaa.."[95]

Oikeudenkäyntiasianajaja kuuluu yhteiskunnan eliittiin ja se näkyy myös monissa hänen toimenkuvaansa koskevissa säännöissä ja periaatteissa. Jokainen heistä on itsenäinen ammatinharjoittaja, eikä heidän lain mukaan edes sallita perustavan innien ulkopuolisia yhteenliittymiä.[96] Tämän vuoksi samassakin innissä työhuonettaan pitävät oikeudenkäyntiasianajajat voivat toimia jossakin jutussa vastapuolten asiamiehinä ilman, että syntyisi olettamaa interessikonfliktista.[97] Vaikkakin oikeudenkäyntiasianajajat ovat itsenäisiä suhteessa toisiinsa, heidän keskinäinen vuorovaikutuksensa on tiivistä - se

---

[93]Verratessaan toisiinsa juridiikan opetusta Englannissa ja Ranskassa *David*, English Law and French Law s. 11, päätyy siihen, että edellä mainitussa juridiikan opettaminen on teknisempää, kun taas ranskalainen opetusmetodi lähenee opetuksellisesti sosiaalitieteitä.

[94]Ks. opetuksen teoreettisuudesta käydystä keskustelusta esimerkiksi *Berman*, Law and Revolution s. 125.

[95]*Leigh-Kile*, Lawyers of the Spot s. 26 (London 1997).

[96]Ks. *Boin*, Englische Barrister und die Sozietät s. 393. Säädännäisestä oikeudesta ks. Code of Conduct of the Bar (pykälä 207 A) sekä vuoden 1980 Partnership Act pykälä 1(1). Oikeudenkäyntiasianajajien inneissä sijaitsevista työhuoneista käytetään nimitystä chambers, kun taas toimistoasianajajien työhuoneisiin viitataan termillä office. On huomattava, että kaikki oikeudenkäyntiasianajajat eivät esiinny tuomioistuimissa. Jotkut ovat keskittyneet täydellisesti toimistotyöhön ja siksi heitä kutsutaan nimellä chamber barristers.

[97]Mielenkiintoisinta on, että tapausta istuva tuomarikin voi olla saman innin jäsen kuin asiamiehet. Tämä johtuu siitä, että kaikki tuomarit ovat nimitysjärjestelmänsä vuoksi entisiä oikeudenkäyntiasianajajia. Ks. myöhempi luku 2.4.

on mahdollista, koska heitä on lukumääräisesti varsin pieni joukko ja koska suurin osa heistä (70 %) toimii Lontoon alueella.[98] Itse asiassa koko ennakkotapausjärjestelmän edellytyksenä on oikeudenkäyntiasianajajien tiivis vuorovaikutus toistensa kanssa. Se on tekijä, joka aikoinaan mahdollisti järjestelmän syntymisen ja se myös ylläpitää sitä.[99]

Oikeudellista apua tarvitsevan henkilön ei sallita itse ottavan oikeudenkäyntiasianajajaan yhteyttä. Asiakkaan on ts. käännyttävä ensin toimistoasianajajan puoleen. Tämä tekee valmistelevat toimenpiteet ja ottaa myöhemmin yhteyttä oikeudenkäyntiasianajajaan.[100] Tälläinen kahden asiamiehen velvoite nostaa luonnollisesti prosessoimisen kokonaiskuluja ja siksi riidat pyritään yleensä sopimaan tuomioistuinten ulkopuolella.[101] Oikeudenkäyntiasianajajat eivät myöskään neuvottele itse palkkioidensa suuruudesta vaan tuo tehtävä kuuluu inneissä toimiville sihteereille (clerks). Käytännössä toimitaan niin, että toimistoasianajaja kertoo sihteerille, kuinka paljon hänen asiakkaallaan on varaa maksaa, ja sihteeri kertoo sitten, kuka hänen tietämänsä oikeudenkäyntiasianajaja suostuu sen kokoisella palkkiolla asiaa ajamaan.[102] Oikeudenkäyntiasianajajan aseman kannalta ei katsota soveliaaksi sitäkään, että he vaatisivat asiakassaamisiaan tuomioistuinteitse maksuun. Heitä on traditionaalisesti pidetty vaikutusvaltaisina herrasmiehinä, joiden ei sovi kiistellä rahasta. He kuuluvat yhteiskunnalliseen eliittiin, jotka eivät elä tapauksesta toiseen kädestä suuhun mentaliteetilla.[103]

---

[98]Vuonna 1994 oikeudenkäyntiasianajajia oli hieman yli 8000, kun taas toimistoasianajajia oli tuolloin useampi kymmenen tuhatta enemmän (noin 70 000). Tilastoja on esitellyt *Boin*, Englische Barristers und Sozietät s. 388-90, joka on huomauttanut kummankin asianajajaryhmän kasvaneen viime vuosina huomattavalla nopeudella.

[99]Tärkeä merkitys on ilmeisesti myös tuomarien ja oikeudenkäyntiasianajajien istuntosalien ulkopuolella käymillä epävirallisilla keskusteluilla.

[100]Käytännössä oikeudenkäyntiasianajajan valintaa ohjaa eniten asiakkaalla käytettävissään olevien varojen määrä.

[101]*Atiyah*, Law and Modern Society s. 62 ss.

[102]*Petersen*, Englannin oikeuslaitos s. 123. Oikeudenkäyntiasianajajat voivat luottaa siihen, että sihteerit pyrkivät pitämään heidän palkkionsa hyvällä tasolla - ovathan he oikeutettuja tiettyyn osuuteen neuvottelemastaan palkkiosta.

[103]*Redmond-Shears*, General Principles of English Law s. 58. Vuonna 1999 huhtikuussa voimaantullut lainuudistus tähtää siihen, että riita-prosessista asianosaiselle koituvat kustannukset eivät nousisi kohtuuttomiin summiin. Uusien oikeudenkäyntisääntöjen mukaan asianajajat eivät saa viivyttää prosessia turhaan. Juristin on myös toimitettava tuomareiden hyväksyttäväksi arvio oikeudenkäyntikuluista, jotta asianosaisen saama lasku ei tulisi hänelle täydellisenä yllätyksenä. Ks. Civil Procedure Rules 1998 (muutettu: Civil Procedure (Amendment) Rules 1999 (sääntöjen soveltamisalaan kuuluvat Court of Appeal, High Court ja County Courtit). Yhtäaikaa tuli voimaan myös oikeusapu-uudistus,

Oikeudenkäyntiasianajajien keskuudesta on erotettavissa vielä pienempi ryhmä eli ne, jotka ovat saaneet kuninkaallisen neuvonantajan, asianajoneuvoksen, arvonimen (Queen´s Councel eli QC).[104] Vain menestyneimmät ja kokeneimmat oikeudenkäyntiasianajajat voivat tätä arvonimeä anoa ja hakemuksen käsittelyn edellytyksenä on vähintään kymmenen vuoden työkokemus. Käytännössä asianajoneuvoksen arvonimi myönnetään vain niille, jotka ovat toimineet oikeudenkäyntiasianajajina vähintään 15 vuotta.[105] Asianajoneuvokset hoitavat kaikkein vaikeimpia juttuja jättäen rutiininomaisemmat nuorempien ja kokemattomampien tehtäväksi. He esiintyvät oikeudessa aina tavallinen oikeudenkäyntiasianajaja rinnallaan, jonka vuoksi heidän täytyy ottaa tehtävänsä hoidosta suurempi palkkio, jotta se kattaisi myös tämän ns. juniorin palkkion. Kaikki eivät halua tätä suurempaa palkkiota maksaa ja toivovat siksi, että heidän asiamiehinään toimisivat tavalliset oikeudenkäyntiasianajajat. Tämän vuoksi asianajoneuvokseksi nimittämiseen liittyy myös taloudellinen riski, jota läheskään kaikki eivät ole halukkaita ottamaan.[106]

Käytännölliseltä kannalta asianajajakunnan kahtiajaon merkitys on ollut kaventumaan päin. Varsinkin sen jälkeen, kun vuoden 1990 Courts and Legal Services Act kavensi 1600-luvulta periytyvää oikeudenkäyntiasianajajien yksinomaista oikeutta toimia asiamiehinä High Courtissa. On tosin huomattava, että ennen tätä uudistusta toimistoasianajajat olivat saaneet ajaa päämiehensä asioita alimmissa oikeusinstansseissa, kuten County Courteissa ja Magistrates´ Courteissa. Kun merkittävä määrä oikeusriidoista käsitellään näillä oikeuskoneiston alimmilla portailla, on toimistoasianajajien esiintymisoikeus ollut jo ennen vuoden 1990 lakia tosiasiallisesti laaja.[107] Asianajajakunnan kahtiajaolla on kuitenkin yhä edelleen huomattava

johon on osin otettu mallia yhdysvaltalaisesta oikeudesta. Nyt myös Englannissa on mahdollista sitoa juristien palkkio jutun menestymiseen eli asianosainen joutuu maksamaan asianajajansa palkkion vain, jos hän voittaa juttunsa. Tämän "no win no fee" -säännöksen kritiikistä ks. *Mears*, Gamma minus ? s. 486 sekä *Posner*, Law and Legal Theory in England and America s. 72.

[104]Asianajoneuvosten lempinimenä on silk, koska heidän oikeudenkäynnissä käyttämänsä viitta on tehty silkistä, muiden oikeudenkäyntiasianajajien taas puuvillakankaasta.

[105]Ks. asianajoneuvoksen nimitysehdoista ja käytännön ohjeista lordikanslerin kotisivut (http://www.open.gov.uk/lcd/judicial/silk3.htm), missä mahdollisia hakijoita muistutetaan, että "Since silk is primarily a recognition of distinction in advocacy, the Lord Chancellor also expects that the applicant will have practised as an advocate in the higher courts for long enough to develop the ability and experience to justify the appointment."

[106]Asianajoneuvosten määrä oikeudenkäyntiasianajajien kokonaislukumäärästä on pysytellyt noin 10 prosentissa.

[107]Ks. *Boin*, Englische Barristers und die Sozietät s. 386.

merkitys ja oikeudenkäyntiasianajajien nauttima yhteiskunnallinen arvostus ilmenee konkreettisesti esimerkiksi tuomarinimityksissä.[108] Se ilmenee myös asiamiesten pukeutumissäännöissä. Toisin kuin oikeudenkäyntiasianajajat, toimistoasianajajat eivät näet käytä peruukkia tuomioistuimissa esiintyessään.[109]

Juristikunnan kahtiajaon kaventumisesta huolimatta kaikki näyttäisi viittaavan siihen, ettei juristien kahtiajakoa tulla ainakaan lähitulevaisuudessa kokonaan poistamaan - niin syvään se on englantilaiseen oikeuskulttuuriin aikojen kuluessa juurtunut. *Richard A. Posner* on muistuttanut myös siitä, että jos juristien kahtiajako poistettaisiin, olisi odotettavissa vastaava ilmiö, kuin mikä on ollut Yhdysvalloissa havaittavissa viime vuosien aikana. Juristikunnan kesken on siellä käynnissä sisäinen kilpailu, kun asianajajat ajavat lähinnä asiakkaittensa etuja (ja tätä kautta omia etujaan), eivätkä he pyri toimimaan totuuden välikappaleina, joiden ensisijaiset velvollisuudet kohdistuisivat tuomioistuinta kohtaan.[110] Oikeuden rehti toteuttaminen onkin korostetun englantilainen piirre - se on velvoite, joka kohdistuu tuomioistuinten jäsenten lisäksi kaikkiin asianajajiinkin.

2.3. Oikeusprosessi ja juristien ammattitaito

"asianajokunnan tehtävänä on suostuttelu.."[111]

Englantilaisen oikeusprosessin rakenne edellyttää tuomioistuinjuristeilta vankkaa ammattitaitoa, ja heillä on oikeuden toteuttajina tärkeämpi asema kuin mannereurooppalaisissa oikeusjärjestelmissä toimivilla kollegoillaan. Englantilainen prosessi on nimittäin akkusatorinen, mikä tarkoittaa, että

---

[108]*Glendon-Gordon-Osakwe*, Comparative Legal Traditions s. 387, jossa kirjoittajat yhteenvedonomaisesti selventävät asianajajien tehtäväkenttiä. (Heidän teoksensa on kirjoitettu ennen Courts and Legal Services Actin 1990 voimaantuloa, joten sen mukanaan tuomat muutokset on otettava heidän teostaan lukiessa huomioon). Toimistoasianajajat ovat yleensä keskittyneet toimistotyöhön eli laatimaan asiakirjoja, järjestämään kiinteän omaisuuden luovutuksia ja neuvomaan asiakkaita. Ks. myös *Usher*, Careers in the Law in England and Wales s. 52 (London 1982), joka on kuvannut oikeudenkäyntiasianajajan tavalliseen työpäivään kuuluvia tehtäviä.

[109]Tuomioistuimissa asiamiehinä toimivien juristien pukeutumiskoodit ovat tarkat ja ne vaihtelevat sen mukaan, onko kyseessä asianajoneuvos, oikeudenkäyntiasianajaja vai toimistoasianajaja. Ks. Practice Direction (Court Dress)(No 3) (http://courtservice.gov.uk/legalx.htm)

[110]Law and Legal Theory in England and America s. 73.

[111]*Paterson*, The Law Lords s. 49.

kummankin puolen asiamiesten on esitettävä tuomareille sekä kaikki tapauksen tosiseikkojen kannalta oleelliset ennakkotapaukset että lainsäännökset.[112] Ylähuoneessakin käsittelyt ovat suullisia eivätkä tuomarit yleensä tutustu siihen kirjalliseen materiaaliin, mitä heillä olisi ennen tapauksen käsittelyä käytössään.[113]

Asianajajien tuomioistuimissa esittämillä argumenteilla lienee suuri merkitys sille, mitä tuomarit äänestyslausuntoihinsa kirjoittavat. Tuomioistuinten kehittämien oikeusohjeiden onkin osoitettu joissakin tapauksissa olleen suoraa seurausta oikeudenkäyntiasianajajien esittämistä näkökannoista.[114] Akkusatorisen prosessin vuoksi asianajajien ensisijaisena velvollisuutena on osoittaa se suunta, mihin oikeudenkäynti lähtee kehittymään. Käytännössä tuomarit kuitenkin asettavat asianajajien argumentoinnille rajoituksia ja huolehtivat esimerkiksi siitä, etteivät nämä riko sitä kirjoittamatonta sääntöä, jonka mukaan vetoomustuomioistuimissa ei saa vedota perusteisiin, joihin ei ole vedottu jo alemmissa tuomioistuimissa.[115]

Yhdysvaltalaisesta käytännöstä poiketen oikeudenkäyntiasianajajat eivät mielellään aja sellaisia juttuja, joissa esitetyille vaateille ei näyttäisi olevan oikeudellisia perusteita. Tämä johtuu tuomareiden suhteellisen vähäisestä määrästä, joka käytännössä tarkoittaa, että asianajajat joutuvat todennäköisesti esiintymään useamman kerran saman tuomarin edessä. Tämän vuoksi he eivät halua leimautua halpahintaisiksi riitapukareiksi.[116] Toisaalta akkusatorisen prosessin toimintaedellytyksenä on juristien asiantuntemus ja rehellisyys - prosessi oikeastaan rakentuukin sen luottamuksen pohjalle, mitä

---

[112]*Patersonin*, The Law Lords s. 64 ss., mielestä asianajajakunta tuntuu sisäistäneen ajatuksen siitä, että heidän tehtäviinsä ei kuulu ennakkotapausoikeuden kehittäminen. He tuovat esiin tapauksen ratkaisemisen kannalta oleellisen oikeudellisen materiaalin, mutta pysyttäytyvät sen tulkinnassa yleensä perinteisillä linjoilla.

[113]*Paterson*, The Law Lords s. 35 ss. Myös *Atiyah-Summers*, Form and Substance in Anglo-American Law s. 280.

[114]Ks. lisää *Wilson*, English Legal Scholarship s. 835 ss.

[115]Ks. *Paterson*, The Law Lords s. 66-83, siitä, millä tavoin tuomarit asianajajien argumentaatiota tosiasiallisesti ohjaavat. Riita-prosessia (ylähuonetta alemmissa instansseissa) on uudistettu (Civil Procedure Rules) huhtikuussa 1999. Uusissa säännöissä tuomareille on asetettu entistä tiukempi kustannuskontrolli, joka tarkoittaa, että heidän tulee ohjata prosessin kulkuakin entistä aktiivisemmin. Tuomarit vahvistavat käsittelyaikataulun ja voivat myös rajoittaa asiakirjojen esittämisvelvollisuutta ja asiantuntijoiden käyttämistä. Uudistusten tärkein tavoite on pitää oikeudenkäynnistä koituvat kulut kohtuullisina ja tehdä prosessista entistä tehokkaampi - myös nopeampi.

[116]*Paterson*, The Law Lords s. 29.

tuomarit tuntevat asioita tuomioistuimissa ajavia juristeja kohtaan.[117] Juristit mielletään totuuden välikappaleiksi ja heidän velvollisuuksiensa katsotaan kohdistuvan ensisijaisesti tuomioistuimia - ei päämiehiä - kohtaan.[118]

Asianajajien velvoitteisiin kuuluvat mm. vastuu ammattitaidosta ja siitä, että tapauksen selvittämiseen on valmistauduttu niin hyvin, ettei käsittelyn aikana kohdata turhia viivästyksiä. Tapauksen esittämisessä on oltava selkeä ja taloudellinen. Juristi ei saa turhaan haaskata kenenkään aikaa tai rahaa. Yleisesti ottaen juristit eivät saa "alentaa itseänsä" tapausta voittaakseen. Tämä tarkoittaa, että he eivät saa valehdella tai esittää tapauksessa esiintulleita tosiseikkoja harhaanjohtavasti. Asiakkaalle on ennen kanteen nostamista myös kerrottava, jos tapaus vaikuttaa toivottamalta eli turhia valituksia olisi vältettävä. Näissä rajoissa juristin on kaikin mahdollisin keinoin pyrittävä turvaamaan asiakkaansa oikeudet.[119]

2.4. Tuomarikunta

> "Tuomareilla on laajin rooli sen määrittämisessä, kuinka formaali tai aineellinen oikeusjärjestelmä luonteeltaan on."[120]

Tuomarin uraa ei voi Englannissa valita, vaan nimitys edellyttää sitä, että henkilö on toiminut oikeudenkäyntiasianajajana tietyn määräajan ja että häntä sen perusteella voi pitää tuomarin tehtävän hoitamiseksi riittävän oppineena ja moraalisena. Nimityskäytännön kehityskaaren on katsottu ulottuvan aina 1300-luvulle asti. Englantilaiseen tuomarijärjestelmään eivät kuulu ylennykset, vaan oikeudenkäyntiasianajaja voidaan valita suoraan jopa ylähuoneen tuomariksi. Nimitykset ovat epäpoliittisia ja perustuvat ainoastaan

---

[117]Ks. *Ipp*, Lawyers Duties to the Court s. 93. *Posner*, Law and Legal Theory in England and America s. 22-25, katsoo, että englantilaiset asianajajat ovat riippuvaisia tuomareiden heitä kohtaan tuntemasta hyväntahtoisuudesta. Hänen mielestään vastaavat piirteet puuttuvat yhdysvaltalaisesta systeemistä lähinnä juristien ja tuomareiden moninkertaisen määrän vuoksi.

[118]Oikeastaan juristin velvoitteet eivät kohdistu tuomioistuimiin tai yksittäisiin tuomareihin vaan siihen laajempaan yhteisöön, jolla on intressiä oikeuden toteutumisesta. Tuomioistuin toimii vain näiden velvoitteiden toimeenpanijana, laajemman oikeusyhteisön edunvalvojana. Ks. ennakkotapaus Rondel v Worsley [1969] 1 AC 191. Ks. myös Giannerelli v Wraith (1988) 165 CLR 543, erityisesti s. 556.

[119]Aiemmin nämä velvoitteet olivat ennakkotapausten varassa. Nykyisin niistä säätävät myös uudet riitaprosessia koskevat säännöt (Civil Procedure Rules). Ks. ennakkotapaus Tombling v Universal Bulb Co. Ltd. [1951] 2 TLR 289 sekä *Ipp*, Lawyers Duties to the Court s. 65.

[120]*Atiyah-Summers*, Form and Substance in Anglo-American Law s. 336.

tuomioistuimissa ja inneissä saatuun kokemukseen ehdolla olevan henkilön ammattitaidosta ja yhteistyökykyisyydestä.[121] Tuomioistuinten rakenteen ja nimitysjärjestelmän vuoksi Englannin ylimpien tuomioistuinten tuomareiden voi olettaa olevan juristikunnan "kermaa." Ero esimerkiksi suomalaiseen järjestelmään on tältä osin selvä. Kun meikäläiset juristit valitsevat itse, ryhtyvätkö he tuomioistuin- vai asianajouralle, Englannissa tuomarit valikoidaan oikeudenkäyntiasianajajien keskuudesta. Asianajoura ei sulje tuomarinuraa pois, vaan on päinvastoin sen edellytyksenä.[122]

Englantilaisissa oikeusinstansseissa on maan väkilukuun (noin 55 miljoonaa) suhteutettuna vähäinen määrä ammattituomareita: yhteensä hieman yli tuhat. Sitä vastoin esimerkiksi Saksassa on noin 15 000 tuomaria. Yksin valtiosääntötuomioistuimessa työskentelee yli sata henkilöä enemmän kuin ylähuoneessa, jossa tuomareita on 12.[123] Ihmetystä herättää se, kuinka näin vähäisen määrän tuomareita on mahdollista saada ratkaistua englantilaisissa tuomioistumissa käsittelyyn tulevat oikeusriidat. Ylähuoneessa ratkaistaan vuodessa enimmillään seitsemänkymmentä tapausta. Ne ovat ns. johtavia tapauksia (leading cases), joiden tarkoituksena on selventää ja kehittää ennakkotapausjärjestelmää. Käsiteltäväksi otettavien juttujen määrällinen ja laadullinen rajoittaminen on mahdollista valituslupajärjestelmän

[121]Tästä ks. esimerkiksi *Abraham*, The Judicial Process s. 31: "judges are designated by the Crown with little direct surrender to politics." Kirjoittaja on tehnyt tässä yhteydessä vertailua Yhdysvaltain oikeuteen, jossa tuomarinimitysten luonne on poliittisempi.

[122]Ks. Suomen tuomareiden nimitysjärjestelmästä Nimityslakityöryhmän mietintö (6.4.1999): Tuomarin nimittäminen s. 16-19. Ks. korkeimpien oikeuksien tuomareiden urasta ennen nimitystään myös s. 25-27. Mietinnössä on myös oikeusvertailevaa informaatiota tuomarin kelpoisuusvaatimuksista Saksassa ja Ranskassa (s. 40-42). Ks. myös *Takki*, Korkeimmat oikeudet: ylimmän lainkäytön järjestelyistä siviili- ja rikosjutuissa eräissä Euroopan valtioissa s. 139 (Vammala 1984), jossa hän huomauttaa, että Saksan liittotasavallan ja Ranskan oikeusjärjestykset pyrkivät nimenomaisin säännöksin edesauttamaan professoreiden siirtymistä jäseniksi ylimpään oikeusasteeseen. *Takin* teos on yleisemmältä kannaltakin kiinnostava siksi, että hänen lähestymistapansa on leimallisesti oikeusvertaileva (kohdemaina ovat Ruotsi, Saksan liittotasavalta ja Ranska).

[123]Ks. tilastot englantilaisten tuomareiden määrästä vuonna 1997 lordikanslerin kotisivuilta (http://www.open.gov.uk./lcd/judicial/womapp.htm). Myös *Posner*, Law and Legal Theory in England and America s. 28, jossa on luetteloitu kahdentoista eri maan tuomarien määrä suhteutettuna maan väkilukuun sekä juristien määrään. Luettelon luvut vahvistavat käsitystä siitä, että anglosaksisten oikeussysteemien rakenteessa on jotain erityislaatuista verrattuna mannereurooppalaisiin oikeusjärjestelmiin. Esimerkiksi Saksassa on yksi tuomari 4500 kansalaista kohti, kun taas Englannissa on yksi tuomari 55 000 kansalaista kohti. Uudessa-Seelannissa vastaava luku on 23 800 ja Yhdysvalloissa 19 900.

ansiosta.[124]

Tuomareiden vähäistä määrää analysoitaessa on otettava huomioon myös muita oikeuskulttuuriin liittyviä seikkoja. Ensinnäkin High Courtissa vireille pantavien oikeusriitojen määrä on vähäinen ja niistäkin vain osa lopulta todella saatetaan tuomioistuimen ratkaistavaksi. Syynä on perusteellinen esivalmistelu, johon tuomarin ei tarvitse osallistua. Merkittävä yksityiskohta on myös se, että High Courtissa saatetaan juttuja ratkaista yhden tuomarin kokoonpanossa. Englannissa on myös yli tuhat sellaista (alimman asteen) oikeusistuinta, ns. Magistrates´ Courtia, joissa tuomarina toimivat maallikkorauhantuomarit ilman palkkaa (näin varsinkin silloin, kun tuomioistuin toimii pienellä paikkakunnalla). Suuremmissa kaupungeissa näissäkin oikeusinstansseissa tuomareina toimivat henkilöt ovat lainoppineita, joille myös maksetaan korvaus heidän tekemästään työstä.

Tuomareiden vähäisen määrän lisäksi heidän joukkoansa leimaa taustan samankaltaisuus. Tuomareina toimivat henkilöt ovat yleensä kotoisin yhteiskunnan etuoikeutetuimmista perheistä, ja ovat siksi yleensä käyneet yksityisiä kouluja. Ylähuoneen kahdentoista tuomarin eli eliniäkseen aateloidun lordin (Lords of Appeal in Ordinary[125]) joukkoon ei kuulu yhtään naista. Vetoomustuomioistuimena toimivan Court of Appealin 35 tuomarin (Lord Justices of Appeal, lyhennettynä L.J.) joukossa heitä on yksi ja High Courtin 97 tuomarin (Justices, lyhennettynä J.) joukosta heitä löytyy tällä hetkellä seitsemän.[126] Mihinkään näistä kolmesta korkeimmasta oikeusinstanssista ei ole yleensä nimitetty etnisen vähemmistön edustajia. Nämä tuomioistuinten kokoonpanot tarkoittavat, etteivät ne käytännössä heijasta yhteiskunnallista

---

[124]Valitusluvasta ks. Appellate Jurisdiction Act 1876, Administration of Justice (Appeals) Act 1934, Criminal Appeal Act 1968, Administration of Justice Act 1960, Administration of Justice Act 1969. Lisäksi on huomioitava Pohjois-Irlantia koskevat erillissäännökset (koska sikäläisissä siviiliasioissa ylähuone on ylin tuomioinstanssi). Yleisesti ottaen ylähuone ei itse harkitse valitusluvan myöntämistä vaan sen tekee se alempi tuomioistuin, jonka ratkaisusta halutaan valittaa. Jos tällä tavoin anottu valituslupa evätään, voi asian saattaa ylähuoneen ratkaistavaksi (kolmen tuomarin kokoonpanossa). Tästä tarkemmin esimerkiksi parlamentin kotisivut (http://www.parliament.the-stationery-of...a/ld199697/ldinfo/ld08judg/ld08judg.htm)

[125]Suomalaisittain lähin termi lienee oikeusneuvos, mutta joskus olen nähnyt puhuttavan myös lakilordeista. Vastaisuudessa puhun kuitenkin ylähuoneen tuomareista.

[126]Naiset saivat kelpoisuuden tuomarinvirkoihin vuoden 1919 Sex Disqualification Actilla. Nyt voisi ennustaa, että tulevaisuudessa naisten tuomarinimitykset yleistyvät - onhan heidän suhteellinen osuutensa oikeudenkäyntiasianajajista jatkuvassa kasvussa. Naisja miestuomareiden tarkat määrät kussakin oikeusasteessa löytyvät lordikanslerin kotisivuilta (http://www.open.gov.uk/lcd/judicial/womapp.htm).

todellisuutta.[127]

Tuomareita pidetään formalistisina, joka tarkoittaa, että he pyrkivät ensisijaisesti toteuttamaan muodollista oikeudenmukaisuutta.[128] Tämä tuo oikeusjärjestelmään välttämättä konservatismia ja edistyksen estävää stabiilisuutta. Konservatismia ylläpitää tuomareiden korkea keski-ikä. Käytännössä vain muutama High Courtin tuomareista on alle 50-vuotias, hyvin harva vetoomustuomioistuimen tuomari alle 55-vuotias ja ylähuoneeseen ei ole yleensä nimitetty alle 60-vuotiaita. Keski-ikä kahden ylimmän oikeusasteen tuomareiden keskuudessa on vaihdellut 65-68 vuoden välillä.[129] Korkean keski-iän taustalla vaikuttaa ajatus siitä, että tuomareina toimivien henkilöiden lainopillisen tietouden lisäksi myös heidän elämänkokemuksensa tulisi pyrkiä maksimoimaan.

Alan Patersonin laajaa kiinnostusta herättäneet haastattelututkimukset (joilla hän kartoitti vuosien 1957-1973 välisenä aikana ylähuoneessa toimineiden tuomareiden suhtautumista oikeuteen, lainkäyttöön, tuomarin asemaan lainsäätäjänä yms.) osoittavat kuitenkin, että tämä olettama englantilaisten tuomareiden konservatismista on vain karkea yleistys: vaikka heistä

---

[127]Huoli tästä on saanut aikaan sen, että ensimmäinen "työpaikkailmoitus" (High Courtin) tuomareille julkaistiin sanomalehdistössä (The Times) 24. helmikuuta 1998. Ks. *Slapper*, English Legal System s. 27, joka kirjoittaa: "Much of the concern about making judges more socially acceptable arises from the recognition that, after the forthcoming incorporation of the European Convention of Human Rights into English law, the judges will have to perform an even more political role than they do at present. Lord Irvine, the Lord Chancellor, takes the view that an independent Judicial Appointments Commission would not operate satisfactorily because it would openly politicise the appointments process like the American system." *Slapperin* kirjoituksen jälkeen Englannissa on tullut voimaan Human Rights Act 1998, jonka merkityksestä Euroopan ihmisoikeussopimuksen artiklojen voimaansaattajana ks. tämän tutkimuksen II osan luku 3.3.3.

[128]*Atiyah*, The Rise and Fall the Freedom of Contract s. 660, kuvailee Englannissa 1800-luvulla alkaneen formalismin merkinneen mm. seuraavien tunnusmerkkien ilmaantumista oikeudelliseen järjestelmään: "..in particular, it involved rejection of the law-making power of the judge, rejection of the relevance of policy issues to legal questions, belief that law was a deductive science of principles, and that one "true" answer to legal questions could be found by a strictly logical process." Formalismin määritelmästä nykypäivänä ks. *Steyn*, Does Legal Formalism Hold Sway in England ? s. 46 sekä *Atiyah*, Form and Substance in Legal Reasoning: the Case of Contract s. 19 ss.

[129]Ks. *Atiyah*, Law and Modern Society s. 10. Myös *van Caenegem*, Legal History s. 180 ss: "a further fatal result is that the control of legal development lies in the hands of a gerontocracy." Erilaisesta nimitysjärjestelmästä johtuen esimerkiksi Saksassa voi olla tuomarin tehtäviä hoitamassa hyvin nuoriakin henkilöitä. Tästä huolimatta saksalaiset tuomarit ovat ennen nimitystään hankkineet työkokemusta toimimalla yleensä joko syyttäjinä tai olemalla töissä jossakin ministeriössä.

osa on jyrkän formalistisia, osa heistä on myös reformihenkisempiä. Kun *Paterson* esimerkiksi kysyi tuomareilta, onko jokaiseen oikeusriitaan olemassa yksi ainoa oikea ratkaisu, vastasi heistä suurin osa kieltävästi. Tuomareilla on omasta mielestään myös luova funktio (tietyissä rajoissa) ja lisäksi heidän on konkreettisia tapauksia ratkaistaessaan taiteiltava jatkuvasti oikeusvarmuuden ja yksittäistapauksellisen oikeudenmukaisuuden väliin kiinnitetyllä trapetsilla. Tutkimusten mukaan uuden luominen ei tapahdu kuitenkaan rajoittamattomasti ja irrationaalisesti, vaan syntyy tuomarikunnan formalistisempien ja reformihenkisempien jäsenten keskinäisen vuorovaikutuksen - heidän keskinäisten kompromissiensa - tuloksena. Tämän lisäksi deklatorista teoriaa pyritään pitämään ideologisena suuntaviivana, kun pohditaan tuomarin uutta luovan funktion rajoja. Näin siitä huolimatta, että tuskin kukaan enää uskoo siihen, että tuo teoria ymmärrettynä sen puhtaassa muodossa edustaisi Englannin oikeudessa todellista asiaintilaa.[130]

Ylimpien oikeusasteiden - ja erityisesti ylähuoneen - tuomareilla katsotaan olevan jotain tavalliselta kansalaiselta salattua tietoa, ja kritiikki heidän toimintaansa kohtaan on harvinaista.[131] Tässä valossa myös heidän rajallinen luova funktionsa on tullut hyväksytyksi. *Robert S. Summers* on todennut, että Englannissa lainkäyttö perustuu pikemminkin taitoon kuin tietoon: "tuomari on käsityöläinen. Hänen erityiset lahjansa ilmenevät siinä, että hän osaa muokata lain raaka-ainemateriaalista viisaita, oikeudenmukaisia ja oikeita johtopäätöksiä.."[132] Luottamus tuomareiden ammattitaitoa ja puolueettomuutta kohtaan ilmenee siitä, että lautamiesten (juryn) käyttämisestä on vakavia rikosjuttuja lukuunottamatta luovuttu. Siitä huolimatta maallikkojäsenten "henki" vaikuttaa yhä tuomioistuimen menettelyä koskevissa säännöissä.[133] Kukin esillä oleva juttu pyritään käsittelemään keskite-

[130]*Paterson*, The Law Lords s. 192 ss.

[131]*David*, English Law and French Law s. 15, kuvaa sitä, kuinka Englannissa juridiikan opetus johtaa siihen, että lain ymmärtämisen ajatellaan kuuluvan vain rajoitetulle väestönryhmälle. Esimerkiksi Ranskassa (ja monissa muissakin mannereurooppalaisissa oikeuskulttuureissa) monet muutkin, kuin vain juristin uralle tähtäävät opiskelijat lukevat yliopistossa lakia: "the law is still something which is conseived in a broader sense in France or Germany than in England where, in spite of a noteworthy evolution, law remains essentially a field of study reserved for a somewhat narrow group of law practitioners".

[132]The Legal System s. 260. *Lord Mustill*, What do Judges Do ? s. 612, on kuvannut tuomareita värikkäästi henkilöiksi, joilla on hallussaan mystistä, tavalliselta kansalaiselta ulottumattomissa olevaa tietoa. Tuomari ei työssään ole "tavallinen kuolevainen".

[133]*Lord Goff*, The Future of the Common Law s. 759. *Bankowski-MacCormick*, Statutory Interpretation in the UK s. 401: "Jury trial is the role for all serious crimes, but civil juries are now relatively rare. There is a strong degree of trust in the honesty and honour of members of the bar, and stringent professional discipline in matters of ethics". Ks. myös

tysti ilman lykkäyksiä (ns. day-in-court -periaate) ja suullisesti. Tuomarit eivät aktiivisesti johda prosessin kulkua, vaan vastuu asian selvittämisestä ja esittämisestä on asiamiehinä toimivilla oikeudenkäyntiasinajajilla; jos prosessia käydään alemmissa oikeusinstansseissa, voi asian selvittämisvastuu olla myös toimistoasianajajilla.[134] Tämän asianajajilla olevan aktiivisen roolin vuoksi tuomarit voivat toimia alemmissa oikeusinstansseissa myös yhden tuomarin kokoonpanossa.

Ulkopuolisen painostuksen mahdollisuus on pyritty sulkemaan pois sillä, että tuomioistuinten jäsenet ovat lähes erottamattomia eikä heidän palkkauksestansa äänestetä parlamenttitasolla vuosittaisen budjetin yhteydessä.[135] Toisaalta virkasyytteet tuomareita vastaan ovat tuntemattomia. Englantilaisten olisi vaikea ymmärtää, että tuomari voisi tehdä virkavirheen - onhan lähtökohtana se, että tuomareita ei edes pidetä osana virkamieskuntaa, vaan nimenomaan virkamieshallinnon vastavoimana.[136]

Atiyah-Summers, Form and Substance in Anglo-American law s. 38-40. Kirjoittajien mukaan juryn puuttuminen modernista oikeudenkäytöstä kuvastaa sitä, miten suuri luottamus poliittisilla ja oikeudellisilla elimillä on toisiansa kohtaan.

[134]Oikeusprosessin luonteen vuoksi oikeudenkäyntiasianajajien tie menestykseen riippuu pitkälti siitä, kuinka hyvin he kykenevät asiansa esittämään ja pystyvätkö he voittamaan tuomioistuimen jäsenet puolellensa. Retorisilla taidoilla lienee ollut suurempi merkitys silloin, kun lautakunnat osallistuivat oikeusriitojen käsittelyyn.

[135]*Atiyah*, Law and Modern Society s. 14, toteaa, että erottamattomuudesta on teoreettisesti mahdollista poiketa ainoastaan parlamentin ala- ja ylähuoneen yhteisesti tekemästä ehdotuksesta hallitsijalle. Alkujaan asiasta säädettiin vuoden 1701 Act of Settlementilla. Sääntö säilyi muuttumattomana vuoden 1875 Judicature Actissa ja nykyisin se sisältyy vuoden 1925 Supreme Court of Judicature (Consolidation) Actiin. Säädöksen voimassaoloaikana sitä ei ole kuitenkaan kertaakaan jouduttu käyttämään. Ks. *Zweigert-Kötz*, An Introduction to Comparative Law s. 218, jossa ihmetellään, kuinka sääntöä edes osattaisiin soveltaa konkreettiseen tilanteeseen, kun sen tulkinnasta ei ole olemassa ennakkotapausta. Erottamissääntö on voimassa vain ylimpien oikeusasteiden - High Courtin, Court of Appealin ja ylähuoneen - tuomareihin nähden.

[136]Ks. *Malleson*, Judicial Training and Performance Appraisal: The Problem of Judicial Independence s. 662-666. Kirjoittaja toteaa, että julkisen sektorin läpileikannut kuluttajaystävällinen ajattelu on vaikuttanut siten, että (alempien tuomioistuinten) tuomarikin nähdään nyt helpommin osana muuta yhteiskunnallista koneistoa, jonka pääasiallinen tehtävä on palvella suurta yleisöä. *Mallesonin* mukaan muutos ei vielä uhkaa elitistisempää ylähuonetta. Se voi tapahtua vasta ajan myötä, kun uudet tuomarisukupolvet syrjäyttävät nykyiset tuomarit.

2.5. Äänestyslausunnot ja ennakkotapausoikeus

> "monet heistä ovat olleet suuria persoonallisuuksia ja huoletta voidaan sanoa, että he kaikin puolin vievät voiton mannermaisista virkaveljistään."[137]

Englantilaisen oikeusjärjestelmän selkäranka on rakentunut tuomareiden ratkaisemista ennakkotapauksista - päätöksistä ja niiden perusteluista. Koska säädännäinen oikeus ei määrää mitään siitä, mihin muotoon prejudikaatit tulisi kirjoittaa ja mitä niiden tulisi sisältää, on kehitys tässäkin suhteessa ollut tuomareiden omissa käsissä. Vielä 1700-luvulla tuomarit ilmoittivat ratkaisujensa syyt ainoastaan silloin, jos katsoivat sen yksittäistapauksissa tarpeelliseksi - ja tuolloinkin pelkästään suullisesti. Selkeä muutos perustelukäytännössä tapahtui 1800-luvulla ilmeisesti sen seurauksena, että juryjen käytöstä alettiin siviilijutuissa luopua. Muutokseen vaikutti myös se, että ennakkotapausraporttien kehitys vaati päätösperusteluiden julkistamista.[138]

Päätösjustifikaation muoto kehittyi vuosisatojen aikana diskursiiviseksi. Ratkaisuja lukiessa nousee mieleen kuva siitä, miten ryhmä viisaita herrasmiehiä keskustelee keskenään vaikeista oikeudellisista ongelmista. Tämä päätöksille vakiintunut muoto on saanut positiivista palautetta niin hyvin kotimaassa kuin ulkomailla. Ylähuoneesta onkin sanottu, että se on ainoa tuomioistuin, jonka päätöksiä siteerataan kaikkialla Euroopassa. Tämä on tosiseikka, jota kukaan juristi ei voi olla kunnioittamatta ja jota tulee varjella myös tulevaisuudessa.[139]

> Ylähuoneessa käytetty päätösjustifikaation kirjoitustapa ei ole kuitenkaan välttynyt kritiikiltäkään. *Peter Goodrich* on esimerkiksi arvostellut ylähuonetta siitä, että tuomarit pyrkivät kirjoittamaan perustelunsa sellaisella oikeuskielellä, jota ei ilman juridista koulutusta osaa lukea. Tuomarin toimintaan sisältyy siten hänen mukaansa taito välittää ratkaisua koskeva informaatio siten, että vain erikoistunut ja etuoikeutettu ryhmä voi sen ymmärtää.[140]

Nykyisin jokainen päätöksen tekemiseen osallistunut ylähuoneen tuomari on oikeutettu antamaan tapauksen faktoista ja oikeuskysymyksistä oman lau-

---

[137] *Petersen*, Englannin oikeuslaitos s. 131.

[138] *Bergholtz*, Ratio et auctoritas s. 123.

[139] *Lord Goff*, The Future of the Common Law s. 757. Ks. myös *Markesinis*, A Matter of Style s. 610, jonka mukaan englantilaisen tuomioistuimen päätös on "a device excellent for teaching and suitable for export.." sekä saman kirjoittajan Learning from Europe and Learning in Europe s. 9.

[140] Ks. Reading Law s. 189, 194.

suntonsa, jota kutsutaan äänestyslausunnoksi (speech).[141] Päinvastoin kuin mitä *Goodrich* väittää, on näitä lausuntoja luonnehdittu sellaisiksi, että niissä pyritään mahdollisimman yksinkertaiseen kieleen ja lainopillisten hienouksien välttämiseen. Kieli saattaa olla välillä kärkevääkin, eivätkä humoristiset letkautuksetkaan ole tuntemattomia. Ratkaisun sivuilta välittyvätkin *Lord Goffin* mielestä lukijalle ne todelliset syyt, joiden vuoksi tuomarit ovat päätyneet johonkin tiettyyn johtopäätökseen. Toisaalta, jos ratkaisua tehneillä tuomareilla on ollut jotain epäilyksiä tai jos he ovat jotakin asiaa erityisesti punninneet, ilmenevät nämäkin seikat heidän kirjoittamistaan äänestyslausunnoista. Tosiseikat kirjoitetaan näet tarinan muotoon, ja esitetyt väitteet ja vaatimukset punnitaan toisiaan vasten relevantin oikeuslähdeaineiston valossa. Tämä tosiseikkojen ja oikeuslähteiden punninta pyritään myös lukijalle välittämään.

Tuomareiden mielipiteet jutun ratkaisusta voivat erota toisistaan. Tämä tarkoittaa, että heidän äänestyslausuntonsa voivat olla perusteluiltaan ja johtopäätöksiltään erilaiset. Tuomarit ovat individuaaleja, eikä tuomioistuimenkaan tarvitse siksi pitää yllä anonymiteetin ja yksimielisyyden kulissia.[142] Ylähuoneessa vallitsee mielipiteen ilmaisun vapaus, jota *Paterson* nimittää laissez-faire -mentaliteetiksi.[143] Tuomioistuimen auktoriteetin ei pelätä heikentyvän, vaikka tuomarit eivät kaikista ratkaisuista yksimielisyyttä saavuttaisikaan. *Bernard Ruddenin* mukaan eriävien mielipiteiden ilmaisemisella muistutetaan siitä tosiseikasta, että lain soveltaminen ei voi olla mekaanista toimintaa. Eriävien mielipiteiden avulla oikeus voi myös kehittyä, koska ne tuovat julkisuuteen voimassa olevan oikeusjärjestelmän heikkouksia ja erilaisia perspektiivejä tulkinnallisiin kysymyksiin. *Paterson* huomauttaa, että eriävillä mielipiteillä voi olla eri funktio ennen ratkaisun julkistamista kuin sen jälkeen ja *Ruddenin* mainitsemat perusteet kuuluvat näistä

---

[141]Ylähuoneessa juttuja istuu yleensä viisi tuomaria. Poikkeuksina ovat sellaiset jutut, joiden voi katsoa olevan erityisen vaikeita tai merkityksellisiä, jolloin tuomioistuimen kokoonpanoa vahvennetaan vielä kahdella jäsenellä.

[142]*Lord Goff*, The Future of the Common Law s. 756. Myös *Kahn-Freund*, Civil Law and Common Law - Real and Imaginary Obstacles to Assimilation s. 154 ss., jonka mielestä äänestyslausuntojen persoonallinen tyyli ratkaisujen yhteydessä ilmentää tuomariston sosiaalista ja poliittista asemaa. Vaikuttaa myös ilmeiseltä, että tuomarit ajattelevat jokainen itsenäisestikin omaavansa auktoritatiivisen aseman.

[143]Vrt. esimerkiksi Saksa, jossa julkaistavaan päätökseen ei kirjata eriäviä mielipiteitä. Poikkeuksena tästä ovat valtiosääntötuomioistuimen ratkaisut, joista ks. *Alexy-Dreier*, Statutory Interpretation in the Federal Republic of Germany s. 105 ja *Markesinis*, Conseptualism, Pragmatism and Courage s. 56-8. Suomalaisesta käytännöstä *Aarnio*, Statutory Interpretation in Finland s. 155 ss.

jälkimmäiseen aikaan; ennen ratkaisun julkistamista äänestyslausunnoilla yritetään näet ensisijaisesti vaikuttaa muiden päätöksen tekemiseen osallistuvien tuomareiden mielipiteisiin. Lopulta se, mikä funktio eriäville mielipiteille voidaan antaa, liittyy siihen, kenelle tuomareiden voi katsoa päätösperustelunsa kirjoittavan.[144]

Oikeuskirjallisuudessa on tosin huomautettu siitä, että vaikka eriäviä mielipiteitä voikin päätöksiin kirjata (ja niitä myös käytännössä niihin kirjataan), pyritään sellaisen ilmetessä selventämään kiistanalaiseksi jäänyt kysymys uudessa, olosuhteiltaan riittävän samanlaisessa tapauksessa. Joissakin tapauksissa - erityisesti rikosoikeudellisissa - saattaa myös esiintyä tarkoituksellista pyrkimystä yhtenäiseen linjanvetoon.[145] Tuomioistuimet pyrkivät siten Englannissakin mahdollisimman vakaaseen oikeusohjeiden kenttään eikä yksittäisten tuomareiden soolosuorituksiin.[146] Yleisesti ottaen mielipide siitä, onko eriävien mielipiteiden esittämistä pidettävänä hyväksyttävänä, vaihtelee jonkin verran kulloinkin vallitsevan oikeusideologisen ilmaston mukaan. Se, millainen merkitys eriäville mielipiteille annetaan, on siksi sellainen kysymys, johon jokaisen tuomarisukupolven on vastattava itsenäisesti - parlamentti ei ole siitä lailla säätänyt, eikä sille oikeuskirjallisuuden mukaan ole tarvetta ollutkaan.[147]

Ylähuoneen tuomareilla on heidän itsenäisestä asemastaankin huolimatta sosiaalinen toimintakonteksti, joka ei voi olla vaikuttamatta ratkaisujen yhteyteen kirjoitettujen äänestyslausuntojen sisältöön. Tuomarit nimittäin keskustelevat keskenään ja oikeudenkäyntiasianajajien kanssa ajankohtaisista oikeusriidoista istuntosalien ulkopuolellakin. Tällä vuorovaikutuksella on *Patersonin* tutkimusten mukaan yllättävän suuri merkitys tuomioistuinten

---

[144]Ks. *Rudden*, Courts and Codes in England s. 1016 sekä *Paterson*, The Law Lords s. 100. Tähän keskusteluun on osallistunut mm. *Markesinis*, Conceptualism, Pragmatism and Courage s. 59, viitaten oikeuskirjallisuudessa esiin otettuun seikkaan, miten englantilaisten ja saksalaisten tuomioistuinten jäsenten käymissä diskursseissa on eroja. Suurin oikeuskulttuureita erottava tekijä on oikeustieteen vahva asema Saksassa. Englantilaiset tuomarit haluavat sitä vastoin keskustella nimenomaan sen tahon kanssa, joka itsekin on heidän mielestään lain "sisällä" eli toisten tuomareiden ja asianajajien kanssa.

[145]*Paterson*, The Law Lords s. 108.

[146]Ks. tästä ennakkotapaus Herrington v British Railways Board [1972] AC 877, jota selvennettiin ratkaisulla Pannet v P.McGuinness & Co. Ltd [1972] 2 QB 599. Tapauksissa oli kyse rakennustyömaista ja rakennuttajien vastuusta niitä ulkopuolisia henkilöitä kohtaan, jotka satuttavat itseänsä työmaalla. Viimeksi mainitussa tapauksessa oikeustila vakautettiin niin, että kun roskien polttamisesta rakennustyömaalla oli ulkopuolisia varoitettu, ei sellaisella henkilöllä, joka oli nuo varoitukset ymmärtänyt, ollut oikeutta saada henkilövahingoistaan rakennuttajalta korvauksia.

[147]*Bankowski-MacCormick-Marshall*, Precedent in the UK s. 318.

jäsenten ratkaisutoiminnan kannalta: jos esimerkiksi inneissä käytyjen keskustelujen perusteella on selvää, että tuomari- ja asianajajakunnan keskuudessa vallitsee jostakin oikeudellisesta tulkinnasta suuri yksimielisyys, tuomari todennäköisesti pyrkii ratkaisuissaan tuon kannan mukaisiin johtopäätöksiin. Tämänkaltaista vaikutusta ei kuitenkaan voi aina tuomareiden äänestyslausunnoista lukea eksplisiittisesti esiin.[148] Joka tapauksessa olettama siitä, että tuomari tekisi päätöksensä oikeusyhteisöstä eristäytyneenä, on harhaanjohtava. Tuskin se olisi oikeudellisten ratkaisujenkaan kannalta suotuisa asiantila.[149]

2.6. Oikeustieteen asema

> "legal theory..in the common law world generally, has diversified considerably and shows signs of a confusing, sometimes confused, intellectual ferment."[150]

Sinä aikana, kun sitovaa ennakkotapausoppia ja tapauskokoelmia ei vielä tunnettu, kirjoitettiin teoksia, jotka tulivat hyväksytyiksi oikeuslähteiden asemaan.[151] Ensimmäisenä niistä julkaistiin *Glanvillen* De Legibus et Consuetudinibus Angliae vuodelta 1189 (joka käsittelee 1100-luvun maa- ja rikosoikeutta) ja viimeisenä *Blackstonen* Commentaries on the Laws of England, joka julkaistiin 1765. *Blackstonen* teoksessa "selostetaan Englannin oikeutta 18. vuosisadan jälkipuoliskolla. Blackstonen kommentaarit, jotka julkaistiin 1705-1765 ja joita on jatkuvasti toimitettu uudelleen, ovat verrattavissa *Pothierin* työhön Ranskassa. Niillä on ollut huomattava vaikutus Englannissa ja kaikissa englanninkielisissä maissa, sillä ne ovat kiteyttäneet Englannin oikeuden puitteet ja helpottaneet sen leviämistä ja vastaanottoa etenkin Amerikan Yhdysvalloissa."[152]

Muut oikeuslähteiden asemaan päässeet teokset tuolta ajanjaksolta ovat:

---

[148]*Paterson*, The Law Lords s. 21.

[149]Varsinkin, kun otetaan huomioon, miten tuomareiden harkintaan voivat vaikuttaa periaatteet ja seurausharkinnalliset argumentit. *Paterson*, The Law Lords s. 177, on tutkimustensa perusteella todennut, että seurausharkinnalla on ollut lainsoveltamistilanteissa paikkansa: "Indeed it is now juristic commonplace to recognise that hard cases involve not only the logic of antecedents but also the logic of consequences." Seurausharkinnasta ks. tämän tutkimuksen III osan luku 2.4.3.

[150]*Twining*, Globalization and Legal Theory s. 15.

[151]Mikä teos on tällaisen arvovaltaisen aseman saanut, riippuu sen ammatillisesta maineesta, joka voi selvitä tuomioistuinten ratkaisuperusteluista.

[152]*David*, Nykyajan suuret oikeusjärjestelmät II s. 34 sekä 92.

Bracton - De Legibus et Consuetudinibus Angliae (1250), *Littleton* - Of Tenures (1480), *Fitzherbert* - Natura Brevium (1534), *Coke* - Institutes of the Laws of England (1628), *Hale* - History of the Pleas of the Crown (1716), *Foster* - Crown Cases (1762).[153]

Tänä päivänä voi yleistää, että oikeustieteellisellä sekä erityisesti oikeusteoreettisella kirjallisuudella on aliarvostettu asema Englannin oikeuskulttuurissa. Tätä on selitetty sillä, että oikeudellisessa kirjallisuudessa ei ole keskitytty lainsoveltajan kannalta relevantteihin kysymyksiin.[154] Toisaalta ratkaisujen äänestyslausunnot yhdistävät oikeuden abstraktisen ja konkreettisen puolen. Tuomarit eivät näet pyri ainoastaan ratkaisemaan yksittäistä oikeustapausta vaan heidän perspektiivinsä oikeuden kentälle on laajempi. Sen vuoksi tulkintakannanottoja esittävälle lainopille ei ole katsottu olevan (tuomaritoiminnan ohella) erityistä tarvetta.[155]

Mannereurooppalaisissa oikeusjärjestelmissä oikeuskirjallisuuden tärkeä asema on sitä vastoin luonnollinen, koska lait on kirjoitettu abstraktiseen muotoon, eivätkä lyhyet "on katsottava -perustelut" auta lainsoveltajaa vaikeiden tapausten ratkaisemisessa. Oikeudellinen materiaali on tämän vuoksi systematisoitava muussa kuin lainsoveltajan käymässä diskurssissa. Esimerkiksi Saksassa lakikommentaareihin viitataan nykyisin jopa korkeimpien oikeuksien päätösperusteluissa, tosin melko valikoivasti.[156] Sen sijaan Englannissa oikeuskirjallisuudella ei ole tällaista muiden oikeudellisten toimijoiden "jälkiä korjaavaa tai selventävää funktiota". Tuomareiden äänes-

---

[153]*Sir Edward Coken* on sanottu toimineen oikeuslaitoksen itsenäisyyden esitaistelijana (kuninkaallisia etuoikeuksia vastaan).

[154]Ks. *Arnheimin* johdanto teokseen Common Law s. xxi. Nämä relevantit kysymykset koskevat kirjoittajan mukaan erityisesti periaatteita ja niiden paikkaa Englannin oikeudessa.

[155]*Wilson*, English Legal Scholarship s. 835.

[156]*Stein*, Roman law, Common Law and Modern Civil Law s. 1597. Myös *Alexy-Dreier*, Statutory Interpretation in the Federal Republic of Germany s. 105, 118, jossa todetaan, että oikeustieteellinen kirjallisuus vaikuttaa myös alempien tuomioistuinten harkintaan. *Kötzin* tekemän vertailevan tutkimuksen mukaan saksalaisissa tuomioistuimissa viitataan keskimääräisesti 13 oikeuskirjallisuuden tuotokseen jokaista tapausta perusteltaessa, kun vastaava luku Englannissa on 0.77 viittausta. Ks. tästä tutkimuksesta tarkemmin *Markesinis*, A Matter of Style s. 609 (alaviite 18). *Goutal*, Characteristics of Judicial Style in France, Britain and the USA s. 121, vertaa puolestaan oikeuskirjallisuuden asemaa Englannissa, Ranskassa ja Yhdysvalloissa. *Markesinis*, Conceptualism, Pragmatism and Courage s. 59, huomauttaa, että saksalaisissa tuomioistuimissa oikeuskirjallisuutta kahlataan läpi tapausten yhteydessä, vaikka siitä ei löytyisikään ratkaisulle tukea. Tuomarit läpikäyvät siten myös oman tulkintansa kanssa ristiriitaisen aineiston, ja tällä saattaa olla merkittävä kehitystä eteenpäin vievä vaikutus.

tyslausuntojen kirjoitustavan ja parlamenttilakeja koskevien lukemissääntöjen vuoksi oikeudellisen kirjallisuuden paikka määräytyy lähtökohtaisesti eri tavalla kuin mannereurooppalaisissa oikeussysteemeissä. Tuomareiden perustelukäytäntöä onkin ohjannut kirjoittamaton sääntö siitä, että oikeuskirjallisuuteen on sallittua viitata vain niissä tapauksissa, kun siteerattavan teoksen kirjoittaja on jo kuollut. Empiiriset haastattelututkimukset todistavat englantilaisten juristien myös noudattaneen tätä sääntöä käytännössäkin.[157]

Basil S. Markesinis huomauttaa, että oikeuskirjallisuuden paikan englantilaisessa oikeuskulttuurissa ei voi ennustaa muuttuvan, koska kysymys on vuosisataisen kehityksen ja pragmatistisen oikeusideologian kiteytymästä. Hän ei siten usko, että ne ennakkotapaukset, joissa on tehty viittauksia uudempaan oikeuskirjallisuuteen, olisivat merkki perustelukulttuurin muutoksesta. *Markesiniksen* mielestä nämä viittaukset ovat olleet hyvin rajoitettuja ja etusija niissä on annettu oikeudenkäyntiasianajajien kirjoittamille artikkeleille ja monografioille.[158]

Sitä vastoin ylähuoneen tuomari *Lord Goff* on sanonut, että hänelle oikeustieteellisestä kirjallisuudesta on korvaamatonta apua silloin, kun hän kirjoittaa äänestyslausuntojaan.[159] Merkkinä oikeustieteen vahventuneesta asemasta on pidetty myös sitä, että vuonna 1965 lainsäädännön uudistamis- ja kodifikaatiomahdollisuuksia tutkimaan perustetun lakikommission jäsenistöön on kelpuutettu sellaisia henkilöitä, jotka eivät toimi käytännön juridiikan parissa vaan esimerkiksi opetustehtävissä yliopistolla.[160]

---

[157]Ks. *Paterson*, The Law Lords s. 12-18, kysyi yhdeltätoista ylähuoneen tuomarilta, kuinka tarkasti he seuraavat Englannin maineikkaimpiin kuuluvia juridisia aikauslehtiä Law Quarterly Review´ta ja Modern Law Review´ta. Vain neljä heistä sanoi tutkivansa jokaisen numeron tarkasti, viisi vakuutti lukevansa niitä säännöllisesti, kolme heistä totesi ottavansa niistä jomman kumman käsiinsä satunnaisesti ja neljä tuomaria myönsi tuskin koskaan edes vilkaisevansa niiden sisältöä.

[158]Esimerkiksi tapaukset Spiliada Maritime Corp v Casulex Ltd [1987] AC 460 (varsinkin s. 488) sekä Morris v Beardmore [1981] AC 446. Ks. myös *Markesinis*, A Matter of Style s. 622-4, joka viittaa tapaukseen Linden Gardens Trust Ltd. v Lenesta Sludge Disposals Ltd. [1994] AC 85 ja siihen, mitä *Lord Browne-Wilkinson* totesi omassa lausunnossaan (s. 112). Myös *Paterson*, The Law Lords s. 16.

[159]*Lord Goff*, Legislature s. 92, näkee oikeustieteellisen kirjallisuuden edut näin: "propositions in a textbook need not aspire to completeness; they may be expressed to be subject of doubt; they may be changed without legislation; and judges are at liberty to depart from them, if persuaded that it is right to do so." *Lord Goffin* mielipiteitä lukiessa tulisi huomioida, että hän on hankkinut itsellensä melkoisen kapinallisen maineen. Hän ei ole puolustanut vain oikeuskirjallisuusviitteiden käyttöä tuomareiden äänestyslausunnoissa vaan hän on myös halunnut parantaa oikeusvertailun asemaa lainsoveltamistoiminnassa.

[160]Ks. *Gibson*, The Law Commission s. 68 ja *Atiyah-Summers*, Form and Substance

2.7. Oikeuskoneisto ja oikeusriitojen vähäisyys

Englantilaisille näyttäisi olevan tyypillistä se, että he eivät ole kovin kärkkäitä nostamaan kanteita tuomioistuimissa.[161] Tätä on selitetty eri tekijöiden avulla, esimerkiksi entisellä riita-asioiden prosessin rakenteella, jonka johdosta asianosaisille maksettavaksi koituneet kulut nousivat herkästi suuriksi ja tuomioiden saaminen venyi ajallisesti turhan pitkälle. *Lord Woolf* tutki näitä siviiliprosessia koskevia puutteita, ja hänen mielestään se, että asianajajilla on ollut prosessin etenemisestä suurin vastuu, johti helposti väärinkäytöksiin. Ainakin se hänen mielestään oli johtanut prosessioikeuden (uuteen) nousuun oikeuden palvelijan asemasta sen herraksi. Samalla oikeudenkäynnit olivat muuttuneet sotatantereiksi, joissa kysymykset kompromisseista ja oikeudenmukaisuudesta eivät olleet aina tavoitelistan kärkipäässä.[162]

Lord Woolfin ehdotukset johtivat lopulta siihen, että riita-asioiden prosessia (ylähuonetta alemmissa oikeusinstansseissa) uudistettiin huhtikuussa 1999.[163] Siinä sekä tuomareille että asianajajille asetettiin velvoite, jonka mukaan tavoitteena tulee olla prosessin - ei enää vain ratkaisun - oikeudenmukaisuus. Tulevaisuus tulee näyttämään, mikä tämän prosessiuudistuksen vaikutus tulee oikeusriitojen määrään olemaan. Selvää kuitenkin on, että samaan aikaan toteutetun oikeusapu-uudistuksen kanssa nämä prosessia koskevat uudet säännöt turvaavat sen, että yhä useammat voivat halutessaan saattaa riitansa tuomioistuinten ratkaistavaksi.

---

in Anglo-American Law s. 335, jotka pitävät mahdollisena, että joskus myös aloite lainuudistukseen voi olla seurausta oikeuskirjallisuudessa esitystä kannanotosta.

[161]Tämä käy parhaiten ilmi vertailevista tutkimuksista, joissa on ilmennyt, että englantilaiset turvautuvat juristien apuun huomattavasti vähäisemmässä määrin kuin esimerkiksi yhdysvaltalaiset. Tilastoista ks. esimerkiksi *Markesinis*, Litigation-Mania in England, Germany and the USA: Are we so very different ? Euroopan alueella kanteita nostetaan ahkerasti ainakin Saksassa, josta ks. *Blankenburg*, Patterns of Legal Culture: The Netherlands Compared to Neighboring Germany s. 18-25 (Am. J. Comp. L. Vol. 46 s. 1-42.) Englannin tuomioistuimissa nostettujen kanteiden määrästä vuosina 1860-1994 ks. *Posner*, Law and Legal Theory in England and America s. 91.

[162]*Lord Woolf*, Civil Justice in the UK s. 710, jossa viittaus tapaukseen Rastin v British Steel Plc (1994) 1 WLR 732, s. 739: "delay has long been recognised as the enemy of justice." Ks. *Lord Woolfin* esittämistä muutosehdotuksista s. 721-736. Artikkeli on muokattu versio hänen työstään Access to Justice, joka on julkaistu kahtena raporttina: Interim Report (June 1995) ja Final Report (July 1996) (joista kummatkin on löytyvät Internetistä osoitteesta http://www.open.gov.uk.lcd.justice.cjdnet.htm).

[163]Civil Procedure Rules 1998 (niinkuin muutettu: Civil Procedure (Amendment) Rules 1999 (S.I 1999/1008)).

Mainittujen siviilioikeusprosessia koskevien ongelmien lisäksi oikeusriitojen vähäisyyden on katsottu selittyneen sillä, että Englannissa on esimerkiksi Yhdysvaltoihin verrattuna pienempi määrä juristeja.[164] Vaikutusta lienee myös sillä, että Englannissa on luovuttu siviiliasioissa lautakunnan (juryn) käytöstä miltei kokonaan. Yhdysvalloissahan lautakunta määrää korvauksista, joiden määrä voi muotoutua mitä yllättävimmissäkin tapauksissa hätkähdyttävän suuriksi, ja mahdollisuus tuollaisten korvausten saamiseen vaikuttaa tietysti kanteiden nostamisaktiivisuuteen. Oikeuskirjallisuudessa on myös väitetty, että oikeusriitojen määrää voi selittää kansanluonnetta koskevilla tekijöillä. Näissä yhteyksissä englantilaisten kansanluonnetta on luonnehdittu "konflikteja väistäväksi".[165]

3. Englannin oikeuden lähteet

3.1. Säädännäinen oikeus

3.1.1. Johdanto

Englannin oikeuteen kuuluu suuri määrä parlamentin säätämiä lakeja, joita sovelletaan ensisijaisesti silloin, kun ne ovat ristiriidassa ennakkotapausoikeuden kanssa. Parlamentin oletetaan näet olleen tietoisen voimassa olevan oikeuden sisällöstä ja siksi tahallaan säätäneen ennakkotapausoikeuden kanssa

[164] *Hepple*, English Legal System s. 72, alaviite 4, kertoo, että Englannin alueella on 1 120 juristia jokaista miljoonaa kansalaista kohden, kun Yhdysvalloissa vastaava luku on 2808. Ks. myös *Blankenburg*, Patterns of Legal Culture: The Netherlands Compared to Neighboring Germany s. 5 (Am. J. Comp. L. Vol. 46 s. 1-42), jossa kirjoittaja on taulukoinut Alankomaissa ja Saksassa toimivien tuomarien, asianajajien ja notaarien määrät vuonna 1992.

[165] Ks. *Hepple*, English Legal System s. 72 ja *Posner*, Law and Legal Theory in England and America s. 108, joka kuvailee englantilaisia pidättyväisiksi ja ei-agressiivisiksi. Hän viittaa tässä yhteydessä *Atiyahiin*, joka on pyrkinyt selittämään alhaiset oikeudenkäyntitilastot oikeusjärjestelmän rakenteellisilla tekijöillä. *Peterseninkin*, Englannin oikeuslaitos s. 59, mielestä Englannissa suhtaudutaan oikeudenkäynteihin pidättyvämmin kuin manereuroopassa. Pidättyväinen asenne on seurausta luottamuksesta tuomioistuimia kohtaan. Tämä luottamus syntyy hänen mukaansa siitä, että jo alimmissa oikeuksissa jutut käsitellään taidokkaasti ja perusteellisesti.

ristiriidassa olevan - ja sitä kautta sen syrjäyttävän - lainsäännöksen.[166] Kuitenkin *Heikki Ylikankaan* lausumaa "säädännäisoikeus on siis lopulta osoittanut vahvemmuutensa prosessityyppitekniikkaan nähden, vaikkei se vieläkään ole täydellisesti kukistanut kilpailijaansa" pitäisin jonkin verran harhaanjohtavana, koska se ei kuvaa ennakkotapausten ja parlamenttilakien keskinäistä suhdetta muuten kuin kenties määrällisesti.[167]

Englannin säädännäiseen oikeuteen ei kuulu kirjoitettua perustuslakia. Englannissa kuitenkin käytetään termiä "constitution", jolla viitataan siihen parlamenttilakien ja ennakkotapausoikeudellisten säännösten kokonaisuuteen, joka takaa kansalaisten vapauspiirin suhteessa julkiseen valtaan eli joka määrittee kansalaisten perusoikeudet.[168] Perustuslain puuttumisen vuoksi kaikki säädökset ovat lainsäätäjän näkökulmasta samassa asemassa. Siksi myös kysymys tuomioistuinten oikeudesta tutkia lakien perustuslainmukaisuutta on turha. Jo *Blackstone* totesi, että "Parliament can do anything". Parlamentin valtaa rajoittaakin oikeastaan vain fyysinen mahdottomuus.[169]

Mannereurooppalaisissa oikeusjärjestelmissä on sen sijaan kunnioitettu jo *Platonin* aikoinaan lausumaa periaatetta, että lakikirjan tulee olla kussakin yhteiskunnassa kirjallisuuden suurenmoisin aikaansaannos. Viime vuosisadalta lähtien kontinentaaliset maat ryhtyivätkin laatimaan kansallisia lakikokoelmia, joista ajateltiin - ja haluttiin - löytyvän vastauksen jokaiseen konkretisoituneeseen oikeusongelmaan. *Goodrichin* mukaan lakikokoelmia on historiallisesti perusteltu oikeusvarmuuden turvaamisen lisäksi sillä, että niiden avulla myös tavallisilla kansalaisilla on paremmat mahdollisuudet saada selvyys voimassa olevan oikeuden sisällöstä. Poliittisesti kunkin kodifikaation tärkein merkitys on ollut kuitenkin se, että oikeus on saatu irrotetuksi menneisyydestä. Erityisesti, jos kodifikaation voimaantulon myötä on kielletty viittaukset vanhoihin oikeuslähteisiin.[170] Lain kirjaaminen myös

---

[166]*Crabbe*, Understanding Statutes s. 140, 179 ss. Ks. parlamenttilakien etusijasta ennakkotapauksiin nähden esimerkiksi Stevens v Chown [1921] Ch 894.

[167]Oikeus historiallisena ilmiönä s. 163. Huomaa myös *Klami*, Tietokone ja oikeuskulttuuri s. 290, joka toteaa, että kirjoitettujen oikeussäännösten kattavuuden vuoksi ennakkotapausoikeus on tietystä joustavuudestaan huolimatta toissijainen ja väistyvä ilmiö myös Englannissa.

[168]*Dodovan*, A Translator Looks at English Law s. 69, mukaan common law kehitti aikoinaan oikeuksien (rights) ja omaisuuden käsitteet ja piti ne koskemattomina. Kun oikeudessa ei koettu vallankumouksia tai muita vastaavia mullistuksia, ei siellä kertakaikkiaan syntynyt tarvetta erilliselle perustuslaille.

[169]Siteeraus *Petersenilta*, Englannin oikeuslaitos s. 33.

[170]*Stein*, Roman Law, Common Law and Modern Civil Law s. 1595, toteaa samansuuntaisesti, että jo Corpus Juris Civilis -teoksen säätämisen tarkoituksena oli hallitsijan vallan pönkittäminen. *Watson*, Failures of Legal Imagination s. 53, on puolestaan huomauttanut,

mystifioi voimassa olevan oikeuden, koska aiemmin suullisesti sukupolvelta toiselle välitetty tieto muutettiin kirjalliseen muotoon eikä lukutaito tavallisen kansanosan keskuudessa ollut tuolloin yleinen. Lakeja tulkitsevat henkilöt saivat tätä myöten merkittävän yhteiskunnallisen aseman. *Goodrichin* mukaan lakia kirjaimellisesti lukeneet koulukunnat synnyttivät kodifioituihin oikeusjärjestelmiin stabiilin, mutta myös petollisen hyvänolon tunteen siitä, että "valtakunnassa kaikki hyvin."[171]

Oikeuskirjallisuudessa on todettu, että säädännäisen oikeuden etuna suhteessa ennakkotapausoikeuteen on, että näistä jälkimmäiseen perustuva oikeusjärjestelmä ei aina kykene vastaamaan syntyneisiin yhteiskunnallisiin muutostarpeisiin niin nopeasti kuin tarve vaatisi. Common law on kehittynyt aina hitaasti. Tätä on pidetty osasyynä sille, että lainsäädännön määrää on ollut välttämätöntä lisätä myös ennakkotapausoikeuden varassa kehittyneessä oikeusjärjestelmässä.[172] Tuomari on näet lainsäätäjää selkeämmin tradition vanki ja siksi tapausoikeus voi kehittyä vain orgaanisesti.

Yleistyksien tekemistä ennakkotapausoikeuden ja säädännäisen oikeuden edistyksellisyydestä vaikeuttaa toisaalta se, että oikeuskirjallisuudessa ei ole saavutettu asian suhteen yksimielisyyttä. Esimerkiksi *Alan Watson* on todennut, että vaikka parlamenttilakeja säätämällä olisikin mahdollista tehdä nopeita lainuudistuksia, osoittaa länsieurooppalainen lainsäädäntöhistoria, ettei lainsäätämisen potentiaalia ole pystytty täysimääräisesti hyödyntämään. Tuomioistuinten *Watson* taas toteaa tehneen ratkaisuja, jotka ovat olleet uraauurtavia päänavauksia myös lainsäätäjän suuntaan. Tuomioistuimet voivat siten hänen mielestään toimia oikeutta kehittävällä ja uutta luovalla tavalla nykyajan moderneillakin oikeudenaloilla. Lainsäädäntö saattaa näet olla poliittisten kaupantekojen kohteena vielä silloin, kun tuomioistuimet joutuvat kohtaamaan uusia konkreettisia ongelmia, jotka ovat yhteiskuntaan syntyneet.[173]

---

että Ranskan suuren vallankumouksen jälkeen säädetyllä Code civilillä ei todellisuudessa pyyhkäisty menneisyyden lautasta tyhjäksi, koska se sisältää vanhoja ranskalaisia ja myös muista maista kopioituja säännöksiä. *Napoleon* pyrki kuitenkin katkaisemaan oikeuden historiallisuuden julistamalla Code civilin täydelliseksi säännöskokoelmaksi. Edes tekstikommentaareja lakikokoelman sisällöstä ei pidetty suotavina.

[171]Reading Law s. 17-27.

[172]*Peczenik*, Jumps and Logic in the Law s. 311, toteaa, että ennakkotapausoikeudellisen säännöksen sisältö voi selvitä vasta useiden sitä soveltaneiden päätösten perusteluista. Kehitys voi sahata ensin edestakaisinkin. Ks. *Cappelletti*, The Judicial Process in Comparative Perspective s. 35-40 (Oxford 1989).

[173]Failures of Legal Imagination s. 47, 56. *Watsonin* esimerkkinä siitä, miten englantilainen lainsäädäntö on ollut kehityksen jarruna, on maarekisterikirjausjärjestelmä.

Kari Joutsamo on puolestaan varoittanut yleistämästä, että tuomioistuinten toiminta olisi englantilaisessa oikeusjärjestelmässä ollut ainoastaan uraauurtavaa. Tuomioistuimen käsitys saattaa esimerkiksi olla ristiriidassa lainsäätäjän kanssa, jolloin jo voimaan saatettua lainsäädäntöä voidaan pyrkiä vesittämään. Hänen viestinsä onkin, ettei kysymystä tuomioistuinratkaisujen oikeutta luovan funktion suotavuudesta tai epäsuotavuudesta voida ratkaista millään mustavalkoisella väitteellä niiden myönteisistä tai kielteisistä oikeus- tai yhteiskuntapoliittisista vaikutuksista.[174]

Kun Englannissa ja mannereurooppalaisissa maissa parlamenttisäädöksillä on erilainen asema suhteessa muihin oikeuslähteisiin - lähinnä ennakkotapausoikeuteen - ovat lain lukemistavatkin näissä maissa erilaiset. Saksassa *Friedrich Carl von Savigny* muotoili klassisen laintulkintaopin jo 1800-luvulla, ja se ohjaa yhä tänä päivänäkin tuomioistuinten tulkintatoimintaa. *Savigny* erotti kielellisen, systeemisen ja historiallisen metodin ja myöhemmin tätä kolmijakoa on täydennetty vielä teleologisella metodilla.[175] Yleensä lainsoveltajan on turvauduttava useampaan kuin yhteen näistä lain tulkintatavoista, koska kodifoiduissa oikeusjärjestelmissä on nykyisin tunnustettu kirjaimellisen tulkintatavan riittämättömyys. Lain sanamuodosta ei välttämättä selviä se, mikä on voimassa olevan oikeuden sisältö.[176] Eräässä saksalaisessa tuomioistuinratkaisussa on esimerkiksi todettu, että "normi esiintyy aina sosiaalisten suhteiden ja yhteiskunnallis-poliittisten näkemysten kontekstissa, jotka myös vaikuttavat sen sisältöön; normin sisältö voi ja sen tuleekin vaihdella... Tämä pätee erityisesti niissä tapauksissa, joissa jonkun säännöksen syntyhetken ja konkreettisen soveltamishetken välillä elinolosuhteet ja oikeuskäsitykset ovat kohdanneet suuria muutoksia."[177]

---

[174]Ennakkopäätösten juridinen ja yhteiskunnallinen rooli Englannin oikeusjärjestelmässä s. 125-7, 129. *Joutsamo* huomauttaa, että common law -maiden yhteiskuntakehityksestä olisi ammennettavissa lähes rajattomat määrät esimerkkejä tuomioistuinlaitoksen yhteiskuntaoloja edistävistä tai jarruttavista päätöksentekotrendeistä. Siksi hän pitää hämmästyttävänä, miten vähän sen kokemuksiin on viitattu niissä kotimaisissa keskusteluissa, joissa on puhuttu tuomioistuinten oikeutta luovasta roolista.

[175]*Savigny* jaotteli tulkintametodit mm. vuonna 1840 julkaistussa teoksessaan Das System des heutigen Römischen Rechts I s. 213-4. *Savignyn* mielestä lainsoveltajan on pyrittävä mahdollisimman objektiiviseen tulkintaan ja pidättäydyttävä toimimasta lainsäätäjänä. Ks. myös *Coing*, Grundzüge der Rechtsphilosophie s. 261-264, *Brugger*, Legal Interpretation, Schools of Jurisprudence, and Anthropology s. 396, erityisesti alaviite 1 sekä *Strauch*, Recht, Gesetz und Staat bei Friedrich Carl von Savigny s. 90 ss.

[176]*Brugger*, Legal Interpretation, Schools of Jurisprudence, and Anthropology s. 414 ss. Ks. edelleen s. 418-421 tulkinnan nelikantamallista. Ks. myös *Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung s. 121-125.

[177]Ks. ratkaisu vuodelta 1973: BVerGE 34, 269, erityisesti 287 ss.

Englantilaiseen oikeusjärjestelmään nämä *Savignyn* tulkintaperiaatteet eivät ole vakiintuneet. Ennenkuin ryhdyn sikäläisiä tulkintaohjeita tarkemmin käsittelemään, lienee paikallaan valottaa sitä asennetta, jolla ensinnä parlamenttilakeihin ja toisaalta oikeuskäytäntöön Englannissa suhtaudutaan, ja miten nämä näkemykset ovat vaikuttaneet omaksuttuun lainsäädäntötekniikkaan.

3.1.2. Lainsäädäntötekniikka ja oikeuskoneiston yhteistoiminta

> "Yhä tänä päivänä englantilainen juristi on sidottu, vaikka hän onkin tietoinen parlamenttilakien kasvavasta merkityksestä, siihen perinteiseen ajatukseen, että säädännäinen oikeus on epänormaalia ja luonteeltaan satunnaista. Se on oikeutta, joka on syntynyt englantilaisen oikeusjärjestelmän tavallisen ja perinteisen kehityskoneiston ulkopuolella."[178]

Englannin oikeuden tärkeimpänä oikeuslähteenä ovat perinteisesti olleet tuomioistuinten ratkaisemat tapaukset. Tämä ennakkotapausoikeuden ensisijaisuus suhteessa säädännäiseen oikeuteen on heijastunut myös lainsäädäntötekniikkaan. Parlamentin säätämät lait ovat viime vuosiin asti olleet sanamuodoiltaan hyvin yksityiskohtaisia. Säännökset on pyritty muotoilemaan sillä tavoin, että lainkäytössä ei tarvitsisi viitata niin epämääräisiin tulkintaperiaatteisiin kuin lain tavoitteisiin tai sääntöjen taustalla vaikuttaviin periaatteisiin. Tämä on näyttäisi kuitenkin johtaneen siihen, että säädetyistä laeista on tullut sanamuodoiltaan liiankin monimutkaisia. Lisäksi uusia säännöksiä näyttäisi olevan vaikea sovittaa johdonmukaisesti jo olemassa olevan lainsäädännön kokonaisuuteen - varsinkin, kun parlamenttilait ovat yksittäissäädöksiä, mikä tarkoittaa, että juristin on aina tapaukseen soveltuvan lain löydettyään vielä varmistettava, että siihen ei ole tehty myöhempiä muutoksia.[179] Englantilaista säädännäisoikeutta voisikin luonnehtia "päälle kasaavaksi -järjestelmäksi". Uusi elementti lisätään lainsäädännön muuriin ottamatta vanhoja ja käyttökelvottomia tiiliä pois. Siksi säädösmuuri vain kasvaa siitä huolimatta, etteivät säänneltävät asiat välttämättä ole lisääntyneet.[180]

Englantilainen tapa kirjoittaa ja lukea säädännäistä oikeutta käy ymmär-

---

[178]*Herman*, Quot Judices Tot Sententiae: a Study of the English Reaction to Continental Interpretive Techniques ? s. 157.

[179]Lisäongelmia luonnollisesti aiheutuu silloin, jos uudella lailla on vanha säädös kumottu vain osittain.

[180]*Atiyah*, Pragmatism and Theory in English Legal System s. 123 ss.

rettäväksi vain suhteessa oikeuslähdeopilliseen kokonaisuuteen. Kokonaiskuva piirtyy parlamentin ja tuomioistuinten välisestä toimivallan jaosta sekä lainsäätäjien ja tuomareiden keskinäistä toimintaansa kohtaan tuntemasta luottamuksesta. Oikeusjärjestelmän erilaiset elementit ovat naksahdelleet paikoilleen toisiinsa nähden rationaalisella ja käytännössä toimivalla tavalla. Syntynyt kokonaisuus kuvastaa sitä, mikä on englantilaisten käsitys oikeuden ontologiasta ja epistemologiasta.

Englantilainen lainsäädäntötekniikka on saanut osakseen myös ankaraa kritiikkiä. *Sir William Dale* on esimerkiksi ehdottanut, että saksalaisen lainsäädäntötekniikan tulisi olla esikuvana myös englantilaisten lakien valmistelussa. Tällä hän tarkoittaa, että uusia lakeja valmisteltaessa säännösten sanamuodot tulisi muotoilla yleisempään (abstraktisempaan) muotoon.[181] *P.S. Atiyah* puolestaan epäilee parlamenttilakien rakenteiden joutuvan joka tapauksessa muutospaineiden alaiseksi lähitulevaisuudessa, ja viimeistään silloin, kun oikeusjärjestyksen muuri nousee liian korkeaksi, jotta sen jäsentynyt hallinta olisi mahdollista. Silloin muurin vanhat tiilet tulevat siitä poistettaviksi ja vanhat uudelleen kasattaviksi. Tämä kuitenkin edellyttäisi, että oikeusjärjestykselle luotaisiin oikeustieteen piirissä rationaalinen perustus. Hän kuitenkin epäilee, voiko Englannin oikeudessa tälläisen perustuksen luominen olla koskaan mahdollista.[182]

Vuonna 1965 Englantiin perustetulle lakikomissiolle asetettiin tavoitteeksi säädännäisoikeuden johdomukaistaminen. Tälläistä toimintaa, jossa vanhoja lakeja kootaan yhteen suuremmiksi kokonaisuuksiksi, kutsutaan konsolidaatioksi. Lakikomissio onkin onnistunut saavuttamaan sille asetetut tavoitteet esimerkiksi perheoikeuden alueella.[183] Koska parlamenttilakien määrä on kuitenkin koko ajan kasvussa, on lakikomissio muistuttanut parlamenttia siitä, että uusien lakien tulisi olla kielellisesti riittävän selkeitä ja mutkattomia. Tätä kautta lakikomissiolla oleva työurakka ei sen tekemästä

[181]The European Legislative Scene s. 83. Ks. myös Legislative Drafting s. 331-335, jossa kirjoittaja esittää kahdeksankohtaisen luettelon niistä lakiteknisistä seikoista, jotka tekevät englantilaisista laeista epätyydyttäviä. Ongelmallisena nähdään myös se, että muissa Kansainyhteisön maissa otetaan mallia englantilaisesta lainsäätämistekniikasta, joka - kuten todettu - ei *Dalen* mielestä paras mahdollinen esimerkki ole: "from the UK teachers go forth and spread the dubious gospel.."

[182]Pragmatism and Theory in English Law s. 31, 125. *Atiyahin* mielestä englantilaisen lainsäädäntötekniikan muutospaineet ovat järjestelmän sisäisiä, kun taas esimerkiksi *Dale*, The European Legislative Scene s. 83, näkee muutospaineiden olevan Englannin ulkoisia ja olevan liitynnässä erityisesti EU:n jäsenyyteen.

[183]*Lord Goff*, The Future of the Common Law s. 749. Lakikomissiolle sitä vuonna 1965 perustettaessa asetettujen tavoitteiden sisällöstä ja niiden toteutumisesta esimerkiksi *North*, Problems of Codification in a Common Law System (RabelsZ 46 s. 490-508).

työstä huolimatta jatkuvasti kasvaisi.[184]

3.1.3. Parlamenttilakien tulkinta

3.1.3.1. Aluksi

"Tulkinta on kuin löytöretki."[185]

Parlamenttilakien tulkinta ei ilmeisesti ole englantilaisten juristien mielestä kiinnostava kysymys. Niin voi päätellä siitä, miten syvällistä keskustelua eri tulkintametodien väliset suhteet ovat oikeuskirjallisuudessa ja tuomareiden päätösperusteluissa synnyttäneet. Vähäisten kannanottojen määrä selittyy pääosin formalistisella oikeuskulttuurilla sekä oikeuslähdeopillisella traditiolla. Onhan aivan kiistämätön tosiseikka, että säädännäisellä oikeudella on ainoastaan toissijainen asema common law´n luoman "todellisen" oikeuden rinnalla. Juristit hyväksyvätkin yleisesti sen, että parlamenttilakeja on pääsääntöisesti tulkittava mahdollisimman kirjaimellisesti. Koska tästä ei esiinny eriäviä mielipiteitä, tulkintametodeja on ilmeisesti katsottu turhaksi pohtia sen tarkemmin.[186]

Parlamenttilait rakennetaan usein ennakkotapausoikeudellisten elementtien (käsitteiden ja oikeusalaluokittelujen) pohjalle, ja siksi säädännäisen oikeuden tulkinta ei voi onnistua ilman tapausoikeutta koskevien perustietojen omaamista.[187] Toisaalta oikeuskäytännön ensisijaista asemaa oikeuslähteistössä kuvastaa hyvin se, että mikäli ratkaistavana olevaan tapaukseen sovellettavaksi tulevasta parlamenttilain tulkinnasta on olemassa ennakkotapaus, tuo-

[184]Ks. *Lord Renton*, The Evolution of Modern Statute Law and its Future s. 10-13. Kirjoittaja oli puheenjohtajana vuosina 1973-5 toimineessa komiteassa, joka pohti sitä, miten englantilaista lainvalmistelua tulisi uudistaa. Komitea päätyi korostamaan väljempiä sanamuotoja, joilla voisi paremmin ilmaista säännösten taustaperiaatteet ja tavoitteet. Kirjoittaja toteaa, että heidän raporttinsa suositukset ovat jääneet vaille huomiota, koska lainsäätäjä ei halua uhrata oikeusvarmuutta käytetyn terminologian yksinkertaistamiseksi. *Lord Rentonin* mielestä myös yksinkertaista kieltä käyttämällä on mahdollista saavuttaa oikeusvarmuus - siitä on saatu esimerkkejä Australiassa, Kanadassa ja Uudessa-Seelannissa. *Lord Renton* toteaakin, että näissä maissa hänen johtamansa komitean saavuttamat tulokset on otettu vakavammin kuin Englannissa.

[185]*Crabbe*, Understanding Statutes s. 52.

[186]*Freeman*, The Modern English Approach to Statutory Construction s. 1.

[187]*Crabbe*, johdanto teokseensa Undestanding Statutes s. ii: "To understand an Act of Parliament one needs to understand what the judges say about the language of legislation. Those who draft legislation bear in mind what the courts have said or are likely to say. The courts and the judges are the audience of last resort."

marit seuraavat tuota tulkintalinjaa myös myöhemmin ratkaistaviksi tulevissa tapauksissa.[188]

Joskus parlamenttilakiin on sisällytetty nimenomaiset ohjeet siitä, missä merkityksessä tiettyjä lakiin sisältyviä sanoja käytetään. Kyse on siten yksittäisten termien selvennyksestä. Tätä teknisluonteista ratkaisua on käytetty aina 1800-luvulta lähtien.[189] Säädännäiseen oikeuteen kuuluu myös yleisesti sovellettava laki, Interpretation Act 1978, jonka tarkoituksena on helpottaa lainsoveltajan toimintaa antamalla tietyille termeille yleispätevä - eli objektiivinen ja kontekstista riippumaton - merkitys. Lain leksikografisen luonteen vuoksi sillä on kuitenkin vain rajoitettu merkitys tosiasiallisen lainkäytön kannalta.[190]

Näiden säädännäiseen oikeuteen kuuluvien termimääritelmien lisäksi Englannin oikeuteen katsotaan kuuluvan myös tapausoikeudessa kehittyneitä tulkinnallisia periaatteita.[191] Kriittisimmät tahot ovat kuvanneet niitä erilaisiksi lähestymistavoiksi, joihin tuomarit voivat suhtautua eri tavoin. Heidän mielestään kussakin tapauksessa sovellettavan tulkintaperiaatteen valinta on enemmän kiinni henkilökohtaisista mieltymyksistä kuin mistään objektiivisesti arvioitavissa olevista kriteereistä. Tulkintaperiaatteita onkin pessimistisesti verrattu työkalupakkiin, josta tuomari voi valita sopivan apuvälineen ratkaistavana olevan tapauksen "mittojen" ja lainsoveltajan subjektiivisten arvostusten mukaan.[192] Esimerkiksi *William Glanvillen* mielestä tulkintaperiaatteista pitäisi luopua kokonaan, koska ne ovat harhaanjohtavia puolitotuuksia ja siten hyödyttömiä opasteita oikean johtopäätöksen löytämiseksi.[193]

---

[188]*Atiyah*, Pragmatism and Theory in English Law s. 30, *Bankowski-MacCormick*, Statutory Interpretation in the UK s. 368. Myös The Incorporated Council of Law Reporting for England and Wales v Attorney-General and another, [1971] 3 All ER 1929, erityisesti s. 1939 (*Lord Sachsin* lausunto), jossa sanottiin, että kenelläkään - mukaanlukien maallikot ja juristit - ei voi olla tarpeeksi kokonaisvaltaista käsitystä siitä, miten laki vaikuttaa hänen tai hänen naapuriensa tekemisiin ilman, että tutustuu lakipykälien lisäksi niihin ennakkotapauksiin, joissa kyseisiä säännöksiä on sovellettu.

[189]Ensimmäinen tulkintaohjeita sisältänyt parlamenttilaki oli ilmeisesti Act for the Regulation of Customs vuodelta 1825.

[190]*Bankowski-MacCormick*, Statutory Interpretation in the UK s. 398 ss.

[191]*Freeman*, The Modern English Approach to Statutory Construction s. 2.

[192]*Henket*, Statutes in Common Law and Civil Law s. 15.

[193]*Glanvillen*, Statutory Interpretation. The Meaning of Literal Interpretation I s. 1128 ss., mukaan ratkaisua tekevät tuomarit saattavat olla yhtä mieltä tulkintaa ohjaavasta periaatteesta, mutta silti eri mieltä siitä, mihin periaatteen soveltaminen yksittäistapauksessa johtaa. Joskus taas päätöksen suhteen voi vallita yksimielisyys, vaikka kukin tuomari katsoo soveltaneensa eri tulkintaperiaatteita kuin toiset. Ks. myös *Glanvillen* kirjoituksen osa II, s. 1149-51.

> *René David* on huomauttanut, että jotkut uusista säädetyistä laeista ovat ongelmallisia siksi, etteivät ne sovi perinteiseen järjestelmään eli niiden suhteen ei voi soveltaa vakiintuneita tulkintaperiaatteita. Kyse on sellaisista laeista, jotka tuovat muutoksia Englannin oikeuden perinteisiin aloihin tai joilla olemassa olevaa materiaalia pyritään järjestämään tai muokkaamaan. *David* tarkoittaa tässä lähinnä viranomaisen ja kansalaisen välisiä suhteita järjestäviä säännöksiä.[194]

Seuraavassa kutsun parlamenttilakien tulkintaa ohjaavia maksiimeja säännöiksi. Terminologinen valintani juontaa juurensa siitä, että englantilaiset itse viittaavat näihin tulkintaperiaatteisiin termillä "rules".

3.1.3.2. Kirjaimellisen tulkinnan sääntö

Kirjaimellinen tulkinta on tulkintatavoista tärkein. Kaikki englantilaiset juristit eivät edes tiedä, mitä muita tulkintasääntöjä sen ohella on olemassa. Kirjaimellinen tulkinta perustuu ajatukselle, jonka mukaan lainsoveltajan on lainsäädäntöä tulkitessaan pyrittävä toteuttamaan lainsäätäjän tahto, ja se käy parhaiten ilmi lain saamasta sanamuodosta.[195] Siksi merkitystä ei tule ensisijaisesti antaa säännöksen taustalla vaikuttaville arvoille tai tavoitteille.[196] Sanojen kontekstit voivat kuitenkin aina monimutkaistaa niiden merkityksiä. Oikeuskirjallisuudessa onkin esimerkinomaisesti todettu, että sanamuodon mukainen tulkinta voi olla vaikeaa niinkin yksinkertaiselta vaikuttavan sanan kuin "tuoli" yhteydessä.

Oppi kirjaimellisesta tulkinnasta tuli aikoinaan osaksi englantilaista oikeuskulttuuria vasta nykyisenkaltaisen lainvalmistelukoneiston kehittymisen myötä. Sen ansiosta tuomarit voivat näet luottaa siihen, että mitä on sanot-

---

[194]Yksityis- ja julkisoikeuden välinen rajalinja ei ole Englannissa selkeä ja joillakin oikeudenaloilla yksityis- ja julkisoikeudelliset säännökset on koottu samaan lakiin (kuten esimerkiksi vuoden 1989 Children Actissa). On muistettava myös se, että Englannissa julkisoikeudellisia tapauksia ratkaisemaan ei ole perustettu tavallisesta tuomioistuintiestä eroavia "hallintotuomioistuimia". Ks. *David*, Nykyajan suuret oikeusjärjestelmät II s. 83 ss.

[195]*Cross* käyttää (teoksessaan Precedent in English Law) sanoille annettavasta kirjaimellisesta merkityksestä käsitettä "ordinary" ja *MacCormick* (teoksessaan Legal Reasoning and Legal Theory) käsitettä "obvious". Myös *MacCormick-Bankowski*, Statutory Interpretation in the UK s. 365.

[196]*Dale*, Principles, Purposes and Rules s. 21: "I wish to draw attention to the remarkable fact that, whereas our whole system of case law is founded on the development of principle on the basis of particular decisions, an analogous process is virtually absent from legislative activity."

tu, on myös tarkoitettu.[197] Lait valmistelee erityinen elin Office of Parliamentary Council, jonka henkilöstö on määrällisesti pieni, mutta johon kuuluvat henkilöt tuntevat voimassa olevat säännökset perinpohjaisesti. He ovat myös kokonaan keskittyneet lainsäädäntötyöhön. Tämänkaltainen lainvalisteluelin on *Sir William Dalen* mukaan ollut ominainen vain tapausoikeudellisille oikeuskulttuureille: "no country outside the common law system - one might almost say outside the commonwealth - committees the task of drafting a law to specialist drafters who do nothing else."[198] Lainsäädäntöön jääneet virheellisyydet on siksi lainsäätäjän - ei tuomioistuimen - korjattava. Tässä on ero esimerkiksi saksalaiseen oikeusjärjestelmään verrattaessa, koska BGB on ollut voimassa vuodesta 1900, ja siihen on tähän päivään mennessä jouduttu tekemään sisällöllisiä muutoksia myös tuomioistuimen toteuttamilla rohkeilla uustulkinnoilla.[199] Englantilaiset tuomioistuimet voivat vastaavissa tilanteissa vain todeta, että koska säädännäisen oikeuden korjaaminen kuuluu parlamentin toimivaltaan, on tuomioistuinten luettava parlamenttilakeja niiden sanamuodon mukaisesti niin kauan, kunnes parlamentti säätää asiasta uuden lain.[200]

3.1.3.3. Muut tulkintasäännöt

> "Tämä vetoomus on esimerkki kielen tyranniasta sekä siitä, miten tärkeätä olisi konstruoida normi pikemminkin lain hengen kuin tiukan sanamuodon mukaan.."[201]

On sanottu, että kirjaimellisen säännön lisäksi englantilaisessa oikeusjärjestelmässä voimassa olevat muut tulkintasäännöt voitaisiin itse asiassa niput-

---

[197] *Atiyah*, Form and Substance in Legal Reasoning s. 43.

[198] The European Legislative Scene s. 83. *Bankowski - MacCormick*, Statutory Interpretation in the UK s. 361: "Certainly the modern standard of statutory draftmanship in the UK is high, even if the style tends to be detailed and technical."

[199] *Markesinis*, Conceptualism, Pragmatism and Courage s. 68 ss. Esimerkkinä Saksan valtiosääntötuomioistuimen oikeutta kehittäneestä ratkaisusta *Markesinis* mainitsee ns. Lebach-tapauksen: BVerfGE 35, 202.

[200] Lee v Bude and Torrington Railway Co (1871) LR 6 CP 576, s. 582: "If an Act of Parliament has been obtained improperly, it is for the legislature to correct it by repealing it; but, so long as it exists as law, the courts are bound to obey it." Tämä vahvistettu myös uudemmissa tapauksissa, joista ks. esimerkiksi British Railways Board v Pickin [1974] AC 765.

[201] *Lord Templeman* tapauksessa Re M (a minor) Care order: threshold conditions [1994] 3 All ER 298, s. 309.

taa samaan suurempaan ryhmään, koska niiden väliset erot ovat veteen piirretyn kaltaisia.[202] Yhteistä niille on se, että lainsoveltajan on aina ensin tutkittava, millaiseen tulkinnalliseen lopputulokseen hän pääsee parlamenttilakien sanamuotoa seuraamalla. Muut tulkintasäännöt siten aina täydentävät tai korjaavat kirjaimellisen tulkinnan mukaista lopputulosta.

Kultainen sääntö (golden rule) lausuttiin tapauksessa River Wear Commissioners v Adamson, jossa *Lord Blackburn* totesi, että lain sanoille on annettava niiden tavallinen merkitys, jolleivat ne sellaisenaan sovellettuna johda niin pahoihin ristiriitoihin tai niin absurdeihin lopputuloksiin, että niiden ei voida olettaa olleen lainsäätäjän tarkoituksena.[203] Tämän jälkeen lainsoveltajan tulee tarkastella parlamenttilain taustalla (tällä hetkellä) vaikuttavia tavoitteita.[204] Kultaista sääntöä noudattaessaan lainsoveltajalla on lähtökohtaisena ongelmana se, milloin lainsäädännön sanamuodon mukaisen merkityksen voi katsoa johtavan sellaiseen tulkintavaihtoehtoon, että sitä ei voi ratkaistavana olevassa tapauksessa hyväksyä.[205] Oikeuskirjallisuudessa tehdyt määritelmät ovat epämääräisyydessään pikemminkin syventäneet mainittua ongelmaa kuin tarjonneet siihen lainkäyttäjän kannalta kouriintuntuvan vastauksen.[206]

Kolmas tulkintasääntö, mischief rule, on säädännäisen oikeuden tulkintasäännöistä vanhin, ja se hallitsikin tuomioistuinten soveltamiskäytäntöä aina 1800-luvulle asti. Se ilmaistiin ensimmäisen kerran Heydonin tapauksessa.[207] Kultaisesta säännöstä poiketen sen perusteella pyritään konstruoimaan lainsäädännön tarkoitus sellaisena kuin se lainsäätämisen hetkellä ajateltiin. Relevanttina pidetäänkin sitä seikkaa, mikä oli se common law´ssa vallinnut puute, jonka paikkaamiseksi laki alunpitäen säädettiin. *Hollandin ja Webbin* mukaan tätä tulkintasääntöä sovellettaessa on vastattava seuraaviin neljään kysymykseen:

"1. What was the common law before the Act ?

2. What was the defect or mischief for which the common law did not provide ?

---

[202]*Holland-Webb*, Learning Legal Rules s. 191.

[203](1876-77) 2 App Cas 743, erityisesti s. 764.

[204]Tämän vuoksi säännölle on Englannissa vakiintunut toiseksi nimitykseksi "purposive approach."

[205]*Holland-Webb*, Learning Legal Rules s. 188.

[206]Esimerkiksi *Bankowski-MacCormick*, Statutory Intepretation in the UK s. 385, jotka ovat todenneet, että "the inconvenience or absurdity must be so great that one cannot suppose them to have been intended".

[207](1534) 3 Co Rep 7a, 7b.

3. What remedy did Parliament intend to provide ?
4. What was the true reason for that remedy ?"[208]

Kirjaimellinen sääntö on näistä kolmesta tulkintasäännöstä nuorin. Se kehittyi vasta 1800-luvulla formalismin vahventumisen myötä. Sen kehittymiseen vaikuttivat myös käytännössä ilmenneet ongelmat, koska 1500-luvulla käyttöönotettu mischief-sääntö ja sittemmin kehittynyt kultaisen tulkinnan sääntö saattoivat johtaa epätyydyttäviin tulkinnallisiin ratkaisuihin. Tulkintasääntöjen kehitys ja keskinäiset painoarvot tuntuvat yhä edelleen olevan suhteellisia oikeuskulttuurin kulloisenkin aikakauden ideologiseen ilmastoon nähden, ja englantilaisten juristien joukossa on sellaisia, joiden mielestä tulkintakulttuurin muutos on jälleen meneillään. Esimerkiksi *Lord Renton* on todennut, että kirjaimellisen säännön 150 vuotta kestäneen valtakauden jälkeen sen lähtökohtaisesta etusijasta ollaan luopumassa, ja siirtymä on käynyt ja käy kohti seurausharkinnallisia argumentteja. *Lord Rentonin* sanojen painoarvo on erityisen suuri siksi, että hänellä on kokemusta ylähuoneen tuomarin tehtävistä.[209] Oikeuskirjallisuudessa on esitetty samansuuntaisia mielipiteitä. *Michael Freeman* on esimerkiksi todennut, etteivät lainkäyttäjät sovella kirjaimellista sääntöä enää "puhtaasti" vaan siihen sekoitetaan aina lain hengestä ja tarkoituksesta johdettuja argumentteja. Eli ei ole olemassa kolmea eri tulkintasääntöä vaan yksi kirjaimellisuudelle rakentuva ohje, johon on sekoittunut aineksia mischief- ja kultaisen tulkinnan säännöistä.[210] Tulkintakulttuurin muutokset ovat luonnollisesti liittynässä siihen, miten lainsoveltajat suhtautuvat tehtäviinsä, heillä olevaan luovaan funktioon ja eri oikeuslähteiden keskinäiseen järjestykseen.[211]

---

[208]Learning Legal Rules s. 191.

[209]*Lord Renton*, The Evolution of Modern Statute Law and its Future s. 14, jonka mielestä edellä mainitun kolmen tulkintasäännön lisäksi tulkintaa ohjaa myös ns. Diplock-periaate (Diplock-principle). Sen mukaan tuomioistuimen on otettava huomioon säännöksen tulkinnassa se, mitä lain sanat merkitsevät oikeusalamaisille eli niille, joiden toimintaa ohjaamaan laki on säädetty.

[210]The Modern English Approach to Statutory Construction s. 2. Kirjaimellisen tulkinnan kritiikistä ja sen vuoksi lain kirjaimen ulkopuolisten periaatteiden käytön näkemisestä hyväksyttävinä tulkinnallisina apukeinoina ks. myös *Glanville*, Statutory Interpretation. The Meaning of Literal Interpretation II s. 1149-51.

[211]Esimerkiksi *Martin*, Diverging Common Law s. 100, pitää selvänä, että kun aiemmin oli vallalla *Blackstonen* ajatuksia seurannut käsitys tuomarista lain tulkitsijana (deklatorinen teoria), niin nyt ollaan perustelukulttuurin kehitysvaiheessa, jota hän kutsuu "policy-based approach"-käsitteellä.

3.1.3.4. Lain esitöiden merkitys laintulkinnassa

> "The sense and meaning of an Act of Parliament must be collected from what it says when passed into a law; and not from the history of changes it underwent in the House where it took its rise."[212]

Samalla, kun säädännäisen oikeuden määrä lähti Englannissa kasvuun, kehitettiin oikeuskäytännössä sääntö, joka kielsi lainsoveltajaa vetoamasta lainsäätäjien esitöihin (ns. travaux préparatoires) parlamenttilakien tulkinnassa.[213] Lainvalmistelumateriaalin käytön kieltoa on perusteltu sekä lainsäätäjän ja tuomioistuimen toimivallan jaolla että myös käytännöllisemmillä syillä - jos parlamentin ylä- ja alahuoneessa käydyt keskustelut kirjaavan Hansardin käyttö sallittaisiin, nousisivat asiaosaiselle maksettavaksi lankeavat asianajo- ja prosessikulut entistä suuremmiksi.[214] *J.N. Batesin* mielestä esitöiden käytössä on suuria ongelmia, koska niiden saatavuudessa on omat vaikeutensa. Tähän liittyy myös se, että asianajajat eivät yleensä tunne parlamentaarisia menettelymuotoja. Toisaalta esitöihin liittyy ajankäytöllinen ongelma: jos niiden käyttö sallittaisiin - edes poikkeuksellisesti, asianajajat uhraisivat niiden tutkimiseen paljon aikaa. Turhia viivästyksiä syntyisi myös itse oikeudenkäynneissä, kun asiamiehet pyrkisivät perustelemaan, miksi esitöihin viittaamista kussakin tapauksessa olisi pidettävä oleellisen tärkeänä.[215]

Vuonna 1992 ylähuone salli kuitenkin esitöihin viittaamisen monimutkaisessa verotusta koskeneessa tapauksessa Pepper v Hart. *Lord Browne-Wilkinson* lausui kirjoittamissaan perusteluissa, että "the court cannot attach a meaning to words which they cannot bear, but if words are capable of bearing more than one meaning why should not Parliament´s true intention be enforced rather than thwarted."[216] Pepper v Hart -tapaus on jakanut mielipiteet kahtia ja herättänyt keskustelua siitä, olisiko ratkaisua pidettävä

---

[212]Millar v Taylor (1769) 98 ER 201, s. 217.

[213]Kansainvälisten sitoumusten osalta esitöiden käytön kieltoa ei ole pidetty kaikissa tapauksissa ehdottomana. Tätä pohtinut *Gardiner*, Interpreting Treaties in the UK s. 116-119.

[214]"In 1812, T.C. Hansard took over the work of reporting the debates in the House of Commons, first undertaken by W. Cobbet in 1803. His name is now the eponym for what, in 1908, became the official parliamentary reports throughout the Commonwealth." Näin *Beaulac*, Parliamentary Debates in Statutory Interpretation s. 289.

[215]The Contemporary Use of Legislative History in the UK s. 128. *Beaulacin*, Parliamentary Debates in Statutory Interpretation s. 313-321, mielestä syyt Hansardin käytön kiellolle ovat jaettavissa historiallisiin, teoreettisiin ja käytännöllisiin.

[216][1993] AC 593, s. 635.

merkkinä formalismin heikentymisestä englantilaisessa oikeusjärjestelmässä. *Johan Steyn* on suhtautunut Pepper v Hart -tapaukseen suopeasti, koska hänen mukaansa Hansardin käytön kiellolla on vaalittu virheellistä myyttiä siitä, että lain sanoilla voisi olla kunkin tapauksen olosuhteista riippumattomat objektiiviset merkitykset.[217] Joka tapauksessa mistään pitkän tähtäimen ideologisesta muutoksesta lienee vielä ennenaikaista puhua, koska Pepper v Hart -ratkaisua ei ole otettu kaikissa juristipiireissä positiivisesti vastaan.[218]

Oikeustila ei esitöiden käytön osalta olekaan nykyisin vakiintunut. Kuitenkaan se, että esitöihin on tuomioistuimessa sittemmin viitattu, ei tarkoita, että niiden käytön kielto olisi Englannin oikeudesta kumottu.[219] Lienee siksi ilmeistä, että Pepper v Hartin myötä oikeuteen kehittyi poikkeus-, ei pääsääntö.[220]

> Muissa Kansainyhteisön maissa oikeustila ei ole yhtenäinen. Australiassa esitöihin viittaamisen kieltoa lievennettiin jo vuonna 1984.[221] Uudessa-Seelannissa esitöihin viittaaminen ei ole koskaan täysin kiel-

---

[217]*Steyn*, Does Legal Formalism Hold Sway in England ? s. 51, pitääkin siksi Pepper v Hart -ratkaisua merkkinä realistisemmasta suhtautumisesta lakien tulkintaa kohtaan. Positiivisesti Hansardiin tehtyihin viittauksiin suhtautuu myös *Lord Slynn*, Looking at European Community Texts s. 19. Ks. myös *Bates*, The Contemporary Use of Legislative History s. 151, jonka mielestä esitöihin tulisi olla sallittua viitata säädetyn lain ollessa epäselvä. Esitöiden käytön sallittuisuus olisi kuitenkin *Batesin* mielestä syytä selkeyttää lain säännöksellä. Suopeasta suhtautumisesta myös esimerkiksi *Beaulac*, Parliamentary Debates in Statutory Interpretation s. 321-323.

[218]Ks. esitöiden käytön kieltävästä näkemyksestä *Lord Renton*, The Evolution of Modern Statute Law and its Future s. 14. *Freemanin*, The Modern Approach to Statutory Construction s. 5, mielestä Pepper v Hart painottaa menneisyyttä nykyisyyden kustannuksella: "privileges the historical over the contemporary.."

[219]Ks. Stubbings v Webb [1993] 2 WLR 120 sekä R v Warwickshire County Council, ex P. Johnson [1993] 1 All ER 299.

[220]Ks. *Bennion*, Hansard - Help or Hindrance ? A Draftman´s View of Pepper v Hart s. 149, 162, joka vertaa lainsäätäjän ja tuomarin suhdetta avioelämään: "When the erring husband is seeking solace elsewhere he explains that his wife does not understand him. I sometimes feel the complaint of the legislative drafter should be: my judge does not understand me. We draft for judges but often they seem not to understand us or our ways." *Bennion* kuitenkin uskoo varovaisuuteen ja muistuttaa, että esitöihin tehtyjen viittauksien tulisi säilyä poikkeuksellisessa asemassa: "Let us keep Hansard where it belongs." Ks. myös Practice Note [1995] All ER 234 siitä, miten esitöihin viittaavan tahon on välitettävä lainvalmistelutöitä koskeva informaatio tuomioistuimelle ja vastapuolelle.

[221]Uudistus toteutettiin parlamenttilailla, Interpretation Amendment Actilla (pykälä 7), jolla lisättiin uusi 15 AB pykälä vuoden 1901 Acts Interpretation Actiin. Ks. tästä *Beaulac*, Parliamentary Debates in Statutory Interpretation s. 296 ss: "Both the underlying philosophy and the drafting of section 15 AB were highly influenced by art. 31 and 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties."

> lettyä ollutkaan. Tosin kehitys on siellä ollut oikeuskäytännön varassa eikä selkeää pääsääntöä ole hahmottunut. Hansardin käytön kielto näyttää sielläkin olleen lähtökohtana, mutta tilanne on ilmeisesti vähitellen muuttumassa Hansardin käytön sallivaan suuntaan.[222]

Vuodesta 1999 eteenpäin Englannissa on myös voimassa käytäntö, että tietyt säädökset selitetään erikseen ja sellaista kieltä käyttäen, jota maallikkokin voi ymmärtää. Näitä uusia lakeja selittäviä ohjeita kutsutaan nimellä "explanatory notes" ja ne pyritään julkaisemaan Internetissä samana päivänä kuin asianomainen lakikin tarkoituksenaan "to allow the lay reader to grasp what the Act sets out to achieve".[223]

3.1.3.5. EY-oikeuden tulkinta

> "The legal profession in Britain, I think, is fully aware that community legislation is drafted with an eye to different principles of interpretation and ready to act accordingly, but who can predict whether this will happen ?" [224]

Englanti liittyi Euroopan integraatiokehitykseen seitsemänkymmentäluvulla, kun Euroopan yhteisöjä koskevat sopimukset saatettiin osaksi sen kansallista oikeutta vuoden 1972 European Communities Actilla. Tätä voimaansaattamislakia on muutettu myöhemminkin, esimerkiksi vuoden 1993 European Communities (Amendment) Actilla. Liittyminen Euroopan yhteisöjen jäseneksi tarkoitti myös sitoumista siihen oikeuslähdeopilliseen tosiseikkaan, että EY-oikeudella on etusija kansallisiin säännöksiin - niin hyvin parlamenttilakeihin kuin ennakkotapauksiin - nähden. Tämä on saanut vahvistuksensa myös Englannin ennakkotapausoikeudessa.[225]

Yhteisöoikeudellisia säädöstekstejä ei yleensä muotoilla sanamuodoiltaan

---

[222]Ks. *Beaulac*, Parliamentary Debates in Statutory Interpretation s. 297 ss.

[223]Ne eivät siten vastaa esimerkiksi suomalaisia lainvalmistelutöitä, joiden ymmärtäminen edellyttää juridisen kielen hallintaa. Ks. tilanteista, joissa nämä selittävät ohjeet tulee laatia ja julkaista HMSO:n kotisivut (http://www.legislation.hmso.gov.uk/exp-pa.htm): "The text of the Explanatory notes will be produced by the Government Department responsible for the subject matter of the Act. The purpose of these Explanatory Notes is to make the Act of Parliament accessible to readers who are not legally qualified and who have no specialised knowledge of the matters dealt with."

[224]*Kahn-Freund*, Civil Law and Common Law - Real and Imaginary Obstacles to Assimilation s. 158.

[225]Näin esimerkiksi tapauksessa R v Secretary of State for Transport, ex p. Factorname Ltd (No. 2) [1991] 1 AC 603. Ks. *Bingham*, There is World Elsewhere: The Changing Perspectives of English Law s. 519-21.

yksityiskohtaisiksi. Niiden tulkinnassa suositaan kontekstuaalista ja teleologista tulkintaa. Näiden tulkintametodien soveltaminen ei vaadi edes sitä, että sovellettavan säännöksen sanamuodossa olisi kielellistä epäselvyyttä.[226] EY-oikeuteen perustuvia säädöksiä - primääri- tai sekundäärioikeutta - ei voi kuitenkaan tulkita jokaisessa jäsenmaassa voimassa olevien kansallisten periaatteiden mukaisesti, koska se johtaisi maittain vaihtelevaan "yhtenäisoikeuteen."[227] Yhteisöjen tuomioistuimen lausunnoissa onkin tehty selväksi, että jäsenmaiden tulkintalinjoilta edellytetään yhdenmukaisuutta, jotta EU:n tavoitteet saadaan toteutettua.[228] *Lord Denning* - entinen ylähuoneen tuomari - on todennut, että olisi absurdia edes ehdottaa, että kaikissa jäsenmaissa yhteisöoikeudellisia säännöksiä tulkittaisiin kansallisten traditioiden mukaan. Tapauksessa James Buchanan & Co Ltd v Babco Forwarding and shipping (UK) Ltd hän lausui: "They go by the design or purpose which lies behind it. Then they interpret the legislation to produce the desired effect. They ask simply: what is the sensible way of dealing with this situation so as to give effect to the presumed purpose of the legislation ? I see nothing wrong with this. Quite the contrary. We should interpret in the same spirit and by the same methods as the judges of other countries do. So to obtain a uniform result."[229]

Jonathan E. Levitskyn mukaan englantilaisille tyypillinen formalistinen tulkintatapa on kuitenkin pyritty säilyttämään myös EY-oikeuden tulkinnassa käyttämällä hyväksi EY:n perustamissopimuksen artiklaa 177, jonka

---

[226]Ks. esimerkiksi *Fennelly*, Legal Interpretation at the ECJ s. 665. Yhteisöjen tuomioistuimen teleologisesti suuntautuneesta tulkinnasta myös *Wiklund*, EG-domstolens tolkningsutrymme, luku 3. Ks. useamman virallisen kielen vaikutuksesta ja käsitteiden oikeuskulttuurisidonnaisuudesta tulkinnassa huomioon otettavina seikkoina asia 283/81, Cilfit v Ministry of Health Care [1982] ECR 3415, erityisesti s. 3430. Onkin tärkeä muistaa, että EY:n oikeuskielenä käytettävä englanti ei ole englantilaisen oikeuskielen kanssa sama kieli.

[227]*Bell*, English Law and French Law - Not So Different ? s. 84, *Kahn-Freund*, Civil Law and Common Law - Real or Imaginary Obstacles to Assimilation s. 158 sekä *Freeman*, The Modern English Approach to Statutory Construction s. 5.

[228]Asiassa 106/89 Marleasing SA v LA Commercial International de Alimentación SA [1990] ECR I-4135 todettiin: "in applying national law, whether the provisions in question were adopted before or after the directive, the national court called upon to interpret it is required to do so, as far as possible,in the light of the wording and purpose of the directive in order to achieve the result pursued by the latter and thereby comply with the 3rd para. of article 189 of the Treaty." Ks. myös *Wiklund*, EG-domstolens tolkningsutrymme s. 137-140, *Klami*, Methodological Problems in European and Comparative Law s. 8 ss. ja *Sevón*, Suomalainen tuomari ja EY:n tuomioistuin s. 57.

[229][1977] 1 All ER 518, erityisesti s. 522. Ks. myös *Ojanen*, The European Way s. 8 ss.

mukaan jäsenvaltioiden kansallisilla tuomioistuimilla on oikeus pyytää yhteisöjen tuomioistuimelta ennakkoratkaisua EY:n perustamissopimuksen tulkinnasta, yhteisön toimielimen tai Euroopan keskuspankin säädöksen pätevyydestä ja tulkinnasta taikka neuvoston säädöksellä perustettua toimielintä koskevien sääntöjen tulkinnasta, jos säännöissä niin mainitaan.[230] Tämän perusteella annettu ennakkoratkaisu on sitova vain yhteisön toimielinten antaman säädöksen tulkintaa ja pätevyyttä koskevien kysymysten osalta, mutta yhteisöjen tuomioistuin ei ota kantaa tapauksen asiakysymyksiin eikä kansallisen lainsäädännön tulkintaan.[231] Eli muodollisesti ennakkoratkaisu tulee jonkin oikeusriidan osapuolia sitovaksi vasta sitten, kun sitä sovelletaan konkreettisessa tapauksessa. *Levitskyn* mielestä ennakkoratkaisussa annettu tulkinta on käytännössä muotoiltu usein niin, että säännös, josta tulkintaa on pyydetty, on kiinteytetty sillä tavalla, että kansallinen tuomioistuin voi soveltaa sitä "mekaanisesti". Tällöin englantilaiset tuomioistuimet ovat lähtökohtaisesti edelleen voineet sitoutua kirjaimelliseen tulkintatapaan.[232] Ennakkoratkaisua pyytämällä ei voi kuitenkaan vedenpitävästi ylläpitää tulkinnan formalististisuutta, koska joskus ennakkoratkaisun sanamuoto ei mahdollistakaan säännöksen tulkitsemista mekaanisesti. Tällaisissa tapauksissa ei lainsoveltajalle ole jäänyt muuta mahdollisuutta kuin pyrkiä tulkitsemaan sovellettavaksi tulevia säännöksiä mannereurooppalaisella tavalla.[233]

Kysymys siitä, tuleeko jäsenyys EU:ssa yleisesti vaikuttamaan siihen, miten englantilaiset lukevat muita kuin EY-oikeuteen perustuvia kansallisia lakejaan, jää tässä vaiheessa vaille vastausta.[234] Englantilaiset tuomarit tuntuvat suhtautuvan kysymykseen kahdella tavalla. Toiset haluavat erottaa eurooppaoikeudellisista vaikutuksista puhtaana säilyneen kansallisen oikeuden ja yhteisöoikeuden toisistaan. Heidän mielestään ne ovat kaksi toisistaan erillistä entiteettiä, joita ei saa tulkita yhtenäisellä tavalla. Toiset taas

---

[230]Ks. Practice Direction: References to the European Court of Justice by the Court of Appeal and the High Court under Article 177 of the EC Treaty (http://www.courtservice.gov.uk/ec_ref.htm), jossa selitetään, kuinka ja missä tilanteissa ennakkoratkaisun pyytäminen tapahtuu Court of Appealissa ja High Courtissa käsiteltävinä olevien juttujen osalta.

[231]*Ojanen*, The European Way s. 10-12 ja s. 25 ja *Sevón*, Suomalainen tuomari ja EY:n tuomioistuin s. 86.

[232]Europeanization of British Legal Style s. 360. Ks. myös *Manchester ym*, Exploring the Law s. 94.

[233]*Levitsky*, The Europeanization of British Legal Style s. 360-368.

[234]*Atiyah*, Law and Modern Society s. 191, *Dale*, Legislative Drafting: A New Approach s. 334 ss. sekä *Manchester ym*, Exploring the Law s. 95-100. Myös *Rensen*, British Statutory Interpretation in the Light of Community and Other International Obligations s. 203.

katsovat, ettei tämänkaltaista eroa voida enää tehdä. Viimeistään Pepper v Hart -tapauksen on katsottu ilmentävän sitä, kuinka eurooppaoikeudellinen oikeusajattelu on murtautumassa englantilaiseen oikeuskulttuuriin.[235] Nämä kaksi erilaista suhtautumistapaa ovat siten esimerkkejä kahdesta erilaisesta, oikeuskulttuurin sisäisestä responssista oikeussysteemiä koetteleviin ulkoisiin muutospaineisiin.[236]

3.2. Ennakkotapausoikeus

3.2.1. Johdanto

Englantilaisten sitoutumista tapausoikeuteen on perusteltu sitä kautta, että yhteiskunnan yleinen päättelytapa vaikuttaa myös oikeuskulttuuria leimaavaan oikeudelliseen päättelyyn: "Ei voi olla sattumaa, että ulkopuolisen silmin anglosaksien päättelytapa yleisesti ja common law´n päättelytapa erityisesti vaikuttavat käytännönläheisiltä."[237] Tätä perustelua *Bob Hepple* ei ole pitänyt kovinkaan vakuuttavana, vaan näkee yhteiskunnan yleisen ja oikeudellisen päättelytavan keskinäisen vaikutussuhteen (suunnan) pikemminkin päinvastaisena. Hänen mielestään on näet todennäköisempää, että englantilaisten pragmatistisuus on syntynyt sitä kautta, että common law -järjestelmä on ollut voimassa jo yli seitsemän vuosisadan ajan.[238]

Jotta englantilaisen ennakkotapausopin ainutlaatuinen luonne kävisi selkeämmin ilmi, paneudun hetkeksi suomalaiseen "prejudikaattioppiin", joka monilta osin muistuttaa muiden mannereurooppalaisten maiden suhtautumista ennakkotapausten oikeuslähdeopilliseen - auktoritatiiviseen ja tosiasialliseen

---

[235]*Lord Denning* kuvasi yhteisöoikeutta käsitteellä "the incoming tide" tapauksessa Bulmer v Bollinger [1974] 1 Ch 401, erityisesti s. 418.

[236]Eriyttävästä näkökannasta ks. R. v Ministry of Agriculture (1996) The Times, 20.12.-1996. Yhteensulauttavasta näkökannasta esimerkiksi McQuillan [1995] 4 All ER 400.

[237]*Wilson*, English Legal Scholarship s. 831. Ks. myös *Hofstede*, Cultures and Organizations: Software of the Mind s. 121 (London 1991), joka kuvailee englantilaisia ihmisiksi, jotka kaihtavat muodollisia sääntöjä. Saksalaisia hän sen sijaan luonnehtii sanomalla, että "they have been programmed since their early childhood to feel comfortable in structured environments."

[238]English Law s. 70. Myös *Wieackerin*, Foundations of European Legal Culture s. 6 (Am. J. Comp. L Vol. 38 s. 1-28), mielestä oikeudellinen pragmatistisuus on vaikuttanut anglosaksiseen elämäntapaan yleisemminkin. Mannereurooppalainen elämäntapa (way of life) on sen sijaan saanut omat vaikutteensa näille maille tyypillisestä abstraktisesta ja byrokraattisesta tavasta järjestää oikeudellista materiaalia.

- asemaan. Suomessa ennakkopäätösten vertikaalinen sitovuus, joka suuntautuu oikeusinstanssien kesken ylhäältä alaspäin, ei ole oikeudellista.[239] Sen sijaan korkeimmassa oikeudessa on sen omalla työjärjestyksellä päätöksille annettu horisontaalista sitovuutta, mikä tarkoittaa, että jos korkein oikeus haluaa poiketa aikaisemmassa ennakkotapauksessa omaksumastaan kannasta, on asia siirrettävä joko täysistunnossa tai ns. vahvennetussa jaostossa päätettäväksi. Tämä ei kuitenkaan tarkoita, etteikö korkein oikeus voisi poiketa ennakkotapauksen ratkaisusta. Työjärjestys säätää vain siitä, että tuon poikkeamisen on tapahduttava tiettyjen menettelysääntöjen puitteissa.[240]

Tosiasiallisesti ennakkotapauksiin tehdyt viittaukset tuomioistuinten päätöksissä, lainsäätäjän työssä ja oikeusteoreettisissa kirjoituksissa ovat yleistyneet.[241] Silti lähtökohtainen ero suomalaisen ja englantilaisen prejudikaattiopin välillä on suuri, mikä kilpistyy sen tosiseikan ympärille, että meillä ennakkotapaus ei koskaan voi olla hyvässä ratkaisussa ainoa auktoriteettiargumentti.

3.2.2. Stare decisis

3.2.2.1 Aluksi

Englantilaisessa oikeuskulttuurissa elää vahvana ajatus, jonka mukaan oikeuskäytäntö kertoo oikeusyhteisöön traditionaalisesti kiteytyneestä viisaudesta. Ns. stare decisis-periaate puolestaan kertoo oikeusyhteisöllisestä taidos-

[239]Ennakkopäätöksinä on *Jokelan* mukaan syytä pitää vain korkeimman oikeuden tai korkeimman hallinto-oikeuden vuosikirjoissa julkaistuja ratkaisuja. Ks. Periaatteellisia näkökohtia oikeuskäytännön merkityksestä s. 191: "KKO:n muodostaminen vuoden 1980 alusta ns. prejudikaattituomioistuimeksi ei siis ole merkinnyt sitä, että kaikki KKO:n ratkaisut tästä lähtien olisivat ennakkopäätöksiä, eikä kaikkia KKO:n ratkaisuja ole sellaisiksi tarkoitettukaan."

[240]*Aarnio*, Laintulkinnan teoria s. 231 ss. Myös *Jokela*, Periaatteellisia näkökohtia oikeuskäytännön merkityksestä s. 193, joka toteaa, että vuonna 1980 tapahtuneen valituslupajärjestelmän uudistamisen "nimenomaisena lähtökohtana oli KKO:n muuttaminen pääasiallisesti oikeuskäytäntöä ohjaavan ennakkopäätöstuomioistuimen luonteiseksi ylimmäksi instanssiksi".

[241]Ks. *Aarnio*, Statutory Interpretation in Finland s. 169 sekä sama, Precedent in Finland s. 100, jossa hän näkee ennakkotapausten lisääntyneen seuraamisen olevan liitynnässä tuomioiden perusteluiden parantuneeseen laatuun: "The conceived guiding function of precedents is realized the better the more exhaustively the decisions are justified. Precedents are followed because they are well argued for, as such, convincing, not because of mandatory authority."

ta käsitellä tuota osin vuosisatojakin vanhaa ennakkotapausmateriaalia.

Syitä sitovan ennakkotapausopin syntymiselle on monia. 1700-luvulla varsinaista prejudikaattioppia ei ollut vielä syntynyt, vaikka aikaisempia ratkaisuja useimmiten käytännössä noudatettiinkin. Englantilaista oikeushistoriaa on kuvattu maineikkaiden tuomareiden historiaksi, ja ennakkotapausopin kehittymisen kannalta erityisen tärkeän aseman on saanut 1700-luvulla ylähuoneen tuomarina toiminut *Lord Mansfield.* Hän painotti, että aiempia ratkaisuja ei saanut seurata mekaanisesti vaan niistä tuli pelkistää esiin periaatteita. Tällä tavoin hän myönsi prejudikaattien kautta luotujen oikeusperiaatteiden tosiasiallisen sitovuuden.[242] Ennen 1800-lukua Englannin oikeus ei kuitenkaan tunnustanut, että aiemmat ratkaisut olisivat olleet auktoritatiivisen oikeuslähteen asemassa vaan niitä pidettiin lähinnä osoituksena voimassa olevan oikeuden sisällöstä.

Ennakkotapausopin kiinteytymiselle sitovaksi doktriiniksi 1800-luvulla oli lukuisia syitä.[243] Osa niistä liittyi yhteiskunnallisiin muutoksiin. 1850-luvulta toiseen maailmansotaan asti Englanti muuttui näet alati rikkaammaksi teollisuusvaltioksi ja ylemmät keskiluokat - joihin myös juristit ja tuomarit kuuluivat - pitivät järjestystä ja asioiden johdomukaisuutta yhteiskunnallisina hyveinä. Siksi tiukka asennoituminen ennakkotapausten sitovuutta kohtaan kävi luonnolliseksi. Tiukkaa ennakkotapausoppia selitti osaltaan myös *John Austinin* oikeuspositivismi, joka pohjautui saksalaiselle käsitelainopille. 1800-luvun lopussa lainopilliset teoksetkin oltiin kirjoitettu enemmän koodimaiseen kuin narratiiviseen muotoon. Ideologisten syiden lisäksi ennakkotapausopin tiukentumiselle löytyy kuitenkin myös teknisiä syitä. Päätösmateriaali oli kasvanut valtaviin mittasuhteisiin ja uusi suhtautuminen ennakkotapauksia kohtaan kuvasti, miten tuohon massaan haluttiin saada jonkinlainen ote - se haluttiin laittaa jonkinlaiseen järjestykseen.[244]

Ennakkotapauksiin perustuva oikeus vaati kehittyäkseen sitä, että hajanaisena säilynyt tuomioistuinjärjestelmä yksinkertaistettiin. Muutokset tehtiin parlamenttilaeilla, joista merkittävimmät olivat vuosina 1873-75 voimaantulleet säädökset (The Judicature Acts). Niillä perustettiin Supreme Court of Judicature, johon kuuluu High Court ja vetoomustuomioistuin,

---

[242] *Virkkunen*, Oikeustapausten raportointi ja prejudikaattioppi s. 794 ss.

[243] Ks. *Virkkunen*, Oikeustapausten raportointi ja prejudikaattioppi s. 794, jossa kirjoittaja nimeää 1800-luvun alkupuolella toimineita tuomareita, jotka sitoutuivat prejudikaatteihin oikeusvarmuuden saavuttamiseksi ja joiden toiminta osaltaan vaikutti sitovan ennakkotapausopin syntymiseen.

[244] *Schmitthoff*, Non stamus decisis s. 475 ss.

Court of Appeal. Ylin oikeusaste ei lain alaisuuteen kuitenkaan kuulu. Sen osalta julkaistiin Apellate Jurisdiction Act vuonna 1876. Sillä luotiin elinikäisen ylähuoneen jäsenyyden omaavien tuomareiden (life peers) muodostama elin, jonka tehtävänä oli ja on edelleenkin harjoittaa parlamentin ylähuoneen tuomiovaltaa.[245]

Tapaus, jossa oppi sitovista ennakkotapauksista (jota seuraavassa kutsun periaatteeksi) ensi kerran lausuttiin, oli London Street Tramways v LCC.[246] Ennakkotapausten sitovuuden perusta on siten tapausoikeudessa, eikä periaatetta ole myöhemminkään parlamenttilakiin kirjattu.[247] Vaikka ennakkotapausoppia osoittava ratkaisu on vuodelta 1898, ulottaa se vaikutuksensa myös sitä vanhempaan - jopa 1200-luvun - tapausoikeuteen, jollei niistä ilmeneviin oikeusohjeisiin ole tehty myöhempiä muutoksia parlamenttilaeilla tai tapausoikeudessa.[248]

Tiukka pitäytyminen tuomioistuinten aiemmissa tapauksissa ilmaisemiin oikeusohjeisiin johti lopulta kuitenkin siihen, että oikeusjärjestelmän kehittyminen pysähtyi, kun myös maan ylin oikeusaste katsoi olevansa velvollinen noudattamaan omia, aiemmissa tapauksissa tekemiään ratkaisuja. Toisen maailmansodan jälkeen yhteiskunnallinen ilmasto kuitenkin muuttui ja mahdollisti myös uudenlaisen suhtautumisen ennakkotapausoppia kohtaan. *Clive Schmitthoffin* mielestä tuolloin ryhdyttiin elämään muutoksen ja epävarmuuden ilmapiirissä. Pysyvyyden sijasta painotettiin joustavuutta, joka vaikutti niin, että asenne ennakkotapausoppia kohtaan muuttui pragmatistisemmaksi. Kehityksen kulminaatiopisteeksi tuli vuosi 1966. Silloin ylähuone irrottautui ankarasta stare decisis -periaatteen tulkintalinjasta ja julisti, että sen itsensä oli mahdollista poiketa aiemmissa tapauksissa lausumistaan oikeusohjeista.[249] Muutoksella on ollut lähinnä symbolista merkitystä, koska ylähuone on poikennut omien ratkaisujensa sitovuudesta vain hyvin poikkeuksellisesti - kolmen vuosikymmenen aikana näin on tapahtunut keski-

[245] *Virkkunen*, Oikeustapausten raportointi ja prejudikaattioppi s. 797 ss.

[246] [1898] AC 37.

[247] Myöskään tuomioistuinten perusteluvelvollisuutta ei ole kirjattu säädännäiseen oikeuteen. Stare decisis -periaatteen sisältö jäisi kuitenkin tyhjäksi ilman niiden syiden esiinkirjaamista, joiden perusteella päätös tehtiin. Siksi oppi sitovista ennakkotapauksista sisältää välttämättä myös perusteluvelvollisuuden.

[248] Englannissa ennakkotapausopista käytetään vakiintuneesti termiä "rule of precedent". Joskus oikeuskirjallisuudessa näkee käytettävän termiä "doctrine of precedents", joka ei merkityssisällöltään eroa edellä mainitusta.

[249] *Schmitthoff*, Non stamus decisis s. 476. Ennakkotapausopin muutos tapahtui ns. Practice Statementilla (Judicial precedent) [1966] 1 WLR 1234. Ks. lausuman syntytaustasta *Paterson*, The Law Lords s. 146-153.

määrin harvemmin kuin yhdessä tapauksessa vuodessa.[250] Onkin sanottu, että poikkeaminen voi tapahtua vain silloin, kun siihen on olemassa vahvoja moraalis-yhteiskunnallisia syitä.[251]

3.2.2.2. Ratio ja obiter dicta

Sitova ennakkotapausoppi koostuu kahdesta kokonaisuudesta. Ensinnäkin se määrittää ne oikeusinstanssit, joiden ratkaisut ovat sitovia. Toisekseen se kertoo siitä, mikä osa ratkaisusta on sitova tulevissakin tapauksissa. Ennakkotapauksilla argumentoidessaan lainsoveltajan olisi siten osattava erottaa sitovat ennakkotapaukset ei-sitovista ja sen jälkeen sitovan ennakkotapauksen sitova osa ei-sitovasta. Vaikeuksia syntyy jo pelkästään sen vuoksi, että ratkaisut saattavat olla yli kolmekymmentä, jopa neljäkymmentä painosivua pitkiä. Tällöin ration esiinpelkistäminen vaatii jo melkoista taituruutta.

Ennakkotapausoikeudesta ei löydy sitä oikeussääntöjen tasoa, johon mannereurooppalaiset juristit ovat kodifioiduissa oikeusjärjestelmissään tottuneet. Prejudikaatit eivät näet koskaan anna valmista säännöstä sovellettavaksi, vaan se on niiden pohjalta rakennettava uudelleen kutakin konkreettisesti ratkaistavana olevaa tapausta varten.[252] *Aleksander Peczenik* onkin kuvannut ennakkotapausoikeutta niin, ettei siinä seurata valmiita sääntöjä, vaan harkitaan syitä sääntöjen tekemiselle. Ennakkotapauksen mukainen ratkaisu tai siitä poikkeaminen vaativat kumpikin perusteluita.[253] Se, että oikeussäännös ei ole "valmiina käytettäväksi", ei tarkoita oikeusvarmuuden

---

[250]Ks. *MacCormick*, Legal Reasoning and Legal Theory s. 134-137, jossa kirjoittaja kuvannut lyhyesti asiaa koskevia esimerkkitapauksia.

[251]Ks. *Bankowski-MacCormick-Marshall*, Precedent in the UK s. 329: "But the power has been used in some very significant cases in both private and public law". Sellaisista ennakkotapauksista, joissa ylähuone on rohjennut poiketa omista aiemmissa tapauksissa lausumistaan oikeusohjeista ks. esimerkiksi R v Shivpuri [1987] AC 1. Tämä tapaus on erityisen mielenkiintoinen siksi, että ennakkotapauksen kumoamista perusteltiin siinä aiemman ratkaisun virheellisyydellä. Yleensähän ylähuone ei halua tällä tavalla suoraan kritisoida omia aiempia päätöksiään. Tapauksessa Food Corporation of India v Antlizo Shipping Co. [1988] 1 WLR 603 painotettiin, että aiempien ennakkotapausoikeudellisten oikeusohjeiden kumoaminen voi tapahtua vain, jos sillä on relevanssia ratkaistavana olevan tapauksen kannalta - kumoamista ei voi siten tehdä hypoteettisesti, vain tulevista tapauksista ja tulkintatilanteista määräten.

[252]*Pöyhönen*, Sopimuksen kohtuuttomuus anglo-amerikkalaisissa oikeusjärjestelmissä s. 214. *Linna*, Korkeimman oikeuden perustelut oikeuskäytännön ohjauskeinona - toteutuuko prejudikaattifunktio s. 138 ss., toteaa common law maille olevan tyypillistä, että sääntöä tai ohjetta ei saada kiinni kielelliseen formulaatioon.

[253]Jumps and Logic in the Law s. 311.

ja ennustettavuuden sivuuttamista.[254] Ratio decidendi -oppi - formalistisella oikeusajattelulla höystettynä - pitää näet siitä huolen.

Vuoden 1966 jälkeen ennakkotapausjärjestelmän rakenteeksi oikeusinstanssien hierarkisen aseman suhteen on vakiintunut seuraava:[255]

> 1. Ylähuoneen tekemät päätökset sitovat kaikkia muita tuomioistuimia. 2. Vetoomustuomioistuin on sidoksissa ylähuoneen ja itse tekemiinsä ratkaisuihin, ja sen ratkaisut sitovat puolestaan kaikkia alempia instansseja.[256] 3. High Court on sidoksissa ylempien instanssien ratkaisuihin, muttei omiin aiempiin ratkaisuihinsa. 4. Alemmat instanssit ovat sidoksissa kaikkien kolmen ylimmän asteen ratkaisuihin.[257]

Privy Councilin ratkaisut eivät sido Englannin kansallisia tuomioistuimia (ellei kyse ole sellaisesta asiasta, jossa Privy Coucil on toimivaltainen valitusinstanssi kansallisen oikeuden mukaan, kuten esimerkiksi kirkollisissa asioissa). Käytännössä Privy Council sitoutuu itse omiin, aiemmin tekemiinsä ratkaisuihin, vaikka sillä ei olekaan siihen oikeudellista velvollisuutta.[258] Suhde ylähuoneeseen on myös jonkin verran ambivalentti, vaikka oikeudellisesti tilanne vaikuttaakin selvältä: Privy Councililla ei ole velvollisuutta ylähuoneen ratkaisujen seuraamiseen.[259] Kuitenkin silloin, kun ylähuone on jossakin tapauksessa soveltanut sellaista säännöstä, joka on yhteinen Eng-

---

[254]*Linna*, Korkeimman oikeuden perustelut oikeuskäytännön ohjauskeinona - toteutuuko prejudikaattifunktio s. 138 ss.

[255]Hahmottelemani oikeusasteiden hierarkiajärjestys ja sen liityntä ennakkotapausoppiin on melko karkea. Ks. lisää esimerkiksi *Timonen*, Ennakkotapaukset ja niiden merkitys oikeuslähteenä s. 40-45 sekä *Manchester ym.*, Exploring the Law s. 12-21.

[256]Young v Bristol Aeroplane Co. (1944) KB 7, määritteli vetoomustuomioistuimen valtuudet poiketa itse tekemästään aiemmasta ratkaisusta. Mahdollisia syitä on kolme. Ensinnäkin, jos aiemman tapauksen voi katsoa olevan tehdyn ilmeisen erehdyksen perusteella per incuriam. Toinen tilanne on se, jos päätös on kumottu ylähuoneen myöhemmällä ratkaisulla. Kolmantena syynä hyväksytään se, että kaksi tai useampi vetoomustuomioistuimen päätöksistä on keskenään ristiriidassa. Tuomioistuin voi tällöin valita sen ennakkotapauksen, josta ilmenevää oikeusohjetta se tulee kussakin yksittäistapauksessa soveltamaan. Tästä ks. tarkemmin *Schmitthoff*, Non stamus decisis s. 473, jossa alaviitteessä 14 on määritelty, mitä per incuriam tarkoittaa.

[257]*Atiyah*, Law and Modern Society s. 136. *Goodhart*, Precedent in English and Continental Law s. 40, huomauttaa, että vaikkakaan ylemmät tuomioistuimet eivät ole sidottuja itseänsä alempien oikeusinstanssien päätöksiin, seuraavat ne käytännössä niissä vakiintunutta ja yhtenäiseksi muotoutunutta ratkaisulinjaa.

[258]Ks. esimerkiksi Baker v The Queen [1975] AC 774, erityisesti s. 787 ss.

[259]Sellaisesta tapauksesta, jossa Privy Council ei seurannut ylähuoneen ratkaisua, voi esimerkkinä mainita tapauksen Australian Consolidated Press Ltd v Uren [1969] 1 AC 590 (seuraamatta jätetty ratkaisu oli Rooks v Barnard [1964] AC 1129).

lannin lisäksi myös osalle muita Kansainyhteisön maita, pyrkii Privy Council ylähuoneen kanssa yhdenmukaisiin tulkintoihin.[260]

Vaikka Englannin jäsenyydellä EU:ssa on ollut oikeuslähdeopillista vaikutusta, eivät yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisemat tapaukset kuitenkaan muodosta sitovaa oikeuslähdettä ja stare decisis -oppi ei siksi tule niiden osalta sovellettavaksi kansallisella tasolla. Toisaalta yhteisöjen tuomioistuin ei ole itsekään sidottu omiin ratkaisuihinsa. Tämä siitä huolimatta, että konkreettisessa lainsoveltamistoiminnassa pyritään yhteisöoikeutta koskevan oikeuskäytännön yhtenäisyyteen. Muodollinen sitovuus ja tosiasiallinen sitovuus ovat tosin tässäkin yhteydessä kaksi eri asiaa.

Englantilaisen tuomioistuimen ratkaisun voi karkeasti jakaa neljään osaan, jotka ovat:

> 1. Lopputulos (judgement) 2. Ratkaisun perusteluosa, jossa operatiiviset tosiasiat ja oikeussäännökset yhdistetään juridiseksi ratkaisuksi. Tämä on päätöksen ratio eli se osa, johon ennakkotapauksen sitova vaikutus myöhemmissä ratkaisutilanteissa kohdistuu. 3. Tapaukseen liittyvät oikeudelliset kommentit ja täydentävät huomautukset, jotka ovat päätöksen ns. obiter dicta 4. Eriävät mielipiteet, jotka sisältävät vähemmistöön jääneiden tuomareiden kannanoton.[261]

Ration ja obiter dictan erottaminen on tärkeää, koska siinä on kyse päätöksen sitovan ja ei-sitovan osan erosta. Ratio on ennakkotapauksen kantava osa, joka on kehittynyt ajatuksesta, ettei sitovia prejudikaatteja luo yksittäisen oikeustapauksen sanamuoto, vaan sen ilmaisema periaate.[262] Ration tarkemmasta teoreettisesta määritelmästä ei ole päästy englantilaisten juristien keskuudessa yksimielisyyteen.[263] Esimerkiksi *A.W.B. Simpson* on ilmaissut epäilyksensä sen suhteen, onko ratiolle ylipäänsä mahdollista löytää tyydyttävää määritelmää. Hän lähestyy ongelmakenttää erottamalla kaksi mahdollista tasoa, joilla ratiosta on mahdollista keskustella: ensinnäkin tarkastelun voi rajoittaa yksittäistapausten yhteyteen. Toisena mahdollisuutena on ration tarkastelu yleisemmällä tasolla, josta hän kuitenkin skeptisesti on todennut, että ratiolle tyydyttävän, teoreettisen määritelmän antaminen on yhtä helppoa kuin aaveen jahtaaminen.[264]

---

[260]Ks. tästä de Lasala v de Lasala [1980] AC 546. Huomaa se, mitä olen tässä tutkimuksessa aiemmin kirjoittanut ylähuoneen ja Privy Councilin suhteesta ja pyrkimyksestä yhtenäiseen laintulkintaan, II osan luku 3.2.3.

[261]*Joutsamo*, Ennakkopäätösten juridinen ja yhteiskunnallinen rooli Englannin oikeusjärjestelmässä s. 119 ss. Ks. tämän osan aiempi luku 2.5.

[262]*Virkkunen*, Oikeustapausten raportointi ja prejudikaattioppi s. 795 ss.

[263]*Atiyah*, Law and Modern Society s. 135.

[264]The Ratio Decidendi of a Case and the Doctrine of Binding Precedent s. 168.

Selvää kuitenkin lienee, että ratio on rakennettava jokaisessa ratkaistavana olevassa tapauksessa ennakkotapausten pohjalta uudelleen. Tämä tarkoittaa, että yksittäistä tapausta ratkaiseva tuomari ei voi päättää, mikä osa hänen perusteluistaan muodostaa myöhemmissä tapauksissa sitovan ration. Joskus myöhempää tapausta ratkaisevat tuomarit ovatkin eri mieltä siitä, mikä osa perusteluista ration muodostaa.[265] Myöhempää tapausta ratkaiseva henkilö ei voi myöskään arvioida aiempien tapausten ration oikeellisuutta, joten contra legem -tyyppiset ratkaisut (joissa tuomarin katsottaisiin rikkoneen stare decisis -periaatetta vastaan) eivät kuulu osaksi englantilaista ennakkotapausoppia.

Obiter dicta tarkoittaa puolestaan päätökseen sisältyviä lausumia siitä, miten tapaus olisi ratkaistu, jos sen faktat olisivat olleet erilaiset. Näillä lausumilla ei ole tulevaisuuteen suuntautuvaa ja myöhempiä tapauksia ratkaisevien tuomioistuinten harkintaa sitovaa vaikutusta. Ne muodostavat ts. sen osan perustelulausumista, joihin lainsoveltaja ei tunne olevansa sidottu. Tässä - samaten kuin ration tapauksessa - tapausta ratkaiseva tuomari ei voi äänestyslausuntoansa kirjoittaessaan itse lopullisesti päättää, mikä osa siitä muodostuu myöhemmän ratkaisijan silmissä obiteriksi.

Vaikkakaan obiter-lausumat eivät ole oikeudellisesti sitovia, ohjaavat ne tosiasiallisesti alempien oikeusinstanssien päätösargumentaatiota. Obiter-lausumien asemaa on tämän vuoksi pidetty rinnasteisina mannereurooppalaisten ennakkotapausten kanssa: ne ovat ns. sallittuja oikeuslähteitä, jolloin niistä poikkeaminen edellyttää perusteluja. *Neil MacCormick* on pannut merkille sen ylähuoneessa yleistymässä olevan käytännön, jonka mukaan tuomarit obiterien avulla pyrkivät tietoisesti ohjaamaan tulevien tapausten suuntaa. Tällaisissa tapauksissa tuomarit myös tuovat perusteluissaan ilmi käsityksensä siitä, mikä on kyseessä olevassa tapauksessa ratkaisun rationa ja mikä taas muodostaa siinä ratkaisun ei-sitovan obiterin.[266]

Tuomioistuinten toiminnassa lähtökohtana on, että ensin pyritään selvittämään tapauksen tosiseikat eli mistä tapauksessa on kysymys. Tämän jälkeen asiamiehinä toimivien juristien on tuotava esiin ne oikeustapaukset,

---

[265]Joskus tapauksen perusteluista on erotettavissa useampikin kuin yksi ratio. Syntetisoinnilla tarkoitetaan, että ratio pelkistetään esiin kokoamalla yhteen useiden tapausten osittain erilaiset perustelut, jolloin saadaan aikaiseksi oikeusohje, jota tapauksista yksikään ei sinänsä ilmennä. Näin *Aarnio*, Ennakkopäätöksistä ja niiden sitovuudesta s. 257.

[266]Nämä tuomarien lausumat ovat kuitenkin myöhempää ratkaisijaa sitomattomia. Joka tapauksessa tuomarien on selvitettävä, mitkä aiempien tapausten lausumista muodostavat sitovan ration ja mitkä ovat oikeudellisesti sitomattoman obiterin asemessa. Ks. *MacCormick*, Why Cases Have Rationes and What These Are s. 178.

joilla ratkaistavana olevan tapauksen olosuhteiden valossa on ennakkotapausarvoa. Prosessi etenee toisin sanoen induktiivisesti - siinä edetään yksityisen kautta yleiseen pitäen lähtötasona konkreettisia oikeustapauksia (kun mannermainen deduktiivinen metodi edellyttää siirtymää yleisestä yksityiseen). Ennakkotapaukset analysoidaan tämän vaiheen jälkeen erottamalla tapauksen kannalta relevantit oikeustapaukset ei-relevanteista ja tässä vaiheessa oikeusprosessia käydään yleensä paljon keskustelua siitä, miten kukin prejudikaatti tapaukseen soveltuu.[267]

Ennakkopäätösten analogisesta seuraamisesta voidaan poiketa vain tiettyjen ehtojen vallitessa. On ensinnäkin mahdollista, että olosuhteiden (tosiseikkojen) samankaltaisuus - relevanteilta osiltaan - ratkaistavana olevan tapauksen ja ennakkotapauksen osalta kielletään. Tällöin kyseessä on ns. distinguishing eli tosiseikastojen vertailu. Sillä ei tarkoiteta poikkeamista stare decisis-periaatteen sitovuudesta vaan kyse on periaatteen soveltamisedellytysten punninnasta.[268] Ennakkopäätöksen sitomattomuus tapausten erilaisten tosiseikastojen johdosta on eri asia kuin ennakkotapauksen oikeusohjeen tietoinen kumoaminen uudella ennakkotapauksella, jolloin kyseessä on ns. overruling.[269] Tuolloin voimassa olevan oikeudellisen sääntelyn ei katsota enää vastaavan sitä oikeusvakaumusta, joka yhteiskunnassa vallitsee.[270] Yleensä

[267]Kaikkia englantilaisissa tuomioistuimissa ratkaistuja tapauksia ei julkaista ennakkotapauskokoelmissa vaan niihin pyritään valitsemaan vain sellaiset, joilla on ennakkotapausoikeutta kehittävä tai selventävä luonne. Julkaistuista tapauksista tulee ensi sijassa viitata Law Reports -kokoelmassa julkaistuihin tapauksiin (kokoelmaa julkaisee the Incorporated Council of Law Reporting for England and Wales). Ks. tapauskokoelmien etusijasta toisiinsa nähden esimerkiksi Practice Statement by the Lord Chief Justice (http://www.courtservice.gov.uk/crpd0498.htm), jossa selitetty myös, missä tilanteissa julkaisemattomiin tapauksiin saa tuomioistuimessa poikkeuksellisesti viitata. Niistä täytyy tällöin yleensä käydä ilmi jonkun sellaisen periaatteen, joka ei löydy julkaistuista tapauksista.

[268]Ks. *MacCormick*, Legal Reasoning and Legal Theory s. 219-224.

[269]Koska "overruling" kohdistuu ratioon, ei se ole sama asia kuin aiemman ratkaisun muuttaminen valitusinstanssissa (reversing). Sekaannusten välttämiseksi *Timonen*, Ennakkotapaukset ja niiden merkitys oikeuslähteenä s. 36, onkin kääntänyt "overruling"-termin kuvaavasti "prejudikaattinormin kumoamiseksi uudella tuomioistuinratkaisulla".

[270]Ration kumoaminen ei tarkoita, että ennakkotapaus olisi muuttunut kokonaan merkityksettömäksi. Tuomarit saattavat etsiä siitä edelleen esimerkiksi toimintaansa ohjaavia obiter-argumentteja. Esimerkki kumoamisesta: Horsler v Zorro [1975] Ch 302, joka kumottiin tapauksella Johnson v Agnew [1979] 1 All ER 883. Parlamenttilain oikeuslähdeopillisen etusijan vuoksi myös lainsäätäjä voi kumota ration. Esimerkiksi Foreign Limitation Periods Act 1984 kumosi tapauksen Huber v Steiner (1835) 2 Bing NC 202 ration. Nykyisin on käytäntönä, että ylähuone kokoontuu normaalia suuremmassa kokoonpanossa silloin, kun kyseessä on mahdollinen ennakkotapauksen oikeusohjeen kumoaminen. Tästä lisää ks. *Bankowski-MacCormick-Marshall*, Precedent in the UK s. 342 ss.

syynä on se, että tuomioistuimet ottavat huomioon sellaiset (väliintulevat) yhteiskunnallis-moraaliset tekijät, joiden perusteella jossain aiemmassa tapauksessa ilmennyttä oikeusohjetta ei seurata, vaikka kaikki muodolliset edellytykset stare decisis -periaatteen soveltamiselle siinä olisivatkin olemassa.[271]

> Oikeusohjeen kumoamisen kannalta merkitystä näyttäisi olevan sillä, mikä on sen asema muissa Kansainyhteisön maissa. Jos oikeusohje on niissä edelleen hyväksytty, näyttäisi tämä puhuvan sen säilyttämisen puolesta myös Englannissa. Jos ennakkotapaus on sen sijaan tullut kumotuksi muissa Kansainyhteisön maissa, ei tätä ole pidetty vahvana perusteena kumota sitä myös Englannissa.[272]

Englantilainen ennakkotapausoppi tekee lainsoveltamista koskevat loogiset johtopäätökset (konkreettisissa lainsoveltamistilanteissa) lähes mahdottomiksi. Kyse ei ole matematiikasta ja siksi ratkaisujen perustelut ovat saaneet erityisen merkittävän aseman.[273] *Kari Joutsamo* on muistuttanut, että "lainsäädännön kieli on abstraktisten kategorioiden kieli, kun taas tuomioistuinten ratkaisuissaan käyttämä kieli on konkreettisten, juridis-yhteiskunnallisten konfliktien yksityiskohtaisempi, tilanteen analyysin ja ratkaisun kieli".[274] Oikeusvarmuuden ja ennustettavuuden toteuttaminen kuitenkin edellyttää vastaamista kysymykseen, kuinka suurta yhtäläisyyttä tapausten tosiasiakysymyksiltä vaaditaan, jotta stare decisis -periaatteen edellytykset täyttyvät ? Ongelma on siinä, että kun yksittäistapausten yksityiskohtaista analyysia syventää tarpeeksi, voi niiden tosiasiakysymysten todeta ainakin jonkin verran eroavan toisistaan. Mikäli nämä tosiseikkoja koskevat eroavuudet saadaan kytkettyä oikeuskysymyksiin, voi tuomioistuin päätyä ai-

---

[271] *Bankowski*, Analogical Reasoning and Legal Institutions s. 189 ja *Bankowski-MacCormick-Marshall*, Precedent in the UK s. 332. Ks. myös *Manchester ym.*, Exploring the Law s. 9, jossa on kerrottu tapauksesta, jota ratkaistaessa ei aiemmissa tapauksissa annettuja oikeusohjeita seurattu "muuttuneiden yhteiskunnallisten olosuhteiden vuoksi". Ks. esimerkkitapausten analyysista enemmän s. 152-156. Ks. väliintulevista tekijöistä tämän tutkimuksen aiempi III osa luku 2.5.

[272] *Paterson*, The Law Lords s. 161. Sama vaikutus näyttäisi *Patersonin* tutkimusten mukaan vallitsevan myös oikeuskirjallisuuden kannanottojen suhteen. Eli jos tietty oikeusohje on oikeuskirjallisuudessa hyväksytty, on tämä vahvistava argumentti sen säilyttämiselle voimassa olevana oikeutena. Jos oikeusohjetta on oikeuskirjallisuudessa kritisoitu, ei tällä ole yleensä välitöntä vaikutusta sen kumoamisen tai kumoamattomuuden kannalta.

[273] *Stein*, Roman Law, Common Law and the Modern Civil Law s. 1600.

[274] Ennakkopäätösten juridinen ja yhteiskunnallinen rooli englantilaisessa oikeusjärjestelmässä s. 121. Myös *Goutal*, Characteristics of Judicial Style in France, Britain and the USA s. 117

emmasta oikeustapauksesta poikkeavaan loppuratkaisuun.

Samanlaisuus on kuitenkin itsessään oikeusyhteisösidonnainen käsite. Englannissa se on sidoksissa yhteisön oikeusvakaumukseen, siihen traditioon, jonka varassa common law on vuosisatojen ajan saanut kehittyä. Tämä samanlaisuuden määrittelyn ongelmallisuus aiheuttaa sen, että stare decisis -periaatetta ei voi soveltaa täysin muotosidonnaisella tavalla, vaan formalististen seikkojen lisäksi lainkäyttäjän on toiminnassaan otettava välttämättä huomioon myös arvostuksellisia tekijöitä.

3.2.2.3. Samanlaisuus ja analogia

> "Analogia eli samankaltaisuus perustuu olennaisuuksien esiin poimimiselle ja tapausten rinnastamiselle."[275]

Muodollinen oikeudenmukaisuus perustuu sille, että samanlaisia tapauksia käsitellään samalla tavalla. Tämä periaatteellinen toimintaohje ei ilman sitä koskevan analyysin syventämistä voi auttaa tuomioistuimia niiden lainsoveltamistoiminnassa. *H.L.A. Hart* onkin todennut, että vaikka yhdenmukaisuus oikeudenmukaisuuden ilmentäjänä on ajassa muuttumaton arvo, ovat samanlaisuutta ja erilaisuutta koskevat kriteerit aikaan ja paikkaan nähden suhteellisia.[276]

Analogiassa on kyse asioiden välisistä suhteista. Siinä pyritään induktion tapaan yksittäistapaukset ylittävään yleistettävyyteen, jonka perusteella muotoillaan tyyppitapaus, jota vasten yksittäiset tapaukset tulevat arvioiduiksi.[277] *Zenon Bankowskin* mielestä ihmiset harjoittavat tapausoikeudelliseen päättelyyn sisältyvää samanlaisuuden arviointia (analogiaa) jopa kaikissa arkipäivän toiminnoissaan. Analogian harjoittaminen edellyttää aina arvosidonnaista kannanottoa siihen, mitkä erot ja yhdistävät tekijät ovat kussakin tapauksessa relevantteja - tälle harkinnalle sosiaalinen käytäntö ja oikeudellinen traditio luovat puitteet. Analogia ei siksi perustu irrationaaliselle toiminnalle vaan siihen sisältyy yhteisöllisen yleistettävyyden vaatimus: "Samankaltaisuus on yhteisöllinen käsite, joka on järkeenkäypä ainoastaan liitynnässä tiettyyn kieleen ja elämänmuotoon. Samanlaisuuden ymmärtämiseksi emme näet huomioi mitään uusia faktoja. Ainoastaan tarkastelemalla sitä oikeassa kontekstissa ja traditiossa voimme tehdä päteviä

---

[275]*Aarnio*, Laintulkinnan teoria s. 242.

[276]The Concept of Law s. 155 ss. Ks. myös *MacCormick*, Legal Reasoning and Legal Theory s. 86.

[277]*Nuutila*, Rikosoikeudellinen huolimattomuus s. 168.

ja järkeviä valintoja. Ehdot analogiselle soveltamiselle löytyvät siten oikeudellisesta traditiosta, säännöksistä ja periaatteista. Samanlaisuus on siten pohjimmiltaan sosiaalinen käsite."[278]

> Kun Englannissa kysymys analogian käytöstä liittyy ration soveltamiseen jossakin uudessa oikeustapauksessa, Manner-Euroopassa analogian käytön on sanottu liittyvän lähtökohtaisesti sellaisiin tilanteisiin, joissa säädännäisessä oikeudessa on ratkaistavana olevan oikeuskysymyksen kannalta aukko.[279]

Ennakkotapausoikeudellisen näkökulman on sanottu ulottuvan vain menneisyyteen. Näkemys on kuitenkin osin virheellinen, koska tapausanalogiassa on myös tulevaisuus läsnä. Tämän on *Bankowski* osoittanut ennakkotapausoikeudesta poimimillaan esimerkeillä.[280] Yksi niistä on tapaus MacLennan v MacLennan.[281] Siinä eräs mahdollisista ratkaisuvaihtoehdoista hylättiin, koska tuomioistuin katsoi, että sen analoginen soveltaminen voisi johtaa tulevaisuudessa myös oikeustajun vastaisiin ratkaisuihin. Koska prejudikaateilla on myös tällainen tulevaisuuden huomioiva suhde, tulevat ratkaisuharkinnassa oleelliseen asemaan myös periaatteet ja seurausharkinta: jos niitä ei ole huomioitu, voidaan ennakkotapausta käydä tulevaisuudessa muuttamaan, jolloin prejudikaatin paikka (funktio) oikeuden kokonaisuudessa on jäänyt osin täyttymättä.[282] Englantilaiseen ennakkotapausdoktriiniin liittyy näet aina tavoite siitä, että sen mukaisen tapausanalogian kautta ei luoda mitään uutta voimassa olevaan oikeudelliseen traditioon.[283]

Säädännäisestä oikeudesta poiketen ennakkotapausten tulkinnassa on sal-

---

[278]Analogical Reasoning and Legal Institutions s. 178, 184. *Bankowski* näkee siten analogisen päättelyn olevan liitynnässä yhteisön kieleen. Ks. tämän tutkimuksen III osan jakso 1.

[279]Tästä lähestymistapojen erosta ja sen yhdistämisestä EY-oikeuden tasolla ks. *Langenbucher*, Argument by Analogy in European Law (Cambridge LJ Vol. 57 s. 481-521).

[280]Tulevaisuuden ja menneisyyden läsnäolon ja merkityksen vuoksi ennakkotapaukset on jaettu kahteen ryhmään, joissa näistä ajanhahmotuksista painotetaan jompaa kumpaa. "Precedent of solution" viittaa päätöksen tekemisen hetkeen, ennakkopäätöksellä tehtävään ratkaisuun konkreettisessa tapauksessa. "Precedent of Interpretation" viittaa tosiseikkojen tulkintaan ja arvioinnin sitovuuteen tulevaisuudessa. Ks. *Bankowski-MacCormick-Morawski-Miguel*, Rationales for Precedent s. 484. Ks. myös *Aarnio*, Ennakkopäätöksistä ja niiden sitovuudesta s. 257, joka puhuu *Niilo Jääskiseen* viitaten etenevästä prejudikaattirelaatiosta. Yhdysvaltojen oikeudessa etenevällä prejudikaattirelaatiolla on ilmeisesti pienempi merkitys - sen sijaan Englannissa se otetaan huomioon.

[281](1958) SC 105.

[282]Ks. tämän tutkimuksen aiempi osa III luku 2.4.3. seurausharkinnasta ja päätösten yleistettävyyden vaatimuksesta.

[283]*Bankowski*, Analogical Reasoning and Legal Institutions s. 187.

littua argumentoida periaatteilla. Niiden avulla lainsoveltaja luo systemaattisen kehyskertomuksen oikeuden yksittäistapauksittaisille tarinoille.[284] *Michael Arnheimin* mukaan englantilaisten lainsoveltajien ongelmana erityisesti 1990-luvulla on ollut ennakkotapauksista ilmenevien oikeusohjeiden jyrkkä erottaminen periaatteista. Ennakkotapausoikeuden katsotaan koostuvan yksittäisistä prejudikaateista - ei periaatteista, jotka perustaisivat voimassaolonsa prejudikaatteihin. Huolestuttavaa tämä on kirjoittajan mukaan sen vuoksi, että kysymykseen siitä, mikä tapaus on relevantti ennakkotapaus ja mikä ei, tulisi vastata periaatteiden avulla. Periaatteiden nykyiselle asemalle löytyy selitys lakimiesten koulutuspohjasta sekä pragmatistisesta oikeuskirjallisuudesta, jotka kumpikin ovat unohtaneet periaatteiden tärkeyden. Ongelmana ei siten olekaan se, etteikö common law sisältäisi selkeitä periaatteita - niitä ei vain nykyisessä oikeudellisessa ilmastossa noteerata.[285] Siksi jotkut kaikkein fundamentaalisimmista periaatteista tulevat jatkuvasti lainsoveltajan toiminnassa (ja oikeuskirjallisuudessa) sivuutetuiksi. Tämä on saanut *Arnheimin* skeptiseksi sen suhteen, miten hyvin tuomioistuinten ratkaisut on mahdollista ennakoida.[286] Hän on pyrkinyt osoittamaan konkreettisten oikeustapausten avulla, miten viime vuosina ns. jojo ratkaisut ovat lisääntyneet. Niillä hän tarkoittaa sellaisia ratkaisuja, joissa eri oikeusasteet päätyvät erilaisiin lopputuloksiin. Tämä on usein kohtuutonta asianosaisten kannalta, koska ylimmässä oikeusasteessa hävinnyt joutuu yleensä maksamaan vastapuolensa oikeudenkäyntikulut.[287] *Arnheimin* mielestä periaatteiden katoamisella englantilaisesta oikeusjärjestelmästä voi olla järjestelmän ulkopuolelle ulottuvia vaikutuksia. Onhan Englanti monessa suhteessa

---

[284] *Bankowski-MacCormick-Marshall*, Precedent in the UK s. 319.

[285] *Arnheimin* mielestä viimeisin Englannissa julkaistu bibliografia, jossa on argumentoitu periaatteilla, on *Francis Baconin* Maxims of Law lähes neljänsadan vuoden takaa. Tämä *Baconin* teos on kuitenkin jäänyt *Arnheimin* mukaan juristien keskuudessa melko tuntemattomaksi teokseksi.

[286] Tästä myös *Slapper*, English Legal System s. 28, joka toteaa, että nykyisin on mahdotonta etukäteen sanoa, milloin ylähuone katsoo, että voimassa olevaa oikeutta on muutettava uudella ennakkotapauksella, ja milloin se pitäytyy vanhoissa oikeusohjeissa ja toteaa, että parlamentin toimivaltaan kuuluu kaikkien merkittävämpien lainmuutosten tekeminen. *Slapper* listaa neljä sellaista esimerkkitapausta vuosien 1991 ja 1996 väliltä, joissa ylähuone omaksui aktiivisen lainsäätäjän roolin. Niihin kuuluu esimerkiksi R v R [1991] 4 All ER 481, jossa tuomarit poistivat 256 vuotta vanhan säännön avioliitossa tapahtuneen raiskauksen sallittavuudesta. Erityiseksi tämän ennakkotapausoikeudellisen muutoksen teki *Slapperin* mielestä se, että "in creating new crime, the Lords did not shrink back from such law making because this was a matter of public policy or because Parliament had legislated on this area in modern times without changing the rule against marital rape."

[287] *Arnheimin* johdanto teokseen Common Law s. xxiv ss.

esikuva muille Kansainyhteisöön kuuluville oikeusjärjestelmille.[288]

3.2.2.4. Equity-oikeus

> "Equity ei ole taikasauva, jonka avulla jokainen sellainen sääntö, joka uhkaa oikeudenmukaisuutta, voidaan pakottaa toimimaan kunnolla."[289]

Equity on yhä edelleen oma oikeuslähdeopillinen kokonaisuutensa säädännäisen oikeuden ja common law´n rinnalla. Erottelun merkitys on tosin hämärtynyt sen vuoksi, että kaikkia näitä oikeuslähteitä sovelletaan samoissa oikeusinstansseissa. Tämän vuoksi jaottelu tehdään yleensä karkeammin säädännäisen ja tapausoikeuden välillä: tällöin tapausoikeuteen katsotaan kuuluvaksi sekä equity- että common law -lähtöiset oikeusohjeet.[290] Equity-oikeudella ei tarkoiteta niitä tuomareille harkinnanvaraa jättäviä joustavia säännöksiä, joita Englannin oikeuteen on viime vuosina yhä lisääntyvässä määrin ilmestynyt. Vaikka High Courtin kanslerijaostoa voikin pitää kanslerituomioistuimen seuraajana, ei se edeltäjänsä tavoin enää ratkaise tapauksia yksittäistapauksettaisella harkinnalla. Kohtuus on koventunut laiksi, ja tapaukset ratkaistaan pääsääntöisesti jo olemassa olevien oikeusohjeiden perusteella.[291]

Siitä, mitkä säännöt ja periaatteet periytyvät vanhaan kanslerioikeuteen, ei ole olemassa mitään erityistä peukalosääntöä.[292] Karkeita erottelukriteereitä voi kuitenkin esittää ja niistä yksi on se, että equity-säännökset ovat yleensä yksityisoikeudellisia - kanslerioikeudella lienee ollut suurin vaikutus varallisuus- ja sopimusoikeuden kehittymisen kannalta.[293] Toinen erottelukriteeri koskee oikeuskieltä. Equity-lähtöiset säännökset ovat sanamuodoiltaan melko monimutkaisia, joka johtuu siitä, että kanslerioikeuksissa ei ollut maallikkojäsenistä koostuvia lautakuntia eli juryja. Siksi

---

[288]*Arnheim* vertaa Englantia Yhdysvaltoihin, jossa periaatteita arvostetaan huomattavasti Englannin oikeutta enemmän. Selitys löytyy USA:n perustuslaista ja siitä, että jury on säilyttänyt paikkansa myös siviilioikeudellisissa jutuissa. Sen sijaan Englannista hän toteaa: "As the 20th century draws to a close, the health of English common law gives genuine cause for concern." Ks. johdanto teokseen Common Law s. xxv.

[289]Ks. *Davies*, Equity in English Law s. 159.

[290]Huomaa *Atiyah*, The Rise and Fall the Freedom of Contract s. 672.

[291]Ks. Hill v AC. Parsons Ltd [1971] 3 All ER 1345, varsinkin *Lord Denningin* lausunto s. 1359.

[292]*Bogdan*, Comparative Law s. 111.

[293]Ks. *Petersen*, Englannin oikeuslaitos s. 18-20, siitä, mitkä oikeudenalat ovat kehittyneet equityn vaikutuksesta.

jutut käsiteltiin yleensä kirjallisesti, eikä tuomareiden tarvinnut ilmaista käytettäviä oikeusohjeita sellaisella selkokielellä, jonka avulla myös lautakunnan maallikkojäsenet olisivat voineet ne ymmärtää. Se, onko säännös säilynyt tapausoikeudellisena vai onko se kirjattu parlamenttilakiin, ei sinällään kerro sen alkuperästä mitään.

Queen´s Bench -jaoston ja kanslerijaoston toimivallan määrittelyn kannalta ei ehdottoman ratkaisevaa merkitystä anneta nykyisin sille, ovatko sovellettavaksi tulevat oikeussäännökset kehittyneet aikoinaan common law- vai equity-tuomioistuimissa. Toimivallan jakoa ollaan pyritty rationalisoimaan sitä kautta, että oleelliseen asemaan ovat nousseet jaostojen noudattamat menettelytavat: Queen´s Bench -jaosto soveltaa näet suullista ja kanslerijaosto kirjallista menettelyä.[294] Tämä tarkoittaa, että Queen´s Bench -jaosto ratkaisee myös sellaiset oikeusriidat, joihin sovelletaan equity-lähtöisiä säännöksiä, jos suullinen prosessi katsotaan niiden käsittelyn kannalta soveliaammaksi. Tällaisiin kuuluvat mm. sopimusoikeudelliset ja vahingonkorvausoikeudelliset (law of torts) asiat. Kanslerijaoston toimivalta taas kattaa sellaiset oikeudenalat, joiden piiriin kuuluvien oikeusriitojen käsittelyssä kirjallista menettelyä on pidetty suullista parempana. Kanslerijaosto käsittelee esimerkiksi kiinteätä omaisuutta, trusteja ja konkursseja koskevat asiat. Myös testamenttien tulkinta sekä jäämistön hallinnasta perittävän kuoleman ja sen jaon välisenä aikana syntyvät ongelmat kuuluvat sen toimivaltaan.

Equityn ja common law´n rinnakkainen olemassaolo on aihettanut Kansainyhteisön maiden oikeuskirjallisuudessa keskustelua niiden välisen suhteen luonteesta. Englannissa equitya pidetään pääsääntöisesti jo kuolleena.[295] Sen sijaan Australiassa equityn sanotaan voivan hyvin, jolloin myös sen eroa common law -oikeuteen pidetään selkeänä. Equityn nähdään perustuvan periaatteille ja individualistiselle oikeudenmukaisuuskäsitykselle. Common law taas luottaa sääntöihin ja niiden yleistettävyyteen, muodolliseen oikeudenmukaisuuteen oikeusvarmuuden muodossa.[296] Tämän kaltaista lähestymistapaa ei ole toki Englannissakaan kokonaan unohdettu. Sitä korostaa esimerkiksi

---

[294]Ks. *Davies*, Equity in English Law s. 159.

[295]Tässä yhteydessä kuoleminen tarkoittaa, että equity on jäykistynyt muotosidonnaisiksi säännöiksi eikä sillä ole enää joustavaa kehityskykyä. Doktriineja ei ts. voi soveltaa ennakkotapausoikeuteen analogisesti sopimattomiin tapauksiin.

[296]Näiden näkemysten mukaan tuomioistuimetkin vaihtavat harkintaa ohjaavan ideologiansa sovellettavaksi tulevien oikeuslähteiden perusteella joko yksittäistapauksellista kohtuutta tai tehokkuusargumentteja painottavaksi. Ks. *Duggan*, Is Equity Efficient ? s. 602 ss. alaviitteissä mainitsemat lähteet.

Margaret Halliwell, joka yrittää elvyttää yleisen kohtuuttomuusdoktriinin.[297]

Australialaisessa oikeuskirjallisuudessa on esitetty myös sellaisia näkemyksiä, joiden mukaan ajatus equityn ja common law´n erilaisuuden korostamisesta on virheellinen. Esimerkiksi *Anthony Duggan* on halunnut ennakkotapausesimerkkien avulla osoittaa, kuinka equitykin nojaa lopulta tehokkuusargumentteihin ja kuinka sen soveltamiskenttä on tuomioistuinten toiminnassa vakautettu. Hän ei tarkoita kieltää equityn merkitystä vaan pyrkii muistuttamaan, että samoin kuin common law -oikeudessa, myös equity-säännösten kehittymisen ja soveltamisen kannalta tehokkuusargumenteilla on ollut ja on edelleen merkitystä.[298] Common law´n ja equityn laadullisesta lähentymisestä on merkkinä sekin, että common law käyttää yhä enemmän joustavia säännöksiä. Toisaalta historia osoittaa, ettei niiden tämän kaltainen lähentyminen ole mitenkään ainutkertaista. Equityhän on aikoinaan ollut jopa sääntösidonnaisempi ja sitä kautta muotosidonnaisempi kuin common law.[299]

Anthony Mason on *Dugganin* kanssa samoilla linjoilla. Myös hänen näkemyksensä perustuu siihen, ettei oikeuslähdeopillinen kahtiajako common law- ja equity-oikeuden välillä ole enää relevantti. Equity on näet ulottunut yhä laajemmalle myös sellaisten oikeudellisten instituutioiden alueelle, joita perinteisesti on pidetty common law´lle ominaisina.[300] Joillakin oikeudenaloilla equityn kehittämien käsitteiden ja doktriinien soveltamisalaa on tarkoituksella parlamenttilaein laajennettu. *Masonin* mielestä tämänkaltainen kehityssuuntaus ei ole tarkoittanut oikeusvarmuuden heikentämistä - siitä pitää traditionaalinen ennakkotapausoppi huolen.[301]

---

[297]Equity and Good Conscience in a Contemporary Context s. 49 (London 1997).

[298]*Duggan*, Is Equity Efficient ? s. 602 ss., 635.

[299]*Duggan*, Is Equity Efficient ? s. 627.

[300]*Mason*, The Place of Equity and Equitable Remedies in the Contemporary Common Law World s. 238: "Equitable doctrine and relief have penetrated the citadels of business and commerce, long thought, at least by common lawyers, to be immune from the intrusion of such alien principles."

[301]The Place of Equity and Equitable Remedies in the Contemporary Common Law World s. 259 ss. Anglosaksisessa oikeuskulttuuripiirissä puhutaan suuntauksesta nimeltä "a new equity". Sen edustajat - esimerkkeinä mainittakoon australialaiset *Patrick Parkinson* ja *Patricia Loughlan* - tavoittelevat paluuta vanhaan aikaan siinä muodossa, että tuomarit saisivat oikeuden kehittää uusia kohtuusperiaatteita yksittäistapauksissa. Liike astuu siten niiden varpaille, jotka kannattavat perinteistä parlamentin ja tuomioistuinten välistä toimivallanjakoa. Uuden equity-oikeuden kehittymisestä ks. *Gardner*, Wives´ Guarantees of Their Husband´s Debts ? (LQR Vol. 115 (1999) s. 1-8). Kirjoituksessa selostetaan tapausta, jossa tuomioistuin vapautti miehen velan taanneen vaimon vastuustaan, koska vaimolle ei oltu riittävästi selvitetty, millaisia taloudellisia riskejä takaukseen liittyi.

3.2.2.5. Parlamenttilakien ja oikeuskäytännön suhde

Englannissa on ollut vallalla ns. "oil and water" -näkemys, joka tarkoittaa, että säädännäisen oikeuden ja ennakkotapausoikeuden nähdään olevan erillisiä entiteettejä. Käytännössä niiden rinnakkainolo on toiminut melko kitkattomasti. Ongelmallisena on kuitenkin nähty kysymys siitä, voiko common law -oikeutta[302]kehittää parlamenttilakien analogisen tulkinnan kautta silloin, kun tapauksen tosiseikat ovat rajanneet sen säädännäisen oikeuden soveltamisalan ulkopuolelle.[303]

Sir Rupert Crossin mielestä Englannin oikeus tulisi nähdä yhtenä suurena kokonaisuutena, eikä eri oikeuslähteiden välissä olisikaan vedettävissä selkeää rajaa. Siksi ennakkotapausoikeuden kehittäminen parlamenttilakien analogisen soveltamisen kautta on ymmärrettävissä ja hyväksyttävissä. *P.S. Atiyah* on lähestynyt tätä ongelmakysymystä tapausoikeudellisten esimerkkien valossa ja osoittanut *Crossin* näkemyksen joissakin tilanteissa mahdolliseksi. *Atiyah* päätyy kuitenkin välittävään kannanottoon: hän toteaa varovasti, ettei kysymystä ole vielä riittävästi tutkittu, jotta lukkoonlyötyjä mielipiteitä olisi mahdollista esittää. Lakien soveltamisalan analogiseen laajentamiseen liittyy joka tapauksessa *Atiyahin* mielestä suuria ongelmia, eikä sen käytölle ole yleensä edes välitöntä tarvetta, koska lainsäädäntöä uudistetaan Englannissa jatkuvasti. Siksi rinnastukset yhdysvaltalaiseen systeemiin eivät ole oikeutettuja, koska siellä lainsäätäjän ja lainsoveltajan toimivaltarajat ovat sijoittuneet eri tavalla.[304]

Jack Beatsonin mukaan *Crossin* ja *Atiyahin* käymä debatti on välttämättä vanhentunut, koska sitä käytäessä tapaus Pepper v Hart ei vielä ollut osa Englannin tapausoikeutta. *Beatson* muistuttaa, että esitöitä käyttämällä pyritään etsimään vastausta kysymykseen, miksi laki säädettiin: mitkä ovat ts. ne periaatteet, jotka säädöksen taustalta löytyvät. Parlamenttilakien soveltamisalueen analoginen laajentaminen on siten perusteltua niiden taustalla vaikuttavien arvojen (periaatteiden) puitteissa. Tämä on kuitenkin kussa-

---

[302]Tässä yhteydessä common law -oikeus tarkoittaa ennakkotapausoikeutta yleisesti, joten termin merkitykseen sisältyy myös equity-oikeus.

[303]Tässä on siis kyse sellaisista tapauksista, joissa ennakkotapausoikeutta kehitetään voimassa olevien parlamenttilakien pohjalta. Kyse on tietynasteisesta siirtymästä oikeuslähderyhmien välillä. En siten tarkoita tässä sellaisia kiperiä tapauksia, jotka lainsoveltaja joutuu ratkaisemaan toisen asteen justifikaatiomallin mukaisesti. Kiperistä tapauksista ks. III osan luku 2.3.

[304]Ks. *Atiyahin* artikkeli Common Law and Statute Law sekä *Crossin* teos Precedent in English Law, erityisesti s. 174-177.

kin tapauksessa tuomareiden harkinnan varassa.[305]

Reinhard Zimmermann on muistuttanut, että saksalaisessa oikeusjärjestelmässä tuomarit, lainsäätäjä ja oikeustieteilijät toimivat yhteistyössä.[306] Lainsäätäjän on mahdotonta ennakoida kaikkia yhteiskunnassa konkretisoituvia, oikeudellista ratkaisua edellyttäviä ongelmia. Tuomareilla on siksi luovakin funktio, jonka rajat on paalutettu yhteistyössä lainsäätäjien ja oikeustieteilijöiden kanssa. Lisäksi perustuslain (Grundgesetz) periaatteet antavat laintulkitsijalle suuntaviivoja epäselvien tulkintatilanteiden ratkaisemiseksi.[307] *Zimmermann* ei näe mitään syytä sille, miksi tämä saksalainen malli oikeudellisesta yhteistyöstä ei voisi toimia myös englantilaisessa oikeusjärjestelmässä.[308]

Keskustelu säädännäisen oikeuden ja ennakkotapausoikeuden suhteesta kilpistyy lopulta siihen, miten oikeusjärjestelmän eri osat toisiinsa nähden ymmärretään ja miten oikeuslähteitä luetaan. Siksi *Beatsonin* periaate- ja arvosidonnainen näkemys säädännäisestä oikeudesta tuntuu rohkealta, kun ottaa huomioon sen, miten parlamenttilakien tulkintaan on perinteisesti suhtauduttu kirjaimellisesti ja kuinka periaatteiden ainoaksi sallituksi oikeuslähteeksi on hyväksytty common law ja equity. Oikeuskulttuurin muutos *Beatsonin* ja *Zimmermannin* kuvailemalla tavalla vaikuttaa sen vuoksi epätodennäköiseltä. On muistettava, että oikeusjärjestelmän maiseman maalaa Englannissa tuomarikunta, jonka keskuudessa oikeusajattelu on (melko) muotosidonnaista. Tähän maisemaan sulautuvat myös näkemykset oikeuden ontologisesta ja epistemologisesta olemuksesta. Yhä edelleen formalistisen linssin läpi avautuva kuva englantilaisesta oikeusjärjestelmästä antaa siksi vaikutelman siitä, että parlamenttilait ja tuomarien ratkaisemat tapaukset ovat toisiinsa nähden kuin vesi ja öljy.

---

[305]*Beatson*, Has the Common Law a Future ? s. 312. Pepper v Hart -tapauksen merkittävyyttä korostaa tässä se, että *Atiyah*, Common Law and Statute Law s. 26, perustelee omaa varauksellisuuttaan sillä, että lainsäätäjän tahtoa ei ollut mahdollista tuolloin vielä pyrkiä selvittämään muuta kautta kuin lain sanamuotoa lukemalla: "The intentions of Parliament, when not enshrined in a statute, have no legal or constitutional validity."

[306]Ks. myös *Markesinis*, Conceptualism, Pragmatism and Courage s. 59 sekä *Peczenik*, Jumps and Logic in the Law s. 311.

[307]Ks. esimerkiksi BVerfGE 51, 304, erityisesti s. 323, jossa todetaan, että Grundgesetzin nojalla ei vain todeta, mikä säännös on voimassa olevaa oikeutta, vaan se määrää myös niistä suuntaviivoista, joiden mukaan voimassa olevia säännöksiä tulkitaan.

[308]*Zimmermann*, Statuta Sunt Stricte Interpretanda ? s. 326-8: "It is generally agreed today, that German courts have to develop the law in confirmity with the Basic Law. It is hard to understand why the courts in England should not be able, in a similar manner, imaginatively to develop and elaborate the statutory law so as to co-ordinate it with the common law."

3.3. Yhteenveto

Englannin oikeudessa muodolliset tarkastelut ovat ensisijaisia suhteessa aineellisiin. Parlamenttilakeja luetaan kirjaimellisesti ja stare decisis -periaate osoittaa, mitkä tapaukset ja mikä osa niistä ovat sitovia. Tämä luo jatkumoa sille vuosisatoja vanhalle deklatoriselle teorialle, jonka mukaan tuomari ei tuo ratkaisuillaan mitään uutta voimassa olevan oikeuden kokonaisuuteen - hän vain toimii prejudikaattien ja säädännäisen oikeuden tulkitsijana.[309]

Vuoden 1966 Practice Statementilla on Englannin oikeudessa ideologisen vedenjakajan asema. Sitä edeltäneinä vuosina formalismi oli vallalla ja deklatorinen teoria ohjasi käsityksiä tuomarin toiminnasta.[310] Vuoden 1966 jälkeen tuomarin luova funktio on myönnetty, mutta sen ei nähdä olevan aitoa (rajoittamatonta) luovuutta vaan luovuuden on ilmennettävä oikeudellista jatkuvuutta. Avainkysymykseksi on tässä tilanteessa noussut se, mitkä ovat tuomarin luovuuden rajat.[311]

Yhtenä tärkeimpänä tuomareiden luovan toiminnan raja-aitojen paaluttajana on toiminut *Lord Reid*, joka 1960- ja 1970-luvuilla toimi ylähuoneen tuomarina. *Lord Reidin* ennakkopäätöksiin kirjoittamista äänestyslausunnoista käyvät ilmi ne kriteerit, jotka on otettava huomioon, kun tuomari ryhtyy innovatiiviseen toimintaan. Hänen mielestään vastaus siihen, kumpi yksittäistapauksessa on tärkeämpi toteuttaa - oikeusvarmuus vai yksittäistapauksellinen oikeudenmukaisuus - on oleellisesti riippuvainen kyseessä olevasta oikeudenalasta. Oikeusvarmuuden on korostuttava esimerkiksi sellaisilla oikeudenaloilla kuin sopimus- ja varallisuusoikeudessa. Innovaation alaa rajoittaa joka tapauksessa se, että tuomari tarkastelee aina vain yksittäistä oikeustapausta, jolloin kattavampien lainuudistusten tulee kuulua parlamentille. Ylipäänsä tuomareiden ei tule luoda uusia oikeuslauseita, jos sillä tavalla luotaisiin jyrkkä ristiriita suhteessa muodollisiin oikeuslähteisiin. Nämä *Lord Reidin* ajatukset tuomarin innovaatiosta on sittemmin muun tuomarikunnan keskuudessa hyväksytty: ei ehkä aina eksplisiittisesti mutta kuitenkin implisiittisesti - tekojen kautta.[312]

---

[309] *Brusiin*, Tuomarin harkinta normin puuttuessa s. 121 ja *Atiyah-Summers*, Form and Substance in Anglo-American Law s. 147.

[310] Ks. *Freeman*, The Modern English Approach to Statutory Construction s. 3.

[311] Ks. esimerkiksi *Slapper*, English Legal System s. 28. Myös *Brusiin*, Tuomarin harkinta normin puuttuessa s. 121.

[312] *Paterson*, The Law Lords s. 170-4. Ylimmässä oikeusasteessa oli jo ennen *Lord Reidiä* tuomari, joka alati pyrki uuden luomiseen. Hän oli *Lord Denning*, jonka ajatukset olivat kuitenkin erittäin radikaaleja - ne olisivat sitä yhä tänäkin päivänä. Englantilaisten

Innovatiivinen toiminta kuuluu siten lähinnä sellaisiin tilanteisiin, joissa oikeuskysymys on voimassa olevan oikeuden mukaan epäselvästi tai puutteellisesti säännelty. Jo *H.L.A. Hart* uskoi, että koska voimassa olevat oikeussäännökset eivät voineet olla kattavuudeltaan täydellisiä, aukkotilanteissa tuomareilla oli välttämättä uutta luova funktio. Käytännössä tuomareiden toiminta ei tuntuisi kuitenkaan olevan niin vapaata kuin mitä *Hart* tarkoitti, vaan harkinnan rakenne vastaa pikemminkin *MacCormickin* toisen asteen justifikaatiomallia. Sen mukaisesti koherenssi rajoittaa luovuutta, koska käytettyjen perusteluiden on oltava oikeussysteemin valossa hyväksyttäviä.[313] Tapauksen ratkaisulla pyritään tämän mukaisesti tuomaan mahdollisimman vähän uutta oikeudellista informaatiota voimassa olevan oikeuden kokonaisuuteen. Englannissa tuomareiden vapaan harkinnan tarkastelua hämärtää ennakkotapausoikeudellisen ration hankala määriteltävyys. Se vaikeuttaa toisen asteen justifikaatioelementtien esiinpelkistämistä enemmän kuin jos tarkastelun kohteena olisi mannereurooppalainen oikeuskulttuuri. Kyse on oikeastaan kehästä: ration määrittelemisen hankaluus vaikeuttaa ratkaisussa vaikuttaneiden periaatteiden ja seurausharkinnallisten tekijöiden tunnistamista, mutta toisaalta nimenomaan viimeksi mainittujen tekijöiden olemassaolo tekee ration määrittelyn ongelmalliseksi.[314]

Tuomareiden harkintaa ohjaa englantilaisen oikeusjärjestelmän ennakkopäätösvetoisuus, jolla tarkoitan sitä, että kaikista muistakin oikeuslähteistä - myös säädännäisestä oikeudesta - johdetut argumentit pyritään aina ankkuroimaan aiemmin tehtyihin tuomioistuinratkaisuihin. Lisäksi ennakkotapausoikeuden kehittäminen tapahtuu hitaasti ja uudistukset voimassa olevaan materiaaliin tehdään orgaanisesti, traditiota mahdollisimman suuressa määrin jatkaen.[315] Koska ennakkotapausmateriaali ulottuu ajallisesti usealle

---

juristien on ollut vaikea sulattaa hänen ajatustaan, jonka mukaan tuomarin tehtävänä tulee olla yksittäistapauksellisen oikeudenmukaisuuden toteuttaminen - jopa niissä tapauksissa, kun oikeudenmukaisuuden toteuttaminen tarkoittaisi muodollisesti voimassa olevien oikeussäännösten sivuuttamista.

[313] *MacCormickin* pohdintojen painopiste eroaa hieman *Hartista*, joka pohdiskeli kysymystä, mikä laki on. *MacCormick* taas käsitteli teoriaa oikeudellisesta ratkaisusta, jonka elementtien hän on myöntänyt ulottuvan joskus myös lain ulkopuolisiin argumentteihin eli moraalis-yhteiskunnallisiin arvoihin. *MacCormickin* teorian todenmukaisuudesta ylähuoneen ratkaistessa ns. kiperiä tapauksia ks. *Paterson*, The Law Lords s. 177, 189. Ks. myös tämän tutkimuksen aiempi III osa jakso 2.

[314] *Bankowski-MacCormick-Marshall*, Precedent in the UK s. 319: "Rules come first, but these are bedded in grounds of principle and, where appropriate, substantive elements of value or policy. Again the discursive nature of the opinions and often their length..makes it difficult to separate out rules, principles and policies."

[315] *Atiyah*, Law and Modern Society s. 138.

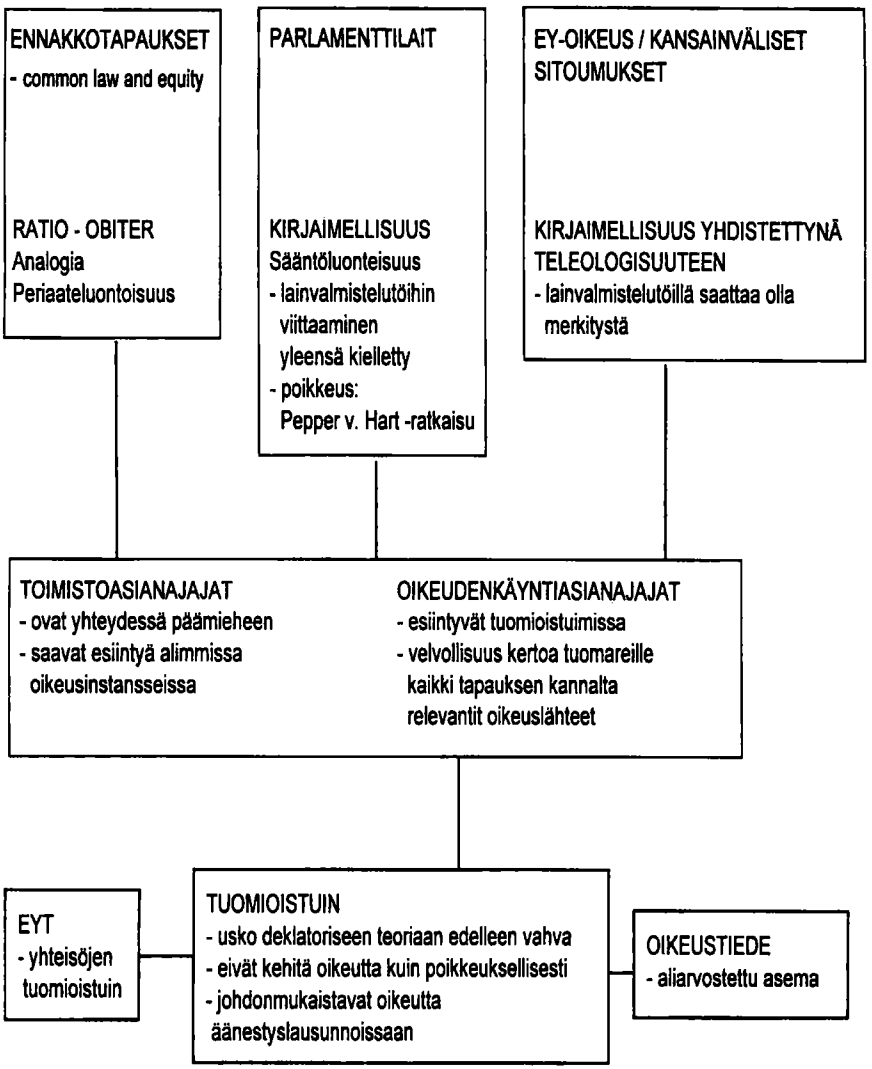
vuosisadalle ja koska tapauksia on tuona aikana julkaistu yli 350 000, keskenään ristiriitaisten päätösten mahdollisuus on aina olemassa.[316] Tuomari voikin löytää sopivan ennakkotapauksen tukemaan jopa kahta toisilleen vastakkaista tulkintavaihtoehtoa jossakin konkreettisessa ratkaisutilanteessa. Epävarmuutta aiheuttaa myös se, että oikeusjärjestelmässä ei ole vakiintunutta ration määritelmää, jolloin tuomari voi inhimillisesti erehtyä ennakkotapauksen lausumien sitovuusasteesta, pitämään obiteria rationa. Ennakkotapausten ja parlamenttilakien veden ja öljyn kaltaisessa suhteessakin on riittänyt pohdiskeltavaa erityisesti siltä osin, onko common law´n kehittäminen säädännäisen oikeuden analogisella tulkinnalla mahdollista - ja päinvastoin. Jotkut ovat nähneet väistämättömänä, että viimeksi mainittuun on otettava lähitulevaisuudessa selkeytetty kanta, koska eurooppalainen teleologinen tulkintapa on ristiriidassa englantilaisen konstitutionaalisen käsityksen kanssa siitä, mikä on lainsäätäjän ja lainsoveltajan keskinäinen toimivalta toisiinsa nähden.

Mutta vaikka englantilaiseen ennakkotapausjärjestelmään sisältyy tällaisia ongelmia, eivät ne kuitenkaan käytännön tasolla ole johtaneet tuomareiden vapaaseen harkintaan ja yleiseen systeemin väärinkäytön vaaraan.[317] Stare decisis -periaatetta tarkasteltaessa tärkeintä on muistaa se merkitys, mikä Englannin oikeuden formalistisuudella sen kaikille osille on. Oppi sitovista ennakkotapauksista saa siten sisältönsä vasta sitten, kun tiedetään, mitkä ovat ne oikeuskoneiston rakenteelliset, mutta myös ideologiset tekijät, jotka oikeussäännösten taustalla kussakin oikeusyhteisössä vaikuttavat.[318] Oikeusjärjestelmä kun koostuu institutionaalisten ja proseduraalisten elementtien lisäksi myös kullekin oikeusyhteisölle ominaisista ajattelutavoista.

[316]Mielessä on myös pidettävä *Arnheimin* väite siitä, että relevanttien tapausten valintaa ja analogista soveltamista ohjaavat fundamentaaliset periaatteet ovat eroosiotilassa.

[317]Oikeusvarmuutta ei *Clive Schmitthoffin* mukaan horjuttaisi edes se, vaikka sitovasta ennakkotapausopista luovuttaisiin kokonaan ja ylähuoneen ratkaisut muutettaisiin alempia oikeusinstansseja ohjaaviksi - ns. sallituiksi - oikeuslähteiksi. Hän perustelee mielipidettään ensinnäkin sillä, että ylähuoneeseen käsittelyyn otetaan vain harvat valitukset, joten jos tapaukseen stare decisis -opin mukaisesti soveltuva periaate on esimerkiksi epäsopiva tai se ei enää ole sopusoinnussa yhteiskunnallisten arvostusten kanssa, ei tapausta ratkaisevilla, alempien oikeusinstanssien tuomareilla ole tällä hetkellä oikeutta toimia omantuntonsa ja vakaumuksensa mukaan. Toisaalta *Schmitthoff* uskoo, että vaikka oppi sitovista ennakkotapauksista oikeusjärjestelmästä poistettaisiinkin, tuomioistuimet silti pääsääntöisesti noudattaisivat ennakkotapauksista ilmeneviä oikeusohjeita jo pelkästä - englantilaisille tyypillisestä - kunnioituksesta ylempien oikeusasteiden tuomareita kohtaan. Tästä mielipiteestään johtuu hänen artikkelinsa nimi Non stamus decisis, joka tarkoittaa vastakohtaa stare decisis -periaatteelle (ks. s. 481 ss.).

[318]Englannissa tuomareita kohtaan koettu luottamus on saanut aikaan esimerkiksi sen, että amerikkalainen oikeusrealismi ei ole saanut siellä merkittävää jalansijaa.


ENNAKKOTAPAUKSET
- common law and equity
RATIO - OBITER
Analogia
Periaateluontoisuus
PARLAMENTTILAIT
KIRJAIMELLISUUS
Sääntöluonteisuus
- lainvalmistelutöihin viittaaminen yleensä kielletty
- poikkeus: Pepper v. Hart -ratkaisu
EY-OIKEUS / KANSAINVÄLISET SITOUMUKSET
KIRJAIMELLISUUS YHDISTETTYNÄ TELEOLOGISUUTEEN
- lainvalmistelutöillä saattaa olla merkitystä
TOIMISTOASIANAJAJAT
- ovat yhteydessä päämieheen
- saavat esiintyä alimmissa oikeusinstansseissa
OIKEUDENKÄYNTIASIANAJAJAT
- esiintyvät tuomioistuimissa
- velvollisuus kertoa tuomareille kaikki tapauksen kannalta relevantit oikeuslähteet
EYT
- yhteisöjen tuomioistuin
TUOMIOISTUIN
- usko deklatoriseen teoriaan edelleen vahva
- eivät kehitä oikeutta kuin poikkeuksellisesti
- johdonmukaistavat oikeutta äänestyslausunnoissaan
OIKEUSTIEDE
- aliarvostettu asema

4. Keskustelu oikeusjärjestelmien lähentymisestä

Englantilaisen ja mannereurooppalaisen oikeustradition ero on lähtökohtaisesti selvä.[319] Viime vuosina näitä oikeuskulttuureita erottavan kuilun leveydestä ja syvyydestä on kuitenkin käyty oikeuskirjallisuudessa keskustelua.[320] Koska tämä keskustelu koskettaa myös teoriaa oikeusvertailussa vaadittavan esitiedon edellytyksistä, on sen pääkohdat tässä yhteydessä hyödyllistä kartoittaa.

Saksalaisen *Manfred Weissin* mielestä englantilaisen ja mannereurooppalaisen oikeuskulttuurin välinen kuilu on kaventumaan päin. Tämä on välttämätöntä seurausta siitä, että yhteiskunta on nykyisin kaikissa länsimaissa suhteiltaan niin monimutkainen kokonaisuus, ettei kansallinen lainsäätäjä voi olettaa, että se kykenisi kaikkiin syntyviin ongelmiin kattavalla ja konsistenssilla tavalla vastaamaan. Lainsäätäjä voikin reagoida vain kaikkein välttämättömimpiin tarpeisiin, jolloin se joutuu keskittymään rajattuihin kysymyksiin; vaikutteita lainsäätäjä ottaa erilaisten intressiryhmittymien vastakkainasetteluista. Tämän seurauksena *Weiss* näkee lainsäädännön muuttuneen hajanaiseksi, jonka vuoksi tuomioistuimilla on oikeutta kehittävä rooli myös Manner-Euroopassa. Tässä yhteydessä *Weiss* esittää kuitenkin myös toteaman, joka on ristiriitainen lähentymisväitteen kanssa. Hän näet painottaa, että mannereurooppalaiset tuomarit tavoittelevat oikeusyhteisön - ja tarkemmin sanottuna oikeustieteilijöiden (professorikunnan) - hyväksyntää ratkaisuilleen ja siksi päätösperustelut ovat täynnä viittauksia oikeuskirjallisuuteen. *Weiss* jatkaa, että jos tuomarit sivuuttavat oikeustieteellisen diskurssin, ei tuomareiden luoma oikeus säily voimassa kovin pitkää aikaa: "Vain tuomareiden aktiivinen vuorovaikutus oikeustieteilijöiden kanssa mahdollistaa ennakkotapausoikeuden hyväksyttävyyden."[321] *Weissin* toteamaan sisältyy - kenties tahattomasti - sellaisia aineksia, joiden perusteella kuilun

---

[319] *Klamin*, Integraatio ja oikeuskulttuuri s. 842 ss., mielestä EY:n alueella on erotettavissa kolme toisistaan eroavaa oikeuskulttuuria. Romaaniseen kuuluvat mm. Ranska, Italia, Espanja, Portugali, Luxenbourg ja Belgia ja germaaniseen Saksa, Hollanti (ja ehkä myös Tanska). Kolmatta, anglosaksista oikeuskulttuuria edustaa Euroopan alueella yksin Englanti. *Klamin* mielestä jokainen näistä ryhmistä edustaa hieman erilaista versiota 1800-luvulla kehittyneestä oikeuspositivismista väritettynä 1900-luvun sosiaalis-teleologisilla piirteillä.

[320] Syvyydellä tarkoitan oikeuskulttuurien historiallisia eroavuuksia (esimerkiksi roomalaisen oikeuden vaikutusta), kun taas kuilun leveys viittaa nykypäivänä niiden välillä oleviin eroihin.

[321] A German Viewpoint s. 161.

leveyden puolesta argumentoivat henkilöt voivat saada lisäpontta.[322]

John H. Merryman on luopunut mustavalkoisesta eipäs-juupas-väittelystä. Hän huomioi sekä oikeuskulttuureja erottavat että niitä yhtenäistävät tekijät ja piirtää niiden perusteella kokonaiskuvan käydystä keskustelusta. Tämän kokonaiskuvan perusteella hän on osoittanut, miten oikeuskulttuureita erottavat ensisijaisesti niiden oikeuskoneistot. Oikeuskoneistolla hän tarkoittaa oikeusinstituutionaalisia rakenteita, oikeudellisia toimijoita ja menettelymuotoja. Oikeuskulttuureita yhdistävinä tekijöinä hän näkee niissä tapahtuneen hallinnon hajauttamisen (ja tätä myöten paikallisten päätöksentekovaltuuksien lisäämisen) sekä ihmisoikeuksien korostuneen huomioimisen tuomioistuinten toiminnassa. Kun yhtenäistävissä tekijöissä näin etäännytään positiivisista säännöistä kohti länsimaita yhdistäviä fundamentaalisia arvoja, päätyy hän siihen, että englantilaista ja kontinentaalista oikeutta yhtenäistävät tekijät ovat nykyisin vahvemmat kuin niitä erottavat tekijät.[323]

Otto Kahn-Freund on edustanut *Merrymanin* ohella lähentymiskeskustelun maltillista siipeä, koska hän painottaa eurooppalaisten oikeuskulttuurien välillä olevan nähtävissä sekä niitä selvästi samankaltaistavia että myös toisistaan loitontavia tekijöitä. Ne tekijät, jotka oikeuskulttuurien lähentymistä vaikeuttavat, eivät löydy oikeudellisista säännöksistä ja rakenteista vaan maiden historiallisten, poliittisten ja sosiaalisten tekijöiden - ts. yhteiskunnallisten kontekstien - eroavuudesta.[324] Sen sijaan *Reinhard Zimmermann* on kirjoituksissaan lähtenyt siitä olettamasta, että kuilun syvyys määrää myös sen leveyden. Hän kyseenalaistaa englantilaisen ja mannereurooppalaisten oikeuskulttuurien jyrkän vastakkainasettelun, koska se perustuu kiistanalaiseen myyttiin Englannin oikeuden täydellisestä isolaatiosta. Hän painottaa, että Englanti on aina normannivalloituksesta lähtien ollut vuorovaikutuksessa eurooppalaisten (ideologisten) traditioiden kanssa, ja tämä vuorovaikutus on yhä edelleen sen oikeusjärjestelmästä nähtävissä. Englannin oikeuden kuvaaminen muusta eurooppalaisesta kehityksestä irrallisena vain kokonaisvaltaisen

---

[322]Leveän kuilun olemassaoloa puoltaa esimerkiksi *Legrand*, Uniformity, Legal Traditions and Law´s Limits s. 317. Hän viittaa nimenomaan siihen, miten englantilaiset ovat jatkuvasti ja johdonmukaisesti kieltäytyneet systematisoimasta common law´ta mannereurooppalaisen mallin mukaisesti. Ks. myös *Legrandin* artikkeli Against a European Civil Code, jossa hän perustelee, miksi yhtenäinen, eurooppalainen siviilikodifikaatio ei voi toteutua.

[323]On the Convergence of the Civil Law and Common Law s. 197, 233.

[324]Civil Law and Common Law - Real and Imaginary Obstacles to Assimilation s. 163, 168. *Kahn-Freund* on painottanut politiikan merkitystä oikeuden kehitystä ohjaavista tekijöistä merkittävimpänä. Ks. tästä myös *Merryman*, On the Convergence of the Civil Law and Common Law s. 213 ss. Ks. tämän tutkimuksen aiempi II osa luku 3.5.5.

roomalaisen oikeuden reseption puuttumisen vuoksi ei ole reilua - eihän kaikissa kontinentaalisen oikeuden maissakaan toteutunut reseptio ollut samanlainen ja saman laajuinen.[325] *Zimmermannin* lopullinen asenne kuilun leveyttä kohtaan jää kuitenkin avoimeksi, koska hän muistaa mainita mannereurooppalaisten maiden positivistisen asenteen säädettyjä lakikokoelmia kohtaan ja sen, miten englantilainen juristi sitä vastoin kokee historiallisen lähestymistavan olevan keskeisin oikeuden ontologian ja epistemologian kannalta. Kokonaisvaltaista lakikodikaatiota ei maahan ole haluttu säätää, koska sen mukana englantilainen oikeuskulttuuri joutuisi totuttautumaan vieraisiin elementteihin.[326]

Jonathan E. Levitskyn mukaan Euroopan unionin jäsenyys ei ole muuttanut Englannin oikeusjärjestelmää mannereurooppalaisemmaksi. Englantilaiset kansalliset tuomioistuimet ovat kylläkin ottaneet vaikutteita yhteisöjen tuomioistuimelta, mutta esimerkiksi ylähuoneen soveltama harkintamalli ei vastaa mannereurooppalaisten oikeusinstanssien harkintamallia. Sen sijaan *Levitsky* uskoo, että Englannin oikeus lähenee yhteisöjen tuomioistuimesta omaksumiensa vaikutteiden vuoksi yhdysvaltalaista systeemia, jossa periaatteilla on huomattavasti merkittävämpi rooli kuin modernissa englantilaisessa oikeussysteemissä, joka on tiukasti tähän mennessä tukeutunut parlamentin suvereenisuutta korostaneeseen formalistiseen käsitykseen oikeuslähteiden asemesta ja lukutavoista.[327]

Kysymystä oikeusjärjestelmien lähentymisestä voisi tarkastella erikseen yhtäältä materiaalisten säännösten ja toisaalta oikeusideologioiden pohjalta, mutta jotta tällaisesta tarkastelusta olisi hyötyä, olisi tarkastelussa käytettävä laajakulmaa. Metaforisesti voisikin todeta, että mikäli oikeusvertailija arvioi kuilun leveyden väärin, hän ottaa sen ylittämiseksi liian hitaan

---

[325]Roman Law and European Legal Unity s. 75. Siitä, miten kontinentaalisten maiden juristit näkevät englantilaisen järjestelmän ks. sama, Savigny´s Legacy s. 588.

[326]Savigny´s Legacy s. 586. Ks. myös *Klami*, Integraatio ja oikeuskulttuuri s. 843 ss. Hänen mielestään erot oikeuskulttuurien kesken ovat olleet kaventumaan päin, mutta silti niiden välillä on yhä eroja. Hän sijoittaakin eri oikeuskulttuurit oikeuslähde- ja laintulkintaopin perusteella asteikolle, joissa ääripäinä ovat tietyt vastinparit: "Kysymys on asioista, joita voi painottaa enemmän tai vähemmän, ja joissa voi tapahtua tietynlaisia siirtymiä." Hänen tällä tavalla käyttämässään vertailutekniikassa keskeiseen asemaan nousee vertailumittari (jollaiseksi hän katsoo oikeusinstituutioiden funktion soveltuvan yleensä parhaiten). Ks. erityisesti sivun 844 kuvallinen esitys.

[327]The Europeanization of the British Legal Style s. 379 ss. Vrt. tätä näkemystä *Posneriin*, Law and Legal Theory in England and America s. 36, jossa kirjoittaja kuvaa englantilaisen oikeussysteemin olevan lähempänä kontinentaalista kuin yhdysvaltalaista oikeusjärjestelmää.

alkuvauhdin ja putoaa siihen. Mannereurooppalaisessa ja englantilaisessa oikeusajattelussa on edelleen huomattavia eroja - oikeuden käsittäminen, tulkitseminen ja sillä nähty ratkaisufunktio yksittäistapauksissa osoittavat englantilaisen oikeusideologian ainutkertaisuuden Euroopan alueella.[328] Mannereurooppalaisen oikeusjärjestelmän juristi ei näet lähesty oikeudellista ongelmaansa etsimällä sen faktojen kannalta riittävän samanlaista tapausta. Hän tutkii ensin lainsäännökset, jonka jälkeen ennakkotapaukset saavat oikeuslähdeopillista merkitystä nimenomaan oikeudellisina tulkinta-apuneuvoina, lain merkityksen selventäjinä - yleinen määrittää yksityisen ja ennakkotapauksilla tätä siirtymää ei tehdä vaan perustellaan.[329] Toisaalta kielen liityntä oikeuteen nähdään Englannissa erityisellä tavalla; oikeudellinen argumentointi seuraa yksittäistapauksessa esiintulleita olosuhteita. Äänestyslausunnot ovat aitoja elämäntarinoita - sitä vastoin Manner-Euroopassa ratkaisuperustelut liikkuvat abstraktilla, kasvottomalla tasolla.

Kaikki se, mitä edellä on todettu, on tarkoitettu osoittamaan oikeuskulttuurien lähentymisestä käydyn keskustelun monimuotoisuutta.[330] Mannereurooppalaisten oikeusjärjestelmien ja Englannin oikeuden vastakkainasettelussa on siten monia sudenkuoppia, joiden väistelyssä yleistävällä ja teoreettisella tasolla tehty tarkastelu oikeuskulttuurien lähentymisestä toisiinsa nähden ei auta selviytymään kalkkiviivoille asti. Näkökentän tarkennus ja erityisen tulkinta yleisen valossa täyttää ehkä tuon tehtävän paremmin. Paras keino osoittaa, miten englantilainen oikeuskulttuuri on Euroopan alu-

---

[328]*Pöyhönen*, Sopimuksen kohtuuttomuus anglo-amerikkalaisissa oikeusjärjestelmissä s. 214, toteaa, että parhaiten englantilaisten ja kontinentaalisten oikeuskulttuurien välinen ero käy ilmi oikeuden ongelmanratkaisutehtävän kannalta. Ks. myös *Berman*, Law and Revolution s. 60 ss.: "significant differences remain. Often subtle, they are more in the area of mental processes, in styles of argumentation and in the organization and methodology of law than in positive legal norms. Thus, the distinctive characteristics of the civil law systems will become more apparent as we take up the subjects of legal education, the role of scholars, ideas concerning the divisions of the law, the working of the codes, and the judicial process, as they exist in the contemporary civil law world."

[329]Ennakkotapausten oikeudellisesta asemasta ollaan monissa mannereurooppalaisissa oikeusjärjestelmissä yhä epävarmoja. Lue lisää *Silving*, Stare Decisis in the Civil and in the Common Law (Revista Juridica de la universidad de Puerto Rico Vol. 35 s. 196-242) sekä *Cappelletti*, The Doctrine of Stare Decisis and the Civil Law: a Fundamental Difference - or no Difference at all ? (Teoksessa Festschrift für Konrad Zweigert zum 70. Geburtstag. Toim. Bernstein, H.-Drobnig, U.-Kötz, H. Tübingen 1981 s. 381-393).

[330]Tarkoituksenani ei ole ollut kaikkien eri maissa esitettyjen näkemysten esitteleminen. Olen vain pyrkinyt valaisemaan sitä, miten eri oikeuskulttuureista kotoisin olevat kirjoittajat ovat pohtineet kysymystä erilaisista näkökulmista, omien kansallisten silmälasien läpi katsoen.

eella erilainen, on ottaa tarkastelun kohteeksi konkreettiset oikeussäännökset. Siirtymä käy kohti oikeuden pintatasoa, mutta nyt lähestymme sitä oikeudellisen kulttuuritason perspektiivistä. Meillä on siten hallussamme se tiedollinen pohja, jota oikeasuhtaisten johtopäätösten tekeminen englantilaisista oikeussäännöistä edellyttää. Seuraava osa tutkimustani onkin siksi tarkoitettu osoittamaan, mikä merkitys oikeuskulttuurisilla eroilla on jäämistöoikeudellisten sääntöjen ja periaatteiden lukemiselle Englannissa ja Suomessa.

V. JÄÄMISTÖOIKEUDELLISEN INFORMAATION VERTAILTAVUUS SUOMESSA JA ENGLANNISSA

1. Lähtökohtia jäämistöoikeudesta kansallisella ja kansainvälisellä tasolla[1]

1.1. Perimys ja yhteiskunnallinen moraalikoodi

> "Kuitenkaan ei nykyaikana liene ainoatakaan oikeusjärjestystä, joka ei tuntisi ainakin jonkinlaista perintää, olkootpa sen rajat sitten miten ahtaat tahansa."[2]

Yksityisomistuksen tunnustavissa yhteiskunnissa lakimääräistä perimystä ja testamenttausta koskevat säännöt ovat välttämättömät. Ihmisen kuolema pakottaa arvioimaan uudelleen tietyt hyödykkeitä ja tuotantovälineitä koskevat valtasuhteet, ja siksi lainsäätäjän on päätettävä siitä, miten taloudelliset arvot siirtyvät perittävän kuollessa. Tähän viittaavia toteamuksia löytää sekä

---

[1]Tässä tutkimuksessa jäämistöoikeus ja perintöoikeus käsitetään toistensa synonyymeinä, jolloin ne kumpikin kattavat sekä testamentaarisen että lakimääräisen perimyksen. Perintöoikeuden käsitettä on oikeuskirjallisuudessa käytetty myös suppeammassa merkityksessä eli niin, että se tarkoittaa vain lakimääräistä perimystä. Tällöin jäämistöoikeuden käsitetään jakautuvan testamentti- ja perintöoikeuteen.

[2]*Heikonen*, Perinnönyhteydestä Suomen oikeudessa I s. 1. Ainoa tunnettu poikkeus tästä on ollut Neuvostotasavallassa vuonna 1918 annettu määräys perintöoikeuden lakkauttamisesta. Tämän kolme vuotta voimassa olleen järjestelmän mukaan perittävän omaisuus meni hänen kuollessaan valtiolle.

kansainvälisestä että kansallisesta oikeuskirjallisuudesta.[3]

Eri maiden lainsäätäjät ovat omaksuneet erilaisia malleja perimystilanteiden oikeudelliseksi sääntelyksi. Tämän vuoksi oikeusjärjestykset on mahdollista jakaa kansainvälisessä katsannossa esimerkiksi kahteen ryhmään, länsimaiseen ja itämaiseen. Länsimaisissa oikeuskulttuureissa lainsäätäjä on pyrkinyt voimaansaattamaan sellaiset jäämistöoikeudelliset säännökset, jotka mahdollisimman suuressa määrin heijastaisivat eri yhteiskuntaryhmien yhteisiä arvoja ja tärkeinä pitämiä tavoitteita. Lainsäännösten toivotaankin olevan yhteiskunnallisten arvokäsitysten kompromissi ja ne tulevat sovellettaviksi kaikkiin kansalaisiin nähden iästä, rodusta, uskonnollisesta vakaumuksesta, yhteiskuntaluokasta yms. riippumatta. Itämaisissa oikeuskulttuureissa perhettä ja perimystä koskevat suhteet on jätetty heimojen tai uskonnollisten ryhmittymien omien normikokoelmien säänneltäväksi. Tällainen oikeustila vallitsee mm. monissa afrikkalaisissa ja aasialaisissa maissa, joissa mainittuja suhteita sääntelevät oikeusohjeet löytyvät esimerkiksi hindujen, islamilaisten tai juutalaisten omista lakikokoelmista tai tapaoikeudellisista säännöksistä.[4]

Kaikissa maissa jäämistöoikeudellista legaalisääntelyä tuntuisi yhdistävän sen liityntä oikeuskulttuurissa vallitsevaan moraalikoodiin ja siihen, miten perheen ja suvun sekä yksilön asema yhteiskunnallisina perusinstituutioina koetaan. Jäämistöoikeus ei ole yhteiskunnasta sillä tavoin koteloitunut ja itsenäistynyt oikeudenala, että lainsäätäjä voisi sen tiiviit sosiaaliset yhteydet jättää toiminnassaan huomioimatta. Lainsäätäjän onkin oltava herkkä

---

[3]*Rheinstein-Glendonin*, The Law of Decedent´s Estates s. 1, paljon siteerattu toteama perimystä koskevien sääntöjen yhteiskunnallisesta välttämättömyydestä on, että "man is mortal. But the things he owns do not disappear with him." Samansuuntaisesti *Lilius*, Testamentin muodosta Suomen oikeuden mukaan s. 1, joka pitää tärkeänä, että jokainen, vähimmäinkin kehittynyt yhteiskuntasysteemi edellyttää jonkinlaista perintöoikeutta, joka määrää kenelle kuolemantapauksen sattuessa vainajan omaisuus on joutuva. Ainoastaan tätä kautta saavutetaan omistusoikeusoloissa se yhdenjaksoisuus, jota ilman ei voi ajatella kulttuurikehitystä. Uudemmasta suomalaisesta oikeuskirjallisuudesta *Aarnio*, Jälkisäädökset s. 48 sekä *Klami*, Vuoden 1734 lain perimysjärjestelmä s. 120.

[4]*Glendon*, State, Law and Family s. 7 ss. sekä *Rheinstein*, Gesammelte Schriften II s. 196-205 sekä s. 213. Tämän kahtiajaon lisäksi maailmasta löytyy oikeuskulttuureita, joissa on voimassa sellainen jäämistöoikeudellinen sääntely, joka ei edusta puhtaana länsimaista tai itämaista ryhmää, vaan joihin on sekoittunut yleistä lainsäädäntöä, kansan tapoja ja uskonnollisia säännöksiä. Yleensä tässä sekoittumisessa on kyse ulkomailta omaksutuista vaikutteista ja kansallisen säädöskokoelman osittaisesta resistanssista, josta lisää edellä mainittu *Rheinstein* s. 215 ss. Ks. myös *Samaran*, Sana-artikkeli Hukum adat (EIF 6. osa s. 265-283). Hukum adat tarkoittaa Indonesian perinnäistä tapaoikeutta.

oikeudenmukaisuusoletuksien (hitaalle) muuttumiselle.[5] Kussakin oikeuskulttuurissa on ratkaistava distributiivinen ongelma siitä, keiden kesken ja missä suhteessa perittävän omaisuus on jaettava (ns. lakimääräinen perimys, successio ab intestato). Toisaalta lainsäätäjän on otettava kantaa siihen, miten vapaasti henkilöllä on oikeus omaisuudestaan kuolemanvaraisesti määrätä (successio ex testamento eli successio testamentaria[6]). Lainsäätäjän tehtävää vaikeuttaa se, että näissä kannanotoissaan hänen on toimittava yhteiskunnalliset oikeudenmukaisuuskäsitykset huomioivalla tavalla ja että kaikkiin peruskysymyksiin vastaamisen jälkeenkin jää vielä jäljelle kysymys siitä, mitä lakiteknistä ratkaisua asetettujen tavoitteiden toteuttamiseksi tullaan käyttämään.[7]

Jäämistöoikeuden muuttumista ohjaavassa moraalikoodissa ei ole kyse pelkästään yksilön suhteesta läheisiinsä vaan perimystä sääntelevä normisto on liitynnässä myös yhteiskunnassa esiintyviin taloudellisiin arvoihin ja taloudellisiin rakenteisiin.[8] Tämä tarkoittaa, että jäämistöoikeuden kehitystä ohjaavat arvot eivät ilmene autonomisesti oikeuden sisäisesti, vaan lainsäätäjä ottaa impulsseja muista yhteiskunnallisista osajärjestelmistä. Nämä impulssit ilmenevät sitten joko nimenomaisina lainsäädännön uudistuksina tai säännösten uusina tulkintoina.[9]

---

[5]Perhe- ja jäämistöoikeudelliset instituutiot ovat siitä erikoisia institutionaalisia faktoja, että ne "edeltävät" lainsäätäjän toimenpiteitä. Tarkoitan tässä sitä, että todennäköisesti avioliiton mukaista toimintaa ja omaisuuden jakoa lähimmille sukulaisille henkilön kuollessa tapahtuisi, vaikka niistä ei laissa säännöksiä olisikaan. *Glendon*, State, Law and Family s. 3, joka kutsuu niitä sen vuoksi käsitteellä "pre-legal institutions".

[6]Latinankielisestä terminologiasta ks. *Calonius*, Siviilioikeuden luennot s. 412.

[7]*Spellenberg ym.*, Recent Developments in Succession Law s. 723. *Kangas*, Perimyksen tehtävät ja perimysjärjestys s. 1053, 1067, käyttää nimitystä aito kollisiotilanne silloin, kun erimielisyydet perimysoikeuden tehtävistä jäävät lakiin. Ks. myös *Saarenpää*, Tasaarvosta tasajakoon s. 190.

[8]*Spellenberg ym.*, Recent Developments in Succession Law s. 713: "the law does not respond to all the more usual changes of business and economic practices and necessities. Its roots reach deeper into fundamental concepts of justice, morals and society." Kirjoittajat kuitenkin muistuttavat, että kun kyse on fundamentaalisemmista yhteiskunnan talousrakennetta koskevista muutoksista, eivät ne voi olla vaikuttamatta myös jäämistöoikeudellisiin säännöksiin.

[9]Suomessa perintökaaren 7 lukuun ehdotettua muutosta, jolla ns. suosiolahjaa koskevaa säännöstä ehdotetaan poistettavaksi, on perusteltu sillä, että mainitun oikeusinstituution katsotaan rajoittavan nykyoloissa liiallisella tavalla henkilön vapautta lahjoittaa omaisuuttaan elinaikanaan. Perusteluissa on kiinnitetty huomiota myös siihen, miten lakiosainstituutiolla ei nykyisin ole enää sellaista merkitystä perillisten elämän perusedellytysten turvaajana, että perittävän mahdollisuuksia määrätä omaisuudestaan olisi aihetta näin pitkälle menevästi rajoittaa. Suosiolahjan ehdotetussa poistamisessa on ts. kyse siitä, miten hyvin se oikeusinstituutiona soveltuu nykyisiin yhteiskunnallisiin (taloudellisiin) olosuhteisiin. Ks. tarkemmin HE 117/1998.

1.2 Jäämistöoikeudellinen perheyhtäläisyys

1.2.1 Jäämistöoikeus kansainvälisessä keskustelufoorumissa

Perhe- ja jäämistöoikeus ovat oikeudenaloja, joiden yhtenäistämiseen kansainvälisellä - tai edes eurooppalaisella - tasolla ei ole kiinnitetty erityistä huomiota. Tämän vuoksi Haagin kansainvälisen yksityisoikeuden konferenssissa on pyritty laatimaan lainvalintasääntöjä koskevia yleissopimuksia, mutta niiden vähäinen ratifiointi on osaltaan merkki siitä, miten vahvasti (varsinkin) jäämistöoikeus kantaa kansallisten lippujen värejä.[10] Haagissa laadituilla yleissopimuksilla on kuitenkin ollut välillistä merkitystä kansallisen lainsäädännön kannalta. Esimerkiksi kuolleelta henkilöltä jääneeseen perintöön sovellettavaa lakia koskevan yleissopimuksen perusratkaisut on otettu huomioon monien eurooppalaisten maiden lainvalintasäännöksiä koskevissa uudistusehdotuksissa. Lakien yksityiskohtiin on kuitenkin edelleen jäänyt suuria eroja myös mannereurooppalaisten oikeuskulttuurien kesken.[11]

Euroopan neuvosto on laatinut erilaisia perheoikeutta koskeneita suosituksia ja yleissopimuksia, joilla on ollut jonkinasteinen vaikutus sen jäsenvaltioiden omaksumiin lainsäädännöllisiin ratkaisuihin. Erityisen merkittävä vaikutus on ollut oikeudesta perhe-elämään säätävällä Euroopan ihmisoikeussopimuksen 8. artiklalla ja sitä koskeneilla ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuilla.[12] EN:n toiminnassa jäämistöoikeus tuntuu kuitenkin jääneen vaille vastaavaa huomiota. Siihen on tehty viittauksia lähinnä sellaisten kysymysten kohdalla, joilla on välttämätön liityntä perheoikeuteen: esimerkiksi puolisoiden aviovarallisuusoikeudellisia suhteita pohdittaessa ovat myös lesken perillisasemaan liittyneet kysymykset tulleet relevanteiksi.[13]

Mannereurooppalaiset oikeustieteilijätkään eivät ole olleet innokkaita tutkimaan sitä, olisiko maiden jäämistöoikeudellisista säännöksistä löydettävissä yhtenäisiä arvoja ja periaatteita, vaikka muutamia poikkeuksia tässä

---

[10]Jäämistöoikeutta koskeneita yleissopimuksia olleet mm. The Hague Convention on the International Administration of Estates of Deceased Persons (1973), The Hague Matrimonial Property Convention (1978), The Hague Trusts Convention (1985) sekä The Convention on the Law Applicable to Succession to the Estates of Deceased Persons (1988).

[11]Suomessa tilanne on se, että perhe- ja jäämistöoikeudellisia lainvalintasäännöksiä ollaan uudistamassa. Ks. tästä I osan jakso 4.

[12]Artikla on johtanut perhelainsäädännön osittaisuudistuksiin esimerkiksi Englannissa, Ranskassa ja Alankomaissa. Ks. *Boele-Woelki*, The Road Towards a European Family Law (internet), myös alaviite 47.

[13]Ks. esimerkiksi European Conference on Family Law (Strasbourg 1977).

suhteessa löytyykin. Esimerkiksi *Alfred Rieg* on tutkimustensa perusteella havainnut, että avioliittoa, avioeroa ja jäämistöä koskevissa kansallisissa säädöksissä omaksuttujen yhtenäisten toteuttamismallien määrä on kasvussa Euroopan alueella. Sen vuoksi hän näkee edellytyksiä niitä koskeville, tarkoituksellakin toteutuille yhtenäistämistoimille.[14]

Myös *Boele-Woelki* on vakuuttunut siitä, että perhe- ja jäämistöoikeudellisen harmonisaation toteuttaminen olisi mahdollista (ja suotavaa) EU:n jäsenmaiden kesken. Hänen mukaansa yhtenäistettävien säännösten tulisi ensi vaiheessa koskea avio-oikeutta (aviovarallisuusjärjestelmää), avoliittoja sekä lasten asemaa. *Boele-Woelkin* mielestä vastuu Euroopan komission suostuttelemisesta näiden uudistusten valmistelemiseen on eurooppalaisilla oikeustieteilijöillä: "It is up to legal science to take the lead and to persuade the European Commission of the usefulness of such activities."[15] EU:n puitteissa ei kuitenkaan vielä ole kiinnitetty oikeastaan lainkaan huomiota jäämistöoikeudellisiin kysymyksiin, koska yhteys ensisijaisesti taloudelliseen ja poliittiseen integraatioon on koettu etäiseksi. On myös oletettavaa, että perhe- ja jäämistöoikeus ei kohoa yhteisön puitteissa huomion keskipisteeksi myöskään lähitulevaisuudessa.

Vaikka ajatus eurooppalaisesta (yhtenäisestä) jäämistöoikeudesta tuntuu vielä utopialta, se ei tarkoita, etteikö maiden jäämistöoikeutta koskevien ratkaisujen tutkiminen ja toisiinsa vertaaminen olisi hyödyllistä ja kansainvälisten suhteiden yleistymisen myötä joskus jopa välttämätöntä. Vertailijan tulee tällöin huomata, että vaikka eurooppalaisissa jäämistöjärjestelmissä on yhtäläisyyksiä niiden maiden kesken, jotka jakavat yhteiset roomalaisoikeudelliset juuret, on niissä omaksuttu myös hyvin erilaisia lainsäädäntöteknisiä ratkaisuja.

[14]Ks. L'harmonisation européenne du droit de famille: mythe ou realité ? Conflits et harmonisation (Fribourg 1990). Samansuuntaisesti myös *Chloros*, Common Law, Civil Law and Socialist Law s. 90 (teoksessa Comparative Legal Cultures. Toim. Varga, C. Cambridge 1992 s. 84-90). *Riegin* aiemmat näkemykset ovat olleet pessimistisemmät. Niistä ks. European Conference on Family Law: Powers of Spouses over Property for Their Common Use and Property Rights of the Surviving Spouse (Matrimonial regimes and succession) (Strasbourg 1977), jossa hän - kansallisten oikeusjärjestelmien pohjalta - kartoitti mahdollisuuksia yhtenäistää raportin otsikossa mainittuja oikeuskysymyksiä (lähinnä lesken perimysoikeuden osalta). Tuolloin *Rieg* totesi harmonisointimahdollisuuksien olevan rajalliset, koska erot voimassa olevissa oikeussäännöksissä ovat melkoisen suuret. Perheoikeuteen keskittyneistä tutkimuksista ks. *Koens*, Het hedendaagse personen- en familienrecht (Zwolle 1995) sekä *Martiny*, Europäisches Familienrecht - Utopie oder Notwendigkeit ? (RabelsZ 1995 s. 419-453).

[15]Ks. *Boele-Woelkin* artikkeli The Road Towards a European Family Law (internet). Hänen mielestään perhe- ja jäämistöoikeuden yhtenäistämistä edistämään pitäisi perustaa

1.2.2 Esimerkkeinä Suomi ja Englanti

> "kontinentaalisten jäämistöjärjestelmien perusrakenteet, jotka roomalaiset kehittivät noin kaksituhatta vuotta sitten, ovat kestäneet ajan kolhut paljon paremmin kuin niitä paljon nuoremmat angloamerikkalaisiin common law -järjestelmiin kuuluvat instituutiot."[16]

Suomen kohdalla jäämistöoikeuden ainutlaatuisuus ilmenee parhaiten, kun perintökaaren (PK) säännöksiä vertaa muissa Pohjoismaissa voimassa oleviin lainsäännöksiin. Kun puhutaan pohjoismaisesta jäämistöoikeudellisesta perheyhtäläisyydestä, tarkoittaa se lähinnä sitä, että niitä voi periaatteellisten ratkaisujensa vuoksi luonnehtia samankaltaisiksi. Tätä on selitetty ensisijaisesti maiden lainsäätäjien keskinäisellä yhteistyöllä, mutta myös kauemmas historiaan ulottuvilla tekijöillä - roomalaisen kirkon keskiaikaisella vaikutuksella ja luonnonoikeuden aikakaudella omaksutuilla saksalaisten juristien opetuksilla. Nämä erot ja yhtäläisyydet käyvät parhaiten ilmi itälänsi-linjalla. Suomen PK:ssa omaksutut ratkaisut ovat näet lähempänä ruotsalaista kuin tanskalaista tai norjalaista jäämistöjärjestelmää.[17]

Ruotsin ärvdabalkenin (ÄB) ja Suomen PK:n samankaltaisen sisällön selittää se, että ne harjoittivat yhdessä lainvalmistelutyötä tämän vuosisadan ensimmäisillä vuosikymmenillä ja niissä saatettiin - tosin eriaikaisesti - voimaan sellaiset lainsäännökset, jotka alkujaan olivat sanamuodoiltaan jopa lähes identtiset.[18] Säädöksissä on edelleen nähty olevan niin suuren yhdenmukaisuuden, että suomalaisessa oikeuskirjallisuudessa pidetään tärkeänä, että ruotsalaiset lainvalmistelutyöt huomioidaan oikeuslähdeaineistona niissä tapauksissa, kun perintökaaren tulkinnassa syntyy vaikeuksia.[19]

---

samanlainen komitea kuin sopimusoikeuden alalla aikoinaan (ns. Landon komitea). Tässä komiteassa tulisi EU:n jäsenmaiden parhaiden asiantuntijoiden olla edustettuina.

[16] *Rheinstein*, The Law of Family and Succession s. 52.

[17] *Sundberg*, Nordic Laws s. 1 sekä *Carsten*, Europäische Integration und nordische Zusammenarbeit auf dem Gebiet des Zivilrechts (ZEuP 1993 s. 335-353).

[18] *Aarnio*, Jälkisäädökset s. 40, kuvailee perimysjärjestelmäämme paitsi Suomessa vanhastaan voimassa olleiden oikeusajatusten kiteytymäksi myös paljolti Ruotsin säädännäisen oikeuden miltei valokuvamaiseksi toisinnoksi. Ks. Suomen perheoikeudesta, sen valmistelun taustoista ja oikeusvertailevista huomioista erityisesti suhteessa Ruotsin oikeuteen *Bradley*, Politics, Culture and Family Law in Finland: Comparative Approaches to the Institution of Marriage (International Journal of Law, Policy and the Family Vol 12 s. 288-306).

[19] Ks. *Lohi*, Vastuu kuolleen henkilön velasta I s. 15-17.

On kuitenkin huomattava, että maiden materiaalisissa oikeussäännöksissä on nykyisin myös oleellisia eroja, koska erityisesti 1980-luvulla PK:een säädetyt lesken suoja ja maatilaperimysjärjestelmä ovat eriyttäneet sitä sisällöllisesti ÄB:sta.[20] Aina on myös muistettava se, että kyse on eri oikeuskulttuureista. Tämä on tosiseikka, joka tekee ruotsalaisesta materiaalista suomalaisen lainsoveltajan kannalta oikeusvertailevaa informaatiota. Edes maiden väliset identtiset säännökset eivät näet tarkoita, että voimassa olevan oikeuden sisältö sovellettuna oikeutena olisi kummassakin maassa ehdottoman samanlainen.[21]

Vaikkakin lainsäädännöllisissä ratkaisuissa on eroja mannereurooppalaisten oikeuskulttuurien kesken, ei näistä maista tulevien juristien jäämistöoikeudellinen kommunikaatio tunnu toivottomalta. Kun systemaattiset perusratkaisut ovat samat, syntyvät väärinymmärrystilanteet koskevat yksityiskohtaisempia kysymyksiä.[22] Sen sijaan englantilainen jäämistöoikeus on Euroopan alueella jo perusratkaisuiltaan - saatikka yksityiskohtaisilta oikeussäännöksiltään - "yksinäinen susi".[23] Toisaalta ei saa erehtyä luulemaan sitäkään, että kaikissa anglosaksiseen oikeusperheeseen kuuluvissa maissa olisi omaksuttu yhtäläiset jäämistöoikeudelliset instituutiot ja lainsäädännölliset ratkaisut. Jaetaanhan perintö esimerkiksi joissakin yhdysvaltalaisissa osaval-

[20]Eroja PK:n ja ÄB:n säännöksissä oli jo ennen näitä uudistuksiakin. Ks. esimerkiksi *Saarenpään* Tasajaon periaate s. 189 alaviite 10 ja s. 355 alaviite 3.

[21]Tämä johtuu oikeuskulttuurien välisistä oikeuslähdeoppia, oikeudellisia tulkintamenetelmiä, periaatteiden konstruoimista ym. koskevista eroista. Vrt. *Lohen*, Vastuu kuolleen henkilön velasta I s. 20, esittämä lausuma, että "Ruotsalaisen oikeuslähdemateriaalin käyttämistä ei tarvinne perustella - kysehän ei varsinaisesti ole edes vieraan maan oikeudesta." Ks. mitä totesin aiemmin II osan luvussa 3.2.2.

[22]Esimerkiksi *Heikonen*, Perinnönyhteydestä Suomen oikeudessa I, teki oikeusvertailevia huomioita muihin eurooppalaisiin perimysjärjestelmiin perinnön luonnetta määritellessään. Hän otti esille Saksan, Sveitsin, Itävallan, Ranskan ja Englannin oikeuden. Hän myös hahmotti perinnän roomalaisen ja vanhan germaanisen oikeuden valossa (ks. s. 46-66). *Heikosen* jälkeen mm. *Saarenpää*, Tasajaon periaate s. 171, on väitöskirjassaan käyttänyt oikeusvertailevaa informaatiota omien jäämistöoikeutta koskevien lainopillisten kantojensa selkeyttämiseksi ja perustelemiseksi.

[23]Ks. *Heikonen*, Perinnönyhteydestä Suomen oikeudessa I s. 65, joka on huomannut, kuinka vaikea englantilaisia jäämistöinstituutioita on hyödyntää oikeusvertailevasti (verrattuna muihin mannereurooppalaisiin oikeusjärjestelmiin). Hänen kysymyksenasettelunsa suhteen kävikin ilmeiseksi, että "se (Englannin oikeus - TM) useimmiten poikkeaa kokonaan aikaisemmin mainituista oikeuksista, siinä kun näitä kysymyksiä ei esiinny lainkaan." Samansuuntaisesti myös *Saarenpää*, Tasajaon periaate s. 46 sekä *Lohi*, Vastuu kuolleen henkilön velasta I s. 21.

tioissa täysin erilaisten perusperiaatteiden nojalla kuin Englannissa.[24] Jäämistöoikeudellisten perusratkaisujen osalta Englantia lähemmäksi kuuluvatkin mm. Uusi-Seelanti, Australia ja Kanada.[25] Näiden maiden juristien keskinäisellä oikeudellisella viestinnällä on pitkät perinteet ja maiden lait ja ratkaistut ennakkotapaukset tarjoavat käyttökelpoista oikeusvertailevaa materiaalia niin lainsäätäjälle, tuomarille kuin tutkijalle. Tosin näissäkin maissa on tapahtunut jäämistöoikeutta koskevaa "eriytymistä", joka on nähtävissä niin tuomareiden tulkinnoissa kuin säädännäisessä oikeudessa. Tämä eriytyminen on koskenut periaatteellisten ratkaisujen sijasta yksityiskohtaisempia kysymyksiä, mutta nekin ovat merkityksellisiä, kun lainsoveltaja tai lainsäätäjä pohtii esimerkiksi sitä, mikä eri maissa ratkaistujen ennakkotapausten (ja oikeuskirjallisuuden) arvo on kansallisesta näkökulmasta tarkasteltuna.[26]

Jäämistöoikeuden alalla oikeusvertailua vaikeuttaa erityisesti säännösten sidonnaisuus yhteiskunnalliseen moraalikoodiin. Tämän vuoksi tärkeäksi kysymykseksi nousee oikeuslähdeopillinen ongelma periaatteista. On kysyttävä, miten jäämistöoikeutta koskevat periaatteet pelkistetään esiin ja mikä merkitys niille on voimassa olevan oikeuden sisällön osalta annettava. On pelkistettävä esiin se, millä perusteella säännösten systeemiksi järjestäminen tapahtuu. Yksityiskohtaisten säännösten tarkastelu tapahtuu siten näiden yleisempien raamien varassa.

1.3. Jäämistöoikeudelliset systeemiperiaatteet ja oikeusvertailu

Jäämistöoikeudellisen informaation lukeminen edellyttää, että sen perusperiaatteet ja ideologiset sitoumukset pelkistetään esiin. Sen vuoksi englantilaista ja suomalaista jäämistöjärjestelmää verratessa olisi ne ensiksi rationalisoitava oikeudenalan systemaattisten peruskäsitteiden avulla. Vasta tämän jälkeen voi oivaltaa ongelmien keskinäiset suhteet ja niiden asiallisen jär-

---

[24]Huomaa myös Skotlannin erityislaatuinen asema ns. sekoittuneena oikeussysteeminä. Skotlannin jäämistöoikeus eroaa Englannin oikeudesta monessa suhteessa. Näistä eroista ks. esimerkiksi *Stockdale*, Save the Children, Wills and Legacies - Scottish Law Supplement (http://www.stocks.demon.co.uk/scf/legacy/scotland.htm).

[25]Kanadan osalta täytyy huomata Quebecin poikkeuksellinen asema. Sen oikeus ei näet perustu anglosaksiseen oikeusperinteeseen, vaan on kontinentaalisen oikeusperinteen tavoin roomalaiselle oikeudelle perustuvaa kodifioitua oikeutta. Yhdysvalloissa samanlainen asema on Louisianan osavaltiolla. Ks. esimerkiksi *Bernitz ym.*, Finna rätt s. 18.

[26]Tästä hyvänä esimerkkinä on myöhemmin käsiteltäväksi tuleva etuosainstituutio sekä sitä koskeva oikeuskäytäntö Englannissa ja Uudessa-Seelannissa.

jestyksen.[27]

Englannin jäämistöoikeus on kodifioimaton kokonaisuus ja siihen on tutustuttava useiden yksittäissäädösten kautta. Tämä säännösmateriaalin hajanaisuus ei tarkoita kuitenkaan jäämistöoikeuden epäsystemaattisuutta, vaan se jäsentyy juristien omaksumien oikeuslähde- ja tulkintasääntöjen sekä periaatteiden kautta. Jäämistöoikeuskin muodostaa siten kokonaisuuden, jonka osien suhteet ja liikkumisen pelisäännöt olisi tunnettava. Tämä onnistuu vain, mikäli ymmärtää ne keskeiset periaatteet, joiden ympärille yksittäiset säädökset on rakennettu.

Systemaattisten peruskäsitteiden esiinpelkistäminen edellyttää pintatasoisten säännösten tarkastelua sekä horisontaalisessa että vertikaalisessa katsannossa. Vertikaalisella näkökulmalla tarkoitan tässä historiallista tutkimusotetta. Ymmärrän juridisen tradition näet muutosten puiterakennelmana - oikeudessa ei siten luonnontieteiden tapaan etsitä uusia löytöjä vaan uudetkin koulunnat pyrkivät perustelemaan olemassaolonsa ja uudet tulkintansa vanhoilla oikeudellisilla elementeillä ja tulkinnoilla.[28] Horisontaalista ja vertikaalista perspektiiviä ei voi kuitenkaan asettaa toisiinsa nähden etusijajärjestykseen, eikä niistä kumpikaan ole yksinään riittävä näkökulma oikeusvertailevien tutkimusten onnistumiseksi. Toisaalta horisontaalisen ja vertikaalisen tutkimusotteen syvyys riippuu siitä, mitä tavoitteita oikeusvertaileville tutkimuksille kulloinkin asetetaan.[29]

2. Jäämistöoikeuden historiaa

2.1. Testamentin kehityksestä roomalaisessa oikeudessa

Kun perimysseuraannon kehitystä tarkastelee historiallisesti, kiinnittyy huomio siihen, miten vanha germaaninen oikeus on perustunut perittävän ja perillisen oletettuun etujen yhteisyyteen (lakimääräinen perimysjärjestelmä)

---

[27] *Saarenpää*, Tasa-arvosta tasajakoon s. 215 ss.

[28] Ks. tästä *Krygierin* artikkeli Traditionality in Statutes (Ratio Juris Vol. 1 s. 20-39).

[29] Ks. *Klami*, Vuoden 1734 perimysjärjestelmä s. 125, 127, joka nimittää objektiivisesti finaaliseksi sellaista tutkimusotetta, joka huomioi jonkin sääntelyn yhteiskunnalliset struktuuriyhteydet. Tämä tutkimusote on hänen mielestään hedelmällinen näkökulma uusien sääntelyiden tarkastelun yhteydessä, koska sen avulla omat historialliset ratkaisut on mahdollista suhteuttaa jotakin vertailukohdetta vasten.

ja roomalainen oikeus perittävän viimeiseen tahtoon (testamenttiperimys).[30] Roomalainenkin oikeus perustui ensin sukulaisperimykseen, mutta ajan myötä testamenttausvapaudesta tuli perhe- ja talouspoliittisista syistä sitä sopivampi perusperiaate kehittyneisiin yhteiskuntaoloihin. Kun talousjärjestelmä kehittyi, maan ohella pääoman omistaminen yleensä muodostui yhteiskunnallisen vallan lähteeksi. Vanhoja sukuperimykseen perustuneita säännöksiä alettiin pitää vanhentuneina sitä mukaa, kun suurin poliittinen valta siirtyi suurtalonpojille ja kauppiaille. Heidän etujansa testamenttaussäännökset palvelivat paremmin kuin sukuperimyssäännökset.[31]

Roomalaisen oikeuden kuvaaminen pelkästään testamenttausvapauden ensisijaisuudelle rakentuvaksi järjestelmäksi on jossain määrin harhaanjohtavaa, koska roomalainen oikeus kehitti myös lakimääräisen perimyksen keskeiset suojamekanismit eli ennakkoperintö- ja lakiosajärjestelmät.[32] Lakiosainstituutio alkoi kehittyä tasavallan myöhäisaikana, ja sen varhaisimmasta kehitysvaiheesta löytyy kannetyyppi, jolla on yhtäläisyyttä nykymuotoisen englantilaisen etuosajärjestelmän kanssa. Roomassa lähiperillisiä näet alunperin suojasi querela inofficiosi -niminen instituutio. Sen mukaista kannetta ajoi perinnöttömäksi tehty perillinen. Perusteena oli se, että perittävä oli siveellistä velvollisuuttaan loukaten jättänyt perheperillisensä liian vähille tai peräti ilman. Usein kanteen menestyminen yritettiin varmentaa sillä väitteellä, että vain henkisesti häiriintynyt olisi voinut tehdä sellaisen testamentin kuin moitteenalainen jälkisäädös oli.[33] Querela-kannetta arvioitiin ensin tapauskohtaisesti in casu, mutta vähitellen arvioinnin perusteeksi vakiintui luettelo niistä edellytyksistä, joiden perusteella lähiomainen saatettiin testa-

[30]Näin esimerkiksi *Heikonen*, Perinnönyhteydestä Suomen oikeudessa I s. 5. Myös *Ferid*, Internationales Erbrecht s. 249.

[31]*Malmström*, Successionsrätt I s. 20 ja *Aarnio*, Jälkisäädökset s. 24 ss. Testamenttiinstituution kehityksestä roomalaisessa oikeudessa ks. *Lilius*, Testamentin muodosta Suomen oikeuden mukaan s. 82 sekä *Palmén*, Rättshistoriska bidrag till tolkningen af 1734 års lag s. 38-43.

[32]Rautialan sanoin voisikin kiteyttää, että "roomalaisoikeudellisen lakiosasäännöstön kehityksessä ovat nykykansain lakiosasäännöstölle ominaiset piirteet havaittavissa". Ks. Perillisen lakiosa s. 233.

[33]*Klami*, Roomalaisen oikeuden järjestelmä s. 93 ss. Querela-kanteita käsitteli erityinen centumviri-oikeus, joka koostui 105 tuomarista ja praetorista, joka johti kanteen käsittelyä ja jolla merkkinä tuosta virasta oli keihäs kädessä. Ks. myös *Kaser*, Roomalainen yksityisoikeus s. 299, joka *Klamin* tavoin muistuttaa, että querela-kanteissa kyse ei ollut varsinaisesta kohtuuttomuudesta, vaan kanne perustui siihen, että testamentti ei riittävällä tavalla ottanut huomioon perittävän lähiomaisia. Kyse oli siten oikeastaan moraalisista velvoitteista.

mentissa jäämistön edunsaajana sivuuttaa.[34] Niihin kuuluivat mm. perittävään kohdistunut törkeä loukkaus tai hyvän tavan vastainen käyttäytyminen.[35]

Roomalaisen ja germaanisen perimysjärjestelmän lähtökohtien ero on jäänyt heijastumaksi nykyisiin jäämistöjärjestelmiin, ja näkyy esimerkiksi käsityksissä lakimääräisen ja testamenttiperimyksen ensisijaisuudesta.[36] *A.R. Heikonen* on todennut niiden keskinäisestä järjestyksestä, että "vaikkakin germaanisen oikeuden piirissä testamentti nykyään yleensä lienee rinnastettava lakimääräiseen perimykseen sen enää olematta toissijaisessa eli oikeastaan poikkeusasemassa, niin osoittanee tavallaan kuitenkin sekin, kun näissä maissa jäämistösuhteita käsittelevät lainsäännökset yleensä ensiksi säännöstelevät varsinaisia perillisiä ja vasta sen jälkeen testamentinsaajia koskevia oikeussuhteita, että lakimääräinen perimys sittenkin itse asiassa vastaa paremmin yleistä oikeuskäsitystä kuin testamenttiin perustuva omaisuudensiirto."[37]

Lakimääräisen ja testamentaarisen perimyksen välillä tehtävässä valinnassa on siten kautta vuosisatojen ollut kyse yhteiskunnan (taloudellisesta) kehitysasteesta, mutta myös siitä, mikä yhteiskunnassa on kulloinkin moraaliselta kannalta koettu oikeaksi.[38] Siksi tänä päivänä löytyy myös sellaisia perimysjärjestelmiä, joissa lakimääräistä perimystä ei sijoiteta testamentaarisen perimyksen sivuuttavaan asemaan. Seuraavaksi käyn tarkastelemaan, miten Englannin oikeudessa on lakimääräinen ja testamentaarinen perimys asetettu paikoilleen. Kysymyksen selkeyttäminen vaatii, että lähden liikkeelle kaukaa historiasta.

2.2. Testamentin paikan vakiintuminen Englannissa

Normannien valtaannousu oli tärkeä jäämistöoikeudellisen kehityksen kan-

[34]Tämä luettelo vakiintui viimeistään *Justinianuksen* aikana noin 500 vuotta jKr.

[35]*Saarenpää*, Tasajaon periaate s. 43. Lakiosajärjestelmän varhaisimmassa vaiheessa testamentti oli kokonaan mitätön, jos siinä ei mainittu lain edellyttämiä sukulaisia. Jos lakiosakanne menestyi, kumosi se koko testamentin, ja perillinen sai lakiosan sijasta koko lakimääräisen perintöosansa. Myöhemmin tätä epäjohdonmukaisuutta rajoittamaan kehitettiin lakiosan täydennyskanne; jos testaattori oli antanut perillisille edes jotakin, saattoi tämä nostaa kanteen saadakseen sen, mitä hänen lain mukaisesta lakiosasta jäi puuttumaan. Testamentti saattoi tällöin jäädä muilta osin voimaan.

[36]*Saarenpää*, Tasajaon periaate s. 43.

[37]Perinnönyhteydestä Suomen oikeudessa I s. 5. Myös *Olivecrona*, Testamentsrätten s. 57 ss. (Uppsala 1898).

[38]Esimerkiksi *Aarnio*, Jälkisäädökset s. 44: "testamenttijärjestelyt ovat olleet tiukasti sidoksissa kunkin aikakauden taloudelliseen perusproblematiikkaan."

nalta. Vuonna 1072 *Vilhelm Valloittaja* loi kirkolliset oikeudet (ecclesiastical courts) rajaten niiden toimivallan erilliseksi common law -tuomioistuimiin verrattuna. Kirkollisten tuomioistuinten toimivalta ulottui näet ensin vain irtaimeen omaisuuteen.[39] Näiden oikeusinstanssien kautta Manner-Euroopassa sovelletut testamenttioikeudelliset säännökset saivat jalansijaa myös Englannissa.[40] Koska kirkollisia tuomioistuimia kuitenkin perustettiin valtion eri alueille siten, että niiltä puuttui yhteinen ylempi auktoriteettielin (jokaisen johdossa oli näet oma piispansa), tulivat maan eri alueilla sovellettavaksi erilaiset irtainta omaisuutta koskeneet testamenttausrajoitukset. Yleisesti ottaen säännöksi vakiintui, että testaattorilla oli testamenttausvapaus kolmasosaan omaisuuttansa - yksi kolmasosa kuului automaattisesti eloonjääneelle puolisolle ja yksi kolmannes lapsille. Testaattorin määrättävissä olevasta kolmasosasta käytettiin nimitystä dead´s part ja useimmiten se päätyi kirkon varojen lisäykseksi, joten testamenttauksesta puhuttaessa vapaudella oli tosiasiallisesti melko rajoitettu merkitys. Irtaimistoa koskevista testamenttausrajoituksista alettiin alueellisesti luopua 1300-luvulta lähtien. Lontoossa tämä tapahtui tiettävästi viimeisenä, vuonna 1724.[41]

Feodaalilaitos oli Englannissa muuta Eurooppaa keskitetympi, johon selityksenä oli normannien maahan tuoma yhtenäinen hallintolaitos. Feodaalioikeuden toteuttamista valvoivat samat common law -tuomioistuimet kuin muitakin maaoikeutta koskeneita asioita.[42] Osin feodalismin vuoksi maaomaisuuden testamenttaaminen oli ehdottomasti kiellettyä vuosituhannen puo-

---

[39]Ks. *Kiralfy*, English Law s. 183 ja *Holdsworth*, History of English Law. Vol. III s. 524.

[40]*Kiralfy*, English Law s. 208: "The English law of wills is one of few subjects in which common law has not prevailed and institutions similar to Continental law predominate, owing to its long administration by ecclesiastical courts applying the general European canon law." Myös *Tamm*, Romersk rätt och europeisk rättsutveckling s. 233.

[41]Ks. *Kiralfy*, English Law s. 184, joka toteaa tuon ajan testementtausrajoitusten muistuttaneen kontinentaalisten maiden lakiosajärjestelmiä. Samoin *Rheinstein*, Gesammelte Schriften I s. 238, joka jatkaa, että puolison ja lapsen "suojaosuuksien" eli testamenttausrajoitusten poistamiseen vaikuttivat kolonisaatio sekä heikko tiedonvälitys: "it seems to have been considered intolerable that estates should be tied up for possible years by the search for a forced heir who had gone overseas and whom it was, often enough, unknown whether he still lived."

[42]Ks. esimerkiksi *Jenks*, The Book of English Law s. 17 ja *Zweigert-Kötz*, An Introduction to Comparative Law s. 190 viittauksineen. Myös *Cornish-Clark*, Law and Society in England 1750-1950 s. 121: "Rights in land were as crucial to the layered structure of the 18th century as the obligations of feudal tenure had been to the early middle ages.. Even today the land law can be properly depicted only by drawing in the long lines of its history".

leenväliin asti ja vasta 1500-luvulla tiukkaa testamenttauskieltoa alettiin asteittain lieventää myös common law -tuomioistuimissa. Vuoden 1540 Statute of Wills antoi perittävälle oikeuden määrätä (kirjallisella) testamentilla osasta maaomaisuuttaan, ja vuoden 1660 Statute of Military Tenures poisti kiinteää omaisuutta koskeneet loputkin testamenttausrajoitukset.[43] Testamenttausvapaudesta ei muodostunut kuitenkaan rajoittamatonta, koska leski sai aina perittävän kuollessa jälkisäädöksestä riippumattoman oikeuden tietynlaiseen maaomaisuuteen.[44] Tähän oikeustilaan tehtiin muutoksia vasta 1833, josta lähtien testamenttausvapaus oli täysin rajoittamaton noin sadan vuoden ajan.

Vuonna 1677 säädetty Statute of Frauds tiukensi testamentin muotoedellytyksiä. Lain soveltamisalaan kuului nyt perittävän kaikenlainen omaisuus sen laadusta riippumatta. Siinä tosin säilytettiin ero kiinteään ja irtaimeen omaisuuteen sillä tavoin, että kiinteää omaisuutta koskeneen testamentin tuli olla kirjallisessa muodossa ja kolmen todistajan allekirjoittama. Irtainta omaisuutta koskeneen testamentin tuli olla kirjallisessa muodossa vain niissä tapauksissa, kun testamentattavan omaisuuden arvo oli yli 30 puntaa. Sen sijaan todistajapakkoa ei irtainta omaisuutta koskevan testamentin osalta tunnettu. Käytännössä testamentit tehtiin yleensä aina kirjallisesti omaisuuden laadusta tai arvosta riippumatta. Lainsäädännöllisesti kiinteää ja irtainta omaisuutta koskeneiden testamenttien muotoedellytykset yhtenäistettiin vuoden 1837 Wills Actilla. Tuolloin voimaan saatetut muotovaatimukset ovat yhä voimassa olevaa oikeutta. Niihin on myöhemmin tehty vain yksityiskohtia koskevia muutoksia.[45] Wills Actin muotovaatimuksia pidetään näet hyvänä kompromissina kahden eri suuntaan vievän tavoitteen välillä: testamenttausvapaus ei saa olla liian monimutkainen toteuttaa, mutta toisaalta on varmistettava, että testamenttiasiakirja todellakin osoittaa perittävän viimeisen tahdon.[46]

Prosessuaalisesti kirkollisten oikeuksien valta heikkeni equity-sääntöjä

---

[43]Tuohon asti oli näet säilynyt ns. knight-service, joka oli sotilaille kuulunut feodaalijärjestelmällinen maanhallinta. Se edellytti, että maata hallitsevan oli oltava lääninherransa mukana sotaretkellä 40 päivää vuodesta. Tämä instituutio lakkautettiin vuonna 1660.

[44]Ks. *Cornish-Clark*, Law and Society in England 1750-1950 s. 122: "It took longer for freedom to transmit by will upon death to establish itself, being securely acknowledged only by the Wills Act 1540. While the children may have had no more protection than this, the wife of a free-holder had, from the 13th century, an unalienable right of dower during her life in 1/3 of her husband's freehold.." Ks. *Kiralfy*, English Law s. 183 ss.

[45]Uudistusehdotuksia on tosin tehty, mutta ne on torjuttu. Ks. esimerkiksi Law Reform Committee, 22nd Report: The Making and Revocation of Wills, Cmnd. 7902 (1980).

[46]K. Real Property Commissioners, 4th Report (1833) s. 16.

soveltaneiden oikeusinstanssien suosion kasvun myötä. Kanslerioikeus tarjosi näet tehokkaita keinoja hyvityksen saamiseen niissä tapauksissa, joissa jäämistöä oli hallinnoitu perillisen etuja loukaten. Myös testamenttien muotoedellytysten tutkiminen siirrettiin sittemmin equity-oikeutta soveltaneille tuomioistuimille, ja vuoden 1857 Court of Probate Act vei lopullisesti kirkollisilta tuomioistuimilta toimivallan testamenttiasioissa.

2.3. Lakimääräinen perimys

"Haeres est nomen iuris, filius est nomen naturae."[47]

2.3.1. Irtain omaisuus

Jos perittävä ei ollut määrännyt omaisuudestaan kuolemanvaraisesti, sovellettiin irtaimen omaisuuden jakamiseen vuosien 1670 ja 1685 jakosääntöjä (Statutes of Distribution). Parlamenttilakien muotoon ne säädettiin siksi, että tapausoikeus ei ollut kyennyt täsmentämään niiden sisältöä ja sen vuoksi irtaimen omaisuuden jakosäännöistä oli vallinnut tiettyä oikeudellista epävarmuutta.[48] Jakosääntöjen perusteella sukulaiset jaettiin roomalaisesta oikeudesta omaksutun periaatteen mukaisiin parenteeleihin (successio ordinum) eli perittävän etäisemmät sukulaiset saattoivat saada perillisen aseman vain, mikäli perittävän läheisempiä sukulaisia ei hänen kuolinhetkellään ollut elossa.[49] Parenteelijärjestelmässä oli poikkeuksia leskeksi jääneen henkilön suojaksi. Naispuolinen leski sai näet aina kolmasosan jäämistön irtaimesta omaisuudesta ja loppu tuli jakaa lapsien kesken tasan (lapsien keskuudessa vallitsi rajaton sijaantulo-oikeus). Jos perittävän puoliso ei hänen kuollessaan ollut enää elossa, jakoivat lapset koko häneltä jääneen irtaimiston tasan. Jos perittävä oli elänyt lapsettomassa avioliitossa, peri leski puolet jäämistöstä ja toinen puoli jaettiin perittävän isälle, tai tämän ollessa kuollut, perittävän äidille. Siinä tapauksessa, jos perittävä oli lapseton ja jos hän oli ollut vanhapoika tai leski, jaettiin omaisuus hänen vanhemmilleen tai sisaruksil-

[47]"A heir is the legal name, a son the natural name" eli että perillinen on juridinen nimitys, poika luonnollinen nimitys. Näin lausui *Francis Bacon* vuonna 1632 ilmestyneessä teoksessa Elements of the Common Laws of England (s. 52).

[48]1600-luvun säännösten voimaantulosta ja tavoitteista ks. *Holdsworth*, A History of English Law. Vol. III s. 560.

[49]Ensimmäiseen luokkaan kuuluivat vanhemmat ja lapset, toiseen isovanhemmat, veljet ja siskot, kolmanteen sedät ja tädit, veljentytöt ja -pojat. Ks. *Sherrin-Bonehill*, The Law and Practice of Intestate Succession s. 35 ss.

leen tai muille hänen lähimmilleen.

Näihin jakosäännöksiin tuli variaatioita silloin, kun perittävä oli ollut naishenkilö - irtaimen omaisuuden jakoa koskevat säännökset olivat tällöin paljon yksinkertaisemmat. Miespuolinen leski sai näet kaiken irtaimen jäämistöomaisuuden kokonaan haltuunsa ja sulki siten perittävän lapsetkin kokonaan pois perillisen oikeusasemasta. Jos perittävällä ei ollut kuollessaan lainkaan sukulaisia, oli kruunulla perimysoikeus. Näitä tilanteita kutsuttiin nimellä bona vacantia, "omistajaton omaisuus".[50]

Toteutettu jäämistöidea oli näin ollen miestä - niin aviomiestä kuin isääkin - suosiva ja kunkin sukulaisen oikeus jäämistöomaisuuteen riippui hänen sukulaisuussuhteensa läheisyydestä perittävään. Vuonna 1890 lainsäädäntöä muutettiin Intestates Estates Actilla. Uusi laki sääti, että kun perittävä ei ollut tehnyt testamenttia edes osasta omaisuuttaan, eikä häneltä jäänyt lapsia, sai leski jäämistöstä 500 punnan perintöosan. Vain, jos perittävän nettovarallisuus oli ollut mainittua summaa suurempi, sovellettiin loppujen varojen jakamiseen normaaleja jakosäännöksiä.[51]

2.3.2. Kiinteä omaisuus

Maaomaisuuden lakimääräistä periytymistä koskevat säännöt olivat 1600-luvulla tapausoikeuden varassa. Kiinteän omaisuuden tärkeä yhteiskunnallinen merkitys oli näet vakiinnuttanut niitä koskevan jakokäytännön, joten - toisin kuin irtaimen omaisuuden kohdalla - sääntöjen kirjaamiselle säädännäiseen oikeuteen ei ollut käytännön tarvetta. Kyse oli kansan keskuudessa vakiintuneista oikeussäännöksistä, jotka olivat tulleet tuomioistuimissa vahvistetuiksi.[52] Perittävän maaomaisuuden jakoa koskevia sääntöjä kutsuttiin perimyssäännöiksi (Rules of Inheritance). Parlamenttilaiksi ne koottiin (konsolidoitiin) sittemmin vuonna 1833. Tällöin voimaantullut Inheritance Act säilyi vähäisin muutoksin voimassa aina vuoden 1925 lainuudistuksiin asti.

Kiinteää omaisuutta jaettaessa suosittiin suvun miespuolisia henkilöitä.

[50]*Miller*, The Machinery of Succession s. 92, *Bailey*, The Law of Wills s. 32.

[51]Ks. *Bailey*, The Law of Wills s. 32 ja *Sherrin-Bonehill*, The Law and Practice of Intestate Succession s. 37.

[52]Irtainta omaisuutta koskeneiden jakosäännösten kirjaamisen säädännäiseen oikeuteen tekee ymmärrettäväksi myös se asema, mikä niillä katsottiin olevan kiinteän omaisuuden jakoa täydentävinä sääntöinä. Kirjoitetulla oikeudellahan on traditionaalisesti englantilaisessa oikeusjärjestelmässä ollut tuomarien kehittämää oikeutta täydentävä asema. Tämän vuoksi säädännäistä oikeutta on ollut sallittua tulkita vain kirjaimellisesti. Ks. tämän tutkimuksen IV osa luku 3.1.3.

He perivät aina ennen naisia, ja yhtä läheisten miespuolisten perillisten kesken etusija annettiin yleensä ns. primogenituuraperiaatteen mukaisesti vanhemmalle.[53] Esimerkiksi, jos perittävällä oli ollut kaksi poikaa ja kaksi tytärtä, niin vanhin pojista oli ensisijaisesti kaiken kiinteän omaisuuden ainoa perijä. Nuorempi pojista oli perintöosuuteen oikeutettu vain, jos vanhempi veli oli kuollut ennen perittävää. Jos taas molemmat pojat kuolivat lapsettomina ennen perittävää, jaettiin jäämistöomaisuus tyttöjen kesken tasan. Heidän keskinäiselle ikäjärjestykselleen ei annettu merkitystä.[54]

Leskellä ei ollut oikeutta periä maaomaisuutta. Dower-instituutiolla leskelle annettiin kuitenkin elinikäinen oikeus (life interest) tuottoon miehellään olleen kiinteän omaisuuden kolmannestaosasta. Käytännössä miespuolisella perittävällä oli vuodesta 1833 eteenpäin mahdollisuus tehdä oikeustoimillaan inter vivos tämä leskensä oikeus merkityksettömäksi.[55] Aviovaimon oikeudellista asemaa parannettiin vasta vuosina 1882 ja 1893, jolloin voimaan saatettiin aviopuolisoiden oikeussuhteita koskeneet lait Married Women´s Property Acts. Niiden mukaan aviovaimolla oli oikeus hankkia ja hallita kiinteää ja irtainta omaisuutta yksityisenä omaisuutenaan, kantaa ja vastata oikeudessa, solmia sopimuksia omasta omaisuudestaan (myös puolisonsa kanssa) ja harjoittaa itsenäisesti elinkeinoa. Koko lain kantavana ajatuksena oli periaate, jonka mukaan avioliiton solmiminen ei saanut huonontaa naisen oikeudellista asemaa. Tämän jälkeen tuli merkitykselliseksi myös miehen leskenoikeus curtesy (vastasi naispuolisen lesken doweria, mutta kohdistui kaikkeen hänen vaimollaan olleeseen kiinteään omaisuuteen).[56]

---

[53]Testamenteissakin otettiin primogenituuraperiaate yleensä lähtökohdaksi, mutta tämä käytäntö alkoi muuttumaan 1700-luvun lopulla. Perintö haluttiin jaettavaksi tasapuolisesti kaikkien lasten kesken - myös puolison asema yleensä huomioitiin. Ks. lisää *Finch ym.*, Wills, Inheritance and Families s. 10 ss. Tällä muutoksella lienee ollut merkitystä myös 1900-luvun alussa toteutettujen jäämistöoikeudellisiin säännöksiin kohdistuneiden uudistusten kannalta.

[54]*Cornish-Clark*, Law and Society in England 1750-1950 s. 122: "A strong tendency to pass freehold by right of primogeniture was manifest. (Poikkeuksia tästä pääsäännöstä kirjattu sivun alaviitteeseen 1.) That the eldest surviving son should be sole heir was the first of the common law´s rules of inheritance."

[55]Vuoden 1833 Dower Act määräsi näet, että naispuolisen lesken elinikäinen oikeus kohdistui vain siihen osaan perittävän jäämistöä, josta hän ei ollut määrännyt testamentilla.

[56]*Miller*, The Machinery of Succession s. 4. Myös *Sawyer*, Principles of Succession, Wills and Probate s. 5: "his entitlement was to a life interest in all her real property, subject to certain conditions."

2.4. Katsaus nykyisyyteen

Englantilaiset juristit ovat kirjoituksissaan todenneet, että nykyisin voimassa olevien perinnönjakosäännösten peruskivet laskettiin näissä useampi vuosisata sitten omaksutuissa irtaimen omaisuuden jakosäännöissä, ja vuonna 1925 toteutettu jäämistöoikeuden kokonaisuudistus on niiden heijastumaa. *S. Baileykin* on todennut, että vain oman historiansa valossa lakimääräisen perimyksen jakosäännökset ja niiden suhde perittävän testamenttausvapauteen voivat käydä ymmärrettäviksi.[57]

Lakimääräisessä perimyksessä huomioon otettavat lait ovat pääsääntöisesti säädännäistä oikeutta. Niitä on englantilaisessa oikeusjärjestyksessä useampia. Keskeisin on Administration of Estates Act vuodelta 1925 (AEA) siihen myöhemmin tehtyine muutoksineen (joista tärkeimpiä ovat Intestate's of Estates Act 1952, Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975 ja Family Provision (Intestate Succession) Order 1987). Materiaalista perinnönjakoa koskevista säännöistä tärkein on AEA:n pykälä 46, jossa on määrätty lakimääräinen perimysjärjestys.

Jäämistöoikeus on Englannissa oikeuslähdeopillisesti hajanainen. Kokonaisuuden hahmotusta vaikeuttaa vielä kahtiajako lakimääräiseen ja testamentaariseen perimykseen. Testamenteista säädetään erillisissä säädöksissä (tai ennakkotapauksissa), ja niistä keskeisin on vuoden 1837 Wills Act. Tätä kahtiajakoa hämärtää nykyisin se, että edellä mainittu vuoden 1975 etuosalaki soveltuu sekä lakimääräisiin että testamentaarisiin perimystilanteisiin.

Näiden tärkeimpien lakimääräisestä ja testamentaarisesta perimyksestä säätävien lakien lisäksi englantilaiseen oikeusjärjestykseen kuuluu kirjoittamattomiksi jääneitä, ennakkotapauksista peräisin olevia oikeusohjeita, joiden määrä osoittaa niiden vain täydentävän säädännäistä oikeutta. Kirjoittamattomissa säännöksissä onkin kysymys yksityiskohtaisista oikeuskysymyksistä - ei uusista, perimyslakien systematiikkaan ratkaisevasti vaikuttavista oikeusohjeista.[58] Myös sellaisten jäämistöoikeuteen suoranaisesti kuulumattomien parlamenttilakien määrä, jotka jollain tavoin - joko suoraan tai välillisesti - vaikuttavat perimykseen tai perinnön siirtymiseen perillisille, on huomattava. Perinnön siirtymiseen sovelletaan esimerkiksi equity-oikeudessa kehittyneitä ja enemmän varallisuusoikeuden piiriin kuulu-

[57]The Law of Wills s. 31. Ks. myös *Sherrin-Bonehill*, The Law and Practice of Intestate Succession s. 33 ss.

[58]Joidenkin ennakkotapausperäisten oikeusohjeiden soveltuvuus moderniin jäämistöjärjestelmään on jopa kiistetty. Tämä tulee myöhemmin tarkemmin esille jaksossa 7.

via oikeusohjeita (trustia koskevia). Siksi jäämistöoikeuden peruskysymysten kannalta relevanteiksi voivat käydä sellaiset säädökset, joiden soveltuvuus perimystilanteisiin saattaa tuntua suomalaisesta näkökulmasta vieraalta.

2.5. Suomen jäämistöoikeuden sukusidonnaisuus ja testamentti

> "Till jorden anknöt sig det hufvudsakliga intresset, då denna var själfva lifsvillkoret för ättens storhet och inflytande, grundvalen för dess existens öfver huvud taget."[59]

Luontaistalouden, metsästyksen ja kalastuksen aikakaudella perimyssäännöksille ei ollut tarvetta. Perimystä koskeva uudenlainen tilanne hahmottui vasta sitten, kun talousjärjestelmän kehitys toi maanomistuksen mukanaan. Varhaisimmassa vaiheessa omaisuus oli perheen kollektiivisessa omistuksessa eli kuolintilanteissa perittävällä ollut omistusosuus lisäsi muiden järjestelyyn osallisten omistusosuuksia; suvun jäsenen kuolema ei siten saanut aikaan näkyviä muutoksia omistusoikeussuhteissa, muut vain astuivat vainajan sijaan.[60]

Ruotsin vanhoissa maakuntalaeissa saatettiin voimaan ns. graduaaliperiaate (successio graduum), jonka mukaan lähimmiksi perillisiksi katsottiin ne henkilöt, jotka vähin polviluku erotti perittävästä. Perittävän omaisuus siirtyi aina yhtenä kokonaisuutena perintöön oikeutetulle henkilölle, jonka vuoksi jäämistöomaisuuden pirstoutuminen useamman sukuhaaran kesken kyettiin estämään. Maakuntalakien aikana ruotsalaisessa yhteiskunnassa elettiin vielä yhteistaloudessa; maaomaisuus oli tärkein tuotannonväline, ja sen säilyttäminen jakautumattomana oli tärkeää.[61] Suomessa ei ollut samanlaajuista feodaalista maanomistusta kuin mannereurooppalaisissa maissa: aateliset omistivat paljon maata, mutta niin omistivat myös valtio ja suurtalonpojat. Tänne syntyi feodalismin sijasta talonpoikainen maaherruus, jossa tilaton väestö joutui alistussuhteeseen maata omistaviin talonpoikiin nähden. Vanhastaan maata koskivat säännökset, joiden avulla se pyrittiin pysyttämään suvun hallussa. Toisaalta kruunun verotulojen takaaminen edellytti, että tiloja ei saanut tarpeettomasti jakaa tai että kukaan ei saisi maata enempää, kuin kykeni viljelemään. Keinona käytettiin halkomista ja myöhemmin myös

---

[59] *Bergman*, Kyrkan och den medeltida svenska testamentsrätten s. 31 (Uppsala 1909).

[60] *Lilius*, Testamentin muodosta Suomen oikeuden mukaan s. 5, *Heikonen*, Perinnönyhteydestä Suomen oikeudessa I s. 6-9 ja *Malmström*, Successionsrätt I s. 18.

[61] *Hällström*, Arvejordsinstitutet s. 250.

lohkomista koskevien rajoitusten säätämistä. Nämä kruunun etuja ajavat ja veropoliittisille motiiveille perustuvat säännökset johtivat kuitenkin konfliktiin kansan oikeuskäsitysten kanssa.[62]

Myös Pohjoismaihin testamenttioikeudelliset perusteet välittyivät kirkon soveltaman kanonisen oikeuden kautta. Katolinen kirkko tarvitsi näet varoja asemansa vahvistamiseksi ja saarnasi pelastusta niille, jotka luovuttivat omaisuutensa kirkolle.[63] Tosin *Ahti Saarenpää* on viitannut siihen, että vaikka kirkon levittämä ajatus testamenttausvapaudesta sen omaksi hyväksi on usein yhdistetty yksin kirkon valtapyyteisiin, todellisuudessa tämäkin ajattelu pohjaa alunalkaen oikeudenmukaisuusperusteisiin.[64] *Frans Oskar Lilius* pitää testamenttioikeudellisten sääntöjen kehittymistä sittemmin syntyneen yksinomistusoikeuden luonnollisena täydennyksenä.[65] Toisaalta 1600-luvulla Ruotsissa tapahtui muitakin sellaisia yhteiskunnallisia muutoksia, jotka omalta osaltaan vahvensivat tarvetta testamentti-instituution aseman parantamiseen ja vakiintamiseen: taloudellinen vaihdanta vilkastui ja syntyi uusia omaisuusmuotoja.[66] Lainsäädännössä testamentti esiintyi ensi kerran itsenäisenä lahjasta eroavana säännöstönä *Kaarle XI*:n aikana (1686) säädetyssä säännössä ja asetuksessa testamentista.[67]

Yleisesti ottaen kehitys kohti testamenttikäsitteen selkiintymistä kävi varsin hitaasti.[68] Luovutuksia tehtiin reaalilahjoituksina, jotka vähitellen muutettiin ehdollisiksi siten, että omaisuuden käyttöoikeus pysytettiin lahjoittajalla koko elinajaksi tai sitten omistusoikeus siirrettiin saajalle vasta kuolinhetkellä (kuolemanvaraislahja eli ns. donatio mortis causa). Toisaalta se, että germaaninen oikeus oli vapaamuotoisempaa kuin muotosidonnainen roomalainen oikeus, vaikutti niin, että roomalaisoikeudellinen testamenttausinstituutio kävi vanhan germaanisen oikeuden maissa aina vain vapaamuo-

---

[62]*Aarnio*, Perimysjärjestelyt maanomistusolojen kannalta s. 55 ss. ja 63. Ks. myös *Pylkkänen*, Puoli vuodetta, lukot ja avaimet s. 154.

[63]*Malmström*, Successionsrätt II s. 10 ss. alaviitteineen sekä *Aarnio*, Jälkisäädökset s. 29. Testamentteja onkin Ruotsissa tehty ensin hengellisten säätyjen edustajien toimesta.

[64]Ks. Tasajaon periaate s. 59 alaviite 39, jossa *Saarenpää* viittaa teokseen *Bruck*, Kirchenväter und soziales Erbrecht (Berlin-Göttingen-Heidelberg 1956).

[65]Testamentin muodosta Suomen oikeuden mukaan s. 56.

[66]*Malmström*, Successionsrätt II s. 11.

[67]*Aarnio*, Jälkisäädökset s. 34, toteaa asetuksesta käyvän vielä ilmi, miten vahva kirkon vaikutus testamenttioikeuteen oli. Asetuksen mukaan oli sallittua testamentata perimysmaastakin 1/10 hyväntekeväisyyteen eli käytännössä kirkolle. Ks. myös *Bergmanin* tutkimukset Kyrkan och den medeltida svenska testamentsrätten (Uppsala 1909) sekä Testamentet i 1600-talets rättsbildning (Lund 1918).

[68]*Saarenpää*, Tasajaon periaate s. 42.

toisemmaksi niissä tilanteissa, joissa sen tekeminen oli sallittua.[69]

Vapaamuotoisuuden vastapooliksi kehittyivät suvun intressit perintömaahan, jotka hidastivat testamenttijärjestelyjen yleistymistä Suomessa. Testamentit eivät kuitenkaan lopultakaan lyöneet itseänsä sillä tavalla läpi, että ne olisi asetettu jäämistöoikeudellisen pääsäännön asemaan. Tähän lienee vaikuttanut se, että ylimpien yhteiskuntakerroksien intressit oli turvattu perimyslaeillakin. Lainlaatijat painottivat puolestaan lakiin kirjattujen jakosääntöjen oikeudenmukaisuutta, koska sillä tavoin haluttiin estää lähisukulaisten keskinäisten perintöriitojen syntyminen. Sukuyhteiskunta asetti siten ideologiset rajoitukset uuden instituution paikan määräytymiselle jäämistöjärjestelmässämme.[70]

2.6. Jaosta perintö- ja ansiomaahan

> "Få rättsinstitut ha spelat en så betydelsefull roll i vårt rätts- och samhällsliv som arvejordsinstitutet."[71]

Lakimääräisen perimyksen perimysjärjestys ei jäänyt graduaaliperiaatteen varaan, vaan roomalaisesta oikeudesta peräisin oleva parenteeliperiaate alkoi vallata alaa 1700-luvulle tultaessa. Sen esiinnousua voi ihmetellä sen vuoksi, että maaomaisuudella oli tuolloin tärkein asema - siksi perimystilanteissakin tilat pyrittiin pitämään kokonaisina suvun hallussa.[72] Parenteeleittain tapahtuva jako johtaa näet (ainakin teoriassa) perinnön jakautumiseen useampiin osiin ja soveltuu siten kehitykseltään suhteellisen korkealle

---

[69]Vuoden 1734 PK:n mukaan oli myös suullinen testamentti tehokas. *Calonius*, Siviilioikeuden luennot s. 475 sekä s. 478, toteaa: "Meidän oikeutemme ei vaadi testamenteilta enempiä muotomääräyksiä kuin mitä on jo esitetty. Kaikki roomalaisen oikeuden hiuksenhienoudet voidaan meillä haitatta sivuuttaa." Huomaa kuitenkin s. 477, jossa *Calonius* sivumennen mainitsee mahdollisista vilpeistä suullisten testamenttien osalta. Tehden viittauksen englantilaiseen ja preussilaiseen oikeustilaan hän pitäisi suotavana, että suullisten testamenttien tekemistä jollain tavoin rajoitettaisiin. Testamentin tekemistä ja pätemättömyyttä koskevat uudet oikeusohjeet tulivat noudatettaviksi vasta vuodesta 1954 lähtien. Näin *Aarnio*, Jälkisäädökset s. 56.

[70]*Aarnio*, Testamenttisäännösten kehityspiirteitä s. 72. Ks. *Heikosesta*, Perinnönyhteydestä Suomen oikeudessa I s. 10-22, katsaus suomalaisen perintöoikeuden varhaisempiin kehitysvaiheisiin.

[71]*Hällström*, Arvejordsinstitutet s. 250.

[72]Hällström, Arvejordsinstitutet s. 250: "suvun rikkaus ja vaikutusvalta riippui sen maanomistuksesta."

tasolle ehtineeseen yhteiskuntaan.[73]

Vuoden 1734 lain voimaantulosta huolimatta perimystilanteissa luotettiin kansan keskuudessa "terveeseen järkeen". Kansan vanhat tavat olivat niin tärkeitä, etteivät perilliset halunneet toimia niiden kanssa ristiriidassa olevin tavoin.[74] Esimerkiksi perintökaaren 12:4:n mukaan pääperiaatteena ollut tasajako samassa polvessa olevien perillisten kesken ei siksi käytännössä toteutunut. Miespuolinen perillinen oli naispuoliseen perilliseen nähden ensisijaisessa asemassa maaomaisuuden suhteen, mutta todellisuudessa samanarvoisuus ei toteutunut miespuolisten perillistenkään keskuudessa. Käytännössä tilojen halkominen ei ollut yleistä. Jaossa vakiintui eräänlainen esikoisenoikeus - vanhin miespuolinen perillinen sai lunastaa muut irti tilalta, ja se saattoi köyhimmillä tiloilla tapahtua jopa ilman rahaa, kun lunastushintana oli perillisen tilalla tekemä työ yhdistettynä mahdollisesti vanhemmista eloonjääneen saamaan syytinkiin. Tässä oli kuitenkin alueellisia eroja.[75]

Vuoden 1734 lain mukaan perittävällä olleen testamenttausvapauden laajuus oli riippuvainen siitä, oliko perittävällä ollut kotipaikka maalla vai kaupungissa, mikä oli perittävän sääty sekä hänen jäämistöönsä kuuluvan omaisuuden laatu ja oliko tämä omaisuus maalla vai kaupungissa.[76] Maa- ja kaupunkioikeuksien sisällössä oli näet eroja, koska sukusiteet kaupungissa olivat höllemmät ja kiinteällä omaisuudella oli siellä tuottavana pääomana pienempi merkitys kuin maaseudulla. Kaupungeissa kiinteistöillä katsottiin olevan ainoastaan liikevaihtoa ja elinkeinoja palveleva merkitys: "Maalla on kaikki kiinteää ja pysyväistä, kaupungissa liikkuvaa ja muuttuvaista."[77]

[73]Ks. *Kaser*, Roomalainen yksityisoikeus s. 286 ss. *Justinianuksen* säätämä Novellae (v. 543) oli sukuperimykseen nojaava perintöjärjestelmä, jonka kirjoittaja katsoo muistuttavan nykyisiä parenteelijärjestelmiä (BGB 1924 §§ - Ordnungen, ABGB 730 §§ - linien, ZGB art. 437 - Stämmen).

[74]*Jutikkala*, Suomen talonpojan historia s. 328.

[75]Ks. *Klami*, Vuoden 1734 lain perimysjärjestelmä s. 134 ja *Pylkkänen*, Puoli vuodetta, lukot ja avaimet s. 163, 169 ss. Myös *Jutikkala*, Suomen talonpojan historia s. 332-338, siitä, mitä erilaisia tapoja tilan perillinen saattoi käyttää lunastaakseen kanssaperillistensä osuudet. Syytingistä eli sukupolvenvaihdostilanteiden synnyttämistä eläke-etuuksista ks. *Jutikkala* s. 320-328. *Aarnio*, Perimysjärjestelyt maaomistusolojen kannalta s. 59, huomauttaa, että käytetty lunastusmenettely synnytti epäkohtia, koska tilalta pois muuttavien perillisten asema saattoi tulla kohtuuttoman epäedulliseksi ja sitä kautta tilattoman väestön määrä kasvoi. Toisaalta jos lunastushinta pyritiin asettamaan lähelle todellista hintaa, oli seurauksena, että lunastajan tilan hoito kohtasi taloudellisia vaikeuksia.

[76]*Rautiala*, Perillisen lakiosa s. 24. Myös *Palmén*, Rättshistoriska bidrag till tolkningen af 1734 års lag s. 27.

[77]"På landet är allting fast och bestående, i staden rörligt och föränderligt." Näin *Hällström*, Arvejordsinstitutet s. 251.

Perittyä maaseutumaata ei saanut testamentata, kun taas ansaittu maaseutumaa oli perittävän testamenttausvallan alaista. Ansiomaa saattoi olla myös ns. sääntöperinnön eli fideikomissin kohteena. Tällä tarkoitettiin testamenttimääräystä, joka oli tehty tarkoituksessa säilyttää omaisuus testamentintekijän suvussa pysyvästi - omaisuus siirtyi siten tietyn suvun sisällä ensimmäiseltä saajalta toiselle. Vain jos se suku, jonka hyväksi sääntöperimysmääräys oli annettu, loppui tai sammui, saattoi omaisuus joutua esimerkiksi lakimääräisesti perittävän omaisuuden asemaan.[78] Lainsäädännössä pyrittiin myös muutoin kuin perinnönjakosäännöksin turvaamaan perillisten oikeudet perimysmaahan. Maakaari esimerkiksi sääti suvulla olleesta lunastusoikeudesta silloin, kun perimysmaata oli luovutettu ulkopuolisille. Siinä myös kiellettiin ehdottomasti, että perimysmaata vaihdettaisiin kaupungissa olevaan maahan.[79]

Kaupunkien syntyminen kiihtyvällä tahdilla synnytti kaupunkiporvariston, jolla oli erilaisia taloudellisia intressejä kuin aatelistolla ja suurtalonpojilla. Kaupunkioikeus tunsikin jo varhain myös lakiosasäännökset, joiden selitysperusteet ovat olleet sosiaalisia; kun ei ollut maatilaa, rintaperillisiä täytyi suojata muilla tavoin - testamenttausrajoituksin ja tasajaoin.[80] Maunu Eerikinpojan kaupunkilain mukaan perittävällä oli oikeus, jos lapsia tai muita rintaperillisiä oli elossa, määrätä testamentilla vain omaisuutensa kuudenneksesta.[81] Jollei rintaperillisiä ollut, sai perittävä, eräin ulkomaisia perillisiä koskevin poikkeuksin, testamentata puolet peritystä kaupunkikiinteistöstään ja kaiken muun omaisuutensa rajoituksitta.[82] Maaoikeudessa lakiosajärjestelmä oli sen sijaan tuntematon. Vajaavaltaisen lapsen asema haluttiin kuitenkin turvata säännöllä, jonka mukaan lapsille oli jätettävä säätynsä ja arvonsa mukaan niin paljon kuin tuomari kohtuulliseksi katsoo, jotta

[78]Ks. *Calonius*, Siviilioikeuden luennot s. 481 ss. ja 493. Lopullisesti sääntöperintö kumottiin vasta vuonna 1931 annetulla lailla. Näin *Aarnio*, Jälkisäädökset s. 55.

[79]*Calonius*, Siviilioikeuden luennot s. 490, jossa kirjoittaja perustelee sukulunastusoikeutta seuraavasti: "Melkein kaikille korkeammalla sivistysasteella oleville kansoille on ollut ominaista, että ne ovat tahtoneet säilyttää maaomaisuuden samassa suvussa, jolle se kerran on joutunut." Ks. sukulunastusinstituution tarkemmasta sisällöstä s. 492-509. Myös *Pylkkänen*, Puoli vuodetta, lukot ja avaimet s. 156 ss. sekä 159, jossa hän toteaa, että "maakaaren sukulunastusta ja vanhempien elättämistä koskevien säännösten mukaan tilan siirtyminen kokonaisena ei ollut niinkään poikkeus kuin pääsääntö."

[80]*Klami*, Vuoden 1734 lain perimysjärjestelmä s. 129.

[81]Kuudesosa selittynee yksinkertaisesti sillä, että 5/6 papin tai porvarin omaisuudesta vastannee jokseenkin hyvin talonpojan perintömaan yleisesti käsitettyä suhdetta muuhun omaisuuteen. Ks. *Klami*, Vuoden 1734 lain perimysjärjestelmä s. 133, *Malmström*, Rättsutvecklingen 1736-1809 s. 110 ja *Calonius*, Siviilioikeuden luennot s. 478.

[82]*Rapola*, Uusi lakiosasäännöstö s. 3.

lapset saattoivat elättää itsensä (PK 17:4).[83] Koska tämän säännöksen mukaisen suojan saaminen ja sen laajuus oli harkinnanvaraista, voisi sitä pikemminkin pitää nykyisten avustussäännösten kuin lakiosainstituution edeltäjänä.

> Vasta vuoden 1951 uudistuksella vuoden 1734 PK 17 luku muutettiin nykytyyppiseksi lakiosasuojajärjestelmäksi, joka tarkoitti lakiosaoikeutta koskeneiden maa- ja kaupunkioikeudellisten erojen poistamista.[84]

Maaomaisuuden jako ansio- ja perimysmaahan merkitsi alkujaan sitä, että testamentti alkoi saada lisää merkitystä siinä vaiheessa, kun ihmisten varallisuus perustui muuhunkin kuin perimykseen. 1800-luvulla alkoi selvä murroskausi: vanha yksinperimysjärjestelmä alkoi murtua, maata koskevat testamentit lisääntyivät ja niiden myötä perimysmaan testamenttauskielto sai vähin erin todellista merkitystä.[85]

2.7. Puolison asemasta

> "Nu skall bonden hedra sin brud."[86]

Lesken aseman suhteen ei jaolla irtaimeen ja kiinteään omaisuuteen ollut merkitystä vanhoissa perimyssäännöksissä. Leskelle ei myönnetty perimysoikeutta, ja hänen taloudellisen asemansa turvasivat lähinnä naimaosa, huomenlahja, etuosaoikeus jakamattomaan pesään ja lasten elatusvelvollisuus vanhempiaan kohtaan.[87] Naimaosa oli oikeutta puolisoiden yhteiseen pesään

[83] *Hällström*, Arvejordsinstitutet s. 251-257 sekä *Malmström*, Rättsutvecklingen 1736-1809 s. 111 ss.

[84] *Rapola*, Uusi lakiosasäännöstö s. 3, toteaa lakiosauudistuksen ottaneen mallia Ruotsissa vuonna 1928 tapahtuneesta uudistuksesta, jossa tarkemmin kehiteltiin niitä maalais- ja kaupunkioikeuden välisen erottelun poistamisen yhteydessä annettuja säännöksiä, mitkä saatettiin Ruotsissa voimaan jo 1857 annetulla asetuksella. Meillä tapahtuneeseen uudistukseen johtaneet esityöt ovat vuoden 1935 ehdotus perintö- ja testamenttilainsäädännön uudistamiseksi, vuoden 1938 ehdotus hallituksen esitykseksi eduskunnalle perintölaiksi ja korkeimman oikeuden lausunto vuodelta 1941. Sota katkaisi uudistustyön, joka jatkui osittaisuudistukseen tähdäten vuoden 1948 lainvalmistelukunnan ehdotuksella ja saman vuoden hallituksen esityksenä eduskunnalle. Lakivaliokunta antoi mietintönsä vuonna 1950, ja siihen liittyy korkeimman oikeuden vuonna 1949 antama lausunto valiokunnan jaoston laatimasta ehdotuksesta. Suuren valiokunnan mietintö on vuodelta 1951 ja samana vuonna eduskunta vahvisti lain.

[85] *Aarnio*, Perimysjärjestelyt maanomistusolojen kannalta s. 62.

[86] *Carlsson*, "Jag giver dig min dotter" s. 209.

[87] Ks. naisen asemasta perimyssäännösten valossa 1800-lukua edeltäneinä vuosisatoi-

ja tuon oikeuden suuruus riippui siitä, oliko eloonjäänyt puoliso mies- vai naispuolinen leski ja oliko kyse maalais- vai kaupunkioikeuden soveltamistilanteista.[88] Kaupunkioikeudessa naimaosan suuruus oli näet sukupuolesta riippumaton ja se kohdistui kaikkeen omaisuuteen. Maalaisoikeuden mukaan vaimon naimaosa oli pienempi, eikä omaisuuspiiriin laskettu kuuluvaksi perimysmaata ja ennen avioliittoa hankittua kiinteää omaisuutta.[89] Jos avioliitto oli lapseton, jäi sen purkautuessa perimysmaa suvun omaksi, eikä jälkeen elänyt puoliso voinut saada siihen oikeutta. Tämä oli pakottavaa oikeutta, josta ei voinut edes puolisoiden välisin sopimuksin poiketa - osaltaan tämä oli välttämätön keino perimysmaan suvussa pitämiseksi.[90]

Huomenlahjalla on vuosisatoja vanhat germaanis-oikeudelliset juuret, ja sen luonteesta on oikeuskirjallisuudessa ollut erilaisia tulkintoja. Yhden näkemyksen mukaan sen on ymmärretty olleen naisen naimaosan täydennys, jonka mies antoi vaimollensa hääyön jälkeisenä aamuna. Sen lopullinen saaminen kuitenkin edellytti, että mies kuolee ennen vaimoa ja kaupunkilaissa lisäehtona oli vielä se, ettei vaimolla saanut olla miehen lapsia.[91] Huomenlahjan voisi siten ymmärtää leskenavustuksen luonteisena. Toisten näkemysten mukaan huomenlahjalla on tarkoitettu palkita neitsyyden menetys. Tätä näkökantaa on perusteltu sillä, että lahja annettiin hääyön jälkeisenä aamuna. Näkökannan kanssa ristiriitainen ja huomenlahjan leskenavustus-luon-

---

na esimerkiksi *Aarnio*, Testamenttisäännösten kehityspiirteitä s. 71: "Alkuperäisessä germaanisessa oikeuskulttuurissa nainen oli kokonaan vailla perintöoikeutta. Seuraava kehitysvaihe oli perintöoikeuden antaminen isänsä kotiin palanneelle leskelle. Mutta varsin pitkään tämänkin jälkeen nainen oli sangen syrjityssä perintöoikeudellisessa asemassa.." Ks. myös *Klami*, Jus finnonicum s. 120 (Vammala 1981), jossa hän viittaa Hemmerin käsityksiin 1300-luvulla vallinneesta naisen asemasta ja toteaa, että "erinäisten asiakirjojen mukaan naisella näyttää olleen mahdollisuus periä kiinteää omaisuutta ainakin Länsi-Suomessa".

[88]Naimaosalla ei tarkoitettu samaa kuin nykyisillä avio-oikeussäännöksillä. Ks. *Pylkkänen*, Puoli vuodetta, lukot ja avaimet s. 317 ss., jossa kirjoittaja huomauttaa, että naimaosa ei ollut myöskään perintöä. Sen kautta leski sai nauttia oman avioliitonaikaisen työnsä tulokset.

[89]Ks. *Carlsson*, "Jag giver dig min dotter" s. 211. *Mahkonen*, Johdatus perheoikeuden historiaan s. 58, toteaa, että naimaosan tuottama taloudellinen turva oli liitynnässä siihen, mitä omaisuutta leski todellisuudessa itselleen sai. Leskinaiselle annettiinkin naimaosana yleensä irtainta omaisuutta.

[90]*Hällström*, Arvejordsinstitutet s. 260. Tältä kannalta Suomen oikeudessa ei ollut kehittynyt samanlaista "leskensuojaa" kuin Englannin jäämistöoikeudessa, jossa jo varhain tunnettiin leskenoikeudet jäämistöön kuuluvaan kiinteään omaisuuteen.

[91]*Carlsson*, "Jag giver dig min dotter" s. 212. Sääntö liittyi siihen ajatukseen, että lasten velvollisuutena oli huolehtia leskestä tämän puolison kuoltua.

netta puoltava tieto on, että se annettiin myös uudelleen avioituneille leskille.[92]

Otettiinpa huomenlahjan luonteeseen mikä tahansa kanta, instituution tarkastelussa tulee ottaa huomioon sen historiallisuus.[93] Se ei ollut lahja käsitteen modernissa merkityksessä: sen antaminenhan ei ollut vapaaehtoista vaan huomenlahjan suorittamisesta säädettiin lailla. Huomenlahjan tehtävätkin ovat aikaa myöten muuttuneet, koska sääty-yhteiskunnan aikana instituutiosta kehittyi jonkinlainen keinottelun kohde ja statussymboli, jonka suuruudella osoitettiin suvun rikkaus. Tästä syystä huomenlahjana saatettiin luovuttaa jopa tila tiluksineen. Tämän vuoksi maaomaisuuden pirstoutumisen ehkäisemiseksi lahjoille säädettiin maksimimääriä. Näitä rajoitussääntöjä rikottiin kuitenkin erityisesti aatelistoon kuuluneiden henkilöiden keskuudessa.[94]

Naimaosan lisäksi sekä mies- että naispuolinen leski olivat oikeutettuja etuosaan jakamattomasta pesästä. Oikeus kohdistui jäämistön irtaimistoon velkojen maksun jälkeen. Etuosan tarkoituksena oli taata leskeksi jääneiden elintason jonkinasteinen säilyminen, mutta se ei pienuutensa vuoksi tätä tarkoitustaan pystynyt täyttämään. Se vain lähinnä soi mahdollisuuden ottaa pesästä yksinomaan leskelle kuuluneet henkilökohtaiset tavarat.[95] Etuosana ryhdyttiin kuitenkin antamaan henkilökohtaisten tavaroiden lisäksi myös arvokkaampaa omaisuutta. Sen johdosta etuosan määrä nousi 1600-luvulla niin korkeaksi, että sillä saatettiin loukata velkojien ja perillisten oikeuksia. Siksi sille haluttiin asettaa ylärajaksi 1/20 osa pesän arvosta.[96]

Anu Pylkkänen on tehnyt tutkimustensa perusteella päätelmän, että vetosivatpa lesket mihin tahansa edellä mainituista oikeusinstituutioista, heidän saamansa omaisuus oli laadultaan jokseenkin samanlaista. Tässä oli tosin alueellisia eroja: "Leski ei tavallisesti saanut yhtä aikaa myötäjäisiä, huomenlahjaa ja naimaosaa, vaan yhden selvästi elatukseen tarvittavaa omaisuutta koskevan erän, jonka peruste vaihteli. Vaatimuksia saatettiin esittää, mutta ne eivät menestyneet. Jos ne tulivat oikeuden käsittelyyn, ne periaatteessa tunnustettiin, mutta sittenkin asianosaiset tekivät usein keskenään so-

[92]Tässäkin tapauksessa huomenlahjan täyttäminen edellytti "säädyllisyyttä". Säädyllisyyden vaatimusta vahventaa tieto, että jos vaimo oli uskoton, menetti hän myös oikeutensa huomenlahjaan. Ks. *Carlsson*, "Jag giver dig min dotter" s. 240.

[93]Huomenlahjaa koskevia säännöksiä on ollut olemassa jopa ennen vuosituhannen taitetta.

[94]Siitä, mitä omaisuutta huomenlahjana leskelle saatettiin antaa ks. *Carlsson*, "Jag giver dig min dotter" s. 217, 219 ss.

[95]*Mahkonen*, Johdatus perheoikeuden historiaan s. 57 ss. ja *Malmström*, Successionsrätt I s. 37.

[96]*Pylkkänen*, Puoli vuodetta, lukot ja avaimet s. 317.

pimuksen."[97]

Suomessa lesken oikeudellista asemaa alettiin parantaa 1800-luvulla. Säätyvaltiopäivillä esitettiin 1860-luvulla lesken aseman parantamista ja aikaan saatiin avioehto- ja pesäerosäännösten uudistaminen (1868) sekä puolisoiden kesken yhtäläiset naima- ja perintöosuudet (1878).[98] Jos edellä mainittujen uudistusten virikkeet tulivat Ruotsista puolen vuosisadan viiveellä ja perustuivat enemmän yhdenvertaisuuteen, niin tulevien vuosikymmenten ehdotukset puolisoiden tasaveroistamisesta perhe- ja perintöoikeudessa pohjautuivat enemmän naisasialiikkeen organisoitumiseen ja yhteiskunnalliseen esiinmarssiin. Suomalaisessa oikeuskirjallisuudessa on esitetty mielipide, jonka mukaan Englannissa puolisoiden tasaveroistamiseksi toteutettu uudistus oli säätyjen tiedossa Suomessa. Siksi samoihin aikoihin täälläkin ensimmäisen kerran esitettiin ajatus puolisoiden taloudellisesta itsenäisyydestä aviovarallisuusjärjestelmän kulmakivenä.

Lopulta uudistusvaatimukset johtivat aviopuolisoiden omaisuus- ja velkasuhteita koskevan lain voimaansaattamiseen vuonna 1890. Siinä parannettiin vaimon oikeutta hallita työansioitaan sekä tehdä avioehtosopimus. Lain voimaan saattamisen aikaiset yhteiskunnalliset olot jättivät uudistuksen käytännössä melko merkityksettömäksi ja se olikin pettymys monille tahoille. Lailla oli naisen aseman myöhemmän kehityksen kannalta kuitenkin se merkitys, että vaatimukset aviovaimon oikeudellisen aseman parantamiseksi kiihtyivät ja tällä vuosisadalla tehdyt puolisoiden aseman lopullisesti tasa-arvoistavat perhe- ja perintöoikeudelliset säännökset tulivat mahdollisiksi.[99]

Tälle vuosisadalle tultaessa edellä mainituista uudistuksista huolimatta oli vallalla se ajatus, että koska avioliitto ei perustanut verisiteitä, ei sen tullut tuottaa leskelle perillisen asemaakaan. Tämä ajattelumalli säilyi Suomessa vuoteen 1965. Käytännössä eloonjääneen puolison asema ei ole aina ollut vain lakimääräisten perimyssäännösten varassa, koska keskinäistä tes-

---

[97]Puoli vuodetta, lukot ja avaimet s. 329 ss. Ks. siitä, minkä perusteella lesket vaativat pesäosuuksiansa eri alueilla ja miten käytännöt niiden suhteen vaihtelivat s. 318-329.

[98]Ks. *Kankaan*, Omaisuuden yhteisyydestä omaisuuden erillisyyteen s. 18-28, esitys yhtäläiseen naimaoikeuteen ja perintöoikeuteen vuonna 1878 johtaneista ehdotuksista ja säätyjen sitä kohtaan tuntemista asenteista. Koska huomenlahjalla oli ollut merkitystä myös naimaosien erisuhtaisuuden tasoittajana puolisoiden välillä, katsottiin sen tulleen tarpeettomaksi siinä vaiheessa, kun naimaosat vuoden 1878 asetuksella yhtenäistettiin.

[99]*Mahkonen*, Johdatus perheoikeuden historiaan s. 69 ss, haluaa muistuttaa, että "syyllistyisimme virhearviointiin, mikäli naisen aseman kohentuminen luettaisiin vain naisasialiikkeen ansioksi." Vrt. *Kangas*, Omaisuuden yhteisyydestä omaisuuden erillisyyteen s. 32.

tamenttia on tällä vuosisadalla vakiintuneesti käytetty lainsäädäntöön jääneiden puutteiden korjaamiseen.[100]

2.8. Katsaus nykyisyyteen

Uuden PK:n säätämiseen asti jäämistöoikeus oli Englannin oikeuden tapaan erillislakien varassa. Perintöoikeuden kokonaisuus koostui vuoden 1734 perintökaaresta, vuoden 1868 perinnönluovutusasetuksesta, vuoden 1889 puolisoiden omaisuus- ja velkasuhteita koskevasta laista, vuoden 1951 lakiosasäännöstöstä ja joukosta muita oikeusohjeita. Vuoden 1965 PK:ssa jäämistön jakosäännökset keskitettiin yhteen lakiin. Suomen jäämistöoikeus ei siten oikeuslähdeopillisesti konkreettisesti jakaudu lakimääräistä perimystä säänteleviin ja testamentaarista perimystä säänteleviin lähteisiin.

Perintökaarta on voimaantulonsa jälkeen uudistettu, mutta suomalaiseen tapaan siihen ei ole käytetty erillislakeja, vaan niistä tärkeimmätkin - eli lesken jäämistöoikeudellista suojajärjestelmää ja maatilaperimystä koskeneet säännökset - on sijoitettu PK:een (lukuihin 3 ja 25). Näiden uudistusten myötä jäämistöoikeutta koskevat systemaattiset peruskysymykset on tullut asetettaa uudelleen. Jäämistöoikeudellinen kokonaisuus muuttui enemmän kuin mitä pintatasoinen, yksittäisten säännösten tarkastelu antaisi ymmärtää. Lesken asemaa ja maatilaperimystä koskeneet uudistukset eivät siten rajoittuneet vain uudistettuihin lukuihin vaan vaikuttivat myös muissa luvuissa käsiteltyjen instituutioiden sisältöön. Lainsoveltajan on tullut oppia tarkastelemaan asioita uusista näkökulmista ja sovittamaan vanhoja periaatteita yhteen uusien kanssa.

Tätä asioiden uudenkaltaisen hahmottamisen tarvetta kuvaa hyvin oikeuskirjallisuudessa esitetty lausuma: "Mitä kehittyneempi jäämistölainsäädäntö on, sitä vaikeammaksi uuden osasäännöstön sovittaminen vanhaan systeemiin muodostuu."[101] Tämä osoittaa jälleen myös sen, miten systemaattisten perusperiaatteiden esiinpelkistäminen oikeusvertailevissa tutkimuksissa on niiden onnistumisen ehdottomana edellytyksenä.

---

[100] *Sundberg*, Nordic Laws s. 43. Ks. *Matti Ylöstalon* selvitys siitä, miten usein puolisot laativat testamentin toistensa hyväksi vuosina 1950-1962. Selvitys on julkaistu teoksessa Festskrift til professor, dr. juris O.A.Borum 30. juli 1964 (Köbenhavn 1964) nimellä Om inbördes testamente enligt finskt rätt (s. 543-552). *Ylöstalon* lopputulos oli, että keskinäisten testamenttien osuus kaikista tuolloin tehdyistä jälkisäädöksistä oli 57 %. Myöhemmät tutkimukset osoittavat keskinäisen testamentin yhä säilyneen tärkeänä testamenttimuotona, vaikkakin PK 3 luvun lesken turvajärjestelmän säätäminen niiden tarvetta vähensikin.

[101] *Saarenpää*, Perintö ja jäämistö s. 228.

3. Tarkennettu kysymyksenasettelu - vertailumittarien täsmentäminen

Jäämistöoikeutta koskevien vertailumittarien asettamiseen liittyy ongelmia, jotka aiheutuvat merkittävässä määrin siitä, että oikeusjärjestykset eivät rakennu käsitteelliselle yhtenevyydelle. Oikeusvertailevia tutkimuksia ei voi siksi rajata oikeuskielen tasolle, vaan tutkimuksissa on huomioitava ne oikeusjärjestelmän tasoiset elementit, jotka kertovat kussakin oikeuskulttuurissa voimassa olevan oikeuden sisällöstä toimivana säännösjärjestelmänä. Tämä tarkoittaa, että vertailumittarien asettamisessa on katsottava oikeuskielen syntaktisten ja semanttisten elementtien taakse.[102] Esimerkiksi Suomen ja Englannin jäämistöoikeutta verratessa ei voi kysyä, mikä on pesänselvittäjien oikeudellinen asema, koska Englannin systeemin tultua läpikahlatuksi päädyttäisiin siihen, ettei siellä ole lainkaan mainittua instituutiota - pesänselvitys on siellä näet terminologisesti tuntematon.[103]

Historiallisen katsauksen valossa on käynyt ilmeiseksi, että periytymistä koskevien säännösten kehityksen kannalta sekä Suomen että Englannin oikeusjärjestelmässä merkittävimpiä tekijöitä ovat olleet maaomaisuuden periytyminen, testamentaarisen ja lakimääräisen perimyksen välisen balanssin löytäminen sekä lesken asema. Kahden viimeksi mainitun perusteella olen asettanut konkreettisen vertailujakson kaksi ensimmäistä vertailumittaria: 1. Mikä on eloonjääneen puolison asema lakimääräisten perimyssääntöjen mukaan ja 2. Mikä on testamenttausvapauden asema ja millä tavalla sitä on rajoitettu ?[104]

Kolmannen vertailumittarin asettamisessa olen halunnut kiinnittää huo-

---

[102]*Zweigert-Kötz*, An Introduction to Comparative Law s. 31. Ks. *Pöyhönen*, Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu s. 9, joka puhuu yhtenäisyysavaimesta. Sillä hän tarkoittaa seikkoja, jotka tekevät oikeusjärjestelmistä riittävän samankaltaisia tietystä näkökulmasta tehtävää yhtäaikaista tarkastelua varten.

[103]Toinen esimerkki terminologisesta harhaanjohtavuudesta on Englannin oikeuden tuntema "statutory legacy". Sen suomentaminen legaatiksi - ilman käsitteen selittämistä - synnyttää lukijassa väärän mielteen, koska termi ei liity testamentaariseen vaan lakimääräiseen perimykseen ja lesken asemaan jäämistössä. Ks. termin "statutory legacy" määritelmästä lisää myöhemmästä luvusta 4.2.

[104]Terminologisena täsmennyksenä kerrottakoon, että Englannin jäämistöoikeudessa sellaisia henkilöitä, jotka eivät ole tehneet omaisuudestaan tehokasta testamenttia, sanotaan kuolleen intestate (latinaksi intestatus). Silloin, kun perittävä on määrännyt omaisuudestaan jälkisäädöksellä, sanotaan hänen kuolleen testate (latinaksi testatus). Miespuolisesta testaattorista voidaan käyttää nimitystä testator ja naispuolisesta testatrix. Testamentin tehneestä henkilöstä saatetaan käyttää nimitystä testator hänen sukupuolestaan riippumatta, mutta tätäkään käytäntöä ei voi yleistää pääsäännöksi.

miota Englannin oikeuden erilaiseen rakenteeseen; sen erilaiseen kehityshistoriaan ja tähän liittyvään perimystä koskevaan erityispiirteeseen eli oikeudenalalle tyypilliseen equity-välitteiseen liityntään varallisuusoikeuteen. Perittävän kuoltua jäämistön omaisuuden selvittämiseen ja perinnönjakoon ei sovelleta mannereurooppalaisia perusperiaatteita ja oikeusinsituutioita. Voi jopa sanoa, että käsite perillinen on Englannissa sen vuoksi mannereurooppalaisessa merkityksessä tuntematon. Siksi tämä on myös jäämistöoikeudellinen osa-alue, jonka tarkastelun kautta käy konkreettisimmin ilmi, miten erilaisten rakenteiden varaan englantilainen ja suomalainen perimys pohjautuu. Kolmanneksi vertailumittariksi olen siksi asettanut kysymyksen siitä, millä tavalla perittävän omaisuus siirtyy jako-osuuteen oikeutetuille ja mitkä ovat tuota siirtymää koskevat menettelylliset perusperiaatteet.[105]

> Koska jäämistöoikeudellisissa oikeusvertailevissa tutkimuksissa verotusta ei voi kokonaan sivuuttaa, olen ottanut erilaisia perimyksen muotoja koskevia veronäkökohtia esille sekä liitynnässä muihin perimysoikeudellisiin kysymyksiin että itsenäisesti, omassa luvussaan.

Maatilaperimyksen tulen jättämään vertailun ulkopuolelle. Sen mukaanotto olisi näet paisuttanut vertailuosion laajuutta, vaikkei olisi nähdäkseni tuonut mitään uutta lopullisiin oikeusvertailun teoriaa koskeviin johtopäätöksiin. Toisaalta tätä rajausta puoltaa se, että maaomaisuus ei ole enää sellaisen systematisointiavaimen asemessa, että englantilaisen tai suomalaisen perimysjärjestelmän tarkastelun tulisi rakentua lähtökohtaisesti sen varaan.[106]

---

[105]Sen sijaan muut prosessuaaliset kysymykset olen jättänyt lähes kokonaan tämän tutkimuksen ulkopuolelle. Prosessuaalisilla kysymyksillä viittaan tässä eri tuomioinstansseissa tarvittaviin asiakirjoihin ja muihin menettelymuotoihin sekä valitusteihin yms.

[106]*Heikki Mattila* vertaili väitöskirjassaan Les successions agricoles et la structure de la société maatilaperimysjärjestelmiä Suomessa ja Puolassa. Hän suoritti vertailunsa erillisten sääntelykysymysten ja niihin vastaamisen pohjalta - tertium comparationis oli hänen tutkimuksessaan valittu ongelmakeskeisesti (ks. s. 64 ss). Jännittävä ero *Mattilan* tekemässä ja omassa tutkimuksessani on se, että minä etsin vastausta siihen, kuinka asetettuihin tutkimusongelmiin voi löytää vierasta oikeusjärjestystä koskevat oikeasuhtaiset vastaukset, kun Mattila puolestaan sivuutti mainitun oikeusvertailua koskevan teoreettisen lähestymistavan. Häntä kiinnosti konkreettinen kysymys siitä, voiko vieraan oikeuden säännöksillä olla käyttöä oman oikeuden lainsäädäntöreformeissa. Ks. maatilaperimystä koskevista oikeusvertailevista tutkimuksista myös *Mattilan* kääntämä artikkeli *Lichorowicz*, Testamenttausvapaus ja maatilaperimys Länsi-Euroopan maiden lainsäädännössä (Maaseutuoikeuden seura ry 1/91 s. 40-58). Englantilaisesta maatilaperimyksestä kiinnostuneelle lähtökohtaiset viitteet löytyvät esimerkiksi *Sawyerin* teoksesta Principles of Succession, Wills and Probate s. 32.

4. Lesken asema

4.1. Perintökaaren leskensuojajärjestelmä

4.1.1. Aluksi

Vuoden 1965 perintökaaren lainvalmistelussa näkökulma oli oikeuden sisäinen. Tavoiteltiin lainsäädäntöteknisesti korkealuokkaista perintösäännöstöä, jota kuvasivat ne lukuisat sisällöltään toisistaan eronneet ehdotukset, jotka lainsäädäntöprosessin aikana näkivät päivänvalon.[107] *Rauno Halttusen* mielestä PK:n valmistelu tehtiin perinteellisessä hengessä siten, että ongelmat nähtiin puhtaasti juridisina ja teknisinä. Keskustelua tavoitteista käytiin perillispiirin määrittelyn yhteydessä hyvin vähän. Omaisuuden siirtymistä ajatellen operoitiin moraalisilla näkökohdilla ja käytetyt moraalikriteerit olivat yksinkertaisimmat mahdolliset - oikeudenmukaisuutta mitattiin ainostaan väliintulevien syntymien lukumäärällä.[108] Muutenkin PK:n sopimisesta sen voimaantulon aikaiseen yhteiskunnalliseen ilmastoon on todettu, että se ei ottanut huomioon kuluvan vuosisadan aikana tapahtunutta pääasiassa voimakkaan teollistumisen aikaansaamaa yhteiskunnallista kehitystä eikä esimerkiksi sen mukanaan tuomia uusia omaisuusmuotoja.

Uudessa PK:ssa perhe- ja sukusiteiden rajat vedetään muodollisesti, jäykiksi tarkoitetuin säännöin. Perilliset määräytyvät siten ilman yksittäistapauksellista analysointia. Perillispiirin rajaaminen ei ole tulkinnallinen kysymys vaan jako tapahtuu parenteeliperiaatteen mukaisesti, mutta enää se ei ulotu niin kaukaisiin perillisiin kuin vuoden 1734 laissa. Uuden PK:n perinnönjakojärjestyksestä on haluttu sulkea pois ns. nauravat perilliset, joita on kuvattu perittävän niin kaukaisiksi sukulaisiksi, ettei perittävän kuolema voinut synkistyttää niitä ilontunteita, joita hänen omaisuutensa saaminen oli omiaan synnyttämään.[109] Ruotsalaisessa kirjallisuudessa on todettu, että jäämistöoikeudellinen kehitys osoittaa, miten sukuperimystä on halut-

[107] *Kangas*, Lesken oikeudellinen asema s. 33, huomauttaa PK:n valmistelun kestäneen tuskastuttavan kauan ja tuon prosessin kuluessa valmistuneet ehdotukset saattoivat poiketa hyvinkin paljon toisistaan, jonka vuoksi niiden arvo ei ole ristiriidaton lain tulkinnallisena apukeinona. Samoin *Saarenpää* Tasajaon periaate s. 145 sekä *Lohi*, Vastuu vainajan velasta I s. 14-17.

[108] *Halttunen*, Perimysoikeuden laajuudesta s. 200.

[109] Nauravat perilliset on yleismaailmallinen termi, josta ks. esimerkiksi *Cavers*, Change in the American Family and the Laughing "Heir" (Iowa LR 1934-35 s. 208).

tu supistaa siltä osin kuin tosiasiallinen yhteenkuuluvuus on kadonnut. Samanaikaisesti eloonjääneen puolison asemaa on vahvistettu, joten lainsäätäjä näyttääkin keskittäneen jäämistöoikeudellisen suojan ns. ydinperheen ympärille.[110] Valtion (oikeudesta jäämistöön säätävän luvun) luovutusoikeus ja eloonjääneen puolison perimysoikeus ovat merkkejä siitä, miten sosiaalinen läheisyys on sukulaisuuden ohella päässyt jossakin määrin vaikuttamaan PK:n materiaalisten säännösten sisältöön.

Melko pian PK:n säätämisen jälkeen sen jakosäännöksiin ryhdyttiin esittämään muutoksia. Nyt perintölainsäädännölle asetettiin selkeät sisällölliset tavoitteet, joille lainsäädäntötekniikka alistettiin.[111] 1970-luvun alussa tehtiin sosiaalipoliittisesti värittyneitä tutkimuksia jäämistötilanteista, joista kävi selville, miten miesten ja naisten keskimääräiset eliniät heijastuivat perimystilanteisiin niin, että naisleskien määrä oli suurempi. Ja koska tuolloin lesken oikeus jäämistöön oli lapsien olemassa ollessa hyvin rajoitettu, ehdotettiin näiden tutkimusten yhteydessä, että eloonjääneelle puolisolle tulisi antaa riittävän turvattu asema.[112] Ehdotukset koottiin perintöoikeuskomitean mietintöön, ja ne saatiin toteutetuiksi myöhemmässä lainvalmistelussa.[113] Uudistusehdotusten mukaisesti säädettiin PK 3 luvun mukainen leskensuojajärjestelmä. Samoin 1980-luvulla säädettiin PK 25 luku, jolla tilanpidon jatkaminen pyrittiin maatilojen jaossa mahdollisimman suuressa määrin turvaamaan.[114]

4.1.2. Leskensuojan sisältö

Perittävän kuolema vaikuttaa lesken oikeudelliseen asemaan ensisijaisesti aviovarallisuussäännöstön kautta. Suomalaisessa avioliittolaissa on toteutettu omaisuuden erillisyyden periaate eli avioliiton kestäessä kumpikin puolisoista omistaa oman omaisuutensa ja kumpikin myös vastaa itsenäisesti tekemistään veloista. Omaisuuden erillisyyttä ei ole kuitenkaan katsottu

[110] *Malmström*, Successionsrätt I s. 19.

[111] *Kangas*, Perinnöt ja testamentit s. 1 ss.

[112] *Halttunen*, Perimysoikeuden laajuudesta s. 197 ss. sekä s. 212, 230. Vain 8 prosentissa tutkittuja tapauksia avioliitossa ollut perittävä oli lapseton. Tällöin lesken ainoa mahdollinen suoja oli PK 8:2:n mukainen avustussäännös, joka oli harkinnanvaraisuutensa vuoksi kuitenkin epävarma suojamuoto.

[113] Perintöoikeuskomitean mietintö 1975:84. *Kangas*, Perinnöt ja testamentit s. 31 (alaviite 34).

[114] Lisäksi PK 8 lukuun (avustussäännösten yhteyteen) lisättiin sosiaalisviritteinen sääntö perittävän hyväksi tehdyn työn korvaamisesta tämän kuoleman jälkeen (työhyvitys). Ks. työhyvityksestä myöhempi luku 5.1.3.

kohtuulliseksi viedä loppuun asti, koska se tarkoittaisi käytännössä, että kumpikin puoliso saisi määrätä omasta omaisuudestaan täysin vapaasti - myös perheen asunnosta ja koti-irtaimistosta - ja kumpikin saisi pitää omansa pitkänkin avioliiton purkautessa, jolloin toinen heistä voisi jäädä puille paljaille. Sen vuoksi kehitettiin avio-oikeus, joka on oikeutta toisen puolison omaisuuteen, mutta joka konkretisoituu vasta puolison kuoleman tai avioeron johdosta käynnistyneessä osituksessa. Jollei avioehdolla ole toisin määrätty, kumpikin puolisoista on sen mukaan oikeutettu saamaan osituksessa puolet puolisoiden avio-oikeuden alaisten omaisuuksien yhteenlasketusta säästöstä.

PK:n mukaan leski saa perillisaseman vain silloin, kun perittävältä ei jäänyt rintaperillisiä. Leskensuojasäännöstö kehitettiin näiden ohelle sellaiseksi turvamuodoksi, jonka soveltamiseen eivät vaikuta avio-oikeuden poissulkeminen tai lasten perillisasema. Vaikka avio-oikeuden estävä avioehto olisi ollutkin olemassa ja vaikka leski ei olisikaan perillisasemassa, voi hän pitää jäämistön jakamattomana hallinnassaan, jos perittävä kuoli 1.9.1983 tai myöhemmin. Lesken elinaikana muilla kuin itse leskellä, ensiksi kuolleen puolison rintaperillisillä tai testamentinsaajalla ei ole oikeutta vaatia perinnönjakoa.[115] Jos jako tulee toimitettavaksi, sovelletaan PK 3:1a.2:n suojasääntöä, jolla on haluttu löytää tasapainotila lesken suojaamisen sekä rintaperillisten ja yleistestamentinsaajien oikeuksien välille.[116] Leskellä on siten jakovaateesta huolimatta oikeus pitää jakamattomana hallinnassaan puolisoiden yhteisenä kotina käytetty tai muu jäämistöön kuuluva, eloonjääneen puolison kodiksi sopiva asunto, jollei kodiksi sopivaa asuntoa sisälly eloonjääneen puolison omaan varallisuuteen. Yhteisessä kodissa oleva tavanmukainen asuntoirtaimisto on niin ikään aina jätettävä eloonjääneen puolison hallintaan. Jos leski omistaa kodikseen sopivan asunnon, ei hän voi vaatia leskensuojasäännöstön soveltamista muun kuin tavallisen asuntoirtaimiston osalta. Siihen vastaaminen, onko lesken varallisuuteen kuuluva asunto hänen kodikseen sopiva, vaatii harkintaa, jossa tulisi erottaa seuraavat neljä näkökulmaa: koko-, sijainti-, mukavuus- ja asumistyyppikriteerit.[117]

---

[115] *Kangas*, Puolison oikeudesta hallita jäämistöä jakamattomana PK 3 luvun nojalla s. 731.

[116] *Saarenpää*, Perintö ja jäämistö s. 70 alaviite 170, huomauttaa, että asumissuojasta ja asuntoirtaimiston suojasta oikeuskirjallisuudessa käytetty nimitys vähimmäissuoja ei vastaa järjestelmän rakennetta, koska PK 8:2 toimii vähimmäissuojana. PK 8 luvun avustuksista ks. myöhempi luku 5.1.3.

[117] *Kangas*, Puolison oikeudesta hallita jäämistöä jakamattomana PK 3 luvun nojalla s. 731. Huomaa, että aukkotilanteet on pyritty välttämään sisällyttämällä lesken asumisoike-

Jos leski on mahdollisesti menettänyt perintöoikeutensa tai oikeuden pitää jäämistön jakamattomana hallinnassaan PK 3:7:n nojalla, voidaan harkita sovellettavaksi PK 8:2:n mukaista avustussäännöstä. Avustusta voidaan myöntää myös niissä tilanteissa, kun leski ei jäämistösääntöjen nojalla voi saada toimeentuloaan varten riittävää suojaa esimerkiksi PK 25 luvun eli maatilasäännösten soveltamisen vuoksi tai siksi, että jäämistöön kuulunut asunto on myyty perittävän velkojen maksamiseksi. Tämä leskeä koskeva avustussäännös - jota *Saarenpää* on kutsunut myös lesken elämisen laadun suojaksi - mahdollistaa leskelle annettavaksi kertakaikkisena eränä rahaa tai tietyn omaisuusobjektin joko käyttö- tai omistusoikeudella.[118]

Jos perittävällä ei ollut ensimmäiseen parenteeliin kuuluvia rintaperillisiä, saa eloonjäänyt puoliso perillisaseman (PK 3:1). Ensiksi kuolleen puolison toissijaiset perilliset ovat lesken kuolinpesän osakkaita, vaikka he teknisesti ovatkin ensiksi kuolleen puolison perillisiä. Siksi ensiksi kuolleen puolison vanhemmat, sisarukset tai näiden jälkeläiset voivat vaatia jakoa vasta leskenkin kuoltua. Lopullisesti toissijaisten perillisten piiri määräytyykin vasta jälkeen eläneen puolison kuollessa - koko omaisuus saattaa siksi päätyä lesken sukuun. Toisaalta, jos leski on kuollut 1.9.1983 tai myöhemmin perillisettä, menee hänen osuutensa kokonaisuudessaan ensin kuolleen puolison toissijaisille perillisille.[119]

Oikeuskirjallisuuden mukaan leskellä on ositusvaade AL 85 §:n nojalla. Omaisuuden ositusta ei ole pidetty välttämättömänä, mutta sen toimittaminen saattaa olla järkevää, koska omaan osuuteensa nähden leski saa täyden määräämisvallan, kun taas siitä omaisuudesta, joka on tuleva toissijaisille perillisille, ei leski voi tehdä testamenttia. Muutenkin hänen toimimisvaltuutensa muistuttavat niitä oikeuksia, jotka rajoitettu omistusoikeustestamentti saajalleen tuottaa.[120] Hän saa kuitenkin kiinnittää kaikkea hallinnassaan olevaa omaisuutta, pantata sitä sekä luovuttaa sitä vastiketta vastaan tai ilman. Sa-

---

utta koskevia sääntöjä myös huoneenvuokralakiin. Lesken PK 3 luvun mukaista suojaa ei kuitenkaan sivuuta se, että hänen nimissään on vuokra-asunto.

[118]Jos leski tai kihlakumppani on perittävän kuollessa nuori, niin ei voi olettaa, että avustusta myönnettäisiin hänen koko loppuelämänsä ajaksi. Avustusta myönnetään tällöin yleensä ns. ylimenokaudeksi, joka riittää turvaamaan hänen toimeentulonsa siksi, kunnes hän itse kykenee huolehtimaan omista elinkustannuksistaan. Avustussäännösten, niin yllä mainitun kuin muidenkin PK 8 luvun sisältämien avustusten, sisältö ja soveltamistilanteet muuttuvat sen mukaisesti, miten sosiaaliturva yhteiskunnassa muuten kehittyy. Ks. *Saarenpää*, Tasajaon periaate s. 437.

[119]Mainittua ajankohtaa aikaisemmin perillisettä kuolleen lesken osuus menee valtiolle.

[120]*Aarnio-Kangas*, Suomen jäämistöoikeus I s. 544.

mat oikeudet koskevat myös kiinteää omaisuutta. Nämä oikeudet hänellä on uudestakin avioliitosta huolimatta.[121]

Mielenkiintoisena tätä oikeuskirjallisuuden kantaa vasten on pidettävä korkeimman oikeuden ratkaisua 1997:107, jossa katsottiin - äänin 3-2 - että leski ei voi pätevällä tavalla toimituttaa omaisuuden ositusta ensiksi kuolleen puolison kuoleman jälkeen, jos hän on perinyt tämän PK 3:1:n nojalla. Kanta merkitsee, että leski ei voi käyttää hyväkseen oikeutta olla luovuttamatta tasinkoa ensiksi kuolleen puolison perillisille. Vaikka ratkaisu tehtiin äänestyksen jälkeen, on *Urpo Kankaan* mukaan todennäköistä, että korkein oikeus tulee vastaisuudessakin noudattamaan tässä asiassa valitsemaansa linjaa, ja että sillä on vahingollisia seuraamuksia koko jäämistöjärjestelmän kannalta. Siksi vastuu oikeustilan selkiinnyttämisestä siirtyy nyt lainsäätäjälle.[122]

4.2. Lesken asema englantilaisessa jäämistöjärjestelmässä

4.2.1. Leski lakimääräisen perimysjärjestyksen valossa

Lakimääräisestä perimysjärjestyksestä säätää Administration of Estates Actin (AEA) 46. pykälä, joka asettaa lesken jäämistössä ensisijaisen edunsaajan asemaan. Hän on oikeutettu 125 000 punnan arvoiseen jako-osuuteen silloin, kun perittävällä oli lapsia. Jos jäämistön arvo ei ole tätä suurempi, leski jää myös sen ainoaksi edunsaajaksi.[123] Tätä lesken ehdotonta jako-osuutta kutsutaan lakimääräiseksi legaatiksi (statutory legacy).[124] Jos perittävällä

[121]Pesänjaossa intressitahojen suhteellisiin jako-osuuksiin voi kuitenkin tulla tehtäväksi PK 3:3:n vastikesääntöjen mukaisia korjauksia, jos leski on lahjalla tai lahjanluontoisella oikeustoimella vähentänyt ensiksi kuolleen puolison toissijaisille perillisille kuuluvaa osuutta.

[122]*Kankaan* oikeustapauskommentti Puolison perintöoikeus ja omaisuuden ositus (Advokaatti 6/97 s. 15). *Timonen* ehdottaa samaa tapausta kommentoidessaan (Oikeuskehitys 9/97 s. 135 ss.) lainmuutosta, joka "mahdollistaisi osituksen toimittamisen puhtaasti sukujen välistä perinnönjakoa ennakoivana toimenpiteenä."

[123]Vuosien saatossa lesken saannon määrää on säännöllisesti korotettu. Viimeisin korotus koskee niitä kuolintapauksia, joissa perittävä menehtyi 1.12.1993 jälkeen - Family Provision (Intestate Succession) Order 1993, S.I.1993/2906. Korottamispäätöksen tekee lordikansleri, josta ks. Family Provision Act 1966 pykälä 1.

[124]Käsitteiden selkeyttämiseksi todettakoon, että suomalaisessa järjestelmässä legaatilla tarkoitetaan testamentissa olevaa erityismääräystä. Tässä tutkimuksessa Englannin oikeuden yhteydessä mainitulla legaatilla viitataan lesken ehdottomaan jäämistöetuuteen lakimääräisten perimyssääntöjen mukaan. Testamenttiin sisällytettyä erityismääräystä ei Englannissa säännönmukaisesti kutsuta legaatiksi. *Rossdale*, Probate and the Administration

ei ollut lainkaan lapsia, nousee lesken legaatti 200 000 puntaan. Leskelle kuuluvan legaatin suuruuden selittää, että se on haluttu asettaa niin suureksi, että se riittää turvaamaan hänelle elinkelpoisen asunnon.[125]

Jos perittävällä oli lapsia, saa leski 125 000 punnan arvoisen legaattinsa lisäksi henkilökohtaisen koti-irtaimiston (personal chattels) haltuunsa. Koti-irtaimistolla tarkoitetaan tässä yhteydessä niitä omaisuusesineitä, jotka on joko lueteltu AEA:n pykälässä 55(1)(x) tai joiden muuten katsotaan olevan nimenomaan henkilökohtaiseen käyttöön tarkoitettuja (articles of personal use). Säännöksessä omaksuttu lakitekninen ratkaisu onkin PK 3 lukuun verrattuna kiintoisa. AEA:n säännöksessä on näet lueteltu hyvin yksityiskohtaisesti esineitä, joiden katsotaan kuuluvan säännöksen soveltamispiiriin. Osan niistä voisi ilman nimenomaista mainintaakin ymmärtää kuuluvaksi käsitteen "personal chattels" alaisuuteen (kuten säännöksessä mainitut "books, pictures, prints, furniture, wines, liquors" jne). Toisaalta säännökseen on sisällytetty avoimempi termi "articles of household or personal use". Lainsäätäjän ratkaisuna on ollut yhdistää samassa lainkohdassa yksityiskohtainen - siis perinteinen englantilainen - lain sanamuoto sekä joustavan säännöksen sanamuoto.[126]

Koska personal chattels -termi on osin merkitykseltään avoin, on sitä tullut täsmentää oikeuskäytännössä. Ennakkotapaukset ovat termin merkityssisällön kannalta välttämättömiä informaatiolähteitä silloin, kun uusissa tapauksissa ilmenee tulkinnallisia ongelmia.[127] Oikeuskäytännöstä ilmenee

of Estates s. 13, selventää: "Strictly a gift of personalty is a bequest to a legatee, and a gift of a freehold is a devise to a devisee.." Hän toteaa myös, että nämä kaksi termiä menevät tuomareiltakin välillä sekaisin, kuten esimerkiksi tapauksessa Re Bailey [1945] Ch 191. Ks. kuitenkin *Sawyer*, Principles of Succession, Wills and Probate s. 197, jossa kirjoittaja viittaa erilaisiin testamentissa tehtyihin määräyksiin termeillä "gift" ja "legacy". Hän tekee s. 197 ss. erottelun: specific, general, demonstrative & residuary legacies. Sivuilla 199-201 selitetään edellä jo mainittu "devise", joka on "the gift by will of real proterty" sekä "residuary gifts", jonka määritelmä on "whatever remains after all the debts and liabilities have been cleared and the legacies and devices paid out". Eri testamenttimääräyksillä on erilaisia oikeudellisia vaikutuksia esimerkiksi korko-oikeuden suhteen, mutta tässä ei ole mahdollisuuksia ryhtyä näitä vivahteita yksityiskohtaisesti selventämään.

[125]*Cretney*, Reform of Intestacy, alaviite 44. Legaattisumman korotukset on *Cretneyn* mielestä nähtävä asuntomarkkinoiden taustaa vasten. Hinnat tosin vaihtelevat eri osissa maata, mikä vaikeuttaa yleistämistä.

[126]AEA:n koti-irtaimistoa koskevaa säännöstä on kritisoitu oikeuskirjallisuudessa sekä oikeuskäytännössä. Esimerkiksi tapauksessa Re Reynolds Will Trusts [1966] 1 WLR 19 sitä kutsuttiin "oudoksi kokoelmaksi" termejä.

[127]Tapaukset, joihin termin määrittelemiseksi viitataan, eivät aina välttämättä koske lakimääräistä perimystä. Analogiaa voidaan vetää esimerkiksi testamentin tulkintaa koskeneista tapauksista: tästä esimerkkinä Re Collins [1971] 1 WLR 37.

se nyrkkisääntö, että lainkohdassa on tarkoitettu ainoastaan sellaisia esineitä, jotka voi löytää keskivertokansalaisen kodista. Tavaran arvo ei ole aina ratkaiseva, vaan käyttötarkoitus.[128] Oikeuskäytäntöä tutkimalla selviää myös se, mitä esineitä ei missään tapauksessa voi - käyttötarkoituksestaan riippumatta - pitää koti-irtaimistona.[129] Yksiselitteistä lienee, että määritelmän piiriin eivät koskaan sisälly pääasiallisesti liikkeenomaisesti käytettävät tavarat, vaikka niitä säilytettäisiinkin kotona. Raha ei myöskään voi kuulua säännöksen tarkoittamassa mielessä koti-irtaimiston piiriin.[130]

Kun koti-irtaimisto ja lesken legaatti on vähennetty jäämistöstä, jaetaan loppuomaisuus kahteen samanarvoiseen osaan, joista toinen annetaan perittävän lapsille yhtäläisin omistusosuuksin.[131] Loppuosaan lapset saavat ns. odotusoikeuden, joka realisoituu lesken kuoltua. Elinaikanaan leskellä on näet toiseen puolikkaaseen elinaikainen oikeus (life interest), joka tarkoittaa, että hän on oikeutettu omaisuudesta kertyvään tuottoon, muttei pääomaan.[132] Tämä oikeus voidaan myös kapitalisoida.[133] Jos perittävä oli lapseton, muuttuu lesken elinaikainen oikeus tuottoon ehdottomaksi omistusoikeudeksi. Tällöin lesken ohella perillisasemaan pääsevät näet vainajan vanhemmat tai sisarukset (tai näiden jälkeläiset).

Kun perittävä on kuollut vuoden 1996 jälkeen, on lesken tullut pysyä hengissä vähintään 28 päivää puolisonsa kuolemasta laskettuna tai muutoin perittävän jäämistö jaetaan niin kuin leski olisi kuollut ennen perittävää.[134] Sellaisissa ennen vuotta 1996 tapahtuneissa kuolintapauksissa, joissa ei ehdottomasti tiedetty, kumpi puolisoista menehtyi aiemmin, ei kummallekaan heistä katsottu syntyneen hetkeksikään leskelle kuuluvaa perillisasemaa. Tätä sääntöä sovellettiin kuitenkin vain niissä tilanteissa, joissa perittävä ei

[128]Re Crispin´s Will Trusts [1975] Ch 245, Re Reynolds [1966] 1 WLR 19.

[129]Kuten karjalaumaa kuten tapauksessa Re Ogilby [1942] Ch 288.

[130]Re Collin´s Will Trusts [1971] 1 WLR 37.

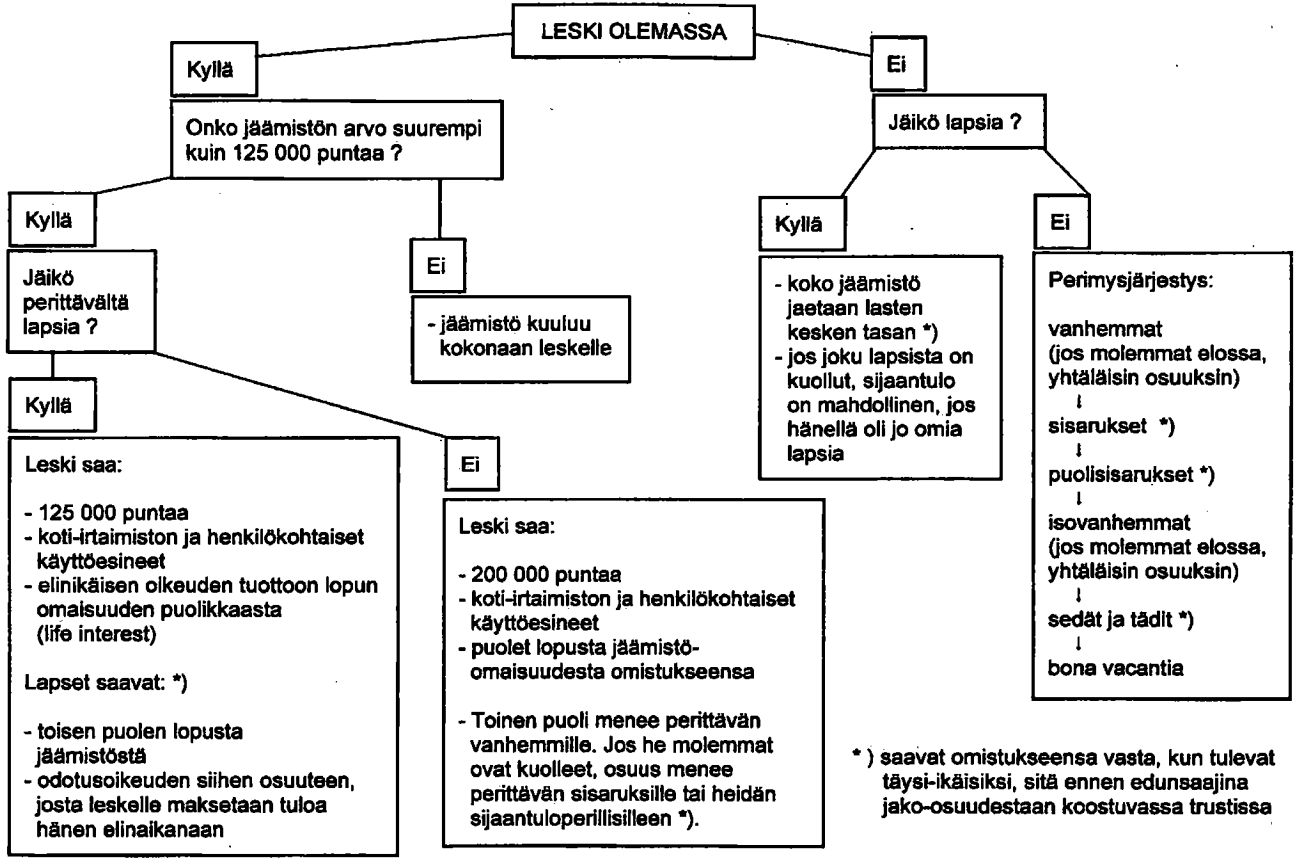
[131]Haltuunsa kukin heistä saa tämän omaisuuden vasta täysi-ikäisyyden saavutettuaan. Sitä ennen he ovat edunsaajina jako-osuutta vastaavassa trustissa. Ks. myöhempi luku 6.3.5.

[132]Leski on tällöin edunsaajana kyseisestä jäämistöosuudesta koostuvassa trustissa. Trusteista tulee myöhemmin tarkemmin puhe, ks. luku 6.3.5.

[133]Kapitalisoinnin saa valita leski, eivät osuuttaan odottavat perittävän lapset tai näiden jälkeläiset. AEA 1925 pykälä 47a, niinkuin muutettu Administration of Justice Actilla (pykälä 38). Arvioinnin teknisestä toteuttamisesta määrää Intestate Succession (Interest and Capitalisation) Orders 1977 (No. 1491) ja 1983 (no. 1374).

[134]The Law Reform (Succession) Act 1995, jolla lisättiin uusi säännös 46(2)(a) vuoden 1925 AEA:iin. Uudistus on linjassa muissa Kansainyhteisön maissa voimassa olevan lainsäädännön kanssa (esimerkiksi South Australia: Administration and Probate Act 1919 pykälä 72e, Queensland: Succession Act 1981 pykälä 35(2) sekä Yhdysvallat: Uniform Probate Code pykälä 2-104.)

ENGLANTILAISEN JÄÄMISTÖOIKEUDEN MUKAINEN PERIMYSJÄRJESTYS



*) saavat omistukseensa vasta, kun tulevat täysi-ikäisiksi, sitä ennen edunsaajina jako-osuudestaan koostuvassa trustissa

ollut määrännyt omaisuutensa jaosta testamentilla. Muutoin sovellettavaksi tuli sääntö, joka määrää, että jos useamman henkilön kuolinhetkistä ei saada varmuutta, oletetaan vanhemman kuolleen ennen nuorempaa ja perimyksen oikeudellisten vaikutusten määräytyvän tämän olettaman mukaisesti.[135] Tämä sääntöjen erilaisuus lakimääräisessä perimyksessä ja testamenttiperimyksessä on edelleen voimassa, vaikka kahtiajaolle ei ole katsottu voitavan esittää rationaalisia perusteluita.[136]

4.2.2. Lesken oikeudesta asuntoon

Lakimääräiseen perimykseen liittyy Englannissa se perussääntö, että kenelläkään jäämistön edunsaajista ei ole oikeutta vaatia tietyn esineen sisällyttämistä hänelle tulevaan osuuteen. Tämä koskee myös leskeä. Hänelle kuuluva legaattikaan ei automaattisesti takaa leskelle asumissuojaa; hänen jäämistösaantonsa ei ole siten esineellinen (niitä esineitä koskevin poikkeuksin, jotka kuuluvat koti-irtaimiston piiriin AEA:n säännöksen 55(1)(x) mukaisesti). Tämän vuoksi on yleistä, että puolisot pyrkivät turvaamaan jälkeen elävän puolison aseman elinaikaisilla omaisuusjärjestelyillä.

Käytetyin keino on Englannin oikeudelle tyypillinen omistusmuoto joint tenancy, joka tarkoittaa, että järjestelyssä mukana olleet henkilöt astuvat automaattisesti kuolleen sijaan (ns. survivorship), eikä omistusoikeus voi siirtyä kenellekään järjestelyyn osallistumattomalle. Tämän vuoksi perittävän jäämistöön ei välttämättä katsota kuuluvaksi kaikkia niitä esineitä, jotka hän kuollessaan omisti.[137]

> Meikäläistä yhteisomistusmuotoa lähempänä on ns. tenancy in common. Mainitussa omaisuusjärjestelyssä mukana olevien osakkaiden osuudet lisäävät heidän kuollessaan myös jäämistövarallisuutta. Myös

---

[135]Law of Property Act 1925 pykälä 184. Tässä olettamasta käytetään nimitystä "commorientes."

[136]Kritiikistä ks. esimerkiksi *Rossdale*, Probate and the Administration of Estates s. 228. *Sawyer*, Principles of Succession, Wills and Probate s. 207, muistuttaa, että testaattorit sisällyttävät usein jälkisäädöksiinsä ns. eloonjäämislausekkeen. Sillä tarkoitetaan määräyksiä, joiden mukaan testamentin edunsaaja on omaisuuteen oikeutettu vain, jos hän pysyy hengissä tietyn ajan perittävän kuolemasta laskettuna (käytetyin aikaraja on yksi kuukausi).

[137]Ks. *Finch ym.*, Wills, Inheritance and Families s. 5: "Concerns about the fragility of marriage, plus the increased economic activity of women, have made it more common for couples to own property jointly in recent decades." Joint tenancy -omistusmuodon edellytyksistä ja oikeudellisista vaikutuksista ks. lisää *Sawyer*, Principles of Succession, Wills and Probate s. 30.

> tällä omistusmuodolla on merkitystä lesken kannalta, koska vain se osuus, mikä perittävälle tosiasiassa kuului, luetaan kuuluvaksi hänen jäämistöönsä. Se, että perittävä omisti omaisuutta yhdessä puolisonsa kanssa - eikä yksin - pienentää aina sitä todennäköisyyttä, että jäämistön kokonaisarvo nousisi yli eloonjääneelle puolisolle kuuluvan lakimääräisen legaatin määrän.[138]

Vaikka Englannin jäämistöoikeuteen ei ole säädetty lesken suojajärjestelmää hänen asumisensa turvaamiseksi, on sellaisen säätämisestä kuitenkin keskusteltu. Viisikymmenluvulla lesken asemaan kiinnitettiin erityistä huomiota ja tuolloin säädettiin leskelle kuuluvasta lunastusoikeudesta kotinaan käyttämäänsä asuntoon.[139] Säännös ei kuitenkaan tarjoa automaattista ja ehdotonta suojaa. Se soveltuu vain silloin, kun perittävä ei ollut määrännyt omistamastaan asunnosta kuolemanvaraisesti, joten perittävän omat tarkoitukset sivuuttavat aina lesken suojan.[140] Tämä onkin herättänyt oikeuskirjallisuudessa keskustelua siitä, olisiko Englannissakin tullut säätää voimaan nykyistä esineellisempi suoja lesken asumista turvaamaan.[141]

---

[138]Jos omaisuus on ollut ainoastaan perittävän nimissä, on tilanne eloonjääneen puolison kannalta epävarmempi. Equity on kuitenkin kehittänyt erilaisia doktriineja, joiden mukaan omaisuutta voidaan käsitellä kuten puolisoilla olisi ollut siihen yhteis- tai määräosainen oikeus. Tässä käytetään oikeuskäytännön kehittämää trust-instituutiota hyväksi. Ks. *Davies*, Equity in English Law s. 170 ss.

[139]Lunastusoikeudesta säätävä lainkohta - Intestates´ Estates Act 1952 pykälä 1(1) (schedule 2) - on syytä kirjata tässä yhteydessä kokonaan näkyviin: "Subject to the provisions of this schedule, where the residuary estate of the intestate comprises an interest in a dwelling-house in which the surviving husband or wife was resident at the time of the intestate´s death, the surviving husband or wife may require the personal representative, in exercise of the power conferred by section 41 of the principal Act (and with due regard to the requirements of that section as to valuation), to appropriate the said interest in the dwelling-house in or towards satisfaction of any absolute interest of the surviving husband or wife in the real and personal estate of the intestate."

[140]Lesken asema jäämistön edunsaajana on tuulinen, sillä jos perittävä on tehnyt testamentin, jolla hän määrää kaiken omaisuutensa menevän muille kuin puolisolleen, leskellä ei ole oikeutta lakiosaan tai muuhun vastaavaan, testamentin määräyksistä huolimatta toteutettavaan jäämistösaantoon. Tästä pääsäännöstä testamentin ensisijaisuudesta voidaan joissakin tilanteissa poiketa, jos perinnöstään sivuutettu henkilö sitä tuomioistuimelta pyytää. Jäämistösaanto ja sen suuruus on tällöin kuitenkin kokonaan kiinni asiaa käsittelevän tuomioistuimen harkinnasta. Tämä ns. etuosajärjestelmä tulee tarkemmin esiin jaksossa 5.2.

[141]Esimerkiksi *Sherrin-Bonehill*, The Law and Practise of Intestate Succession s. 216, ovat kannattaneet ajatusta siitä, että lesken suojasta tehtäisiin ehdottomampi. Tälle vastakkaisesta näkemyksestä ks. esimerkiksi Committee of Intestate Succession (Cmnd. 8310 (1951)) para. 23-6. Viisikymmentäluvun jälkeen lesken asemasta käyty keskustelu on jatkunut, mutta sen painopiste on siirtynyt asuntosuojasta kokonaisvaltaisempaan uudistukseen, josta ks. myöhempi luku 4.4.

Englannissa lesken asuntosuoja tarkoittaa, että hänellä on lunastusoikeus siihen jäämistöön kuuluvaan asuntoon, jota hän käytti kotinaan perittävän kuolinhetkellä. Lesken on kuitenkin toimittava aktiivisesti ja ilmoitettava halukkuudestaan oikeutensa käyttämiseen vuoden kuluessa siitä, kun pesänhoitajat saavat tuomioistuimelta valtuutuksensa, jollei oikeus tätä määräaikaa jostain erityisestä syystä pidennä.[142] Asunnon arvon ylittäessä leskelle kuuluvan perintöosuuden (legaatin) määrän, maksaa hän niiden erotuksen (equality money) pesänhoitajille.[143] Pesänhoitajien on arvioitava asunnon arvo huolellisesti, ja heidän on tarvittaessa käytettävä jäämistön ulkopuolisia asiantuntijoita apunaan. Arvo on sen hetkinen - ei perittävän kuolinhetkinen - markkinahinta. Tämä tarkoittaa, että jos asuntojen hinnat ovat lähitulevaisuudessa kallistumassa, kannattaa lesken pyytää asunnon arvioittamista mahdollisimman pikaisesti.[144] Ennen leskelle kuuluvan vuoden mittaisen harkinta-ajan kulumista ei pesänhoitajilla ole oikeutta disponoida asunnosta, jollei leski ole hyväksynyt heidän tekemäänsä oikeustointa kirjallisesti.[145] Tästä pääsääntöisestä pesänhoitajien toimintarajoituksesta voi joissakin tilanteissa poiketa, jos jäämistövarallisuus koostuu lähes yksinomaan kyseisestä asunnosta eikä muita varoja voi vaikeuksitta käyttää hallinnointikulujen ja velkojen maksamiseen.

Säännöksen sanamuodosta voi havaita, että sen soveltamisen edellytyksenä ei ole, että lesken on täytynyt asua yhdessä perittävän kanssa tämän elinaikana tai kuolinhetkellä: "..in which the surviving spouse was resident at the time of intestate´s death." Toisaalta käsite "resident" on merkitykseltään väljempi kuin "occupation", ja oikeuskirjallisuudessa on pidetty mahdollisena sitä, että henkilö on "resident" suhteessa useampaan kuin yhteen asuntoon. Näissä tilanteissa leskellä on kuitenkin valintapakko, koska hänen lunastusoikeutensa voi kohdistua vain yhteen asuntoon kerrallaan.[146] Laissa on lueteltu myös sellaisia poikkeuksellisia olosuhteita, joissa lesken oikeus asuntoon on harkinnanvarainen. Kysymys on nimenomaan kilpaile-

---

[142]Intestates´ Estates Act 1952 pykälät 3(1)(a), 3(3). On huomattava, että lesken lunastusoikeuden esteenä ei ole se, että hän itse toimii yhtenä pesänhoitajista.

[143]Ks. Re Phelps [1980] Ch 275. Ks. AEA 1925 pykälä 47A.

[144]Re Collins [1975] WLR 309 on esimerkki tapauksesta, jossa arvioittamisajan arvon ja perittävän kuolinhetkisen arvon välinen erotus oli huomattava. Asunnon hinta perittävän kuolinhetkellä oli 4200 puntaa ja lunastusoikeutta kapitalisoitaessa 8000 puntaa.

[145]Intestates´ Estates Act 1952 pykälä 4(1). *Sherrin-Bonehill*, The Law and Practise of Intestate Succession s. 237, varoittavat kuitenkin, että leskellä on tosiasiassa vähäiset mahdollisuudet reagoida mainitun suoja-ajan aikana tehtyä luovutustointa vastaan.

[146]*Miller*, The Machinery of Succession s. 22. Ks. tästä myös *Finch-Hayes*, Inheritance, Houses and the Concept of the Home (Sociology Vol. 28 s. 417-433).

vien vaateiden ja lesken turvan tasapainottamisesta - on haluttu varmistaa, että lesken suoja ei johda kohtuuttomiin tilanteisiin muiden jäämistöintressenttien kannalta. Yleensä kyse on sellaisista kiinteistöistä, joita on käytetty osaksi tai pääasiallisesti muuhun kuin asumistarkoitukseen.[147]

4.3. Vertailevia huomioita

> "A change not of mere legislative technique but of policy is reflected in the new position of the surviving spouse."[148]

Tällä vuosisadalla on perimyslainsäädännön yksi leimaa-antavimmista piirteistä useimmissa läntisissä oikeuskulttuureissa - niin myös Englannissa ja Suomessa - ollut lesken aseman ja erityisesti hänen asumisensa turvaaminen puolison kuollessa. Monissa tapauksissa tämä on ollut seurausta suvun merkityksen heikentymisestä.[149] Puolison aseman vahventamista on pidetty luonnollisena myös siitä syystä, että keskimääräinen elinikä on kasvanut. Tämä on johtanut siihen, että perittävän kuollessa leski on yleensä jo varsin iäkäs ja turvan tarpeessa, kun taas rintaperilliset ovat löytäneet paikkansa elämässä ja tulleet vanhemmistaan taloudellisesti riippumattomiksi.[150]

---

[147]Tällaisina poikkeuksellisina tilanteina laki mainitsee (Intestates´ Estates Act 1952 pykälä 5(2)): "Where a. the dwelling-house forms part of a building and an interest in the whole of the building is comprised in the residuary estate; or b. the dwelling-house is held with agricultural land and an interest in the agricultural land is comprised in the residuary estate; or c. the whole or part of the dwelling-house was at the time of the intestate´s death used as a hotel or lodging house; or d. part of the dwelling-house was at the time of the intestate´s death used for purposes other than domestic purposes."

[148]*Rheinstein*, Gesammelte Schriften II s. 236.

[149]Toisaalta lapsioikeuden muuttumisen myötä aviottomien lasten perimysoikeudellinen asema on vuosien varrella parantunut, mutta sitä koskevan kehityskulun olen rajannut tämän tutkimuksen ulkopuolelle. Kokoavan katsauksen yhteentoista eurooppalaiseen oikeusjärjestykseen tältä osin saa teoksesta Entwicklungen des europäischen Kindschaftsrechts. Beiträge zum europäischen Familienrecht (toim. Schwab, D.-Henrich, D. Bielefeld 1996).

[150]*Glendonin*, State, Law and Family s. 288 ss., mielestä lesken aseman vahvistamisen pääasiallisena syynä ovat suurien sukuyksiköiden katoaminen ja pienten ydinperheiden syntyminen. Ks. *Kiralfy*, English Law s. 180, lesken aseman parantumisesta historiallisessa katsannossa, erityisesti avio-oikeuden kannalta. Myös *Spellenberg ym.*, Recent Developments in Succession Law s. 723, jossa lasten perimysasemasta todetaan "they are not dependent on an inheritance to survive or to be able to prosper. To be sure, today, it is due to the industrial revolution some 100 or 150 years ago that children have more and are generally able to set themselves up, and that the basis of economic success is due to education rather than inheritance."

Se, millainen lesken asema on suhteessa perittävän sukulaisten asemaan perillisinä, on ollut yksi modernien jäämistöjärjestelmien olennaisimmista kysymyksistä. Kyse on sosiaalisten ja biologisten sidonnaisuuksien ristipaineesta, johon on pyritty vastaamaan eri tavalla eri oikeusjärjestelmissä.[151] Lesken asemaa ei kaikkialla ole pyritty järjestämään pelkästään jäämistöoikeudellisin säännöksin. Siksi maiden välisten erojen ymmärtämiseksi olisi tilannetta tarkasteltava etäämpää kuin vain yksittäisisten jakosäännösten perspektiivistä: aviovarallisuusjärjestelmä sekä testamenttausvapauden jonkinasteinen rajoittaminen ovat ne tekijät, joiden toivotaan yhdessä toteuttavan lesken suojan ja olevan samalla sopusoinnussa perimyssäännöksillä tavoiteltavien muiden arvojen (muiden perusprinsiippien) kanssa.[152] Avio-oikeuden, testamenttausvapauden ja lesken perillisaseman kolmikantajärjestely tekeekin oikeudellisen vertailun vaikeaksi, koska niiden kansallisesti määritettävissä oleva keskinäinen koherenttius ja harmoninen yhteistoiminta ovat yhden ja yhteisen lainsäätäjän ansiota, joka pitää oikeusaloja koskevat langat käsissään ja ymmärtää säännösten välisen systematiikan. Heti kun avio-oikeuden ja perimyksen säännökset erotetaan toisistaan siksi, että niiden oikeudelliseen arvioimiseen on lainvalintasäännösten perusteella sovellettava eri maiden oikeusjärjestyksiä, lesken perillisasemaa koskeva kokonaiskuva murtuu muuttaen tilanteen mahdollisesti kohtuuttomaksi joko lesken tai muiden jäämistöintressenttien osalta.[153]

Lesken ensisijainen perimysasema Englannin jäämistöoikeuden mukaan on ymmärrettävä, koska avio-oikeus - ainakin käsitteen pohjoismaisessa merkityksessä - on perheoikeudessa tuntematon. Avioliiton erillisomistusjärjestelmä johtaa siihen, että avioliiton päättyessä omistuskysymykset ratkaistaan yleisen varallisuusoikeuden perusteella, mutta tuomioistuimella on avioeroasiaa käsitellessään valtuus antaa erilaisia puolisoiden varallisuutta koskevia ja omistajan asemaan puuttuvia määräyksiä. Tuomioistuin voi määrätä puolisoille kuuluvien esineiden omistussuhteista uudestaan - tai sitten

[151]Ks. tästä *Frohn*, The Position of Surviving Spouse of the Law of Succession s. 50, johon hän on kiteyttänyt lesken asemaa koskevat erot Hollannin, Saksan, Belgian ja Ranskan oikeuden osalta.

[152]*Miller*, Family Provision on Death s. 263. Myös *Glendon-Gordon-Osakwe*, Comparative Legal Traditions s. 12: "Sometimes several seemingly independent legal institutions have to be seen as a single unit because it is only their joint operation that meets the social need. I.e. in analysing the problem of balancing freedom of testation with protection of a surviving spouse, one can be led into serious error by failing to consider marital property law along with decedent's estates law".

[153]Näitä ongelmia on käsitellyt *Jänterä-Jareborg* teoksessaan Kansainväliset aviovarallisuussuhteet.

määrätä vain niiden käyttöoikeudesta ja hallinnasta.[154] Tuomioistuin voi myös velvoittaa puolison suorittamaan toiselle puolisolle tai lapselle elatusapua. Kaikkien määräysten edellytyksiä tutkittaessa pääpaino on tarveperusteissa.[155]

Englannissa leskelle annettu vahva edunsaajan asema jäämistössä onkin avio-oikeuden puuttumisen lisäksi myös muiden - lähinnä historiallisten - tekijöiden avulla selitettävissä. Jakosäännökset olivat ennen vuotta 1925 vuosisataisen tradition kertymää - ne olivat kehittyneet ja vakiintuneet vuosien saatossa tapausoikeudellisesti. Sen sijaan tämän vuosisadan alussa lainvalmistelussa tutkittiin suuri määrä testamentteja, joiden määräyksistä toivottiin konstruoitavaksi kansan enemmistön oikeustajua vastaavat jakoperiaatteet.[156] Lainsäädäntöön on tällä vuosikymmenelläkin tehty uudistuksia. Niitä on perusteltu osin sillä, että koska muutosten kaltaiset määräykset sisältyivät useimpiin, lainvalmistelun yhteydessä tutkittuihin testamentteihin, on niiden katsottava vastaavan kansalaisten oikeustajua. On myös käynyt ilmi, että Englannissa yhä edelleen pidetään hyväksyttävänä periaatteena, että lesken asema puolisonsa kuollessa turvataan mahdollisimman hyvin. 1970-luvun alussa tehdyssä haastattelututkimuksessa valtaosa vastanneista oli sitä mieltä, että leskelle tulisi aina puolisonsa kuoltua antaa riittävä perintöosuus jäämistöstä. Sitä vastoin ainoastaan kolmasosa haastatelluista kannatti ajatusta vastaavasta lapsille kuuluvasta pakollisesta perintöosuudesta.[157]

Englannin jäämistöoikeudessa kuitenkin kaikkea - myös lesken asemaa - määräävänä pääsääntönä on testamenttausvapaus. Se oli voimassa täysin rajoittamattomana yhden vuosisadan ajan ennenkuin harkinnanvarainen jakoosuusjärjestelmä (jota jäljempänä kutsun etuosajärjestelmäksi) tuli voimaan

[154]Ks. lisää esimerkiksi *Dewar*, Law and the Family s. 174, 294.

[155]*Jänterä-Jareborg*, Kansainväliset aviovarallisuussuhteet s. 6. Ks. myös *Cretney*, Reform of Intestacy s. 86, joka toteaa laajan oikeudellisen harkinnan olevan tyypillisin ja merkittävin ominaispiirre Englannin perheoikeudessa ja se ei voi olla vaikuttamatta lesken aseman kokonaisarvioinnissa sitä mannereurooppalaisista oikeusjärjestelmistä erottavasti (tästä ks. *Cretney-Masson*, Principles of Family Law (1990) Ch. 19).

[156]*Miller*, The Machinery of Succession s. 19. Myös viisikymmenluvun alun Committee of Intestate Succession (Cmd. 8310, para. 18) tutki tehtyjen testamenttien määräyksiä. Idea, että lakimääräisen perimysjärjestyksen sisältö tulee määrittää perittävän hypoteettisen tahdon mukaisesti, vastasi jo luonnonoikeusteoreetikkojen ilmaisemaa kantaa. Tutkittujen testamenttien sisällön merkityksestä lainuudistamis- ja muuttamisprosesseissa ks. *Sundberg*, Nordic Laws s. 43 sekä *Kangas*, Perimyksen tehtävät ja perimysjärjestys s. 1070, erityisesti alaviitteessä 66 mainittu kirjallisuus.

[157]Ks. tutkimuksen tiedoista *Peart*, The Direction of the Family Protection Act 1955 s. 209 alaviite 105.

1930-luvun lopulla. Lain mukaan pääsääntö on kuitenkin täysin selvä: perittävän oikeus testamentin tekemiseen ja perintönsä jakamisesta määräämiseen on vahvempi kuin lesken oikeudet jälkeen elävänä puolisona ja perillisenä. Toiminnallinen näkökulma tuo tähän testamenttausvapauden sisältöön väriä, koska tosiasiallisesti etuosajärjestelmän pelkän olemassaolon vuoksi perittävä yleensä pyrkii omien toimiensa kautta turvaamaan leskelle kohtuullisena pidettävän osuuden jäämistöomaisuudesta.[158]

Eräänlaisena lesken suojajärjestelmään kuuluvana sääntönä voisi pitää vuoden 1937 Wills Actiin (pykälä 18) kirjattua sääntöä,[159] jonka mukaan avioliiton solmiminen purkaa sitä ennen tehdyn testamentin.[160] Tällä säännöllä on juuret vanhassa common law -oikeudessa, jossa säädettiin, että avioliitto kumosi ennen sen solmimista tehdyn testamentin - mutta vain, jos se oli vaimon tekemä. Sääntöä ei siten sovellettu miesten tekemiin jälkisäädöksiin, jotka jäivät avioliitosta huolimatta aina päteviksi. Sääntöä ei kuitenkaan enää nykyään sovelleta, jos testamentista käy ilmi, että testaattori on sen tekohetkellä aikeissa avioitua tietyn henkilön kanssa ja että hän on tarkoittanut testamentin jäävän voimaan vihkimisen jälkeenkin.[161] Perittävän tarkoitus tulee tulkita testamentin sanamuodon pohjalta, eikä hänen subjektiivisia tuntemuksiaan tule pyrkiä osoittamaan viittaamalla jälkisäädöksen lisäksi muihin lähteisiin. Sääntö osoittaa englantilaisten halukkuutta suojata puolison jäämistöoikeudellista asemaa testamenttausvapauden periaatteellisesta vahvuudesta huolimatta. Toisaalta testamenttausvapauden asema ei ole lopullisesti uhattuna, koska testaattori voi avioliiton solmimisesta huolimatta tehdä tehokkaan testamentin kaikissa tilanteissa heti sen jälkeen, kun vihkiminen on suoritettu.[162]

---

[158]Etuosajärjestelmästä tarkemmin ks. luku 5.2.

[159]Uudistettu sekä vuoden 1925 Law of Property Actilla sekä vuoden 1982 Administration of Justice Actilla. Uudistusten tarkemmasta sisällöstä ks. *Sawyer*, Principles of Succession, Wills and Probate s. 138.

[160]Tähän liittyy oleellisesti se, tunnustetaanko ulkomailla solmittu avioliitto Englannin oikeuden mukaan päteväksi. Asiasta säätävä laki on Private International Law (Miscallaneous Provisions) Act 1995. Ks. lisäkommentteja säädöksestä Current Law Statutes 1995.

[161]Tästä säätää Administration of Justice Act 1982. Käytännössä on ilmennyt vaikeuksia määritellä, onko testamentin tarkoitettu jäävän voimaan solmittavasta avioliitosta huolimatta. On tärkeää erottaa ensinnäkin ne tilanteet, joissa testaattori oletti testamenttia tehdessään, että hän tulee menemään naimisiin tietyn henkilön kanssa ja toisekseen ne tilanteet, joissa testaattori vain yleisesti oletti purjehtivansa avioliiton satamaan lähitulevaisuudessa. Jälkimmäisissä tapauksissa avioliitto tekee testamentin tehottomaksi. Esimerkkinä Sallis v Jones [1936] P 43 sekä Re Roberts [1978] 1 WLR 613.

[162]Huomaa, että jos tällä tavoin tehty testamentti on tehty puolison eduksi ja avioliitto purkautuu muuten kuin perittävän kuoleman johdosta, ei tällä

Suomessa vastaavaa, testamentin purkavaa vaikutusta avioliiton solmimisella ei ole, koska läheisten oikeudet on turvattu lakiosalla ja lesken suojalla, joihin nähden testamentti on toissijainen.[163] Toisin sanoen, ennen avioliittoa tehdyllä testamentilla ei voi olla lesken suojaa sillä tavalla heikentävää vaikutusta, että lainsäätäjä olisi oikeudenmukaisuusvaateiden vuoksi ollut pakotettu lisäämään Englannin oikeuden kaltaisen purkupresumption PK:een. Avioliitto ja testamentti on liitetty toisiinsa PK:ssa vain siltä osin, että jos joku on tarkoittanut tehdä testamentin kihlatulleen tai puolisolleen, ja kihlaus tai avioliitto sen jälkeen purkautuu muusta syystä kuin testamentin tekijän kuoleman johdosta, on tuo yksittäinen määräys - ei koko testamentti - tehoton (PK 11:8). Tämä purkupresumptio rakentuu oletukselle, että perittävä on tarkoittanut testamenttimääräyksen jäävän voimaan vain, jos henkilöiden välinen läheinen suhde säilyy muuttumattomana. Aiemmin tämän testamentteja koskevan tulkintaohjeen ei katsottu koskevan avosuhteita. Se rakentui kuitenkin sellaiselle ilmastolle, jossa avosuhteet yritettiin estää. Nykyisenlaisessa yhteiskunnassa PK 11:8:n tulkinnan voisi katsoa rakentuvan ajatukselle, että säännöksen soveltamisala koskisi kaikkia sosiaaliselle yhteenkuuluvuudelle perustuvia parisuhteita. Laajimman tulkinnan mukaan siis myös sellaisia, joissa on kyse kahden samaa sukupuolta olevan henkilön asuinliitosta.[164]

Suomessa lesken asema pyritään nykyisin turvaamaan ensisijaisesti avio-oikeudella, jolloin perimysjärjestyksessä on voitu päätyä rintaperillisten etusijaan. PK:n henkeen sopii sekin, että kotina käytettyyn asuntoon ja asuntoirtaimistoon kohdistuva lesken vähimmäissuoja on nimenomaan esineellinen - leski ei ole oikeutettu saamaan jäämistövaroista asumiseen tar-

---

entisellä puolisolla ole edunsaajan asemaa, jollei testamentissa ole asiasta toisin määrätty. Näin Wills Act 1837 pykälä 18a, joka lisättiin lakiin vuoden 1982 Administration of Justice Actilla. Sääntöä muutettu vielä myöhemmin vuoden 1995 Law Reform (Succession) Actilla (pykälä 3), jonka oikeudellisesta merkityksestä ks. *Sawyer*, Principles of Succession, Wills and Probate s. 216 ss. Huomaa, että asumuserolla (judicial separation) ei ole samaa vaikutusta testamenttimääräysten tehokkuuden kannalta kuin lakimääräisissä perimystilanteissa, joissa se estää puolison edunsaajan aseman.

[163]Ks. *Kangas*, Perimyksen tehtävät ja perimysjärjestys s. 1062, jossa perheperimykselle tunnusomaisinta todetaan olevan niiden henkilöiden suosiminen, jotka liittyvät perittävään ilman välittäviä henkilöitä. Perhe on koettu Suomessa niin tärkeäksi perimysyksiköksi, että niin lesken, lasten kuin vanhempien edut on tehty mahdolliseksi saavuttaa jokaisen yksittäisen perimystilanteen sisäisesti.

[164]Vrt. *Aarnio*, Suomen jäämistöoikeus II s. 131-4, joka toteaa, että PK 11:8:n tulkinnassa olisi säilytettävä avosuhteen ja kihlauksen välinen ero. Tilanteet, joissa säännöksen soveltamisala lavennetaan myös avopuolisoihin, olisi hänen mukaansa jäätävä poikkeuksen asemaan. Ks. kirjoittajan viittaamat korkeimman oikeuden tapaukset, mm. 1945-II-52.

vittavaa pääomaa. Lesken aseman määräytymiseen on vaikuttanut se tosiasia, että vaikka perimysjärjestelmän pääasialliset tehtävät agraariyhteiskunnan vakauttajana ja maaomaisuuden suvussa pysyttäjänä ovat vähentäneet merkitystään, ei ajatus verisukulaisuudesta perillisaseman perusteena ole vieläkään poistunut oikeudenmukaisuustajunnastamme. Omaisuus pyritään pitämään suvun hallussa ja se kuvastuu esimerkiksi tilanteista, joissa leski rintaperillisten puuttuessa saa perillisen aseman: hänellä ei näet tällöinkään ole oikeutta disponoida toissijaisten perillisten osuudesta kuolemanvaraisesti, mortis causa.

Ajatus leskelle annettavasta pääperillisen asemasta onkin meille vieras. PK:ssa säädetty lesken esineellinen asumissuoja on tästä huolimatta hyvin vahva. Jos testaattori haluaa syrjäyttää puolisonsa jäämistön edunsaajien joukosta, onnistuu se täydellisesti vain tekemällä hänet PK 15 luvun mukaisesti perinnöttömäksi.[165] Muuten lesken asumissuoja on vahvempi kuin perittävän tahdonvapaus määrätä omasta omaisuudestaan kuolemanvaraisesti. Käytännössä perittävä useimmiten on testamentissaan tehnyt määräyksiä puolisonsa hyväksi, eikä testamenttausvapautta ole yleensä pyritty käyttämään lesken etuja vaarantavalla tavalla.

Sääntelyratkaisuna PK 3 luvun mukainen lesken suoja on monimutkainen toteuttaa. Yksinkertaisinta olisi ollut asettaa leski yksinperillisen asemaan englantilaista järjestelmää vastaavalla tavalla. Nyt lesken asema täytyy hahmottaa kahden eri säädöksen - avioliittolain ja perintökaaren - mukaisesti. PK:n soveltamista monimutkaistaa vielä se, että lesken oikeudet täytyy sovittaa yhteen perillistahon intressien kanssa - joskus lesken asema ohittaa muiden jäämistöintressenttien oikeudet, joskus taas on rinnakkainen niiden kanssa. Näiden suhteiden järjestymistä eri tilanteissa ei ole kuitenkaan säännelty laissa yksityiskohtaisesti. Se, miten lesken suoja 1980-luvulla tuli vaikuttamaan perillisten oikeusasemaan, edellyttää siten tulkitsijalta erityisiä systemaattisia perusvalmiuksia. Kaiken lisäksi lesken oikeudellinen asema määrittyy *Saarenpään* sanoin avioliittolain ja perintökaaren tunnetusti vaikeassa rajamaastossa: "Vaikka avioliittolaki ja perintökaari ovat menettelyllisesti toisiinsa sidottuja, niiden monilla tavoin erilaiset tavoitteet voivat johtaa erilaisiin tulkintoihin yhteisiäkin säännöksiä käytettäessä."[166]

---

[165]Tai panemalla elinaikanaan eron vireille, jolloin sovelletaan PK 3:7:ää. Jos leski menettää vireillä olevan eron vuoksi PK 3 luvun mukaiset oikeutensa perillisenä ja asuntosuojan nauttijana, voi hän silti hakea jäämistöstä avustusta PK 8:2:n perusteella.

[166]Perintö ja jäämistö s. 23 ss. Se, että lesken suojaa on vaikea sovittaa perintökaaren muihin säännöksiin systeemin edellyttämällä tavalla, osaltaan selittää, miksi pesänselvittäjän ja pesänjakajan henkilöille ja heidän osaamiselleen pannaan niin paljon painoa nykyisin. Tästä myöhemmin lisää jäämistön toimitusmiehiä koskevassa luvussa 6.2.5.

Perustavaa laatua olevista lähtökohtaisista eroista huolimatta lesken asumisturva on saatu sekä Englannissa että Suomessa tosiasiallisesti turvatuksi. Suomessa se toteutetaan esinekohtaisella käyttöoikeudella ja Englannissa rahallisella jako-osuudella. Englannissa lesken suojaksi on kuitenkin säädetty myös hänen lunastusoikeudestaan asuntoon (eli esinekohtaisesta suojasta), joka joissakin tilanteissa riippuu tuomioistuimen harkinnasta. Nuo poikkeukselliset tilanteet - joissa lesken esineelliseen asuntosuojaan katsotaan voitavan kajota - muistuttavat suomalaisen PK 25 luvun mukaisia maatilaperimystilanteita. On myös huomioitava väljä sanamuoto PK 3:1a:ssa: "kodiksi sopiva asunto" - sanamuodon mukaisesti suoja ei ulotu muussa kuin asumistarkoituksessa käytettyyn asuntoon. Lesken suoja on Suomessa siten sosiaalista turvallisuutta edistävä säännöstö, jonka tarkoituksena ei ensisijaisesti ole varallisuuden siirto perittävän kuollessa. Englannissa sen sijaan varallisuuden siirrolla tavoitellaan sosiaalista turvallisuutta. Järjestelmän toteuttamistapa saattaa johtaa myös siihen, että leski saa varallisuutta, vaikkei hänellä siihen tarvetta olisikaan.

4.4. Lesken suojaa koskevista uudistusehdotuksista

Lesken perillisasema ei ole ilmeisestikään tullut kehityksensä päähän tarkastelun kohteena olevissa oikeusjärjestelmissä, koska niissä kummassakin on esitetty sitä koskeneita uudistusehdotuksia. Suomessa keskustelu on saanut pontimensa siitä, että uudet perhemallit ja lesken vahva asumissuoja ovat saattaneet johtaa yksittäistapauksissa perittävän lapsien osalta kohtuuttomiin tilanteisiin. Jos perittävä on esimerkiksi avioitunut uudelleen itseään huomattavasti nuoremman puolison kanssa, on mahdollista, että perittävän lapsi on iältään leskeä vanhempi. Jos näissä tilanteissa perittävän varallisuus koostuu pääasiallisesti lesken kodiksi sopivasta asunnosta, saattaa käydä niin, ettei rintaperillinen elinaikanaan pääse hyötymään jäämistön varallisuudesta millään tavalla. *Saarenpää* toteaa, että leskensuojasäännöksiin on kohdistettu jatkuvasti kritiikkiä sekä oikeuskirjallisuudessa että käytännössä. Kritiikki on johtunut pääosin siitä, että PK 3 luvussa ei huomioida perittävän, perillisten tai lesken varallisuutta: "tämän vuoksi on ollut helppoa esittää kärjistettyjä esimerkkejä "suojan" kohdistumisesta tarpeettomasti varakkaille leskille." *Saarenpään* mielestä tarveharkintaisempi suoja olisi ollut liian monimutkainen ja kallis toteuttaa, eikä se olisi soveltunut osaksi yksityisoikeudellista säännöstöä. Hän muistuttaa myös niistä huonoista kokemuksista, joita saatiin ennen leskensuojajärjestelmän säätämistä PK 8:2:n mukaisista avus-

tuksista riideltäessä.[167]

Englannissa on sitä vastoin ehdotettu, että lesken jäämistöoikeudellista asemaa vielä entisestäänkin vahvennettaisiin. Jäämistölainsäädännön uudistamista 1980-luvun lopussa tutkinut komitea päätyi näet esittämään, että puoliso perisi - jos testamenttia ei ole olemassa - koko jäämistön. Siten lakimääräiset perimyssäännökset rakennettaisiin täysin lesken tarpeiden ensisijaisuuden varaan sen sijaan, että lakimääräistä perimysjärjestystä määräävänä perusteena pidettäisiin jotain niin epämääräistä kuin perittävän tahto.[168]

Englannin lakimääräistä perimystä koskevien uudistusehdotusten perusteluissa on viitattu siihen, että nykyiset säännökset lesken elinaikaisen oikeuden toteuttamisesta koetaan liian monimutkaisiksi. Säännökset myös saattavat jättää lesken asuntoturvaan kohtuuttomilta tuntuvia aukkotilanteita. Leskelle kuuluvan jäämistöosuuden eli legaatin määrää on ensinnäkin vaikea asettaa "oikean" suuruiseksi, koska asuntojen hinnat ja omistusrakenteet vaihtelevat eri osissa maata. Toisaalta lesken lunastusoikeuden toteuttamisessa voi aiheutua ongelmia silloin, kun asuntomarkkinat äkillisesti kuumenevat. Lunastushintahan määräytyy perittävän kuolinhetken sijaan arviointiajankohdan mukaan. Lainuudistusta vaatineet tahot ovat muistuttaneet myös, että voimassa olevan lain mukaan lesken lunastusoikeuden edellytyksenä on se, että eloonjääneen puolison on tullut käyttää asuntoa kotinaan perittävän kuolihetkellä. Lain sanamuoto (ja Englannin oikeuteen lähtökohtaisesti kuuluva kirjaimellisen tulkinnan periaate) viittaisi siihen suuntaan, että jos leski oli ollut esimerkiksi pitkän aikaa sairaalahoidossa tai jos hän oli joutunut jättämään asunnon kotiväkivallan vuoksi, hänellä ei olisi sen lunastamiseen lainkaan lain mukaista oikeutta.[169]

Uudistusehdotusta ei ole kuitenkaan pyritty perustelemaan vain lesken eduilla vaan myös virallisselvityksen helpottumisella. Tämä liittyy siihen Englannin jäämistöoikeuteen kuuluvaan erityispiirteeseen, että pesän selvittämisestä vastuussa olevat pesänhoitajat ovat yleensä maallikoita ja vailla aiempaa kokemusta vastaavista tehtävistä. Lakikomissio on esimerkiksi viitannut siihen, miten säännökset lesken elinaikaisesta oikeudesta jäämistöomaisuuden tuottoon (life interest) aiheuttavat käytännössä pesänhoitajien

---

[167]Perintö ja jäämistö s. 71 ss. Kirjoittaja huomauttaa, että lain rationa ei ole yksittäistapauksettaisen sosiaalisen suojan antaminen leskelle. Tämä olisi otettava lukuun sääntelyyn epäilemättä liittyviä epäkohtia arvioitaessa.

[168]Law Commission No. 187: Distribution on Intestacy (1989), para. 33. Ks. *Cretney*, Reform of Intestacy s. 78 ss.

[169]The Law Commission Working Paper no. 108: Distribution on Intestacy (1988) s. 18 ss.

ja jäämistöosuuttaan odottavien henkilöiden keskuudessa tulkintaongelmia. Erottelu, mikä on katsottava oikeuden kohteena olevan omaisuuden tuotoksi (johon leskellä on oikeus) ja mikä pääomaksi (joka ei kuulu leskelle), on synnyttänyt käytännössä vaikeuksia.

Tämän elinaikaisen leskenoikeuden säilyttäminen jakosäännöksissä tarkoittaa myös sitä, että jäämistön hoitamisesta ja hallinnoinnista aiheutuvat kulut kertyvät suuremmiksi kuin jos leskelle annettaisiin ainoan perillisen asema.[170] Uudistuksen ei katsottaisi vaarantavan lastenkaan etuja, sillä eloonjäänyt puoliso on yleensä velvollinen elättämään heidät tai sitten lapset ovat jo työiässä ja pystyvät siten itse vastaamaan omista elinkustannuksistaan.[171] Lapsien asemaa uusavioliittojen kautta syntyvissä kohtuuttomissa tilanteissa turvaisi edelleen harkinnanvarainen etuosajärjestelmä.[172]

Ehdotettuja uudistuksia kohtaan on esitetty myös ankaraa kritiikkiä. Tämä kenties selittää, miksi lesken perillisasemaa ei ole lainsäädännöllisesti parannettu sitä koskeneista ehdotuksista huolimatta.[173] *Roger Kerridge* toteaa, että vaikka uudistusehdotukset yksinkertaistaisivat jäämistöoikeudellisia säännöksiä, saattaisi ehdotetun kaltainen järjestelmä johtaa yksittäistapauksellisesti nykyistä suurempiin epäoikeudenmukaisuuksiin - oikeussääntöjen soveltamisen mutkattomuus kun ei ole sama asia kuin niiden oikeudenmukaisuus.[174] Ehdotus lesken perillisaseman parantamisesta tuskin tuleekaan sinällään toteutetuksi englantilaisessa jäämistöjärjestelmässä, mutta jo sen esittäminen on merkki siitä, että halu suojata jälkeen elävää puolisoa on edelleen lähtökohtainen jäämistöoikeudellinen periaate niissä tilanteissa, joissa perittävä ei ole määrännyt omaisuudestaan kuolemanvaraisesti.[175] Toisaalta oikeuskirjallisuudessa on viitattu siihen, miten perimysjärjestystä muuttamattakin voidaan uudistusehdotusta vastaava lopputulos saavuttaa käytän-

[170]Sitä omaisuutta, jonka tuotto leskelle kuuluu, hallitaan näet trust-omaisuutena. Trusteista ks. myöhempi luku 6.3.5.

[171]Ks. esimerkiksi vuoden 1971 Guardianship of Minors Act sekä vuosien 1975 ja 1989 Children Act.

[172]Law Commission Working Paper No. 108: Distribution on Intestacy (1988) s. 15-19.

[173]Mm. *Sherrin-Bonehill*, The Law and Practise of Intestate Succession s. 24, jossa ehdotusta lesken yksinperimyksestä kommentoidaan naiiviksi. Ks. ehdotuksesta virinneestä keskustelusta myös *Finch ym.*, Wills, Inheritance and Families s. 35.

[174]*Kerridge*, Distribution of Intestacy, s. 368, päätyy kriittisesti toteamaan, että oikeudenmukaisuuden ja säännösten selkeän sanamuodon saaminen tasapainoon keskenään on hyvin vaikea tehtävä lainsäätäjälle: "No system of fixed interests can be completely fair without being absurdly complex. The six factors listed above are all ones which a testator might be expected to bear in mind at the time of drafting his will, but they cannot all conveniently be included within any reasonably straightforward fixed system."

[175]*Cretney*, Reform of Intestacy ? s. 92: "..the survey seems to confirm that there is a

nössä sillä, että lordikansleri korottaa leskelle ehdottomasti kuuluvan jakoosuuden eli legaatin arvon riittävän suureksi.[176]

Tulevaisuudessa avosuhteiden määrän jatkuva kasvu saattaa asettaa jäämistöoikeuden muutospaineiden alle sekä Suomessa että Englannissa.[177] Tätä yhteiskunnallista tosiseikkaa lainsäätäjä ei voine sivuuttaa vain siihen vedoten, että avioliittojen solmiminen on yhteiskunnallisesti (ollut) hyväksyttävämpi parisuhteen muoto. Esimerkkinä avosuhteiden jo tapahtuneesta lainsäädäntötasoisesta tunnustamisesta on englantilaista etuosaa koskevaan keskeissäädökseen lisätty uusi hakijaryhmä.[178] Lainvalmistelijat ovat kuitenkin pidättyneet ehdotuksista, joilla avopuolisolle myönnettäisiin lakimääräisen perillisen asema. Osaksi sitä on perusteltu avosuhteen määrittelyn vaikeudella, joten tässäkin yhteydessä kyse on taas lainsäätäjän toimintaa ohjaavasta selkeän perimysjärjestelmän tavoitteesta. Avosuhteen oikeudellista tunnustamista vastaanpuhuvien seikkojen lähde ei ole kuitenkaan vain käytännöllisissä tekijöissä vaan myös yhteiskunnallisissa arvostuksissa. Kysymys kilpistyy lopulta siihen, mitä pidetään yhteiskunnan taholta parhaimpana, lailla säänneltynä parisuhteen muotona. Perhe- ja jäämistöoikeudellisella lainsäädännöllä on kaikissa länsimaissa sovinnaisuuden ja soveliaisuuden määrittämät rajat.[179]

---

widespread support for improving the surviving spouse´s position at the expense of the deceased´s blood relatives; but that there is a wide appreciation of the problems created by the phenomenon of divorce and remarriage." *Sawyer*, Principles of Succession, Wills and Probate s. 176, jossa kirjoittaja esittää ennusteenaan, että lesken asemaa koskeva uudistusehdotus ei tule toteutumaan.

[176]Tästä ks. *Spellenberg ym.*, Recent Developments in Succession Law s. 736.

[177]Avoliittojen määrän lisääntymistä on selvitetty monissa tutkimuksissa eri maissa. Ks. Britain 1993, An Official Handbook (London, HMSO) s. 18: "There is some evidence of a growing number of stable non-married relationships. Half of all births outside marriage (which now account for 28 per cent of live births in Britain) are registered by both parents giving a single address as their place of residence." On huomattava, että avoliittojen oikeudellisen tunnustamisen kannalta merkityksellistä on se, että avoliitot eivät välttämättä johda enää avioliittoon. Ks. myös *Agell*, Äktenskap, Samboende Partnerskap (Uppsala 1995) s. 69, joka on tutkinut avoliittojen määrän kehittymistä Ruotsissa sekä *Rothenbacher*, Household and Family Trends in Europe: from Convergence to Divergence (Eurodata Newsletter No. 1 (1995)) s. 3-9. Avoliittojen yleistymisestä Suomessa esimerkiksi *Auvinen*, Lapsiperhe Suomessa (Väestöliiton julkaisuja, Helsinki 1995).

[178]Law Commission No. 187: Distribution on Intestacy (1989) para. 58 ja 59. Etuosainstituutio tulee tarkemmin esiin jaksossa 5.

[179]Ks. yleisesitys avoliittoja koskevasta oikeudellisesta sääntelystä Pohjoismaissa sekä eräissä muissakin maissa *Soile Pohjosen* väitöskirja Parisuhde yksityisoikeudellisessa ajattelussa s. 138-148. Hän käsittelee aihetta niin hetero- kuin homoparien osalta. Pohjoismaisessa katsannossa huomio kiinnittyy mm. siihen, miten maista kaikissa muissa paitsi Suomessa on säädetty erilliset lait samaa sukupuolta olevien liittoja varten.

5. Läheisten aseman turvaaminen jäämistössä

> "Testamentary freedom may be restricted either by preventing a person from leaving their property entirely as they wish on death, or by making it possible for their dispositions to be altered after death."[180]

5.1. Lakimääräinen perimys lähtökohtana Suomen jäämistöoikeudessa

5.1.1. Taustaa

Suomalaisen jäämistöoikeuden kehitystä ovat määränneet suvun intressit erityisesti perittävän omistamaa kiinteää omaisuutta kohtaan. Lakiosajärjestelmän kaltaista kehitystä ilmeni ensimmäisenä kaupungeissa, mutta maaseuduillakaan vajaavaltaista lasta ei oltu lainsäädännöllisesti unohdettu.[181] Perittävällä on siten perinteisesti katsottu olevan moraalinen velvollisuus huolehtia läheisistään ja heidän toimeentulostaan. Se on ollut periaatteena väkevämpi kuin perittävän rajoittamaton tahdonvapaus omasta omaisuudestaan määräämiseen. Siksi 1940-luvulla lakiosasuojaa valmisteltaessa katsottiin, että omaisuuden siirtyminen laillisille perillisille tulisi voida toteuttaa myös vastoin perittävän tahtoa. Perittävän moraalinen vastuu on yhä ajankohtainen jäämistöoikeudellisena perusperiaatteena - uudet perhejärjestelyt ovat vain muokanneet sitä hieman sisällöllisesti.

5.1.2. Lakiosan käsite

Lakiosajärjestelmä säädettiin voimaan 1950-luvulla. Sitä koskevat säännökset ovat säilyneet tähän päivään asti melko muuttumattomina.[182] Lakiosan kä-

[180] *Sawyer*, Principles of Succession, Wills and Probate s. 359.

[181] Vuoden 1734 PK 17:4 määräsi näet siitä, että lapsille oli jätettävä säätynsä ja arvonsa mukaan niin paljon kuin tuomari katsoi kohtuulliseksi, jotta lapsi voisi elättää itsensä. Aina 1800-luvulta lähtien tehtiin myös ehdotuksia, joiden mukaan lakiosajärjestelmä tulisi sisällyttää maalaisoikeuteenkin.

[182] Ks. *Rapola*, Uusi lakiosasäännöstö s. 4-6. Ks. myös *Wörlund*, Är mögligheterna att göra bröstarvinge arvlös för begränsade s. 417: "..har genomgått endast mindre ändringar i samband med reformen av adoptivbarns ställning och i samband med att testamentsbevakningen avskaffades." *Wörlund* muistuttaa kuitenkin vuoden 1991 uudistuksista, joilla heikennettiin perillisen velkojien oikeutta vaatia lakiosaa passiivisena pysyttelevän perillisen sijasta (PK 14:6 ja 17:2a).

sitteellä on viitattu siihen osaan perittävän omaisuutta, josta hän ei voi määrätä testamentilla.[183] Tuolla määritelmällä on ongelmansa, koska lakiosaoikeus on perintöoikeuteen aksessorisesti liittyvä, mutta myös individuaalinen oikeus, jota ei ole pakko saattaa voimaan. Lakiosaoikeuden toteuttaminen vaatii aina rintaperillisen omaa aktiivisuutta.[184] Hänen on tehtävä testamentinsaajalle erityinen lakiosailmoitus kuuden kuukauden kuluessa siitä, kun testamentti on annettu hänelle tiedoksi PK 14:4:n mukaisella tavalla (PK 7:5). Jos testamentin edunsaajia on useampia, on jokaiselle tehtävä erillinen ilmoitus. Individuaaliperiaatteen ohjaamana onkin täsmällisempää määritellä lakiosa suhteessa jokaiseen perilliseen itsenäisesti. PK 7:1.2 säätää, että lakiosa on puolet lakimääräisen perintöosuuden arvosta, mutta vaateen individuaalisuus johtaa siis siihen, että lakiosien summan ei tarvitse olla puolta jäämistöomaisuuden arvosta.[185] Lakiosaoikeutensa voi myös menettää, jolloin sen mukainen osuus kuuluu PK 15:5:n ja 16:3:n mukaan sijaantuloperillisille.

Aarnio ja *Kangas* erottavat toisistaan suhteellisen, arvomääräisen ja esinekohtaisen lakiosan. Suhteellisella lakiosalla viitataan mekaaniseen laskukaavaan, jolla kunkin perillisen lakiosan suuruus on selvitettävissä. Arvomääräisellä lakiosalla käsitetään suhteellisen lakiosan ja jäämistöpääoman mukaan määräytyvää varallisuusarvoa. Esinekohtainen lakiosa on ilmausta perintöoikeutemme pyrkimyksestä tasajakoon: PK 23:8:n mukaan jokaiselle perilliselle kuuluu osa kaikenlaatuisesta omaisuudesta. Tämä esinekohtaisen lakiosan sääntö syrjäytyy silloin, kun perittävä on testamentissaan määrännyt lakiosan rahana maksettavaksi - lakiosasuojaa voikin kutsua tahdonvaltaisesti velvoiteoikeudelliseksi.[186]

[183]Tämän ajattelumallin mukaisesti omaisuus voidaan jakaa yhtäältä lakiosaan - joka on se osuus jäämistöstä, josta ei saa tehdä testamenttia - sekä toisaalta vapaaosaan, joka on testamentilla vapaasti määrättävissä oleva perittävän omaisuus eli se osa omaisuudesta, joka ylittää perillisten lakiosien yhteismäärän.

[184]*Mattila*, Les successions agricoles et la structure de la société s. 28 ss. Ks. KKO 1977-II-110.

[185]Individuaalisen luonteensa vuoksi "käyttämätön" lakiosaoikeus ei tule myötäperillisten hyväksi, vaan se lisää sitä ns. vapaaosuutta, josta perittävä voi tehdä testamentin. Ks. esimerkiksi *Rautiala*, Perillisen lakiosa s. 28-31.

[186]Joissakin lakiosainstituution omaksuneissa maissa on suoja tehty velvoiteoikeudelliseksi (esimerkiksi BGB § 2317), josta ks. *Leipold*, Erbrecht s. 268: "Das Pflichtteilsrecht führt zu einem Geldaspruch gegen den Erben bzw. die Miterben, der mit dem Erbfall entsteht und eine Nachlassverbindlichkeit darstellt (§ 1967 Abs. 2). Anders als das Erbrecht gewährt also das Pflichtteilsrecht keine dingliche Beteiligung am Nachlass, sondern nur einen obligatorischen (schuldrechtligen) Anspruch. Dieser ist ausschliesslich auf Geld gerichtet; der Pflichtteilsberechtigte kann nicht verlangen, dass einzelne Nachlassgegenstände auf ihn übertragen werden." Ks. myös *Rautiala*, Perillisen lakiosa s. 238 ss. sekä *Aarnio-Kangas*, Suomen jäämistöoikeus I s. 370-373.

Jäämistön nettovarallisuutta määritettäessä perittävän kuolinhetkisestä varallisuudesta vähennetään hänellä olleet velvoitteet. Jos perittävä oli avioliitossa ja puolisoiden välillä oli avio-oikeuden poissulkeva avioehto, määräytyy perittävän varallisuus omaisuuden erottelun lopputuloksen mukaisesti. Jos perittävän ja puolison välillä on toimitettava avio-oikeuden purkava omaisuuden ositus, muodostuu jaettava jäämistö perittävälle kuuluneesta avio-osasta. Tällöin tulee kuitenkin huomioida, että eloonjääneellä puolisolla on oikeus pidättäytyä tasingon maksamisesta ensiksi kuolleen puolison perillisille AL 103.2 §:n nojalla. Perittävältä jaettavaksi jääneen omaisuuden määrään pienentävästi vaikuttavat siten AL 91 §:n mukainen oikeus etuosaan, AL 103 a §:n mukainen lesken otto-oikeus ja leskelle suoritettava tasinko (PK 7:3). Lesken oikeus etuosaan sekä hänen otto-oikeutensa ovat henkilökohtaisia etuuksia, joten lesken omat perilliset eivät voi niitä vaatia toteutettaviksi. Leski voi vaatia osituksen sovitteluakin AL 103 §:n mukaan, jonka lopputuloksena voi olla, että leski on oikeutettu saamaan sovittelutasinkona enemmän omaisuutta kuin mihin hän laskennallisesti muuten olisi osituksessa oikeutettu.

Lesken suojasäännöksillä muutettiin rintaperillisen lakiosasuojaa 1980-luvulla, vaikka itse PK 7 lukuun ei koskettukaan. Lakiin vain sisällytettiin lakiosaoikeuden rinnalle toinen järjestelmä, ja ristiriidan syntyessä lesken etu on vahvempi. Lakiosan rajoittamattomuusperiaatetta on tällä tavoin kavennettu lesken eduksi ja rintaperillisen vahingoksi. PK 3:1.a.2:n mukaista rajoitettua hallintaoikeutta on luonnehdittu eräänlaiseksi lakiosasuojaksi lesken eduksi. Perinteisestä lakiosaoikeudesta lesken oikeus kuitenkin eroaa paitsi siinä, ettei leski saa omaisuutta omistusoikeuksin, myös sikäli, että leski ei jäämistöoikeudellisin keinoin voi puuttua perittävän eläessään tekemiin luovutuksiin tämän kuoltua. Leskeä suojataan tässä suhteessa huonommin kuin rintaperillistä, jolla on käytettävänään lakiosan täydennyskanne.[187]

Lakiosajäämistö voi kasvaa suuremmaksi kuin laskennallisesti jaettavissa oleva jäämistö, jos perittävä on eläessään tehnyt lakiosaperillisen vahingoksi sellaisia luovutuksia, jotka voidaan ottaa huomioon lakiosaa laskettaessa. Pesän varoihin on lisättävä perittävän antama ennakkoperintö sekä, jos erityisiä vastasyitä ei ole, hänen sellaisissa olosuhteissa tai sellaisin ehdoin eläessään antamansa lahja, että se tarkoituksensa puolesta on rinnastettavissa testamenttiin. Lisäksi tulee myös perittävän jälkeläiselleen tai ottolapselleen

[187] *Aarnio-Kangas*, Suomen jäämistöoikeus I s. 397. Lesken oikeuden ensisijainen toteuttaminen ei kuitenkaan tarkoita, että lakiosaperillisen oikeus sammuisi. Rintaperillisen oikeus saada hallintaansa perittävän omaisuus vain lykkääntyy siihen asti, kunnes eloonjääneen puolison oikeus vastaisuudessa päättyy.

tai tämän puolisolle antama sellainen lahja, jolla on ilmeisesti tarkoitettu suosia sen saajaa lakiosaan oikeutetun perillisen vahingoksi (PK 7:3.3).

5.1.3. Kaavamaisuudesta poikkeaminen

Suomalainen perimysjärjestelmä on rakennettu muodollisen yhdenvertaisuuden varaan. Siitä on kuitenkin tietyissä tilanteissa tehty mahdolliseksi poiketa sosiaalisen oikeudenmukaisuuden vaatimusten mukaisesti. Avustussäännöstö (PK 8 luku) yhtenä tasausmenettelyn muotona mahdollistaa tavanomaisesta jakotuloksesta poikkeamisen, eräissä tapauksissa jopa rintaperillisen lakiosasuojaa loukaten. PK 8 luku tuntee mm. lapselle perintöosansa lisäksi annettavan koulutusavustuksen siihen asti, kunnes hän täyttää 21 vuotta;[188] rintaperillisellä on myös mahdollisuus saada testamentinsaajalta avustusta, jos hän ei kykene itse itseään elättämään. Tätä avustusta voi hakea myös perittävän vanhempi, joka on perillisasemassa. Rintaperillisen lisäksi myös leskelle ja kihlakumppanille on mahdollista antaa avustusta. Näiden tarveperusteisten avustusmuotojen lisäksi PK 8 luku mainitsee myös perilliselle maksettavan työhyvityksen, joka perustuu tosiasiallisesti tehdyn työn hyvittämiseen, ja siksi sen asema tarveperusteisten avustussäännösten joukossa on erikoislaatuinen.[189]

Saarenpää katsoo, että avustussäännöstö ehkäisee tehokkaasti pelkistetyn tasajaon haittavaikutuksia; avustus on tie sosiaaliseen suuntaan. Avustuksiin ei kuitenkaan juuri turvauduta ja säännöstön vähäkäyttöisyys on eittämätön tosiasia. *Saarenpää* pitää yhtenä syynä sitä, että PK 8 luku on verraten vähän tunnettu - sen olemassaolosta ei aina olla selvillä. Toisekseen julkisoikeudellisen huollon katsotaan korvaavan PK 8 luvun mukaiset avustukset. Avustuksien vähäinen käyttö ei kuitenkaan ole osoitus järjestelmän tarpeettomuudesta; onhan se poikkeustilanteisiin tarkoitettu, ja siksi sen ei tarvitsekaan tulla usein käyttöön. Tämä on myös yksi säännöstön tärkeyden mittapuista, koska jo olemassaolollaan se on kehotus PK 23 luvun

---

[188]Yhden perimyksen tärkeimmistä tehtävistä on nähty olevan perillisten kasvatus- ja koulutustarpeiden tyydyttäminen jäämistöön kuuluvilla varoilla. Ks. lisää *Kangas*, Perimyksen tehtävät ja perimysjärjestys s. 1064 ss.

[189]Työhyvityksen luonteesta ks. KKO:1996:118, jossa katsottiin, että työhyvitys lisää saajansa perintöosuutta ja että se on maksettava perinnönjaossa kuolinpesän varoista. Tällöin kuolinpesän ja saajana olevan perillisen välillä ei ole sellaista velkasuhdetta, joka oikeuttaisi pitämään sitä korkolain 1.1 §:n mukaisena rahavelkana, jolle tulisi sen vuoksi maksaa viivästyskorkoa.

jakosäännösten joustavaan käyttöön.[190]

Puolisoiden aviovarallisuutta koskevat tosiseikat vaikuttavat sen perittävälle tosiasiallisesti kuuluneen jäämistön suuruuteen, jonka mukaan lakiosat lasketaan. Merkittävää on havaita, että vuoden 1988 alusta on pehmeä sääntely löytänyt myös aviovarallisuusoikeuden. Tuolloin saatettiin voimaan joustava säännös - AL 103 b § - siitä, miten ositusta voidaan sovitella ja sitä voi soveltaa myös kuoleman johdosta toimitettavaksi tulleen osituksen yhteydessä. Säännöksen soveltaminen saattaa käytännössä johtaa siihen, että osituksessa lähtökohtana olevaa puolittamisen mukaista ratkaisua muutetaan. Tällöin pesänjakaja katsoo, että lesken osuuden aviovarallisuudesta tulisi olla suurempi kuin mihin ositussäännösten kaavamaisten laskentakaavioiden soveltaminen johtaisi. *Pertti Välimäki* on pohtinut syitä, jotka voisivat oikeuttaa sovittelun, jotta sen asema poikkeuksellisena säännöksenä säilyisi. Ongelma on siinä, että olisi saatava aikaan panos- ja tarveperusteisiin perustuva oikeudenmukainen ratkaisu in casu, mutta toisaalta tuo ratkaisu olisi oikeuttamisensa kautta saatava hyväksyttäväksi.[191] Osituksen sovittelusäännös ei ole kuitenkaan jakoa: sen systemaattinen paikka ei ole jäämistöoikeudellisesti määräytynyt, vaikka sen mahdollinen soveltaminen voikin vaikuttaa oleellisesti lesken asemaan perittävän kuoltua toimitettavassa omaisuuden jaossa.

5.1.4. Lakiosa oikeusinstituutiona nyky-yhteiskunnassa

Ajoittain on keskusteltu siitä, tulisiko nykytyyppisestä lakiosajärjestelmäs-

[190]*Saarenpää*, Tasajaon periaate s. 430, 442. Suomen jäämistöoikeuteen liittyy harkinnanvaraisuutta avustustilanteiden lisäksi erityisesti silloin, kun perintö muiden perillisten puuttuessa menee valtiolle (PK 5:1). Valtio voi luovuttaa kiinteistön edelleen, jos ei ole erityisiä syitä pysyttää sitä valtion omistuksessa tai käyttää sitä muilla tavoin. Edelleenluovutus on mahdollista tehdä sille kunnalle, missä vainaja viimeksi asui tai missä omaisuus sijaitsee. Myös perittävän sukulainen tai muu läheinen on oikeutettu hakemuksen tekemään. Viranomaiskäytännössä on käsitteen läheinen katsottu sopineen mm. avopuolisoihin ja kasvattilapsiin. Luovutuksen on oltava olosuhteet katsoen kohtuullinen ottaen huomioon henkilön varallisuusaseman ja muut sosiaaliset näkökohdat. Luovutuksen saajana tulee myös oikeushenkilö kysymykseen.

[191]Ks. panos- ja tarveperustelun sisällöstä Osituksen sovittelu s. 20. *Välimäki* päätyy siihen, että sovitteluun voivat johtaa ensisijaisesti panossyyt, ja tarveperuste on toissijainen ja edellä mainittua täydentävä peruste. *Välimäki* rakentaa sovittelusäännöstä koskevan harkintakaavion, joka ei kuitenkaan aina välttämättä kuvaa tosiasiallista ratkaisutoimintaa. Tuon kaavion arvo onkin kirjoittajan mukaan siinä, että ratkaisun perustelujen olisi käytävä sen valossa paremmin ymmärrettäviksi - sillä on siten merkitystä oikeuttamistoiminnan arvioinnin kannalta (ks. s. 418).

tä luopua tai olisiko ainakin lakiosan vahvuutta vähennettävä.[192] Muutosehdotuksissa on kiinnitetty huomiota siihen, miten lakiosasäännöstön laatimisen aikaan perilliset olivat taloudellisesti homogeenisempi ryhmä kuin nykyisin. Nyky-yhteiskunnassa ammattien erilainen tulotaso ja arvostus sekä perheen sisäiset koulutusaste-erot aiheuttavat suuriakin eroja perillisten yhteiskunnallisessa ja taloudellisessa asemassa. Eli jos ajatellaan, että perittävä tahtoo saattaa perilliset tasa-arvoiseen asemaan, ei mekaaninen lakiosan laskutapa auta tuon tavoitteen saavuttamisessa. Kaavamainen perinnön jakaantuminen ei ota huomioon perimystilanteiden kirjavuutta ja suojan mekaanisuus aiheuttaa joskus kohtuuttomiksi muodostuvia tilanteita. [193]

Göran Wörlund on ottanut kantaa instituution tarpeellisuuteen käytännön asianajotyötä tekevän juristin näkökulmasta. Hän toteaa, että jäämistöoikeuden sisällä lakiosa on yksi perustavimpia käsitteitä ja että perintöoikeudellisia asioita hoitavat juristit joutuvat yhä useammin tekemisiin sitä koskevien oikeuskysymysten kanssa. Hankaluuksia aiheuttaa *Wörlundin* mukaan se, että perillisen perinnöttömäksi tekeminen on tosiasiallisesti hyvin vaikeaa, vaikka siihen järkiperusteluja löytyisikin.[194] Perillinen voi myös käyttää lakiosasäännöstöä sen tavoitteiden vastaisesti shikaaninomaiseen toimintaan (viivyttämään ja vaikeuttamaan jakoa). Esimerkiksi tasajaon periaatteen mukainen esinekohtaisuus (PK 7:1.2 ja 23:8) on osoittautunut

---

[192]*Saarenpään*, Perintö ja jäämistö s. 128, mukaan tätä kysymystä on laajemmin pohdittu lesken aseman uudistamiseen johtaneen lainvalmistelun yhteydessä. Ks. myös alaviite 325, jossa viite lainvalmistelumateriaaliin. *Kangas*, Kaikella on aikansa s. 1083 (LM 6-7/1998 s. 1079-1088), pitää PK:n lakiosasäännöstöä liian tiukkana. Hänen mielestään perittävän vapaa disponointivalta tulisi asettaa perintöoikeudellisen sääntelyn peruslähtökohdaksi. Samankaltaista keskustelua käyty myös muissa Pohjoismaissa, mm. Norjassa. Ks. esimerkiksi *Lödrup*, Arverett (Oslo 1995) s. 97-102, jossa kirjoittaja kuitenkin päätyy puoltamaan lakiosainstituution säilyttämistä.

[193]*Aarnio-Kangas*, Suomen jäämistöoikeus I, s. 370 ss. Perintöoikeuskomitean mietinnössä 1975:84 todetaan lakiosaa koskevien säännösten olevan kaavamaisia, mutta myös vaikeaselkoisia, jolloin yksittäistapauksessa saattaa käydä niin, että vain asiantuntija osaa käyttää säännöksiä edukseen.

[194]Är mögligheterna att göra bröstarvinge arvlös för begränsade ? s. 416, 419. Tavallisimmat syyt, miksi perillinen halutaan sulkea pois jäämistön edunsaajien joukosta, ovat hänen taloudelliset vaikeutensa, ylivelkaantuminen sekä edellisiin syihin usein liittyvä alkoholismi. Kokonaan toisenluonteisia ovat ne tilanteet, joissa rintaperillisellä on esimerkiksi vaikea vamma, joka aiheuttaa sen, että hän on sidottu loppuelämäkseen laitoshuoltoon. Näissä tapauksissa vanhemmat saattavat pelätä, että yhteiskunta ottaa vastaisuudessa lapselle perintönä tulevan omaisuuden haltuunsa.

lakiosasäännöksiin yhdistettynä joskus mahdottomaksi toteuttaa.[195]

Wörlundin artikkeli on hyödyllinen siltä pohjalta, että se ohjaa oikeustiedettä keskittymään kysymyksiin, jotka käytännön työtä tekevä juristi on havainnut ongelmallisiksi. Laki vaikuttaa ihmisten elämään sen konkreettisella tasolla, ja tämän tason soveltamista teoria on tarkoitettu palvelemaan. Lakiosaan liittyvien ongelmien ratkaiseminen sitä kautta, että kyseinen instituutio poistettaisiin PK:sta kokonaan, näyttää kuitenkin liian hätäiseltä. Lakiosasäännösten traditio, niiden liityntä PK:n kokonaissystematiikkaan ja kansalaisten oikeudenmukaisuusoletuksiin puoltavat instituution säilyttämistä.[196] Kuten *Saarenpää* toteaa: "Kysymys ei ole vanhentuneesta jäämistöoikeudellisesta instituutiosta."[197]

5.2. Perittävän tahdonautonomia lähtökohtana Englannin jäämistöoikeudessa

5.2.1. Taustaa

> "Englantilaiset tuntuvat ajattelevan, että kotini on linnani. Samoin he tuntuvat olevan vakuuttuneita siitä, että ihmisillä on oltava loukkaamaton oikeus jättää kuollessaan omaisuutensa valitsemilleen henkilöille."[198]

Testamenttausvapauden ensisijaisuuden vuoksi ei lakiosajärjestelmä, jossa sen henkilöllinen ulottuvuus ja määrä olisi laissa automaattisesti määrätty,

---

[195]Tässä ei tosin käy ilmi, tarkoittaako kirjoittaja esinekohtaista tasajakoa vai omaisuuslajittaista tasajakoa, joista vain jäljempänä mainittua voi pitää systeeminmukaisena. Ks. myöhempi luku 6.2.7 tasajaon periaatteesta. Ks. *Wörlund*, Är mögligheterna att göra bröstarvinge arvlös för begränsade ? s. 424 ss.

[196]Perintökaareen on kuitenkin ehdotettu lakiosajärjestelmään vaikuttavaa muutosta, suosiolahjan käsitteen poistamista 7:3.3 §:stä. Ks. HE 117/1998.

[197]Ks. Perintö ja jäämistö s. 129: "Kysymys ei ole yhteiskunnan taloudelliseen kehitysasteeseen sidotusta järjestelmästä, vaan viime kädessä aitojen arvojen kunnioittamisesta vanhempien ja lasten välisessä suhteessa. Tasajaon periaate yhdenvertaisuusperiaatteena on ymmärtääkseni edelleen yksi vakiintuneista oikeudenmukaisuusperiaatteista. Lasten taloudellinen eriarvoisuus suhteessa vanhempiinsa on vaikeasti hyväksyttävissä oleva asia." Ks. myös *Malmström*, Successionsrätt I s. 64, joka huomauttaa, että lakiosa myös suojaa lapsia perittävän "kiristystoimilta". Jos testamenttausvapaus olisi nykyistä laajempi, perittävä voisi kuolemanvaraisesti määrätä lapsen jäämään ilman perintöosuutta esimerkiksi vain siksi, että tämä ei valinnut vanhempiansa miellyttävää puolisoa tai ammattia.

[198]*Miller*, Family Provsion on Death s. 263.

soveltuisi Englannin perimyssäännösten muodostamaan kokonaisuuteen. Kuitenkin myös tässä tahdonautonomiaa korostavassa järjestelmässä on katsottu tarpeelliseksi, että lähimpiä perheenjäseniä voisi jollain tavoin perittävän kuollessa suojata - jos he suojan tarpeessa tuolloin ovat.[199]

Englannin jäämistöoikeuden historiallisen kehityksen kuvaileminen testamenttausvapautta korostavaksi on osin harhaanjohtavaa, koska perittävän tahdonautonomia on esiintynyt siellä rajoittamattomana vain noin yhden vuosisadan ajan. Vuoden 1833 jälkeen miehet saivat testamentata omaisuuttaan ilman rajoituksia aina siihen asti, kunnes Englantiin säädettiin ensimmäinen etuosaa koskenut laki vuonna 1938. Naiset saivat testamenttausvapauden noin puoli vuosikymmentä miehiä myöhemmin.[200] Muina aikoina puolison suojaksi säädetyt - yleensä maaomaisuuteen ja sen käyttöön liittyneet - säännöt ovat rajoittaneet testaattorin oikeuksia.[201] *Nicola Peart* onkin muistuttanut, että testamenttausvapautta kannattaneet merkittävimmät teoreetikotkaan - kuten *Mill*, *Pufendorf* ja *Locke* - eivät ole ehdottaneet, että sen tulisi olla absoluuttista vapautta. Heidän mielestään vanhemmille kuului moraalinen velvollisuus huolehtia elatuksen tarpeessa olevista lapsistaan. Sitä vastoin puolisoiden asema tuli heidän mielestään parhaiten turvatuksi aviovarallisuusjärjestelmän kautta.[202]

5.2.2. Perittävän tahdonautonomian rajoittamisen historiasta

> "Jos etsimme merkittävää jäämistöoikeudellista keksintöä, emme löydä sitä mannereurooppalaisista oikeusjärjestyksistä vaan common law - maista tai, tarkemmin sanottuna, Englannista sekä useista Kansainyhteisöön kuuluvista maista."[203]

Perittävän testamenttausvapauteen vaikuttava etuosajärjestelmä tuli Kansainyhteisön alueella voimaan ensimmäisenä Uudessa-Seelannissa vuonna 1908. Lainsäätäjä siirsi säädöksen kolme vuosikymmentä myöhemmin lähes sinällään Englannin oikeuteen. Tarve tämän oikeudellisen siirrännäisen toteuttamiseen oli syntynyt sellaisten tilanteiden, joista oikeuskirjallisuudessa käytetään nimitystä "the problem of disinheritance", yleistymisen myötä.

---

[199] *Miller*, Family Provision on Death s. 263.

[200] Naisten oikeuksien toteutumisen mahdollisti se, että Married Women´s Property Actit säädettiin 1800-luvun lopulla. Ks. aiempi luku 2.3.2.

[201] *Rheinstein*, Gesammelte Schriften I s. 238.

[202] *Peart*, The Direction of the Family Protection Act 1955 s. 212-213. Myös *Spellenberg ym.*, Recent Developments in Succession Law s. 724.

[203] *Rheinstein*, Gesammelte Schriften II s. 238.

Niillä tarkoitetaan tilanteita, joissa perittävä käyttää testamenttausvapauttaan lesken ja lapsien syrjäyttämiseksi perillisasemasta. Ennen etuosajärjestelmän voimaantuloa perittävä saattoi testamentillaan syrjäyttää lesken edunsaajan asemasta yhtä vapaasti kuin muutkin perilliset, eikä puolison suojana ollut myöskään avio-oikeutta.[204]

Keskustelua testamenttausvapauden rajoittamattomuuden haitoista käytiin yli vuosikymmenen ajan ennen kuin uusi laki - Inheritance (Family Provision) Act 1938 - tuli voimaan. Sen perusteella tuomioistuin saattoi puuttua testamentin määräyksiin silloin, kun tapauskohtaisesti arvioitava kohtuuttomuuden vaara oli ilmeisen suuri. Lisäedellytykseksi säädettiin, että testamenttimääräyksiin muutosta hakeva henkilö tarvitsi varoja välttämättömien elinkustannustensa kattamiseksi.[205] Etuosaa koskevan lain voimaantulon myötä periaatteelliseen testamenttausvapauteen ei siten suoraan ja ehdottomasti puututtu. Tätä pidettiin parempana vaihtoehtona kuin lakiosajärjestelmää.[206]

1930-luvulla säädettyä etuosalakia pidettiin huomattavana parannuksena vanhaan oikeustilaan verrattuna, vaikkakaan se ei ollut vastaus kaikkiin perimystilanteissa mahdollisesti syntyviin epäkohtiin. Uuden säädöksen soveltamisessa yksi suurimmista ongelmista syntyi lain suppean soveltamiskentän vuoksi. Leskelle ja perittävän lapsille tuli näet antaa vain sen suuruinen etuosa, mitä he tarvitsivat välittömien elinkustannustensa kattamiseksi. Siten niiden puolisoiden, joiden avioliitot päättyivät perittävän kuoleman johdosta, taloudellinen asema saattoi muodostua huonommaksi kuin niiden, joi-

[204]Ennen etuosalain voimaansaattamista Englannin parlamentissa oli esillä useampi sittemmin hylätyksi tullut lakiehdotus. Niistä yhdessä ehdotettiin jopa lakiosajärjestelmän säätämistä. Ks. *Sawyer*, Principles of Succession, Wills and Probate s. 361. Huomaa *Finch ym.*, Wills, Inheritance and Families s. 24 ss., jossa kirjoittajat eivät katso, että uuden lain säätämisen tärkeimpänä syynä olisivat olleet ne esille otetut yksittäiset tapaukset, joissa testamenttausvapaus oli johtanut kohtuuttomuuksiin: "Rather the case for legislation was based on the fact that England and Wales were out of step with Scotland, most of Europe, North America, and the Dominions in allowing such freedom of testamentary disposition."

[205]*Kangas*, Perimyksen tehtävät ja perimysjärjestys s. 1063, kutsuu tätä säädettyä instituutiota jäämistöavustukseksi. *Joutsenen* Lakikielen sanakirjassa (Porvoo 1985) termi suomennetaan elatusavuksi. Itse kuitenkin olen päätynyt etuosaan.

[206]*Martyn*, Family Provision s. 2. Uuden-Seelannin ja Englannin lisäksi harkinnanvarainen etuosajärjestelmä on voimassa myös Australian, Kanadan ja Pohjois-Irlannin perimysjärjestelmissä. Ks. *Miller*, Family Provision on Death s. 261 ja *Rheinstein*, Gesammelte Schriften II s. 238, alaviite 103. Etuosasäännöstö on otettu käyttöön myös joissakin afrikkalaisissa (Englannin entisissä alus)maissa. Ks. tästä *Spellenberg ym.*, Recent Developments in Succession Law s. 744.

den avioliitto päättyi avioeroon. Lain aiheuttamia epäkohtia vahvensi sekin, että tuomioistuimet suhtautuivat etuosalain nojalla tehtyihin hakemuksiin alunalkaen varovaisesti - ne eivät halunneet puuttua testamenttausvapauden toteuttamiseen.[207] *Mary-Ann Glendonin* mukaan Englantiin säädetyn etuosainstituution puutteet kävivät entistä selvemmiksi, kun säädöstä vertasi tuolloin muissa maissa voimassa olleisiin avio-oikeuden ja lakiosan tunnustaneisiin oikeussysteemeihin. *Glendon* toteaa kuitenkin, että vuoden 1938 laki sai jäämistöoikeutta koskevan kohtuullistamisajattelun kehityksen huomaamatta alkuun.[208] Etuosaa koskevien harkintaratkaisujen kautta kohtuus oli luomassa perittävän tahdonautonomialle kehyksiä.

Vuonna 1952 säädöstä uudistettiin ensi kerran. Tuolloin lain soveltamisalue ulotettiin koskemaan myös lakimääräisiä perimystilanteita, kun aiemmin tuomioistuimilla oli ollut oikeus puuttua vain perittävän tekemien jälkisäädösten määräyksiin. Kohtuullistaminen on siten mahdollista myös niissä tilanteissa, joissa AEA:n mukainen jako tuntuu yksittäistapauksessa epäoikeudenmukaiselta.[209] Etuosalain uudistamiseen ryhdyttiin tämän jälkeen sen reilun kahden vuosikymmenen voimassaolon jälkeen vuonna 1975, jolloin saatettiin voimaan Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act (tästä eteenpäin IPA). Muutoksena aiempaan oli lähinnä hakijoiden piirin laajentaminen ja tietyt etuosan myöntämisedellytyksiä ja sen toteuttamistapoja koskevat helpotukset.[210]

5.2.3. Etuosalain soveltamisalue

5.2.3.1. Aluksi

> "Joiltain osin se on vallankumouksellinen säädös, koska se luo poikkeusmahdollisuuden usein toistettuun sääntöön, että tuomioistuin ei

[207]Ks. *Finch ym.*, Wills, Inheritance and Families s. 25.

[208]Fixed Rules and Discretion s. 1188: "Perhaps it is not surprising that no one noticed that the camel´s nose of discretion had slipped into the tent of inheritance law."

[209]*Bailey*, The Law of Wills s. 92. Muutos tehtiin vuoden 1952 Intestates´ Estates Actilla.

[210]*Glendon*, Fixed Rules and Discretion s. 1188: "The whole camel was now inside the tent with a gleeful crowd of lawyers tending to its needs." Ks. *Sawyer*, Principles of Succession, Wills and Probate s. 363, joka huomauttaa, että lakikomissio otti huomioon ennen vuoden 1975 muutoksia ehdottaessaan muissa Kansainyhteisön maissa voimassa olevan lainsäädännön: "The Law Commission cited the Ontario Law Reform Committee and the Law Reform Committee of Western Australia.."

> koskaan muuta mitenkään tai lisää mitään tehtyyn testamenttiin. Sen vuoksi jo pelkkä etuosasäädöksen nimen mainitseminen riittää siihen, että juristin saa tärisemään hermostuneesti."[211]

Etuosaa haetaan tuomioistuimelta eikä jäämistön jakoon tule ryhtyä ennen kuin sitä koskevan hakemuksen vireille panemiseen varattu määräaika on kulunut.[212] *J.G. Ross Martyn* huomauttaa, ettei kaikkia jakotoimia tule automaattisesti pitää kiellettyinä ennen etuosan hakemiselle varatun määräajan kulumista. Hän suosittelee terveen järjen käyttöä ja yksittäistapauksellisten olosuhteiden arviointia: "pesänhoitajien tulisi muodostaa oma mielipiteensä - tarvittaessa oikeudellisten neuvonantajiensa avustuksella[213] - siitä, mitkä maksut he voivat jäämistövaroista rauhoitusaikana suorittaa. Jos he eivät halua suorittaa noita maksuja omalla vastuullaan, he voivat kysyä lupaa toimilleen kaikilta niiltä jäämistön edunsaajilta, joihin kyseinen suoritus voisi jollain tavoin vaikuttaa. Jos pesänhoitajat eivät saa mainituilta henkilöiltä suostumusta harkitsemilleen maksuille, he voivat kääntyä tuomioistuimen puoleen ja pyytää sitä toteamaan, että luvan antamisesta kieltäytyminen ei ole ollut olosuhteet huomioiden kohtuullista."[214]

Tuomioistuimen harkinta etenee etuosalain soveltamista koskevissa tapauksissa vaiheittain. Ensiksi on arvioitava, onko hakijalla lain mukainen oikeus etuosavaateen esittämiseen. Tämän jälkeen ryhdytään pohtimaan, onko AEA:n lakimääräisten perinnönjakosääntöjen, testamenttimääräysten tai näiden yhteisvaikutuksen nojalla katsottava, että etuosaa hakeva henkilö ei tosiasiallisesti tule saamaan jäämistön varoista kohtuulliseksi katsottavaa taloudellista etua: "..is not such as to make reasonable financial provision for the applicant." (IPA pykälä 1(1)). Vastauksen ollessa myönteinen tuomioistuimen on päätettävä kohtuullisen etuosan määrästä ja suoritustavasta.[215] IPA:n soveltaminen ei ole helppoa, koska tuomareilla ei ole olemassa

[211] *Bailey*, The Law of Wills s. 92.

[212] IPA pykälä 20(1). Etuosaa koskeva hakemus on tehtävä kuuden kuukauden kuluessa siitä, kun pesänhoitajat (ks. myöhempi luku 6.3) ovat saaneet tuomioistuimelta valtuutuksensa. Hakija voi tosin saattaa asian vireille jo ennen pesänhoitajien nimitystäkin (esimerkiksi Re Searle [1949] Ch 73).

[213] Tämä liittyy siihen, että pesänhoitajina jäämistöä jakokuntoon selvittävät ja sen lopullisesta jakamisesta vastaavat henkilöt ovat yleensä jäämistöintressenttejä eli maallikoita vailla juridista koulutusta. Tästä ks. myöhempi luku 6.3.3.

[214] *Martyn*, Family Provision s. 12, myöntää olevan hyvin hankalaa määritellä täsmällisesti niitä tilanteita, joissa pesänhoitaja voi ryhtyä jäämistön jakamiseen etuosan hakemiselle varatun puolivuotiskauden aikana. Mahdollista tämä voisi olla esimerkiksi silloin, kun testamentin edunsaaja hakee hänelle kuuluvan osuuden pienuuden vuoksi lisäetuutta jäämistövaroista. *Martyn* viittaa kantansa vahvistamiseksi tapaukseen Re Ralphs [1968] 1 WLR 1522.

[215] *Miller*, The Machinery of Succession s. 55.

valmista kaavaa, johon elämän moninaiset tilanteet voitaisiin palauttaa. Heiltä edellytetäänkin kykyä kokonaisuuksien hahmottamiseen sekä kaukonäköisyyttä. Onhan etuosan tarve ja sen suuruus harkittava vasten hakijan omia että muiden perittävän läheisten sekä jäämistön mahdollisten edunsaajien olosuhteita (niin tarkasteluhetkellä kuin tulevaisuudessakin).

5.2.3.2. Etuosalain hakijaryhmät

Etuosaa hakevan henkilön tulee kuulua johonkin IPA:n määrittelemästä kuudesta ryhmästä, jotka perustuvat joko sukulaisuuteen tai hakijan ja perittävän välillä olleen suhteen tosiasialliseen läheisyyteen.[216] IPA:n mainitsemat kuusi hakijaryhmää ovat:

a. Perittävän mies tai vaimo.[217]

b. Entinen aviopuoliso.[218]

c. Perittävän lapsi, myös avioliiton ulkopuolella syntynyt, "illegitimate child".[219]

d. Henkilö, jota on kohdeltu perittävän perheenjäsenenä. Ratkaisevaa on, kuinka perittävä suhtautui hakijaan. Muiden perheenjäsenten asenteella ei ole merkitystä.[220]

---

[216]IPA pykälät 1(1)(a)-(f).

[217]Myös sellaisen avioliiton, joka pätemättömyydestään huolimatta on hyvässä uskossa solmittu, on katsottu oikeuttavan hakemuksen tekemiseen. Tapauksessa Re Sehota [1978] 3 All ER 385 oli perittävä mennyt Intiassa naimisiin kahden eri naisen kanssa. Toisen vaimon tekemä hakemus otettiin käsiteltäväksi, vaikka kaksinnaiminen ei Englannin oikeuden mukaan olekaan sallittua.

[218]Avioerotilanteissa taloudellisten suhteiden selvittäminen tapahtuu ensisijaisesti perhelainsäädännön nojalla - siksi tuomioistuimen jälkikäteistä puuttumista tilanteeseen IPA:n säännöksin on pidettävä poikkeuksellisena. Ks. Re Fullard [1981] 2 All ER 796, jossa hakijana oli perittävän entinen vaimo, joka oli erossa saanut pienehkön summan käteistä sekä käyttöoikeuden kotinaan käyttämäänsä taloon. Omaisuutensa mies oli testamentannut naispuoliselle ystävälleen. Perittävän kuoltua entiselle vaimolle ei enää myönnetty etuosaa hänen vaatimattomista elinolosuhteistaan huolimatta. Ratkaisun perusteluissa painotettiin sitä, ettei etuosajärjestelmällä saa jälkikäteen puuttua avioerosäännöstön perusteella ensisijaisesti säänneltäväksi kuuluviin tapauksiin.

[219]Ks. Re Coventry [1980] Ch 461, jossa tuomioistuin hylkäsi perittävän 46-vuotiaan, työssäkäyvän pojan tekemän hakemuksen. Sinänsä perillisen aikuisiän ei tarvitse välttämättä estää etuosan myöntämistä, jos sen tarve on jossakin konkreettisessa tapauksessa ilmeinen. Lapsien asema etuosan hakijoina tulee myöhemmin tarkasteltavaksi luvussa 5.2.3.4.

[220]Tapauksessa Re Callaghan [1985] Fam 1 hakijan äiti oli avioitunut perittävän kanssa, jonka jälkeen hän oli asunut äitinsä ja isäpuolensa kanssa aina jälkimmäisen kuolemaan asti. Hakijalla oli ollut isäpuoleensa erittäin läheiset välit, ja perheen perustettuaan hakijan omatkin lapset olivat kohdelleet perittävää vaarinaan. Tässä tapauksessa etuosahakemus hyväksyttiin. Vastaavasta problematiikasta myös Re Leach [1985] 2 All ER 754.

e. Henkilö, joka on ollut perittävän elätettävänä. Hakijan on tullut olla perittävän elätettävänä välittömästi ennen tämän kuolemaa. Välittömyyttä ei kuitenkaan ole pidetty oikeuskäytännössä ratkaisevana vaan lisäksi on edellytetty järjestelyn vakiintuneisuutta. Hakijan on osoitettava perittävän kattaneen hänen elinkustannuksensa saamatta siitä kohtuullista vastiketta.[221]

f. Perittävän avopuoliso. Tämä hakijaryhmä lisättiin lakiin vuonna 1995, ja sillä viitataan sellaiseen henkilöön, joka oli asunut perittävän kanssa avioliitonomaisesti kaksi vuotta välittömästi ennen tämän kuolemaa.[222]

5.2.3.3. Harkintakriteerit

IPA (pykälä 3(1)) sisältää seitsenkohtaisen listan niistä yksittäistapauksellisista olosuhteista, joihin tuomioistuimen tulee kiinnittää harkinnassaan huomiota. Niistä neljässä ensimmäisessä on huomioitu sekä etuosaa hakevan henkilön että jäämistön muiden intressenttien taloudelliset voimavarat ja tarpeet. Tuomioistuimet ovat oikeuskäytännössä tarkastelleet etuosaa hakeneiden henkilöiden tilanteita objektiivisessa valossa. Se tarkoittaa, että perittävän tarkoitus tai hakijan subjektiivinen mielipide eivät saa ohjata päätösharkintaa. Vielä vuoden 1938 lakia sovellettaessa mittapuuna käytettiin subjektii-

[221] Re Wilkinson [1978] 1 All ER 221, jonka mukaan vastikkeellisuutta arvioitaessa on yksinkertaisesti laskettava, mitä hakija on perittävälle antanut ja mitä häneltä saanut. Ennakkotapauksessa Jelley v Iliffe [1981] Fam 128 kommentoitiin, että jokainen tapaus tulee punnita huolellisesti siinä ilmenneiden olosuhteiden valossa ja katsoa, oliko hakija tosiasiallisesti perittävän elatuksesta riippuvainen vai ei. Pelkkä elätettävänä olo ei takaa etuosan myöntämistä vaan hakijan täytyy näyttää, että perittävä oli pitänyt hänen elättämistään velvollisuutenaan. Tämän kaltaisten subjektiivisten tunteiden huomioon ottaminen tuottaa säännöksen soveltajalle lisävaikeuksia - onhan pohdittava, loiko perittävä riippuvuussuhteen tarkoituksella. Tässä hakijaryhmässä on hyväksytty mm. rakastajattaren etuosahakemus, kun elatussuhde näytettiin toteen (Malone v Harrison [1979] 1 WLR 1353). Ennen vuonna 1995 toteutettua hakijaryhmien osittaisuudistusta avopuolisoiden mahdollisuus etuosan hakemiseen oli mahdollista vain tämän ryhmän jäsenenä.

[222] Ks. avopuolison aseman kehityksestä etuosalain kannalta *Sawyer*, Principles of Succession, Wills and Probate s. 364 ss. Ennen avopuolisoiden lisäämistä yhdeksi etuosan hakijaryhmäksi, oikeuskäytännössä oltiin heidän hakemuksiinsa jo otettu suopea kanta. Ks. esimerkiksi Bishop v Plumley and another [1991] 1 All ER 236. Avosuhteilla tarkoitetaan *Sawyerin* mielestä heteroseksuaalisia parisuhteita. Tämä tarkoittaa, että samaa sukupuolta olevan avosuhteen toinen osapuoli tuskin voisi tehdä hakemusta etuosasta uuden avopuolisoita koskevan hakijaryhmän perusteella. *Sawyer*, Principles of Succession, Wills and Probate s.367 ss., perustelee tulkintaansa muille oikeudenaloille tehdyillä analogioilla. Englannin oikeus ei tunnista esimerkiksi mahdollisuutta saada homoseksuaalista parisuhdetta rekisteröidyksi kuten Hollannissa.

vista testiä.[223] Käytäntö muuttui kuitenkin jo vuonna 1969 tapauksen Goodwin v Goodwin ratkaisun myötä.[224] Vuonna 1980 ratkaistussa tapauksessa Coventry v Coventry objektiivisuusteesi oli jo vakiintunut ja *Lord Goff* lausuikin tuolloin, että "koska testi on objektiivinen, perittävän esittämät toiveet siitä, että hän haluaisi tietyn henkilön hyötyvän jäämistöstään, ovat tosiasiallisesti vailla merkitystä."[225] Tämä tulkinta on rationaalinen etuosalain tavoitteidenkin valossa. Pyritäänhän sen säännöksillä nimenomaan turvaamaan perittävän läheisten asemaa hänen tekemiään kuolemanvaraisdisponointeja vastaan.

Koska etuosalaki on poikkeusnormisto, tulisi tuomioistuinten soveltaa sitä varovasti. Väljä soveltamiskäytäntö olisi näet epäsuhdassa Englannin jäämistöoikeuteen kuuluvien peruslähtökohtien kanssa.[226] *R.D. Oughtonin* mielestä IPA:n säännösten väärinkäytöstä on hyvänä esimerkkinä tapaus C.A v C.C.[227] Perittävä oli tehnyt testamentin, jossa edunsaajana oli hänen avioliittonsa aikana syntynyt lapsi. Testamentin tehtyään perittävällä oli avioliiton ulkopuolinen suhde, jonka seurauksena hänelle syntyi toinenkin lapsi. Perittävän kuoltua "lehtolapsi" haki etuosaa ja hänelle määrättiin jäämistöstä maksettavaksi yhtä suuri osuus kuin aviolapsellekin. Lopputulosta perusteltiin tasavertaisuuden periaatteella. *Oughtonin* mukaan tuomioistuimen perusteluissa on korjaamisen varaa, koska laissa ei ole mainintaa siitä, että perittävän tulisi jättää yhtä paljon aviottomalle kuin avioliitossa syntyneelle lapselleen.[228] Testamenttausvapaus on lähtökohtaisena periaatteena, eikä kenelläkään ole pääsääntöisesti muita parempaa asemaa etuosaa hakevien henkilöiden joukossa (leskeä koskevin poikkeuksin). Toisaalta tuomioistuimet ovat aina kiinnittäneet huomiota niin perittävän juridisiin kuin moraalisiinkin velvoitteisiin, eikä hakijan pidä sukulaisuudenkaan perusteella olettaa saavansa muihin hakijoihin verrattuna parempaa asemaa. Tätä osoittaa ennakkotapaus Jessop v Jessop, jossa etuosa myönnettiin lesken lisäksi myös perittävän rakastajattarelle.[229]

Hakijan tosiasiallinen taloudellinen tilanne ei aina ole ratkaiseva tekijä. Esimerkiksi punnitessaan hakijan kyvykkyyttä oman elantonsa hankkimi-

---

[223]Ks. tapaukset Styler v Griffith [1942] Ch 387 sekä Re E [1966] 1 WLR 709.

[224][1969] 1 Ch 283.

[225][1980] Ch 461, erityisesti s. 488.

[226]*Oughton*, Tyler´s Family Provision s. 41.

[227]The Times, 17.11.1978.

[228]*Oughton*, Tyler´s Family Provision s. 41. Toisena etuosalain väärinkäytön esimerkkitapauksena hän mainitsee tapauksen Re Christie [1979] Ch 168.

[229][1992] 1 FLR 591.

seen, tuomioistuimet ovat säännönmukaisesti arvioineet hänen potentiaalisia ansaitsemismahdollisuuksiaan. Tapauksessa Duckbury v Duckbury tuomioistuin piirsi hakijan omalle vastuulle rajoja. Hakijana oli perittävän tytär, jolla oli sihteerin ammattitaito, mutta joka teki vain puolipäivätöitä keskittyen lopuksi aikaa taideopintoihinsa. Tuomioistuin hylkäsi hakemuksen ja painotti perusteluissaan, että hakija oli itse vapaaehtoisesti valinnut elämäntapansa ja sitä myöten elintasonsa - etuosa ei saa olla helppo tie rikastumiseen.[230]Toisaalta hakijan fyysiset ja psyykkiset ominaisuudet tulee huomioida erityisesti silloin, kun niissä on sellaisia vajavaisuuksia, että ne heikentävät hakijan mahdollisuuksia oman elantonsa hankkimiseen (IPA pykälä 3(1)(f)). Tällaistä henkilöä kohtaan perittävällä katsotaan olevan korostunut huolehtimisvelvollisuus - erityisesti, jos on kyse erittäin läheisestä sukulaisesta.[231]

IPA:n harkintakriteerien joustavuutta kuvaa erityisesti niiden viimeinen kohta (pykälä 3(1)(g)), koska siinä annetaan avoimesti valtuudet minkä tahansa muunkin olosuhteen huomioon ottamiseen, jos tuomioistuin pitää sitä harkintansa kannalta relevanttina: "any other matter, including the conduct of the applicant or any other person, which in the circumstances of the case the court may consider relevant." Tämän lainkohdan perusteella tuomioistuin voi kiinnittää huomiota esimerkiksi perittävän ja etuosaa hakevan henkilön välisen suhteen tosiasialliseen läheisyyteen, jolloin harkinta voi kohdistua myös entiseen tai leskeksi jääneeseen aviopuolisoon. Tämän vuoksi etuosaa hakevan henkilön kannattaa liittää hakemuksensa tueksi todisteita sen puolesta, että hänen suhteensa perittävään oli läheinen.[232]

IPA edellyttää, että tuomioistuimet etuosahakemuksia käsitellessään ottavat huomioon myös "the size and nature of the net estate of the deceased" eli nettojäämistön suuruuden ja varallisuuden laadun. Tuomioistuimen on

---

[230][1966] 1 WLR 1226.

[231]Tapauksessa Re Debenhamn (1986) 1 FLR 404 tyttären heikko terveydentila vaikutti hakemusta puoltavasti.

[232]Tuomioistuimelle on annettava täysi informaatio aviopuolisoiden suhteen laadusta, mahdollisesti vireillä olevasta asumuserosta sekä niistä omaisuusjärjestelyistä, jotka oli ennätetty tehdä ennen perittävän kuolemaa. Avioeron yhteydessä tehtyjen omaisuutta koskevien järjestelyjen vaikutuksesta ks. esimerkiksi ennakkotapaus Fullard v King [1982] Fam 42. Testaattori on saattanut elinaikanaan antaa hakijalle lahjoituksen ja on siksi sivuuttanut hänet testamentin edunsaajana. Tällaisissa tilanteissa perittävän on viisasta dokumentoida elinaikainen omaisuudensiirtonsa. Jos taas syynä hakijan syrjäyttämiseen jäämistöintressenttien joukosta on ollut hänen moitittava käytöksensä, olisi tämäkin järkevintä selittää jossakin asiakirjassa. Siitä, miten tuomioistuin voi huomioida etuosaa hakevan henkilön moitittavan käytöksen ks. esimerkiksi Williams v Johns [1988] 2 FLR 475.

siis laskettava jäämistölle hypoteettinen realisointiarvo. Käsitteellä "nature" näytettäisiin oikeuskäytännön perusteella viitattavan myös omaisuuden alkuperään.[233]

5.2.3.4. Perittävän lapsia koskevat erityiskriteerit

Aikuisten lasten tekemiin etuosahakemuksiin tuomioistuin suhtautuu varauksellisesti silloin, kun hakijalla ei ole esittää hakemuksensa tueksi erityistä taloudellista tarvetta. Erityisesti tapauksen Coventry v Coventry jälkeen käytäntö on vakiintunut siten, että lapsen etuosahakemuksen menestyminen vaatii jonkun erityisen olosuhteen olemassaoloa, jollaisena voidaan huomioida todellisen taloudellisen tarpeen lisäksi myös vanhemman moraalinen vastuu.[234] Moraalinen vastuu syntyy esimerkiksi sellaisissa tapauksissa, joissa etuosaa hakeva henkilö on hoitanut iäkkäiden vanhempiensa taloutta ja vanhemmat ovat antaneet lapsensa ymmärtää, että tämä tulee olemaan edunsaajana heidän jäämistössään.[235]

Tapauksessa Goodchild v Goodchild oli kyse pojan tekemästä etuosahakemuksesta.[236] Hänen vanhempansa olivat tehneet yhtäaikaa samansisältöiset testamentit, joiden mukaan omaisuuden tuli siirtyä ensin jälkeenelävälle puolisolle. Hänenkin kuoltuaan omaisuuden tuli siirtyä puolisoiden yhteiselle pojalle. Vaimon kuoltua mies meni kuitenkin uudelleen naimisiin ja muutti toisen vaimonsa testamenttinsa ainoaksi edunsaajaksi. Kun mies sitten kuoli, poika vaati tuomioistuimelta, että hänen vanhempiensa tekemät alkuperäiset testamentit julistettaisiin sitoviksi. Tämä vaade ei kuitenkaan menestynyt, koska Englannin testamenttioikeuden mukaan keskinäisten testamenttien sitovuus voi perustua vain asiasta tosiasiallisesti tehtyyn

---

[233]Ks. Brownbridge v Brownbridge (1942) 193 LT Jo 185, jossa etuosan myöntämistä puolsi se, että hakija oli avustanut perittävän liiketoimia sekä rahallisesti että muullakin toiminnalla. Tapauksessa Sivyer v Sivyer [1967] 1 WLR 1482 taas otettiin huomioon, että jäämistövarallisuudesta suuri osa oli peräisin etuosaa hakevan henkilön äidiltä. Ks. jäämistöomaisuuden alkuperän vaikutuksesta myös Re Callaghan [1985] Fam 1 ja *Miller*, The Machinery of Succession s. 56.

[234][1980] Ch 461. Ks. Re Jennings [1994] 3 All ER 33, jossa nimenomaisesti viitattiin edellä mainittuun tapaukseen ja edellytykseen erityisten olosuhteiden olemassaolosta.

[235]Näin esimerkiksi *Grattan*, Mutual Wills and Remarriage s. 159 ss. Tapauksesta, jossa moraalisen vaateen syntymiseen riitti, että perittävä antoi elinaikanaan lapsensa toistuvasti ymmärtää, että tämä tulee hänen jäämistöstään hyötymään, esimerkkinä Re Creeney [1985] NI 397. Vrt. PK 8:5:n työhyvitys sekä Englannin oikeuden proprietary estoppel -instituutio, josta ks. luku 7.5.

[236][1997] 3 All ER 63.

sopimukseen.[237] Perittävällä katsottiin kuitenkin olleen moraalinen vastuu poikaa kohtaan tai pikemminkin ensimmäisen vaimonsa toiveita kohtaan, ja tuomioistuin myönsi pojalle etuosan äidillään olleesta omaisuudesta.[238] Tässä tapauksessa hakemuksen hyväksymistä puolsivat pojalla olleet asuntovelat. Hänellä oli myös oma yritys, jonka elinkelpoisuus haluttiin turvata ilman, että hän olisi ollut pakotettu myymään perheen kotinaan käyttämän asunnon vieraille.

Tapaus Goodchild osoittaa siten sen, miten kokonaisvaltaista tuomioistuinten harkinta voi etuosaa koskevissa tapauksissa olla. Siinä otettiin huomioon pojan varallisuustilanne kokonaisuudessaan: tuomioistuin kiinnitti huomiota siihen, miten hakija tulisi selviytymään yritysveloistaan ja miten tämä taas vaikuttaisi hänen perheensä mahdollisuuksiin jäädä asumaan perheen yhteiseen kotiin. Huomion kiinnittäminen näin laajalti jäämistön ulkopuolisiin varoihin on jäämistöoikeuden piirissä ollut kuitenkin poikkeuksellista.[239]

5.2.3.5. Leskeä koskevat erityiskriteerit

Lesken kohdalla harkintakriteerit eroavat muista hakijoista, koska hänen oikeutensa etuosaan ei välttämättä liity siihen, oliko hän ollut perittävän elatuksesta riippuvainen vai ei. IPA:n keskeiskäsitteellä "maintenance" ei siten jälkeen elävän puolison kohdalla ole ratkaisevaa merkitystä. Sen vuoksi jäämistön koon suhde hänen mahdollisen etuosansa määrään on erilainen kuin muiden hakijoiden kohdalla. Leskelle etuosan voi näet määrätä maksettavaksi tarveperusteen lisäksi myös pelkästään lesken asemaan perustuen. Lienee kuitenkin ilmeistä, että eroa elinkustannusten kattamisen ja lesken asemaan liittyvän "hyvittävän" tavoitteen välillä on etuosahakemusta

[237]Eli samansisältöisten testamenttien tekeminen ei yksinään riitä osoittamaan, että puolisot ovat todella sopineet, että jälkisäädökset on tarkoitettu jäävän voimaan senkin jälkeen, kun toinen heistä kuolee. Jos tällaisen sopimuksen olemassaolo voidaan kuitenkin näyttää toteen, turvataan keskinäisten testamenttien edunsaajien asema muutetun jälkisäädöksen edunsaajia vastaan trust-instituutiolla: "then the survivor's personal representatives will be compelled to hold the property subject to the agreement upon trust to give effect to the contract." Näin *Miller*, The Machinery of Succession s. 219.

[238]Miehellä katsottiin kuitenkin olleen tahdonvapaus määrätä omasta osuudestaan haluamallaan tavalla, joten se meni testamentin mukaisesti hänen toiselle vaimolleen.

[239]Suomen PK:ssa jäämistön ulkopuolisille varoille annetaan merkitystä lähinnä 8 luvun mukaisista avustuksista päätettäessä sekä maatilaperimyksestä säätävässä PK 25 luvussa.

harkittaessa vaikeata tehdä.[240]

Niissä tapauksissa, kun perittävä on tehnyt omaisuudestaan testamentin, on pelkkään lesken asemaan perustuvia etuosahakemuksia arvioitava suhteessa testamenttausvapauteen. Tämä lesken oikeuksien ja testamenttausvapauden suhde on oikeuskirjallisuuden ja ennakkotapausten valossa epävarma.[241] Paljon riippuu siitä, millaiset määräykset testamenttiin on sisällytetty ja millaista omaisuutta perittävän jäämistöön kuuluu. Joka tapauksessa lesken oikeudet etuosan saajana ovat epävarmalla pohjalla kunnes tuomioistuin on hänen hakemuksensa käsitellyt (yhdessä muiden mahdollisten hakemusten kanssa).[242]

Etuosalaissa (pykälä 3(2)) on mainittu ne seikat, jotka tulisi erityisesti huomioida, kun hakijana on leski. Niihin kuuluvat lesken ikä, avioliiton

---

[240]IPA pykälä 1(2)(a). *Miller*, The Machinery of Succession s. 56: "Provision for a surviving spouse can be said to have two objectives - a "maintenance objective" and a "compensatory or property objective." The first is designed to provide for the surviving spouse´s need for support. The second seem to be to give recognition to the surviving spouse´s contribution, whether in money or money´s worth or by caring for the home and family, towards the accumulated property much of which may happen to be vested in the name of the deceased spouse." Ks. Re Cummins [1972] Ch 62. Huomaa liityntä PK:n 18:6:n ja etuosan välillä silloin, kun jälkimmäisessä on kyse nimenomaan elinkustannusten kattamisesta. PK 18:6:ssa ylitetään jäämistöoikeuden ja avio-oikeuden välinen rajapinta.

[241]*Miller*, The Machinery of Succession, s. 56. Pienemmissä jäämistöissä hän pitää pääsääntönä, että lesken etuosa perustettaisiin lähinnä vain elinkustannusten kattamiseen eli tarveperusteeseen. Kirjoittaja pohtii myös yleisesti, että voisiko vaimolla olla lähtökohtaisesti oikeus osuuteen siitä omaisuudesta, joka on tullut hankittua avioliiton aikana (jolloin käsiteltäisiin jo avio-oikeudellista systeemiä ja sen perusteita): "However, granted that a testator should be entitled to dispose of his property as he wishes subject only to providing appropriate support for his family, it must also be asked whether all the property which was vested in the deceased and which he has disposed of by his will can be regarded as truly his property, or whether part of it is more properly regarded as his wife´s share of the marital assets which is entitled to recognition as far as possible under the 1975 Act."

[242]Siitä, millä tavalla tuomioistuimet ovat viimeaikaisessa tapausoikeudessa pyrkineet ja pystyneet tyydyttämään erilaisten etutahojen vaateet ks. *Miller*, Provision for a Surviving Spouse s. 447-451. Lesken oikeus etuosaan ei ole ehdoton; varsinkin, jos avioliitto on olemassa vain paperilla ja puolisot ovat jo pitkän aikaa eläneet itsenäisesti toisiinsa nähden. Tapauksessa Re Gregory [1971] 1 All ER 497 mies oli hylännyt vaimonsa vuoden kuluttua avioliiton solmimisesta ja elänyt toisen naisen kanssa yli 20 vuotta. Myöhemmin, asuinkumppaninsa kuoltua, mies yritti yli kymmenen vuoden ajan saada vaimoansa palaamaan luokseen, mutta tämä kieltäytyi. Kun mies kuoli, vaimo teki hakemuksen etuosan saamiseksi. Hakemus ei kuitenkaan menestynyt: syynä oli heidän kauan kestänyt asumuseronsa ja vaimon itsenäisyys suhteessa mieheensä.

kesto, perheen eteen tehty panostus sekä se, mitä leski olisi ollut oikeutettu saamaan, jos avioliitto olisikin puolison kuoleman sijasta päättynyt avioeroon. *Glendon* painottaa näistä harkintaa ohjaavista kriteereistä viimeistä. Hän pitääkin harkintakriteereitä analogisina avioerotapauksiin verrattuna.[243] *J.B. Clark* kuitenkin muistuttaa, että avioero- ja kuolintilanteet eroavat paljon toisistaan, eikä niitä koskevia säädöksiä ((IPA pykälä 3(2) ja Matrimonial Causes Act 1973 pykälä 25(1)) voi lukea samalla tavalla. Avioerotapauksissa käytetty peukalosääntö kolmasosan antamisesta elatuksen tarpeessa olevalle puolisolle - määrää on perusteltu maksavan puolison omilla tarpeilla - ei etuosatilanteisiin sovellu. Avioerotilanteissahan syntyy kaksi kotitaloutta, kuolintapauksissa sitä vastoin vain yksi.[244] *Clark* myöntää, että tuomioistuimen on toki myös arvioitava, paljonko puolisolle olisi hypoteettisessa eroprosessissa annettu, mutta tämä on vain yksi tuomioistuimen harkintaa ohjaava suuntaviiva muiden joukossa.[245] *Glendonin* ja *Clarkin* välinen näkemysero ei ole kenties suuri, mutta sitäkin mielenkiintoisempi, ja syitä sille voi hakea heidän erilaisista taustoistaan. He ovat näet kotoisin eri oikeuskulttuureista. Yhdysvaltalainen *Glendon* on saattanut lukea lakeja kirjaimellisesti, ja unohtanut samalla huomioida avioero- ja etuosasäädösten erilaiset soveltamiskontekstit - jäämistöoikeushan ei Englannissa liity systemaattisesti perhe- vaan varallisuusoikeuteen. Toisaalta etuosasäännösten lukemiseen eivät sovellu tavalliset parlamenttilakeja koskevat tulkintaohjeet, koska ne edustavat joustavalla sanamuodollaan poikkeusta siitä englantilaisten omaksumasta lakitekniikasta, jolla parlamenttilakien sanamuodoissa pyritään yksityiskohtaisuuteen ja tätä kautta tyhjentävyyteen.[246]

5.2.3.6. Etuosalain ongelma

Tuomioistuin ei ota etuosahakemusta käsiteltäväksi ellei hakijalla ole koti-

[243]State, Law and Family s. 281 sekä sama, Fixed Rules and Discretion s. 1188: "The courts have interpreted the 1975 Act to make redistribution of property upon death consistent with the redistribution that takes place at divorce."

[244]Theobald on Wills s. 161. Myös tapaus Wachtel v Wachtel [1973] Fam 72 sekä *Martyn*, Family Provision s. 21.

[245]*Clark*, Theobald on Wills s. 161.

[246]Ks. *Miller*, Provision for a Surviving Spouse s. 451, joka täsmentää, että se, mitä leski olisi saanut, jos avioliitto olisi päättynyt eroon (eikä kuolemaan), on otettava huomioon, kun lesken etuosan suuruutta harkitaan IPA:n säännösten perusteella. Hän kuitenkin painottaa, että se on vain yksi harkinnassa huomioitava tekijä ja että aina on pidettävä mielessä, että avioero- ja kuolintilanteiden välillä on etuosaa koskevan harkinnan kannalta ratkaisevia eroja. *Miller* tuntuisi siten kannattavan *Clarkin* tulkintaa. Ks. myös *Spellenberg ym.*, Recent Developments in Succession Law s. 738.

paikkaa[247] Englannin tai Walesin alueella (IPA pykälä 1(1)). Sääntö on yksiselitteinen ja aiheuttaa käytännöllisiä hankaluuksia, kun sitä yritetään sovittaa yhteen jäämistöoikeutta koskevien kansainvälisen yksityisoikeuden lainvalintasääntöjen kanssa. Jos esimerkiksi ulkomailla asuneella perittävällä oli kuollessaan kiinteää omaisuutta Englannissa, jaetaan se englantilaisten jakosääntöjen mukaan.[248] Kuitenkin, jos perittävä on asunut pysyvästi ulkomailla, on useissa tapauksissa todennäköistä, että myös se henkilö, joka voisi tulla etuosan hakijana lain mukaan kyseeseen, on asunut perittävän kanssa samassa maassa.[249] Etuosalain soveltamisen edellytykset eivät tällaisissa tilanteissa kuitenkaan täyty.

Englantilaisten juristien keskuudessa onkin vaadittu etuosalaissa olevan kotipaikkaedellytyksen kumoamista. Sillä tavalla jäämistöoikeutta voisi soveltaa kokonaisuutena myös kansainvälisiä liityntojä omaavissa tapauksissa. Tämä edistäisi jäämistöoikeudellisten yhteyksien hahmottamista sekä perittävälle läheisten henkilöiden keskinäistä tasa-arvoa.[250]

5.2.3.7. Etuosainstituution muutosalttius

Etuosainstituutio on elastinen, herkkä muuttuville yhteiskunnallisille oikeudenmukaisuusodotuksille. Tästä on erinomaisena esimerkkinä se, kuinka uusseelantilaiset tuomioistuimet ovat tulkinnallisesti muuttaneet etuosalainsa sisältöä - harkinnassa painotetaan nyt eri seikkoja kuin lain voimaantuloaikana. Tämän on katsottu muuttaneen testamenttausvapauden vain varjoksi entisestään. Sen onkin katsottu olevan voimassa vain niihin henkilöihin näh-

---

[247]Olen kääntänyt tässä termin domicile kotipaikaksi. Kotipaikka ei ole välttämättä paikka, jossa perittävä on asunut kuollessaan. Kotipaikka ei määräydy myöskään perittävän kansallisuuden mukaan vaan sen mukaan, mihin henkilö on perustanut pysyvän kodin ja missä hän on tarkoittanut asua "loputtomiin". Jäämistöoikeudelliselta kannalta henkilöllä voi olla vain yksi "domicile", koska sen tarkoituksena on nimenomaan kytkeä henkilö tietyn maan perimyssäännösten soveltamisalaan. Ks. *Sawyer*, Principles of Succession, Wills and Probate s. 369. Hän viittaa tapaukseen, joka koski kiistaa naispuolisen perittävän kotipaikasta. Mainittu tapaus on ajalta, jolloin naisen kotipaikka seurasi automaattisesti miehen kotipaikan vaihdoksia. Nykyisin tämä sääntö naisen ja miehen kotipaikan yhtenevyydestä on kumottu vuoden 1973 Domicile and Matrimonial Proceedings Actilla (pykälä 1(1)). Sen mukaan aviopuolisoilla olevat kotipaikat määritetään kummankin osalta itsenäisesti.

[248]Ks. ennakkotapaus Re Bailey (1985) 2 NZLR 656, jossa perittävä asui Uudessa-Seelannissa, mutta omisti kiinteistön Englannissa.

[249]Liittyen lain edellytykseen sukulaisuudesta tai suhteen tosiasiallisesta läheisyydestä.

[250]*Miller*, Family Provision s. 286. Kriittiset näkemykset eivät ole kuitenkaan johtaneet siihen, että lainvalmistelutaho olisi tehnyt konkreettisia muutosehdotuksia etuosalain epäkohtien korjaamiseksi.

den, joilla ei ole perhettä.[251]

Uudessa-Seelannissa perittävän lasten tekemät etuosahakemukset hyväksytään nykyisin ilman, että heidän elatuksen tarpeeseensa tai ikäänsä tunnuttaisiin kiinnittävän mitään huomiota. Hakemusten hyväksymisen keskeisenä edellytyksenä alunpitäen ollut elatuksen tarve (maintenance) on siten menettänyt merkitystään, ja järjestelmää kuvataankin jo karrikoiden "lakiosajärjestelmäksi". Testamenttausvapauden sijasta painotetaan perittävällä ollutta moraalista velvollisuutta huolehtia perheestään. Ratkaisujen perusteluissa on korostettu myös sidettä, mikä vanhempien ja lasten välillä vallitsee. Sitä ei tulisi väkivalloin ja testamenttausvaltaa väärinkäyttämällä katkaista, koska tällöin lapsi tuntee helposti syrjäytyneisyyttä: jäämistön jako symboloi näet vanhempi-lapsi -suhdetta. Painotus on siten tuomioistuinten aktiivisen tulkintakäytännön johdosta siirtynyt testamenttausvapaudesta kohti sukuperimystä.[252] Tuomioistuimet ovat tätä myöten joutuneet horjuttamaan myös sitovan ennakkotapauksen doktriinia, mutta sen ne ovat pyrkineet kätkemään "mitkään kaksi tapausta eivät ole samanlaisia" -perustelun taakse.

Uuden-Seelannin oikeuskirjallisuudessa onkin pohdittu, tulisiko siellä nyt saattaa voimaan mannereurooppalaisten maiden omaksuma lakiosajärjestelmä[253] - kuten jo vuosisata sitten ensimmäisen kerran ehdotettiin ja jolloin mallina pidettiin Skotlannin oikeutta.[254] *Nicola Peart* on kuitenkin pessimistinen automaattisen lakiosajärjestelmän voimaansaattamisen suhteen, koska hänen mielestään uusseelantilaiset ovat jäämistöoikeutta koskevassa lainkäytössään tottuneet siihen, että yksittäistapaukselliset olosuhteet ovat ainakin teoriassa päässeet ohjaamaan tuomioistuinten harkintaa. Toisaalta lakiosajärjestelmän vaikutus ulottuisi ideologisesti jäämistöjärjestelmän lisäksi varallisuusoikeuteen laajemmaltikin - kyse olisi yksilönvapauden näkyvästä rajoittamisesta. Siksi hän pitäisi suositeltavampana, että säädettäisiin harkintaa ohjaavia suuntaviivoja, koska niiden avulla mahdollistuisi joustavuus ja yksittäistapauksellisuus, mutta jotka kuitenkin kiinteyttäisivät lainsoveltamisen "oikeudellisesti relevantin" kentän. *Peartin* mielestä olisi täl-

[251] *Peart*, The Direction of the Family Protection Act 1955 s. 209.

[252] *Peart*, Awards for Children under the Family Protection Act s. 226 ss.

[253] Tällä en tarkoita, että mannereurooppalaisissa maissa olisi kaikissa voimassa samanlainen lakiosa-instituutio. Viittaan tässä lakiosan automaattisuuteen, instituution mekaaniseen sovellettavuuteen.

[254] Koska Uuden-Seelannin parlamentissa ei ollut vuosisata sitten yhtenäistä käsitystä testamenttausvapautta rajoittavan lain tarpeesta ja ulottuvuudesta, tuli etuosasäädös voimaan, kun sen sanamuodosta tehtiin niin väljä, että se salli erilaiset kilpailevat tulkinnat. Laki oli siten tuolloin poliittinen kompromissi, josta ks. lisää *Peart*, The Direction of the Family Protection Act 1955 s. 193-6.

lä hetkellä parasta, jos etuosasta käytäisiin Uudessa-Seelannissa laaja julkinen keskustelu. Vain sitä kautta voitaisiin selvittää ne yhteiskunnallis-moraaliset arvot, joiden tulee suunnata myös lainsäädäntödiskurssia.[255]

Englannin jäämistöoikeudelle on kautta linjan tyypillistä, että tulkinnallisten ongelmien ratkaisemiseksi viitataan muiden Kansainyhteisön maiden kokemuksiin (ratkaisuihin sekä oikeuskirjallisuuteen). Tämä on ollut käytäntö myös etuosaa koskevissa tapauksissa. Uuden-Seelannin tulkinnan muuttuttua tulisi englantilaisten tuomioistuinten suhtautua varauksella oikeusvertailevien tutkimusten tekemiseen. Oikeudellinen tila ei ole näissä kahdessa maassa enää etuosalain kannalta yhtenevä, vaikka sitä ei voimassa olevien lakien sanamuodoista havaitsekaan. Oikeusvertailun lähtökohtana oleva oikeus sovellettuna oikeutena ei siksi selviä ainoastaan lakitekstien sanamuodoista.

5.2.3.8. Johtopäätöksiä etuosasta

Etuosalain erottaa muista säädännäisistä laeista sen tulkinta - tuomioistuimet ovat näet täsmentäneet sen soveltamisrajat ennakkoratkaisuissaan eikä kirjaimellisen tulkinnan sääntöä voi vakiintuneessa muodossaan sen suhteen soveltaa. Tämänkaltaisten harkinnanvaraisten säännösten "onnistumismahdollisuudet" ovat aina riippuvaisia vallitsevasta oikeuskulttuurista ja auktoriteettien arvostuksesta. Väärässä ympäristössä yksittäistapauksellisen oikeudenmukaisuuden hinta saattaisi olla liian korkea, kun lainsäädännölle asetetut tavoitteet osoittautuisivat illuusioksi. Etuosainstituution onkin ollut mahdollista säilyttää hyväksyttävyytensä (erityisesti ennustettavuutensa) oikeudenkäyttöä valvovan ja ennakkotapauksillaan soveltamislinjat ja toivottavat lopputulokset osoittavan yhtenäisen (ylimmän) oikeusasteen ansiosta.[256] Teoreettisestihan etuosalaki antaa tuomareille vallan toimittaa jäämistön jaon niin, että perillispiiri ja jako-osuudet määritetään

---

[255]Ks. lisää Forced Heirship in New Zealand ? s. 101 ss. sekä Awards for Children under the Family Protection Act s. 226 ss. Artikkeleista jälkimmäisessä on runsaasti empiiristä aineistoa tuomioistuinten tekemistä ratkaisuista etuosaa koskeneissa tapauksissa.

[256]*Glendon* viittaa kirjoituksessaan Fixed Rules and Discretion s. 1186 siihen, että yhdysvaltalaisessa oikeuskulttuurissa harkinnanvaraisen etuosalain voimaansaattaminen aiheuttaisi todennäköisesti suoranaisen ryntäyksen tuomioistuimiin testamentin ehtojen muuttamistoivossa. Tämä puolestaan johtaisi sukulaisten keskinäisiin, katkeriin riitoihin. Lakiosajärjestelmä sen sijaan toimii siellä suhteellisen tyydyttävästi "facilitating private planning, producing little unnecessary litigation and operating in accordance with the needs and desires of most of the persons it affects."

kokonaan uudestaan.[257]

Etuosa on tullut saattaa tasapainoon testamenttausvapauden kanssa. Etuosalain soveltamiskenttä on tältäkin osin vakiintunut ennakkotapausoikeudelle tyypillisellä tavalla eli vähitellen yksittäisten ratkaisujen kautta.[258] Useampaan sataan ennakkotapaukseen ja niiden perusteluihin tutustumalla lieneekin mahdollista arvioida (ainakin karkeasti), miten tuomioistuimet tulevat johonkin yksittäiseen hakemukseen suhtautumaan.[259] Siksi tuomioistuimissa vuosittain ratkaistavien hakemusten määrä jääkin suhteellisen alhaiseksi; jokaista neljääsataa jäämistöä kohti vain yhdessä niistä syntyy sellainen konflikti, että tuomareiden apuun katsotaan parhaimmaksi turvautua. Juristit toimivat näin ollen lainsäädännön katveessa. He luottavat ennakkotapauksista ilmenevien argumenttien pysyvyyteen ja pyrkivät niiden avulla sovittelemaan osapuolten vaateet.[260] Yleisesti ottaen tämä tarkoittaa, että tuomioistuimiin asti menevät etuosahakemukset eroavat olosuhteiltaan ratkaistuista ennakkotapauksista jollain tavoin - muuten ne todennäköisesti sovitellaan oikeusinstanssin ulkopuolella.[261]

---

[257]Tämä on vaikeuttanut lakimiesten työtä, koska heidän on vaikea kertoa asiakkaalle, millaiset testamenttimääräykset ovat sellaiset, joihin tuomioistuin ei jälkikäteen tule varmasti puuttumaan. Aina kun säännöksissä olevissa käsitteissä on harkinnanvaraa, voivat aktiiviset tuomarit täsmentää niitä oikeudenkäytössä jopa sellaisella tavalla, että he löytävät niistä jatkuvasti uusia, aiemmalle tapauskäytännölle tuntemattomia periaatteita. Ks. kriittisestä suhtautumisesta etuosainstituutiota kohtaan *Green*, The Englishwoman´s Castle - Inheritance and Private Property Today (MLR Vol. 51 s. 187-209). Kirjoittajan tavoitteena on - hänen omien sanojensa mukaan - "to examine the working of the 1975 Act and to assess whether liberalism provides an adequate ideological basis for the law."

[258]Tilanne on *Glendonin*, Fixed Rules and Discretion s. 1171, mukaan verrannollinen siihen, miten equity-säännökset aikoinaan vakiinnuttivat paikkansa Englannin oikeudessa: "As the history of equity (at least at times) demonstrates, a system of discretionary, yet highly predictable, judge made law can develop if its evolution is guided by clear principles and is supervised by a single higher court."

[259]On huomattava, että etuosaa koskeva lainmuutos 1975 ei tehnyt aiempia ennakkotapauksia lainsoveltajan informaatiolähteinä kaikilta osin arvottomiksi. Ks. *Clark*, Theobald on Wills s. 146 ss.: "The Act made some important changes but it forms part of a continuum and the body of case law built up under the 1938 Act is not to be put on one side and ignored."

[260]Unohtaa ei saa myöskään sitä englantilaiseen oikeuskulttuuriin kuuluvaa seikkaa, että litigoimiskynnys on siellä korkea. Ks. esimerkiksi *Slapper*, English Legal System s. 26 sekä tämän tutkimuksen IV osan luku 2.7.

[261]*Finch ym.*, Wills, Inheritance and Families s. 76.

5.3. Testamentin tosiasiallinen asema Suomessa ja Englannissa

5.3.1. Perintöverotus ja jäämistösuunnittelu

Jäämistöoikeuteen kuuluvat oleellisesti perittävän kuolemaan ja hänellä olleen varallisuuden jakamiseen perillisten kesken liittyvät verotukselliset näkökohdat. Se, millainen perintöverojärjestelmä on voimassa, keneen se kohdistuu ja miten sen määrään voi vaikuttaa, on oleellinen tekijä jäämistösuunnittelun kannalta. Jos testamentin tekemisellä voi huomattavassa määrin estää omaisuuden joutumista verojen muodossa valtiolle, saattaa tämä tosiseikka houkuttaa perittävää jälkisäädöksen kirjoittamiseen.

Suomessa ja Englannissa perintöverotus järjestetään eri tavoin. Tämän vuoksi perittävällä on näissä maissa erilaiset keinot käytettävänään sen suhteen, miten hän pystyy vaikuttamaan kuolemansa jälkeen maksettavaksi tulevan veron määrään ja sen kohdistumiseen. Suomessa jäämistön fiskaalista puolta säätelee perintö- ja lahjaverolaki (PerVL). Englannissakin verooikeutta on pidetty oikeudenalana, jonka sääntely ei voi perustua tuomioistuinten ratkaisemiin tapauksiin. Englantilaisen perintöverotuksen keskeislakina on Inheritance Tax Act 1984 (I.H.T.A.).

Myös oikeuskulttuuri näyttäisi vaikuttavan verosuunnitteluun ja sen myötä testamenttausaktiivisuuteen sekä -tapaan. Suomalaisessa oikeuskirjallisuudessa perintöverotutkimus ei ole ollut järin vilkasta.[262] Sen sijaan anglosaksisissa maissa - erityisesti Englannissa ja Yhdysvalloissa - aihetta koskeva tutkimus on ollut vilkasta. Tämän lisäksi viimeksi mainittujen maiden tutkimustraditiolle on tyypillistä joko veropoliittinen pohdiskelu tai verosuunnittelu. Englanti onkin oikeuskulttuuri, jossa koetaan luonnolliseksi, että perintöverotukseen pyritään vaikuttamaan perittävän omin aktiivisin toimin. *Pauli K. Mattilan* sanoin, tästä johtuen Manner-Euroopan ja Englannin ajatusmaailmojen välillä on suuri ja merkittävä juopa.[263] Ja se ei voi olla vaikuttamatta siihen, miten testamentin tosiasiallinen paikka kussakin maassa asettuu.

[262]Poikkeuksina tästä ovat *Pauli K. Mattilan*, *Lauri Mannion* ja *Pertti Purosen* väitöskirjat sekä viimeksi mainitun julkaisemat monografiat. *Mattilan* väitöskirja käsittelee varojen arvostamista perintö- ja lahjaverotuksessa, *Mannion* väitöskirja maatilan kaupan verotusta ja *Purosen* väitöskirja lahjaverotusta.

[263]Varojen arvostaminen perintö- ja lahjaverotuksessa s. 13. Oikeusvertailevista tutkimuksista mainitsemisen arvoisia lienevät OECD:n julkaisemat raportit. Niistä yksi sisältää tutkimuksen järjestön eri jäsenvaltioiden perintö- ja lahjaverotuksen perusteista (The Taxation on Net Wealth, Capital Transfers and Capital Gains of Individuals, Report of OECD Committee on Fiscal Affairs.)

5.3.2. Suomalainen perintöverotus

Suomen oikeudessa sovelletaan perintöosuusverojärjestelmää. Tämä tarkoittaa, että perintöverotus kohdistetaan perillisen perintönä saamaan osuuteen jäämistövarallisuudesta.[264] Perintöverovelvollisuus kuuluu siten jokaiselle osakkaalle, ei kuolinpesälle kokonaisuudessaan. Verotus toimitetaan viranomaisen tekemän laskennallisen jaon perusteella (sille toimitetun perukirjan perusteella) ja sen mukaisiin perintöosuuksiin kohdistettuna.[265] Perintöverovelvollisuuden alkaminen ja perintöosuuden saaminen perinnönjaon seurauksena eivät ole yleensä samanaikaisia tapahtumia. Perillinen voi näet saada jäämistöstä varallisuutta vasta vuosienkin kuluttua perittävän kuolemasta. Kun verovelvollisten muita tuloja tai varallisuutta ei perintöverotuksessa oteta huomioon, saattaa henkilö joutua maksuvaikeuksiin yrittäessään hankkia varoja hänelle määrättyjen verojen suorittamiseksi.[266]

Perintöveron määrä riippuu varallisuuden määrän lisäksi myös siitä, miten läheinen jäämistöosuuden saaja on perittävän kanssa ollut (PerVL 1 §). Suhteen läheisyyttä arvoidaan sukulaisuuden perusteella - eloonjäänyttä puolisoa koskevin poikkeuksin - jonka mukaisesti verovelvolliset on jaettu ve-

---

[264]*Mattila*, Varojen arvostaminen perintö- ja lahjaverotuksessa s. 38. Myös s. 477, jossa hän kirjoittaa, että Suomen perintö- ja lahjaverojärjestelmälle ei löydy suoraa esikuvaa ulkomailta. Vaikkakin verojärjestelmämme on tältä osin kansallinen, löytyy siitä *Mattilan* mukaan myös yhteisiä piirteitä muiden maiden lainsäädäntöihin verrattuna. Ks. perintö- ja lahjaverotuksen historiasta *Purosen*, Perintö- ja lahjaverotus s. 33 ss., kirjoittama lyhyt katsaus.

[265]PerVL 25 §. Ks. *Puronen*, Perintö- ja lahjaverotus s. 330 ss. Perunkirjoituksella on perintöverotuksessa tärkeä funktio. Siksi lain säännöksillä on pyritty turvaamaan se, että perukirjan sisältö saataisiin mahdollisimman hyvin vastaamaan todellista jäämistövarallisuuden määrää ja tilaa. Siltä varalta, että perukirjaa kirjoitettaessa siihen ilmoitetaan merkittäväksi tietoja, jotka ovat virheellisiä, on rikoslaissa olemassa oma veropetosta koskeva säännöksensä RL 38:11. Ks. KKO:1988:93 siitä mitä tapahtui, kun pesän ilmoittaja oli salannut perittävältä saamansa lahjan.

[266]PerVL 53 §:ssä on kohtuullistamissäännös, jonka perusteella verovelvollinen voi saada vapautuksen veron maksamisesta tai lykkäystä sen maksamiselle. Verosta vapautuminen myönnetään harvoin ja se edellyttää, että verovelvollinen osoittaa maksukykynsä alentuneen. Pelkästään sillä perusteella, että perillinen saa jako-osuutensa haltuunsa myöhemmin kuin milloin verovelvollisuus alkaa, ei vapautusta perintöveroista myönnetä. Verovelvollinen voi kuitenkin saada lykkäystä, jonka myöntämiselle laissa ei ole asetettu nimenomaisia ehtoja. *Puronen* kuvaa myöntämiskäytäntöä melko väljäksi. Käytännössä lykkäys myönnetään ainakin niissä tapauksissa, joissa veronmaksu ajallaan vaatisi perityn omaisuuden realisointia. Lykkäyksen myöntäminen edellyttää myös, että hakija voi tehdä uskottavaksi, että veronmaksu ylipäätään tulee lykkäyksen avulla mahdolliseksi.

roluokkiin.[267] Suomessa myös leski on perintöverovelvollinen; hän ei kuitenkaan maksa perintöveroa saamastaan tasingosta tai siitä omaisuudesta, johon hänellä on käyttöoikeus PK 3 luvun mukaisten leskensuojasäännösten nojalla (PerVL 8 §).[268] Lesken käyttöoikeudet vaikuttavat myös toissijaisten perillisten maksaman veron määrään tuon käyttöoikeuden kapitalisoinnin kautta. Siksi sellaiset keskinäiset testamentit, joissa leskelle määrätään hallintaoikeus jäämistön omaisuuteen, ovat yleensä suosittuja, koska ne ovat verotuksellisesti edullisia. Sen sijaan lesken lähtökohtainen oikeus pitää jäämistö jakamattomana hallinnassaan, ei ole perillisille edullinen ratkaisu perintöverotuksen kannalta - vain lesken asumis- ja asuntoirtaimiston suoja ovat pesän varoista vähennyskelpoisia.[269] Jäämistösuunnittelun kannalta tärkeä säännös on myös PerVL 2 §. Sen mukaan perintöveroa ei makseta testamentilla saadusta elinkautisesta nautintaoikeudesta, eläkkeestä tai muusta elinkaudeksi tai määrävuosiksi jollekin testamentilla tai lahjana annetusta etuudesta. Perintönä saatuna omaisuutena pidetään verotuksellisesti kuitenkin myös sellaista omaisuutta, joka on saatu PK 8 luvun mukaisten avustussäännösten nojalla (PerVL 1 §).[270]

Perittävä voi yrittää siirtää varallisuuttansa perintöverotuksessa lukuun otettavan omaisuuden ulkopuolelle elinaikaisilla omaisuuden siirroilla (lahjoilla), joita ei ole luettava ennakkoperinnöksi.[271] Ennakkoperintöjen ohella perintöverotuksessa saatetaan tosin ottaa huomioon muutkin sellaiset perittävän inter vivos tekemät lahjat, joiden lahjoitusväli on alle kolme vuotta ja joiden yhteenlaskettu arvo ylittää kaksikymmentä tuhatta markkaa. Perintöverotuksen ulkopuolelle jäävät kuitenkin mm. laissa tarkoitetut kasvatus-, koulutus- ja elatusavustukset markkamäärästä riippumatta. Perittävä ei

---

[267]Ks. PerVL 14 §. Siinä määrätään, että I veroluokkaan kuuluva henkilö maksaa perintöveroa verotettavan omaisuuden arvon mukaan 10 - 16 % (sekä vakioerän osuuden alarajan kohdalla). II veroluokassa vero on kaksinkertainen ja III veroluokassa kolminkertainen.

[268]Ks. *Aarnio-Kangas-Puronen*, Perunkirjoitusopas s. 166.

[269]*Saarenpää*, Perintö ja jäämistö s. 69. Asumis- ja asuntoirtaimistosuojan ulkopuolelle ulottuva jakamattomuussuoja rinnastetaan siten vero-oikeudellisesti sopimusperusteiseen hallintaoikeuteen. Kirjoittajan mielestä tämä on omiaan aktivoimaan perillisten jakovaateen. Ks. myös *Puronen*, Perintö- ja lahjaverotus s. 144.

[270]*Puronen*, Perintö- ja lahjaverotus s. 77, muistuttaa, että koska avustus ja työhyvitys toteutetaan yleensä vasta perinnönjaossa, niitä ei ole vielä asianmukaisella tavalla huomioitu perintöverotuksessa. Säännönmukaisessa järjestyksessä toimitettu verotus voidaan tällöin oikaista perusteoikaisuna (ks. PerVL 38 §).

[271]PK 6:1:ssä on säädetty ennakkoperintöolettamasta, jonka mukaan rintaperilliselle annettava tavanomaisesta poikkeava lahja oletetaan ennakkoperinnöksi, jos muuta ei näytetä. Muiden kuin rintaperillisten kohdalla presumtio on päinvastainen.

myöskään voi kiertää perintöveroa sillä tavoin, että hän tekisi lahjoituksen, mutta pidättäisi itsellään lahjaesineen hallintaoikeuden kuolemaansa asti. PerVL 16 §:ssä näet säädetään, että perintöveroa määrättäessä on otettava huomioon myös sellainen lahja, jonka perinnönjättäjä on antanut perilliselle tai testamentinsaajalle ehdolla, että lahjansaaja saa lahjan haltuunsa vasta antajan kuollessa.

Suomalaisessa keskustelussa on esitetty kannanottoja perintöverotuksen muuttamiseksi kohden jäämistöverojärjestelmää. Nykymuotoisina PerVL:n aineellisten säännösten ei ole nähty täyttävän nykyaikaiselle lainsäädännölle asetettavia vaatimuksia - perintöosuusverojärjestelmää vastaan puhuu erityisesti se, että verotuksen toimittaminen on muuttunut yhä vain mutkikkaammaksi. Vaaditut muutokset siirtäisivät verovelvollisuuden kuolinpesälle yksittäisten perillisten tai testamentinsaajien sijaan. Tällöin perintövero määrättäisiin yksinomaan perittävältä jääneen netto-omaisuuden suuruuden perusteella huomioimatta sen enempää eloonjääneen puolison mahdollista tasinkosaatavaa kuin perillisten perintöosien suuruutta. Uudistuskeskustelussa on ehdotettu myös harkittavaksi, että verotuksen painopiste siirrettäisiin kohden suuria jäämistöomaisuuksia eli tietyn kokoiset jäämistöt vapautettaisiin perintöverosta kun taas suurempiin jäämistöihin siirryttäessä perintöveron määräkin nousisi progressiivisesti.[272]

5.3.3. Englantilainen perintöverotus

Englannin oikeudessa on voimassa jäämistöverojärjestelmä. Perintövero maksetaan jäämistön varoista päältäpäin, ja yleensä se tapahtuu ennenkuin pesänhoitajat ovat saaneet tuomioistuimelta toimivaltansa lopullisesti määrittävän valtuutuksensa.[273] Perintöveroa ei tarvitse maksaa lainkaan, jos jäämistön arvo ei nouse tiettyyn arvoon asti, joka huhtikuusta 1998 eteenpäin on ollut 223 000 puntaa.[274] Aina silloin, kun perittävällä olleen omaisuuden arvo siihen tehtyine laskennallisine lisäyksineen nousee yli mainitun nollarajan, tulee siitä maksaa 40 prosenttia veroa.[275] Täten jäämistöverojärjestelmän ideana on, että pienet jäämistöt on vapautettu veron maksamises-

[272] *Puronen*, Perintö- ja lahjaverotus s. 34, 38, kiinnittää huomiota myös nykymuotoisen perintöverotuksen toimittamisen taloudellisiin näkökohtiin: monimutkainen järjestelmä on myös kallis järjestelmä. Ks. myös *Kankaan* artikkeli Kaikella on aikansa s. 1085-1088 (LM 6-7/1998 s. 1079-1088).

[273] Pesänhoitajien valtuutuksesta lisää myöhemmässä luvussa 6.3.

[274] Tätä perintöverovelvollisuuden rajaa kutsutaan nimellä Nil Rate Band (nollaraja).

[275] *Sawyer*, Principles of Succession, Wills and Probate s. 340.

ta, kun taas suuriin jäämistöihin kohdistuva verorasitus on huomattava.[276] Progressiivisesti määräytyvää perintöveroa ei tunneta, eikä veron suuruus vaihtele eri henkilöluokissa.

Koska veroprosentti on korkea, pyrkii perittävä yleensä vähentämään jäämistöön vastaisuudessa jäävää omaisuutta oikeustoimilla inter vivos niin, että sen arvo kuolinhetkellä olisi alle vero-oikeudessa vahvistetun nollarajan. Elinaikaiset lahjat ovat tosin lähtökohtaisesti verollisia. Englannin oikeus tuntee kuitenkin tietyille yksityisille tahoille tai hyväntekeväisyyteen annettuja lahjoja, joista käytetään nimitystä "potentially exempt transfers, PET". Ne ovat jäämistöverotuksen kannalta ehdollisia: ne lisätään jäämistövaroihin perintöveron määräämistä varten, jos lahjanantaja on kuollut seitsemän vuoden kuluessa lahjoituksen täyttämisestä. Vaara piilee kuitenkin tapauksissa, joissa lahjanantaja on pidättänyt itsellään hallintaoikeuden - seitsemän vuoden määräaika ei näet lähde lainkaan kulumaan ennenkuin tuo varaus on lahjoituksesta poistettu ja lahjansaaja on saanut omaisuuden tosiasiallisestikin hallintaansa.[277]

Edellä mainituista pääsäännöistä huolimatta voi perittävä aina tehdä joitakin elinaikaisia lahjoituksia verottomasti. Henkilöllä on esimerkiksi oikeus lahjoittaa verovapaasti kerran vuodessa 3000 puntaa. Tämän lisäksi henkilö saa antaa rajoittamattoman määrän enintään 250 punnan arvoisia lahjoituksia, mutta samalle henkilölle niitä ei saa antaa kuin yhden vuotta

---

[276]Jos puhutaan perintöveron fiskaalisista tavoitteista eli siitä, mikä on sen valtiontaloudellinen merkitys, havaitaan, että nykypäivänä perintöveron tuotto on suurin niissä maissa, joissa on voimassa jäämistöverojärjestelmä. *Mattila* toteaakin, että jäämistöverojärjestelmää on yleisesti pidetty parempana verotuoton antajana kuin perintöosuusjärjestelmää. Hän ei kuitenkaan pidä veron tuottoa kovin merkittävänä edes jäämistöveroa soveltavissa maissa, vaikka esimerkiksi Englannissa on korostettu juuri saatua tuottoa perintöverotuksen tärkeimpänä motiivina. Ks. Varojen arvostaminen perintö- ja lahjaverotuksessa s. 30. Tuossa yhteydessä Suomen osalta todetaan, että perintö- ja lahjaveron olemassaoloa ei voi perustella fiskaalisilla näkökohdilla. *Mattila* myös selittää, miksi veron korottaminen ei olisi suotavaa. Perintöverotuksen oikeutuksen *Mattila* löytää lopulta yhdenvertaisuussyistä: "kun verotetaan tuloa, on verotettava myöskin perintöä, koska kumpikin antaa veronmaksukykyä."

[277]I.H.T.A 1984 pykälä 3A(4). Hallintaoikeuden pidättämistilanteiden arvioinnissa ongelmalliseksi on osoittautunut se, milloin lahjanantajan on sanotuin tavoin katsottava pidättäneen itsellään hallintaoikeuden lahjoitettuun omaisuuteen. Varauksellisista lahjoituksista on erityissäännös vuoden 1986 Finance Actin pykälässä 102. Ennakkotapauksista ks. esimerkiksi Stamp Duty Commissioner for New South Wales v Permanent Trustee Company [1956] AC 572 sekä Attorney-General v Seccombe [1911] 2 KB 688.

kohti.[278] Jos lahjoitus täyttää nämä poikkeusedellytykset, ei niitä laskennallisesti lisätä perittävällä kuolinhetkellään olleeseen omaisuuteen perintöveron määräämistä varten, vaikka lahjanantaja olisikin kuollut ennen kuin lahjoittamisesta on ehtinyt kulua seitsemän vuotta.

Leskeä suositaan perintöverotuksessa, koska hänen saamansa etuudet - olipa ne saatu inter vivos tai mortis causa - ovat verosta vapaat siinä tapauksessa, että eloonjääneen puolison kotipaikka on Englannissa.[279] Jos puoliso on jäämistön ainoa edunsaaja, ei siitä lankea perintöveroa maksettavaksi - olkoonpa jäämistön arvo miten suuri tahansa. Tämän vuoksi merkitykselliseksi ei tule se suomalaisen verosuunnittelun kannalta oleellinen seikka, käytetäänkö puolisoiden keskinäisissä testamenteissa elinaikaisia hallintaoikeuksia ja toissijaismääräyksiä vai annetaanko niissä leskelle suoraan täysi omistusoikeus.[280]

Trustien perintöverotuksellinen arvioiminen on monimutkaista, ja siksi englantilaisetkin juristit suosittelevat aina sikäläisen veroasiantuntijan kanssa konsultoimista. Yksityiskohtiin menemättä voi yleistää, että oikeanlaisten trustien käytöllä on mahdollista pienentää jäämistöstä menevän veron määrää huomattavasti. Toisaalta myös omaisuuden laatu voi oikeuttaa verohuojennuksiin, jotka I.H.T.A:n säännösten mukaan kohdistuvat erityisesti liikeomaisuuteen ja metsäkiinteistöihin.[281] Tämän vuoksi henkilön kannattaa harkita omaisuuden sijoittamista johonkin verohuojennuksen kohteena olevaan omaisuuteen sen sijaan, että hän pitäisi huomattavia summia pankkitilillään.[282]

[278]Verovapaisiin lahjoituksiin kuuluvat myös hääparille annetut lahjat, joiden enimmäissumma riippuu siitä, kuinka läheistä sukua lahjanantaja ja -saaja ovat keskenään. Ks. I.H.T.A 1984 pykälä 22. Verotonta on lähtökohtaisesti myös hyväntekeväisyyteen annettu omaisuus.

[279]Jos eloonjääneen puolison kotipaikka on ulkomailla, hänen verovapaan perintöosuutensa määrää on rajoitettu.

[280]*Sawyer*, Principles of Succession, Wills and Probate s. 353 ss., huomauttaa, että testamentin tekeminen puolison hyväksi ei ole aina hyvää verosuunnittelua. Olisi järkevämpää arvioida jäämistön suuruutta suhteessa lesken omaisuuteen ja veroista vapauttavaan nollarajaan. Tulee siis arvioida, millaiseksi tilanne muodostuu leskenkin kuollessa.

[281]Liikeomaisuuden osalta relevantit lainkohdat ovat IHTA 1984 pykälät 103-114 ja maatilaomaisuuden osalta IHTA 1984 pykälät 115-124.

[282]Huomaa, että verosuunnittelun ei tarvitse sijoittua aikaan ennen perittävän kuolemaa. *Sawyer*, Principles of Succession, Wills and Probate s. 355 ss., huomauttaa, että jäämistön täysivaltaiset edunsaajat voivat järjestää jäämistön haluamallaan tavalla - myös lakimääräisissä perimystilanteissa - ja tämä on huomioitava tietyin edellytyksin myös perintöverotuksessa: "The outcome of variation, if it is made in writing (usually by deed) within two years of death, can be read back into the will for tax purposes provided the Inland Revenue is informed within six months of the date of the deed."

5.3.4. Keskustelun kehittelyä

On mahdollista puhua perimyksen suojamekanismin yleismaailmallisuudesta: kehittynyt jäämistölainsäädäntö sisältää elementtejä, joilla eri tavoin pyritään järjestämään toisaalta lakimääräisen perimyksen ja testamentin ja toisaalta lakimääräisten perillisten keskinäistä asemaa.[283] Lainsäädäntöhistoria kuitenkin osoittaa, että ei ole mahdollista arvostaa jotain tiettyä jäämistöoikeudellista systeemiä ylitse muiden vaihtoehtojen. Lakiosasuojakin on heilahdellut aina roomalaisen oikeuden ajoista asti vapaan testamenttausvallan ja korostetun lakiosasuojan välillä.[284] Nykyisin jäämistöjärjestelmät voidaankin jakaa kolmeen ryhmään: perilliskeskeisiin, testamenttia suosiviin tai suomalaisen kaltaisiin tasapainojärjestelmiin.[285]

Myös englantilainen ja suomalainen lainsäätäjä ovat joutuneet taiteilemaan testamenttausvapauden ja distributiivisen oikeudenmukaisuuden toteuttamisen välillä. Lakimääräiselle perimykselle perustuvissa oikeussysteemeissä - kuten Suomessa - on katsottu olevan kohtuullista antaa perittävälle määrätynsuuruinen tahdonvapaus määrätä omaisuudestaan kuolemanvaraisesti. Sitä vastoin Englannissa perittävän tahdonvapaus on lähtökohtana, jota on katsottu kohtuulliseksi jollain tavalla rajoittaa poistamatta sitä kuitenkaan pääsäännön asemesta.

Mannereurooppalaissa järjestelmissä käytetään lakiosaa, joka turvaa soveltamisedellytystensä vallitessa laissa määrätyn suhteellisen jako-osuuden tietyille testamentissa sivuutetuille perittävän lähisukulaisille (joissakin järjestelmissä myös leskelle). Lakiosan käsitteeseen ei kuulu harkinnanvaraisuus vaan perittävän tahdonautonomiaa rajoittavat ennalta määrätyt ja suhteellisen mekaanisiksi asetetut rajat. Englannin oikeus taas ei lakiosia tunne. On katsottu, että testamenttausvapaudesta poikkeaminen on voitava perustella yksittäistapauksittaisilla olosuhteilla. Siellä onkin toteutettu järjestelmä, jossa tuomioistuimella on valta päättää testamentissa syrjäytetylle

[283] *Saarenpää*, Tasajaon periaate s. 46.

[284] *Aarnio-Kangas*, Suomen jäämistöoikeus I s. 370.

[285] *Saarenpää*, Tasajaon periaate s. 46 ss, 261-3. Ks. myös *Peart*, The Direction of the Family Protection Act 1955 s. 210-16, jossa perimyksen yhteiskunnallisten tavoitteiden painottamisen perusteella perimysjärjestelmät on katsottu mahdolliseksi jakaa kolmeen ryhmään. Yksityisoikeudellinen asennoituminen jäämistöomaisuutta kohtaan painottaa yksilön tahdon toteuttamista, perheomaisuutta korostava asenne painottaa perheen turvaa ja julkista omaisuutta korostava asenne painottaa yhteiskunnallista hyvinvointia yksilön asemaa yleisemmällä tasolla huolehtimalla kasautuneen vallan tasaamisesta (private-, family- and public property approach). Kirjoittajan mukaan näistä ryhmistä mikään ei esiinny puhtaana nykyisissä jäämistöjärjestelmissä.

henkilölle mahdollisesti myönnettävästä jäämistöetuudesta kussakin tapauksessa erikseen.[286]

> Erilaisia oikeudenmukaisuusnäkökulmia englantilaisen ja suomalaisen järjestelmän tarkastelussa on monia. Yksi mahdollisuus olisi kuvata englantilaista ratkaisua oikeudenmukaisemmaksi kuin suomalaista lakiosajärjestelmää sillä perusteella, että etuosa mahdollistaa tapauskohtaisen punninnan suhteessa hakijan henkilöön ja etuosan suuruuteen. Tästä perspektiivistä katsoen huomio kiinnittyy siihen, että Suomen lakiosajärjestelmä on etuosainstituutiota jäykempi, koska se ei perustu sosiaalisen turvatarpeen arvioimiselle in casu.[287] Järjestelmien oikeudenmukaisuuden arviointiin voidaan kuitenkin lisäargumentiksi asettaa se, kuinka lakiosajärjestelmän perusteella on jäämistöstä yleensä mahdollista saada suurempi osuus kuin mitä etuosana on mahdollista saada. Etuosa määräytyy näet hakijan elatustarpeen mukaan (leskeä lukuunottamatta), kun taas lakiosan arvo määräytyy mekaanisesti suhteessa jäämistöomaisuuden nettoarvoon. Tämä osoittaa, miten käsite oikeudenmukaisuus joustaa käyttäjänsä kädessä, jos ensin ei määritetä sitä arvoteoriaa, johon oikeudenmukaisuusarviointi kussakin tilanteessa perustuu.[288]

5.3.5 Suomalainen jäämistöjärjestelmä

Suomessa testamentin paikka jäämistöoikeuden kokonaisuudessa on erilainen kuin Englannissa. Sukuperimystä on pidetty yhteiskunnallisesti ensisijaisena suhteessa testamentaariseen perimykseen, ja lakiosan yksittäistapauksellinen tehottomaksi tekeminen on sen mukaisesti vaikeata. Mutta ilman testamenttauksen tarkastelua jäisi Suomenkin jäämistöoikeudellinen kokonaiskuva yksipuoliseksi. Testamentilla on lakimääräisiä jakonormeja jossain määrin korjaamaan kykenevä funktio, ja sen olemassaoloa voisikin kiittää siitä, että PK:n säännökset eivät ole joutuneet niin perustavanlaatuisten muutospaineiden kohteeksi kuin perheoikeudelliset säännökset viime ja tällä vuosisadalla yhteiskunnallisten ja taloudellisten muutosten myötä.[289]

---

[286]On huomattava, että etuosajärjestelmää voidaan soveltaa myös lakimääräisissä perimystilanteissa.

[287]Ks. lakiosajärjestelmän ja etuosajärjestelmän vertaamisesta erityisesti oikeudenmukaisuusnäkökulmasta *Peart*, Forced Heirship in New Zealand ?

[288]Jätän oikeudenmukaisuusdiskurssin tätä pidemmälle vievän kehittelyn työni ulkopuolelle.

[289]*Mahkonen*, Johdatus perheoikeuden historiaan s. 114-5, muistuttaa, että perhelainsäädännöllä ei ollut samanlaista muutosvaateita torjuvaa instituutiota käytettävissään. Siksi

PK:n systematiikassa lakimääräistä perimystä sääntelevät säännöt on sijoitettu siihen ennen testamenttausta koskevia säännöksiä. Tämä kuvastaa, miten testamenttauksella on PK:n järjestelmässä paikkansa, mutta myös, miten tuo paikka on suhteessa sukuperimyksen ensisijaisuuteen määräytynyt. Testamenttausvapaus on suomalaisessa järjestelmässä jalkapuoli ja sen rajoituksia löytyy perintökaaresta muualtakin kuin lakiosasäännöksistä. Testaattorin vapautta rajoitetaan esimerkiksi PK 9:2:ssä. Siinä todetaan, että testamentti muun henkilön kuin testamentin tekijän kuolinhetkellä elävän tai sitä ennen siitetyn ja sittemmin elävänä syntyvän hyväksi on tehoton. Viimeinen takaraja testamentin tekijän vapaudelle määritetään pykälän toisessa momentissa: "Testamentilla voidaan kuitenkin määrätä, että sellaisen henkilön vastaisuudessa syntyvät lapset, jolla 1. momentin mukaan on oikeus saada testamentti, täysin omistusoikeuksien saavat omaisuuden viimeistään tämän kuollessa tai sen oikeuden lakatessa, mikä muulla henkilöllä saattaa olla omaisuuteen."[290]

Keskinäisten testamenttien merkitystä vähensi 1980-luvulla säädetty lesken suojajärjestelmä.[291] Tämä ei tarkoita, etteikö keskinäisiä testamentteja lainkaan enää tehtäisi. Voisi ainoastaan olettaa, että välitöntä tarvetta testamenttien tekemiseen ei PK:n säännösten valossa ole, kun sekä rintaperillisten että lesken asema on kyetty riittävässä määrin turvaamaan. Tähän vaikuttanee sekin, että rintaperillisiä on testamentilla vaikea perillisasemasta syrjäyttää PK 15 luvun mukaisesti.

Testaattorilla voi ajatella olevan intressiä testamentin tekemiseen silloin, jos hän kokee lakimääräisten jakosäännösten johtavan häntä tyydyttämättömään lopputulokseen. Toinen testamentin tekemistä aktivoiva syy voisi löytyä voimassa olevasta perintö- ja lahjaverojärjestelmästä, mutta Suomessa verosuunnittelullinen aspekti on kuitenkin jokseenkin puuttunut. *Pauli K. Mattila* on todennut, että verovelvollisten kannalta asiaa tarkastellen perintö- ja lahjaverolla ei ole ollut kovinkaan suurta merkitystä, koska verotus on ollut suhteellisen lievää. Perintövero on hänen mukaansa nähty automaattisena kuolemaa seuraavana tapahtumana ilman, että veron suuruuteen on

---

Suomen perheoikeuteen resipioitiin lainkäytön kautta Ruotsin perheoikeuden uudistettuja ratkaisumalleja jo tämän vuosisadan alussa, kunnes muutokset saatiin näkymään myös säädännäisessä oikeudessa.

[290]Vrt. aiemmin mainittu fideikomissi.

[291]*Aarnio*, Jälkisäädökset s. 41-3, joka on tutkimuksissaan havainnut, että ennen lesken perintöoikeudellisen aseman lakisääteistä parantamista enintään yksi prosentti keskinäisistä testamenteista riitautettiin. Tämän voi katsoa kuvaavan sitä, että testamentilla syrjäytetyt rintaperilliset pitivät lesken aseman turvaamista hyväksyttävänä.

katsottu voitavan vaikuttaa.[292] Jos testamentteja tehdäänkin, ne laaditaan usein stadardimallien mukaisesti ja välttämällä liian monia sanoja. Aito tapauskohtainen harkinta on jotain, jonka harvemmin tehdyistä jälkisäädöksistä havaitsee.

Testamentin jäämistöoikeudellisesta sijainnista huolimatta testamenttausaktiivisuus on Suomessakin ollut tällä vuosisadalla kasvussa. Selitysperusteena yksi tärkeimmistä lienee varallisuuden kasvu. *Kankaan* julkaisemat selvitykset osoittavat, että nykyisin noin neljäsosa perittävistä tekee jälkisäädöksen, kun vuosisadan alkukymmenellä vastaava luku oli lähempänä neljää prosenttia.[293] Tulevaisuudessa testamenttausaktiivisuuteen saattaa jollain tavoin vaikuttaa se, että nykyisissä perikunnissa jäämistöä jakamassa on suurempi sisarusparvi kuin tulevissa.[294] Tarkempien ennusteiden puuttumisen vuoksi en lähde tulevia kehityslinjoja kuitenkaan tätä yksityiskohtaisemmin arvailemaan.

5.3.6. Englantilainen jäämistöjärjestelmä

Vuoden 1837 Wills Act ei anna lukijalleen viitteitä siitä, että testamenttausvapauden asema suhteessa lakimääräiseen perimykseen olisi Englannissa jotenkin erityinen mannereurooppalaisiin perimyssysteemeihin verrattuna. Koska testamentin muotosäännösten viimekätisenä funktiona on pidettävä testaattorin viimeisen tahdon toteutumisen varmistamista, ei ole ristiriitaista, että muotosäännökset ovat lakimääräiseen perimykseen perustuvassa jäämistöjärjestelmässä yhtä tiukat tai väljät kuin testamenttausvapaudelle rakentuvissa järjestelmissä. Wills Actin valmistelun yhteydessä sanottu on yhä edelleen tuore näkemys: "on tärkeää, että kaikki testamentit, siitä huolimatta, mikä on testamentattavan omaisuuden laatu, tulisivat olla toteutettavissa mahdollisimman yksinkertaisessa muodossa, joka voisi olla yleisesti ja helposti ymmärrettävissä." Sen vuoksi kaikki testamentin tekemistä monimutkaistavat muotoedellytykset ovat perusteltavissa vain, jos ne ovat tarpeellisia testamenttiväärennösten estämiseksi tai sitten sen turvaamiseksi, että testaattorin tahto tulee ilmaistuksi riittävällä selkeydellä.[295] Toisaalta liian monimutkaiset muoto- ja menettelysäännökset voisivat johtaa testa-

[292]Varojen arvostaminen perintö- ja lahjaverotuksessa s. 11.

[293]Perinnöt ja testamentit s. 105 ss.

[294]Ks. perintöä jakavien henkilöiden määrän vähenemisestä tulevaisuudessa *Sauli*, Suurten ikäluokkien perintöä odotellessa (Hyvinvointikatsaus 1/1997).

[295]The Real Property Commission: 4th report 1833 s. 16. Viittaus on *Millerin*, The Law of Succession s. 147.

menttausaktiivisuuden vähenemiseen. Tähän syyhyn vedoten torjuttiin 1980-luvun alussa esiin tullut ehdotus siitä, että testamentit tulisi tehdä kaikissa tapauksissa lakimiesten myötävaikutuksella.[296]

Englannissa testamenttauksen asemaa korostetaan ja jäämistöoikeudellisissa kirjoituksissaan juristit yleensä suosittelevat sellaisen tekemistä jäämistön koosta ja laadusta riippumatta.[297] Yhtenä syynä tähän on edellä mainittu englantilaiseen tutkimustraditioon kuuluva verosuunnittelullinen pohdiskelu: jäämistöoikeuteen kuuluu oleellisena osana sen miettiminen, miten perintöveron määrää voisi pienentää. Tämä liittyy sikäläisen jäämistöverojärjestelmän ankaruuteen.[298] Toisaalta perintöverotus kohdistuu vain arvoltaan suurempiin jäämistöihin, joten se ei voi yksin selittää englantilaisten positiivista suhtautumista jälkisäädösten kirjoittamiseen. Kyse on oikeuskulttuuriin kuuluvasta piirteestä - jo pienten jäämistöjen kohdalla huomaa sen, miten testamentteihin tahdotaan merkitä testaattorin todelliset toiveet pukemalla ne juridisesti pitävään muotoon: niiden sanamuodossa ei suosita standardimalleja vaan ne laaditaan monisanaisesti ja tapauskohtaisesti. Testamenteissa pyritään ilmaisemaan testaattorin aito tahto.

> Vaikka englantilaiset juristit korostavat, että testamentin teosta on hyötyä myös pienille jäämistöille, näyttäisi kuitenkin siltä, että testamenttausaktiivisuus liittyy jossain määrin perittävällä olevan varallisuuden määrään. 1970-luvun alussa tehdyissä tutkimuksissa todettiin, että 70 prosenttia sellaisista henkilöistä, joiden kuolinhetkisen omaisuuden

---

[296]Law Reform Committee, 22nd Report: Report on the Making and Revocation of Wills Cmnd. 7902 (1980) para. 2.23. Englannissa on ehdotettu myös sellaista testamenttiinstituutiota, joka vastaisi esimerkiksi Saksassa niitä jälkisäädöksiä, jotka ovat notaarin vahvistamia. Ehdotukset ovat kuitenkin tulleet torjutuiksi. Ks. notaarin myötävaikutuksella tehdyistä testamenteista esimerkiksi *Leipold*, Erbrecht s. 221-6. Ks. yhteenveto testamenttiinstituutiota kohtaan esitetyistä muutosvaatimuksista Englannissa (oikeusvertailevine viittauksineen) *Miller*, The Machinery of Succession s. 154-165.

[297]Oikeuskirjallisuudessa on yleensä suositeltu testamentin tekemistä erityisesti silloin, jos teoksen kirjoittajana on asianajaja. Ks. esimerkiksi *Eaton*, Midland Guide to Inheritance s. 3 ss., jossa kirjoittaja kuvailee testamentin tekoa kivuttomaksi prosessiksi, jonka avulla voi välttää tulevia vaikeuksia ja harmeja.

[298]Trustien on sanottu olevan tehokas keino perintöverojen välttämiseen. Vrt. kuitenkin *Masson*, Making Wills, Making Clients II s. 367 ss., joka pitää trustin perustamista monimutkaisena ja sen hallinnointia kalliina. Tämän vuoksi sellainen tulisi testamenttiin sisällyttää vain, jos se on perusteltua esimerkiksi lasten - tai muiden suojelun tarpeessa olevien henkilöiden - etujen turvaamiseksi. Toisaalta perustamalla trustin perittävä saattaa pyrkiä syrjäyttämään perillisen asemasta sellaisen henkilön, jonka etuosahakemus tulee tuomioistuimessa todennäköisesti menestymään. Asiansa tunteva juristi pyrkii karsimaan myös tällaiset määräykset asiakkaansa testamentista tai ainakin varoittamaan mahdollisista etuosahakemuksista ja niiden menestymismahdollisuuksista.

arvo oli ollut yli kymmenen tuhatta puntaa, oli myös määrännyt sen jaosta testamentilla.[299]

Mahdollisimman laajan testamenttausvapauden säilyttämistä on Englannissa perusteltu useilla tavoilla.[300] Yhteiskunnallisin selitys kumpuaa yksilön näkemisestä sosiaalisena ja taloudellisena toimijana; testamenttausvapauden on katsottu olevan johdonmukainen seuraus tästä individualismilähtöisestä näkemyksestä.[301] Tätä näkemystä vahventaa se, että testamenttausvapaus kehittyi common law -oikeudessa silloin, kun tuomioistuimet pyrkivät pitämään henkilön vapauspiirin mahdollisimman rajoittamattomana.[302]

[299]*Miller*, The Machinery of Succession s. 17 sekä *Margrave-Jones*, Mellows: The Law of Succession s. 4: "With the dramatic growth in home ownership, the proportion of the population which dies testate steadily increases. Even those intent on making lifetime gifts will not usually give away all their wealth, and there is always a place for a will." Testamenttausaktiivisuuden ja jäämistöomaisuuden suuruuden välisestä lineaarisesta suhteesta toisin kuitenkin esimerkiksi *Finch ym.*, Wills, Inheritance and Families s. 65: "Wills are made by a wide cross-section of the population..Men and women are equally likely to make a will, and will-making is certainly not confined to the wealthy. Many people make a will even though they have only very modest assets." *Masson* on tehnyt useamman sosiologis-empiirisen tutkimuksen testamenttauksen yleisyydestä ja jälkisäädösten sisällöstä. Ks. esimerkiksi hänen artikkelinsa Making Wills, Making Clients I s. 269 ss.

[300]On huomautettu, että lakimääräiset perimystä koskevat säännökset muuttuvat hitaasti ja usein riittämättömällä nopeudella, jotta ne pysyisivät "ajan tasalla" nopeasti muuttuvassa maailmassa, jonka kanssa nämä säännökset joutuvat joka päivä tekemisiin. *Sawyer*, Principles of Succession, Wills and Probate s. lxv, kiteyttää: "The practical, concrete side of dealing with wills is one fraught with the conflicting structures of the past and the future."

[301]*Finch ym.*, Wills, Inheritance and Families s. 22.

[302]Testamenttausvapauden rajoittamattomuudesta on merkkinä myös se tapausoikeuteen perustuva käytäntö, jonka mukaan testaattori on oikeutettu määräämään jäämistöetuuden saamisen ehdoksi, että edunsaajan on solmittava avioliitto testamentissa nimetyn henkilön kanssa. Vain, jos mainittu ehto on epävarma, sitä ei tule soveltaa. Liian epävarmoiksi on sanottu erityisesti sellaisia ehtoja, joissa on väljästi määrätty, että henkilön on solmittava avioliitto tiettyyn uskontokuntaan kuuluvan henkilön kanssa. Yleisesti ottaen tällaisiin lykkääviin, avioliittoa koskeviin testamenttiehtoihin suhtaudutaan oikeuskäytännössä nykyisin varauksella. Avioitumiseen liittyvät testamenttiehdot pyritäänkin oikeuskäytännössä sivuuttamaan tulkitsemalla ne epävarmoiksi aina mahdollisuuden tullen. Tämänkaltaisesta argumentoinnista ks. Clayton v Ramsden [1943] AC 320. Suomenkin oikeudessa hyvän tavan vastaiset ehdot ovat kiellettyjä ja sellaisiksi on *Y.J. Hakulisen* mukaan luettava kaikki ehdot, joilla pyritään kohtuuttomasti rajoittamaan testamentin saajan henkilökohtaista

Sen sijaan säädännäisen oikeuden on nähty olevan keino yhteisöllisten hyvien edistämiseksi - erityisesti 1800-luvun puolivälistä eteenpäin. Siksi on luonnollista, että lakimääräiset perinnönjakosäännöt ja etuosalaki ovat kirjoitettua oikeutta. Niistä varsinkin jälkimmäinen on sosiaalinen suojanormisto, joka on ristiriidassa yksilön vapautta korostavan periaatteen kanssa.

Empiirisempi selitysmalli testamenttausvapaudelle voidaan perustaa tehtyjen jälkisäädöksien tosiasiallisille määräyksille. Lainsäätäjän sukuperimykseen tähtäävä interventio olisi näet useissa tapauksissa turha, koska perittävä itse on yleensä pyrkinyt testamenttimääräyksillään turvaamaan läheistensä oikeudet.[303] Kolmantena testamenttausvapauden laajuutta selittävänä syynä on pidetty sitä, että lakimääräinen perimys saattaa vaikuttaa henkilöiden halukkuuteen toimia tuottavina yhteiskunnan jäseninä. He luottavat näet siihen taloudelliseen turvaan, minkä perillisasema heille tarjoaa - ennemmin tai myöhemmin. Tätä vasten testamenttausvapaus nähdään keinona, jolla tällaiset tottelemattomat ja laiskat lapset voidaan syrjäyttää - tai ainakin sillä uhata - perillisen asemasta. Tämä perustelu esiintyy jo *Blackstonen* kirjoituksissa, ja se yhä edelleen vaikuttanee ainakin epäsuorasti ihmisten ajatteluun ja käyttäytymiseen.[304]

---

vapautta. Ks. Lain ja hyvän tavan vastainen ehto testamentissa (teoksessa Juhlajulkaisu T.M. Kivimäki. Toim. Rekola, A.-Heikonen, A.R.-Ikkala, A.K.-Erma, R. Vammala 1956 s. 104-112). Ks. myös *Aarnio*, Jälkisäädökset s. 139-141.

[303]*Finch ym.*, Wills, Inheritance and Families s. 22 sekä s. 70-81, johon on koottu empiiristä tutkimusaineistoa siitä, kenet testaattori jälkisäädöksessään yleensä määrää jäämistönsä edunsaajaksi. Tutkimusten mukaan valtaosassa tapauksia edunsaajaksi nimetään joko rintaperillinen tai/ja puoliso. Samoin *Peart*, The Direction of the Family Protection Act 1955 s. 213, joka ei ilmeisestikään tarkoita rajoittaa tarkasteluaan ainoastaan kotimaahansa Uuteen-Seelantiin todetessaan, että "most testators do in fact leave their estates to their immediate family, because they have a natural urge to provide abundantly for their loved ones. This applies particularly to the surviving spouse and children. The former was chosen as the life partner, while children were voluntarily created or adopted."

[304]Ks. *Peart*, The Direction of the Family Protection Act 1955 s. 215. Testamenttausvapautta ei ole pyritty perustelemaan maatilataloudellisilla seikoilla, vaikka testamenttausvapaudesta (ja lakimääräisessä perimysjärjestyksessä olleesta esikoisenoikeudesta) olikin se käytännön seuraus, että tilat säilyivät Englannissa pirstoutumattomampina, kuin mitä esimerkiksi Ranskassa oli asian laita. Ks. myös *Atiyah*, Law and Modern Society s. 122 ja *Margrave-Jones*, Mellows: The Law of Succession s. 203: "A principle of legitima portio, whereby close relatives are entitled to a fixed proportion of family assets, applies to most EC countries. This automatic right often means that assets become fragmented between the family, and is one of the principal reasons the EC common agricultural policy is distorded by the needs of the small farmer, in particular by the limits on quotas. Such a policy is often inappropriate in the UK where testamentary freedom permits the retention of larger, more economical farm units."

Yksilön oikeutta määrätä omaisuudestaan kuolemanvaraisesti onkin pidettävä yhä edelleen Englannin jäämistöoikeuden pääsääntönä, ja sitä on mahdollista rajoittaa vain etuosaa koskevissa ennakkotapauksissa täsmennettyjen rajaehtojen puitteissa.[305] Siksi tuomioistuimen käsittelyyn asti menevät vaatimukset perinnönjakosäännöksiin tai testamenttimääräyksiin puuttumiseksi ovat melko harvinaisia. Toisaalta etuosalain vaikutus käytäntöön lienee merkittävämpi kuin mitä tuomioistuintilastojen perusteella voisi päätellä - vaikuttaahan instituutio pelkällä olemassaolollaankin tehtyjen jälkisäädösten sisältöön. Jos perittävä tietää, että tietyn sisältöisiin testamenttimääräyksiin tullaan todennäköisesti tuomioistuimen toimesta myöhemmin puuttumaan, on luultavaa, että hän pyrkii muotoilemaan testamentin määräykset sellaisiksi, ettei niistä synny tulevassa perinnönjaossa riitaa. Juuri tämä etuosalain olemassaolo ja sen säännösten mahdolliset oikeusvaikutukset testamentin tekijän kuoleman jälkeen johtavat siihen, että turvautuminen juridiseen asiantuntemukseen on jo testamentin tekovaiheessa viisainta. Joskaan ei välttämätöntä.

6. Jäämistön selvitystoimet

6.1. Yleistä

Jäämistöomaisuuden välitöntä jakamista perittävän kuollessa ei yleensä tapahdu. Tämä tarkoittaa, että kun perittävä on kuollut, sovellettavaksi tulevat ne säännökset, joiden mukaan hänen jäämistöään hoidetaan siihen asti, kunnes se jaetaan reaalisesti. Tämä ajanjakso, joka alkaa perittävän kuolemasta ja päättyy jako-osuuksien luovuttamiseen perillisille, synnyttää usein monenlaisia ongelmia. Ne liittyvät siihen, kuka saa jäämistöomaisuuden haltuunsa, mikä on tällaisen henkilön toimivallan suhde tuomioistuimeen ja jäämistöintressentteihin, ja millaiseksi perillisten ja perittävän velkojien oikeusasema tänä aikana muodostuu.[306] Lähtökohta on sekä Englannin että Suo-

[305] *Sawyer*, Principles of Succession, Wills and Probate s. 403, huomauttaa, että Kansainyhteisön maiden keskinäisissä vertailuissa on huomioitava, että etuosainstituutio ja testamenttausvapaus eivät ole niissä välttämättä samalla tavoin painottuneet. Uuden-Seelannin lisäksi myös Australiassa etuosan moraalinen taustaperiaate on korostetummassa asemassa kuin Englannissa, jossa lähtökohtana pidetään testamenttausvapautta.

[306] Jäämistöintressentti on ilmaisu, jonka *Matti Ylöstalo* lanseerasi käyttöön väitöskirjassaan Testamentin moitteesta (Porvoo 1953) s. 47-50. Sillä tarkoitetaan niitä eri etutahoja, joilla on oikeudellinen liittymä jäämistöön. Liittymän syyt saattavat olla heillä erilaiset.

men oikeudessa sama - jäämistö on selvitettävä jakokuntoon.

6.2. Suomalainen pesänselvitys- ja jakojärjestelmä

6.2.1. Taustaa

Jo vanhastaan on Suomen oikeudessa erilaisille uskotuille miehille varattu lainkäyttöön kuuluvia tehtäviä. Säädöksiin on rakennettu omia, sisäisiä toimintajärjestelmiä. Tyypillisimmillään tämä näyttäytyy maa- ja vesioikeuden sektorilla, jossa toimitusmiesten tehtäväkenttä on sangen laaja. Jäämistölainsäädännössäkin uskotuilla miehillä on ollut sijansa jo kauan. Jo vuoden 1734 PK tunsi uskotut miehet niin hyvin perunkirjoituksessa, perinnönjaossa kuin testamentin laadinnassakin. Heistä kuitenkin vain perunkirjoituksen uskotuilla miehillä oli toimitusmiehille ominaista päätäntävaltaa. He toimittivat perunkirjoituksen. Muut uskotut miehet olivat alunperin toimituksen oikeellisuuden varmistavia todistajia.[307]

Perinnönjakoa sääntelі vanhan PK:n 12 luku, jossa lähtökohtana oli osakkaiden toimittama jako. Läsnä tuli olla myös osakkaiden kutsumat kaksi uskottua miestä, joiden tuli allekirjoittaa jakokirja. Näillä uskotuilla miehillä ei ilmeisesti ollut toimitusmiesten asemaa, vaan he toimivat lähinnä todistajina. Siinä tapauksessa, että osakkaat olivat eri mieltä jaon toimittamisesta, laki osoittautui pahasti puutteelliseksi; siitä ei löytynyt tehokkaita keinoja jakovaateen toteuttamiseksi. Laki totesi "vallan olevan sillä, joka tahtoo jakaa", mutta käytännössä erimielisyyksien ratkaisemiseksi ei ollut tehtävissä muuta kuin saattaa asia tuomioistuimen ratkaistavaksi. Yksi osakas saattoi niskoittelullaan viivyttää jakoa jopa vuosikausia siksi, että laista puuttui tehokas toimintamekanismi.[308]

Oikeustieteessä esitettiin ratkaisuksi toimitusteoriaa, jonka mukaan uskotut miehet nähtiin jaon aktiivisina suorittajina.[309] Jakoon tyytymätön perillinen ei näkemyksen mukaan voinut estää tai viivyttää jaon loppuunsaattamista, vaan hän saattoi turvautua vain moitekanteen nostamiseen tuomioistuimessa jaon tultua toimitetuksi. *Hakulinen* puolsi toimitusteoriaa viittaamalla

---

[307]*Saarenpää*, Pesänselvittäjä ja pesänjakaja. I osa s. 2 ss.

[308]Ks. Lvk 2/1935 s. 2 sekä *Ylöstalo*, Pari sanaa perintölainsäädännön uudistamisesta s. 410. Varsinkin asianajajakunta, joka työssään hoiti perimysjuttuja, kaipasi tehokkaita toimia jäämistöoikeuden uudistamiseksi tältä osin. Ks. myös *Malmström*, Successionsrätt I s. 75-79.

[309]Ks. lisäviitteita *Saarenpää*, Pesänselvittäjä ja pesänjakaja. I osa s. 3.

vanhan PK:n 12:2:ään, jossa sanotaan: "Kaikki perinnönjaot on suoritettava rehellisten ja uskottavain miesten läsnäollessa, kuten perunkirjoituksesta on säädetty." Koska perunkirjoituksen uskotuilla miehilläkin oli toimitusmiesten aktiivinen rooli, johti se Hakulisen mielestä väistämättä toimitusteorian oikeellisuuteen.[310]

Sopimusteoreetikot taas pitivät uskottuja miehiä pesäosakkaiden suorittaman jaon todistajina. Heidän teoriansa sai tukea vuoden 1734 lain esitöistä. *Martti Rautiala* viittasi sekä suomalaiseen että ruotsalaiseen oikeuskäytäntöön, muuhun oikeuskirjallisuuteen ja jopa lain ruotsinkieliseen sanavalintaan sopimusteoreettista kantaansa puolustaessaan.[311] Sanalla "skifte" tarkoitetaan näet sekä jakoa että vaihtoa, joista jälkimmäinen on oikeudellisesti arvioituna sopimus. Jaossa perillisen ajatellaan siten vaihtavan osuutensa jäämistön säästöstä määräesineisiin kohdistuvaksi oikeudeksi, jonka lähemmästä toteuttamistavasta on perillisten sovittava keskenään.[312]

Sopimusteoria oli Suomessa vallitseva kanta tälle vuosisadalle tultaessa.[313] Tämä johti käytännöllisiin hankaluuksiin antaessaan tehokkaan aseen sille, joka halusi jaon suorittamista hankaloittaa. Toimitusteoria, joka valtasi jalansijaa vanhan PK:n viimeisinä voimassaolovuosina, ei pystynyt tilkkimään niitä puutteellisuuksia, joita lain soveltamistilanteissa oli ilmennyt - varsinkin, kun tuomioistuimetkin horjuivat siinä, kumpaa teoriaa ne rat-

---

[310]*Hakulinen* puolustaa toimitusteoriaa artikkelissaan Perinnönjaon ja osituksen toimitusmiehet (DL 1960 s. 4-15). Perusteluissaan hän viittaa korkeimman oikeuden ratkaisuun 1958-II-79. Hän myös viittaa oikeuskirjallisuuteen, mm. *Nehrmanin* ajatuksiin. Tämä on käsiteltävän kysymyksen kannalta kiinnostavaa, koska *Nehrmanin* kirjoituksiin ovat viitanneet myös sopimusteorian kannattajat. *Hakulinen* selviää tästä dilemmasta sillä, että hän toteaa sopimusteoreetikkojen tehneen tulkintansa vajavaisten tietojen pohjalta. Vrt. esimerkiksi *Rautiala*, Ositus s. 170. Ks. myös SOU 1932:16 s. 489 ja *Nybergh*, Reflektioner kring boutredning och arvskifte enligt den nya ärvdabalken s. 203.

[311]Ks. SOU 1932:16 s. 489-491, jossa ruotsalaisen oikeuskäytännön vallitsevaksi kannaksi esitetään jaon pitämistä osakkaiden sopimuksena. Esitöissä sanotaan, että sama tulkinta on omaksuttu myös sikäläisessä kirjallisuudessa. Suomen oikeustilasta mainitaan, että oikeuskäytäntö on puoltanut toimitusteoriaa. Toisaalta myöskään oikeudellisessa kirjallisuudessa esitettyjä vastakkaisia mielipiteitä ei jätetä huomioimatta.

[312]*Rautialan* sopimusteoreettisesta kannasta ks. lisää Ositus s. 169-176. Toisena vaikutusvaltaisena sopimusteoreetikkona esiintyi mm. *Wrede* (R.A. Wreden luentoihin perustuvia PK:n selityksiä. Toim. Melander s. 148-150). Mielenkiintoinen kommentti löytyy sivulta 147, jossa huomautetaan, että "uskottujen miesten on oltava nimenomaan miehiä eikä naisia, vaikkakin eräät toiset lain säännökset, joissa puhutaan miehistä saattavat tarkoittaa naisiakin."

[313]Esimerkiksi korkeimman oikeuden ratkaisu 1936-II-381 on esimerkki sopimusteorian hyväksymisestä lainkäytössä.

kaistaviksi saatetuissa oikeusriidoissa sovelsivat. Käytäntö oli siten osoittanut, että perinnönjakokysymyksistä saattoi muodostua melko hankalia sen vuoksi, että vanhoista säännöksistä puuttui tehokas toimintamekanismi, jolla olisi voitu saattaa perittävän kuoleman jälkeiset jakotoimet tehokkaasti loppuun.

Näin ollen uutta perintökaarta valmisteltaessa pidettiin tärkeänä, että siihen sisällytettäisiin tehokas järjestelmä perinnönjaon loppuuntoimittamiseksi. Samalla haluttiin säätää myös toimiva pesänselvitysjärjestelmä. Jäämistöomaisuuden selvitys ja hallinto oli ollut tuohon asti lähtökohtaisesti pesänosakkaiden harteilla. Yhteishallinnon lisäksi tunnettiin konkurssimenettely, mutta mitään osakkaiden velkavastuuseen vaikuttavaa toimitusmiesjärjestelmää ei ollut vanhan PK:n mukaan olemassa.

6.2.2 Rajanvetoa

Uusi perintökaari selvensi toimitusmiesten aseman perinnönjaossa, ja mahdollisti samalla toimitusmiesten nimittämisen myös pesää selvittämään. PK sisältääkin tehokkaat, perillisten individuaalisia oikeuksia suojaavat toimintamahdollisuudet sellaisissa erimielisyystilanteissa, joissa osakkaiden yhteinen päätöksenteko osoittautuu mahdottomaksi. Nyt on voimassa järjestelmä, johon turvautuen yksikin jäämistöintressentti pystyy saattamaan perillisen oikeutensa voimaan - aina jäämistön jakoa myöten. Jäämistöoikeutemme kuuluu tätä nykyä siihen osaan siviilioikeutta, jolla on oma toiminnallinen lainsäädäntönsä.[314]

Perittävän varallisuusaseman kokonaisvaltainen siirtyminen toteutetaan ns. kuolinpesäkonstruktion puitteissa. Säännöksiä virallisselvityksestä ei ole haluttu saattaa osaksi suomalaista perimysnormistoa, vaan osakkaiden keskinäinen pesänselvitys ja -hallinto on pidetty pääsäännön asemessa.[315] Pesänselvitys ja perinnönjako onkin vanhastaan käsitetty pesäosakkaiden yksityisiksi asioiksi, joihin viranomaisten ei tule välittömästi puuttua. Jäämistöomaisuutta koskeva päätösvalta on keskitetty perillisille ja säädetyt pe-

[314]Ruotsalaisesta oikeudesta *Malmström*, Successionsrätt I s. 80 ss., on todennut, että "Man ville skapa en enkel och smidig men samtidigt betryggande subsidiär förvaltningsform, fri från tunga, byråkratiska och kostsamma former...De förvaltningssvårigheter, som var förknippade med den hävdvunna enhällighetsregeln, ville man emellertid icke lösa genom invecklade bolagsliknande regler om beslut, kontroll o.s.v., utan lösningen söktes i en möglighet att överlämna förvaltningen i någon särskilt utsedd förvaltares hand."

[315]Perittävä saattaa tosin määrätä jälkisäädöksessään testamentin toimeenpanijasta, jolloin jäämistön hallinnointi siirtyy pesänosakkailta pois.

sänselvittäjä- ja pesänjakajajärjestelmät ovat kumpikin yksityistoimintoisuuteen perustuvia: toimitusmiehet eivät ole julkisen vallan edustajia. Heillä on jäämistöintressentteihin nähden vahingonkorvausvastuu, ja se seikka, että tuomioistuin huolehtii heidän nimityksestään, on vain oikeusturvanäkökohtiin perustuva tekninen järjestelymalli.

Toimitusmiesjärjestelmä liittyy perillisen oikeusaseman analyysiin ja tehtyyn eroon hallinto- ja jakovaltuuden välillä.[316] PK:n sanamuoto ei tee täsmällisesti pesänselvityksen ja perinnönjaon rajankäyntiä, mutta se ei kuitenkaan tarkoita, etteikö siinä asiasta olisi säädetty. Vastaus löytyy systemaattisen tarkastelun avulla ja miettimällä sitä, mitkä ovat pesänselvittäjä- ja pesänjakaja -instituution keskeisimmät tavoitteet ja intressitahot. Pesäselvittäjän tavoitteena on saattaa jäämistö jakokuntoon niin, että kaikkien kuolinpesän ulkopuolisten etutahojen vaatimukset on joko tyydytetty tai varmistettu niiden tyydyttäminen. Pesänselvittäjä toimii siis pesän hyväksi. Pesänjakaja sitä vastoin voi olettaa, että kuolinpesän tilit sen ulkopuolisten etutahojen välillä on selvitetty ja että hän voi keskittyä osakkaiden keskinäisten oikeuksien toteuttamiseen. PK:n toimitusmiesten toimivaltojen rajankäynnissä ei ole siten kyse lainsäädännöllisestä aukkotilanteesta. Asia kerrotaan vain suurempana tarinana - miettien sitä, mikä kenenkin toiminnassa on tärkeintä - kuin jos siitä olisi säädetty yksityiskohtaisella lainsäännöksellä.

> Toimivaltarajojen systemaattisen erottamisen kannalta on tärkeätä se, että jäämistöomaisuuden hallinta säilyy yksin pesänselvittäjällä aina siihen asti, kunnes hänen on luovutettava omaisuusobjektit pesänjakajan (tai osakkaiden) tekemän jakopäätöksen mukaisille perillisille.[317] Pesänjakajan määrääminen ei siten vaikuta jäämistöomaisuuden hallintaan. Tuomioistuin voi myös määrätä yhdessä käsittelyssä saman henkilön suorittamaan sekä jäämistön selvitys- että jakotoimet, jolloin tehtävien toimivaltaraja sumenee käytännön tasolla melkoisesti.[318]

---

[316]Perillisen oikeusaseman systematisoinnista *Aarnion* väitöskirja Perillisen oikeusasemasta s. 3-17. Ks. myös saman kirjoittajan artikkeli Analys av arvingens rättsliga ställning (JfT 1980 s. 367-374).

[317]Ks. KKO 1977-II-102, jossa kuolinpesän osakkaalla katsottiin olevan oikeus saada pesän omaisuus pesänselvittäjän hallintoon siitä huolimatta, että pesä oli selvitetty ja jakoa varten oli määrätty pesänjakaja. Ratkaisusta ilmeni se, että pesänselvittäjän toimivalta päättyy vasta, kun hän jaon lainvoimaiseksi tultua luovuttaa kullekin osakkaalle hänelle kuuluvan perintöosuuden. Myös KKO:1992:176.

[318]Pesänselvittäjän ja -jakajan valinnassa ei kuitenkaan tulisi omaksua automaattista nimitystekniikkaa, jossa kumpaakin tointa hoitamaan nimitetään yksi ja sama henkilö. Tämän kysymyksen otan vielä lähemmin esille toimitusmiesten valintaa koskevassa luvussa 6.2.5.

6.2.3. Osakkaiden yhteishallinto lähtökohtana

Suomen vanhemmassa oikeuskirjallisuudessa puntaroitiin teoreettiselta kannalta perillisen oikeusaseman kehitystä. Ongelmaksi nousi se, millaisin osuuksin ja oikeuksin osakkaat voivat kuolinpesän omaisuudesta disponoida.[319] Sittemmin on myönnetty käytännön kannalta merkityksettömäksi pohtia, onko perillisten yhteisomistus murto-osaista vai jakamatonta. Periytymistapahtuman ymmärtämiseksi olisikin tärkeämpää nähdä sen sisältö oikeudellisena muutostapahtumana. Perimykseen liittyvän problematiikan monivivahteisuus johtuu perimyksen henkilösuhdeverkosta ja siitä suuresta joukosta etutahoja, jotka siihen liittyvät ja joiden oikeudelliset suhteet jäsentyvät kuolinhetkellä uudestaan. Keskeiskysymyksenä on siten se, millainen muutos kussakin henkilösuhteessa tapahtuu; kenelle syntyy, millaisin edellytyksin ja minkä sisältöisenä kuolinpesän osakkaan asema. Tulkinnan lähtökohtana on silloin oltava PK 18:2:n sääntö osakkaiden yhteishallinnosta.[320]

Jos henkilöltä jää kuollessaan yksi perillinen, saa hän omistajan vallintaoikeuden. Tässä yksinkertaisimmassa tapauksessa ratkaisu on suhteellisen selväpiirteinen. Tilanne monimutkaistuu, jos useammat henkilöt ovat perittävän kuollessa perillisasemassa. Syntyy välitila, joka ratkeaa lopullisesti vasta perillisten kesken suoritettavalla perinnönjaolla.[321] Yhteishallinnan toteutus saattaa osoittautua kankeaksi, koska osakkaan itsenäinen päätäntävalta on sen aikana suppea. Joku osakkaista saattaa harjoittaa tahallista haitantekoa, eikä nykyisin liene harvinaista sekään, että sukulaiset asuvat kaukana toisistaan - kenties jopa eri maissa - jolloin asioista neuvottelu ja yhteisymmärryksen saavuttaminen ei näiden käytännöllisten esteiden vuoksi käy kovinkaan nopeasti. Jos yhteispäätökset osakkaiden välillä ylipäätään ovat mahdollisia.

Vaihtoehtoisia selvitysteitä punnitessa on otettava huomioon, että jos virallisselvitystä ei käynnistetä, on jokaisella osakkaalla oikeus osallistua jäämistöä koskevaan päätöksentekoon. Jos osakkaat eivät riitele ja kykenevät päättämään asioista yhdessä, on pesänselvitys yleensä verraten kivuton toimenpide, koska kysymys on perittävän taloudellisten suhteiden järjestämi-

---

[319]Käydystä keskustelusta ks. esimerkiksi *Aarnio*, Perillisen oikeusasemasta s. 9-16.

[320]*Aarnio*, Perillisen oikeusasemasta s. 87, pitää mahdottomana, että jäämistön siirtymisajankohta voitaisiin keskittää perittävän kuolinhetkeen, koska perillisen oikeusaseman kehitystä on mieluummin tarkasteltava eri osatapahtumien muodostamana kokonaisuutena. Tällöin voidaan entistä selkeämmin saada esiin eri vaiheiden oikeudellinen merkitys perinnön siirtymisen kannalta. Ks. myös *Saarenpää*, Tasajaon periaate s. 49-54 sekä Perintö ja jäämistö s. 3-6.

[321]*Aarnio*, Perillisen oikeusasemasta s. 88.

sestä - eri intressitahojen vaatimusten tyydyttämisestä - kuolintapauksen johdosta syntyneessä uudessa tilanteessa. Siten yhteishallinnon aikana päätetään mm. omaisuuden tosiasiallisesta hoitamisesta, saamisten perimisestä, velkojen maksusta, vuokrasopimusten irtisanomisesta ja omaisuuden luovuttamisesta. Tavoitteena on koko ajan pesän jakokuntoon saattaminen.[322] Selvityksen aikana osakkaiden yhteishallinnon "yksi mies, yksi ääni" -periaatteesta voidaan poiketa vain tietyissä, lain määrittämissä tilanteissa. PK mainitsee kiireelliset toimenpiteet, joita osakas voi suorittaa ilman kanssaperillisten kuulemista. Tämän poikkeussäännön avulla pyritään suojaamaan jäämistöomaisuuden arvon alenemista tai tuhoutumista, joten yhteishallintoperiaatteesta poikkeaminen koituu myös passiivisina pysytelleiden osakkaiden hyväksi. Kiireellisten toimien voi katsoa kattavan myös omaisuuden luovuttamistoimet, joiden sallittuisuus arvioidaan suojaamisperiaatteen näkökulmasta ja siten, että toimen on tullut olla välttämätön, ei ainoastaan hyödyllinen. Toisaalta on huomattava, että kiireelliset toimet kattavat vain ne tilanteet, joissa osakkaalla ei ole ollut riskiä ottamatta mahdollisuutta kuulla muita osakkaita. Jos joku osakkaista on toimenpidettä jo ehtinyt nimenomaisesti vastustaa, ei hänen mielipidettään voida sivuuttaa. Kiinteän omaisuuden luovuttamiseen taas ei tule missään olosuhteissa ryhtyä ilman osakkaiden yhteistä päätöstä.[323]

Osakkaiden yhteishallinto ei ole kontrolloimatonta toimintaa suhteessa jäämistön muihin intressentteihin. Perittävän ja pesän velkojien asema on turvattu osakkaiden henkilökohtaisella velkavastuulla. Vanhan PK:n mukaan osakkaalta ei voinut saada hänen vahinkoa aiheuttaneesta toiminnastaan huolimatta korvausta, jollei tuota tointa voinut katsoa tahalliseksi. Nykyisin osakas vastaa aiheuttamastaan vahingosta, olipa se syntynyt tahallisen tai tuottamuksellisen toiminnan seurauksena (PK 18:7).[324] Korvauksen saajana tulee

---

[322]*Aarnio-Kangas*, Suomen jäämistöoikeus I s. 147 sekä *Aarnio*, Perillisen oikeusasemasta s. 77.

[323]Toinen yhteishallinnon periaatteeseen poikkeuksen mahdollistava säännös on PK 18:2, jonka mukaan yksikin perillinen voi ajaa kannetta pesän hyväksi. Vaikka kanteen nostamisoikeus heijastelee individuaaliperiaatetta, lopputulos koituu "pesän hyväksi". Tämän vuoksi kukaan perillinen ei voi vaatia oikeustilan parantamista vain omaa perintöosuuttansa vastaavalta osalta.

[324]Vapaamuotoinen selvitys ei aina paljasta kaikkien velkojen olemassaoloa. Osakkaat, pesänselvittäjä tai testamentin toimeenpanija voivat sen vuoksi hakea VanhA 7 §:n mukaista julkista haastetta. Tähän haastemenettelyyn turvaudutaan *Lohen* tutkimusten mukaan valitettavan harvoin, vaikka se onkin edullinen ja vaivaton keino eliminoida yllättävät vastuut. Ks. Vastuu kuolleen henkilön velasta I s. 188-191 sekä *Lohen* artikkeli Julkisen haasteen pyytämisen määräajasta kuolinpesän selvityksessä (DL 1996 s. 571-580).

kyseeseen jokainen, jonka oikeus on pesänselvityksestä riippuvainen. PK 19 ja 21 luvuissa varataan osakkaille tilaisuus luopua pesän yhteishallinnosta. Tämä tarkoittaa virallisselvityksen aloittamista, joko hakemalla pesänselvittäjän määräämistä tai luovuttamalla pesä konkurssiin.[325] Osakkaat voivat siten valita jäämistöomaisuuden selvitystavan kautta myös sen velkavastuujärjestelmän, johon he haluavat sitoutua.[326]

6.2.4. Järjestelmän valinnaisuus

Pääsääntöisesti kuolinpesän osakas voi valita jäämistön hallinnointimuodon (ja tätä kautta velkavastuujärjestelmän) sekä tavan, jolla perinnönjako toteutetaan. PK:n selvitys- ja jakojärjestelmät antavat sijaa valinnaisuudelle. Toimivuuden on katsottu edellyttävän vaihtoehtoja. Osakkaiden ei ole pakko hallita pesää yhteisesti PK 18 luvun mukaisesti, vaan he voivat valita pesänselvittäjän hallinnon (PK 19 luku), ja sopimusjako on korvattavissa pesänjakajan toimitusjaolla (PK 23 luku). Käytännössä tämä tarkoittaa, että PK sisältää sellaiset menettelytavat, jotka johtavat kaikissa tilanteissa tavoiteltavaan lopputulokseen, ensinnä pesän selvittämiseen ja sen jälkeen perinnön jakamiseen perillisille ja testamentinsaajille.

PK:ssa valinnaisuus näyttäytyy vahvana, koska kerran valittua menettelytapaa ei ole pakko viedä loppuun asti. Yhteishallinnon ei tarvitse johtaa sopimusjakoon tai pesänselvittäjähallinnon toimitusjakoon. Menettelytapaa voi vaihtaakin kesken toimituksen - kertyvien menettelyllisten vaihtoehtojen määrä on siten tosiasiallisesti yllättävän suuri.[327] Kuolinpesän osakkaal-

---

[325]Useimmat länsieurooppalaiset jäämistöjärjestelmät mahdollistavat menettelytapoja, joita noudattamalla henkilökohtainen vastuu perittävän ja jäämistön veloista voidaan välttää. Huomaa PK:n poikkeussäännös 21:19, jonka mukaan osakasta ei voida asettaa henkilökohtaiseen velkavastuuseen, vaikka hän ei ole sen hallinnoinnista laissa edellytetyllä tavalla luopunut. Tämä edellyttää, että perittävältä on jäänyt omaisuutta vain hautaus- ja perunkirjoituskustannuksiin tarvittava määrä. Lainkohdan systemaattisesta tulkinnasta ks. KKO:1998:163.

[326]Ks. *Mattila*, Om boutredning- och arvskiftesystem s. 331, jossa on huomautettu, että Suomen selvitysjärjestelmä eroaa niistä maista, joissa on omaksuttu ns. yksinomainen virallisselvitysjärjestelmä. *Mattilan* artikkelin osalta on kuitenkin huomattava, että Tanskan selvitysjärjestelmää muutettiin vuoden 1997 alusta. Ennen lainmuutosta Tanskan oikeuden lähtökohtana oli tuomioistuinjohtoinen virallisselvitys. Osakkaiden toimittama yksityinen selvitys oli mahdollinen vain, mikäli he sitoutuivat henkilökohtaiseen vastuuseen perittävällä olleista veloista. Ks. myös *Lohi*, Vastuu kuolleen henkilön velasta I s. 59 ss. Uuden lain voimaantultua osakkaiden ei tarvitse sitoutua vastaamaan perillisen veloista, jotta he saisivat selvittää jäämistön yksityisesti.

[327]*Saarenpää*, Pesänselvittäjä ja pesänjakaja. I osa s. 23, on huomannut, että

la on oikeus itsenäisestikin valita eri vaihtoehtojen välillä. Enemmistöperiaatetta ei tunneta, eikä osakkaan oikeus ole sidottu hänen jäämistöintressinsä suuruuteen. Yksikin osakas voi halutessaan saada pesänselvittäjän ja/tai -jakajan määrätyksi. *Saarenpään* mukaan perinnönyhteys ei tunne enemmistöpäätöksiä yleensäkään ja pesänselvittäjän ja -jakajan määrääminen on lisäksi nähtävä osakkaan suojakeinona. Vaihtoehtojen valinta on "erimielisen osakkaan" varassa ja aikaisemmasta PK:sta poiketen erimielisyys voi johtaa kohden lainvoimaista jakoa. Valta on siten nykyisin yksittäisellä perillisellä, jos hän vain tahtoo jaon tapahtuvan.

6.2.5. Pesänselvittäjän ja -jakajan nimitys

PK:ssa ei ole säädetty etusijajärjestystä, jota tuomioistuimen tulisi seurata pesänselvittäjää nimittäessään. Sen on kuitenkin huomioitava testamentin toimeenpanijan etuoikeus tulla nimitetyksi tehtävään ja se, että yksimielisten osakkaiden mielipidettä on henkilökysymyksessä seurattava (PK 19:4).[328] Mikään ei teoriassa aseta esteitä edes sille, että oikeushenkilö nimitettäisiin pesänselvittäjäksi.[329] Kun PK:sta puuttuu nimitettävää henkilöä koskeva esteellisyyssäännös, voisi tuomioistuimen harkintavaltaa kuvata korostuneen laajaksi niissä tilanteissa, joissa osakkaat eivät pääse henkilökysymyksestä sopuun. PK 19:4 toteaa näet ainoastaan, että selvittäjäksi määrättävän henkilön on kyettävä suorittamaan jäämistön selvitys sen laadun ja laajuuden edellyttämällä taidolla. Esteellisyys on kuitenkin muuttuva käsite ja pesänselvittäjän nimityksessäkin joudutaan nykyisin ottamaan huomioon, että tuomarin ja muun ratkaisijan esteettömyydelle asetetaan tällä hetkellä suuremmat vaatimukset kuin vielä muutama vuosikymmen sitten. Osaltaan kyse

---

valinnaisuuden merkitys on käytännössä melko vähäinen. Ks. s. 24 ss., johon on koottu tilastoa Helsingin raastuvanoikeuden antamista selvittäjä- ja jakajamääräyksistä.

[328]Perittävä voi määrätä testamentin toimeenpanijan testamentissaan, jonka sisältö määrää lopullisesti tämän oikeudet. Toimeenpanijan valtuudet alkavat joka tapauksessa vasta jälkisäädöksen lainvoimaiseksi tulosta, joskin hän voi hakea pesänselvittäjän määräystä jo tätä ennenkin sekä ryhtyä toimiin perunkirjoituksen toimittamiseksi pesäosakkaiden pysytellessä passiivisina. Testamentin toimeenpanijaan sovelletaan samoja toimivaltasäännöksiä kuin pesänselvittäjään. Tästä on kuitenkin kaksi poikkeusta: toimeenpanijamääräys ei supista eloonjääneen puolison oikeutta osallistua pesänselvitykseen eikä toimeenpanijalla ole valtaa luovuttaa kuolinpesää konkurssiin (PK 19:21).

[329]*Aarnio-Kangas*, Suomen jäämistöoikeus I s. 192, muistuttavat vastuusuhteiden riittävästä huomioimisesta selvittäjämääräystä annettaessa. Koska selvittäjä on huolimattomista oikeustoimista korvausvastuussa osakkaille, ei tätä vastuuta tule hämärtää antamalla selvittäjämääräystä vastuusuhteiltaan epäselville oikeushenkilöille.

on Euroopan ihmisoikeussopimuksen - sen 6. artiklan - voimaan tulosta osaksi oikeuslähteistöä. Tämän vuoksi esimerkiksi osakkaan nimittämisen pesänselvittäjäksi tulisi tapahtua vain hyvin poikkeuksellisissa tilanteissa, vaikka se lain sanamuodon valossa onkin mahdollista.[330]

Myös pesänjakajan nimittämistä koskeva säännös (PK 23:4) on sanamuodoltaan joustava: "Oikeus määrätköön hakemuksesta sopivan henkilön pesänjakajaksi..Pesänselvittäjä tai testamentin toimeenpanija, joka ei ole osakas, on erityisettä määräyksettä pesänjakaja, jos osakkaat pyytävät häntä toimittamaan jaon eikä toista ole pesänjakajaksi määrätty." Pesänjakajalta, samoin kuin pesänselvittäjältä, vaaditaan joka tapauksessa tehtäväkohtaisesti arvioitavaa esteettömyyttä ja tuomioistuinten tehtävänä on pitää huoli järjestelmän puolueettomuuden ylläpitämisestä. Muuten PK:n toimitusmiesjärjestelmä on, kuten *Saarenpää* sanoo, vaarassa menettää itsenäisen prosessin luonteen ja pesänjakajan nimityksetkin muuttuisivat jaon moitetta valmisteleviksi toimiksi.[331]

> Lukumääräisesti toimitusjakoa on pidettävä nimenomaan yhden jakomiehen toimittamana jakona. Vain kaikkien osakkaiden suostumuksin tai PK 23:4:ssä todetuissa erityistilanteissa pesänjakajien lukumäärä voi nousta yli yhden. Käytännössä kaksi jakajaa on määrätty vain huomattavan suuriin jäämistöihin.[332]

---

[330]Ks. *Lohi*, Vastuu kuolleen henkilön velasta I s. 296 ss., joka viittaa siihen, että esteellisyys-kysymyksen arvioinnissa olisi kiinnitettävä laajemminkin huomiota velallisen ja velkojan aseman problematiikkaan ja esimerkiksi konkurssipesän pesänhoitajan ja väliaikaisen pesänhoitajan kelpoisuutta koskevan sääntelyn muuttumiseen, koska heidän asemansa on monilta osin pesänselvittäjään rinnastettavissa. Aikaisemmin konkurssipesän hoitajaksi saatettiin näet nimetä itse velallinenkin, mutta konkurssisääntöön 1990-luvulla tehtyjen muutosten jälkeen tämä ei ole enää ollut mahdollista (KS 50 ja 51 §).

[331]*Saarenpää*, Pesänjakajan valinnasta s. 349, 355, painottaa, ettei yksiselitteistä ja sitovaa valintaohjetta ole mahdollista pesänjakajan valintatilanteisiin muodostaa - ei lainopissa eikä käytännössä - oikeudenmukaisuuden siitä kärsimättä. Pesänjakajalta edellytettävä puolueettomuus on kuitenkin asia, jonka tavoittelemisesta tuomioistuimet eivät voi harkinnassaan joustaa. Ks. pesänjakajan valintaa koskevasta problematiikasta *Välimäen* artikkeli Pesänjakajan määräämisen ongelmia (Juhlajulkaisu Aulis Aarnio. Oikeustiede-Jurisprudentia 1997 s. 335-350). Pesänjakajan määräämisen perusteista ja valinnasta tehtävään ehdotettujen henkilöiden välillä ks. myös KKO:1995:176 sekä KKO:1995:177. Tapauksista käy ilmi, ettei ratkaisevaa merkitystä tule antaa sille, "kenen ehdokkaan takana on suurin osa jäämistöstä".

[332]*Saarenpää*, Pesänjakajan valinnasta s. 342, toteaa, että PK 23:4:n tarpeettoman väljä sanonta antaa tuomioistuimelle mahdollisuuden mitä erilaisimpiin perusteluihin. Esimerkiksi Turun Ho 5.11.1971 pysytti jakajamääräyksen, jossa alioikeus oli perustellut kahden jakajan määräämistä sillä, että jäämistössä saattoi syntyä vaikeita lainopillisia kysymyksiä.

Pesänselvitys- ja perinnönjakojärjestelmän funktiot ovat erilaiset, ja tämä on otettava huomioon myös toimitusmiehiä nimettäessä - tilanne-esteettömyys saattaakin pesänselvittäjän osalta olla erilainen kuin pesänjakajan kohdalla. Sen vuoksi pesänselvittäjän ja pesänjakajan yhtäaikaiseen määräämiseen ei tulisi ryhtyä, koska vasta pesänselvitys kertoo, millaista ja miten arvokasta omaisuutta jäämistössä on, ja mitä edellytyksiä se asettaa pesänjakajan asiantuntemukselle ja kokemukselle.

6.2.6. Toimitusmiesten tehtävät

Pesäselvittäjä saa tuomioistuimesta määräyskirjan, joka yksilöi sen kuolinpesän, jonka suhteen hän on toimivaltainen. Toimivalta on luonteeltaan yleinen, eikä se siten ole esimerkiksi sidottu niiden henkilöiden suhteellisen perintöosuuden suuruuteen, jotka häntä pesänselvittäjäksi ehdottivat. Pesänselvittäjän päätehtävänä on velkojen maksaminen ja jäämistön nettovarallisuuden selvittäminen. Pesänselvittäjä voi realisoida irtainta omaisuutta vastiketta vastaan, mutta vain, jos luovutus osoittautuu välttämättömäksi. Hänen on tosin tiedusteltava osakkaiden mielipidettä (PK 19:12), joiden suostumus ei kuitenkaan ole disponoinnin tehokkuuden edellytyksenä. Lesken suoja estää kuitenkin PK 3:1a:n mukaisen asunnon tai asuntoirtaimiston realisoinnin, jollei se velkojen maksun kannalta ole välttämätöntä.

Kiinteää omaisuutta pesänselvittäjä ei voi ilman kaikkien osakkaiden kirjallista ja kahden henkilön oikeaksi todistamaa suostumusta luovuttaa tai pantata ollenkaan. Vaihtoehtoisesti pesänselvittäjä voi pyytää tuomioistuimelta myyntilupaa (PK 19:14.1). Sen saaminen on kuitenkin vaikeaa, koska korkein oikeus on ottanut kannan, jonka mukaan kiinteän omaisuuden myymistä on yritettävä välttää viimeiseen asti ja vaihtoehtoisena rahanhankkimiskeinona tulee kyseeseen esimerkiksi velkakiinnitys. Tulkinta osoittaa tasajaon periaatteen vahvan aseman jäämistön selvitystä ja perinnönjakoa suuntaavana oikeusohjeena ja siksi myös tapauksen KKO 1984-II-223 perusteluissa todettiin, että "..kiinteistön myynti po. rahamäärän hankkimiseksi oli myyntiä vastustaneen osakkaan kannalta kohtuutonta. Sen vuoksi ja kun pesänselvittäjät eivät olleet näyttäneet, että tarvittavien rahavarojen hankkiminen pesään ei voisi tapahtua PK 19:14.1:ssä tarkoitetuin velkakiinnityksin, pesänselvittäjien hakemus hylättiin."[333]

[333]Jos selvittäjä realisoi kiinteää omaisuutta ilman, että hänellä on oikeustoimeen tarvittava osakkaiden suostumus tai tuomioistuimen antama myyntilupa, on luovutus relatiivisesti tehoton. Relatiivisuus tarkoittaa, että luovutuksen tehottomuuteen voi vedota vain osakas ja vain siltä osin, kuin luovutus estää häntä saamasta omaa perintöosuuttaan.

Pesänselvittäjän yksinomaisen toimivallan taustalla on luottamus tuomioistuimen tekemän nimityksen asianmukaisuuteen, joten tuomarit suorittavat itse asiassa preventiivistä selvityskontrollia. Järjestelmä nojaa siihen, että pesänselvittäjäksi nimitetty henkilö on puolueeton sovittelija, jonka ensikädessä on pyrittävä toimimaan kaikkien jäämistöintressenttien etujen - ja heidän toiveidensa - mukaisesti, mutta myös tunnettava lain edellyttämät toimintatavat niissä tapauksissa, kun heidän välillään ei päästä sovintoon. Pesänselvityksen aikana virallistaholla ei ole valtaa puuttua pesänselvittäjän yksittäisiin jäämistödisponointeihin. Osakkaiden suojamuodoiksi kehitettyjen selonteon, hallinnon tarkastuksen ja siitä tehdyn kertomuksen, selvittäjän erottamismahdollisuuden sekä hänen korvausvastuunsa on katsottu turvaavan riittävällä tavoin eri jäämistöintressenttien oikeudet. Tämän vuoksi pesänselvittäjän "sopivuuteen" on nimitysvaiheessa kiinnitettävä erityistä huomiota.

Perinnön jakamisessa on kyse perillisten keskinäisten suhteiden järjestämisestä - ei enää tässä vaiheessa pesän ulkopuolisten intressistä jäämistöön kuuluvaan omaisuuteen. Perinnönjako on ensisijaisesti perillistahon keskinäinen sopimus (PK 23:3), jonka tekemisessä heillä on täysi sisältövapaus.[334] Osakkaiden sovinnon tärkeyttä jakomenettelyä ohjaavana prinsiippinä kuvaa se, että tuomioistuimen määräämän pesänjakajankin on ensisijaisesti pyrittävä jakamaan jäämistövarallisuus kaikkien osakkaiden hyväksymällä tavalla. Pesänjakajan on kunnioitettava osakkaiden tahtoa ja toiveita sekä toimittava ensisijaisesti sovittelijana ja tiedon välittäjänä. Sisältövapaus ei tarkoita kuitenkaan muotosäännösten sivuuttamista: osakkaiden tekemän jakokirjan allekirjoittavat kaikki osakkaat sekä kaksi todistajaa. Pesänjakaja saa allekirjoittaa tekemänsä jakokirjan yksin.[335]

[334]Tämä sääntö ei ole kiistaton, jos pesänosakkaina on vajaavaltaisia henkilöitä. Osakkaiden sopimusvapautta rajoittavat tuolloin sellaiset oikeustoimet, joihin edellytetään saatavaksi holhoojan (tai uskotun miehen) suostumuksen lisäksi myös asianomaisen holhousviranomaisen lupa. On huomattava, että holhouslakia, avioliittolakia ja PK:ta uudistettiin osittain vuoden 1995 lopulla voimaan tulleilla laeilla. Kaikki kolme lakia ovat relevantteja pesänselvitystä ja perinnönjakoa järjestettäessä. Uudistuksen myötä toimitusjakopakosta luovuttiin silloin, kun joku pesän osakkaista on vajaavaltainen tai hänelle on määrätty uskottu mies. Sopimusjaon pätevyyden edellytyksenä on tällöin holhouslautakunnan antama hyväksyntä. Ks. tarkemmin *Kankaan* artikkeli Holhousviranomaisen lupa, pesänselvitys ja perinnönjako.

[335]Ks. KKO:1995:34, jossa oli kyse siitä, oliko osakasten toimittama jako julistettava muotovirheen perusteella pätemättömäksi, kun jakokirjan oli osakkaiden lisäksi allekirjoittanut vain yksi todistaja. Tuomioistuin katsoi, että koska osakkaat eivät olleet väittäneet, että jakosopimuksen allekirjoitukset olivat vääriä tai että jakoa ei olisi toimitettu jakokirjasta ilmenevin tavoin, ei ollut syytä julistaa jakoa pätemättömäksi jakokirjan puutteellisesta muodosta huolimatta.

Jos osakkaiden välille ei saada syntymään yksimielisyyttä siitä, kuinka perinnönjako tulisi suorittaa, on pesänjakajan tehtävä se soveltaen PK:n jakosäännöksiä. Koska perimystilanteiden variaatiomahdollisuudet ovat lähes äärettömät, on pesänjakajan tehtävän suorittamikseksi sitouduttava sopimusvapauden ja tasajaon periaatteisiin ja niiden mukaisiin toimintatapoihin. Pesänjakajan on perinnönjakoa tehdessään tulkittava toimintaperiaatteidensa sisältö itsenäisesti. Osakastaho ei voi pääsääntöisesti ennen jakoa nostaa jakoon liittyviä erilliskanteita tuomioistuimessa - sama sääntö koskee itse jakajaakin.[336] Hänellä ei ole vain oikeutta, vaan myös keskittämisperiaatteen mukainen velvollisuus toimivaltaansa kuuluvien tehtävien suorittamiseen. Osakkaan oikeusturva on suojattu sillä, että hän voi moittia jakoa sen tultua suoritetuksi.[337]

Tuomioistuimessa käsiteltäviä erilliskanteita on oikeuskirjallisuudessa jossakin mitassa myös haluttu puolustaa ja löytää mustavalkoiseen keskusteluun mukaan "harmaan sävyjä". *Markku Helin* on esimerkiksi todennut, että tehty työ saattaisi mennä hukkaan ja osakkaille aiheutua turhia lisäkuluja, jos pesänjakaja vähäisemmillä resursseillaan on ratkaissut esikysymyksen väärin ja jako tästä johtuen kumotaan ja palautetaan pesänjakajalle. Eli jos riitainen asia on juridisesti tai näytöllisesti vaikea ja ennakkoluonteisuusjärjestyksessä korkealla, ei ole aina tarkoituksenmukaista, että siihen saadaan lopullinen ratkaisu vasta, kun jako on tullut toimitetuksi.[338] Vaikka *Helin* tarkoittaa poikkeuksellisia tapauksia, joissa erillisratkaisun tarvetta pidetään ilmeisenä, on hänen tulkintaansa suhtauduttava melkoisella varauksella.

Jotta taloudelliset seikat eivät heikentäisi pesänjakajainstituution suojaa, on pesänjakajan kulut ja palkkio maksettava kuolinpesän varoista.[339] Palkkion maksaminen ei ole vain hakijan vastuulla, vaikka olisikin mahdollista

---

[336]Ks. KKO:1988:121, KKO 1984-II-32 sekä KKO 1981-II-132. Näissä kaikissa tapauksissa kanteessa vaadittiin sellaisten asioiden vahvistamista, jotka olisi tullut ensi sijassa ratkaista perinnönjaossa joko osakkaiden välisin sopimuksin tai tuomioistuimen määräämän pesänjakajan toimesta.

[337]PK:ssa ole ehdotonta määräaikaa, jonka kuluttua osakkailla olisi aina oikeus vaatia perinnönjakoa. PK 21:1:n mukaan jokaisella osakkaalla on oikeus vaatia jakoa sen jälkeen, kun pesä on selvitetty. Kun toimitusmiesjärjestelmän ideana on pesän viivyttelemätön selvitys ja jako, turhaan tehtävissään viivyttelevän toimitusmiehen on katsottava toimineen vastoin velvollisuuksiaan.

[338]Ks. *Helin*, Oikeustapauskommentti s. 1344.

[339]PK 23:4:n mukaan pesänjakajalla on oikeus saada pesän varoista "pesän laatuun ja laajuuteen sekä tehtävän suorittamiseen käytettyyn työhön katsoen kohtuullinen palkkio sekä korvaus kuluistaan".

osoittaa, että hakemuksen tekeminen oli jossakin määrin tarpeetonta. Laista ei löydy perusteita sille, että vain objektiivisesti arvioiden välttämätön jakajan määräys oikeuttaisi kustannusten tasaamiseen osakkaiden kesken. Jos näin olisi, pitäisi aina valmistautua todistamaan, että jakajan hakeminen on ollut esimerkiksi osakkaiden riitaisuuden vuoksi välttämätöntä. Tämä tulkinta ei sovi PK:n toimitusmiesjärjestelmään - osakkaan oikeus toimitusjakoon on luonteeltaan ehdoton oikeus.[340]

6.2.7. Tasajaon periaate

> "Kullekin osakkaalle tulee perinnönjaossa antaa osa kaikenlaatuisesta omaisuudesta. Toisin tuskin voisi ollakaan tasajaon periaatteelle rakentuvassa, lähisukulaisuuteen perustuvassa perimysjärjestelmässä. Perintö on yleensä muutakin kuin varallisuusarvoinen etuus saajansa kädessä."[341]

Suomalaisen perimysjärjestelmän merkityksellisin sekä pesänselvitystä että perinnönjakoa koskeva oikeusohje on PK 23:8. Siinä perinnönjaon lähtökohtana pidetään osakasten keskinäistä sopimusta. Jos sopimukseen ei päästä, pesänjakajan on määrättävä jokaiselle osakkaalle osa kaikenlaatuisesta omaisuudesta. Tasajaon periaate vaikuttaa lähes kaikkiin jäämistön jakamisessa esiin nouseviin ongelmiin, ja perillisen oikeusasema on siihen alusta loppuun sidottu. Sen merkitys samassa asemassa olevien perillisten yhdenvertaisen kohtelun periaatteena on perintöosien suuruuteen vaikuttavan tasausmenettelyn kehittyessä muuttunut aikaisemmasta kaavamaiseen lopputulokseen johtavasta periaatteesta yksilöidymmin perillisen ja perittävän sekä toisaalta perillisten väliset suhteet huomioon ottavaksi periaatteeksi. Kaavamainen oikeudenmukaisuus on saanut *Saarenpään* sanojen mukaan rinnalleen sosiaaliseen oikeudenmukaisuuteen liittyviä harkinnanvaraisia piirteitä.[342] Siten se, että perillispiirin määrittämisessä on luotettu ainoastaan muodolliseen oikeudenmukaisuuteen ei tarkoita, etteivätkö myös sosiaaliset näkökohdat pääsisi missään vaiheessa vaikuttamaan jaon sisältöön. Pe-

---

[340]Pesänjakajan palkkioita koskeneista korkeimman oikeuden tapauksista ks. KKO 1985-II-88 sekä KKO 1982-II-142. Edellisessä tapauksessa päätettiin, että pesänjakajan palkkion suuruutta koskenut asia saatettiin ratkaista välimiesmenettelyssä. Kyse ei siten ollut palkkion perusteista. Jälkimmäisessä tapauksessa taas katsottiin, että pesänjakajalla ei ole oikeutta osituksesta aiheutuneista kuluistaan ja palkkioistaan pidättää osituksen jakokirjaa.

[341]*Saarenpää*, Perintö ja jäämistö s. 214.

[342]Tasajaon periaate s. 165: "tasajaon periaate on muodollista ja sosiaalista oikeudenmukaisuutta välittävä silta jäämistölainsäädännössä."

rillisen jakoasemaa koskevat säännökset vaativat näet tulkintaa - jakotilanteessa punnitaan useimmiten sosiaalisen oikeudenmukaisuuden vaatimuksia ja tasajaon periaatetta niiden kesken, jotka täyttävät muodollisen oikeudenmukaisuuden perusvaatimukset.[343]

Tasajaon periaatteen soveltajan ammattitaito liittyy siihen, miten hyvin sen valossa ennakkoperintö-, lakiosa- ja avustussäännökset tulevat arvioiduiksi.[344] Periaate kuvaa oikeudenmukaisuuskäsitystämme, eikä se suinkaan ole dikotominen sopimusvapauden periaatteen kanssa. Kuitenkin PK 23:8 saattaa väärin ymmärrettynä johtaa omaisuuden haitalliseen pirstomiseen - esineellinen tasajako ei PK:n systeemissä tarkoita esinekohtaisuutta, vaan omaisuuslajittaista tasajakoa. Tasajaon periaate vaikuttaa luonnollisesti myös pesänselvittäjän toimivaltuuksiin - jäämistön tilaa selvitettäessä omaisuuden realisoiminen on lähtökohtaisesti Suomessa ilman tuomioistuimen tai osakkaiden yksimielistä lupaa kielletty. Pesänselvittäjän ja pesänjakajan myyntilupaa koskevia hakemuksia ratkaistaan tuomioistuimissa vuosittain vain kahden käden sormilla laskettava määrä, eli joko jäämistön esineellinen säilyttäminen on kansalaisten oikeustajuntaan juurtunut ideaali tai sitten PK tarjoaa nykyisin riittävästi vaihtoehtoisia keinoja realisoinnin välttämiseksi ja osakkaiden välisen sovun aikaansaamiseksi.[345]

> Esineellisen tasajaon etusijainen asema ei merkitse, etteikö olisi keinoja siitä poikkeamiseksikin. Perittävä itse voi elinaikaisin disponoinnein varmistaa, että tietty omaisuusesine päätyy hänen toivomalleen henkilölle. Hän voi myydä esineen, mutta myös antaa sen ilman vastiketta, jolloin tätä lahjoitusta voidaan käsitellä ennakkoperintönä, suosiolahjana tai testamenttiin rinnastuvana lahjana. Esineellisesti lahjoituksen merkitys on siinä, että palautusvelvollisuus esimerkiksi lakiosan täydennysvaateen yhteydessä on velvoiteoikeudellinen. Samoin perittävä voi testamentin muodossa määrätä, että lakiosa on maksettava rahana. Esineoikeudellisesta tasajaosta voidaan myös poiketa maatilaperimyssääntöjen (PK 25 luku) nojalla. Tuomioistuin voi vaikuttaa esineelliseen tasajakoon myös määräämällä harkintansa mukaan avustusta tai työhyvitystä maksettavaksi (PK 8 luku). Avustus tai työ-

[343] *Saarenpää*, Tasajaon periaate s. 66-69.

[344] *Saarenpää*, Tasajaon periaate s. 14.

[345] *Kangas*, Holhousviranomaisen lupa, pesänselvitys ja perinnönjako s. 875, huomauttaa myyntilupahakemusten määrän olevan vähäisen erityisesti, kun lukua vertaa vuosittain tehtäviin lähemmäs kahteen tuhanteen pesänselvittäjämääräykseen. Ks. *Saarenpään*, Tasajaon periaate s. 456 ss., mainitsemat esimerkkitapaukset tuomioistuinten noudattamasta tiukasta suhtautumisesta pesänjakajien myyntilupahakemuksiin. Ks. myös KKO 1983-II-167, jossa oli kyse avioerotilanteesta: kun ositus saatettiin toimittaa perustamalla tarvittaessa yhteisomistussuhde tilaan, myyntilupaa ei myönnetty.

hyvitys voidaan suorittaa myös esineen omistusoikeuden siirrolla ja koska tämä tapahtuu ajallisesti "pesän päältä" perinnönjaossa, voidaan tätä kautta rajoitetussa määrin puuttua esineellisen tasajaon toteutumiseen.[346]

6.3. Englantilainen virallisselvitysjärjestelmä

6.3.1. Aluksi

Englannin oikeudessa toimitusmiesten luonteesta jäämistöomaisuuden selvityksessä ja jaossa ei ole ollut epäselvyyttä. Kiinteän omaisuuden osalta heitä ei alunpitäen tunnettu, koska ennen vuoden 1897 Land Transfer Actin säätämistä perittävällä ollut kiinteä omaisuus (real property) siirtyi perittävän kuoltua ilman välikäsiä suoraan perillistahon (heirs) haltuun. Sen sijaan irtain omaisuus (personal property) siirtyi perillisille (next-of-kin) virallisselvittäjien, ns. pesänhoitajien (personal representatives), käsien kautta. Jos perittävällä ollut irtain omaisuus oli riittämätön hänen kaikkien velkojensa maksamiseksi, täytyi perittävän velkojien nostaa kanne kiinteää omaisuutta haltuunsa saaneita perillisiä vastaan.

Vuoden 1897 lainmuutoksesta lähtien pesänhoitajat ovat ottaneet selvitettäväkseen kaiken perittävällä olleen omaisuuden sen laadusta riippumatta. Tämä selvensi myös velkojien asemaa, koska uudistuksen myötä erilliset velkomuskanteet kävivät tarpeettomiksi. Pesänhoitajien on tuosta lähtien ollut huolehdittava kaikista niistä toimista, jotka edeltävät ja ovat edellytyksenä jäämistöomaisuuden jaolle perillisten ja testamentin edunsaajien kesken.[347] Toisin kuin esimerkiksi PK, joka tarjoaa osakkaiden hallinnoinnille ja jäämistön jaolle vaihtoehtoisia toimitusmalleja, on englantilaisen kuolinpesän hallinto rakennettu täysin selvitysmiesten toimivallan yksinomaisuudelle.[348]

---

[346]Avustussäännöksiä ei tule analogisesti rinnastaa englantilaiseen etuosaan. Avustussäännöksissähän on rajoitetumpi hakijaryhmä sekä tiukemmat kriteerit myöntämisperusteiden osalta. Avustus ja etuosa eroavat toisistaan myös niillä olevan systeemisen paikan vuoksi - etuosa on näet jakoa, mutta avustussäännökset toimivat jaon ohella.

[347]*Ferid*, Internationales Erbrecht s. 23, 32 ss: "Das Englische Recht kennt,.., keine Erben i.S. des deutschen Rechts, sondern nur Personen, die gegen den personal representative einen Anspruch auf Auszahlung einer bestimmten Nachlassgegestände oder Teile des Nachlasses haben. Rechtlich gesehen stehen alle Personen, die kraft Gesetzes oder auf Grund einer letztwilligen Verfügung etwas aus dem Nachlass erhalten, einander gleich."

[348]*Miller*, The Machinery of Succession s. 97.

6.3.2. Järjestelmän lähtökohdat

Järjestelmä tuntee kaksi toimitusmiestä, mutta toisin kuin Suomessa, heidän toimintansa tähtää samaan tarkoitukseen yhtenevän aikajänteen aikana. Kahden toimitusmiehen järjestelmä syntyy siitä, että pesänhoitaja voi tulla nimitetyksi kahdella tavalla. Perittävä voi antaa asiasta määräyksen testamentissaan (pesänhoitajaksi on yleensä määrätty joku perittävän ystävistä tai suuremmissa jäämistöissä myös mahdollisesti toimistoasianajaja tai pankin edustaja) tai sitten tuomioistuin huolehtii pesänhoitajan nimittämisestä laissa määrättyjen henkilöiden joukosta.[349] Pesänhoitajat ovat sekä pesänselvittäjiä että pesänjakajia eli kyse on järjestelmästä, joka kattaa ajan perittävän kuolemasta perinnön reaaliseen jakamiseen perillisille. Tämän pitkän aikajänteen vuoksi Suomen jäämistöoikeudessa syntyvät ongelmat pesänselvittäjän ja pesänjakajan toimivallan rajoista ovat Englannissa vailla relevanssia.

Sellaisella pesänhoitajalla, jonka nimittäminen on tuomioistuimen harteilla, ei ole jäämistöomaisuutta koskevaa disponointivaltaa ennenkuin hän on saanut toimivaltuutensa vahvistavan asiakirjan tuomioistuimesta. Jos jäämistö tulee kokonaisuudessaan jaettavaksi lakimääräisten jakosääntöjen mukaan, kutsutaan valtuutusta nimellä letters of administration. Perittävän kuolinhetken ja pesänhoitajan toimivallan alkuajankohdan väliseksi ajaksi jäämistöomaisuus joutuu virallistahon haltuun - ennen vuotta 1994 tällaisena jäämistöomaisuuden väliaikaisena hoitaja toimi High Courtin perheasiainjaoston puheenjohtaja. Nykyisin tehtävä on uskottu public trusteelle.[350]

---

[349]Testamentissa nimitetty pesänhoitaja on nimeltään executor (joka ei täysin vastaa PK:n tunnistamaa testamentin toimeenpanijaa). Tuomioistuimen tehtävään nimittämää henkilöä kutsutaan administratoriksi. Sekaannusten välttämiseksi tulen kääntämään sekä executorin että administratorin pesänhoitajaksi. Ks. *Aarnio*, Luentoja perintöoikeudesta II (Vammala 1971) s. 8, jossa hän kääntää executorin toimeenpanijaksi ja administratorin pesänselvittäjäksi.

[350]Ks. *Sunnucks ym.*, Williams, Mortimer and Sunnucks on Executors, Administrators and Probate s. 233. Nykyisin asiasta säätää Law of Property (Miscallaneous) Provisions Act 1994 pykälä 14. Ks. *Riddall*, The Law of Trusts s. 300 ss., jossa selkeytetään public trusteen oikeudellista asemaa englantilaisessa oikeusjärjestelmässä. Kirjoittaja toteaa, että tämä viranomainen, ns. julkinen trustee, perustettiin aikanaan lailla (Public Trustee Act 1906). Tarkoituksena oli tarjota kokeneen ja luotettavan trustin omistaja-haltijan palveluita niitä tilanteita varten, joissa muuta sopivaa henkilöä ei toimeen löydy tai joissa perittävältä jääneen omaisuuden määrä on niin vähäinen, että erillisen pesänhoitajan määrääminen sen selvittämiseksi tuntuisi olevan resurssien tuhlaamista. Myös *Joutsamo*, Trust - oikeushenkilö sui generis s. 34, joka toteaa, että public trustee on erityinen viranomainen, joka toimii valtiovarainministeriön alaisena laitoksena. Sen tehtävistä tärkeimpiä on

Sen sijaan testaattorin itsensä nimittämä pesänhoitaja saa ryhtyä tekemään jäämistöomaisuutta koskevia oikeustoimia heti perittävän kuoltua. Hänen katsotaan näet johtavan toimivaltansa suoraan perittävän tahdonilmaisusta. Hän ei voi kuitenkaan saattaa kaikkia aloittamiaan oikeustoimiaan päätökseen ennenkuin tuomioistuin on vahvistanut hänen toimivaltansa valtuutuksella, jota kutsutaan nimellä grant of probate.[351] Ns. grant of administration cum testamento annexo on valtuutus, joka annetaan sellaisessa tapauksessa, jossa perittävä oli tehnyt ainakin osasta omaisuuttaan tehokkaan jälkisäädöksen, mutta johon ei ole sisältynyt määräystä pesänhoitajaksi nimitettävän henkilöstä.[352]

6.3.3. Pesänhoitajien nimitys

Varmuus pesänhoitajan henkilöstä on luonnollisesti suurin silloin, kun perittävä on nimennyt hänet (heidät) jälkisäädöksessään. Jos perittävä ei ole pesänhoitajan henkilöstä tällä tavoin testamentissaan määrännyt, on tuomioistuimen tehtävä valintansa lakiin sisällytetyn nimittämisjärjestyksen perusteella.[353] Tuomioistuimella on kuitenkin aina yksittäistapauksellinen ja harkinnanvarainen valinnanvapaus sekä pesänhoitajien henkilövalinnan että osin

---

Joutsamon mukaan toimia "joko turvallisena puskurina ja uutena trusteena (trustin omistaja-haltijana - lisäys TM) epäluotettavaksi arvioitujen vanhojen trusteedein rinnalla tai puolueettomana trusteena riitaisten edunsaajien keskinäisten kiistojen selvittäjänä."

[351]Pesänhoitaja voi näissä tilanteissa siis esimerkiksi myydä omaisuutta ja maksaa perittävän velkoja. Tilanteista, joissa hän ei voi jatkaa aloittamiaan oikeustoimia ilman tuomioistuimen valtuutusta ks. *Miller*, The Machinery of Succession s. 102: "Thus, although an executor can commence proceedings before obtaining a grant, he or she must obtain probate before judgement if the action depends upon his or her title as executor. Again, while an executor may deal with the legal estate in land which was vested in the deceased, he or she can only prove his or her title to that estate by producing a grant of probate." Ks. ennakkotapauksista esimerkiksi Re Crowhurst Park [1974] 1 WLR 583, Whitmore v Lambert [1975] 1 WLR 495. *Baileyn*, The Law of Wills s. 8 ss., mukaan onkin suositeltavaa panna valtuutuksen myöntämistä koskeva asia vireille tuomioistuimessa mahdollisimman varhaisessa vaiheessa, vaikka pesänhoitaja olisikin nimitetty testamentissa.

[352]Ks. testamentissa nimetylle henkilölle ja tuomioistuimessa nimitetylle henkilölle annetun valtuutuksen suomenkielisestä terminologiasta *Aarnio*, Luentoja perintöoikeudesta II (Vammala 1971) s. 8. Edellä mainitusta hän käyttää nimitystä vahvistustodistus ja jälkimmäisestä valtuutus. Itse nimitän kumpaakin legitimaatioasiakirjaa valtuutukseksi.

[353]Non-Contentious Probate Rules sääntö 22. Tuo järjestys vastaa alkuosaltaan lakimääräistä perimysjärjestystä. Uudet siviiliprosessia koskevat säännöt (Civil Procedure Rules) eivät koske perheoikeudellisia tai pesänhoitajia koskevien asioiden käsittelyä tuomioistuimessa (Non-Contentious Probate (Amendment) Rules 1999 sekä Family Proceedings (Miscellaneous Amendment) Rules 1999).

heidän lukumääränsä suhteen.[354] Tuomioistuin voi ottaa huomioon esimerkiksi jonkin henkilön luonteeseen liittyvän piirteen tai sellaisen elämäntilanteen, joka tekee jäämistöön kuuluvan omaisuuden hoitamisen käytännössä mahdottomaksi (esimerkiksi paha alkoholiongelma tai voimassa oleva vankilatuomio). Esimerkiksi tapauksessa In the Goods of Cholwill tuomioistuin käytti sille kuuluvaa harkintavaltaa.[355] Perittävän poika, joka oli lain mukaan nimitysjärjestyksessä ensimmäisenä, oleskeli Uudessa-Seelannissa. Tuomioistuin ratkaisi asian niin, että se määräsi valtuutuksen pojan sijaan toiselle henkilölle, mutta rajoitti sen ajallisesti loppumaan pojan kotiinpaluuseen. Pesänhoitajaksi ei voi luonnollisestikaan nimittää henkilöä, joka on ollut pidemmän aikaa tavoittamattomissa tai kokonaan kateissa.[356]

Tuomioistumen harkintavapaus on pesänhoitajien nimitysasioissa lähes rajoittamaton. Tästä on kuitenkin yksi poikkeus. Englannin oikeuden mukaan kenenkään ei sallita hyötyvän sellaisesta rikollisesta teostaan, jolla hän on aiheuttanut perittävän kuoleman (ns. public policy). Jäämistöstä hyötymiseen rinnastetaan se, että henkilö toimii pesänhoitajan mandaatilla.[357] Public policy -säännön juuret löytyvät oikeuskäytännöstä.[358] Forfeiture Actilla 1982

---

[354]Ks. *Sawyer*, Principles of Succession, Wills and Probate s. 274, siitä, miten riitauttamattomat nimitysasiat käsitellään: "Almost all applications for grants are dealt with not judicially but, in reality, administratively, by clerks. They will deal with non-contentious or "common-form" business, as defined in section 128 of the Supreme Court Act 1981, which is dealt with by the Family Division of the High Court in the form usually of the local District Probate Registry.."

[355][1866] 1 P & D 192.

[356]Esimerkiksi Re Clore [1982] Ch 456 ja In the Estate of S. [1968] P 302. Tuomioistuimen harkinnan laajuudesta ks. myös In the Goods of Edward-Taylor [1951] P 24, jossa tuomioistuin kyseenalaisti perittävän 21-vuotiaan tyttären kyvykkyyden selviytyä pesänhoitajan tehtävistä nuoren ikänsä vuoksi. Tämä tarkoittaa, että aina silloin, kun on kyse arvoltaan suuresta jäämistöstä, on otettava huomioon nimitettäväksi harkitun ikä, kokemus ja koulutus.

[357]Public Policy -säännön mukainen menetysseuraamus edellyttää, että henkilö todella tuomitaan murhasta tai taposta rangaistukseen. Jos teko katsotaan tehdyksi syyntakeettomassa tilassa - tai hätävarjeluna - ei henkilö menetä asemaansa lakimääräisenä perillisenä. Tällöin ei ole esteitä myöskään sille, että hän toimisi pesänhoitajana. Nimitys voi kuitenkin estyä sen vuoksi, että tuomioistuin katsoo yleisen pesänhoitajien valintaa koskevan harkintaoikeutensa perusteella, että henkilö ei ole kyvykäs tointa hoitamaan. Vrt. PK 15 luvussa säännellyt perimyksen esteet. Suomalaisessa järjestelmässä tällä ei ole kuitenkaan merkitystä pesänselvittäjän tai pesänjakajan nimityksen kannalta, koska perillistä ei normaalisti nimitetä jäämistöön toimitusmieheksi.

[358]Re Crippen [1911] P 108, Re Callaway [1956] 1 Ch 559, Re Pitts [1931] 1 Ch 546 ja Re Pollock [1941] Ch 219.

se sai vahvistuksensa myös säädännäisessä oikeudessa.[359] Siinä ennakkotapausoikeutta muutettiin ainoastaan siten, että lakiin sisällytettiin kohtuullistamissäännös.[360] Tuomioistuimet ovat kuitenkin pyrkineet tulkitsemaan sitä suppeasti eli säännös tulee sovellettavaksi vain niissä tilanteissa, kun tilanne on poikkeuksellinen eli kun tapauksen olosuhteet puhuvat selkeästi kohtuuden toteuttamisen puolesta.[361]

Pesänhoitajien maksimilukumäärä on neljä. Jos valtuutus on rajattu vain tiettyyn osaan perittävällä olleesta omaisuudesta, on mahdollista, että jäämistöön määrättävien pesänhoitajien kokonaislukumäärä ylittää sanotun neljä.[362] Ratkaisevana on samaa jäämistöomaisuuden osaa hoitamaan nimettyjen virallisselvittäjien määrä. Pesänhoitajia voidaan jäämistöön nimittää vain yksikin; kuitenkin niissä tapauksissa, kun perillisten joukossa on alaikäisiä tai jos perinnönjaon seurauksena leskelle syntyy elinikäinen oikeus jäämistöosuuden tuottoon, on pesänhoitajien toimeen nimettävien henkilöiden vähimmäismäärä kaksi, jollei tuomioistuin katso tätä olosuhteisiin nähden tur-

---

[359]Lain voimaantulosta huolimatta sääntöä kutsutaan edelleen oikeuskäytännössä vakiintuneella nimellä public policy, vaikka se laissa onkin korvattu termillä forfeiture rule.

[360]Ks. säädetyn lain suhteesta sen voimaantuloa edeltäneeseen oikeuskäytäntöön *Sherrin-Bonehill*, The Law and Practise of Intestate Succession s. 324. Kohtuullistamissäännöksestä ks. Forfeiture Act pykälä 2(2): "The court shall not make an order under this section modifying the effect of the forfeiture rule in any case unless it is satisfied that, having regard to the conduct of the offender and of the deceased and to such other circumstances as appear to the court to be material, the justice of the case requires the effect of the rule be so modified in that case." Tuomioistuimella ei ole kuitenkaan oikeutta kohtuullistamiseen, jos henkilö on tuomittu murhasta (Forfeiture Act 1982 pykälä 5).

[361]Tapauksessa Re K [1985] 2 All ER 833 vaimo oli tappanut miehensä. Hänen syyntakeettomuutensa katsottiin vähentyneen, joka otettiin huomioon myös hänen rangaistustaan määrättäessä. Tapauksen teki poikkeukselliseksi se, että mies oli pahoinpidellyt vaimoaan usean vuoden ajan. Vaimo katsoi, että public policy -säännön menetysseuraamusta tulisi kohtuullistaa Forfeiture Actin säännöksen perusteella. Tuomioistuin oli hänen kanssaan samaa mieltä ja vaimon annettiin hyötyä jäämistöstä miehensä tekemän testamentin määräysten mukaisesti. Sen sijaan tapauksessa Jones v Roberts [1995] 2 FLR 422 korostettiin kohtuullistamissäännöksen poikkeusluonteisuutta. Perusteluissa todettiin, että kohtuullistamista ei voi tapahtua tässä tapauksessa eikä yleensä "in cases of deliberate, unlawful and intentional violence.."

[362]Vrt. suomalainen järjestelmä, jossa useamman pesänselvittäjän tai -jakajan määräämisen tulisi tapahtua vain erittäin harvoin. Kun nimitetty henkilö on yleensä esteetön, asiansa tunteva ja kokenut, vaatii useamman toimitusmiehen nimittäminen erityisiä perusteluita. Englannissa pesänhoitajasysteemi rakentuu jäämistön edunsaajien varaan, joilla ei yleensä ole tehtävästä aiempaa kokemusta. Tämän valossa mahdollisuus useamman pesänhoitajan nimittämiseen käy ymmärrettäväksi.

haksi.[363] Turhana kahden pesänhoitajan nimittämistä on saatettu pitää esimerkiksi niissä tilanteissa, kun pesänhoitajaksi nimetään asianajaja. Tällöin tuomioistuin on punninnut ehdotetun henkilön asiantuntemusta ja kokemusta jäämistön arvoa ja varallisuuden laatua vasten. Samoin kahden pesänhoitajan nimittämistä voi pitää turhana silloin, kun valtuutusta hakee eloonjäänyt puoliso ja jäämistön arvo ylittää vain niukasti sen, mitä hän on jäämistöstä perillisasemansa nojalla oikeutettu jako-osuutenaan saamaan. Kyse on aina kuitenkin tuomioistuimen tekemästä tapauksen kokonaisarvioinnista - pesänhoitajiksi harkittavien henkilöiden kyvykkyydestä, mutta myös jäämistöomaisuuden määrästä ja laadusta.[364]

6.3.4. Pesänhoitajien tehtävät

> "pesänhoitajan täytyy huolellisesti säilyttää, suojata ja järkevästi hallinnoida jäämistöön kuuluvaa omaisuutta."[365]

Pesänhoitajiksi nimitettävien toimivaltaan keskeisimmin vaikuttavat parlamenttilait ovat Trustee Act 1925, Administration of Estates Act (AEA) 1925, Trustee Investments Act 1961 sekä Trusts of Land and Appointment of Trustees Act 1996 (TLATA).[366] Nämä trustien omistaja-haltijoiden toimivallan kannalta keskeisimmät lait koskevat soveltuvin osin myös pesänhoitajia.[367]

---

[363]Supreme Court Act 1981 pykälä 114. Tämä sääntö koskee vain tuomioistuimen nimittämiä pesänhoitajia.

[364]Oikeuskirjallisuudessa on suhtauduttu eri tavoin siihen, että jäämistöomaisuutta hoitamaan ja jakamaan valtuutettaisiin vain yksi henkilö. Positiivisessa valossa tästä mahdollisuudesta kirjoittaa esimerkiksi *Yeldham-Gowers-Downs*, Tristram and Coote´s Probate Practise s. 262. Vrt. *Bailey*, Law of Wills s. 7, joka ei suosittele vain yhden pesänhoitajan valtuuttamista jäämistöomaisuutta hoitamaan. Näin myös *Rossdale*, Probate and the Administration of Estates s. 18.

[365]Re Tankard [1942] Ch 69.

[366]TLATA toi mukanaan radikaaleja muutoksia sellaisten trustien hallinnoimiseen, joissa omaisuuslajina on kiinteää omaisuutta. Lain muutos ei siten koske jäämistöjä, joissa on vain irtainta omaisuutta. TLATA laajensi trustin omistaja-haltijoiden ja pesänhoitajien toimivaltuuksia. Lakikomissio on tosin ehdottanut, että toimivaltuuksia tulisi edelleen laajentaa ja että tehdyt muutokset tulisi saattaa koskemaan myös irtaimistoa koskevia trusteja. Lakikomission ehdotusten perusteella on julkaistu konsultaatiomuistio No. 146: Trustees´ Powers and Duties (1997). Ks. konsultaatiomuistiosta englantilaista oikeusjärjestelmää selittäneen osan luku 1.6.

[367]Tämä johtuu siitä myöhemmin esiin tulevasta seikasta, että rajanveto siitä, milloin henkilö on jäämistön pesänhoitaja ja milloin trustin omistaja-haltija, on hankala.

Säädännäisen oikeuden lisäksi myös oikeuskäytäntö sekä perittävän testamentissaan tekemät määräykset vaikuttavat pesänhoitajien oikeuksien ja velvollisuuksien sisältöön. Koska pesänhoitajien oikeuksia ja velvollisuuksia koskevat (oikeus)lähteet ovat näin hajanaiset, saattaa joskus syntyä epävarmuutta sen suhteen, kuinka pitkälle heidän toimivaltansa tosiasiallisesti ulottuu.

Tällaisesta toimivallan rajoja hipovasta tilanteesta esimerkkinä on se ennakkotapausoikeuteen kuuluva oikeusohje, jonka mukaan pesänhoitajalla ei ole velvollisuutta selventää testamentin sisältöä jäämistöintressenteille.[368] Ohje ei tosiasiallisesti heikennä kenenkään tiedonsaantioikeutta, koska testamentit on perittävän kuoltua valvottava tuomioistuimessa, jolloin niistä tulee julkisia - kenellä tahansa on oikeus saada niiden sisällöstä tieto ja halutessaan oikeus niiden kopioimiseen. Testaattori ei voi päättää jälkisäädöksensä julkisuudesta.[369] Pesänhoitajien oikeus vaieta testamentin sisällöstä ei kuitenkaan enää tunnu istuvan nykypäivän yhteiskuntaan, ja heillä olevaan velvollisuuteen huolehtia jäämistöintressenttien eduista parhaalla mahdollisella tavalla. Oikeusohjeen voimassaolo onkin epävarma eivätkä pesänhoitajat ole sen vuoksi uskaltaneet siihen enää vedota. Asia ei ole tullut viime vuosien oikeuskäytännössä esille, ja oikeuskirjallisuuskin on pääsääntöisesti kiertänyt koko aiheen. *S.A. Rossdale* edustaa tässä suhteessa poikkeusta. Hän on nimittäin suosittanut, että ylähuoneen tulisi selkeyttää oikeustila uudella ennakkotapauksella.[370]

Edellistä vakiintuneempi ja sitä selvemmin edelleen voimassa oleva tapausoikeudellinen sääntö on se, että perillisillä ei ennen omaisuuden jakoa ole oikeutta määrätä jäämistöön kuuluvasta omaisuudesta. Heillä on ainoastaan oikeus valvoa sitä, miten pesänhoitajat toimivaltaansa käyttävät. Tämä tarkoittaa, etteivät he saa myöskään nostaa jäämistön selvitystä tai pesän-

---

[368]Re Lewis [1904] 2 Ch 656. Tapaukseen viitannut *Rossdale*, Probate and the Administration of Estates s. 53.

[369]Ks. Supreme Court Act 1981 pykälät 124 ja 125. Ensimmäiset testamenttien julkisuutta koskeneet säännökset ovat peräisin 1800-luvun puolivälistä. Ne koskivat sellaisia testamentteja, joissa määrättiin vain irtaimesta omaisuudesta. 1890-luvulla myös kiinteästä omaisuudesta määränneet testamentit säädettiin julkisiksi. Testamentteja koskeva julkistamissääntö ajaa erityisesti sellaisen henkilön etua, joka harkitsee etuosan hakemista tuomioistuimelta. Testamenttien julkisuutta myös käytetään sanomalehdistössä hyväksi - joskus skandaalinhakuisestikin - ja jotkut ovat pitäneet tätä tapaa testamentteja koskevan julkisuussäännön väärinkäyttämisenä ja liiallisena ihmisten yksityisyyteen puuttumisena.

[370]Probate and the Administration of Estates s. 53 ss.: "At present, it is unsafe to rely on this principle in any case. A deliberate decision not to tell a beneficiary might be found to be fraudulent.."

hoitajan toimintaa koskevia erilliskanteita ennenkuin perinnönjako on toimitettu.[371] Jäämistöintressenttejä suojaa se, että koska pesänhoitajan katsotaan tehtävän vastaanottamisella sitoutuneen huolellisuusvelvoitteeseen, tätä velvoitetta rikkova toiminta aiheuttaa hänelle korvausvastuun (devastavit).[372] Koska pesänhoitajien hyväksyttävinä pidettävistä jäämistöomaisuutta koskevista disponoinneista tai devastavitin synnyttävistä hävitysperusteista ei ole kummastakaan olemassa tyhjentävää esimerkkiluetteloa, on tuomioistuimen harkittava vastuun syntyminen yksittäistapauksittaisten olosuhteiden nojalla. Suuntaviivoja toiminnalleen pesänhoitaja löytää oikeuskäytännöstä.[373]

Vaikka tuomioistuimilla ei pääsääntöisesti ole oikeutta puuttua jäämistöön nimettyjen pesänhoitajien toimintaan, voivat pesänhoitajat itse kääntyä haluamanaan ajankohtana tuomioistuimen puoleen. Jos he esimerkiksi ovat epävarmoja jonkin tietyn jäämistöä koskevan oikeustoimen tekemisestä, he voivat pyytää tuomioistuimelta ratkaisua siitä, mikä olisi paras tapa menetellä asiassa.[374] Tuomioistuimen asiassa antama ratkaisu turvaa sitä pyy-

---

[371] *Barlow-King-King*, Wills, Administration and Taxation s. 218: "..the beneficiaries cannot claim the assets until the administration has been completed because until then the beneficiaries cannot be certain of entitlement to any assets." Tapausoikeudesta ks. Sudeley v Attorney-General [1987] AC 11, Marshall v Kerr [1995] 1 AC 148.

[372] Pesänhoitaja voidaan kuitenkin tuomioistuimen harkinnan mukaan vapauttaa vastuustaan, jos hän toiminut hyvässä uskossa ja omasta mielestään huolellisesti. Tuomioistuimen harkinta etenee näissä tapauksissa vuoden 1925 Trustee Actin nimenomaisen säännöksen pohjalta (pykälä 61). Tapauksessa Re Rosenthal [1972] 3 All ER 552 vastuuvapautta harkittiin, mutta siihen ei tuolloin päädytty.

[373] Huolellisuusvelvoitteen rikkomisesta syntyvän vahingonkorvausvastuun säädännäisoikeudellinen perusta löytyy kahtaalta: AEA 1925 pykälä 25 ja AEA 1971 pykälä 9. Ennakkotapausoikeudesta ks. Re Tankard [1942] Ch 69. Oikeuskirjallisuudesta ks. *Margrave-Jones*, Mellows: The Law of Succession s. 397, jossa huomautetaan, että oikeuskirjallisuudessa "devastavitin" synonyymiksi on vakiintunut "wasting of assets": "There are three types of devastavit: 1. Misappropriation of assets by the personal representative 2. Maladministration 3. Failure to safeguard assets." Jos joku jäämistöintressentti on tietoinen siitä, että pesänhoitaja toimii vastoin velvollisuuksiaan, mutta pysyttelee siitä huolimatta passiivisena, katsotaan hänen tällä hiljaiselollaan hyväksyneen toimen, kuten esimerkiksi tapauksessa Re Marsden [1884] 26 Ch D 783.

[374] Näitä prosesseja kutsutaan nimellä administration proceedings. Ks. *Sladen*, Practical Trust Administration s. 78, joka antaa esimerkkeinä seuraavat tilanteet: "applications for authority to purchase property, not authorized by the will, for authority to carry in deceased's business, to distribute the estate on the basis that a particular beneficiary did not survive the deceased (asking for Re Benjamin (1902) order), for the construction (interpretation) of a will or for directions as to the exercise of a particular discretion." Tapauksessa Re Benjamin [1902] 1 Ch 702 perittävä oli tehnyt pojastaan testamenttinsa

täneen pesänhoitajan aseman, koska jos hän seuraa tuota ratkaisua toiminnassaan, on hän vapautunut vastuusta sitä henkilöä kohtaan, jolle tämä toimenpide kuitenkin vahinkoa aiheutti. Se seikka, kannattaako pesänhoitajien kääntyä tuomioistuimen puoleen, riippuu tietysti kunkin yksittäisen asian olosuhteista, mutta myös jäämistön arvosta. Pienissä jäämistöissä tuomioistuimen puoleen kääntymistä harkitaan yleensä tarkemmin.[375] Nämä prosessit, joissa pesänhoitajat kysyvät tuomioistuimelta neuvoa, on erotettava niistä kanteista, jotka on pantu vireille jäämistön puolesta tai sitä vastaan. Niissä pesänhoitaja toimii näet kuolinpesän edustajana.

Pesänhoitajien itsenäiseen asemaan tai heidän huolellisuusvelvoitteensa sisältöön ei vaikuta se, että he eivät ole pääsääntöisesti oikeutettuja tehtäväpalkkioon. Palkkiottomuus on ollut osa Englannin trust-säännöksiä (ja sitä kautta pesänhoitajajärjestelmää) jo kauan. Esimerkiksi tapauksessa Knight v Earl of Plymouth (1734) *Lord Hardwicke* lausui: "a trust is an office necessary in the concerns between man and man, and which, if faithfully discharged, is attended with no small degree of trouble and anxiety, it is an act of great kindness in any one to accept it."[376] Tapauksessa Re Lucking todettiin, että pesänhoitajat ovat yleensä velvollisia noudattamaan sitä huolellisuuden astetta, jota velvollisuudentuntoinen liikemies noudattaisi omia asioita toimittaessaan. Jos pesänhoitajalle on määrätty testamentissa palkkio (kuten testaattori on käytännössä useimmiten tehnyt), asettaa se hänen toiminnalleen vieläkin ankaramman vastuun.[377]

---

edunsaajan. Pojasta ei oltu vähään aikaan kuultu mitään. Hänen vain tiedettiin oleskelleen ulkomailla. Pesänhoitajat yrittivät tavoittaa poikaa ja ilmoittelivat asiasta eri tahoilla, mutta tuloksetta. Lopulta tuomioistuimelta saatiin määräys, jonka mukaan jäämistön sai jakaa olettamalla, että kateissa oleva edunsaaja oli kuollut ennen perittävää. Tapauksen perusteella vastaavissa tilanteissa tuomioistuimesta saatavaa jakomääräystä kutsutaan Benjamin-määräykseksi.

[375] *Miller*, The Machinery of Succession s. 109. Suomessa pesänselvittäjään ja pesänjakajaan kohdistuva keskittämisperiaate tarkoittaa, että toimitusmiehet eivät voi itsekään kesken tehtäviensä pyytää tuomioistuimen ohjetta jonkin mieltä askarruttavan ongelman ratkaisemiseksi. Suomalainen järjestelmä rakentuu sille, että toimitusmiehet ovat tarpeeksi kyvykkäitä selviytymään ongelmistaan itse, ja myös vastaamaan myöhemmin tekemistään valinnoista. Ks. aiempi luku 6.2.6.

[376] 21 ER 214, s. 216.

[377] [1968] 1 WLR 866. Myös Re Pauling (1964) Ch 303. Käytännössä testamentteihin sisällytetyistä palkkiolausekkeista ks. *Sawyer*, Principles of Succession, Wills and Probate s. 98. *Bailey*, The Law of Wills s. 84, muistuttaa, että Englannin jäämistöoikeudessa on pesänhoitajien palkkiota koskeva olettama. Sen mukaan samassa testamentissa tehty pesänhoitajanimitys ja samalle henkilölle annettu erityismääräys ovat liitynnässä toisiinsa. Etuuden saamisen edellytyksenä on tällöin se, että henkilö suostuu pesänhoitajana toimimaan.

Testamenttimääräysten lisäksi pesänhoitajan palkkio voi joissakin tapauksissa perustua myös lain nimenomaiseen säännökseen. Näin on esimerkiksi silloin, kun pesänhoitajan tehtävää hoitaa public trustee.[378] Toisaalta tuomioistuimella on aina valta määrätä, että pesänhoitaja on oikeutettu kohtuulliseen palkkioon. Tuo määräys voidaan antaa jo nimitysasian ensimmäisen käsittelyn yhteydessä.[379] Pesänhoitaja voi luonnollisesti saada tehtävästään palkkion myös, jos jäämistön (täysivaltaiset) edunsaajat ovat siitä yksimielisiä. Tuomioistuimen tekemä päätös pesänhoitajan palkkiosta koituu myös velkojien vahingoksi silloin, kun perittävän velat ovat suuremmat kuin hänelle kuuluneen omaisuuden arvo. Jäämistöintressenttien lupaaman palkkion osalta tilanne on päinvastoin.[380]

Jäämistöomaisuus pysyy perittävän kuolemasta sen materiaaliseen jakoon asti pesänhoitajien hallussa, eikä heillä ole velvollisuutta jako-osuuksien luovuttamiseen perillisille ennen kuin yksi vuosi perittävän kuolemasta on kulunut. Tätä pesänhoitajien työlle varattua rauhoitusaikaa kutsutaan nimellä executor´s year.[381] Pesänhoitajien ei tarvitse kuitenkaan pantata hallussaan olevaa omaisuutta enää sen jälkeen, kun jäämistö on tosiasiallisesti saatettu jakokuntoon, koska vuoden määräajan pääasiallisena tarkoituksena on turvata pesänhoitajille riittävä työrauha. Tosin niissä tapauksissa, kun perittävä on kirjannut testamenttiinsa erityismääräyksen, jonka hän on toivonut välittömästi maksettavaksi, ei pesänhoitajilla ole hyvää syytä kieltäytyä sitä

[378]Public Trustee Act 1906 pykälä 5. Ks. myös Public Trustee (Fees) Act 1957.

[379]Jos pesänhoitajan tehtävään nimitetään ns. trust corporation, on laissa oma säännöksensä sen palkkion maksamisesta (Trustee Act 1925 pykälä 42). Muissa tapauksissa tuomioistuimella oleva oikeus määrätä pesänhoitajien palkkioista perustuu oikeuskäytäntöön. Ks. esimerkiksi Re Keeler´s Settlement Trusts [1981] Ch 156. Pesänhoitajan palkkio voidaan ottaa tuomioistuimessa käsittelyyn myös erillisenä asiana hänen nimityksensä jälkeen, mutta tätä on oikeuskirjallisuudessa pidetty epävarmempana tapana. *Rossdale*, Probate and the Administration of Estates s. 274, huomauttaa näet, että pesänhoitajan tulisi vaatia palkkiota jo nimitysprosessin aikana, koska myöhemmin käsiteltäväksi tulevien palkkiovaatimusten menestymismahdollisuudet ovat heikommat (toimivaltainen instanssi on tässä vaiheessa kanslerijaosto, ei enää perheasiainjaosto).

[380]Huomaa, mitä *Sawyer*, Principles of Succession, Wills and Probate s. 98, kirjoittaa mahdollisista tulevista kehityslinjoista: "The Law Commission, in its Consultation Paper No 146 Trustee´s Powers and Duties (1997), suggests that, save where there is a direction to the contrary in the will, or where the personal representative or trustee obtains some other benefit or remuneration under the will or trust, there should be a charging clause implied by statute. Such a proposal was disapproved by the Law Reform Committee in its 23rd Report, and it remains to be seen whether legislation will follow."

[381]AEA 1925 pykälä 44. Suomen perintökaaressa ei tätä asiaa ole säännelty ehdottoman määräajan sisältämällä säännöksellä.

maksamasta, vaikkei vuotta perittävän kuolemasta olekaan vielä kulunut. Tämä kuitenkin edellyttää, että pesänhoitajien arvion mukaan jäämistön varat sen suorittamiseen epäilyksettä riittävät.[382]

Jäämistön tilaa selvitettäessä tulisi ensimmäisenä huolehtia perittävällä olleiden velkojen maksamisesta.[383] Pesänhoitajille tuntemattomien velkojien vaateita vastaan voi suojautua vuoden 1925 Trustee Actin (pykälä 27) mukaisilla sanomalehti-ilmoituksilla, joissa perittävän velkojia pyydetään ilmoittautumaan kahden kuukauden kuluessa.[384] Velkojen maksamisen jälkeen pesänhoitajilla ei ole yleensä intressiä viivyttää reaalista perinnönjakoa; varsinkaan, jos he ovat itse jäämistön perillisiä. Jaon ajankohdan määrittämisessä on kuitenkin muistettava huomioida perimys kokonaisvaltaisesti: erityisesti etuosahakemuksen vireillepanoon varattu kuuden kuukauden määräaika. Vasta sen kuluttua on järkevää ryhtyä perintöä reaalisesti jakamaan, koska hyväksytyt etuosahakemukset voivat muuttaa jaon lopputulosta huomattavastikin sekä edunsaajien henkilöllisen ulottuvuuden että jako-osuuksien suuruuden suhteen.

6.3.5. Trust-instituutio

6.3.5.1. Yleistä

> "se on suurin ja merkittävin saavutus, jonka englantilaiset ovat oikeuden alueella kehittäneet."[385]

---

[382]*Rossdale*, Probate and the Administration of Estates s. 244. Vrt. tätä suomalaiseen legaattiin (testamenttiin sisällytettyyn erityismääräykseen), jonka maksamisen tulee pääsääntöisesti tapahtua pesänselvityksen yhteydessä.

[383]Täyttämättömät lahjanlupaukset eivät sido jäämistöä. Englannin oikeus ei tunne keinoa (edes equity-oikeudessa), jolla lahjoitus tulisi pesänhoitajien toimesta saattaa loppuun silloin, kun lahjoitettavaksi tarkoitetun omaisuuden hallinta ei ole siirtynyt perittävän elinaikana lahjoituksen saajalle. Ks. *Miller*, Machinery of Succession s. 246. Huomaa, että Englannin oikeus tunnustaa tietyin edellytyksin kuolemanvaraislahjat, joista ks. tarkemmin luku 7.2.

[384]Ilmoitukset on julkaistava London Gazettessa sekä sillä paikkakunnalla ilmestyvässä sanomalehdessä, jossa perittävä omisti kiinteää omaisuutta. Näiden lisäksi ilmoitus voidaan julkaista jossain muussakin lehdessä, jos sitä on pidettävä tarpeellisena. Ilmoituksen julkistamisen jälkeen on mahdollisten velkojien vaateita odotettava kahden kuukauden ajan. Pesänhoitajat eivät joudu vastuuseen sellaisia velkojia kohtaan, joiden olemassaolosta he eivät olleet tietoisia tämä määräajan kulumisen jälkeen toimitetun perinnönjaon hetkellä. Näin esimerkiksi tapauksessa Re Aldhous [1955] 1 WLR 459.

[385]*Maitland*, Selected Historical Essays (1936) s. 129.

Trustia vastaavaa oikeusinstituutiota ei ole mannereurooppalaisissa oikeusjärjestelmissä. *William Fratcher* onkin kiteyttänyt, että "The Roman law of the sixth century codifications and the codes presently in force on the continent of Europe contain no single device capable of achieving all of the 26 diverse purposes for which trusts are commonly used, separately or in combination..each of these purposes could be achieved, at least to a limited extent, by some device known to the civil law, but their achievement in combination by a single juristic act could be impossible on the continent, in the sixth or twentieth."[386] *Kari Joutsamo* toteaa, että trust-käsitettä on nähty käytettävän mannereurooppalaistenkin maiden oikeuskielessä, mutta yleensä harhaanjohtavalla tavalla. Eihän suomalainen oikeusjärjestys, "niin kuin ei minkään muunkaan Manner-Euroopan maan oikeusjärjestys ylipäätään tunne todellista trust-käsitettä."[387] Sen sijaan Englannissa sanotaan, että trustit ovat oikeudelliselle elämälle yhtä tärkeitä kuin mitä iltapäivätee on arkipäivän elämälle.[388] Trustien tyypillisimpiä asettamistilanteita ovat järjestelyt, jotka liittyvät testamenttien, kiinteistöjen yhteisomistuksen tai sijoitustoiminnan piiriin.[389] Trustien käyttöön turvaudutaan esimerkiksi niissä tilanteissa, joissa omaisuuden hallussapitoa edunsaajan näkökulmasta ja hänen suojaamisekseen on pidettävä järkevänä.

Trust-instituutiosta on olemassa satoja teoksia ja artikkeleita, ja sen määritelmäksi on vakiintunut seuraava: "Trust on oikeuden tunnustama järjestely, jonka puitteissa joku henkilö pitää omaisuutta hallussaan toisen henkilön eduksi."[390] Trusteissa omistusoikeus on jaoteltu tavalla, johon suomalainen - ja yleensä mannereurooppalainen - normiapparatuuri on riittämätön. Trustin perustaa asettaja (settlor) yksipuolisella tahdonilmaisullaan. Trustin kohteena olevan varallisuuden haltuunsa ja hoitoonsa saava henkilö on ns. omistaja-haltija (trustee). Asettajan suhde omistaja-haltijaan ei ole sopimusluonteinen, eikä jälkimmäinen ole myöskään toimeksianto- tai agent-

[386]Trust s. 84. Näin myös *de Cruz*, Comparative Law in a Changing World s. 104: "the trust concept is unique to the common law jurisdiction." Ks. myös *Buckland-MacNair*, Roman Law and Common Law. Comparison in Outline s. 177 (Cambridge 1952).

[387]Trust - oikeushenkilö sui generis s. 29. Ks. *Koppenol-Laforce*, The Trust, The Hague Trusts Convention and Civil Law Countries; A Mission Impossible ? (Notarius International Vol. 3 (1998) s. 27-40.) Artikkelissa pyritään selventämään common law -oikeuden trust käsitettä. Huomiota kiinnitetään siihen, miten kansainvälisissä suhteissa syntyy välttämättä ongelmia, koska Manner-Euroopan maat eivät tunnusta trust-instituutiota osaksi oikeusjärjestelmiään.

[388]*Bogdan*, Comparative Law s. 113.

[389]*Joutsamo*, Trust - oikeushenkilö sui generis s.30.

[390]*Riddall*, The Law of Trusts s. 1.

tisuhteessa asettajaan, koska omistaja-haltija ei hoida omaisuutta trustin asettajan lukuun vaan täysin omistusoikeuksin. Ne henkilöt, joiden hyväksi trust on perustettu (cestuis que trust), ovat sen voimassaoloaikana vain passiivisia edunsaajia, joilla on oikeus trust-omaisuudesta saatavaan tuottoon.[391] Trust on siten oikeudellinen instituutio, jossa kaikilla kolmella osapuolella on oikeutensa, mutta sen jälkeen kun trust on asettajan toimesta esimerkiksi testamentissa perustettu, on vain sen omistaja-haltija oikeutettu jäämistöomaisuudesta disponoimaan.

Trustin lajeina on eroteltavissa public trust ja private trust, joista edellisen tarkoitus on yleensä yleishyödyllinen ja edunsaajina kyseeseen tulevien henkilöiden joukko on sen asettamishetkellä jossakin määrin vielä täsmentymätön.[392] Koska jäämistöoikeudessa on kyse trustien toisesta muodosta, sivuutan nämä hyväntekeväisyyteen pääasiassa suunnatut trustit tällä maininnalla.

> Trusteista on erotettava kolmannen hyväksi tehdyt sopimukset ja kysymys siitä, minkälaiset mahdollisuudet muilla kuin sopimuskumppaneilla on esittää sopimukseen perustuvia vaatimuksia. Yleensä sopimuksiin perustuva, kaksiasianosaissuhteen ylittävä kanneoikeus on poikkeuksellinen; ajattelutavan selvin ilmaisu on englantilainen "privity of contract" -oppi, jonka mukaiset periaatteet ovat jonkinasteisesti tunnettuja muissakin eurooppalaisissa oikeusjärjestyksissä.[393]

---

[391]Heillä ei katsotakaan olevan mitään oikeuksia (rights) trustiomaisuuteen, vaan vain tiettyjä intressejä (beneficial interests).

[392]Se vastaa siten jossain määrin Suomen lain mukaista säätiötä (mutta tässä rinnastamisessa olisi oltava varovainen, koska kyse on eri instituutioista. Ks. *Aron*, Säätiön tarkoituksesta ja sen toteuttamisen takeista s. 42-44 (Helsinki 1971), lyhyt katsaus trust-oikeuteen). Trust-instituutio on erotettava myös suomalaisissa testamenteissa käytetyistä tarkoitemääräyksistä. Viimeksi mainituilla voidaan testamentinsaajalle asettaa suoritusvelvollisuus ilman, että kenellekään syntyy vastaavaa oikeutta. Varojen käyttötarkoitus on ts. määritelty, mutta edunsaajaryhmä on tarkasti yksilöimätön. Tarkoitemääräyksen kohteena oleville varoille ei tarvitse järjestää myöskään erillishallintoa. Tarkoitemääräyksistä *Aarnio*, Suomen jäämistöoikeus II s. 137 sekä *Kangas*, Lahja s. 103-117, jossa hän analysoi lahjoihin liitettäviä tarkoitemääräyksiä kahdessa ryhmässä. Tämä systematisointi ulottuu hänen nimenomaisen mainintansa mukaan myös testamentteihin sisällytettyihin tarkoitemääräyksiin.

[393]Privity-oppiin on kehitetty Englannin oikeuskäytännössä lukuisia poikkeuksia, joita en kuitenkaan tässä yhteydessä tarkemmin puntaroi. Ks. *Hemmon*, Sopimus ja delikti s. 261-269, esitys asiasta. *Hemmo* käsittelee asiaa oikeusvertailevalta kannalta, ja perustelee tutkimusotettaan sillä; että aiheesta käydyssä oikeustieteellisessä keskustelussa on tullut esille argumentteja, joilla voi hyvinkin olla kansalliset rajat ylittäviä soveltamismahdollisuuksia: "Keskustelu on siten huomionarvoista myös pohjoismaisen oikeuden kannalta, vaikka opin lähtökohdat ovat luonnollisesti sidoksissa brittiläisen sopimusoikeuden pohjoismaisittain vieraisiin erityispiirteisiin." (s. 262)

Trustin omistaja-haltijan toimivallan kannalta asettajan antamat ohjeet sekä lainsäädännön ja oikeuskäytännön asettamat huolellisuuskriteerit ovat ainoat rajoitukset. Historiallisesti omistaja-haltijan asema on kehittynyt common law -oikeudessa jo usean vuosisadan ajan. Ennen equity-sääntöjen kehittymistä 1400-luvulta lähtien trustien edunsaajilla ei ollut keinoa saattaa oikeuttaan voimaan silloin, kun omistaja-haltijat rikkoivat velvotteitaan vastaan. Lordikanslerin kohtuullistamisnormistolla näitä epäoikeudenmukaisuuksia aiheuttaneita common law -sääntöjä täydennettiin; equityn mukaantulo ei siten muuttanut omistaja-haltijan oikeusasemaa sinällään vaan common law´n rinnalle luotiin oikeudelliset keinot, joihin turvautuen edunsaajat saivat oikeutensa toteutettua väärinkäytöstilanteissa. Jos common lawn ja equityn säännöt johtivat ristiriitoihin, tuli kohtuuden tapahtua ennen omistaja-haltijan oikeuksien toteuttamista.[394] Edunsaajan oikeudet ovat siten oikeuksia "in equity".[395]

Equityn väliintulosta huolimatta omaisuuden haltuunsa saava omistaja-haltija on enemmän kuin vain edunsaajien edusmies. Omaisuus ei ole ainoastaan hänen hallinnassaan, vaan myös hänen määräysvallassaan. Hän saa esimerkiksi luovuttaa trust-omaisuutta vastiketta vastaan (tai ilman) ja luovutuksensaaja saa omaisuuteen nähden oikeudellisesti suojatun aseman. Trustin edunsaajan asema on näissä tilanteissa turvattu surrogaattiperiaatteen kautta eli alkuperäisen omaisuuden sijaan tullutta omaisuutta (esimerkiksi myyntihinta) pidetään trust-varallisuutena. Toisaalta jos omistaja-haltija on antanut omaisuutta vastikkeetta ja lahjoituksen saaja tiesi asioivansa trustin omistaja-haltijan kanssa (eli oli vilpillisessä mielessä), ei se estä omistajan oikeusaseman siirtymistä, mutta se on oikeutta "at law". Häntä kohdellaan kuin trustin omistaja-haltijaa ja hänen on käytettävä lahjoitettua omaisuutta edeltäjänsä tavoin edunsaajien hyväksi asettajan määräämien ehtojen ja voimassa olevan oikeuden edellyttämällä tavalla.[396]

6.3.5.2. Trust perimystilanteissa

AEA säätää, että lakimääräisissä perimystilanteissa pesänhoitajien haltuun tuleva jäämistöomaisuus on heillä "upon trust for sale."[397] Tämä tarkoittaa

[394]Ks. *Fratcher*, Trust. Myös Trust & Trustees -julkaisun kotisivut (http://www.trusts-and-trustees.com/what_is_a_trust.htm).

[395]*Joutsamo*, Trust - oikeushenkilö sui generis s. 30 ja *Riddall*, The Law of Trusts s. 1.

[396]Ks. *David*, Nykyajan suuret oikeusjärjestelmät II s. 52 ss.

[397]AEA 1925 pykälä 33(1).

esineellisen tasajaon periaatteen sivuuttamista, koska perillisten oikeus ei kohdistu tiettyihin jäämistöesineisiin. Jako-osuus on arvomääräinen ja siksi pesänhoitajillakin on oikeus realisoida jäämistöön kuuluvaa omaisuutta.[398] Perillisten oikeudet kohdistuvat tämän jälkeen luovutetun omaisuuden substituuttiin eli esimerkiksi omaisuuden myyntihintaan. Lakimääräisessä perimyksessä alaikäiset naimattomat lapset eivät saa jako-osuuttansa hallintaansa ennen kuin he täyttävät 18 vuotta tai menevät sitä ennen avioon. Siihen saakka heistä kukin on jako-osuudestaan koostuvan trustin edunsaajan asemassa. Perilliset voivat tosin hyötyä jäämistöstä jo ennen täysi-ikäiseksi tuloaan. Koska he tarvitsevat varoja elatukseensa tai koulutukseensa, katetaan nämä heidän trustien alaisina olevista jako-osuuksistaan ja tuon omaisuuden tuotosta. Lesken osalta trustin edunsaajan asema voi syntyä niissä tilanteissa, kun perittävällä oli lapsia ja jäämistön arvo ylittää sen, mitä leski on oikeutettu lakimääräisenä legaattinaan ja koti-irtaimistonaan siitä saamaan. Tämän ylimenevä osuus jaetaan näet kahteen yhtä suureen osaan, josta toiseen puolikkaaseen lesken elinaikainen oikeus (tuottoon) kohdistuu. Perittävän lapsilla on mainittuun omaisuuteen nähden ns. odotusoikeus, joka realisoituu vasta lesken kuollessa, jollei tämä päätä kapitalisoida oikeuttaan elinaikanaan.[399]

Jäämistöomaisuuden myyminen ei ole aina mutkaton toimenpide, koska siihen vaikuttavat esimerkiksi lesken lunastusoikeus jäämistöön kuuluvaan asuntoon sekä luonnollisesti myös esinekohtaiset markkinahinnat. Pesänhoitajien onkin jäämistöomaisuutta realisoidessaan toimittava erityisen huolellisesti ja yleensä suositellaankin ulkopuolisten asiantuntijoiden kanssa konsultointia.[400] Oikeuskirjallisuudessa on muistutettu, että myymisen sijasta pesänhoitajat voivat myös jakaa jäämistöomaisuuden reaalisesti: "Kun perillisten oikeudet puolisoa koskevia poikkeuksia lukuunottamatta kohdistuvat rahaan, "trust for sale" estää sellaisten kiistojen syntymistä, joissa riidellään siitä, mitä kukin jäämistöomaisuudesta itselleen jaossa saa. Pitäisi kuitenkin huomata, että pesänhoitajien ei ole välttämätöntä myydä yhtään jäämistöön kuuluvaa esinettä, ja useimmissa tapauksissa he ryhtyvätkin harvoin myyntitoimiin. AEA:n pykälän 41 nojalla heillä on näet testamentin- tai perinnönsaajan suostumuksella oikeus suorittaa tämän jako-osuus

[398]*Riddall*, The Law of Trusts s. 14. Myös *Clements*, The Changing Face of Trusts s. 57.

[399]Ks. aiempi luku 4.2.1.

[400]Esimerkiksi *Rossdale*, Probate and the Administration of Estates s. 123.

antamalla omistusoikeuden johonkin jäämistöön kuuluvaan esineeseen."[401]

Trust voi perimystilanteissa syntyä myös perittävän elinaikaisten toimien seurauksena. Hän voi asettaa trustin jälkisäädöksessään, joka mahdollistaa testamentteihin tehtäviksi aina testaattorin tahdon mukaisiksi räätälöidyt määräykset trustin edunsaajista ja sen ehdoista. Vaikka trust onkin joustava instituutio, on sen syntyminen sidottu ankarasti tulkittaviin muotovaatimuksiin. Niihin kuuluvat trust-ilmaisun käyttäminen sekä sen kohteena olevan omaisuuden ja edunsaajien täsmällinen yksilöinti. Asettajan onkin syytä käyttää testamentissaan selkeää ilmaisua "in trust for.." tai "upon trust to".[402] Trustin syntymistä oikeudellisesti arvioitaessa oletetaan näet, että käytetty sanamuoto osoittaa sen, mitä todellisuudessa on tarkoitettu.[403]

Trustin perustamisesta saavutettavia suurimpia etuja on, että sitä kautta voi varautua perimystilanteissa aktualisoituviin perintöveron maksamista koskeviin velvoitteisiinkin. Trust-instituutio syntyikin aikoinaan keinoksi kiertää sitä veroa, joka keskiajalla kohdistui kiinteän omaisuuden perimykseen. Välttääkseen tämän veron syntyi käytäntö, jonka mukaan omistaja siirsi elinaikanaan omaisuutensa luotettavalle ystävälleen tai sukulaiselleen, joka sitten ensin mainitun kuoltua siirsi omaisuuden tämän toiveiden mukaisesti hänen perillisilleen.[404] Trust on nykykirjallisuudessakin kuvattu yhdeksi parhaimmista käytettävissä olevista keinoista, jolla perintöverorasitusta voi saada

---

[401]Succession Textbook s. 170. Myös *Bailey*, Law of Wills s. 318 ss., joka toteaa, että lain mukaan on mahdollista, että omaisuutta ei ennen sen perillisille jakoa lainkaan realisoida: "Moreover, the Act gives to the personal representatives power with the consent of certain beneficiaries who may thereby be affected to appropriate any part of the real or personal estate in its actual condition towards the satisfaction of any claim under the deceased's will or intestacy. Accordingly, the above duty to sell and convert the assets does not necessarily preclude his property from passing in specie to his beneficiaries."

[402]*Fratcher*, Trust s. 24 ss.

[403]*Riddall*, The Law of Trusts s. 51. Tämä on ollut oikeuskäytäntö 1870-luvulta lähtien. Ks. myös *Joutsamo*, Trust - oikeushenkilö sui generis s. 32. Huomaa, että nyt on kyse testamentissa perustetusta trustista. Trusteja perustetaan kuitenkin monessa muussakin yhteydessä kuin perimystilanteissa, jolloin on mahdollista, että sellainen syntyy ilman asettajan täsmällisen, trustiin viittaavan sanamuodon käyttöä. Ks. *Riddall*, The Law of Trusts s. 9: "a trust may arise, not as a result of what the law infers as having a person's intention: a trust which arises in this manner is termed an implied trust." Ks. myös s. 25 ss. trustin pätevyyden edellytyksistä. Ks. ennakkotapauksista esimerkiksi Comiskey v Bowring-Hanbury [1905] AC 84.

[404]*Bogdan*, Comparative Law s. 113. Myös *David*, Nykyajan suuret oikeusjärjestelmät II s. 51, joka kuvailee Englannin perintöverotusta näännyttäväksi. Trust on siksi tarpeen sen perikadon välttämiseksi, mikä sukua kohtaisi, jos huomattava omaisuus siirtyisi perintönä.

pienennettyä. Vero-osuuden pienentyminen tarkoittaa perillisten jako-osuuksien suhteellista kasvua. Trustien käytön ongelmanana on kuitenkin se, että verosäännösten kompleksisuus pakottaa turvautumaan asiantuntija-apuun. Itse tehdyillä "verokikoilla" on näet taipumus johtaa erilaisiin lopputuloksiin kuin mitä alunperin suunniteltiin.[405]

6.4. Vertailevia huomioita

Sekä Englannissa että Suomessa perittävän jäämistö pyritään saattamaan mahdollisimman nopeasti jakokuntoon niin, että kaikkien jäämistöintressenttien - velkojien, testamentinsaajien ja perillisten - oikeudet tulevat mahdollisimman suuressa määrin turvattua.[406] Samoin pesänselvityksestä ja perinnönjaosta aiheutuvat kulut pyritään pitämään mahdollisimman alhaisina, jotteivat ne kohtuuttomasti vähentäisi perillisten jako-osuuksia. Vaikka nämä tavoitteet ovat kummassakin maassa yhtenevät, ei niissä siitä huolimatta ole päädytty samanlaisiin pesänselvitys- ja perinnönjakosysteemisiin ratkaisuihin. Seuraava Englannin lakikomission ilmaisema, lakimääräisistä perinnönjakosäännöistä sanottu lienee yksi tärkeimmistä eroja selittävistä syistä: "lakimääräistä perimystä koskevien sääntöjen tulisi olla sellaiset, että tavallinen, ilman lainopillista koulutusta oleva kansalainen voi helposti tulkita niitä ja hoitaa jäämistöä niiden mukaisesti."[407] Perinnönjako yksinkertaisuuteen pyrkiessään korostaa tällöin jako-osuuden varallisuusoikeudellista luonnetta. Suomessa PK:n jakojärjestelmä rakentuu tasajaon periaatteen sekä lähisukulaisuuden varaan. Pyrkimyksenä on aina perillisten sopimus ja esineellinen tasajako, jonka vuoksi jakosäännösten abstraktisuus on ollut perusteltu valinta.[408] Tämä on kuitenkin tarkoittanut, että PK:n mukaisilta toimitusmiehiltä on edellytettävä esteettömyyttä. Perillisten etusija päästä pesänselvittäjäksi tai pesänjakajaksi ei sopisi PK:n kokonaisuuteen - eikä takaisi sen säilymistä toimivana järjestelmänä.

Hyvä esimerkki siitä, miten tavoite mahdollisimman selkeästä

---

[405]Ks. englantilaisesta perintöverotuksesta aiempi luku 5.3.3.

[406]*Mattila*, Om boutrednings- och arvskiftessystem s. 350. Kummassakin maassa pesänselvitystä ja perinnönjakoa tekevien henkilöiden työrauha on pyritty turvaamaan jonkinasteisella keskittämisperiaatteella. Tällä tarkoitan sitä, että toimitusmiesten on ensiasteena ratkaistava jäämistön nettoarvon selvittämisestä ja perinnönjaosta syntyvät kiistat. Suomen oikeudessa keskittämisperiaate vaikuttaa kuitenkin vahvemmalta kuin Englannissa, jossa esimerkiksi etuosaa koskevat hakemukset käsitellään tuomioistuimessa.

[407]Law Commission No. 187: Distribution on Intestacy (1989) para. 22.

[408]*Saarenpää*, Perintö ja jäämistö s. 214.

perimyssysteemistä on suunnannut Englannin jäämistöoikeutta koskevia lainuudistuksia, on ollut ennakkoperintöinstituutiota vastaavan ns. hotchpot-säännön poistaminen AEA:sta vuoden 1996 alusta.[409] Hotchpot-säännön tarkoituksena oli saattaa perilliset keskenään tasaveroiseen asemaan niissä tapauksissa, kun perittävä oli elinaikaisilla disponoinneillaan suosinut heistä jotakuta. Säännön soveltamisesta aiheutuvien ongelmien katsottiin kuitenkin koituvan suuremmiksi kuin siitä saatavien etujen. Säännön soveltamistilanteet kävivät erityisen monimutkaisiksi silloin, kun perittävä oli tehnyt osittaistestamentin; tilanteiden hallintaa ei edesauttanut, että pesänhoitajina toimivat henkilöt ovat yleensä maallikoita vailla aiempaa kokemusta vastaavista tehtävistä.[410] Hotchpot-sääntöä pidettiin myös epäoikeudenmukaisena, koska sitä sovellettiin vain perittävän lapsiin, mutta ei muihin sukulaisiin, joka lisäsi todennäköisyyttä siitä, että säännön soveltaminen johtaisi perittävän tahdon vastaisiin lopputuloksiin.[411] Empiirisissä tutkimuksissa on myös havaittu, että testaattori tahtoo yleensä kohdella hänelle yhtä läheisiä sukulaisia tasaveroisesti ilman lainsäädännön interventiotakin - erityisen hyvin tämä pitää paikkansa rintaperillisten osalta. Toisin sanoen hotchpot-sääntö on koettu turhaksi oikeudelliseksi instituutioksi, koska säännön moraalisyhteiskunnallinen arvotausta on yleensä kansalaisiin ilman säännön voimassaoloakin sisäänrakennettuna.[412]

Pesänhoitajainstituution kehittymistä nopeaksi ja tehokkaaksi on edesauttanut, että kaikki perimysjärjestelmää monimutkaistavat oksat on pyritty karsimaan pois - tasa-arvon esineellinen toteuttaminen tai perillisten keskinäisen sovun edistäminen ovat saaneet väistyä arvokkaammiksi koettujen tavoitteiden sijasta. Tällä tosiasialla on perusteltu toteutettuja (hotchpot-säännön poistaminen) ja ehdotettuja (lesken jakoaseman vahventaminen entises-

---

[409]AEA 1925 pykälä 47(1)(iii). Uudistuksesta ks. Law Reform (Succession) Act 1995 pykälä 1(2). Hotchpot-sääntö tulee yhä sovellettavaksi, jos perittävä on kuollut ennen uudistuksen voimaantulovuotta.

[410]*Miller*, The Machinery of Succession s. 26. Myös tätä muutosta perusteltiin Englannissa viittaamalla muissa Kansainyhteisön maissa tapahtuneisiin lainsäädäntöuudistuksiin.

[411]Law Commission No. 187: Distribution on Intestacy (1989) para. 47. Vrt. tähän Suomen oikeusministeriössä vireillä olevaa lainsäädäntöhanketta ns. suosiolahjojen poistamisesta PK 7:3:stä.

[412]*Finch ym.*, Wills, Inheritance and Families s. 124. *Masson*, Making Wills, Making Clients II s. 367 ss: "all advisers were concerned to draft wills which would not be challenged under the Inheritance Act 1975..However, they recounted very few instances where this had been an issue. For most clients, leaving property to spouses and children was the natural thing to do and not apparently a response to the legislation."

tään) lainmuutoksia, joilla jakosäännöksistä ja -menettelyistä on pyritty tekemään mahdollisimman yksinkertaiset. Tästä merkkinä on myös pesänhoitajilla oleva toimivalta päättää jäämistön realisoinnista itsenäisesti.[413] Virallisselvitysjärjestelmä kuvastaa myös Englannin oikeudelle tyypillisesti vahvaa tahdonautonomiaa, koska tuomioistuimen nimitysvalta aktualisoituu vain, ellei perittävä ole ketään testamentissaan pesänhoitajan tehtävään nimittänyt. Testaattorilla on siten ensisijainen valta määrätä, kuka tehtävään nimetään ja kuinka laaja on hänen toimivaltapiirinsä. Jos testaattori ei ole nimennyt pesänhoitajaa, käytännössä tehtävä annetaan perilliselle, joka on yleensä maallikko vailla aiempaa kokemusta.

Kautta linjan Englannin jäämistöoikeudelle tuntuisi kuitenkin - ainakin teoriassa - olevan tyypillistä, että tuomioistuimella on viimekätinen sananvalta. Etuosalaki antaa sille mahdollisuuden vaikuttaa siihen, miten ja kenelle jäämistöomaisuus jaetaan. Mutta jo tätä ennen se voi sanoa viimeisen sanansa pesänhoitajien nimityksen yhteydessä - tuomarit voivat jopa antaa valtuutuksen jollekin muulle kuin testaattorin jälkisäädöksessään nimeämälle henkilölle. Tätä voisi ajatella tuomioistuimen harjoittamaksi välilliseksi vaikuttamiseksi siihen, millaiseksi jakotulos muodostuu. Voisi myös kysyä, ovatko nämä lakiin sisällytetyt säännökset tuomioistuimen asemasta merkkejä siitä, että parlamenttilakeihin ei ole aivan täysin luotettu, ja yksittäistapauksellinen korjausmahdollisuus on haluttu delegoida traditionaalisesti oikeuskulttuurissa arvostetuimmassa asemassa oleville juristeille, tuomareille. Tässä teoreettinen totuus on luettava oikeuskulttuurin rakennetta eli tuomioistuinten asemaa ja systeemin oikeusideologiaa vasten. Englannin oikeutta läpileikkaava formalistisuus (stare decisis-periaatteen vahvuus) on aset-

[413]Koska pesänselvitys on keskitetty pesänhoitajien toimivallan yksinomaisuudelle ja perintöosuuksien velvoiteoikeudelliselle luonteelle, monet sellaiset kysymykset, jotka suomalaisessa järjestelmässä vaikuttavat kiinnostavilta, ovat englantilaisille juristeille vailla relevanssia. Suomen OiktTL 21 pykälän mukaan valtuutus ei pääsääntöisesti lakkaa sen antaneen henkilön kuollessa. Englantilainen järjestelmä ei taas tunne mahdollisuutta, että kenelläkään olisi rinnakkainen disponointivalta pesänhoitajien kanssa mihinkään osaan jäämistöomaisuutta. Toisaalta Englannin yhtiöoikeus, jota sääntelee vuoden 1985 Companies Act, ei tunne Suomen OYL 3:3:n kaltaisia lunastuslausekkeita. Yhtiöillä voi olla omia sääntöjä osakkeiden siirtymisestä ja uuden omistajan rekisteröimisestä, mutta useimmiten yhtiö ei kieltäydy rekisteröimästä sellaista osakkeenomistajaa, jonka saato perustuu esimerkiksi testamenttiin. Ks. *Saarenpää*, Inter vivos ja mortis causa s. 253 ss. sekä *Kaila*, Asunto-osakeyhtiölaki (Helsinki 1998) s. 67 ss., jossa huomautetaan, että OYL 3:3:n mukaan yhtiöjärjestyksestä on ilmettävä ne saannot, joita lunastusoikeus ei koske. Asunto-osakeyhtiöissä olettama on päinvastainen eli yhtiöjärjestyksestä on ilmettävä ne saantotilanteet, joita lunastusoikeus koskee.

tanut interventionistiset toimintamahdollisuudet yksilönvapauteen nähden poikkeussäännön asemaan. Siksi sellaiset tilanteet, joissa tuomioistuin poikkeaa perittävän toiveista tai lain säätämästä etusijajärjestyksestä ovat käytännössä pesänhoitajanimityksissä poikkeuksellisia.

PK:n jakojärjestelmä on englantilaiseen verrattuna melko monimutkainen. Suomessahan yleisimmät perhekoot ja rintaperillisten etusijainen perimysasema takaavat yleensä sen, että jäämistöä jakamassa on useampi kuin yksi henkilö. Soppaa hämmentävät vielä leskensuoja ja tasajakoa heijastelevien, erityisesti ennakkoperintö- ja lakiosasäännösten soveltaminen, jotka kytkevät perimystilanteissa toisiinsa usean eri intressitahon odotukset ja oikeudet.[414] PK:n soveltaminen vaatiikin taitavaa lakimiestä ja siksi pesänselvittäjien tai -jakajien nimityksissä pyritään henkilön taito/kokemus saattamaan yhteismitallisiksi jäämistön laadun ja laajuuden kanssa. Yleensä toimitusmiehet omaavat näistä tehtävistä aiempaa kokemusta, ja vaikka laki ei asettaisikaan suoranaista estettä sille, että pesän osakas nimitettäisiin toimitusmiehen tehtävään, ei suomalaiseen systeemiin - jossa on monta, hajautettua intressitahoa - istuisi kovin hyvin englantilainen, lakimääräistä jakojärjestystä seuraileva nimityskäytäntö. PK:n toimitusmiehiä koskevat säännökset saavat lopullisen sisältönsä jäämistöoikeuden kokonaisuutta tarkasteltaessa. On muistettava, että pesänselvittäjän tavoitteena on sopu velkojien kanssa, joka edellyttää, että velkojat voivat luottaa hänen puolueettomuuteensa. Samoin perinnönjakoa ohjaavat periaatteet ovat myös henkilövalintaa ohjaavia säännöksiä. Sen sijaan englantilaisessa järjestelmässä omaisuuden realisointi ja sitä kautta tapahtuva eri jäämistöintressenttien tyydyttäminen ei niin suuria vaatimuksia toimitusmiehen henkilölle.

6.5. Tulevaisuudennäkymiä

Suomessa ollaan oltu tyytyväisiä siihen, että PK:ssa on nykyisin olemassa toimivat toimitusmiesjärjestelmät. Siihen, onko PK:ssa säädetty lakitekninen ratkaisu paras mahdollinen, vastaa omalta osaltaan *Aulis Aarnio*. Hän tarkastelee järjestelmää oikeusvertailevasti sekä Englannin että Tanskan systeemiä vasten ja toteaa: "Oikeusvertaileva katsantomme osoittaa näin ollen, että tiellä kohden yksinomaista virallisselvitystä muodostaa Tanskassa voimassa oleva järjestelmä harkinnanarvoisen välitavoitteen. Joka tapauksessa

[414] *Saarenpään*, Perintö ja jäämistö s. 214, mielestä perinnönjakoa ohjaavan PK 23:8 §:n ongelmana onkin sen tulkintojen huojuvuus: "Jos perussysteemiä ei tunneta tai tunnisteta, jako-ohje voi erkaantua systemaattisesta taustastaan. Säännökseen sisältyviä viestejä ei tunnisteta."

se paljastanee, ettei PK 19 luvun mukainen selvitysmenettely ole ainoa, eikä ilmeisesti edes tarkoituksenmukaisin järjestelmä."[415]

Perintöoikeuskomitea lausui mietinnössään 1975:84, että toimitusmiesjärjestelmän kaksijakoisuus aiheuttaa käytännössä ongelmia, jotka voitaisiin ratkaista kahta vaihtoehtoista tietä: joko toimivaltarajat tarkennetaan kasuistisemmilla säännöksillä tai sitten kahtiajako häivytetään kokonaan. Jälkimmäinen vaihtoehto yksinkertaistaisi tilannetta sekä menettelyllisesti että toiminnallisesti, koska yhden toimitusmiehen järjestelmässä ei voisi syntyä ongelmia toimivaltarajojen määrittämisen suhteen. Komitea ei kuitenkaan ehdottanut nykyisen osakkaiden yksityisautonomiaan perustuvan järjestelmän korvaamista virallisselvitysjärjestelmällä. PK:n lainvalmistelutöissä oli samansuuntaisia hahmotelmia jo vuoden 1935 Ehdotuksessa, koska siinä annettiin pesänselvittäjälle valta toimia jakajana ilman eri määräystä aina silloin, kun hän ei ollut pesän osakas.[416] Perintöoikeuskomitea huomautti, että ehdotetulla kaksijakoisuuden poistamisella toimitusmiesjärjestelmässä säilytettäisiin kaikki ne edut, joihin uudistuksella alunperin pyrittiinkin, mutta poistettaisiin haitat.[417]

Perintöoikeuskomitean mietintö ei ole kuitenkaan johtanut siihen, että järjestelmää olisi muutettu.[418] PK:n jäämistöoikeudellinen järjestelmä on vakiintunut osaksi kansalaisten oikeudenmukaiseksi mieltämää oikeuskoneistoa, joten sitä koskeviin muutoksiin on ryhdyttävä varovaisesti ja pitkällä aikavälillä, jotta soveltamiskäytäntö saadaan horjumatta pysymään koossa. Vaikka toimitusmiesjärjestelmän uudistamisessa olisikin kyse vain PK:n osittaisuudistuksesta, vaikuttaisi se kuitenkin koko perimysjärjestelmään. Tästä saatiin esimerkki 1980-luvulla, kun lesken suojaa koskevat säännökset uudistettiin. Muutos ei tuolloin rajautunut vain PK 3 luvun sisäiseksi.

Englannissa ei sen sijaan ole pesänhoitajainstituution muuttamisesta edes

---

[415]Luentoja perintöoikeudesta II s. 11. Tanskan pesänselvitysjärjestelmää on tämän *Aarnion* lausuman jälkeen muutettu (vuonna 1996 siellä tuli voimaan Lov om skifte af dodsboer).

[416]Ks. tästä Ehdotuksen perustelut s. 154. Säännöksestä luovuttiin korkeimman oikeuden vuoden 1941 lausunnon jälkeen.

[417]Perintöoikeuskomitean mietintö s. 50-52. Suomessa perimysjärjestelmää koskevien uudistusehdotusten ymmärtämiseksi on aina syytä tarkistaa, miten ruotsalaisessa oikeudessa vastaava asia on säännelty. Ruotsin voimassa olevan lain mukaan pesänselvittäjä voikin toimia jakajana ilman, että hänet on siihen erikseen määrätty (ÄktB 17:1).

[418]Ks. myös Ehdotus hallituksen esitykseksi eduskunnalle perintölainsäädännön uudistamisesta 1982 (Oikeusministeriön lainvalmistelukunnan julkaisu 11/1982). Ehdotuksen laatinut työryhmä jatkoi osaltaan perintöoikeuskomitean työtä. Se ei kuitenkaan enää ehdottanut, että pesänjakaja toimittaisi myös pesänselvityksen vaan heidän tehtävänsä ehdotettiin säilytettäväksi erillään (s. 9).

keskusteltu ja *Gareth Millerinkin* mielestä sikäläinen virallisselvitysjärjestelmä toimii vähintäänkin tyydyttävästi. Se tarjoaa riittävän suojan sekä perillisille ja testamentinsaajille että muille jäämistöintressenteille.[419] Instituution juuret ovat syvällä Englannin oikeuden historiassa ja järjestelmää kohtaan tunnettu tyytyväisyys on tuskin vähenemässä tulevina vuosina. Virallisselvitysjärjestelmä on toimiva järjestelmä, jossa on saatu tasapainotetuksi niin hyvin testaattorin toiveiden toteutuminen kuin velkojien ja muiden etutahojen suojaaminen viime kädessä tuomioistuimen apuun kesken selvityksenkin turvautumalla.[420]

Vaikka itse virallisselvitysjärjestelmää ei Englannissa muutettaisikaan, vaikuttavat sen sisältöön ne muutosehdotukset, jotka koskevat pesänhoitajien toimivaltuuksia. Trustia koskevissa säännöksissä on ilmennyt puutteita, jotka koskevat erityisesti omistaja-haltijan toimimisoikeuksia ja jotka koituvat sitä kautta myös edunsaajien (taloudelliseksi) tappioksi. Lakikomissio julkaisi kesällä 1997 muutosehdotuksen nimellä "Trustees´ Powers and Duties. The Powers They Need", jossa muistutettiin, että trustien hallinta on nykyisin jotain muuta ja edellyttää erilaisia taitoja kuin 1900-luvun ensimmäisellä neljänneksellä, jolloin instituutiota koskevat alkuperäiset parlamenttilait säädettiin: "Both the economic and social nature of trusts and the assets that are characteristically held by them are now very different from what they were when the Trustee Act 1925 was enacted."[421]

[419]The Machinery of Succession s. 111.

[420]Pesänhoitajainstituutiota on kuvattu "terveen järjen ruumiillistumaksi". Näin *Jenks*, The Book of English Law (London 1953) s. 233.

[421]Consultation Paper No. 146, para. 1.6. Lakikomission ehdottamilla uudistuksilla tähdätäänkin siihen, että trustien omistaja-haltijoiden valtuuksia päättää omaisuutta koskevista investoinneista joiltain osin lisättäisiin. Myös omistaja-haltijan oikeutta tehtäväpalkkioon on haluttu lisätä. Jos trustin asettaja ei ole määrännyt sen hoidosta palkkiota, se saattaa johtaa siihen, että kukaan ei halua ottaa tehtävää kontollensa. Ei ainakaan, jos omistaja-haltijaksi halutaan ammattilainen - jota nykyisten omaisuusmassojen hoitaminen alati monimutkaistuvassa taloudellisessa ympäristössä yhä useammin edellyttää.

7. Englannin jäämistöoikeuden "kirjoittamattomat" säännökset

7.1 Yleistä

Englannin jäämistöoikeus koostuu useasta eri säädöksestä. Kun sen kokonaisuus on tällä tavoin hajotettu, vaikeuttaa se myös jäämistöoikeudellisen informaation hankkimista. Jäämistöoikeuteen kuuluu yhä myös sellaisia oikeusohjeita, joita ei ole kirjattu mihinkään parlamenttilakiin. Näiden "kirjoittamattomien" säännösten alkuperä on yleensä joko common law´hon tai equityyn pohjautuvassa oikeuskäytännössä. Poikkeusta edustaa donatio mortis causa, jota on luonnehdittu roomalaisen oikeuden siirräiseksi.

Kirjoittamattomien säännösten avulla jäämistöoikeuden ympyrä sulkeutuu englantilaiseksi; ne näet muistuttavat sikäläisen oikeuden ennakkotapauspohjasta ja siitä, että parlamenttilakien lisäksi oikeuslähteistöön saattaa aina kuulua tuomioistuinten kehittämiä oikeusohjeita. Kirjoittamattomissa säännöksissä on kyse myös paluusta menneeseen - toimihan koko jäämistöoikeus alunpitäen kirjoittamattomien oikeusohjeiden varassa. Säännösten kirjaaminen parlamenttilaeiksi aloitettiin aikoinaan yhteiskunnallisesti merkityksettömimpinä pidetyistä irtaimen omaisuuden jakosäännöksistä.

"Kirjoittamattomien" säännösten informaatiolähteenä on oikeuskäytäntö ja sitä analysoinut oikeuskirjallisuus.[422] Mannereurooppalaiselle juristille kirjoittamattomuus saattaa samalla merkitä sitomattomuutta, koska säännös ei löydy siitä oikeuslähteestä, joka on hänen kannaltaan auktoritatiivisessa asemassa eli parlamentin voimaansaattamista lakiteksteistä.[423]

7.2. Donatio mortis causa

Yksi sellainen oikeusinstituutio, jonka kuuluminen Englannin jäämistöoikeuteen on jäänyt vaille parlamenttilain vahvistusta, on donatio mortis causa (DMC). Erikoiseksi sen tekee alkuperä - DMC näyttäisi olevan puhdas roomalaisoikeudellinen siirrännäinen. Se juurtui Englantiin 1700-luvulla sen

---

[422]Siksi oikeusohjeiden kuvaaminen "kirjoittamattomiksi" on jonkin verran harhaanjohtavaa.

[423]Esimerkiksi Suomessa OK 1:11 hyväksyy kuitenkin maantavan oikeuslähteeksi, mutta se on säädännäiseen oikeuteen nähden toissijaisessa asemassa. *Aarnion*, Laintulkinnan teoria s. 225, mielestä nykyoloissa ainoastaan ylimpien oikeuksien vahvistama tapakäytäntöoikeus voi muodostua maantavaksi. Ks. maantavasta lisää *Klamin* tutkimus Gewohnheitsrecht als Rechtsquelle (Turku 1984).

jälkeen, kun testamenttioikeudelliset säännökset olivat vallanneet alaa kirkollisten oikeusinstanssien välityksellä.[424] DMC:n avulla haluttiin tuoda lievennystä voimaan tulleiden testamentin muotosäännösten ankaruuteen. Instituutiota onkin kuvattu sillaksi elinaikaisten lahjoitusten ja testamenttimääräysten välillä. Ensimmäinen raportoitu tapaus, jossa periaate ilmaistiin, lienee Hedges v Hedges vuodelta 1708. Seuraava sitaatti on Lord Cowperin lausuma: "Where a man lies in extremity, or being surprised with sickness, and not having an opportunity of making his will; but lest he should die before he could make it, he gives with his own hands his goods to his friends about him; this, if he dies, shall operate as a legacy; but if he recovers, then does the property thereof revert to him."[425]

Englannin oikeuteen kuuluva formalismi on lyönyt leimansa DMC:n soveltamisehtoihin. Instituution syntyminen ei ole sidottu tuomioistuinten yksittäistapaukselliseen kohtuusharkintaan, vaan oikeuskäytännön kiteyttämiin edellytyksiin. Ensinnäkin omaisuusesineen fyysinen hallinta tai tosiasiallinen määräysvalta on luovutettava lahjansaajalle. Toisekseen tällä disponoinnilla on oltava ehdoton ja välitön liityntä lähitulevaisuudessa odotettavissa olevaan lahjanantajan kuolemaan.[426] DMC:ssa omistusoikeuden siirtyminen tapahtuu vasta kuolinhetkellä, ja siihen asti luovuttajalla on oikeus ottaa omaisuus takaisin omaan hallintaansa tai määräysvaltaansa. Nämä DMC:n ehtoihin kuuluvat luovutuksen liityntä luovuttajan kuolemaan ja luovutuksen yksipuolinen peruutettavuus lienevät merkittävimmät erot DMC:n ja inter vivos -lahjoitusten välillä.

Jos omistaja ei ole ennen kuolemaansa antanut esinettä tai määräysval-

[424]DMC:n ilmestyminen Englannin oikeuteen oli ilmeisesti seurausta vuoden 1677 Statute of Fraudsin säätämisestä, jolla tiukennettiin testamentin muotomääräyksiä. Ks. aiempi luku 2.2.

[425](1708) Prec Ch 269. Ks. myös Ward v Turner (1752) 2 Ves Sen 431. *Margrave-Jones*, Mellows: the Law of Succession s. 520.

[426]Tästä nimitys "deathbed gift". Edellytyksenä DMC:n tehokkuudelle ei ole, että perittävä kuolee tuntien tai päivien aikana. Riittävää on, että henkilö tietää sairastuneensa vakavasti ja ettei odotettavissa oleva elinaika ole sen vuoksi kovin pitkä. DMC:n on tehokas, vaikka lahjanantaja ei kuole sen syyn vuoksi, joka lahjoitusta täyttäessä näytti todennäköiseltä. Lahjanantaja saattaa esimerkiksi kuolla liikenneonnettomuudessa ennen kuin hän menehtyy pitkälle edenneeseen syöpään. Pääasia on, että alkuperäinen "kuolemanuhka" ei ole palautunut missään vaiheessa normaalille tasolle. Ks. Agnew v Belfast Banking Co. [1896] 2 IR 204 sekä Mills v Shields [1948] IR 367. Oikeuskirjallisuudessa on hämmennystä aiheuttanut se, miten itsemurhan ja DMC:n suhde tulisi nähdä. Sen jälkeen, kun itsemurhan rangaistavuus poistettiin 1960-luvun alussa, tuomioistuimet eivät ole joutuneet ottamaan tähän kysymykseen kantaa. Toisaalta oikeudellinen tila ei edes ennen 1960-lukua ollut mitenkään selkeä. Ks. lisää *Sawyer*, Principles of Succession, Wills and Probate s. 20.

taa siihen tarkoitetulle lahjansaajalle, arvioidaan disponointia osapuolten kannalta ankarampien, lahjanlupausta- tai testamenttausta koskevien säännösten mukaan. Määräysvaltaa koskevan edellytyksen arviointi saattaa kuitenkin aiheuttaa hankaluuksia. Hallinnasta luopuminen on helpompi arvioida silloin, jos kyse on sellaisesta irtaimesta esineestä, jonka siirto voi tapahtua "kädestä käteen". Muut tilanteet on arvioitava sillä perusteella, onko omaisuuden määräysvalta siirtynyt tosiasiallisesti lahjansaajalle. Oikeuskäytännössä hallinnan siirtona on pidetty esimerkiksi sitä, että vaikka itse omaisuusesineeseen ei ole fyysisesti koskettu, on mahdollisuus esineen käyttöön ja hallintaan siirretty lahjansaajalle. Tämä on voitu toteuttaa esimerkiksi antamalla hänelle avaimen siihen lukittuun tilaan, jossa esine fyysisesti sijaitsee.[427]

> Vielä vuosikymmen sitten oli epäselvää, saattoiko myös kiinteä omaisuus vaihtaa omistajaa kuolemanvaraislahjana. Tähän kysymykseen vastattiin myöntävästi tapauksessa Sen v Hadley vuonna 1990.[428]

DMC on testamenttia nopeampi ja mutkattomampi keino luovuttaa omaisuutta kuolemanvaraisesti. Testamentilla määrätty omaisuushan siirtyy muun perittävällä olleen omaisuuden tavoin ensin pesänhoitajille, jotka selvitettyään jäämistön nettovarallisuuden jakavat sen perillisten ja testamentinsaajien kesken. Tähän voi jäämistön koosta, sen omaisuuden laadusta ja perittävän veloista riippuen kulua pitkäkin aika. DMC:n etuihin inter vivos -lahjoituksiin verrattuna kuuluu toisaalta sen muotomääräyksiin sitomaton peruutettavuus. Velkojien oikeuksia ei kuolemanvaraislahjoina tehtävillä omaisuussiirroilla voi lopullisesti sivuuttaa, vaikka DMC:n tavoin lahjoitettu omaisuus onkin vastuujärjestyksessä lahjansaajan kannalta melko hyvässä asemassa.[429]

---

[427] *Miller*, The Machinery of Succession s. 287: "..delivery of the actual subject-matter of the gift is not essential where the donee is given the means of obtaining that subject-matter, such as key to a box or drawer in which the property is kept." Luovutus voi tapahtua ennenkuin lahjansaajalle on sen tarkoituksesta edes kerrottu. Luovutus voi tapahtua myös hänen edustajalleen, kuten tapauksessa Moore v Darton (1851) De G & Sm 517. Perittävän henkilöön sidotut ja hänen kuollessaan loppuvat oikeudet eivät ole siirtokelpoisia. Ks. *Barlow-King-King*, Wills, Administration and Taxation s. 338.

[428] [1990] 2 All ER 898.

[429] *Clark*, Parry and Clarke: The Law of Succession s. 286: "..liable of debts in the last resort on a deficiency of the assets of his estate." Ks. esimerkkitapaus Re Korvine´s Trust (1921) 1 Ch 343. Toisin kuitenkin *Rossdale*, Probate and the Administration of Estates s. 144, jonka mukaan DMC:na lahjoitetun omaisuuden velkavastuu on epäselvä: "There is some authority that the subject-matter of a donatio mortis causa may be resorted to, to meet liabilities, apart from any statutory provision. It has however been argued convincingly that this is not the law.."

Gareth Miller on todennut, että DMC ei ole koskaan oikein sopinut osaksi perimysjärjestelmää, vaikka se näistä "sopeutumisvaikeuksistaan" huolimatta yhä kuitenkin sitkeästi jatkaa siinä elämistään.[430] *S.A. Rossdale* on tästä *Millerin* kanssa yhtä mieltä, ja ehdottaa, että DMC poistettaisiin Englannin jäämistöoikeudesta. Hän perustelee toteamaansa DMC:n mahdollistamilla väärinkäytöksillä. Toisaalta hän ei näe sille enää muutenkaan tarvetta voimassa olevan järjestelmän osana.[431]

Suomen oikeudessa kuolemanvaraislahja on kielletty (PK 17:2). Näin ei aina ole asia ollut. Ennen uuden PK:n voimaantuloa kuolemanvaraislahjat katsottiin oikeuskäytännön ja oikeuskirjallisuuden mukaan päteviksi. Tulkintaa perusteltiin sillä, että vuoden 1734 lakiin ei sisältynyt mitään nimenomaista erityissäännöstä, joka olisi kuolinvuodelahjat kieltänyt. Erityissäännös säädettiin vasta vuoden 1966 perintökaareen.[432] PK 17:2 koskee kuitenkin vain sellaista lahjanlupausta, joka on tarkoitettu täytettäväksi antajansa jäämistöstä tämän kuoltua. Lahjoituksen määrittyminen kuolemanvaraiseksi on aina tulkintakysymys ja merkityksellinen siksi, että lahjanlupaus, jonka ei voida katsoa olevan tällä tavoin sidottu lupaajansa kuolemaan, pätee myös hänen kuoltuaan ja se tulee tällöin täyttää jäämistöstä ennen testamenttia ja lakimääräistä perimystä.[433] Perittävän kuolemaansa sitomattoman lahjanlupauksen sitovuutta on rajoitettu vain silloin, jos se rajoittaisi toissijaisen perillisen oikeutta (PK 3:3) tai rintaperillisen oikeutta lakiosaan (PK 7:6).[434]

Englannin (tapaus)oikeuden mukaan perittävän antama lahjanlupaus ei lähtökohtaisesti päde, jos se oli täyttämättä hänen kuollessaan. Tämä johtuu siitä, että common law -järjestelmän vaikutuspiiriin kuuluvissa maissa irtaimesta omaisuudesta annettua lahjanlupausta pidetään usein sopimukse-

---

[430]The Machinery of Succession s. 286. Oma syynsä sille, että DMC ei ole juurtunut Englannin oikeuteen, on liitynnässä sen perintöverotukselliseen asemaan. DMC:n tekemiseen ei näet liity mitään verohoukutuksia, ja tämä on nähty yhtenä tärkeänä selitysperusteena sille, miksi instituutiota ei paljonkaan tosiasiallisesti hyödynnetä.

[431]Probate and the Administration of Estates s. 144. DMC:n väärinkäytöstilanteilla tarkoitetaan, että sitä hyväksikäyttämällä pyritään ainoastaan sivuuttamaan testamentille asetetut muotomääräykset. Ks. Birch v Treasury Solicitor [1951] Ch 298.

[432]Ks. *Kangas*, Lahja s. 125-127, sallituista kuolemanvaraislahjoista ennen uuden PK:n voimaantuloa.

[433]*Saarenpää*, Inter vivos ja mortis causa s. 268, jossa kirjoittaja käsittelee lahjan kuolemanvaraisuutta.

[434]Huomaa myös PK 8:6.3, joka säätää, että jollei lahjanlupauksena annettua sitoumusta ollut täytetty perittävän kuollessa, sitä ei voida saattaa voimaan siltä osin kuin se estää saamasta avustusta tai hyvitystä täysimääräisenä.

na. Sopimusten sitovuutta arvioitaessa tulee taas arvioitavaksi, onko edellytys vastikkeellisuudesta täyttynyt (consideration-oppi).[435] Sääntö lahjanlupausten sitomattomuudesta ei ole kuitenkaan poikkeukseton, koska jotkut niistä tilanteista, jotka Suomessa luettaisiin sitoviksi lahjanlupauksiksi, kuuluvat proprietary estoppel -opin alaan.[436] Toinen oppi, jonka nojalla perittävän kuollessa täyttämättä olleita (irtainta omaisuutta koskevia) lahjanlupauksia voi pitää sitovina, kehittyi tapauksen Strong v Bird[437]myötä: jos voidaan näyttää todeksi, että perittävä oli tarkoittanut antaa lahjan inter vivos ja tuo tarkoitus oli voimassa - mutta täyttämättä - hänen kuollessaan, niin tämä tarkoitettu lahjoitus voidaan panna täytäntöön. Ehdottomana edellytyksenä on kuitenkin, että tarkoitettu lahjansaaja toimii lahjan luvanneen henkilön jäämistössä pesänhoitajana ja ottaa sillä mandaatilla myös tarkoitetun lahjaesineen haltuunsa.[438] Joskus, kuten tapauksessa Strong v Bird, saattaa olla kyse myös velan anteeksiantotilanteista.[439]

Proprietary estoppel -oppi tai Strong v Bird -tapauksessa kehittynyt oikeusohje eivät kuitenkaan tarkoita, että Englannin oikeudessa olisi voimassa sääntö, jonka mukaan perittävän elinaikaiset lupaukset lahjasta olisivat täytettävissä hänen jäämistöstään. Edellä mainitut tilanteet ovat poikkeuksellisia ja niiden ulkopuolelle jäävissä tilanteissa henkilön, jolle perittävä oli tarkoittanut jonkun esineen lahjoittaa, on kyettävä osoittamaan sopimuksen olemassaolo, jos perittävä kuolee ennen lahjoituksen täytäntöönpanoa.[440]

---

[435]Eli vastikkeettoman lupauksen täytäntöönpanolle oikeusjärjestys ei lähtökohtaisesti suo apuaan. Tästä ks. *Kangas*, Lahja s. 84. Myös ennakkotapaus Milroy v Lord (1862) 4 De GF & J 264.

[436]Proprietary estoppelista tarkemmin ks. luku 7.5.

[437](1874) LR 18 Eq 315.

[438]*Miller*, The Machinery of Succession s. 247, puhuu yleisesti pesänhoitajista, kun taas *Clark*, Theobald on Wills s. 118, toteaa, että säännön soveltuvuus sellaisiin tapauksiin, joissa pesänhoitaja on tuomioistuimen nimeämä, on epäselvempi kuin jos pesänhoitaja on nimetty perittävän testamentissa.

[439]Tapauksessa Strong v Bird lähtökohtainen tilanne oli se, että herra Bird asui äitipuolensa luona maksaen kuukausikorvausta huoneestaan ja ruoastaan. Eräänä päivänä hän lainasi äitipuoleltaan rahaa. Velka piti maksaa takaisin yhdessätoista erässä. Kahden erän jälkeen äitipuoli antoi lainan anteeksi, mutta tästä ei koskaan kirjoitettu minkäänlaista asiakirjaa. Pian tämän jälkeen äitipuoli kuoli. Hän oli tehnyt testamentin, jossa herra Bird oli nimetty jäämistön ainoaksi pesänhoitajaksi. Ilman pesänhoitajaksi nimittämistään poikapuoli olisi ilmeisesti joutunut vastaamaan velastaan täysimääräisesti.

[440]Muissa Kansainyhteisön maissa täyttämättömiä lahjanlupauksia ei säännellä yhtenevällä tavalla. Esimerkiksi Kanadassa asiasta ei ole erityisiä säännöksiä, vaan siellä tuomioistuimet perustavat ratkaisunsa oppiin, jonka nimenä on "quantum meruit". Sen mukaan perittävän eläessään antamia lahjanlupauksia on katsottu voitavan panna täytäntöön myös jäämistön varoista. Ks. lisää *Davey*, Testamentary Promises (Legal Studies Vol. 92 s. 92).

7.3. Testamenttia koskevat sopimukset

Testamentin luonteeseen yksityisautonomiaa heijastelevana asiakirjana kuuluu sen purkamis- ja muuttamisoikeus aina, kun testaattori niin haluaa. Englannin oikeuden mukaan testaattori voi tosin elinaikanaan solmia sopimuksen, jossa hän lupaa sisällyttää tietyn määräyksen testamenttiinsa, mutta sekään ei vaikuta lopullisesti jokaiselle kuuluvaan oikeuteen päättää siitä, minkä sisältöiseksi hän jälkisäädöksensä kirjoittaa.[441] Sopimus, jolla on sovittu testamentin sisällöstä, ei voi johtaa siihen, että sen ehtojen kanssa ristiriitaisella tavalla tehty testamentti olisi tehoton. Sopimuksen oikeudellinen merkitys ilmenee kuitenkin niin, että jos testaattori on rikkonut sen ehtoja, on hänen katsottava olevan korvausvastuussa tästä toiselle osapuolelle aiheutuneista vahingoista.[442]

Jos sopimusta on rikottu, mutta siinä mainittu omaisuus kuuluu perittävän jäämistöön hänen kuollessaan, ovat perilliset velvolliset luovuttamaan sopimuksessa mainitun esineen kanteen nostaneelle sopimuspuolelle.[443] Vahingonkorvausta koskevan kanteen voi nostaa jopa jo ennen perittävän kuolemaa, jos tämä on inter vivos toimillaan - esimerkiksi myymällä jonkin esineen - aiheuttanut sen, että sopimuksen ehtoja on mahdotonta vastaisuudessa toteuttaa.[444] Tällöin sopimusrikkomuksen johdosta vahinkoa kärsineellä osapuolella on oikeus saada korvaus rahallisena, jollei jäämistöomaisuudesta ole enää mahdollista tehdä sopimuksen mukaista esinekohtaista suoritusta.

Sopimusrikkomuksen perusteella aiheutuneiden vahinkojen määrä ei ole välttämättä sovitun omaisuusesineen arvon kanssa identtinen. Tämä tarkoittaa esimerkiksi sitä, että jos perittävä on jo kuollut, on jäämistön tila arvioita-

---

[441]Ks. tapaus Robinson v Ommaney (1883) 23 Ch D 285 siitä, kuinka testaattori on sopimuksesta huolimatta vapaa määräämään jälkisäädöksensä sisällöstä. Ks. myös Laver v Fielder (1862) 32 Beav 1, Re Fiskus [1900] 1 Ch 331 sekä *Clark*, Theobald on Wills s. 92-95.

[442]Korvausvastuuta ei synny mikäli sopimusrikkomus syntyy testamentteja koskevien lainsäännösten nojalla. Esimerkiksi tapauksessa Re Marsland (1939) Ch 820, ei katsottu tapahtuneen sopimusrikkomusta, kun testamentti purkautui siksi, että testaattori solmi sen tekemisen jälkeen avioliiton. *Sawyer*, Principles of Succession, Wills and Probate s. 17, huomauttaa, että "public policy does not allow constraints on marriage."

[443]Re Edwards (1958) Ch 168.

[444]Tapauksessa Synge v Synge [1894] All ER 1164, mies oli suostutellut naisen avioitumaan kanssaan lupaamalla, että hän kirjoittaisi testamenttiinsa sellaisen määräyksen, jonka mukaan nainen saisi hänen kuoltuaan taloon elinikäisen käyttöoikeuden. Avioitumisen jälkeen mies kuitenkin myi talon. Naisella katsottiin olevan välitön oikeus nostaa kanne miestä vastaan sopimusrikkomuksen johdosta. Muista tapauksista ks. Parker v Clark [1960] 1 WLR 286 sekä Hammersley v De Biel (1845) 12 Cl & Fin 45.

va kaikkien jäämistöintressenttien oikeudet huomioiden.[445]

> Sopimusosapuolen asemasta jäämistöoikeuden systeemissä ei ole täyttä varmuutta, koska oikeuskäytäntö on ollut huojuvaa. On jäänyt epäselväksi, tulisiko sopimusosapuolta kutsua perittävän velkojaksi vai tulisiko hänet perimystilanteissa rinnastaa jäämistön edunsaajiin (perillisiin ja testamentisaajiin). Kysymys on tärkeä silloin, kun perittävän jäämistö on ylivelkainen, jolloin merkitykselliseksi käy jäämistöintressenttien vaateiden toteuttamisjärjestys.[446] Toisaalta ongelmia aiheuttaa myös se, mikä on vahinkoa kärsineen sopimusosapuolen asema esimerkiksi etuosaa hakeviin henkilöihin nähden.[447]

Tätä Englannin oikeudessa olevaa mahdollisuutta testamenttia koskevan sopimuksen tekemiseen voisi pitää yhtenä osoituksena yksilön vahvasta tahdonautonomiasta. Toisaalta tahdonvapaudesta lähtevää näkemystä vastaan puhuu se, että sopimuksen teon jälkeen henkilön valtaa määrätä omaisuudestaan kuolemanvaraisesti on konkreettisella tasolla rajoitettu.[448]

---

[445]Ks. *Margrave-Jones*, Mellows: the Law of Succession s. 23. Ajatellaanpa esimerkiksi tilannetta, jossa perittävä on sopimuksessa luvannut tehdä taloa koskevan testamenttimääräyksen. Jos perittävä kuitenkin myy talon elinaikanaan 100 000 punnalla, on hän syyllistynyt sopimusrikkomukseen. Syntynyt vahinko ei ole kuitenkaan välttämättä mainittu myyntihinta, koska huomioon on otettava se, mikä perittävän ikä ja terveydentila sopimusrikkomuksen hetkellä on, ja laskettava siitä, mikä omaisuuden arvo todennäköisesti olisi hänen kuollessaan. Toisekseen talo on voinut olla perittävän ainoa varallisuus, joten hänellä olevat velat on vähennettävä sen arvosta. Tästä ks. Dillon v Public Trustee of New Zealand [1941] 2 All ER 284.

[446]Jäämistöstä tehdyn sopimuksen osapuolen oikeudellisen aseman arviointia vaikeuttaa se, että hänellä on oikeus nostaa kanne jo perittävän eläessä. Tällaista kanneoikeutta ei ole perillisillä. Ks. lisää *Lee*, Contracts to Make Wills (LQR Vol. 87 (1971) s. 358-366). *Sawyer*, Principles of Succession, Wills and Probate s. 17, on ottanut kannan, että "if the testator´s estate turns out to be insolvent, the contractor will not have any advantage over other creditors merely because the breach of contract."

[447]*Sawyer*, Principles of Succession, Wills and Probate s. 18, esittelee Privy Councilin ratkaiseman tapauksen, jossa sopimuksen kohteena olleen omaisuuden ei katsottu kuuluvan jäämistöön, eikä sitä voitu ottaa huomioon etuosaa koskevan hakemuksen käsittelyssä.

[448]Perittävän ja hänen sopimuskumppaninsa väliset suhteet olisi erotettava tilanteista, joissa voi aktualisoitua sopimuksenulkoinen vastuu. Esimerkkinä testamentinsaaja, joka on menettänyt oikeutensa testamentin laatijan muotovirheen tai viivästyksen vuoksi. Testamentin toimeksiannon perusteella laatinut lakimies ei ole sopimussuhteessa testamentinsaajaan vaan testamentin tekijään. Toisaalta sopimuksen mukainen suoritus olisi koitunut sivullisasemassa olevan testamentinsaajan hyväksi. *Hemmon*, Sopimus ja delikti s. 279, sanoin "ainoa tapa turvata testamentin tarkoituksen toteutuminen on antaa testamentinsaajalle varallisuusvahingot käsittävä korvausoikeus, joka on sopimusoikeudellinen siinä mielessä, että testamentinlaatijan velvoitteet määritetään toimeksiannon perusteella." *Hemmo*

Suomen PK:n mukaan sopimus elossa olevan henkilön jäämistöstä on mitätön (PK 17:1,) eikä lupaus olla peruuttamatta testamenttia ole pätevä (PK 10:5).[449] Testamentin saajalla ei ole Suomessa oikeutta ajaa kannetta perittävän elinaikanaan tekemien oikeustointen julistamisesta tehottomaksi sillä perusteella, että testamentattua omaisuutta ei ole enää jäämistössä. Kannevalta puuttuu jopa silloin, kun testaattori on määrännyt omaisuutta testamentin saajalle ja antanut vielä erillislupauksen siitä, että hän pysyttää testamentin voimassa.[450] Sopimus ei tosin ole terminä täysin tuntematon Suomen jäämistöjärjestelmässäkään. Koska meillä ei ole pakko periä, voi perinnöstä luopua kirjallisesti - jopa ennen perittävän kuolemaa. Ennakkoluopumista kutsutaan negatiiviseksi perintösopimukseksi (PK 17:1.2). Perillinen ja yleistestamentin saaja voivat myös perittävän kuoleman jälkeen disponoida pesäosuudestaan. PK 17:2a määrää vain, että pesäosuudesta luopuminen on tehtävä kirjallisesti. Luopumisissa ei ole kuitenkaan kyse kaksipuolisista oikeustoimista - jollaiseksi sopimuksetkin lasketaan - vaan yksipuolisesta ilmoituksesta.

Saksan jäämistöoikeus on tässä suhteessa mielenkiintoinen, koska siinä tunnustetaan ns. Erbvertrag, joka on perittävän jäämistöstään tekemä kuolemanvaraismääräys. Se on sopimus, jota ei voi purkaa ilman osapuolten suostumusta.[451] Sitä solmittaessa on noudatettava tiukkoja muotomääräyksiä, joihin kuuluvat esimerkiksi julkisen notaarin vahvistus ja kaikkien osapuolten yhtäaikainen läsnäolo.[452] Tällä on haluttu välttää sopimuksen olemassaolosta tai sisällöstä syntyvät riitaisuudet. Saksalaisen Erbvertragin ja englantilaisen testamenttia koskevan sopimuksen ero on kuitenkin siinä, että

---

viittaa suomalaiseen tapaukseen KKO:1992:165, jossa sopimusperusteinen korvausvastuu on vahvennettu lahjakirjan laatimista koskevan toimeksiannon kohdalla. Myös Englannin oikeudessa on puollettu vastaavaa tulkintaa.

[449]*Mattila*, Les successions agricoles et la structure de la société s. 19.

[450]*Aarnio*, Suomen jäämistöoikeus II s. 315. Oikeustoimet mortis causa ovat meillä ehdottomasti tyyppipakon alaisia. Laillisina jäämistösaantoina on pidettävä vain perintöä ja testamenttia. Ks. myös *Aarnio*, Jälkisäädökset s. 30.

[451]Ks. *Brox*, Erbrecht s. 103: "Der Erbvertrag ist eine vertragliche Verfügung von Todes wegen. Seine Besonderheit liegt in seine Doppelnatur: Verfügung von Todes wegen und Vertrag."

[452]*Brox*, Erbrecht s. 104 ss. Ks. myös *Leipold*, Erbrecht s. 85: "Vertragliche Verfügungen von Todes wegen binden den Erblasser. Durch den Abschluss eines Erbvertrags ist also für die Zukunft die Testierfreiheit eingeschränkt, soweit der Erbvertrag reicht. Bei Irrtum oder Bestimmung durch Drohung kann der Erblasser jedoch den Erbvertrag anfechten." BGB § 2276 säätää, että "Ein Erbvertrag kann nur zur Niederschrift eines Notars bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile geschlossen werden."

edellä mainittu sopimus on jo itsessään testamenttiasiakirja. Sellainen sopimus, jossa perittävä sitoutuu vain tekemään tietynsisältöisen testamenttimääräyksen, on mitätön BGB:n pykälän 2302 nojalla.

7.4 Voiko testamentin tekemisen delegoida ?

> "a man cannot disinherit his heir by giving away his property unless he really gives it away."[453]

Englannin oikeuskäytännön mukaan perittävä ei voi delegoida oikeuttaan testamentin tekemiseen kenellekään jälkeensä elävälle henkilölle. Oikeustilassa on tältä osin kuitenkin ristiriitaisuuksia. Tapausoikeudessa on näet kehittynyt valtuutuskiellon ohella käytäntö, jota kutsutaan nimellä power of appointment. Se tarkoittaa, että testaattori voi antaa omaisuutta jollekin sillä tarkoituksella, että tämän henkilön on määrättävä omaisuuden lopullinen saaja. Tällöin testamentissa on tullut kuitenkin rajata se henkilöpiiri, jonka keskuudesta omaisuuden lopullinen saaja valitaan. Perittävän testamentissaan antamat ohjeet ovat siten tässä suhteessa ratkaisevassa asemassa. Power of appointmentin asema suhteessa valtuutuskieltoon on juristeja hämmentävä, eikä niiden suhde ole vielä selkiintynyt. Oikeuskirjallisuudessa onkin esitetty kysymys, onko power of appointmentin katsottava olevan yksittäinen poikkeus valtuutuskiellosta vai onko se omin ehdoin arvioitavaksi tuleva oikeusinstituutio ?[454]

Suomen oikeudessa tilanne muistuttaa Englannin oikeustilaa, koska yleinen delegointivalta sotii myös meikäläistä testamenttikäsitystä vastaan, mutta silti täälläkin delegointi on tiettyjen ehtojen täyttyessä mahdollinen. Mielenkiintoista on se, että Suomessakin oikeuskäytäntö on osaltaan vaikuttanut oikeuskehitykseen. Testamentissa voidaan esimerkiksi tietylle henkilölle antaa valtuutus valita testamentin toimeenpanija, eikä testaattorin ole tarvinnut edes väljästi määritellä sitä henkilöpiiriä, josta toimeenpanija valitaan. Lainkäytössä on myös kelpuutettu testamentin toimeenpanija tai joku muu henkilö määräämään tietyn omaisuusesineen lopullinen saaja, kunhan itse testamentista käy riittävällä tavalla ilmi se tunnusmerkistö, joka saajan on täytettävä. Tuon tunnusmerkistön on kaikissa tapauksissa oltava niin täsmällinen, että se osoittaa testaattorin todellakin tarkoittaneen, ettei hän itse

---

[453] *Lord Haldanen* lausuma tapauksessa AG v National Provincial & Union Bank of England [1922] AC 262.

[454] *Miller*, The Machinery of Succession s. 231. Myös *Clark*, Theobald on Wills s. 119 ss. sekä *Sawyer*, Principles of Succession, Wills and Probate s. 40 ss.

määrää omaisuuden viimekätistä saajaa. Jälkisäädöksestä ei saa puuttua edunsaajan nimeä sen vuoksi, että asiakirja on jäänyt keskeneräiseksi.[455]

Testamentin delegointikiellosta Suomessa puhuttaessa on otettava huomioon testamenttitahdonilmaisun sisältöön vaikuttavat tosiasialliset tekijät. Ne liittyvät toisaalta oikeuskielen monimutkaisuuteen ja siihen, että testamenttia laadittaessa käytetään useimmiten hyväksi erilaisia asiantuntijoita, jotka herkästi nojautuvat erilaisten kaavakokoelmien standardimalleihin. Kun jälkisäädökset tällä tavoin standardisoituvat, saattaa olla, että perittävän tahto ei vastaa testamenttiasiakirjan sisältöä; hänellä kun itsellään ei useinkaan ole käsitystä siitä, mitä käytetyt juridis-tekniset ilmaisut todellisuudessa tarkoittavat. Kun testamenttaukseen sisältyy käytettyjen kaavojen kautta tosiasiallisia päätäntävallan siirtymisen vaaroja, tulisi standardimalleihin turvautua vain mahdollisimman yksinkertaisissa tapauksissa.[456] Tosiasiallisen testamenttaustahdon delegoinnin voi välttää vain yksilökohtaisesti harkittujen jälkisäädösten laatimisella, jotka rakentuvat perittävän ja testamentin laatijan väliselle onnistuneelle kommunikaatiolle.

7.5 Proprietary estoppel

Equity-oikeuden kehittämän käsitteen estoppel perusajatukseksi on kiteytetty, että siihen vetoava osapuoli on ryhtynyt toimenpiteeseen tai pidättäytynyt sellaisesta, koska ei ole tiennyt asioiden todellista tilaa. Osapuoli on vilpittömässä mielessä luottanut siihen, mitä toinen osapuoli on selvästi ja yksiselitteisesti esittänyt. Tällöin virheellisiä tietoja antanut osapuoli on estynyt vetoamasta asioiden todelliseen tilaan, koska hän on käyttäytymisellään aiheuttanut sen, että tietoihin luottanut vastapuoli on toiminut omaksi vahingokseen tai toisen eduksi.[457]

Jäämistöoikeudessa oppi estoppelista liittyy perittävän tekemään sopimukseen siitä, kuinka omaisuuden jaosta hänen testamentissaan tullaan kuolemanvaraisesti määräämään. Kummassakin näistä on kyse jonkun henkilön odotusten pettämisestä. Estoppelin suhteen ei edellytetä niin formaalin muotovaatimuksen kuin kirjallisen sopimuksen täyttämistä. Siksi kyse on

---

[455]Ks. *Aarnio*, Suomen jäämistöoikeus II s. 78-81. Huomaa tekijänoikeuslain 41.2 §, jossa todetaan, että tekijä saa testamentilla, myös eloonjäänyttä puolisoa sekä rintaperillistä, ottolasta tai tämän jälkeläistä sitovasti, antaa määräyksiä oikeuden käyttämisestä tai valtuuttaa toisen antamaan sellaisia määräyksiä. Ks. tekijän kelpoisuudesta antaa näitä määräyksiä *Helin*, Avio-oikeus ja tekijänoikeus s. 33 (LM 1983 s. 16-42).

[456]*Aarnio*, Jälkisäädökset II s. 93 ss.

[457]Ks. *Paasivirta*, sana-artikkeli Estoppel s. 98 (EIF 6. osa s. 98 ss.)

todistuksellisesti huomattavan vaikeasta asiasta. Arvioitavaksi tulee näet sekä perittävän että estoppeliin vetoavan henkilön toiminta ilman, että sanojen tueksi voisi vedota mihinkään asiakirjaan.

Tuomioistuimen onkin tällöin kussakin tapauksessa harkittava, täyttävätkö esitetyt olosuhteet ennakkotapauksissa täsmentyneet edellytykset.[458] Näihin edellytyksiin kuuluu ensinnäkin se, että korvausta vaativan henkilön on tullut olla siinä uskossa, että hän tulee hyötymään perittävän jäämistöstä. Toisaalta perittävän on tullut selkeästi rohkaista häntä tämän uskomuksensa suhteen. Kolmanneksi edellytetään, että korvausta vaativa henkilö on myös toiminut tämän uskomuksensa johdosta omalle asemallensa vahingollisesti. Vahinkoa aiheuttaneella toiminnalla ja perittävän rohkaisemilla uskomuksilla on siten oltava selvä syy-yhteys.[459] Se, kuinka tämä tilanne estoppel-opin avulla korjataan, jää tuomioistuimen harkittavaksi. *Gareth Miller* on todennut, että tapauksen olosuhteiden arvioinnin jälkeen tuomioistuimen on harkittava kohtuullisen korvauksen suuruus ottaen huomioon mm. millä tavoin perittävä on korvauksen vaatijaa rohkaissut.[460]

Suomalaisesta jäämistölainsäädännöstä ei suoraa vastaavuutta proprietary estoppel -doktriinille löydä. Ainoastaan PK 8 luvun työhyvityssäännöstä voisi pitää sen kaukaisena sukulaisena. Työhyvitystilanteissahan motiivina työn tekemiselle on saattanut olla virheellinen luulo siitä, että perittävä muistaisi työn suorittajaa testamentissa. Toisin sanoen toimintaa on ohjannut paikkaansa pitämätön olettama ja vilpitön mieli, ja sen vuoksi on kohtuullista myöntää siitä hyvitystä. On kuitenkin huomattava, että työhyvitystä voidaan antaa vain perillisille, joten säännöksen henkilöpiiri on varsin kapea. Sen soveltamista ohjaavat myös säännöksen suhteet PK:ssa säädettyihin muihin suojajärjestelmiin.[461]

7.6. Johtopäätöksiä

En ole pyrkinyt esittämään tyhjentävää luetteloa Englannin jäämistöoikeu-

---

[458]Ks. esimerkiksi Re Basham [1987] 1 All ER 405.

[459]Layton v Martin [1986] 2 FLR 227 ja Wayling v Jones (1993) 69 P & CR 170. Ks. myös *Pawlowski*, Proprietary Estoppel - Satisfying the Equity (LQR Vol. 113 s. 232-237), jossa kirjoittaja kommentoi doktriinin soveltamisessa tällä hetkellä sovellettavien periaatteiden ennustettavuutta konkretisoiden esitystään tuoreella ennakkotapauksella Sledmore v Dalley (1996) 72 P & CR 196.

[460]Ks. The Machinery of Succession s. 217 ss.

[461]Jos jäämistöön on määrätty pesänjakaja, tulee hänen ratkaista myös työhyvitys-kysymykset. Näin todettiin esimerkiksi tapauksessa KKO:1989:108.

teen sisältyvistä kirjoittamattomista säännöksistä. Tarkoituksenani on ollut osoittaa, kuinka monipolvinen oikeudenalan oikeuslähdeoppi todellisuudessa on - siitä huolimatta, että testamenttausta ja lakimääräistä perimystä koskevien säännösten suhteen parlamentti on ollut aktiivinen, minkä vuoksi jäämistöoikeutta voi luonnehtia pääsääntöisesti säädännäiseksi oikeudeksi myös Englannissa.

Karkeasti hahmotettuna jäämistöoikeuteen kuuluvissa kirjoittamattomissa oikeusohjeissa näyttää olevan kaksi yhteistä tekijää. Yhdistävistä tekijöistä ensimmäinen näyttää olevan niiden interventionistinen luonne suhteessa parlamentin asettamiin sääntöihin. Ne eivät ole varsinaisesti ristiriidassa parlamenttilakien kanssa vaan niiden tarkoituksena on olla voimassa säädännäisen oikeuden rinnalla ja pehmentää parlamenttilakien soveltamisesta syntyviä oikeusvaikutuksia. Kirjoittamattomien säännösten soveltamisen kautta on pyritty estämään joko kohtuuttomia tai perittävän tarkoitusten vastaisia lopputuloksia. Kuolemanvaraislahjassa on taas kyse testamentin ankarien muotosäännösten helpottamisesta - toisaalta tämänkin instituution tarkoituksena on nimenomaan perittävän tahdon toteuttaminen.

Jäämistöoikeuden kirjoittamattomia säännöksiä yhdistävänä tekijänä näyttäisi olevan myös se, että ne elävät jatkuvasti samalla, kun niiden soveltamiskontekstissa tapahtuu muutoksia. Oikeuskäytäntö täsmentyy jatkuvasti, mutta siitä huolimatta lainsoveltajat ja oikeustieteilijät eivät ole saavuttaneet yksimielisyyttä kaikista kirjoittamattomien oikeusohjeiden soveltamista koskevista yksityiskohdista. Kyse voi olla eri oikeudenalojen välisistä rajapinnoista, kuten itsemurhan kriminalisoinnin poistamisen vaikutuksesta kuolemanvaraislahjan analyysiin. Toinen hyvä doktriinien rajapinnoista kertova esimerkki on perittävän kuollessa täyttämättömänä olevan lahjanlupauksen suhde jäämistön intressentteihin ja tässä tarkastelussa välttämättömäksi tuleva sopimusoikeudellinen näkökulma (consideration-oppi yms). Tulevaisuus tulee näyttämään senkin, mitä kuolemanvaraislahjalle tulee vastaisuudessa tapahtumaan. DMC on mainituista instituutioista se, jota pidetään kenties selkeimmin moderniin Englannin jäämistöoikeuteen soveltumattomana elementtinä ja jota on sen vuoksi ehdotettu siitä poistettavaksi.[462]

[462]Toinen esimerkki poistettavaksi ehdotetusta kirjoittamattomasta oikeusohjeesta on aiemmin pesänhoitajien tehtävien yhteydessä esiintuotu testamentin tiedonantovelvollisuus osakkaille.

VI. JOHTOPÄÄTÖKSET

1. Vertailujakson johtopäätökset

Englantilainen oikeusjärjestelmä on Euroopan alueella **läpikotaisin poikkeuksellinen**. Sen erot suhteessa mannereurooppalaisiin oikeusjärjestelmiin ovat tosin monisyisemmät kuin mitä totutut stereotypiat antavat ymmärtää. Englantilaisten eristyneisyys suhteessa muuhun Eurooppaan ja sen historiaan ei ole koskaan ollut oikeuden alueella(kaan) täydellinen. Tästä syystä Englanti on **myös eurooppalainen** oikeuskulttuuri, joka ilmenee parhaiten toista (Manner-Euroopan ulkopuolista) heijastuspintaa - esimerkiksi yhdysvaltalaista oikeuskulttuuria - vasten. Täten Englanti edustaa yhtäältä eurooppalaisuutta, mutta toisaalta erilaisuutta, joka on seurausta sen isolationistisesta yhteiskunnallisesta historiasta. Oikeusvertailijan kannalta tällä Englannin eurooppalaisuudella on merkitystä pohdittaessa sitä, kuinka syvälle oikeusjärjestyksen taustalla vaikuttaviin tekijöihin on syytä kaivautua.

Oikeushistoriallinen ote on Englannin oikeutta tutkittaessa välttämätön, koska ainoastaan kehityksen lankaa taaksepäin kerimällä voi ymmärtää järjestelmään kuuluvat oikeuslähdeopilliset lähtökohdat sekä tulkintasäännöt. Suomen ja Englannin jäämistöoikeuden vertaamisen kannalta tämä on tarkoittanut, että horisontaalisella säännöstasolla pysyttäytyminen ei olisi voinut antaa sen aarrearkun avainta, josta olisivat löytyneet vastaukset kaikkiin asettamiini ongelmakysymyksiin. Vertailumittarien asettaminen olisi jäänyt epäsuhteiseksi ja tehdyt johtopäätökset vajavaisiksi tai jopa vääriksi. Englantia vertailevien tutkimusten kohdemaana tuleekin lähestyä takaovesta - suomalaiseen jäämistöjärjestelmään ja sen systemaattisiin peruskäsitteisiin tottunut henkilö ei voi ottaa mitään annettuna, kun **kyse on ennakkotapausoikeudelliseen perinteeseen nojaavasta ja roomalaisoi-**

keudellisesta reseptiosta pääosin sivuun jättäytyneestä oikeudellisesta järjestelmästä. Jäämistöoikeudellisen rakennuksen osat ovat Englannissa erilaiset kuin mannereurooppalaisissa järjestelmissä. Ja aivan kuten sokkelin muoto määrää talon rakenteen, helpottaa oikeushistoriallinen ote perimysjärjestelmän rakenteen hahmottamista.

Jäämistöoikeuden taustalla vaikuttavissa ideologisissa peruslähtökohdissa eri maissa ja erityisesti Englannissa on suuria eroja. Tämän vuoksi oikeusvertailevien tutkimusten onnistumisen kannalta olisi tärkeää **pelkistää** esiin oikeussääntöjen taustalla vaikuttavat **yleisemmät opit: peruskäsitteet ja -periaatteet**. Tätä kautta relevantiksi kysymykseksi nousee, miten lainsäätäjä on ratkaissut testamenttausvapauden ja lakimääräisen perimyksen suhteeseen liittyvän distributiivisen oikeudenmukaisuuden toteuttamisen ongelman. Englannissa testamenttausvapaus on lähtökohtana, josta käsin arvioidaan muita perimyssäännöksiä. Poikkeuksia siihen voidaan tehdä vain tuomioistuimen harkinnan mukaan tapauksissa, joissa sosiaalinen turvatarve tekee poikkeamisen perustelluksi. **Testamenttausvapaus on kuin sateenvarjo koko jäämistöjärjestelmän yllä ja reikiä siihen saa yksittäistapauksissa kohtuusharkintansa mukaan tehdä ainoastaan oikeuden jumalatar miekallaan.**[1] Sen sijaan Suomessa lakimääräinen perimys ja lähisukulaisten - erityisesti rintaperillisten - sekä lesken suojaaminen ovat lähtökohtana. Tämä tarkoittaa sitä, että perittävän tahdonvapaudella on näiden muiden säännösten määrittelemät rajat. Perintökaari ei siten Englannin (common law-)oikeuden tavoin (yli)korosta perittävän tahdonautonomiaa vaan ottaa huomioon sukupolvien välisen oikeudenmukaisuuden.

Jos minun pitäisi suoraan vastata tutkimukseni nimessä esille nostamaani kysymykseen, voiko eri oikeusjärjestelmien jäämistöoikeudellista informaatiota pitää vertailtavana, vastaisin myöntävästi - tosin en ilman tiettyjen ennakkoehtojen asettamista. Englannin jäämistöoikeuden tutkiminen edellyttää oikeudenalan historiallisuuden käsittämisen lisäksi perehtymistä maan oikeusjärjestelmään kuuluviin erityispiirteisiin. Nämä systeemiset erityispiirteet tekevät siitä eurooppalaisen mittapuun mukaan ainutlaatuisen: erilaisuus ei ilmene vain aineellisessa normikokonaisuudessa vaan myös oikeusjärjestelmän rakenteellisten tekijöiden - oikeustoimijoiden, oikeuslähteiden, tulkintaperiaatteiden jne. - suhteen.

Jotta olisi helpompaa seurata, kuinka nämä erityispiirteet vaikuttavat jäämistöoikeudellisten säännösten lukemiseen, olen seuraavassa listannut Eng-

[1] Ks. oikeuden kuvista *Harju*, Themiksen temppeli s. 86-95 (Jyväskylä 1997). Miekasta ja siihen liittyvästä symboliikasta ks. erityisesti s. 93-95.

lannin oikeuteen kuuluvia ns. avaintekijöitä. Näitä samoja avaintekijöitä voi käyttää hyväksi myös silloin, kun halutaan tutkia jotain muuta englantilaista oikeudenalaa kuin jäämistöoikeutta. Kysehän on siitä, mitä oikeusjärjestelmästä pitäisi tietää vertailun kohteena olevien materiaalisten säännösten lisäksi; avaintekijät toisin sanoen kertovat jotain useammille oikeudenaloille yhteisistä ja kyseiselle oikeuskulttuurille ominaisista rakenteellisista piirteistä.

AVAINTEKIJÄT

a. Tutkittavan oikeudenalan systemaattinen sijainti ja rakenne

Suomen jäämistöoikeuteen viitattaessa tarkoitetaan yleensä niiden säännösten kokonaisuutta, jotka saatettiin voimaan vuoden 1965 perintökaarella (jota on pitkään kutsuttu uudeksi perintökaareksi). Englannin jäämistöoikeus rakentuu sen sijaan useampien yksittäisten säädösten ja (lainsäädäntöön) kirjoittamattomiksi jääneiden ennakkotapauslähtöisten oikeusohjeiden varaan. Jälkimmäisten osuus on kuitenkin vain murto-osa koko jäämistöoikeudellisesta säännöskokonaisuudesta. Vaikka testamentaarista ja lakimääräistä perimystä koskevat oikeusohjeet ovatkin valtaosin säädännäistä oikeutta, aiheuttaa tiedonhankinnan osalta ongelmia se, että Englannissa ei ole voimassa yhtä, kaikkiin perimystilanteissa esiin nouseviin ongelmiin vastaavaa lakia, vaan useampi jäämistöomaisuuden hoitamiseen, perinnönjaon toimittamiseen ja sen materiaaliseen lopputulokseen vaikuttava säädös. Lainsoveltajalta edellytetään myös osin poissulkuteknisiä ratkaisuja: ajantasaista informaatiota hankittaessa on muistettava, että kuhunkin säädökseen tehtävä yhdenkin säännöksen muutos vaatii Englannin oikeudelle tyypilliseen tapaan lain säätämistä, joka nimetään itsenäisesti.[2]

Hajanaisen säädöspohjansa lisäksi Englannin jäämistöoikeudelle on tyypillistä **jako testamenttioikeuteen ja lakimääräiseen perimykseen**, joita

[2] Niinpä lakimääräisen perimyksen keskeistä lakia, vuoden 1925 AEA:ia, lukiessa on otettava huomioon siihen myöhemmin tehdyt muutokset. Myös testamenttioikeutta koskeva perussäädös, vuoden 1837 Wills Act, on kokenut muutoksia voimaantulonsa jälkeen (tärkeimmät niistä toteutettiin vuoden 1982 Administration of Justice Actilla). Siksi testamentaarisen perimyksen kokonaisuus ei aukea alkuperäisen lain sanamuodon mukaisella tulkinnalla. Ongelmallisena lainsoveltajan ja tutkijan kannalta näkisin sen, että erillissäädökset - joiden kautta muutokset toteutetaan - nimetään itsenäisesti: lain nimi ei välttämättä anna edes viitteitä siitä, mitä säädöstä sen pykälillä on tarkoitettu muutettaviksi tai täydennettäviksi.

käsitellään systemaattisesti itsenäisinä kokonaisuuksina - ikäänkuin kyse olisi erillisistä oikeudenaloista. Tämä saa selityksensä siitä, että testamenttausvapauden luonne ja laajuus eroavat radikaalisti perinteisestä mannereurooppalaisesta testamenttikäsitteestä. Toisin kuin Suomessa, lakimääräinen perimys käsitetään Englannissa testamenttioikeutta täydentäväksi oikeudeksi, joka tulee sovellettavaksi vain niissä tilanteissa, kun perittävä ei ollut määrännyt jäämistöomaisuudestaan kuolemansa varalta.

Pesän selvittämisessä ja perinnön jakamisessa tärkeiksi tulevat myös tietyt **jäämistöoikeuden ulkopuoliset oikeusinstituutiot**. Merkittävin niistä lienee varallisuusoikeudellinen trust. Sen ympärille kehittyneen oikeudenalan (law of trusts) tunteminen on jäämistöoikeuden kannalta välttämätöntä, niin oleellisesti trustit sekä testamentaariseen että lakimääräiseen perimykseen liittyvät. Trust voi konkretisoitua osana perimyksen kaikkia vaiheita aina jäämistöomaisuuden selvityksestä perinnönjaon jälkeiseen aikaan asti. Pesänhoitajien toimivallan kannalta trustit näyttelevät olennaisinta osaa. He näet jatkavat toimintaansa syntyvien trustien omistaja-haltijoina silloin, kun leskelle syntyy elinaikainen oikeus tiettyyn osaan jäämistöomaisuuden tuotosta ja/tai jos jäämistön edunsaajien joukossa on alaikäisiä henkilöitä. Tällöin trustin olemassaolo loppuu lesken kuolemaan (vaihtoehtoisesti etuuden elinaikaiseen kapitalisointiin) tai alaikäisten täysivaltaiseksi tulemiseen.

Jäämistöoikeuden paikantamista oikeuden kokonaisuudessa vaikeuttaa se, että sitä ei Englannissa lähtökohtaisesti hahmoteta suhteessa perheoikeuteen. Perheoikeuden ja jäämistöoikeuden välillä ei katsota olevan mitään suoraa yhteyttä, joka niiden systemaattisen liitynnän perustelisi.[3] Kun avio-oikeuden olemassaolo ja sen toteuttamisen tavat kuitenkin vaikuttavat suoraan perillisasemien materiaaliseen kokonaistarkasteluun, ei niitä sen vuoksi voi sivuuttaa, jos perittävä oli kuollessaan ollut avioituneena. Perimystilanteissa varallisuus-, avio- ja jäämistöoikeuden rajat ovatkin tosiasiassa hämärtyneet melkoisesti ja on mahdotonta kuvitella, että juristit voisivat Englannissa erikoistua näistä oikeudenaloista vain yhteen tai kahteen.

Perhe-oikeus ja varallisuusoikeus opetetaan yleensä jo yliopistossa. Sen sijaan jäämistöoikeus opetetaan yleensä vasta yliopiston jälkeisillä erikoistumiskursseilla. Tätä ei voi pitää merkkinä siitä, että jäämistöoikeudella olisi opetuksellisesti aliarvostettu asema; on muistettava, että juristin uraa tavoit-

[3] Kuten Suomessa on asian laita toimitusosituksen ja toimitusjaon välillä. Englannissa avio-oikeutta ei tunneta vaan avioeron purkautuessa varallisuussuhteet saatetaan määrittää joiltain osin tuomioistuimen harkinnan mukaan uudestaan ja nimiperiaatteesta poikkeavalla tavalla.

televien henkilöiden ei Englannissa tarvitse välttämättä saada loppututkintoa oikeustieteellisestä tiedekunnasta. Sen sijaan heistä kaikkien tulee osallistua yliopiston jälkeisille erikoistumiskursseille. Jäämistöoikeudellisten sääntöjen ja periaatteiden opiskeluajankohta osoittaa pikemminkin sen, miten oikeudenalan sisältö ei aukea sitä vain sisältäpäin tarkastellen, koska jotkut siihen kuuluvat keskeiskäsitteet saavat merkityksensä jäämistöoikeuden ulkopuolisista lähteistä. Tämän vuoksi perimyssäännösten autonominen tarkastelu on mahdotonta. Jäämistöoikeuden tutkiminen edellyttää siksi tiettyjen, oikeusjärjestelmän sisäisten - vaikkakin jäämistöoikeuden ulkopuolisten - materiaalisten säännösten tuntemista.

Jäämistöoikeudellinen oikeuskirjallisuus rakentuu yksittäisiä säädöksiä selittävien teosten varaan. Näissä teoksissa esitysteknisenä ratkaisuna on yleensä ennakkotapausten kuvaaminen ja äänestyslausuntojen siteeraaminen ja selittäminen. **Oikeuskirjallisuuden rakenne muistuttaakin englantilaisten yksittäissäädösten varaan rakentuvaa lainsäädäntöteknistä ratkaisua**. Oikeuskirjallisuudesta löytyy toki myös sellaisia kokoomateoksia, joissa koko jäämistöoikeus - niin lakimääräiset perimyssäännökset kuin testamenttioikeuskin - pyritään esittämään yksien kansien välissä. Kaikissa teoksissa esitystapa on yleensä hyvin konkreettinen, jolloin abstraktiset käsitemäärittelyt ja muut teoreettiset kiemurat peittyvät pragmatistisen kerronnan alle. Syitä tälle löytää englantilaisen oikeuskulttuurin tasolta. Oikeuskirjallisuuden tehtäväksi on nähty tuomareiden ennakkotapauksissa antamien oikeusohjeiden toistaminen ja säädännäisen oikeuden tulkintalauseiden kuvaaminen oikeuskäytännön kautta. Kärjistetysti voisikin sanoa, että analyysi on englantilaisten juristien mielestä jo siinä vaiheessa tehty, kun kirjoja ryhdytään kirjoittamaan. Oma vaikutuksena tässä on ollut sillä, että Englannin oikeus on opetuksellisesti aina uskonut ns. oppipoikatraditioon, esimerkkien matkimiseen ja käytännön toistamiseen.

Oppipoikatraditio tarkoittaa, että alun pitäen voimassa oleva oikeus opittiin yksinomaan vanhempien ja kokeneempien työskentelyä seuraamalla. Vaikka yliopistokoulutus ajan myötä yleistyi, ei se heikentänyt oppipoikaidean asemaa. Yliopistollisessa opetuksessa on keskitytty ja keskitytään edelleen ratkaistujen ennakkotapausten deskriptiiviseen kuvailuun, prejudikaattien soveltamiseen käytännön toiminnassa. Opetuksessa käytetään paljon pienryhmätyöskentelyä, ja ryhmien jäsenten keskinäisissä kokoontumisissa keskustellaan heitä yhteisesti kiinnostavista oikeustapauksista. Tärkeällä sijalla on siten prejudikaattien etsimisen, lukemisen ja käyttämisen opettaminen. Käsiteltävänä olevat tapaukset pyritään sijoittamaan traditioon eli niille pyritään löytämään analoginen sovellettavuus muiden ennakkotapa-

usten joukossa. Kaikki langat yhteen vetäville kommentaariteoksille ei tällaisessa traditiossa ole yksinkertaisesti nähty tarvetta. Ne ilmentävät sellaista lähestymistapaa oikeuteen, joka on englantilaisille tuntematon.

b. Jäämistöoikeudessa käytettävät common law'n peruskäsitteet

Kannekaavoilla (writs) on ollut vahva vaikutus englannin oikeuskielen tyylilliseen kehittymiseen. Kuninkaallisissa tuomioistuimissa kehitettiin aikoinaan käytäntö, jonka mukaan oikeusturvaa hakevan oli valittava oikea kaava saadakseen jutun kuninkaallisessa tuomioistuimessa käsiteltäväksi. Kielen kehittymisen kannalta merkitystä oli myös sillä seikalla, että kannekaavan mukaan määräytyi myös prosessin menettely - se määräsi, mitä termejä oikeudenkäynnissä käytettiin. Jos toimi kaavan määräysten vastaisesti, kanne ei menestynyt. Tämä tarkoitti, että oikeusturvan saaminen ei ollut sidottu aineellisiin kysymyksiin vaan siihen, että henkilö osasi käyttää kieltä oikein.

Oikeuskielen vaikeusasteen on nähty vaihtelevan sen mukaan, onko kyse common law- vai equity-oikeudessa kehittyneestä oikeusohjeesta; edellä mainituissa oikeusinstansseissa käytettiin näet suullista menettelyä, ja juryn maallikkojäsenten läsnäolo vaikutti siihen, että tuomioistuinkieltä pyrittiin kansantajuistamaan. Equity-prosessit käytiin sitä vastoin kirjallisina, eikä niissä käytetty juryja. Kieli kehittyi ja säilyi siksi monimutkaisena.

Tyylin lisäksi englantilaisen oikeuskielen käsitemerkityksetkin ovat ainutlaatuisia verrattuna mannereurooppalaisiin oikeusjärjestelmiin. Tämä johtuu ensisijaisesti siitä, että kun latina syrjäytyi lakiranskan tieltä oikeudellisen pääkielen asemasta, saattoivat englantilaiset lähteä kehittämään oikeuttansa omien käsiteapparaattiensa (ja kannekaavojensa) kautta. Siksi myös jäämistöoikeus eroaa käsitteistöltään osin radikaalistikin mannereurooppalaisista oikeusjärjestelmistä; siitä huolimatta, että varsinkin kirkolliset tuomioistuimet välittivät tälläkin oikeudenalalla mannermaisia vaikutteita Englannin oikeuteen. Nämä vaikutteet kuitenkin ikäänkuin imaistiin common law'n sisälle. Hyvä esimerkki on testamentin käsite, joka ryhtyi Englannissa lopulta elämään erilaista elämää kuin niissä maissa, joista se terminologisesti ja käsitteellisesti alunpitäen oli peräisin. Instituutio on tällöin terminologisesti tuttu, mutta sen paikka systeemissä tuntematon; testamentti-termin voisi jopa sanoa muuttuneen eräänlaiseksi metakäsitteeksi.

Englannin jäämistöoikeus tunnistaa myös sellaisia käsitteitä, jotka eivät

löydä vastaavuutta missään muissa kuin toisissa anglosaksisissa oikeusjärjestelmissä. Sellaisesta esimerkkinä on "personal representatives" -käsite[4], eikä mainitsematta voi jättää myöskään useaan kertaan jo esillä ollutta trustia - sille ei Suomen oikeudesta löydy minkäänlaista käsitteellistä vastinetta, eikä sitä tule tämän vuoksi myöskään pyrkiä kääntämään millään Suomen oikeuteen kuuluvalla termillä (kuten säätiöllä). Nykyisen informaatioaikakauden vallitessa ovat tämän kaltaiset terminologiset ja käsitteelliset erot ja yhtäläisyydet eri maiden välillä tulleet erityisen merkityksellisiksi. Jos informaatiota hakee vapaalla tekstihaulla esimerkiksi termillä perhe (englanniksi family), saattaa hakutuloksena olla family provision, joka ei kuitenkaan Englannin oikeudessa kuulu perhe- vaan jäämistöoikeuteen. Tämä osoittaa, miten vieraasta oikeudesta voi tehdä helposti vääriä johtopäätöksiä silloin, kun suoritettava "oikeusvertaileva" tutkimus on kiinnostunut vain pintatasoisista oikeussäännöksistä ja kun vertailijan tärkeimpänä työkaluna on kaksikielinen sanakirja.

c. Ennakkotapausoikeuden merkitys

Alkujaan ennakkotapausoikeudella viitattiin vain common law´ta soveltaneiden oikeusistuinten ratkaisuihin. Sittemmin equity-järjestelmän myötä syntyi oma tapausoikeudellinen säännöskokoelma. Equity-oikeutta voi pitää jäämistöoikeuden kannalta erityisen merkittävänä, koska se kehitti lopulliseen muotoonsa esimerkiksi alkujaan common law -oikeudessa muotoutuneen trust-käsitteen. Alunperin edunsaajan asema oli varsin ankara, joten equityn väliintulossa oli kyse eri etutahojen keskinäisestä intressipunninnasta.

Nykyisin jaolla common law´hon ja equityyn ei ole yhtä suurta käytännön merkitystä kuin aiemmin, koska samat tuomioistuimet ovat niiden kummankin suhteen toimivaltaisia. Toisaalta equity-säännösten soveltaminen ei enää pitkään aikaan ole perustunut yksittäistapauksellisten olosuhteiden kohtuullisuuden arviointiin vaan ennakkotapauksissa kiteytyneisiin, auktoritatiivisiin oikeusohjeisiin. Se, mikä oikeusinstanssi on toimivaltainen, ratkeaa nykyisin käytännöllisten, menettelyä koskevien seikkojen nojalla - ratkaisevana ei pidetä sitä historiallista sattumanvaraisuutta, onko säännöksen alkuperä lordikanslerin oikeudenkäytössä vai tavallisten common law -tuomioistuinten ratkaisemissa ennakkotapauksissa.

[4] Jonka olen tutkimuksessa suomentanut termillä pesänhoitaja. Suomen PK tuntee pesänhoitaja käsitteen, mutta se ei merkityssisällöltään vastaa Englannin oikeuden käsitettä "personal representatives".

Oikeuskäytännön merkitys jäämistöoikeuden kannalta näkyy esimerkiksi niistä säännöksistä, joiden ainoina lähteinä ovat ennakkotapaukset (esimerkiksi kuolemanvaraislahja, joka on Suomen oikeuden mukaan kielletty). Toisaalta lainsäädäntöön aina pakosti sisältyy sellaisia termejä, joiden käsitteellisen sisällön täsmentäminen on jätetty tuomioistuinten harteille. **Tapausanalogialla on** näistä syistä johtuen **keskeinen rooli jäämistöoikeudessakin.** Esimerkiksi lakimääräisen perimyssäädöksen, vuoden 1925 Administration of Estates Actin pykälän 55(1)(x) tarkoittaman henkilökohtaisen irtaimiston (personal chattels) tulkinnassa viitataan useimmiten lainkohtaa koskeviin prejudikaatteihin. Tuomioistuimille jätettyä terminologista harkintamarginaalia pidetään joissakin tilanteissa välttämättömänä. Tätä kautta lainsoveltajalle voidaan antaa tietty vapauspiiri silloin, kun on oletettavaa, että yhteiskunnalliset olosuhteet ja niiden kehittyminen tulevat asettamaan paineita lainsäännöksen tulkinnallisten rajojen venyttämiselle.

Ennakkotapausoikeuden merkityksen huomaa selkeästi myös jäämistöoikeutta koskevasta kirjallisuudesta. Jokaista oikeusongelmaa tarkasteltaessa toki (ainakin alaviitteessä) mainitaan sovellettavaksi tuleva parlamenttilaki, mutta tutkimustapana abstraktinen käsiteanalyysi on lähes tuntematon - toisin kuin mannereurooppalaisissa oikeusjärjestelmissä. Englannissa huomio kiinnittyykin siihen, mitä lakien tulkinnasta on todettu ennakkotapauksiin kirjatuissa perusteluissa eli äänestyslausunnoissa. Niiden tärkeimpiä elementtejä ovat luonnollisesti ratkaisun sitovat osat (ratiot), mutta merkitystä annetaan myös obiter dictalle eli perusteluosaan sisältyvälle hypoteettiselle lausumalle siitä, miten tapaus olisi ratkaistu, jos siinä ilmenneet tosiseikat olisivat olleet toisenlaiset.

Kehitys näyttää menevän edelleen siihen suuntaan, että oikeustieteen asema jää aliarvostetuksi. Tuomioistuimet näet yhä useammissa tapauksissa pyrkivät asettamaan suuntaviivoja tuleville ratkaisuille näiden hypoteettisten lausumien eli obiterien muodossa. Tämä tarkoittaa, että tuomioistuimet tekevät tietoisesti lainoppia de lege ferenda - mannereurooppalaisissa oikeusjärjestelmissä tuo tehtävä on perinteisesti kuulunut itseoikeutetusti oikeustieteelle.

Englantilaista jäämistöoikeutta leimaava testamenttausvapaus on sekin sikäli kirjoittamatonta oikeutta, että tuomioistuinten on täytynyt "tulostaa" se esiin voimassa olevasta lainsäädännöstä ja oikeuskäytännöstä. Testamenttausvapauden tosiasiallisen laajuuden hahmottamiseksi on näet tarkasteltava jäämistöoikeuden kokonaisuutta, eikä vain testamenttioikeudellista keskeissäännöstä (Wills Actia). Erityistä merkitystä tässä suhteessa on etuosaa koskevalla lainsäädännöllä ja sitä koskevalla oikeuskäytännöllä. Jos tuomioistuimet suhtautuisivat etuosan soveltamisen rajoihin väljemmin, testament-

tausvapaus olisi Englannin jäämistöoikeudessa nykyistä huomattavasti rajoitetumpi. Tämä tarkoittaa, että lainsäätäjä on joustavien lainsäännösten kautta jättänyt perittävän tahdonautonomian rajat tuomioistuimissa, viime kädessä niistä ylimmässä eli parlamentin ylähuoneessa, vedettäviksi.

Ennakkotapausoikeuden merkitys jäämistöoikeudessa, tai muilla oikeudenaloilla, ei ilmene vain kirjoittamattomiksi jääneiden säännösten muodossa tai lain harkinnanvaraisten sanamuotojen täsmentämisessä. **Ennakkotapausoikeus on näet Englannissa koko se perusta, jonka pohjalta juristi ajattelee**. Se luo ja järjestää periaatteita ja käsitteitä (ts. Englannin oikeuden yleisiä oppeja) ja vaikuttaa tätä kautta oikeusalakohtaisten mallien syntymiseen. Tuomareiden äänestyslausuntoja lukeva henkilö saa tietoa oikeusjärjestelmästä ja siitä, miten englantilainen oikeudellinen ajattelu kokonaisuudessaan etenee. Ne ovat myös ainoa väylä saada selko niistä seikoista, joista lainsäädännön kielestä ja kansalaisesta puhuttaessa käytin nimitystä elliptiset seikat (eli lainsäätäjän ennalta tiedetyksi olettamat seikat). Ennakkotapaukset oikeastaan vastaavat Englannissa niihin kysymyksiin, joita suomalainen oikeustiede pohtii. Joskus, kun englantilaisten tuomareiden ajatus lähtee vapaasti lentoon, lähennytään heidän äänestyslausunnoissaan oikeusteorian ja -filosofian - jopa komiikan - rajoja.

Julkaistuja oikeustapauksia on Englannissa valtava määrä. Tämä tekee relevanttien tapausten etsimisen haastavaksi. Koska yksikään ennakkotapauskokoelmista ei ole virallisen oikeuslähteen asemessa, määräävät julkaistavien tapausten valinnasta aina kaupalliset tekijät. Tämän vuoksi sama oikeustapaus on voitu selostaa useammassa eri kokoelmassa. Sovellettavaksi tulevat ennakkotapaukset voivat kaiken lisäksi olla hyvin vanhoja, koska Englannissa ei koskaan koettu sellaisia vallankumouksia, joilla ennakkotapausten vuosisatainen kehityskulku olisi katkaistu. Siellä ei myöskään koskaan ryhdytty valmistelemaan - lukuisista vaatimuksista huolimatta - mannereurooppalaiselle oikeusperinteelle tuttuja kodifikaatioita, joilla oikeutta kahlitsevasta menneisyydestä olisi irrottauduttu. Tämän vuoksi ei olekaan mahdotonta, että oikeuslähteenä viitataan vuosisatoja vanhaan ennakkotapaukseen. Yleensä tuomioistuimissa esille otettavat prejudikaatit ovat kuitenkin peräisin 1800- tai 1900-luvuilta.[5]

[5] Tietotekniikan mahdollisuudet ovat englantilaisen oikeusinformatiikan kannalta valtavat. Vielä sen kautta ei ole saatu kuin marginaalista apua ja lähinnä uusimpien ennakkotapausten ja lainsäädännön hakuun. Internet ei ole muutenkaan osoittautunut kaikkia ongelmia ratkaisevaksi taikasauvaksi: sen käyttäminen tekee itsessään uusia solmuja, eikä vain aukaise vanhoja. Englannissa onkin esimerkiksi lopullisesti selvittämättä, miten näissä uusissa sähköisissä viestintäkanavissa julkaistuihin ennakkotapauksiin saa tuomioistuimissa viitata ja millaisen auktoriteettiarvon ne perinteisten (manuaalisten) oikeuslähdekokoelmien rinnalla saavat.

d. Oikeuslähteiden tulkinta

Oikeusvertailevan esitiedon joukossa merkittävällä sijalla on ymmärtämys siitä, miten tutkimuksen kohdemaan oikeudelliset toimijat tulkitsevat voimassa olevaa oikeutta. Kukin oikeusyhteisö on kehittänyt tästä omat sääntönsä, jotka kertovat aina jotain suurempaa tarinaa oikeuskulttuurista kokonaisuutena tarkasteltuna.

Oikeuskieltä - ja oikeudellista kommunikaatiota - on joskus luonnehdittu siten, että tärkein on viesti eikä se, miten tai kuka tuo viestin on välittänyt. Tämä näkemys on hieman harhaanjohtava, koska oikeudellisen viestin lähettäjä tai sen välittämisen tapa ovat erityisen oikeuskulttuurisidonnaisia. Eri oikeuskulttuureissa erilaisten oikeudellisten diskurssien lähdearvo on erilainen. Siksi **oikeudelliseen viestiin tulee tutustua myös sen näkökulman pohjalta, kuka viestin on välittänyt**. Suomessa esimerkiksi oikeustieteen välittämä viesti on relevantimpi kuin Englannissa, kun taas toisaalta englantilaisten tuomarien äänestyslausunnoissa ilmaistut oikeusohjeet omaavat yksinomaisen auktoriteettiarvon oikeuslähdeopilliselta kannalta. Tämän vuoksi **viestin lähettäjällä ja lähettämisen tavalla on mielestäni oikeusvertailevassa oikeudellisessa kommunikaatiossa yhtä suuri merkitys kuin itse viestilläkin.**[6]

Erityisesti tässä on muistettava, että ennakkotapausoikeus ei Englannin oikeudessa tarkoita vapaata ja luovaa laintulkintaa. Sekä ennakkotapaukseellisten oikeusohjeiden että säädösten tulkinnassa juristien on otettava formalistisesti kehittyneet tulkintasäännöt ja -periaatteet huomioon. Ennakkotapausten ja säädännäisen oikeuden suhdetta leimaa se, että edellä mainittu edustaa oikeusyhteisön historiallisen kehityksen kautta kiteytynyttä viisautta ja että säädännäisellä oikeudella tätä viisauden lähdettä on vain täydennetty ja täsmennetty. Parlamentin säätämiä lakeja pidetään siten common law´n rinnalla arvoltaan toissijaisina lähteinä, vaikka **oikeuslähteiden ristiriitatilanteissa ennakkotapausoikeuden onkin väistyttävä parlamentin säätämien lainsäännösten tieltä.** Englannissa näet vain fyysinen mahdottomuus voi rajoittaa parlamentin toimintamahdollisuuksia. Vanha sanonta

[6] Vanha sananlasku laki on niin kuin se luetaan, edellyttää sen selvittämistä, mitä käsitteellä laki kussakin oikeuskulttuurissa ymmärretään: mitkä ovat auktoritatiivisen oikeuslähdearvon omaavat lain lähteet kussakin maassa ? Kenen välittämää oikeudellista viestiä pidetään oikeuslähteenä ja kenen välittämää viestiä painoarvoltaan tärkeänä oikeudellisen informaation lähteenä ?

kuuluu, että "Parliament can do anything".[7]

Säädösten tulkinnassa pitäydytään tulkintasäännöissä, jotka ovat kehittyneet ja säilyneet ennakkotapausoikeudellisina. Englannissa käytetään myös tapaa, jonka mukaan jonkin lain alussa selitetään, mitä sen eri termeillä tarkoitetaan.[8] Tämän kaltaiset terminologiset selitykset eivät kuitenkaan koskaan voi osoittaa tulkitsijalle lopullista tulkinnallista vaihtoehtoa.

Lainsoveltajan lähtökohtainen tulkinnallinen periaate on säädöstekstissä pidättäytyminen. Hän voi poiketa kirjaimellisesta tulkinnasta vain silloin, kun säädöksen tulkinnassa tätä kautta ajauduttaisiin absurdeihin ja ilmeisen epäoikeudenmukaisiin lopputuloksiin. Tämä tulkintatapa on yhteydessä siihen, että parlamentin säätämien lakien katsotaan vain täsmentävän ennakkotapauksissa kiteytynyttä viisautta, jolloin niitä tulee lukea suppeasti. Toinen syy löytyy poliittisista voimasuhteista - tuomioistuimet eivät halua astua lainsäätäjän varpaille, ja siksi lait halutaan tulkita mahdollisimman neutraalilla tavalla. Joskus jopa sillä seurauksella, että tehtävää tulkintaa on pidettävä huonona.

Jäämistöoikeudessa kirjaimellista tulkintaa voi pitää varsin luontevana siitä syystä, että tällä oikeudenalalla säännellään sellaisia henkilöihin ja heidän talouteensa kuuluvia suhteita, joiden osalta suuntaviivojen kaltaiset joustavat normit eivät pääsääntöisesti toimisi. Jäämistöoikeudellisilta säännöksiltä edellytetään esimerkiksi lakimääräisen perimysjärjestyksen osalta tiettyä kiinteyttä. Kyse on konfliktiherkästä alueesta, jossa sovellettavien säännösten epämääräisyys tai vaikeaselkoisuus johtaisi ihmisten välisten suhteiden kärjistymiseen ja välien tulehtumiseen. Kun laissa on selkeät toimintaohjeet ja tehokkaat toimintamekanismit, jossitteluille ja epäluuloille toisten puuttuvasta lojaalisuudesta tai rehellisyydestä jää vähemmän tilaa.

Tuomioistuinten luovuudella on keskeistä merkitystä lähinnä vain sellaisten uusien parlamenttisäännösten tulkinnassa, joiden osalta lain kirjain on jättänyt tuomioistuimille tietyn harkintamarginaalin. Samanlainen tilanne saattaa syntyä myös niissä tilanteissa, kun valtio on mukana kansallisen oikeuden sisältöön vaikuttavissa kansainvälisissä järjestelyissä, kuten ihmisoikeussopimuksissa. Tällä ei jäämistöoikeudessa toistaiseksi ole vielä ollut erityisen mainittavaa merkitystä sen vuoksi, että oikeudenalalla on perin-

[7] Tosin parlamentin toimivallan rajoittamattomuuden on sanottu olevan aiempaa suhteellisemman nyt, kun Englanti on liittynyt EU:iin sekä allekirjoittanut Euroopan ihmisoikeussopimuksen.

[8] Ks. esimerkiksi vuoden 1837 Wills Act. Sen ensimmäisessä pykälässä on selitetty termejä "a will", "a personal estate" ja "a real estate".

teisesti ollut korostetun kansallinen luonne.

Vaikka **usko deklatoriseen teoriaan** (eli siihen, että tuomarin tehtävänä on vain tuoda julki voimassa oleva oikeus, ei luoda sitä) on säilynyt englantilaisessa oikeuskulttuurissa vahvana, joutuvat tuomarit tosiasiallisesti kehittämään tai muuttamaan voimassa olevaa ennakkotapausoikeutta uusilla ratkaisuillaan. Tämä on yleisesti tunnustettu tosiseikka. Syynä on se, että tuomioistuimet argumentoivat ennakkotapausoikeudessa myös periaatteilla, jolloin ero luovuuden ja soveltamisen välillä hämärtyy. Siinä missä parlamenttilait edustavat "sääntöluetteloa", on tapausoikeutta luonnehdittu "periaatekokoelmaksi". Deklatorisen teorian vahvuus on kuitenkin Englannin oikeudessa merkittävä asia, koska se pitää "suitset" tiukalla. Oikeutta koskevat muutokset tehdään pienin askelin, ei harppauksin. Tietoisesti luoviin ratkaisuihin ei hevillä ryhdytä ja pääperiaatteena on aina oikeuden orgaanisen kehitystarinan seuraaminen. Tuomioistuimet haluavat yleisen mielipiteen pitävän niitä lain julistajina - ei luojina, eivätkä ne myöskään halua käydä valtataistelua parlamentin kanssa. Tästä syystä säädännäinen oikeus tulkitaan vakiintuneiden tulkintasääntöjen mukaisesti ja jos parlamenttilakeihin on jäänyt korjaamisen varaa, on lainsäätäjän itse paikattava omat virheensä. "Jokainen pysyköön lestissään" sopisi vallan hyvin englantilaisen oikeussysteemin oikeudellisia toimijoita kuvaavaksi lentäväksi lauseeksi. Myös ennakkotapausten tulkinnassa pyritään täten ensisijaisesti kirjaimellisuuteen.[9] Analogisesti etsittävät tapauksia yhdistävät piirteet tulkitaan ankarasti ja ratio decidendi erotetaan tarkasti obiter dictasta - jos se vain on mahdollista.

Edellä mainittujen **formaalisten tulkintasäännösten valossa Englannin oikeuteen kuuluva kielto lainvalmistelumateriaalin hyödyntämisestä tulkinnallisena apuvälineenä käy luonnolliseksi**. Toisaalta myös oikeuslähteistön hajanaisuus tekee kiellosta rationaalisen: osa voimassa olevista säännöksistä ei edes omaa esitöitä siinä merkityksessä kuin mitä niillä Suomen oikeudessa ymmärretään. Näin on asia esimerkiksi donatio mortis causan tai proprietary estoppelin eli kirjoittamattomassa muodossa säilyneiden säännösten osalta. Perustelukulttuurin muutosta ollaan tosin ennakoitu, mutta tällä hetkellä esitöihin viittaaminen on sallittua vain poikkeuksellisissa tapauksissa. Ainakaan vielä ei ratkaisu Pepper v Hart -tapauksessa ole kyennyt suuntaamaan kehityksen kelkkaa uudelleen.

[9] Tosin kirjaimellisuus tarkoittaa tässä eri asiaa kuin säädännäisen oikeuden kohdalla.

e. Yleislausekkeiden merkitys

Säädännäisen oikeuden kirjaimellinen lukutapa ei ole vailla poikkeuksia. En tässä yhteydessä viittaa sellaisiin termeihin, joiden määrittely täsmällisellä tavalla on osoittautunut mahdottomaksi - hyvästä yrityksestä huolimatta. Yleislausekkeiden osalta lainsäätäjä ei edes pyri täsmälliseen terminologiaan. Ne ovat joustavia oikeussäännöksiä, joiden sanamuoto sallii myös yksittäistapauksellisten olosuhteiden huomioimisen tulkintatilanteissa.

Yleislausekkeet ovat olleet osa jäämistöoikeutta jo ennen kuin ne yleistyivät muilla oikeudenaloilla. Etuosalaissa käyttöön otettua lakiteknistä ratkaisua pidettiin aikoinaan välttämättömänä - sen avulla testamenttausvapaus voitiin pitää mahdollisimman koskemattomana ja pääsäännön asemassa, vaikka samalla perimystilanteisiin tuotiin mukaan sosiaalisen oikeudenmukaisuuden perspektiivi. Lain yleinen sanamuoto delegoi tuomareille harkintavapauden, jonka avulla he pääsivät kontrolloimaan sitä, miten laajalti testamenttausvapauteen tultaisiin nyt ja tulevaisuudessa puuttumaan.[10] Onhan etuosasäädös kuin avoin valtakirja sen suhteen, kuinka laajalti sosiaalinen suoja tulee testamenttausvapauden kenttää varjostamaan. **Toistaiseksi testamenttausvapaus on asemansa Englannissa säilyttänyt**. Tehtyjen etuosahakemusten vuosittainen määräkin on melko alhainen, joka tarkoittaa ilmeisesti sitä, että etuosaa ei ajatella perillisille (tai muille perittävän läheisille) absoluuttisesti kuuluvaksi, automaattiseksi oikeudeksi.

Mutta, kuten uusiseelantilainen esimerkki osoittaa, testamenttausvapaudelle olisi voinut käydä toisinkin. Uudessa-Seelannissahan on nykyisin voimassa implisiittinen lakiosajärjestelmä siitä huolimatta, että etuosaa ja testamentteja koskeva lainsäädäntö muistuttaa Englannin oikeutta. Erot löytyvät tulkinnasta. Jokin on Uudessa-Seelannissa muuttunut, ja se jokin lienee etsittävä oikeuden ulkopuolelta, yhteiskunnallis-moraaliselta tasolta, joka ilmenee ratkaisujen seurausten arvioinnissa. Voi olettaa, että ne sosiaaliset arvostukset, joiden kontekstissa etuosalakia yhtäältä Uudessa-Seelannissa ja toisaalta Englannissa tulkitaan, eivät ole enää esitettävissä yhdenmukaisesti. Tämä tarkoittaa, että oikeusvertaileva tutkimus, joka ei huomioi etuosalain toiminnallista tasoa, ei johda oikeasuhtaisiin johtopäätöksiin kyseisen

[10] Sittemmin tuomioistuinten harkintavapaus ulotettiin myös lakimääräisiin perimystilanteisiin.

oikeusinstituution sisällöstä ja merkityksestä jäämistöoikeuden kokonaisuudessa eri oikeuskulttuureissa.[11]

Englannissa **kohtuullistamista ja sovittelua ei ymmärretä samoin kuin mannereurooppalaisissa oikeusjärjestelmissä**. Tätä selittää katsaus oikeushistoriaan. Englannissa kohtuus toteutettiin equitylla, mutta sekin kiinteytyi aikaa myöten ennakkotapauksista koostuvien säännösten kokonaisuudeksi. Eroa voisi kuvailla niin, että kun kohtuus on kiteytynyt mannermaalla osaksi oikeutta, niin Englannissa se on yksi säännöksiksi kiteytyneistä oikeuslähteistä. Yleislausekkeetkaan eivät edusta mannermaista kohtuullistamisajattelua, koska nykyisin esimerkiksi etuosaa koskevia lainsäännöksiä tarkastellaan kehittyneen tapausoikeuden kontekstissa. Tilanne on samanlainen kuin aikoinaan equityn tapauksessa. Kiinteytyneen oikeuskäytännön vuoksi kohtuuteen irrallisena entiteettinä nojaava argumentaatio ei yksittäisiä tapauksia ratkaistaessa ole enää sallittavaa. Systeemin läpileikkaava formalistisuus on tässäkin ollut merkityksellisessä asemassa.

Yksittäistapauksellisen kohtuuden ja oikeudenmukaisuuden arviointiin perustuvien yleislausekkeiden **hyväksyttävyys on niitä soveltavien henkilöiden harteilla**. Englantilainen oikeusjärjestelmä - yksi ylin oikeusaste, stare decisis -doktriini, Englannin oikeuden perinteinen muotosidonnaisuus ja asianajajakunnan korkea integriteetti - antaa jo itsessään indision siitä, että joustava säännös ei joudu ristiriitaan oikeusvarmuuden kanssa vaan että se täyttää sille tarkoitetun paikan oikeuden systeemissä. Varsinkin nykyisin, kun etuosalain soveltamista koskevia ennakkotapauksia on jo kertynyt runsaasti, ratkaistaan jutut yleensä ilman oikeudenkäyntiä ennakkotapauksista ilmenevien suuntaviivojen mukaisesti. Oikeuden kentän koetaan olevan vakiintunut ja siksi ei koeta tarpeelliseksi, että tuomioistuimet loisivat uusia oikeusohjeita niiden harkittaviksi tuoduissa jutuissa. Tältä osin tuomareiden konservatiivisuus ja heidän ammattikuntansa sisäinen homogeenisuus - joita kohtaan on joskus esitetty kritiikkiäkin - näyttäytyy hyvässä valossa.

Tällä tavoin **etuosainstituutiokin asettuu vasten oikeusjärjestelmällisiä elementtejä paikalleen. Se ei ole yleistä kohtuutta, vaan kohtuuden sisältö määritetään jo ratkaistujen ennakkotapausten perus-**

[11] Mielenkiintoista tässä toiminnallisen tason muutoksessa onkin se, että englantilainen tuomioistuin ei voi etuosaa koskevien päätösten yhteydessä tehdä oikeusvertailevia viittauksia uusimpiin uusiseelantilaisiin ennakkotapauksiin. Sen sijaan sallitulta näyttää viitata vanhempiin tapauksiin; sellaisiin, jotka ovat ajalta ennenkuin käytäntö lähti muuttumaan kohti etuosan automaattista myöntämistä tietyille perittävän läheisille.

teella. Lainsäätäjä jätti aikoinaan jotain lainsoveltajan oman kerronnan varaan, ja lähtökohtaisesti tuomioistuimet ovat sanottavansa sanoneet ja nyt toimitaan sen mukaisesti. Vain, jos ratkaistavaksi tulevassa tapauksessa on vanhoihin tapauksiin verrattuna jotain uutta, joutuu tuomioistuin harkitsemaan asiaa yleislausekkeen antaman valtakirjan pohjalta.

2. Lopuksi

Tutkimukseni voi hahmottaa tikapuina, joiden alimmalla askelmalla pysähdyin miettimään, mistä oikeusvertailevissa tutkimuksissa ilmenevät hankaluudet johtuvat. Loin katsauksen oikeuskielen käsitteelliseen luonteeseen ja sen oikeusyhteisösidonnaisuuteen. Kussakin oikeusyhteisössä on ikäänkuin oma prismansa, jonka läpi termien merkitykset eri värisinä ja eri kimmalteisina heijastuvat. Prisman paikka ei ole pysyvä vaan se määräytyy kullekin oikeuskulttuurille - ja ajalle - ominaisella tavalla. Vertailevissa tutkimuksissa on tämän vuoksi tarkasteltava oikeusjärjestyksen taustalla vaikuttavia pysyvämpiä rakenteita sekä niitä ideoita, uskomuksia ja olettamuksia, joiden varassa voimassa oleva oikeus tunnistetaan ja tulkitaan. Tällä en kuitenkaan tarkoita, että oikeusvertailevissa tutkimuksissa olisi sitouduttava ns. kontekstisidonnaiseen lähestymistapaan, jossa huomioitaisiin mahdollisimman kattavasti yhteiskunnan muut osajärjestelmät kuten politiikka, talous ja antropologia. Pidän niitä relevantteina vain siltä osin kuin ne ovat suodattuneet oikeuskulttuuriin ja vaikuttavat näkemyksiin oikeudesta, oikeudellisen materiaalin tulkitsemiseen sekä oikeudelliseen argumentaatioon. Tämä käsittääkseni vastaa *William Ewaldin* näkemystä oikeusvertailevista tutkimuksista. Hän painottaa oikeusvertailun kohdemaan tarkastelua oikeusyhteisön sisältä käsin - ei yhteiskunnan sisäisestä näkökulmasta.[12] Tätä sisäistä näkökulmaa ei ole kenties mahdollista täydellisesti saavuttaa, mutta sitä kohti tulee aina pyrkiä. Tutkimuksen kohde on pyrittävä ymmärtämään sen tulkitsemattomassa muodossa.

Tämän jälkeen pyrin tikapuiden toisella askelmalla osoittamaan, mitä pintatasoisesti tarkasteltuihin oikeussäännöksiin[13] on niiden sanamuodon lisäksi rakennettu silloin, kun oikeus käsitetään toiminnallisena entiteettinä.

[12] Ewaldin mielestä oikeusvertailun nimitys "comparative law" tulisi korvata nimellä "comparative jurisprudence", koska se kertoo selkeämmin, mistä todellisessa vertailevassa tutkimuksessa tulisi olla kyse.

[13] Oikeussäännöksillä ymmärretään tässä sekä säädännäistä- että tapausoikeutta.

Tärkeiksi tulivat periaatteet - ekplisiittiset ja implisiittiset - ja yhteiskunnallis-moraaliset arvostukset. Kaiken oikeustieteellisen tutkimuksen - siten myös oikeusvertailun - ontologisena lähtökohtana on pidettävä käsitystä oikeuden dualistisesta luonteesta. Siitä *Hannu Tapani Klami* on todennut, että "law is both rules and behaviour". Siksi säännösten teoreettinen tarkastelu ei vielä yksinänsä auta saavuttamaan tavoitetta oikeasuhtaisista johtopäätöksistä tietyssä oikeusyhteisössä voimassa olevan oikeuden sisällöstä.

Vaikka lainsoveltajan harkinta on periaatteiden ja yhteiskunnallis-moraalisten tekijöiden vuoksi sidottu osin arvoihin ja arvostuksiin, teorialla toisen asteen justifikaatiosta on tuomioistuinten ratkaisut mahdollista objektivoida oikeusyhteisön sisäisesti arvioituna parhaiksi mahdollisiksi konkreettiset tosiseikat ja tapaukseen soveltuvat säännökset yhdistäviksi tulkinnallisiksi johtopäätöksiksi. Oikeusvertailussa on siten oltava kyse tutkimuksen kunkin kohdemaan käsitteet, periaatteet ja yleiset oppirakenteet huomioivasta lähestymistavasta. Lakia sovellettaessa voimassa olevien säännösten tulkinnassa pyritään johdonmukaisuuteen eli tulkinnat pyritään saattamaan yhdenmukaisiksi oikeusyhteisössä vallitsevan maailmankuvan kanssa. Näin sovelletusta oikeudesta saadaan riittävän objektiivista siitä huolimatta, että lainsoveltajan harkintaan vaikuttaa tosiasiassa myös subjektiivisia tekijöitä.

MacCormickin teoreettisen tutkimusotteen hyödyllisyys oikeusvertailun kannalta saa lisäperusteluita *Juha Tolosen* seuraavista sanoista: "Kun kansallinen oikeustieteellinen tutkimus on pääasiassa voimassa olevien lakien yksityiskohtaista kommentointia, on selvää, ettei tällaisella tutkimuksella ole relevanssia muiden maiden näkökulmasta tai päinvastoin. Eri oikeuspiirien kannalta yhteistä mielenkiintoa omaavaksi alueeksi jää tällöin oikeudellinen päätöksenteko (juridinen argumentointi) ja siihen liittyvät kysymykset (yleisen oikeusteorian alue)."[14] Oikeusvertailua voisi jopa luonnehtia välittäväksi lenkiksi lainopin ja oikeusteorian välillä eli vertaileva tutkimusote on yksi mahdollinen keino todentaa oikeusteorian lauseiden paikkansapitävyys. Tämä näkemys ei saa kuitenkaan sumentaa oikeusvertailun ja oikeusteorian välillä olevia eroja. Oikeusvertailun avulla pyritään näet löytämään ja hyödyntämään vieraista oikeusjärjestelmistä ne peruskäsitteet, joiden varaan oikeusajattelu on rakentunut (kuten oikeus, oikeudellinen tehokkuus jne.). Näitä peruskäsitteitä käyttämällä oikeusvertailussa etsitään uutta, kansallisesta näkökulmasta relevanttia informaatiota: tutkimuksissa koetaankin tärkeämmäksi uuden tiedon etsiminen kuin vanhan perusteleminen. Sen si-

[14] Ikkunat auki Eurooppaan s. 174 (Oikeus 1982 s. 171-175).

jaan oikeusteoriassa tällaisiin oikeusyhteisön piirissä kehittyneisiin käsitteisiin suhtaudutaan osin kriittisesti - peruskäsitteitä ei oteta annettuina, vaan analyysi kohdistuu myös niiden mahdollisiin muutoksiin.

Oikeusvertailun kohteena olevat säännökset ovat institutionaalisia tosiseikkoja, jotka olisi tulkittava niiden toiminnallisesssa kontekstissa. Tikapuideni kolmannella askelmalla mietinkin sitä, miten oikeusvertailijan olisi selvitettävä kuka määrittää tutkimuksen kohdemaassa lainsoveltamisen kannalta relevantit periaatteet ja yhteiskunnallis-moraaliset arvot ja arvostukset. Mikä on se taho, joka toiminnallaan vahventaa vallitsevaa yhteiskuntajärjestystä oikeussysteemisen kokonaisuuden kautta ?

Vastaus on oikeuskulttuurisidonnainen (oikeuskulttuuri ymmärrettynä sen professionaalisessa merkityksessä), koska eri oikeustoimijoilla on eri oikeusjärjestelmissä erilaiset roolit. Siksi asian tarkastelu edellyttää vastaamista kysymykseen, miten lainsäätäjän, lainsoveltajan, oikeustieteen ja muiden juristien (lähinnä asianajajien) tehtäväkentät ovat toisiinsa nähden limittyneet. Tämä taas vaikuttaa siihen, mikä lainsäädäntötekniikka säädännäisen oikeuden osalta vallitsee (paljonko lainsäädännön sanamuoto yleensä jättää lainsoveltajalle harkintamarginaalia) ja mikä rooli oikeustieteelle lainsäätäjän ja lainsoveltajan avustajana - heidän oikeudellisten viestiensä välittäjänä oikeusalamaiselle - jää.[15] Siihen kysymykseen vastaaminen, mistä löytyy oikeusvertailijan kannalta relevanttia tutkimusmateriaalia, edellyttää ensisijaisesti oikeustoimijoiden roolin selkiinnyttämistä oikeusyhteisössä.

Neljännellä askelmalla tarkastelin englantilaista oikeusjärjestelmää analyyttisesti. Selvitin eri oikeustoimijoiden keskinäiset suhteet ja sen roolin, mikä niistä kullekin on siellä varattu. Oikeustoimijoiden rooleihin - ja keskinäiseen toimivaltaan - liittyy myös kysymys siitä, mikä materiaali muodostaa auktoritatiivisen oikeuslähteistön ja miten sen eri osia luetaan. Tätä kautta selvisi myös, missä kohden oikeusprosessia periaatteet voivat tulla kelvollisiksi argumenteiksi.

Näiden oikeusjärjestelmää yleisesti koskeneiden piirteiden selvittämisen pohjalta ponnistamalla pääsin tikapuideni ylimmälle askelmalle, kun asetin tietyt Englannin ja Suomen jäämistöoikeudelliset kysymykset vastakkain.[16]

[15] Toisaalta oikeustieteen tehtävänä on lainsäätäjän viestin selventäminen lainsoveltajille.

[16] Vertailumittariksi ei oikeudellisia instituutioita voinut välittömästi asettaa, koska sellainenkin jäämistöoikeuteen liittyvä käsite kuin perillinen ymmärretään Englannissa eri tavalla kuin mannereurooppalaisissa oikeusjärjestelmissä. Tilanne on oikeastaan käänteinen; vertailevien havaintojen perusteella pystyi selvittämään sen, miten oikeudellisten instituutioiden sisältö niiden mahdollisesta yhtenevästä nimestä huolimatta eroaa Englannissa ja Suomessa tyystin toisistaan.

Näin halusin osoittaa, miten vierasta oikeusjärjestelmää koskevan esitiedon merkitystä korostava tarkastelukulma vaikuttaa silmälasien tavoin myös vieraan oikeusjärjestyksen tutkimiseen: esitieto tarkensi näköäni ja laajensi näkökenttääni. Kyse on oikeastaan suunnistamisesta - erilaisista maastokartoista ja rastien etsimisestä. Vierasta oikeutta koskeva esitieto on kartta ja tertium comparationis ajaa rastin virkaa. Rastien etsiminen on sitä helpompaa, mitä parempi kartta suunnistajalla on kädessä. Eri oikeusjärjestelmät eroavat toisistaan siten, että siinä, missä toisessa kartassa on männikköinen kangas, saattaa toisessa kartassa olla upottava suo tai ylittämätön vuori, jotka olisi toista reittiä hyväksikäyttäen kierrettävä rastille kuljettaessa. Suunnistajan kulkua ohjaavina maamerkkeinä - tai pitäisikö sanoa kompassina - toimivat oikeusyhteisön kullekin oikeudenalalle kehittämät yleiset opit, peruskäsitteet ja perusperiaatteet.[17]

Tarkoituksenani ei ole ollut puoltaa kantaa, jonka mukaan näitä tikapuita kulkemalla voitaisiin saavuttaa absoluuttisesti oikeita tuloksia. Oikeusvertailu, kuten mikä tahansa muukin juridinen viestintä, on kommunikaatiota. Se liittyy aina välttämättä keskustelukumppaneiden maailmankuviin, joiden lävitse oikeuskielen abstraktisia käsitteitä tarkastellaan. Oikeustieteilijät voivat tosin lohduttautua sillä, että tiedon suhteellinen totuus ei ole ongelma vain oikeudellisessa kommunikaatiossa vaan se liittyy kaikkeen muuhunkin viestintään, jossa ei ole käytettävissä universaalisia merkkejä kuten matemaattisessa kielessä. Oikeudellinen tieto ei ole objektiivista, vaan se on itsetiedostavan harkinnan kautta henkilöiden omaan järkeen sopivaa - niiden perusteluiden valossa, jotka kustakin propositiosta on esitetty. Oikeusvertailijan kannalta edellä todettu tarkoittaa sitä, että ns. primäärilähteitä ei kannata pitää ensimmäisenä - tai muut oikeuslähteet poissulkevana - tutkimuskohteena. Jos vierasta oikeusjärjestelmää ei tunne, vain säännöstekstejä lukemalla ei aina saa selkoa vieraan maan voimassa olevasta oikeudesta. Tutkimuksen vertailumittaria tulisi siksi lähestyä sekundäärilähteiden - kuten oikeudellisen kirjallisuuden - välityksellä. Oikeusvertailevissa tutkimuksissa lähdesyvyyden olisi ulotuttava yhtä pitkälle kuin kansallista oikeutta koskevissa tutkimuksissa - mutta kiertotietä, toisten ajatusten ja tulkintojen välityksellä.

[17] Oikeusvertailussa tutkittavaa maata tulisi tarkastella niin sisältäpäin kuin mahdollista. Tämä tarkoittaa, että vertailijan olisi osattava hylätä ja unohtaa kansallista oikeusjärjestelmää koskeva kartta silloin, kun hän lähtee vieraaseen maastoon. Tuttuihin kulkureitteihin ei saa siten luottaa, koska ne eivät johda suunnistajaa perille määränpäähän.

Oikeusvertailua vaikeuttaa se, että tutkijan "silmälasit" ovat esitiedon hankkimisestakin huolimatta lähtökohtaisesti hänen oman oikeusperinteensä värittämät. Maailmankuva, kieli, (muu) kulttuuri, oikeusperinne - kaikki ne vaikuttavat meissä vaikeuttaen tutustumista vieraisiin oikeusjärjestyksiin. Voi puhua kognitiivisesta dissonanssista, joka tarkoittaa, että uskomusjärjestelmän osaksi ei hevillä omaksuta uusia ajatuksia, jotka sotivat vanhoja ajatuksia vastaan. Tästä huolimatta vieraan oikeusjärjestelmän yksittäisiä säädöksiä tutkittaessa niihin kuuluvat termit tulisi aina pyrkiä peilaamaan vasten puheyhteisön maailmankuvaa ja sen piirissä yhteisesti jaettuja kokemuksia ja arvostuksia: tietoisuus on suhteellistettava tieteelliseen maailmankuvaan. Tämä ei kenties ole objektiivisesti ottaen täysin mahdollista, mutta jo sen tavoitteeksi asettaminen tarkoittaa siirtymää kohti teoriaa siitä, miten paras mahdollinen oikeusvertaileva tutkimus syntyy.

Koska vieraasta oikeudesta saatavaa informaatiota voidaan käyttää kansallisella ja kansainvälisellä tasolla hyvin monin eri tavoin, on mahdotonta osoittaa yhtä ainoaa oikeaa tapaa oikeusvertailevien tutkimusten tekemiseksi. Vieraista oikeusjärjestelmistä saatavaa informaatiota hyödynnetään oikeuspoliittisesti, oikeusdogmaattisesti ja myös oikeusteoreettisesti. Jokaisen ryhmän sisäisesti vertailun käyttömahdollisuuksia voidaan hienojakoistaa; liittyyhän esimerkiksi lainsäätäjän suorittamien oikeusvertailevien selvitysten kohdemaiden valinta ja tutkimusten tarkkuus siihen, missä vaiheessa lainvalmistelussa ollaan ja mikä on lainvalmistelun kohteena oleva oikeuskysymys. *Heikki Kulla* on metaforisesti kuvaillut oikeusjärjestelmien välisiä eroja muiden puutarhassa kypsyneiksi hedelmiksi, jotka ovat lainsäätäjän kannalta arvokkaita. Mielestäni lainvalmistelun vaihe määrää sen, minkä laatuisia ja minkä maalaisia hedelmiä koriin halutaan poimia.

Joka tapauksessa vaatimus riittävän esitiedon hankinnasta näyttäisi yhdistävän kaikkia oikeusvertailevia tutkimuksia siitä riippumatta, mitkä tutkimuksen tavoitteet ovat. Oikeusjärjestyksen tasolla pysyttelevä tutkimus ei riitä vaan tutkijan on länsimaisissa oikeuskulttuureissa kaivauduttava oikeusjärjestelmän (toiminnalliseen) todellisuuteen, koska tuolla tasolla saatava tieto voi aina antaa jotain lisäarvoa tai jopa muuttaa oikeusjärjestyksen tasoisen säännösinformaation sisältöä.

> Jos kyse ei ole maista, joiden ideologinen arvoperusta lepää samalla jalustalla, on tutkijan tehtävä entistä vaikeampi, koska hänen on otettava huomioon myös oikeuteen vaikuttavia kaikkein syvätasoisempia yhteiskuntaliitännäisiä elementtejä (kuten talousrakenteen erilaisuuden yms.)

Kun vieraan oikeuden rakenteista ja terminologisista lähtökohdista ei olla

selvillä, kysytään helposti vääriä asioita. Tällöin ei ole myöskään mahdollista saavuttaa oikeasuhtaisia - tai tutkimuksen kannalta relevantteja - vastauksia.

Oikeusvertailulla tuntuu tällä hetkellä olevan oma paradigmansa, joka vaikuttaa sen piirissä tehtyjen tutkimusten aiheenvalintaan ja kysymyksenasetteluun: oikeusvertailun hyödyn painotetaan olevan siinä, miten sen avulla voidaan konstruoida esiin ne kansainvälisesti hyväksyttävät arvot, joka voivat edesauttaa spesifien oikeussäännösten harmonisointia. Tämä vallitseva paradigma on vaikuttanut niin, että muita kuin oikeuden yhtenäistämiseen tähtääviä oikeusvertailevia tutkimuksia on pidetty hyödyttöminä. Nämä mielipiteet näyttävät syntyvän ajatuksesta, että oikeusjärjestelmä on enemmän tai vähemmän suljettu systeemi, jolloin vieraasta oikeudesta saatavalla informaatiolla ei ole katsottu olevan lisäarvoa kansallisten oikeustoimintojen kannalta.

Tavoite kohdemaiden oikeusjärjestelmissä olevien yhtäläisyyksien etsimisestä on tarkoittanut vertailtavien maiden maantieteellistä ja lukumääräistä suppeutta. Kuitenkin kutistuva maailma ja kansainvälistyvä vuorovaikutus edellyttävät, että esimerkiksi suomalaiset ovat kiinnostuneita muistakin kuin pohjoismaisista oikeusjärjestelmistä tai Saksan oikeudesta. Ja vaikka pitäytyisimmekin perinteisissä oikeusvertailun kohdemaissa, olisi niidenkin oikeudesta pyrittävä hahmottamaan myös oikeusjärjestelmien välisiä eroja. Samankaltaisuuksien etsiminen on toki tärkeää oikeuden yhtenäistämisen kannalta, mutta erojen jättäminen huomiotta voi johtaa väärinkäsityksiin jos se, mikä pintatasoisesti näyttää samalta, ei sitä kokonaisuuden kannalta olekaan. Toisaalta harmonisointitoimet edellyttävät välttämättä myös niiden erojen ymmärtämistä, joita yritetään poistaa. Jos oikeusvertailussa keskitytään vain oikeusjärjestelmien samankaltaisiin piirteisiin, katoaa näköpiiristä yksi oikeusvertailun funktioista - erojen tarkastelulla havaitsee näet parhaiten sen, mitä oma oikeus ei ole.

Oikeusvertailijoiden olisi rakennettava silta vertailun teoreettiselta puolelta konkretiaan. Eri maita on perinteisesti jaettu eri oikeusperheisiin ja tämä oikeusperheistä käyty keskustelu on jatkuvasti versonnut eri suuntiin aina sen mukaan, mitä ryhmittelyperusteita on kulloinkin käytetty. Toisaalta kysymys siitä, kuinka aitoa oikeusvertailua tulisi harjoittaa eli mitä jokainen vieraaseen oikeuteen kohdistuva tutkimus tekijältään edellyttää, ei ole tutkijoiden mielestä ollut järin kiinnostava. Vaikka teoreettinen keskustelu on oikeusvertailun osaltakin tärkeää, ei sen tulisi sivuuttaa kysymystä siitä, miten oikeusvertailua konkreettisissa tapauksissa tulisi tehdä ja mitä tutkimukset tekijältään edellyttävät - tieto vertailun kohdemaan kuulumisesta

vaikkapa romanistiseen oikeusperheeseen ei täytä vaadittavan esitiedon vaatimusta.[18] Jos esimerkiksi Suomen oikeuden kohdalta tutkitaan ainoastaan, kuuluuko se mannereurooppalaiseen oikeuspiiriin vai tulisiko Skandinavian maat erottaa omaksi oikeusperheekseen, täytyy kyllä hetken aikaa miettiä, onko tällaisilla auki jätetyillä pohdinnoilla käytännön juridiikan kannalta juurikaan relevanssia. Negatiivinen vastaus lienee selvä merkki siitä, miten oikeusvertailun alalla käyty teoreettinen keskustelu ei ole täyttänyt tieteellistä palvelutehtäväänsä.

Vaatimus aidoista oikeusvertailevista tutkimuksista on erityisen akuutti nyt, kun oikeudellisen informaation ympäristö on muuttunut ja alati muuttuu. Oikeudellista tietohuoltoa ei tehdä aiemmassa maastossa. Oikeudellisen informaation määrän lisääntyessä sen varastointitavat ovat samalla muuttuneet. Kun aiemmin informaation saatavuuden esteenä oli lähtökohtaisesti fyysinen etäisyys, uusien elektronisten tietovarastojen myötä fyysinen on muuttunut informatiiviseksi etäisyydeksi, kuten *Ethan Katsh* on asian sattuvasti todennut. Fyysisen etäisyyden kutistuminen on tuonut mukanaan uudet tavat välittää, varastoida ja käyttää oikeudellista informaatiota. Kvantitatiiviselta määrältään kasvanut informaatio ei kuitenkaan johda aina tiedon lisääntymiseen. Käsilläkään olevalla materiaalilla ei ole arvoa taitamattomalle. Pahinta oikeudellisen informaatioympäristön muuttumisessa onkin se, että materiaalia on nykyään yhä useammin sellaisen henkilön käsissä, joka on professionaalisen asiantuntijakulttuurin ulkopuolella. Vaarallista tämä on erityisesti siksi, että painetun informaation (kirjojen) suhteellinen väheneminen on johtanut myös suurempaan epäsystemaattisuuteen - jäsentävää luokittelua tärkeämmäksi ovat käyneet yksittäiset sanat ja lauseet ja irrelevantti käsitetään helposti relevantiksi. Se, mikä aiemmin oli tiedon talo, muuttuu nykyisin turhan helposti informaation varastoksi. Tämän vuoksi tietoa ja informaatiota koskevien terminologisten väärinkäsitysten välttämiseksi olisi tietoyhteiskunnankin sijasta parasta puhua tietotekniikkayhteiskunnasta tai automaatioyhteiskunnasta. Tällainen yhteiskunta tarjoaa riittävästi informaatikkojen palveluja, mutta informaatiota tiedoksi muuttavia oikeusvertailijoita - uuden tilanteen hoitavia varmuusjoukkoja - ei ole etulinjaan lähettää.

---

[18] *Brusiin* kirjoitti lähes puoli vuosisataa sitten, että maiden jaolle eri oikeuspiireihin ei ole löydetty tyydyttäviä kriteereitä ja hän varoittaakin rakentamasta liiaksi mainitun käsitteen varaan: "Historianfilosofia antaa meille varoittavia havaintoesimerkkejä maailmoja syleilevistä intuitiivisista yleisnäkemyksistä." Ks. Oikeusvertailusta s. 442 (LM 1954 s. 434-446).

Suurimmaksi elektronisia tietoverkkoja koskevaksi ongelmaksi näyttää muodostuneen se, että esimerkiksi Internetissä olevia elektronisia dokumentteja ei voi kaikilta osin johdonmukaisesti indeksoida sellaisella tavalla, joka olisi kansainvälisessä katsannossa yhteismitallinen. Oikeuskielen kansallisuus tuottaa ilmeisiä ongelmia; ei ole olemassa yli kansalliset rajat ulottuvaa hakusanastoa, johon tutkija voisi tietoa hakiessaan täysin luottaa. Jonkinlaista materiaalia saa kasattua helpostikin, mutta relevantti aines olisi myös osattava karsia turhasta "melusta".[19] Yhteismitattoman sanaston ongelma näyttäytyy siinäkin, että saman funktion omaavat säännökset saattavat jäädä tutkijalta havaitsematta, jos informaation haku tapahtuu vain terminologisiin vastaavuuksiin perustuen. Ulkoinen ohittaa tällöin tärkeydessään sisällöllisen aineksen ja aito oikeusvertailu korvautuu kuvailulla.[20] Lopputulos on tällöin kaukana vierasta oikeutta koskevista oikeasuhtaisista johtopäätöksistä tutkimuksen kohteena olevalla oikeudenlohkolla.

Edellä mainitun valossa vetäisisin langat yhteen toteamalla modernin oikeusvertailijan taidon näyttäytyvän siinä, miten hän saa mahdollisimman suuren hyödyn irti käsillä olevasta materiaalista. Perustellun epäilyn vaatimuskin on yhtä oleellinen osa niin oikeusvertailijan kuin kansallisen juristinkin perusmetodia. *Simo Knuuttila* on muistuttanut *Aristoteleen* opetuksesta, että hyve on dispositio toimia siten, ettei toiminnassa ole mitään liikaa eikä mitään liian vähän. Tämän perusteella oikeusvertailijaa voisi luonnehtia henkilöksi, joka ei usko liikaa eikä liian vähän; hän kulkee keskitietä herkkäuskoisuuden ja epäluuloisuuden määräämien asenteiden välimaastossa.

Lopuksi vielä pari sanaa oikeusvertailun paikasta. Sehän luetaan vakiintuneesti oikeustieteen erityisalaksi oikeussosiologian, oikeusdogmatiikan, oikeusinformatiikan ja oikeushistorian rinnalle. Toisaalta nämä oikeustieteen alat erotetaan oikeusteoriasta, jollaisena esiintyy esimerkiksi teoria oikeudellisesta käytännöstä, tuomioistuinten harkinnan rakenteesta ja niiden ratkaisuista. Oikeusvertailu on kuitenkin monisyisempi asettuakseen tällä tavoin paikalleen. Oikeusvertailu hyödyntää kaikkia muita oikeustieteen aloja pyrkiessään vastaamaan niihin haasteisiin, mitä sille on asetettu. Tämäkin tutkimus on sisältänyt oikeusajattelun historiaa, teoriaa oikeudellisista ratkaisuista, tietyn oikeusjärjestelmän rakenteellisen kehittymisen his-

[19] Termin melu olen lainannut *John Adamsin* pitämästä alustuksesta Bristolin vertailevan oikeustieteen maailmankongressissa (1998).

[20] Ks. myös *Laer*, The Applicability of Comparative Concepts (EJCL 1998, http://law.kub.nl/ejcl/22/issue22.html)

toriaa, säännösten kehityshistoriaa sekä tavallista lainoppia. Näin olen saanut yhdistettyä oikeuskulttuuritasoisen tietämyksen oikeuden pintatasoiseen tietoon, ja teoria on kohdannut toiminnan. Abstrakti ja konkreetti ovat eläneet symbioosissa, jonka tarkoituksena on ollut viedä eteenpäin teoriaa: teoriaa oikeusvertailun tekemisessa vaadittavasta ennakkotiedosta.

SUMMARY: THE UNIFORMITY OF LEGAL INFORMATION AND OBSTACLES ACHIEVING IT.

I. Introduction

Some 200 years ago the codification movement produced a closing effect. This meant that legal discourse developed only within domestic limits and citations to foreign legal systems became infrequent. Consequently the main job of lawyers was to resolve disputes by applying national laws and the whole concept of law was predicated on this notion. Parliament made the laws and judges interpreted them in order to give judgements in cases brought before them. And this was the whole story of law.

It was this nationalisation of legal thought that made comparative law an unappealing and at the same time a really difficult field of study. This meant that lawyers from different legal cultures were unable to communicate professionally with each other since they did not share the same legal language. A lack of language skills, however, was not the only cause of communication problems since at that time it was acceptable to neglect the ideas from the outside world in general. Nation states had their own legal vocabulary and they developed legal concepts and principles of their own. This is somewhat true even today: since the era of nation states, national boundaries have been relevant as the boundaries of legal speech. Even supposedly homogenous legal cultures - like European countries which have common roots in Roman law - have varying discourses in the field of law.

The above mentioned closing effect is, thus, not longer a reality. The

time is different and the world is different. And these changes have changed the legal world totally. Law is not what it used to be - internalisation has given birth to a new perspective towards it, a perspective that crosses the boundaries. Provincialism and narrowness are not the best virtues of a modern lawyer. One must overcome the cultural barriers and linguistic problems in order to understand foreign legal systems. This takes time and energy, but it must be done.

II. Who needs comparative law ?

The factors that necessitate the operation of comparative law in different fields of law are manifold: the increasing importance of human rights, European integration, international trade, new relations created by the ease of movement over long distances. Even though the legal world has changed, lawyers from different cultures mainly choose to live in isolation. The main reason for this is that the study of foreign law does not have an important position in the legal discourse of European countries and, consequently, lawyers do not have the right tools for international legal communication. But the fact is that we are living a new era and lawyers face new expectations. The dimension of law - in any field of national law - reaches beyond the territorial scope of a legal system. Lawyers can't deliberately severe ties with foreign legal systems; on the contrary, they must be able to handle foreign legal information in order to achieve knowledge of the existing laws of other countries. Beyond the boundaries of our own legal system there is a unity of common problems. And the comparatists' main task is to give the lawyers a common language so that they can discuss these common problems.

Comparative law has many aims. The primary aim is knowledge, of course, but the question remains: knowledge for what purpose? Interest in comparative law may be the result of a pure interest in different nationalities.[1] Comparative material can also be used in order to find the best possible interpretation in applying national rules (usually in so called hard cases). In cases with foreign connections private international law -rules clarify which of several possible legal systems should be applied in a particular

[1] One must remember that attitudes toward law and ways of reading legal material are culture-bound and can therefore reveal things that are not only of judicial interest.

case. In these cases courts, in other words, are maybe bound to apply foreign law in making their decisions. Courts must know how to apply specific legal rules - not just how to collect scattered information of legal material.

> However, one must remember that even though private international law and comparative law are close to each other, they are not the same. The former usually deals with one legal system in order to solve a legal problem but the latter can deal with several legal systems at the same time without having any direct and practical aim in view.

No doubt one very important function lies in its use as an aid to the legislator. There is hardly a country in Europe that has undertaken a major legislation in the last decades without more or less extensive research in comparative law.

> This is also true about EU. The Commission of the European Community does not draft a regulation or a directive before a comparative analysis and evaluation has been made of the law as it exists not only in the various member states, but in other European countries as well.[2]

Other legal systems can be seen as social laboratories where certain solutions for legal problems have been tried out. These findings can be invaluable to others who are thinking of implementing similar rules in another national legal system.

The starting point for the legislature's use of comparative law has traditionally been to search along comparative lines for solutions to specific problems. Comparative law has been a research tool in the field of common principles. I agree that sometimes comparisons between legal cultures which have similar foundations can be very useful (and maybe inevitable) both for the courts and the legislature, as well as for legal academics. But this can easily lead to misleading generalisations, finding those kinds of answers from comparative material which one is determined to find beforehand. In these situations comparisons suffer from auxiliary presentations - they are made for the sake of the look.

> *Heikki Mattila* shows in his doctoral thesis that even legal systems that do not share the same foundations can be of interest for compa-

[2] See *Kötz*, Comparative Legal Research and its Function in the Development of Harmonized Law p. 20-21 (in: Towards Universal Law, Göteborg 1995 p. 21-36).

ratists.[3] In Finland this means that one should be interested also in other systems outside EU member states. This is how the possibilities of different solutions to the same problem can be multiplied.

Naturally, legislatures should be aware of the fact that in some cases foreign rules or institutions cannot be transplanted into the national law. *Otto Kahn-Freund* states that this does not mean that legislators should refrain from using comparative method but that its use requires knowledge not only of the foreign law, but also of its social and above all, its political context. *Kahn-Freund* emphasizes that the use of comparative law for practical purposes becomes an abuse only if it is informed by a legalistic spirit which ignores the context of the law."[4] Even if we are aware of this "context-problem", there still remains the question for the legislature: which legal system includes the best decision and should be adopted to the national legal system? I think that there is no objective and predetermined answer to this question. This means that the choice from which legal system the legislature will draw inspiration is never value-free.[5]

The main reasons why comparative law has become so central to legal analysis in general (within the European context) are the EC -law and the European Convention of Human Rights. The law of the European Community is embodied in treaties, regulations and directives and for member states comparative law is valuable when deciding how to incorporate and how to interpret community-legislation. But this is not all there is between EC law and comparative legal studies. Article 215(2) of the EC Treaty announces that the general principles common to the laws of the member states form part of Community law. Although this provision only relates to the non-contractual liability of the Community for damage caused by its institutions and its servants in the performance of their duties, the Court of Justice has always held such principles to be of general application in all areas of the law. These principles can be derived from statute law and case-law prevailing in the major legal systems and they also include judgements

[3] Les successions agricoles et la structure de la société (Helsinki 1979). *Mattila* writes about the motives of his thesis: "Le droit comparé donne une possibilité d´évaluer et d´améliorer encore, sous quelques aspects, les régles proposées par le comité pour la réforme du Code des successions." He compared Finnish legislation with Polish legislation.

[4] On Uses and Misusus of Comparative Law p. 27 (MLR Vol. 37 (1974) p. 1-27).

[5] See *Hill*, Comparative Law, Law Reform and Legal Theory p. 103-6 (Oxford Journal of Legal Studies Vol 9 p. 101-115.)

of the European Court of Justice.[6] Principles can also be derived from the European Convention of Human Rights.[7] *Jürgen Baselow* is of the opinion that such principles have an impact on the interpretation and application of treaty provisions, directives and regulations and comparative law is the necessary tool for making courts and other law-applying agencies conscious of these principles.[8]

III. How to compare ?

> "The comparatist must illuminate the stories (or narratives) a legal culture tells about itself, both to others and to itself."[9]

Comparative law is a challenge since it recognizes no limits. But the crucial question remains: How to achieve knowledge of a foreign legal system and what are obstacles achieving it? The answer is that we have to find our path to the unknown from the known. It is a key to the outside world that exists beyond our own state lines.

First one must set a goal to achieve real knowledge, not just collect fragmented pieces of information. In my opinion, comparative law studies have been too superficial, concentrating on questions that are on too theoretical level to be of any assistance for the law applying agency. Most books written by comparatists provide a general introduction to comparative law and give

---

[6] See Case 44/79, Hauer v Land Rheinland-Pfalz [1979] ECR 3727: "in safeguarding those fundamental rights, the court is bound to draw inspiration from constitutional traditions common to the Member States." Also *de Wilmars*, Le droit de comparé dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes (Journal de Tribanaux 1991 p. 37-40). The role of Advocate-General is of importance, see *Vranken*, Role of The Advocate-General in the Law-Making Process of the European Community p. 46 (Anglo-American LR Vol. 25 p. 39-63): "Occasionally, the Advocate General will engage in a comparative analysis that produces a masterpiece of legal scholarship."

[7] See *Merrills*, Protection and Promotion of Human Rights within the European Arrangements p. 217. (in: An Introduction to the International Protection of Human Rights (ed. Hanski, R.-Suksi, M. Turku 1997) p. 209-220).

[8] The Renascence of Uniform Law: European Contract Law and Its Components p. 135 (Legal Studies, Vol. 18 (1998) p. 121-145).

[9] *Legrand*, European Legal Systems are not Converging p. 61 (ICLQ Vol. 45 (1996) p. 52-81).

a survey on the major legal systems of the world. These books are valuable because they offer the starting point for an inexperienced comparatist. But without any deeper insight into these stereotypes, they can lead more to misunderstanding than understanding. It has also been claimed that comparative law has had a scattered quality and it has not been interested in the the different assumptions about law. However, I will not focus on the shortcomings in existing comparative law in more detail. Instead, I will show how the true uniformity of knowledge between lawyers from different countries can be achieved.

Bare statements of parliamentary statutes hardly reveal the true answers to the questions posed by comparative lawyers. When comparing laws of two or more legal systems, one cannot stay on a most superficial level of a legal system. *William Ewald* has said that the principal problem in comparative law is that the words that are written in laws do not tell the whole story. In addition the authoritative sources of existing laws - legal sources - are not necessarily the same everywhere. This leads to a simple conclusion that the concept law is understood differently in different parts of the world. This gives comparatists a starting point: in order to compare, one should know what to compare.[10]

In every legal culture there are tacit presuppositions of law that are relevant for the comparative studies. *Peter Goodrich* has said that law is a form of life: "the interpretation of legal categories is an exercise in moral reasoning...lawyers can predict the outcome of that enterprise not by means of mathematically precise rules but rather by virtue of a knowledge of legal values and legal community in which rules play only a very general and really very limited role."[11] This means that comparatists must do thorough groundwork on which it will be possible to construct a systematic entity of knowledge. Understanding specific legal rules presupposes a conception of what modern law is in that culture. Law must be conceived as a cultural phenomenon and the rules as social practices.

It is important to keep legal order and legal system apart from each other. Legal system is a social practice which has to be seen in the light of

[10] By this I mean something deeper than just setting a suitable tertium comparationis for the study. Tertium comparationis is a measure for comparison - something one has chosen to compare and it can be set on the level of legal rules. I will not discuss the problem of tertium comparationis in more detail here.

[11] Reading Law p. 199 (Oxford 1986).

three elements which are normative, conceptual and methodological. The normative elements of a legal culture include the general legal principles of different fields of law (they are field-dependent elements of law).[12] One example is testamentary freedom in succession law. The conceptual elements of a legal culture include the concepts that structure certain fields of law, for instance the concept marriage in the field of family law. Principles and concepts are both very important for the one who is trying to conceive legal order as a coherent entity. In my opinion, without knowing these field-dependent principles and concepts it is impossible to study the specific rules comparatively.

What is important here is the question of who in a legal system has the responsibility of elaborating these cultural elements. In European legal systems the responsibility usually lies with the legal science (legal academics) but in England the situation is somewhat different: the responsibility lies with the judges who are the most influencing group of legal actors there. They usually articulate legal principles and legal concepts in their individually written speeches where they give the reasons for their judgements.

The third element of a legal culture is connected to functional side of law. It is the methodological element by which I mean the way to read and apply the law - the interpretation - and the patterns of argumentation.[13] In construing the argumentation patterns in different legal cultures, the ideas of *Neil MacCormick* are extremely valuable. He offers a model for how to resolve hard cases, in other words those cases that can be resolved only by use of legal principles (in most cases because of the lack of specific legal rules). In this way comparatists can observe how the law is applied, how it is made concrete. *MacCormick* also emphasizes that even though law is separated from religion and morals, they are still undoubtedly connected with each other: law carries some kind of a moral meaning within it.[14]

---

[12] Principles are valid in some legal system if they are institutionalized. By this I mean that they have become accepted by legal agents in decisions, legal literature etc. Legal principles can also exist in the form of explicit legal norms. Nowadays important sources of principles are international (in particular human rights) conventions.

[13] *Kaarlo Tuori* has differentiated these elements in the legal culture.

[14] Comparatists must remember that other fields of law are more sensitive to morals and religion than others - i.e. family law is intertwined with the notion of family which exists in the society at the time.

One has to investigate foreign laws in light of the whole picture of a legal culture. This is problematic and irritating, perhaps, but shortcuts cause only misunderstandings in communication. Legal order as an order of rules must be reflected against its conceptual structure and style of operation.[15] Comparatists should always try to understand the mental processes behind the legal actions - start to think like a foreign lawyer and also to take account of a time-dimension which the law has. It exists in its own historical context.

What makes comparisons so difficult is the fact that there are always certain assumptions in the minds of comparatists. These assumptions are based on the above mentioned "tacit presuppositions of law". *Legrand* summerizes "a framework of intangibles internalized by the interpreter (without any awareness this process having taken place) which colours and, indeed, constrains the interpreter´s subjectivities. It is more accurate, therefore, to think of interpretation as an "intersubjective" phenomenon in the sense that it is the product of the interpreter´s subjectivity as it interacts with the network of all subjectivities within an interpretive community which, over time, is fundamentally constitutive of that community´s articulated values and sustains that community´s cultural identity."[16] Lawyers from different countries are not tabula rasa observers but their normative committments have left a mark on the scheme of interpretation through which they approach different legal systems. This is why, in my opinion, comparative law knows no absolutely neutral and objective perspectives.

IV. Conclusion

Comparative law knows no limits. Even the term itself is only a shorthand for the comparative study of two or more legal orders (systems). Therefo-

---

[15] See also, *Klami*, Methodological Problems in European and Comparative Law p. 12 (Helsinki 1994): "Law in comparative law is much more than a mere set of norms. It also includes valuations and application attitudes..Here one should not forget the meta-norms either: these are norms about the application of law ("instructions for use"): norms about the interpretation of statutes and precedents and hierarchic relationships between different sources of law."

[16] The Impossibility of Legal Transplants p. 115 (Maastricht Journal of European and Comparative Law 1997 p. 111-121). See also, *Searle*, The Rediscovery of the Mind p. 54 (Massaschusetts Institute of Technology 1992): "Consciousness and subjectivity are essential to the mind."

re it is very difficult to define the right way to do comparative studies. What I suggest is that comparisons can be (and have sometimes been) very fruitful enterprises but these studies must pose questions "what is the law", "how to read the law" and "what are the legal actors and their relationships in this specific legal culture". It has been claimed that one must understand legal order in broader philosophical, and sociological perspectives. One representative of this kind of thinking is *Vivian Curran* who has said that "a valid examination of another legal culture requires immersion to the political, historical, economic and linguistic contexts that molded the legal system, and in which the legal system operates."[17] I think that this perspective is too broad when studying two or more western legal systems.[18] On the other hand, however, the study that focuses only on legal rules, is taking too narrow a perspective.

One must remember that the task of comparative law is to enable us to communicate; and we cannot communicate intelligently if all we know is a pile of information of rules and court procedures. Instead one must understand how lawyers think about law in foreign legal systems - how they read legal information, what are the sources of law and how they apply the law. Comparatists should see law as a style of thought and studies of reasoning patterns are indispensable. One has to have an understanding, not just of the judiciary, but of every other institutional actor in the legal system. The reason for this is that the various parts are linked together. How are these actors related ? What are their places in a legal system ? These questions form the basis for comparative studies. In every case, this basic groundwork must be done.

[17] Cultural Immersion p. 50. *Curran* says that her approach is called "the cultural immersion approach."

[18] This is because I take as an assumption that even though there are differences between European legal cultures, they share a common core. Naturally the question is different when one is comparing such countries which do not have the same "deep structure". See *Wieacker*, European Legal Culture p. 19-27 (Am. J. of Comp. L, Vol. 38 81990) p. 1-30). He says that there are three constants which are the foundation of European legal culture. They are individualism, legalism and intellectualism. In his opinion, also England is part of this European legal culture.

Henkilöhakemisto

(ei sisällä sisäänvedoissa tai alaviitteissä mainittuja henkilönimiä)

A

Aarnio, Aulis 37, 122, 136, 280, 349
Alexy, Robert 105
Aristoteles 19, 386
Arnheim, Michael 214
Atiyah, P.S. 190, 218
Aubin, Bernhard 32, 33
Austin, John 132, 156, 204
Azo 154

B

Bailey, S. 245
Baker, J.H. 99
Bankowski, Zenon 212, 213
Baselow, Jürgen 79, 393
Bates, J.N. 197
Beatson, Jack 218
Bennion, Francis 64, 96
Bentham, Jeremy 158, 159
Blackburn, Lord 195
Blackstone, William 159, 181, 186, 314
Boele-Woelki, K. 223
Bogdan, M. 140
Bracton, Henry de 152, 156, 182

Browne-Wilkinson, Lord 197
Brusiin, Otto 37, 43, 102, 105

C

Calonius, Matthias 36
Clark, J.B. 297
Collins, Hugh 49, 50
Cowper, Lord 353
Cross, Sir Rupert 218
Curran, Vivian 2, 3, 141, 397

D

Dale, Sir William 190, 194
Darwin, Charles 156
David, René 3
Dawson, John 3
Denning, Lord 200
Dodova, L. 100
Drobnig, Ulrich 33
Duggan, Anthony 217
Dworkin, Ronald 116, 119, 123

E

Eckhoff, Torstein 117
Ekström, F. 36, 37
Eriksson, Lars D. 104
Ervo, Laura 61
Ewald, William 23, 24, 26, 141, 142, 379, 394
Evans-Jones, Robin 53
Ewing, K.D. 64

F

Feuerbach, P.J.A 23
Fratcher, William 341
Freeman, Michael 196

G

Gans, Edouard 24, 25
Gerven, Walter van 70, 82
Glanville, William 181, 192
Glendon, Mary-Ann 288, 297
Goff, Lord 51, 179, 183, 292
Goodrich, Peter 4, 95, 124, 152, 157, 161, 178, 186, 394
Grossfeld, Bernhard 98

H

Habermas, Jürgen 86
Hakulinen, Y.J 36, 316
Hale, M. 156
Hallberg, Pekka 61
Halliwell, Margaret 217
Hale, M. 156
Halttunen, Rauno 258
Hardwicke, Lord 338
Hart, H.L.A 107, 110, 128, 132, 212, 221
Hegel, G.W.F 25
Heikonen, A.R. 239
Helin, Markku 327
Hellner, Jan 80, 81, 96
Hepple, Bob 202
Herder, J.G. 23
Hill, Jonathan 66
Hoecke, Martin 116
Holland, J.A. 195
Hume, David 108

I

Ihering, Rudolf von 156

J

Joutsamo, Kari 188, 211, 341
Jääskinen, Niilo 20, 22

K

Kahn-Freund, Otto 3, 84-87, 225, 392
Kangas, Urpo 262, 280
Kant, Immanuel 23
Karlsson, Fred 94
Kaser, Max 151
Katsh, Ethan 385
Kerridge, Roger 277
Klami, Hannu Tapani 71, 79, 140, 158, 380
Knuuttila, Simo 386
Kulla, Heikki 383
Kötz, Hein 66, 140

L

Lambert, Edouard 27
Legrand, Pierre 1, 2, 80, 81, 141, 396
Lehtimaja, Lauri 56, 59, 69
Levitsky, Jonathan E. 200, 201, 226
Lilius, Frans Oskar 247
Locke, John 286

M

MacCormick, Neil 106-108, 110, 112-115, 118, 119, 121-123, 125-138, 209, 221, 380, 395
Maine, Sir Henry 156
Makkonen, Kaarlo 92
Mansfield, Lord 204
Markesinis, Basil S. 3, 54, 141, 183
Martyn, J.G. Ross 289
Mason, Anthony 217
Mattila, Heikki 28, 67, 142
Mattila, Pauli K. 302, 310
Merrils, J.G. 67
Merryman, John H. 225
Mill, J.S 286
Miller, Gareth 351, 355, 362
Mincke, Wolfgang 115, 136
Mittermaier, C.J.A. 24

Montesquieu, Charles-Louis de 19, 84
Montgomery, Robert 36

N

Niemi, Matti 5, 135
Niemivuo, Matti 39, 41
Niiniluoto, Ilkka 26, 92

O

Olsson, Curt 42
Oughton, R.D. 292

P

Paterson, Alan 175, 176, 179, 180
Peart, Nicola 286, 299
Peczenik, Aleksander 206
Pellonpää, Matti 59
Platon 186
Posner, Richard A. 170
Pufendorf, Samuel 286
Pylkkänen, Anu 253
Pöyhönen, Juha 5, 112, 117

R

Rautiala, Martti 317
Reid, Lord 220
Renton, Lord 196
Rheinstein, Max 8, 31, 163
Rieg, Alfred 233
Rossdale, S.A. 336, 355
Rudden, Bernard 179

S

Saarenpää, Ahti 111, 247, 261, 285, 323, 328
Saleilles, Raymond 27, 28

Savigny, Friedrich Carl von 20-23, 25, 156, 188, 189
Schmitthoff, Clive 205
Simpson, A.W.B. 208
Stephen, Sir James 47
Steyn, Johan 198
Summers, Robert S. 176
Suominen, Tapani 102
Svinhufvud, Eino 40

T

Teubner, Günther 81
Thibaut, A.F.J 21, 23-25, 156
Tolonen, Hannu 120, 121, 123, 131, 132, 134, 135
Tolonen, Juha 380
Tuori, K. 128

V, W

Vacarius 153
Warner (julkisasiamies) 72
Watson, Alan 82-84, 86, 141, 187
Webb, J.S. 195
Weber, Max 163
Weiss, Manfred 224
Wiio, Osmo A. 94
Wilhelmsson, Thomas 42
Wood, Thomas 45
Woolf, Lord 184
Välimäki, Pertti 283
Wörlund, Göran 284, 285

Y

Ylikangas, Heikki 186

Z

Zimmermann, Reinhard 31, 219, 225, 226
Zweigert, Konrad 66, 140

OIKEUSTAPAUSHAKEMISTO

A. ENGLANTI (AAKKOSLUETTELOSSA)

Abnett and Sidhu and others v British Airways PLC. (12.12.1996: http://www.parliament.the.stationery-office.co.uk/pa/ld199697/ldjudgmt/jd191214/abnett010.htm)
Agnew v Belfast Banking Co [1896] 2 IR 204.
Aldhous, Re [1955] 1 WLR 459.
Attorney-General v Seccombe [1911] 2 KB 688.
Bailey, Re [1945] Ch 191.
Bailey, Re [1985] 2 NZLR 656.
Baker v the Queen [1975] AC 774.
Basham, Re [1987] 1 All ER 405.
Beamish v Beamish [1861] 9 HLC 274.
Beaumont, Re (1902) 1 Ch 889.
Beaumont, Re [1980] Ch 444.
Benjamin, Re [1902] 1 Ch 702.
Besterman, Re [1984] Ch 458.
Bishop v Plumley and another [1991] 1 All ER 236
Birch v Treasury Solicitor [1951] Ch 298.
Bray v Best [1989] 1 All ER 969.
British Railways Board v Pickin [1874] AC 765.
Brownbridge v Brownbridge (1942) 193 LT Jo 185
Bulmer v Bollinger [1974] 1 Ch 401.
C.A. v C.C. The Times, 17.11.1978.
Callaghan, Re [1985] Fam 1.
Callaway, Re (1956) 1 Ch. 559.
Cape Brandy Syndicate v IRC [1921] 1 KB 64.
Cholwill, In the Goods of (1866) 1 P & D 192

Christie, Re [1979] Ch 168.
Clayton v Ramsden [1943] AC 320.
Clore, Re (1982) Ch 456.
Collens, Re [(1986] Ch 505.
Collins, Re [1971] 1 WLR 37.
Collins, Re [1975] WLR 309.
Collin's Will Trusts [1971] 1 WLR 37.
Comiskey v Bowring-Hanbury [1905] AC 84.
Consolidated Press Ltd v Uren [1969] 1 AC 590.
Co-operative Insurance Society Ltd v Argyll Stores (Holdings) Ltd [1993] 3 All ER 934.
Coventry, Re [1980] Ch 461.
Creeney, Re [1985] NI 397.
Crippen, Re [1911] P 108.
Crispin's Will Trusts, Re [1975] Ch 245.
Crowhurst Park, Re [1974] 1 WLR 583.
Cummins, Re [1972] Ch 62.
Daniels and Daniels v R. White & Sons and Tanbard [1938] 4 All ER 258.
Dawson v Wearmouth (25.3.1999: http://www.parliament.the-station...899/ldjudgmt/jd990325/dawson1.htm)
Debenhamn, Re (1986) 1 FLR 404.
Dillon v Public Trustee of New Zealand [1941] 2 All ER 284.
Duckbury v Duckbury [1966] 1 WLR 1226.
E, Re [1966] 1 WLR 709.
Earl of Oxford's Case (1615) 1 Rep Ch 1.
Edwards, Re (1958) Ch 168.
Edward-Taylor, In the Goods of (1951) P 24.
Edward Wong Finance Co Ltd v Johnson, Stokes and Master [1984] 2 WLR 1.
Evans v Evans [1790] 1 Hag Con 35.
Fiscus, Re [1900] 1 Ch 331.
Food Corporation of India v Antlizo Shipping Co. [1988] 1 WLR 603.
Fullard, Re [1981] 2 All ER 796.
Fullard v King [1982] Fam 42.
Giannarelli v Wraith (1988) 165 CLR 543.
Goodchild v Goodchild [1997] 3 All ER 63.
Goodwin v Goodwin [1969] 1 Ch 283.
Gregory, Re [1971] 1 All ER 497.
Hadley v Baxendale (1854) 9 Ex 341.

Hammersley v De Biel (1845) 12 Cl & Fin 45.
Harling v Eddy [1951] 2 All ER 212.
Hedges v Hedges (1708) Prec Ch 269.
Herrington v British Railways Board [1972] AC 877.
Heydon's Case (1534) 3 Co Rep 7a, 7b.
Hill v A.C.Parsons Ltd [1971] 3 All ER 1345.
Horsler v Zorro [1975] Ch 302.
Huber v Steiner (1835) 2 Bing NC 202.
Inland Revenue v Hinchy [1959] 1 QB 327.
Interfoto Picture Library Ltd v Stiletto Visual Programmes Ltd [1988] 1 All ER 348.
James Buchanan & Co Ltd Bbco Forwarding and Shipping (UK) Ltd [1977] 1 All ER 518.
Jelley v Iliffe [1981] Fam 128.
Jennings, Re [1994] 3 All ER 33.
Jessop v Jessop [1992] 1 FLR 591.
Johnson v Agnew [1979] 1 All ER 883.
Jones v Roberts [1995] 2 FLR 422.
K, Re [1985] 2 All ER 833.
Keeler's Settlement Trusts, Re [1981] Ch 156.
Knight v Earl of Plymouth (1734) 21 ER 214.
Korvine's Trust, Re (1921) 1 Ch 343.
Lasala v Lasala [1980] AC 546.
Laver v Fielder (1862) 32 Beav 1.
Layton v Martin [1986] 2 FLR 227.
Leach, Re [1985] 2 All ER 754.
Lee v Bude and Torrington Railway Co (1871) LR 6 CP 576.
Lewis, Re [1904] 2 Ch 656.
Linden Gardens Trust Ltd v Lenesta Sludge Disposals Ltd. [1994] AC 85.
London Street Tramways [1898] AC 37.
Lucking, Re [1968] 1 WLR 866.
Macarthys Ltd v Smith [1978] 1 WLR 849, [1979] 3 All ER 331.
MacLennan v MacLennan (1958) SC 105.
Malone v Harrison [1979] 1 WLR 1353.
Marsden, Re [1884] 26 ChD 783.
Marshall v Kerr [1995] 1 AC 148.
Marsland, Re [1939] Ch 820.
McGuillan (1995) 4 All ER 400.
Midland Bank Trust Co. v Green [1982] Ch 529.

Milroy v Lord (1862) 4 De GF & J 264.
Mills v Anderson (1984) 2 All ER 538
Mills v Shields [1948] IR 367.
Moore v Darton (1851) De G & Sm 517.
Morris v Beardmore [1981] AC 446.
Ogilby, Re [1942] Ch 288.
Ogwo v Taylor [1987] 1 All ER 668.
Pannet v P. McGuinness & Co. Ltd. [1972] 2 QB 599.
Parker v Clark (1960) 1 WLR 286.
Pauling, Re [1964] Ch 303.
Pepper v Hart [1992] 3 WLR 1032, [1993] AC 593.
Phelps, Re [1980] Ch 275.
Pitts, Re (1931) 1 Ch 546.
Pollock, Re (1941) Ch 219.
Practise Direction [1991] 1 WLR 1.
Practise Note [1995] All ER 234.
Practise Notes on Citation of Authorities [1995] 1 WLR 1096; [1995] 3 All ER 256 sekä [1996] 1 WLR 854; [1996] 3 All ER 382.
Practise Statement (Judicial Precedent) [1966] 1 WLR 1234.
Ralphs, Re [1968] 1 WLR 1522.
Rastin v British Steel Plc (1994) 1 WLR 732.
Regina v Brown (24.7.1997: http://www.parliament.the-stationery-office.co.-uk/pa/ld199798/ldjudgmt/jd970724/brown01.htm).
Regina v Mills and Poole (24.7.1997: http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/ld199798/ldjudgmt/jd970724/mills01.htm).
Reynolds, Re [1966] 1 WLR 19.
Roberts, Re [1978] 1 WLR 613.
Robinson v Ommaney (1883) 23 Ch D 285.
R v Gomez [1993] AC 442.
R v R [1991] 4 All ER 481.
R v Ministry of Agriculture (1996) The Times, 20.12.1996.
R v Ministry of Defense ex parte Smith [1996] QB 517.
R v Sheffield Stipendiary Magistrate, ex parte Stephens (1992) The Times, 16.3.1992
R v Shivpuri [1987] AC 1.
R v Viro (1978) 18 ALR 257.
R v Warwickshire County Council, ex P. Johnson [1993] 1 All ER 299.
Re M (a minor) Care Order [1994] 2 All ER 298.
Reynolds Will Trusts, Re [1966] 1 WLR 19.

River Wear Commissioners v Adamson (1876-7) 2 App Cas 743.
Robert Petroleum Ltd v Kenny Ltd (1983) 2 AC 192.
Rondel v Worsley [1969] 1 AC 191.
Rosenthal, Re [1972] 3 All ER 552.
Rooks v Barnard [1964] AC 1129.
S., In the Estate of [1968] P 302.
Sallis v Jones [1936] P 43.
Searle, Re [1949] Ch 73.
Sehota, Re [1978] 3 All ER 385.
Sen v Hadley [1990] 2 All ER 898.
Sivyer v Sivyer [1967] 1 WLR 1482.
Sledmore v Dalley (1996) P & CR 196.
Spiliada Maritime Corp v Casulex Ltd [1987] AC 460.
Stamp Duty Commissioner for New South Wales v Permanent Trustee Company [1956] AC 572.
Stevens v Chown [1921] Ch 894.
Strong v Bird (1874) 18 Eq 315.
Stubbings v Webb [1993] 2 WLR 120.
Styler v Griffith [1942] Ch 387.
Sudeley v Attorney-General [1987] AC 11.
Synge v Synge [1894] All ER 1164,
Tankard, Re [1942] Ch 69.
Taylor v Caldwell (1863) 3 B & S 825.
The Incorporated Council of Law Reporting for England and Wales v Attorney-General and another [1971] 3 All ER 1029.
Tombling v Universal Bulb Co. Ltd. [1951] 2 TLR 289.
Wachtel v Wachtel [1973] Fam 73.
Wallerstein v Moir (No. 2) [1975] 1 QB 373.
Ward v Turner (1752) 2 Ves Sen 431.
Wayling v Jones (1993) 69 P & CR 170.
White and another v Jones and others [1995] 1 All ER 691.
Whitmore v Lambert [1975] 1 WLR 495.
Wilkinson, Re [1978] 1 All ER 221.
Williams v Johns [1988] 2 FLR 475.
Woolwich Building Society v IRC (No. 2) [1993] AC 170.
Young v Bristol Aeroplane Co. (1944) KB 7.

B. SUOMI JA SAKSA (KRONOLOGISESSA JÄRJESTYKSESSÄ)

KKO 1945-II-52.
KKO 1958-II-79.
KKO 1977-II-110.
KKO 1981-II-132.
KKO 1982-II-142.
KKO 1983-II-34.
KKO 1983-II-167.
KKO 1984-II-32.
KKO 1985-II-88.
KKO:1988:93.
KKO:1988:102.
KKO:1992:176.
KKO:1993:64.
KKO 1993:136.
KKO:1995:7.
KKO:1995:34.
KKO:1995:176
KKO:1995:177.
KKO:1996:118.
KKO:1996:124.
KKO:1997:70
KKO:1997:87.
KKO:1997:107.
KKO:1998:5.
KKO:1998:121.
KKO:1998:148.
KKO:1999:50
KHO 6.5.1998 T 773/1998.

BVerGE 34, 269.
BVerfGE 35, 202.
BVerfGE 51, 304.

C. YHTEISÖJEN TUOMIOISTUIMEN RATKAISUT (NUMEROJÄRJESTYKSESSÄ)

Asia 3/54, Assider v High Authority [1954-56] ECR 63.
Yhdistetyt asiat 7/56 & 3-7/57, Algera v Common Assembly, [1957-8] ECR 39.
Asia 26/62, Van Gend en Loos [1963] ECR 12.
Asia 4/69, Lütticke [1971] ECR 325.
Asia 41/74, Van Duyn [1974] ECR 1334.
Asia 44/79, Hauer v Rheinland-Pfalz [1979] ECR 3727.
Asia 129/79, Macarthys Ltd v Smith [1980] ECR 1275.
Asia 155/79, AM & S [1982] ECR 1575.
Asia 283/81, Cilfit v Ministry of Health Care [1982] ECR 3415.
Asia 106/89, Marleasing [1990] ECR I-4135.
Asia C-312/93, Peterbroeck v Belgian State [1995] ECR I-4599.
Yhdistetyt asiat C-430/93 ja C-431/93, Van Schijndel ja Van Veen v SPF, [1995] ECR I-4705.
Yhdistetyt asiat C-46 & 48/93, Brasserie du Pêcheur & Fctorname [1996] ECR I-1029.
Asia C-191/95, Euroopan yhteisöjen komissio v Saksan liittotasavalta (29.9.1998)(http://europa.eu.int/cj/fi/jurisp/index.htm)

Lausunto 2/94, Euroopan ihmisoikeussopimus, Kok. [1996] I-1759.

ENGLANTILAISTEN TAPAUSRAPORTTIEN LYHENTEET:

AC	Appeal Cases 1891-
All ER	All England Reports 1936-
ALR	Australian Law Reports
APP Cas	Law Reports Appeal Cases, House of Lords 1875-90.
Atk	Atkyns' Chancery Reports (26 ER) 1736-55
Beav	Beavan's Rolls Court Reports 1838-66
Ch	Chancery Cases 1891-
Ch D	Chancery Cases 1876-1890
Cl & Fin	Clark & Finnelly's House of Lords Cases (6-8 ER) 1831-46.
Cr & Ph	Craig & Phillips' Chancery Reports (41 ER) 1840-
De GF & J	De Gex, Fischer and Jones' Chancery Reports (45 ER) 1860-62
De G & Sm	De Gex & Smales' Chancery Reports (63-4 ER) 1846-52
ER	English Reports (1-176 ER) 1210-1865
Fam	Family Cases
FLR	Family Law Reports 1980-
Hag Con	Haggard's Consistorial Reports (161 ER) 1789-1821
IR	Irish reports 1894-
KB	Law Reports King's Bench 1901-52
LR CP	Law Reports Common Pleas 1865-75
LR Eq	Law Reports Equity Cases 1865-1875
LT	Law Times Reports 1859-1947
LT Jo	Law Times 1843-
Mac & G	Macnaghten & Gordon's Chancery Reports 1848-51
NI	Northern Ireland Law Reports 1925-

NZLR	New Zealand Law Reports 1883-
P	Probate, Divorce & Admiralty Division Cases 1891-
P & CR	Planning and Compensation Reports 1949
P & D	Probate, Divorce & Admiralty Division Cases 1875-1890
Prec Ch	Precedents in Chancery (24 ER) 1689-1722
TLR	Times Law Reports
QB	Queen's Bench Reports 1891-1901, 1952-
Ves Sen	Vesey Senior's Chancery Reports (27-28 ER) 1747-56
WLR	Weekly Law Reports 1953-