

Juhlajulkaisu
Juhani Wirilander
1935 – 30/11 – 2005

Toimituskunta

Jarno Tepora

Mikko Tulokas

Pekka Vihervuori

Tilausosoite

Suomalainen Lakimiesyhdistys

Kasarmikatu 23 A 17

00130 Helsinki

p. (09) 6120 300

f. (09) 604 668

sly@lakimies.org

www.lakimies.org

© Suomalainen Lakimiesyhdistys ja kirjoittajat

Kannen kartat: Maanmittauslaitos

Kannen ja taiton suunnittelu: Heikki Kalliomaa

Juhani Wirilanderin valokuva s. 7 Foto-Jatta

ISSN 0356-7222

IBSN 915-855-248-7

Gummerus Kirjapaino Oy, Jyväskylä 2005

Markku Helin

Oikeustosisekoista siviilioikeudessa

Faktat ja seuraamukset

Analyttisen siviilioikeuden tutkimuksen suuria oivalluksia oli tulkinta, jonka mukaan oikeusjärjestyksen perusyksiköitä eivät olleet oikeudet, vaan oikeustosisekat ja oikeusseuraamukset. Hieman samaan tapaan kuin atomi lakkasi fysiikan kehittyessä olemasta aineen pienin yksikkö, oikeudet menettivät asemansa oikeusjärjestyksen perussoluina. Oikeudet voitiin ja oli tarpeenkin hajotella osiinsa. Kuten atomin hajottaminen toi esiin protonit, neutronit ja elektronit, oikeuksien hajottelu paljasti oikeustosisekat ja oikeusseuraamukset, jotka oikeussäännöissä oli asetettu relaatioon toisiinsa nähden.¹

Uusi tapa nähdä oikeusjärjestys toi entistä paremmin näkyviin sen sääntelyfunktion. Oikeusjärjestyksen avulla yhteiskunta puuttui asioiden kulkuun valitsemalla elämän vuolaana virtaavien tekojen ja tapahtumien joukosta pienen osan oikeudellisesti merkittäviksi.² Kytke-mällä sopivasti valittuun oikeustosisekastoon palkkio tai rangaistus luotiin ihmisille motiivi seikaston toteuttamiseen tai välttämiseen ja päästiin ohjaamaan käyttäytymistä. Ei ollut sattumaa, että analyttiseksi sanottu oikeustiede oli myös instrumentalistista.

Ajatustavan muuttumisella oli huomattava käytännön merkitys, sillä se muutti suuresti kysymyksenasettelua siviilioikeuden tutkimuksessa. Oikeuskeskeisestä, oikeuksien ominaisuuksia kartoittavasta tutkimuksesta siirryttiin fakta-seuraamus-relaatioiden tutkimiseen. Muutos toteutui 1940- ja 1950-luvun kuluessa, mistä lähtien se on ollut osa lainopin metodiikkaa. Ajatus, että oikeussäännön looginen rakenne voidaan esittää fakta-seuraamus-relaation avulla, siirtyi vähitellen myös suomalaiseen oikeusteoriaan, ja näkyy mm. *Kaarle Makkosen* tunnetus-

¹ Näkemistävän muuttumisen seurauksena oikeuksien merkitys oikeustieteessä heikkeni dramaattisesti. Eniten suosiota sai ajatus, että oikeus oli vailla semanttista referenssiä oleva käsite, joka esitysteknisistä syistä asetettiin oikeustosisekkojen ja oikeusseuraamusten väliin. Mutta myös tulkinnat, joiden mukaan oikeus viittaa oikeustosisekastoon, oikeusseuraamuksiin tai näiden väliseen relaatioon, saivat kannatusta. Ks. Helin, Markku, Lainoppi ja metafysiikka. Vammala 1988 s. 211–246.

² Makkosen mukaan ”[o]ikeustosisikka-oikeusseuraamusrelaation kautta *oikeudellinen* paljastuu yhteiskuntatodellisuuden muodostavan ilmiöjoukon hämäännäyttävästä moninaisuudesta”. Makkonen, Kaarle, Oikeudellisen ratkaisutoiminnan ongelmia. Helsinki 1981 s. 26. Samalla tavoin asian hahmottaa Hydén, Håkan, Rättsregler. En introduktion till juridiken. Lund 2001 s. 18.

sa normiluokituksessa, jossa oikeusnormit jaetaan käyttäytymisnormeihin, reaktionormeihin ja reaktiotapanormeihin.³

Tämä näkemys oli lähtökohtana myös *Juhani Wirilanderin* teoksessa ”Rasitteesta maankäyttömääräyksenä”. Henkilön oikeusasema riippuu hänen mukaansa toisaalta voimassa olevista oikeusnormeista ja toisaalta tosiasioista, jotka normissa on asetettu oikeuden tai velvollisuuden syntymisen edellytykseksi. Tutkimusteemansa vaatimuksista käsin hän analysoi oikeustositseikan käsitettä edelleen ja päätyi jakamaan sen kahteen elementtiin, oikeusperusteisiin ja muihin oikeusaseman kannalta relevantteihin tekijöihin.⁴ Tämän jaottelun kuvausvoimaa hän koettelee läpi teoksensa, ja lukija huomaa sen nopeasti hyväksi.

Miksi tosiseikastoja on tarpeen tutkia?

Kysymystä, millaisia oikeustositseikastoja siviilioikeudessa käytetään, voidaan tarkastella useista eri näkökulmista. Näistä yksi on *valtiosääntöoikeudellinen* kysymys lainsäädäntövallan ja tuomiovallan välisestä suhteesta. Tarkasteltavana on tällöin oikeustositseikaston väljyys. Mitä enemmän arviointia, harkintaa ja punnintaa tarvitaan sen arviointiin, onko oikeustositseikasto toteutunut, sitä enemmän valtaa on siirretty lainsäätäjältä tuomareille. Niin sanottua tuomari-valtiokehitystä voitaisiin seurata suhteellisen tarkasti jäljittämällä oikeustositseikastossa tapahtuneita ja tapahtumassa olevia muutoksia.

Toinen mahdollinen näkökulma oikeustositseikkoihin on *sääntelyteoreettinen*, voimassa olevan sääntelyn adekvaattisuuteen liittyvä. Kysymys on tällöin siitä, miten hyvin oikeustositseikoiksi valittujen seikastojen käyttäminen oikeusnormeissa toteuttaa niitä tavoitteita, joita sääntelylle on asetettu tai olisi de lege ferenda asetettava. Onko oikeustositseikat valittu niin, että seuraamusten kytkeminen niihin ohjaa käyttäytymistä oikein?

Kolmas näkökulma on *ontologinen*. Tutkimalla oikeustositseikkoja saamme kuvan siitä, millainen on oikeustieteen maailma, toisin sanoen millaisten olioiden eksistenssiä se edellyttää. Tunnetun loogikon *Willard van Orman Quinen* erittäin sallivan ontologisen näkemyksen mukaan todellista on kaikki, mikä voi esiintyä eksistenssivanttorin arvona.⁵ Tutustumalla oikeustositseikkoihin löydämme nuo arvot ja pääsemme tutkimusmatkalle oikeustodellisuuteen, joka saattaa olla piirteiltään kovin erilainen kuin fyysikon tai biologin maailma. Tällainen ontologinen suvaitsevaisuus on kuitenkin ollut harvinaista. Tavallisempaa on ollut etukäteen määritellä, mitä todellisuuteen kuuluu, ja sen jälkeen arvioida oikeustiedettä sillä perusteella, miten hyvin sen olettamat tosiasiat määritettyyn ontologiaan mahtuvat. Kotimaisen esimerkin tarjoaa Makkonen, joka opettajansa *Osvi Lahtisen* tavoin asettuu kannattamaan nk. nominalismia ja päätyy ymmärtämään oikeustositseikat ”empiirisesti reaaliseen ilmiömaailmaan palau-

³ Ks. Makkonen, *Oikeudellisen ratkaisutoiminnan ongelmia*. Helsinki 1981 s. 38–46.

⁴ Wirilander, Juhani, *Rasitteesta maankäyttömääräyksenä*. Vammala 1979 s. 40–63.

⁵ Quine, Willard Van Orman, *On what there is*. 13 teoksessa Quine, *From a logical point of view*. Harper & Row 1961.

tuvana asiana”.⁶ Makkonen ei testaa, miten voimassa olevien normien tosiseikastot täyttävät tämän vaatimuksen. Käsitykseni mukaan testin tulos olisi ollut lohduton.⁷

Neljäs näkökulma on *lainopillinen*. Tutkimalla tosiseikastoja saamme selville normin soveltamisedellytykset. Oikeustositseikkojen tutkiminen monografioissa ja artikkeleissa kuuluu nykyäänkin lainopilliseen normaalitieteeseen. Kun oikeustieteen kausia tyypitellään, saatetaan joskus väittää, että analyttisen tutkimuksen vaihe olisi ohi. Näin ei ole, vaikka tutkimuksen muotivirtaukset saattavat kulkea toisaalla. Yhtenä osoituksena tästä on oikeustositseikka-oikeusseuraamus-relaation säilyminen tutkimustyötä jäsentävänä tekijänä.

Kiinnostus oikeustositseikkojen tutkimiseen yleisenä, yksittäiset normisällöt ylittävänä kysymyksenä, näyttää sitä vastoin laimenneen. Ainakin yleinen oikeustiede on Makkosen ja eräiden *Aulis Aarnion* varhaisempien tutkimusten jälkeen lähes pyyhkinyt kysymyksen agendaltaan.⁸ Asiahakemistot viimeaikaisissa yleisen oikeustieteen teoksissa eivät yleensä tunne koko käsitettä.

Oikeustositseikkojen tutkimusperinteestä

Siviilioikeudellisten tunnusmerkistöjen tutkimiselle yleisenä kysymyksenä voidaan löytää ohut pohjoismainen historia. Tässä suhteessa merkittävä oli *Vilhelm Lundstedt*, jonka tunnettuun rakennelmaan yhteiskuntahyödyistä (*samhällsnyttan*) sisältyi muun ohessa eräänlainen oikeustositseikkojen teoria. Tarkoitin sillä tutkimusohjelmaa, jossa pyritään selvittämään, millaisiin tosiseikkoihin oikeusvaikutukset on voimassa olevassa oikeudessa kytkeyty ja millaisiin tosiseikkoihin ne tulisi lainsäädännön tavoitteet huomioon ottaen kytkeä. Lundstedtin perusajatus oli, että oikeustiedettä vuosisatoja piinanneet ontologiset virheet, oikeusseuraamusten kytkeytyminen metafysiisiin, reaalia maailman ulkopuolisiin seikastoihin, johtivat siihen, että oikeusjärjestyksen kehittäminen yhteiskuntahyödyllisen sääntelyn instrumenttina vaikeutui. Ontologisista virheistä seurasi toisin sanoen sääntelyteoreettinen ongelma. Ontologinen virhe oli oikeusseuraamusten kytkeytyminen oikeuksien tapaisiin harhakuviin, mutta myös sellaiset tosiseikastoissa esiintyvät käsitteet, kuten ”tro och heder”, ”rättsstridighet”, ”billighet” ja ”rättvisa”, oli lainattu oikeustieteen metafysiisistä käsitevarastosta ja pitäisi sinne nopeasti palauttaa.⁹

Lundstedtin ohjelma sai osittaisen toteutuksen reella överbälganden -metodiin perustuneessa pohjoismaisessa oikeustieteessä. Käyttämällä hyväksi siviilioikeudellisen lainsäädännön vähäisyyttä ja aukollisuutta se pyrki reaalisten argumenttien avulla etsimään oikeusnormeille selkaiset tosiseikastot, että normit toteuttaisivat ”elävän elämän vaatimuksia”. *Erik af Hallströmin*

⁶ Makkonen, Oikeudellisen ratkaisutoiminnan ongelmia s. 26 ks. myös s. 27–30.

⁷ Tapa, jolla Makkonen luonnehtii oikeustositseikkoja, saa hänen teoksessaan merkitystä lähinnä siinä, miten normin soveltaminen ymmärretään. Soveltaminen on Makkosen mukaan toimenpide, jossa ratkaisija vertaa edessään olevaa yksilöityä ja konkreettista tapahtumaa lakitekstissä kuvattuun tapahtumaan. Ks. *ibid.* s. 28.

⁸ Ks. erit. Aarnio, Aulis, Laki, teko ja tavoite. Forssa 1975 s. 177–183

⁹ Esim. Lundstedt, Vilhelm, Obligationsbegreppet II:1. Uppsala 1930 s. 221.

osamaksukauppaa koskeva tutkimus on erinomainen esimerkki tällaisesta tavoitteesta.¹⁰

Oikeustosisekkujen muuttaminen oikeusnormien sääntelyfunktion parantamiseksi näyttää olevan tavoitteena myös oikeustaloustieteellisessä tutkimuksessa. Analyyttiseen realismiin verrattuna sen tulokset meillä ovat jääneet laihoiksi. Kuten *Pekka Timonen* on todennut, syynä saattaa olla se, että merkittävä osa niistä muutospaineista, joka Yhdysvalloissa tuottivat law and economics -suuntauksen, purkautui meillä jo analyttisen realismin kautta. Reaaliset argumentit ovat Timosen mukaan saattaneet olla epätasällisempia ja yleisluonteisempia kuin taloustieteeseen perustuvat tehokkuusargumentit, mutta niiden funktio on ollut pitkälti sama.¹¹

Lundstedtin lisäksi on syytä mainita toinenkin pohjoismainen oikeustosisekkujen tutkija, jonka ajatuksista ulottuu näkyvä juonne nykypäiviin. Hän oli norjalainen *Ragnar Knoph* (1894–1938). Hänen keskeisen havaintonsa mukaan oikeussäännöt ovat muuttumassa siten, että tuomaria tiukasti sitovien normien suhteellinen merkitys vähenee ja tuomarin harkinnalle ja punninnalle tilaa antavat väljähköt mittapuut, standardit lisääntyvät. Edelleenkin on hänen mukaansa normeja, joissa oikeusseuraamukset on kytketty tarkkoihin, konkreettisiin kriteereihin, joiden toteutuminen on vahvistettavissa ulkomaailmaa havainnoimalla. Trendinä on kuitenkin standardien lisääntyminen. Standardeissa lainsäätäjä käyttää harkitusti epämääräisiä ja harkinnanvaraisia tosiseikastoja antaakseen tilaa kunkin tapauksen yksilölliselle arvioinnille.¹²

Lundstedt ja Knoph näkivät siten tapahtumassa olevan kehityksen pitkälti samoin, mutta asennoituivat siihen eri tavoin. Lundstedt piti uusien säännösten ohjailufunktiota vajavaisena, ja katsoi syyksi sen, että niitä muotoiltaessa oli liian pienessä määrin irtauduttu oikeustieteen oikeuskeskeisestä ja samalla metafysisestä perinteestä. Knoph suhtautui niihin pääosin myönteisesti. Standardien esiinmarssi merkitsee hänen mukaansa ennakoitavuuden heikentymistä, mutta samalla oikeudenmukaisuus lisääntyy tuomarin saadessa luvan ottaa huomioon tapauksen erityispiirteitä.

Elävä elämä on Knophin mukaan täynnä nyanseja ja liukuvia rajoja, kun taas perinteiset oikeussäännöt ovat abstrahoivia ja tarkkoja rajoja asettavia. Standardit lieventävät tätä epäsuhtaa, koska niiden rakenne on perinteisiä oikeussääntöjä lähempänä elävää elämää. Ne ovat viitaalisia ja kehityskelpoisia tavalla, josta tavalliset oikeussäännöt eivät voi uneksiakaan. Tavalliset oikeussäännöt ovat Knophin mukaan ikään kuin pysähtyneitä valokuvia oikeuselämästä. Standardien oikeustosisekkastoissa esiintyvät sosiaaliset mittapuut, kuten ’ilmeisen kohtuuton’, ’vilpittömyys’ tai ’bonus pater familias’, ovat sitä vastoin ”oikeuselämän vapaita lintuja, oikeuselämän spontaaneja luomuksia, ja ne säilyttävät tämän ominaisuutensa, vaikka standardi sisällyttää ne itseensä viittaamalla niihin.”¹³ Tästä seuraa standardien viitaalisuus ja kyky muut-

¹⁰ Ks. af Hällström, Erik, Verkan av ägareförbehåll på rättsförhållanden mellan säljaren och köparen. Åbo 1942. Reaalistien argumenttien tulosta Suomen siviilioikeustieteeseen ks. Helin, Lainoppi ja metafysiikka s. 355–395.

¹¹ Timonen, Pekka, Oikeustaloustiede – mitä se on? Lakimies 1998 s. 107 ja 113–114 sekä Timonen, Pekka, Määräysvalta, hinta ja markkinavoima. Jyväskylä 1997 s. 127–129.

¹² Ks. esim. Knoph, Ragnar, Rettslige standarder. Oslo 1948 s. 2–10. Ks. Myös Knoph, Ragnar, Åndsretten. Oslo 1936 s. 520 ss.

tua ajan mukana. Ja tämä saavutetaan ilman, että on tarvetta polkaista lainsäädäntökoneistoa käyntiin.

Monet Knophin korostamat ajatukset saapuivat meille myöhemmin toista kautta, kun *Ronald Dworkinin* erottelu sääntöjen ja periaatteiden välillä herätti täällä kiinnostusta. Ainakin löyhästi Knophin ajatuksiin voidaan liittää myös ajattelutavat, joissa korostetaan siviilioikeuden materiaalistumista, hyvinvointivaltiolistumista ja abstraktiotason laskua sekä annetaan näille seikoille merkitystä yleisten oppien kehittämisessä.¹⁴

Oikeustosisekastojen moninaisuus

a. Millaisia oikeustosisekoja siviilioikeudessa nykyisin käytetään? Edes likimain tyhjentävän vastauksen antaminen tähän kysymykseen taitaisi olla mahdotonta laajassakaan teoksessa. Makkosen luonnehdinta yhteiskuntatodellisuuden hämäännyttävästä moninaisuudesta pitää yhä paremmin paikkansa oikeustodellisuudestakin. Syynä on oikeudellistuminen, jonka myötä lisääntyvä osa yhteiskuntatodellisuuteen kuuluvasta ilmiöjoukosta nostetaan oikeudellisesti merkittäväksi.

Oikeustosisekastojen melko tarkka tutkiminen oikeusalaakohtaisesti saattaisi silti olla tarpeen oikeudenalan itseymmärryksen ja sitä heijastavien yleisten oppien parantamiseksi. Tässä kirjoituksessa tavoite on paljon vaatimattomampi. Pyrkimyksenä on luonnostella taksonomiaa oikeustosisekoista, joita tavataan siviilioikeudessa.¹⁵ Samaan tapaan kuin *Carl von Linnén* taksonomia osoittaa kasvikunnan moninaisuuden ja runsauden, oikeustosisekojen luokittelu havainnollistaa sitä, miten erityyppisiin seikastoihin oikeusvaikutuksia on kytketty ja voidaan kytkeä. Tällä tiedolla on puolestaan monentyyppistä käyttöä pyrittäessä ymmärtämään sitä monimutkaista ilmiötä, jota sanotaan oikeusjärjestykseksi.

b. Onko siviilioikeudessa normeja, joihin ei liity lainkaan oikeustosisekastoa? Tällaiset oikeusnormit ovat harvinaisia ja epätyypillisiä, mutta eivät tuntemattomia. Avioeroprosessin käynnistäminen ei nykyisin edellytä minkään eroperusteen käsillä oloa. Saadakseen harkinta-ajan

¹³ Knoph, *Rettslige standarder* s. 21–22. (suom. tässä)

¹⁴ Tähän liittyvistä tutkimuksista ks. erit. Wilhelmsson, Thomas, *Social civilrätt*. Helsinki 1987. Ks. myös Mononen, Marko, *Sopimusoikeuden materiaalisuudesta*. Helsinki 2001 ja Pöyhönen, Juha, *Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu*. Vammala 1988. Ks. myös Wilhelmsson, Thomas, *Sosiaalisen siviilioikeuden metodiset lähtökohdat*. teoks. Häyhä, Juha (toim.), *Minun metodini*. Helsinki 1997 s. 339–355. Kirjoittaja tiivistää s. 348 metodinsa toteamalla, että hän on hakenut murtumakohtia perinteisen siviilioikeuden perusajatuksen, ”jonka mukaan siviilioikeuden subjekti on anonymi ja abstrakti ja samoja säännöksiä sovelletaan riippumatta siitä, kuka on oikeussuhteen osapuolena kulloisessakin tapauksessa”. Voitaneen sanoa, että etsittyjä murtumakohtia ovat olleet juuri oikeustosisekastoissa tapahtuneet muutokset, joissa siviilioikeuden abstrakti subjekti on hajotettu osiin ottamalla huomioon se rooli, jossa yksilö toimii, tai joissa oikeusseuraamuksia on kytketty uudentyyppisiin tosiseikastoihin, kuten osapuolten tarpeisiin tai osapuolten taloudelliseen tilanteeseen.

¹⁵ Siviilioikeudessa tämänsuuntaiset kysymyksenasettelut ovat olleet niukasti esillä. Rikosoikeudessa näyttää sitä vastoin olevan perinnettä ajatukselle, että rikostunnusmerkkinen tutkiminen yleisenä kysymyksenä on tärkeää. Ks. tästä Jareborg, Nils, *Begrepp och brottsbeskrivning*. Lund 1974.

kulumaan hakijan ei tarvitse vedota mihinkään prosessin ulkopuoliseen seikastoon, vaan hakemuksen tekeminen riittää yksinään. Tilanne on siten toinen kuin esimerkiksi irtisanottaessa vuokrasuhde. Siinähan tarvitaan irtisanominen, joka on prosessin ulkopuolinen institutionaalinen tosiseikka, ja kysymys sen toteutumisesta voi tulla riidan kohteeksi tuomioistuimessa.

Täysin oikeustositseikkottomia avioeron saamista sääntelevät normit eivät kuitenkaan ole. Voidakseen saada avioeron hakijan täytyy olla avioliitossa, joka on institutionaalinen tosiseikka.¹⁶ Lisäksi avioeroproessin toisessa vaiheessa hakijan täytyy osoittaa, että harkinta-aikaa on kulunut enemmän kuin kuusi kuukautta mutta vähemmän kuin vuosi. Tämä on puolestaan fysikaalinen tosiseikka.

Ehkä vielä parempi esimerkki normeista, joissa oikeustositseikastolla on oikeusseuraamuksen kannalta (lähes) olematon merkitys, ovat lapsen huoltoa ja tapaamisoikeutta koskevat säännökset. Lapsen huoltoa, asumista ja tapaamisoikeutta koskevaa ratkaisua ei saa kytkeä minkään oikeustositseikaston toteutumiseen, vaan se on perustettava ennusteeseen siitä, millainen ratkaisu on paras lapsen kehittymisen ja kasvun kannalta.¹⁷ Se, mitä lapsen ja hänen vanhempiensa elämässä on tapahtunut, on toki relevanttia ratkaisun kannalta, mutta tapahtumien merkittävyys ei perustu siihen, että ne olisivat oikeustositseikkoja. Päinvastoin ne muodostavat vain eräänlaisen todistustositseikaston, jonka avulla ennuste voidaan laatia.

Huollosta riitelevien vanhempien on usein vaikea ymmärtää sitä, ettei huollosta tai tapaamisoikeudesta annettavaa ratkaisua voida suoraan perustaa esimerkiksi toisen vanhemman moittittavaan käyttäytymiseen, kuten lapsen manipulointiin, omavaltaiseen huostaanottoon, tapaamisoikeuden sabotointiin tai lapsen vieraannuttamiseen toisesta vanhemmastaan. Tätä piirrettä pidetään toisinaan lapsioikeuden heikkoutena. Voidaanpa lakia syyttää puolueellisuudestaakin sen vuoksi, että se näyttää joskus sietävän ja katsovan tällaista läpi sormien. Lain ”heikkous” on kuitenkin välttämätöntä, jos halutaan ylläpitää ajatusta lapsen edun ensisijaisuudesta. Se edellyttää sitä, että mainituille seikoille annetaan merkitystä vain välillisesti laadittaessa ennustetta siitä, millainen ratkaisu parhaiten toteuttaisi lapsen etua.

c. Missä määrin siviilioikeudessa käytetään empiirisiä, ilmiömaailmaan palautuvia seikastoja oikeustositseikkoina? Täytyvätkö toisin sanoen ne vaatimukset, joita Makkonen oikeustositseikoille asetti?

Jossakin määrin ne epäilemättä täyttyvät. Siviilioikeus kytkee runsaasti oikeusvaikutuksia erilaiseen fysikaaliseen todellisuuteen kuuluvaan tapahtumiseen. Syntymä ja erityisesti kuolema ovat tärkeitä oikeustositseikkoja. Viimeksi mainittu on yhteinen tunnusmerkki useimmissa perintöoikeudellisissa seikastoissa. Ajan kulumiseen on kytketty lukuisia oikeusvaikutuksia, joita voivat olla esimerkiksi veloitteen erääntyminen ja vanhentuminen, kanneajan umpeutuminen tai yksilön tuleminen oikeustoimikelpoiseksi.

¹⁶ Ei varmaankaan olisi vallitsevan kielenkäytön mukaista sanoa, että avioeroon tuomitseminen on avioliiton solmimiseen kytkeytyvä oikeusseuraamus. Loogisesti katsoen näin kuitenkin on siinä mielessä, että avioliiton solmiminen on avioeroon tuomitsemisen välttämätön edellytys.

¹⁷ Ks. Savolainen, Matti, Lapsen huolto ja tapaamisoikeus. Helsinki 1984 s. 79.

Holhousoikeuden keskeisiin seikastoihin kuuluu sairastuminen siten, että päätöskyky heikenee. Tätä voitaneen pitää fysikaalisena tosiseikkana sillä varauksella, että on erilaisia käsityksiä siitä, missä määrin sairaudet ovat fysikaalisia ja missä määrin sosiaalisia ilmiöitä. Pelkkä sairastuminen ei lain mukaan kuitenkaan riitä, vaan lisäksi edellytetään, että sairastuneen asiat vaativat hoitoa (holhoustoimilaki [HolhTL] 8 §). Asioiden hoidon tarve ei ole fysikaalinen eikä mentaalinen tosiseikka, vaan tosiseikkoihin ja jossakin määrin arvostuksiinkin perustuvan arvioinnin lopputulos. Arviossa on otettava huomioon lukuisia seikkoja, muun muassa henkilön päätöskyvyttömyyden aste, varallisuuden määrä ja laatu, sairauden vaikutus persoonallisuuteen sekä yksilön läheisiin mahdollisuudet tukea sairastunutta.

Siviilioikeuden tosiseikastoihin kuuluu runsaasti sellaisia, joissa tosiseikaston toteutumisen havaitseminen edellyttää lain soveltajalta kognitiivista, pääosin tosiseikkoihin perustuvaa arviota. Esimerkiksi ”vaaran aiheuttaminen” tai ”vaarantaminen” eivät ole fysikaalisia tosiseikkoja, vaan pääosin tällaisten tosiseikkojen pohjalta tehtyjä päätelmiä. Kysymys, onko autonkuljettaja saattanut vaaraan muut tiellä liikkujat, ei ratkea siten, että tuomari vertaa toisiinsa kuljettajan käyttäytymistä ja normin oikeustositseikastoa. Vastaus edellyttää arviota, jossa otetaan huomioon sellaisia seikkoja kuin kuljettajan ajotapa, ajo-olosuhteet, liikennetiheys ja tien laatu. Vastaavanlaisia pääosin kognitiivista arviota edellyttäviä seikastoja on siviilioikeudessa runsaasti. Tällaisia ovat esimerkiksi ”elatuksen tarve” (avioliittolain [AL] 48 §), ”ymmärtämättömyys” (oikeustoimilain [OikTL] 31 §), ”perusteltu syy kieltäytyä suorituksesta” (takaus- ja vierasvelkapanttauksesta annetun lain [TakausL] 29 §) tai ”poikkeavuus siitä, mitä myydyn kaltaiselta kiinteistöltä voidaan kauppahinta ja muut seikat huomioon ottaen perustellusti edellyttää” (maakaaren [MK] 2:17).

d. Siviilioikeudessa ei kytketä oikeusvaikutuksia ainoastaan tapahtumiseen tai olosuhteisiin, vaan hyvin keskeisesti *tekoihin*. Siviilioikeuden subjektit oletetaan aktiivisiksi toimijoiksi, jotka itse ohjaavat elämäänsä käyttämällä oikeusjärjestystä päämääriensä toteuttamiseksi. Tämä tapahtuu tekemällä oikeudellisesti relevantteja tekoja.

Siviilioikeuden kannalta merkitykselliset teot edellyttävät suhteellisen harvoin fyysistä tekemistä ja ruumiillista työtä. Tässä siviilioikeus eroaa suuresti rikosoikeudesta. Tosin sielläkin näyttävät olevan yleistymässä tunnusmerkit, jotka voidaan toteuttaa hikoilematta ja itseään tahrिमatta.

Esimerkkejä fyysistä työtä edellyttävistä siviilioikeudellisista tunnusmerkistöistä voidaan toki löytää. Alkuperäisiin, ei-johdannaisiin saantoihin luetaan isännättömän esineen valtaus ja esineen valmistaminen toisen omistamasta materiaalista. Omistusoikeuden saaminen tällä tavoin voi joskus vaatia kovaa työtä. Esimerkiksi villin eläimen valtaaminen pyydystämällä eläin ja ottamalla se haltuun edellyttää sitä. Oikeushistoriaan jo siirtyneen kiinteän omaisuuden valtauksen osalta tilanne oli pitkälti toinen. Kuten *Päivi Paasto* osoittaa, oikeusfilosofisessa keskustelussa omistuksen saaminen kiinteään omaisuuteen perusteltiin usein oikeutetuksi vetoamalla omaisuuden hyväksi tai sen avulla tehtyyn työhön. Filosofisessa katsannossa työ tuotti omistusoikeuden. Lainopillisessa valtaussaannon tunnusmerkistöä koskevassa keskustelussa

työperusteelle ei sitä vastoin annettu juurikaan merkitystä, vaan valtauksen toteuttamiseen riitti symbolinen tai rituaalinen teko, alueen merkitseminen sillä tavoin, että sivullinen saattoi merkeistä päätellä toisen tahtovan pitää sen itsellään.¹⁸

Siviilioikeus on mukavoitunutta. Se arvostaa aktiivisuutta, mutta vieroksuu ruumiillista työtä. Tämä on mahdollista sen vuoksi, että siviilioikeuden seikastot eivät viittaa fysikaalisiin vaan institutionaalsiin tosiseikkoihin. Fysikaalisia tosiseikkoja voidaan luoda vain kausaaliyh-teyden välityksellä, mikä edellyttää työtä ja voiman käyttöä. Institutionaalisia tosiseikkoja voidaan sitä vastoin luoda ritualistisesti, toimimalla tavalla, joka toiminnan tulkintaa määrittävän säännön mukaan tuottaa tuon tosiseikan. Tuon toiminnan ei tarvitse olla raskasta työtä, vaan se voi olla hyvinkin kevyttä ja symbolista. Teot, joilla oikeuksia perustetaan, muutetaan tai saadaan lakkaamaan, ovat juuri tällaisia. Yleensä riittää siisti sisätyö, kynän ja paperin tai tietokoneiden avulla ”sähköisesti” suoritettava.

Toiminnan mieltä ja merkitystä koskevat säännöt, konstitutiiviset säännöt on oikeusteoreettisessa kirjallisuudessa usein sivuutettu luonnehtimalla ne määritelmiksi.¹⁹ Esimerkiksi Mak-kosen normiluokitukseen konstitutiiviset säännöt eivät kuulu lainkaan. Ne eivät siksi myöskään saaneet hänen teoksessaan osakseen samaa tarkkanäköistä kuvausta kuin käyttäytymis-, reaktio- ja reaktiotapanormit.

Siviilioikeuden ja yleisemminkin oikeusjärjestyksen ymmärtämisen kannalta olisi suotavaa, että konstitutiiviset säännöt saisivat enemmän huomiota. Useimmat siviilioikeudessa relevanteista tosiseikoista eivät ole fysikaaliseen tai mentaaliseen todellisuuteen kuuluvia, vaan ne ovat institutionaalisia tosiseikkoja. Niiden havaitseminen ei onnistu vertaamalla toisiinsa normin tunnusmerkistöä ja todellisuuden tapahtumia, vaan tarvitaan konstitutiivisen säännön avulla suoritettavaa tapahtuneen tulkintaa.

Velan ottaminen, takaukseen meneminen, kiinteistön myyminen, suorituksen tekeminen ja avioliiton solmiminen ovat tyypillisiä siviilioikeudellisia oikeustositseikkoja, joihin liittyy lukuisia – lähes lukemattomia – oikeusvaikutuksia. Mikään niistä ei kuulu fysikaaliseen todellisuuteen, vaan kaikki ovat konstitutiivisten sääntöjen konstruoimaan oikeustodellisuuteen kuuluvia. Jotta soveltaja voisi todeta tällaisen tosiseikan olevan käsillä, hänen täytyy tuntea konstitutiivinen sääntö, joka osoittaa, millä edellytyksillä velka, takaus, kiinteistönkauppa jne., syntyy. Sen jälkeen hänen täytyy tulkita hänelle esitettyjä tekoja ja tapahtumia tuon säännön valossa. Oikeusnormin soveltaminen on tällaisessa tapauksessa kahden eri säännön tulkintaa, konstitutiivisen säännön, jonka avulla selvitetään oikeustositseikaston toteutuminen ja regulaatiivisen säännön, joka liittyy oikeusvaikutukset tuohon tosiseikastoon.

Siviilioikeudessa on varsin rajoitetusti seuraamustyypppejä; luontaissuoritus, vahingonkorvaus, sopimussakko, pätemättömyys ja sitomattomuus sivullissuhteessa kattavat kaikista seuraamuksista valtaosan. Tunnusmerkistöjen kirjavuus on sitä vastoin lähes loputonta, ja tutkit-

¹⁸ Paasto, Päivi, Omistuksen juuret. Jyväskylä 2004 s. 40–72, 90–95 ja 211–213.

¹⁹ Konstitutiivisista säännöistä ks. esim. Helin, Markku, Kieli oikeustodellisuuden rakentajana s. 1031–1033. Lakimies 1998 s. 1027–1036 ja siinä mainittua kirjallisuutta.

tavien ilmiöiden rikkaus avautuu siellä. Kun muistetaan, että tunnusmerkistöistä suuri osa sisältää institutionaalisia tosiseikkoja, havaitaan, että konstitutiiviset säännöt ovat normisisällöistä kiinnostuneen siviilioikeuden ydinaluetta.

e. Siviilioikeuden tunnusmerkistöt eivät kuitenkaan tyhjenny edellä mainittuihin. Esimerkiksi Ragnar Knoph päätyi oikeustositseikkojen pariin alettuaan pohtia seikastoja, joita ei vielä ole lainkaan mainittu. Tällaisia ovat seikastot, joiden käsillä olon toteaminen edellyttää normin soveltajan suorittamaa arvostamista. Tällaisia seikastoja ovat esimerkiksi ”kunnianvastainen ja arvoton” (OikTL33 §), ”tiesi tai piti tietää” (useita säännöksiä, esim. OikTL 29 §, MK 13:3), ”maanvuokrasuhteissa noudatettava hyvä tapa” (maanvuokralain [MVL] 4 §), ”puolison oloihin soveltumaton menettely” (AL 94 §), ”maksuvaikeus, johon velallinen on joutunut pääasiallisesti omatta syyttään” (KorkoL 11 §), ”kohtuullinen” tai ”kohtuuton” (erittäin monia säännöksiä).

Toisen ryhmän arvostamista edellyttävien normien joukossa muodostavat *sovittelunormit*, joiden tarkoituksena on korjata sopimuksella luodun tai lainsäätäjän antaman normin soveltamisesta johtuvaa seurausta (esim. AL 103 b §, OikTL 36 §; kuluttajansuojalain [KSL] 4:1, MVL 4 §). Kun edelliseen ryhmään kuuluvissa tapauksissa arvottaminen on välttämätöntä tunnusmerkistön toteutumisen arvioimiseksi, sovittelunormi koskee tilannetta, jossa tosiseikaston toteutuminen on jo todettu ja regulatiivista normia alustavasti sovellettu. Jos soveltamisen seuraukset olisivat kohtuuttomat, sovittelunormi tulee apuun. Sen tunnusmerkistönä ovat siten normin soveltamisen seuraukset ja niiden arvottaminen. Asia on samoin kansainvälisessä yksityisoikeudessa käytettävien *ordre public* -säännösten osalta (esim. AL 139.2 §).

Tarkoituksena ei luonnollisesti ole, että tuomari näihin ryhmiin kuuluvia normeja soveltaessaan käyttäisi omia arvostuksiaan. Ajatuksena on *yhteisöllisten* arvojen ja mittapuiden soveltaminen. Knoph näyttää ajattelevan, että tuomari voi hankkia näistä mittapuista tietoa lähes empiirisesti selvittämällä sitä, miten mittapuun täyttävät tahot, esimerkiksi huolelliset perheenisät ja hyvää liiketapaa noudattavat kauppiaat toimivat. Aivan näin ei tietysti ole, sillä jo sen arvioiminen, kuka kuuluu mittapuut täyttävään joukkoon, edellyttää arvostamista.

Se, että arvostamista edellyttäviin seikastoihin katsotaan lisääntyvästi voitavan turvautua, sisältää oletuksen, jonka mukaan yhteiskunnassa on riittävän yhtenäiset sosiaaliset mittapuut osoittamaan, millainen ihminen on huolellinen perheenisä tai rehellinen kauppias, millainen sopimusehto on kohtuuton tai mitä oikeustoimen osapuolen pitäisi tietää kunniallisessa vaihdannassa. Onko tämä osoitus siitä, ettei yhtenäisten arvojen rapautuminen, jonka väitetään leimaavan postmoderniksi sanottua aikaamme, olekaan totta? Ehkä väitetty muutos ilmeneekin vain hiushalkeamina vaarattomissa kohdissa? Vai onko päinvastoin niin, että lainsäätäjä tätä tekniikkaa käyttäessään turvautuu menneen maailman keinoon, jonka sääntelyvoima käy yhä heikommaksi?

Luonnos taksonomiaksi

Jos edellä sanotun pohjalta luonnostellaan oikeustosiseikkojen taksonomiaa, päädytään seuraavaan:

1. seikasto puuttuu;
2. seikastot, jotka viittaavat fysikaaliseen tai mentaaliseen todellisuuteen;
 - a) tapahtumat
 - b) teot
3. seikastot, jotka viittaavat oikeustodellisuuteen (institutionaalsiin tosiseikkoihin);
4. seikastot, joiden toteaminen perustuu fysikaalisten, mentaalisten tai institutionaalisten tosiseikkojen pohjalta tehtyyn kognitiiviseen päättelyyn;
5. seikastot, joiden toteaminen perustuu fysikaalisten, mentaalisten tai institutionaalisten tosiseikkojen arvottamiseen;
6. seikastot, joissa on kysymys normin soveltamisen seurausten arvottamisesta (sovitte-lunormit).²⁰

Luetteloa ei pidä ymmärtää niin, että kunkin normin tosiseikasto voitaisiin aina kokonaisuudessaan sijoittaa johonkin tiettyyn luokkaan luokissa 2–6. Päinvastoin siviilioikeuden normien tosiseikastot ovat usein hyvin monimutkaisia ja sisältävät eri ryhmiin kuuluvia tosiseikkoja. Seikastojen monimutkaisuuden vuoksi normit saattavat joskus olla vaikeita soveltaa. Ettei ylivoimaisiin vaikeuksiin jouduta, on paljolti prosessioikeuden ansiota. Dispositiivisia asioita koskevien menettelyperiaatteiden mukaanhan tuomari voi rajoittaa niiden seikkojen käsitte-lyyn, joihin on vedottu ja jotka ovat jääneet riitaisiksi.

Normisisällöistä kiinnostuneen lainopin tutkijan tehtävät poikkeavat hiukan toisistaan siitä riippuen, mihin ryhmään tutkittavaan normiin sisältyvä oikeustosiseikka kuuluu.²¹ Jos tunnusmerkistössä viitataan fysikaaliseen tai mentaaliseen todellisuuteen, tulkitsijan tehtävänä on tosiseikaston formulointiin liittyvän semanttisen epämääräisyyden pienentäminen. Jos seikas-to viittaa institutionaalsiin tosiseikkoihin, tehtävänä on sen konstitutiivisen säännön tarken-taminen, joka tuottaa institutionaalisen tosiseikan ja mahdollistaa sen havaitsemisen. Arvotta-mista edellyttävien seikastojen osalta tutkijan työnä on puolestaan osallistua yhteisöllisten ar-vojen luomis- ja tarkentamisprosessiin. Myös sovittelusäännösten tutkijan työ voidaan ym-märtää tällä tavoin.²²

Viimeksi mainittu tehtävä ei kovinkaan paljon eroa konstitutiivisen säännön tarkentamisesta. Tutkijoiden ja oikeuskäytännön yhteisvaikutuksesta esimerkiksi vastaus siihen, mitä ostajan ”piti tietää” kiinteistönkaupassa tai mikä on sopimuskumppanien välillä ”kunnianvastaista ja

²⁰ Luokittelu on epäilemättä puutteellinen ja täydennyksiä kaipaava.

²¹ Tarkastelen tässä asiaa lainopillisen normaalitieteen kannalta. Yksittäinen tutkija voi luonnollisesti ymmärtää tehtävänsä toisin ja liittää tutkimustapaansa vaihtoehtoisuutta tai muuta toiseutta ilmaisevan epiteetin. Normaalitieteen analyysi on kuitenkin tärkeää myös niiden tutkimustapojen kannalta, jotka ”vaihtoehtoisuuden” tai muun vastaavan attribuutin kautta asettautuvat tiettyyn suhteeseen siihen nähden.

²² Osituksen sovittelua koskevan AL 103 b § 1:n osalta hyvän esimerkin tarjoaa Välimäki, Pertti, Osituksen sovittelu. Helsinki 1995.

arvotonta”, saattaa vähitellen tarkentua siten, ettei tosiseikaston toteutumisen arviointi ole juurikaan sen vaikeampaa kuin institutionaalisen tosiseikan käsillä olon havaitseminen. Arvojen ja institutionaalisten tosiseikkojen välillä ei ole tarkkaa rajaa.

Ryhmiin 2 ja 3 ja toisaalta ryhmiin 5 ja 6 kuuluvien seikastojen välille jää kuitenkin yksi merkittävä ero. Ensiksi mainittuihin ryhmiin kuuluvat seikastot voidaan periaatteessa tarkentaa loppuun asti siten, että näytön riittäessä on mahdollista yksiselitteisesti osoittaa, onko tunnusmerkistö toteutunut. Epämääräisyys tällaisissa seikastoissa on lainopin itseymmärryksen mukaan ongelma, joka ainakin periaatteessa tulisi voittaa, vaikka käytännössä ei koskaan päästäkään perille. Ryhmissä 5 ja 6 tämä ei ole tarkoitus. Standardi tai periaate, jonka sisältö tarkennetaan loppuun asti, menettäisi sen elastisuuden, kehityskelpoisuuden ja vitalisuuden, jota Knoph piti standardeille ominaisena. Silloin se ei enää olisikaan oikeuselämän vapaa lintu, vaan pelkkä ankkalammikon koriste, jonka siivet on typistetty.