

## *Liberalistinen teoria kansainvälisestä yksityisoikeudesta*

Lakimies  
7–8/2020  
s. 1315–1321

Peari, Sagi

The Foundation of Choice of Law. Choice and Equality

Oxford University Press 2018. XXIV + 316 sivua.

### Taustaa

Amerikkalaisessa oikeustieteessä on vuosikymmenien ajan keskusteltu vilkkaasti siitä, mitä periaatteita tuomarien tulisi soveltaa kansainvälisiä oikeussuhteita arvioidessaan. Teoreettisen keskustelun vilkkautta selittää osaltaan aiheen tärkeys. Lainvalintaongelmat ovat tavanomaisia, sillä niitä nousee esiin paitsi valtioiden myös osavaltioiden rajat ylittävissä oikeussuhteissa. Common law –järjestelmä ja lainsäädännön puuttuminen jättävät oikeustieteelliselle oppien kehittelylle paljon tilaa. Unohtaa ei sovi panosta, jonka Hitlerin Saksasta paenneet tutkijat toivat Amerikan kansainväliseen yksityisoikeuteen päästyään vaikuttamaan sen yliopistoissa ja nauttimaan uudesta vapaudesta sanan monessa merkityksessä.

Vaikka lait puuttuvat, tutkijoiden vapaata luovuutta rajoittavat Yhdysvalloissa arvovaltaiset yhteenvedot, *restatements*. Näiden pitkissä prosesseissa laadittujen tekstien tarkoituksena on osoittaa common law –oikeuden sisältö yhteenvedon soveltamisalalla. Oikeustilan puhtaasta kuvaamisesta ei kuitenkaan tosiasiaassa ole kysymys, vaan restatement on rationaalinen ja tavallisesti myös rationalisoiva rekonstruktio kohteestaan.

Restatement–instituutio on amerikkalainen erikoisuus. *Benjamin N. Cardozon* (1870–1938) tunnetun lausuman mukaan restatement on hiukan enemmän kuin tutkimus, mutta hiukan vähemmän kuin laki. Kansainvälisen yksityisoikeuden osalta tällaisia yhteenveitoja on laadittu kaksi. Niistä jälkimmäinen, *the Second Restatement* valmistui vuonna 1971 keskelle kiivasta keskustelua siitä, mitä periaatteita sovellettavaa lakia etsittäessä tulisi noudattaa.

Lainvalintavallankumous (Conflicts revolution), kuten tuota ajanjaksoa nimitettiin, ei koskaan rantautunut Eurooppaan, vaan klassinen, *von Savignyn* ajatuksiin pohjautuva metodi säilytti asemansa. Tärkeänä syynä tähän olivat *Gerhard Kegel*in (1912–2006) syvälliset ja kriittiset kirjoitukset. Amerikassa niiden vaikutus oli vähäisempi, vaikka kieliongelmat eivät olleet esteenä, sillä Kegel kirjoitti arvionsa englanniksi. Esteenä oli sitä vastoin toinen restatement. Vaikutteita, joita se oli ottanut lainvalintavallankumouksen ajatuksista, ei voitu pyyhkäistä pois vain ulkomaisen tutkijan arvosteluun vedoten.

Epäonnisen ajoituksen vuoksi toinen restatement oli kompromissi, johon monikaan ei ollut tyytyväinen. Sitä pidettiin välivaiheen työnä, jonka ohjausvaihtelu oli vaatimatonta, koska se piti hengissä lainvalintavallankumouksen ristiriitaiset ideat. Sen kompromissihakuisuutta on toisaalta pidetty myös ansiona ja on katsottu sen ehkäisseen sitä, että eri osavaltioiden tuomioistuinten näkemykset metodista olisivat polarisoituneet ja erkaantuneet kauaksi toisistaan. Kolmas Restatement on tätä kirjoitettaessa tekeillä.

## Uusi teoria

Edellä on lyhyesti kuvattu tausta, jota vasten *Sagi Pearin* tutkimus on käsitykseni mukaan ymmärrettävä. Peari, joka on toiminut opettajana useiden eri common law -maiden yliopistoissa, pyrkii esiteltävässä teoksessa luomaan kansainvälisestä yksityisoikeudesta oman teoriansa. Tavoitteena on rakennelma, jossa lainvalintaa tehtäessä tarpeelliset operaatiot muodostavat johdonmukaisen kokonaisuuden. Opillisenä lähtökohtana ja ponnistusalueena on klassisen metodin ja lainvalintavallankumouksen ideoiden välinen ristiriita.

Kirjoittaja haluaa rakentaa teoriansa uskantilaiselle pohjalle. Uskantilaisuus tarkoittaa tässä klassista liberalismia. Sen mukaan yksityisoikeuden peruskäsite on yksilönvapaus. Jokainen yksilö on vapaa siihen asti, kunnes toisen yksilön vapauspiiri tulee vastaan. Kullakin yksilöllä on tiettyjä perustavia oikeuksia, jotka eivät ole luovutettavissa. Muita oikeuksia yksilöt voivat hankkia sitoutumalla oikeussuhteisiin toisen kanssa. Koska myös toisella on oma vapautensa, sitoutuminen voi tapahtua vain niin, että molemmat tahtovat samaa. Sopimusvelvoitteiden lisäksi yksilöllä voi olla rikkomusvelvoitteita, jotka johtuvat toisen vapauspiirin loukkaamisesta. Valtion tehtävä on antaa yksilöiden olla vapaita ja turvata vapautta huolehtimalla siitä, että velvollisuuksia noudatetaan ja oikeudet toteutuvat.

Kirjoittaja ei mitenkään perustele, minkä vuoksi teoria on rakennettava juuri uskantilaiselle pohjalle. Tätä voi vähän oudoksua. Vaikka liberalismi on yksityisoikeuden tausta-ajatuksena maailmalla laajasti levinnyt, liberalismista on monia eri versioita ja monet maat ovat yhdistäneet siihen sosiaalisia näkökohtia. Valinnan perustelemisen olisi ollut siksi tarpeen. Teosta ei kuitenkaan voida tulkita pelkästään luonnostelmaksi siitä, miltä uskantilainen kansainvälinen yksityisoikeus näyttäisi. Päinvastoin kirjoittaja uskoo asiaansa ja esittää teoriansa parhaana vaihtoehtona.

Peari hylkää suoralta kädeltä amerikkalaiseksi intressianalyysiksi sanotut teoriat. Näiden teorioiden mukaan tapaukseen sovellettava laki on etsittävä tutkimalla, millä niistä valtioista, joiden lakien soveltamisalaan tapaus kuuluu, on

suurin oikeuspoliittinen intressi siihen, että sen lakia sovelletaan. Nämä teoriat osuvat Pearin mukaan kauaksi ohi maalin. Valtioilla ei hänen mukaansa ole intressejä yksityisoikeudellisissa riidoissa eikä tuomarin rooli ole oikeuspolitiikan toteuttaminen vaan oikeuden jakaminen riidan osapuolille.

Toinen lainvalintavallankumouksen idea, jota kirjoittaja tarkastelee, on ”better law approach”. Sen perusajatuksen mukaan lainvalinta on tehtävä sisällöllisin kriteerein; tuomarien on tutkittava niitä lakeja, joihin tapauksella on liittymä, ja valittava niistä sovellettavaksi sisällöltään paras. Siitä, miten paremmuus määritellään, on eri versioita. Tämä lähestymistapa saa kirjoittajalta intressianalyysia paremman vastaanoton. Peari kuitenkin hylkää ajatuksen, että lainvalinta voisi ensi sijassa perustua tarjolla olevien lakien sisältöön. Hän katsoo tähän olevan monia syitä: Metodi johtaisi subjektiivisuuteen, ennakoimattomuuteen ja kenties lopulta lex forismiin tuomareiden suosissa omaa tuttua lakiaan. Viimeksi mainittu ajatus, johon *Albert Ehrenzweig* suhtautui suopeasti, on Pearille kauhistus, sillä se (voi) johtaa siihen, että kantaja pääsee yksipuolisesti valitsemaan sovellettavan lain, mikä on vastoin toisen osapuolen vapautta.

Kirjoittaja päätyy siten klassiseen savignylaiseen rakenteeseen. Hän jakaa teoriansa kahteen eri pilariin. Niistä ensimmäinen, lainvalintapilari, koostuu abstrakteista lainvalintasäännöistä. Niiden avulla valitaan tapaukseen sovellettava aineellinen laki. Valinta tehdään muilla perusteilla kuin lakien sisältöä arvioimalla. Lainvalintasääntöjen tulee olla multilateraalisia, toisin sanoen sellaisia, että minkä tahansa valtion laki voi tulla sovellettavaksi, jos lainvalintanormissa osoitettu liittymä siihen johtaa. Näin toteutuu eri valtioiden yhdenvertaisuus. *Lex fori* ei ole lainvalintasääntönä hyväksyttävä, mutta sen soveltaminen voi Pearin mukaan olla ainoa käytännöllinen ratkaisu joissakin yleisten oppien kysymyksissä, kuten luonnehtimisongelmissa. Kirjoittaja hyväksyy myös sen, että menettelykysymyksiin sovelletaan foorumin lakia, kunhan menettelyn käsite ymmärretään suppeasti.

Teorian toinen kivijalka, jota kirjoittaja nimittää kohtuullisuuspilariksi, koskee lainvalintasäännön osoittaman lain, *lex causaen* sisällön arviointia. Tällöin voidaan kirjoittajan mukaan ottaa huomioon näkökohtia, joita ”better law approach” korosti. Kohtuullisuuspilariin tukeuduttaessa kyse ei kuitenkaan ole eri lakien paremmuuden vertailusta, vaan ainoastaan siitä, täyttääkö *lex causae* hyväksyttävyyden vähimmäisvaatimukset. Perusteita kieltäytyä lain soveltamisesta ovat kirjoittajan mukaan: 1) laki on barbaarisen valtion antama, 2) laki syrjii ihmisiä rodun, sukupuolen tai vastaavan henkilöön liittyvän syyn perusteella tai 3) laki ei kunnioita eri valtioiden yhdenvertaisuutta.

Kirjoittaja on melko vähäsanainen siitä, milloin hylkäämisen kriteerit täytyvät. Hän toteaa kuitenkin, että hylkäämiskynnys on korkea. Barbaarisia ovat kirjoittajan mukaan valtiot, joiden lainsäädäntö on niin kaoottista tai epäselvää, että se ei kykene tuottamaan *Immanuel Kantin* tarkoittamaa laillista asiointilaa. Kirjoittaja mainitsee esimerkkeinä talebanien hallitseman Afganistanin ja ISIS

-hallinnon Lähi-Idässä. Myös kirjoittajan esimerkit syrjivästä lainsäädännöstä ovat tavanomaisia ja jokseenkin äärimmäisiä.

Kansainvälisyksityisoikeudellisessa kirjallisuudessa käydään *lex causaen* sisällön kontrollointiin liittyen keskustelua muun muassa siitä, millä tavoin suvaitseva monikulttuurisuus, joka on kansainvälisen yksityisoikeuden keskeinen piirre, olisi sovittava ihmisoikeuksien universaalisuusvaatimukseen tai miten olisi suhtauduttava esimerkiksi islaminuskoisten maiden sukupuolisidonnaiseen perheoikeuteen. Kirjoittaja ei osallistu näihin keskusteluihin. Hän näyttää olevan enemmän kiinnostunut mallinsa rakenteesta kuin siitä, mihin hänen hylkäämisperusteensa tarkkaan ottaen johtavat.

Sovellettavan lain sisällön kontrollia harjoitetaan klassisessa mallissa *ordre public* -periaatteen avulla. Sitä sovellettaessa ei koskaan hylätä lakeja, vaan ainoastaan niiden soveltamistuloksia. Laki voi syrjivästä luonteestaan huolimatta tuottaa yksittäistapauksessa hyväksyttävän tuloksen, jolloin sitä ei ole aihetta sivuuttaa. Peari näyttää sitä vastoin hylkäävän lakeja. Hänen mukaansa ISIS-järjestön tienristeykseen pystyttämää liikennevaloa ei tarvitse noudattaa, koska se on osa barbaarista järjestystä eikä sen vuoksi ole pätevä normi. Ei liene helppoa keksiä esimerkkiä lainvalintaongelmasta, jossa kysymys tällaisen normin noudattamisesta ajankohtaistuisi. Mutta jos niin kävisi, liikennevaloa on klassisen mallin mukaan lähtökohtaisesti noudatettava, koska siinä, että joutuu hetken odottamaan vihreän syttymistä, ei ole mitään oikeusjärjestyksen perusteiden vastaista. Toinen asia on, että klassinen malli voi toista kautta johtaa normin hylkäämiseen. Jos katsotaan, että kalifaatilla ei ollut suvereenia valtaa alueella, jolla valotolppa seiso, kalifaattia ei voida pitää valtiona. Tällöin myöskään sen normit eivät kelpaa lainvalintasäännöillä poimittaviksi.

Pearin teorian huomattavin uutuus koskee sen lainvalintapilaria. Peari väittää, että Savignyn perusajatukset on yleisesti ymmärretty väärin. Savignyä tulkitaan vakiintuneesti niin, että oikeussuhteeseen on sovellettava sen valtion lakia, jossa oikeussuhteella luonteensa mukaisesti on kotinsa (*seinen Sitz*). Oikeussuhteen koti löytyy käyttämällä oikeudenalakohtaista liittymää, joka Savignyn mukaan on esineoikeudessa esineen sijaintipaikka, sopimusoikeudessa sopimuksen täyttämipaikka, perheoikeudessa aviomiehen kotipaikka, perintökysymyksissä perittävän kotipaikka ja statuskysymyksissä statuksen haltijan kotipaikka. Peari katsoo, että Sitz-teoria on virhetulkinta. Hänen mielestään Savigny edusti Kantin filosofiaan palautuvaa kantaa, jonka mukaan ensisijainen lainvalintaperuste oli oikeussuhteen osapuolten valinta tai vapaaehtoinen alistuminen (voluntary submission) tietyn lain soveltamiseen. Kotipaikka, sijaintipaikka ja muut liittymät olivat ainoastaan presumptioita, joita voitiin soveltaa, jos osapuolet eivät olleet tehneet lainvalintaa eivätkä muutoinkaan olleet osoittaneet oikeussuhdettaan tietyn lain alaisuuteen.

Peari rakentaa oman teoriansa tälle Savignyn tulkinnaalle. Ratkaistaessa, mitä lakia oikeussuhteeseen on sovellettava, on kysyttävä, minkä lain alaisuuteen osa-

puolet ovat tarkoittaneet oikeussuhteensa alistaa. Kysymys ratkeaa helposti, jos osapuolet ovat tehneet lakiviittauksen. Sen puuttuessa tuomarin on pyrittävä löytämään osapuolten tarkoitus erilaisista indikaatioista päätelemällä. Jos tämäkään ei onnistu, voidaan viime kädessä palata liittymäsääntöihin.

Sovellettavan lain osoittavat liittymäsäännöt ovat Pearin mallissa presumptioita, joita sovelletaan vain, jos ei voida näyttää osapuolten tarkoittaneen muuta. Voi olla, että toinen restatement, jossa lainvalintanormit niin ikään ovat eräänlaisia presumptioita, on vaikuttanut tähän päätelmään. Peari ei kuitenkaan perustele kantaansa siihen viittaamalla, vaan tukeutuu kantilaisiin lähtökohtiinsa. Peari myöntää, että Savigny ei pitänyt liittymäsääntöjään presumptioina. Peari katsoo tämän osoittavan, että Savignyn teoriassa oli sisäinen ristiriita, jonka hänen oma teoriansa korjaa.

Peari ulottaa teoriansa myös perheoikeuteen. Perusteluksi näyttää riittävän se, että avioliiton solmiminen oli Kantin mukaan yksityisoikeudellinen sopimus. Tältä osin kirjoittaja tietää erkaantuvansa kauas Savignyn ajatuksista. Kiinteän omaisuuden osalta hän näyttää sitä vastoin pysyvän Savignyn kannalla, tosin eri perustein. Pearin mukaan osapuolten alistuminen, joka tavallisesti ratkaisee sovellettavan lain, ei kiinteän omaisuuden osalta ole ratkaiseva seikka, koska muun kuin kiinteistön sijaintipaikan lain hyväksyminen rikkoisi sijaintivaltion suvereenisuutta ja eri valtioiden yhdenvertaisen kohtelun periaatetta. Kansainvälinen julkisoikeus tulee tässä kohden rajoittamaan kansainvälisen yksityisoikeuden vaihtoehtoja.

Pearin teoria antaa suuren merkityksen tahdonautonomialle, mutta hän ei tältä osin kehittele teoriaansa kovin pitkälle. Oikeuskirjallisuudessa on paljon keskusteltu siitä, mitä oikein tapahtuu, kun laki tahdonautonomian myötä muuttuu käyttäytymistä ohjaavasta tekijästä normatiiviseksi tuotteeksi, joka kilpailee muiden vastaavien tuotteiden kanssa valituksi tulemisesta. Peari ei näihin keskusteluihin osallistu ainakaan systemaattisella tavalla. Kansainvälisesti pakotta viin aineellisiin normeihin, joiden käyttäminen on yksi keino rajoittaa tahdonautonomian vaikutuksia, Peari suhteutuu jyrkän kielteisesti.

## Arvioita

Eurooppalainen kansainvälinen yksityisoikeus ei näytä kulkevan Pearin viitoitamalla polulla. EU:n asetuksissa tahdonautonomialla on paikkansa, mutta se ei ole pääsääntö sopimusosoikeutta kenties lukuun ottamatta. Lainvalintasäännöt eivät ole presumptioita, vaan niitä on noudatettava, jos lakiviittausta ei ole tehty tai tahdonautonomian käyttö ei ole sallittua. Joihinkin lainvalintanormeihin on tosin otettu poikkeuslausekkeita, joiden soveltaminen lähenee Pearin suositta-

maa harkintaa. Eroja on muitakin. Sovellettavan lain laatukontrollia ei harjoiteta hylkäämällä lakeja, vaan arvioimalla ordre public –opin mukaisesti niiden soveltamistuloksia. Kansainvälisesti pakottaviksi katsottaviin normeihin vetoaminen on yleensä sallittua, joskin rajoitettua.

Eroavuudet ovat suurimmillaan perheoikeudessa. Eurooppalainen lainsäätäjä on tältäkin osin kulkenut Savignyn jalanjäljissä. Savignylle perheoikeus ei ollut puhdasta yksityisoikeutta, vaan osittain moraalien piiriin kuuluva ja siten yhteisöllinen ilmiö. Yksilöllä oli yhteiskuntaan nähden moraalinen velvollisuus täydentää omaa yksipuolisuuttaan liittymällä toiseen. Ehkä voidaan *Kaarlo Sarkian* hienoa runoa mukailien sanoa, että perustamalla perheen yksilö maksaa velkaansa elämälle. Tällaiseen perheoikeuteen velvoiteoikeuden individualistiset lähtökohdat eivät sovi. Aineellisen perheoikeuden individualistisuus on länsimaissa tosin lisääntymässä, mikä voi ennen pitkää heijastua lainvalintanormeihin.

Pearin teorialla ei näytä menevän kovin hyvin Amerikassakaan. Kolmas restatement, jonka valmistelu on edennyt luonnosvaiheeseen, on tämänhetkisten tietojen mukaan ottamassa lähtökohdakseen intressianalyysin, siis teorian, jonka Peari suoralta kädeltä hylkäsi. Peari on ollut asiasta tietoinen teoriaansa laatiessaan, sillä keskustelu luonnoksesta on ollut käynnissä jo muutaman vuoden. Hän ei kuitenkaan uhraa asialle yhtä kriittistä alaviitettä enempää.

Amerikkalainen realismi ja lainvalintavallankumous repäisivät kuilun Amerikan kansainvälisen yksityisoikeuden ja sen eurooppalaisen sisaruksen välille. Jos kolmas restatement hyväksytään luonnoksen mukaisena, kuilu näyttää syvenevän. Intressianalyysin ensimmäisessä vaiheessa tuomarin on selvitettävä kilpailevien eli konfliktissa olevien lakien soveltamisalat. Näin saadaan selville, ovatko lait aidosti konfliktissa keskenään, toisin sanoen soveltamisalaltaan päällekkäiset, vai onko kyseessä näennäinen konflikti (false conflict). Jos jonkin Euroopan maan laki joutuu tähän kilpailuun, tuomari voi olla pulassa, sillä Euroopan maiden siviilioikeudelliset lait eivät yleensä määrittele omaa territoriaalista soveltamisalaansa. Se ei ole tarpeellista, koska lainvalintasäännöt osoittavat, milloin normi soveltuu. Pearin teoria ei johtaisi tällaisiin ongelmiin. Monista eroavuuksista huolimatta se on kuitenkin pohjimmiltaan eurooppalainen.

Oikeustieteellisen teorian arvo mallina, mittapuuna tai viitekehyksenä ei tietenkään suoraan riipu siitä, miten hyvin käytäntö sitä seurailee. Kirjoittajan pyrkimys esittää yhtenäisen ja johdonmukainen teoria koko alasta on kunnioitusta herättävä. Lukija saa kirjasta paljon ajateltavaa siitä riippumatta, miten hän suhtautuu kokonaisteoriaan.

Teos sopii mielestäni parhaiten sellaiselle lukijalle, joka jo tuntee kansainvälisen yksityisoikeuden yleisiä kysymyksiä ja niitä koskevaa keskustelua. Sille, joka etsii johdatusta aihepiiriin, kirja on sitä vastoin haastava. Se keskittyy voimakkaasti kirjoittajan omaan teoriaan ja sen brändäämiseen. Kirja on myös esitystavaltaan sängen tiivis ja hiukan impulsiivinen. On kuin kirjoittajan rik-

kaat ajatukset eivät malttaisi odottaa päästäkseen esille rauhallisesti ja hyvässä järjestyksessä.

Kirjan takakanteen on koottu tunnettujen tutkijoiden kiittäviä lausuntoja teoksesta. Ne virittävät lukijan odotukset niin korkealle, että en ole varma, kykeneekö teos niihin täysin vastaamaan.

*Markku Helin*