

SUOMALAISEN LAKIMIESYHDISTYKSEN JULKAISUJA
A-sarja N:o 139

Timo Konstari

HARKINTAVALLAN VÄÄRINKÄYTÖSTÄ

**Tutkimus tarkoitussidonnaisuudesta
hallintoviranomaisten harkintavallan
rajoitusperiaatteena**

With an English Summary

**SUOMALAISEN LAKIMIESYHDISTYKSEN
JULKAISUJA**

A-sarja N:o 139

SUOMALAISEN LAKIMIESYHDISTYKSEN JULKAISUJA
A-sarja N:o 139

TIMO KONSTARI

HARKINTAVALLAN VÄÄRINKÄYTÖSTÄ

**Tutkimus tarkoitussidonnaisuudesta
hallintoviranomaisten harkintavallan
rajolitusperiaatteena**

On the Abuse of Power

Summary

AKATEEMINEN KIRJAKAUPPA
JAKAJA

HARKINTAVALLAN VÄÄRINKÄYTÖSTÄ

**Tutkimus tarkoitussidonnaisuudesta
hallintoviranomaisten harkintavallan
rajoitusperiaatteena**

KIRJOITTANUT

TIMO KONSTARI

OIKEUSTIETEEN TOHTORI

SUOMALAINEN LAKIMIESYHDISTYS

Vammala 1979, Vammalan Kirjapaino Oy

ISBN 951-855-012-3 níd.

ISBN 951-855-013-1 sid.

ISBN 978-951-855-606-3 (pdf)

Veli Merikoskelle

ALKUSANAT

Harkintavaltaani oikein käyttäen kiitän professori Toivo Holopaista ja professori Eero Vilkkosta siitä vapauden, veljeyden ja tasa-arvoisuuden hengestä, jonka vallitessa olen saanut syventyä harkintavallan väärinkäyttöön hallinnossa. Laamanni Edvard Murénille olen kiitollinen rohkaisusta ja monista hyödyllisistä neuvoista.

Ilman Korkeimman hallinto-oikeuden myönteistä suhtautumista olisi tutkimuksen suorittaminen olennaisesti vaikeutunut. Viraston palveluhenkisyys ja ilmapiirin ystävällisyys on ollut kaikin puolin miellyttävä kokemus.

Tutkimuksen englanninkielisen yhteenvedon on asiantuntevasti tarkistanut Mr. Aaron Bell. Suomalaista Lakimiesyhdistystä kiitän tutkimuksen ottamisesta julkaisusarjaansa ja Vammalan Kirjapainoa jälleen kerran hyvästä suorituksesta.

Helsingissä lokakuussa 1979

Timo Konstari

SISÄLLYSLUETTELO

Alkusanat	VII
Sisällysluettelo	IX
Lähdekirjallisuus	XV
Lyhenteitä	XXI
 1 §. TUTKIMUSONGELMASTA	 1
— Harkintavallan väärinkäyttö tutkimuskohteena s. 2 — Harkinta- valta lainkäytössä ja hallinnossa s. 3 — Suhtautuminen vallankäyt- töön s. 4 — Mielivallan käsite s. 5 — Harkintavallan väärinkäyttö- kiellon oikeudellinen luonne s. 7 — Tutkimustehtävä s. 7 — Lähde- aineisto s. 9	
 2 §. DÉTOURNEMENT DE POUVOIR-OPIN HISTORIALLISESTA TAUSTASTA	 11
— Ranskan hallintolainkäyttö opin perustana s. 11 — Opin omaksu- misen syyt s. 12 — Détournement de pouvoir hallintotoimen ku- moamisperusteena s. 13 — Opin leviäminen s. 13 — Leviämiseen vaikuttaneet yleiset tekijät s. 13	
 3 §. DÉTOURNEMENT DE POUVOIR-OPIN KOTIUTTAMISESTA SUO- MEN OIKEUSJÄRJESTYKSEEN	 15
I. Varhaisviitteitä	15
II. Kehityksen taitekohta	20
A. Muutosta ennakoiva korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisu vuonna 1951	20
B. Korkeimman hallinto-oikeuden käännteentekevä ratkaisu vuonna 1952	22
C. Merikosken esittämä tulkinta	25
 4 §. KANNANMUODOSTUKSESTA OIKEUSKIRJALLISUUDESSA	29
 5 §. HARKINTAVALLAN VÄÄRINKÄYTTÖOPIN INSTITUTIOITUMIS- TA KUVAAVAA OIKEUSKÄYTÄNTÖÄ	 36
— Kiertomyymäläkauppa s. 36 — Tarjouskilpailu s. 36 — Kunnallis- ten ilmoitusten julkaiseminen s. 38 — Yksityisoppikoulun avustami- nen s. 39 — Rakennusoikeudellisen poikkeusluvan myöntäminen s. 39 — Virkaehtosopimuksesta poikkeaminen s. 42	

6 §. HARKINTAVALLAN VÄÄRINKÄYTÖN KIELLON OIKEUDELLI- SESTA LUONTEESTA	44
I. Kiellon periaatteellisesta sisällöstä	44
A. Tarkastelun lähtökohta	44
B. Asiallisuuskriteeristä	45
— Objektiviteettiperiaatteen määrittely s. 45 — Periaatteen soveltamismahdollisuudet s. 46 — Objektiiivisuus asiallisuus- periaatteena s. 47 — Objektiiivisuusvaatimuksen merkitys s. 47	
C. Tasapuolisen kohtelun vaatimuksesta	47
1. Alustavia näkökohtia	47
2. Yhdenvertaisuuden huomioon ottaminen soveltamiskäy- tännössä	49
— Palkkauksen tarkistaminen s. 49 — Jätevesimaksutak- san vahvistaminen s. 50 — Kaukolämmityksestä perittävä maksu s. 50 — Yksityistien peruskunnostuskustannusten korvaaminen s. 51 — Omakotitonttien myyminen s. 51	
3. Yhdenvertaisuus vertailuperiaatteena	52
— Erilaiskohtelun samanaikaisuus s. 52 — Koulutilojen vuokraaminen esimerkkinä s. 52 — Johdonmukaisuusvaa- timus s. 53 — Verohuojennuksen myöntäminen esimerk- kinä s. 53	
4. Hallitusmuodon yhdenvertaisuussäännöksen merkityksestä	55
— Oikeuskirjallisuudessa esitettyjä käsityksiä s. 55 — Suhtautuminen soveltamiskäytännössä s. 56 — Alaikäis- ten läsnäolo julkisissa huvitilaisuuksissa esimerkkinä s. 57 — Perusoikeuksiin vetoaminen argumentaatiossa s. 58	
5. »Samanlainen on käsiteltävä samanlaisesti»	59
— Erotteluperusteen valinnan ongelmallisuus s. 59 — Muodollinen ja materiaallinen yhdenvertaisuus s. 59 — Opiskelijoitten kiintiöjärjestelmä esimerkkinä s. 59	
6. Periaatteen käyttöominaisuuksista	60
— Yhdenvertaisuus kommunikatiivisena lyhenteenä s. 60 — Argumentatiivinen aspekti s. 60 — Todistustaakan ja- kautuminen s. 61	
7. Yhdenvertaisuusperiaatteen legalisoinnista hallinnossa ..	61
— Hallintomenettelylakiehdotuksen yhdenvertaisuussään- nös s. 62 — Yhdenvertaisuus ns. kilpailutilanteissa s. 62 — Ratkaisun vaikutus eri asianosaisten oikeuksiin s. 62 — Ehdotetun säännöksen merkitys s. 63	
D. Keinojen ja tavoitteiden oikeasuhteisuudesta	63
— Suhteellisuusperiaatteen määrittely s. 63 — Uhkasakon asettaminen työsuojelun valvonnassa sovellutusesimerkkinä s. 64 — Esimerkkejä rakennusoikeuden alalta s. 65 — Eräitä muuta tapauksia s. 66	
E. Tarkoitussidonnaisuuden vaatimuksesta	67
— Tarkoitussidonnaisuuden vakiintuminen oikeusperiaattee- na s. 67 — Sundbyn normiluokittelu s. 68 — Tarkoitussidon- naisuus metodinormina s. 68	
II. Harkintavallan väärinkäytöstä toimivallan ylityksenä	68
— Toimivallan käsite s. 68 — Harkintavallan väärinkäytön suhde kunnan toimialan ylitykseen s. 69 — UKunL 5 § tarkastelun läh- tökohtana s. 70 — Toimivaltakysymyksen reformulointi s. 71 —	

	Harkintavallan väärinkäyttö kunnan toimivallan asiallisena yli- tyksenä s. 71 — Tarkoitussidonnaisuus tulkintaperiaatteena s. 72	
III.	Hallinnon johtavien periaatteiden kombinoitumisesta — Periaatteitten soveltamismahdollisuudet s. 73 — Eräitä esi- merkkejä kumoamisperusteiden kombinoitumisesta s. 73 — Ko- konaisarvostus argumentaatiomenetelmänä s. 74 — Kokonais- arvostuksen soveltaminen käytännössä s. 75 — Sovellettuja pe- riaatteitten identifioimisongelma s. 75	73
7 §.	OPPI SIDOTUSTA JA VAPAASTA HARKINNASTA HARKINTA- VALLAN VÄÄRINKÄYTTÖKIELLON TEOREETTISENA JA KÄY- TÄNNÖLLISENÄ PERUSTANA	77
	I. Alustavia näkökohtia	76
	II. Ongelman ajankohtaisuus	80
III.	Yhden ainoan oikean ratkaisun ongelmasta	82
	— Oppiin kohdistuvasta kritiikistä s. 83 — Epäselvyysargumentti s. 84 — Erimielisyysargumentti s. 84 — Dworkinin käsitys s. 84 — Käsityksen arviointia s. 86 — Ideologinen aspekti s. 87 — Pyrkimys ennalta arvattavuuteen s. 87 — Sidotun ja vapaan har- kinnan välisen erottelun relevanssi s. 88	
IV.	Tarkoituksenmukaisimman ratkaisun ongelmasta	89
	— Tarkoituksenmukaisuusperiaatteen määrittely s. 89 — Sank- tio-ongelma s. 90 — Shikaanin rinnastettava käyttäytyminen s. 91 — Viran täyttäminen tarkoituksenmukaisuusperiaatteen soveltamisesimerkkinä s. 91 — Laillisuusvalituksen käyttömah- dollisuus s. 92 — Intressiperspektiivi s. 93 — Tiesuunnitelman toteuttaminen sovellutusesimerkkinä s. 93	
8 §.	LAIN TARKOITUKSEN SELVITTÄMISONGELMASTA	95
	I. Lain ration tunnistamiskeinoista	95
	A. Alustavia näkökohtia	95
	B. Ration muuttuvuus	96
	— Lain ration selvittämisen merkitys s. 96 — Lain säätämi- nen tavoitteellisenä toimintana s. 96 — Oikeusjärjestyksen taustapäämäärien huomioon ottaminen s. 97	
	C. Ratiolausumien merkitys tulkintatoiminnassa	99
	— Ratiomääreiden sisällyttäminen säädösteksteihin s. 99 — Ratiolausumien merkitys s. 99 — Virkamieslakon murtaminen asevelvollisuuslain perusteella sovellutusesimerkkinä s. 100	
	II. Ratio legis argumentaatio-ongelmana	101
	— Ns. auditorioteoria s. 101 — Lain ration osoittaminen audi- toriosidonnaisena justifiointioperaationa s. 103 — Säätelysinfor- maation yhdensuuntaisuuden merkitys s. 103 — Ration selvittä- minen normaalitilanteessa s. 103 — Ratkaisupakko s. 105 — Ra- tion identifiointi tarkoitussidonnaisuuden periaatteen soveltamis- edellytyksenä s. 105	
9 §.	TARKOITUSSIDONNAISUUDEN LOUKKAAMISESTA HARKIN- TAVALLAN VÄÄRINKÄYTÖN ILMENEMISMUOTONA	106
	I. Alustavia näkökohtia	106
	II. Hallintopäätöksen premisseistä ja perusteluista	108
III.	Legaliteettipresumtiosta	109

IV. Subjektiivisesta premissikontrollista	110
A. Vaikuttimen ja tarkoitusperän välisestä suhteesta	110
— Vaikuttimen ja tarkoitusperän välinen eroavuus s. 110 — Virkanimitys esimerkkinä s. 111 — Erottelun käytännöllinen merkitys s. 111	
B. Vaikuttimien ja tarkoitusperien selvittämismahdollisuudesta	111
— Konnekteettivaatimus s. 111 — Ns. perusteluvirheet s. 112 — Orgaanin monijäsenisyyden ongelma s. 112 — Virkanimitys sovellutusesimerkkinä s. 112	
C. Ratkaisuun vaikuttavien premissien valintaan kohdistuvista rajoituksista	113
— Harkintamarginaalin vaikutus s. 113 — Obligatoriset, fakultatiiviset ja kielletyt premissit s. 114 — Päättökäytökset ja sivunäkökohdat s. 114 — Pohjoismaiden välistä vertailua s. 115 — Sivunäkökohtien sallittavuus Suomen oikeuskirjallisuudessa s. 116 — Esimerkki oikeuskäytännöstä s. 116 — Premissien epätäydellisyys s. 117	
D. Kiellettyjen premissien luokittelusta	117
— Harkintavallan primäärinen ja sekundäärinen väärinkäyttö s. 117 — Esimerkkitapauksia s. 117 — Eckhoffin esittämä klassifikaatio s. 118 — Käsillä olevassa tutkimuksessa omaksuttu näkökulma s. 119	
E. Kielletyistä premissistä soveltamiskäytännön valossa	119
1. Alustavia näkökohtia	119
2. Puoluesuosinnasta virkanimityksissä	120
— Puoluepoliittisten näkökohtien yleinen sallittavuus päätöksenteossa s. 120 — Ns. poliittiset virkanimitykset s. 121 — Ylilääkärin vaali s. 122 — Kiinteistöosaston sihteerin vaali s. 122 — Hallinnollisten johtajien vaali s. 123 — Taloussuunnittelupäällikön vaali s. 124 — Korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisujen analysointia s. 125 — Suhautuminen ns. virkapaketointiin s. 126	
3. Viran lakkauttaminen harkintavallan väärinkäyttönä ..	127
— Valta virkakoneiston uudelleen organisoimiseen s. 127 — Kunnanlääkärin viran lakkauttaminen s. 127 — Kunnaninsinöörin viran lakkauttaminen s. 128	
4. Virasta vapauttaminen harkintavallan väärinkäyttönä ..	129
— Objektiiivisesti pätevä syy virasta vapauttamisen yleisenä edellytyksenä s. 129 — Lautakunnan sihteerin irtisanominen s. 130 — Kouluhammaslääkärin irtisanominen s. 131 — Virkamiehen oikeus asuinpaikan valitsemiseen s. 132 — Sosiaalihuoltajan irtisanominen s. 133 — Irtisanomisen syiden ilmoittaminen s. 133 — Hallintopäätösten perusteluvelvollisuus s. 134 — Hallintomenettelylakiehdotuksen säännös perusteluvelvollisuudesta s. 134 — Kurinpidolliset toimenpiteet s. 135 — Kaupunginarkkitehdille annettu huomautus s. 135	
5. Fiskaalisista intresseistä	137
— Taloudellisten etujen valvominen julkisyhteisön velvollisuutena s. 137 — Asiayhteyksivaatimus s. 137 — Rakennus- ja kaavoitus oikeudellisia tapauksia s. 137 — Eräitä muita esimerkkejä s. 138 — »Asian luonnosta» johtuvat fiskaaliset näkökohdat s. 139	

6. Hallintopäätökseen liitettävien ehtojen sallittavuudesta	140
— Ehtojen yleinen sallittavuus s. 140 — Elinkeinolupiin liitettävät ehdot s. 141 — Rakennusoikeudellisiin poikkeuslupiin liitettävät ehdot s. 141 — Ehdon liittäminen harkinnanvaraista avustusta koskevaan päätökseen s. 143 — Lainvastaisen ehdon vaikutus päätöksen pätevyyteen s. 144	
F. Intressivertailun merkityksestä harkintavallan käytön arvioinnissa	145
— Intressivertailun rooli oikeudellisessa päättelyssä s. 146 — Kaupunkikuvan suojeleminen ja liikenneturvallisuuden edistäminen esimerkkinä s. 147 — Kaavoitetun puistoalueen vuokraaminen oppilasasuntolan rakentamiseen s. 150 — Äitiysavustuskorvauksen myöntäminen s. 150 — Luvan myöntäminen tanssitilaisuuksien pitämiseen s. 151 — Hallintotoimen suorittamisesta aiheutuvien sivuvaikutusten huomioon ottaminen s. 152	
G. Näyttöongelmasta harkintavallan väärinkäyttöopin käyttöarvoon vaikuttavana tekijänä	152
— Subjekttiivinen premissikontrolli ja vapaa todistusteoria s. 152 — Perustelujen merkitys harkintavallan käytön arvioinnissa s. 152 — Todistustaakan jakautuminen s. 153 — Näyttöongelma soveltamiskäytännön valossa s. 153	
V. Objektiviisesta premissikontrollista	155
A. Subjekttiiviseen teoriaan kohdistuvasta kritiikistä	155
— Klassisen väärinkäyttöopin lähtökohta s. 155 — Krarupin esittämä kritiikki s. 156 — Tilanne eri pohjoismaissa s. 157	
B. Kunnallisten ilmoitusten julkaiseminen sovellutusesimerkkinä	157
— Pakollinen ja vapaaehtoinen ilmoittaminen s. 157 — Kunnallisten ilmoitusten julkaiseminen korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisujen valossa s. 158 — Oikeuskäytännön arviointia s. 163 — Murénin esittämä käsitys s. 164 — Käsitöksen arviointia s. 166	
C. Eräitä muita esimerkkitapauksia	168
— Kioskin vuokraaminen s. 168 — Virkaehtosopimuksesta poikkeaminen s. 168 — Elintarvikkeiden myyntikielto s. 169	
10 §. KOKOAVIA HAVAINTOJA	172
Summary	179
Oikeustapaushakemisto	184
Asiahakemisto	186

LÄHDEKIRJALLISUUS

- Aarnio, Aulis:* Justifiointi ja selittäminen. LM 1974 s. 305—339.
- » — *Kauko Wikström:* Oikeuskäytännön tulkinnasta. Erittely oikeusnormien soveltamistoiminnasta esitettävien väitteiden teoreettisista perusteista ja oikeuskäytännön rakenteesta. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja A-sarja n:o 128. Vammala 1979. XIV + 244 sivua. LM 1979 s. 477—505.
- » — *Laki, teko ja tavoite.* Forssa 1975.
- » — *Mitä lainoppi on?* Helsinki 1978. (Lainoppi).
- » — *Oikeudellisen ajattelun perusteista.* Vammala 1971.
- » — *On Legal Reasoning.* Turku 1977.
- » — *Tulkintalauseen varmuuden ehdoista.* LM 1978 s. 733—747.
- Aattonen, Toivo:* Harkintavallan väärinkäytöstä hallintotoiminnassa. LM 1949 s. 27—42.
- Aho, Matti L.:* Tuomioistuimen harkintavalta ja tuomarin sosiaalinen rooli. DL 1969 s. 465—479.
- Ala-Kurhila, Voitto:* Viranhaltijan oikeus kuntainsa viranomaisten kannanottojen julkiseen arvostelemiseen. SKL 8/1979 s. 8—9.
- Alanen, Aatos:* Yleinen oikeustiede ja kansainvälinen yksityisoikeus. Porvoo 1965 (Toinen uusittu painos). (Yleinen oikeustiede).
- Andersen, Poul:* Dansk Forvaltningsret. Almindelige emner. København 1965 (5. utg.). (Dansk Forvaltningsret).
- » — *Om ugyldige Forvaltningsakter.* København 1924.
- Andersson, Edward:* Något om fri prövning i förvaltningen. JFT 1964 s. 23—45.
- » — *Resultatutjämning vid inkomstbeskattningen.* Vammala 1962. (Resultatutjämning).
- Aura, Matti:* Tarkoituksenmukaisuusharkinta ja sen käyttämiseen valtuuttavat oikeussäännökset. LM 1950 s. 6—22.
- Auby, Jean-Marie:* The Abuse of Power in French Administrative Law. AJCL 1970 s. 549—563.
- Backman, Eero:* Hermeneutiikasta oikeustieteessä. Oikeus 1978: 4 s. 211—219.
- » — *Oikeudellisen ratkaisun loogisista perusteista.* LM 1970 s. 1037—1055.
- Bernt, Jan Fridthof:* Utenforliggende hensyn som ugyldighetsgrunn. Tfr 1978 s. 241—348.
- Boe, Erik:* Ulovlige hensyn i forvaltningsretten. Tfr 1978 s. 349—401.

- Brusiin, Otto*: Tuomarin harkinta normin puuttuessa. Vammala 1938. (Tuomarin harkinta).
- » — Über die Objektivität der Rechtsprechung. Helsinki 1949. (Über die Objektivität).
- Castberg, Frede*: Innledning til forvaltningsretten. Oslo 1955 (3. utg.). (Innledning).
- Chkhikvadze, V.*: The State, Democracy and Legality in the USSR. Moscow 1972. (The State, Democracy and Legality).
- Dworkin, Ronald*: No Right Answer? N.Y.U.L. Rev. 1978 s. 1—32.
- » — Taking Rights Seriously. Cambridge 1977.
- Eckhoff, Torstein*: Domstolskontroll med forvaltningen i Norge. JFT 1964 s. 75—96.
- Eek, Hilding*: »Détournement de pouvoir» i svensk förvaltningsrätt. FT 1944 s. 65—83.
- Ekelöf, Per Olof*: Teleological Construction of Statutes. SSL 1958. Vol. 2 s. 77—117. Uppsala 1958.
- Eklund, Per*: Juridiken som samhälleligt styrmedel. SvJT 1977 s. 577—599.
- Erich, Rafael*: Suomen valtio-oikeus II. Porvoo 1925.
- Eriksson, Lars D.*: Lakipositivismi ja oikeuspositivismi. Tiede & edistys 1/78 s. 43—50.
- » — Om olika argumentationsmodeller. JFT 1978 s. 25—51.
- » — Rättslig argumentering och den dialektiska logiken. JFT 1966 s. 445—482.
- » — Utkast till en marxistisk jurisprudence. Retfærd 11/79 s. 40—54.
- Fredriksson, Gunnar*: Det politiska språket. Uddevalla 1969 (4:e utökade upplagan).
- Frihagen, Arvid*: Forvaltningsrett i hovedtrekk. Bergen 1978 (Forvaltningsrett).
- » — Likhetsprinsippet i forvaltningen. LoR 1964 s. 335—356.
- » — Offentlighetsloven/Kompetanse etter fritt skjønn. Universitetsforlaget 1971 (2. korrigerte optrykk). (Kompetanse).
- Griffiths, John*: Legal Reasoning from the External and the Internal Perspectives. N.Y.U.L. Rev. 1978 s. 1124—1149.
- Hallberg, Pekka*: Hallinto-oikeudellisen valituksen käyttöalasta. Vammala 1978. (Hallinto-oikeudellinen valitus).
- » — Poikkeaminen yleisestä muutoksenhakuoikeudesta hallintoasioissa. LM 1978 s. 562—585.
- Hannus, Arno*: Uusi kunnallislaki. Porvoo 1977.
- Herlitz, Nils*: Några ord om förvaltningsrättslig lagskipning i Finland och Sverige. Juhlajulkaisu Kaarlo Juho Ståhlberg 1865. 28/1. 1945 s. 11—26. Vammala 1945. (Ståhlbergin juhlajulkaisu).
- Hermanson, Robert*: Föreläsningar öfver inhemsk förvaltningsrätt. Helsingfors 1898. (Föreläsningar).
- Hidén, Mikael*: Eduskunnan oikeusasiamies. Vammala 1970.
- » — Hallitusmuodon yhdenvertaisuusnormi ja lainsäätäjä. Juhlajulkaisu Urho Kaleva Kekkonen 1900 . 3/9 . 1975 s. 23—46. Helsinki 1975. (Kekkonen juhla-julkaisu).
- Hoffmann, Reinhard*: Das Ermessen der Verwaltungsbehörden in Frankreich. Berlin 1967. (Das Ermessen).

- Holopainen, Toivo*: Kunnan asema valtiossa. Oikeudellinen rakennetutkimus. Vammala 1969. (Kunnan asema).
- » — Mikä on kohtuullinen hyöty? DL 1961 s. 168—180.
- » — Tuomioistuinten ja tuomareiden riippumattomuudesta ja riippuvuudesta. Juhlajulkaisu PaaVo Kastari 1907 13/11 1977 s. 83—100. Helsinki 1978. (Kastarin juhlaulkaisu).
- Hyvönen, Veikko O.*: Kaavoitus- ja rakentamisoikeus. Vammala 1974.
- » — Maapaketti. Vammala 1976.
- Jatkola, Tapani*: Muutoksenhaku kaava- ja rakennusasioissa. Lakimiesliiton koulutuskeskus. Muutoksenhaku hallinnossa ja verotuksessa 13.—14. 3. 1979. Karjalatalo, Helsinki s. 1 (8)—8 (8). (Muutoksenhaku).
- » — Poikkeusten myöntäminen rakennuskiellosta, erityisesti maistraatin tai järjestysvoimien toimivaltaa silmällä pitäen. Rakennusvalvonta 1968:1 s. 13—17.
- Jokela, Heikki*: Tuomari lainsäätäjänä. LM 1970 s. 840—850.
- Jyränki, Antero*: Perustuslain muuttamismahdollisuudet. Harvojen tasavalta. Perustuslain epädemokraattisuus. Toim. Heikki Karapuu. Helsinki 1970. (Harvojen tasavalta).
- » — Perustuslaki ja yhteiskunnan muutos. Helsinki 1973.
- Kalima, Kai*: Ehdon liittämistä rakennuslain 5.2 §:n ja 132.1 §:n nojalla myönnettäviin lupiin. LM 1977 s. 568—582.
- Kangas, Pekka*: Asemakaavan mahdollisuudet ohjata automarkettien sijoittumista. SKL 11/79 s. 34—38.
- Kangas, Urpo*: Piirteitä Otto Brusiinin ajatusmaailmasta. Helsinki 1976.
- Kaupunkiliiton asioita: Kioskien ja niihin verrattavien myyntipaikkojen aukioloaika. SKL 1950 s. 165—169.
- Kilpi, Pekka*: Oikeusturvasta julkisessa hallinnossa. LM 1972 s. 63—83.
- Klami, Hannu Tapani*: Johdatus julkisoikeuden tutkimukseen. Tampere 1972.
- » — Johdatus oikeusteoriaan. Turku 1977.
- » — Kriittistä oikeusteoriaa. Johdatus juridiseen analyysiin ja hermeneutiikkaan. Tampere 1975. (Kriittistä oikeusteoriaa).
- » — Oikeustieteellisen analyysin peruskysymyksiä. Turku 1971.
- Klaus, Georg*: Sprache der Politik. Berlin 1971.
- Knoph, Ragnar*: Hensiktens betydning for grensen mellem rett og urett. Oslo 1921. (Hensiktens betydning).
- Komiteanmietintö 1973: 91 I ja 1973: 148 II. Viestintäpoliittisen komitean I ja II osamietintö: Lehdistöä ja tietotoimistoja koskevat selvitykset ja ehdotukset. Helsinki 1974.
- » — 1978: 22. Valtion keskushallintokomitean II osamietintö. Nide 1. Helsinki 1978.
- Krarup, Ole — Mathiasen, Jørgen*: Elementær Forvaltningsret. København 1975 (3. udg.).
- Krarup, Ole*: Øvrighedsmyndighedens grænser. København 1969.
- Kurvinen, Pekka*: Pääasiaratkaisusta hallintoprosessissa. LM 1975 s. 616—635.
- Kuuskoski, Reino — Hannus, Arno*: Kunnallislaki. Porvoo 1973 (seitsemäs painos).

- Kuuskoski, Reino*: Halvar G.F. Sundberg: Grunddragen av allmän förvaltningsrätt. Tukholma 1943. 228 siv. LM 1944 s. 202—205.
- » — Sisältyykö harkintavallan väärinkäyttö kunnallisvalituksen valitusperusteisiin. SKL 1948 s. 54—55.
- Lahtinen, Osvi*: Zum Aufbau der rechtlichen Grundlagen. Helsinki 1951. (Zum Aufbau).
- Larma, Otto*: Rakennuslaki ja -asetus. Vammala 1976 (2. uudistettu painos). (Rakennuslaki).
- von Laun, Rudolf*: Das freie Ermessen und seine Grenzen. Leipzig und Wien 1910. (Das freie Ermessen).
- Lauridsen, Preben Stuer*: Om jus og normer. Tfr 1978 s. 103—136.
- Lüers, Hartwig*: Das Polizeirecht in der DDR. Köln 1974. (Das Polizeirecht).
- Makkonen, Kaarle*: Ajatuksia juridisen kielen loogisesta analyysistä. LM 1959 s. 49—72.
- » — Kunnallinen säädösvalta. Hallinto-oikeudellinen tutkimus. Vammala 1968. (Säädösvalta).
- » — Luentoja yleisestä oikeustieteestä. Helsinki 1978.
- » — Toimivalta. Oikeusteoreettinen erittely. LM 1964 s. 778—784.
- » — Zur Problematik der juridischen Entscheidung. Eine strukturanalytische Studie. Turku 1965. (Zur Problematik).
- Martonyi, Janos*: Einige Fragen der Zweckmässigkeitserwägung in der sozialistischen Verwaltung. Die Verwaltung 1970 s. 159—178. (Verwaltung).
- Meister, Burkhardt*: Ermessensmissbrauch oder détournement de pouvoir als Fehlertatbestand der Nichtigkeitsklage des Montanvertrages. Bielefeld 1971. (Ermessensmissbrauch).
- Mentula, Aulikki*: Kunnallisen viranhaltijan asuinpaikasta. SK 1976 s. 1480—1482.
- Merikoski, V.*: Hallinnon politisoituminen. Porvoo 1968.
- » — Hallinto-oikeuden oikeussuojajärjestelmä. Vammala 1968. (Oikeussuojajärjestelmä).
- » — Suomen julkisoikeuden oppikirja II. Porvoo 1946. (Julkisoikeus II).
- » — Valtionapujärjestelmä hallintovalvonnan kannalta. Vammala 1938. (Valtionapujärjestelmä).
- » — Vapaa harkinta hallinnossa. Vammala 1958. (Vapaa harkinta).
- » — Virkavalintain politisoituminen kunnallishallinnossa. SKL 1967 s. 454—456.
- » — »Ylimääräiseen palvelukseen« kutsuminen virkamieslakon murtamiskeinona. LM 1953 s. 679—683.
- Modeen, Tore*: Det kommunala förtroendeuppdraget enligt kommunallagens allmänna stadganden. Helsingfors 1962. (Förtroendeuppdraget).
- Murén, Edvard*: Epäselvyysskin lainvastaista. SKL 6/79 s. 31—34.
- » — Kunnallisesta tiedoksiannosta. SKL 1975 s. 21—25.
- » — Kunnan harkintavallan väärinkäyttö. Pöytäkirja n:o 12, joka tehtiin Suomen kaupunkien ja kauppalaisten sihteerien yhdistys- Föreningen för Finlands stads- och köpingssekreterare r.y. nimisen yhdistyksen kahdennessatoista vuosikokouksessa Kotkassa kesäkuun 18 ja 19 päivänä 1949. (Harkintavallan väärinkäyttö).

- Murén, Edvard:* Kunnan toimiala. Kunnallisasiain käsikirja s. 114—161. Helsinki 1969 (3. laitos). (Kunnan toimiala).
- » — Lainvastaisesta elintarvikkeiden vähittäiskaupan rajoittamisesta poikkeusluvilla ja asemakaavoilla. SKL 9/79 s. 32—35.
- » — Puoluenäkökohta ja kaupungin valintavapaus viranhaltijan vaalissa. SKL 1969 s. 5—6.
- » — Yhdenvertaisuus lain edessä. SKL 10/1961 s. 528—530.
- Mäenpää, Martti:* Tosiseikkojen selvittämisestä hallintomenettelyssä ja hallinto-lainkäytössä. Kansalaisten oikeusturva hallinnossa. Uusi lääninoikeuslain-säädäntö. Lääninoikeuspäivillä 14.—15. 5. 1975 pidetyt esitelmät. Korkeimman hallinto-oikeuden julkaisu 3/1975 s. 49—60. (Kansalaisen oikeusturva).
- Oker-Blom, Max:* En enda riktig lösning trots allt? — Dworkin mot finländsk bakgrund. JFT 1978 s. 251—321.
- Pere, Ilkka:* Kunnallisen viranhaltijan ilmaisuvapaudesta KHO:n ratkaisun va-lossa. SKL 8/1979 s. 10—11.
- Riepula, Esko:* Eduskunnan perustuslakivaliokunta perustuslakien tulkitsijana. Vammala 1973. (Eduskunnan perustuslakivaliokunta).
- Rihto, Ahti — Kandolin, Salme — Vuorinen, Jarmo:* Ehdotus hallintomenettely-laiksi. Oikeusministeriön lainvalmisteluosaston julkaisu 1/1979. Helsinki 1979.
- Rytkölä, Olavi:* Om tjänstemans boningsort. NAT 1963 s. 228—233.
- Sinisalo, Kari ym.:* Ehdotus julkisuuslainsäädännön osittaisuudistukseksi. Oikeus-ministeriön lainvalmisteluosaston julkaisu 14/1978. Helsinki 1978.
- Sinisalo, Kari:* Uhkasakko työsuojelun valvonnassa. Jyväskylä 1977.
- Sipponen, Kauko:* Yhden ainoan oikean tai tarkoituksenmukaisen ratkaisun peri-aatteista. LM 1965 s. 197—212.
- Sjöholm, B. E.:* Om gränserna för de administrativa myndigheternas fria pröv-ningsrätt. JFT 1951 s. 81—106.
- Ståhlberg, K. J.:* Suomen hallinto-oikeus. Yleinen osa. Helsinki 1928 (Yleinen osa).
- Sundberg, Halvar G. F.:* Allmän förvaltningsrätt. Stockholm 1955.
- » — Grunddragen av allmän förvaltningsrätt. Stockholm 1943. (Grunddragen).
- Sundby, Nils Kristian:* Om normer. Oslo—Bergen—Tromsø 1978 (2. opplag).
- » — Sondringen mellom regler og retningslinjer — en replikk. TfR 1978 s. 137—150.
- Sørensen, Max:* Användningen av fri prövning inom förvaltningen. NAT 1952 s. 290—295.
- Tarell, Lars Erik:* Rätt och demokrati. Åbo 1976.
- » — Tankar om rättssäkerheten. JFT 1962 s. 361—369.
- Tezner, Friedrich:* Das freie Ermessen der Verwaltungsbehörden. Wien 1924. (Das freie Ermessen).
- Tikka, Kari S.:* Veron minimoinnista. Tutkimus tulo- tai omaisuusverosta vapau-tumisen tarkoituksessa tehdyistä toimista lain soveltamisongelmana erityi-sesti silmällä pitäen verotuslain 56 §:ää. Vammala 1972. (Veron minimoin-nista).
- Toivola, Osmo:* Sosiaaliturvan pääpiirteet. Helsinki 1978 (7. uudistettu painos).

- Tuori, Kaarlo*: Näkökohtia oikeusturvasta erityisesti julkisen hallinnon kannalta. Valtionhallinnon R-muistio 9/72 s. 13—21.
- Uotila, Jaakko*: Elinkeinolupa. Vammala 1967.
- » — Päättösvallan siirtäminen Suomen valtionhallinnossa. Vammala 1963. (Päättösvalta).
- Victorin, Åke*: Illojal maktanvändning. Några synpunkter. FT 1956 s. 29—58.
- Vilkkonen, Eero*: Hallintotoimen mitättömyydestä. Vammala 1970.
- » — Näkökohtia tarkoituksenmukaisuusvalituksesta. LM 1972 s. 372—396.
- Voipio, Jaakko*: Peiteltä voiton siirto ja kunnallisverotus. Helsinki 1971. (Peiteltä voiton siirto).
- » — Valittamisesta yliopistojen ja korkeakoulujen hallinnossa. Helsinki 1977. (Valittamisesta).
- Vuorinen, Jarmo*: Päätöksen perusteleva. Tutkimus perustelevuuden ulottuvuudesta hallinnossa ja hallinnollisessa lainkäytössä. Oikeusministeriön lainsäädäntöosaston julkaisu 10/1975. Helsinki 1975. (Päätöksen perusteleva).
- Yardley, D. C. M.*: The Abuse of Powers and Its Control in English Administrative Law. AJCL 1970 s. 565—574.
- Zorn, Philipp*: Kritische Studien zur Verwaltungsgerichtsbarkeit. Verwaltungsarchiv. Zeitschrift für Verwaltungsrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit. Herausgegeben von M. Schultzenstein und A. Keil. Zweiter Band. Berlin 1894. (Verwaltungsgerichtsbarkeit).
- Österman, Eino*: Kunnat ja puoluepolitiikka. SKL 9/1973 s. 6—9.
- » — Puoluenäkökohtien huomioonottaminen viranhaltijan vaalissa. SKL 1972 s. 52—53

LYHENTEITÄ

AJCL	= American Journal of Comparative Law
AlkoholiL	= Alkoholilaki 26. 7. 1968/459
AukioloL	= Laki kauppaliikkeiden ja liiketoimistojen aukioloajasta 2. 8. 1946/606
DL	= Defensor Legis
ElinkeinoL	= Laki elinkeinon harjoittamisen oikeudesta 27. 9. 1919/122
EOA	= Eduskunnan oikeusasiamies
FT	= Förvaltningsrättslig Tidskrift
HM	= Suomen Hallitusmuoto 17. 7. 1919/94
HO	= Hovioikeus
HValL	= Laki muutoksenhausta hallintoasioissa 24. 3. 1950/154
JFT	= Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland
JätevesimaksuL	= Laki jätevesimaksusta 13. 7. 1973/610
KansakouluL	= Kansakoululaki 1. 7. 1957/247
KHO	= Korkein hallinto-oikeus
KHOL	= Laki Korkeimmasta hallinto-oikeudesta 22. 7. 1918/74
KM	= Komiteanmietintö
KoulujärjestelmäL	= Laki koulujärjestelmän perusteista 26. 7. 1968/467
KTM	= Kauppa- ja teollisuusministeriö
KunL	= Kunnallislaki 27. 8. 1948/642
LH	= Lääninhallitus
LM	= Lakimies
LO	= Läänioikeus
LoR	= Lov og Rett
MO	= Maoikeus
NAT	= Nordisk Administrativt Tidsskrift
N.Y.U.L. Rev.	= New York University Law Review
OAJS	= Eduskunnan oikeusasiamiehen johtosääntö 10. 1. 1920/2
OK	= Oikeudenkäymiskaari (vuoden 1734 laki)
OKa	= Valtioneuvoston oikeuskansleri
PeruskouluA	= Peruskouluasetus 26. 6. 1970/443
PoliisiL	= Poliisilaki 18. 2. 1966/84
RakL	= Rakennuslaki 16. 8. 1958/370
SK	= Suomen Kunnat
SKL	= Suomen Kunnallislehti

SSL	= Scandinavian Studies in Law
SvJT	= Svensk Juristtidning
TerveydenhoitoA	= Terveydenhoitoasetus 3. 2. 1967/55
TerveydenhoitoL	= Terveydenhoitolaki 27. 8. 1965/469
TfR	= Tidsskrift for Rettsvitenskap
UKunL	= Kunnallislaki 10. 12. 1976/953
VerL	= Verotuslaki 12. 12. 1958/484
VirkamL	= Laki valtion viran tai pysyväisen toimenhaltijan nimittä- miskirjoista sekä heidän oikeudestaan pysyä virassaan tai toimessaan 29. 6. 1926/202
Vp	= Valtiopäivät
YksTL	= Laki yksityisistä teistä 15. 6. 1962/358
ÄitiysavustusA	= Asetus äitiysavustuslain toimeenpanosta 13. 6. 1941/425
ÄitiysavustusL	= Äitiysavustuslaki 13. 6. 1941/424

1 §. TUTKIMUSONGELMASTA

Eräiden poliittisten puolueiden valtuustoryhmien edustajat olivat sopineet, että täytettäväksi tarkoitettuihin virkoihin, muiden ohella kunnan taloussuunnittelupäällikön virkaan, valitaan määrättyjen valtuustoryhmien esittämät henkilöt. Toimittaessaan taloussuunnittelupäällikön vaalin valtuusto menetteli tämän sopimuksen mukaisesti. Syyllistykö valtuusto harkintavallan väärinkäyttöön?

Kaupungin kiinteistö- ja rakennuslautakunta oli antanut koulun lat-tian päällystystyön 123 046 markan suuruisen tarjouksen tehneen yhtiön suoritettavaksi. Työstä oli annettu kaikkiaan neljä tarjouspyynnön mu-kaista tarjousta, joista alhaisin oli ollut 119 244 markkaa. Oliko lautakun-ta käyttänyt korkeamman tarjouksen hyväksyessään väärin harkintaval-taansa?

Kunnanvaltuusto oli päättänyt saattaa kunnalliset ilmoitukset kunta-laisten tietoon vuosina 1977—1980 kuuluttamalla ilmoitustaululla ja eräis-sä sanomalehdissä. Valtuusto oli kuitenkin hylännyt kunnanhallituksen ehdotuksen ilmoitusten julkaisemisesta sanomalehdessä, jolla oli laajin levikki kunnan asukkaiden keskuudessa. Oliko valtuusto tällä tavalla me-netellessään käyttänyt harkintavaltaansa muuhun tarkoitukseen kuin se oli ollut lain mukaan käytettävissä?

Tällaisia visaisia kysymyksiä on korkein hallinto-oikeus useaan ottee-seen joutunut käytännössä pohtimaan viime vuosien kuluessa. Kaikissa kolmessa esimerkkitapauksessa tuli tuomioistuin siihen tulokseen, että valituksen alaiset päätökset eivät olleet lainvastaisia.¹

Ratkaisut saattavat vaikuttaa yllättäviltä ainakin siinä tapauksessa, ettei käytettävissä ole tarkempia tietoja päätöksentekoon vaikuttaneista näkökohdista. Aiheellisesti voi arvostelija kysyä, mikä sitten on vastoin

¹ Sanotuista ratkaisuista ks. tark. jälj. s. 37—38, 124—126, 162—168.

lakia, ellei poliittinen »lehmäkauppa», edullisimman tarjouksen hylkääminen tai laajalevikkisimmän sanomalehden jättäminen pois kunnallisten ilmoituslehtien joukosta.

Harkintavallan väärinkäyttö herättää helposti negatiivissävyisiä tunneperäisiä assosiaatioita samalla tavalla kuin puhuminen virkavaltaisuudesta, salaamisesta ja korruptiosta. Käsillä oleva tutkimus on kuitenkin luonteeltaan normatiivinen ja vaikka aiheena onkin harkintavallan väärinkäytöksi kutsuttu ilmiö, ei kysymys tässä kontekstissa ole väärinkäytösten paljastamisesta vaan oikeustieteessä ja -käytännössä vakiintuneen oikeudellisesti merkittävän käsitteen sisältöön kohdistuvasta analyysistä. Tässä mielessä on aluksi syytä esittää eräitä tutkimuskohdetta ja sen käsittelemiseen liittyviä ongelmia koskevia näkökohtia.

Harkinta merkitsee erilaisten ratkaisuvaihtoehtojen etsimistä ja niiden välillä tapahtuvaa valintaa. *Harkintavalta* puolestaan tarkoittaa mahdollisuutta tämän valinnan tekemiseen.

Harkintavalta voi olla käytännössä *tosiasiallista* tai *oikeudellisesti säänneltyä*.² Tässä tutkimuksessa mielenkiinnon kohteena on oikeudellisesti säännelty harkintavalta. Organisatoris-funktionaalisesti tutkimus rajoittuu harkintavallan käyttöön hallintoviranomaisten hallintotoiminnassa tuomioistuinten lainkäytön yhteydessä tapahtuvan harkinnan jäädessä esityksessä taka-alalle.

Harkintavaltaa lainkäytön alalla on Suomessa edustavalla tavalla tutkinut *Otto Brusiin*, jonka vuonna 1938 julkaistun väitöskirjan aiheena oli tuomarin harkinta normin puuttuessa.³ Teemansa vastineeksi hallinnon alalla hän mainitsee teoksessaan hallintovirkamiehen »vapaa harkinnan».⁴

Brusiinille vapaa hallintoharkinta oli luonteeltaan jotakin olennaisesti poikkeavaa toimintaa verrattuna tuomarin harkintaan. Erityisen sattuvana hän piti *Rafael Erichin* käsitystä, jonka mukaan »vapaa harkinta

² Valta ja vallankäyttö ovat sinänsä problemaattisia käsitteitä. Niiden seikkaperäinen erittely ilmeisesti edellyttäisi huomattavasti hienosyisempiä klassifikaatioita kuin tekstissä käytetty jako tosiasialliseen ja oikeudelliseen vallankäyttöön. Tutkimustehtävää ajatellen se kuitenkin vaikuttaa riittävältä. — Vallankäytön eri tyypeistä ks. tark. esim. *Sundby*, *Om normer* s. 318—324. Ks. myös *Taxell*, *Rätt och demokrati* s. 75—77.

³ Ks. *Brusiin*, *Tuomarin harkinta normin puuttuessa* (Vammala 1938).

⁴ Ks. *ibid.* s. 16.

lainkäytön alalla on olemukseltaan pääasiallisesti jotakin toista kuin hallinnolle ominainen vapaa harkinta».⁵

Erich oli lähtenyt esityksessään siitä, että lainkäytössä vapaan harkinnan tulee olla oikeuden etsimistä, oikeusaatteen konkretisointia, kun taas vapaassa hallintaharkinnassa on kysymys tarkoituksenmukaisuuden arvioinnista, jonka tosin tulee pysyä oikeuden puitteissa.⁶

Nykyään ei enää oikeusteoriassa nähdä tuomarin ja hallintovirkamiehen harkinnan välistä eroa yhtä selvärajaisena, vaan myönnetään, että juridisessa ajattelussa lainkäytön ja hallinnon piirissä vallitsee periaatteellinen samankaltaisuus. Niinpä esimerkiksi *Makkonen* tulee vuonna 1965 julkaistussa väitöskirjassaan »Zur Problematik der juristischen Entscheidung» siihen tulokseen, että hallinnollinen ratkaisuahti ei rakenteellisesti eikä asiallisesti eroa tuomioistuimen ratkaisuahtista.⁷

Toinenkin piirre uudemmassa oikeuskirjallisuudessa on havaittavissa: pyrkimys irtautua *lainkäyttökeskeisestä*, tuomarin harkintaan keskittyvästä ajattelusta ja kiinnittää huomiota erityisesti *hallintoviranomaisten* harkintavaltaan. Tosin lainkäytön piirissä tapahtuvaan ratkaisutoimintaan kohdistuvalla analyysillä on vahvat perinteet legalistisesti ohjautuneessa suomalaisessa oikeuskulttuurissa. Korkeatasoisimmat oikeusteoreettiset tutkimukset liikkuvat edelleenkin tällä alueella, mutta oireita on havaittavissa siitä, että mielenkiinnon kohteeksi on muodostumassa myös tavalliseen hallintomenettelyyn liittyvä päätöksentekoproblematiikka. Tällainen suuntaus on perusteltavissa, sillä ensi asteen »hallintoalalaisia» koskevat ratkaisut syntyvät; vain harvoissa tapauksissa ne joutuvat lainkäyttäjän suurennuslasin alle.

Niin ikään käsitys loogisesta syllogismista tuomarin noudattamana päättelytapana on uudemmassa oikeusteoriassa saanut tehdä tilaa ns. käytännölliselle syllogismille juridista päättelyä kuvaavana mallina (praktista päätelyä esittävä ns. tekninen eli teleologinen normi on ilmaistavissa lyhyesti seuraavalla tavalla: jos A haluaa seurauksen S toteutuvan, hänen pitää toimia tavalla T).⁸

⁵ Ks. *Erich*, Suomen valtio-oikeus II s. 423.

⁶ Ks. *ibid.* s. 423. — Tuomarin harkinnan ja vapaan hallintaharkinnan välisestä erosta ks. myös *Hoffmann*, Das Ermessen s. 13—15.

⁷ Ks. *Makkonen*, Zur Problematik s. 140—152. Ks. myös *Aarnio*, Laki, teko ja tavoite s. 90—92.

⁸ Praktisesta päättelystä ks. tark. erit. *Aarnio*, On Legal Reasoning s. 155—160, 169—198, 208—209, 211—219.

Ongelmallisuudestaan huolimatta praktiseen päättelyyn pohjautuvan ajattelun eräänä merkittävänä tehtävänä on ollut siirtää huomio päätöksenteon *vallankäyttöaspektiin*, joka ns. suljettua systeemiä kannattelevassa oikeudellisessa maailmankuvassa oli jäänyt taka-alalle.

Vallankäyttö ei ollut tuntematon näkökulma Brusiininkaan ajattelussa.⁹ Eteväällä tavalla hän kuvaa teoksessaan tuomarin harkintaa vallankäytön spesifinä muotona. Brusiinin erityisenä tehtävänä olikin juuri tämän havainnon monipuolinen argumentointi. Selkeänä hänen käsityksensä tulee näkyviin seuraavassa sitaatissa, johon myös *Pekka Kilpi* on oikeusturvaa julkisessa hallinnossa käsittelevässä esityksessään viitannut: »Tieteellisen totuuden nimessä on tärkeätä korostaa oikeuden valtataustaa, sillä liberaali poliittinen ideologia (joka hallitsee esim. Pohjoismaiden valtioelämää) pyrkii *peittämään* valtatekijät. Liberalismin tunnussanat 'vapaus' ja 'tasa-arvo' pakottavat olemaan näkemättä valtaa: peittely on siis tuon ideologian kannalta täysin mielekästä.»¹⁰

Vallankäyttö on ollut ja on edelleen keskeinen lainkäyttöön liittyvä piirre. Kokonaan toinen asia on, voidaanko sen häivyttämispyrkimystä pitää luonteenomaisena juuri liberalistiselle ajatussuuntaukselle. Brusiinin näkemystä tosin tukee se hänen havaintonsa, että vanhempi oikeusteoria Suomessa selvästi tunnusti valtatekijät oikeuteen kiinteästi liittyviksi piirteiksi. Käsityksensä saatteeksi hän viittaa *Nehrmanin* ja *Caloniuksen* tuotantoon,¹¹ jossa sana »alamainen» tuo kuvaavasti esiin valtasuhteet, joita »kansalainen» termillä koetetaan liberalistisessa ajattelussa peittää. Kysyä voidaan, miten Brusiinin näkemykseen on sovitettavissa esimerkiksi se, että *Merikoski* tuotannossaan on jälleen palannut vanhemman teorian omaksumaan kielenkäyttöön puhuessaan »hallintoalamaisen» asemasta valtiossa.¹²

⁹ Brusiinin valta-analyysistä ks. tark. *Kangas*, Piirteitä Otto Brusiinin ajatusmaailmasta s. 52—64.

¹⁰ Ks. *Brusiin*, Tuomarin harkinta s. 8—9. Ks. myös *Kilpi*, LM 1972 s. 76—77.

¹¹ Ks. *Brusiin*, Tuomarin harkinta s. 9.

¹² Ks. *Merikoski*, Vapaa harkinta s. 4, joka perustelee itse terminologista valintaansa puhtaasti operationaalisilla näkökohdilla. Hänen mukaansa »yksityinen» ja »yksilö» ovat liian suppeita alaltaan siitä syystä, että valtion hallinnon alaisina on paitsi fyysisiä myös juridisia henkilöitä. Samasta syystä hän pitää myös käsitettä »kansalainen» liian ahdassisältöisenä. Lisäksi *Merikoski* kiinnittää huomiota siihen, että myös vieraan maan kansalainen sekä muukalainen (so. kokonaan kansalaisuutta vailla oleva henkilö), voivat olla valtion hallintovalan alaisia eli siis valtion hallintoalamaisia.

Ideologiat sinänsä tuskin sanelevat vallankäyttöön kohdistuvien asenteitten luonteen. Vallankäyttöön ei ainakaan nykyään sisälly yleisesti katsoen vahvaa kielteistä arvolatausta. Sellainen vire tulee esille vasta kun tarkastelun kohteeksi otetaan *mielivaltainen* vallankäyttö.

Lukuisat tutkijat ovat kirjallisuudessa analysoineet mielivallan käsitettä. Sillä on sija myös Brusiinin tuomarin harkintaa käsittelevässä teoksessa. Kielellisesti käsite viittaa hänen mukaansa subjektiiviseen, enemmän tai vähemmän tunnepitoiseen kannanottoon kysymyksessä, joka oman laatunsa nojalla olisi ratkaistava objektiivisten kriteerien pohjalta. Tällaisina kriteereinä aukkotapausta harkittaessa hän pitää oikeusjärjestystä ja yhteiskunnallista todellisuutta kokonaisuudessaan,¹³ mikä ei kylläkään ole vähäinen vaatimus lainkäyttäjälle monimutkaisessa ja pitkälle eriytyneessä ihmisyyhteisössä, jossa jo pelkästään oman erityisalan hallinta vaatii suuria ponnistuksia.

Merikoski puolestaan on pitänyt mielivaltaisille ratkaisuille tunnusomaisena sitä, että ne riippuvat virkamiesten henkilökohtaisista pyrkimyksistä, tilapäisistä mielihohteista tai sattumanvaraisuudesta.¹⁴ Oikku, mielivaltaisuus, sattuma tms. eivät hänen mukaansa saa viranomaisen ratkaisuja määrätä. Julkisen toiminnan luonteesta, hallinnon julkista etua edistäväksi tarkoitettusta yleissuuntauksesta johtuu, näin Merikoski toteaa, että viranomaisen jokaisella toimella tulee olla järjestelliset syynsä, vaikkakaan oikeusjärjestys ei kaikissa tapauksissa vaadi niiden analysoivaa esittämistä eikä järjestä oikeudellista kontrollia sen selvittämiseksi, onko viranomainen käyttänyt oikein harkintavaltaansa.¹⁵

Uudemmassakin oikeuskirjallisuudessa on esiintynyt mielivallan käsitteen kuvailuyrityksiä, joista eräänä esimerkkinä on mainittavissa Pekka Kilven lausuma, jonka mukaan vallan väärinkäyttöä voidaan kutsua mielivallaksi.¹⁶ Keskeisenä mielivallan käsitteessä hän pitää sitä, että se on sidoksissa sen yhteisön tavoitteisiin, jossa tapahtuvasta vallankäytöstä on kysymys.

Kilven käsitys on, että vallankäyttö on sitä oikeutetumpaa, mitä paremmin se edistää yhteisön tavoitteiden toteutumista. Vallanalaisen kan-

¹³ Ks. Brusiin, Tuomarin harkinta s. 92—93.

¹⁴ Ks. Merikoski, Vapaa harkinta s. 3. Ks. myös Hallberg, Hallinto-oikeudellinen valitus s. 95.

¹⁵ Ks. Merikoski, Vapaa harkinta s. 144—146.

¹⁶ Ks. Kilpi, LM 1972 s. 77—79.

nalta häneen kohdistuva ratkaisu on oikeutettu, jos se toteuttaa hänen kohdallaan yhteisön tavoitteita. Mielivaltaisena Kilpi pitää vastaavasti ratkaisua, jos se vallanalaisen osalta ei toteuta yhteisön tavoitteita.

Kilpi korostaa kuitenkin, että vaikka »hallintoalamaista» koskeva ratkaisu toteuttaisikin hänen kohdallaan yhteisön tavoitteita, hän saattaa silti kokea ratkaisun mielivaltaiseksi, sikäli kuin hän ei pidä yhteisön tavoitteita oikeutettuina. Tällä tavalla siis riippuu merkittävästi yhteisön tavoitteista, onko sen jäsenen kohdistuvaa vallankäyttöä pidettävä oikeutettuna.

Mielivallan käsitettä on eritelty myös *Tuori*, joka Kilven tapaan antaa sille varsin laaja-alaisen merkityssisällön. Mielivaltaisiksi hänen mukaansa voidaan ensinnäkin katsoa sellaiset vallankäyttäjän päätökset ja toimenpiteet, jotka ovat vallankäyttäjän toimintaa sääntelevien oikeusnormien vastaisia.¹⁷ Toisena ryhmänä ovat tapaukset, joissa ratkaisut eivät noudata kulloinkin kysymyksessä olevan yhteiskuntapolitiikan lohkon tavoitteenasetteluja. Tavoitteet puolestaan saattavat ilmetä suoraan sovellettavasta säädöksestä, sen esitöistä tai esimerkiksi tulo- ja menoarvion perusteluista taikka hallitusohjelmasta. Eritellessään mielivallan käsitettä *Tuori* ottaa esille myös vallankäytön legitimiisyysongelman. Legitiimiksi hän katsoo vallankäytön silloin kun vallankäytön kohteet hyväksyvät sen, kokevat sen oikeutetuksi. Mikäli tavoitteet, joihin päätöksillä pyritään, eivät ole legitimejä, on kysymys mielivaltaisesta vallankäytöstä.

Oikeuskirjallisuudessa esitetyt ajatuskehitelmät herättävät koko joukon ketjuuntuvia lisäongelmia. Miten ovat identifioitavissa »yhteisön tavoitteet»? Mitä konkreettisia seurauksia on johdettavissa »yhteiskuntapolitiittisten tavoitteenasettelujen» noudattamatta jättämisestä? Millä tavalla »legitiimisyyden» puuttuminen on empiirisesti todennettavissa? Ja lopuksi: onko mielivallan yleisillä määrittely-yrityksillä oikeastaan mitään praktista käyttöarvoa? Onko niillä edes teoreettista merkitystä?

Kirjallisuudessa kehitetyt määrittely-yritykset osoittanevat kyllin selvästi, että kovin pitkälle ei mielivallan käsite ole oikeuskirjallisuudessa vuosien saatossa kirkastunut. Kiusallinen ongelma on ehkä jätettävissä taakse toteamalla, että ehdottomien ja yleispätevien määritelmien laati-

¹⁷ Ks. *Tuori*, Valtionhallinnon R-muistio 9/72 s. 14—15.

minen ei voi onnistua, vaan on sellaisen yrittäminen omiaan johtamaan näennäisproblematiikkaan ja hedelmättömään spekulointiin sanoilla.¹⁸

Mahdollista ei siis ole esittää yleistä määritelmää siitä, mitä mielivaltaisen vallankäyttö *todella* tarkoittaa. Korkeintaan saatetaan lausua käsitys siitä, millaisia ratkaisuja *tässä yhteydessä* pidetään mielivaltaisina. Näin muotoiltuun kysymykseen voidaan lyhyesti vastata siten, että mielivaltaisia ovat sellaiset viranomaisen päätökset, jotka ovat hallinnon ns. johtavien periaatteitten vastaisia.^{18a} Tämä luonnollisesti herättää lisäksi kysymyksenä sen, mitä sitten ovat nämä ns. johtavat periaatteet. Siitäkin saattaa käytännössä esiintyä erimielisyyksiä, mutta käsillä olevassa tutkimuksessa sellaisiksi on katsottu ainakin objektiviteetti-, tarkoitussidonnaisuus-, yhdenvertaisuus- ja suhteellisuusperiaate. Itse asiassa tällainen määrittelytapa tekee mielivallan käsitteellä operoimisen tarpeettomaksi; huomio voidaan kohdistaa näin menetellen edellä mainittuihin periaatteisiin kuhunkin erikseen.

Merkityksellisyydestään huolimatta ei harkintavallan väärinkäytön käsitteelle ole kirjallisuudessa muodostunut selkeää sisältöä. Tarkoituksena on käsillä olevassa tutkimuksessa pyrkiä oikeuskäytännön valossa kiinteyttämään kuvaa sanotusta käsitteestä. *Makkonen* on monien muiden asioiden ohella oikein todennut, että lainsäädännön tai praksiksen puuttuessa ei ole mahdollista osoittaa jonkin oikeusperiaatteen olevan voimassa. Ongelma on palautettava faktiseen ratkaisutoimintaan, joka on kaiken »virallisen» oikeusideologian koetinkivi.¹⁹

Hallinto-oikeudellisessa kirjallisuudessa tapaa toistuvasti sen käsityksen, että harkintavallan väärinkäytön kieltö kuuluu ns. yleisiin oikeusperiaatteisiin. Käsityksellä ei kuitenkaan ole kovin paljon merkitystä, ellei samalla täsmennetä kuvaa periaatteen käyttöominaisuuksista. Onko kysymyksessä tavallaan »omilla jaloillaan seisova» oikeussääntö, jota sellaisenaan voidaan käyttää Suomen oikeusjärjestyksessä yksittäisen hallintoratkaisun perustana, vai onko kysymyksessä ainoastaan ideologinen maksiimi, joka kuvastaa oikeusjärjestyksen taustalla vallitsevia arvopäämääriä, joiden tarkoituksena on »pelastaa» ns. sidotun ratkaisun idea vai onko harkintavallan väärinkäytön kiellon oikeudellinen luonne havainnollistettavissa jollakin muulla tavalla?

¹⁸ Ks. *Makkonen*, Säädosvalta s. 9.

^{18a} Ks. myös *Modeen*, Förtroendeuppdraget s. 250—251.

¹⁹ Ks. *Makkonen*, Zur Problematik s. 153 ss.

Riippumatta siitä, onko harkintavallan väärinkäytön kieltö Suomessa katsottavissa ideologiseksi maksimiksi vai oikeussäännöksi, ei periaate ole merkitystä vailla, mutta vain mikäli sanottu kieltö on tulkittavissa oikeussäännöksi, sillä on ratkaisutoiminnassa välitöntä käyttöarvoa. Pelkäättään ideologisena maksimina harkintavallan väärinkäytön kiellolta sellainen merkitysarvo puuttuu, vaikka sillä saattaa olla suurikin käyttövalööri ratkaisutoimintaa välillisesti ohjaavana mittapuuna.

Ideologisia maksimeja voidaan oikeuskirjallisuudessa useinkin nimitää yleisiksi oikeusperiaatteiksi. Tämä ei kuitenkaan vielä merkitse sitä, että ne olisivat kehittyneet oikeussäännöiksi. Sellaisiksi ne saattavat tulla lainsäädäntöuudistusten ja myös pelkän soveltamiskäytännön välityksellä.

Oikeuselämässä tapahtuneen kriittisen pisteen, käänteen, osoittaminen ei kuitenkaan ole helppo tehtävä. Yksittäisen periaatteen kehittyminen oikeussäännöksi ei ole mekaanisesti todennettavissa, vaan kysymys on siitä, miten vakuuttavasti sanottu transformaatio on oikeusyhteisön piirissä argumentoitu. Periaate saattaa muuttua oikeussäännöksi, mikäli sen soveltaja alkaa sitä sellaisena käyttää. Käsitys, jonka mukaan ns. yleiset oikeusperiaatteet edustaisivat jotakin yliposiitivista, pysyvää ja ikuista, on tässä tutkimuksessa kertakaikkiaan hyljätty.²⁰

Oppihistoriallinen lähestymistapa ei kaikissa oikeustieteellisissä tutkimuksissa ole tarpeellinen. Tässä tutkimuksessa se on välttämätön, mikäli halutaan muodostaa kuva harkintavallan väärinkäyttöön kohdistuvan kiellon oikeudellisesta luonteesta. Tutkimusaihetta silmällä pitäen on mielenkiintoista suunnata huomio siihen, millä tavalla harkintavallan väärinkäytön ideaa on pyritty kotiuttamaan Suomen oikeusjärjestykseen ja millaisella menestyksellä tämä on käytännössä tapahtunut.

Harkintavallan väärinkäytön taustakonstruktiona on ollut tapana pitää oikeustieteessä tunnettua oppia sidotusta ja vapaasta harkinnasta. Taavoitteena on tässä tutkimuksessa selvittää myös tämän oppirakennelman merkitystä harkintavallan väärinkäytön doktriiniin vaikuttavana dikotomiana.

Keskeisenä ongelmana ovat harkintavallan väärinkäytön kriteerit, joista huomion kohteena tulee olemaan ennen muuta ns. tarkoitussidonnaisuuden periaate. Tämän kysymyksen selvittäminen edellyttää viranomaisten lainvastaisten vaikuttimien ja tarkoituksien käsittelemistä.

²⁰ Ks. *ibid.* s. 190.

Sen sijaan muut harkintavallan rajoitusperiaatteet jäävät tutkimuksessa vähemmälle huomiolle.

Harkintavallan väärinkäyttö oikeudellisena instituutiona on likeisessä yhteydessä teleologiseen tulkintatapaan. Tästä syystä joudutaan tutkimuksessa perehtymään lain ration selvittämisongelmiin.

Tutkimuksen aihe on siis sellainen, että se miltei vastustamattomasti vetää käsittelijänsä oikeusteoreettisten ydinkysymysten pariin. Niin olen on aiheellista heti alussa tehdä selväksi se, mille alueelle tutkimuksen painopiste sijoittuu. Teoreettisesta »imusta» huolimatta on pyrkimyksenä ollut pitää aiheen käsittely lainopillisissa kehyksissä. Itsenäisiä oikeusteoreettisia ambitioita ei käsillä oleva tutkimus sisällä, vaan kysymys on pikemminkin aikaisempien teoreettisten tutkimusten mahdollisimman luontevasta hyväksikäytöstä harkintavallan väärinkäyttöopin käytännöllisten soveltamisongelmien selvittämisessä.

Lähdeaineistosta ei ole ollut puutetta. Aihepiiriä käsittelevä kirjallisuus on massiivinen. Vastaavasti on käsillä olevassa tutkimuksessa jouduttu valikointiongelman eteen. Tämä ei kuitenkaan koske niinkään kotimaista kirjallisuutta, jossa itse asiassa perin harvat kontribuutiot suoraanaisesti käsittelevät harkintavallan väärinkäyttöä hallinnossa. Merkittävän teos tässä suhteessa on *Merikosken* nykyisin jo klassinen »Vapaa harkinta hallinnossa». Tosin siinäkin on varsinaisesti harkintavallan väärinkäyttöä käsittelevä osuus suhteellisen suppea. Merkittäviä näkökohtia on esittänyt myös *Makkonen* vuonna 1968 julkaistussa teoksessaan »Kunnallinen säädösvalta». Harkintavallan väärinkäyttöä koskevista artikkeleista voidaan mainita *Aattosen* vuonna 1949 *Lakimies-lehdessä* ilmestynyt esitys. Niin ikään on erikseen paikallaan viitata *Murénin* samana vuonna pitämään painosta julkaisemattomaan esitelämään »Kunnan harkintavallan väärinkäyttö».

Runsaudenpula sen sijaan vallitsee, kun ryhdytään siivilöimään relevanttia aineistoa sidotun ja vapaan harkinnan problematiikkaa yleisemmin käsittelevästä kotimaisesta kirjallisuudesta. Aineiston runsaudessa ei ole mitään ihmettelemistä, sillä sidottu ja vapaa harkinta on sekä teoreettisesti että käytännöllisesti katsoen ehkä merkittävin ongelma hallinto-oikeuden alalla.

Sanomattakin on selvää, että täysin mahdollisuuksien ulkopuolella on näin ollen aihepiiriä käsittelevän ulkomaisen kirjallisuuden aukoton vaarinto. Lähinnä on huomio kohdistettu pohjoismaissa julkaistuun tuotantoon, mikä on perusteltavissa tässä — kuten niin usein muissakin

oikeustieteellisissä tutkimuksissa — pohjoismaiden oikeuskulttuurin yhtenäisyydellä. Eräs harvinainen piirre tässä suhteessa kuitenkin on, nimittäin se, että Ruotsin oikeuskirjallisuudesta on käsillä olevan tutkimuksen tarpeita ajatellen ollut tavallista vähemmän hyötyä. Luonnollisen selityksen aihetta käsittelevän kirjallisuuden niukkuuteen tarjoaa se, ettei sidotun ja vapaan harkinnan välisellä erottelulla Ruotsin järjestelmässä ole ollut sellaista merkitystä kuin muissa pohjoismaissa. Tutkimustyössä ovatkin arvokkaampia virikkeitä antaneet tällä kertaa Tanskassa ja Norjassa julkaistut tutkielmat. Merkittäviä tässä mielessä ovat varsinkin olleet *Krarupin* väitöskirja »Øvrighedsmyndighedens grænser» sekä *Berntin* ja *Boen* laajahkot harkintavallan väärinkäyttöä käsittelevät vuonna 1978 ilmestyneet artikkelit.²¹

Pelkän kirjallisuuden pohjalta ei kuitenkaan olisi ollut mahdollista esittää paljoakaan aikaisempaan verrattuna uutta tietoa harkintavallan väärinkäyttöopista Suomen oikeuden kannalta. Tällainen mahdollisuus on avautunut vasta käyttämällä lähdeaineistona KHO:n ratkaisuja. Eri-tyisen hyödyllistä on ollut saada perehtyä rajoituksista KHO:n ratkaisujen kirjalliseen taustamateriaaliin, mikä on ollut omiaan lisäämään oikeustapauksiin kohdistuvan tulkinnan luotettavuutta. Tunnettu tosiasiahan on, että päätösten perustelut usein tarjoavat riittämättömästi informaatiota varmojen päätelmien tekemiseen. Tavanomaista kiusallisemmaksi olisi tämä ongelma muodostunut tulkittaessa harkintavallan väärinkäyttöä koskevia tapauksia, joissa keskeisellä sijalla on kysymys hallintoviranomaisen motiiveihin ja tarkoitukseen kohdistuvan näytön riittävyydestä.

Tutkimustehtävän suorittamista on edesauttanut myös merkittävällä tavalla tuomioistuimen piirissä kehitetty automaattiseen tietojenkäsittelyyn pohjautuva tietorekisteri, joka tosin toistaiseksi on monessa suhteessa vaillinainen, mutta joka siitä huolimatta on arvokas lainkäyttöanalyysin apuneuvo. Ajan kuluessa tämänkin rekisterin sisältämä tietoaaineisto täydellistyy.

²¹ Ks. *Krarup*, *Øvrighedsmyndighedens grænser* (København 1969), *Bernt*, *TfR* 1978 s. 241—348 ja *Boe*, *TfR* 1978 s. 349—401.

2 §. DÉTOURNEMENT DE POUVOIR-OPIN HISTORIALLISTA TAUSTASTA

Oppi harkintavallan väärinkäytöstä (*détournement de pouvoir*) on ranskalaisen hallintolainkäytön tuote. Sen juuret ovat löydettävissä *Conseil d'Etat'n* 1800-luvun alkupuolella kehittämästä käytännöstä. Kysymys ei ole lainsäädäntöön perustuvasta oppirakennelmasta vaan hallintolainkäytön erikoisesta luomuksesta, joka sittemmin on varsin laajasti saanut kannatusta länsimaaisessa oikeuskulttuurissa. Jäljempänä tulee kuvailtavaksi, millä tavalla sanottua doktriinia on yritetty kotiuttaa Suomen oikeusjärjestykseen ja miten tässä yrityksessä on käytännössä onnistuttu. Pohjan luomiseksi seuraavalle esitykselle on kuitenkin aiheellista tarkastella tovi alkuperältään ranskalaisen oikeusinstituution kehityshistoriaa ja samalla pyrkiä ymmärtämään sitä kasvualustaa, josta *détournement de pouvoir*-oppi Ranskassa on aikoinaan noussut.

Ranskalaisen kodifikaatio-idean kunnianhimoisena tausta-ajatuksena oli ollut tehdä oikeutta luovat juristit tarpeettomiksi. Tuomarit olivat keisarillisen ajattelutavan mukaisesti vain »subsumtiokoneita», joiden tehtävänä oli lausua julki lain sanat.¹ Keisarin pettymystä kuvastaa kuuluisa virke »*Mon code est perdu*», joka hänen sanotaan lausuneen sen jälkeen kun ensimmäinen kodifikaatiota tulkitseva kommentaari oli ilmestynyt. Toive kodifikaation täyteydestä oli kokenut haaksirikon.² Keisarillinen oikeuskäsitys oli osoittautunut todellisuudelle vieraaksi.

Détournement de pouvoir-opin omaksumisen edellytyksenä Ranskassa oli grammatikaalisen tulkintametodin hylkääminen ja samalla lain »hengen» merkityksen tunnustaminen.³ Mutta mistä saattoi johtua, että autoritaarisen ajattelun hierarkisessa maailmassa niinkin konservatiivinen

¹ Ks. Sipponen, LM 1965 s. 199.

² Ks. Makkonen, Luentoja yleisestä oikeustieteestä s. 26.

³ Ks. myös Victorin, FT 1956 s. 30.

koneisto kuin Conseil d'Etat 1800-luvulla katsoi aiheelliseksi kehittää sellaisen oikeudellisen instituution, joka merkitsi kansalaisten vaikutusmahdollisuuksien lisäämistä?

Ainakin kaksi poliittiseen konjektuuriin liittyvää syytä on havaittavissa. Ensinnäkin keisari ja hänen kannattajansa olivat tietoisia siitä reaktiosta, jonka kansalaisvapauksien rajoittaminen saattaisi aiheuttaa. Kun valtakunta horjui liitoksissaan, oli yhtenä keinona laillisuuden merkityksen korostaminen. Myönnytyksenä, mutta samalla laillisuusajattelun manifestaationa tarjosi Conseil d'Etat uuden muutoksenhakuperusteen, joka sai nimen *détournement de pouvoir*, vallan väärinkäyttö.⁴

Toinen uuden opin omaksumisen syy on löydetävissä pitkäaikaisen sentralisaatioperinteen murtumisesta, joka ilmeni paikallishallinnollisten elinten aseman vahvistumisena. Vallan väärinkäyttödoktriinin omaksumiseen vaikutti siten myös keskushallinnon pyrkimys alistaa paikallisten viranomaisten vallankäyttö mahdollisimman tehokkaaseen valvontaan.⁵

Ennen *détournement de pouvoir*-doktriinin omaksumista oli lähtökohtana Ranskassa ollut se, että hallintotoimi oli katsottava päteväksi, mikäli sen oli suorittanut toimivaltainen viranomainen ja sen suorittaminen oli tapahtunut laillisessa muodossa. Vuonna 1864 suhtautuminen muuttui, sillä silloin Conseil d'Etat lähti uudelle linjalle kumotessaan paikallisen prefektin päätöksen, jossa tämä oli kieltäytynyt myöntämästä pysähtymislupaa eräälle kuljetusvaunulle. Conseil d'Etat'n ratkaisun perustana oli se, että prefektin *tarkoituksena* oli ollut taata sopimuksen noudattaminen, jossa eräs rautatieyhtiö oli luvannut toiselle yritykselle yksinomaisen pysähtymisoikeuden.⁶ Uuden opin taustalla olevana ydinajatuksena oli se, että hallintotoimen kumoaminen tuli kysymykseen paitsi lain kirjaimen myös sen ration rikkomisen perusteella.

Vuoden 1864 *Lesbats*-tapauksen jälkeen ranskalaisessa oikeusteoriassa ja -käytännössä on tapahtunut paljon: hienosyistä teorian rakentamista, sen vaikuttamista käytäntöön ja päinvastoin. Niinpä voidaankin sanoa, että *détournement de pouvoir* on tätä nykyä Ranskassa erittäin huolellisesti kiillotettu oikeudellinen instituutio. Lyhyesti sanoen *détournement*

⁴ Ks. *Auby*, AJCL 1970 s. 551.

⁵ Ks. *ibid.* s. 551, joka kiinnittää huomiota myös siihen, että ensimmäiset *détournement de pouvoir*-opin sovellutukset oikeuskäytännössä kohdistuivat nimenomaan paikallishallinnon elinten toimintaan.

⁶ Ks. *ibid.* s. 550. Ks. myös *Victorin*, FT 1956 s. 31.

de pouvoir on muodostunut virheellisen hallintotoimen itsenäiseksi kuomoamisperusteeksi. Virheellisyys, josta tällöin on kysymys, tarkoittaa sitä, että hallintotoimen suorittanut viranomainen on käyttänyt valtaansa muihin kuin niihin päämääriin, joita silmällä pitäen sanottu valta sille alun perin on annettu.⁷

Hallinto-oikeudellisissa tutkimuksissa on useissa yhteyksissä ollut tapana korostaa sitä, että hallinnossa vallitsevat yhtäläisyydet eri oikeusjärjestyksissä ovat monesti näennäisiä, sillä siinä määrin painavat leimansa kehityshistorialliset ja positiivisoikeudelliset erityispiirteet hallinto-
viranomaisten toimintaan, että yleistykseen on suhtauduttava varovaisesti. Tämä koskee yhtä hyvin détournement de pouvoir-instituution kotiuttamista sellaisenaan Suomen oikeusjärjestykseen kuin muitakin ulkomailla kehitettyjä oppirakennelmia.⁸ Oikeudellisia ilmiöitä onkin luonnollisinta tutkia niiden omasta kasvualustasta käsin, Suomessa lähinnä suomalaisen soveltamiskäytännön pohjalta.

Siitä ei kuitenkaan päästä mihinkään, että Ranskassa 1860-luvulla oppirakennelmaksi lähinnä Conseil d'Etat'n jäsenen *Laferrière*'n kehittämä teoria on sittemmin varsin laajalti vaikuttanut muissa maissa tapahtuneeseen kehitykseen. Détournement de pouvoir on saanut vastineita monissa eri kielissä: sviamento di potere (Italiassa), Ermessensmissbrauch (Saksassa), abuse of power (Englannissa), magtfordrejning (Tanskassa), myndighetsmisbruk (Norjassa) ja illojal maktanvändning (Ruotsissa).⁹

Yleisluontoinen selitys harkintavallan väärinkäyttöön leviämiseen laajalti Ranskan rajojen ulkopuolelle lieenee löydettävissä valtion asemassa ja tehtävissä vähittäin tapahtuneesta muutoksesta. Kuten *Sundberg* on todennut, ongelma ei ollut aktueili niin kauan kun valtion tehtäväpiiri rajoittui lähinnä yleisen järjestyksen ja turvallisuuden ylläpitämiseen.¹⁰ Vasta valtion tehtäväpiirin laajeneminen ja sen lisääntyneet yksityiseen toimintaan kohdistuvat sääntelyvaltuudet ovat korostaneet tarvetta harkintavallan väärinkäyttöön juurruttamiseen oikeussuojakeinoksi eri oikeusjärjestyksissä. Suomessa tämä tarve tuli artikuloiduksi

⁷ Ks. myös *Auby*, AJCL 1970 s. 549.

⁸ Saman on todennut Ruotsin osalta *Victorin*, FT 1956 s. 30.

⁹ Ks. *Andersen*, Dansk Forvaltningsret s. 361—362, *Bernt*, TfR 1978 s. 242, *Eek*, FT 1944 s. 65, *Meister*, Ermessensmissbrauch s. 13 ja *Yardley*, AJCL 1970 s. 565.

¹⁰ Ks. *Sundberg*, Allmän förvaltningsrätt s. 183.

tyypillisesti juuri toisen maailmansodan tienoilla ja jälkeen, jolloin valtiokoneiston asema oli monipuolisesti lujittunut ja sen tehtäväkenttä laajentunut.

Kysymys ei kuitenkaan välttämättä ole ollut siitä, että valtion roolin vahvistuminen sinänsä olisi merkinnyt käytännössä harkintavallan väärinkäytön yleistymistä. Tästä ei ainakaan Suomen kohdalla ole esitettävissä luotettavaa näyttöä. Pyrkimys hallintoon kohdistuvan kontrollin tehostamiseen on tulkittavissa pikemminkin ilmaukseksi siitä, että julkisyhteisön asemassa tapahtunut muutos on merkinnyt vallan väärinkäyttöpotentiaalin lisääntymistä, mikä puolestaan on ollut omiaan suuntaamaan huomion oikeusturvan tehostamiseen hallinnossa. Toisin sanoen harkintavallan väärinkäyttöopin juurruttaminen on ymmärrettävissä vain osapiirteeksi Suomessa toisen maailmansodan jälkeen tapahtuneessa hallinto-oikeudellisen oikeussuojajärjestelmän kokonaiskehityksessä.

3 §. DÉTOURNEMENT DE POUVOIR-OPIN KOTIUTTAMISESTA SUOMEN OIKEUS- JÄRJESTYKSEEN

I. VARHAISVIITTEITÄ

Aniharvoin siirtyvät uudet oikeudelliset ideat oikeusjärjestysten välisten raja-aitojen yli suoraan yhden maan soveltamiskäytännöstä toisen maan praksikseen. Välittävänä instanssina toimii usein oikeustiede, jonka eräänä tärkeänä funktiona on ollut ja on edelleenkin istuttaa muualla kehitettyjä ajatussuuntia kotimaiseen maaperään. Sellaisinaan ne kuitenkin tavallisesti työläänlaisesti sopeutuvat uuteen ilmastoon. Oikeusoppineet joutuvat siten tavallaan pukemaan ulkomaiset oikeusinstituutiot kansalliseen asuun mikäli yleensä haluavat niiden tulevan käytännössä hyväksytyiksi. Jos kirjoittajan auktoriteetti on vahva, voi tällainen operaatio onnistua, vaikkei puku sinänsä oikein hyvin sovitettavan kontuureihin istuisikaan.

Détournement de pouvoir-opin kotiuttamisesta puhuttaessa on pohjoismaissa uraa uurtavan työn suorittanut *Poul Andersen* vuonna 1924 julkaistussa väitöskirjassaan »Om ugyldige Forvaltningsakter»,¹ joka puolestaan on saanut paljon vaikutteita *von Launin* teoksesta »Das freie Ermessen und seine Grenzen» (1910).²

Ruotsissa on perusteoksena vastaavasti ollut *Sundbergin* »Grunddragen av allmän förvaltningsrätt» (1943), jossa détournement de pouvoir on saanut vastineekseen termin »illojal maktanvändning». ³ Suomessa koske-

¹ Ks. myös *Bernt*, TfR 1978 s. 241.

² *Launin* teos on yleensäkin vaikuttanut olennaisesti pohjoismaissa 1900-luvun kuluessa institutioituneeseen oppiin vapaasta ja sidotusta harkinnasta. Ks. myös *Sipponen*, LM 1965 s. 199—200.

³ Ks. myös *Eek*, FT 1944 s. 65—66.

tuskohta alkuperältään ranskalaiseen doktriiniin on löydetävissä *Kuuskosken* Lakimies-lehdessä vuonna 1944 julkaistusta kirjallisuusarvostelusta, jossa hän esittelee Sundbergin edellä mainittua teosta seuraavalla tavalla:

»Hallintotoimen pätevyyttä selostaessaan Sundberg koskettelee myös ulkomaaisessa oikeustieteessä »*détournement de pouvoir*» ja »*Magtfordrejning*» nimisenä tunnettua hallintotoimen pätemättömyystyyppiä, josta hän käyttää nimitystä »illojal maktanvändning» ja jota meillä voitaisiin nimittää *harkintavallan väärinkäytöksi*. Tällä tarkoitetaan näennäisesti lainmukaisia hallintotoimia, jotka on suoritettu väärästä motiivista ja saatettu palvelemaan hallintotoimen varsinaiselle tarkoitukselle vieraita tarkoituksia (kurs. tässä), kuten virkamiehen yksityisiä etuja tai puoluepoliittisia tarkoituksia. Tämä pätemättömyystyyppi on meillä vielä miltei tutkimaton, joskin lainkäytössä toisinaan on ollut siitä merkkejä (esim. KHO 1935 II 1656).»⁴

Samaa ongelmaa käsitteli Kuuskoski myös vuonna 1948 julkaistussa artikkelissaan, jossa hän etsi vastausta kysymykseen, sisältyykö harkintavallan väärinkäyttö kunnallisvalituksen valitusperusteisiin.⁵ Esityksessään hän viittaa jälleen KHO:n vuonna 1935 ratkaisemaan tapaukseen, jossa eräs kunta oli luovuttanut työväenyhdistykselle tonttialueen huomattavasti käypää alemmasta hinnasta. KHO katsoi ratkaisussaan kunnan luovuttaneen omaisuuden muuhun tarkoitukseen kuin kunnan yhteiseksi hyväksi tai sen erityisiin tarpeisiin ja valtuuston näin ollen menneen toimivaltansa ulkopuolelle.⁶

Toisena esimerkkinä Kuuskoski mainitsee tapauksen, jossa kunnan kirjuri oli valtuustolta anonut, että se päättäisi myydä kunnan alueella sijaitsevan tilan. Valtuusto päätyi myönteiseen ratkaisuun asiassa. KHO:n käsityksen mukaan tilan käypää hintaa oli kuitenkin pidettävä huomattavasti suurempana kuin sitä hintaa, josta valtuusto oli päättänyt myydä tilan kunnankirjurille. Koska valtuusto siten oli päättänyt luovuttaa kunnan omaisuutta muuhun tarkoitukseen kuin kunnan yhteiseksi hyväksi tai sen erityisiin tarpeisiin, oli se näin ollen mennyt toimivaltansa ulommaksi.⁷

⁴ Ks. *Kuuskoski*, LM 1944 s. 204.

⁵ Ks. *Kuuskoski*, SKL 1948 s. 54—55.

⁶ Ks. KHO 1935 II 1656.

⁷ Ks. KHO 5.2.1945 T 352.

Kuuskosken käsityksen mukaan kummassakin tapauksessa oli ollut kysymys harkintavallan väärinkäytöstä,⁸ vaikka KHO ei ratkaisuisaan ollut siihen suoraan vedonnut. Syyksi tähän hän katsoo sen, ettei kunnallisvalituksen valitusperusteitten joukossa erikseen mainita harkintavallan väärinkäyttöä. Kuuskoski tulee esityksessään kuitenkin siihen tulokseen, että ratkaisuisa ei olisi tullut kumoamisperusteena käyttää toimivallan ylitystä, joka viittaa siihen, että viranomainen on ylittänyt valtuutensa muiden viranomaisten valtuuksiin verrattuna. Viranomainen ylittää toimivaltansa toisin sanoen silloin, kun se suorittaa hallintotoimen, joka lain mukaan olisi kuulunut muulle viranomaiselle. Sanotuissa ratkaisuisa olisikin Kuuskosken mielestä pitänyt viitata kunnallisvalituksen valitusperusteitten joukossa mainittuun muuhun lainvastaisuuteen, johon kaikki sallitut perusteet ovat subsumoitavissa.⁹

Kuuskosken ohella myös Merikoski kosketteli 1940-luvulla harkintavallan väärinkäytön ongelmaa suppeasti teoksessaan »Suomen julkisoikeuden oppikirja II» (1946).¹⁰ Laajemmin otti aiheen tarkastelunsa kohteeksi Aattonen vuonna 1949 Lakimies-lehdessä julkaistussa esityksessään »Harkintavallan väärinkäytöstä hallintotoiminnassa».¹¹

Aattonen katsoo harkintavallan väärinkäytön Suomessakin erääksi virheellisyysperusteeksi ja tällaisen virheellisuuden olevan olemassa silloin, kun viranomainen suorittaa vapaaharkintaisen hallintotoimen sellaisen tarkoituksen toteuttamiseksi, jota oikeusjärjestys ei hyväksy. Harkintavallan väärinkäyttö merkitsee Aattonen mukaan hallintotoiminnan johtavien periaatteiden harkintavallalle asettamien oikeudellisten rajojen ylittämistä.¹² Näihin johtaviin periaatteisiin hän lukee kuuluviksi ennen muuta objektiviteetti-, yhdenvertaisuus- ja tarkoitussidonnaisuuden periaatteet.

Aattonen tosin myöntää esityksessään, ettei hän ollut löytänyt Suomen hallinto-oikeudellisesta lainkäytöstä yhtään tapausta, jossa hallintotoimi olisi kumottu nimenomaan lausumalla, että viranomaisen tarkoitus on ollut väärä tai ettei se ole ollut oikea. Analysoidessaan eräitä KHO:n ratkaisuja kirjoittaja kuitenkin päätyy siihen tulokseen, että lainkäy-

⁸ Ks. Kuuskoski, SKL 1948 s. 54—55. Ks. myös Aattonen, LM 1949 s. 37—38.

⁹ Ks. Kuuskoski, SKL 1948 s. 54—55. Ks. myös Aattonen, LM 1949 s. 39.

¹⁰ Ks. Merikoski, Julkisoikeus II s. 25—26.

¹¹ Ks. Aattonen, LM 1949 s. 27—42.

¹² Ks. *ibid.* s. 27—34.

tössä tästä huolimatta on havaittavissa tapauksia, joissa päätös on kumottu harkintavallan väärinkäytön takia.¹³

Samana vuonna kuin Aattonen käsitteli harkintavallan väärinkäyttöä Lakimies-lehdessä julkaistussa artikkelissaan piti *Murén* merkittävän aihetta koskevan esitelmän Suomen kaupunkien ja kauppalaisten sihteerien yhdistyksen vuosikokouksessa 18.6.1949.¹⁴ Esitelmä ei kuitenkaan ole saanut ansaitsemaansa julkisuutta painoasuun saattamatta jääneenä, vaikka siihen sisältyy keskeisiä harkintavallan väärinkäyttöä koskevia havaintoja ja kysymyksenasetteluja.¹⁵

Harkintavallan väärinkäytöllä *Murén* tarkoittaa erästä valitusperustetta, jonka nojalla päätös tai muu hallintotoimi voidaan kumota.¹⁶ Vanhastaan tunnettuja päätöksen lainvastaisuutta koskevia valitusperusteita kunnallishallinnossa, jota esitelmä erityisesti käsittelee, ovat päätöksen syntyminen lainvastaisessa järjestyksessä, sen jääminen viranomaisen toimivallan ulkopuolelle, valittajan yksityisen oikeuden loukkaaminen tai se, että päätös on muutoin sisällöltään lainvastainen. Kun kysymyksessä on tyyppipuhdas harkintavallan väärinkäyttö, ei päätös *Murénin* mukaan ole lainvastainen minkään edellä mainitun valitusperusteen nojalla, ja kuitenkin päätöksessä on sellainen virhe, että päätös on lainvastainen ja voidaan sen vuoksi kumota.¹⁷

Mikä sitten tekee *Murénin* mukaan harkintavallan väärinkäytössä päätöksen tai muun hallintotoimen lainvastaiseksi? Hänen vastauksensa on se, että lainvastaisuuden muodostaa *yksinomaan* lainvastainen eli oikeudenvastainen *vaikutin* (motiivi) tai *tarkoitus*. Samalla hän toteaa, että on oikeastaan yhdentekevää, puhutaanko tarkoituksesta vai vaikuttimesta, sillä viranomaisen tarkoitus on samalla hänen tekonsa vaikuttimena. *Murén* lisää, että lainvastaista eli oikeudenvastaista tarkoitusta on tapana nimittää myös »luvattomaksi» tai »vääräksi» tai »asiaankuulu-

¹³ Ks. *ibid.* s. 37.

¹⁴ *Murénin* esitelmä sisältyy kokonaisuudessaan pöytäkirjaan n:o 12, joka tehtiin Suomen kaupunkien ja kauppalaisten sihteerien yhdistys — Föreningen för Finlands stads- och köpingssekreterare r.y. nimisen yhdistyksen 12. vuosikokouksessa Kotkassa 18.—19.6.1949.

¹⁵ Esitelmään viittaavan maininnan tosin sisälsi vielä *Kuuskoski—Hannus*, Kunnallislaki s. 542, mutta *Hannuksen* teoksesta »Uusi kunnallislaki» (1977) viittaus on jätetty pois.

¹⁶ Ks. *Murén*, Harkintavallan väärinkäyttö s. 5.

¹⁷ Ks. *ibid.* s. 5—6.

mattomaksi» tai »vieraaksi» tarkoitukseksi taikka »muuksi» tai »toiseksi» tarkoitukseksi kuin siksi tarkoitukseksi, jota varten vapaa harkintavalta on viranomaiselle annettu.¹⁸

Edellä mainitulta pohjalta Murén tulee siihen tulokseen, että nimitystä »harkintavallan väärinkäyttö» ei voi pitää täysin onnistuneena, sillä sen kielellinen merkitys on liian yleisluontoinen eikä siitä ilmene, mitä sillä oikeastaan tarkoitetaan. Omasta puolestaan hän suosittelee harkintavallan väärinkäytölle nimitystä *oikeudenvastainen vaikutin*.¹⁹

Uuden valitusperusteen tarpeellisuutta pohtiessaan Murén korostaa sitä, että kaikkina aikoina ovat ne, joilla on valtaa, pyrkineet käyttämään suuremmassa tai pienemmässä määrin sitä väärin.²⁰ Hän katsoo, että käytännöllinen tarve vaatii oikeudenvastaisen vaikuttimen hyväksymistä hallintotoimen mitättömyys- ja valitusperusteeksi.²¹

Murén viittaa esityksessään myös siihen, että käsitys, jonka mukaan asiaankuulumattomat tarkoitukset eivät saa vaikuttaa hallintoviranomaisen päätökseen, ei ole Suomen oikeudelle vieras, vaan päinvastoin vuosisatoja vanha käsitys.²² Tässä mielessä hän viittaa lukuisiin lainsäädännössä esiintyviin yksityiskohtiin (esim. virkavalan kaavaan, esteellisyysäännöksiin, rikoslain virkarikossäännöksiin ja oikeudenkäymiskaaren 24 luvun 3 §:ään), jotka osoittavat, että Suomen oikeuden mukaan on olemassa sellaisia virkatoimintaa koskevia lainvastaisia vaikuttimia, tarkoituksia ja näkökohtia, jotka piilevät lainsäädännöksissä ja saadaan laintulkinnalla selville.²³

Aattosen tavoin Murén katsoo, ettei esitelmän pitämisaikajakohtana eli vuonna 1949 liene ollut olemassa KHO:n ratkaisuja, joissa hallintoviranomaisen päätös olisi selvästi ja tarkoituksellisesti kumottu puhtaan harkintavallan väärinkäytön vuoksi. Tosin Kuuskoski vuonna 1948 julkaistussa artikkelissaan oli, kuten aikaisemmin jo on tullut mainituksi,

¹⁸ Ks. *ibid.* s. 6.

¹⁹ Ks. *ibid.* s. 7. — Ks. myös Aattonen, LM 1949 s. 36.

²⁰ Ks. Murén, Harkintavallan väärinkäyttö s. 8.

²¹ Hallintotoimen mitättömyysperusteena tarkoitussidonnaisuuden loukkaaminen tuskin tulee kysymykseen. Ks. myös Vilkkonen, Hallintotoimen mitättömyydestä s. 290, joka katsoo, ettei kysymyksessä tällöin voi olla klassisen mitättömyysopin mukainen »ilmeinen» virhe, joten edes velvoittavaakaan hallintotoiminta ei ole pidettävä »mitättömänä», vaan korkeintaan kumottavissa olevana.

²² Ks. Murén, Harkintavallan väärinkäyttö s. 9.

²³ Ks. *ibid.* s. 10.

viitannut kahteen ratkaisuun, joissa hänen käsityksensä mukaan KHO oli kumonnut valtuuston päätöksen harkintavallan väärinkäytön takia,²⁴ mutta Murén katsoo, että Kuuskosken kanta on virheellinen, sillä KHO oli sanotuissa tapauksissa kumonnut valtuuston päätöksen siitä syystä, *ettei kysymyksessä ollut kunnan yhteinen asia*. Tapauksissa oli siis kysymys kunnan toimivallan ylittämisestä. Murén myöntää, että KHO olisi voinut kumota päätökset myös harkintavallan väärinkäytön vuoksi, mutta toteaa, ettei korkein oikeusaste kuitenkaan tällä tavalla ratkaisuissaan menetellyt.²⁵

Murén tulee esityksessään siihen tulokseen, että Suomessa vallitsi vuonna 1949 siirtymävaihe, sikäli kuin oli kysymys harkintavallan väärinkäytöstä hallintotoimen pätemättömyysperusteena. Hän ounastelee, ettei varmaankaan kestä enää kauan, ennen kuin harkintavallan väärinkäyttö yleisesti hyväksytään valitusperusteeksi. Tähän viittasi hänen mukaansa sekin, että lainvalmistelukunta jo vuonna 1939 oli ottanut korkeinta hallinto-oikeutta koskevaan lakiehdotukseensa, joka liittyi alemmanasteisen hallinto-oikeudellisen lainkäytön uudelleen järjestämiseen, yhdeksi yleiseksi valitusperusteeksi sen, että hallintoviranomainen on käyttänyt julkista valtaansa »muuhun tarkoitukseen kuin se on käytettävissä».²⁶ Murénin konklusio on kuitenkin se, että lainmuutokset eivät olleet tarpeen tarkoituserän käyttämiseksi valitusperusteena, vaan sellainen menettely oli mahdollista voimassa olevan oikeuden mukaan ilman reformejakin.

II. KEHITYKSEN TAITEKOHTA

A. Muutosta ennakoiva korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisu vuonna 1951

Oikeuskirjallisuudessa oli, kuten edellä on ollut havaittavissa, 1940—50-lukujen vaihteessa jo selviä valmiuksia hyväksyä harkintavallan väärinkäytön kieltä oikeusjärjestykseen sisältyväksi oikeusperiaatteeksi.

²⁴ Ks. Kuuskoski, SKL 1948 s. 54—55.

²⁵ Ks. Murén, Harkintavallan väärinkäyttö s. 11.

²⁶ Ks. ibid. s. 11—12. — Ks. myös Aattonen, LM 1949 s. 36 ja Herlitz, Ståhl-

Tätä kehitystä vain vahvistivat eräät oikeuskäytännössä tehdyt KHO:n ratkaisut, joista voidaan ensinnäkin mainita tapaus, jossa oli kysymys kunnallisten ilmoitusten julkaisemisesta.²⁷

Sanotussa tapauksessa oli kunnanvaltuusto päättänyt, että tärkeimmät kunnalliset ilmoitukset oli julkaistava, paitsi kunnan ilmoitustauluilla, kolmessa sanomalehdessä, mutta ei eräässä neljännessä sanomalehdessä. Valituksessa näytettiin, että viimeksi mainitun lehden levikki kunnassa oli suurempi kuin muiden yhteensä. Lääninoikeus kumosi valtuuston päätöksen. KHO katsoi, että kunnanvaltuuston päättäessään KunL 32 § 2 mom:n nojalla harkintansa mukaan, onko kunnalliset ilmoitukset saatettava kuntalaisten tiedoksi muullakin kuin po. säännöksen 1 mom:ssa säädettyllä tavalla, tulee ottaa huomioon kunnan jäsenten yhteinen etu. Koska asiakirjoista saatavan selvityksen nojalla ei kuitenkaan voitu pitää näytettynä, että valtuusto päätöstä tehdessään oli käyttänyt harkintavaltaansa muuhun tarkoitukseen kuin se oli ollut käytettävissä eikä valtuuston voitu katsoa menneen toimivaltaansa ulommaksi, eikä ollut näytetty, että päätös oli syntynyt laista poikkeavassa järjestyksessä tai loukkasi valittajien yksityistä oikeutta, KHO KunL 175 §:n nojalla kumoten lääninhallituksen päätöksen, saattoi valtuuston päätöksen voimaan.²⁸

Ratkaisusta on havaittavissa, että kunta voi vapaasti päättää muiden tiedoksiantotapojen kuin ilmoitustaulujen käyttämisestä kunnallisten päätösten tiedottamiseen. Tällöin on kuitenkin edellytyksenä se, että kunnan jäsenten yhteinen etu tulee huomioon otetuksi. Muussa tapauksessa kunta on ylittänyt sille KunL 4 §:n mukaan kuuluvan toimivallan. Tarkasteltavana olevassa ratkaisussa KHO päätyi siihen, ettei toimivallan ylitystä ollut tapahtunut, mutta samalla KHO:n ratkaisu viittaa siihen, että harkintavallan väärinkäyttö voi olla kunnallisvalituksen valitusperusteena. Tätä ei muuta miksikään se, että KHO puutteellisen näytön takia hylkäsi valituksen.²⁹

bergin juhlaulkaisu s. 21, joka jo vuonna 1945 julkaistussa esityksessään piti huomionarvoisena sanottua ehdotuksen kohtaa todetessaan, että siinä Ranskan oikeuden »détournement de pouvoir» oli saamassa positiivisoikeudellisen ilmaisun.

²⁷ Ks. KHO 1951 I 25.

²⁸ Tämä ratkaisu syntyi äänestyksen jälkeen (6-5-6-3).

²⁹ Ks. *Kuuskoski—Hannus*, Kunnallislaki s. 543.

B. Korkeimman hallinto-oikeuden käänteentekevä ratkaisu vuonna 1952

Selvää positiivista ratkaisua ei oikeuskäytännössä kuitenkaan vielä ollut syntynyt eikä oikeustieteessä murtautumassa ollut käsitys harkintavallan väärinkäytöstä hallintotoimen virheellisyysperusteena muutoinkaan ollut saanut varauksetonta kannatusta. Niinpä esimerkiksi Kaupunkiliitto, lääninhallituksen pyydettyä siltä lausuntoa sen johdosta, että oli valitettu erään kauppalanvaltuuston päätöksestä kioskien ja eräiden muiden niihin verrattavien myyntipaikkojen aukioloaikojen erilaisuuden takia, arvioi harkintavallan väärinkäyttöä koskevaa kysymystä pitkään ja seikkaperäisesti vuonna 1950 julkaistussa selvityksessä.³⁰

Kaupunkiliiton mukaan »maamme nykyisessä lakimiespolvessa on alkanut saada jalansijaa sellainen monessa muussa maassa jo sekä oikeuskäytännössä että oikeustieteessä hyväksytty käsitys, että vieras eli asiaan kuulumaton tarkoitus tai vaikutin saattaa tehdä vapaaseenkin harkintaan perustuvan hallintotoimen lainvastaiseksi». Vanhemman lakimiespolven käsitys oli liiton mukaan toisenlainen. Niinpä esimerkiksi *Hermanson* oli ollut sitä mieltä, ettei asiaankuulumaton tarkoitus vaikuta mainitunlaisen hallintotoimen pätevyyteen vaan aiheuttaa vain sen, että sellaiseen menettelyyn syyllistynyt virkamies voidaan panna syyt-teeseen virkavirheestä.³¹

Kaupunkiliitto viittasi lausunnossaan niin ikään siihen, ettei KHO:n käytännössä liene esiintynyt yhtään sellaista ratkaisua, joka selvästi osoittaisi, että tämä tuomioistuimella on sillä kannalla, että yksistään asiaankuulumaton tarkoitus tai vaikutin eli ns. harkintavallan väärinkäyttö tekee vapaaseen harkintaan perustuvan hallintotoimen lainvastaiseksi. Lausunnossaan liitto korosti edelleen, että vaikka periaatteessa yleensä annettaisiinkin harkintavallan väärinkäytölle tällainen oikeudellinen vaikutus, kohtaa tämän oikeusperiaatteen käytäntöön soveltaminen usein suuria vaikeuksia. Ensiksikin on monesti mahdotonta saada

³⁰ Ks. SKL 1950 s. 168.

³¹ On syytä todeta, että kaupunkiliitto antaa lausunnossaan jonkin verran yksioikoisen kuvan vanhemman lakimiespolven käsityksistä. *Hermansonin* osalta viittaus pitää paikkansa (ks. *Föreläsningar* s. 38), mutta esim. *Ståhlberg*, *Yleinen osa* s. 445, katsoo, että toimivallan ylitykseen rinnastettava lainvastaisuus on kysymyksessä silloin, kun vapaata harkintavaltaa on käytetty johonkin muuhun tai muulla tavalla kuin sitä lain mukaan olisi ollut käytettävä.

selville, mitkä tarkoitukset ovat jotakin hallinto- tai muuta viranomaisen tehtävää suoritettaessa asiaan kuuluvia ja mitkä asiaan kuulumattomia. Toiseksi käytännössä ei viranomaisen päätöksestä useinkaan ilmene, mikä on ollut viranomaisen tarkoitus tai vaikutin.

Epäilemättä sanotut näkökohdat pitivät ja pitävät edelleenkin paikansa, mutta samalla voidaan todeta, etteivät harkintavallan väärinkäyttöön käytännölliseen soveltamiseen liittyvät vaikeudet sinänsä ole esteenä oikeusperiaatteen omaksumiselle. Kaupunkiliiton argumentaatio onkin ymmärrettävissä lähinnä pyrkimyksiksi vapaan hallintoharkinnan turvaamiseen kunnallisessa itsehallinnossa. Kun uuden opin seurausvaikutuksista itsehallinnon kannalta ei voinut siinä vaiheessa olla varmuutta, oli ymmärrettävää, että kunnallisella sektorilla suhtauduttiin sen omaksumiseen varauksellisesti. Tässä yhteydessä on samalla mielenkiintoista panna merkille, että kysymys harkintavallan väärinkäytöstä hallintotoimen kumoamisperusteena aktualisoitui Suomessa — kuten aikoinaan Ranskassakin — nimenomaan paikallishallinnon tasolla. Kuten myöhemmissä yhteyksissä käy ilmi, opin soveltamista koskevat tapaukset ovat lähestulkoon säännönmukaisesti sittemminkin liittyneet paikallishallinnolliseen päätöksentekoon, vaikka harkintavallan väärinkäyttödoktriini periaatteessa ulottuu yhtä hyvin muuhunkin viranomais-toimintaan.

Eriteltään tämän jälkeen aikaisempaa oikeuskäytäntöä Kaupunkiliitto tuli lausunnossaan siihen tulokseen, että kunnallisvaltuustolla on laillinen oikeus määrätä kunnan luovuttamien kioskien ja muiden niihin verrattavien myyntipaikkojen aukiolo- ja myyntiaika erilaiseksi kuin muiden vastaavien myyntipaikkojen. Kaupunkiliitto päätyi selvityksensä siihen, ettei po. oikeusallalla jo täysin vakaantuneen oikeuskäytännön muuttaminen olennaisesti aivan toisenlaiseksi voi tulla kysymykseen.³²

Tapaus, jota silmällä pitäen Kaupunkiliitto oli lausuntonsa antanut, sai ratkaisunsa KHO:ssa 12. 9. 1952. Tärkeytensä takia se on syytä kokonaan siteerata:³³

»Karjaan kppv. päätti 26/5 50 äänestyksen jälkeen 10 äänellä 8 vastaan, että kpp:n vuokralle antamat jätelönnmyyntipaikat sekä ne kioskit, jotka aikaisemmin olivat anoneet ja saaneet luvan pitenettyyn myyntiaikaan, saatiin pitää avoinna kaikkina päivinä kello

³² Ks. SKL 1950 s. 169.

³³ Ks. KHO 12. 9. 1952 T 4175.

8—23 ja että kaikki muut kioskit sekä jätelön ja muun sellaisen myyntipaikat olivat yleisten kauppaliikkeiden aukioloaikaa koskevien määräysten alaisia.

Kppv:n päätöksestä Osuuskunta Konsum Andelsaffär u.t. valitti LH:lle ja valituskirjassaan esitti, että oikeus määrätä myyntipaikkojen aukioloajoista oli myönnetty valtuustolle työväensuojelua koskevassa lainsäädännössä. Jos valtuusto kuitenkin päätti aukioloajoista siten, että eri kioskit ja myyntipaikat tulivat eri asemaan sen mukaan, sijaitsivatko ne yksityisen vai kunnan omistamalla maalla, valtuustolla päätöstä tehdessään ei voinut olla muuta tarkoitusta kuin hankkia sillä tavoin kunnalle taloudellisia etuja. Tämän vuoksi ja kun valtuuston päätös niin ollen oli vastoin lakia, osuuskunta on vaatinut, että valtuuston päätös kumottaisiin.

LH ratkaisi asian 13.9.50 antamallaan päätöksellä; ja koska kppv:lla oli ollut oikeus kauppaliikkeiden ja liiketoimistojen aukioloajasta 2.8.46 ann. L 3 §:n 2 kohdan nojalla määrätä, minä aikoina myynti kpp:n alueella olevilla myyntipaikoilla sai tapahtua, niin ja kun ei ollut näytetty valtuuston val.al. päätöstä tehdessään menetelleen lainvastaisesti, LH hylkäsi valituksen.

LH:n päätökseen osuuskunta haki muutosta.

KHO (ylim. hallintoneuvokset Tuovinen, Tollander, Yrjölä ja Savolainen, hallintoneuvokset Haltia, Suontausta, Tarkka, Kuuskoski, Jaakkola, Louhivaara ja Ahla) 12.9.52 taltio 4175: koska sen selvityksen perusteella, mikä oli asiakirjoissa, Karjaan kppv. määrätessään kioskien ja myyntipaikkojen aukioloajat erilaisiksi vain sillä perusteella, oliko kioskia tai myyntipaikka kppv:n vuokralle antama vai oliko sille aikaisemmin annettu pitennetty aukioloaika, oli katsottava käyttäneen harkintavaltaansa muuhun tarkoitukseen kuin mihin se kauppaliikkeiden ja liiketoimistojen aukioloajasta 2.8.46 ann. L 3 §:n 2 kohdan mukaan oli ollut käytettävissä, sen vuoksi ja kun valtuusto niin ollen oli ylittänyt toimivaltansa, KHO 27.8.48 ann. KunL. 175 §:n nojalla kumosi LH:n ja kppv:n päätöksen sekä palautti asian kppv:n ilmoituksetta uudelleen käsiteltäväksi.

Ylim. hallintoneuvos Hämäläinen, hallintoneuvokset Hakkila, Hellman, Beckman, Honka, Ikkala, Saarialho ja Toivanen sekä presidentti Castrén: ei muutosta.

Hallintoneuvos Aura lausui: koska Karjaan kppv:n määrätessään kioskien ja niihin verrattavien myyntipaikkojen aukioloajat sillä tavoin, kuin asiassa oli tapahtunut, vaikuttimena ei ollut näytetty olleen taloudellisen edun hankkiminen kauppalalle, vaan järjestelyllä oli pyritty helpottamaan kioskien ja muiden sellaisten myyntipaikkojen terveydellisiin oloihin kohdistuvaa virallista valvontaa, sen tähden ja muutoin LH:n päätöksessä mainituilla perusteilla hallintoneuvos yhtyi siihen lopputulokseen, johon ylim. hallintoneuvos Hämäläinen lausunnossaan oli tullut.»

C. Merikosken esittämä tulkinta

KHO:n ratkaisu tarjosi Merikosken pyrkimykselle kotiuttaa *détournement de pouvoir*-doktriini Suomen oikeusjärjestykseen hyödyllisen argumentointivälineen.³⁴ Vapaata harkintaa hallinnossa käsittelevässä monografiassaan hän katsoo Suomen oikeuskäytännössä kysymyksen tarkoitussidonnaisuuden periaatteen hyväksymisestä saaneen selvän ratkaisun KHO:n edellä mainitussa kioskien aukioloaikaa koskevassa kannanotossa.³⁵

Tarkoitussidonnaisuuden periaatteen rikkominen Merikosken mukaan sisältää sen, että hallintoviranomainen muodollisesti ylittämättä toimivaltaansa tekee päätöksiä tai ryhtyy toimenpiteisiin, jotka tosin positiivisen oikeuden mukaan näyttäivät kuuluvan tämän viranomaisen toimivaltapiiriin, mutta joiden kuitenkin on katsottava jäävän viranomaisen tehtäväpiiriin ja valtuuksien ulkopuolelle sen vuoksi, että ne suoritetaan viranomaisen toimintavaltuuksille ja tehtäville vieraassa tarkoituksessa.³⁶

KHO:n vuonna 1952 ratkaisemaan tapaukseen tukeutuvaa kantaansa argumentoidessaan Merikoski viittaa sanotussa ratkaisussa käytettyyn perustelutapaan (kauppalanvaltuuston — — — on katsottava käyttäneen

³⁴ Se, että kysymyksessä todella oli tietoinen pyrkimys kotiuttaa *détournement de pouvoir*-oppi Suomeen ilmenee epäsuorasti mutta selkeästi Merikosken käsitellessä menettelymuodon väärinkäytön ongelmaa: »Ranskassa pidetään vallan väärinkäytön toisena muotona virheellisyysperustetta, josta käytetään nimitystä *détournement de procédure*. Tämä *menettelymuodon väärinkäyttö* on olemassa silloin, kun hallintoviranomainen tiettyä asiaa päättäessään käyttää normaalin, asianmukaisesti vahvistetun menettelymuodon asemesta toista menettelymuotoa, joka on tarkoitettu käytettäväksi toisenlaatuisia asioita käsiteltäessä. Viranomainen voi menetellä näin esim. voittaakseen aikaa, vähentääkseen kustannuksia tai välttyäkseen säännönmukaisen menettelyn edellyttämältä lausuntojen hankkimiselta. — Kun menettelymuotovirhe yleensä voidaan sellaisenaan ottaa huomioon virheellisyysperusteena, ei näytä olevan erityistä tarvetta yrittää kotiuttaa *détournement de procédure* oppia Suomen oikeuteen (kurs. tässä). »Ks. Merikoski, Vapaa harkinta s. 59.

³⁵ Ks. *ibid.* s. 63—65.

³⁶ Vrt. Klami, Kriittistä oikeusteoriaa s. 66, joka on kuvannut tarkoitussidonnaisuuden ajatusta seuraavan kaavan avulla: Oikeusvaikutus R on tarkoitettu valittavaksi, jotta tällä valinnalla voitaisiin edistää tavoitteen T saavuttamista. Oikeusvaikutusta R ei siten saa valita, jos sillä ei edistetä tavoitteen T saavuttamista, vaan pyritään johonkin muuhun (ei-hyväksyttävään) tavoitteeseen.

harkintavaltaansa muuhun tarkoitukseen kuin mihin se ——— lain ——— mukaan on ollut käytettävissä). Hän vertaa esityksessään sitä niihin sanontoihin, joita Ranskan Conseil d'Etat on käyttänyt détournement de pouvoir-tapauksissa, ja niihin määritelmiin, joita vallan väärinkäytöstä on ranskalaisessa oikeustieteessä annettu. Tältä pohjalta hän päättelee, että KHO on ratkaisussaan tarkoittanut seurata Ranskan hallinto-oikeudellisen lainkäytön viitoittamaa linjaa ja tunnustaa tarkoitussidonnaisuuden periaatteen sisällyttämisen Suomen oikeusjärjestykseen.

Esityksessään Merikoski viittaa myös KHO:n samana vuonna ratkaisemaan toiseen paljossa samansisältöiseen tapaukseen (KHO 1952 II 597). Myöhemmältä ajalta hän mainitsee vuonna 1955 tehdyn ratkaisun (KHO 1955 II 53), jossa vastaavaa perustelutapaa käyttäen katsottiin kauppalanvaltuuston ylittäneen toimivaltansa käyttäessään väärin harkintavaltaansa. Hallinto-oikeuden oikeussuojajärjestelmää käsittelevässä teoksessaan Merikoski on viitannut vielä erääseen samankaltaiseen edellä mainitsemattomaan tapaukseen, jonka KHO ratkaisi niin ikään vuonna 1955 ja joka on julkaistu KHO:n vuosikirjan selostuksien joukossa (KHO 1955 I 32).³⁷

Kioski- ja myyntipaikkojen aukioloaikoja koskevien ratkaisujen ohella Merikoski kiinnittää huomiota esityksessään erääseen vuonna 1954 annettuun KHO:n ratkaisuun, joka niin ikään koski kysymystä harkintavallan väärin käyttämisestä.³⁸ Mielenkiintoisuutensa takia on sekin syytä seuraavassa esittää kokonaisuudessaan.

Sitten kun knh kokouksessaan 15. 6. 1950 oli päättänyt, että S.V. oli irtisanottava k:n kirjanpitäjän toimestaan 1. 7. 1950, irtisanomisaikana ollessa yksi kuukausi, S.V. valitti LH:lle ja esitti, että kun knh ei ollut millään tavoin perustellut p.o. irtisanomispäätöstään eikä edes maininnut syytä irtisanomiseen, tuo päätös oli oikeastaan sisältänyt toimesta erottamisen. Koska S.V. ei ollut laiminlyönyt virkatehtäviensä suorittamista eikä myöskään tehnyt itseään syy-pääksi rikokseen, ei häntä olisi voitu toimestaan erottaa eikä siitä myöskään irtisanoa. Tämän vuoksi ja kun knh:n päätös niin ollen ei ollut lain mukainen, vaan loukkasi hänen yksityistä oikeuttaan, S.V. vaati, että knh:n päätös kumottaisiin ja hänet oikeutettaisiin

³⁷ Ks. Merikoski, Oikeussuojajärjestelmä s. 63. — Merkille panematta on Merikoskelta jäänyt KHO 1955 II 779, joka niin ikään koskee kioskien aukioloaikoja.

³⁸ Ks. KHO 1954 II 113.

edelleen pysymään mainitussa kirjanpitäjän toimestaan. — LH 20. 9. 1950: koska knh:lla, jonka nimitettävä k:n kirjanpitäjä oli, k:ssa voimassa olevan virkasäännön 2 ja 5 §:n nojalla oli ollut oikeus irtisanoa S.V. k:n kirjanpitäjän toimesta, sen vuoksi ja kun ei ollut väitettykään, että irtisanomisessa virkasäännön määräykset irtisanomisaikaan nähden olisi jätetty noudattamatta, LH hylkäsi valituksen. — KHO (M.A., J.H., E.S. ja V.T.): LH:n v.a. päätöksessä mainituilla perusteilla katsoi, että knh:n p.o. päätöksellä ei ollut loukattu S.L:n yksityistä oikeutta, minkä vuoksi ja kun ei ollut näytetty muutaakaan seikkaa, jonka johdosta knh:n sanottu päätös 27. 8. 1948 ann. KunL 175 §:n mukaan olisi kumottava, KHO, hyläten valituksen, jätti asian sen lopputuloksen varaan, johon LH päätöksessään oli johtunut. — (T.S: koska asiakirjoista saatavan selvityksen mukaan knh:n, päättäessään S.L:n äitiyslomaa koskevan hakemuksen esittelyn yhteydessä, että S.L. oli irtisanottava kirjanpitäjän toimestaan 1. 7. 1950 lukien, oli katsottava käyttäneen sillä irtisanomisen suhteen ollutta harkintavaltaa muuhun tarkoitukseen, kuin mihin se lain mukaan oli käytettävissä, sen vuoksi ja kun knh:n v.a. päätös niin ollen oli lainvastainen, T.S. katsoi oikeaksi 27. 8. 1948 ann. KunL 175 §:n nojalla kumota LH:n ja knh:n päätökset.)

KHO:n ratkaisun sanamuodosta ei suoranaisesti ilmene, että kysymys tosiaan oli tapauksessa tarkoitussidonnaisuuteen liittyvästä ongelmasta. Selkeästi tämä sen sijaan näkyy eri mieltä olleen jäsenen lausunnosta, joka viittaa siihen, että irtisanomisen toimittaminen nimenomaan äitiyslomaa koskevan hakemuksen käsittelyn yhteydessä oli hänen käsityksensä mukaan riittävä näyttö harkintavallan väärin käyttämisestä. Vastaavasti voidaan olettaa, että tässä yksittäistapauksessa enemmistö ei pitänyt asiayhteyttä asiakirjoista saatavan selvityksen valossa riittävänä osoituksena siitä, että kunnanhallitus oli käyttänyt harkintavaltaansa muuhun tarkoitukseen kuin mihin se lain mukaan oli käytettävissä.

Viimeksi mainitusta sekä kioskien aukioloaikoja koskevasta ratkaisusta ilmenee se myöhemmin useassa yhteydessä esiin tuleva ongelma, että ns. subjektiivista premissikontrollia käytettäessä joudutaan väistämättömästi vaikeiden todistuskysymysten eteen. Ymmärrettävistä syistä ei tutkimuksessa ole mahdollista eikä aiheellistakaan ryhtyä systemaattisesti KHO:n käyttämän fakta-aineiston pohjalta arvioimaan, olisiko ratkaisuihin pitänyt päätyä toisenlaiseen lopputulokseen. Mielenkiinnon kohteena tutkimuksessa ovat yleisemmät kysymykset kuin näytön riittävyyden arviointi yksittäisissä tapauksissa. Niihin kuuluu esimerkiksi

se, onko harkintavallan väärinkäyttöön liittyvissä tilanteissa ylipäättään välttämätöntä aina selvittää viranomaisten motiivien ja tarkoituksien sisältöä vai onko premissikontrolli suoritettavissa yhtä hyvin pelkästään ulkoisten kriteerien perusteella.

4 §. KANNANMUODOSTUKSESTA OIKEUS- KIRJALLISUUDESSA

Merikosken juridiseen tuotantoon perehtyminen osoittaa, miten keskeisen merkityksen hän on antanut käsitelmäärittelylle. Edellä on esitetty esimerkiksi hänen määritelmänsä tarkoitussidonnaisuuden periaatteesta.

Hallinto-oikeus on pitkälle toisen maailmansodan jälkeen ollut siviili- ja prosessioikeuteen verrattuna tavallaan lapsipuolen asemassa. Käsitelmuodostus on ollut heikkoa ja teorian harrastaja mielellään käynyt avar-
tamassa perspektiiviänsä yksityisoikeuden puolella.¹ Enää se ei ole, paljolti Merikosken ansiosta, yhtä välttämätöntä kuin aikaisemmin. Kysymys ei kuitenkaan ole siitä, että hallinto-oikeudellinen tutkimus pyrkisi eristäytymään oikeustieteen muista aloista sen paremmin kuin yleensäkin yhteiskuntatieteistä, vaan kysymys on siitä, että se pystyisi seiso-
maan tukevasti omilla jaloillaan. Tätä on omalta osaltaan edesauttanut Merikosken vertaansa vailla oleva johdonmukaisuus, taito pukea vai-
keasti hallittavissa olevat ilmiöt muutaman sanan mittaisiin virkkeisiin ja samalla todellisuudelle väkivaltaa tekemättä.

Kritiikkiin sen sijaan antaa välistä aiheen se, että Merikoski on valmis tekemään pitkälle ulottuvia johtopäätöksiä varsin niukankin argumentaa-
tioaineiston pohjalta. Näin on tapahtunut tarkoitussidonnaisuuden periaatteen kotiuttamisen yhteydessä. Niinpä Merikoski lähti vuonna 1958 julkaistussa »Vapaa harkinta hallinnossa»-teoksessaan siitä, että »kioski-
ratkaisu» *selvästi* osoittaa tarkoitussidonnaisuuden *periaatteen* tulleen

¹ Ks. myös *Makkonen*, Säädosvalta s. 145—146, joka viittaa manner-Euroopassa tapahtuneeseen kehitykseen todetessaan sen siellä kulkeneen niin ikään autonomista hallinto-oikeuden käsitystä kohden ja pyrkimyksenä olleen yksityis-
oikeudellisista analogioista vapautuminen. Seurauksena tästä autonomisuudesta on hänen mukaansa puolestaan syntynyt tarve kehittää puhtaasti hallinto-oikeu-
den alaa normeeraavia yleisiä periaatteita.

hyväksytyksi Suomen oikeusjärjestyksessä. Tämän johtopäätöksen hän oli valmis tekemään yhden KHO:n ratkaisun perusteella ja siitä huolimatta, että ratkaisu syntyi äänestyksen jälkeen ja niukan 11—10 enemmistön varassa. Merikosken kannanotto onkin ymmärrettävissä luonteeltaan pikemminkin persuaasioksi kuin verifikaatioksi. Toisin sanoen kioskien aukioloaikoja koskeva KHO:n ratkaisu ei ehkä sinänsä ollut niinkään käänteentekevä, vaan se on tullut sellaiseksi lähinnä Merikosken auktoriteetin välityksellä.

Merikosken kantaa on sittemmin kriittisesti — analyttisen oikeusteorian hengessä — eritellyt Makkonen kunnallista säädösvaltaa käsittelevässä teoksessaan vuonna 1968. Hänen käsityksensä mukaan edellä mainittu KHO:n ratkaisu vuodelta 1952 ilmentää kieltämättä tarkoitussidonnaisuuden periaatetta, sillä olihan KHO perustellut päätöstään sillä, että kauppalanvaltuuston on katsottava käyttäneen harkintavaltaansa muuhun tarkoitukseen kuin mihin se lain mukaan olisi ollut mahdollista.² Makkonen asettaa kuitenkin esityksessään kysymyksen alaiseksi, oliko KHO:ssa asiaa käsiteltäessä nimenomaan ajateltu juuri tarkoitussidonnaisuuden kotiuttamista Suomen oikeusjärjestykseen tai muutenkaan lähesytty asiaa teoreettiselta kannalta.³

Makkonen jatkaa kritiikkiään prejudikaattiopillisista asetelmista käsin kysyessään, miten laajoja johtopäätöksiä ratkaisusta on tehtävissä, ja viitatessaan siihen, että päätös tehtiin 11 äänellä 10 vastaan. Epäilemättä yksimielinen ratkaisu olisi prejudikaattiarvoltaan ollut vahvempi kuin niukka enemmistöpäätös.

Makkonen viittaa lisäksi vähemmistöön kuuluneen hallintoneuvos Auran esittämiin perusteluihin, joiden mukaan kauppalanvaltuuston vaiuttimena ei ollut näytetty olleen taloudellisen edun hankkiminen kauppalalle, vaan järjestelyllä oli pyritty hänen mukaansa helpottamaan kioskien terveydellisiin oloihin kohdistuvaa valvontaa. Mikäli enemmistö olisi ollut samaa mieltä kauppalanvaltuuston tarkoituserästä, olisi tämä luultavasti vaikuttanut ratkaisun lopputulokseen. Makkonen on tällä

² Ks. *ibid.* s. 152—159.

³ Ks. *ibid.* s. 152. — Suullisissa keskusteluissa on Makkonen viitannut KHO:n ratkaisuun osallistuneen Kuuskosken antaneen aikoinaan ymmärtää, että tarkoitussidonnaisuuden periaate ei ilmeisesti ainakaan nimenomaisesti ollut esillä KHO:n piirissä käydyissä käsiteltävänä olevaa asiaa koskevilla neuvotteluilla. Myöskään käytettävissäni olleet KHO:ssa laaditut tausta-asiakirjat eivät tässä suhteessa ole antaneet aihetta käsityksen muuttamiseen.

kohtaa osunut tarkoitussidonnaisuuden ongelman ytimeen, todellisten tarkoituserien näyttövaikeuteen.

Mutta yhtä vaikeita ovat ne ongelmat, jotka liittyvät sen selvittämiseen, mikä kussakin tapauksessa on katsottava lain tarkoitukseksi.⁴ Ration löytämistä on omiaan vaikeuttamaan se, että lailla saattaa yhtä aikaa olla useita rinnakkaisia tai toisilleen alisteisia päämääriä. Niinpä esim. AukioloL:lla (606/46), jonka soveltamisesta vuoden 1952 ratkaisussa oli kysymys, voidaan ajatella olevan lukuisia tarkoituseriä, joista mainittakoon työsuojelu, terveydenhoidolliset ja jopa esteettiset (»raken- nustaiteelliset») näkökohdat.⁵

Osoittaakseen sen, miten komplisoitua ja epävarmaa on yleisten periaatteitten johtaminen ennakkotapauksista ja myöskin prejudikaattien kantavuuden arvioiminen,⁶ Makkonen kiinnittää esityksessään huomiota vielä erääseen KHO:n ratkaisuun, joka annettiin peräkkäin ja samana päivänä kuin KHO 12.9.1952 T 4175. Kyseinen tapaus oli seuraavanlainen:

Kaupunginvaltuusto oli päättänyt, että kioskeissa ja niihin verrattavissa myyntipaikoissa sekä ulkosalla tapahtuva valmiin ravinnon, virvokkeiden, virvoitusjuomain, tupakan, sanomalehtien ja aikakauskirjojen sekä kukkien myynti sai tapahtua kaupungilta vuokratuilla paikoilla arkipäivisin kello 7—22 ja sunnuntaina sekä eräinä juhlapäivinä kello 12—22 sekä muilla paikoilla arkipäivisin kello 8—18, paitsi lauantaisin ja eräiden juhlapäivien aattona kello 8—17.

Sitten kun Osuusliike T sanotusta kaupungista oli kph:lle lähettämässään kirjoituksessa pyytänyt, että osuuskunnalle annettaisiin oikeus pitää omilla tonteilla sijaitsevat osuuskunnalle kuuluvat jäätelönmyyntipaikat avoinna samoina aikoina kuin kaupungilta vuokratuilla paikoilla olevat myyntipaikat, kph. esitti valtuustolle, että koska kaupungilta vuokratut myyntipaikat oli aiheellista edelleen pitää omana luokkana aukioloon nähden, hakemus hylättäisiin. Valtuusto hylkäsi päätöksellään osuuskunnan hakemuksen.

Kpv:n päätöksestä osuuskunta valitti LH:lle ja valituskirjassaan esitti, että oikeus määrätä myyntipaikkojen aukioloajoista oli myön-

⁴ Ks. myös Merikoski, Vapaa harkinta s. 65.

⁵ Ks. näistä tark. SKL 1950 s. 166—167. Ks. myös Sjöholm, JFT 1951 s. 88.

⁶ Samaan asiaan on Makkonen viitannut toisessa yhteydessä huomauttaessaan, että yhtä vähän kuin puusta on mahdollista löytää kahta täysin samanlaista lehteä, yhtä vähän voidaan ajatella kahta täysin samanlaista oikeustapausta. Ks. LM 1959 s. 62. Ks. myös Sipponen, LM 1965 s. 200. — Yleisemmällä tasolla kysymys palautuu induktiivisen menetelmän käyttöön lainopillisessa tulkinnassa. Ks. tästä tark. esim. Aarnio, Lainoppi s. 238—275.

netty valtuustolle työväensuojelua koskevassa lainsäädännössä. Jos valtuusto kuitenkin päätti aukioloajoista siten, että myyntipaikat tulivat eri asemaan sen mukaan, sijaitsivatko ne yksityisen vai kaupungin omistamalla maalla, valtuustolla päätöstä tehdessään ei voinut olla muuta tarkoitusta kuin hankkia sillä tavoin kunnalle taloudellisia etuja. Tämän vuoksi ja kun valtuuston päätös niin ollen oli vastoin lakia, osuuskunta vaati, että valtuuston päätös kumotaisiin.

Kpv. valituksen johdosta antamassaan selityksessä vastusti valituksen hyväksymistä, koska valtuustolla oli oikeus ottamalla huomioon yleisen järjestyksen, terveydenhoidon ja työolojen valvonnan vaatimukset määrätä myyntipaikkojen aukioloajan muiden myyntipaikkojen aukioloaikaa pitemmäksi.

LH antamallaan päätöksellä ratkaisi asian; ja koska kysymystä siitä, kauanko ja milloin Osuusliike T:n jäätelömyyntipaikat saivat olla avoinna, lain mukaan ei voitu, niinkuin oli tapahtunut, ratkaista vain sillä perusteella, kenen omistamalla maalla ne sijaitsivat, sen vuoksi LH, kumoten kpv:n päätöksen, palautti asian kpv:lle uudelleen käsiteltäväksi.

LH:n päätökseen kph. haki muutosta.

KHO (ylim. hallintoneuvokset *Hämäläinen* ja *Savolainen* sekä hallintoneuvokset *Hellman*, *Saarialho*, *Toivanen* ja *Aura*): koska kpv. 17.4.35 antamallaan määräyksellä oli vahvistanut ne ajat, jolloin myynti sai tapahtua kioskeissa ja niihin verrattavissa myyntipaikoissa kp:ssa eikä ollut väitettykään, että sanottu määräys sen jälkeen olisi lakannut olemasta noudatettavana siltäkään osalta, kuin se koski yksityisten omistamilla tonteilla olevien kioskien ja muiden sellaisten myyntipaikkojen aukioloaikoja, sen tähden ja kun näissä oloissa ei voitu katsoa, että Osuusliike T:llä olisi oikeus saada lupa pitää sen omilla tonteilla sijaitsevat, osuuskunnalle kuuluvat jäätelömyyntipaikat avoinna poiketen siitä, mitä oli voimassa muilla yksityisille kuuluvilla alueilla olevien myyntipaikkojen aukioloajasta, eikä kpv:n tekemää päätöstä, jolla osuuskunnan po. hakemus oli hylätty, niin ollen, ottaen huomioon KunL 175 §:n säännökset, lain mukaan voitu kumota, KHO, kumoten LH:n val. al. päätöksen, hylkäsi osuuskunnan LH:lle tekemän edellä mainitun valituksen.

Ylim. hallintoneuvokset *Tuovinen*, *Tollander* ja *Yrjölä* sekä hallintoneuvokset *Haltia*, *Suontausta*, *Tarkka*, *Kuuskoski*, *Jaakkola*, *Louhivaara* ja *Ahla* jättivät, ottaen huomioon KunL 175 §:n säännöksen, LH:n päätöksen pysyväksi.

Hallintoneuvokset *Hakkila*, *Beckman*, *Honka* ja *Ikkala* sekä presidentti *Castrén*, koska kpv:lla kauppaliikkeiden ja liiketoimistojen aukioloajasta 2.8.46 ann. L. 3 §:n 2 kohdan mukaan oli oikeus määrätä, minä aikana jäätelön myynti puheenaolevissa myyntipaikoissa sai tapahtua, eikä ollut näytetty, että kpv. hylätessään osuuskunnan

hakemuksen, oli ylittänyt toimivaltansa tai että päätös muutoin oli lainvastainen, sen vuoksi ja kun ei ollut väitettykään, että kaupunginvaltuuston päätös loukkaisi osuuskunnan yksityistä oikeutta, KunL 175 §:n nojalla kumosivat LH:n val. al. päätöksen ja jättivät asian kpv:n päätöksen varaan.

Ratkaisu saattaa ensi näkemältä vaikuttaa ristiriitaiselta aikaisemmin mainitun ratkaisun (KHO 12.9.1952 T 4175) kanssa. Ristiriitaisuus on kuitenkin näennäinen, sillä KHO 12.9.1952 T 4176 merkitsee vain sitä, että yksityisellä ei ole parempaa oikeutta poikkeavan aukioloajan saamiseen kuin muilla vastaavassa asemassa olevilla liikkeenharjoittajilla.⁷ Ristiriitaa vastaan puhuu myös se, että molemmat ratkaisut annettiin peräkkäin ja, kuten edellä on todettu, saman päivän kuluessa. Tilanne olisi saattanut muuttua tulkinnanvaraisemmaksi, mikäli KHO olisi antanut vain jälkimmäisen ratkaisun (KHO 12.9.1952 T 4176). Tällaisessa tapauksessa olisi saattanut olla mahdollista tulkita KHO:n asettuneen sille kannalle, että kioskien aukioloajat saadaan vahvistaa erilaisiksi.⁸

Makkonen tulee siihen tulokseen, että Suomessa tuomioistuinpäätökset lienevät yleensä in casu-ratkaisuja, joista on vaikeata johtaa laajempia periaatteita. Ratkaisujen sanamuodosta harvoin pääsee selville siitä, onko jotain tiettyä periaatetta haluttu kotiuttaa oikeusjärjestykseen. Näin ollen jää yleisten oikeusperiaatteitten soveltaminen lähinnä yksittäistapauksessa suoritettavaksi harkinnaksi, argumentoinniksi puolesta ja vastaan eri näkökohtia punniten.⁹

Makkosen kriittisestä analyysistä on luettavissa, että hän ei ole pitänyt Merikosken päättelyä riittävän vakuuttavana. Kantaansa Makkonen on perustellut yksityiskohtaisesti ja tällä tavalla horjuttanut pyrkimystä kotiuttaa tarkoitussidonnaisuuden periaate Suomen oikeusjärjestykseen ja nimenomaan siinä mielessä, että sanottu periaate olisi käsitettävä virheelisen hallintotoimen itsenäiseksi kumoamisperusteeksi.

Toisaalta on kuitenkin otettava huomioon, että Makkosen esittämät epäilykset ovat peräisin yli kymmenen vuoden takaa, joten on mahdollista, että oikeuselämässä sen jälkeen tapahtunut kehitys antaa aiheen käsitysten tarkistamiseen.

⁷ Ks. Makkonen, Säädosvalta s. 153. Ks. myös LM 1952 s. 765. Vrt. KHO 1958 II 232.

⁸ Ks. Makkonen, Säädosvalta s. 154.

⁹ Ks. *ibid.* s. 159.

Makkosen jälkeen on kysymystä hallinto-oikeudessa käsitellyt myös *Holopainen*,¹⁰ joka kiinnittää erityisesti huomiota harkintavallan väärinkäyttöön valtuuston päätöksen kumoamisperusteena. Hän pitää selvänä, että harkintavallan väärinkäyttö tekee Suomen oikeuden mukaan päätöksen oikeusjärjestyksen vastaiseksi, mikä KunL 175 §:n nimenomaisen säännöksen nojalla on kunnallisvaltuuston tekemän päätöksen kumoamisperuste. Se, että valtuuston harkinta on laadultaan poliittista harkintaa, ei Holopaisen mukaan poista harkintavallan väärinkäyttötapauksia eikä tee väärinkäyttöä sallituksi, koska kunnan toimiala on rajoitettu. Harkintavallan väärinkäyttö merkitsee siten toimialan ylittämistä. Asiaa ei voida pitää kunnan yhteisenä asiana, jos jollekin annetaan perustetonta etua kunnan toimesta ja toisia kunnan jäseniä vastaavasti rasitetaan tällä toimenpiteellä tai jos jonkun oikeusasemaa heikennetään näennäisesti toimialan puitteissa tapahtuvien toimenpitein.

Holopainen toteaa KunL:iin perustuvien päätösten osalta harkintavallan väärinkäytön ilmenevän pääasiassa tarkoitussidonnaisuuden ja yhdenvertaisuuden periaatteen loukkaamisena. Tarkoitussidonnaisuuden rikkomisesta eli toimenpiteen suorittamisesta tehtävälle vieraassa tarkoituksessa hän mainitsee tyypillisenä tapauksena puoluepoliittisen järjestön suosimisen jonkin kunnan toimialaan kuuluvan toimenpiteen varjolla.

Harkintavallan väärinkäyttöön liittyviä kysymyksiä on oikeuskirjallisuudessa käsitellyt lyhyehkösti myös *Vilkkonen*. Esityksessään hän on ottanut sen kannan, että tarkoitussidonnaisuuden periaate on Suomen hallinto-oikeuteen omaksuttu, olkoonkin että se on toistaiseksi maaperään hennosti juurtunut.¹¹ Vilkkonen viittaa lisäksi periaatteen yhteyksiin laintulkinnan kanssa ja sen myötä keskeiseen asemaan koko oikeudellisessa ajattelussa eikä vain vapaata harkintavaltaa rajoittavana tekijänä. Tarkoitussidonnaisuuden omaksumista voidaan hänen mukaansa puolustaa oikeusturvanäkökohdilla, vaikka periaatteen asemassa on piirteitä, jotka oikeuttavat suhtautumaan siihen pätemättömyysmielessä varoen.¹²

Tarkoitussidonnaisuutta on väitöskirjassaan käsitellyt niin ikään *Hidén*.¹³ Hän viittaa KHO:n ratkaisemaan tapaukseen 12. 9. 1972 T 4175 ja toteaa esitetyn, että KHO on tässä nojautunut tarkoitussidonnaisuuden

¹⁰ Ks. *Holopainen*, Kunnan asema s. 414—415.

¹¹ Ks. *Vilkkonen*, Hallintotoimen mitättömyydestä s. 289.

¹² Ks. *ibid.* s. 290.

¹³ Ks. *Hidén*, Eduskunnan oikeusasiamies s. 128.

periaatteeseen. Hidénin mukaan näin ei ehkä ole ollut asian laita, mutta joka tapauksessa on KHO tässä katsonut, että kyseessä on ollut oikeudellisen normin loukkaus. Normille annettu nimitys on hänen mukaansa sivuseikka. Olennaista sen sijaan on, että viranomaisen toimenpidevaltuudet eivät ole tarkoitettut käytettäväksi minkä tavoitteen saavuttamiseen tahansa.

Hidén on oikeassa; normille annettu nimitys on todellakin sivuseikka. Mutta jos kysymys on sivuseikasta, niin mikä silloin toisaalta estää oikeudellisen ilmiön käsittelyn helpottamiseksi sen ristimistä vaikkapa tarkoitussidonnaisuuden vaatimukseksi? Tärkeätä on se, että sanotun periaatteen merkityssisältöä ei rakenneta spekulatiiviseen vaan oikeuskäytännön pohjalta. Tässä mielessä on aiheellista panna merille joukko KHO:n ratkaisemia tapauksia, joissa on ollut kysymys harkintavallan väärinkäytöstä hallinnossa. Useat niistä tulevat yksityiskohtaisemmin käsiteltäviksi vielä myöhemmissä yhteyksissä. Tässä vaiheessa on tarkoituksena lähinnä osoittaa esimerkein, että vuonna 1952 annetun kioskien aukioloaikoja koskevan ratkaisun jälkeen on KHO monissa erityyppisissä tapauksissa katsonut hallintoviranomaisen käyttäneen harkintavaltaansa muuhun tarkoitukseen kuin se on ollut käytettävissä. Sellaiset ratkaisut eivät enää nykyään ole mitään harvinaisuuksia, mikä omalta osaltaan on osoituksena harkintavallan väärinkäyttöön juurtumisesta Suomen oikeusjärjestykseen.

5 §. HARKINTAVALLAN VÄÄRINKÄYTTÖÖN INSTITUTOITUMISTA KUVAAVAA OIKEUSKÄYTÄNTÖÄ

Pienyrittäjien elinkeinoasioita tuli 1950-luvulla aika usein KHO:n käsiteltäväksi. Kioskien aukioloaikojen ohella joutui KHO pohtimaan maa-laiskansan kaupanpitoa toreilla, romuliikkeitten toimintaa ja elintarvikkeitten myyntiä pakettiautoista. Tähän ryhmään kuului myös KHO:n kiertomyymäläkauppaa koskeva ratkaisu vuodelta 1955.¹

Sanotussa tapauksessa oli eräs kauppias lääninhallitukselta anonut lupaa saada myydä elintarvikkeita myymäläautoksi tarkoitetusta mootoriajoneuvosta. LH oli määrännyt päätöksessään myymäläauton pysähtymispaikkojen sallitun etäisyyden lähimpään kiinteään myyntipaikkaan ja jättänyt sanotun etäisyyden riippuvaksi asianomaisten myymälänomistajien suostumuksesta. KHO puolestaan katsoi ratkaisussaan, ettei yksityisen oikeuden eikä yleisen edun turvaamiseksi, ottaen huomioon paikalliset olosuhteet, ollut aiheellista yleisesti määrätä etäisyyttä LH:n päätöksestä ilmenevällä tavalla eikä myöskään jättää sitä riippuvaksi myymälänomistajien suostumuksesta. Kun LH:n oli katsottava ylittäneen ElinkeinoL 19 a §:ssä (40/41) säädetyn harkintavallan rajat, KHO kumosi LH:n päätöksen ja palautti asian uudelleen sen käsiteltäväksi (ään. 15—5).²

Vaikeita tulkinallisia rajanveto-ongelmia saattaa käytännössä esiintyä tarjouskilpailun yhteydessä. Tällaisia tapauksia on välistä tullut myös KHO:n käsiteltäväksi.

Eräänä esimerkkinä voidaan mainita KHO:n vuonna 1969 antama ratkaisu, jossa oli kysymys kaupungin omistaman kioskin vuokraamisesta.³

¹ Ks. KHO 1955 II 22.

² Ks. myös KHO 17. I. 1956 T 216.

³ Ks. KHO 1969 II 48. Varhaisemmasta oikeuskäytännöstä ks. KHO 1935 II 1656, jossa kunnanvaltuusto oli päättänyt myydä työväenyhdistykselle tontin

Tällä kerralla ei tapaus, päinvastoin kuin on ollut asianlaita aikaisemmin esitetyissä kioskikauppaa koskevissa ratkaisuissa, liittynyt aukioloaikoihin, vaan viranomaisen oikeuteen tehdä valinta tarjouskilpailussa annettujen tarjousten välillä. Siinä kaupunginhallitus oli päättänyt vuokrata kioskin yhden vuoden pituiseksi ajaksi urheiluseuralle sen tarjoamasta 200 mk:n suuruudesta vuosivuokrasta. Kioskin vuokraamisesta oli tehty kaksi muutakin tarjousta, joista toinen oli 550 markkaa ja toinen 400 markkaa. KHO katsoi päätöksessään, että kaupunginhallitus oli käyttänyt väärin harkintavaltaansa, kun se oli päättänyt vuokrata kioskin alimman tarjouksen tehneelle hakijalle, vaikka kaksi muuta hakijaa, joiden kykyä kioskiliikkeen harjoittamiseen ja vuokran maksamiseen ei ollut asetettu kysymyksenalaiseksi, oli tarjonnut kioskista korkeamman vuokran.

Kontrastiksi voidaan asettaa KHO 18.2.1977 T 633, jossa kaupungin kiinteistö- ja rakennuslautakunta oli antanut erään koulun lattian päällystystyön 123 046 markan tarjouksen tehneen yhtiön suoritettavaksi. Työstä oli annettu kaikkiaan neljä tarjouspyynnön mukaista tarjousta, joista alhaisin oli ollut 119 244 markkaa. KHO ei katsonut lautakunnan käyttäneen väärin harkintavaltaansa, kun otettiin huomioon sanottujen tarjousten työn kokonaishintaan nähden vähäinen poikkeama.

Miten on näiden kahden ratkaisun lopputuloksen välinen ero selitettävissä? Olihan ensin mainitussa tapauksessa ylimmän ja alimman tarjouksen markkamääräinen ero rahanarvon heikkenemisenkin huomioon ottaen vähäisempi kuin jälkimmäisessä tarjouskilpailussa. Varmaa vastausta ei ole ratkaisujen sanamuodon perusteella annettavissa. Erään selityksen eroavuuteen tarjoaa se, että vuonna 1977 ratkaistussa tapauksessa oli kysymys työsuorituksesta, jolloin kunnan viranomaiset voivat — ja niiden tulee — kiinnittää markkamäärien ohella huomiota muihin tekijöihin kuten esim. työn laatuun ja käytettäviin materiaaleihin. Kioskin vuokraaminen on jonkin verran toisenlainen asia. Mikäli hakija tällöin on tehnyt korkeimman tarjouksen ja samalla on riittävät takeet ennen muuta vuokranmaksukyvystä, on lähellä sellainen ajatus, että vuokrasopimuksen tekemiseen alemman tarjouksen tehneen hakijan kanssa ovat vaikuttaneet harkintavallan väärinkäyttöön viittaavat tekijät.

Oikeuskäytännön valossa näyttää ilmeiseltä, ettei kunnalla ole kaikissa

käyppää hintaa niin paljon alemmasta hinnasta, että KHO katsoi päätöksen lahjoitukseksi ja kumosi sen. Alihinnalla myyntiä koskevista tapauksista ks. myös KHO 1945 II 70 ja KHO 1947 II 39.

tapauksissa ja olosuhteissa ehdotonta velvollisuutta korkeimman tarjouksen hyväksymiseen. Merkitystä saattaa olla esimerkiksi sillä, onko tarjousten välinen ero katsottava vähäiseksi. Yleiseksi edellytykseksi alhaisemman tarjouksen hyväksymiselle on kuitenkin asetettava se, että viranomainen voi esittää hyväksyttävän syyn ratkaisunsa tueksi. KHO:n vuonna 1969 ratkaisemassa tapauksessa (KHO 1969 II 48) ei kunta ollut kyennyt esittämään mitään perusteita sille, miksi vuokraaminen oli tapahtunut alimman tarjouksen tehneelle urheiluseuralle.

Kunnallisten ilmoitusten julkaisemiseen liittyviä valituksia on KHO joutunut käsittelemään useaankin otteeseen. Eräs tällainen tapaus sai ratkaisunsa vuonna 1973.⁴ Siinä valtuusto oli päättänyt, että kunnalliset ilmoitukset tuli julkaista kunnan ilmoitustaulun ohella kahdessa sanomalehdessä. Valtuusto oli päätöksessään erikseen kieltäytynyt hyväksymästä ilmoituslehdiksi kunnan suurilevikkisintä sanomalehteä. LO tuli asiasta tehdyn valituksen tutkittuaan siihen tulokseen, että valittaja oli jättänyt näyttämättä valtuuston käyttäneen harkintavaltaansa muuhun tarkoitukseen kuin mihin se oli ollut käytettävissä. KHO oli kuitenkin kysymyksestä toista mieltä ja katsoi ratkaisussaan, että KunL 32 § 2 mom:n säännöksen tarkoituksena oli saattaa kunnalliset ilmoitukset mahdollisimman tehokkaasti tiedoksi. Kun valtuusto oli päätöksessään jättänyt ilmoitukset julkaisematta kunnassa eniten leviävässä sanomalehdessä, oli valtuusto syyllistynyt KHO:n käsityksen mukaan harkintavallan väärinkäyttöön.

Toisen sellaisen kunnallisten ilmoitusten julkaisemista koskevan tapauksen, jossa katsottiin harkintavaltaa käytetyn muuhun tarkoitukseen kuin se oli ollut käytettävissä, KHO ratkaisi vuonna 1978.⁵ Kysymys oli valtuuston päätöksestä, jonka mukaan kunnan suurilevikkisin sanomalehti oli jätetty pois ilmoituslehtien joukosta. Valituksen johdosta antamassaan päätöksessä LO katsoi, että UKunL 34 § 2 mom:n nojalla valtuustolla oli oikeus päättää, että kunnan ilmoitukset saatetaan tiedoksi muullakin tavalla kuin julkaisemalla ne ilmoitustaululla. LO:n mukaan sanotun säännöksen tarkoituksena oli saattaa kunnan ilmoitukset mahdollisimman tehokkaasti kuntalaisten tiedoksi. Ilmoituslehtien joukosta pois jätetyn sanomalehden levikki oli saatujen levikkitietojen mukaan huomattavasti suurempi kuin ilmoituslehtien yhteislevikki. Näin ollen oli valtuusto

⁴ Ks. KHO 1973 II 38.

⁵ Ks. KHO 15. 2. 1978 T 670.

käyttänyt väärin harkintavaltaansa ja mennyt päätöksellään toimivaltaansa ulommaksi. KHO katsoi, ettei ollut syytä muuttaa LO:n päätöstä.

Eräissä muissakin tapauksissa on korkein hallintolainkäyttöaste päätenyt siihen tulokseen, että viranomainen on syyllistynyt harkintavallan väärinkäyttöön. Vuonna 1975 KHO antoi muun muassa ratkaisun, joka koski yksityisoppikoululle myönnettävää avustusta.⁶ Sanotussa tapauksessa oli valtuusto myöntänyt avustuksen koulujen ylläpitäjälle lukukausimaksujen pysyttämiseksi kohtuullisina ja varattomien oppilaiden oppikirjoja, koulutarvikkeita sekä aterioita varten. Päätöksessään kaupunginvaltuusto kuitenkin asetti avustuksen saamisen ehdoksi, että mikäli koulu jää ns. korvaavaksi kouluksi, sen oli sitouduttava peruskoulujärjestelmään siirryttäessä maksamaan avustussumma takaisin. KHO katsoi päätöksessään, että ehto ei liittynyt avustuksen käyttötarkoitukseen ja että valtuusto oli käyttänyt harkintavaltaansa muuhun tarkoitukseen kuin se oli ollut käytettävissä.

Pyrkimys suunnitelmallisuuteen maankäytössä on vaikuttanut siihen, että poikkeuslupajärjestelmästä rakennustoiminnassa on muodostunut merkittävä käytännöllinen ongelma. Partikulaaristen intressien sanelema kaaottinen rakentaminen on Suomessa pitkälti valjastettu lainsäädännöllisiin aisoihin, mutta kaavoitustoimen hitauden seurausilmiönä on samalla syntynyt uusi ongelma, poikkeuslupatapausten ylikorostunut asema hallintolainkäytössä.

Oikeuskirjallisuudessa on *Hyvönen* todennut tarkoitussidonnaisuuden poikkeuslupamenettelyssä tulevan yleensä ilmaistuksi puhumalla siitä, ettei suunniteltu rakentaminen estäisi tai ainakaan huomattavassa määrin vaikeuttaisi kysymyksessä olevan alueen kaavoittamista tai alueen muun käytön järjestämistä.⁷ Tarkoitussidonnaisuuden arvostelu poikkeuslupamenettelyssä tuottaa kuitenkin hänen mukaansa erityisesti vaikeuksia, koska kaikki inhimillinen toiminta vaatii perustakseen maata ja sillä tavoin kaikki ratkaisut eri aloilla vaikuttavat myös maankäyttöön.⁸

Juridis-teknisessä mielessä poikkeuslupamenettelyn yhteydessä tapahtuvan tarkoitussidonnaisuuden rikkomisen osoittamiseen liittyvät ongelmat tuskin kuitenkaan ovat vaikeampia tai helpompia kuin muissakaan harkintavallan väärinkäyttöä koskevissa tilanteissa. Toinen asia on, että

⁶ Ks. KHO 20.5.1975 T 2016.

⁷ Ks. *Hyvönen*, Maapaketti s. 257.

⁸ Ks. *ibid.* s. 258.

maankäyttöä sivuavassa ratkaisutoiminnassa taloudelliset intressit ovat usein siinä määrin vahvoja, että kiusaus tarkoitussidonnaisuuden periaatteen rikkomiseen saattaa olla suurempi kuin monissa muissa tapauksissa.

Vakiintuneena linjana oikeuskäytännössä on se, että poikkeuslupahakemuksen hylkääminen voi tapahtua tarkoituksenmukaisuusperusteella. Tässä kuten muulloinkaan ei viranomaisen harkintavalta kuitenkaan ole vailla rajoituksia. *Jatkola* onkin todennut, että hakemusta puoltavat koh- tuus- ja muut seikat huomioon ottaen KHO on monissa ratkaisuisaan katsonut, että rakennushankkeen epäämisellä saavutettava maankäytöllinen etu on ollut liian vähäinen antaakseen riittävän aiheen tarkoituksenmukaisuusperusteella tehtävään hylkäämispäätökseen.⁹ Tuoreehkona esimerkkinä tällaisesta kannanotosta voidaan mainita KHO 1976 I 3. Kysymys oli tapauksesta, jossa LH oli hylännyt rakennuskieltoalueella sijaitsevan loma-asunnon laajentamista koskevan poikkeuslupahakemuksen. LH katsoi tosin, että oikeudelliset edellytykset haetun luvan myöntämiselle olivat olemassa, mutta ottaen huomioon yleiskaavan rannikkoalueita koskevan vaihekaavan keskeneräisyyden ja sen, että ehdotettu rakennustoi- menpide merkitsi pinta-alaltaan tavallista suuremman loma-asunnon tun- tuvaa laajentamista alueella, jolla loma-asutusta ei ollut tarkoituksenmu- kaista lisätä, LH, ottaen huomioon RakL 132 § 1 mom:n, hylkäsi hakemuk- sen epätarkoituksenmukaisena. KHO puolestaan katsoi, ettei hylkäys- peruste ollut riittävä ja LH oli siten evätessään luvan ylittänyt sille RakL 132 § 1 mom:n mukaan kuuluvan harkintavallan.

Sanotun ratkaisun jälkeen, jota *Jatkola* on pitänyt tavallaan »pään aukaisijana», on KHO antanut useita erityyppisiin tilanteisiin liittyviä poikkeuslupahakemuksia koskevia kumoamispäätöksiä.¹⁰ Esimerkkinä voidaan mainita tapaus, jossa hakija oli pyytänyt LH:lta poikkeuslupaa saada kaksikerroksisen rivitalon rakentamista varten käyttää taaja- asutukseen eräässä kylässä olevaan tilaan kuuluvaa aluetta siitä huoli- matta, ettei alueelle ollut vahvistettu asemakaavaa. KHO katsoi ratkai- sussaan (KHO 1977 II 44), että hakijoiden rakennushanke merkitsi alueen käyttämistä RakL 4 §:ssä tarkoitettuun taaja-asutukseen. Hakijat tarvit- sivat siten hankettaan varten RakL 5 §:ssä säädetyn taaja-asutusluvan. Hakijat olivat myös esittäneet RakL 5 § 2 mom:ssa tarkoitettuja erityisiä

⁹ Ks. *Jatkola*, Muutoksenhaku s. 7

¹⁰ Ks. *ibid.* s. 7.

syitä hakemuksensa tueksi, joten oikeudelliset edellytykset siihen suostumiselle olivat olemassa. LH:n hylkäävä päätös oli perustunut siihen, etteivät kaupunki ja hakijat olleet päässeet sopimukseen alueelle laaditun asemakaavaehdotuksen toteuttamisesta. Siinä ehdotuksessa noin 5 770 neliömetrin suuruinen tila oli 1 200 neliömetrin suuruista rivitalotonttia lukuun ottamatta merkitty puistoksi ja katualueeksi. KHO katsoi asiakirjoista saatavan selvityksen mukaan LH:n päätöksen perustuneen siihen, etteivät hakijat ja kaupunki olleet päässeet sopimukseen asemakaavaa toteutettaessa kaupungille siirtyvistä alueista hakijoille tulevan lunastuksen suuruudesta. Tämä peruste ei sillä tavoin liittynyt alueen maankäyttöä rakentamiseen koskeviin seikkoihin, että hakemus olisi mainitulla perusteella voitu hylätä. KHO päätyi siihen tulokseen, että LH oli ylittänyt sille RakL 5 §:n 2 mom:n mukaan kuuluvan harkintavallan ja kumosi päätöksen sekä palautti asian LH:lle uudelleen käsiteltäväksi.

Poikkeuslupa-an liittyvää problematiikkaa kuvaa myös eräs KHO:n vuonna 1978 antama ratkaisu (KHO 5. 4. 1978 T 1476). Siinä kunnan keskustataajamassa toimessa oleva peruskoulun opettaja oli pyytänyt poikkeuslupaa ympärivuotiseen asumiseen tarkoitetun pientalon rakentamiseen noin neljän kilometrin päässä olevalle kotitalalleen, joka sijaitsi alueella, jolle lääninhallitus oli todennut olevan tarpeen laatia rantakaava. LH katsoi, että oikeudelliset edellytykset luvan myöntämiseen olivat olemassa, mutta hylkäsi hakemuksen tarkoituksenmukaisuusperusteilla muun ohella siihen nojautuen, että alueen palvelutaso oli ympärivuotista asutusta silmällä pitäen heikko. KHO katsoi tässä tapauksessa, ettei hakemusta voitu hylätä sanotulla perusteella, kun otettiin huomioon tilan etäisyys keskustataajamasta, jonne oli jatkuvasti ajokelpoinen yhteys, sekä se, että kysymyksessä oli kotitalalle tuleva rakennus. Päätöksessään KHO totesi samalla, että rakentamisen luonteeseen nähden poikkeusluvassa voitiin rajoittaa se koskemaan vain rakentamista puheena olevan tila muodostamalle rakennuspaikalle.

Samansuuntaisia ratkaisuja oikeuskäytännöstä siis löytyy poikkeuslupa-asioissa, mutta esitettyjen esimerkkien valossa ei kuitenkaan ole tehtävissä sellaista johtopäätöstä, että linja olisi täysin selkiytynyt. Jatkola onkin viitannut siihen, että tämän hetken mielenkiintoisimpia kysymyksiä hallintolainkäytön alalla on, millaiseksi vielä nähtävästi kehitysvaiheessa oleva KHO:n tulkinta tarkoituksenmukaisuusharkinnan oikeudel-

lisessä rajaamisessa näissä asioissa muodostuu — eli mihin se niissä asettaa maankäyttöpolitiikan ja -juridiikan rajan.¹¹

Murén on harkintavallan väärinkäyttöä koskevassa esitelmässään todennut, että viranhaltijan palkkausta järjestettäessä voidaan kunnan harkintavaltaa käyttää väärin monin eri tavoin. Lainvastaista on esimerkiksi järjestää viranhaltijan palkka normaalia pienemmäksi, jotta epäsuosiossa oleva viranhaltija eroaisi,¹² mutta samalla tavalla on suhtauduttava perusteettoman edun myöntämiseen viranhaltijoille. Tällaisesta tapauksesta oli kysymys eräässä KHO:n vuonna 1976 antamassa ratkaisussa, joka oli sisällöltään lyhyesti seuraavanlainen.¹³

Kauppalanhallitus oli tehnyt päätöksen, jolla viranhaltijoina oleville konekirjoittajille oli myönnetty palkatonta virkavapautta ja heidät siirretty työsopimussuhteeseen. Ratkaisussaan KHO päätyi siihen, että sanottu menettely merkitsi, kun ei ollut väitettykään, että konekirjoittajan virat olisi valtuuston päätöksellä lakkautettu, sitä, että nämä konekirjoittajat olivat samanaikaisesti sekä virka- että työsopimussuhteessa kauppalan. Kauppalanhallituksen päätöksellä oli niin ollen tehty mahdolliseksi muun muassa maksaa edelleen virkasuhteessa oleville konekirjoittajille voimassa olevasta virkaehtosopimuksesta poikkeavaa korkeampaa palkkaa. Kun kauppalan ollessaan sidottu virkaehtosopimukseen ei ollut voinut yksittäistapauksessa päättää sellaisten taloudellisten tai sosiaalisten etujen myöntämisestä joillekin viranhaltijoilleen, jotka edut poikkesivat virkaehtosopimuksessa edellytetyistä vastaavista eduista, kauppalanhallituksen oli päätöksellään katsottava käyttäneen väärin harkintavaltaansa.

Tapaus on kuitenkin tulkinnanvarainen, mikä ilmenee myös eri mieltä olleen KHO:n jäsenen lausunnosta, jossa hän lähti siitä, että kauppalanhallituksen tekemään päätökseen johtaman menettelyn tarkoituksena oli ollut kauppalan konekirjoittajatyövoiman saaminen ja säilyttäminen eikä perusteettoman edun antaminen. Hänen käsityksensä mukaan kysymyksessä näin ollen oli ollut kauppalan yhteinen asia. Kauppalanhallituksen menettelyä ei yksinomaan virkaehtosopimuksen määräyksen rikkomisen takia tai sen johdosta, että po. konekirjoittajille tuli työsopimussuhteen perusteella maksettavaksi paremmat palkkaedut kuin aikaisemmin, voitu pitää harkintavallan väärinkäytön sisältävänä toimivallan ylityksenä, eikä

¹¹ Ks. *ibid.* s. 8.

¹² Ks. *Murén*, Harkintavallan väärinkäyttö s. 16.

¹³ Ks. KHO 1976 II 38.

kauppalanhallituksen muutoinkaan ollut näytetty käyttäneen väärin harkintavaltaansa.

KHO:n edellä mainitussa ratkaisussa oli ydinongelmana se, voidaanko virkavapautta myöntämällä siirtää viranhaltija hoitamaan omia tehtäviään työsopimussuhteessa siinä tarkoituksessa, että tällä tavalla kävisi mahdolliseksi maksaa korkeampaa palkkaa kuin voimassa olevan virkaehtosopimuksen määräykset edellyttävät.

Virkavapauden myöntämiseen ei sinänsä ole esteitä. Ellei nimenomaisia säännöksiä ole annettu, kuten käsillä olevassa tapauksessa on asianlaista, viranomaisen käyttää virkavapautta myöntäessään vapaata harkintavaltaa, jota rajoittavat ainoastaan hallinnon johtavat periaatteet. Yleensä ei myöskään ole esteitä turvautua sellaiseen menettelyyn, että virka lakautetaan ja asianomainen viranhaltija siirtyy työsopimussuhteessa hoitamaan vastaavia tehtäviä, mikä tarjoaa mahdollisuuden palkkojenkin korottamiseen. Ongelmalliseksi tilanteen käsiteltävässä tapauksessa tekee se, että kaupunginhallituksen tarkoituksena oli pitää konekirjoittajat virkasuhteessa ja virkavapautta myöntämällä tehdä mahdolliseksi korkeamman palkan maksaminen. Kysymyksessä on tapaus, jota perustellusti KHO:n enemmistön tavoin voidaan pitää tarkoitussidonnaisuuden loukkaamisena. Ottaen huomioon että virkaehtosopimuksen määräyksestä poikkeaminen on kiellettyä, ei viranomaisella ole oikeutta sinänsä laillisuutensa keinoja käyttämällä (so. virkavapautta myöntämällä ja työsopimussuhteeseen ottamalla) pyrkiä kiellettyihin tavoitteisiin eli kiertää sitovia sopimusmääräyksiä. Viranomaisella ei ole lupa ryhtyä toimivaltaansa kuuluvaan toimenpiteeseen edustaakseen samalla toiselle jossakin muodossa lainvastaisesti taloudellisia tai muita etuja.¹⁴

¹⁴ Ks. *Holopainen*, Kunnan asema s. 414—415 ja *Kuuskoski—Hannus*, Kunnallislaki s. 542.

6 §. HARKINTAVALLAN VÄÄRINKÄYTÖN KIELLON OIKEUDELLISESTA LUONTEESTA

I. KIELLON PERIAATTEELLISESTA SISÄLLÖSTÄ

A. Tarkastelun lähtökohta

Oikeuskirjallisuuden ja oikeuskäytännön luomaa taustaa vasten vaikuttaa ilmeiseltä, että Suomen oikeusjärestyksessä on käsitteille harkintavallan väärinkäyttö ja tarkoitussidonnaisuuden rikkominen annettava toisistaan eriytetty merkityssisältö. Tämä ilmenee erityisesti siinä, että harkintavallan väärinkäytöksi saatetaan katsoa myös muiden hallinnon johtavien periaatteitten kuin tarkoitussidonnaisuuden rikkominen. Varsinkin tulee tässä suhteessa kysymykseen objektiviteetti- ja yhdenvertaisuusperiaatteen loukkaaminen ja toisinaan myös suhteellisuusperiaatteesta poikkeaminen.

Hallinnon kaikkien johtavien periaatteitten seikkaperäiseen käsitteilyyn ei käsillä olevassa tutkimuksessa kuitenkaan ole ollut mahdollisuutta. Esimerkiksi yhdenvertaisuusperiaatteen analysointi edellyttäisi kokonaisen erillistutkimuksen suorittamista ja sellaisen se myös ansaitsisi, kun otetaan huomioon, miten merkittävä asema sillä on Suomen oikeusjärjestyksen taustaideologiassa.

Vaikka käsillä olevassa tutkimuksessa ei olekaan mahdollista perusteellisesti syventyä muihin hallinnon johtaviin periaatteisiin kuin tarkoitussidonnaisuuteen, eivät ne ole harkintavallan väärinkäyttöä koskevassa esityksessä täysin sivuutettavissa, sillä oikeuskäytännössä yhdessä ja samassa tapauksessa on usein mahdollista ja välttämätöntäkin tarkastella soveltamisongelmia yhtäikaa kahden tai useamman yleisen periaatteen kan-

nalta. Näin ollen on aiheellista lyhyehkösti tehdä aluksi selkoa eri periaatteitten merkityssisällöstä ja asemasta hallinto-oikeudellisessa oikeus-suojajärjestelmässä. Tärkeintä on kuitenkin käsiteltävän aiheen kannalta muodostaa kuva nimenomaan tarkoitussidonnaisuuden oikeudellisesta luonteesta, mikä toistaiseksi on Suomen oikeuskirjallisuudessa jäänyt jonkin verran sameaksi.

B. Asiallisuuskriteeristä

Objektiviteettiperiaatteella on Merikoski tarkoittanut sitä, että vapaa harkinta ei oikeuta mielivaltaan, vaan hallinnolliseen toimenpiteeseen ryhtymisen ja ratkaisun asialliselta sisällöltään tulee aina olla objektiivisesti perusteltavissa ja puolustettavissa.¹ Siviilioikeudellista »huolellisen miehen» käsitettä hyväksi käyttäen hän hahmottelee objektiviteettivaatimuksen ulommaisat rajat sanomalla, että virkamiehen voidaan katsoa ratkaisussaan poikenneen objektiivisuuden periaatteesta, jos ei ole ajateltavissa, että toinen virkaan vaaditun pätevyyden omaava, huolellinen henkilö olisi virkamiehen asemassa ollen voinut tehdä samanlaisen ratkaisun. Merikosken mukaan yleisesti hyväksyttävissä olevien ratkaisujen linjoilta poikkeamisen tulee kuitenkin olla olennaista, kokolailla ilmeistä ja »karkeahkoa», ennen kuin objektiivisuusvaatimuksen voidaan katsoa tulleen syrjäytetyksi.

Merikosken esittämä objektiviteettiperiaatteen määrittely on mielenkiintoinen, mikäli sen soveltamista tarkastellaan vapaan harkinnan doktriinin ja tuomioistuinkontrollin intensiteetin kannalta. Kun lähtökohtana vapaasta harkinnasta puhuttaessa on se ajatus, että viranomaisen voi valita useiden yhtä laillisten ratkaisujen välillä ja että tuomioistuinkontrolli Suomen oikeusjärjestyksessä ulottuu vain laillisuuskysymyksiin, tulee ajatus viranomaiselle rauhoitetusta vapaasta harkinnan alueesta paradoksaaliseen valoon. Objektiviteettiperiaatetta soveltaessaan tuomioistuin nimittäin välttämättä joutuu, voidakseen yleensä ottaa kannan siihen, onko sanottua periaatetta loukattu halintotoiminnassa, tavallaan asettumaan

¹ Ks. Merikoski, Vapaa harkinta 69. Ks. myös Holopainen, Kunnan asema s. 82, joka niin ikään on katsonut, että täysin yksilölliset ratkaisut eivät ole Suomen oikeusjärjestyksessä sallittuja, vaan niiden on oltava sellaisia, että toinen kompetentti henkilö olisi voinut päätyä samaan tulokseen.

»huolellisen virkamiehen» rooliin.² Vasta tältä pohjalta käy mahdolliseksi päätellä, onko viranomainen rikkonut objektiviteettiperiaatetta vastaan, mutta samalla tämä merkitsee sitä, että tuomioistuin käytännössä joutuukin ottamaan kannan materiaaliseen kysymykseen, vaikka vapaan harkinnan piiriin kuuluvat ongelmat periaatteessa jäävätkin sen kompetenssin ulkopuolelle. Voidaankin aiheellisesti kysyä, mitä ns. objektiviteettiperiaatetta sovellettaessa itse asiassa vapaasta harkinnasta käytännössä jää jäljelle,³ vaikka Merikoski omalta osaltaan onkin korostanut sitä, että objektiivisuusvaatimuksen rikkomisesta on kysymys vain ilmeisen karkeissa ja yleisesti hyväksyttävissä olevien ratkaisujen linjoilta olenaisesti poikkeavissa tapauksissa.

Kirjallisuudessa on *Hidén* suhtautunut epäillen objektiviteettiperiaatteen sovellutusmahdollisuuksiin käytännön ratkaisutoiminnassa. Hänen mukaansa objektiviteettiperiaatteen kuvaamisessa saatetaan tosin lausua, että vapaa harkinta ei oikeuta mielivaltaan ja että hallintotoimien tulee olla objektiivisesti perusteltavissa, mutta sanonnat mielivalta ja objektiivisuus ovat kuitenkin oikeudellista ohjetta tavoiteltaessa aivan liian epätarkkoja.⁴ *Hidén* lähteekin siitä, että mielivallan välttämisen ja objektiivisuuden vaatimus ovat täysin riittävästi palautettavissa juridisesti vankemmalle pohjalle rakentuviin yhdenvertaisuuden ja tarkoitussidonnaisuuden vaatimuksiin.

Myönnettävä onkin, ettei KHO:n ratkaisujen perustelujen valossa ole saatavissa selkeätä vahvistusta sellaiselle käsitykselle, että objektiviteettiperiaattelelle olisi ratkaisua tehtäessä annettu itsenäinen merkitys. Siitä huolimatta on varmaa, että sanotulla periaatteella on käytännössä vaiku-

² Ks. myös *Sørensen*, NAT 1952 s. 293.

³ Ks. myös *Sipponen*, LM 1965 s. 205—207. *Kurvinen*, LM 1975 s. 623, on mainiossa pääasiasratkaisua hallintoprosessissa käsittelevässä artikkelissaan korostanut, että hallintopäätöksen pitää perustua rehellisesti ja puolueettomasti selvitettyyn tosiseikastoon ja olla lainmukainen, siis noudattaa vakiintunutta oikeusohjeiden tulkintaa ja arvoarvostelmissa tasapuolisuutta. Nämä rajoitukset johtavat hänen mukaansa käytännössä siihen, että ns. vapaan harkinnan asioissakin se tosiasiallinen liikkumatila, jossa viranomainen »käyttää valtaa» haluamallaan tavalla, jää kapeaksi. Sen sijaan mikäli virkamies tahallaan sivuuttaa tai vähättelee todistuskappaleita, sivuuttaa tai tekaisee tosiseikkoja, tulkitsee lakia puolueellisesti ja antaa mielivaltaisia, ystäviään suosivia ja toisinajattelevia sortavia ratkaisuja, hänen »valtansa» tai ainakin vallankäyttö kasvaa paljonkin suuremmaksi.

⁴ Ks. *Hidén*, Eduskunnan oikeusasiamies s. 129.

tusta tulkintaprinsiippinä samalla tavalla kuin muillakin hallinnon johtavilla periaatteilla. Ottaen huomioon, että objektiviteettivaatimuksen taustalla olevana ydinajatuksena on yksinkertaisesti se, että hallintopäätösten on oltava *asiallisia*, voidaan oikeastaan todeta hallinnon muiden johtavien periaatteitten olevan subsumoitavissa objektiviteettivaatimukseen. *Jatkola* onkin käyttänyt osuvaa ilmausta puhuessaan yleisistä hallintoviranomaisten toimintaa ohjaavista *asiallisuusperiaatteista*.⁵

Brusiin on eritellyt objektiivisuusvaatimuksen merkitystä käsitellessään tuomarin harkintaa aukkotapauksessa viitaten siinä yhteydessä *Carl Schmitt*'in aikoinaan esittämään sääntöön, jonka mukaan mielivallan välttämisen kriteerinä on pidettävä huolelliseen harkintaan perustuvaa vakaumusta siitä, että jokainen muukin tuomari samassa asiassa antaisi samanlaisen päätöksen. Realistisena tutkijana *Brusiin* kuitenkin kiinnittää huomiota siihen, ettei tuomari koskaan voi luotettavasti *selvittää*, miten toiset tuomarit kulloinkin esillä olevassa aukkotapauksessa asian ratkaisisivat. Hänen mukaansa sääntö ei siitä huolimatta ole arvoton, sillä se vaatii tuomarilta määrättyä »hengenasennetta», pyrkimystä mahdollisimman suureen objektiivisuuteen.⁶ Sama havainto soveltuu yhtä hyvin hallinto- kuin lainkäyttötoiminnassakin tapahtuvaan harkintaan.

C. Tasapuolisen kohtelun vaatimuksesta

1. Alustavia näkökohtia

Teoksessaan »Hallinto-oikeuden oikeussuojajärjestelmä» on *Merikoski* esittänyt yhdenvertaisuusperiaatteen tarkoitussidonnaisuuden, objektiviteettivaatimuksen ja suhteellisuusperiaatteen ohella eräänä vapaaharkintaista hallintotoimintaa rajoittavana perinsiippinä.⁷ Harkintavallan väärinkäytöllä hän puolestaan tarkoittaa ennen muuta nimenomaan tarkoitussidonnaisuuden periaatteen loukkaamista. Tässä tutkimuksessa harkintavallan väärinkäyttö on sen sijaan ymmärretty eräänlaiseksi yläkäsitteeksi, jolloin sellaiseksi väärinkäytöksi katsotaan yhtä hyvin tarkoitussidonnai-

⁵ Ks. *Jatkola*, Rakennusvalvonta 1968:1 s. 16.

⁶ Ks. *Brusiin*, Tuomarin harkinta s. 100—101.

⁷ Ks. *Merikoski*, Oikeussuojajärjestelmä s. 69—72.

suuden kuin yhdenvertaisuuden, objektiviteettiperiaatteen tai suhteellisuusperiaatteen loukkaaminenkin.

Riippumatta siitä, millä tavalla yhdenvertaisuuden periaate oikeus-systemaattisesti sijoitetaan, ei ole epäilystäkään siitä, että se epämääräisyydestään huolimatta muodostaa tärkeän hallintoviranomaisten harkintavaltaa rajoittavan oikeusohjeen, joka on kiinteässä yhteydessä mielivallan kieltoon.⁸

Vaikka yleensä on vaikeata konkreettisessa yksittäistapauksessa johtaa yhdenvertaisuuden periaatteesta välittömiä oikeudellisia seuraamuksia, Merikoski pitää sitä kuitenkin mahdollisena. »Jos näet kansalaisten samanlaisen kohtelun vaatimusta on *ilmeisesti* ja *karkeasti*, ilman erityistä perustetta, loukattu, hallintotointa voitaneen . . . pitää virheellisenä.» Merikoski katsoo kuitenkin, että käytännön muuttaminen hallinnossa on kylä mahdollista, mutta korostaa, että *pysyvän* käytännön puitteissa on yhdenmukaisuutta eri tapausten kesken noudatettava.⁹ Niin ollen vaikka esim. määrätynlaisiin anomuksiin on aina aikaisemmin suostuttu, voi viranomaisen yhdenvertaisuutta loukkaamatta muuttaa suhtautumistaan tällaisiin asioihin ja hylätä uudet hakemukset edellyttäen, että se alkaa johdonmukaisesti seurata omaksumaansa uutta linjaa. Mikäli sen sijaan keskenään olennaisesti samanlaisissa asioissa samanlaisten ratkaisujen jatkuvassa sarjassa esiintyy yksi poikkeava päätös, on hänen mukaansa lähellä se ajatus, että yhdenvertaisuusvaatimus on tullut syrjäytetyksi.

Merikosken esittämät yhdenvertaisuusperiaatteen soveltamista koskevat näkökohdat edellyttävät oikeuskäytännön lähempää tarkastelua. Vaikka kysymys ei olekaan praksikseen kohdistuvasta systemaattisesta analyysistä, osoittaa käytettävissä oleva tapausaineisto sen, että yhdenvertaisuusperiaate ei ole jäänyt pelkäksi katteettomaksi käytännöllistä merkitystä vailla olevaksi ohjelmalauseeksi, vaan tasapuolisen kohtelun vaatimus on saanut ilmauksensa useissa korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisuihin. Huomiota ansaitsevat myös eräät oikeusasiamiehen ja oikeuskanslerin päätökset, joissa on ollut kysymys yhdenvertaisuusperiaatteen soveltamisesta hallintotoiminnassa.

⁸ Ks. *Andersson*, Resultatutjämning s. 127 ja *Hallberg*, Hallinto-oikeudellinen valitus s. 95.

⁹ Ks. myös *Frihagen*, LoR 1964 s. 349—351.

2. Yhdenvertaisuuden huomioon ottaminen oikeuskäytännössä

Kuten aikaisemmin on todettu ei tässä tutkimuksessa ole ollut mahdollisuutta yhdenvertaisuusperiaatteen seikkaperäiseen erittelyyn, mikä edellyttäisi kokonaisen erillisselvityksen suorittamista. Niinpä ei myöskään tule kysymykseen tässä yhteydessä yksityiskohtainen oikeuskäytännön kartoittaminen. Todettakoon kuitenkin, että esimerkiksi KHO:n ATK-rekisteristä on irroitettavissa muutamia ratkaisuja hakusanalla »yhdenvertaisuus». Tarkoituksena on käsillä olevassa jaksossa lähinnä viitteenomaisesti tuoda esille eräitä tapauksia, jotka omalta osaltaan vahvistavat sitä käsitystä, että yhdenvertaisuusperiaatteella on käytännöllistä merkitystä hallintotoiminnassa, vaikkei sen soveltamistilanteissa suoranaisesti vedotakaan HM 5 §:n säännökseen.

Oikeuskäytännöstä on Merikoski esittänyt esimerkkinä tapauksesta, jossa ratkaisu on perustettu yhdenvertaisuusperiaatteen, KHO:n päätöksen vuodelta 1953.¹⁰ Siinä KHO katsoi selvitetyn, että sen jälkeen kun yksityisoikeudellisessa työsopimussuhteessa olevien työntekijäin sekä valtion virkamiesten palkkoja oli korotettu ns. A-sopimuksen perusteella, maan kaupunkeja oli kehoitettu korottamaan omien viranhaltijain palkkoja vastaavalla tavalla, ettei epäsuhdetta syntynyt valtion ja kuntain viranhaltijain palkkatasojen välille, sekä että U:n kaupunginvaltuusto oli valituksen alaisella päätöksellään päättänyt maksaa viranhaltijoilleen palkankorotuksen 1. 3. 1951 lukien sanotulla perusteella, minkä vuoksi ja kun valtuusto jättäessään yhtä virkaa seuraavan palkkauksen korottamatta, oli loukannut sitä *yhdenvertaisuutta*, jota po. palkkojen tarkistuksessa oli ollut noudatettava, ja valtuusto siten oli päätöksellään mennyt toimivaltaansa ulommaksi, KHO harkitsi oikeaksi KunL 175 §:n nojalla, kumoten LH:n valituksenalaisen päätöksen, kumota kaupunginvaltuuston päätöksen viranhaltijan palkkausta koskevalta osalta ja palauttaa asian sanotulta osalta valtuuston uudelleen käsiteltäväksi.¹¹

¹⁰ Ks. KHO 1953 I 7.

¹¹ Muita yhdenvertaisuusperiaatteen soveltamisen kannalta mielenkiintoisia soveltamiskäytännössä esiintyneitä tapauksia ovat esimerkiksi KHO 1939 II 1440, KHO 1948 II 341, KHO 1950 I 5, KHO 1952 II 597, KHO 1954 II 634, KHO 1955 I 32, KHO 1955 II 53, KHO 1955 II 779, KHO 1956 II 562, KHO 1957 II 384, KHO 1958 II 232, KHO 23. 1. 1973 T 257, KHO 4. 2. 1974 T 504, KHO 4. 3. 1976 T 946, KHO 10. 11. 1978 T 4907.

Se, että kysymyksessä on ollut yhdenvertaisuusperiaatteen rikkominen, ei välttämättä ilmene KHO:n ratkaisuksista siitä, että niissä aina nimenomaisesti viitattaisiin yhdenvertaisuuden loukkaamiseen, vaan täysin mahdollista on, että perusteluissa käytetään muita ilmaisumuotoja. Eräänä esimerkkinä voidaan mainita KHO:n vuonna 1976 antama ratkaisu (KHO 1976 II 27), jossa oli kysymys jätevesimaksutaksan vahvistamisesta. Siinä valtuusto oli JätevesimaksuL (610/73) 6 §:n mukaisesti hyväksynyt taksan, jossa liittymismaksun perusteeksi oli määrätty kiinteistön rakennusten kerrosala. LH oli jättänyt päätöksen epätarkoituksenmukaisena vahvistamatta. Kun LH:n päätöstä ei ollut perustettu siihen, että viemärijohtojen ja niihin liittyvien jätevesien käsittelylaitosten rakentamiskustannukset eivät kunnan erityisistä olosuhteista johtuen jakaantuneet *tasapuolisesti* erilaisten kiinteistöjen kesken, KHO katsoi, että LH oli ylittänyt harkintavaltansa.

Kuten edellinen esimerkki osoittaa, voi sen seikan arviointi, onko yhdenvertaisuutta loukattu, tapahtua käytännössä yhtä hyvin henkilö- kuin kiinteistökohtaisesti. Rakennusoikeuden alalla esiintyykin suhteellisen usein yhdenvertaisuusperiaatteen soveltamisongelmia. Tyypillisenä esimerkkinä voidaan mainita KHO:n vuonna 1973 antama ratkaisu (KHO 21. 5. 1973 T 2165), jossa oli kysymys siitä, että kaupunginvaltuusto oli vahvistanut asuntoalueen kaukolämmityksestä perittävät liittymismaksut omakotitalojen osalta 3 500 markaksi, rivitalojen osalta 2 000 markaksi asunnolta ja liikerakennusten osalta 13 000 markaksi rakennukselta sekä samalla päättänyt alentaa ns. kulutusmaksukerointa. Tyytymättömänä edellä mainittuun kaupunginvaltuuston päätökseen eräs omakotitalon omistaja valitti LO:lle katsoen, että päätös oli lainvastainen, koska se rikoi kuntalaisten yhdenvertaisuusperiaatetta vastaan. LO katsoi jääneen näyttämättä, että valtuusto päätöksellään määritessään alueen kaukolämmityksestä perittävät liittymis- ja perusmaksut asuntoa kohden kalliimmiksi omakotitalojen kuin rivitalojen osalta, olisi käyttänyt harkintavaltansa liiketaloudellisen kannattavuuden ja sosiaaliset syyt huomioon ottaen väärin saattamalla omakotitalorakentajat epäedullisempaan asemaan kuin kyseessä olevan alueen muut rakentajat ja siten ylittäneen toimivaltansa. KHO katsoi, ettei ollut syytä muuttaa valituksen alaista päätöstä, joten se siis jäi pysyväksi.

Eroavuus liittymismaksuissa johtui ennen muuta siitä, että kustannukset suurempien rakennusyksiköitten osalta olivat kunnalle suoritettujen ja varsinkin yksityiskohtaisten laskelmien perusteella huomattavasti vähäisem-

mät. Toisaalta on, laskelmien yksityiskohtaisuudesta huolimatta, ymmärrettävää, että aritmeettisen tarkan tasapuolisuuden saavuttaminen tällaisissa tapauksissa on mahdollisuuksien ulkopuolella eikä vähäisiä poikkeamia eri kiinteistöjen kohdalla voida pitää sellaisina yhdenvertaisuusperiaatteeseen kohdistuvina loukkauksina, jotka aiheuttaisivat päätöksen kumottavuuden.

Kuntalaisen yhdenvertaisuutta loukkaavaksi sen sijaan on KHO katsonut valtuuston päätöksen, jossa oli ollut kysymys avustuksen myöntämisestä yksityistien peruskunnostuksesta johtuneiden kustannusten korvaamiseen.¹² Päätöksestä tehtyyn valitukseen antamassaan ratkaisussa LO katsoi, että kunnan varoista voitiin antaa avustusta yksityistien parannustyöhön YksTL (358/62) 95 §:ssä tarkoitetuissa tapauksissa. Valtuuston päätöksellä avustus oli myönnetty jaettavaksi vain niiden tieosakkaiden kesken, jotka olivat kunnassa henkikirjoitettuja luonnollisia henkilöitä, ja siten jätetty osa tieosakkaista avustuksen ulkopuolelle. Kuntiekunnan osakkaat ja samalla kunnan jäsenet oli niin ollen asetettu keskenään eri asemaan, valtuusto oli YksTL 95 §:n ja KunL 4 §:n säännökset huomioon ottaen ylittänyt toimivaltansa. Tämän vuoksi LO KunL 175 §:n nojalla kumosi valtuuston päätöksen. KHO puolestaan pysytti LO:n päätöksen.

Yhdenvertaisuusperiaatteen soveltamiseen liittyi myös toinen vuonna 1976 tehty ratkaisu, jossa oli kysymys valtuuston tekemästä omakotitonttien myymistä koskevasta päätöksestä.¹³ LO katsoi valituksen johdosta antamassaan ratkaisussa valtuuston päättäneen, että kaupunki myi omistamiaan omakotitontteja asiaa valmistelleen rintamamiesten tonttitoimikunnan mietinnössä ja valtuuston päätöksessä määritellyille vuokramiehille ja heidän yleisseuraajilleen sellaisilla ehdoilla, jotka olivat edullisempia kuin myytäessä tontteja toisille kaupungin asukkaille. Valtuuston oli katsottava päätöksellään asettaneen eräät kaupungin jäsenet edullisempaan asemaan toisiin kaupungin jäseniin nähden ja siten ylittäneen toimivaltansa. KHO pysytti tässäkin tapauksessa LO:n päätöksen.

Erilaisista formuloinneista huolimatta ratkaisujen perustelut edellä esiin tulleissa tapauksissa selvästi osoittavat kuntalaisten yhdenvertaisuusperiaatteen yleistyneen ja käytännöllisen merkityksen oikeudellisessa päätöksenteossa.

¹² Ks. KHO 1976 II 17.

¹³ Ks. KHO 1976 II 18.

3. Yhdenvertaisuus vertailuperiaatteena

Yhdenvertaisuusperiaate on luonteeltaan vertailuprinsiippi. Sen soveltaminen on mahdotonta, ellei ole käytettävissä vertailutapausta tai -ryhmää, jonka saamaa kohtelua vasten kulloinkin käsiteltävänä oleva tapaus voidaan asettaa.¹⁴ Ajallisella dimensiolla on tässä suhteessa keskeinen merkitys, sillä soveltamiskäytäntö osoittaa, että säännönmukaisesti niissä tapauksissa, joissa on tapahtunut yhdenvertaisuuden loukkaus, on ollut kysymys tilanteista, joissa viranomaisen on samanaikaisesti tai likipitään samanaikaisesti tehnyt useita tahoja koskevan päätöksen. Vertailun suorittaminen on tällöin helpompaa ja väite yhdenvertaisuuden loukkaamisesta yksinkertaisemmin todennettavissa kuin sellaisissa tapauksissa, joissa on kysymys pidemmälle välille aika-akselilla sijoittuvista vertailukohteista. Yhdenvertaisuusperiaatteen sovellutusarvo onkin suurin juuri silloin, kun on mahdollista osoittaa, että viranomaisen on yhdessä ja samassa tai useassa rinnakkaisessa ratkaisussa syyllistynyt tasapuolisuudesta poikkeavaan kohteluun.

Hyvänä ja kuvaavana esimerkkinä erilaiskohtelun samanaikaisuudesta voidaan mainita EOA:n päätös vuodelta 1969, joka muutoinkin vahvistaa käsitystä yhdenvertaisuusajattelun merkityksestä hallinnossa.¹⁵ Tapauksessa oli kysymys koulutilojen vuokraamista koskevan hakemuksen hylkäämisestä. Oikeusasiamiehelle osoittamassaan kirjoituksessa oli Jehovan todistajat niminen uskonnollinen yhdyskunta esittänyt, että sen pyydettyä kaupungin kansakoulujen johtokunnalta kansakoulun tilojen vuokraamista yhdyskunnalle kristillisen konventin pitämistä varten, oli johtokunta KansakouluL (247/57) 12 §:ään viitaten kieltäytynyt tilojen vuokraamisesta katsoen, että sanotun yhdyskunnan toiminta saattaisi häiritä hyvää ja tasapuolista suhtautumista eri tavoin ajatteleviin kansalaispiireihin. Muut yhdeksän hakemusta johtokunta sen sijaan oli hyväksynyt. Koska yhdyskunnan mielestä kysymyksessä oli uskonnollinen suvaitsemattomuus ja siitä johtuva syrjiminen, yhdyskunta pyysi oikeusasiamiestä ryhtymään asiassa tarpeellisiin toimenpiteisiin. Käsityksenään asiassa EOA lausui, että johtokunnalla oli tosin ollut valta laissa säädetyissä rajoissa harkita, missä tapauksissa se myöntää luvan koulun huoneiston käyttöön muihin kuin koulun omiin tarkoituksiin. Sen perusteella, mitä

¹⁴ Ks. myös *Hidén*, Kekkosen juhlaulkaisu s. 41—42.

¹⁵ Ks. EOA:n kert. 1969 s. 65—68.

asiassa oli käynyt ilmi, EOA katsoi, että johtokunta antaessaan kielteisen päätöksen *vain* Jehovan todistajien anomukseen ja jättäessään päätöksen perusteluissa lausumatta ne syyt, joiden nojalla se katsoi kiellon olevan KansakouluL 12 §:n mukainen, antoi aiheen olettamukseen, että anomuksen hylkäämiseen olivat johtaneet tai että siihen ainakin olivat vaikuttaneet syyt, joita ei voitu pitää laillisina, ja että johtokunta näin olisi vuokraanomuksia käsitellessään tältä osin poikennut yhdenvertaisuusperiaatteesta, joka viranomaisen on otettava huomioon myös ratkaistessaan lainsäätäjän viranomaisen harkinnan varaan jättämää hallintoasiasia.¹⁶

Tuntemattomia eivät kuitenkaan ole myöskään sellaiset soveltamiskäytännössä esitetyt kannanotot, joiden mukaan hallintoviranomaisen on noudatettava toiminnassaan pysyväksi muodostunutta käytäntöä. Tätä yhdenvertaisuusidean ulottuvuutta voidaan nimittää *johdonmukaisuusperiaatteeksi*.

Loogisuutta ja yhdenmukaisuutta on viranomaiselta edellytettävä luonnollisesti kaikessa virkatoiminnassa, mutta varsinaisesti johdonmukaisuusperiaatteen kantavuus on punnittavissa vasta sellaisten ratkaisujen valossa, jotka ajallisesti sijoittuvat suhteellisen etäälle toisistaan. Hyvän esimerkin tässä suhteessa tarjoaa OKa:n vuonna 1977 esittämä kannanotto, jossa oli kysymys kansalaisten yhdenvertaisuuden huomioon ottamisesta verohuojennusasioita käsiteltäessä.¹⁷

Kyseessä olevassa tapauksessa oli valtiovarainministeriö antamillaan päätöksillä VerL (499/74) 125 §:n nojalla myöntänyt erään asunto-osakeyhtiön entisille osakkaille helpotusta heille määrätyistä valtionveroista. Poistetut verot olivat johtuneet siitä satunnaisesta myyntivoitosta, joka sanotuille osakkaille oli luettu veronalaiseksi tuloksi sen jälkeen, kun asunto-osakeyhtiön omistama talo ja tontti oli pakkolunastusuhan alai-

¹⁶ Oikeastaan on aika yllättävää, että oikeusasiamiehen käsiteltäväksi on aniharvoin tullut tapauksia, joissa on ollut kysymys yhdenvertaisuuden loukkauksesta. EOA:n kertomus vuodelta 1975 sisältää hakemiston vuosilta 1966—1975 jossa hakusanan »yhdenvertaisuusperiaate» kohdalla löytyy vain kolme tapausta. Edellä referoidun päätöksen ohella on EOA joutunut ottamaan kannan kahteen ongelmaan, jotka kumpikin ovat koskeneet rangaistuksen lieventämistä; toinen rikoskumppaneista oli kummassakin tapauksessa tullut huomattavasti ankarammin kohdelluksi kuin toinen. Ks. EOA:n kert. 1972 s. 20 ja EOA:n kert. 1972 s. 30—34.

¹⁷ Ks. OKa:n kert. 1977 s. 43—45.

sena jouduttu myymään kaupungille ja yhtiö oli purettu sekä sen omaisuus jaettu osakkaiden kesken.

Tämän jälkeen oli valtiovarainministeriö hylännyt erään toisen asunto-osakeyhtiön osakkaiden hakemuksen saada helpotusta heille vastaavalla perusteella määrätystä valtionverosta. Satunnaisesta myyntivoitosta määrättyt verot olivat tässäkin tapauksessa olleet seurausta talon ja tontin pakkolunastusuhan alaisena tapahtuneesta myynnistä. Osakkaat olivat sitten uudelleen pyytäneet ministeriöltä vapautusta, mutta tällöinkin he saivat hakemukseensa hylkäävän päätöksen. Selvityksessään ministeriö lausui, ettei hakemukseen ollut voitu suostua, koska se olisi ollut vastoin ministeriön senhetkisiä ratkaisuperiaatteita. OKa katsoi, että alle vuoden pituisen ajanjakson aikana tapahtuneista myynneistä aiheutunut tilanne oli ollut todennettavissa kummankin yhtiön ja niiden osakkaiden kohdalla ulkonaisilta olosuhteiltaan olennaisesti samanlaatuiseksi. Tämän vuoksi asianomaisia verovelvollisia, jotka olivat anoneet vapautusta verosta samanlaiseen syyhyyn vedoten, oli tässä suhteessa ollut HM 5 §:n säännöksen huomioon ottaen verohuojennusta myönnettäessä käsiteltävä samanlaisen harkintaperusteen mukaan. Erilaiseen lopputulokseen päätyminen oli kuitenkin mahdollista, jos asianomaisten taloudellisessa tai sosiaalisessa asemassa oli ollut osoitettavissa merkittäviä eroja, sekä myös hyväksyttävästä syystä tapahtuneen periaatteellisuusluontoisen kannanmuutoksen johdosta.

OKa piti merkittävänä, että ensin mainitussa tapauksessa tehdyt ratkaisut oli saatettu valtiovarainministeriön tietoon viimeksi mainitun hakemuksen käsittelyn yhteydessä ja niihin oli nimenomaisesti hakemuksen tueksi vedottu. Tällaisissa vahvasti samankaltaisissa tapauksissa korostui vaatimus käsitellä niitä yhdenmukaisesti. OKa:n käsityksenä oli, että erilaiseen lopputulokseen päätyminen ei ollut HM 5 §:n säännöksen huomioon ottaen asianmukaista, ellei aikaisemmin noudatettu ratkaisuperiaate ollut selvästi osoitettavissa epätyytyttäväksi ja kannanoton muutoksen perusteena siten voitu katsoa olevan erityisen painavia ja hyväksyttäviä syitä. Lisäksi oli OKa:n mukaan kannanmuutokseen ryhdyttäessä yleensä edellytettävä, että oleellisesti samankaltaisia tapauksia ja siten tarvetta aikaisemmista poikkeaviin ratkaisuihin myös vastedes tulee esiintymään, jotta yhdenmukaisuuden syrjäyttämiseksi olisi hyväksyttävä peruste ja jotta ylipäättään olisi luontevaa puhua periaatteellisesta kannanmuuttamisesta. Tässä mielessä oli sanotussa tapauksessa otettava huomioon oman asunnon myynnistä saadun voiton verottamista koskevien

säännösten muutos, jonka seurauksena po. laatuisten hakemusten voitiin katsoa ainakin olennaisesti vähenevän aikaisempaan verrattuna. Uusissa säännöksissä oli omaksuttu periaate tällaisten tapausten lievemmästä verotuskohtelusta. OKa:n mielestä ei käsillä olevassa tilanteessa edellä mainituin perustein ollut asianmukaista, ainakaan perustelematta ratkaisua, poiketa aikaisemmin sovelletusta, sinänsä hyväksyttävästä ratkaisuperiaatteesta. Soveltamiskäytännökään valossa ei viranomaisella siis ole täyttä vapautta oman pysyvän praksiksensa muuttamiseen.

4. *Hallitusmuodon yhdenvertaisuussäännöksen merkityksestä*

Murén on todennut, ettei hänen tiedossaan ole lainkäyttöpäätöksiä, joissa olisi selvästi ja nimenomaisesti nojaututtu HM 5 §:ään¹⁸ ja esittänyt Merikosken tavoin käsityksensä, että välitöntä sovellutuskäytäntöä ei tällä säännöksellä lainkäytössä juuri näytä olevan. Kirjallisuudessa on niin ikään kiinnitetty huomiota siihen, että Suomessa tuomioistuimet arastelevat nojautua välittömästi perustuslain pykäliin, mutta samalla on todettu, että yleisenä oikeusprinsippinä, vaikkakaan sen johtamista HM 5 §:stä ei nimenomaisesti osoiteta, yhdenvertaisuutta päätösten perusteluissa käytetään.

Murén on lisäksi todennut, että selvältä vaikuttaa myös se, että yhdenvertaisuusvaatimus kohdistuu yhtä hyvin sidottuun kuin vapaaseenkin harkintaan.¹⁹ Hänen käsityksensä on kuitenkin, ettei HM 5 §:stä koskaan saa yksinään riittävää oikeusohjetta, vaan tarvittava lisäohje on aina etsittävä muualta, joko hallitusmuodon muista kohdista, muusta lainsäädännöstä tai yleisestä oikeuskäsityksestä. Murén korostaa esityksessään myös sitä, että riittämättömyys oikeusohjeeksi ei ole luonteenomaista ainoastaan HM 5 §:lle vaan monelle muullekin ylimalkaiselle säännökselle ja lakikäsitteelle.

Hallitusmuodon säännöksen mukaan Suomen kansalaiset ovat yhdenvertaiset lain edessä. Vasta eduskunnan perustuslakivaliokunnassa vuoden 1919 hallitusmuotoon sisällytetty säännös on moniselitteinen ja tulokinnanvarainen eikä lain valmisteluaineistostakaan ole saatavissa tar-

¹⁸ Ks. Murén, SKL 1961 s. 530.

¹⁹ Ks. ibid. s. 529.

kempaa valaistusta siihen, miten säännöstä on tulkittava.²⁰ Niinpä seuraavassa esityksessä onkin turvauduttava lähinnä oikeuskirjallisuudessa säännöksen sisällöstä lausuttuihin käsityksiin.

Oikeuskirjallisuudessa on yleisesti lähdetty siitä, että HM 5 §:ssä lausuttu sääntö velvoittaa viranomaisia hallintotoiminnassa.²¹ Sen sijaan käsitykset velvoituksen tarkemmasta sisällöstä ovat jääneet suhteellisen yleisluontoisiksi. *Riepula* on koonnut nämä käsitykset yhteen todetessaan, että lain soveltajaan kohdistuvana on säännöksen tulkittu sisältävän ensi sijassa samanlaisen kohtelun vaatimuksen, puolueettomuus- ja objektiviteettiperiaatteen manifestaation perustuslain tasolla.²²

Siitä, että historiallisestikin katsoen perusoikeussäännösten tarkoituksena on alun pitäen ollut suojan tarjoaminen kansalaisille toimeenpanovaltaa käyttävien organien vallankäyttöä vastaan, on kiistaton tosiasia. Sitä vastoin on jonkin verran epäselvempää, millä tavalla yhdenvertaisuussäännös kohdistuu lainsäätäjään, mutta tämä ongelma valtiosääntöoikeuden alaan kuuluvana jää käsillä olevan tutkimuksen ulkopuolelle. Sanotun kysymyksen osalta riittää viittaus *Hidénin* laajahkoon hallitusmuodon yhdenvertaisuusnormin merkitystä lainsäätäjän kannalta käsittelevään esitykseen, jossa hän lähtee siitä, että HM 5 § koskee kaikkea julkisen vallan toimintaa.²³ *Hidén* toteaa kuitenkin, että normin reaalin merkitys lainsäädäntökäytännössä riippuu omaksuttavista tulkinnoista ja tulkintatraditioista. Eduskunnan perustuslakivaliokunnan käytäntöä tarkasteltuaan hän tulee esityksessään siihen tulokseen, että HM 5 § on siinä saanut melko vähän huomiota osakseen. Vasta kuluvalle vuosikymmenellä on tässä suhteessa ollut havaittavissa lisääntymistä. *Hidénin* vaikutelmaksi on muodostunut, että esitetyissä tulkinnoissa on ollut havaittavissa hapuilevuutta ja kertakäyttöisyyden leimaa enemmän kuin perusoikeustulkinnoissa yleensä. Perustuslakivaliokunnassa ei hänen mukaansa ole oltu epävarmoja ainoastaan siitä, millaiseksi yhdenvertaisuusnormi sisällöltään tulisi käsittää, vaan myös siitä, onko lainsäätämismenetelyssä ylipäättään aiheellista suhtautua HM 5 §:ään samalla tavoin kuin perusoikeussäännöksiin yleensä.

Myöskään lakien soveltamiskäytännössä ei HM 5 § ole saanut vakiin-

²⁰ Ks. *Hidén*, Kekkosen juhlaulkaisu s. 24—25.

²¹ Ks. tark. *Hidén*, Kekkosen juhlaulkaisu s. 24—28.

²² Ks. *Riepula*, Eduskunnan perustuslakivaliokunta s. 213—214.

²³ Ks. *Hidén*, Kekkosen juhlaulkaisu s. 28.

tunutta ja selkeätä sisältöä. Säännöksellä ei juurikaan ole ollut välitöntä käyttöarvoa. Lainkäyttöelimet suhtautuvat edelleenkin varovaisesti perustuslain säännöksiin ainakin ratkaisujen perustelujen pohjalta asiaa tarkasteltaessa. Mistään johdonmukaisesta aversiosta ei kuitenkaan ole kysymys, mikä ilmenee esimerkiksi KHO:n vuonna 1974 ratkaisemasta tapauksesta (KHO 1974 II 31), jossa muun ohella oli kysymys siitä, että poliittinen yhdistys oli väittänyt valituksessaan kunnallisen järjestyssäännön rajoittavan kansalaisten liikkumis- ja sopimusvapautta iän perusteella ja olevan HM:ssä säädetyn yhdenvertaisuusperiaatteen vastainen. KHO katsoi päätöksessään, että sanottu järjestyssäännön määräys, jonka mukaan alle 15-vuotiaiden ei eräin poikkeuksin saatu sallia oleskella muutoin paitsi huoltajansa tai täysi-ikäisen omaisensa kanssa kello 23:n jälkeen tanssiaisissa, elokuva- tai teatterinäytännössä taikka muussa julkisessa huvitilaisuudessa eikä sanotun ajankohdan jälkeen ravitsemisliikkeessä yli ruokailua varten tarpeellisen ajan, oli annettu nuorten henkilöiden suojelemiseksi myöhäisen kaupungilla liikkumisen vaaroilta ja näin ollen yleisen järjestyksen ja turvallisuuden sekä siveellisuuden edistämiseksi kaupungissa. Määräys ei myöskään, kun otettiin huomioon sen soveltamisen edellytykseksi asetettu alhainen ikäraja ja määräyksen tarkoittama vuorokaudenaika sekä rajoituksiin sisältyvät lievennykset, ollut HM:n eikä muunkaan lain vastainen. KHO katsoi näin ollen, ettei kaupunginvaltuusto ollut ylittänyt toimivaltaansa. — Eri mieltä ollut KHO:n jäsen sen sijaan oli liberaalimman tulkinnan kannalla katsoessaan, että antaessaan määräyksen 15 vuotta nuoremman henkilön oleskelun kieltämisestä eräin poikkeuksin muutoin paitsi huoltajansa tai täysi-ikäisen omaisensa kanssa kello 23:n jälkeen julkisissa huvitilaisuuksissa tai sanotun ajankohdan jälkeen ravitsemisliikkeessä yli ruokailua varten tarvittavan ajan kaupunginvaltuuston oli katsottava antaneen pitemmälle menevän määräyksen kuin oli tarpeen yleisen järjestyksen tai turvallisuuden edistämiseksi kaupungissa. Järjestyssäännön edellä mainitun määräyksen antaessaan valtuuston oli hänen mukaansa näin ollen katsottava ylittäneen KunL 12 §:ssä säädetyn toimivaltansa.²⁴

²⁴ Kunnallisen poliisijärjestyksen määräyksen laillisuudesta oli kysymys eräässä OKa:n vuonna 1971 antamassa lausunnossa (ks. OKa:n kert. 1971 s. 30—33). Sanotussa tapauksessa oli kaupunginvaltuusto päättänyt muuttaa poliisijärjestyksen erään kohdan siten, että henkilö, joka ilman hyväksyttävää syytä oleskelee rautatie- tai linja-autoasemalla, on velvollinen viranomaisen käskystä

Edellä mainitulla kuten monilla muillakin jäljempänä esiin tulevilla oikeustapauksilla on yhtymäkohtia samalla kertaa useihin hallinnon ns. johtaviin periaatteisiin. Järjestyssäännön määräyksen laillisuutta koskeva kysymys esimerkiksi liittyi yhtä hyvin yhdenvertaisuuteen kuin objektiviteettiperiaatteen soveltamiseen. Eri mieltä olleen KHO:n jäsenen lausunnosta puolestaan ilmenee selvähkösti myös liittymäkohta tarkoitussidonnaisuuteen. Ongelmaa voidaan tarkastella myös suhteellisuusperiaatteen näkökulmasta, jolloin joudutaan kysymään, onko hallinto toimi ankaruusasteeltaan oikeassa suhteessa tavoiteltuun päämäärään nähden.

Se, että lainkäyttäjät Suomessa on yleensä haluton käyttämään päätöksen perusteluissa perustuslain säännöksiä ja yleisiä oikeusperiaatteita, on selvä asia. Edellä mainitussa järjestyssäännön määräyksen laillisuutta koskevassa ratkaisussa viittaaminen hallitusmuodon säännöksiin kävi tarpeelliseksi ennen muuta siitä syystä, että valittaja oli nimenomaisesti perustanut väitteensä niihin. Tällainen menettely tavallaan pakottaa lainkäyttäjän vastaamaan samalla tasolla. Tosin valitus ei tässä tapauksessa menestynyt, mutta valittaja, Turun Akateeminen Sosialistiseura r.y. toimi ainakin »oikeaoppisella» tavalla, sikäli kuin *Georg Klausin* ajatuksiin on luottamista: »Der Agitator, der für Fortschritt und Sozialismus eintritt, hat zusätzlich Trümpfe in der Hand, wenn er zeigen kann, dass seine Behauptungen den Charakter von Rechtsnormen tragen (z.B. wenn es die Verteidigung errungener demokratischer Rechte geht). Gelingt es nachzuweisen, dass dieser oder jener Konzern, diese oder jene Polizeiwillkür 'verfassungswidrig' ist, so ist dies ein grosser agitatorischer Vorteil.»²⁵

viipymättä poistumaan paikalta. OKa katsoi lausunnossaan, että määräystä voitiin pitää objektiviteettiperiaatteen ja tarkoitussidonnaisuuden periaatteen rajoittamana aineellisenä järjestysmääräyksenä, joka ei sisältänyt uudenlaista poliisivaltuutta, vaan oli sopusoinnussa PoliisiL (84/66) 13 §:n 1 mom:n kanssa, jonka mukaan poliisin ensi kädessä tulee neuvoin, kehoituksin ja käskyin pyrkiä ylläpitämään järjestystä ja turvallisuutta. OKa korosti lausunnossaan lisäksi, että harkitessaan, milloin tällainen käsky on annettava, poliisimiehellä ei luonnollisestiikaan ole oikeutta menetellä mielivaltaisesti, vaan häntä sitovat poliisijärjestyksen tarkoitus, siis yleisen järjestyksen ja turvallisuuden edistäminen sekä muun muassa PoliisiL 12 § 2 ja 3 momenteista ilmenevät säännöt.

²⁵ Ks. *Georg Klaus*, *Sprache der Politik* s. 183.

5. »Samanlainen on käsiteltävä samanlaisesti»

Murén on todennut, että yhdenvertaisuuden periaate on Suomen oikeusjärjestyksessä yhtä tärkeätä kuin happi on elämälle.²⁶ Sellaise-naan jättää toteamus yhdenvertaisuusproblematiikan avoimeksi. Tukevampaa otetta ongelmasta kuvastaa hänen — kuten monien muidenkin tutkijoitten — paperille piirtämä ajatus, jonka mukaan »samanlainen on käsiteltävä samanlaisesti ja että samanlaisissa olosuhteissa on meneltävä samalla tavoin».²⁷ Perusongelmana on näinkin lausuttaessa se, että täydellinen isomorfia eri tapausten välillä ei ole mahdollista. Yhdenvertaisuus on luonteeltaan relatiivista eikä absoluuttista. Ongelmana onkin lähinnä sen seikan selvittäminen, milloin tapaukset tai olosuhteet ovat siinä määrin samankaltaisia, että ne edellyttävät samanlaista käsitelyä. Usein on konkreettisessa tapauksessa suoritettava yksityiskohtainen intressivertailu, jonka pohjalta vasta voidaan tehdä päätelmiä, onko yhdenmukaisen kohtelun väistytävä joidenkin muiden, voimakkaampien intressien tieltä. Se seikka, että kaksi tapausta säännönmukaisesti ainakin joissakin suhteissa eroavat toisistaan ja että tällöin joudutaan kysymään, annetaanko ratkaiseva merkitys niille tekijöille, jotka ovat samanlaisia vai niille tekijöille, jotka erottavat tapaukset toisistaan, osoittaa viranomaisella olevan harkintavaltaa tehdessään valinnan erilaisten ratkaisuvaihtoehtojen välillä. Ja silloin kun on harkintavaltaa, on myös aina mahdollisuus sen väärinkäyttöön.

Nykyisin painopiste yhdenvertaisuuskeskustelussa näyttää vähitellen siirtyvän aikaisemmin vallinneesta ja vielä tälläkin hetkellä dominoivasta *muodollisesta* yhdenvertaisuusideasta *materiaaliseen* yhdenvertaisuusideaan,²⁸ johon liittyy ns. positiivisen erityiskohtelun vaatimus. Siitä esimerkkinä on esitettävissä *Erikssonin* mainitsema Helsingin yliopistossa omaksuttu, vuonna 1978 hyväksytty ruotsinkielisten opiskelijoitten kiintiöjärjestelmä.²⁹ Eriksson toteaa, että kiintiöjärjestelmää suunniteltaessa kiinnitettiin usealla taholla huomiota siihen, että ehdotettu uudistus oli ristiriidassa HM 5 §:ään sisältyvän yhdenvertaisuussäännöksen kanssa. Tällainen käsitys onkin perusteltavissa, mikäli yhdenvertaisuus-

²⁶ Ks. Murén, SKL 1961 s. 528.

²⁷ Ks. *ibid.* s. 530. — Ks. myös Frihagen, LoR 1964 s. 339.

²⁸ Ks. Eklund, SvJT 1977 s. 678.

²⁹ Ks. Eriksson, JFT 1978 s. 40—42.

periaatteelle annetaan muodollinen sisältö (so. samanlaiset tapaukset on käsiteltävä samalla tavalla). Eriksson on katsonut esityksessään, että kiintiöjärjestelmän hyväksyminen antaa aiheen olettaa yhdenvertaisuusvaatimusta kuitenkin tulkitun materiaalisia kriteereitä käyttäen, jolloin päätökseen on määräävästi vaikuttanut yhteiskunnassa vallitseva ruotsinkielisten juristien tarve. — On tarpeetonta jäädä tässä pohtimaan, kumpi tulkintatapa, muodollinen vai materiaallinen, on »oikea», sillä kysymys on kummassakin tapauksessa rationaalisesti perusteltavissa olevasta vaihtoehdosta, valinnasta, jonka puolesta on esitettävissä hyviä syitä sekä puolesta että vastaan.

6. Periaatteen käyttöominaisuuksista

Yhdenvertaisuuden periaate on sisällöltään moniselitteinen. Se ei ole sellaisenaan riittävä ohjenuora päätöksenteossa. Periaatteella on kuitenkin sinänsäkin käyttöarvoa, sillä se voi tavallaan muodostaa taustalla olevien asiallisten näkökohtien lyhenteen, joka helpottaa argumentointia. Väite tapahtuneesta yhdenvertaisuuden loukkaamisesta edellyttää lisänäkökohtien esiin tuomista, jotta yleensä olisi mahdollista jatkaa keskustelua kulloinkin esiintyvistä ongelmista. Keskusteltaessa yhdenvertaisuudesta onkin säännönmukaisesti kysymys siitä, että yhdenvertaisuus ei jonkun mielestä ole toteutunut. Niinpä esimerkiksi hallintoasiassa valittajan tehtävänä on tarkemmin eritellä, missä suhteessa näin on tapahtunut; muussa tapauksessa ei dialogin jatkamiselle ole mahdollisuuksia; ongelman käsittely jää inttämisen tasolle. Väitteen substantioinnin jälkeen tulee niiden argumenttien esittämisen vuoro, jotka ovat antaneet aiheen erilaiseen kohteluun. Tämä vaihe on saanut positiivisoikeudellisen ilmauksensa KHOL 15 §:ssä, jonka mukaan, milloin asian ratkaisu niin vaatii, hankkikoon korkein hallinto-oikeus lausunnon tai selityksen viranomaiselta.

Yhdenvertaisuuden vaatimuksesta poikkeaminen edellyttää relevantteihin kriteereihin perustuvien syiden esittämistä. Niiden hyväksyttävyyden puolestaan riippuu lainkäyttäjän maailmankuvasta ja arvomaailmasta, jonka muodostuminen on monimutkaisen historiallis-sosiaalisen kehitysprosessin tulos. Yhdenvertaisuudesta puhuttaessa tilaa harkinnalle on runsaasti. Kysymys on siitä, millä tavalla lainkäyttäjä haluaa painottaa

yhtäläisyyksiä ja erilaisuuksia yksittäisessä, konkreettisessa, kulloinkin käsiteltävänä olevassa tapauksessa.

Edellä on tuotu esille kaksi yhdenvertaisuusperiaatteen käyttöönaisuutta. Toisaalta kysymys on kommunikatiivisesta lyhenteestä ja toisaalta periaatteesta, joka saa käyttöarvoa spesifisten asia-argumenttien välityksellä. Yhdenvertaisuusperiaatteen kolmas käyttöaspekti liittyy todistustaakan jakoon.

Yhdenvertaisuuden idea on siinä määrin syvästi institutioitunut suomalaiseseen arvomaailmaan, että väite samanlaisten tapausten käsittelystä eri tavalla asettaa näin menetelleen viranomaisen altavastajan asemaan. Toisin sanoen todistustaakka siirtyy viranomaiselle, jonka on osoitettava, että ne syyt, joihin erilainen kohtelu perustuu, ovat relevantteja ja hyväksyttäviä.³⁰ Lainkäyttöelimen tehtävänä on arvioida, missä määrin on hyväksyttävää käyttää viranomaisen esittämiä syitä hallintopäätöksen premisseinä. Lainkäyttäjä voi ja sen pitääkin suorittaa arviointinsa oikeussääntöjä soveltamalla, mutta viime kädessä yhdenvertaisuusarvostelu pohjautuu tuomarin maailmankuvaan ja arvomaailmaan.

Yhdenvertaisuusperiaate on monien oikeudellisten ongelmien avain, mutta sen käyttö edellyttää konkreettista argumentointia, spesifien perustelujen ja vastaperustelujen esittämistä sekä niiden keskinäistä arviointia. Mitä nyansoidumpaa tämä argumentointi ja sen perusteella tapahtuva evaluaatio on, sitä rationaalisempaa on päätöksenteko; tämä luultavasti on yhdenvertaisuusperiaatteen syvin ja merkittävin käyttöarvo oikeuselämässä.

7. Yhdenvertaisuusperiaatteen legalisoinnista hallinnossa

Tavalliseen lainsäädäntöön ei toistaiseksi ole sisällytetty yleisiä hallintoviranomaisten toimintaa sääteleviä yhdenvertaisuusnormeja. Mielienkiintoisen esimerkin tällaisesta yhdenvertaisuusperiaatteen legalisointipyrkimyksestä aivan viime ajoilta tarjoaa oikeusministeriössä laadittu ehdotus hallintomenettelylaiksi.³¹

³⁰ Ks. *Frihagen*, LoR 1964 s. 356 ja *Krarup*, Øvrighedsmyndighedens grænser s. 140—146. Ks. myös *Fredriksson*, *Det politiska språket* s. 139—142.

³¹ Ks. *Rihto—Kandolin—Vuorinen*, Ehdotus hallintomenettelylaiksi s. 8.

Ehdotus sisältää kohdan (18 § 3 mom.), joka liittyy yhdenvertaisuusperiaatteen toteuttamiseen hallintomenettelyssä asiaa selvitettyä. Sanoitun säännöksen mukaan yhdessä käsiteltävissä asioissa sekä asiassa, jossa on useita asianosaisia, viranomaisen on huolehdittava selvittämisestä sillä tavalla, ettei asianosaisten yhdenvertaisuutta loukata.

Ehdotuksen perustelujen mukaan viranomaiselta on vaadittava selvittämistoimissaan ehdotonta tasapuolisuutta, jos asiassa tehtävä päätös sisältää ratkaisun siitä, kenellä tai keillä asianosaisista on muita parempi oikeus saada vaatimuksensa hyväksytyksi.³²

Vaikka säännös ei sisälläkään enempää kuin HM 5 §:n säännöksessä on edellytetty, ovat ehdotuksen laatijat pitäneet aiheellisenä erikseen korostaa yhdenvertaisuuden merkitystä hallinnossa, mikä sinänsä on hyödyllistä ja omiaan selvittämään periaatteen sisältöä, joka pelkästään hallitusmuodon yhdenvertaisuussäännöksen valossa jää, niin tekisi mieli sanoa, lähestulkoon mielikuvituksen varaan. Hallintomenettelylaki vaikuttaa tässä suhteessa juridis-tekniseltä kannalta katsoen oikeaan osu-neelta sääntely-yhteydeltä. Tällä tavalla voidaan laatijoitten käsityk-sen mukaan luoda edellytykset »periaatteen olennaisen sisällön toteutu-miselle eli sille, ettei menettelyn asiallinen lopputulos ole yhdenvertai-suutta loukkaava».³³

Säännöksen tarkoituksena on turvata asianosaisten yhdenvertaisuus ns. kilpailutilanteissa — kuten esimerkiksi viran täyttämisen yhteydessä — ja asioissa, joissa viranomaisen ratkaisu vaikuttaa eri tavalla asian-osaisten oikeuksiin.

Säännöksen soveltamisesta kilpailutilanteessa on mainittavissa esi-merkkinä tapaus, jossa viranomaisen pyytää vain joiltakin asianosaisilta sellaista päätöksen tekemiseen vaikuttavaa selvitystä, jota muut asian-osaiset eivät ole esittäneet. Asioissa, joissa viranomaisen ratkaisu eri ta-voin vaikuttaa asianosaisten oikeuksiin, säännöstä puolestaan olisi ehdo-tuksen mukaan tulkittava niin, ettei viranomaisen saa pyytää asianosai-selta selvitystä tämän esittämän vaatimuksen perusteista, jollei vastak-kaisen vaatimuksen esittänyttä asianosaista tarvittaessa pyydetä esittä-mään selvitystä asianomaisten vastaperusteiden tueksi. Ottaen huomioon ehdotukseen sisältyvän kuulemisperiaatetta koskevan säännöksen (16 §),

³² Ks. *ibid.* s. 256.

³³ Ks. *ibid.* s. 257.

ei viimeksi mainitulla kuitenkaan käytännössä liene samanlaista merkitystä kuin ns. kilpailutilanteissa.³⁴

Omatoimisesti selvityksiä hankkiessaan viranomaisen velvollisuutena olisi yhdenvertaisuuden toteutumiseksi selvittää ratkaisuun vaikuttavat seikat kaikkien asioiden osalta yhtä huolellisesti, perusteellisesti ja yhtä tehokkain keinoin eli sanalla sanoen puolueettomasti.

Mielenkiintoiseksi ehdotetun säännöksen tekee erityisesti se, että tällä tavalla yhdenvertaisuusvaatimus hallintotoiminnassa saisi ensimmäistä kertaa selvän positiivisoikeudellisen yleisilmauksen. Tosin säännös koskee yhdenvertaisuuden noudattamista ainoastaan asian selvittämisen yhteydessä eikä sellaisenaan kohdistu ratkaisun sisältöön, mutta ottaen huomioon, että asian selvittäminen tärkeältä osaltaan vaikuttaa siihen, millainen päätös asiassa tehdään, merkitsee säännös yhdenvertaisuuden toteutumisedellytysten paranemista hallintomenettelyssä. Harkintavallan väärinkäytön torjumisen kannalta katsoen ei säännöksellä ole välitöntä merkitystä, mutta arvokkaana sitä voidaan pitää siitä huolimatta erityisesti sen takia, että tällä tavalla positiivisoikeudellisen sääntelyn välityksellä yhdenvertaisuusperiaatteen asema hallinnossa nykyiseen verrattuna vahvistuisi. Aiheellista on kuitenkin korostaa sitä, että yhdenvertaisuuden vaatimuksen ehdotetusta säännöksestä huolimatta on edelleen katsottava ulottuvan laajemmalle kuin pelkkiin asian selvittämisvaiheisiin. Toisin sanoen hallintoviranomaisen ratkaisu saattaa sisältää yhdenvertaisuutta loukkaavaa harkintavallan väärinkäyttöä riippumatta siitä, miten puolueettomasti asia on käytännössä selvitetty.

D. Keinojen ja tavoitteiden oikeasuhteisuudesta

Viimeisenä harkintavallan rajoitusperiaatteena Merikoski on maininnut ns. suhteellisuusperiaatteen, vaikka hän toteaaakin sen olevan yleensä konstruoitavissa erääksi objektiviteettiperiaatteen alalajiksi tai soveltukseksi.³⁵ Erityisesti on suhteellisuusperiaatteella merkitystä hallintopakon yhteydessä, jolloin lähtökohtana on se, että hallintotoimen ankaruusaste on sopeutettava toimen yleisen laadun ja kulloinkin kysymyksessä olevan intressin tärkeyden mukaiseksi.³⁶

³⁴ Ks. *ibid.* s. 258.

³⁵ Ks. *Merikoski*, Vapaa harkinta s. 74—75.

³⁶ Ks. *ibid.* s. 74. — Ks. myös *Makkonen*, Säädosvalta s. 151 ja 157.

Havainnollisen esimerkin suhteellisuusperiaatteen soveltamisesta hallintopakon käytön yhteydessä tarjoaa OKa:n vuonna 1975 antama päätös, joka liittyi uhkasakon asettamiseen työsuojelun valvonnassa.³⁷ Puheena olevassa tapauksessa oli eräs osakeyhtiö OKa:lle osoittamassaan kirjoituksessa kertonut, että työsuojelupiirin työsuojelutoimiston antama yhtiötä koskeva päätös ja sitä edeltävässä menettelyssä yhtiölle varaama kohtuuttoman lyhyt määräaika olivat merkinneet sellaista harkintavallan väärinkäyttöä, mikä oli loukannut yhtiön oikeusturvallisuutta ja estänyt sitä asianmukaisesti valvomasta oikeuksiaan. Päätöksessä osoitti yhtiön käsityksen mukaan mielivaltaista harkintaa uhkasakon asettamistapa ja sen määrä. Asettamistapaan kohdistuva arvostelu johtui lähinnä siitä, että uhkasakko oli asetettu seitsemästä eri velvoitekohdasta yhtenä kollektiivisena uhkasakkona, mistä oli seurauksena, että vaikka yhtiölle asetetut velvoitukset täytettäisiin esimerkiksi kuudessa kohdassa, jäisi uhkasakko alkuperäisen suuruisena voimaan vielä yhdestä velvoitekohdasta. Uhkasakon määrää (800 000 markkaa) puolestaan yhtiö piti liian suurena katsoen, ettei sakko saa määrältään olla sellainen, että se, olematta missään järkevässä suhteessa vaadittujen velvoitusten täyttämisen aiheuttamiin kustannuksiin, ilmentää halua rangaista, kurittaa ja leimata sen kohteeksi joutunutta. OKa katsoi päätöksessään muun ohella, että uhkasakon asettamista yhteisenä erilaisille velvoitteille ei voida pitää työsuojelun valvontalain (131/73) 15 §:n 2 mom:n mukaisena menettelynä, vaan sanotunlaisen uhkasakon asettaminen oli yleisten oikeusperiaatteitten vastaista. OKa katsoi päätöksessään niin ikään, että työsuojelutoimiston päätös määrätä asetettu uhkasakko 800 000 markan suuruiseksi selvästi ylitti sen harkintavallan rajat, jonka valvontalain 15 § 2 mom:n säännös sallii. Tämä oli OKa:n pitkän päätöksen lopputulema, joka on avoin arvostelulle monessakin suhteessa. OKa itsekin päätöksessään on todennut, ettei uhkasakon määrästä valvontalaissa ole säännöksiä eikä lain valmisteluaineistokaan tässä suhteessa tarjoa asiaan valaisua. OKa katsookin aivan oikein, että uhkasakon asettajalla on näin ollen laaja harkintavalta uhkasakon määrään nähden, mutta siitä huolimatta hän päätyy käsitykseen, että kysymyksessä on *selvä* harkintavallan ylitys. Tästä voidaan olla eri mieltä, mikäli halutaan korostaa uhkasakon tehokkuutta valvontavälineenä. Riippumatta siitä, millä tavalla OKa:n päätöksen oikeellisuuteen suhtaudutaan, jää tosiasiaksi sovelta-

³⁷ Ks. OKa:n kert. 1975 s. 47—53.

miskäytännön valossa se, että uhkasakkokin voidaan katsoa liialliseksi eli siis suhteellisuusperiaatteen vastaiseksi. Arviointikriteerinä OKa käytti puheena olevassa tapauksessa uhkasakon suhdetta valvontajärjestelmän tarjoamiin muihin hallintopakon muotoihin. Päätöksessään hän katsoi, ettei uhkasakon määrä saa olla ristiriidassa uhkasakon asemaan nähden valvontalain pakkokeinojärjestelmässä. Sakko ei siis saa muodostua lopputulokseltaan ankarammaksi kuin sitä voimakkaammat pakkokeinot eli sanotussa tapauksessa teettäminen työnantajan kustannuksella, työnteon keskeyttäminen ja laitteen tai työmenetelmän käyttämisen estäminen.³⁸

Suhteellisuusperiaatteen soveltaminen ei rajoitu pelkästään hallintopakon käyttöä koskeviin tapauksiin, vaan sillä on yleisempääkin merkitystä hallintotoiminnassa. Objektiviteetti- ja yhdenvertaisuusperiaattien tavoin edellyttää sekin vertailun suorittamista. Niinpä esimerkiksi virkamiehen virasta vapauttamisen perusteen on oltava kohtuullisessa suhteessa siihen seuraamukseen, mitä tämä toimenpide virkamiehen kanalta katsoen hänelle henkilökohtaisesti merkitsee.³⁹

Käytännössä on usein aika vaikeata täysin luotettavasti saada selko siitä, onko KHO ratkaisuissaan soveltanut suhteellisuusperiaatetta vai joitakin muita oikeudellisia periaatteita, sillä ratkaisujen perusteluissa ei termiä suhteellisuusperiaate käytetä. Ainakin rakennusoikeuden alalla on kuitenkin esiintynyt eräitä sellaisia tapauksia, joissa melkoisella varmuudella voidaan olettaa sovelletun sanottua oikeusohjetta. Tyypillisenä esimerkkinä sellaisesta ratkaisusta on mainittavissa aikaisemmin esitetty KHO 1976 I 3, jossa LH oli hylännyt rakennuskieltoalueella sijaitsevan loma-asunnon laajentamista koskevan poikkeuslupahakemuksen. KHO puolestaan katsoi siinä, että poikkeusluvan eväämisellä saavutettu maankäytöllinen etu oli ollut liian vähäinen antaakseen riittävän aiheen tarkoituksenmukaisuusperusteiseen hylkäämispäätökseen.⁴⁰

³⁸ OKa:n sanottua päätöstä on monipuolisesti arvioinut *Sinisalo*, Uhkasakko työsuojelun valvonnassa (ks. erit. s. 38—42, 65—71). Suhteellisuusperiaatteen sovellutuksena hän ei kuitenkaan ole tapausta tarkastellut.

³⁹ Ks. *Merikoski*, Vapaa harkinta s. 76.

⁴⁰ Ks. myös KHO 1976 II 58, jossa LH oli hylännyt hakemuksen, jossa oli pyydetty poikkeuslupaa lomarakennuksen rakentamista varten, koska sen hyväksymistä esitetyillä perusteilla ei pidetty tarkoituksenmukaisena. KHO katsoi, ettei hakemuksen hylkääminen sanottavasti edistänyt tavoitteita, joiden turvaamiseksi rakennuskielto oli annettu. Näin ollen ja kun otettiin huomioon hankkeen merki-

Se, että kysymys suhteellisuusperiaatteen soveltamisesta sanotun tapauksen yhteydessä oli esillä KHO:ssa, ilmenee myös ratkaisun valmisteluaineistosta, jossa viitataan siihen tarkoitukseen, jota silmällä pitäen rakennuskielto yleiskaavan laatimista varten on säädetty. Samalla asiakirjoissa kiinnitetään huomiota rakennushankkeen merkityksellömyyteen yleiskaavoituksen kannalta sekä toisaalta hankkeen merkitykseen hakijan näkökulmasta katsoen. Erityisen mielenkiintoista on se, että valmisteluaineistossa viitataan *expressis verbis* sanotussa tapauksessa tarkoitussidonnaisuuden ohella suhteellisuusperiaatteen soveltamismahdollisuuteen.

Suhteellisuusperiaatteella on käyttöä mitä erilaisimmissa tilanteissa. Yksityiselle ei esimerkiksi ole lupa asettaa pitemmälle ulottuvia raskautuksia kuin tavoitellun päämäärän saavuttaminen edellyttää. Niinpä pakkolunastusta ei saa kohdistaa laajempaan alueeseen kuin yleinen tarve vaatii.⁴¹ Mikäli tavoite on saavutettavissa vapaaehtoisuuden tietä, on tätä tapaa käytettävä pakon sijasta. Yleensäkin suhteellisuusperiaatteen soveltaminen liittyy sellaisiin tapauksiin, joissa viranomaisella on käytettävissään useita vaihtoehtoisia ratkaisumalleja. Esimerkiksi elinkeinovalvonnassa on elinkeinoluvan peruuttaminen sellainen toimenpide, johon on oikeutettua turvautua vain silloin, kun on pääteltävissä, että lievemmän laatuiset toimenpiteet eivät johda julkisen edun kannalta tyydyttäviin tuloksiin.⁴² Toisin sanoen mitä merkittävämmästä julkisesta intressistä on kysymys, sitä jyrkemmät toimenpiteet ovat luvallisia. Tyypillisesti vahva julkinen intressi, jonka turvaaminen saattaa edellyttää yksityisen oikeuksia syvältikin rajoittavien menettelytapojen

tys hakijan kannalta, ei hakemusta voitu evätä LH:n päätöksessä mainituilla perusteilla. LH oli evätessään luvan ylittänyt sille kuuluvan harkintavallan.

Ks. lisäksi KHO 23. 11. 1978 T 5146, jossa LH niin ikään oli hylännyt poikkeuslupahakemuksen, jossa oli pyydetty määrällään käyttämistä omakotitalon rakentamiseen huolimatta siitä, että alueella oli rakennuskielto yleiskaavan laatimista varten. LH katsoi, että ottaen huomioon alueen maasto-olosuhteet ja sijainnin tuli alueen rakennuskelpoisuus ratkaista tarkemmalla maankäyttösuunnitelmalla. KHO puolestaan tuli siihen tulokseen, ettei poikkeusluvan epämisellä voitu katsoa sanottavasti edistettävän tavoitteita, joiden turvaamiseksi puheena oleva rakennuskielto oli annettu. Hakemusta ei näin ollen, ja kun otettiin huomioon hankkeen merkitys hakijan kannalta ollut voitu hylätä LH:n päätöksessä mainituilla perusteilla. LH oli siten evätessään luvan ylittänyt sille RakL 132 §:n 1 mom:n mukaan kuuluvan harkintavallan.

⁴¹ Ks. *Sjöholm*, JFT 1951 s. 104.

⁴² Ks. *Uotila*, Elinkeinoilupa s. 194.

käyttöä, on henkeen ja terveyteen kohdistuvien vaarojen torjuminen.⁴³ Mutta yleisenä lähtökohtana on se, että toimenpiteeseen ryhdyttäessä on arvioitava, millaisessa suhteessa se on yksityisen etuihin. Kysymys on siis samalla intressivertailun suorittamisesta. Ylipäättään voidaan sanoa, että oikeasuhteisuuden on vallittava käytettyjen keinojen ja päämäärien välillä.⁴⁴

E. Tarkoitussidonnaisuuden vaatimuksesta

Edellisessä luvussa (5 §) mainittujen oikeustapausten joukossa on pääasiallisesti sellaisia KHO:n ratkaisuja, joissa korkein lainkäyttöelin on päätenyt valittajan kannalta positiiviseen tulokseen ja katsonut viranomaisen päätöstä tehdessään käyttäneen harkintavaltaansa muuhun tarkoitukseen kuin mihin se on ollut käytettävissä. Tällaiset harkintavallan väärinkäytön tapahtuneeksi toteavat ratkaisut KHO:n käytännössä eivät suinkaan rajoitu edellä mainittuihin esimerkkitapauksiin. (Toisaalta on huomautettava, että niiden valikointikriteerinä ei ole pyritty käyttämään mitään muuta seikkaa kuin sitä, että lopputuloksena ratkaisussa on päädytty positiiviseen näyttöön harkintavallan väärinkäytön esiintymisestä). Lisäksi on otettava huomioon vielä sekin, että korkeimman hallinto-oikeuden jäsenten ei enää nykyisin voida olettaa olevan tietämättömiä tarkoitussidonnaisuuden periaatteesta; siinä määrin edustavasti ja monissa eri yhteyksissä se on ollut esillä esim. oikeuskirjallisuudessa.

Siitä, että KHO:ssa todella on pohdittu asioita myös tarkoitussidonnaisuuden periaatteen kannalta, ovat osoituksena useat KHO:ssa laaditut muistiot ja käsiteltävinä olleitten tapausten yhteydessä pyydytetyt lausunnot, joissa nimenomaisesti on viitattu tarkoitussidonnaisuuden periaatteeseen. Kaiken kaikkiaan vaikuttaakin siltä, että Merikosken yritys kotiuttaa tarkoitussidonnaisuuden periaatteen Suomen oikeusjärjestykseen on siis loppujen lopuksi sittenkin onnistunut. Mutta toisaalta tämä havainto ei vielä sinällään kerro paljoakaan periaatteen oikeudellisesta luonteesta. Sen selvittäminen edellyttää eräiden terminologisten ja käsitteellisten seikkojen erittelyä.

⁴³ Ks. *ibid.* s. 193.

⁴⁴ Ks. myös *Sjöholm*, JFT 1951 s. 104, joka mainitsee useita KHO:n 1930—40-luvuilla antamia ratkaisuja, joissa on ollut kysymys suhteellisuusperiaatteen soveltamisesta.

Kuten Makkonen on todennut, normeja oikeustieteessä on analysoitu ja luokiteltu lukemattomilla eri tavoilla ja perusteilla: »Yleispäteviä kriteerejä ei ole olemassa, luokitteluperusteet riippuvat siitä, mistä näkökulmasta asiaa tarkastellaan.»⁴⁵ Viime vuosien kuluessa erään mielenkiintoisimmista klassifikaatioista on esittänyt *Sundby*, joka puolestaan on saanut merkittäviä vaikutteita *Dworkinilta*.⁴⁶ Sundbyn mukaan oikeusnormit (retsnormer) ovat jaettavissa periaatteessa kahteen toisensa pois sulkevaan luokkaan, joista ensimmäisen muodostavat oikeussäännöt (retsregler) ja toisen oikeusohjeet (retningslinjer).⁴⁷ Sundbyn määritelmän mukaan oikeussäännöt ovat normeja, »som determinerar løsningen av normative spørsmål ved å angi et sett av tilstrekkelige betingelser for avgjørelsens innhold».⁴⁸ Oikeusohjeet puolestaan eivät ole oikeussääntöjä; ne eivät determinoi ratkaisun sisältöä, »men henviser kun til et moment av vikt ved bedømmelsen og må eventuelt 'harmoniseres' i forhold til motstridende retningslinjer i en avveiningsprosess».⁴⁹

Oikeusohjeet siis tavallaan antavat päätöksentekijälle ohjenuoran tai suuntaviivat ratkaisua harkittaessa. Ne ovat eräänlaisia kompassseja, joiden avulla päättäjä ohjaa itsensä ratkaisuun. Tarkoitussidonnaisuuden periaatetta voidaan kutsua myös metodinormiksi, jota sovellettaessa kiinnitetään huomiota toisaalta päätöksentekijän intentioihin ja toisaalta lain rationiin sekä sanottujen tekijöitten väliseen vastaavuuteen.

II. HARKINTAVALLAN VÄÄRINKÄYTÖSTÄ TOIMIVALLAN YLITYKSENÄ

Toimivalta eli kompetenssi kuuluu niihin oikeudellisiin käsitteisiin, joiden perusteellinen erittely edellyttäisi laajan erillistutkimuksen suorittamista; siinä määrin problemaattinen on sanottu käsite oikeusteoreet-

⁴⁵ Ks. *Makkonen*, Luentoja yleisestä oikeustieteestä s. 121.

⁴⁶ Ks. *Sundby*, Om normer s. 190 ja *sama*, TfR 1978 s. 139. — Sundbyn luokitukseen kohdistuvasta kritiikistä ks. *Lauridsen*, TfR 1978 s. 103—136. — Ks. lisäksi *Dworkin*, Taking Rights Seriously s. 22—31, 71—80.

⁴⁷ Ks. *Sundby*, Om normer s. 190 ss.

⁴⁸ Ks. *ibid.* s. 197.

⁴⁹ Ks. *ibid.* s. 4.

tiselta kannalta katsottuna. Riittävää tässä yhteydessä kuitenkin lienee, että korostetaan toimivaltakäsittteen normatiivista luonnetta erotukseksi faktisesta valtakäsitteestä.⁵⁰ Yleisesti toimivalta (kompetenssi) on määriteltävissä oikeusjärjestykseen perustuvaksi mahdollisuudeksi suorittaa oikeudellisia toimia ja aikaansaada niillä tarkoitetut vaikutukset.⁵¹ Toimivalta siis viittaa oikeustositseikkojen ja oikeusseuraamusten väliseen suhteeseen.⁵²

Toimivaltaongelmaa analysoitaessa on erotettavissa kolme erilaista vaihtoehtoa. Ensiksikin on ajateltavissa, että tietyn hallintotoimen suorittaminen ei kuulu minkään viranomaisen toimivaltaan (absoluuttinen inkompetenssi), jolloin voidaan puhua toimivallan ylittämisestä, mikäli viranomainen sellaiseen ryhtyy. Toisena vaihtoehtona on se, että hallintotoimi ei kuulu sen suorittaneen viranomaisen kompetenssipiiriin (relatiivinen inkompetenssi), jolloin voidaan niin ikään puhua toimivallan ylittämisestä. Kolmantena vaihtoehtona on se, että hallintotoimen suorittaminen kuuluu asianomaisen viranomaisen toimivaltaan.

Vaikka edellä onkin hyväksytty se käsitys, että tarkoitussidonnaisuuden periaate on luonteeltaan tulkintaperiaate Suomen oikeusjärjestyksessä, ovat monet periaateen soveltamiseen liittyvät teoreettiset ja käytännölliset ongelmat jääneet toistaiseksi selvittämättä.

Eräs huomion arvoinen ongelma on harkintavallan väärinkäytön suhde kunnan toimialan ylitykseen.⁵³ Tämän kysymyksen selvittäminen on tärkeätä siitakin syystä, että suurin osa harkintavallan väärinkäyttöön liittyvistä tapauksista oikeuskäytännössä on esiintynyt kunnallishallinnon piirissä ja kytkeytynyt toimivaltakysymykseen. Samalla on kuitenkin todettava, että harkintavallan väärinkäytön ongelma ei rajoitu kunnallishallintoon, vaikka käytännössä onkin esiintynyt harvoin KHO:n ratkaisuja, joissa on jouduttu ottamaan kanta valtionhallinnon piirissä tapahtuneiksi väitettyihin tarkoitussidonnaisuuden loukkauksiin.⁵⁴

⁵⁰ Ks. *ibid.* s. 318—324.

⁵¹ Ks. myös *Holopainen*, Kunnan asema s. 64.

⁵² Ks. myös *Makkonen*, LM 1964 s. 783. Ks. lisäksi *Uotila*, Päätösvalta s. 8.

⁵³ Ks. myös *Murén*, Kunnan toimiala s. 161.

⁵⁴ Esimerkkinä tällaisesta tapauksesta voidaan mainita KHO 1960 I 11. Siinä KHO oli siirtänyt kulkukauppaa koskevasta lääninhallituksen päätöksestä tehdyn valituksen pääasiassa LH:n päätöksen tarkoituksenmukaisuuden harkittamisesta riippuvaisena asiana hallituksen ratkaistavaksi. KTM:n hylättyä valituksen, hylkäsi KHO puolestaan sanotun ministeriön päätöksestä tehdyn vali-

Aikaisemmassa yhteydessä on jo todettu vallitsevaksi käsitykseksi se, että harkintavallan väärinkäyttö sisältyy kunnallislain valitusperusteisiin (KunL 175 § ja UKunL 139 §). Uutta kunnallislakia koskevassa kommentaariteoksessaan *Hannus* lähtee siitä, että UKunL 139 §:ään sisältyvää valitusperustetta, jonka mukaan kunnan jäsen on oikeutettu hakemaan muutosta sillä perusteella, että päätös menee viranomaisen toimivaltaa ulommaksi, sovelletaan aina, kun päätös menee kokonaan kunnan toimialan ulkopuolelle.⁵⁵ Tämän lisäksi sama peruste soveltuu tapauksiin, joissa päätös, vaikka se onkin tehty kunnan toimialan puitteissa, ei kuulu päätöksen tehneen vaan kunnan jonkin toisen viranomaisen toimivaltaan. Sanottujen tapausten ohella *Hannus* toteaa kommentaarissaan, että kunnan viranomaisen toimivallan ulkopuolelle menemisenä pidetään tieteisopissa ja hallintolainkäytössä myös harkintavallan väärinkäyttöä, joskin se voidaan lukea yhtä hyvin UKunL 139 §:ään sisältyvän toisen valitusperusteen »muutoin lainvastainen» piiriin kuuluvaksi.

Kunnan toimivallan ja harkintavallan väärinkäytön välistä suhdetta arvioitaessa on lähtökohdaksi otettava UKunL 5 §:ään sisältyvä toimialasäännös, jonka mukaan kunnan asiana on hoitaa itsehallintoonsa kuuluvat ja sille laissa erikseen säädetty tehtävät (vastaava, joskin sanamuodoltaan jonkin verran poikkeava säännös vanhassa KunL:ssa sisältyi 4 §:ään).

Oikeuskäytäntöä tarkasteltaessa on havaittavissa, että KHO useissa ratkaisuissaan on viitannut siihen, että viranomainen päätöstä tehdessään on käyttänyt harkintavaltaansa muuhun tarkoitukseen kuin mihin se lain nojalla on ollut käytettävissä ja *siten* mennyt toimivaltaansa ulommaksi.⁵⁶ KHO on tällä tavalla kombinoinut harkintavallan väärinkäytön ja toimialan ylittämisen ratkaisujensa perusteluissa. Toisin sanoen korkein hallintolainkäyttöelin on ymmärtänyt harkintavallan väärinkäytön merkitsevän kunnallishallinnossa samalla kunnallislaissa säädetyn toimialan ulkopuolelle menemistä.

Sellaisissa oikeuskirjallisuudessa esitetyissä kannanotoissa, joissa on peruslähtökohtana, että harkintavallan väärinkäytössä on nimenomaan ja pelkästään kysymys viranomaisen subjektiivisesti asiattomien vaikut-

tuksen, koska ei ollut näytetty ministeriön käyttäneen harkintavaltaansa muuhun tarkoitukseen kuin mihin se ElinkeinoL 15 §:n (122/19) mukaan oli ollut käytettävissä.

⁵⁵ Ks. *Hannus*, Uusi kunnallislaki s. 491. Ks. myös *Kuuskoski—Hannus*, Kunnallislaki s. 540.

⁵⁶ Ks. esim. KHO 1969 II 45 ja KHO 1969 II 48.

timien ja tarkoituksien selvittämisestä, päädytään helposti käsitykseen, jonka mukaan toimialan ylityksestä puhuminen harkintavallan väärinkäyttöön liittyvissä tapauksissa on harhaan johtavaa. Ensi silmäyksellä tällainen kanta vaikuttaakin paikkansa pitävältä. Kun esimerkiksi kiinteistön vuokraaminen sinänsä epäilemättä kuuluu kunnan toimialaan, lähtee subjektiivinen teoria siitä, että on virheellistä puhua toimialan ylittämistä sellaisessa tapauksessa, että sanotun kiinteistön luovutus on tapahtunut harkintavaltaa väärin käyttäen tarkoituksella suosia esimerkiksi jotakin puoluepoliittista yhdistystä. Tällöin jätetään kuitenkin huomioon ottamatta, että kunnan toimialan rajat puheena olevassa tapauksessa voidaan formuloida toisellakin tavalla, nimittäin siten, että kunnan toimivaltaan ei kuulu puoluepoliittista yhdistystä suosien tapahtuva kiinteistön vuokraaminen. Tällainen toimivaltakysymyksen reformulointi osoittaa teoreettisestikin katsoen olevan täysin mahdollista, että toimivallan ylitys ja harkintavallan väärinkäyttö esiintyvät samanaikaisesti toistensa yhteydessä.

Kirjallisuudessa on myös toisinaan annettu harkintavallan väärinkäyttöä käsiteltäessä ymmärtää, että korkeimman hallinto-oikeuden olisi pitänyt ratkaisuisaan turvautua UKunL 139 §:ssä (vast. KunL 175 §:ssä) mainittuun »muuhun lainvastaisuuteen» eikä käyttää kumoamisperusteena toimivallan ylitystä. Tässä suhteessa voidaan tarkastelun lähtökohtana pitää kirjallisuudessa usein esitettyä lausumaa, jonka mukaan hallintoviranomaisen hallintotoimi saattaa olla virheellinen, vaikka se näennäisesti kuuluukin viranomaisen *muodolliseen* toimivaltaan, mutta se on suoritettu viranomaisen tehtäville ja toimivaltuuksille vieraassa tarkoituksessa.⁵⁷ Olennaisen tärkeitä on tässä yhteydessä korostaa sanaa »muodollinen», sillä sen käyttö implikoi samalla, että viranomaisen tehtäville ja toimivaltuuksille vieraassa tarkoituksessa suoritettu hallintotoimi merkitsee toimivallan *asiallista* ylittämistä, siis sisällöllistä, materiaalista virhettä hallintotoimessa. Kun toimivallasta puhuttaessa näin ollen voi olla yhtä hyvin kysymys muodollisen kompetenssin (absoluuttinen tai relatiivinen inkompetenssi) ylittämistä kuin asiallisen kompetenssin puuttumisesta, niin ei käsittääkseni ole mitään periaatteellista vastaan sanomista KHO:n viljelemään perustelutapaan, jossa kunnallisen viranomaisen syylistyessä harkintavallan väärinkäyttöön puhutaan toimivallan ylityksestä

⁵⁷ Ks. esim. Merikoski, Oikeussuojajärjestelmä s. 62.

eikä sen sijaan käytetä — kuten esimerkiksi Kuuskoski on edellyttänyt⁵⁸ — perusteluissa UKunL 139 §:ään (vast. KunL 175 §:ään) sisältyvää viitasta »muuhun lainvastaisuuteen».

Kunnallislain toimialasäännöksen käyttö KHO:n ratkaisujen perusteissa harkintavallan väärinkäyttöä koskeissa tapauksissa tarjoaa valaisevan esimerkin myös tarkoitussidonnaisuuden periaatteen oikeudellisesta luonteesta. Harkintavallan väärinkäytön kieltä ei ole itsenäinen oikeussääntö vaan tulkintaperiaate, eräänlainen metodinormi, jota on käytettävä hallintotoimen lainmukaisuuden arvioinnissa.

Käsitys, jonka mukaan tarkoitussidonnaisuuden vaatimus on luonteeltaan tulkintaperiaate,⁵⁹ tulee ymmärrettäväksi, kun otetaan huomioon, että koko idea on ankkuroitu lain ration selvittämiseen. Tarkoitussidonnaisuuden vaatimuksen soveltaminen edellyttää keinoin tai toisin tapahtuvaa lain tarkoituksien selvittämistä ja samalla jonkinlaista käsitystä siitä, mitä oikeudellista normia kulloinkin esiintyvässä ratkaisutilanteessa on noudatettava. Sellainen normi on usein käytännössä, kuten aikaisemmin on todettu, ollut löydettävissä kunnan yleistä toimialaa koskevasta säännöksestä, mutta yhtä hyvin tulee kysymykseen jokin muu oikeusjärjestykseen sisältyvä toimivaltanormi. Kun sanomme, että esimerkiksi valtuusto on »ylittänyt toimivaltansa» ja samalla lausumme, että se on »käyttänyt harkintavaltaansa muuhun tarkoitukseen kuin mihin se lain mukaan on ollut käytettävissä», olemme tekemisissä juuri sellaisen tapauksen kanssa, jossa tarkoitussidonnaisuuden maksiimia on sovellettu oikeudellisena tulkintaperiaatteena.

Edellä esitetyn kanssa samansuuntaisesti näyttää tarkoitussidonnaisuuden vaatimuksen oikeudellisen luonteen ymmärtäneen kirjallisuudessa Voipio,⁶⁰ joka korostaa, että viranomaisharkinnan laajuudesta on olemassa joko kirjoitetut tai kirjoittamattomat toimivaltanorminsa ja että toimi-

⁵⁸ Ks. Kuuskoski, SKL 1948 s. 54—55. Ks. myös Vilkkonen, Hallintotoimen mitättömyydestä s. 210—211, joka niin ikään on pitänyt kunnallisoikeudellisten harkintavallan väärinkäyttötapausten yhteydessä käytettyä terminologiaa jonkin verran harhaan johtavana. Vilkkonen toteaa, että sanonta »toimivallan ylittäminen» ei ole kovin onnistunut niissä tapauksissa, joissa on kysymys harkintavallan väärinkäytöstä, sillä valtuusto rikkoessaan tätä periaatetta vastaan ei oikeastaan mene toimivaltansa ulommaksi »toimivalta»-käsitteen varsinaisessa merkityksessä.

⁵⁹ Ks. myös Bernt, TfR 1978 s. 305—308.

⁶⁰ Ks. Voipio, Valittamisesta s. 55—56.

valtanormin rikkominen on aina laillisuuskysymys. Vapaan harkinnan rajoja säätelevät toimivaltanormit rikotaankin hänen mukaansa ehkä helpoimmin siten, että viranomainen käyttää harkintavaltaansa muun kuin asianomaisen toimivaltanormin osoittaman päämäärän saavuttamiseksi. Harkinnanvapauden rajoitusperiaatteita Voipio pitää eräänlaisina tarkastelunäkökulmien viittoina, joiden voimassaolo voidaan yleensä osoittaa kunkin viranomaisen toimivaltaa laajassa mielessä säätelevien normien tulkinnalla. Tosin käytännössä, kuten Voipiokin toteaa, toimivaltanormit eivät läheskään aina ole helposti identifioitavissa eikä niiden sisältö yksiselitteinen varsinkaan harkintavallan laajuuden määrittelyn osalta.

III. HALLINNON JOHTAVIEN PERIAATTEITTEN KOMBINOITUMISESTA

Harkintavallan väärinkäytön on aikaisemmassa yhteydessä todettu tarkoittavan hallinnon johtavien periaatteitten harkintavallalle asettamien oikeudellisten rajojen ylittämistä,⁶¹ mikä merkitsee sitä, että harkintavallan väärinkäyttö voi hallintotoiminnassa ilmetä yhtä hyvin objektiviteetin, tarkoitussidonnaisuuden, yhdenvertaisuuden kuin suhteellisuudenkin loukkaamisena.

Sanotut periaatteet muodostavat varsin tiheäsilmäisen viranomaisten harkintavaltaa rajoittavan oikeusohjeiden verkoston. Periaatteet eivät kuitenkaan selvärajaisesti erottaudu toisistaan, vaan enemmänkin kysymys on siitä, että kutakin periaatetta sovellettaessa viranomaisen suorittamaa hallintotoimintaa tarkastellaan jonkin verran toisistaan poikkeavista näkökulmista. Tämä merkitsee sitä, että hallintotoimi saattaa osoittautua samalla kertaa yhden tai useamman oikeusperiaatteen vastaiseksi. Tällainen kumoamisperusteiden kombinoituminen ei käytännössä ole ollenkaan harvinainen ilmiö, joskin on myönnettävä, että oikeuskäytännön valossa harkintavallan väärinkäyttöä koskevat tapaukset on useimmiten tulkittu joko tarkoitussidonnaisuutta tai yhdenvertaisuusperiaatetta loukkaaviksi.⁶² Tämä viittaa siihen, että näillä kahdella periaatteella epä-

⁶¹ Ks. Aattonen, LM 1949 s. 27—34.

⁶² Ks. myös Holopainen, Kunnan asema s. 415.

määräisyydestään huolimatta on enemmän käyttöarvoa kuin suhteellisuusperiaatteella tai objektiviteettiperiaatteella, joka sisältää päätöksentekoon kohdistuvan yleisen asiallisuusvaatimuksen.

Toisinaan viranomaisten päätökset saattavat sisältää harkintavallan väärinkäyttöä, joka on ymmärrettävissä yhtä hyvin yhdenvertaisuuden kuin tarkoitussidonnaisuuden loukkaamiseksi.⁶³ Kombinaatioon on mahdollista lisätä myöskin objektiviteettiperiaatteen rikkominen. Hyvänä esimerkkinä on Hidén maininnut tällaisesta tilanteesta sukulaisen suosimiseksi suoritettun virkatoimen, joka voidaan kuvata objektiivisuuden loukkaamiseksi tai mielivallaksi. Koska sukulaisuus ei ole lain hyväksymä erotteluperuste, voidaan virkatoimi ymmärtää toisaalta samalla yhdenvertaisuusperiaatteen ja viime kädessä myös tarkoitussidonnaisuuden periaatteen vastaiseksi, sillä virkavaltuuden käyttöön on tässä tapauksessa vaikuttanut seikka, jota laissa ei ole tarkoitettu.⁶⁴

Muutamissa tapauksissa voi tarkoitussidonnaisuus kombinoitua myös suhteellisuusperiaatteeseen. Tässä mielessä voidaan viitata Makkosen mainitsemaan esimerkkiin,⁶⁵ jossa kaupunginvaltuusto oli hyväksynyt kaupunkia varten laaditun palojärjestyksen, joka sittemmin oli lähetetty LH:n vahvistettavaksi. Koska palojärjestyksessä määrätty vakinaisen palokunnan miesluku ei ollut soveliaassa suhteessa kaupungin asukaslukuun ja tulen vaarallisuuteen, LH jätti palojärjestyksen vahvistamatta. Äänestyksen jälkeen antamassaan päätöksessä KHO vahvisti LH:n päätöksen (KHO 1937 II 2197).

Edellä esitetyt esimerkit osoittavat hallinnon ns. johtavien periaatteitten epämääräisyyden ja päällekkäisyyden. Makkonen onkin asettanut kyseenalaiseksi, onko ylipäänsä käytännöllistä tarvetta pyrkiä nimenomaisiin periaatteiden luokitteluihin silloin, kun arvostellaan jonkun yksittäistapauksen mahdollista lainvastaisuutta. Arviointi jäänee hänen mukaansa käytännössä tapauksen kokonaisarvostuksen varaan.⁶⁶

»Kokonaisarvostuksen» vaatimus on oikeustieteen piirissä nykyään muodikas maksiimi eikä sitä vastaan ole sinänsä periaatteellista huomaut-

⁶³ Ks. myös *Hyvönen*, Maapaketti s. 230, joka mainitsee esimerkkinä erään Itä-Suomen MO:n ratkaiseman tapauksen.

⁶⁴ Ks. *Hidén*, Eduskunnan oikeusasiamies s. 129—130. Ks. myös *Murén*, Harkintavallan väärinkäyttö s. 15.

⁶⁵ Ks. *Makkonen*, Säädösvalta s. 157, joka mainitsee hallinnon johtavien periaatteitten joukossa myös kohtuusperiaatteen.

⁶⁶ Ks. *ibid.* s. 157.

tamista. Kysymys ei liene mistään nopeasti ohimenevästä muotivirtauksesta vaan yleiseen yhteiskuntakehitykseen liittyvästä oikeudellisen argumentaatiotavan muutoksesta. Eriksson on kuvannut tätä siirtymiseksi subsumtiologisesta tavoiterationaaliseen argumentointiin (målrational argumentation), jossa kiinnitetään huomiota asian kannalta kaikkiin relevantteihin tekijöihin, yhtä hyvin päämääriin ja keinoihin kuin konsevenssinäkökohtiinkin.⁶⁷ Kokonaisarvostukseen perustuva argumentaatio on vanhaan subsumtiologiseen päättelyyn verrattuna vapaampaa, monipuolisempaa ja avoimempaa. Argumentointitavassa tapahtunut kehitys oikeuttaa ehkä sellaiseen käsitykseen, että pyrkimys *oikeudenmukaisuuteen* ratkaisutoiminnassa on saamassa entistä merkittävemmän painon perinteiseen *oikeusvarmuutta* korostavaan subsumtiologiseen argumentaatioon verrattuna.

Se, että kokonaisarvostukseen perustuva argumentaatiomalli on sinänsä hyväksyttävissä, ei kuitenkaan poista käytännöllisiä vaikeuksia, mikäli pidetään kiinni siitä, että todella kaikki asiaan vaikuttavat eri näkökohdat tulevat ratkaisutoiminnassa huomioon otetuiksi. Pelkästään kognitiiviset realiteetit tekevät sellaisen yrityksen kovin ongelmalliseksi. Asian kaikkien eri puolien tiedostaminen on jo sinänsä ylivoimainen tehtävä puhumattakaan usein yhteismitattomien tekijöitten keskinäisen vertailun ja sen pohjalta tapahtuvan päättelyn rationaalisesta suorittamisesta. Parhaimmillaankin kokonaisarviointi jää relatiiviseksi. Osuvampaa onkin ehkä puhua pyrkimyksestä mahdollisimman monien oikeudellisesti relevanttien tekijöitten huomioon ottamiseen ratkaisutoiminnassa.

Olipa kokonaisarvostus käytännössä miten vajavaista tahansa, edellyttää sen suorittaminen jonkinlaista käsitteellistämistä, jolloin myös ns. yleisillä oikeusperiaatteilla on merkitystä päättelyn yhteydessä käytettävänä mittapuuna ja argumentteina. Se, millaisia nämä periaatteet ovat, on tutkimuksellinen ongelma, sillä harvoissa tapauksissa on KHO perustellut ratkaisunsa siten, että niistä kiistattomasti kävisi selville, millaisille näkökohdille kulloinkin on annettu ratkaiseva merkitys päätöstä tehtäessä. Käytännössä ei liene esiintynyt yhtäkään sellaista KHO:n ratkaisua, jonka perusteluissa olisi nimenomaan vedottu suoraan tarkoitussidonnaisuuden periaatteeseen. Mainittakoon tässä yhteydessä myös, että KHO:n

⁶⁷ Ks. Eriksson, JFT 1978 s. 25—51. — Käsillä olevan tutkimuksen painatusvaiheessa julkaistussa artikkelissaan on Eriksson mielenkiintoisella tavalla jatkanut teeman kehittelyä. Ks. tark. Retfærd 11/79 s. 40—54.

ATK-rekisteristä ei ole irroitettavissa tapauksia hakusanalla »tarkoitussidonnaisuus». Sen sijaan löytyy rekisteristä lukuisia ratkaisuja nimikkeellä »harkintavallan väärinkäyttö». Ratkaisujen perusteluissa taas on tapana lausua, että viranomainen, tilanteesta riippuen, joko on tai ei ole käyttänyt harkintavaltaansa muuhun tarkoitukseen kuin mihin se on ollut käytettävissä. Tämä perustelutapa viittaa vain siihen, että käsiteltävänä on ollut harkintavallan väärinkäyttöön liittyvä ongelma. Sen sijaan pelkästään sanotun perusteluviittauksen pohjalta ei ole suoraan pääteltävissä, onko kysymys ollut yksinomaan tarkoitussidonnaisuuden vaatimuksen loukkaamisesta.

Vieläkin vaikeampaa on arvioida, millainen merkitys harkintavallan väärinkäyttöön liittyvillä konsideraatioilla on ollut sellaisissa tapauksissa, joissa KHO on tyytynyt ratkaisunsa perusteluissa viittaamaan ainoastaan toimivallan ylitykseen, sillä pelkästään se seikka, ettei perusteluissa nimenomaisesti mainita viranomaisen käyttäneen harkintavaltaansa muuhun tarkoitukseen kuin se on ollut käytettävissä, ei vielä täydellä varmuudella merkitse sitä, etteikö valituksen alaiseen päätökseen olisi siitä huolimatta voinut sisältyä harkintavallan väärinkäyttöön viittaavia tekijöitä. Esimerkkinä voidaan mainita tapaus, jossa valtuusto oli myöntänyt varoja erään yhdistyksen tarpeisiin. Koska tiepenkereen vahvistaminen ja kaiteiden tukeminen, mitä varten valtuusto oli myöntänyt määrärahan, tarkoitti puoluepoliittisen yhdistyksen omistaman ja sen käytössä olevan saaren liikenneyhteyden parantamista, KHO kumosi päätöksen valtuuston toimivallan ylittävänä.⁶⁸

Harkintavallan väärinkäytön kannalta vaikeaselkoisia ovat niin ikään sellaiset ratkaisut, joissa KHO on kumonnut valituksen alaisen päätöksen tyytyen vain toteamaan, että päätöstä ei olisi pitänyt tehdä sillä perusteella, jolla se oli tehty, ja palauttanut asian uudelleen käsiteltäväksi.

⁶⁸ Ks. KHO 1963 II 127.

7 §. OPPI SIDOTUSTA JA VAPAASTA HARKIN- NASTA HARKINTAVALLAN VÄÄRINKÄYTTÖ- KIELLON TEOREETTISENA JA KÄYTÄN- NÖLLISENÄ PERUSTANA

I. ALUSTAVIA NÄKÖKOHTIA

Harkintavallan väärinkäytöstä puhuttaessa on tarkastelun kohteena oikeudellinen instituutio, joka omalta osaltaan kaventaa hallintoviranomaisten vapautta valita erilaisten ratkaisuvaihtoehtojen välillä.

Harkintavallan väärinkäyttökiellon ideologisenä perustana on liberaalinen oikeusvaltioidea, jota Suomen oikeuskulttuurissa kuvastaa muun muassa hallinnon lainalaisuuden periaate. Traditionaalisen oikeusideologian ydinkohtiin kuuluu se näkemys, että kaikki julkinen vallankäyttö on voitava johtaa oikeusjärjestyksestä. Tähän puolestaan liittyy kiinteästi ajatus ns. sidotusta harkinnasta ja yhdestä ainoasta oikeasta ratkaisusta.

Historiallisesti katsoen oppi ns. ainoasta oikeasta ratkaisusta kytkeytyy käsitelainopin kehitykseen.¹ Kysymystä tarkastelleen *Erikssonin* mukaan kukoistuskautensa 1800-luvun lopulla Euroopassa kokeneen käsitelainopin ideologisenä tehtävänä oli alunperin vahvistaa porvariston valtasemaa. Kodifikaatioitten luomisen, porvariston parlamentaarisen aseman vakiintumisen ja lainsäädännön haltuunoton jälkeen oikeustieteen tehtäväksi jäi vain olemassa olevien säännösten systematisointi ja niiden saattaminen loogisesti hallittavissa olevaksi järjestelmäksi. Syyksi yhden ainoan ratkaisun opin syntyymiseen käsitelainopin puitteissa *Eriksson* näkee sen, että tässä vaiheessa ei vielä luotettu tuomioistuimiin. Tällä

¹ Ks. *Eriksson*, *Tiede & edistys* 1/78 s. 49.

tavalla oli mahdollista saada tuomioistuimet riippuvaiseen asemaan rajoittamalla niiden itsenäinen vallankäyttö mahdollisimman kapea-alaiseksi. Suomessa oppi yhdestä ainoasta oikeasta ratkaisusta on kirjoittajan mukaan lähes tähän päivään saakka ollut vallitsevana tuomioistuinjuristien keskuudessa, mikä samalla on merkinnyt sitä, että tuomioistuinten rooli oikeusjärjestelmän kehittämisessä on jäänyt hyvin vaatimattomaksi.

Se, että oppi yhdestä ainoasta oikeasta ratkaisusta on pitkään ollut vallitsevana käsityksenä tuomioistuinlaitoksen piirissä, pitää epäilemättä paikkansa.² Sen sijaan yhtä varmaa ei ole, että ainoan oikean ratkaisun konstruktion kiinnittäytyminen olisi jotenkin olennaisesti vaikuttanut oikeusjärjestelmän käytännölliseen kehittämiseen. Pikemminkin on luultavaa, että oppirakennelma on tarjonnut lainkäyttöelimille eräänlaisen suojaverhon, jonka varjossa ne ovat ikään kuin huomaamatta laajentaneet kompetenssiaan myös tarkoituksenmukaisuusalueille. Konstruktion elinvoimaisuus perustuneekin paljolti sen ideologiseen käyttöarvoon, jota on ollut omiaan vahvistamaan opin sisällöllinen moniselitteisyys. Tällainen piirre on yleensäkin luonteenomainen ideoille, jotka ovat saaneet ideologista kantavuutta yhteiskunnassa. Tyypillisenä ja edustavana esimerkkinä voidaan mainita vaikkapa demokratian käsite, jolla niin ikään moniselitteisyydessään on vahva ja vaikuttava ideologinen merkitysarvo.

Yhden ainoan oikean ratkaisun idean sisällöllisestä ambivalenssista johtuu, että sillä on ideologista käyttöarvoa yhteiskuntajärjestelmien rakenteesta riippumatta. Tässä mielessä on mielenkiintoista panna merkille, millä tavalla sosialistisessa järjestelmässä suhtaudutaan sanottuun ideaan.

Sosialistisissa maissa pidetään tinkimättömästi kiinni siitä, että hallintotoiminta on mahdollisimmassa määrin pyrittävä sitomaan lakiin, ja korostetaan, että vaikka harkintavallalle välttämättä jääkin tilaa, on sen käyttö sidottu ns. yhden ainoan oikean ratkaisun ideaan.³ Tämän tekee

² Tämä ei tietenkään sisällä sellaista väitettä, että tuomarit ainoan oikean ratkaisun idealle uskollisinaan olisivat kokeneet tai kokisivat itsensä mekaanisiksi »subsumtiokoneiksi». Sellainen käsitys olisi varmasti paikkansa pitämätön kärjistys. Ks. myös Holopainen, Kastarin juhlaulkaisu s. 96.

³ Ks. Lüers, Das Polizeirecht s. 47—48, Martonyi, Verwaltung 1970 s. 160—171.

välttämättömäksi sosialistisen laillisuuden periaate,⁴ joka lähtee siitä, että lainsäädäntö ja hallintokoneisto sosialistisessa yhteiskunnassa on työväenluokan väline kommunistiseen järjestelmään pyrittäessä. Ainoa oikea on luonteeltaan sellainen kussakin konkreettisessa tilanteessa tehty hallintoratkaisu, joka parhaiten toteuttaa sanottuun tavoitteeseen pääsemistä. Porvarillisissa valtioissa omaksuttu oppi vapaasta harkinnasta hallinnossa sen sijaan nähdään luokkaherruuden takeeksi ja hallinto-
viranomaisten mielivaltaisen ratkaisutoiminnan välineeksi.⁵

Suomessa viime vuosina käydyssä oikeusteoreettisessa keskustelussa on moneen otteeseen tullut osoitetuksi sidotun ja vapaan harkinnan välisen distinktion teoreettiset heikkoudet.⁶ Siitä ei kuitenkaan päästä mihinkään, että sanottu erottelu on vaikuttanut Suomen oikeusjärjestyksen rakenteeseen ja sillä on edelleenkin huomattava käytännöllinen merkitys varsinkin viranomaisten toimivallan jakoa ja muutoksenhaun sallittavuutta koskevilla kysymyksillä.⁷ Jaottelu ei siten ainakaan käytännöllisesti orientoituneessa tutkimuksessa ole sivuutettavissa eikä keskustelu sen ympärillä siis ole päättynyt.

⁴ *Chkikvadze*, *The State, Democracy and Legality* s. 322, määrittelee sosialistisen laillisuuden seuraavasti: »Soviet socialist legality is the precise observation and fulfilment by all government and non-government bodies, officials and individuals of Soviet laws and enactments based upon them, expressing the will of the entire working people as determined by their material conditions of existence and designed to safeguard and further develop the Soviet social and political system and the rights, freedoms and legitimate interests of the individuals.»

⁵ Suomessa erityisesti *Hyvönen* on viime aikoina ollut huolestunut vapaa-harkintaisen hallintotoiminnan ekspansioista. Ks. Maapaketti s. 267: »Päätöksen-
teon luisuminen ratkaisevilta ja keskeisiltä osilta tarkoituksenmukaisuusharkinnan
varaan merkitsee lupomista oikeusvaltion periaatteista ja siirtymistä hallinto-
valtiota kohti.»

⁶ Ks. esim. *Aarnio*, Oikeudellisen ajattelun perusteista s. 72—84, *Andersson*, JFT 1964 s. 30—31, *Holopainen*, DL 1961 s. 178—179, *Jokela*, LM 1970 s. 844—847, *Klami*, Oikeustieteellisen analyysin peruskysymyksiä s. 75—77, *Makkonen*, Zur Problematik s. 47—51 ja 214—218, *Sipponen*, LM 1965 s. 206—211 ja *Vilkkonen*, LM 1972 s. 372—396.

⁷ Distinktion merkitys positiivisoikeudellisessa mielessä tulee esille erityisesti seuraavissa säännöksissä: KHOL (74/18) 5 §, HValL (154/50) 4 § ja UKunL (953/76) 139 §.

II. ONGELMAN AJANKOHTAISUUS

Vuonna 1894 totesi *Zorn*, että kysymys vapaasta harkinnasta ja harkintavallan väärinkäytöstä on »questio diabolica».⁸ Vuonna 1949 toisti hänen ajatuksensa Aattonen *Lakimies-lehdessä* julkaistussa kirjoituksessaan.⁹ Sama ilmaus kulkeutui myös Merikosken »Vapaa harkinta»-teokseen, jossa hän toteaa kysymyksen vapaan harkinnan olemuksesta sekä sidotun ja vapaan hallintotoiminnan välisestä erosta olevan hallinto-oikeuden keskeisimpiä ja vaikeimpia.¹⁰ Pelkästään päälinjojenkin vetäminen on hänen mukaansa osoittautunut ongelmalliseksi. Tämä ei kuitenkaan saa johtaa tehtävästä luopumiseen: »Tieteen ja oikeuskäytännön on toinen toistaan tukien pyrittävä tätä varsin vaikeata kysymysryhmää selvittämään. Niiden on uupumattomasti ja vähitellen kerättävä ja muokattava aineistoa valaistakseen mahdollisimman monipuolisesti ja syvästi hallinnon vapaan harkinnan probleemia.» Vuonna 1965 ilmestyi *Zornin* aikoinaan esittämä iskusana »questio diabolica» jälleen kuvaan; tällä kertaa sen esittämisvuoro oli Sipposella, joka käsitteli *Lakimies-lehdessä* julkaistussa artikkelissaan yhden ainoan oikean ratkaisun ongelmaa.¹¹

Kuluva 1970-luvun lopulla voidaan todeta, että harkintavallan väärinkäyttö hallinnossa on edelleenkin ns. hankala kysymys. Oikeastaan voidaan sanoa, että ongelma on entistäkin akuutimpi, sillä käytännössä on pantavissa merkille sellainen kehitys, että hallintoviranomaisten harkintavaltaa laajentavat säännökset näyttävät vain jatkuvasti lisääntyvän lainsäädännössä.¹² Kysymys on monimutkaistuvassa yhteiskunnassa ta-

⁸ Ks. *Zorn*, *Verwaltungsgerichtsbarkeit* s. 78—84.

⁹ Ks. *Aattonen*, *LM* 1949 s. 27.

¹⁰ Ks. *Merikoski*, *Vapaa harkinta* s. 5—8.

¹¹ Ks. *Sipponen*, *LM* 1965 s. 209.

¹² Ks. esim. *Aho*, *DL* 1969 s. 472, *Andersson*, *JFT* 1964 s. 43, *Kilpi*, *LM* 1972 s. 74 ja *Tikka*, *Veron minimoinnista* s. 94—95. Ks. myös *Frihagen*, *Forvaltningsrett* s. 85 ja *Eklund*, *SvJT* 1977 s. 578, joka kuvaa kehitystä seuraavalla tavalla: »Utvecklingen av lagstiftningen mot mer generella normer synes vara betingad av samhälls förvandling från en liberal rättsstat med formell jämlikhet mellan medborgarna till en modern socialstat (välfärdstat), där tyngdpunkten alltmer flyttas över från formell till materiell jämlikhet. Lagstiftningen blir därigenom i växande grad ett medel för skapande av sociala rättigheter och för vakthållanden kring dessa. Denna förvandling innebär just att allt större utrymme lämnas åt politik och moral i rättskipningen.»

pahtuvasta prosessista, jossa lainsäätäjät kasvavassa määrin siirtää sille kuuluvaa toimivaltaa hallintoviranomaisille.¹³

Yleisesti tunnettu on se tosiasia, että oikeussäännöt aniharvoin ovat niin ahdasrajaisia, ettei viranomaisille niitä sovellettaessa lainkaan jää harkintavaltaa. Mikäli tämä tosiasia kiellettäisiin, olisi tästä seurauksena, että tarkoituksenmukaisuuskysymykset tulisivat puetuiksi pseudolegaliseen kaapuun. Toisaalta taas mikäli katsottaisiin, että yhteiskunnassa kaikki ratkaisut perustuvat puhtaaseen poliittiseen tarkoituksenmukaisuusharkintaan, kiellettäisiin tällöin oikeussääntöjen käytännössä päätöksenteolle asettamien rajoitusten merkitys, mikä selvästi on praksiksen vastaista. Puhuttaessa sidotusta ja vapaasta harkinnasta näyttää asianlaita olevan siis sillä tavalla — kuten Aarnio toteaa — että aivan samoin kuin spektrin värit vaihtuvat ilman tarkkoja rajoja, tapahtuu myös liukumisen asteikon toisesta ääripäästä, »puhtaasta» oikeudellisesta ratkaisusta mitä selväpiirteisimpään poliittiseen päätökseen.¹⁴

Mitä runsaammin harkintasäännöksiä lainsäädännössä esiintyy, sitä suurempi merkitys tulee ilmeisesti olemaan käytännössä ns. yleisillä oikeusperiaatteilla, joihin myös tarkoitussidonnaisuus kuuluu.¹⁵ Voidaankin sanoa, että perustaltaan koko *détournement de pouvoir*-oppi on sidoksissa siihen tosiasiaan, että hallintoviranomaisilla on harkintavaltaa.

Harkintasäännösten lisääntyminen lainsäädännössä koskee yhtä hyvin ns. joustavia kuin vapaaharkintaisia normeja. Käytännössä näiden normityyppien välinen ero on liukuva, vaikka onkin myönnettävä vallitse-

¹³ Ks. myös Aarnio, Lainoppi s. 225—229, joka toteaa päätösvallan siirron olevan joustavien normien tapauksessa lainsäätäjän tietoinen ratkaisu. Parlamentaarinen elin toisin sanoen ikään kuin antaa suostumuksensa edeltäkäs in sellaiseen lainkäyttöön, jossa ideologisilla ratkaisuperusteilla saattaa olla sijansa. Yksittäistapausta koskeva ratkaisu syntyy tavallaan kuin lainsäätäjän ja lainkäyttäjän yhteistyönä.

¹⁴ Ks. Aarnio, Laki, teko ja tavoite s. 92. — Sitä, että laillisuus- ja tarkoituksenmukaisuusharkinnassa on kysymys enemmänkin aste- kuin laatuerosta, ovat korostaneet useat muutkin kirjoittajat. Ks. esim. Andersson, JFT 1964 s. 36, Kilpi, LM 1972 s. 73, Sipponen, LM 1965 s. 209, Vilkkonen, LM 1972 s. 379 ja Voipio, Valittamisesta s. 34.

¹⁵ Ks. myös Makkonen, Zur Problematik s. 222—223, jonka mukaan yleisten oikeusperiaatteitten uudelleen tuleminen on tavallaan osoitus luonnonoikeuden renessanssista, joka on luonteenomaista yhteiskunnallisille kriisi aikakausille. Valtion suhteen kansalaisiin ollessa valtasuhde syntyy probleema vallan rajoittamisesta.

van käsityksen olevan, että joustavien normien soveltaminen säännöllisesti kuuluu sidotun harkinnan piiriin.¹⁶

Harkintasäännösten lisääntymisen ohella on olemassa myös eräs toinen tekijä, joka korostaa harkintavallan käytön kontrolliin liittyvien ongelmien ajankohtaisuutta. Informaatiosysteiskunnassa on tiedontason yleinen kohoaminen omiaan vaikuttamaan muutoksenhakuhalukkuuteen. Harkintavallan rajoitusperiaatteitten käytön yleistymisen laillisuusvalituksen perusteena asettaa lainkäyttöelimet vastaavasti vaativien tulkin- ta- ja arvostusongelmien eteen. Ellei käytettävissä ole nykyistä jäsen- tyneempiä arviointiperusteita ja suuntaviivoja, on vaikeata välttyä oikeus- varmuutta vaarantavalta hapuilulta ratkaisutoiminnassa. Tästä ovat hyvänä esimerkkinä jäljempänä esiin tulevat kunnallisten ilmoitusten julkaisemista koskevat korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisut.

Merikosken esittämien harkintavallan väärinkäyttöä koskevien näkö- kohtien arvo on ollut ennen muuta siinä, että rajoitusperiaatteet ylipää- tään ovat saaneet merkitystä soveltamiskäytännössä. Tällä hetkellä on- gelmat ovat siirtymässä nyansoidummalle tasolle. Merikosken käsite- apparaatti ei esimerkiksi sisällä jakoa subjektiiviseen ja objektiiviseen premissikontrolliin puhumattakaan itse hallintopäätöksen premissien lu- vallisuuden analysoinnin kannalta hyödyllisestä jaottelusta pää- ja sivu- näkökohtiin. Tämän tutkimuksen eräänä tarkoituksena onkin eräiden harkintavallan väärinkäyttöopin soveltamisen kannalta muualla käyttö- kelpoisiksi havaittujen käsitteellisten apuvälineitten esittely.

III. YHDEN AINOAN OIKEAN RATKAISUN ONGELMASTA

Kun otetaan huomioon, että oikeussäännöt säännönmukaisesti tarjoa- vat viranomaisille harkintamarginaalia, voidaan kysyä, aktualisoituuko

¹⁶ Aarnio, Lainoppi s. 227, on kiinnittänyt huomiota siihen, että yleislau- sekkeet (so. joustavat normit) eivät aina ole merkitsevästi lisänneet lain sovelta- jan valtaa, niin kuin joskus näkee ajateltavan. Kun kysymys on täsmällisestä ja samalla sen vuoksi kasuistisesta lainsäädännöstä, joudutaan nimittäin suoritta- maan harkintaa pohdittaessa kuuluuko jokin tapaus lain soveltamisalaan vai ei. Analogiaan turvautuminen tällaisessa tapauksessa tietää arvostusten hyväksi käyttöä ja Aarnion mukaan siten myös sellaista ratkaisua, joka tietyin varauksin

harkintavallan väärinkäytön ongelma yhtä hyvin sidottua kuin vapaata harkintaa edellyttävien normien kohdalla. Kannanoton muodostamiseksi on aiheellista aluksi ottaa tarkasteltavaksi ns. yhden ainoan oikean ratkaisun idea, joka Suomen oikeuskirjallisuudessa on 1960-luvulta lähtien ollut tutkijoitten intensiivisen kritiikin kohteena.¹⁷

Viimeksi on oppia yhdestä ainoasta oikeasta ratkaisusta yksityiskohdaisesti käsitellyt *Oker-Blom* vuonna 1978 julkaistussa artikkelissaan »En enda riktig lösning trots allt? — Dworkin mot finländsk bakgrund».¹⁸ Artikkeliiin sisältyvä laaja kotimaisessa kirjallisuudessa esitettyjä mielenpiirteitä koskeva kartoitus tekee tässä yhteydessä tarpeettomaksi ryhtyä niiden seikkaperäiseen erittelyyn. Kuvan saamiseksi siitä, miten erilaisista näkökulmista yhden ainoan oikean ratkaisun oppia on kotimaisessa oikeuskirjallisuudessa kritisoitu, riittänee viittaus *Oker-Blomin* kehittämään jaotteluun. Hänen mukaansa opin vastustajat, joita tunnetusti on nykyään enemmän kuin sen puoltajia, ovat sijoitettavissa seuraavaan dispositioon:

A. »Rättsteoretiska» argument mot läran

1. Beslutsteoretisk kritik (Aarnio, Backmån, Brusiin, Klami, Lahtinen, Makkonen)
2. Argumentationsteoretisk kritik (Eriksson)

B. »Rättsvetenskapliga» argument mot läran

1. »Empirisk» kritik (Sipponen, Vilkkonen)
2. Statsförfattningsrättslig kritik (Jansson, Jyränki)
3. »Blandad» kritik (Holopainen, P. Kilpi, Taxell, Tikka, Uotila, Voipio)

on nimenomaan päätöksentekijästä riippuvainen. Yleislausekkeen soveltamisessa hän katsoo taas harkintavallan johtuvan jo »asian luonnosta». Harkinta on per definitionem mukana tällaisessa lainkäytössä.

¹⁷ Esitetystä kritiikistä ks. *Aarnio*, On Legal Reasoning s. 60 ss., *Andersson*, JFT 1964 s. 29—32, *Brusiin*, Über die Objektivität s. 54, *Backman*, LM 1970 s. 1040 ss., *Eriksson*, JFT 1966 s. 445 ss., *Holopainen*, DL 1961 s. 178, *Jyränki*, Harvonen tasavalta s. 97 ss., *Kilpi*, LM 1972 s. 72, *Klami*, Johdatus julkisoikeuden tutkimukseen s. 18, *Lahtinen*, Zum Aufbau s. 158, *Makkonen*, Zur Problematik s. 290 ss., *Sipponen* LM 1965 s. 197 ss., *Taxell*, JFT 1962 s. 362 ss., *Tikka*, Veron minimoinnista s. 112 ss., *Uotila*, Elinkeinolupa s. 130, *Vilkkonen*, LM 1972 s. 384, *Voipio*, Peitelty voitonsiirto s. 37—43.

¹⁸ Ks. *Oker-Blom*, JFT 1978 s. 251—321.

Ryhmittelyn onnistuneisuudesta voidaan olla eri mieltä eikä ole ollenkaan varmaa, että yksittäiset oppia kritisoineet tutkijat ovat tyytyväisiä heille osoitettuun paikkaan Oker-Blomin systematiikassa puhumattakaan siitä, että he tällä hetkellä olisivat samaa mieltä kuin niissä kirjoituksissa, joiden varaan Oker-Blomin erittely perustuu. Ehkä onkin parasta vain todeta, että oppiin kohdistuneessa arvostelussa on esiintynyt variaatioita eri tutkijoiden välillä.

Huolimatta siitä, että kritiikki on yksityiskohdissaan ollut monimuotoista, vaikuttaa siltä, että eräs merkittävimpiä argumentteja, johon yhden oikean ratkaisun arvostelussa on viitattu, on se, että oikeudelliset normit säännönmukaisesti ovat siinä määrin moniselitteisiä ja epäselviä, että yhdestä ainoasta oikeasta ratkaisusta puhuminen jää todellisuudelle vieraaksi ja asiallisesti tyhjäksi hypoteettiseksi ajatusmalliksi (*epäselvyysargumentti*). Toinen merkille pantava näkökohta kritiikissä on ollut se tosiasia, että oikeusyhteisön piirissä säännönmukaisesti esiintyy toisistaan poikkeavia tulkintoja konkreettisessa yksittäistapauksessa (*erimielisyysargumentti*). Kumpikin on vahva argumentti eikä niitä helposti voi vaurioittaa.

Yhden ainoan oikean ratkaisun oppiin kohdistuva kritiikki on viime vuosien kuluessa niin Suomessa kuin muissakin läntisissä oikeuskulttuureissa muodostunut siinä määrin laaja-alaiseksi ja teoreettisesti vahvajaklaiseksi, että opin puoltajat ovat joutuneet selvään altavastajaan asemaan. Melkomoista rohkeutta ja itseluottamusta vaaditaan tutkijalta, joka pyrkii opin elvyttämiseen ja renessanssiin. Toisaalta vakiintuneita ajatusmalleja vastaan suuntautuvat aktiot ja reaktiot tavallaan kuuluvat tieteellisen kehityksen dynamiikkaan. Tässä mielessä on oikeastaan ollut jo odotettavissa yhtä ainoata oikeata ratkaisua koskevan opin uudelleen tuleminen kehittyneemmässä muodossaan. Airueen roolin on saanut oikeusteoreetikko *Ronald Dworkin*, jonka tuotantoon kohdistuvat viitaukset alkavat olla yhä muodikkaampia myös skandinaavisessa oikeuskirjallisuudessa. Varsinaisen debyyttinsä Suomessa sanottu tutkija on kokenut *Oker-Blomin* edellä mainitussa laajassa artikkelissa.

Anglo-amerikkalaisessa kirjallisuudessa Dworkinin tuotanto on saanut paljon huomiota osakseen. Hänen tunnetuimpiin teoksiinsa kuuluu »*Taking Rights Seriously*», johon on koottu joukko oikeusteoreettisia artikkeleita.¹⁹ Dworkinin tuotantoa on äskettäin arvioinut *Griffiths*, joka

¹⁹ Ks. *Dworkin, Taking Rights Seriously* (Cambridge 1977).

on pitänyt hänen kirjoituksiaan mielenkiintoisimpina oikeudellisen päätelyn alalla ja katsonut niiden merkitsevän pitkää edistysaskelta aikaisempiin ongelmaa käsitelleisiin tutkimuksiin verrattuna.²⁰ Vaikka Griffiths kuuluukin selvästi Dworkinin ihailijakuntaan, hän on aiheellisesti kiinnittänyt huomiota siihen, että Dworkin on kirjoittanut teokseen kootut artikkelit suhteellisen pitkän aikavälin kuluessa ja erilaisille lukijakunnille. Näin ollen artikkelit eivät kaikilta osiltaan muodosta koherenttia kokonaisuutta ja, kuten Griffiths toteaa, kriitikko, joka haluaa lausua jotakin Dworkinin teoriasta, joutuu väistämättä »luovan tehtävän» eteen. Yritys ei ole helppo edes oikeusteorian asiantuntijalle, sillä »Dworkin may at any moment pull the rug out from under him by choosing in a later article to emphasize a different version of his theory from the one the critic thought was the 'real Dworkin'».²¹

Kriitikkoja on Dworkin teorioillaan kerännyt runsaasti ympärilleen ja aktiivisesti keskusteluun osallistuvana tutkijana hän on jälleen äskettäin ottanut haasteen vastaan pyrkiessään osoittamaan, että ainoat oikeat ratkaisut oikeuselämässä ovat mahdollisia ja jopa säännönmukaisia. Vastakritiikissään hän analysoi ns. dispositiivisten oikeudellisten käsitteitten valossa arvostelijoittensa käsitystä, jonka mukaan myönteisten (affirmative) ja kielteisten (negative) oikeudellisten ratkaisujen väliin jää »loogista tilaa» (logical space), mikä vie pohjan yhden ainoan oikean ratkaisun idealta.²² Dworkin tarkastelee artikkelissaan yksityiskohtaisesti kriitikkojen argumentaatiota kolmesta eri näkökulmasta. Näistä ensimmäinen liittyy arvostelijoiden väitteeseen, jonka mukaan oikeudellisen kielen epämääräisyys ja väljyys antaa aiheen luopua ainoan oikean ratkaisun ideasta (argument from vagueness). Toinen näkökulma liittyy lakipositivistiseen argumentaatioon (argument from positivism) ja kolmas siihen, että oikeuselämässä käsitykset ratkaisujen oikeellisuudesta ovat usein kiistanalaisia (argument from controversy).

Tarkastelussaan Dworkin tulee jälleen kerran siihen tulokseen, etteivät kriitikkojen esittämät argumentit anna aihetta luopua yhden ainoan oikean ratkaisun ideasta. Esityksensä lopuksi hän vielä lanseeraa ns. harvinaisuusteessin (rarity thesis): olkoonkin, että käytännössä saattaa esiintyä toisinaan tapauksia, joissa ei ole ainoata oikeata ratkaisua, ne

²⁰ Ks. Griffiths, N.Y.U.L. Rev. 1978 s. 1124.

²¹ Ks. ibid. s. 1124.

²² Ks. Dworkin, N.Y.U.L. Rev. 1978 s. 1—32.

ovat kypsässä oikeudellisessa järjestelmässä riittävän harvinaisia ollakseen luonteeltaan eksoottisia. — Esimerkiksi Suomessa tällä hetkellä vallitseva käsitys oikeusteoriassa on täsmälleen päinvastainen.

Etääntymättä liiaksi varsinaisesta tutkimusaiheesta, harkintavallan väärinkäytöstä hallinnossa, ei tässä yhteydessä ole mahdollista ryhtyä yksityiskohtaisesti esittelemään ja arvioimaan Dworkinin käsityskantoja, jotka sinänsä ovat mielenkiintoisia ja ansaitsevat Suomessakin tulla nykyistä paremmin tunnetuiksi. Syytä on kuitenkin panna merkille se yleinen tarkastelukulma, josta hän lähestyy yhden ainoan oikean ratkaisun problematiikkaa. Dworkin tarkastelee oikeusjärjestystä ja oppia ainoasta oikeasta ratkaisusta ikään kuin *sisältä päin*, aktorin (tuomarin) näkökulmasta ja tulee siihen tulokseen, että lainkäyttäjät voivat päästä ja pääsevätkin käytännössä ns. oikeisiin ratkaisuihin. Huomattava on myös, että Dworkin ei ymmärrä yhden ainoan oikean ratkaisun ideaa sillä tavalla muodollisesti, että lainkäyttäjän ratkaisun oikeellisuus johdetaan sen lopullisuudesta.

Dworkinin ajattelun heikkous on ilmeisesti löydettävissä näkökulman ahtaudesta. Hän lähestyy ainoan oikean ratkaisun ongelmaa tuomarin kokemusmaailmasta käsin. Tässä ei ole mitään väärää eikä virheellistä. Kysymys on pikemminkin siitä, että Dworkinin näkemys teoreettisesti katsoen jää partikulaariksi, »tuomarin totuudeksi».

Siitä ei ole kysymys, etteikö Dworkin olisi taitavalla tavalla problematisoinut yhden ainoan oikean ratkaisun malliin kohdistuvan kritiikin premissit, mutta vaikeata on välttyä siltä käsitykseltä, että Aarnion etevällä tavalla kehittänyt teoria justifiointin varmuuden ehdoista ja argumentaation auditoriosidonnaisuudesta puolestaan problematisoi Dworkinin ajatuskehittelyn. Ainakin tällä erää vaikuttaa ns. auditorioteoria ja siihen liittyvä käsitys oikeustieteellisten »totuuksien» partikulaarisesta, auditoriosidonnaisesta luonteesta selitysvoimaisemmalta, laajaperspektiivisemmältä ja teoreettisella tasolla tyydyttävämmältä lähestymistavalta kuin Dworkinin tuomarikunnan sisäisestä ajattelun ja toiminnan koheesiosta ja dynamiikasta voimansa ammentava argumentaatio.

Myöskään Oker-Blom ei ole halunnut asettua samaan rintamaan Dworkinin kanssa vaan on omaksunut varauksellisen käsityksen todetessaan, että yhden ainoan oikean ratkaisun idea on hyväksyttävissä, *mikäli päästään yksimielisyyteen* niistä kriteereistä, joiden vallitessa tietty rat-

kaisu on oikea.²³ Tällä tavalla hänkin kallistuu Suomessa Aarnion pitkälle kehittämän auditoriokeskeisen ajattelutavan kannalle.

Yhden ainoan oikean ratkaisun idea on teoreettisesti mielenkiintoinen — eipä siihen ilmeisesti muutoin niin runsaasti tutkimuskapasiteettia vuosikymmenten kuluessa olisi käytettykään. Sen sijaan sen merkityksestä käytännön ratkaisutoiminnassa voidaan olla eri mieltä. Voidaan aiheellisesti kysyä, onko opilla sellaista olennaista merkitystä oikeusvarmuuden kannalta kuin esimerkiksi Merikoski on otaksunut.²⁴ Sen sijaan saatetaan olla yhtä mieltä siitä, että oppi yhdestä ainoasta oikeasta ratkaisusta on omiaan ylläpitämään kuvaa lainkäytön erehtymättömyydestä ja ratkaisutoiminnan ankaran loogisesta luonteesta. Tämä näkökohta antaa aiheen korostaa opin ideologisen aspektin merkitystä. Siihen on viitannut esityksessään myös Oker-Blom mainitessaan doktriinin yhteydestä käsityksiin siitä, millä tavalla vallanjako yhteiskunnassa on järjestettävä. Havaittavissa on, että halukkuuteen hyväksyä oppi yhdestä ainoasta oikeasta ratkaisusta vaikuttaa se, millä tavalla tutkija suhtautuu valtiokoneiston eri osien rooliin vallankäyttäjänä.²⁵ Suhtautumistavan *determinoivana* tekijänä ei ideologista muuttujaa silti voida pitää, sillä useat sellaisetkin tutkijat, jotka kokevat vallitsevan järjestelmän legitimiiksi, ovat suhtautuneet kielteisesti tai ainakin varauksellisesti yhden ainoan oikean ratkaisun ideaan.

Sipponen kuten monet muutkin oikeusoppineet ovat tulleet siihen tulokseen, että yhden ainoan oikean ratkaisun idea on luonteeltaan mak-

²³ Ks. Oker—Blom, JFT 1978 s. 318.

²⁴ Ks. Merikoski, Vapaa harkinta s. 48, joka korostaa, että yhden oikean ratkaisun periaate on erottamattomassa yhteydessä oikeusvarmuusvaatimuksen kanssa, mikä puolestaan edellyttää lainkäyttöpäätösten ennalta arvattavuutta eli sitä, että tosiasioita oikein arvostellen ja oikeita sääntöjä soveltaen voidaan etukäteen ennen tuomion antamista saada selvyys siitä, millaiseksi tuomio tulee muodostumaan. Merikosken käsityksen mukaan on ilmeistä, ettei tämä vaatimus voi toteutua, mikäli yhden oikean ratkaisun periaatteesta luovutaan. Hän menee jopa niin pitkälle käsityksessään, että koko prosessuaalisen muutoksenhakujärjestelmän olemassaolo on järjellistä vain, jos sanotusta periaatteesta pidetään kiinni. Vrt. Vilkkonen, LM 1972 s. 393, joka puolestaan toteaa, etteivät kysymykset tarkoituksenmukaisuusharkinnasta, sidotusta harkinnasta ja yhdestä ainoasta oikeasta ratkaisusta välttämättä liity toisiinsa siten, että kun yhden ainoan oikean ratkaisun oppi hylätään, koko »rakennelma» romahtaa.

²⁵ Ks. Oker—Blom, JFT 1978 s. 318—319.

siimi, jolla olisi syytä tarkoittaa vain pyrkimystä ennalta arvattavuuteen.²⁶ Hänen mukaansa sanottu maksiimi olisi rajoitettava tarkoittamaan teoreettista, asiallisesti tyhjää hypoteettisen ideaaliratkaisun vaatimusta, joka sisältää pyrkimyksen absoluuttiseen optimiin.²⁷ Tällä tavalla formuloituun käsitykseen kyllä voidaan yhtyä; mitään perusteltua aihetta tuskin on esitettävissä oikeusvarmuuden kannalta merkittävän ennalta arvattavuuteen tähtäävän tavoitteen hylkimiseen.

Riippumatta siitä, millainen käsitys yhden ainoan oikean ratkaisun ideasta omaksutaan, vaikuttaa siltä, että erimielisyyksiä käsitteen ympäriltä tuskin saadaan häviämään. Syynä tähän lienee perimmältään se, että ongelma on luonteeltaan *filosofinen*. Hyödyllisempää saattaisikin olla tarkastelun siirtäminen teorioidinnin piirissä ratkaisujen oikeellisuuden ongelmasta niiden *legitimiteetin* ongelmaan, pohtia syvällisesti ja monipuolisesti niitä tekijöitä, jotka saavat ihmiset hyväksymään sen järjestelmän, jossa he elävät, ja tämän järjestelmän tuottamat ratkaisut. Tämä ongelma ei pakene pohtijaansa samalla tavalla kuin yhden ainoan oikean ratkaisun idea, sillä se on luonteeltaan enemmänkin *sosiologinen*.

Kun lähtökohtana on se, että ns. sidotunkin hallinnon alalla on viranomaisella säännöllisesti valittavanaan useita vaihtoehtoisia ratkaisumalleja, voidaan perustellusti kysyä, minkä takia on tarpeen ylipäätään pitää kiinni sidotun ja vapaaharkintaisen hallintotoiminnan välisestä erottelusta yleisiä harkintavallan rajoitusperiaatteita sovellettaessa. Tässä suhteessa sanotusta distinktiosta voidaan aivan hyvin luopua. Tarkoitussidonnaisuuden periaatteen käyttötilanteessa tämä merkitsee sitä, ettei konkreettisessa yksittäistapauksessa ole välttämätöntä ryhtyä selvittämään, edellyttääkö jokin säännös sidottua vai vapaata harkintaa. Primäärisenä ongelmana on sitä vastoin päästä selville sovellettavan säännöksen ratiosita ja tarkastella, merkitseekö viranomaisen tekemä ratkaisu sen loukkauksista.

²⁶ Ks. Sipponen, LM 1965 s. 204. — Kuten Jyränki, Perustuslaki ja yhteiskunnan muutos s. 12, on todennut, käytännössä niiden vaihtoehtojen määrään ja sisältöön, jotka yhden ja saman säännöksen pohjalta ratkaisutilanteessa ovat tarjona, vaikuttavat soveltajan koko elämäkokemus, hänen ideologiansa ja se ajattelutapa, jonka hän ammattikoulutuksensa ja -kokemuksensa perusteella on omaksunut. Niin ikään vaikuttavana tekijänä ovat muiden ihmisten käsitykset niistä rajoista, joiden yli soveltaja ei voi mennä, mikäli hän yleensä haluaa välttää soveltavansa asianomaista säännöstä. Jyrängin mukaan kysymys on tällöin niistä rajoista, jotka säännöksen sanamuoto, syntaktinen rakenne ja systemaattinen sijainti laajemmassa säädöskokonaisuudessa asettavat.

Tosin on myönnettävä, että tähän astisen oikeuskäytännön valossa kysymys siitä, voiko harkintavallan väärinkäyttö tulla kysymykseen ns. sidotun hallintotoiminnan alalla, jää kiistanalaiseksi. Mutta vaikka oikeuskäytännön perusteella ei sanotun kysymyksen osalta ole mahdollista tehdä selkeitä johtopäätöksiä, ei tämä seikka vielä toisaalta myöskään anna aihetta sellaiseen päättelyyn, että sidotun ja vapaan harkinnan välisestä distinktiosta luopuminen hallinnon johtavia periaatteita sovellettaessa on pois suljettu vaihtoehto.²⁸

Vaikka tässä tutkimuksessa onkin omaksuttu se käsitys, että jaottelu sidottuun ja vapaaseen harkintaan on *harkintavallan väärinkäytön kannalta* katsoen vailla merkitystä, on aiheellista kuitenkin korostaa, että sillä edelleen voimassa olevan lainsäädäntömme rakenteesta johtuen on oma *käytännöllisprosessuaalinen* vaikutuksensa ratkaisutoiminnassa. Tätä tosiasiaa ei millään teoreettisella ajatusoperaatiolla voi häivyttää olemattomiin.

IV. TARKOITUKSENMUKAISIMMAN RATKAISUN ONGELMASTA

Ns. tarkoituksenmukaisuusperiaate on asiallisesti katsoen ehkä kaikkein epämääräisin hallinnon johtavien periaatteitten joukossa, mutta sekään ei harkintavallan väärinkäyttöä koskevan esityksen yhteydessä ole täysin sivuutettavissa.

Sanotulla periaatilla on Merikoski tarkoittanut viranomaisen velvollisuutta toteuttaa kaikissa toimissaan hallinnon tavoittelemia tarkoituksia yleistä etua parhaiten edistävällä, tehokkaimmalla tavalla.²⁹ Hän ei kuitenkaan halua antaa tarkoituksenmukaisuusperiaatteelle normaalein tehostein suojatun oikeussäännön arvoa. Merikoski korostaa esityksessään, että vaikka hallintoviranomaisen on myös »vapaassa» toimivaltapiirissään pyrittävä parhaaseen, järkipäisimpään ja yleisen edun kannalta suotavimpaan ja soveliaimpaan ratkaisuun, ei tämä velvoitus

²⁷ Ks. Sipponen, LM 1965 s. 204.

²⁸ Ks. myös Meister, Ermessensmissbrauch s. 122—124.

²⁹ Ks. Merikoski, Vapaa harkinta s. 93.

ole oikeudellisen kontrollin alainen eikä sillä ole oikeudellisia sanktioita. Mikäli viranomainen ei hallintotointa suorittaessaan osu parhaaseen (so. tarkoituksenmukaisimpaan) ratkaisuun ei päätöstä voida Merikosken mukaan oikeusvalituksen johdosta muuttaa tai kumota, eikä asian päättänyttä tai sen päättämiseen osallistunutta virkamiestä saattaa hänelle vahingollisten seuraamusten kuten rikosoikeudellisen tai kurinpidollisen rangaistuksen taikka vahingonkorvausvelvollisuuden alaiseksi.³⁰

Toisaalta Merikoski lähtee siitä, että mikäli tarkoituksenmukaisuuskysymyksen saattaminen ylemmän viranomaisen tarkistettavaksi on tehty mahdolliseksi ja ylempi instanssi päättyy asiassa toiseen tulokseen kuin alempi, ei tämä merkitse sitä, että alempi viranomainen olisi toiminut asiassa oikeudenvastaisesti. Kysymys on hänen mukaansa vain siitä, että ylempi viranomainen arvostelee asiaa toisin kuin alempi ja itselleen kuuluvan toimivallan nojalla muuttaa ratkaisun harkintatuloksensa mukaiseksi. Siten tarkoituksenmukaisuusvalituksen käsitteleminen ei ole lainkäyttöä, vaan hallintotoimintaa, jossa valitusviranomainen voi harkita koko asian uudelleen ja muuttaa alemman viranomaisen päätöksen oman käsityksensä mukaiseksi.³¹

Kirjallisuudessa on myös Andersson käsitellyt tarkoituksenmukaisuusperiaatteen roolia hallinnossa.³² Hän tulee siihen tulokseen, että asiassa saattaa olla useitakin lainmukaisia ratkaisuvaihtoehtoja, mutta sen sijaan mahdollista ei ole, että siinä olisi useita yhtä tarkoituksenmukaisia ratkaisumalleja. Tarkoituksenmukaisuusvalituksen päämääränä on juuri saada alemman viranomaisen päätös tarkoituksenmukaisimmaksi.

Merikosken käsityksestä poiketen Andersson katsoo esityksessään kuitenkin, että mikäli virkamies tietoisesti on tehnyt tarkoituksenmukaisimmasta poikkeavan ratkaisun, hänet voidaan tuomita kurinpitörangaistukseen.³³ Samaa mieltä on kirjallisuudessa ollut Sipponen, joka tosin pitää käsitystä lähinnä teoreettisena.³⁴

³⁰ Ks. *ibid.* s. 93—94.

³¹ Vrt. *Vilkkonen*, LM 1972 s. 391, joka katsoo, että juuri muutoksenhaku-oikeuden olemassaolo tekee vaikeaksi nähdä, että tarkoituksenmukaisuusvalituksen käsittely olisi luonteeltaan hallintotoimintaa.

³² Ks. *Andersson*, JFT 1964 s. 37.

³³ Ks. *ibid.* s. 37.

³⁴ Ks. *Sipponen*, LM 1965 s. 206—207.

Erehtymättömän ennustajan lahjoja ei hallintoviranomaiselta voida vaatia, mutta kokonaan toinen asia todellakin on se, että viranomainen tarkoituksellisesti valitsee käytettävissä olevien vaihtoehtojen joukosta yleisen edun kannalta epätarkoituksenmukaisen ratkaisumallin. Silloin viranomaisen käyttäytyminen on rinnastettavissa shikaaniin. Kurinpitörangaistuksen käyttö tällaisessa tapauksessa on varmastikin paikallaan ja myös perusteltavissa. Edes täysin fiktiivisenä ei tätä mahdollisuutta voida pitää, vaikkakin on myönnettävä, ettei oikeuskäytännöstä ole saatavissa vahvistusta ainakaan toistaiseksi Anderssonin esittämälle käsitykselle. Epäsuoran viitteen tarkoituksenmukaisuusperiaatteen oikeudellisesta merkityksestä tarjoaa tosin eräs EOA:n vuonna 1975 käsittelemä tapaus, joka koski lehtorin viran täyttämistä.

Sanotussa tapauksessa oli kunnanhallitus päättänyt valita väliaikaisesti lukuvuodeksi 1974—75 toiseen vakinaista täyttämistä varten haettavana olleeseen kunnan peruskoulun yläasteen lehtorin virkaan hakijan, jolla ei ollut virkakelpoisuutta.³⁵ LH, jolle vaaliasiakirjat oli lähetetty vaalin vahvistamista varten, oli palauttanut ne kunnanhallitukselle tarkistettaviksi. Kunnanhallitus puolestaan oli toimittanut asiakirjat jälleen LH:lle 25.7.1974 liittäen tällöin asiakirjoihin hakijan ilmoituksen siitä, että hänet oli valittu auskultoimaan ja että hän tulisi luultavasti pyytämään sitä varten virkavapautta. LH ei kumonnut eikä vahvistanut vaalia.

Kunnan koululautakunta, jolle kunnanhallituksen koulutoimen alalla hoitamat tehtävät olivat siirtyneet 1.8.1974 lukien, oli samana päivänä esittänyt virkaan erään toisen henkilön. LH oli määrännyt tämän 1.8.1974 tekemällään päätöksellä mainittua virkaa väliaikaisena hoitamaan.

PeruskouluA:n (443/70) 16 luvun säännösten mukaan koululautakunnan oli toimitettava viipymättä hakuajan jälkeen opettajan vaali. Vaalipäätös puolestaan oli alistettava heti piirihallintoviranomaisen vahvistettavaksi. Piirihallintoviranomaisen oli niin ikään ratkaistava asia viipymättä. PeruskouluA 139 §:ssä mainituilla perusteilla voi piirihallintoviranomainen kumota vaalin ja palauttaa sen uudelleen käsiteltäväksi. Sovellettaisiin säännöksiin kuului myös KansakouluL (247/57) 58 § 3 mom., jonka mukaan väliaikaisen opettajan ottamisessa oli soveltuvien osin noudatettava, mitä viran vakinaisesti täyttämisestä oli kansakoulu-laissa säädetty.

³⁵ Ks. EOA:n kert. 1975 s. 68—69.

Mielenkiintoisinta tapauksessa kuitenkin on EOA:n käyttämä perustelutapa, josta selvästi ilmenee yhtymäkohta tarkoituksenmukaisuusperiaatteeseen, vaikkei siihen erikseen päätöksessä viitatakaan eikä näin ollen ole täyttä varmuutta siitä, onko EOA ratkaisua tehdessään nimenomaisesti kiinnittänyt huomiota sanottuun periaatteeseen. Päätöksessään EOA ei katsonut LH:n menetelleen asiallisesti virheellisesti siinä, ettei se ollut vahvistanut kunnanhallituksen vaalipäätöstä saatuaan lisäselvityksenä ilmoituksen kantelun tehneen hakijan mahdollisesta auskultoisesta. Kun vaalin vahvistaminen uusissa olosuhteissa olisi merkinnyt sitä, ettei viran hoitoa olisi voitu toteuttaa *koululaitoksen kannalta edullisimmalla mahdollisella tavalla*, oli LH EOA:n käsityksen mukaan toiminut sille kuuluvan harkintavallan rajoissa.

Periaatteessa saattaisi myös olla mahdollista ajatella, että sellaisessa tapauksessa, jossa viranomainen ei ole valinnut kaikkein tarkoituksenmukaisinta ratkaisuvaihtoehtoa, olisi tehtävissä laillisuusvalitus ja perustettavissa se väitteeseen, että viranomainen on tällöin syyllistynyt harkintavallan väärinkäyttöön. Tähän Sipposen virittämään kysymykseen voidaan kuitenkin Auran tapaan vastata, että mikäli meillä tarkoituksenmukaisuusharkinnan alalla katsottaisiin vain yhden lopputuloksen voivan vastata laillisuuden vaatimuksia, niin korkeimman hallinto-oikeuden käsiteltävän jokaisen valituksen ratkaisu loppujen lopuksi riippuisi valituksenalaisen päätöksen laillisuuden harkitsemisesta. Tämä puolestaan merkitsisi sitä, ettei sanotusta tuomioistuimesta annetun lain 5 § 1 mom. koskaan tulisi sovellettavaksi, vaan se olisi non scriptum.³⁶ Siis pelkästään se seikka, että viranomainen on harkintavaltaa käyttäessään valinnut muun kuin tarkoituksenmukaisimman vaihtoehdon, ei muodosta sellaista virhettä päätöksessä, että se olisi laillisuusvalituksin kumottavissa. Tässä suhteessa on sinänsä merkitystä vailla, onko muun kuin tarkoituksenmukaisimman vaihtoehdon valinta tapahtunut tarkoituksellisesti vai ei. Asia erikseen on se, että tietoisesti tapahtuneeseen epätarkoituksenmukaisen päätöksen tekemiseen saattaa usein liittyä asiaankuulumattomia motiiveja tai tarkoituspieriä, jolloin päätös luonnollisesti on kumottavissa laillisuusvalituksin harkintavallan väärinkäyttönä.

Vaikka sanktiokysymys tarkoituksenmukaisuusperiaatetta sovellettaessa kieltämättä onkin vaikea, ei periaatteessa ole syytä luopua Meri-

³⁶ Ks. Aura, LM 1950 s. 11—12.

kosken esittämästä vaatimuksesta, jonka mukaan hallintoviranomaisen on pyrittävä toiminnassaan »parhaaseen, järkipäisimpään ja yleisen edun kannalta suotavimpaan ja soveliaimpaan ratkaisuun».³⁷ Ongelmana on se, millä keinoilla on todennettavissa, mikä ratkaisu on sellainen, että se täyttää edellä mainitut vaatimukset.

Tarkoituksenmukaisimman ratkaisun ongelmaa vaikuttaa mielekkäimmältä lähestyvä lähinnä intressiperspektiivistä käsin. Tietty ratkaisu voi yhdeltä kannalta olla tarkoituksenmukaisempi kuin toisesta näkökulmasta katsoen riippuen siitä, millaisille tekijöille arvioinnissa halutaan antaa erityinen paino.

Tarkoituksenmukaisuusperiaatteen soveltaminen edellyttää vertailuperustaa. Ottakaamme esimerkiksi tiesuunnitelman toteuttaminen. Yksittäisen vaihtoehdon tarkoituksenmukaisuutta voidaan perustella sillä, että se on suoritettujen laskelmien mukaan taloudellisesti edullisin ja merkitsisi samalla lyhyimmän mahdollisen kulkuyhteyden luomista. Käsitystä vastaan saatetaan kuitenkin esittää toinen vaihtoehto, jota pidetään luonnonsuojelullisten näkökohtien takia tarkoituksenmukaisempana, vaikka sen toteuttaminen onkin taloudellisesti ja kulkuyhteyksienkin kannalta epäedullisempi. Kumpaan ratkaisua voidaan pitää tarkoituksenmukaisena, mutta sen arviointi, kumpi niistä on tarkoituksenmukaisempi, edellyttää välttämättä arvostuksiin turvautumista ja intressivertailua. Tosin senkään suorittaminen ei vielä takaa, että valittu vaihtoehto on vallitsevissa olosuhteissa kaikkein tarkoituksenmukaisin, sillä ratkaisumallien lukumäärää voidaan lisätä. Yhtä hyvin saatetaan puoltaa esimerkiksi tien rakentamatta jättämistä. Toisin sanoen päätöksen tarkoituksenmukaisuuden arviointi voi tapahtua vain harkinnan pohjaksi asetettujen vaihtoehtojen välillä. Universaalisti tarkoituksenmukaisimman ratkaisun idea on fiktio.

Merikoski korostaa esityksessään sitä, että hallintotoimen tarkoituksenmukaisuutta on tarkasteltava yleisen edun kannalta, mutta tämä ohjenuora jää käytännön tarpeita ajatellen lyhyeksi. Käsitykset siitä, millainen toimi on kussakin tapauksessa yleisen edun mukaisin, saattavat poiketa hyvinkin paljon toisistaan. Syytä on myös panna merille, että hallinto kuten muukin inhimillinen toiminta on aikaan sidottua ja näkemykset siitä, mikä kulloinkin on tarkoituksenmukaisinta saattavat

³⁷ Ks. Merikoski, Oikeussuojajärjestelmä s. 75. Ks. myös Aura, LM 1950 s. 14.

muuttua uuden informaation johdosta.³⁸ Mutta tämäkään tosiasia ei poista tarkoituksenmukaisuusvaatimuksen periaatteellista oikeutusta. Lisäksi on otettava huomioon vielä sekin seikka, että tarkoituksenmukaisuusvalituksen käyttömahdollisuus tarjoaa tilaisuuden ylemmälle viranomaiselle harkita asia uudelleen ja ottaa huomioon muuttuneet olosuhteet, jotka ehkä antavat aiheen tarkistaa käsityksiä siitä, millainen ratkaisu on katsottava tarkoituksenmukaisimmaksi.³⁹

³⁸ Ks. *Martonyi*, Verwaltung 1970 s. 171.

³⁹ Toisaalta on todettava, ettei ylemmällä viranomaisella tällaisessa tapauksessa ole oikaisuvelvollisuutta. Ks. *Vilkkonen*, LM 1972 s. 375.

8 §. LAIN TARKOITUKSEN SELVITTÄMIS- ONGELMASTA

I. LAIN RATION TUNNISTAMISKEINOISTA

A. Alustavia näkökohtia

Yleensä on harkintavallan väärinkäyttöä käsittelevässä pohjoismaisessa oikeuskirjallisuudessa lähdetty siitä, että viranomaisen tarkoitusta verrataan nimenomaan lain ratiioon, joka puolestaan ei ole samais-tettavissa historiallisen lainsäätäjän tahtoon, vaan lain ratio saattaa muuttuvissa yhteiskunnallisissa olosuhteissa saada uuden sisällön.

Täysin yhteneväisiä käsitykset eivät kuitenkaan ole olleet, sillä eräät tutkijat kuten esimerkiksi *Krarup* ja *Mathiassen* ovat esittäneet, että vertailun pohjaksi pitäisi ottaa ei niinkään lain ratiota kuin asiallisuus-kriteeri (saklighetskriterium).¹ Sanottujen kirjoittajien käsityksen mukaan ratio legis muodostaa vain yhden monista tulkintafaktoreista har-kittaessa sitä, onko viranomainen toiminnassaan syylistynyt harkinta-vallan väärinkäyttöön. Tätä näkemystä vastaan ei sinänsä ole huomaut-tamista, mutta on otettava huomioon, että Tanskassa, Norjassa samoin kuin Ruotsissakin harkintavallan väärinkäyttö (magtfordrejning, myn-dighetsmisbruk, illojal maktanvändning) on perinteisesti mielletty sa-maksi kuin — Merikosken terminologiaa käyttäen — tarkoitussidonnai-suuden loukkaaminen. Kuten aikaisemmissa yhteyksissä on todettu, on vastaavia näkemyksiä esiintynyt Suomenkin oikeuskirjallisuudessa, mut-ta tässä tutkimuksessa on omaksuttu se käsitys, että harkintavallan vää-rinkäyttö saattaa ilmetä yhtä hyvin tarkoitussidonnaisuuden kuin objek-

¹ Ks. *Krarup—Mathiassen*, *Elementær Forvaltningsret* s. 128 ss.

tiivisuuden, yhdenvertaisuuden ja suhteellisuudenkin loukkaamisena. Tämä merkitsee sitä, että tarkoitussidonnaisuus on käsitetty vain yhdeksi harkintavallan väärinkäytön komponentiksi. Tästä taas on seurauksena, että nimenomaan tarkoitussidonnaisuutta tarkasteltaessa ei ole tarpeellista ottaa vertailupohjaksi muita kriteereitä kuin *ratio legis*.

B. Ration muuttuvuus

Perustavaa laatua olevana ongelmana analysoitaessa sitä, onko kulloinkin käsiteltävänä olevassa tapauksessa tapahtunut harkintavallan väärinkäyttöön kohdistuvan kiellon rikkominen, on saada selville sen oikeussäännön tarkoitus (*ratio legis*),² jonka soveltamisen yhteydessä päätöksen tehneen viranomaisen väitetään käyttäneen väärin harkintavaltansa.

Tällä tavalla joudutaan tarkoitussidonnaisuutta tutkittaessa väistämättömästi oikeusteoreettisen problematiikan ydinalueille.

Lukemattomat ovat ne kirjojen sivut, joita oikeusteoreetikot ovat täyttäneet pohtiessaan sitä, millä tavalla lain *ratio* on tunnistettavissa vai onko se ylipäättäen löydettävissä.³ Sen sijaan siitä, että jokaisella lailla on ainakin alunperin ollut jokin tarkoitus, *ratio*, ei liene erimielisyyttä. Tämä käy aivan ilmeiseksi, kun ajattelemme lainsäädäntöuudistusten käynnistämistä tavoitteellisena käyttäytymisenä. Jollakin tavalla, syystä tai toisesta, on sosiaalisessa yhteisössä tullut tiedostetuksi jonkin yhteiskunnallisen toiminnan alueen oikeudellisen säätelyn tarve. Jo varhaisessa lainsäädäntöuudistuksen käynnistymisvaiheessa on säännönmukaisesti — ainakin alustavasti — mielletty ne yleiset päämäärät, joihin uudistuksella pyritään.⁴ Tämä ei kuitenkaan merkitse sitä, että ration

² Lain ratiosta ks. *Alanen*, Yleinen oikeustiede s. 120—123 ja *Brusiin*, Tuomarin harkinta s. 60, joka tarkoittaa *ratio legis*ellä oikeussäännöksen perustana olevaa käytännöllistä tarkoitusta, sitä järjestellistä päämäärää, jota säännös palvelee. Hänen mukaansa on ilmeistä, ettei mainittua tarkoitusta ja päämäärää voida selvittää muulla tavalla kuin koko oikeusjärjestyksestä, sen pohjana olevasta tarkoitussysteemistä käsin. Yksittäinen lainkohta voidaan syvemmin ymmärtää vain koko lain puitteissa, ja laki vuorostaan ainoastaan oikeusjärjestyksen osana.

³ Edustavana esimerkkinä voidaan mainita *Ekelöfin* säädösten teleologista konstruktia käsittelevä tutkielma. Ks. tark. SSL 1958 s. 77—117.

⁴ Ks. myös *Victorin*, FT 1956 s. 48.

tunnistamiseen liittyvät ongelmat läheskään aina häviäisivät. Lain ration selvittämistä ongelmallista erityisesti se, että »yhteiskunnassa lait ovat usein mutkallisten kompromissien tuloksia eri henkilöiden ja ryhmien tavoitteiden ja todellisuuskäsitysten ollessa keskenään ristiriidassa».⁵

Näistä ration selvittämisiongelmissa huolimatta on lainkäyttäjä velvollinen tarkoin tutkimaan »lain oikeata tarkoitusta ja perustusta sekä tuomita sen mukaan, mutta ei vastoin sitä, oman mielensä mukaan» (OK 1:11). *Tikan* tapaan voidaan todeta, että lain ration huomioon ottaminen tulkinnassa merkitsee sellaisen ratkaisun valitsemista, joka toteuttaa lain edustamat immanentit arvostukset.⁶ Ongelmana on »vain» millä tavalla nämä arvostukset ovat esiin pelkistettävissä.

Makkonen onkin todennut tärkeimmän osan oikeudellista tulkinta-problematiikkaa liittyvän juuri siihen kysymykseen, millä tavoin tulkinta suoritetaan eli miten ratkaisija määrää epäselvien säädöstekstien merkityssisällön.⁷ Mitään yleispäteviä ohjeita ei tässä suhteessa ole käytettävissä. Makkonen korostaakin, että ratkaisutoiminnassa joudutaan kiinnittämään huomiota lukuisiin näkökohtiin ja mitä epäselvempi tapaus on kysymyksessä sitä monisäikeisemmäksi tulkintaprosessi muodostuu.⁸

»Vain harvoin ratkaisija selviää yksityiseen pykälään tuijottamalla, hän voi vain koettaa *kokonaisvaltaisesti* tutkia, mikä asianomaisessa ratkaisutilanteessa olisi lain tarkoitus, ratio legis. Tässä hän saattaa saada johtoa esimerkiksi tutustumalla lakien esitöihin, komitea- ja valiokuntamietintöihin ja parlamenttiasiakirjoihin.⁹ Ratkaisija joutuu jopa spekuloidaan sellaisten asioiden kanssa, kuin mikä olisi järkevää, tarkoituksenmukaista tai sosiaalisesti suotavaa asianomaisessa tilanteessa. Hän joutuu ts. asettamaan ratkaistavan tapauksen *sen hetkistä* (kurs. tässä) sosiaalis-ideologiateknillis-poliittista kokonaistaustaa vastaan ja ottamaan huomioon asianosaisten intressit ja tarpeet siltä pohjalta.»

⁵ Ks. *Klami*, Johdatus oikeusteoriaan s. 27.

⁶ Ks. *Tikka*, Veron minimoinnista s. 128.

⁷ Ks. *Makkonen*, Luentoja yleisestä oikeustieteestä s. 177.

⁸ Ks. *ibid.* s. 177—178.

⁹ *Vilkkonen*, Hallintotoimen mitättömyydestä s. 289—290, puolestaan toteaa, että erityisen hankala tarkoitussidonnaisuuden periaatteen soveltamisongelma syntyy, kun joudutaan selvittämään, millä perusteella tietty hallintotoimi voidaan katsoa viranomaisen varsinaisille tehtäville vieraassa tarkoituksessa suoritetuksi; ohjetta tässä saadaan lain nimestä, »o. normin sanamuodosta, asian »luonteesta» jne.

Myös Aarnio korostaa lainkäyttäjän toimivan sosiaalisessa kentässä ja hänen ratkaisutoimintansa vaikuttavan takaisin yhteiskuntaan. Juridinen päätöksentekijä ei Aarnion mukaan toimi sokeitten välttämättömyyksien uhrina, vaan hän todella *tekee* ratkaisun. Toisaalta päätöksen on vastattava sitä päämääräjärjestelmää, joka vaikuttaa oikeusjärjestyksen taustalla. Tämä näyttäisi Aarnion käsityksen mukaan oikeuttavan päättelemään, että tuomarin käyttäytyminen on — ainakin eräin osin — tavoitteellista, päämäärähakuista oikeuden luomista.¹⁰

Aarnion ajatuskulkuun on puuttunut *Backman*, joka viittaa erääseen kohtaan Aarnion teoksessa »Laki, teko ja tavoite».¹¹ Siinä Aarnio Brusiinia mukaillen lausuu seuraavasti:

»Tuomari saa informaatiossa yhteiskunnasta ja hänen ratkaisunsa vaikuttavat takaisin yhteiskuntaan. Juridinen ratkaisutoiminta merkitsee näin ollen asiallisesti sen organisointityön jatkamista, jonka *lainlaati* on pannut alulle. Brusiin korostaa, ettei tällainen organisointi kuitenkaan ole mahdollista ellemmme edellytä oikeusjärjestyksen taustalle jonkinlaista päämäärien järjestelmää, *tarkoituskompleksiä*, niin kuin hän sanoo. Tuomari ei voi elää irrallaan siitä sosiaalisesta, taloudellisesta ja kulttuurisesta taustasta, jonka pohjalle oikeusjärjestys rakentuu. Hänen ratkaisujensa on oltava sopusoinnussa näiden taustapäämäärien kanssa. Muutoin ne eivät ole tuossa yhteisössä oikeusjärjestyksen mukaisia.»¹²

Backmanin mukaan edellä mainittu sitaatti sisältää erittäin keskeisiä huomioita ns. historiallisen lainsäätäjän tahdon ja oikeudellisen ratkaisuntekijän päämääräjärjestelmän välisestä suhteesta.¹³ Hänen käsittääkseen ajaututaan välttämättä tunnontarkkaan konservatismiin, mikäli ratkaisuntekijän päämäärien tulee olla kaikinpuolisesti sopusoinnussa oikeusjärjestyksen takana olevien tarkoituserien kanssa.¹⁴

¹⁰ Ks. *Aarnio*, Laki, teko ja tavoite s. 93.

¹¹ Ks. *Backman*, Oikeus 1978: 4 s. 215—219.

¹² Ks. *Aarnio*, Laki, teko ja tavoite s. 90.

¹³ Ks. *Backman*, Oikeus 1978: 4 s. 215.

¹⁴ Esimerkkinsä *Backman* (ibid. s. 215) ottaa rikosoikeuden alalta todeten, että Suomen voimassa oleva rikoslaki sisältää huomattavan paljon säännöksiä, joiden perustehtävänä oli SKP:n toiminnan estäminen 1920- ja 1930-luvulla. Jos nykyaikana oikeudellisen päätöksentekijän päämääriltä vaaditaan sopusointua oikeusjärjestyksen taustalla olevien päämäärien kanssa, olisi tästä johdonmukaisena seurauksena, että lainkäyttäjien olisi pyrittävä SKP:n toiminnan estämiseen. Kuitenkaan ei näin nykyisin menetellä. Tämä johtuu *Backmanin* mukaan demo-

Backmanin havainto pitää kyllä sinänsä paikkansa, mutta tuskin tehdään oikeutta Aarnion sen paremmin kuin Brusiinin tai Makkosenkaan käsityksille, mikäli halutaan väittää niiden olevan viitteenä pyrkimyksestä »tunnontarkkaan konservatismiin».

C. Ratiolausumien merkitys tulkintatoiminnassa

Tulkintatoiminnan kannalta aivan keskeinen huomio on se, ettei kysymys olekaan siitä, mikä merkityssisältö tietyllä oikeussäännöllä on, vaan pikemminkin siitä, minkä merkityssisällön lainkäyttäjä tai tutkija sille antaa.¹⁵ Kysymys on viime kädessä argumentaation vakuuttavuudesta, siitä, onko tulkinto justifioitavissa auditoriolle. Mikäli justifiointioperaatio on onnistunut, päätös on saavuttanut auditorion jäsenten keskuudessa legitimitetin eli tullut hyväksytyksi.

Vaikka lain ration selvittäminen viime kädessä tapahtuisikin kokonaisarvostuksen varassa eri näkökohtia keskenään punniten, ei voitane kiistää, etteikö argumentointia huomattavasti helpota se, että lakiin on sisällytetty nimenomainen sen ratiota kuvaileva tulkintalausuma. Tällainenkaan menettely ei kuitenkaan välttämättä merkitse sitä, että oikeuskäytännössä olisi annettu olennainen paino lainsäädännössä esiintyville ratiomääreille.

Sjöholm onkin todennut esityksessään, että kysymys itse asiassa on aktualisoitunut verrattain harvoissa tapauksissa. Vaikka hänen artikkelinsa on julkaistu jo vuonna 1951,¹⁶ ei ole havaittavissa, että käsitystä olisi vielääkään aihetta tarkentaa. *Sjöholm*in tapaan voidaan todeta, että oikeuskäytännössä on yleensä suhtauduttu suhteellisen välinpitämättömästi niihin rajoituksiin, jotka ovat johdettavissa eri säädösten yleisistä tarkoitusteristä. Tällaiseen suhtautumiseen on saattanut vaikuttaa muun ohella se seikka, että lainsäädäntötekniikka Suomessa on hylkinnyt ratio-

kraattisten voimien lisääntyneestä ominaispainosta, jonka eräs oikeudellinen ilmaus on se, että rikoslain poliittisia rikoksia koskevien säännösten olosuhteisiin sopiva tulkinta on irtautunut niistä tarkoitusteristä, jotka lainsäädännön takana olivat. — Ks. tulkinnan muuttumisesta yleisemmin esim. *Makkonen*, Luentoja yleisestä oikeustieteestä s. 197.

¹⁵ Ks. *ibid.* s. 180.

¹⁶ Ks. *Sjöholm*, JFT 1951 s. 86—87.

lausumien sisällyttämistä säädösteksteihin.¹⁷ Sen sijaan oikeustieteen piirissä on Suomessakin jo kauan korostettu ratiolausumien merkitystä tulkintaoperaatioita suoritettaessa.

Tutkimusaiheeseen liittyen on eräänlaisena paraatiesimerkkinä mainittavissa Merikosken käsitys virkamieslakkojen murtamiseksi vuoden 1932 asevelvollisuuslain (219/32) voimassaoloaikana kolme kertaa käytetystä menettelystä.¹⁸ Lain 7 §:n (367/39) mukaan voitiin »milloin erityiset olosuhteet vaativat», reserviin kuuluvia asevelvollisia kutsua ylimääräiseen palvelukseen. Sanotun säännöksen perusteella kutsuttiin lakkoon yhtyneitä reserviin kuuluvia virkamiehiä ylimääräiseen palvelukseen ja määrättiin heidät hoitamaan säännönmukaisia virkatehtäviään. Merikoski katsoo, ettei menettelyä voitu pitää laillisena, sillä asevelvollisuuden *tarkoitus* oli osoitettu asevelvollisuuslain 1 §:ssä sanomalla, että »isänmaan ja laillisen yhteiskuntajärjestyksen puolustukseksi on jokainen Suomen mies asevelvollinen».

Menettelyn totesi lainvastaiseksi myös eduskunnan oikeusasiamies,¹⁹ joka OAJs 4 §:ään vedoten antoi hallitukselle huomautuksen sen johdosta, että lakossa olevat veturimiehet oli kutsuttu ylimääräisiin kertausharjoituksiin. Sama tapaus herätti laajempaa huomiota, sillä sitä käsiteltiin myös eduskunnassa, jossa pääministeri *Kekkonen* kritisoi oikeusasiamiehen menettelyä epäillen, että sen takana oli ollut poliittisia konsideraatioita.²⁰

¹⁷ Poikkeuksen tässä suhteessa muodostavat kuitenkin erityisesti eräät elinkeino- ja talouselämää koskevat säädökset kuten esim. L tuontikaupparahastosta (530/58), L maan ulkomaankaupan ja taloudellisen kasvun turvaamisesta (157/74), Tuontitaletuslaki (203/75), Hintavalvontalaki (156/74).

¹⁸ Ks. *Merikoski*, LM 1953 s. 679—683 ja *sama*, Vapaa harkinta s. 60, jossa hän myös mainitsee tapauksen, jossa »väkijuomaliikettä hallintotoimin järjestettäessä fiskaaliset näkökohdat syrjäyttävät väkijuomalain (Ask. n:o 45/1932) 5 §:ssä vahvistetun periaatteen, jonka mukaan väkijuomaliike on järjestettävä siten, että samalla estetään laitonta väkijuomaliikettä, väkijuomain käyttöä supistetaan mahdollisimman vähiin sekä ehkäistään juoppoutta ja sen turmiollisia vaikutuksia». — Tosin oikeustieteessäkään eivät kaikki ole olleet yhtä valmiita kuin Merikoski tekemään käytännöllisiä johtopäätöksiä lakitekstiin sisältyvien ratiolausumien pohjalta. Ks. esim. *Sjöholm*, JFT 1951 s. 85—86, joka ei suhtaudu yhtä ehdottoman kielteisesti yllä mainittuun menettelyyn, jossa oli kysymys lakkojen murtamisesta asevelvollisuuslakia soveltamalla.

¹⁹ Ks. EOA:n kert. 1950 s. 30—31.

²⁰ Ks. Eduskunnan perustuslakivaliokunnan mietintö n:o 23 hallituksen toimenpiteistään vuonna 1950 antaman kertomuksen johdosta (1950/52 Vp A IV)

Esimerkki osoittaa, etteivät edes säädöstekstiin nimenomaisesti sisällytetyt ratiolauseumat välttämättä takaa yksimielisyyttä lain tarkoituksiperistä. Harkintavallan väärinkäyttöön soveltamisen kannalta merkittävän ration selvittämisiongelman luonnetta onkin aiheellista seuraavassa tarkastella yksityiskohtaisemmin argumentaatioteoreettisesta näkökulmasta.

II. RATIO LEGIS ARGUMENTAATIO-ONGELMANA

Mielenkiintoisella tavalla on argumentaation auditoriosidonnaisuutta oikeuskirjallisuudessa hiljattain käsitellyt Aarnio. Ottaen huomioon, että hänen hahmottelemansa argumentaatioteoria relativisoi vanhan kiistakysymyksen ainoista oikeista tulkinnoista juridiikassa, on seuraavassa hyödyllistä tarkastella, millaisia ovat hänen käsityksensä tulkintalauseitten varmuuden ehdoista.²¹ Tämä on sitäkin aiheellisempää, kun muistetaan, että sidotun ja vapaan harkinnan problematiikka on ollut tapana kytkeä ns. yhden ainoan oikean ratkaisun ideaan.

Aarnio määrittelee argumentoinnin toimitukseksi, jossa tietyn tulkinnan tueksi esitetään sellaiset perustelut, että tuo tulkinta on hyväksyttävissä jossakin vastaanottajajoukossa eli ns. auditoriossa, jollaisena voidaan periaatteessa käsitellä mitä tahansa henkilöryhmää, jolle väite suunnataan.²²

Lainopillisen argumentaation ongelma on siinä, pitääkö argumentoiduksi katsoa jokainen *hyväksyttävissä* oleva väite vai onko mahdollista osoittaa jokin auditorion *hyväksymisestä riippumaton* paikkansa pitä-

sekä 52 Vp ptk II s. 1294—1296. Ks. myös *Hidén*, Eduskunnan oikeusasiamies s. 129.

²¹ Ks. Aarnio, LM 1978 s. 733—747 ja *sama*, On Legal Reasoning s. 43—49, 53—133, 228—229, 314—315. Ks. myös *sama*, LM 1974 s. 305—339.

²² Ks. Aarnio, Lainoppi s. 168. — Esimerkkinä eräästä auditoriosta Aarnio mainitsee tuomarien, tutkijoiden, hallintoviranomaisten ja asianajajien yhteisön (oikeusyhteisö), jossa käytävä keskustelu karsii tehokkaasti pois sellaiset käsitukset, jotka pyrkivät muuttamaan yhteiskunnan perusrakenteita. Syvimmältään on hänen mukaansa tuloksena se, että *lainopin* tietä ei voida puuttua yhteiskunnan *perusrakenteisiin*. Perusrakenteet edeltävät lainoppia eikä päinvastoin, Aarnio toteaa (ks. *ibid.* s. 190—191).

vyöden kriteeri. Todettuaan, että tulkintaväitteen argumentointi johtaa onnistuessaan väitteen hyväksymiseen tiettyssä auditoriossa, Aarnio kysyy, merkitseekö tämä sen myöntämistä, että mikä tahansa väite saattaa saada hyväksymisen ja olla siten paikkansa pitävä, kunhan vain löytyy auditorio, joka hyväksyy väittämän. Käsitteellisellä tasolla hän vastaa kysymykseen myöntävästi lisäten kuitenkin, että tämä on vain yksi puoli asiasta, sillä auditorioiden muodostuminen yhteiskunnassa ei ole mieltävällän asia; mikä tahansa auditorio tai mikä tahansa väittäjä ei voi elää oikeusyhteisössä.

Jatkotarkasteluaan varten Aarnio joutuu täsmentämään auditorion käsitettä määritellen sen sellaiseksi henkilöryhmäksi, jolla on a) samat intersubjektiiviset kielelliset merkitykset hallussaan, b) samat empiirisen varmuuden kriteerit käytössään ja c) samat mitat, joilla asioita arvostetaan.

Tarkastelussaan Aarnio ottaa avuksi vielä *yhteisen merkityksen* käsitteen,²³ jollaisesta hän mainitsee esimerkkinä ns. suomalaisen elämänmuodon. Tällaisella yhteisellä merkityksellä voi olla useita erilaisia tulkintoja, jotka puolestaan koostuvat tavoista, joilla yhteiskunnassa vaikuttavat ryhmät arvostavat asioita. Auditorio on tällä tavalla ymmärrettävissä henkilöryhmäksi, jolla on sama yhteisen merkityksen tulkinta. Kääntäen tämä merkitsee sitä, että yhteisten merkitysten tulkinat jakavat yhteiskunnan eri auditorioihin ja jakavat sen — kuten Aarnio toteaa — sangen perustavaa laatua olevalla tavalla.

Yhteisen merkityksen tulkintaa ja auditorion käsitettä ei Aarnion mukaan kuitenkaan tule ymmärtää niin yksioikoisesti, että yhteiskunnassa on ainoastaan esimerkiksi kaksi auditoriota, jonkinlainen yhteisiä asioita koskeva vallitseva mielipide ja auditorio, jossa on edustettuna sille vastakkainen näkemys. Yhteisen merkityksen tulkinta riippuu *ongelma-alueesta* ja yhteiskunnassa voi siten olla useita, ikäänkuin lommittaisia auditorioita. Erityisesti Aarnio haluaa kuitenkin korostaa, että jokainen yhteisen merkityksen tulkinta ja siten myös jokainen auditorio on (osin) sosiaalisesti sidonnainen seikka, joka ei määräydy mieltävällän tai tilapäisten konventioitten, vaan mutkikkaan sosiaalisen prosessin tuloksena, prosessin, joka siivilöi yhteiskuntaan eräänlaisia mielipidekoostumia.

²³ Ks. Aarnio, Lainoppi s. 187.

Lainopillisen argumentaation kannalta edellä esitetty merkitsee, että pysyttäessä tietyn yhteisen merkityksen tulkinnan puitteissa, tulkintaväite voidaan periaatteessa todentaa. Se on sanotun tulkinnan hyväksyneen auditorion jäsenille *oikea* tulkinta. Aarnion hienosti kehittämän ajatuskulun tuloksena on, että universaalissa mielessä »oikeaa» lainopilista tulkintakannanottoa ei voida osoittaa. Sen sijaan ei ole estettä sanoa, että jokin tulkinta on ainoa oikea, kunhan pidetään mielessä, että totuus on tällöin aina auditoriosidonnainen. *Sanottu pätee myös pyrittäessä tunnistamaan lain ratio, sillä myös sen osoittaminen on auditoriosidonnainen justifiointioperaatio.*

Oman ongelmansa muodostaa se, millaisten edellytysten vallitessa justifiointi käytännössä parhaiten onnistuu. Ihanteellinen tilanne ilmeisesti olisi se, että ensinnäkin säädösteksti on selkeätä ja sopusoinnussa lain valmisteluaineiston, oikeuskäytännön ja oikeuskirjallisuudessa esitettyjen käsitysten kanssa. Toisin sanoen koko säätelyinformaatio olisi samansuuntaista ja yhtäpitävää. Tällaisessa tilanteessa sellainen justifikaattori, joka oman vastakkaisen kantansa tueksi vetoaa esimerkiksi ns. reaaliin argumentteihin jää käytännössä helposti alakynteen.²⁴

Tavallisempi on kuitenkin tilanne, jossa argumentit ryhmittäytyvät monenkirjaviin konstellatioihin, jolloin justifiointiin onnistumiseen saatavat vaikuttaa välistä miltei huomaamattomat nyanssit. Mihinkään ennalta määrättyyn mekanistiseen hierarkiaan eivät erilaiset argumentit ole järjestettävissä. Jo tämä tosiasia murentaa pohjaa sellaisilta käsityksiltä, että olisi olemassa universaalisti »oikeita» ratkaisuja. Sen sijaan on kyllä mahdollista väittää, että säätelyinformaation ja siitä irroitettujen argumenttien ollessa yhdensuuntaiset vain yksi ratkaisu on objektiivisesti oikea — nimittäin mikäli kysymystä tarkastellaan auditorion omista premisseistä käsin.

Vaikka erilaisia argumentteja ei olekaan mahdollista asettaa mihinkään »viralliseen» arvojärjestykseen, niin vaikuttaa kuitenkin siltä, että käytännössä hallinto-oikeudellisen säätelyinformaation piirissä muuta argumenttiaineistoa vahvempaan asemaan kohoavat usein korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisut. Justifiointiin tuloksellisuuteen vaikuttaa

²⁴ Ks. Sundby, Om normer s. 260. — Toisaalta on myönnettävä, että reaaliset argumentit eivät suinkaan ole tuntemattomia lainkäyttöelinten ratkaisujen perusteluissa. Voidaan jopa sanoa, että tämän tyyppisen argumentaation rooli on viime vuosien kuluessa korostunut. Ks. tästä Eriksson, JFT 1978 s. 38.

ilmeisen vahvasti se, että argumenttina on mahdollista käyttää hyväksi korkeimman hallintolainkäyttöelimen yhtä tai mieluummin useampaa selvää ja samansuuntaista ratkaisua.²⁵ Tällaisessa tapauksessa ei toisenlaista tulkintaa puoltavan kannan tueksi esitetty säädösteksti, valmisteluaineistosta tai oikeuskirjallisuudesta poimitut lausumat paljoo argumenttivaa'assa paina. Ilmeisesti sama toteamus pitää paikkansa myös tuomioistuimen itsensä kohdalla. Suhtautumista vastaan ei sinänsä ole huomauttamista, sillä prejudikaattien tosiasiallisesti sitoviksi kokeminen luonnollisesti on eräs oikeusvarmuuden tärkeä tae, mutta samalla vahva prejudikaattisidonnaisuus on varmasti ollut eräs tekijä, joka osaltaan on ollut omiaan ylläpitämään yhden ainoan oikean ratkaisun ideaa koskevaa illuusiota.

Edellä ei ole ollut mahdollista esittää ratkaisumallia, jonka avulla ratio legis voitaisiin jotenkin järjestelmällisesti ja selväpiirteisesti löytää yksittäisissä tapauksissa. Aarnio on eri yhteyksissä viitannut teleologisen tulkintateorian heikkouksiin todetessaan, että se jättää epäselväksi, *miten* lain ratio on ylipäättään saatavissa selville.²⁶ Oikeusteoreettisella ja -filosofisella tasolla kysymys on perin ongelmallinen. Sen sijaan käytännön tasolla eivät vaikeudet ole ylipääsemättömiä. Ongelmana ei tällöin ole niinkään se, mikä »todella» on lain tarkoitus, vaan kysymys lain ration selvittämisessä, kuten muussakin tulkintatoiminnassa, on argumentaation vakuuttavuudesta ja hyväksyttävyydestä päätöksentekijöitten muodostamassa auditoriossa.

Lain ration selvittämisen kannalta käytännön ratkaisutoiminnassa usein riittää se, että säätelyinformaatiosta yleensä on irroitettavissa jokin lausuma, josta on saatavissa viitteitä taustatavoitteista. Sellaiseksi »löydökseksi» saattaa osoittautua periaatteessa vaikkapa lakia valmistelleen komitean pöytäkirjoissa esiintyvä virke, olkoonkin että sen sisältämä ajatus ei sittemmin esiinny enää missään muussa yhteydessä lainsäädäntöprosessin edetessä. Siitä huolimatta lausumalla on oma argumentatiivinen arvonsa ja painonsa. Tosin ration selvittämisiongelma saattaa komplisoitua, mikäli valmisteluaineistoon eri vaiheissa sisällytetyt lausumat ovat toistensa kanssa ristiriitaisia, mutta tällaisessakaan tapauksessa ei itse selvittämisoperaatio periaatteelliselta luonteeltaan muutu toisenlaiseksi; edelleenkin on kysymys justifiointista. Paremmat edellytykset onnistu-

²⁵ Ks. myös *Sundby*, Om normer s. 260—261.

²⁶ Ks. *Aarnio*, Lainoppi s. 155—156 ja *sama*, LM 1979 s. 492.

miseen on luonnollisesti sellaisella justifikaattorilla, joka esimerkiksi komitean esittämän lausuman vastapainoksi pystyy viittaamaan eduskunnan lakivaliokunnan selkeään kannanottoon. Pääasia tässä yhteydessä on sen korostaminen, ettei ration tunnistamisessa ole kysymys mistään mystisestä toimituksesta vaan kilpailevien argumenttien esittämisestä, joiden painoarvo ratkaistaan säädetyssä järjestyksessä perustettujen ja tiettyjä menettelymuotoja noudattavien lainkäyttöelinten toimesta. Luonnollisesti myös oikeustiede esittää tulkintoja yksittäisten säädösten ja oikeussääntöjen ratiosta. Tällaiset kannanotot jäävät kuitenkin vain vaikutusettomiksi mielipiteenilmauksiksi, ellei niitä lainkäytössä aktivoida. Tietyn kannan esittäneen tutkijan näkökulmasta on tietenkin miellyttävää, että hänen apriorinen mielipiteensä saa oikeuskäytännön auktoritatiivisen vahvistuksen.

Lainkäyttäjälle, joka on ratkaisupakon edessä, ei ole mahdollista tyytyä lausumaan, että käsiteltävä ongelma on teoreettisesti mielenkiintoinen ja filosofisesti niin syvällinen, ettei kannanotto puolesta tai vastaan käytettävissä olevan säätelyinformaation varassa ole mahdollista. Lainkäyttäjä on valinnan edessä ja joutuu ratkaisemaan ongelman sillä tasolla, jolle se kuuluu, ja käyttämään oikeusyhteisössä hyväksyttyjä keinoja ratkaisunsa argumentoinnissa.

Vaikka oikeudenkäymiskaareissa ja muutoinkin yleisesti korostetaan sitä, että lakeja on tulkittava tarkoituksensa mukaan, on edellä viitattu siihen, ettei oikeuskäytännössä suinkaan säännönmukaisesti ryhdytä yksittäisiä konkreettisia tapauksia ratiopohjaisesti selvittämään. Juuri tässä tulee esille tarkoitussidonnaisuuden luonteenomainen piirre; sanottu periaate on sikäli erikoislaatuinen oikeudellinen instituutio, että sen soveltaminen tavallaan pakottaa lainkäyttäjän muodostamaan itselleen jonkinlaisen kuvan lain ratiosta. Per definitionem ei periaatteeseen turvautuminen muutoin olisi käytännössä mahdollistakaan.

9 §. TARKOITUSSIDONNAISUUDEN LOUKKAAMISESTA HARKINTAVALLAN VÄÄRINKÄYTÖN ILMENEMISMUOTONA

I. ALUSTAVIA NÄKÖKOHTIA

Tarkoitussidonnaisuuden soveltamisessa on Merikosken mukaan muihin harkintavaltaa rajoittaviin periaatteisiin verrattuna kysymys *vain* sen selvittämisestä, minkä tarkoituksien toteuttamista varten valta määrätynlaisten hallintotoimien suorittamiseen on viranomaiselle uskottu, sekä sen tutkiminen, onko toimi sitten tosiasiallisesti suoritettu näiden vai jonkin muun tarkoituksen toteuttamiseksi.¹

Syvemältä katsoen ei kysymys kuitenkaan ole aivan näin yksinkertainen. On totta, että teleologisen tulkintametodin päämääränä on selvittää lain objektiivinen tarkoitusperä. Tämän mukaisesti soveltajan päätöksen on oltava sopusoinnussa lain ration kanssa. Tilanne komplisoituu huomattavasti, kun otetaan huomioon, että *ratio legis* ei ole mikään selviö ja etukäteen annettu kiistaton aksiooma. Soveltaja joutuu itse muodostamaan itselleen kuvan siitä, mikä on lain ration sisältö. Kysymyksessä on siis jo tässä vaiheessa tulkintaoperaation suorittaminen. Operaation tulokseen puolestaan vaikuttaa soveltajan koko kokemusmaailma eivätkä suinkaan pelkästään ja yksinomaan lain sanamuoto, lainvalmisteluaineisto, oikeuskäytäntö ja oikeuskirjallisuus.

Samaan seikkaan on viitannut Aarnio luonnehtiessaan teleologista tulkintametodia seuraavalla tavalla:²

¹ Ks. Merikoski, Oikeussuojajärjestelmä s. 73.

² Ks. Aarnio, On Legal Reasoning s. 197—198.

»The teleological interpretation method is aimed at determining what the (*objective*) goal of the law is. The interpreter must decide the matter parallel with that. Explanations in terms of motives deal with the *aspirations of the agent*. When I claim that the agent behaves teleologically, it means that *he* strives for some end-states, but it does not mean that he would seek out those goals (only) in the law and its drafts. On the contrary. The agent finds his goals largely, as we have noticed, in that *social environment* in which he lives. This is why it can a bit schematically be said that he formulates the content of the law to fit those goals. The basic ratio required by the teleological interpretation method is then only one criterion among many to indicate the frame within which the choice of the agent must move. It is the ground that indicates the area of deontic possibilities.»

Ration selvittämistä on kieltämättä pidettävä keskeisenä kysymyksenä tarkoitussidonnaisuuden periaatteen soveltamisessa, mutta samalla on aiheellista kysyä, onko periaatteen merkityssisältö ymmärrettävä niin ahtaalla tavalla, että hallintoviranomainen ei päätöstä tehdessään ollenkaan saa kiinnittää huomiota sellaisiin näkökohtiin, jotka lankeavat sovellettavan oikeussäännön tarkoituksen ulkopuolelle. Siinä tapauksessa, että ration ulkopuolistenkin seikkojen huomioon ottaminen katsotaan mahdolliseksi tai jopa välttämättömäksi, muodostuu tilanne entistäkin mutkikkaammaksi, sillä tällöin joudutaan pohtimaan muun ohella, millainen paino erilaisille näkökohdille päätöksenteossa on annettavissa.

Merikosken esittämä alussa mainittu lausuma on problemaattinen myös aivan periaatteellisessa mielessä, sillä hänen käsityksensä harkintavallan väärinkäytön kiellosta lähtee siitä, että tarkoitussidonnaisuuden periaatteen loukkaaminen merkitsee virheellisyyttä päätöksentekijän tahdonmuodotuksessa. Tämä herättää kysymyksen, onko tahdonmuodotuksessa tapahtunutta virhettä pidettävä tarkoitussidonnaisuuden loukkaamisen eksklusiivisena kriteerinä vai voidaanko harkintavallan väärinkäytön ongelmaa lähestyä yhtä hyvin ottamalla tarkastelun lähtökohdaksi itse hallintotoimi ja sen sisältö. Kysymys on harkintavallan väärinkäyttödoktriinin soveltamisen kannalta perustavaa laatua ja johtaa tutkimaan hallintolainkäyttöelinten harjoittaman premissikontrollin luonnetta. Tältä kannalta katsoen on tarpeellista aluksi lyhyesti kiinnittää huomiota hallintotoimen premisseihin, joiden teoreettinen erittely on edellytyksenä harkintavallan väärinkäyttöopin syventävälle käsittelylle.

II. HALLINTOPÄÄTÖKSEN PREMISSEISTÄ JA PERUSTELUISTA

Hallintoratkaisun *premisseljä* ovat kaikki ne oikeudelliset ja tosiasialliset tekijät, jotka vaikuttavat päätöksen sisältöön.³ Tällä tavalla määriteltynä premissit muodostavat päätöksen kokonaistaustan, johon kuuluvat faktat yhtä hyvin kuin oikeussäännötkin.

Ratkaisun *subjektiiviset premissit* tarkoittavat päätöksentekijän henkilökohtaisia vaikuttimia ja tarkoitusperiä, mielentiloja ja tahdonsumtauksia. *Objektiiviset premissit* koostuvat ratkaisun taustalla olevista asiointiloista. Premisseihin eivät ole samaistettavissa päätöksen *perustelut*, jotka ovat viranomaisen ratkaisunsa tueksi julkituomia argumentteja ja jotka parhaassakin tapauksessa ilmaisevat vain osan premisseistä.

Hallintoviranomaisten ratkaisutoiminnan laillisuuskontrollia helpotaisi huomattavasti, mikäli olisi saatavissa varmuus siitä, että päätöksen julkituodut *perustelut* ovat yhtäpitävät sen todellisten premissien kanssa.⁴ Tämä on kuitenkin aniharvoin — tuskin juuri koskaan — mahdollista. Aarnio on pohtinut tätä kysymystä seuraavalla tavalla:

»Vaikeus on kuitenkin siinä, että käytännössä ei 'todellisia' ratkaisuperusteita ole yleensä mahdollista saada esiin. Emme joitakin aniharvoja poikkeuksia lukuun ottamatta tiedä, perustuiko jokin ratkaisu ensisijaisesti arvostuksille vai johtiko tuomari ratkaisunsa kenties laista ja vain 'vahvasti' kantaansa arvostuksilla tai tehtiinkö ratkaisu ehkä pelkkään intuitiiviseen oivallukseen nojautuen. Viimeksi mainittu mahdollisuus — olkoonkin, ettei sitä voida jättää pois laskuista — vaikuttaa meistä luultavasti melko oudolta, olemmehan tottuneet odottamaan, että asiamme ratkaistaan harkiten ja asianmukaisesti perustellen. Toisin sanoen: odotamme viranomaisilta oikeita, voi myös sanoa lainmukaisia ratkaisuja, päätöksiä, jotka eivät ole sattuman satoa tahi mielivallan tuotetta. Olemme näin ollen vaikeuksissa. Yhtäältä on lähes ylikäymättömiä ongelmia etsittyä todellisiin perusteisiin, toiselta puolen taas olemme taipuvaisia pitäytymään rationaalisen päätöksenteon ajatuksessa.»⁵

Eräs mahdollisuus selviytyä umpikujasta tarjoutuu Aarnion mukaan kuitenkin kuin itsestään. Tämä mahdollisuus on käyttämässämme kielessä. Tätä kautta Aarnio päätyy tarkastelemaan teon käsitettä, mutta

³ Ks. myös *Krarup, Øvrighedsmyndighedens grænser* s. 66—67.

⁴ Ks. myös *Eckhoff, JFT* 1964 s. 90.

⁵ Ks. *Aarnio, Lainoppi* s. 268—269.

senkään avulla ongelmat tuskin käytännössä häviävät, sillä viime kädessä joudutaan tällöinkin kysymään, miten voidaan kontrolloida väitettä, joka koskee yhteiskunnassa voimassa olevan säännön sisältöä.⁶

III. LEGALITEETTIPRESUMTIOSTA

Lähtökohdaksi tarkastelussa voidaan ottaa hallinnon lainalaisuuden periaate, joka on saanut positiivisoikeudellisen ilmauksensa HM 92 §:ssä. Periaatteeseen sisältyy säännöksen mukaan se ajatus, että kaikessa virkatoiminnassa on laillisen seuraamuksen uhalla tarkoin lakia noudatettava. Implisiittisesti hallinnon lainalaisuuteen kuuluu kuitenkin myös lähtökohtana, ei pelkästään se, että hallinnon *on oltava* lainalaista, vaan että se *on* sellaista. Toisin sanoen Suomen oikeusjärjestyksessä vallitsee hallintotoiminnan suhteen ns. *legaliteettipresumtio*.

Saman asian on Merikoski ilmaissut puhuessaan tarkoitussidonnaisuuden vaatimusta käsitellessään »edellyttämyksestä laillisuuden suuntaan».⁷ Hänen mukaansa täytyy voida yleensä edellyttää, että viranomaisen toimenpide on tapahtunut laillisen ja hyväksyttävän tarkoituksiperän toteuttamiseksi. Tällainen käsitys on hyväksyttävissä. Sen sijaan yhtä yksiselitteinen ei ole hänen toteamuksensa, jonka mukaan legaliteettipresumtio edellyttää, että vastakohta on selvästi näytettävä, jotta tarkoitussidonnaisuuden periaatteesta voitaisiin johtaa oikeudellisia seuraamuksia.

Ensinnäkin sen selvittäminen, millaisia vaatimuksia näytölle on asetettava, edellyttää oikeuskäytännön tarkastelua. Toiseksi on aiheellista korostaa sitä, että Merikosken käsitys kasvaa ajatuksesta, jonka mukaan tarkoitussidonnaisuuden periaate Suomessa on itsenäinen oikeussääntö, josta voidaan sellaisenaan johtaa oikeudellisia seuraamuksia. Kolmanneksi on todettava, että hän on varsin puhdaspiirteisesti omaksunut klassiseen ranskalaiseen teoriaan sisältyneen käsityskannan, jonka mukaan harkintavallan väärinkäyttöön liittyvissä tapauksissa on kysymys ennen muuta subjektiivisesta premissikontrollista eli viranomaisten henkilökoh-

⁶ Ks. *ibid.* s. 274—275.

⁷ Ks. Merikoski, Vapaa harkinta s. 67.

taisten vaikuttimien ja tarkoitusperien selvittämisestä. Tämä antaa aiheen tarkemmin syventyä subjektiivisen premissikontrollin asemaan harkintavallan väärinkäyttöopissa.

IV. SUBJEKTIIVISESTA PREMISSIKONTROLLISTA

A. Vaikuttimen ja tarkoitusperän välisestä suhteesta

Oikeuskirjallisuudessa on usein viitattu siihen, että yhteistä vallan väärinkäytön muodoille on toimenpiteen suorittaneen viranomaisen väärä vaikutin eli motiivi ja että virheellisuuden toteaminen edellyttää tällaisen motiivin selvittämistä.⁸ Oikeuskirjallisuudessa ovat myös eräät kirjoittajat olleet sitä mieltä, ettei eron tekeminen *motiivin* ja *tarkoituserän* välillä ole mahdollista.⁹ Totta onkin, että nämä kaksi tekijää kietoutuvat toisiinsa niin, että välistä on erinomaisen vaikeata saada selkoa, mikä kulloinkin on teon motiivina ja kulloinkin taas tarkoitusperänä.¹⁰ Ellei eroa tehdä, tuloksena on päätelmä, jonka mukaan motiivi on samalla tarkoitusperä ja tarkoitusperä samalla motiivi.

Ero vaikuttimen ja tarkoitusperän välillä on kuitenkin olemassa ainakin mikäli motiivi tulkitaan luonteeltaan mielentilaksi, jollaiseksi voidaan käsittää esimerkiksi viha, kateus, rakkaus tms. mielenvire. Tällaiset motiivit tai mielentilat tuottavat tahdonsuuntauksia kombinoituessaan uusiin elämäntilanteisiin. Näistä tahdonsuuntauksista muodostuu tarkoituksiperiä, joiden toteuttamisen avulla yksilö pyrkii asettamiinsa päämääriin. Teot siis kasvavat mielentiloista (motiiveista) tarkoitusperäisiksi tullessaan tiedostetuiksi ja suuntautuessaan tiettyihin päämääriin.

⁸ Ks. esim. *Kuuskoski—Hannus*, Kunnallislaki s. 542—543.

⁹ Ks. esim. *Murén*, Harkintavallan väärinkäyttö s. 6.

¹⁰ Ks. myös *Merikoski*, Vapaa harkinta s. 65—66, joka lausuu seuraavasti: »Niin ikään voi osoittautua vaikeaksi toimenpiteen tarkoituksen ja sen vaikuttimen eli motiivin toisistaan erottaminen, millä erottelulla saattaa myös olla oikeudellista merkitystä. Ero ei näet tule kaikkien tapausten osalta selväksi sillä, että sanotaan tarkoituksen olevan sitä, mihin toimenpiteellä pyritään, mitä sillä tahdotaan toteuttaa eli saada aikaan, ja vaikuttimen taas sanotaan olevan syy, minkä vuoksi toimenpiteeseen ryhdytään.»

Tällä tavalla ymmärrettynä ovat motiivi ja tarkoitusperä toisistaan erillään pidettävissä. Ottakaamme vielä valaiseva esimerkki. Oletta-
kaamme, että nimittävä viranomainen on sukulaisrakkauden valtaama
ja yksi hakijoista on vaikkapa hänen pikkuserkkunsa. Oletta-
kaamme edelleen, että viranomaisen tarkoituksena on nimenomaan saada sukulai-
sensa nimitetyksi, vaikka hän onkin hyvin selvillä siitä, että muut hakijat
ovat sopivampia virkaan. Tällöin voidaan sanoa, että nimittäjän *motii-
vina* oli sukulaisrakkaus ja *tarkoituksperänä* tämän tunnetilan ohjaamana
tehdä valinta hakijoitten välillä.

Mutta vaikuttimien ja tarkoitusperien erottamiseksi toisistaan ei edes
ole tarpeen turvautua niin psykologissävytteisiin käsitteisiin kuin viha,
kateus tai rakkaus, vaan ongelmaa voidaan lähestyä yhtä hyvin käyttä-
mällä esimerkkeinä faktisia asiointiloja. Oletta-
kaamme, että virkaa hake-
neista henkilöistä yhdellä on tietyn puolueen jäsenyys. Oletta-
kaamme edelleen, että nimittäjän viranomaisen tarkoituksena on tämän hakijan
syrjäyttäminen nimenomaan hänen puoluekantansa takia, vaikka sanottu
viranomainen onkin hyvin selvillä siitä, että syrjäytetty hakija muutoin
kaikin puolin on sopivin virkaan. Tällöin voidaan sanoa, että nimittäjän
motiivina oli hakijan jäsenyys tietyissä puolueessa ja *tarkoituksperänä* tä-
män asiantilan ohjaamana tehdä valintansa hakijoitten välillä.

Voidaan seuraavaksi kysyä, mikä käytännöllinen merkitys subjektii-
visessa premissikontrollissa sanotusta distinktiosta kiinni pitämisellä oi-
keastaan on. Tähän voidaan vastata yksinkertaisesti sillä tavalla, että
erottelu ajatuksellisesti helpottaa kausaaliketjun purkamisessa, jonka vii-
meisenä renkaana on motiivi.

B. Vaikuttimien ja tarkoitusperien selvittämismahdollisuudesta

Käytännössä viranomaisen motiivien verifiointi tuottaa usein ylivoi-
maisissa vaikeuksissa varsinkin mikäli niitä etsitään psykologisista tausta-
tekijöistä. Motiivin löytämisellä on kyllä indisioarvoa subjektiivisessa
premissikontrollissa, mutta tähän se jääkin, ellei samalla ole mahdollista
osoittaa vaikuttimen ja tarkoitusperän välillä konneksiteettia. Pelkäs-
tään tarkoitusperienkin tunnistamisessa saattaa esiintyä suuria ongelmia
ja vaikka tässä onnistuttaisiinkin, on voitava osoittaa, että laittomat in-
tentiont ovat vaikuttaneet itse päätöksen sisältöön.

Yksinomaan subjektiivisia tekijöitä painottavan doktriinin soveltamista vaikeuttaa sekin tosiasia, että hallintomenettely pitkälti rakentuu kirjallisen menettelytavan varaan eikä ole luultavaa, että viranomaiset sen puitteissa syyllistyvät ns. perusteluvirheisiin.¹¹ Toisin sanoen mahdolliset asiattomat motiivit ja tarkoituksiperät säännönmukaisesti käytännössä verhotaan fasadiperusteluihin.¹² Edes tällaiseen vaivannäköön ei ole tarvetta sellaisissa tapauksissa, joissa hallintoviranomaisella ei ole erityistä perusteluvollisuutta.

Vieläkin ongelmallisemmaksi muodostuu kysymys hallintotoimen motiiveista ja tarkoituksiperistä kun päätöksentekijänä on monijäseninen orgaani,¹³ jonka jäsenten subjektiiviset premissit poikkeavat toisistaan. Näin voi olla asianlaita siinäkin tapauksessa, että päätös on syntynyt yksimielisesti. Ottakaamme valaiseva esimerkki.

Olettakaamme aluksi yksinkertaisuuden vuoksi, että kysymyksessä on kaksijäseninen orgaani, jonka tehtävänä on suorittaa virkanimitys. Jäsenet ovat A ja B. Virkaa ovat hakeneet puolestaan X ja Y, joista X on A:n etäinen sukulainen. Y taas on jäsen tietystä puolueessa, jonka edustamaa ideologiaa kohtaan B tuntee voimakasta aversiota. Orgaani nimittää yksimielisesti virkaan X:n. Mikäli lähdetään siitä, että kysymys on sukulaissuosintaan ja poliittiseen syrjintään perustuvasta ratkaisusta, olemme selvästi tekemisissä harkintavallan väärinkäyttöä sisältävän hallintotoimen kanssa, vaikka päätöksentekijöitten motiivit ja tarkoituksiperät poikkeavat toisistaan, sillä nepotismi ja poliittinen diskriminointi ovat epäilemättä Suomen oikeusjärjestyksessä katsottava laittomiksi tarkoituksiperiksi.

Mutta olettakaamme, että vastaavassa tilanteessa on kysymys orgaanista, jossa A:n ja B:n ohella on jäsenenä lisäksi C, D ja E, jotka myös

¹¹ Ks. myös *Sipponen*, LM 1965 s. 205—206.

¹² Ks. *Castberg*, *Innledning* s. 245, toteaa aivan oikein, ettei väärin perusteltuja hallintotoimia voida konstruoida jälkikäteen laillisesti motivoituiksi. Siis väärässä tarkoituksessa suoritettua hallintotointoa ei voida pitää pätevänä, vaikka viranomainen puoltaisikin sitä laillisella tarkoituksiperällä.

¹³ Ks. myös *Murén*, *Harkintavallan väärinkäyttö* s. 9, joka korostaa, että todellista motiivia (tai tarkoitusta) on usein vaikeata jopa mahdotonta saada selville, varsinkin monijäsenisen elimen, esim. valtuuston todellista vaikutinta. Toisinaan vaikutin kuitenkin ilmenee riittävän selvästi päätöksestä, sen jostakin ehdosta, esityslistassa olevista perusteluista tai kokouksessa käytetyistä puheenvuoroista. *Murén* kysyykin aiheellisesti, miksi ei väärään vaikuttimeen saisi kiinnittää huomiota silloin, kun se on mahdollista.

asettavat etusijalle X:n. Mikäli viimeksi mainittujen kolmen jäsenen motiivit ja tarkoituksperät ovat asialliset, on päätös syntynyt virheettömästi. Mikäli sen sijaan heistä yhdenkin motiivi tai tarkoituksperä on laiton, on päätös virheellinen.¹⁴

Periaatteessa siis on mahdollista saada selville, onko viranomaisen asian ratkaistessaan käyttänyt harkintavaltaansa muuhun tarkoitukseen kuin se on ollut käytettävissä tutkimalla yksittäisten päätöksen tekemiseen osallistuneiden jäsenten vaikuttimia ja tarkoituksperiä erikseen, mutta aivan selvää on, että tällainen tehtävä muodostuu yleensä sitä vaikeammaksi mitä useampia jäseniä orgaaniin kuuluu. Kun vielä otetaan huomioon se, että harkintavallan väärinkäytön arvioinnissa on annettava merkitystä sille, ovatko virheelliset motiivit tai tarkoituksperät vaikuttaneet päätöksen sisältöön, ei tavallisesti edes riitä se, että on pystytty selvittämään jonkun tai joidenkin jäsenten premissien virheellisyys, vaan lisäksi on voitava osoittaa, että tällä on ollut ratkaiseva merkitys päätöksen sisällön kannalta.

C. Ratkaisuun vaikuttavien premissien valintaan kohdistuvista rajoituksista

Erittäin vaikean harkintavallan väärinkäyttöoppiin liittyvän kysymyksen muodostaa sen seikan selvittäminen, millaisia ovat ne rajoitukset, jotka hallintotoiminnassa kohdistuvat päätöksen premissien valintaan. Ongelman valaistamiseksi otettakoon ensin esille tilanne, jossa päätöksen tekijällä ei lainkaan ole harkintavaltaa. Tämä tapaus on käytännössä yksinkertainen, sillä vaikka havaittaisiinkin, että päättäjällä on ollut päätöksen tehdessään väärä motiivi tai tarkoituksperä, ei sillä voi olla vaikutusta hallintotoimen sisältöön. Kun harkintavaltaa ei ole, olisi tämän tehtävä joka tapauksessa uudelleen samansisältöinen päätös.

Tilanne muuttuu kuitenkin heti toisenlaiseksi, jos viranomaisella on harkintamarginaalia. Lähtökohtana voidaan tällöin pitää sitä, että väärällä motiivilla on oltava vaikutusta hallintotoimen sisältöön. Muussa tapauksessa ei harkintavallan käyttöön voida liittää oikeudellisia seuraamuksia.¹⁵ Asia ei kuitenkaan ole tällä selvä, vaan tämän jälkeen joudu-

¹⁴ Ks. myös *Eckhoff*, JFT 1964 s. 90—91, joka esittää kuvaavan esimerkin Norjan oikeuskäytännössä sattuneesta tapauksesta.

¹⁵ Ks. myös *Auby*, AJCL 1970 s. 558.

taan kysymään, millaisia sitten ovat ne rajoitukset, jotka premissien valintaan kohdistuvat.

Periaatteessa on ajateltavissa, että viranomaisen päätöksentekoon vaikuttavat näkökohdat ovat luonteeltaan *obligatorisia*, *fakultatiivisia* tai *kiellettyjä*.¹⁶

Kun kysymys on obligatorisista näkökohdista, on viranomaisen velvollisuutena sisällyttää ne ratkaisunsa premissistöön. Tällaiset pakolliset premissit ovat johdettavissa viime kädessä lain ratiosta.

Ensi silmäyksellä saattaisi vaikuttaa siltä, että kaikki muut kuin obligatoriset näkökohdat ovat päätökseen vaikuttavina tekijöinä kiellettyjä. On kuitenkin ajateltavissa, että obligatoristen näkökohtien ohella viranomainen voi ainakin eräissä tapauksissa harkintansa mukaan sisällyttää tai olla sisällyttämättä ratkaisun premissisiin tiettyjä näkökohtia, joita voidaan kutsua fakultatiivisiksi. Tällaiset näkökohdat sijoittuvat tavallaan obligatoristen ja kiellettyjen premissien välimaastoon. Suhteessa lain ratiioon fakultatiiviset näkökohdat ovat neutraaleja. Toisin sanoen kysymys on premisseistä, jotka eivät edistä lain ration toteutumista, mutta eivät toisaalta myöskään ole ristiriidassa sen kanssa.

Bernt on harkintavallan väärinkäyttöä koskevassa analyysissään aiheellisesti kiinnittänyt huomiota siihen, että neutraalien näkökohtien statuksen ymmärtämiseksi harkintavallan käytössä on obligatoristen ja fakultatiivisten premissien välisen jaottelun ohella syytä tehdä ero *pää-tarkoitusten* (hovedformål) ja *sivunäkökohtien* (sidehensyn) välillä.¹⁷ Tämän mukaisesti viranomaisella voi olla ratkaisua tehdessään joukko ns. päätarkoituksia ja ns. sivunäkökohtia. Näiden ohella on olemassa joukko näkökohtia, joita ei ollenkaan voida sisällyttää ratkaisun perusteisiin.

Viranomaisen on, kuten edellä on todettu, otettava ratkaisua tehdessään huomioon lain ratio. Tämän on heijastuttava ratkaisun premissien joukossa päänäkökohtana, seikkana, jolle on annettu muita tekijöitä vahvempi painoarvo. Ratiosta johdettava päänäkökohta on säännönmukaisesti luonteeltaan obligatorinen.

Obligatorisen päänäkökohdan ohella voi viranomainen toisinaan sisällyttää premissien joukkoon kuitenkin myös sivunäkökohtia, jotka eivät

¹⁶ Vastaavaa terminologiaa on käyttänyt Bernt, TfR 1978 s. 270 ss.

¹⁷ Ks. *ibid.* s. 306. — Kahtiajako päänäkökohtiin ja sivunäkökohtiin esiintyy yleisesti skandinaavisessa oikeuskirjallisuudessa. Sitä on käyttänyt esim. *Friha-gen*, *Forvaltningsrett* s. 91.

ole ratkaisuun vaikuttavina tekijöinä dominoivassa asemassa, vaikka ne saattavatkin vaikuttaa päätöksen sisältöön. Sivunäkökohdat voivat samoin kuin päänäkökohdatkin olla johdettavissa lain ratiosta, jolloin nekin saattavat olla luonteeltaan obligatorisia. Mutta yleensä on lähdettävissä siitä, että sivunäkökohdat kuitenkin ovat luonteeltaan fakultatiivisia. Puhuttaessa lain ration kannalta neutraaleista premisseistä on kysymys juuri tällaisista fakultatiivisista sivunäkökohdista.

Tanskan ja Ruotsin oikeuskirjallisuudessa on perinteisesti harkintavallan väärinkäyttöopissa annettu pääpaino seikoille, joilla on määräävä merkitys ratkaisun kannalta.¹⁸ Sen sijaan Norjassa oikeuskirjallisuus on lähtenyt avarammasta näkökulmasta eikä kiinnittänyt huomiota ainoastaan määrääviin seikkoihin. Niinpä esimerkiksi *Castberg* lähtee siitä, ettei vallan väärinkäyttötilanteissa ole välttämättä aina pidettävä lainvastaisena sitä, että viranomainen on ottanut huomioon sivunäkökohtana sellaisen seikan, joka päätarkoituksena olisi ollut laitton.¹⁹ Myös *Knoph* puhuu motiiveista, jotka eivät ole erityisen keskeisiä ratkaisun kannalta.²⁰ Hän pyrkii esityksessään osoittamaan, millaiset ei-keskeiset motiivit ovat sellaisia, että ratkaisu niiden läsnäolosta huolimatta on katsottava lainmukaiseksi. Vielä pitemmälle ovat myöhemmin menneet *Eckhoff* ja *Frihagen* kiinnittäessään tarkastelussaan huomiota siihen, mitä hallinto-
viranomaiset harkintavaltaa käyttäessään ylipäätään voivat ottaa huomioon.²¹ Vastaava kysymyksenasettelu toistuu myös tuoreimmissa harkintavallan väärinkäyttöä koskeissa *Berntin* ja *Boen* tutkimuksissa.²² Voidaankin ehkä sanoa, että harkintavallan väärinkäyttöön liittyvä tutkimus skandinaavisten maitten piirissä on tällä hetkellä pisimmälle kehitettyä juuri Norjassa, jossa sanotulla doktriinilla on jo puolivuosisataiset perinteet. Tosin on myönnettävä, että Norjassakaan ei sen paremmin teorian kuin käytännönkään pohjalta ole saatavissa tarkkaa selkoa siitä, miten laajalti muiden kuin ns. päänäkökohtien on katsottava olevan lainmukaisia, mutta tämä ei poista sitä tosiasiaa, että siellä on luotu nyansoimattomat edellytykset nykyajan tarpeita ja olosuhteita vastaavalle lähesty-

¹⁸ Ks. *Andersen*, Dansk Forvaltningsret s. 364 ja *Sundberg*, Grunddragen s. 68 ja 103.

¹⁹ Ks. *Castberg*, Innledning s. 206—207.

²⁰ Ks. *Knoph*, Hensiktens betydning s. 104.

²¹ Ks. *Eckhoff*, JFT 1964 s. 91 ja *Frihagen*, Kompetanse s. 296—297.

²² Ks. *Bernt*, TfR 1978 s. 253 ss. ja *Boe*, TfR 1978 s. 363 ss.

mistavalle vaikeissa ja problemaattisissa harkintavallan väärinkäyttöön liittyvissä kysymyksissä kuin muissa pohjoismaissa.

Suomen oikeuskirjallisuudessa ei sivunäkökohtien sallittavuuden ongelmaa juurikaan ole käsitelty. Merikoskikin on tyytynyt toteamaan ykskantaan, että tarkoitussidonnaisuuden soveltamisessa on kysymys vain sen selvittämisestä, minkä tarkoituksien toteuttamista varten valta määrätynlaisten hallintotoimien suorittamiseen on viranomaiselle uskottu, sekä sen tutkiminen, onko toimi sitten tosiasiallisesti suoritettu näiden vai jonkin muun tarkoituksen toteuttamiseksi.²³ Informatiivisempi on sen sijaan Hidénin esittämä käsitys, jonka mukaan lainsäätäjän asettamien tavoitteiden sitovuuteen sisältyy se, että viranomaisen tekemään päätökseen eivät saa lainkaan vaikuttaa seikat, joiden huomioon ottamista viranomaisen harkinnassa lainsäätäjän ei voida katsoa hyväksyneen.²⁴ Hänen mukaansa tarkoitussidonnaisuuden vaikutus ei toisin sanoen rajoitu kokonaisratkaisujen valintaan, vaan se ulottuu myös päätöksentekoa lievemmin ohjaaviin tekijöihin. Hidén ei kuitenkaan tarkemmin perustele käsityskantaansa, joten siihen on aiheellista suhtautua varauksellisesti. Yhtä hyvin voidaan väittää, että ratkaiseva merkitys hallintotoimen virheettömyyttä arvioitaessa on annettava päätarkoituksen laillisuudelle, joten laittomienkaan sivutarkoitusten ei välttämättä tarvitse tehdä päätöstä virheelliseksi puhumattakaan ns. fakultatiivisista sivunäkökohdista.

On myönnettävä, että Suomessa ongelma jää paljolti avoimeksi, sillä oikeuskäytännönkään pohjalta ei tässä suhteessa ole tehtävissä kiistattomia päätelmiä. Eräaseen miltei huomaamattomaksi jäävään yksityiskohtaan KHO:n antamissa harkintavallan väärinkäyttöä koskeissa ratkaisuissa on kuitenkin aiheellista kiinnittää huomiota. Esimerkiksi voidaan ottaa vuoden 1952 käänteen tekevä ratkaisu, jossa oli kysymys kioskien aukioloajoista (KHO 12.9.1952 T 4175). Siinä KHO katsoi, että kauppalanvaltuusto määritessään kioskien ja myyntipaikkojen aukioloajat erillaisiksi *vain* sillä perusteella, oliko kiosk tai myyntipaikka valtuuston vuokralle antama vai oliko sille aikaisemmin annettu pitennetty aukioloaika, oli käyttänyt harkintavaltaansa muuhun tarkoitukseen kuin mihin se oli ollut käytettävissä.

²³ Ks. Merikoski, Oikeussuojajärjestelmä s. 73.

²⁴ Ks. Hidén, Eduskunnan oikeusasiamies s. 129.

Ratkaisu on mahdollista ymmärtää sillä tavalla, että mikäli kauppalanvaltuuston käyttämä peruste olisi ollut tapauksessa ainoastaan sivunäkökohtana, mutta päätarkoituksena olisi ollut ratiosta johdettavissa oleva obligatorinen näkökohta, ei kysymyksessä ehkä olisi ollut harkintavallan väärinkäyttö. Toisin sanoen päätöksen virheellisyyden syynä sanotussa tapauksessa oli premissien epätäydellisyys eikä suinkaan se, että ne olisivat olleet lainvastaiset.

D. Kiellettyjen premissien luokittelusta

Harkintavallan väärinkäytön ilmenemismuotojen havainnollistamiseksi voidaan käyttää useita erilaisia luokituksia ja kategorioita. Eräs tapa on erottaa toisistaan harkintavallan *primäärinen* ja *sekundäärinen* väärinkäyttö.²⁵

Primääristä on luonteeltaan harkintavallan väärinkäyttö siinä tapauksessa, että viranomainen on käyttänyt valtaansa tarkoitukseen, joka ei ole sopusoinnussa julkisen intressin kanssa. *Auby* on Ranskan oikeutta erittelevässä kirjoituksessaan todennut vallan väärinkäytön ilmenevän käytännössä usein juuri tällaisessa primäärisessä muodossa. Ensimmäisenä ryhmänä hän mainitsee ne suhteellisen harvinaiset tilanteet, joissa päätöksentekijä on suorittanut hallintotoimen omassa yksityisessä, henkilökohtaisessa intressissään. Tällaiset tapaukset ovat epäilemättä Suomessakin harvinaisia. Toiseen ryhmään kuuluvat hallintotoimet, jotka viranomainen on suorittanut yksityistä henkilöä vahingoittaakseen. Huomattavasti yleisempiä ovat kuitenkin kolmanteen ryhmään kuuluvat ratkaisut, joiden tarkoituksena on jonkin yksityisen henkilön suosiminen huomioon ottamatta julkisen edun asettamia vaatimuksia. Tyypillisenä esimerkkinä tähän ryhmään sijoittuvista toimista voidaan mainita viran perustaminen räätälintyönä jollekin tietylle henkilölle tai virkamiehen virasta vapauttaminen tietyn henkilön saamiseksi hänen tilalleen. Samaan ryhmään kuuluvat toimenpiteet, joiden tarkoituksena on ollut jonkin yksityisen liikeyrityksen suosiminen julkiset intressit syrjäyttäen. Neljäntenä kategoriana ovat sellaiset tapaukset, joissa viranomainen on jättänyt huomiotta yleisen edun, vaikkakaan kysymys ei ankarasti ottaen ole yksityisen intressin edistämisestä. Esimerkkinä *Auby* mainitsee virka-

²⁵ Ks. *Auby*, AJCL 1970 s. 556—558.

miehen erottamisen tämän poliittisen vakaumuksen tai ammattiyhdistyssympatioitten takia.

Sekundäärisestä vallan väärinkäytöstä on kysymys silloin, kun viranomaisen, olkoonkin että se on toiminut yleisten etujen mukaisesti, ei ole ottanut huomioon sitä, missä tarkoituksessa toimivalta on sille annettu. Tällaisessa tapauksessa vallan väärinkäyttö saattaa ilmetä esimerkiksi kunnalliseen järjestyssääntöön sisällytettynä määräyksenä, jonka tarkoituksena on kunnan taloudellisten intressien edistäminen. Sekundäärisen harkintavallan väärinkäyttöön liittyvät tapaukset ovat käytännössä suhteellisen yleisiä.

Toisenlaisen kiellettyjä premissejä koskevan tyypittelyn on esittänyt *Eckhoff*. Eräänä harkintavallan väärinkäytön (*myndighetsmisbruk*) muotona hän mainitsee esityksessään *asiaankuulumattomat näkökohdat* (*utenforliggende hensyn*), jolla hän tarkoittaa sitä, että päätös ei saa perustua irrelevantteihin seikkoihin.²⁶ Esimerkkinä *Eckhoff* viittaa hallintotoimeen, jonka tarkoituksena on vihamiehen vahingoittaminen, ystävän auttaminen tai henkilökohtaisen hyödyn tavoittelu. Toisena harkintavallan väärinkäytön muotona *Eckhoff* pitää *premissien epätäydellisyyttä*. Tällöin on kysymys tapauksesta, jossa hallintoviranomainen ei ole harkintavaltaa käyttäessään ottanut huomioon riittävän useita näkökohtia. Voitaisiin esimerkiksi ajatella, että virkanimitysten yhteydessä on kiellettyä kiinnittää arvioinnissa huomiota pelkästään vaikkapa virkavuosiin. Kolmantena ryhmänä kirjoittaja mainitsee *ilmeisen kohtuuttomuuden* (*kvalifisert urimelighet*), joka Norjassa onkin saanut vakiintuneen aseman hallintotoimen kumoamisperusteena. Viimeisenä harkintavallan väärinkäytön muotona *Eckhoff* tuo esille *epäasiallisen diskriminoinnin* (*usaklig diskriminering*), joka viittaa lähinnä yhdenvertaisuusperiaatteen.

Käsitykset siitä, millaiset hallintotoimen premissit ovat kiellettyjä, luonnollisesti vaihtelevat eri oikeusjärjestyksissä eikä niin ollen ole luontevaa rakentaa systematiikkaa muualla kehitettyjen luokittelujen varaan. Niin ikään on ymmärrettävää, että kulloinkin kysymyksessä olevan tutkimuksen rakenne määräytyy sen omista lähtökohdista ja tavoitteista käsin. Tässä tutkimuksessa on ensi sijassa pyritty pitämään silmällä aiheen kannalta relevanttia oikeuskäytäntöä. Näin ollen ei esimerkiksi *Auby'n* sinänsä hyödyllinen skeema, joka perustuu lähinnä Ranskan oikeusjärjes-

²⁶ Ks. *Eckhoff*, JFT 1964 s. 89—92.

tyksestä saatuihin kokemuksiin, voi toimia luontevana pohjana seuravalle kiellettyjä premissejä käsittelevälle esitykselle, joka rakentuu ennen muuta korkeimman hallinto-oikeuden käytännössä esiintyneiden tapausten varaan. Tässäkin suhteessa on ollut tarpeen rajoittaa muuttamiin edustaviin esimerkkeihin.

E. Kielletyistä premisseistä soveltamiskäytännön valossa

1. Alustavia näkökohtia

Hallintotoiminnassa kiellettyjä päätösten premissejä ei ole mahdollista tyhjentävästi luetella. Periaatteessa kielletyt premissit ovat kuitenkin jaettavissa kahteen laajaan pääryhmään. Ensiksikin on olemassa joukko sellaisia vaikuttimia ja tarkoituksiperiä, jotka ovat kaikissa olosuhteissa kiellettyjä (*absoluuttisesti kielletyt premissit*). Tähän ryhmään kuuluvat sellaiset taustatekijät kuin henkilökohtaisen hyödyn tavoittelu, sukulaissuosinta, vihamiehen vahingoittamispyrkimys, poliittinen, uskonnollinen ja rodullinen diskriminointi.

Toiseen ryhmään kuuluvat tapaukset, joissa on kysymys premisseistä, jotka ovat kiellettyjä vain tietyissä yhteyksissä ja olosuhteissa (*relatiivisesti kielletyt premissit*). Hallintotoimet saattavat tällöin olla määrätyn viranomaisen suorittamina täysin lainmukaisia, kun taas toisen suorittamina niitä on pidettävä lainvastaisina. Hallinto on käytännössä organisoitu pitkälti sillä tavalla, että viranomaisen on hoidettava vain ja ainoastaan sille kuuluvat asiat. Niinpä esimerkiksi poliisin tehtävänä on toimintaansa säätelevien normien mukaisesti huolehtia yhteiskunnassa yleisen järjestyksen ja turvallisuuden ylläpitämisestä. Terveysviranomaisten tehtävänä puolestaan on terveyden- ja sairaanhoidon alaan kuuluvien tehtävien suorittaminen. Toisin sanoen hallinto on paljolti järjestetty sektorikohtaisesti, niin että kunkin viranomaisen on huolehdittava vain niiden päämäärien toteuttamisesta, jotka lankeavat sen omaan toimialaan. Ns. spesialiteettiperiaate asettaa omat rajoituksensa viranomaisen oikeudelle käyttää tietyntyyppisiä premissejä päätöstensä perustana.²⁷

Käytännössä on usein aiheuttanut ongelmia se, millä tavalla on suhtauduttava puoluepoliittisiin näkökohtiin hallintopäätösten premisseinä.

²⁷ Ks. Murén, Harkintavallan väärinkäyttö s. 12—15.

Tällöin ovat olleet etualalla varsinkin ns. poliittiset virkanimitykset. Harvinaisia eivät myöskään ole virkasuhteen katkaisemiseen liittyvät harkintavallan väärinkäyttöä koskevat tapaukset. Merkittävän kysymyksen muodostaa käytännössä niin ikään se, missä määrin on oikeutettua kiinnittää huomiota fiskaalisiin intresseihin viranomaistoiminnassa. Tarkoituksena on seuraavassa esityksessä tarkemmin syventyä soveltamiskäytännön valossa sanottuihin erityiskysymyksiin, jotka omalta osaltaan täydentävät kuvaa harkintavallan väärinkäyttöopin soveltamisesta hallinto-lainkäytössä. Samoin on aiheellista kiinnittää huomiota erikseen hallintopäätöksiin liitettävien ehtojen sallittavuuteen, mikä niin ikään on aiheuttanut ongelmia käytännössä.

2. Puoluesuosinnasta virkanimityksissä

Kirjallisuudessa on esitetty sellainen käsitys, että puoluenäkökohdat eivät missään olosuhteissa saa vaikuttaa päätöksentekoon hallinnossa.²⁸ Tätä kantaa ovat tutkijat nykyisin kuitenkin pitäneet oikeutetusti liian ahtaana.²⁹ Murén on todennut, että puoluepoliittiset näkökohdat voidaan yleensä, mutta ei suinkaan kaikissa tapauksissa katsoa lainvastaisiksi premisseiksi. Esimerkkeinä hän mainitsee valtuuston puheenjohtajan, kaupunginhallituksen ja lautakuntien jäsenten vaalit, joissa puoluenäkökohta on katsottava sallituksi. Jonkin verran epäselvempänä hän on sen sijaan pitänyt kaupunginjohtajan ja apulaiskaupunginjohtajan vaaleja. Ottaen huomioon sanottujen virkamiesten aseman ja tehtävät Murén tulee kuitenkin siihen tulokseen, että puoluepoliittiset konsideraatiot voidaan näissä tapauksissa ottaa huomioon ja hyväksyä.³⁰ Hän toteaa käytännössäkin tällä tavalla usein tapahtuneen ja katsoo menettelyn muodostuneen jo luonteeltaan jopa tapaoikeudelliseksi. Kysymyksen tarkempi selvittely edellyttää kuitenkin KHO:n käytännön tarkastelua, sillä mikäli ns. poliittiset virkanimitykset ylittää hyväksytään, joudutaan väistämättä erittäin vaikeitten rajanveto-ongelmien eteen.

Suomessa on virkanimitysten yhteydessä tapahtuvaa harkintavallan

²⁸ Ks. Kuuskoski—Hannus, Kunnallislaki s. 542.

²⁹ Ks. Merikoski, SKL 1967 s. 454—455, Murén, SKL 1969 s. 5 ja Österman, SKL 1973 s. 6—8. Ks. myös Bernt, TfR 1978 s. 248—249 ja Frihagen, Kompetanse s. 297—298.

³⁰ Ks. Murén, SKL 1969 s. 5

väärinkäyttöä perusteellisimmin käsitellyt oikeuskirjallisuudessa Merikoski,³¹ jonka huomion kohteena ovat olleet ennen muuta ns. poliittiset virkanimitykset.³²

Merikoski lähtee liikkeelle siitä vallitsevasta käsityksestä, että Suomen oikeusjärjestys ei estä poliittisessa toiminnassa hankittujen ansioitten huomioon ottamista virkaan pyrkijöitten kelpoisuus- ja sopivaisuusarvostelussa ja keskinäisessä pätevyysvertailussa. Sen sijaan palkintamotiivi (so. viran antaminen puolueetyössä kunnostautuneelle palkkiona siitä) on hänen mukaansa kokonaan vieras elementti. Vieraana Merikoski pitää myös nimityksiä, joiden taustalla on pyrkimys nimittää puolueen jäseniä virkoihin siinä tarkoituksessa, että he viran saatuaan toimisivat puolueen hyväksi. Täysin sopeutumaton järjestelmään on hänen mukaansa se, että »puolueen sisäiseksi asiaksi» jätetään, kenet se tahtoo asettaa sen »osuudeksi» valta puolueitten kesken sovittuun virkaan.

Vaikka virkanimitys perimmältään onkin vapaaharkintainen hallinto toimi, se on katsottava virheelliseksi, mikäli se suoritetaan jonkin muun tarkoituksiperän toteuttamiseksi kuin henkilökohtaisilta ominaisuuksiltaan sopivimman ja parhaaseen viranhoitoon pystyvän henkilön saamiseksi virkaan. Tällöin on kysymyksessä Merikosken mukaan tarkoitussidonnaisuuden loukkaaminen.³³ Periaatteellisesta lähtökohdastaan huolimatta Merikoski on kuitenkin täysin selvillä niistä vaikeuksista, joita tarkoitussidonnaisuuden soveltaminen virkanimityksiin käytännössä kohtaa.

Eritysisasemassa ovat virkanimitykset kunnallishallinnon alalla, jolla kysymys puoluepoliittisten virkanimitysten sallittavuudesta jää kokonaan

³¹ Ks. erit. Merikoski, Hallinnon politisoituminen s. 76—82.

³² Merikoski (ibid. s. 10) määrittelee poliittisen virkanimityksen puoluesyihin perustuvaksi suosinnaksi virkanimityksissä tarkoittaen tällä sitä, että objektiivisesti katsoen pätevämpi ja soveliaampi hakija tulee syrjäytetyksi sellaisen kandidaatin tieltä, jonka nimittämistä tietty puolue tai puolueyhmittymä pitää omien etujensa vuoksi tärkeänä.

³³ Ks. ibid. s. 80.

— Merikoski, Vapaa harkinta s. 183—184, on kiinnittänyt huomiota myös tapaukseen, jossa viranomainen julistaa viran uudelleen haettavaksi. Silloin ei hänen mukaansa saa motiivina olla se, että nimittävä viranomainen tahtoo kelpoiset hakijat syrjäyttäen saada virkaan määrätyn henkilön, joka ei ole ensimmäisessä viranhaussa virkaa hakenut. Viran täyttämättä jättämistä olisi tässä tapauksessa — huomioon ottaen hakemus- ja ehdollepanomenettelyn tarkoituksen — pidettävä tarkoitussidonnaisuuden vastaisena.

valtiosäännöllisen säätelyn ulkopuolelle.³⁴ Viime kädessä jää Merikosken mukaan KHO:n ratkaisusta riippumaan, miten tehokkaaksi laillisuusvalvonta kunnallisissa nimitysasioissa muodostuu. Vuonna 1968, jolloin Merikoski julkaisi teoksensa hallinnon politisoitumisesta, ei KHO:n käytäntö kuitenkaan vielä tarjonnut aineistoa selvien linjojen vetämiseksi. Merikoski kummeksuukin sitä, että ei ollut syntynyt runsasta KHO:n päätösaineistoa tapauksissa, joissa olisi jouduttu ottamaan kanta puoluepoliittisen motiivin vaikutukseen: »Varsin alistuvaisesti näyttään yleensä suhtauduttavan siihen, ettei ollenkaan kannata hakeutua tiettyyn kunnan virkapaikkaan, ellei kuulu määrättyyn puolueeseen.»³⁵ Merikosken havaintojen luomaa taustaa vasten on tässä aiheellista tarkastella oikeuskäytännön kehitystä nimitysasioissa teoksen »Hallinnon politisoituminen» ilmestymisen jälkeen.

Vuonna 1968 KHO ratkaisi kaksi harkintavallan väärinkäyttöön liittyvää nimitysvalitusta. Näistä ensimmäisessä oli kysymys valtuuston toimittamasta sairaalan kirurgisen osaston ylilääkärin vaalista, josta oli valitettu sillä perusteella, että valtuusto oli virkaa täyttäessään syylistynyt puoluesuosintaan.³⁶ KHO katsoi päätöksessään, ettei ollut näytetty valtuuston asettaneen valittua henkilöä puoluekannan tai puolueen jäsenyyden perusteella toisten hakijoitten edelle ja siten käyttäneen harkintavaltaansa muuhun tarkoitukseen kuin mihin se oli ollut käytettävissä.

Toisessa samana päivänä ratkaistussa tapauksessa oli kysymys kaupunginhallituksen suorittamasta kaupungin kiinteistöosaston sihteerin vaalista.³⁷ Valittaja lausui LO:lle toimittamassaan valituskirjassa kau-

³⁴ Ks. Merikoski, SKL 1967 s. 454. Ks. myös Murén, SKL 1969 s. 5, joka niin ikään on sitä mieltä, että kunnan viranhaltijaa valittaessa on nimittävän viranomaisen harkintavapaus paljon suurempi kuin valtion virkoja täytettäessä. Hänen mukaansa laaja valinnanvapaus viranhaltijan vaalissa kuuluu kunnallisen itsehallinnon luonteeseen.

³⁵ Ks. Merikoski, Hallinnon politisoituminen s. 80—81.

³⁶ Ks. KHO 1968 II 57.

³⁷ Ks. KHO 1968 II 59 (ään. 4—1). — Alempien virkamiesten nimityksiin liittyviä puoluesuosintaa koskevia valituksia oli eräissä tapauksissa esiintynyt KHO:n käytännössä aikaisemminkin. Ks. esim. KHO 1959 II 414. Tapauksessa oli knh ilmoittanut asutusneuvojan viran kunnassa asianmukaisen maatalouskoulutuksen ja mahdollisesti rakennustoimintaan perehtyneiden henkilöiden haettavaksi. Valtuusto valitsi 19 hakijan joukosta erään terveydenhoidonkatsastajan. Valittajat esittivät, että asutusneuvoksi oli valittu puoluepoliittinen järjestöhenkilö, jolla ei ollut minkäänlaista koulutusta eikä muutenkaan sellaista päte-

punginhallituksen syyllistyneen käsillä olevassa tapauksessa törkeään puoluesuosintaan. KHO katsoi tässäkin päätöksessään, ettei ollut näytetty nimittävän viranomaisen puoluekannan tai puolueen jäsenyyden perusteella asettaneen hakijaa toisten edelle ja siten käyttäneen väärin harkintavaltaansa. Ratkaisu syntyi äänestyksen jälkeen yhden jäsenen oltua eri mieltä. Hänen mukaansa valittu henkilö, joka tosin oli muodollisesti pätevä virkaan, oli kuulunut virka-ansioiltaan hakijoista heikoimpiin. Kun hänen valitsemiselleen selvästi ansioituneempien henkilöiden sijasta ei ollut esitetty pätevää perustetta, oli kaupunginhallituksen katsottava käyttäneen harkintavaltaansa muuhun tarkoitukseen kuin kunnan yhteiseksi hyväksi ja siten muuhun kuin mihin se lain mukaan oli ollut käytettävissä. Eri mieltä ollut jäsen oli siis valmis, huolimatta siitä, että nimitysasioissa on tarkoituksenmukaisuusharkinnalla keskeinen sija, ottamaan selvin sanoin kannan myös sopivaisuuskysymykseen.

Molemmat ratkaisut osoittavat epäsuorasti, että puoluesuosinta kunnallisissa virkanimityksissä merkitsee harkintavallan väärinkäyttöä,³⁸ vaikka KHO riittävän näytön puuttuessa päätyikin valitukset hylkäävään lopputulokseen.

Vuonna 1972 KHO ratkaisi tapauksen, jossa oli kysymys kauppalan maankäyttöasioitten, sivistystoimen sekä sosiaali- ja terveystoimen hallinnollisten johtajien virkojen täyttämisestä.³⁹ Valituksen tekijä esitti perusteluna valitukselleen muun ohella, että virat oli ennen niiden haetta-

vyyttä, jota asutusneuvojan virkaa hoitavalta henkilöltä oli vaadittava. Sen vuoksi ja kun hakijoiden joukossa oli ollut useita pätevyysvaatimukset täyttäviä henkilöitä ja valtuusto niin ollen oli käyttänyt harkintavaltaansa väärin, valittajat vaativat valtuuston päätöksen kumoamista. LO katsoi jääneen selvittämättä, että terveydenhoidonkatsastaja täytti ne pätevyysvaatimukset, jotka 16.3.1934 asutuslautakunnista annetun lain 3 §:n mukaan vaadittiin lautakunnan jäseneltä; sen vuoksi valtuusto valitessaan katsastajan oli jättänyt ottamatta huomioon kunnan jäsenten yhteisen edun ja käyttänyt harkintavaltaansa väärin. KHO puolestaan hylkäsi valituksen menettelyvirheen perusteella katsoessaan, ettei siinä kuulutuksessa, jolla kunnanhallitus oli julistanut viran asianmukaisen maatalouskoulutuksen saaneiden henkilöiden haettavaksi, ollut mainittu, että kelpoisia hakemaan virkaa olivat sellaisetkin henkilöt, jotka eivät täyttäneet sanottua pätevyysvaatimusta, kun tämä seikka on saattanut estää viimeksi mainittuja henkilöitä virkaa hakemasta.

³⁸ Ks. myös Merikoski, SKL 1967 s. 454—455, Murén, SKL 1969 s. 5 ja Österman, SKL 1973 s. 8.

³⁹ Ks. KHO 1972 II 51.

vaksi julistamista jaettu eri poliittisille puolueille niiden kesken tehdyn sopimuksen mukaisesti. KHO lausui päätöksessään asiakirjoista käyneen selville puolueiden valtuustoryhmien sopineen, että puheena oleviin hallinnollisten johtajien virkoihin valitaan sovitussa järjestyksessä sanottujen valtuustoryhmien ehdottamat henkilöt.

KHO totesi, että virat oli valituksenalaisilla päätöksillä täytetty siten, että niihin oli valittu sovittua puoluetta edustava henkilö. Hallinnollisen johtajan tehtävänä kauppalanhallituksen johtosäännön mukaan oli muun ohella valvoa hallinnonalansa toimintaa ja huolehtia alansa lautakuntien ja johtokuntien sekä näiden alaisten virastojen ja toimistojen yhteistoiminnan kehittämisestä kauppalan muiden viranomaisen kanssa. Kun otettiin huomioon nämä sekä muutkin johtosäännössä määritellyt hallinnollisen johtajan tehtävät kunnallishallinnon kehittämiseksi ja suunnittelemiseksi valtuusto valitessaan sanottuihin virkoihin niiden kelpoisuusehdot täyttävät henkilöt edellä mainitulla tavalla ei ollut käyttänyt väärin harkintavaltaansa eikä siis ollut mennyt toimivaltaansa ulommaksi.⁴⁰

Paljossa samankaltainen on KHO:n vuonna 1973 antama ratkaisu, jossa niin ikään oli kysymys siitä, että eräiden puolueiden valtuustoryhmien edustajat olivat sopineet, että täytettäväksi tarkoitettuihin virkoihin, muiden ohella taloussuunnittelupäällikön virkaan, valitaan sovitujen valtuustoryhmien esittämät henkilöt.⁴¹ Taloussuunnittelupäällikön virkaan oli katsottava valitun henkilö tämän sopimuksen mukaisesti. KHO päätyi ratkaisussaan siihen tulokseen, ettei sopimuksella kuitenkaan ollut loukattu tasapuolisuuden vaatimuksia. Kun otettiin huomioon taloussuunnittelupäällikön virkatehtävien luonne ja hänen asemansa kaupungin hallinnon ja talouden kehittämisessä, valtuuston ei katsottu käyttäneen väärin harkintavaltaansa tässäkin tapauksessa.

Sanotut kaksi ratkaisua eivät anna aiheutta olettaa, että KHO olisi poikennut aikaisemmin (KHO 1968 II 57 ja KHO 1968 II 59) omaksumastaan kannasta, jonka mukaan, näytön ollessa riittävä, on mahdollista ainakin periaatteessa saada viranomaisen päätös puoluesuosinnan perusteella kumotuksi. Puoluesuosinta puolestaan on kysymyksessä ainakin silloin, kun nimitys tapahtuu pelkästään hakijan puoluekannan tai puolueen jäsenyyden perusteella. Seikka, joka erottaa viimeksi referoidut

⁴⁰ Tapausta on kommentoinut Österman, SKL 1972 s. 52—53. Ks. myös sama, SKL 1973 s. 8—9.

⁴¹ Ks. KHO 5. 2. 1973 T 464.

kaksi tapausta vuoden 1968 ratkaisuista lienee lähinnä se, että hallintojohtajien ja talouspäällikön virat ovat valööriltään huomattavasti »poliittisempia» kuin ylläkäarin ja kiinteistösihteerin virat. Tähän käsitykseen viittaavat myös KHO:ssa laaditut asioiden käsittelyn yhteydessä syntyneet asiakirjat, joista ilmenee, että KHO:ssa ei ennen hallintojohtajien ja talouspäällikön vaaleista tehtyjä valituksia ollut jouduttu ratkaisemaan kysymystä siitä, voidaanko kuntaan perustettu selvästi poliittinen virka täyttää puoluenäkökohtiin huomiota kiinnittäen ilman että viranomaisen on katsottava syylistyneen harkintavallan väärinkäyttöön. Tässä mielessä oli siis kysymys merkittävistä ennakkotapauksellisista kannanotoista. Ratkaisujen perustelut ovat kuitenkin niin kryptisesti laaditut, että on tarpeellista yksityiskohtaisemmin syventyä niihin; siinä määrin merkittävästä asiasta on tässä yhteydessä kysymys. Voidaan esimerkiksi arvailla, merkitsevätkö ratkaisut ns. virkapaketoinnin yleistä hyväksymistä.

KHO:ssa laaditut asiakirjat osoittavat, että keskeisenä ongelmana on ratkaisuja tehtäessä pidetty täytettävän viran luonnetta eli siis sitä, onko kysymyksessä luonteeltaan *poliittinen virka*. Tästä on heti aluksi pidettävä erillään kysymys *vaalin poliittisesta luonteesta*. Kuten KHO:n ratkaisuista ilmenee, ovat vaalit kummassakin tapauksessa olleet selvästi poliittisia sikäli, että virkoihin on sovittu valittaviksi tietyn tai tiettyjen valtuustoryhmien erityistä luottamusta nauttivat henkilöt.

Poliittisten ja ei-poliittisten virkojen välinen ero on luonnollisesti häilyvä eikä liene mahdollista kehittää sellaista yleistä kriteeristöä, jonka varassa eri virat voitaisiin mekaanisesti luokitella jompaan kumpaan ryhmään kuuluviksi. Asteikon toiseen päähän kunnallishallinnossa sijoittuu kunnan ylin johto kuten esimerkiksi kunnanjohtajat ja apulaiskunnanjohtajat. Nämä virat ovat selvästi luonteeltaan poliittisia. Skaalan toiseen päähän taas kuuluvat lukuisat sellaiset rutiiniluontoiset virat, joiden hoitoon ei liity kunnallispoliittista harkintavallan käyttöä. Tyyppillisinä esimerkkeinä voidaan mainita kanslistien ja konekirjoittajien tehtävät.

KHO:n ratkaisujen taustalla lienee sellainen ajatus, että myös hallintojohtajien ja talouspäällikön virat ovat luonteeltaan poliittisia. Vastaa-vasti voitaneen päätellä, että koska kysymys on luonteeltaan poliittisten virkojen täyttämisestä, niin ne ovat täytettävissä poliittisin perustein. Ratkaisujen perustelut viittaavat samalla siihen, että viran poliittisuuden arvioinnissa on olennainen merkitys viranhaltijan viran luonteella. Mi-

käli asianomaisen viranhaltijan tehtäviin kuuluu tietynasteinen valvonta-, suunnittelu- ja kehittämisvastuu, niin virka voidaan katsoa luonteeltaan poliittiseksi. Merkitsevä kriteeri on tässä suhteessa niin ikään viranhaltijan asema hallintokoneistossa. Viime kädessä arviointi tapahtuu omaksutun kriteeristön puitteissa kussakin yksittäistapauksessa erikseen. Mikäli kysymyksessä on ei-poliittiseksi katsottava virka, joka on täytetty poliittisin perustein, syyllistyy nimittävä viranomaisen harkintavallan väärinkäyttöön. Siitä ei kuitenkaan käsillä olevissa KHO:n ratkaisuisa katsottu olevan kysymys. Toisenlaiseksi olisi tilanne muodostunut siinä tapauksessa, että esimerkiksi talouspäällikön virka olisi katsottu ei-poliittiseksi. Tätä taustaa vasten tulee ymmärrettäväksi se, että hallintojohtajien ja talouspäällikön nimityspäätöksiä ei tulkittu harkintavallan väärinkäyttöä sisältäviksi, vaikka kysymys oli kummassakin tapauksessa, asiassa saadun selvityksen valossa, ns. virkapaketoinnista. Samalla on aiheellista korostaa, että KHO:n ratkaisut eivät merkitse virkapaketoinnin yleistä hyväksymistä, vaan sellaisen menettelyn sallittavuus riippuu täytettävien virkojen luonteesta eli asianomaisen viranhaltijan asemasta ja tehtävistä kunnallishallinnossa. Ns. paketoinnissakin, silloin kun se on sallittua, on kuitenkin noudatettava poliittisen tasapuolisuuden vaatimuksia. Se, mitä tämä käytännössä merkitsee, jää tosin epäselväksi.

Tällainen on tilanne KHO:n ratkaisujen valossa. Kokonaan toinen asia on, voidaanko korkeimman hallintolainkäyttöelimen linjaa pitää yleiseltä kannalta suotavana ja oikeaan osuneena. Virkanimitysten yhteydessä vallitsevaa kaksinaismoraalia se ainakin on omiaan vähentämään. Mutta mikäli lähtökohtana pidetään sitä, että asiaankuulumattomat vaikuttimet eivät saa ohjata ratkaisutoimintaa, niin vaikeata on virkapaketointiin suhtautua hyväksyvästi. Tämän on ilmaissut kantanaan myös valtion keskushallintokomitea mietinnössään: »Hallitusmuodon säännökset huomioon ottaen eikä muutenkaan ole periaatteessa pidettävä asianmukaisena, että puolueiden kesken tehdään virkojen jako siten, että tietyt virkapikat katsotaan kuuluviksi tietyille puolueille.»⁴² Vastaavanlaisia käsitteitä on viime vuosien kuluessa esitetty useaan otteeseen ja monelta taholta, mutta mitään olennaisia muutoksia ei vallitsevassa käytännössä näytä tapahtuneen. Luultavasti onkin niin, että ainakin näillä näkymillä vaatimukset paketoinnin häviämisestä jäävät toteutumattomiksi toiveiksi.

⁴² Ks. kom.miet. 1978:22 s. 113—115.

3. Viran lakkauttaminen harkintavallan väärinkäyttönä

Merikoski on teoksessaan »Vapaa harkinta hallinnossa» esittänyt viran lakkauttamisen kouluesimerkkinä sellaisesta toimenpiteestä, jota voidaan käyttää tarkoitussidonnaisuuden periaatteen vastaisesti.⁴³ Hän mainitsee tapauksen, jossa valtion peruspalkkainen virka lakkautetaan, siinä tarkoituksessa, että päästäisiin eroon epämieluisasta valtakirjavirkamiehestä ja samanaikaisesti perustetaan vastaavia tehtäviä varten uusi virka. Kysymyksessä on lainvastainen päätös, sillä näin on hallitukselle kuuluvaa valtaa virkakoneiston uudelleen organisomiseen käytetty virkasuhteen katkaisemiseen.

Viran lakkauttamista ja siihen liittyvää harkintavallan käyttöä koskevat valitukset eivät ole olleet oikeuskäytännössäkään tuntemattomia. Varhaisemmasta praksiksesta mainittakoon KHO:n vuonna 1940 antama ratkaisu, jossa kysymys oli siitä, että kunnanvaltuusto oli päättänyt lakkauttaa kunnanlääkärin viran ja sanoa irti p.o. viran haltijan.⁴⁴ Valituksessaan tämä lausui, että hänet oli otettu virkaan sillä ehdolla, että jos hänet tahdottiin sanoa irti, irtisanomisen syyt oli erityisen sovintolautakunnan hyväksyttävä. Vapautuakseen noudattamasta kerrottua ehtoa valtuusto oli muodollisesti päättänyt lakkauttaa kunnanlääkärin viran. — LH hylkäsi valituksen. KHO pysytti päätöksen sikäli kuin oli kysymys viran lakkauttamisesta. Mitä asiaan muutoin tuli, niin valtuuston lakkautettuaan viran sanotulla tavalla ei voitu katsoa olevan velvollinen noudattamaan valittajan mainitsemää ehtoa. Ratkaisu tapahtui kuitenkin äänestyksen jälkeen (3—2—1). Vähemmistö oli samaa mieltä viran lakkauttamisesta, mutta kaksi jäsentä katsoi, että koska valtuusto päätöksellään oli ainoastaan päättänyt ryhtyä irtisanomaan valittajan virastaan, minkä jälkeen hänellä oli tilaisuus saattaa kysymys irtisanomisen pätevydestä sovintolautakunnan harkittavaksi, eikä valtuusto siis ollut mennyt toimivaltaansa ulommaksi eikä loukannut valittajan yksityistä oikeutta, ei muutoksen myöntäminen tullut kysymykseen. Sen sijaan yksi jäsen tuli siihen tulokseen, että koska kunnalla kunnanlääkäreä virkaan otettaessa asetetun ehdon mukaan oli oikeus irtisanoa lääkäri toimestaan

⁴³ Ks. Merikoski, Vapaa harkinta s. 59. Ks. myös Sundberg, Allmän förvaltningsrätt s. 183.

⁴⁴ Ks. KHO 1940 II 913. — Sanotusta ratkaisusta ks. tark. Aattonen, LM 1949 s. 41—42.

ainoastaan sellaisen syyn perusteella, jonka asiakirjoissa mainittu sovinto-lautakunta hyväksyi, mutta kunta ei ollut väittänytään sellaisen sovinto-lautakunnan hyväksymän syyn olevan olemassa, eri mieltä ollut jäsen halusi kumota valtuuston irtisanomispäätöksen.⁴⁵

Uudemmassa käytännöstä mainittakoon KHO:n vuonna 1972 antama ratkaisu,⁴⁶ jossa kunnanhallitus oli valtuustoaloitteen johdosta päättänyt ehdottaa valtuustolle, että kunnanjohtajan tehtävät jaettaisiin kahdelle henkilölle, hallinnolliset, taloudelliset ja niitä vastaavat edelleen nykyiselle kunnanjohtajalle sekä kunnallistekniset ja kaava-asiat apulais- ja tekniselle kunnanjohtajalle, mikä virka oli kiireellisesti perustettava. Samalla oli nykyinen kunnaninsinöörin virka lakkautettava ja sen haltija siirrettävä toisiin tehtäviin. Kunnanhallituksen ehdotuksen pohjalta valtuusto päätti velvoittaa kunnanhallituksen tekemään pikaisesti valtuustolle esityksen teknillisen johtajan viran perustamisesta kuntaan sekä lakkauttaa kunnaninsinöörin viran. Tämän valtuuston päätöksen LO kumosi laista poikkeavassa järjestyksessä syntyneenä. Valtuusto teki kuitenkin tämän jälkeen kunnanhallituksen suorittaman valmistelun pohjalta päätöksen kunnaninsinöörin viran lakkauttamisesta. Tästä päätöksestä tehdyn valituksen LO ratkaisi katsoen jääneen toteen näyttämättä, että po. asiaa ei olisi ennen sen ratkaisemista valtuustossa riittävästi valmisteltu tai että se muutoin oli syntynyt laista poikkeavassa järjestyksessä. Edelleen LO katsoi jääneen näyttämättä, että valtuusto, jonka toimivaltaan kuului kunnallisen viran lakkauttaminen, olisi sanotussa tapauksessa päättänyt siitä valittajan väittämässä tarkoituksessa hänen syrjäyttämisekseen vaan että lakkauttamiselle oli ollut asiallinen peruste kunnallisteknisten ja kaavakysymysten vastaisen hoidon tehostamiseksi virkojen uudelleen järjestämisellä. Tämän vuoksi ja kun päätöksen ei ollut myöskään katsottava loukanneen valittajan yksityistä oikeutta eikä olleen lainvastainen, LO KunL 175 §:n nojalla hylkäsi valituksen. KHO oli asiasta samaa mieltä kuin LO päätöksessään.

Kuten ratkaisusta käy ilmi ei valitus yllä mainitussa tapauksessa menestynyt, mutta tapaukseen liittyvistä asiakirjoista käy selvästi esille,

⁴⁵ Ks. myös KHO 1954 II 113, jossa oli kysymys kunnanhallituksen päätöksestä, jolla se oli irtisanonut kunnan kirjanpitäjän äitiyslomaa koskevan hakemuksen esittelyn yhteydessä. Vain yksi jäsenistä katsoi, että kunnanhallitus oli päätöksen tehdessään syyllistynyt harkintavallan väärinkäyttöön.

⁴⁶ Ks. KHO 13. 10. 1972 T 3935.

että viime kädessä oli kysymys näytön riittävydestä. Tässä suhteessa on erityisesti syytä kiinnittää huomiota Suomen Kunnallisliiton 2.9.1971 asiassa antamaan lausuntoon, jonka mukaan valtuuston päätösvallassa on lakkauttaa tarpeettomaksi käynyt virka ja perustaa tilalle mahdollisesti tarvittavat uudet virat. Liitto jatkaa kuitenkin lausuntoaan seuraavasti:

»Jos asiassa katsottaisiin näytetyksi, että tarkoituksena oli ollut perustaa kunnaninsinöörin virkaa suunnilleen vastaava uusi virka toisella virkanimikkeellä, olisi viran lakkauttamisella ehkä pyrittykin vain valittajan virkasuhteen katkaisemiseen. Kun kuitenkin asiassa on ollut kysymys kunnanjohtajallekin kuuluvien kunnallisteknisten ja kaavakysymysten vastaisen hoidon tehostamisesta, näyttää virkajärjestelyyn olleen objektiivisesti katsoen asiallinen syy. Harkintavallan väärinkäyttämistä ei näin ollen ole riittävää näyttöä.»

Tapaus osoittaa hyvin ne vaikeudet, joita valittaja kohtaa perustaessaan muutoksenhakunsa väitteeseen harkintavallan väärinkäytöstä. Tämä ilmenee myös KHO:n esittelymuistiosta, jossa todetaan asian jääneen jossain määrin epäselväksi. Sellainen varmasti tilanne olikin etenkin kun otetaan huomioon sen valtuustoaloitteen sisältö, johon virkojen uudelleen järjestely pohjautui. Aloitteessa nimittäin ehdotettiin, että kunnanjohtajan tehtävät jaettaisiin siitä syystä, että kunnassa oli teknisten ja kaavotustöiden suunnittelu sekä johto osoittautunut olleen huomattavassa määrin epäpätevissä käsissä, mistä oli aiheutunut virheitä, valituksia, ylempien viranomaisten muistutuksia, ikävää lehtikirjoittelua sekä rahallisia menoja.

4. Virasta vapauttaminen harkintavallan väärinkäyttönä

Epäsuosiossa olevasta viranhaltijasta vapautuminen turvautumalla viran lakkauttamiseen on tavallaan »hienostuneempi» harkintavallan väärinkäytön muoto kuin suoranainen virasta erottaminen tai irtisanominen asiattomin perustein. Tosin tällaisessakin tilanteessa valittaja saattaa joutua usein ylipääsemättömiin näyttövaikeuksiin varsinkin niissä tapauksissa, joissa vapauttamispäätöstä ei vallitsevan käsityksen mukaan ole tarpeellista lähemmin perustella. Vaikeuksia ei poista se, että viranhaltijan vapauttaminen ilman objektiivisesti pätevää syytä on periaat-

teessa katsottava harkintavallan lainvastaiseksi käyttämiseksi.⁴⁷ Tässä yhteydessä on tärkeätä korostaa sitä, että luopuminen vapauttamispäätöksen perustelemisselvällisyyden vaatimisesta merkitsee käytännössä tien avaamista harkintavallan väärinkäytölle hallintotoiminnassa.

Sanottu ajatus on epäsuorasti luettavissa esimerkiksi eräästä KHO:n ratkaisusta jo vuodelta 1933,⁴⁸ vaikka se ei selvästi perustunutkaan harkintavallan väärinkäytön kieltoa koskevaan periaatteeseen. Ratkaisussaan KHO kumosi kaupunginvaltuuston päätöksen, jolla se oli kehottanut köyhäinhoitolautakuntaa sanomaan lautakunnan sihteeri irti toimestaan siitä syystä, että tämä oli ryhtynyt lainkäyttöteitse hakemaan itselleen palkankorotusta holhouslautakunnan puheenjohtajan toimesta. KHO:n ratkaisu perustui tässä tapauksessa siihen, että kaupungin viranhaltijain palvelusehto-ohjesäännössä oli nimenomaan kielletty viranhaltijan irtisanominen ilman painavia syitä. Aattonen on pitänyt tapausta harkintavallan väärinkäyttönä ottaen erityisesti huomioon sen, että valtuustolle lähettämässään kirjeessä kaupunginhallitus oli lausunut, että valittajan menettely oikeudenkäyntiteitse hakea palkankorotusta oli hylättävää ja sopimatonta ja että yhteistyö kaupungin viranomaisten ja valittajan kesken sen vuoksi oli käynyt mahdottomaksi.⁴⁹ Myös Murén on ollut sitä mieltä, että lopputuloksen olisi pitänyt olla sama, vaikkei palvelusehtosäännössä olisikaan ollut sanottua kieltoa.⁵⁰ Käsityksensä tueksi hän viittaa erääseen OKa:n vuonna 1934 kertomuksessaan esittämään kannanottoon.⁵¹ Kertomuksessa OKa lausui muun ohella seuraavasti:

»Laki ei siis ole sitonut puheenaolevan viranomaisen ratkaisuoikeutta mihinkään määrättyihin syihin, vaan on jättänyt tälle vapaan harkintavallan. Kuitenkin on ilmeistä, että tällöin on noudatettava objektiivista harkintaa ja ettei vapautuksen perusteeksi saa panna mitä hyvänsä mielivaltaisesti valittua seikkaa, vaan vapautuksen tulee perustua sellaisiin seikkoihin, joilla on merkitystä toimen hoidolle.»⁵²

47 Ks. esim. Murén, Harkintavallan väärinkäyttö s. 15.

48 Ks. KHO 1933 I 31.

49 Ks. Aattonen, LM 1949 s. 39.

50 Ks. Murén, Harkintavallan väärinkäyttö s. 16.

51 Ks. OKa:n kert. 1934 s. 50.

52 Sellaisena seikkana saatetaan pitää esimerkiksi jatkuvaa sairastelua. Ks. KHO 8.10.1968 T 4857.

OKa:n kannanotossa oli tosin kysymys nimittävän viranomaisen oikeudesta vapauttaa valtion pysyväinen toimenhaltija toimestaan, mikä VirkamL (202/26) 2 §:n mukaan voi tapahtua kun siihen harkitaan olevan syytä, mutta kuten Murén on todennut, OKa:n esittämät näkökohdat soveltuvat yhtä hyvin kunnallisella sektorilla.⁵³

Myös myöhemmästä oikeuskäytännöstä on löydettävissä KHO:n ratkaisuja, joissa on ollut kysymys harkintavallan väärinkäytöstä virasta vapauttamisen yhteydessä.

Vuonna 1969 KHO ratkaisi tapauksen, jossa kunnanvaltuusto oli päättänyt irtisanoa kunnan kouluhammaslääkärin sivuvirasta sillä perusteella, että kunnan hammashoidon järjestely vaati mainitun irtisanomisen toimittamista.⁵⁴ Viranhaltija valitti valtuuston päätöksestä LO:lle ja lausui, että irtisanomisen ainoana syynä oli ollut hänen muuttamisensa asumaan toiseen kuntaan, minkä johdosta hän oli irtisanoutunut työnantajakunnan hänen käyttöönsä antamasta asunnosta. Kun mainittua asuntoa ei ollut määrätty virka-asunnoksi, ei valittajan mielestä voitu katsoa, että hän oli velvollinen siinä asumaan ja että asunnosta luopuminen merkitsi koko virkasuhteen irtisanomista. Uuden asuinpaikan ja työpaikan välinen etäisyys oli lisäksi vain 15 km ja tie niiden välillä valtatie, joten hänen virkatehtäviensä hoitaminen ei kärsinyt asumisesta toisen kunnan alueella. Valtuusto oli valittajan käsityksen mukaan niin ollen päätöksellään pyrkinyt kaventamaan hänelle HM 7 §:n mukaan kuuluvaa oikeutta vapaasti valita asuinpaikkansa ja siis menetellyt lainvastaisesti. Kunnanvaltuusto puolestaan selityksessään vastusti valituksen hyväksymistä esittäen, että hammaslääkäri oli ilman terveydenhoitolautakunnan suostumusta vähentänyt vastaanotto-päivien määrää kunnassa noudatetun käytännön mukaisesta kuudesta päivästä kolmeen päivään viikossa. Irtisanomisen tärkeimpänä syynä oli kuitenkin selityksen mukaan ollut se, ettei kouluhammaslääkäri enää tulisi asumaan kunnassa ja hänkin kunnan virkasäännön määräyksen mukaan oli velvollinen asumaan niin lähellä virantoimituspaikkaansa tai piiriään, ettei viranhoito kärsinyt asunnon etäisyyden vuoksi. LO katsoi asiakirjoista saadun selvityksen perusteella, ettei sivuviran hoitaminen edellyttänyt viranhaltijan asumista kunnassa eikä ollut esitetty muutakaan perustetta, jolla hammaslääkäri voitiin ilman erityistä syytä

⁵³ Ks. Murén, Harkintavallan väärinkäyttö s. 16.

⁵⁴ Ks. KHO 1969 II 45.

estää kunnan viranhaltijana ollessaan vapaasti valitsemasta asuinpaikkansa. Niin ollen oli kunnanvaltuusto perustaessaan päätöksensä siihen, että hammaslääkäri oli muuttanut asumaan kunnan ulkopuolelle, päätöksen tehdessään käyttänyt väärin harkintavaltansa ja siten mennyt toimivaltaansa ulommaksi, minkä vuoksi LO ottaen huomioon KunL 175 §:n kumosi valtuuston päätöksen. KHO ei katsonut aiheelliseksi muuttaa LO:n päätöstä.⁵⁵

Kouluhammaslääkärin irtisanomista koskeva KHO:n ratkaisu on täysin oikeaan osunut. Vaikka onkin myönnettävä, että vielä nykyäänkin virkamiehen erityiseen vallanalaisuuteen palautuvan ajattelun kannattelemana vallitsee sellaisia käsityksiä, että virkamiehen kohdalla voidaan tarvittaessa poiketa HM 7 §:ssä lausutusta periaatteesta, jonka mukaan Suomen kansalainen saa vapaasti valita maassa asuinpaikkansa, niin perusoikeuksia korostavan suuntauksen mukaisesti virasta vapauttamisen syynä ei nykyaikana enää tulisi missään olosuhteissa pitää sitä, että viranhaltija ei alistu vaatimukseen asua tietyllä paikkakunnalla, ellei tämä vaatimus perustu lain nimenomaiseen säännökseen. Ellei tällaisia säännöksiä ole annettu, on tämän mukaisesti sääntönä se, että vir-

⁵⁵ Ks. myös KHO 1959 I 13, jossa niin ikään oli kysymys harkintavallan väärinkäyttöön viittaavista piirteistä. Sanotussa tapauksessa oli kysymys työväenopiston johtajan oikeudesta asua asianomaisen kunnan läheisyydessä sijaitsevassa kaupungissa. KHO katsoi ratkaisussaan asiakirjoista käyvän selville, että johtajan viran hoitaminen ei edellyttänyt kunnassa asumista ja että kunnan virkasääntöön sisältyvän määräyksen, jonka mukaan viranhaltijalla oli velvollisuus asua kunnan alueella, ei sen vuoksi voitu katsoa kuuluvan sellaisiin viranhaltijan virkasuhdetta, palkkauksen sääntelyä tai virkaan nimittämisjärjestystä koskeviin määräyksiin, joista säädetään KunL 97 §:n mukaan virkasäännössä. Sen takia ja kun ei ollut esitetty myöskään muuta perustetta, jonka nojalla kunnan viranhaltijana toimivan kansalaisen oikeutta vapaasti valita asuinpaikkansa voitaisiin ilman erityisiä syitä rajoittaa, kumosi KHO lainvastaisena valtuuston päätöksen, jolla se oli velvoittanut viranhaltijan, sikäli kuin tämä edelleen halusi pysyä virassaan, asumaan kunnassa. — *Rytkölä*, NAT 1963 s. 233 on mainittua tapausta käsitellessään aiheellisesti kiinnittänyt huomiota siihen, millä tavalla valtuusto oli perustellut ratkaisunsa. Valtuuston käsityksen mukaan ei kunnan kannalta ollut tarkoituksenmukaista, että työväenopiston johtaja asuu kunnan ulkopuolella siitä syystä, että tällä tavalla kunta jäisi johtajan palkkatuloista saatavia veroja vaille. Tästä näkökulmasta katsoen oli kysymys selvästikin tarkoitussidonnaisuuden loukkaamisesta. — Virkamiehen asuinpaikkaa koskevasta soveltamiskäytännöstä ks. myös KHO 1963 II 206, KHO 1968 II 104 ja KHO 9.1.1976 T 48. — Oikeuskirjallisuudesta ks. Rytkölän em. esityksen ohella *Hannus*, Uusi kunnallislaki s. 282—283, *Mentula*, SK 1976 s. 1480.

kamieskin saa vapaasti valita asuinpaikkansa. Kokonaan toinen asia on se, että mikäli asuinpaikka *tosiasiallisesti* vaikuttaa ja sen voidaan todeta vaikuttavan haitallisesti viran hoitamiseen, saatetaan virkamies tapauksesta riippuen irtisanoa virastaan. Oikeudelliselta kannalta ei tällöin irtisanomisperusteena kuitenkaan ole virkamiehen asuinpaikan valinta, vaan irtisanomisen syynä on se, ettei virkamies ole kyennyt asianmukaisesti hoitamaan hänelle kuuluvia virkatehtäviä.

Myös eräs KHO:n vuonna 1970 antama irtisanomista koskeva ratkaisu on harkintavallan väärinkäytön kannalta mielenkiintoinen. Kysymys oli tapauksesta, jossa kuntainliiton liittohallitus oli päättänyt irtisanoa työlaitoksen sosiaalihuoltajan virastaan.⁵⁶ Sosiaalihuoltaja valitti päätöksestä LO:lle ja lausui, ettei häntä ennen päätöksen tekemistä ollut kuultu ja ettei liittohallituksen päätöksessä ollut esitetty syytä irtisanomiseen. Tämän vuoksi ja koska hän ei ollut syyllistynyt mihinkään virkavirheeseen, laiminlyöntiin tai sopimattomaan käyttäytymiseen virassa tai sen ulkopuolella, liittohallitus oli valittajan käsityksen mukaan syyllistynyt harkintavallan väärinkäyttöön. LO katsoi jääneen näyttämättä, että liittohallitus päättäessään irtisanomisesta oli käyttänyt harkintavaltansa muuhun tarkoitukseen kuin mihin se voimassa olevien säännösten ja määräysten mukaan oli ollut käytettävissä. KHO puolestaan katsoi, että kuntainliiton viranhaltija voitiin irtisanoa virastaan virkasäännössä määrättyä irtisanomisaikaa noudattaen syytä irtisanomiseen ilmoittamatta ja, kun ei kuntainliiton perus-, ohje- eikä virkasäännössä ollut määräystä viranhaltijan kuulemisesta, myös häntä etukäteen kuulematta. Liittohallituksen ei siis katsottu käyttäneen väärin harkintavaltansa irtisanoessaan työlaitoksen sosiaalihuoltajan.

Merkittävää tapauksessa oli, ettei LO sen paremmin kuin KHO:kaan velvoittanut liittohallitusta lähemmin selvittämään irtisanomisen syitä. Tällainen menettely ei ole sopusoinnussa kohtuullistenkaan oikeusturva-vaatimusten kanssa.⁵⁷ KHO:n yksi jäsen oli kuitenkin eri mieltä. Hänen

⁵⁶ Ks. KHO 1970 II 59.

⁵⁷ Kysymys irtisanomisperusteiden ilmaisuvelvollisuudesta oli aikoinaan esillä myös Suomen kaupunkien ja kauppalaisten sihteerien yhdistyksen vuosikokouksessa (18.—19. 6. 1949), jossa apulaiskaupunginsihteerin Blomberg katsoi, että milloin halutaan päästä irti viranhaltijasta, irtisanomisperusteita ei pitäisi ilmaista, jos viranhaltija voidaan irtisanoa milloin vain. Kantaansa hän perusteli sillä, että mikäli irtisanominen toimitetaan ilmoittamalla samalla irtisanomisen syyt, joudutaan, jos nämä syyt todetaan pätemättömiksi, maksamaan eläkettä. Esitel-

mukaansa liittohallituksen oli katsottava käyttäneen sillä irtisanomisen suhteen ollutta harkintavaltaa väärin, koska liittohallitus vastoin valittajan asiassa esittämää selvitystä ei ollut selvittänyt, että sen päätös viranhaltijan irtisanomisesta oli perustunut asiallisesti hyväksyttävään syyhyn. Enemmistönkään kannanottoa ei luonnollisesti pidä ymmärtää sillä tavalla, että muut kuin objektiivisesti hyväksyttävät syyt voivat periaatteessa olla irtisanomisen perusteena. Tämä käy selvästi ilmi myös ratkaisun tausta-aineistosta. Sitäkin oudoksuttavammalta vaikuttaa KHO:n enemmistön lopputulema. Oikeusturvallisuuden kannalta on kuitenkin tapahtunut myönteistä kehitystä sanotun vuonna 1970 annetun ratkaisun jälkeen, sillä nykyisin kunnallisiin virkasääntöihin sisältyy määräys, jonka mukaan peruste irtisanomista koskevassa päätöksessä on mainittava.⁵⁸

Hallintopäätösten perusteluvelvollisuutta koskevaan laajaan ja sinänsä tärkeään ongelmaan ei tässä tutkimuksessa ole mahdollisesta tarkemmin syventyä. Todettakoon vain, että useissa yhteyksissä on viime vuosien kuluessa kiinnitetty huomiota perusteluvelvollisuuden puutteelliseen sääntelyyn Suomen oikeusjärjestyksessä. Erityisesti on aiheellista viitata *Vuorisen* seikkaperäiseen tutkimukseen perusteleminenvelvollisuuden ulottuvuudesta hallinnossa ja hallinnollisessa lainkäytössä, jossa hän tulee siihen tulokseen, että velvollisuus perustella hallintopäätökset ei ole kyllin kattava, jotta sen voitaisiin sanoa vastaavan päätöksen perustelujen muuttunutta ja kasvanutta merkitystä.⁵⁹ Kirjoittaja katsookin, että tämän vuoksi olisi kysymys hallintopäätösten perustelemisestä säänneltävä yhtenäisesti, mikä olisi soveliaimmin suoritettavissa erityisessä hallintomenettelylaissa.

Oikeusministeriössä sittemmin laadittuun ehdotukseen sisältyykin tällainen perusteleminenvelvollisuutta koskeva yleissäännös (25 §),⁶⁰ joka epäilyksittä merkitsee parannusta nykyiseen tilanteeseen verrattuna. Säännöksen mukaan päätös on perusteltava ilmoittamalla sen perusteena olevat pääasialliset syyt ja säännökset. Perustelu voidaan kuitenkin

möitsijänä tilaisuudessa esiintynyt Murén oli puolestaan sitä mieltä, että myös irtisanomiseen pitää olla pätevä peruste, pitäen häpeällisenä, moraalittomana ja kelvottomana sitä, ettei irtisanomisen syytä ilmoiteta. — Murénin kannanotosta ei ole mitään poistettavissa eikä siihen mitään lisättävissä.

⁵⁸ Ks. *Hannus*, Uusi kunnallislaki s. 287.

⁵⁹ Ks. *Vuorinen*, Päätöksen perusteleminen s. 85.

⁶⁰ Ks. *Rihto—Kandolin—Vuorinen*, Ehdotus hallintomenettelylaiksi s. 327.

kin jättää ilmoittamatta: 1) jos päätöksellä hyväksytään vaatimus, joka ei koske toista asianosaista, tai jos perusteleminen on muusta syystä ilmeisen tarpeetonta; 2) jos asia koskee palvelussuhteeseen tai vapaaehtoiseen koulutukseen ottamista taikka tutkimusapurahan tai siihen verrattavan avustuksen myöntämistä; tai 3) jos perustelua ei voida laatia asian kiireellisyyden takia tai viivyttämättä huomattavasti päätöksen antamista.

Niin odotettu ja tarpeellinen kuin perusteluvelvollisuutta koskevan yleissäännöksen antaminen hallintomenettelylain säätämisen yhteydessä onkin, ei kuitenkaan ole aiheellista otaksua, että harkintavallan väärinkäytön ongelma on sillä poistettu päiväjärjestyksestä. Pitkälle toteutettu perustelupakko on hyvin järjestetyn oikeusturvan edellytys, mutta ei välttämättä sen tehokas tae, sillä useimmiten rutinoitunut ja asiansa tunteva virkamies ja viranomainen pystyy esittämään ratkaisunsa tueksi sellaisia objektiivisilta vaikuttavia premissejä, joiden kiistäminen on valittajalle vaikea, jopa ylivoimainen tehtävä.

Virasta vapauttamista lievempiin sanktioihin kuuluvat sellaiset virkamieheen kohdistuvat kurinpidolliset toimenpiteet kuin esimerkiksi varoituksen antaminen. Kurinpitokysymyksissäkin saattaa viranomainen käyttää harkintavaltaansa muuhun kuin siihen tarkoitukseen johon se on myönnetty. Aivan tuoreena tähän liittyvänä tapauksena voidaan mainita KHO:n 7.3.1979 antama ratkaisu (T 1096), jossa tosin ei ollut kysymys varsinaisesta kurinpitotoimenpiteestä vaan virkamiehelle annetusta huomautuksesta.⁶¹

Ratkaisussa oli kysymys siitä, että kaupunginarkkitehti oli kirjoittanut Suomen Kunnallislehteen kunnan viranomaisten toimintaa arvosolevan artikkelin. Kaupunginhallitus antoi arkkitehdille huomautuksen sopimattomasta menettelystä perustellen toimenpidettään sillä, ettei sanotulta virkamieheltä ollut pyydetty kirjoitusta yksityishenkilönä ja että tämä oli käyttänyt kirjoituksessaan kaupungin luottamushenkilö- ja virkamieskunnasta ilmaisuja, jotka eivät julkisuudessa sopineet kaupungin virkamiehelle. LO katsoi valituksen johdosta antamassaan päätöksessä, että kaupunginhallituksen velvollisuutena oli ollut kaupunginhallituksen ohjesäännön määräykset ja KunL 92 § 1 mom:n säännökset huomioon

⁶¹ Varoituksen, huomautuksen, nuhteiden ja niihin verrattavien toimenpiteiden oikeudellisen merkityksen epäselvyydestä ks. tark. Hallberg, Hallinto-oikeudellinen valitus s. 365—376.

ottaen valvoa muun ohella, että kaupungin viranhaltijat toimivat kaupungin etujen mukaisesti. Sanottuun valvontavelvollisuuteen oli katsottava sisältyneen valta antaa huomautus viranhaltijalle, mikäli tämä kaupunginhallituksen käsityksen mukaan oli menetellyt kaupungin etujen vastaisesti. Asiakirjoista saadun selvityksen perusteella kaupunginhallitus ei ollut LO:n käsityksen mukaan käyttänyt harkintavaltaansa muuhun kuin mihin se edellä mainittujen säännösten ja määräysten mukaan oli ollut käytettävissä eikä siten mennyt toimivaltaansa ulommaksi. Äänestyksen jälkeen (3—2) antamassaan ratkaisussa KHO puolestaan katsoi, että ilmaistessaan käsityksensä, joka sisälsi kaupungin viranomaisten kannanottojen asiallista arvostelua, arkkitehdin ei voitu katsoa menetelleen hänelle kuuluvien virkavelvollisuuksien vastaisesti eikä muutoinkaan sillä tavoin sopimattomasti tai kaupungin edun vastaisesti, että kaupunginhallituksella ohjesääntönsä nojalla olisi ollut mainitsemillaan perusteilla valta huomautuksen antamiseen. Vähemmistö oli omalta osaltaan valmis kuitenkin pysyttämään LO:n päätöksen.

KHO:n enemmistön käsitykseen, joka sinänsä on merkityksellinen sisältäessään kannanoton vaikeaan virkamiehen uskollisuusvelvollisuuden ja ilmaisuvapauden väliseen kollisiotilanteeseen,⁶² ei tässä yhteydessä ole mahdollista tarkemmin syventyä. Harkintavallan väärinkäytön kannalta sen sijaan on mielenkiintoista kohdistaa huomio LO:n päätökseen, joka pysyttämisen kannalle myös vähemmistö KHO:ssa asettui.

LO:n päätöksen formulointi viittaa siihen, ettei kaupunginhallitus ollut huomautuksen antaessaan syylistynyt sille kuuluvan harkintavallan väärinkäyttöön. LO:n käyttämä päätöskonstruktio on tulkittavissa tarkoitussidonnaisuuden ja samalla myös objektiviteettiperiaatteen sovellutukseksi. LO:n tulkinnan mukaan viranhaltijan käyttäytymistä on tarkasteltava kaupunginhallituksen määräysten ja KunL 92 § 1 mom:n pohjalta niin, että kaupungin viranhaltijan velvollisuutena on toimia kaupungin etujen mukaisesti. Ratkaisu ilmentää sitä ajatusta, että huomautuksen antaneen viranomaisen motiivit ja tarkoituksetperät olivat sopusuhteissa edellä mainittujen säännösten ja määräysten ration (so. kaupungin edun turvaamisen) kanssa ja että toimenpide perustui myös objektiivisesti hyväksyttäviin kyllin painaviin asiallisiin syihin. Virkamiehen ilmaisuvapauden kannalta katsoen oli kuitenkin erinomainen asia,

⁶² KHO:n ratkaisun tästä puolesta ks. tark. *Ala-Kurhila*, SKL 8/1979 s. 8—9, ja *Pere*, SKL 8/1979 s. 10—11.

että KHO:n enemmistö käsillä olevassa tapauksessa valitsi toisen tarkastelukulman suorittaessaan vertailun virkamiehen uskollisuusvelvollisuuden ja ilmaisuvapauden välillä.

5. Fiskaalisista intresseistä

Yleisenä lähtökohtana voidaan pitää sitä, että julkisyhteisön velvollisuutena on taloudellisista eduistansa huolehtiminen ja niiden valvominen. Tämä periaate koskee yhtä hyvin valtion kuin kuntienkin toimintaa. Julkisyhteisön taloudelliseen aktiviteettiin kohdistuu kuitenkin erinäisiä valtio- ja oikeusjärjestyksestä johtuvia rajoituksia. Niinpä vallitsevana käsityksenä voidaan pitää esimerkiksi sitä, että kunnan toimialaan ei Suomessa kuulu voiton tavoittelemiseksi tapahtuvan liiketoiminnan harjoittaminen.⁶³ Tätä rajoitusta ei kuitenkaan ole pidetty esteenä yksityiseen sektoriin kuuluvien tehtävien hoitamiselle kunnan nimissä, mikäli niiden hoitamista motivoivat muut tekijät kuin taloudellisen voiton tavoittelu eli tehtävä on luonteeltaan »kunnan yhteinen».⁶⁴ Valtion tehtäväpiiri sen sijaan on väljempi eikä voittoa tavoitteleva liiketoimintakaan ole samankaltaisten rajoitusten alaista kuin kunnallisella sektorilla.

Tässä yhteydessä ei kuitenkaan ole tarkoituksena pohtia tarkemmin sinänsä olennaista ja yhteiskuntajärjestyksen rakenteeseen kiinteästi kytkeytyvää kysymystä julkisyhteisön oikeudesta asettua yrittäjän rooliin. Harkintavallan väärinkäyttöön soveltamisen kannalta sen sijaan on tärkeätä korostaa sitä näkökohtaa, että julkisyhteisö syyllystyy lainvastaiseen menettelyyn, mikäli se pyrkii taloudellisen hyödyn saavuttamiseen asiaankuulumattomassa yhteydessä.

Esimerkkinä tällaisesta tapauksesta voidaan mainita elinkeinolupien myöntäminen kunnan taloudellisten etujen mukaan.⁶⁵ Fiskaalisia näkökohtia saattaa usein liittyä niin ikään rakennusoikeudelliseen päätöksentekoon. *Murén* onkin kiinnittänyt huomiota siihen, onko ja minkälaisissa tapauksissa sekä kuinka suuressa määrin kaupungilla oikeus tehdä tontin rakennusoikeuden laajentaminen riippuvaksi siitä, että tontinomistaja maksaa kaupungille rahakorvauksen tällaisesta laajentamisesta.⁶⁶ Peri-

⁶³ Ks. tark. *Holopainen*, Kunnan asema s. 416.

⁶⁴ Ks. *ibid.* s. 417.

⁶⁵ Ks. *Kuuskoski—Hannus*, Kunnallislaki s. 542.

⁶⁶ Ks. *Murén*, Harkintavallan väärinkäyttö s. 15.

aatteessa sanotunlaista ehtoa voitaneen pitää lainvastaisena, asiayhteydelle vieraana premissinä.⁶⁷

Oikeuskirjallisuudessa on *Larma* maininnut rakennus- ja kaavoituslainsäädännön alalta tapauksen, jossa alue osoitetaan kaavassa puistoksi siinä tarkoituksessa, että se näin saataisiin lunastetuksi kunnalle ja voitaisiin myöhemmin käyttää asemakaavaa muuttaen rakennustoimintaan.⁶⁸ Päätökseen sisältyy tällöin hänen mukaansa harkintavallan väärinkäyttöä. Samaa mieltä on ollut *Hyvönen*, joka on korostanut, että tähän käsitykseen pitäisi myös oikeuskäytännön palata.⁶⁹ Tarkoitussidonnaisuuden periaate edellyttää, että kaavaa laadittaessa pidetään silmällä kaavoituslainsäädännössä säädettyjä asemakaavallisia näkökohtia eikä anneta niille vieraiden päämäärien vaikuttaa päätöksentekoon. Sama koskee tapausta, jossa asemakaavaa laadittaessa järjestetään yksityisten tonttien rakennusoikeus vähäiseksi tarkoituksena se, että tällä tavalla edistettäisiin alueen saamista kaupungin omistukseen.⁷⁰

Kysymys voi olla harkintavallan väärinkäytöstä, vaikka hallintotoimen tavoite sinänsä saattaa olla hyväksyttävä. Lainvastaisuuden aiheuttaa tällöin se, että käytettyä keinoa esimerkiksi painostusvälineenä ei voida pitää legitiiminä juuri asiayhteyden puuttumisen takia. Niinpä kieltäytyminen vaikkapa soran myynnistä kunnan jäsenelle sillä perusteella, että tämä on jättänyt suorittamatta kaupungille vesi- ja sähkömaksuja, merkitsee harkintavallan väärinkäyttöä.⁷¹ Vaikka myyntipäätöksen tekeminen kuuluukin kunnan vapaaseen harkintavaltaan, ei kieltäytymistä ole lupa käyttää rangaistuksena sen paremmin kuin painostuskeinona maksujen suorittamiseen.

Hallintopäätöksen premissien asiaankuulumattomuuden ohella on viitattava tapauksiin, joissa fiskaalisten näkökohtien huomioon ottaminen on kyllä hyväksyttävissä, mutta joissa lisäksi on sisällytettävä premissistöön muitakin relevantteja tekijöitä. Sellaisesta tapauksesta esimerkkinä voidaan mainita AlkoholiL (459/68) 5 §:ssä mainittu periaate, jonka mukaan alkoholiasioita hoidettaessa ja järjestettäessä on pyrittävä siihen,

⁶⁷ Ks. myös *Sjöholm*, JFT 1951 s. 98.

⁶⁸ Ks. *Larma*, Rakennuslaki s. 129.

⁶⁹ Ks. *Hyvönen*, Maapaketti s. 229—230.

⁷⁰ Ks. *Murén*, Harkintavallan väärinkäyttö s. 17.

⁷¹ Ks. myös *Kuuskoski—Hannus*, Kunnallislaki s. 544, jossa harkintavallan väärinkäyttöä koskevan esityksen yhteydessä viitataan erääseen Turun HO:n 1. 2. 1946 antamaan myyntipäätökseen.

että alkoholista aiheutuvat haitat ja vauriot muodostuvat mahdollisimman vähäisiksi.⁷² Mikäli päätöksenteossa tällöin pääsevät määräävään asemaan fiskaaliset näkökohdat, on kysymys epäilemättä harkintavallan väärinkäytöstä.

Hyvänä esimerkkinä siitä, että fiskaaliset tekijät eivät tietyissä yhteyksissä saa määräävästi vaikuttaa päätöksen sisältöön, voidaan oikeuskäytännöstä mainita aikaisemmissa yhteyksissä esille tullut KHO:n ratkaisu, joka koski kioskien aukioloaikoja (KHO 12. 9. 1952 T 4175).

Fiskaalisten näkökohtien sallittavuus ei liity pelkästään tarkoitussidonnaisuuden soveltamiseen, vaan käytännössä tämä ongelma saattaa aktualisoitua myös kysymyksenä yhdenvertaisuudesta. Sanotun periaatteen rikkominen voi tapahtua esimerkiksi kunnallisia maksuja määrättäessä.⁷³ Tällöinkään ei kuitenkaan ole lähdettävissä siitä, että fiskaalisten näkökohtien sisällyttäminen päätöksen premissistöön olisi kiellettyä. Tämä ilmenee mm. KHO:n ratkaisusta (21. 5. 1973 T 2165), jossa oli kysymys asuntoalueen kaukolämmityksestä perittävistä liittymismaksuista, jotka kaupunginvaltuusto oli vahvistanut omakotitalojen ja rivitalojen osalta erilaisiksi. LO katsoi päätöksessään jääneen näyttämättä, että valtuusto oli käyttänyt harkintavaltaansa liiketaloudellisen kannattavuuden ja sosiaaliset syyt huomioon ottaen väärin saattamalla omakotirakentajat epäedullisempaan asemaan kuin muut rakentajat. KHO pysytti LO:n päätöksen.

Useissa tapauksissa voidaan lähteä jopa siitä, että viranomaisen suoranaisena velvollisuutena on käyttää premisseinä fiskaalisia näkökohtia. Näin on asianlaita silloin, kun taloudellisilla tekijöillä »asian luonnosta» johtuen on keskeinen sija hallintotointa suoritettaessa.⁷⁴ Silloin fiskaalisten näkökohtien syrjäyttäminen saattaa johtaa hallintotoimen virheellisyyteen ja harkintavallan väärinkäyttöä sisältävänä sen kumoamiseen. Harkintavallan väärinkäytöstä saattaa toisin sanoen olla kysymys yhtä hyvin sellaisissa tilanteissa, joissa fiskaalisia näkökohtia on sisällytetty päätöksen premissistöön kuin sellaisissa tapauksissa, joissa ne on jätetty päätöstä tehtäessä huomioon ottamatta. Esimerkiksi soveltuu KHO:n vuonna 1969 ratkaisema tapaus, jossa oli kysymys kaupungin omistaman kioskin vuokraamisesta yhden vuoden ajaksi eräälle urheiluseuralle, joka

⁷² Ks. myös Merikoski, Vapaa harkinta s. 60.

⁷³ Ks. Holopainen, Kunnan asema s. 415.

⁷⁴ Ks. myös Bernt, Tfr 1978 s. 249—250.

oli tehnyt alhaisemman vuokratarjoituksen kuin kaksi muuta hakijaa.⁷⁵ KHO katsoi ratkaisussaan, että kaupunginhallitus oli syyllistynyt harkintavallan väärinkäyttöön. Tosin tätä tapausta voidaan ja pitääkin tarkastella myös hakijoitten näkökulmasta, jolloin kaupunginhallituksen ratkaisu saatettaisiin tulkita asiattomaksi diskriminoinniksi tai suosimiseksi, mikä niin ikään aiheuttaisi käytännössä viranomaisen päätöksen virheellisuuden ja kumottavuuden, mutta tämä ei muuta miksiäkään sitä tosiasiaa, että toisesta näkökulmasta katsoen on ollut kysymys kunnan taloudellisten etujen vastaisesta vuokrauspäätöksestä, kuten otetaan vielä huomioon, että muiden hakijoitten vuokranmaksukykyä ja edellytyksiä kioskiliikkeen hoitamiseen ei ollut asetettu kysymyksen alaiseksi.

6. Hallintopäätökseen liitettävien ehtojen sallittavuudesta

Harkintavallan väärinkäytön kannalta merkittäviin ongelmiin kuuluu hallintotoimiin liitettävien ehtojen sallittavuus.⁷⁶ Tätä kysymystä on uudemmassa oikeuskirjallisuudessa käsitelty erityisesti *Uotila*, joka esityksessään kiinnittää ensinnäkin huomiota ehtoihin, joissa vain toistetaan jotakin sellaista, mikä ilman muuta on voimassa suorastaan säädösten nojalla.⁷⁷ Tällaisilla resipioiduilla määräyksillä ei ole itsenäistä oikeudellista merkitystä. Mielenkiintoisempia sen sijaan ovat ehdot, jotka sisältävät jotakin muuta kuin säädösten sisällön toistamista. *Uotilan* seuraavana kysymyksenä on, voidaanko sellaisia ehtoja liittää vapaaharkintaisiin hallintotoimiin. Hänen oikeuskäytäntöön perustuva vastauksensa on myönteinen.⁷⁸ Mutta kuten *Uotilakin* on todennut, täysin vapaata ei ehtojen asettaminen ole tällaisissakaan tapauksissa, vaan rajoituksena ovat

⁷⁵ Ks. KHO 1969 II 48.

⁷⁶ Ehdon käsite on hallinto-oikeudessa ollut tapana määritellä laajasisältöisemmäksi kuin siviilioikeudessa. Niinpä esimerkiksi *Merikoski*, Valtionapujärjestelmä s. 127, on tarkoittanut ehdolla kaikkia oikeus- tai hallintotoimeen liittyviä lähempiä määräyksiä. Niin ikään *Uotila*, *Elinkeinolupa* s. 143, on käyttänyt ehdon käsitettä laajemmassa merkityksessä tarkoittaen sillä kaikkia sellaisia ehtoja ja määräyksiä, joita lupapäätökseen sisältyy sen välttämättömän yksilöinnin lisäksi.

⁷⁷ Ks. *ibid.* s. 142–149.

⁷⁸ Ensimmäisenä esimerkkinä on KHO 1963 I 1, jossa oli kysymys radiolähetysaseman rakentamisesta ja käyttämisestä. Ratkaisussaan KHO katsoi, että postijaennätinhallitus oli käyttänyt vapaata harkintavaltaa ratkaistessaan luvan myöntämistä koskevan asian ja päättäessään mitä ehtoja lupaan katsottiin tarpeelliseksi liittää. — Myös eräässä liikkuvan kaupan harjoittamista koskevassa

jälleen samat periaatteet kuin muutoinkin hallintotoiminnassa. Uotilan analyysi liittyy tosin erityisesti elinkeinolupiin, mutta hänen esittämillään näkökohdilla ja jaotteluilla on yleisempääkin kantavuutta.

Uotila jatkaa tarkasteluaan erottamalla toisistaan kaksi ryhmää, joista ensimmäiseen kuuluvat sellaiset tapaukset, joissa laki tai asetus nimenomaisesti valtuuttaa viranomaisen sisällyttämään ehtoja elinkeinolupapäätökseen. Toisen ryhmän muodostavat vastaavasti tapaukset, joissa laki tai asetus ei nimenomaisesti valtuuta ehtojen asettamiseen.

Mikäli kysymys on nimenomaisesta valtuutuksesta, on ehdon asettamisen edellytyksenä, että se on asiayhteydessä siihen toimintaan, jota lupapäätös koskee. Vaikka tämä ns. asiayhteyksivaatimus on sukua tarkoitussidonnaisuuden periaatteelle, ei näitä kahta periaatetta ole syytä Uotilan mukaan samaistaa toisiinsa. Käsitystään hän perustelee sillä, että tarkoitussidonnaisuudesta on totuttu puhumaan lähinnä vain vapaaharkintaisen hallintotoiminnan kohdalla. Mikäli sen sijaan katsotaan, että tarkoitussidonnaisuuden loukkaaminen tulee kysymykseen yhtä hyvin ns. sidotun hallintotoiminnan alalla, ei asiayhteyksivaatimuksen erottamisella omaksi kategoriakseen liene merkitystä. Toisaalta on selvää, että asiayhteyden vaatimus sisältyy myös tarkoitussidonnaisuuden periaatteeseen. Lisäksi Uotila on viitannut erikseen vielä ns. tarpeellisuusvaatimukseen, johon voidaan suhtautua samalla tavalla kuin asiayhteyksivaatimukseenkin.

Mikäli laki tai asetus eivät nimenomaisesti valtuuta ehtojen asettamiseen, on viranomaisella Uotilan mukaan valta liittää elinkeinolupaan vain sellaisia ehtoja, jotka ovat välttämättömiä niiden tarkoituksien kannalta, joiden saavuttamiseksi elinkeino on säädetty luvanvaraiseksi. Lähinnä makuasia lienee, halutaanko tällaisissa tapauksissa korostaa »välttämättömyyttä» vai katsotaanko riittäväksi kvalifikaatioksi »tarpeellisuus». Tosin Uotila on ilmeisesti halunnut painottaa ehtojen asettamisoikeuden ahdasalaisuutta nimenomaisen valtuutuksen puuttuessa.

Elinkeinolupaehtojen luvallisuuden ohella on oikeuskirjallisuudessa erikseen kiinnitetty huomiota myös rakennusoikeudellisiin poikkeuslupiin liitettäviin ehtoihin. Ongelmaa tarkastellut *Kalima* tulee siihen tulokseen, että ainakin sellaisissa tapauksissa, joissa poikkeuslupan myöntäminen ei ilman ehdon asettamista olisi mahdollista, on menettely hyväksyttävä.⁷⁹ Tällaisten ns. oikeusperusteisten ehtojen ohella *Kalima* on kat-

ratkaisussaan KHO (1963 II 321) on nimenomaisesti lausunut ehtojen liittämisen vapaaharkintaiseen hallintotoimeen olevan mahdollista.

⁷⁹ Ks. *Kalima*, LM 1977 s. 575—577.

sonut sallituksi ehtojen liittämisen poikkeuslupiin myös tarkoituksenmukaisuusperusteella. Samassa yhteydessä hän kuitenkin aiheellisesti viittaa tarkoitussidonnaisuuden vaatimukseen todetessaan, ettei lupiin tule sisällyttää rakennuslainsäädännössä tarkoitettulle maankäytölle vieraita ehtoja. Ehtojen sallittavuutta koskevan kantansa tueksi Kalima on viittannut esityksessään erääseen KHO:n vuonna 1973 antamaan ratkaisuun (28. 5. 1973 T 2314). Sanotussa tapauksessa oli LH myöntäessään poikkeuslupan taaja-asutuskiekkoon asettanut ehdoksi, että rakennuspaikoilta yleiselle tielle johtavat yksityiset tiet piti liittää yleiseen tiehen LH:n päätöksen karttaliitteen mukaisesti. Yhden määräalan haltijan vaadittua LH:n päätöstä muutettavaksi siten, että hän olisi saanut oman tieosuutensa tekemisessä käyttää vanhaa maapohjaa, KHO katsoi, että poikkeuslupaannettiin liittää tieliittymiä koskeva ehto, ja asia palautettiin uuden selvityksen perusteella LH:lle (ään. 3—2). — Eri mieltä olleet jäsenet katsoivat, että LH:n puheena olevaa poikkeuslupaa taaja-asutuskiekkoon käsitellessään oli tosin tullut ottaa huomioon, oliko rakennuspaikoille järjestettävissä ajokelpoinen tie. Päätöksessä, jolla oli myönnetty sanottu poikkeuslupa, ei kuitenkaan olisi saanut asettaa lupan ehdoksi, miten tieliittymät oli järjestettävä, koska sanottua asiaa ei ollut saatettu yleisistä teistä annetun lain 52 § 7 mom:n mukaisesti LH:n tutkittavaksi. Sen vuoksi eri mieltä olleet jäsenet harkitsivat oikeaksi kumota valituksen alaisen päätöksen siltä osin kuin se sisälsi yksityisen tien liittämistä yleiseen tiehen tarkoittavan ehdon.

Yhden ainoan ja niukan enemmistön varassa syntyneen päätöksen pohjalla kysymys poikkeuslupaehtojen sallittavuudesta saattaisi jäädä epävarmaksi. Kaliman käsitystä kuitenkin vahvistaa se, että KHO on sittemmin antanut erään toisenkin poikkeuslupaehtojen sallittavuutta koskevan ratkaisun (19. 10. 1978 T 4522), jossa tuomioistuin on nimenomaisesti lausunut, että lupaan poiketa taaja-asutuksen muodostamiskiekkoon ilman vahvistettua kaavaa *voidaan liittää vain ehtoja, jotka ovat maankäytön kannalta tarpeellisia*. Tämän lausuman arvoa ei vähennä se, että KHO puheena olevassa tapauksessa katsoi luvattomaksi ehdon, jonka mukaan elintarvikkeiden vähittäismyynti automarketin luonteisessa suurmyymälässä on kiellettyä. Tosin on myönnettävä, että ratkaisu syntyi tässäkin tapauksessa äärimmäisen niukan enemmistön varassa.

Vaikka hallintotoimiin liitettävien ehtojen sallittavuuden ongelma esiintyy usein juuri erilaisten hallintolupien myöntämisen yhteydessä, saatetaan saman kysymyksen eteen joutua monissa muissakin tilanteissa.

Hyvän esimerkin tarjoaa KHO:n vuonna 1975 ratkaisema tapaus, jossa kaupunginvaltuusto oli myöntänyt yksityisoppikouluille harkinnanvaraisen avustuksen.⁸⁰

Tapaus on mielenkiintoinen erityisesti sen vuoksi, että se on tyypillinen esimerkki julkisyhteisön varoista myönnettävän avustuksen käytöstä painostusvälineenä. Viranomaisen tavoitteena on ilmeisesti ollut välttää se, että oppilaitos jää ns. korvaavaksi kouluksi. Tähän kysymykseen on, kuten viime vuosina käydystä koulutuskeskustelusta ilmenee, liittynyt vahvasti poliittisia sävyjä.

Puheena olevassa tapauksessa oli kaupunginvaltuusto myöntänyt avustuksen koulujen ylläpitäjille lukukausimaksujen pysyttämiseksi kohtuullisina sekä varattomien oppilaiden oppikirjoja ja koulutarvikkeita sekä aterioita varten. Asettaessaan avustuksen saamisen ehdoksi vuonna 1973 käytettävästä määrärahasta päättäessään, että mikäli koulu jää korvaavaksi kouluksi, sen oli sitouduttava peruskoulujärjestelmään siirryttäessä maksamaan avustussumma takaisin, valtuusto oli kuitenkin pannut mahdollisuuden avustuksen käyttämiseen riippuvaksi sellaisesta seikasta, joka ei liittynyt avustuksen käyttötarkoitukseen. Tämän johdosta KHO katsoi valtuuston käyttäneen väärin harkintavaltaansa asettaessaan puheena ole-

⁸⁰ Ks. KHO 20. 5. 1975 T 2016. — Viranomaisen asettaman ehdon luovallisuutta koskee myös KHO 1977 II 17. Sanotussa tapauksessa oli kaupunginhallitus päättänyt hyväksyä allekirjoitettavaksi kaupungin ja puhelinosuuskunnan välisen puhelinlaitteiden rakentamista ja asentamista katu- ja muille yleisille, kaupungin hallinnassa oleville alueille koskevan sopimuksen. Kaupunginhallitus päätti vaatia sopimusluonnokseen sisällytettäväksi ehdon, jonka mukaan sopimus ei oikeutanut osuuskuntaa ilman kaupunginhallituksen erillistä lupaa harjoittamaan sopimuksessa tarkoitettuja laitteita hyväksikäyttäen tai niitä edelleen vuokraamalla kaapelitelevisio- tai muuta sellaista puhelinlaitoksen siihenastiseen toimialaan kuulumatonta toimintaa. KHO katsoi antamassaan ratkaisussa, että kaupunginhallitus oli esittänyt ainoastaan oman mielipiteensä sopimusluonnoksesta. Sopimusluonnoksessa ei ollut annettu eikä voitukaan antaa sitovia määräyksiä osuuskunnan oikeudesta harjoittaa kaapelitelevisio- tai muuta sellaista toimintaa eikä kaupunginhallituksen päätöksellä ollut ratkaistu kysymystä osuuskunnan oikeudesta harjoittaa sanottua elinkeinotoimintaa. Päätöksellä ei myöskään ollut ratkaistu kysymystä siitä, oliko kaupunki RakL 133 §:n nojalla velvollinen sallimaan po. johtojen sijoittamisen kaupungin omistamiin kiinteistöihin. Kaupunginhallituksen päätös ei siten loukannut osuuskunnan eikä erään toisen valittajan yksityistä oikeutta eikä kaupunginhallituksen ollut näytetty päätöksellään käyttäneen väärin harkintavaltaansa eikä siten ylittäneen toimivaltaansa.

van ehdon ja kumosi valtuuston päätöksen sekä palautti asian uudelleen sen käsiteltäväksi.

Sellaisella tarkastelijalla, joka suhtautuu varauksellisesti korvaavaan koulujärjestelmään, on suuri kiusaus kritikoida KHO:n tekemää ratkaisua. KoulujärjestelmäL (572/74) 14 § sisältää tosin virkkeen, jonka mukaan yksityisen oppikoulun omistajalle on varattava tilaisuus valita, haluaako hän luovuttaa koulunsa varoineen ja velkoineen kunnan haltuun vai käyttää kouluaan kunnan peruskoulua korvaavana kouluna, mutta toisaalta on mahdollista korostaa sitä, että kysymyksessä sanotussa tapauksessa on harkinnanvaraisen avustuksen myöntäminen; avustusta ei kukaan pakota koulun omistajaa ottamaan vastaan ja käyttämään. Lisäksi on syytä panna merkille, että tapauksessa oli kysymys vain 65 000 markan suuruudesta avustuksesta, mikä antaa aiheen epäillä, että näin vähäisen määrärahan menettämishuoli, mahdollisesta painostustarkoituksesta huolimatta, voisi olennaisesti vaikuttaa koulun omistajien valintasuhtautumiseen, mutta toisaalta voidaan väittää, ettei summan suuruudella ole ratkaisevaa merkitystä; harkintavallan väärinkäyttö vain muodostuu räikeämmäksi luonteeltaan suurten rahamäärien ollessa kysymyksessä.

Toisen ongelman, joka liittyy käsiteltävään tapaukseen, muodostaa se, millainen vaikutus ehdon lainvastaisuudella on hallintoviranomaisen päätöksen pätevyYTEEN. Kysymykseen tulee ensiksikin se vaihtoehto, että ainoastaan lainvastainen ehto tulee poistettavaksi päätöksen muutoin jäädessä voimaan. Toisena vaihtoehtona on se, että virheellisen ehdon katsotaan aiheuttavan koko päätöksen pätemättömyyden. Edellä mainituksa yksityisoppikouluille myönnettävää avustusta koskevassa ratkaisussaan KHO perustellusti päätyi siihen käsitykseen, että valtuuston päätökseen sisältyvän ehdon lainvastaisuuden takia koko avustuspäätös oli kumottava ja palautettava valtuuston uudelleen käsiteltäväksi. Kun otetaan huomioon, että kysymys oli harkinnanvaraisesta avustuksesta ja siihen liitetystä ehdosta, olisi pelkän ehdon poistaminen ollut ehkä katsottava kunnallisen itsehallintoperiaatteen loukkaamiseksi.

Kaiken kaikkiaan vaikuttaa KHO:n ratkaisu oikeaan osuneelta, sillä korvaavaan koulujärjestelmään kohdistuvat asenteet eivät häivyttä sitä tosiasiaa, että viranomainen on avustuksen myöntämistä koskevassa päätöksessään asettanut käyttötarkoitukselle vieraan ehdon.⁸¹

⁸¹ Asia erikseen on kysymys valtuuston oikeudesta jättää yksityinen oppikoulu koulusuunnitelman ulkopuolelle. Tätä kysymystä koskee eräs KHO:n

Jos halutaan pitää harkintavallan väärinkäytön kiellon periaatteesta kiinni ja vaatia sen noudattamista kaikessa viranomaistoiminnassa, joudutaan harhaan, mikäli yksittäisissä ja selvissä tapauksissa ryhdytään peräytymään periaatteellisista lähtökohdista. Kysymyksessä on siinä määrin arvokas oikeusperiaate, että yksittäistapauksissa sympatioitten ja anti-patioitten pohjalta tapahtuva justifiointi vain vesittää perusajatuksen ja on omiaan syövyttämään koko sen tärkeän korkealle kehittyneen oikeuskulttuurin ilmauksen, jota harkintavallan väärinkäytön kiello ilmentää. Mikäli yleensä halutaan pitää kiinni arvokkaiksi koetuista oikeusperiaateista, niitä pitää varjella situationaalisen argumentaation aikaansaattamalta murenemiselta.

F. Intressivertailun merkityksestä harkintavallan käytön arvioinnissa

Hallintoviranomaiset ja lainkäyttöelimet joutuvat ratkaisutoiminnassaan jatkuvasti sellaisten tilanteitten eteen, jotka edellyttävät erilaisten intressien huomioon ottamista ja vastakkain punnitsemista. Jokapäiväi-

vuonna 1976 antama ratkaisu (1976 II 84), johon on aiheellista viitata erikseen siitäkin syystä, että sanottu tapaus liittyi myös harkintavallan väärinkäytön ongelmaan. — Kaupunginvaltuusto oli koulusuunnitelman vahvistaessaan päättänyt olla käyttämättä yksityistä oppikoulua ns. korvaavana kouluna. KHO katsoi, että KoulujärjestelmäL (572/74) 14 §:n mukaan kunnan koululaitosta järjestettäessä oli mahdollisuuksien mukaan käytettävä hyväksi kunnassa toimivia oppikouluja edellyttäen, että yksityisen oppikoulun omistaja luovutti koulun kunnan haltuun. Sanotun lainkohdan mukaan oli yksityisen oppikoulun omistajalle varattava tilaisuus valita, halusiko hän luovuttaa koulunsa varoineen ja velkoineen kunnan haltuun vai käyttää koulua korvaavana kouluna. Kun omistajat olivat päättäneet, etteivät he luovuta oppikoulua kunnan haltuun, vaan halusivat käyttää sitä korvaavana kouluna, valtuustolla oli oikeus koulusuunnitelman vahvistaessaan päättää olla käyttämättä sanottua oppilaitosta korvaavana kouluna. Valtuuston ei myöskään päätöstä tehdessään ollut näytetty käyttäneen sille kuuluvaa harkintavaltaa väärin. — Eri mieltä ollut jäsen sen sijaan katsoi, että kaupungin kouluoloista ja niiden kehittämistarpeista asiakirjoista saadun selvityksen mukaan valtuusto hyväksyessään koulusuunnitelman sellaisena, että kaupungin oppivelvollisuusikäisten lasten peruskoulutus järjestettiin ilman peruskoulua korvaavaa koulua ja että siis em. koulu jäi koulusuunnitelman ulkopuolelle, ei ollut edistänyt kaupungin kouluolojen kehittämistä siten kuin KoulujärjestelmäL 3 ja 4 §:ssä edellytettiin. Sanotulla tavalla päättäessään oli kaupunginvaltuusto käyttänyt eri mieltä olleen jäsenen mukaan harkintavaltaansa sellaiseen tarkoitukseen, mihin se ei ollut ollut käytettävissä.

syydestään huolimatta on ns. intressivertailun suorittaminen teoreettisesta näkökulmasta katsoen problemaattinen toimitus. Oikeusteorian piirissä kysymystä on käsitelty runsaasti eikä tässä yhteydessä niin ollen ole tarpeellista pysähtyä pitkälti syventymään siihen, mistä intressivertailun suorittamisessa »todella» on kysymys. Tällöin jouduttaisiin jälleen juuri niiden perimmäisten ja klassisten oikeusteoreettisten ongelmien pariin, joiden pohtiminen ei vastaisi käsillä olevan tutkimuksen käytännöllisluontoisia tavoitteita. Riittääköön tältä osin viittaus Aarnioon, jonka mukaan intressivertailussa on pohjimmiltaan kysymys seuraamusvaihtoehtojen punnitsemisesta, jolloin ratkaisija ottaa huomioon sen, mihin tietty vaihtoehto johtaa eri asianosaisten kannalta ja sopeuttaa ratkaisunsa sen mukaisesti, mitä hän katsoo näiden eri tahojen »intressien» vaativan.⁸² Aarnion käsitystä ei tietenkään ole aihetta korottaa uskonkappaleeksi, sillä seuraamusharkinnan rooli on saanut siinä ehkä ylikorostuneen aseman. Samoin on syytä suhtautua varauksellisesti hänen käsitykseensä, jonka mukaan intressivertailussa on aina perimmältään kysymys *oikeudenmukaisuusprinsiipin* soveltamisesta, jolloin tulkitsija pyrkii intressivertailua suorittaessaan saattamaan eri etutahot suhteellisesti ottaen keskenään tasavertaiseen asemaan.⁸³ Niin ikään on aiheellista kiinnittää huomiota siihen, että intressivertailua voidaan tarkastella myös negatiivisena ilmiönä, jolloin saatetaan korostaa sitä näkökohtaa, että vertailun mahdollisuus (ja usein myös välttämättömyys) tulkintatoiminnassa merkitsee tien avaamista harkintavallan väärinkäytölle. Eri etutahojen suhteellisesti tasavertaiseen asemaan saattaminen puolestaan voidaan konstruoida sellaiseksi väitteeksi, että intressivertailun suorittaminen merkitsee etutahojen suhteellisesti erivertaisen aseman auktoritatiivista vahvistamista.

Aarnio viittaa esityksessään lähinnä sellaisiin tapauksiin, joissa on kysymys yksityisten intressien keskinäisestä vertailusta. Hallinto-oikeudellisesta näkökulmasta katsoen tavallisin tilanne kuitenkin on se, että vertailua suoritettaessa joudutaan asettamaan vastakkain julkiset ja yksityiset intressit. Vaikka lähtökohtana voidaankin pitää sitä, että yleiset edut käyvät yksityisten etujen edellä, on tämä sinänsä käyttökelpoinen ohjenuora useissa tapauksissa liian karkeasyinen intressivertailun suorittamiseen. Hallinto-oikeudessa on kiinnitettävä huomiota myös yksityisten kansalaisten oikeussuojan tarpeeseen. Vetoaminen oikeussuojan tar-

⁸² Ks. Aarnio, Oikeudellisen ajattelun perusteista s. 110.

⁸³ Ks. *ibid.* s. 111.

peeseen kuvastaa tyypillisesti intressipohjaista ajattelua hallinto-oikeudellisessa päättelyssä, olkoonkin että sanotun argumentin käyttöarvo selaisenaan on ollut vähenemään päin oikeussuojajärjestelmän säädännäisen pohjan kehittyessä. Vaikka onkin myönnettävä, että hallinto-oikeudessa vertailu useimmiten tapahtuu julkisten ja yksityisten intressien välillä, niin täysin mahdollista ja usein käytännössäkin tarpeellista on erilaisten julkisten intressien vastakkain asettelu, jolloin saatetaan joutua niin ikään erittäin vaikeitten painotusongelmien eteen.

Riippumatta siitä, millaisista intressikonstellatioista kulloinkin on kysymys, tarjoaa vertailun suorittaminen laajan tilan päätöksentekijän arvostuksille. Mikäli yksittäinen tutkija puolestaan esittää käsityksiään siitä, miten jossakin konkreettisessa sovellutustapauksessa eri näkökohtia olisi pitänyt painottaa, ei kysymys oikeastaan ole muusta kuin siitä, että hän korvaa päätöksentekijän arvostukset omillaan.

Korkein hallinto-oikeus on käytännössä useaan otteeseen joutunut pohtimaan erilaisten intressien painoa harkintavallan väärinkäyttöä koskevien tapausten yhteydessä. Seuraavassa on tarkoituksena esittää eräitä valaisevia esimerkkejä intressivertailun merkityksestä hallintolainkäytössä. Tarkastelkaamme aluksi ratkaisua, jota tehdessään korkein hallintolainkäyttöelin syventyi tutkistelemaan Jyväskylän kaupungissa sijaitsevan Pitkäkatu 21:n varrella seisovan koivupuun kauneudellisia arvoja.⁸⁴

Kaupunginhallitus oli päättänyt, että katualueen reunassa oleva koivu oli liikenneturvallisuuden parantamiseksi välittömästi kaadettava. Päättöksestä tekemässään valituksessa valittaja lausui, että hän sisaruksineen oli yli puoli vuosisataa asunut Pitkäkatu 21:ssä olevassa asunnossaan ja koko ajan koivu oli ollut koko korttelin kaunistuksena ja seudun asukkaiden viihtyvyyden lisääjänä. Asemakaavajärjestelyssä se oli joutunut katualueelle aivan sen reunaan. Liikenne oli valittajan mukaan paikalla vähäistä eikä koivun voitu asiallisesti väittää häiritsevän tai vaarantavan sitä. Tämän vuoksi ja kun kulttuuriyhteiskunnan tavoitteisiin tulisi kuu-
lua kaikinpuolinen luonnonsuojelu ja kauniiden puiden säilyttäminen, valittaja pyysi, että koivun annettaisiin olla paikallaan ainakin siihen asti, kun perikunnan jäsenet vuokra-ajan päätyttyä kahden ja puolen vuoden kuluttua joutuivat muuttamaan pois nykyisestä asunnostaan ja uudet asemakaavajärjestelyt tulivat ajankohtaisiksi. Ratkaisussaan KHO katsoi

⁸⁴ Ks. KHO 1972 II 64.

muun ohella, että puheena olevaa koivua oli pidettävä ympäristöään kaunistavana.⁸⁵ Sen kaatamisella voitiin kuitenkin parantaa liikenneturvallisuutta eikä toimenpiteen ollut katsottava turmelevan kaupunkikuvaa. Kaupunginhallituksen päätös oli niin ollen annettu sille kuuluvan harkintavallan rajoissa. Tämän vuoksi KHO, ottaen huomioon RakL 43 §:n sekä KunL 175 ja 178 §:n säännökset, hylkäsi valituksen.

Asemakaavan ensisijaisena tarkoituksena on määrätä yksityiskohtaisesti kaupunkiin kuuluvan alueen rakentamisesta ja käytön järjestämisestä.⁸⁶ Kaavaa on noudatettava asianomaisella alueella suoritettavan rakentamisen ja siihen verrattavien toimenpiteiden osalta.⁸⁷ RakL 43 § 2 mom:n mukaan on asemakaava-alueella puiden kaataminen kiellettyä ilman maistraatin lupaa, jos toimenpide on sellainen, että se voi huomattavasti vaikeuttaa alueen käyttämistä kaavassa varattuun tarkoitukseen tai turmella kaupunkikuvaa. Sanotussa lainkohdassa todetaan lisäksi, ettei luvan hankkiminen ole tarpeen, mikäli kaupunki on hyväksynyt toimenpiteen. Tällainen ns. toimenpiderajoitus liittyy asemakaavaan välittömänä oikeusvaikutuksena.⁸⁸

RakL 43 § 2 mom. ei sanamuotonsa puolesta aseta viranomaiselle rajoituksia luvan myöntämisen harkinnassa. Ottaen kuitenkin huomioon sen, että säännöksen tarkoituksena on kaupunkikuvan suojeleminen, vaikuttaa selvältä, että viranomainen käyttää väärin harkintavaltaansa luvan myöntäessään, mikäli puun kaataminen turmelee kaupunkikuvaa, ellei toimenpide samalla ole puollettavissa muilla painavilla perusteilla. Sellaisena on viranomainen käyttänyt sanotussa esimerkkitapauksessa liikenneturvallisuuden parantamista. Avoimeksi ratkaisun valossa jää se, millä tavalla KHO olisi suhtautunut asiaan, mikäli puun kaataminen olisi merkinnyt kaupunkikuvan turmelemista. Arvata kuitenkin saattaa liikenneturvallisuutta pidettävän siinä määrin vahvana intressinä, että se käsiteltävänä olleessa tilanteessa olisi syrjäyttänyt esteettiset arvot. Teoreettiselta kannalta ei ratkaisun lopputulos ole kuitenkaan niinkään kiinnostava seikka kuin se havainto, että harkintavallan väärinkäyttöön liittyvissä tapauksissa joudutaan punnitsemaan erilaisia näkökohtia keskenään,

⁸⁵ Komealta koivu on vaikuttanutkin ainakin sen Keski-Suomen Iltalehdessä 3.7.1975 julkaistun kuvan perusteella, joka sisältyy KHO:n sanottua tapausta käsittelevään asiakirjavihkoon.

⁸⁶ Ks. *Hyvönen*, Kaavoitus- ja rakentamisoikeus s. 107.

⁸⁷ Ks. *ibid.* s. 129.

⁸⁸ Ks. *ibid.* s. 129.

jolloin ne tekijät, joille lainkäyttäjä antaa merkitystä arvioinnissa, eivät välttämättä suoranaisesti liity sovellettavan oikeussäännön ration (po. tapauksessa siis kaupunkikuvan suojelemiseen). Sama asia voidaan sanoa niinkin, että viranomainen saa ja sen pitääkin ottaa huomioon harkintavaltaa käyttäessään lain ration ulkopuolelle jääviä näkökohtia. Toisin sanoen nykyisin ei enää pidä harkintavallan väärinkäyttöä koskevien tapausten yhteydessä jäykästi tuijottaa siihen, millaisten tekijöiden sisällyttäminen päätöksen premisseihin on kiellettyä vaan pikemminkin aloittaa tarkastelu siitä, mitä viranomaisen on otettava tai se voi ottaa huomioon päätöstä tehdessään.

Erilaisten näkökohtien vastakkain punnitsemisen merkitys harkintavallan käytön laillisuutta arvioitaessa tulee selvästi esille myös eräässä toisessa KHO:n ratkaisussa, jossa oli kysymys siitä, että kaupunki oli vuokrannut Keski-Pohjanmaan Ammattikoulun Kuntainliitolle kaupungin omistamasta yleisten alueitten rekisteriin merkitystä puistoalueesta osan käytettäväksi kuntainliiton ylläpitämän ammattikoulun oppilasasuntolan rakennuspaikaksi.⁸⁹ Vuokra-alue käsitti noin 480 m²:n suuruisen, asemakaavan mukaiseen ja edelleen tarpeelliseen puistoalueeseen sisältyvän, mutta pääosaltaan rakennettavaksi osoitetun alueen. Vuokraus ei olennaisesti supistanut kaavan mukaan puistoksi käytettävää aluetta. Oppilasasuntolan rakentamista oli pidettävä yleisen tarpeen vaatimana ja po. alueen vuokraaminen tähän tarkoitukseen perustui erityisesti alueen sijaintiin ammattikoulun välittömässä läheisyydessä. Näissä oloissa ja ottaen huomioon, ettei valtuuston päätöksellä ollut ratkaistu, saatiinko asuntola rakennuslain ja sen nojalla annettujen säännösten ja määräysten mukaan rakentaa vuokra-alueelle ja millaisin ehdoin, valtuuston ei katsottu käyttäneen väärin harkintavaltaansa.

Yleisenä lähtökohtana voidaan pitää sitä, että kunta ei saa sitoutua sellaisiin sopimuksiin, jotka edellyttävät kaavoitetun alueen käyttöä muuhun kuin asemakaavassa osoitettuun tarkoitukseen. Kaava siis sitoo kuntaa ja yleisiin tarkoituksiin asemakaavassa varattua maa-aluetta ei ole lupa luovuttaa muihin kuin yleisiin tarkoituksiin käytettäväksi. Menetellessään toisin kunta ylittää harkintavaltansa rajat. Käsillä olevassa tapauksessa on tuskin epäilystä siitä, etteikö vuokratun alueen käyttäminen asuntolan rakentamiseen tuottaisi haittaa puistoalueen käytölle sille kaavassa osoitettuun tarkoitukseen. Keskeiseksi tekijäksi ratkaisussa näyttä

⁸⁹ Ks. KHO 7. 9. 1973 T 3424.

muodostuvan se KHO:n omaksuma käsitys, ettei alueen vuokraaminen *olennaisesti* supistanut kaavan mukaan puistoksi käytettävää aluetta. Kun tämä näkökohta asetetaan vastakkain sen ratkaisusta ilmenevän kannan kanssa, että ammattikoulun oppilasasuntolan rakentamista on pidettävä *yleisen tarpeen* vaatimana, jollaiseksi yhteiskunnallisen opetus- ja koulutustoimen tyydyttävien toimintaedellytysten järkevä järjestäminen perustellusti on katsottavissa, joudutaan tyypillisen intressivertailutilanteen eteen. Tässä tapauksessa KHO päätyi, kuten edellä on todettu, siihen tulokseen, että valtuuston ei voitu katsoa käyttäneen harkintavaltaansa muuhun tarkoitukseen kuin mihin se oli ollut käytettävissä tai muutoin ylittäneen toimivaltaansa.⁹⁰ Huomattavasti vaikeammaksi tilanne olisi muodostunut siinä tapauksessa, että alueen vuokraaminen olisi olennaisesti supistanut puistoksi käytettävää aluetta, sillä silloin kaavan noudattamisvelvollisuuden ja yleisen tarpeen välinen ristiriita olisi muodostunut ilmeiseksi.

Kolmantena kuvaavana esimerkkinä tapauksesta, jossa tulee esille erilaisten intressien punnitseminen vastakkain, voidaan mainita KHO:n ratkaisu,⁹¹ jossa sosiaalilautakunta oli pyytänyt sosiaalihallitukselle saapuneessa äitiysavustushakemuksessa, että kunnalle suoritettaisiin valtion varoista korvauksena myönnettyistä äitiysavustuksista 600 markkaa. Sosiaalihallitus hylkäsi hakemuksen kahden synnyttäjän osalta, koska nämä olivat laiminlyöneet lääkärin tai kätilön tarkastuksessa käynnin. KHO katsoi ratkaisussaan, että sen seikan harkitseminen oliko äitiysavustus

⁹⁰ Kaavoitetun alueen luovuttamista ja harkintavallan väärinkäyttöä koskee myös KHO 14. 11. 1973 T 4553, jossa oli kysymys siitä, oliko valtuusto ylittänyt toimivaltansa luovuttaessaan omistamansa kiinteistöt sillä ehdolla, että rakennuskaavassa istutettavaksi rakennuspaikan alaksi määrätty alue muutettaisiin tiealueeksi. KHO katsoi, että valtuusto päättäessään puheena olevan alueen kaupasta oli myynyt alueet teollisuustarkoitukseen, mihin tarkoitukseen rakennuspaikat rakennuskaavassa oli määrätty. Rakennuskaavassa istutettavaksi rakennuspaikan osaksi määrätyn alueen päätöksessä edellytetty käyttäminen rakennuskaavatieksi tapahtui sen selvityksen mukaan, mikä asiakirjoista oli saatavissa, *liikenteen edistämiseksi alueella*. Näin ollen ja ottaen huomioon ympäristön laadun sekä sen, ettei valtuuston po. päätöksellä ollut ratkaistu eikä voitukaan ratkaista suunnitellun rakennuskaavatie sijoitusta ja rakennustapaa, valtuuston ei voitu valituksessa tarkoitettulla perusteella katsoa käyttäneen harkintavaltaansa muuhun tarkoitukseen kuin mihin se oli ollut käytettävissä tai muutoinkaan ylittäneen toimivaltansa.

⁹¹ Ks. KHO 1969 II 211.

evättävä naiselta, joka ehkä oli vaarantanut syntyvän lapsensa terveyden jättämällä pätevättä syyttä käymättä tarkastettavana, ÄitiysavustusL (424/41) 1 § 2 mom:n ja ÄitiysavustusA (425/41) 2 § 2 mom:n mukaan kuului sosiaalilautakunnalle. Sen vuoksi ja kun asiassa ei ollut käynyt selvälle, että sosiaalilautakunta olisi käyttänyt väärin harkintavaltaansa, eikä sosiaalihallituksen niin ollen olisi pitänyt mainitsemallaan perusteella evätä korvausta myönnetystä äitiysavustuksesta, KHO kumosi sosiaalihallituksen päätöksen ja palautti asian uudelleen sen käsiteltäväksi.

Vaikka äitiysavustuksen myöntäminen tarkastuksen laiminlyönteelle synnyttäjälle on ÄitiysavustusA 2 § 2 mom:n nojalla sosiaalilautakunnan vapaassa harkinnassa ja ÄitiysavustusL 10 § 2 mom. toisaalta osoittaa, että kunnalla on oikeus saada annetuista avustuksista valtiolta korvaus, niin tässäkin tapauksessa on lähdettävä siitä, että viranomaisen harkintavaltaa rajoittavat samat periaatteet kuin muidenkin hallintopäätösten yhteydessä.

Tarkastelun lähtökohtana on pidettävä äitiysavustuksen perimmäistä tarkoitusta, joka on saada raskaana oleva äiti lapsen terveyden turvaamiseksi riittävän ajoissa ohjautumaan asianmukaiseen tarkastukseen ja neuvontaan.⁹² KHO:een puheena olevassa tapauksessa kertyneestä asiakirjaaineistosta käy toisaalta selville, että kysymys oli nuorista, syrjäseudulla asuvista äideistä, jotka olivat salanneet raskaudentilansa ympäristön pahansuovan huomion välttämiseksi. Vaikka KHO:n ratkaisun perusteluista ei suoranaisesti käykään ilmi, millaiset seikat sen kannanottoon ovat vaikuttaneet, voidaan otaksua, että sosiaalisilla näkökohdilla on ollut oma merkityksensä arviointia suoritettaessa. Lisäksi on otettava huomioon, että lapset olivat mahdollisesta vaarantumisesta huolimatta syntyneet terveinä. Arvattavaksi jää tässäkin tapauksessa, millaiseksi KHO:n kanta olisi muodostunut, mikäli näin ei olisi tapahtunut.

Viranomaisen velvollisuuksiin kuuluu hallintopäätöksiä tehdessään ja intressivertailua suorittaessaan myös kiinnittää huomiota siihen, ettei hallintotoimi välillisesti aiheuta oikeudenvastaista tilaa. Tämä ilmenee OKa:n vuonna 1972 antamasta päätöksestä, jossa oli kysymys luvan myöntämisestä ravintolalle tanssitilaisuuksien pitämiseen.⁹³ OKa katsoi tapauksessa käyneen ilmeiseksi, että ravintolassa tapahtuvasta tanssimisesta ja soitettavasta musiikista aiheutui saman talon asukkaille sellaista melu-

⁹² Ks. Toivola, Sosiaaliturvan pääpiirteet s. 85.

⁹³ Ks. OKa:n kert. 1972 s. 46—48.

häiriötä, josta voi olla tereydellistä haittaa. TerveystenhoitoL (469/65) 20 §:n ja TerveystenhoitoA (55/67) 9 §:n nojalla oli tällaisen meluhaitan aiheuttaminen katsottava kielletyksi. Meluhaittaa aiheuttaneet tanssilaisuuksudet olivat perustuneet lupiin, jotka LH oli antanut AlkoholiL (459/68) 53 §:n nojalla ja joihin yleensä oli sisällytetty ehto siitä, että melua on vältettävä. OKa viittasi päätöksessään siihen, että tällaisten lupahakemusten käsittelyssä LH:n harkintavalta ei ollut sillä tavalla sidottua, että lupa oli myönnettävä, jos myöntämiseen ei AlkoholiL:n kannalta katsoen ollut estettä. LH:lla oli näin ollen harkintavaltansa rajoissa mahdollisuus muistakin perustelluista syistä hylätä hakemus. Lisäksi oli tarkoituksenmukaisuusharkintaa suoritettaessa kiinnitettävä huomiota myös siihen, että luvan myöntäminen ei välillisesti aiheuta oikeudenvastaista tilaa. Tämän vuoksi oli LH:n OKa:n käsityksen mukaan vastaisuudessa tarkoin harkittava, myöntääkö se enää, kun tarpeettoman melun välttämistä koskeva lupaehto ei ollut riittänyt saamaan aikaan tarkoitettua tulosta, puheena olevia lupia ravintoloille, joiden järjestämisistä tanssilaisuuksista aiheutuu asuinhuoneistojen asukkaille meluhaittaa.

Kysymys ei siis välttämättä aina ole sen arvioinnista, onko hallintoviranomaisella ollut lainvastaisia vaikuttimia tai tarkoituspäätöksiä. Huomiota on kiinnitettävä myös siihen, onko viranomaisen harkintavaltaa käytettään punninnut riittävän huolellisesti, millaisia *sivuvaikutuksia* hallintotoimen suorittamisesta objektiivisesti katsoen saattaa aiheutua.

G. Näyttöongelmasta harkintavallan väärinkäyttöön käyttöarvoon vaikuttavana tekijänä

Subjekttiivisen premissikontrollin taustalla on sinänsä täysin hyväksyttävä pyrkimys, ratkaisun todellisten premissien verifiointi ja samalla aineellisen totuuden löytäminen, mikä hyvin soveltuu Suomessa vallitsevan ns. vapaan todistusteorian periaatteisiin. Kuten edellä on todettu sanottu tavoite on kuitenkin vain aniharvoin saavutettavissa, sillä perimmältään ongelma palautuu päätöksentekijän henkilökohtaisiin vaikutuksiin. Päätöksen julkituotujen perusteluitten pohjalta tapahtuva päättely ei vielä anna luotettavaa tietoa siitä, mitkä ovat olleet päätöksen todelliset premissit.

Päätöksen perustelut voivat kuitenkin usein jo sellaisenaan osoittaa,

että viranomainen on käyttänyt harkintavaltaansa väärin.⁹⁴ Tällöin ei kuitenkaan ole kysymys siitä, että viranomainen olisi tietoisesti syyllistynyt lainvastaiseen menettelyyn, vaan yleensä on silloin käsillä tapaus, jossa päätöksentekijällä on ollut virheellinen käsitys harkintavaltansa rajoista. Perustelut eivät siis ole harkintavallan väärinkäytön osoittamiseksi arvoton välikappale, vaikka niiden varassa ei olisikaan mahdollista päästä selville perimmäisistä premisseistä.

Perustelujen merkityksen tunnustaminen ei kuitenkaan poista sitä tosiasiaa, että subjektiiiviseen premissikontrolliin pyrittäessä joudutaan säännönmukaisesti käytännössä näyttöongelman eteen. Useimmiten tältä pohjalta lähtevä muutoksenhaku kaatuu kausaliiteettien osoittamisen vaikeuteen.⁹⁵ Tämä ilmenee selvästi lukuisista KHO:n ratkaisuksista, joissa korkein lainkäyttöaste on katsonut jääneen näyttämättä, että viranomaisen olisi käyttänyt väärin harkintavaltaansa.

Oikeuskäytännön valossa vaikuttaa selvältä, että Suomessa todistustaakka subjektiiivisiin näkökohtiin perustuvassa muutoksenhaussa lepää valittajan hartioilla. Hänen on pystyttävä osoittamaan, että käsiteltävässä tapauksessa viranomainen on käyttänyt harkintavaltaansa muuhun kuin siihen tarkoitukseen, johon se lain mukaan on ollut käytettävissä. Näin ankara todistustaakkasääntö ei kuitenkaan kaikissa tilanteissa vaikuta kohtuulliselta, vaan indision vahvuudesta riippuen pitäisi voida lähteä siitä, että todistustaakka saattaa siirtyä myös hallintotoimen suorittaneelle viranomaiselle. Sellaisesta tapauksesta voidaan mainita esimerkkinä KHO:n vuonna 1970 antama ratkaisu, jossa oli kysymys viranhaltijan irtisanomisesta (KHO 1970 II 59). KHO ei ratkaisussaan velvoittanut irtisanomisen toimittanutta viranomaista lähemmin selvittämään irtisanomisen syitä, vaikka valittaja oli pystynyt osoittamaan, ettei hän ollut syyllistynyt mihinkään virkavirheeseen, laiminlyöntiin tai sopimattomaan käyttäytymiseen virassa tai sen ulkopuolella. Vain yksi eri mieltä ollut jäsen oli valmis siirtämään näyttövelvollisuuden viranomaiselle katsoessaan, ettei se vastoin valittajan esittämää selvitystä ollut selvittänyt, että irtisanomispäätös oli perustunut asiallisesti hyväksyttävään syyhyn.

Näyttöongelmaan ovat käytännössä kilpistyneet useat valitukset, joista voidaan mainita esimerkkeinä seuraavat tapaukset:

⁹⁴ Eckhoff, JFT 1964 s. 90, korostaa esityksessään aivan oikein, että mikäli päätös tosiasiallisesti on motivoitu lainvastaisella tavalla, vaikka se olisi ollut mahdollista motivoida oikeinkin, voidaan päätös siitä huolimatta katsoa virheelliseksi.

⁹⁵ Ks. Auby, AJCL 1970 s. 553.

KHO 22. 2. 1960 T 1101: Kauppalanvaltuusto oli päättänyt ostaa kunnalle työväenyhdistykseltä tilan 3.764.820 markan kauppahinnasta ja samalla päättänyt, että kauppalanhallitus oikeutettiin vuokraamaan tilalle asemakaavassa merkitty yleisen rakennuksen tontti, jolla sijaisi yhdistyksen omistama rakennus, sanotulle yhdistykselle tavanomaisilla tontinvuokraehdoilla 15 vuoden ajaksi. Valtuuston päätöksestä tehtiin valitus, jonka mukaan hinnan nostaminen näin korkeaksi oli tapahtunut tarkoituksella tukea poliittisen yhdistyksen toimintaa kauppalan veronmaksajien kustannuksella. LO katsoi, ettei tilasta yhdistykselle maksettavaksi päätettyä kauppahintaa ollut pidettävä liiallisena eikä valtuusto siis päättäessään tilan ostamisesta kauppalalle ollut mennyt toimivaltaansa ulomaksi. KHO puolestaan katsoi, ettei ollut näytetty valtuuston päättäessään ostaa po. tilan käyttäneen harkintavaltaansa väärin. Tällä ja LO:n päätöksessä muutoin mainituilla perusteilla KHO päättyi siihen, ettei ollut esitetty syytä sen lopputuloksen muuttamiseen, johon LO oli johtunut.

KHO 1960 I 11: KHO:n siirrettyä kulkukauppalupaa koskevasta LH:n päätöksestä tehdyn valituksen pääasiassa LH:n päätöksen tarkoituksenmukaisuuden harkitsemisesta riippuvana asiana hallituksen ratkaistavaksi, ja KTM:n hylättyä valituksen, hylättiin KTM:n päätöksestä tehty valitus, koska ei ollut näytetty ministeriön käyttäneen harkintavaltaansa muuhun tarkoitukseen kuin mihin se ElinkeinoL 15 §:n mukaan olisi ollut käytettävissä eikä myöskään, että ministeriön päätös muutoin olisi ollut oikeudenvastainen, ja kun ministeriö niin ollen ei ollut loukannut hakijan oikeutta sillä tavoin kuin HVall 4 §:ssä tarkoitetaan.

KHO 1962 II 39: Kun valtuuston päätöstä, jolla oli hylätty kunnanhallituksen esitys sähkölaitoksen maksujen korottamisesta, oli vaadittu kumottavaksi sillä perusteella, että päätöksellä oli suosittu sähköä käyttäviä kunnan asukkaita muiden kuntalaisten kustannuksella, hylkäsi KHO valituksen, koska ei ollut näytetty valtuuston käyttäneen harkintavaltaansa muuhun tarkoitukseen kuin se oli ollut käytettävissä.

KHO 1963 II 236: Kuntainliiton liittovaltuusto oli hyväksynyt kuntainliitolle uuden perussäännön, jossa oli rajoitettu jäsenkuntaa edustavien jäsenten äänimäärä, joka määräytyi jäsenkunnalla kuntainliiton laitoksessa olevien hoitopaikkojen luvun mukaan, enintään 10 ääneksi. Ratkaisussaan KHO katsoi, että liittovaltuustolla ottaen huomioon KunL 155 §:n säännökset oli ollut oikeus määrätä äänivallan perusteista liittovaltuuston kokouksessa rajoittaa äänimäärää. Tämän vuoksi ja kun ei ollut näytetty liittovaltuuston päätöksen tehdessään käyttäneen harkintavaltaansa muuhun tarkoitukseen kuin mihin se lain mukaan oli käytettävissä, hylkäsi KHO valituksen.

KHO 1972 II 47: Kunnanhallitus päätti myöntää avustuksen puoluepoliittiselle yhdistykselle presidentti J. K. Paasikiven syntymän 100-vuotismuistoksi pidettävän kansalaisjuhlan järjestämiseksi. Kunnanhallituksen päätöksestä tehtiin valitus, jonka mukaan kunta oli ylittänyt toimivaltansa myöntäessään taloudellista tukea puoluepoliittiseen toimintaan. Lisäksi oli ainakin kahden kunnanhallituksen jäsenen osalta syytä epäillä harkintavallan väärinkäyttöä, koska he olivat päättäneet taloudellisen edun myöntämisestä edustamalleen yhdistykselle. KHO katsoi Paasikiven elämäntyön kunnioittamiseksi tapahtuvan juhlan järjestämisen kuuluvan kunnan toimialaan. Kunta oli niin ollen voinut myöntää avustuksen, kun juhlan ohjelma huomioon ottaen, oli järjestetty sanotussa tarkoituksessa eikä myöskään ollut näytetty, että kunnanhallitus olisi asiasta päättäessään käyttänyt väärin harkintavaltaansa.

KHO 1977 II 20: Kaupungin kiinteistö- ja rakennuslautakunta oli päättänyt vuokrata yhtiölle 3 600 m²:n suuruisen asemakaavan mukaan viljelystonttiin sisältyvän alueen paikoitusalueeksi. Ratkaisussa KHO katsoi, että kaupunginhallituksella, alistettuaan lautakunnan päätöksen tutkittavakseen, oli ollut oikeus harkintansa mukaan päättää puheena olevan alueen vuokraamisesta eikä ollut näytetty, että kaupunginhallitus asiasta päättäessään olisi käyttänyt harkintavaltaansa muuhun tarkoitukseen kuin kunnan yhteiseksi hyväksi tai että kaupunginhallitus olisi muuten käyttänyt väärin harkintavaltaansa.

Vaikka onkin myönnettävä, että näyttökysymys on harkintavallan väärinkäyttöoppia sovellettaessa ollut oikeuskäytännössäkin keskeisellä sijalla, on aiheellista seuraavassa jaksossa lähemmin tarkastella, voidaanko sillä katsoa olevan siinä määrin ratkaiseva merkitys, että koko oppirakennelma pysyy pystyssä tai kaatuu viranomaisten subjektiivisten väittämien ja tarkoituksien verifiointimahdollisuuksien mukana.

V. OBJEKTIIVISESTA PREMISSIKONTROLLISTA

A. Subjektiiviseen teoriaan kohdistuvasta kritiikistä

Klassiselle ranskalaisperäiselle vallan väärinkäyttöopille on ollut luonteenaista subjektiivisen elementin korostaminen väärinkäytön kriteerinä.⁹⁶ Sama piirre on perinteisesti ollut havaittavissa skandinaavisissa

⁹⁶ Ks. erit. von Laun, Das freie Ermessen s. 176—217.

oikeuskirjallisuudessa, jossa niin ikään on vallinnut sellainen käsitys, että harkintavallan väärinkäytölle on tyypillistä ennen muuta subjektiivinen virhe päättäjän tahdossa. Tämä klassiseen ranskalaiseen teoriaan sekä von Launin ja Andersenin monografioihin palautuva näkemys on kuitenkin viime vuosien kuluessa saanut rinnalleen subjektiiviseen premissikontrolliin kriittisesti asennoituvan kirjoittajajoukon, jonka mukaan kysymys ei niinkään ole siitä, mikä on hallintotoimen tarkoitus, vaan se, mikä voi olla hallintotoimen virheettömänä premissinä.⁹⁷ Viime aikoina erityisesti Tanskan oikeuskirjallisuudessa on varsin jyrkästi kritisoitu subjektiivisen teorian käyttökelpoisuutta ns. Magtfordrejning-opin yhteydessä.

Pääkiilan perinteiseen ajatteluun on työntänyt *Krarup*, joka väitöskirjassaan »Øvrighedsmyndighedens grænser» (1969) on ottanut päämääräkseen osoittaa tarpeettomaksi sen, että harkintavallan väärinkäyttökysymyksissä pysähdytään siihen, *miksi* tietty viranomainen tietystä yksittäistapauksessa on antanut merkitystä juuri niille tekijöille ja näkökohdille, joille se on antanut.⁹⁸ *Krarupin* mukaan tanskalainen oikeusteoria on tosin toistaiseksi ollut siinä käsityksessä, että Ranskassa kehitetty *dé-tournement de pouvoir*-oppi klassisessa muodossaan on yleisesti hyväksytty myös Tanskan hallintolainkäytössä. Hän tulee kuitenkin oikeuskäytännön pohjalta siihen tulokseen, ettei teorian omaksumaa käsitystä ole käytännössäkään yhtä herkeästi sovellettu kuin yleensä on annettu ymmärtää. Luultavasti onkin niin, että Andersenin perintö on vaikuttanut myöhempään oikeusteoriaan niin vahvasti, että teoreetikot ovat paljolti jääneet keskenään korkealla abstraktiotasolla keskustelemaan ongelmasta, joka olisi vaatinut jo kauan sitten pureutumista oikeuskäytäntöön. Suomessa — onneksi — ennen muuta Makkosen ansiosta on analyyttinen suuntaus varsinkin 1960-luvulta lähtien ottanut tarkastelun kohteeksi oikeustodellisuudelle vieraat teoreettiset konstruktiot.

Krarupin erittely on Tanskassa osoittanut, että vaikka onkin olemassa lukuisia sellaisia lainkäyttöratkaisuja, joiden on väitetty viittaavan siihen, että subjektiivinen vallan väärinkäyttäteoria on myös käytännössä hyväksytty, eivät subjektiiviset näkökohdat sittenkään ole olleet lainkäyttöelinten huomion keskipisteenä. Hänen tutkimuksensa tulosten mukaan

⁹⁷ Subjektiivisella opilla on tosin jo varhain ollut myös vastustajia, joista erityisesti on syytä mainita *Tezner*, *Das freie Ermessen* s. 80—100.

⁹⁸ Ks. *Krarup*, *Øvrighedsmyndighedens grænser* s. 119—125.

kysymys on säännönmukaisesti ollut objektiivisesta tulkintaoperaatiosta. Se merkitys, mikä asiaan kuulumattomilla motiiveilla ja tarkoitusperillä on oikeuskäytännössä ollut, piilee hänen mukaansa siinä, että niihin kohdistuva kontrolli on mahdollistanut tuomioistuinten kompetenssin ulottuvuuden laajentumisen.

Krarupin näkemys on kiinteässä yhteydessä hänen suhtautumiseensa vapaan harkinnan doktriiniin. Hänen käsityksensä on, että hallintoratkaisujen oikeudellisten ja ei-oikeudellisten puolien erottelu toisistaan on harhaanjohtavaa ja että hallintoon kohdistuva tuomioistuincontrolli ulottuu käytännössä paljon laajemmalle ja on luonteeltaan hienosyisempää kuin klassisessa harkintavallan väärinkäyttöopissa yleensä on otaksuttu. Hänen mukaansa ei periaatteessa ole sellaisia premissejä, joihin tuomioistuincontrolli ei ulotu.

Norjassa kehitys subjektiivisesta opista objektiiviseen on tapahtunut jonkin verran varovaisemmin askelin kuin Tanskassa. Voisi ehkä sanoa, että Norjassa liikutaan subjektiivisen ja objektiivisen suuntauksen välimailla.⁹⁹ Ruotsissa taas on johdonmukaisemmin pysytty traditionaalisen opin kannalla,¹⁰⁰ mihin on osaltaan saattanut vaikuttaa se, että Ruotsissa on tuomioistuimilla ollut oikeus puuttua yhtä hyvin laillisuus- kuin tarkoituksenmukaisuuskysymyksiin. Suomen tilanteen kartoittamiseksi on seuraavassa aiheellista oikeuskäytännön valossa tarkastella objektiivisen premissikontrollin asemaa lainkäytössä.

B. Kunnallisten ilmoitusten julkaiseminen sovellutusesimerkkinä

Valaisevan, mielenkiintoisen ja käytännössä merkityksellisen esimerkin premissikontrollin luonteesta tarjoavat eräät KHO:n viime vuosina ratkaisemat kunnallisten ilmoitusten julkaisemista koskevat tapaukset, joita on tarkoituksena tässä jaksossa erikseen käsitellä.

KunL 32 § 1 mom:n nojalla kunnalliset ilmoitukset oli saatettava kuntalaisten tiedoksi julkaisemalla ne erityisellä taululla julkisten kuulusuuten ilmoituspaikassa (pakollinen tiedottaminen). Saman säännöksen 2 mom:n mukaan valtuusto voi kuitenkin päättää, onko kunnalliset ilmoit-

⁹⁹ Ks. *Boe*, TfR 1978 s. 355.

¹⁰⁰ Poikkeuksen tekee *Victorin*, FT 1956 s. 29—58. Ks. myös *Boe*, TfR 1978 s. 357—358.

tukset muullakin tavoin saatettava kuntalaisten tiedoksi (vapaaehtoinen tiedottaminen).¹⁰¹

Ensimmäisen merkittävän sanotun säännöksen soveltamiseen liittyvän ratkaisun KHO antoi vuonna 1951.¹⁰² Kysymys oli tapauksesta, jossa valtuusto oli päättänyt, että tärkeimmät kunnalliset ilmoitukset oli julkaisettava paitsi kunnan ilmoitustaululla kolmessa sanomalehdessä, mutta ei eräässä neljännessä sanomalehdessä. LO kumosi valtuuston päätöksen. KHO puolestaan katsoi, että valtuuston päättäessään KunL 32 § 2 mom:n nojalla harkintansa mukaan, onko kunnalliset ilmoitukset saatettava kuntalaisten tiedoksi muullakin kuin po. säännöksen 1 mom:ssa säädetyllä tavalla, tulee ottaa huomioon kunnan jäsenten yhteinen etu. Koska asiakirjoista saatavan selvityksen nojalla ei kuitenkaan voitu pitää näytettynä, että valtuusto päätöstä tehdessään oli käyttänyt harkintavaltaansa muuhun tarkoitukseen kuin se oli ollut käytettävissä eikä valtuuston voitu katsoa menneen toimivaltaansa ulommaksi, eikä ollut näytetty, että päätös oli syntynyt laista poikkeavassa järjestyksessä tai loukkasi valittajien yksityistä oikeutta, KHO KunL 175 §:n nojalla kumoten lääninhallituksen päätöksen, saattoi valtuuston päätöksen voimaan.

Toisen merkittävän ratkaisun antoi KHO vuonna 1961.¹⁰³ LO:een tehdyssä valituksessa väitettiin, että valtuusto päättäessään sanomalehdistä, joissa kunnalliset ilmoitukset julkaistaan, oli ratkaissut asian puoluepoliittisia syitä seuraten. LO katsoi valtuuston jättäneen ottamatta huomioon kunnan yhteisen edun ja kumosi KunL 4 §:n nojalla valtuuston päätöksen toimivallan ylittämisenä. KHO:ssa ratkaisu syntyi täysistunnossa äänestyksen jälkeen ja niukan enemmistön turvin. Enemmistö asetui sille kannalle, että päätettäessä kunnallisten ilmoitusten julkaisemisesta sanomalehdissä on otettava huomioon kunnan jäsenten yhteinen etu. Enemmistö katsoi kuitenkin päätöksessään jääneen näyttämättä, että valtuusto olisi käyttänyt väärin harkintavaltaansa. Merkittävä osa vähemmistöstä sen sijaan olisi halunnut pysyttää LO:n päätöksen.

Vuonna 1973 ratkaisemassaan tapauksessa KHO tuli toisenlaiseen lop-

¹⁰¹ Ks. *Kuuskoski—Hannus*, Kunnallislaki s. 155—156 ja *Murén*, SKL 1975 s. 22.

¹⁰² Ks. KHO 1951 I 25. — Varhaisemmista kunnallisiin ilmoituksiin liittyvistä ratkaisuista ks. KHO 1918 II 137, KHO 1919 II 1216, KHO 1925 II 2281, KHO 1929 II 511, KHO 1932 II 272.

¹⁰³ KHO 1961 II 614.

putulokseen.¹⁰⁴ Siinä valtuusto oli päättänyt, että kunnalliset ilmoitukset tuli julkaista paitsi kunnan ilmoitustaululla myös kahdessa sanomalehdessä. Ilmoituslehdiksi ei kuitenkaan hyväksytty kolmatta sanomalehteä, jonka levikki kunnassa oli suurin. Tällä kerralla LO katsoi päätöksessään harkintavallan väärinkäytön jääneen näyttämättä, mutta KHO päätyi siihen, että KunL 32 § 2 mom:n säännöksen tarkoituksena on saattaa kunnalliset ilmoitukset mahdollisimman tehokkaasti kuntalaisten tiedoksi. Koska valtuusto oli päättänyt jättää ilmoitukset julkaisematta eniten leviävässä sanomalehdessä, katsoi KHO valtuuston käyttäneen väärin harkintavaltaansa kumoten päätöksen KunL 175 §:n nojalla.

Viimeksi mainitun ratkaisun perustelutapa antaa aiheen verrata levikki tietoja kolmen edellä esitetyn tapauksen välillä.¹⁰⁵

	1951 I 25	1961 II 614	1973 II 38
Pois jätetyn lehden levikki kunnassa	1 672	1 318	2 150
Ilmoituslehtien yhteislevikki kunnassa	911	965	720
Erotus	761	353	1 430

Taulukosta ilmenee, että kunnallisten ilmoituslehtien joukosta pois jätetty lehti kaikissa kolmessa tapauksessa ylitti ilmoituslehtien yhteislevikin kunnassa. Ottaen huomioon viimeksi mainitun ratkaisun perustelutavan on vaikeata välttyä siltä käsitykseltä, että KHO vuonna 1973 antamassaan päätöksessä on poikennut aikaisemmilta linjoilta. Ongelmallisuutta lisää kuitenkin se, että kaksi ensin mainittua ratkaisua olivat syntyneet täysistunnossa kun vuoden 1973 ratkaisun sen sijaan antoi nelijäseninen jaosto. Ristiriitaisuus ei kuitenkaan ole välttämätön, mikäli annetaan painoa sille, että vuonna 1973 omaksuttuun kantaan on vaikuttanut se, että erotus tällöin oli huomattavasti suurempi kuin kahdessa aikaisemmassa ratkaisussa. Se, että poikkeava kannanotto tapahtui tietoisena varhaisemmasta käytännöstä, ilmenee selvästi KHO:ssa laadituista taustaselvityksistä. Niistä ilmenee myös, että käsillä olevaa tapausta pidettiin erittäin vaikeasti ratkaistavana, sillä kunta ei ollut millään tavalla voinut esittää selvitystä siitä, minkä takia eniten leviävä sanomalehti oli jätetty pois ilmoituslehtien joukosta. Se, että päätökseen olivat saattaneet

¹⁰⁴ KHO 1973 II 38.

¹⁰⁵ Tiedot perustuvat KHO:n käytettävissä olleeseen aineistoon.

vaikuttaa puoluepoliittiset näkökohdat, kuvastuvat selvästi tausta-aineistossa esitetyistä lausumista. Näyttöä ei kuitenkaan ilmeisesti pidetty niin kiistattomana, että siihen olisi voitu suoraan vedota. Tästä ongelmasta KHO pääsi perustelemalla ratkaisunsa käyttämällä *objektiivista menetelmää* eli ottamalla ratkaisevaksi kriteeriksi levikkipohjaisen tarkastelutavan.

Vaikka objektiivinen, levikkiin perustuva tarkastelutapa tarjoaakin kiinteämmän ja selkeämmän pohjan harkintavallan käytön arvioinnissa, ei sekään välttämättä ratkaise kaikkia ongelmia, sillä esimerkiksi levikkitietojen paikkansapitävyys voidaan toisinaan asettaa kysymyksen alaiseksi. Tämä ongelma aktualisoitui KHO:n vuonna 1976 antamassa kunnallisten ilmoitusten julkaisemista koskevassa ratkaisussa.¹⁰⁶

Nokian kauppalanvaltuusto 2.1.1973 oli päättänyt, että ilmoitukset saatetaan tiedoksi ilmoitustaulun lisäksi Kansan Uutiset, Kansan Lehti ja Nokian Uutiset nimisissä sanomalehdissä julkaistavilla ilmoituksilla ja että ilmoitukset saadaan myös julkaista kauppalanhallituksen tarpeelliseksi katsomissa lehdissä ja julkaisuissa.

Eräs valtuutettu viiden muun kanssa teki valtuustoaloitteen lausuen, että Hämeen Yhteistyö niminen lehti oli ollut kauppalan ilmoituslehti aina siihen saakka, kunnes sen ilmestyminen keskeytyi syksyllä 1971. Lehden ilmestyminen oli kuitenkin jatkunut 11.11.1971 lukien keskeytyksettä ja sen tilauskanta Nokialla oli yli 1 000 tilausta. Hämeen Yhteistyön ilmestymisen keskeydyttyä oli kunnalliset ilmoitukset päätetty julkaista Kansan Uutisissa, vaikka sanotun lehden tilausmäärä Nokialla oli vain noin puolet Hämeen Yhteistyön tilausmäärästä. Tästä syystä valtuutettu ja hänen asiakumppaninsa olivat esittäneet, että Hämeen Yhteistyö hyväksyttäisiin jälleen kauppalan ilmoitusleheksi.

Valtuusto päätti 28.1.1975 äänestyksen jälkeen, ettei valtuutetun aloite antanut aihetta toimenpiteisiin. Valituksessaan LO:lle valittaja lausui, että valtuusto oli päätöksessään käyttänyt väärin harkintavaltaansa. Hämeen Yhteistyö oli ollut kauppalan ilmoituslehtenä aina syyskuuhun 1971 saakka. Tällöin kauppalan ilmoitukset oli päätetty siirtää toistaiseksi Kansan Uutisiin. Hämeen Yhteistyön tarkistettu levikki oli 10.2.1975 ollut kuitenkin 985 kappaletta eli huomattavasti enemmän kuin Kansan Uutisten levikki Nokian kauppalassa. Näillä perusteilla valittaja vaati, että LO kumoaisi valtuuston päätöksen ja määräisi kauppalan ilmoitusleheksi Hämeen Yhteistyön.

¹⁰⁶ Ks. KHO 17.12.1976 T 5004.

Tutkittuaan asian LO, ottaen huomioon Hämeen Yhteistyön ja Kansan Uutisten levikistä saadut selvitykset,¹⁰⁷ katsoi, ettei valtuusto päättäessään olla hyväksymättä Hämeen Yhteistyötä kauppalaan ilmoituslehdeksi ollut käyttänyt harkintavaltaansa muuhun tarkoitukseen kuin mihin se oli ollut käytettävissä. Valtuusto ei siis ollut päätöksessään ylittänyt toimivaltaansa. Sen vuoksi LO, ottaen vielä huomioon KunL 32 §:n ja 175 §:n säännökset, harkitsi oikeaksi hylätä valituksen.

Jatkovalituksessaan valittaja huomautti, ettei LO ollut riittävässä määrin tutkinut valituksen alaista asiaa, koska se oli hyväksynyt Kansan Uutisten levikkimääräksi lehden oman ilmoituksen, jota valittajan käsityksen mukaan ei voitu pitää virallisena levikkilukuna. Sen sijaan Hämeen Yhteistyön levikki oli ilmoitettu virallisen levikkitarkastuksen pohjalta. Valittaja pyysi KHO:ta kumoamaan päätöksen ja tutkimaan lehtien todelliset levikit joko levikkitarkastuksen tai postilaitoksen tietojen pohjalta. — KHO 17. 12. 1976, tutkittuaan asian, katsoi, ettei ollut syytä muuttaa LO:n päätöstä.

Vuonna 1977 Suomen kunnat saivat uuden »perustuslain». Uusi kunnallislaki ei kuitenkaan sisällä perin radikaaleja muutoksia vanhaan lakiin verrattuna. Suuri osa säännöksistä on sisällöllisesti säilynyt miltei ennallaan. Tämä pitää paikkansa myös kunnallisten ilmoitusten julkaisemista koskevan sääntelyn kohdalla.

KunL 32 §:ää vastaava säännös sisällytettiin UKunL 34 §:ään, jossa entiseen tapaan erotetaan pakollinen ja vapaaehtoinen ilmoittaminen toisistaan. Säännöstä sovellettaessa tarjoavat vanhan lain voimassa ollessa syntynyt oikeustapausaineisto ja kirjallisuudessa esitetyt mielipiteet edelleenkin tulkinnan kannalta mielenkiintoisen ja merkityksellisen vertailuperustan. *Teoreettisesti* katsoen vanhan lain voimassa ollessa kehittyneen judikatuurin merkitysarvo on tietysti problemaattinen, mutta *käytännössä* sitä varmaan edelleenkin tullaan käyttämään ratkaisutoiminnan ohjeena tämän kuten monen muunkin kunnallislain säännöksen soveltamistilanteissa.

¹⁰⁷ Asiassa saadun selvityksen mukaan Hämeen Yhteistyön levikki Nokialla vuoden 1975 alussa oli ollut 1093 kpl ja maaliskokuussa 1975 1133 kpl. Kansan Uutisten levikki Tampereen markkinointialueella oli 1. 7. 1975 ollut 5608 kpl ja tilausmäärä Nokialla helmikuussa 1975 lehden oman ilmoituksen mukaan 896 kpl ja keskimääräinen levikki noin 1100 kpl. Nokian Uutisten keskimääräinen nettolevikki maaliskokuussa 1975 oli ollut 6749 kpl. Kansan Lehden levikki Nokialla maaliskokuussa 1975 oli ollut 786 kpl.

Yhteislevikkiä arviointiperusteena on KHO käyttänyt myös uuden kunnallislain voimaantulon jälkeen antamassaan kahdessa kunnallisten ilmoitusten julkaisemista koskevassa ratkaisussa.

Ensimmäisessä tapauksessa oli valtuusto päättänyt, että kunnan ilmoitukset oli saatettava tiedoksi paitsi julkipanoin kunnan ilmoitustaululla myös siten, että ne julkaistaan kerran viikossa ilmestyvässä Y-kunta nimisessä ilmaisjakelulehdessä, samoin kerran viikossa ilmestyvässä paikallislehdessä sekä viisi kertaa viikossa ilmestyvässä Kansan Lehti nimisessä sanomalehdessä ja kolme kertaa viikossa ilmestyvässä Hämeen Yhteistyö nimisessä sanomalehdessä, mutta ettei niitä julkaista seitsemän kertaa viikossa ilmestyvässä Aamulehti nimisessä sanomalehdessä.¹⁰⁸ Valtuuston päätöksestä tehdyssä valituksessa lausuttiin, että Aamulehti oli ylivoimaisesti suurilevikkisin lehti Y:n kunnassa, joten valtuusto oli käyttänyt väärin harkintavaltaansa päättäessään, ettei kunnan ilmoituksia julkaista kunnassa laajimmalle leviävässä sanomalehdessä. LO katsoi päätöksessään, että UKunL 34 § 2 mom:n nojalla valtuustolla oli valta päättää, että kunnan ilmoitukset tai jotkut niistä saatetaan tiedoksi muullakin tavalla kuin julkaisemalla ne ilmoitustaululla. LO:n mukaan sanotun säännöksen tarkoituksena oli saattaa kunnan ilmoitukset mahdollisimman tehokkaasti kuntalaisten tiedoksi. Saatujen levikkitietojen mukaan Aamulehden levikki oli huomattavasti suurempi kuin niiden valtuuston päätöksessä mainittujen sanomalehtien yhteislevikki, jotka ilmestyvät useammin kuin kerran viikossa. Valtuuston oli näin ollen katsottava jättäessään hyväksymättä Aamulehden kunnan ilmoituslehdeksi käyttäneen harkintavaltaansa väärin ja menneen päätöksellään toimivaltansa ulommaksi. Sen vuoksi LO, ottaen vielä huomioon UKunL 139 §:n säännökset, harkitsi oikeaksi kumota valtuuston päätöksen. KHO katsoi, ettei ollut syytä muuttaa LO:n päätöstä, joka siis jäi pysyväksi.¹⁰⁹

Vuonna 1978 annetussa toisessa ratkaisussa oli kysymys kunnanvaltuuston päätöksestä saattaa kunnalliset kuulutukset kuntalaisten tietoon vuosina 1977—1980 kuuluttamalla ilmoitustaululla ja eräissä sanomalehdissä.¹¹⁰ Päätöksestä LO:een tehdyssä valituksessa lausuttiin, että valtuusto oli hylännyt kunnanhallituksen ehdotuksen ilmoitusten julkaisemisesta myös Helsingin Sanomissa, joka oli kunnan alueella jaettavista sanoma-

¹⁰⁸ Ks. KHO 15. 2. 1978 T 670.

¹⁰⁹ Sanotusta KHO:n ratkaisusta ks. myös SK 1978 s. 817.

¹¹⁰ Ks. KHO 15. 2. 1978 T 671.

lehistä eniten kunnan asukkaitten keskuuteen leviävä sanomalehti. Valittaja katsoi valtuuston käyttäneen harkintavaltaansa väärin ja näin ollen menneen toimivaltaansa ulommaksi. LO hylkäsi valituksen ja KHO pyysytti LO:n päätöksen, jossa oli katsottu, ettei valitus antanut aihetta, koska *muiden hyväksytyjen ilmoituslehtien yhteislevikki oli suurempi kuin Helsingin Sanomien, joka oli jätetty pois ilmoituslehtien joukosta.*¹¹¹

Edellä mainitut ratkaisut ovat osoituksia KHO:n käyttämästä objektiivisesta premissikontrollista harkintavallan väärinkäytön arvioinnissa. Ratkaisuissa ei ainakaan perustelujensa valossa ole ollut keskeisenä kysymyksenä, *miksi tietty sanomalehti on jätetty pois ilmoituslehtien joukosta, vaan arviointi on tapahtunut objektiivisten kriteerien pohjalta.* Toisaalta on myönnettävä, että KHO:n käytännössä on ilmennyt jonkin verran horjuvuutta. Tulkintaperiaatteet eivät kunnallisten ilmoitusten julkaisemista koskevilla tapauksissa vaikuta täysin selkiintyneiltä. Tätä kuvastaa myös KHO:n 10. 11. 1978 antama ratkaisu.¹¹² Siinä oli kysymys valtuuston päätöksestä, jonka mukaan verotusta, vaaleja ja valtuuston kouksia koskevat ilmoitukset tai jotkin niistä saatetaan tiedoksi, paitsi julkipanoin ilmoitustaululla, myös siten, että ne julkaistiin Koillis-Häme, Keski-suomalainen, Kansan Uutiset ja Kansan Lehti nimisissä sanomalehdissä. Sen sijaan oli valtuusto hylännyt asiaa käsiteltäessä tehdyn ehdotuksen, jonka mukaan mainitut ilmoitukset julkaistaisiin lisäksi Aamulehdessä, jonka levikki kunnan alueella oli esitetyn selvityksen mukaan ollut päätöksen tekemisen aikaan suurempi kuin Kansan Uutisten ja Kansan Lehden levikki.¹¹³ Koska valtuuston menettelylle, jonka mukaan Aamulehti oli jätetty pois ilmoituslehtien joukosta edellä mainituissa asioissa, ei löytynyt asiallista perustetta, valtuuston päätöksen katsottiin loukkaavan *kunnan jäsenten yhdenvertaisuutta* ja niin ollen menneen sen toimivaltaa ulommaksi.

Mielenkiintoinen piirre viimeksi mainitussa ratkaisussa muihin samana vuonna annettuihin ratkaisuihin verrattuna on se, että siinä aikaisemmasta poiketen nimenomaisesti viitataan yhdenvertaisuuden loukkaami-

¹¹¹ Sanotusta KHO:n ratkaisusta ks. myös SK 1978 s. 817.

¹¹² Ks. KHO 10. 11. 1978 T 4907.

¹¹³ Lehtien levikki Jämsänkoskella oli seuraava: Keski-suomalainen 1142 (v. 1977 ensimmäinen vuosineljännes), Aamulehti 420 (v. 1977 ensimmäinen vuosineljännes), Kansan Uutiset 302 (20. 5. 1977), Kansan Lehti 102 (v. 1977 alussa), Koillis-Häme, kolme kertaa viikossa ilmestyvä »milteipä jokaiseen talouteen ilmestyvä lehti».

seen. Mikäli kunnallisten ilmoitusten julkaisemista tarkasteltaisiin pelkästään tämän tapauksen valossa, vaikuttaisi siltä, että ratkaisevana kriteerinä ei olekaan ilmoituslehtien joukosta pois jätetyn lehden levikin suhde ilmoituslehtien yhteislevikkiin kunnassa, vaan päätös sisältää harkintavallan väärinkäyttöä ja on kumottavissa, mikäli ilmoituslehtien joukosta on jätetty pois sellainen sanomalehti, jonka levikki kunnassa on suurempi kuin jonkin ilmoituslehdeksi hyväksytyn lehden levikki.

Joka tapauksessa vaikuttaa selvältä, että ilmoituslehdiksi ovat lasketavissa ainoastaan useammin kuin kerran viikossa ilmestyvät sanomalehdet. Myös ilmaisjakelulehdet ovat jätettävissä tarkastelun ulkopuolelle.¹¹⁴ Korkeimmassa hallinto-oikeudessa laadittujen taustaselvitysten valossa näyttää niin ikään siltä, että arvioinnissa saatetaan kiinnittää huomiota myös lehtien *ilmestymistiheyteen* niiden lehtien välillä, jotka ilmestyvät useammin kuin kerran viikossa. Tällainen kriteeri luonnollisesti omalta osaltaan monimutkaistaa suoritettavaa arviointia. Pois suljettu mahdollisuus ei ole sekään, että huomiota kiinnitetään *ilmoitushintojen* välisiin eroavaisuuksiin. Sen sijaan sille, että ilmoitukset julkaistaan toisella paikkakunnalla ilmestyvässä sanomalehdessä, ei ole estettä, kunhan se vain yleisesti leviää asianomaiseen kuntaan.¹¹⁵

Leviämisen yleisyyteen on oikeuskirjallisuudessa kiinnittänyt huomiota myös Murén, joka KunL 32 § 2 momenttia tulkitessaan päätyy siihen käsitykseen, että ilmoitukset on julkaistava sanomalehdissä niin, että ne tulevat sanomalehtiä lukemalla kunnassa *yleisesti tiedoksi*.¹¹⁶ Murén myöntää, että valtuustolla päättäessään, missä sanomalehdessä kunnalliset il-

¹¹⁴ Ks. myös Murén, SKL 1975 s. 22. Lehdistönimikkeissä saattaa käytännössä esiintyä tiettyä horjuvuutta. Viestintäpoliittinen komitea (ks. KM 1973: 91 I ja 1973: 148 II s. 11—12) lähtee siitä, että sanomalehtityyppiset julkaisut ilmestyvät mahdollisia sesonkitaukoja lukuun ottamatta vähintään kerran viikossa ja niiden sisältö on ainakin siksi yleisluontoinen ja uutispitoinen, että niitä ei voida pitää vain joidenkin intressi- tai harrastusryhmien sisäisinä julkaisuina. Sanomalehtityyppiset julkaisut jakautuvat kolmeen alaryhmään. Ns. varsinaiset sanomalehdet ilmestyvät vähintään kolme kertaa viikossa. — Paikallislehdet puolestaan määritellään mietinnössä enintään kaksi kertaa viikossa ilmestyviksi pääasiassa vain varsinaisen levikkialueen uutisia käsitteleviksi julkaisuiksi, joiden levikki perustuu maksettuihin tilauksiin. Ilmaisjakelulehtien julkaiseminen taas perustuu vain ilmoitusten myyntiin. Usein ne ilmestyvät kahdesta neljään kertaa kuukaudessa.

¹¹⁵ Ks. KHO 1920 II 511.

¹¹⁶ Ks. Murén, SKL 1975 s. 22.

moitukset julkaistaan, on harkintavaltaa, mutta samalla hän edellyttää, ettei valtuuston päätös saa olla ristiriidassa »yleisesti tiedoksi saattamisen oikeusperiaatteen» kanssa. Oikeusperiaatteesta puhuminen tässä yhteydessä on ehkä liioiteltua, mutta varteen otettavia näkökohtia on Murén esittänyt viitatessaan siihen, että vaikka raja yleisyyden ja ei-yleisyyden välillä onkin epäselvä, ei tämä sinänsä estä käyttämästä tiedoksiannon yleisyyttä kriteerinä harkittaessa sen lainmukaisuutta. Niinpä hän panee merkille esimerkiksi sen, että tiedoksiannon yleisyys on riippuvainen sanomalehtien tilaajien ja kunnan asukasluvun välisestä suhteesta. Tämä puolestaan johtaa siihen, että sama tilattujen sanomalehtien lukumäärä vaikuttaa suurella kunnassa tiedoksiannon yleisyyteen ja lainmukaisuuteen vähemmän kuin pienessä kunnassa.

Harkintavallan väärinkäytön ongelmaa Murén on artikkelissaan tarkastellut lähemmin KHO:n aikaisemmin mainittujen vuonna 1961 ja 1973 antamien ratkaisujen valossa.¹¹⁷ Hänen käsityksensä mukaan tarjolla olisi ollut kaiken kaikkiaan kolme erilaista vaihtoehtoista kumoamisperustetta. Kumoaminen olisi voinut tapahtua joko KunL 4 §:n (vast. UKunL 5 §:n) tai KunL 32 § 2 mom:n (vast. UKunL 34 § 2 mom:n) nojalla taikka harkintavallan väärinkäytön vuoksi yksinomaan KunL 175 §:n (vast. UKunL 139 §:n) valitussäännöksen perusteella.

Käsitlemiensä tapausten osalta Murén esittää, että niiden kaltaisissa valitusasioissa olisi tulkinnan pohjaksi tullut asettaa KunL 32 § 2 mom. Niinpä hänen käsityksensä mukaan valtuuston päätöstä vuonna 1973 ratkaistussa asiassa ei olisi saanut katsoa harkintavallan väärinkäyttöä sisältäväksi vaan se olisi pitänyt katsoa KunL 32 § 2 mom:n vastaiseksi. Murénin kritiikki kohdistuu myös KHO:n käsitykseen sanotun säännöksen ratiosta. Hän pitää vaatimusta *mahdollisimman tehokkaasta tiedoksiantamisesta* liian ankarana kriteerinä. Sellaiseksi riittäisi hänen mukaansa tehokkaasti tiedoksi saattaminen. Epäselväksi tosin lukijalle jää, mikä käytännöllinen merkitys kriteerin väljentämisellä on. Sitä paitsi asia voidaan ymmärtää silläkin tavalla, että tehokkaasti järjestetty tiedotus edellyttää enemmän kuin »mahdollisimman tehokas» tiedoksi saattaminen.

Arvioidessaan edellä mainittuja kolmea erilaista kumoamisperustetta ja niiden käyttöä KHO:n ratkaisutoiminnassa Murén korostaa aluksi, että kunnallinen tiedoksianto on aina kunnallisia, siis silloinkin, kun tiedoksianto on virheellinen. Tämän ohella hän viittaa siihen, että KunL

¹¹⁷ Ks. KHO 1961 II 614 ja KHO 1973 II 38.

32 § 2 mom:ia olisi erityissäännöksenä sovellettava 4 §:n yleissäännöksen sijasta. Edelleen hän lausuu käsityksensä, että silloin kun on menetelty 32 § 2 mom:n vastaisesti, ei kysymyksessä ole harkintavallan väärinkäyttö. Tämä kannanotto on ymmärrettävissä, kun otetaan huomioon, että Murénin mukaan harkintavallan väärinkäyttö tulee kysymykseen vain siltä osin kuin viranomaisen päätös perustuu vapaaseen harkintaan. Harkintavallan väärinkäyttöä ei hänen mukaansa voi olla lain säännöksen vastainen menettely. Niin ollen päätös jättää julkaisematta ilmoitus eniten tilatussa sanomalehdessä on lainvastainen jo itsessään, vaikka valtuusto ei olisi tietänyt sanomalehden olleen eniten tilatun ja vaikka päätös ei olisi aiheutunut suosimis- tai syrjimistarkoituksesta taikka muusta epäasianmukaisesta tarkoituksesta tai vaikuttimesta. Tältä pohjalta Murén tulee siihen tulokseen, että kunnallisten ilmoitusten julkaisemista koskevat valtuuston päätökset on selvästi helpompaa ja varmempaa katsoa lainvastaisiksi KunL 32 § 2 mom:n nojalla kuin monilukuisten ja eri mieltä olleiden valtuutettujen tuntemattomiksi jääneistä ajatuksista ja tahdoista riippuvan harkintavallan väärinkäytön nojalla. Murén myöntää, että KunL 32 § 2 mom:iakin sovellettaessa voi tulla esille vaikeita kysymyksiä, mutta ne ovat laintulkinnallisia, eivät psykologisia, niin kuin ovat kysymykset harkintavallan väärinkäytön tapahtumista tutkittaessa.¹¹⁸

Murénin käsitys harkintavallan väärinkäyttöopista on siinä mielessä perinteinen, että hän pitää sen soveltamisen edellytyksenä viranomaisen subjektiivisten vaikuttimien ja tarkoituserien selvittämistä. Toisaalta Murénin lähestymistapa poikkeaa tavanomaisesta sikäli, että hän tietoisesti pyrkii välttämään subjektiivisen teorian soveltamiseen liittyvät näytösvaikeudet siirtämällä tarkastelun laintulkinnalliselle tasolle.

Murén ei esityksessään kuitenkaan ole kiinnittänyt huomiota siihen, että harkintavallan väärinkäyttöopin soveltaminen klassisessa subjektiivisessa muodossaankin edellyttää toimivaltanormin identifioimista ja samalla sen tulkitsemista. Sellainen toimivaltanormi sisältyy myös KunL 32 § 2 mom:iin (vast. UKunL 34 § 2 mom:iin), jonka mukaan valtuuston vapaassa harkinnassa on, haluaako se käyttää kunnalliseen ilmoittamiseen muitakin keinoja kuin kunnan ilmoitustaulua. Mikäli valtuusto tällä tavalla päättää toimia, sen velvollisuutena on ottaa huomioon säännöksen ratio, joka oikeuskäytännössä on tulkittu tarkoitukseksi saattaa kunnan ilmoitukset mahdollisimman tehokkaasti kuntalaisten tiedoksi. Ellei val-

¹¹⁸ Ks. Murén, SKL 1975 s. 22–23.

tuusto näin menettele, voidaan sanoa, että se asiallisesti ylittää toimivaltansa. Yhtä hyvin tähän johtopäätökseen voidaan tulla käyttämällä tulkintapohjana KunL 4 §:ää (vast. UKunL 5 §:ää), vaikkakin on Murénin tapaan myönnettävä, että KunL 32 § 2 mom. (vast. UKunL 34 § 2 mom.) erityissäännöksenä tarjoaa luontevamman perustan arvioinnille. Kuten edellä on todettu, Murén on kolmantena mahdollisena kumoamisperusteena viitannut KunL 175 §:ään (vast. UKunL 139 §:ään), jota yksinomaisesti käytettäessä on hänen mukaansa kysymys harkintavallan väärinkäytöstä. Kieltämättä käytännössä esiintyykin sellaisia KHO:n kumoamispäätöksiä, joiden perusteluissa on viitattu pelkästään sanottuun säännökseen, mutta tämä ei merkitse sitä, etteikö lainkäyttäjä siitä huolimatta olisi joutunut arviointia suorittaessaan luomaan käsityksen sitä, millainen on se toimivaltanormi, jonka loukkaamisesta kulloinkin on kysymys.

Murén ei esityksessään myöskään ole kiinnittänyt huomiota siihen, että hänen arvostelemansa vuonna 1973 annetun KHO:n ratkaisun perustelut eivät nojaudu valtuuston motiiveihin tai päämääriin vaan objektiivisiin kriteereihin eli ilmoitusten julkaisematta jättämiseen eniten leviävässä sanomalehdessä. Asiallisesti katsoen Murénin esittämät kannanotot eivät ymmärtääkseni kuitenkaan olennaisesti poikkea niistä käsityksistä, jotka ovat käsillä olevassa tutkimuksessa muotoutuneet: tähdellistä on erityisesti panna merkille objektiivisen premissikontrollin merkitys hallintolainkäytössä.

Kokonaan erillinen kysymys on se, voidaanko KHO:n varsinkin myöhemmissä ratkaisuihinsa omaksumaa lähtökohtaa, jonka mukaan arviointikriteerinä käytetään ilmoituslehtien yhteislevikkiä, pitää oikeaan osueneena. Tässä suhteessa saattaisi suositeltavampaa olla päähuomion kiinnittäminen siihen, onko valtuusto jättänyt ilmoituslehtien joukosta pois *kunnassa eniten tilatun sanomalehden*, sillä yhteislevikkiin pohjautuvaa tarkastelutapaa käytettäessä jää huomioon ottamatta eri lehtien levikkien mahdollinen päällekkäisyys; sama lukijakunta saattaa seurata useita lehtiä. Yksittäisistä sanomalehdistä sillä, jota kunnassa eniten tilataan on luonnollisesti parhaat edellytykset täyttää vaatimus »mahdollisimman tehokkaasta tiedoksiantamisesta». Mikäli tällä linjalla edetään loppuun saakka, voidaan samalla lähteä siitä, että valtuusto on, sikäli kuin se haluaa käyttää muita ilmoituslehtiä kuin kunnassa eniten tilattua sanomalehteä, periaatteessa velvollinen hyväksymään seuraavaksi eniten tilatun lehden ilmoituslehtien joukkoon. Toisin sanoen ilmoituslehtien joukosta ei olisi lupa jättää pois sellaista sanomalehteä, jonka tilausmäärä kun-

nassa on suurempi kuin jonkin ilmoituslehdiksi hyväksytyn lehden tilausmäärä. Tähän suuntaan viittaa aikaisemmin mainittu KHO:n ratkaisu vuodelta 1978 (KHO 10.11.1978 T 4907).

C. Eräitä muita esimerkkitapauksia

Kunnallisten ilmoitusten julkaisemista koskevat esimerkit eivät ole ainoita objektiiviseen premissikontrolliin viittaavia tapauksia korkeimman hallinto-oikeuden käytännössä. Kuvaaviin ratkaisuihin tässä suhteessa kuuluu mm. KHO 1969 II 48, jossa kaupunginhallitus oli päättänyt vuokrata kioskin yhden vuoden pituiseksi vuokrakaudeksi yhdistykselle sen tarjoamasta 200 markan suuruisesta vuosivuokrasta. Tässä jo aikaisemmin mainitussa tapauksessahan oli tehty kaksi korkeampaa tarjousta. KHO katsoi LO:n tavoin, että kaupunginhallitus päättäessään vuokrata kioskin alimman tarjouksen tehneelle hakijalle oli käyttänyt harkintavaltansa muuhun tarkoitukseen kuin se oli ollut käytettävissä. Tosin ratkaisun perusteluissa viitattiin lisäкитеereinä siihen, ettei korkeamman tarjouksen tehneiden hakijoiden kioskiliikkeen harjoittamis- ja vuokramaksukykyä ollut asetettu kysymyksen alaiseksi mutta tämä ei muuta miksikään sitä, että olennaisena perustana arvioinnissa oli se objektiivinen fakta, että päätöksessä oli hyväksytty alin vuokratarjous. Ratkaisun perustelut eivät anna aihetta sellaiseen käsitykseen, että keskeisellä sijalla tapauksen tarkastelussa olisivat olleet kaupunginhallituksen subjektiiviset motiivit ja tarkoitukset.

Objektiivisen premissikontrollin kannalta mielenkiintoinen on myös KHO:n vuonna 1976 antama ratkaisu (KHO 1976 II 38). Siinä kauppalanhallitus oli antanut kauppalan keskustoimiston ja rahatoimiston tehtäväksi valmistella esityksen kauppalan konekirjoittajien palkkaamisesta työ-sopimussuhteeseen siten, että heidän alkupalkkansa olisi palkkaluokan K 13 mukainen ja että heille sen lisäksi maksettaisiin erityistä nopeuslisää. Kauppalanvaltuuston myönnettyä tarpeelliset lisämäärärahat kauppalanhallitus oli päättänyt myöntää konekirjoittajille palkatonta virkavapautta toistaiseksi ja nimetä heidät keskustoimiston ja rahatoimiston uusiin konekirjoittajan toimiin siten, että viranhaltijan edut säilyivät lukuun ottamatta palkanmaksupäivää. KHO katsoi LO:n tavoin, että kauppalanhallituksen päätös myöntää konekirjoittajille palkatonta virkavapautta toistaiseksi ja tehdä heidän kanssaan työ-sopimus merkitsi,

kun ei ollut väitettykään, että konekirjoittajan virat olisi valtuuston päätöksellä lakkautettu, sitä, että nämä konekirjoittajat olivat samanaikaisesti sekä virka- että työsopimussuhteessa kauppalaan. Asiakirjoista saatavan selvityksen mukaan kauppalanhallituksen päätöksellä oli niin ollen tehty mahdolliseksi maksaa edelleen virkasuhteessa oleville konekirjoittajille voimassa olevasta kunnallisesta virkaehtosopimuksesta poikkeavaa korkeampaa palkkaa. Kun kauppa-ollessaan sidottu virkaehtosopimukseen ei ollut voinut yksittäistapauksessa päättää sellaisten etujen myöntämisestä joillekin viranhaltijoilleen, jotka edut poikkesivat virkaehtosopimuksessa edellytetyistä vastaavista eduista, kauppalanhallituksen oli katsottava käyttäneen väärin harkintavaltaansa.

Kuten sanottua tapausta aikaisemmassa yhteydessä käsiteltäessä on todettu, oli KHO:n ratkaisussa keskeisenä ongelmana se, voidaanko virkavapautta myöntämällä siirtää viranhaltija hoitamaan omia tehtäviään työsopimussuhteessa, *siinä tarkoituksessa*, että tällä tavalla kävisi mahdolliseksi maksaa korkeampaa palkkaa kuin virkaehtosopimuksen määräykset edellyttävät. Näin muotoiltuna kysymys päällisin puolin katsottuna ehkä antaa aiheen sellaiseen käsitykseen, että olemme tekemisissä tyypillisen subjektiivista premissikontrollia koskevan tapauksen kanssa. Ratkaisun edellä esitettyjen perustelujen formulointi kuitenkin viittaa siihen, että kauppalanhallituksen päätöksen lainmukaisuuden arviointi on tapahtunut ennen muuta ulkoisten, objektiivisten kriteerien varassa. Perusteluissa ei puhuta lainkaan »kiertämistarkoituksesta» vaan yksinkertaisesti siitä, että kauppalanhallituksen päätös oli tehnyt mahdolliseksi korkeampien palkkojen maksamisen, mikä oli vastoin voimassa olevan virkaehtosopimuksen määräyksiä. Olkoonkin, että asiaa harkittaessa on taustalla saatanut olla myös kysymys kauppalanhallituksen motiiveista ja tarkoituksiperistä, on tämäkin tapaus perustelujensa valossa eräänä osoituksena taipumuksesta premissikontrollin objektivointiin hallintolainkäytössä.

Rakennuslainsäädännön mukaisia poikkeuslupia koskevat KHO:n ratkaisut ovat tyypillisiä esimerkkejä tapauksista, joissa viranomaisen harkintavaltaan kohdistuva kontrolli on saanut objektiivisen luonteen. Tuotakoon tässä tarkemmin esille vain eräs KHO:n vuonna 1978 antama ratkaisu (19. 10. 1978 T 4522), jossa oli kysymys poikkeuslupa- liitetystä ehdosta. Sanotussa tapauksessa oli osuuskauppa anonut sisäasiainministeriöltä lupaa saada käyttää asemakaavoittamatonta maa-aluetta taaja-asutukseen. Osuuskaupan tarkoituksena oli rakentaa alueelle varasto-

korjaamo-, huoltoasema- ja liiketiloja käsittävä rakennus. Ministeriö myönsi poikkeuslupan RakL 5 § 2 mom:n nojalla kieltäen kuitenkin samalla elintarvikkeiden myynnin sanotussa rakennuksessa. Rakentamiseen kohdistuvan viivytyksen välttämiseksi osuuskauppa ei valittanut päätöksestä vaan jätti KHO:lle sen sijaan rakennuksen valmistuttua ja elintarvikemyynnin aloittamisen tapahduttua purkuhakemuksen, joka sisälsi vaatimuksen elintarvikemyyntiä koskevan ehdon kumoamisesta. KHO katsoi päätöksessään, että lupaan poiketa taaja-asutuksen muodostamiskiellosta voidaan liittää vain sellaisia ehtoja, jotka ovat maankäytön kannalta tarpeellisia. Sen seikan, mitä tavaralajikkeita suunniteltuun rakennukseen kuuluvassa myymälähuoneistossa pidetään kaupan, ei asiassa esitetyn selvityksen mukaan voitu katsoa vaativan liikenteen tai muullakaan perusteella erityisiä maankäytöllisiä järjestelyjä. Sen nojalla, mitä asiakirjoista kävi ilmi, ministeriö oli puheena olevan ehdon asettaessaan lähtenyt siitä, että »automarketit» saattavat merkittävästi heikentää lähialueilla olevien myymälöiden toimintaedellytyksiä sekä hidastaa ja toisinaan jopa kokonaan estää suunniteltujen palvelukeskusten syntymisen vaikutusalueellaan ja että niillä saattaa olla vaikutuksia yhteiskunnallista eriarvoisuutta lisäävänä tekijänä nimenomaan heikentämällä entisestään palvelujen saannin suhteen heikommassa asemassa olevien ryhmien mahdollisuuksia. Suunnitellun myymälän tavaravalikoiman välillinen vaikutus yhdyskuntarakenteeseen ja palveluverkkoon ei kuitenkaan KHO:n kannan mukaan ollut sellainen maankäytöllinen näkökohta, jonka perusteella, kun otetaan huomioon myös elinkeinon harjoittamisen oikeudesta annetun lain säännökset, on voitu poikkeuslupaan liittää elintarvikkeiden myyntiä koskeva ehto. KHO katsoi ministeriön päätöksen ehdon asettamisen osalta perustuvan ilmeisesti lain väärään soveltamiseen. Ratkaisu syntyi äänestyksen jälkeen (4—4). Eri mieltä olleet jäsenet katsoivat, kun otettiin huomioon poikkeuslupahakemuksessa tarkoitettun alueen sijainti ja suunniteltu käyttötarkoitus, ettei sisäasiainministeriön päätös, jolla se oli sisällyttänyt myöntämäänsä poikkeuslupaan aikaisemmin mainitun ehdon, perustunut ilmeisesti väärään lain soveltamiseen.

Murén on sanottua ratkaisua tarkasteltuaan perustellusti päätynyt KHO:n enemmistön tavoin siihen tulokseen, että elintarvikkeiden myynnin kieltämistä koskeva poikkeuslupan ehto on rakennuslakiin perustumaton, sillä lain rationa ei ole rakennettavan rakennuksen sisäisen käytön sääntely eivätkä myöskään kauppapoliittiset tai muut elinkeinopoliittiset

tavoitteet.¹¹⁹ Puheena olevan ehdon lainvastaisuuden toteaminen ei edellytä lupaviranomaisen motiivien ja tarkoituksien selvittämistä, vaikka niillä tässäkin tapauksessa saattaisi olla indisioarvoa harkintavallan väärinkäytön osoittamiseksi. Olennaisena tekijänä ratkaisussa on se »objektiivinen» tosiasia, että elintarvikkeiden myyntikielto ei ole maankäytön kannalta tarpeellinen.

¹¹⁹ Ks. *Murén*, SKL 9/79 s. 32—34. — Käsillä olevan tutkimuksen painatusvaiheessa on ilmestynyt *Murénin* artikkelin kriittinen arviointi. Ks. tark. *Kangas*, SKL 11/79 s. 34—39.

10 §. KOKOAVIA HAVAINTOJA

Suomessa harkintavallan väärinkäyttöön juurruttamiseksi merkittävän tehtävän suorittanut Merikoski on selvästi ja puhdaspiirteisesti ollut subjektiivisen lähestymistavan kannalla. Tämä ei kuitenkaan ole välttämättä status quo, vaan Suomessakin voidaan ja pitääkin ottaa huomioon muualla harkintavallan väärinkäyttöön tapahtunut kehitys. Ranskassakaan, jossa aikoinaan kehitetystä teoriasta Merikoski on paljon saanut vaikutteita, ei tilanne suinkaan ole säilynyt muuttumattomana, vaan sielläkin *détournement de pouvoir*-instituutio on vähitellen jäänyt yhä suuremmissa määrin toissijaiseen asemaan traditionaalisessa subjektiivisessä muodossaan. Tähän ei ole vähiten vaikuttanut uusien valitusperusteitten kehittyminen.¹

Suomen oikeuskirjallisuudessa ei juuri ole kiinnitetty huomiota subjektiivisen ja objektiivisen premissikontrollin väliseen eroavuuteen harkintavallan väärinkäyttöä koskevien esitysten yhteydessä. Käsillä olevassa tutkimuksessa ei sanottu *distinktio* ole ollut sivuutettavissa. Objektiivisessä premissikontrollissa on tarkastelun fokuksena itse hallintotoimi ja sen suhde sovellettavaan oikeussääntöön. Tällä tavalla asetelma palautuu pikemminkin *teon* problematiikkaan kuin päätöksentekijän psykologiaan.

Tutkimuksessa esiin tulleita KHO:n ratkaisuja tarkasteltaessa on helppo havaita, että ne tavallisesti sijoittuvat kunnallishallinnon alueelle. Normiperustana niissä on yhtä säännönmukaisesti kunnallisvalitusta koskeva säännös (KunL 175 §/UKunL 139 §) ja kytkentä kunnallisen päätöksentekijän toimivaltaan, usein kunnallislain toimialasäännökseen (KunL 4 §/UKunL 5 §). Lainkäyttäjä on siis turvautunut ratkaisutoiminnassaan selvästi lainsäädännölliseen normipohjaan. Kysymys harkinta-

¹ Ks. myös *Auby*, AJCL 1970 s. 563, *Hoffmann*, Das Ermessen s. 133 ja *Meister*, Ermessensmissbrauch s. 49—50.

vallan väärinkäytöstä on siis siirretty lain säännöksiä koskevaksi tulkinta-ongelmaksi. Tässä mielessä ei myöskään merkitse poikkeusta aikaisemmissa yhteyksissä usein mainittu, vuonna 1952 annettu kioskien aukiolo-aikoja koskeva ratkaisu (12. 9. 1952 T 4175), sillä siinäkin asetettiin tulkinnan pohjaksi nimenomainen lainsäädännös, AukioloL (606/46) 3 § 2 kohta. Tosin on myönnettävä, että läheskään aina eivät viranomaisen toimivallan rajoja koskevat normit ole suoraan lainsäädännöstä paikallistettavissa, vaan niiden sisältö on konstruoitava yleisten ja usein epämääräisten suuntaviivojen pohjalta, mutta tämä ei muuta miksiäkään sitä käsitystä, että tarkoitussidonnaisuuden periaate saa käytännöllisen merkityksensä oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa vasta kun viranomaisen suorittama hallintotoimi suhteutetaan kulloinkin kysymyksessä olevaan toimivaltaa muotoilevaan oikeussääntöön. Asian voisi sanoa silläkin tavalla, että tarkoitussidonnaisuuden periaate ei elä itsenäistä toimivaltanormeista riippumatonta elämää, vaan se on oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa aktivoitavissa vasta toimivaltanormin identifioinnin jälkeen.

Käytännön tarkastelu on osoittanut, että KHO suorittaessaan tulkintaoperaatioita käyttää hyväkseen tarkoitussidonnaisuutta ajatusfiguurina argumentoidessaan ratkaisunsa. Kysymyksessä on siis tulkintaperiaate, jonka käyttö eräissä tapauksissa saattaa johtaa siihen, että viranomaisen suorittama hallintotoimi katsotaan harkintavallan väärinkäyttöä sisältäväksi toimivallan ylitykseksi. KHO:n noudattama terminologia on tosin käytännössä jonkin verran horjuvaa. Välistä ratkaisujen perusteluissa saatetaan turvautua esimerkiksi ilmaisuun »harkintavallan ylitys» kuten on tapahtunut eräissä poikkeuslupien myöntämisestä koskevissa päätöksissä (ks. esim. KHO 1977 II 44. Ks. myös KHO 1976 II 27, jossa LH oli ylittänyt sille kuuluvan harkintavallan jättäessään jätevesitaksan vahvistamatta). Mitä karkeamman laatuiseista tapauksesta on kysymys, sitä otaksuttavampaa olisi, että harkintavallan ylityksen sijasta käytettäisiin ratkaisujen perustelujen yhteydessä »kovempaa» kieltä, mutta normaalitapauksissa KHO on harkintavallan väärinkäyttöön liittyvissä ratkaisuisaan todennut vain, että viranomainen on käyttänyt harkintavaltaansa muuhun tarkoitukseen kuin mihin se lain mukaan on ollut käytettävissä. Ehkä tällaiseen menettelyyn turvautuminen on tulkittavissa eräänlaiseksi julkisen vallan käyttäjien sisäisen solidaarisuuden osoitukseksi. Harkintavallan väärinkäytöstä suoraan sanoin puhumisessa on skandaalin sävy.² Ottaen

² Ks. myös *Auby*, AJCL 1970 s. 564.

huomioon, että ilmauksellisesti harkintavallan väärinkäyttö assosioituu helposti jollakin tapaa moitittavaan käyttäytymiseen, vaikuttaakin kieltämättä useissa tapauksissa siltä, että käsite on liian vahvasävyinen, sillä käytännössä ei harkintavallan ylitykseen läheskään aina liity epälojaaleja vaikuttimia tai tarkoituseriä. Yhtä hyvin saattaa olla kysymys toimivaltanormien subjektiivisesti täysin lojaalista mutta siitä huolimatta virheelliseksi katsottavasta tulkinnasta. Käsite on kuitenkin saavuttanut käytännössä siinä määrin vakiintuneen aseman, ettei siitä luopuminen kovin helposti käy päinsä.

Tuskin on esitettävissä järkevää syytä tai vakuuttavaa perustelua käytännön pohjaltakaan katsottuna sellaisen näkemyksen tueksi, että subjektiivinen premissikontrolli on käyttöarvoton laillisuusvalvonnan keino. Motiivien ja tarkoituserien merkitystä ja selvittämisspyrkimystä ei millään tavalla pidä torjua; päinvastoin. Tarkoituksena on vain ollut osoittaa miten työlästä ja vaativaa on käytännössä niiden verifiointi. Olisi perusteetonta otaksua, että hallintoratkaisuun liittyvässä dokumentaatiossa selvin sanoin tuotaisiin julki tietoisesti väärät motiivit ja tarkoituserät. Tarkoituksena on samalla ollut osoittaa, että harkintavallan väärinkäytön doktriinin soveltamiseksi ei ole useinkaan tarpeen näytön hankkiminen motivaatio- ja tarkoituspohjasta, vaan riittävää on se, että pystytään argumentoimaan ratkaisun poikkeavan sovellettavasta oikeussäännöstä, sen sisällöstä ja viime kädessä sen ratiosta. Tällainen lähestymistapa vahvistaa objektiivomispyrkimystä ja on samalla omiaan irroittamaan *détournement de pouvoir*-instituution subjektiivisesta tulkintateoriasta, joka kieltämättä kaventaa sanotun oikeusperiaatteen käyttöarvoa.

Harkintavallan väärinkäyttöä koskevissa tapauksissa voidaan ja tulee-kin kiinnittää huomiota subjektiivisiin tekijöihin, mutta niiden näyttöön kohdistuva vajaus ei välttämättä postuloi väärinkäyttöön perustuvan muutoksenhakuvaatimuksen hylkäämistä. Muutoksenhakuinstanssin tehtävänä on kaikki esiin tulevat, subjektiiviset ja objektiiviset näkökohdat huomioon ottaen arvioida kysymys harkintavallan väärinkäytöstä kussakin käsiteltävänä olevassa tapauksessa erikseen. Vahva indisio subjektiivisten tekijöitten läsnäolosta on omiaan myötävaikuttamaan valittajan kannalta positiivisen ratkaisun aikaansaamiseen, sillä korkeimman hallintolainkäyttöelimen omat resurssit viranomaisten motiivi- ja tarkoituspohjan selvittämiseen ovat rajoitetut. Faktamateriaalin rikastuttaminen yli käytettävissä olevien asiakirjojen ei yleensä ole mahdollista, vaik-

ka aineelliseen totuuteen pyrkimistä onkin pidettävä ohjenuorana.³ Objektiivista premissikontrollia puoltavaan suuntaukseen kuuluu, että KHO:n on periaatteessa hankittava kaikki saatavissa oleva selvitysaineisto, jonka jälkeen sen on harkittava, onko viranomaisen suorittama hallintotoimi perustunut hyväksyttäviin premisseihin. Objektiivinen kontrolli on samalla omiaan ainakin osittain keventämään valittajan näyttövelvollisuutta ja siirtämään todistustaakkaa viranomaisten hartiolle. Jo nykyäänkin korkein hallintolainkäyttöelin oma-aloitteisesti hankkii oikeastaan yllättävänkin aktiivisesti lisäselvityksiä eri tahoilta, vaikka periaatteellisena lähtökohtana onkin ollut, että harkintavallan väärinkäyttöön liittyvät tapaukset on useimmiten ratkaistu näyttökysymyksinä ja näyttövelvollisuus on ollut valittajalla.

Hallintoon kohdistuvaa tuomioistuinkontrollia tarkasteltaessa on pantavissa merkkeille sellainen yleinen tendenssi, että muutoksenhakumahdollisuuksien ala on laajentunut.⁴ Eräänä indikaationa tästä on harkintavallan väärinkäytön hyväksyminen laillisuusvalituksen perusteeksi. Kontrollin laajenemistendenssin osoituksena voidaan pitää myös sitä, että nykyään on hallintopäätöksen sisällön epäselvyys katsottava yleisen lainvastaisuuden lajiksi. Tähän yksityiskohtaan on äskettäin oikeuskirjallisuudessa kiinnittänyt huomiota *Murén*.⁵ Erityisesti on syytä panna merkkeille, että kumpikaan sanotuista valitusperusteista ei ole muotoutunut nimenomaisten lainsäädännöllisten uudistusten välityksellä, vaan kysymys on ollut hallintolainkäytön piirissä tapahtuneesta kehityksestä.

Muutoksenhakuperusteitten laajenemistendenssi ei ole ollut luonteenomainen kehityspiirre ainoastaan Suomen oikeusjärjestyksessä. Samaan asiaan on jo 1960-luvulla kiinnittänyt huomiota Norjan osalta *Eckhoff*, joka on periodisoinut suuntauksen kolmeen eri vaiheeseen,⁶ joista ensimmäinen sijoittuu 1930—40 luvuille, jolloin harkintavallan väärinkäyttö siellä vähitellen muodostui yleisesti hyväksytyksi oikeusperiaatteeksi.

³ Tosiseikkojen selvittämisestä hallintomenettelyssä ja hallintolainkäytössä ks. tark. *Mäenpää*, Kansalaisten oikeusturva s. 49—60.

⁴ Merkkeille pantavaa on tosin, että ns. valituskieltojen määrä toisaalta on samalla viime vuosien kuluessa huomattavasti lisääntynyt, mikä antaa aiheen puhua myös muutoksenhakumahdollisuuksia kaventavasta vastakkaistendenssistä. Tästä kysymyksestä ks. tark. erit. *Hallberg*, Hallinto-oikeudellinen valitus s. 134—154 ja sama, LM 1978 s. 579.

⁵ Ks. *Murén*, SKL 6/79 s. 31—34.

⁶ Ks. *Eckhoff*, JFT 1964 s. 95—96.

Seuraavana vaiheena kehityksessä oli toisen maailmansodan jälkeen tapahtunut tuomioistuinkontrollin ulottaminen ilmeisesti kohtuuttomiin hallintopäätöksiin. Kolmanneksi etapiksi Eckhoff ennakoi vuonna 1964 julkaistussa kirjoituksessaan vaiheen, jossa yhdenvertaisuus- ja oikeudenmukaisuusperiaatteet muodostuvat merkittäviksi tuomioistuinkontrollin välineiksi.

Suomessa harkintavallan väärinkäytön kiellon vakiintuminen oikeusperiaatteena on tapahtunut myöhemmin kuin Norjassa. On kuitenkin huomattava, että sanottu periaate on saanut Suomessa siinä mielessä laaja-alaisemman sisällön kuin Norjassa, että se täällä sulkee piiriinsä kaikki hallinnon johtavat periaatteet — yhdenvertaisuuden mukaan lukien. Norjassa yhdenvertaisuuden periaate on ollut tapana pitää erillään harkintavallan väärinkäyttökäsitteistä. Asiallisesti katsoen ei tämä kuitenkaan merkitse eroavuutta suhtautumisessa yhdenvertaisuusperiaatteen käyttöarvoon hallintoviranomaisten harkintavallan rajoitusperiaatteena. Sen sijaan kysymys ilmeisesti kohtuuttomien hallintotoimien kumottavuudesta on Suomen osalta edelleenkin problemaattinen.

Bernt on tutkimuksessaan todennut, että Merikosken formuloimalla tarkoitussidonnaisuuden periaatteella on Norjassa vastineensa harkintavallan väärinkäyttöopissa (*magtfordrejning*), kun taas objektiviteettiperiaate on rinnastettavissa lähinnä aineelliseen kohtuullisuusvaatimukseen.⁷ Merikoski on kuitenkin itse todennut, että objektiviteettiperiaatteen tunnustaminen hallintoviranomaisten harkintaa rajoittavaksi tekijäksi ei ole samaa kuin sen käsityksen omaksuminen, että »ilmeisesti kohtuuttomat» hallintotoimet aina olisivat ilman muuta virheellisiä ja lainkäyttöteitse kumottavissa.⁸ »Kohtuuttomuus» arvostellaan hänen mukaansa lähinnä ajatellen sitä lopputulosta, mihin hallintotoimi on johtanut. Objektiiivisuusvertailun lähtökohta sen sijaan on hänen mukaansa toisenlainen; siinä kohdistetaan huomio päätöksen antamisen ajankohtaan ja pyritään pääsemään selville siitä, olisiko viranomaisen toisessa henkilökokoonpanossa voinut päätyä samaan lopputulokseen.⁹ Merikoski esittää käsityksensä, ettei oppia tuomioistuimen vallasta kumota ilmeisesti kohtuuttomia hallintotoimia voida Suomen oikeuden kannalta katsoen hyväksyä *de lege lata* eikä suositella *de lege ferenda*. Tosin hän myöntää, että objektiviteetti-

⁷ Ks. *Bernt*, TfR 1978 s. 242.

⁸ Ks. *Merikoski*, Vapaa harkinta s. 72.

⁹ Ks. *ibid.* s. 73—74.

teettiperiaatteesta poikkeaminen saattaa johtaa tulokseen, jota voidaan pitää ilmeisesti kohtuuttomana. Tämä ei kuitenkaan riitä hänen mukaansa perusteeksi sille, että ilmeinen kohtuuttomuus yleisesti hyväksyttäisiin hallintotoimen virheellisysperusteeksi.

Kohtuusperiaatteen soveltamismahdollisuuksiin on oikeuskirjallisuudessa sittemmin kiinnittänyt huomiota mm. *Makkonen*, jonka esityksestä saa sen kuvan, että sanotulla periaatteella on itsenäistä, objektiviteetti-periaatteesta eriytyvää käyttöarvoa Suomen oikeusjärjestyksessä.¹⁰ Kohtuusperiaatti sisältyy hänen mukaansa täälläkin oikeusjärjestyksen kantaviin periaatteisiin ja on saanut ilmauksensa monissa säädöksissäkin. Lisäksi hän huomauttaa, että tarkoitussidonnaisuus-, objektiviteetti-, yhdenvertaisuus- ja suhteellisuusperiaatteen loukkaamisessa voidaan päätyä usein juuri siihen, että niiden vastainen hallintotoimi näyttää johtavan kohtuuttomaan lopputulokseen. Tosin Makkonenkin näyttää suhtautuvan varauksellisesti kohtuusperiaatteen käyttöarvoon oikeusperiaatteena todetessaan, ettei sillä sellaisenaan tavallisesti ole välittömiä sovellutusmahdollisuuksia. *Hidén* puolestaan on katsonut, että vaikka kohtuuttomuuden ja ilmeisyyden selvärajainen kuvaaminen on mahdotonta, ei tämä sellaisenaan estä sitä, että kohtuuttomuus voitaisiin laissa määrätä yhdeksi muutoksenhakuperusteeksi.¹¹ Hänen mukaansa ei sitä Suomessa kuitenkaan ole lainsäädännössä eikä lainkäytössä tai hallinnossa pidetty perusteena, johon virkasyite tai laillisuusperusteinen muutoksenhaku voitaisiin nojata. *Hidén* toteaa voitavan kärjistäen sanoa, että kohtuullisuus ei ole oikeudellisesti merkitsevä ominaisuus ja että näin ollen voi kohtuuttomuus vain erityissäännöksen nojalla olla perusteena viranomaisen toimenpiteelle.

Kuten edellä on todettu, ei esimerkiksi tarkoitussidonnaisuuden hyväksyminen laillisuusvalituksen perusteeksi ole edellyttänyt käytännössä erityisiä lainsäädäntötoimia. Kohtuusperiaatteen osalta voitaneen vastavasti sanoa, että kysymys on viime kädessä siitä, *halutaanko* kohtuusperiaate lainkäytössä nostaa hallinnon muiden johtavien periaatteiden rinnalle; lainsäädäntötoimia ei tähänkään operaatioon erikseen tarvittane. Periaatteellisia esteitä ei liene sille, että lainkäyttäjä omaksuu opin ilmeisesti kohtuuttomien hallintotoimien kumottavuudesta sellaisissakin tapauksissa, joissa nimenomaiset kohtuuskäytökäytösten huomioon ottamista edellyttävät

¹⁰ Ks. *Makkonen*, Säädosvalta s. 158.

¹¹ Ks. *Hidén*, Eduskunnan oikeusasiamies s. 131—132.

säännökset puuttuvat. Toisin sanoen sellainen käsitys, että sanotun opin soveltaminen nykyisellään on Suomen oikeusjärjestyksessä pois suljettu mahdollisuus, kuvaa todellisuutta epätarkasti.

Asia erikseen on se, että oikeuspoliittisesti katsoen ainakin tällä hetkellä vaikuttaa siltä, ettei ilmeisen kohtuuttomuuden korottamiseen lailisuusvalituksen perusteeksi ole erityistä tarvetta ottaen huomioon sen, että Suomessa viranomaisten harkintavallan rajaamiseen on käytettävissä jo koko joukko varsin yleisluontoisia hallinto-oikeudellisia periaatteita. Erittäin laaja sovellutusalue on esimerkiksi objektiviteettiperiaatteella etenkin, mikäli sen ydinsisällöksi ymmärretään yleinen asiallisuusvaatimus päätöksenteossa.

Tärkeämmältä kuin uusien oikeusperiaatteitten kotiuttaminen Suomen oikeusjärjestykseen vaikuttaakin tällä erää pyrkimys tehostaa ns. preventiivisiä oikeussuojakeinoja, jotka parantavat edellytyksiä päästä oikeudenmukaisiin ratkaisuihin jo ensimmäisellä päätöksentekotasolla. Tältä kannalta katsoen merkitsee edistysaskelta vireillä olevan hallintomenettelyä koskevan lakiuudistuksen ja julkisuuslainsäädännön osittaisreformin toteuttaminen.¹² Julkisuutta, esteellisyyttä, kuulemistä sekä selvittämistä ja perusteluvollisuutta koskevan säännösten kehittäminen on samalla omiaan kaventamaan mahdollisuuksia harkintavallan väärinkäyttöön hallinnossa.

¹² Ks. tark. *Sinisalo—Huttunen—Kandolin—Nurmi—Silenti—Tarasti*, Ehdotus julkisuuslainsäädännön osittaisuudistukseksi ja *Rihto—Kandolin—Vuorinen*, Ehdotus hallintomenettelylaiksi.

SUMMARY

The doctrine of the abuse of power (*détournement de pouvoir*) is a historical product of the French court practice developed by the *Conseil d'Etat* in the course of the 19th century. One of the purposes of the present inquiry is to describe the significance of this doctrine in the Finnish legal system.

A pioneering study dealing with the doctrine of *détournement de pouvoir* in the Scandinavian context has been Professor Poul Andersen's dissertation »Om ugyldige Forvaltningsakter» published in 1924. The introduction of the idea in the Finnish legal literature took place as late as the 1940's. The most significant contribution, by Professor Veli Merikoski, however, was made only in 1958. In his study, »Vapaa harkinta hallinnossa» (Discretion in Administration), Merikoski thoroughly examined the problem of administrative discretion in the Finnish system. His definition of the abuse of power distinctly follows the French model: in this type of illegality an administrative authority intentionally employs its powers for a purpose other than that for which its powers were granted. According to Merikoski, the acceptance of *détournement de pouvoir* as a ground for the annulment of an administrative order was clearly established in a decision handed down by the Supreme Administrative Court in 1952.

Even if the significance of this case has been disputed by other scholars, several subsequent court decisions indicate that Merikoski's attempt to incorporate the principle of abuse of power in the Finnish legal system has turned out to be successful. There has been a steady institutionalization of reference to this ground and today the idea is commonly accepted both in the literature and in the court practice.

Nevertheless, the juridical character of the doctrine has remained diffuse. The impropriety of the purpose of an administrative act appears

not to be, at least in Finland, the only conceptual element in the abuse of power doctrine. Several other factors restrict the scope of administrative discretion. The most important ones are the principles of objectivity, equality and proportionality.

The requirement of »proper purpose», the main subject of the present inquiry, is to be characterized rather as a normative principle than as a legal rule; in itself it does not determine the solution of a judicial problem. The requirement of proper purpose is a guideline for the determination of a decision. It is normative in that the principle must be observed in the exercise of discretion. Hence, the requirement of proper purpose might be adequately described as being a norm of method, which necessitates a finding of compatibility between the intentions of an administrative authority and the goals of the relevant legal rule (*ratio legis*). If the subjective motives and purposes of the administrative authority are not in harmony with *ratio legis*, the decision may be declared invalid by the court.

Although the criterion of proper or improper purpose is applicable within public administration as a whole, it has gained particular importance in the sphere of local administration. This does not imply that abuse of power is more common on the municipal level than within central administrative agencies; this observation is based only on the frequency with which the doctrine is appealed to in court practice. The question arises as to whether improper purpose is to be identified with or distinguished from the material incompetence of municipal authorities.

Many writers maintain that it is misleading to talk about exceeding the limits of municipal authority when it is only the principle of improper purpose that is involved. The problem can be readily formulated in such a way that a finding of improper purpose always implies a presumption of material incompetence.

In Finnish legal theory a traditional distinction has been made between »free» and »bound» discretion. Theorists in Finland, as elsewhere, have been attracted by the thesis of the »one right answer». The distinction between free and bound discretion has played and continues to play an important role in practical and procedural respects in Finland. The thesis of the one right answer has, however, been losing its attraction. — It remains to be seen whether Ronald Dworkin and his supporters will be able to bring about a renaissance of this classic idea — in a new form, of course.

If the »one right answer» thesis is rejected, this might seem to imply that at least in theory there was no qualitative difference between free and bound discretion. In practice, the situation is different. In Finland, the distinction has been formally made in several rules and regulations one of the most important being the division of jurisdiction between the Supreme Administrative Court and the Council of State (the Cabinet).

One of the most diffuse principles in Finnish administrative law is that of *tarkoituksenmukaisuus* (literally »purposiveness»). In accordance with this principle, the authorities are obliged to perform their duties and functions in the manner most suitable, appropriate and efficient for promoting the public interest. Even if it is vague, the principle is a practical maxim in official decision-making.

A fundamental problem in the application of the »proper purpose» doctrine is the identification of *ratio legis*. It is the thesis of the present study that the »discovery» of *ratio legis* differs in no essential way from other interpretative activity.

It is difficult to differentiate between the motives and the purposes of administrative decision-makers. However, such distinctions can be made at least on the theoretical level. Nevertheless, legal practice clearly demonstrates that it is very seldom possible to provide sufficient proof for the invalidation of an administrative decision on the basis of motives and purposes.

Even if it is feasible to identify the motives and the purposes of the decision-maker, the question remains which motives and purposes are to be considered unlawful. The possible restrictions are so variegated that no exhaustive enumeration can be made. There are certain bases from which administrative acts are obliged to proceed and certain bases from which it is unlawful for them to proceed. The question becomes more complicated if the above dichotomy is supplemented by the admission of facultative premises. These premises are neutral in relation to *ratio legis*. It remains in the free discretion of an administrative authority to include premises of this kind in its decision.

In the application of the doctrine of proper purpose it is important to make a distinction between primary and secondary purposes. The primary purpose of the decision, being obligatory, must be compatible with *ratio legis*; it should play a dominant role among the premises of the decision. The secondary purposes are facultative in most cases; their position, compared with the primary purposes, is subordinate.

To facilitate the identification of unlawful premises, several classifications have been developed in legal literature. The problem of classification has not, however, been the main concern of the present inquiry which has focussed on the *praxis* of the Supreme Administrative Court of Finland. Entertaining examples are to be found in the sphere of political favoritism and the fiscal abuse of power.

Previous court practice indicates that the traditional subjective doctrine places the burden of proof on the shoulders of the plaintiff whose responsibility is to furnish the court with the facts clearly establishing that administrative power has been abused or used for improper purposes. The burden of proof is, however, so heavy that it does not seem to be reasonable under all circumstances to place it upon the plaintiff. Depending on the type of evidence the burden of proof should where possible and appropriate be placed instead upon the shoulders of the administrative authority.

The objective review by the Supreme Administrative Court of the premises of administrative acts is more common in practice than has been assumed by proponents of the doctrine of subjective motives. The main focus in the objective review is not *why* an administrative authority has reached a certain decision. Instead, the main focus is the content of the decision and its premises.

The present study shows that the Supreme Administrative Court has often availed itself of so-called objective review of premises even within the sphere of »free» discretion. The criterion of »subjective motives» continues to be used, however, in the judicial review of administrative acts. The review of abuse of power comprises both the subjective and the objective factors determining the content of the administrative decision. Only this kind of review is consistent with the striving for material truth.

A general tendency in Finnish administrative law has been the expansion of the scope of legal remedies after the Second World War. One of the expressions of this tendency is the acceptance of the »improper purpose» doctrine. Recourse to this doctrine has not been so much a response to the existence of explicit legal regulations but to the practical necessities for protection against the misuse of discretionary powers by administrative authorities. The doctrine of abuse of power is however not sufficient, standing by itself. The system of judicial protection needs to be complemented by additional procedural guarantees of a preventive character.

It is particularly important to expand the scope of publicity. Other important procedural guarantees are currently being discussed in Finland in conjunction with the proposed amendment of the Administrative Procedure Act.

OIKEUSTAPAUSHAKEMISTO

Korkein hallinto-oikeus

1918 II 137	158	1959 II 414	122
1919 II 1216	158	1960 I 11	69, 154
1920 II 511	164	22. 2. 1960 T 1101	154
1925 II 2281	158	1961 II 614	158, 165
1929 II 511	158	1962 II 39	154
1932 II 272	158	1963 I 1	140
1933 I 31	130	1963 II 127	76
1935 II 1656	16, 36	1963 II 206	132
1937 II 2197	74	1963 II 236	154
1939 II 1440	49	1963 II 321	141
1940 II 913	127	1968 II 57	122, 124
1945 II 70	37	1968 II 59	122, 124
5. 2. 1945 T 352	16	1968 II 104	132
1947 II 39	37	8. 10. 1968 T 4857	130
1948 II 341	49	1969 II 45	70, 131
1950 I 5	49	1969 II 48	36, 38, 70,
1951 I 25	21, 158		140, 168
1952 II 597	26, 49	1969 II 211	150
12. 9. 1952 T 4175	23, 33, 34,	1970 II 59	133, 153
	116, 139, 173	1972 II 47	155
12. 9. 1952 T 4176	31	1972 II 51	123
1953 I 7	49	1972 II 64	147
1954 II 113	26, 128	13. 10. 1972 T 3935	128
1954 II 634	49	1973 II 38	38, 159, 165
1955 II 22	36	23. 1. 1973 T 257	49
1955 II 32	26, 49	5. 2. 1973 T 464	124
1955 II 53	26, 49	21. 5. 1973 T 2165	50, 139
1955 II 779	49	28. 5. 1973 T 2314	142
1956 II 562	49	7. 9. 1973 T 3424	149
17. 1. 1956 T 216	36	14. 11. 1973 T 4553	150
1957 II 384	49	1974 II 31	57
1958 II 232	33, 49	4. 2. 1974 T 504	49
1959 I 13	132	20. 5. 1975 T 2016	39, 143

1976 I 3	40, 65	1977 II 20	155
1976 II 17	51	1977 II 44	40, 173
1976 II 18	51	18. 2. 1977 T 633	37
1976 II 27	50, 173	15. 2. 1978 T 670	38, 162
1976 II 38	42, 168	15. 2. 1978 T 671	162
1976 II 58	65	5. 4. 1978 T 1476	41
1976 II 84	145	19. 10. 1978 T 4522	142, 169
9. 1. 1976 T 48	132	10. 11. 1978 T 4907	49, 163, 168
4. 3. 1976 T 946	49	23. 11. 1978 T 5146	66
17. 12. 1976 T 5004	160	7. 3. 1979 T 1096	135
1977 II 17	143		

ASIAHAKEMISTO

- Argumentaatio 100—105
 Asiallisuuskriteeri 45—47, 95, 176—178
 Asiayhteysvaatimus 141
 Asuinpaikka 131—133
 Auditorioteoria 86—87, 101—105
- Détournement de pouvoir 11—14
 Détournement de procedure 25
- Ehto
 — käsite 140
 — sallittavuus 140—145, 169—171
 Elinkeinolupa 66, 140—141
 Epäselvyysargumentti 84—85
 Erimielisyysargumentti 84—85
- Fakultatiivinen näkökohta 114—115
 Fiskaalinen intressi 100, 118, 137—140
- Hallintomenettelylaki 61—63, 134—135, 178
 Harkinnanvarainen avustus 39, 51, 143—144
 Harkinta
 — käsite 2
 — lainkäytössä ja hallinnossa 3
 Harkintavallan väärinkäyttökielto
 — käsite 7, 16—19, 44
 — historiallinen tausta 11—20
 — institutioituminen 36—43
 — oikeudellinen luonne 44—76
 — toimivallan ylitys 68—72
- Ideologinen maksiimi 8
 Ilmaisuvapaus 135—137
- Intressivertailu 59, 67, 93, 145—152
 Irtisanominen 26—27, 129—137, 153
- Johdonmukaisuusperiaate 53
 Justifiointi 101—105
 Jätevesimaksutaksa 50, 173
- Kaavoitus 138, 148—150
 Kaukolämmitys 50—51, 139
 Kaupunkikuva 147—149
 Kielletty näkökohta 114—115, 117—145
 Kiertomyymäläkauppa 36, 140
 Kiinteistön luovuttaminen 16, 51—53, 139—140, 149—150, 155
 Kioskien aukioloaika 22—35, 116, 139, 173
 Kohtuullisuusperiaate 118, 176—178
 Kokonaisarvostus 74—75
 Kulkukauppa 69, 154
 Kunnallinen ilmoittaminen 1, 21, 38, 82, 157—168
 Kunnallinen järjestyssääntö 57—58, 118
 Kunnallinen maksu 50—51, 139
 Kunnan toimiala 69—70, 172
 Kurinpitotoimi 135
- Lainalaisuusperiaate 109
 Legaliteettipresumtio 109—110
 Legitimiteetti 88
 Liberalismi 4, 77—78
 Liikenneturvallisuus 147—149
- Meluhaitta 151—152
 Menettelymuodon väärinkäyttö 25
 Metodinormi 68, 72
 Mielivaltainen vallankäyttö 5—7

- Näyttöongelma 152—155, 174
- Objektiivinen premissi 108
- Objektiivinen premissikontrolli 28, 155—175
- Objektiviteettiperiaate 45—47, 176—178
- Obligatorinen näkökohta 114—115
- Oikeudenmukaisuusperiaate 146, 176
- Oikeussuojan tarve 146—147
- Pakkolunastus 66
- Palkkaus 42—43, 49, 168—169
- Perustelut 108, 112, 152—153
- Perusteluvelvollisuus 133—135, 153
- Poikkeuslupa 39—42, 65—66, 141—142, 169—171
- Poliittinen syrjintä 112—113
- Premissi 108, 114
- Premissien epätäydellisyys 118, 149
- Premissikontrolli 28, 71, 107, 110—155
- Primäärinen vallan väärinkäyttö 117—118
- Puoluesuosinta 1, 34, 71, 76, 119—126, 155, 157—168
- Päänäkökohta 114—117
- Päätöksen epäselvyys 175
- Ratio legis 31, 95—105, 106—107, 114—115
- Reaalinen argumentti 103
- Sekundäärinen vallan väärinkäyttö 117—118
- Sidottu harkinta 77—89
- Sivunäkökohta 114—117, 152
- Spesialiteettiperiaate 119
- Subjektiivinen premissi 108
- Subjektiivinen premissikontrolli 71, 110—155
- Suhteellisuusperiaate 63—67, 74
- Sukulaissuosinta 74, 111—113
- Tarjouskilpailu 1, 36—38, 139—140, 168
- Tarkoituksenmukaisuusperiaate 98—94
- Tarkoitussidonnaisuuden käsite 25, 44, 72, 106—107
- Tarpeellisuusvaatimus 141—142, 171
- Tasapuolinen kohtelu 33, 47—63, 80, 139, 154, 163—164, 176
- Teleologinen tulkinta 95—105, 106—107
- Todistustaakka 61, 153, 175
- Toimivalta 68—72, 166—167, 172—173
- Työsuojelu 64—65
- Uhkasakko 64—65
- Uskollisuusvelvollisuus 135—137
- Vallankäyttöaspekti 4
- Vapaa harkinta 2, 77—94
- Verohuojennus 53—55
- Viran lakkauttaminen 127—129
- Virasta vapauttaminen 26—27, 129—137, 153
- Virkaehtosopimus 42—43, 168—169
- Virkanimitys 1, 62, 91—92, 111—113, 120—126
- Yhdenvertaisuus 33, 47—63, 80, 139, 154, 163—164, 176
- Yksi oikea ratkaisu 82—89, 103
- Yleinen oikeusperiaate 8, 33, 81
- Yleinen tarve 66, 150
- Äitiysavustus 150—151

Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja

A-SARJA

36. MIKAEL LIVSON, Epävarsinainen laiminlyöntirikos. 1949, nid. 25 mk (13 mk)
37. OLAVI RYTKÖLÄ, Julkisoikeudellinen sopimus. 1950, nid. 5 mk (2,50 mk)
38. ERIK CASTRÉN, Kansainvälinen oikeusseuraanto. 1950, nid. 8 mk (4 mk)
40. JORMA UITTO, Vankien ehdonalaiseen vapautteen päästäminen. 1950, nid. 6,50 mk (3,25 mk)
41. Rikosoikeudellisia kirjoitelmia II, Bruno A. Salmlalalle 24. 8. 1950 omistanut Helsingin yliopiston lainopillisen tiedekunnan rikosoikeudellinen seminaari. 1950, nid. 5 mk (2,50 mk)
42. AARO AHTE, Hallinto-oikeudellinen vapaudenristo. Asialliset edellytykset. 1950, nid. 25 mk (nid. 13 mk)
44. PAAVO HILTUNEN, Syyllisyyksälte rikoksen uusimisessa. 1951, nid. 10 mk (5 mk)
46. E. J. MANNER, Yleiskäyttö vesioikeudellisenä käsitteenä. 1953, nid. 10 mk (5 mk)
48. LASSI KILPI, Harkintatarkoitus. 1955, nid. 7 mk (3,50 mk)
50. INKERI ANTTILA, Alakärsin kohdistuneet elveellisyysrikokset ja niiden tekijät. 1956, nid. 9 mk, sid. 11,50 mk (nid. 4,50 mk, sid. 7 mk)
52. SIMO ZITTING, Saantosuoja lrtalmisto-oikeudessa. 1956, sid. 11,50 mk (sid. 7 mk)
53. VÄINÖ VIHMA, Suorituksen mahdottomuus varallisuus-oikeudellisissa sopimussuhteissa. 1957, nid. 13 mk, sid. 15 mk (nid. 6,50 mk, sid. 8,50 mk)
54. VEIKKO REINIKAINEN, Prosessinedellytyksen puuttuminen oikeusseuraamuksista. 1958, sid. 14 mk (sid. 8 mk)
56. SIMO ZITTING, Kaupunkimaan omistuksesta. 1960, nid. 9 mk, sid. 11 mk (nid. 4,50 mk, sid. 6,50 mk)
59. OLAVI RYTKÖLÄ, Merenkulkumaksut. 1958, nid. 8 mk (nid. 4 mk)
60. OLLI IKKALA, Kunnan yleinen toimivalta. 1959, nid. 12 mk, sid. 14 mk (nid. 6 mk, sid. 8 mk)
61. TOIVO SAINIO, Muukalaisen oikeusasemasta erityisesti Suomen oikeutta silmälläpitäen. 1959, nid. 15 mk, sid. 17 mk (nid. 7,50 mk, sid. 9,50 mk)
63. K. A. TELARANTA, Erehdys oikeustoimlopin perusongelmana. 1960, sid. 26 mk (sid. 14 mk)
68. KAUKO SIPPONEN, Lainsäädäntövalian delegoiminen. 1965, nid. 32 mk, sid. 35 mk (nid. 16 mk, sid. 19 mk)
69. ERIK CASTRÉN, Siviiliväestön oikeussuoja maaja ilmasodassa. 1964, nid. 12 mk, sid. 14 mk (nid. 6 mk, sid. 8 mk)
72. TAUNO VESANEN, Valtiontaloutta koskevat eduskunnan ratkaisut ja hallituksen toimivalta. 1965, nid. 23 mk, sid. 26 mk (nid. 11,50 mk, sid. 14 mk)
73. TENHO AUTERE, Oikeus ilmatilan käyttöön siviililmailutarkoituksessa rauhan aikana. Erityisesti Suomen ilmailujulkisoikeutta silmällä pitäen. 1955, nid. 22 mk, sid. 25 mk (nid. 11 mk, sid. 13 mk)
75. ESKO HOPPU, Rahdinottajan tavaravastuusta. 1966, nid. 19 mk, sid. 22 mk (nid. 10 mk, sid. 13 mk)
76. ANTERO JYRÄNKI, Sotavoiman ylin päällikkyyss. 1967, nid. 27 mk, sid. 30 mk (nid. 15 mk, sid. 18 mk)
77. ESKO HOPPU, Valtion oikeudesta luopua saatavistaan. 1968, sid. 30 mk (sid. 22 mk)
80. TOIVO SAINIO, Muukalaisen oikeusasemasta II. 1969, nid. 24 mk, sid. 28 mk (nid. 17 mk, sid. 20 mk)
81. TOIVO HOLOPAINEN, Kunnan asema valtiossa. Oikeudellinen rakennetutkimus. 1969, nid. 36 mk, sid. 40 mk (nid. 27 mk, sid. 30 mk)
83. TENHO AUTERE, Kansainvälisten rliitojen rauhanomaisesta selvittelystä. Erityisesti tuomiovaltaa silmällä pitäen. 1968, nid. 20 mk, sid. 23 mk (nid. 15 mk, sid. 17 mk)
84. KAARLO SARKKO, Työrauhavelvollisuudesta. 1969, nid. 30 mk, sid. 33 mk (nid. 22 mk, sid. 25 mk)
85. HANNU TAPANI KLAMI, Julius Paulus, 1969, nid. 20 mk, sid. 25 mk (nid. 15 mk, sid. 18 mk)
86. AULIS AARNIO, Kysymyksiä testamenttioikeuden alalta. 1969, nid. 20 mk, sid. 25 mk (nid. 15 mk, sid. 18 mk)
90. MIKAEL HIDÉN, Eduskunnan oikeusasiamies. 1970, nid. 30 mk, sid. 34 mk (nid. 22 mk, sid. 25 mk)
91. JUHA VIKATMAA, Erehdyksestä. Rikosoikeudellinen tutkimus. 1970, nid. 44 mk, sid. 48 mk (nid. 33 mk, sid. 36 mk)
95. ILKKA SARAVIITA, Lakiehdotuksen leppämäänjättäminen. 1971, nid. 50 mk, sid. 55 mk (nid. 37 mk, sid. 41 mk)
96. MIKKO KÄMÄRÄINEN, Huoltoajan tuottamusperusteen korvausvastuu. 1972, nid. 38 mk, sid. 43 mk (nid. 28 mk, sid. 31 mk)
98. TERTTU APALA-ARLANDER, Yleislausekkeista. 1972, nid. 36 mk, sid. 41 mk (nid. 28 mk, sid. 31 mk)
99. Rikosoikeudellisia kirjoitelmia III. Nillo Saloväärille 13. 10. 1972 omistettu. 1972, nid. 32 mk, sid. 37 mk (nid. 24 mk, sid. 27 mk)
100. PIRKKO-LIISA ARO, Ennakkokäyttöoikeus patentinhaltijan yksinoikeuden rajoituksena. 1972, nid. 32 mk, sid. 37 mk (nid. 24 mk, sid. 27 mk)
101. ESKO RIEPULA, Eduskunnan perustuslakivaliokunta perustuslakien tulkitajana. 1973, nid. 40 mk, sid. 44 mk (nid. 30 mk, sid. 33 mk)
102. MARTTI CASTRÉN, Liikesalalsuuksen oikeussuojasta. 1973, nid. 38 mk, sid. 44 mk (nid. 29 mk, sid. 33 mk)
103. EERO VILKKONEN, Hallintolainkäytön alasta. 1973, nid. 40 mk, sid. 46 mk (nid. 30 mk, sid. 34 mk)
104. ILKKA SARAVIITA, Kansainvälisen järjestön perussäännön hyväksyminen ja voimaansaattaminen Suomessa. 1973, nid. 46 mk, sid. 51 mk (nid. 35 mk, sid. 39 mk)

Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja

A-SARJA

105. PEKKA KOSKINEN, Yksitekoisesta rikosten yhtymisestä. 1973, nid. 44 mk, sid. 49 mk (nid. 33 mk, sid. 37 mk)
106. RAIMO LAHTI, Toimenpiteistä luopumisesta rikosten seuraamusjärjestelmässä. 1974, nid. 96 mk, sid. 104 mk (nid. 72 mk, sid. 78 mk)
107. LEENA KARTIO, Rakennuksenomistajan oikeus- asemasta erityisesti silmälläpitäen maapohjan omistussuhteiden merkitystä. 1974, nid. 52 mk, sid. 57 mk (nid. 39,—, sid. 43,—)
108. MIKAEL HIDEN, Säädosvalvonta Suomessa. I Eduskuntalait. 1974, nid. 58 mk, sid. 63 mk (nid. 44 mk, sid. 48 mk)
109. TAUNO VESANEN, Vientimaksusta. Vero-oikeudellinen tutkimus. 1974, nid. 32 mk, sid. 38 mk (nid. 24 mk, sid. 29 mk)
110. SEPPO LAAKSO, Hallituksen muodostaminen Suomessa. Tutkimus HM 36 §:n taustasta, geneetiikasta, tulkinnasta ja sovellutuskäytännöstä. 1975, nid. 82 mk, sid. 90 mk (nid. 62 mk, sid. 68 mk)
111. ERKKI HAVANSI, Takavarikko ja hukkaamis- kielto ulosottolain 7 luvun mukaan. I. 1975, nid. 174 mk (nid. 130 mk)
112. PIRKKO-LIISA ARO, Sattumanvaraiset edut elin- keinotoiminnassa. 1975, nid. 50 mk, sid. 58 mk (nid. 38 mk, sid. 44 mk)
113. ERKKI J. HOLLO, Pilaamiskielon sisältö vesi- lain mukaan. 1976, nid. 94 mk, sid. 104 mk (nid. 70,50 mk, sid. 78 mk)
114. PAULI KOSKI, Konserni. 1977, nid. 104 mk, sid. 114 mk (nid. 78 mk, sid. 85,50 mk)
115. EERO BACKMAN, Rikoslaki ja yhteiskunta. Nid. 104 mk, sid. 114 mk (nid. 78 mk, sid. 85,50)
116. ERKKI AUREJÄRVI, Urakkasopimus. Työnsuori- tus sopimuksia koskevan teorian arviointia. 1976, nid. 88 mk, sid. 100 mk (nid. 66 mk, sid. 75 mk)
117. LARS BJÖRNE, »...syihin ja laklin eikä mieli- valtaan...» 1977, nid. 131 mk, sid. 142 mk (nid. 98 mk, sid. 106 mk)
118. MATTI NIEMIVUO, Valtionavut kunnille ja kun- tainliitoille. 1976, nid. 94 mk, sid. 106 mk (nid. 71 mk, sid. 80 mk)
119. PIRKKO-LIISA ARO, Kasvinjalostajan oikeudel- lisesta asemasta — kehityskulkuja ja nykyäky- miä. 1977, nid. 48,—, sid. 60,— (nid. 36,—, sid. 45,—)
120. JYRKI VIROLAINEN, »Reformatio in pejus- kiel- losta». 1977, nid. 114,—, sid. 126,— (nid. 85,—, sid. 94,—)
121. TIMO KONSTARI, Asiakirjajulkisuudesta hallin- nossa. 1977, nid. 114,— (nid. 85,50)
122. ILKKA SARAVIITA, Kansainvälisten järjestöjen sanktiojärjestelmät. 1977, nid. 90 mk, sid. 102 mk (nid. 68 mk, sid. 77 mk)
123. ANTERO JYRÄNKI, Presidentti. Tutkimus valtion- päämiehen asemasta Suomessa v. 1919—1976. 1977, nid. 112 mk, sid. 124 mk (nid. 84 mk, sid. 93 mk)
124. PEKKA HALLBERG, Hallinto-oikeudellisen vail- tuksen käyttöalasta. 1978, nid. 134 mk, sid. 146 mk (nid. 101 mk, sid. 110 mk)
125. LAURI HORMIA, Todistamiskielloista rikospro- sessissa I. 1978, nid. 114 mk, sid. 126 mk. (nid. 86 mk, sid. 95 mk)
126. VESA MAJAMAA, Toisen maalia oleva rakennus kiinnitysluoton kohteena. 1978, nid. 130 mk, sid. 142 mk (nid. 98 mk, sid. 107 mk)
127. KAARINA BUURE-HÄGGLUND, Irtaimiin esinel- siin kohdistuvat reaalivaluudet kansainvälisen yksityisoikeuden kannalta. 1978, nid. 100,—, sid. 112,— (nid. 75,—, sid. 84,—)
128. KAUKO WIKSTRÖM, Oikeuskäytännön tulkinnas- ta. 1979, nid. 84,—, sid. 96,— (nid. 63,—, sid. 72,—)
129. MARTTI KAIRINEN, Perussuhdeteoriasta työ- oikeuden yleisten oppien osana. 1979, nid. 120,—, sid. 132,— (nid. 90,—, sid. 99,—)
130. MARTTI CASTRÉN, Vahingonkorvaus immateriä- alioikeudessa. 1979, nid. 123,—, sid. 135,— (nid. 92,—, sid. 101,—)
131. KIRSTI RISSANEN, Kilpailu ja tavaramerkit. 1978, nid. 144,— (nid. 108,—)
132. JUHANI WIRILANDER, Rasitteesta maankäyttö- määräyksenä. 1979, nid. 288,—, sid. 300,— (nid. 216,—, sid. 225,—)
133. MIKKO TULOKAS, Öljyvahingoista. 1978, nid. 136,—, sid. 148,— (nid. 102,—, sid. 111,—)
134. KARI-PEKKA TIITINEN, Työ- ja virkaehtosopi- musten neuvottelulausekkeista. 1979, nid. 144,—, sid. 156,— (nid. 108,—, sid. 117,—)
135. LAURI HORMIA, Todistamiskielloista rikospro- sessissa II. 1979, nid. 96,—, sid. 108,— (nid. 72,—, sid. 81,—)
136. ERKKI HAVANSI, Panttioikeus osakkeeseen I. 1979, nid. 170,—, sid. 182,— (nid. 128,—, sid. 137,—)
137. JUHANI WIRILANDER, Lailla sääntelemättömistä käyttöoikeuksista kiinteistöön, tekeillä
138. VIRPI TIILI, Harhaanjohtava mainonta. 1979, nid. 155,—, sid. 167,— (nid. 116,—, sid. 125,—)

Julkaisut ovat Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen jäsenten myöhemmin tilattavissa sulkeissa mainittuun erityis- hintaan, os. Annankatu 16 B, Helsinki 12. (Kirjakauppahinnat ovat ohjehintoja)