JUHLAJULKAISU

MATTI YLÖSTALO

1917 - 4/2 - 1987

SUOMALAISEN
LAKIMIESYHDISTYKSEN
JULKAISUJA
C-SARJA
N:o 21

SUOMALAISEN LAKIMIESYHDISTYKSEN JULKAISUJA
C-SARJA N:o 21

JUHLAJULKAISU

MATTI YLÖSTALO

1917 · 4/2 · 1987

TOIMITUSKUNTA

JUHANI WIRILANDER

MATTI L. AHO PIRKKO-LIISA ARO

TIMO ESKO toimittaja LEENA KARTIO

ERKKI-JUHANI TAIPALE OLLI TARKKA

HELSINKI 1987

JUHLAJULKAISU

MATTI YLÖSTALO

1917 · 4/2 · 1987

SUOMALAINEN LAKIMIESYHDISTYS

VAMMALA 1987. VAMMALAN KIRJAPAINO OY

ISSN 0356-7222
ISBN 951-855-087-5

ISBN 978-951-855-870-8 (PDF

A. Lindebergin
maalaus 1985

PROFESSORI, LAKITIETEEN TOHTORI

MATTI YLÖSTALOLLE

HÄNEN TÄYTTÄESSÄÄN
SEITSEMÄNKYMMENTÄ VUOTTA

KUNNIOITTAVASTI

SUOMALAINEN LAKIMIESYHDISTYS
SUOMEN ASIANAJAJALIITTO
JURIDISKA FÖRENINGEN I FINLAND

Sisällys

Tabula gratulatoria XIII

Korkeimman oikeuden presidentti *Curt Olsson:* Professori lakitieteen tohtori Matti Ylöstalo 70 vuotta 4. 2. 1987 1

Professori *Aulis Aarnio:* Testamentin tulkintasäännöistä. Tulkintaperiaatteiden ja -ohjeiden teoreettista tarkastelua 5

Oikeustieteen tohtori *Matti L. Aho:* Oikeuskielestä ja oikeuden estetiikasta 17

Professori *Edward Andersson:* Sk. aktieägartillskott vid inkomstbeskattningen 23

Oikeusneuvos *Pirkko-Liisa Aro:* Tekijänoikeudesta karttaan ... 37

Professori *Ulf Bernitz:* Om förbud, särskilt i marknadsdomstolen 45

Apulaisprofessori *Martti Castrén:* Passiviteettisäännön soveltamiskysymys toiminimen ja tavaramerkin välisessä suhteessa 55

Kansleri *Reino Erma:* Asunto-osakkeen ostajan sopimusperusteisen suojajärjestelmän eli RS-järjestelmän syntyvaiheista ja vaikutuksista 65

Dosentti *Timo Esko:* Liittymäsäännöistä kansainvälisen perintöoikeuden alalla 75

Professori *Berndt Godenhielm:* Isyyslaki ja uusi sukunimilaki 85

Professori *Jouko Halila:* Lahjan peräyttämisestä velkojien hyväksi 91

Norjan Asianajajaliiton pääsihteeri *Harald Halvorsen:* Nordens bidrag til det internasjonale advokatsamarbeid — Advokatsamarbeidet i og utenfor Norden 107

Professori *Erkki Havansi:* Etuoikeudet ja »etuoikeudet» osakeyhtiökonkurssin valossa 123

Professori *Jan Hellner:* Förutsättningsläran rediviva 133

Oikeusneuvos *Henrik Hessler:* Om godtrosförvärv av lösöre .. 157

Professori *Esko Hoppu:* Ajoneuvon omistajan toiselle omistamalleen ajoneuvolle aiheuttaman liikennevahingon korvaamisesta 165

Professori *Allan Huttunen:* Vakuutussopimuksen purkamisesta vakuutuskannan luovuttamisen johdosta 175

Professori *Heikki Jokela:* Yritysten kansainvälisen yhteistoiminnan oikeudellisista muodoista (joint venture — konsortio) 187

Vuorineuvos *K. K. Kankaanranta:* Juristi yritysjohtajana 197

Professori *Leena Kartio:* OikTL 36 §:n soveltamiskäytännöstä kiinteistöoikeudessa 203

Hallintoneuvos *Lassi Kilpi:* Tavanomaisesta oikeudesta verooikeudessa 217

Oikeustieteen tohtori *Antti Kivivuori:* Lakitulvasta seisovaan veteen 229

Hallintoneuvos *Pekka Kurvinen:* Näkökohtia avoimen ja kommandiittiyhtiön voitonjaosta laadittavaa lakia silmälläpitäen .. 235

Varatoimitusjohtaja *Simo Kärävä:* Pankkiluottojen vakuuksien kehityspiirteitä 249

Professori *Vesa Majamaa:* Yleinen etu ja ympäristöoikeus ... 259

Professori *P. J. Muukkonen:* IndeksiehtoL:n vastaisista sopimusehdoista 273

Kansliapäällikkö *Raimo Pekkanen:* Henkilöstön edustautuminen yrityksen hallinnossa 283

Asianajaja *Jukka Peltonen:* Asianajajan esteellisyydestä konkurssitilanteissa pesänhoitajan asemaa silmälläpitäen 293

Oikeusneuvos *Göran Portin:* Tidpunkten för beräknandet av skadeståndets belopp 309

Dosentti *Kirsti Rissanen:* Osuus osakeyhtiössä 317

Oikeustieteen tohtori *Eero Routamo:* Velvollisuudesta korvata viranomaiselle aiheutuneita kustannuksia 335

Hovioikeudenpresidentti *Voitto Saario:* Asianosaisautonomia kansainväliseen kauppaan liittyvässä välimiesmenettelyssä .. 341

Dosentti *Ari Saarnilehto:* Asunto-oikeuden asiallisesta toimivallasta eräissä tapauksissa 349

Professori *Carsten Smith:* Samene og Nordisk råd 361

Professori *Stig Strömholm:* Rättsteoriens väg genom de mörka århundradena: ett åskådningsexempel 373

Korkeimman hallinto-oikeuden presidentti *Antti Suviranta:* Valituslupajärjestelmästä hallintoasioissa 383

Asianajaja *Erkki-Juhani Taipale:* Asianajajalaitoksen ja asianajajien riippumattomuudesta 389

Oikeusneuvos *Eero Takala:* Kuolinpesän osakkaan velkavastuusta PK 21: 14 nojalla 395

Pääsihteeri *Olli Tarkka:* Asianajajien ammattitaidon ylläpitämisestä ja kohottamisesta 403

Kansleri *L. E. Taxell:* Avtalsrätt — lagstiftning och doktrin ... 411

Dosentti *Jarno Tepora:* Factoring sivullissuojan näkökulmasta 421

Oikeustieteen tohtori *Virpi Tiili:* Hyödyllisyysmallisuojasta ... 437

Asianajaja *Mikko Tulokas:* Vakioehtojen sitovuus — eräs ajatusmalli 447

Professori *Thomas Wilhelmsson:* Työnantajan korvausvastuu koneen tai laitteen aiheuttamasta työtapaturmasta 455

Professori *Anders Vinding Kruse:* Erstatning og forsikring. Ny Dansk lov 467

Professori *Juhani Wirilander:* Myyjän ilmoitusvelvollisuudesta kiinteistön kaupassa 479

Professori *Simo Zitting:* Sopimuksesta sääntelyvälineenä ja sääntelyn kohteena 489

Luettelo Matti Ylöstalon julkaisuista 499

Tabula gratulatoria

Aimo Aalto
Esko E. Aalto
Matti Aaltokannel
Pertti Aaltonen
Aira ja Aulis Aarnio
Markku Aarola
Janne Aer
Eero Aho (Helsinki)
Eero Aho (Ii)
Matti L. Aho
Erkki Ailio
Timo Aimo-Koivisto
Pauli Alankoja
Antti Alasentie
Arto Alho
Gunnel ja Edward Andersson
Matti Anderzén
Pirkko-Liisa Aro
Matti Arvela
Antti Asanti
Asianajotoimisto Ahola & Pokela Ky
Asianajotoimisto Borenius & Kemppinen
Asianajotoimisto Brander & Manner ja Toivo Hietala
Asianajotoimisto Furstenborg, Enegren & Sirviö
Asianajotoimisto Gehör & Lahdenperä
Asianajotoimisto Hedman & Luukkainen
Asianajotoimisto Kalevi Heikkilä
Asianajotoimisto Heikkilä & Tapola Ky
Asianajotoimisto Hepo-Oja & Lunnas
Asianajotoimisto Markku Hiekkala
Asianajotoimisto Jokinen & Saleva
Asianajotoimisto Seppo Karvinen Ky
Asianajotoimisto Kauppila & Laurila
Asianajotoimisto Kiiha, Kemppainen & Kerimaa Ky
Asianajotoimisto Kosonen & Kurikka Ky
Asianajotoimisto Seppo Lindberg Ky
Asianajotoimisto Mattila & Mattila
Asianajotoimisto Nenonen & Rantasila
Asianajotoimisto Obstbaum, Harju & Kurkela
Asianajotoimisto Palomäki & Kolari Ky
Asianajotoimisto Veikko Palotie & Co
Asianajotoimisto Roschier-Holmberg & Waselius Advokatbyrå
Asianajotoimisto Ryti, Hemmo & Niinimäki Ky
Asianajotoimisto Salminen & Laaksonen
Asianajotoimisto Seppälä & Wasenius Ky
Asianajotoimisto Hannes Snellman
Asianajotoimisto Jaakko Sukuvaara
Kimmo Asp
Heikki Astrén
Mikko Auvinen
Bengt Bergendal
Berggren Oy
Ulf Bernitz
Inkeri ja Yrjö Blomstedt
Per Erik von Bonsdorff
Tom Brandt
Niklas Bruun
Birger Candolin
Henrik Carpelan
Martti Castrén
Castrén & Snellman
Börje Dahlman

Dittmar & Indrenius
Lauri Drockila
Kai Dunder
EFFOA-Suomen Höyrylaiva Oy
Erkki Einola
Klaus Ekholm
Jarl Engberg
Hilkka ja Reino Erma
Ritva ja Juhani Erma
Timo Esko
Mauno von Fieandt
Anja Finckenberg
Kurt-Erik Forsstedt
Seppo Fraunberg
Dan Frände
E. Galle
Kenneth Gallen-Kallela
Pekka Gestrin
Berndt Godenhielm
Matti Granfelt
Pentti Grönberg
Erkki Grönholm
Henrik Grönqvist
Kaj Gylling
Reino Gynther
Ilmari Haapajoki
Martti Haapalainen
Samuli ja Elina Haapasalo
Tauno Haavikko
Heikki Haavisto
Antero Hagberg
Juha Halijoki
Hanna ja Jouko Halila
Heikki Halila
Eeva ja Matti Halinen
Pekka Hallberg
Ritva Halme-Kauranen
Hannu Pekka Halmetoja
Harald Halvorsen
Outi Haunio-Rudanko
Erkki Havansi
Pekka Havo
Berndt Heikel
Jaakko Heikkilä
Keijo Heikola
Reijo Heinonen
Markku Helin
Heidi Helkama
Jan Hellner
Klaus Helminen
Helsingin hovioikeus
Helsingin kaupunginviskaalinvirasto
Helsingin kaupungin yleinen oikeusaputoimisto
Helsingin Lakimiesyhtymä Oy
Helsingin raastuvanoikeus
Helsingin Sato Oy
Helsingin yliopiston rikos- ja prosessioikeuden laitos
Markku Hemminki
Mirja ja Pentti Herkama
Henrik Hessler
Kati ja Mikael Hidén
Seppo Hieta
Erkki Hietaniemi
Teuvo Hiltunen
Erkki Hissa
Hannu Holopainen
Toivo ja Sirkku Holopainen
Kari Honkanen
Raili ja Esko Hoppu
Raimo Horneman
Seppo Horsti
Hannu Huitti
Ritva Husa
Allan Huttunen
Heikki Hyssälä
Veikko O. Hyvönen
Veikko Hyytiäinen
Ritva Hyöky
Leif Häggblom
Leevi Häikiö

Heikki Häkkinen
Matti Häkkinen
H. af. Hällström
Veikko M. Hämäläinen
Vilho ja Jyrki Hämäläinen
Hämäläis-Osakunnan kirjasto
Iitin tuomiokunta
Aino ja Yrjö Iivonen
Olli Ikkala
Ilmajoen tuomiokunta
Imatran tuomiokunta
Imatran Voima Oy
Independent Rahoitus Oy
Insinööriliitto IL ry
Instrumentarium Oy
Itä-Suomen hovioikeus
Heikki Jaatinen
Einar Jacobsen
Liisa ja Helge Jalanko
Gert Johansson
Ulpu ja Heikki Jokela
Juridiska Föreningen i Finland
Juristklubben Codex rf
Seppo Juurikko
Erkki Järvenpää
Urpo Järvi-Laturi
Heikki Kainulainen
Martti Kaira
Keijo Kaivanto
Martti Kajander
Seppo Kallio
Hilkka ja Kerppo Kankaanranta
Kansaneläkelaitos
Matti Karhunen
Timo Karhunen
Leena Kartio
Kauhajoen oikeusaputoimisto
Orvokki Kauppila
Antero Kassinen
Seppo ja Tuula Kemppainen
Arto Keravuori
Rauno Kervinen
Kesko Oy
Keskuskauppakamari
Kari Keto
Reino Ketola
Esko Kilpeläinen
Heidi ja Lassi Kilpi
Pertti Kinnunen
Kirkkohallitus
Marjo Kiukkonen
Pekka Kiuru
Väinö Kiviniitty
Kari Kivistö
Antti Kivivuori
Hannu Knuutila
Erkki Koivula
Kokemäen tuomiokunta
Kansallis-Osake-Pankki Kiinteistöosasto
Erkki E. Korhonen
Hannu Korhonen
Hannu J. Korhonen
Korkein hallinto-oikeus
Martti Korvenoja
Pertti Korvenoja
Pekka ja Irina Koskinen
Pirkko K. Koskinen
Touko Kosonen
Kotkan raastuvanoikeus
Kouvolan hovioikeus
Kouvolan kaupungin oikeusaputoimisto
Mikael Krogerus
Ingvar Krook
Kruunukaluste, Kai Salmela
Matti Kukko
Pauli S. Kukkonen
Arnold Kulmala
Tuomo Kunnas
Arne Kurola
Osmo Kurola
Anna-Liisa ja Pekka Kurvinen
Kari Kuula

Matti J. Kuusi
Jukka Kuustie
Timo S. Kylliäinen
Juhani Kyläkallio
Tellervo Kyläkallio
Olli M. Kytö
Kirsti Käki
Mikko Kämäräinen
Antti Kärkkäinen
Ilmi ja Simo Kärävä
Virpi ja Jarmo Kölhi
Timo Laatunen
Irma ja Erkki Lager
Raimo ja Varpu Lahti
Seppo Laitinen
Paavo Lampimäki
Juha Lappalainen
Vesa Laukkanen
Gustaf Laurent
Antero Laurila
Antti Lehtinen
Asko Lehtonen
Lasse Lehtonen
Jorma K. Lehtonen
Martti Leistén
Heikki Leivonen
Johannes Leivonen
Ingemo ja Pekka Leppäsaajo
Pia Letto-Vanamo
Liikennevakuutusyhdistys
Raimo M. Liljaniemi
Robert Liljenfeldt
Per Lindholm
Leila Lindström
Aaro Liuksiala
Jorma Loimukoski
Erkki Loire
Maataloustuottajain Keskusliitto
Vesa Majamaa
Martti Majanen
Aarne Makkonen
Oy Mallasjuoma
Mancon Juridia Oy
Marita Mangström-Kauppinen
E. J. Manner
Pertti Manninen
Hans Mannstén
Leif Martinsen
Robert Mattson
Timo Mervaala
Erna ja Tapani Mikkeli
Arno Mikkola
Olli Mikkola
Martti Mikkonen
Esko S. Minkkinen
Antero Molander
Martti V. Mustakallio
Anja ja P. J. Muukkonen
Heikki Mäki
Timo Mäki
Asser Mäkinen
Pekka Mäkinen
Heikki Mälkki
Heikki Mälkönen
Gustaf Möller
Kalervo Mörä
Timo Narinen
Paavo Nenonen
Kari Niemi
Lasse Nieminen
Olavi Nieminen
Seppo J. Nieminen
Pertti Niemistö
Sirpa Niemistö
Lasse Nikkarinen
Paavo Nikula
Tuomo Niskanen
Tarmo Nisula
Oy Nokia Ab
Matti Norri
Yrjö Nummelin
R. O. Nuolimaa

Björn Nybergh
Petri Nykänen
Rainer Oesch
Oikeuspoliittinen tutkimuslaitos
Erkki Ojala
Sakari Ojantakanen
Eero Ollila
Ingrid ja Curt Olsson
Antti Orpana
Pekka Orpana
Osuuspankkien Keskusliitto ry Lainopillinen osasto
Oulun raastuvanoikeus
Risto K. Ovaska
Jaakko Pajula
Pekka Palletvuori
Raimo Pallonen
Paloheimo Oy
Arto Palsala
Jukka Pasanen
Raimo Pekkanen
Pellervo-Seura ry
Matti Peltokorpi
Maj-Britt ja Jukka Peltonen
Jouko Pesonen
Pienteollisuuden Keskusliitto ry
Kalevi Pitkänen
Carl-Erik Plathin
Posti- ja telehallitus
Magnus Pousette
Göran ja Ann-Mari Portin
Procopé & Hornborg (Helsinki, Kuopio, Tampere, Turku)
Puolimatka-yhtymä Oy
Erkki Pusa
Pykälä ry
Olavi Pyykkönen
Erkki Rahkila
Marja Ramm-Schmidt
Esko Rantanen
Pekka Rantanen
Rauma-Repola Oy
Väinö Riihelä
Hannu Riikonen
Markku Riikonen
Kirsti ja Pentti Rissanen
Pekka Romo
Helena Rousu
Eero Routamo
Rovaniemen tuomiokunta
Matti Rudanko
Olli Ruokonen
Pekka Ruokonen
Eeva-Liisa Ruso
Maarit ja Olavi Rytkölä
Martti Rytkönen
Henrik Räihä
Ahti Saarimaa
Pentti Saarinen
Voitto Saario
Ari Saarnilehto
Paavo Salervo
Hilkka Salmenkylä
Juhani Salmenkylä
Lasse Salmi
Urho Salminen
Kyösti Salmirinne
Elias Salonen
Sanoma Osakeyhtiö
Pekka Santala
Juha Sarkanen
Osmo Sarmavuori
Ilmari Sarva
Asko Sasi
Reijo Savia
Antti Savolainen
Erkki Selkee
Timo Seppälä (Eura)
Timo Seppälä (Orivesi)
Harry Sevelius
Leif och Guje Sevón
Oy Shell Ab

Siilinjärven Osuuspankki
Martti Siiteri
Raimo Silander
Timo Silkko
Matti J. Sillanpää
Heikki Sinnemaa
Helvi ja Sauli Sipilä
Sakari Sippola
Matti Sistonen
Lena Sisula-Tulokas
Skop-rahoitus Oy
Carsten Smith
Hans G. Snellman
Johan Snellman
Päivikki ja Sakari Sohlberg
Stig Strömholm
Pentti Suojanen
Suomalainen Lakimiesyhdistys
Timo Suomalainen
Lauri Suomela
Suomen Asianajajaliitto
Suomen Kunnallisliitto
Suomen Lakimiesliitto — Finlands Juristförbund ry
Suomen Maarakentajain Keskusliitto
Suomen Työnantajain Keskusliitto
Suomen Vakuutusyhtiöiden Keskusliitto
Suomen Yhdyspankki Oy
Kerttu Stolpe
Kaarlo L. Ståhlberg
Tapio Suutari
Annikki ja Antti Suviranta
Sveriges Advokatsamfund
Hannu Syrjänen
Matti J. Syrjänen
Säästöpankkien Keskus-Osake-Pankki
Helge Söderlund
Marjatta ja Erkki-Juhani Taipale
Eero Takala
Takalan Asianajotoimisto Leppänen & Lepistö Ky
Anja ja Tapio Takki
Tammelan tuomiokunta
Timo Tanskanen
Kari Tapiovaara
Leena ja Olli Tarkka
Kyösti Tasa
Tapani Taskinen
Heikki Taulaniemi
L. E. Taxell
Teollisuuden Keskusliitto
Tellervo ja Kaarlo Telaranta
Leena ja Olli Tenkanen
Jarno Tepora
Lauri Terho
Aimo Tervahauta
Bo Therman
Virpi Tiili
Kari-Pekka Tiitinen
Antti Tiitola
Kari S. Tikka
Paavo Tikkanen
Antti Toikka
Marja Tommila
E. J. Toivanen
Timo Toivanen
Raimo Toivonen
Pekka Tolonen
Harry Träskbäck
Veikko Tuhkala
T. K. J. Tukiainen
Mikko Tulokas
Markku O. Tunturi
Anneli Turkka
Veikko Tuuliainen
Jaakko Tuurihalme
Tyrvään tuomiokunta
Arto Ullakonoja
Vaasan hovioikeus
Vaasan kaupungin yleinen oikeusaputoimisto
Vahinkovakuutusosakeyhtiö Kansa

Veikko Vainio
Valkealan tuomiokunta
J. Wangell
Jukka Varviala
Vasa Sparbank — Vaasan Säästöpankki
Vesiylioikeus
Kari Vikkula
Jaakko Viinikkala
Thomas Wilhelmsson
Anders Vinding Kruse
Ari M. A. Wirén
Riitta ja Juhani Wirilander
Riitta Virmasuo-Nordström
Sirkka-Liisa Virtamo
Jukka Virtanen
Nils Wirtanen
Vesa Virtanen
R. Kenneth Wrede
Matti Wuori
Pekka Vuorinen
Raimo Väisänen
Jukka Väkiparta
Leo Väliaho
Matti Väylä
Mirja Ylitalo
Heikki Ylöstalo
Ilkka Ylöstalo
Gunborg ja Simo Zitting
Vivan ja Henry Ådahl
Rainer Åkerberg
Åke Åström
Peter Örndahl

Curt Olsson

Professori lakitieteen tohtori Matti Ylöstalo 70 vuotta 4.2.1987

Kun Matti Viljo Ylöstalo täyttää seitsemänkymmentä vuotta, on aiheellista esittää hänelle kiitokset siitä mittavasta työstä, jonka hän pitkän uransa aikana on suorittanut maamme oikeuden ja oikeusjärjestyksen sekä lakimieskunnan hyväksi. Eräs tapa kiittää ja osoittaa sitä suurta arvonantoa, jota Matti Ylöstalo nauttii, on hänelle omistetun juhlakirjan julkaiseminen. Minun osalleni on tässä yhteydessä tullut hänen muotokuvansa tekeminen verbaalisia välineitä käyttäen. Tämä tehtävä on sekä helppo että vaikea, kun kuvattavana on rikas persoonallisuus ja monipuolinen henkilö, jonka elämänura ulottuu laajalle yhteiskunnan eri aloille.

Matti Ylöstalo on syntynyt Tampereella, mutta hän siirtyi jo nuorena Helsinkiin. Helsingissä hän onkin suorittanut työnsä pääosan; hän on täällä käynyt koulua ja opiskellut, tehnyt tieteellistä ja akateemista työtä sekä toiminut asianajajaliiton ja lukuisten muiden yhteisöjen tukijana ja neuvonantajana.

Ylöstalo on ensi sijassa tiedemies. Hän on julkaissut monta huomattavaa teosta, etupäässä siviilioikeuden alalta. Ensimmäiset laajemmat teokset koskivat testamenttioikeutta, nimittäin väitöskirja Testamentinmoitteesta, joka ilmestyy 1953, sekä siihen liittyvä 1954 ilmestynyt Testamentin tulkinnasta. Teokset riittivät silloistenkin ankarien vaatimusten mukaan osoittamaan kelpoisuuden siviilioikeuden apulaisprofessorin virkaan, johon Ylöstalo nimitettiin 1955.

Tieteellinen työ ja julkaisutoiminta jatkui tiiviinä. Vuonna 1956 Ylöstalo julkaisi Tutkimuksia vekselioikeuden alalta ja sitä seuraavana vuonna Takauksesta. Samoihin aikoihin hän kirjoitti joukon merkittäviä kirjoituksia eri aikakausikirjoihin ja juhlajulkaisuihin sekä toimitti yhdessä professori T. M. Kivimäen kanssa tämän aikaisemmin julkaiseman siviilioikeuden oppikirjan huomattavasti laajennetun uuden painoksen.

Kirjallisesta tuotannostaan Ylöstalo sai paljon kiitosta osakseen, eikä ollut epäilyksiä hänen tieteellisistä ansioistaan, kun hän haki si-

viilioikeuden professorinvirkaa Kivimäen jälkeen. Tähän virkaan Ylöstalo nimitettiin 1959. Tyypillistä Ylöstalon tieteelliselle työlle on realistinen, käytännön oikeuselämää arvostava ote. Siksi siitä on myös ollut poikkeuksellisen suurta hyötyä ei vain akateemiselle sektorille vaan myös tuomareille, asianajajille ja muille käytännön juristeille. Kirjaarvostelussaan Defensor Legiksessä vuonna 1953 lausui Ilmari Melander yliopistollisesta väitöskirjasta, että se »on siinä kohden harvinainen, että sillä on huomattava käytännöllinen merkitys. Voidaanpa väittää sen olevan jokaiselle toimivalle asianajajalle välttämätön.» Oikeuskäytännön on Ylöstalo aina riittävällä tarkkuudella ottanut huomioon.

Realistinen ja sanoisinko nöyrä suhtautuminen juridiikkaan näkyy Ylöstalon tuotannossa myös siinä, ettei hän ole ollut kiinnostunut sellaisesta teoretisoinnista, joka ei ole välttämätöntä niiden tulosten saavuttamiseksi, joihin hän on kirjoittajana pyrkinyt. Hänen kirjoistaan ja kirjoituksistaan puuttuvat näin ollen tyystin sellaiset kysymyksenasettelut kuin »mikä oikeus on», kysymys, joka muuten melkeinpä rutiininomaisesti on esitetty ja johon yhtä rutiininomaisesti on vastattu monessa suomalaisessa väitöskirjassa. Tämä ei kuitenkaan merkitse sitä, etteikö Ylöstalo soveltaisi selvää ja harkittua tieteellistä metodia, mutta hän ei ole katsonut aiheelliseksi kertoa siitä lukijalle, joka voi sen itse ilman reseptiäkin havaita. Ylöstalon metodiin kuuluu mm. huomattavan laaja oikeusvertailu, jota edistää hänen laaja kielitaitonsa.

Ylöstalon tieteelliseen metodiin on varmasti ensisijaisesti vaikuttanut hänen oma itsenäinen ja käytännön elämää ymmärtävä persoonallisuutensa. Mutta siihen on kaiketi myös osaltaan vaikuttanut se, että hän aloitti varsinaisen työelämänsä tuomarina. Hän toimi Helsingin raastuvanoikeudessa notaarina ja oikeusneuvosmiehenä yli kuuden vuoden ajan 1949—1956 hoitaen 1949 myös esittelijän tehtäviä Korkeimmassa oikeudessa. Nämä vuodet olivat ilmeisesti omiaan ohjaamaan hänen kiinnostustaan käytännön kannalta tärkeisiin tutkimusaiheisiin ja hän pystyi saamansa kokemuksen avulla valitsemaan sopivia tutkimusaiheita toisella tavalla kuin puhdas teoreetikko. Selvää on myös, että Ylöstalolla on ollut etulyöntiasema verrattuna moneen muuhun tutkijaan oikeustapausmateriaalin käsittelyssä, sekä oikeustapausten arvostamisessa että niiden kritisoinnissa.

Tieteellisestä työstään Ylöstaloa on eri tavoin palkittu. Niinpä hänet on valittu sekä Suomalaisen Tiedeakatemian että Suomen Tiedeseuran jäseneksi — mikä lakimiesten kohdalla on harvinaista — ja hän on myös Suomen Lainopillisen Yhdistyksen kunniajäsen.

Ylöstalo kuuluu niihin juristeihin, jotka ymmärtävät antaa täyden arvon pohjoismaisille vaikutteille. Tämä ilmenee selvästi hänen kirjalli-

sesta tuotannostaan ja hän onkin korkealle arvostettu koko Pohjolassa. Eräänä merkittävänä osoituksena tästä on Upsalan yliopiston hänelle 1984 myöntämä kunniatohtorin arvo. Ylöstalo on osallistunut yhteispohjoismaiseen lainsäädäntötyöhön ja hän on kolmenkymmenen vuoden ajan hyvin aktiivisesti ottanut osaa Pohjoismaisiin lakimieskokouksiin sekä niiden Suomen paikallisjohtokunnan työhön.

Tieteelliseen työhön liittyvät myös Ylöstalon antamat monet korkeatasoiset oikeustieteelliset lausunnot, jotka hän on kirjoittanut asianajajaliiton edustajana tai yksityishenkilönä oikeusjutuissa ja muissa yhteyksissä.

Varsinaisten tieteellisten teosten ja kirjoituksien ohella Ylöstalo on vuosittain, etupäässä Defensor Legiksessä, julkaissut suuren määrän pienempiä kirjoituksia. Ne osoittavat miten pitkälle sekä asiallisesti että maantieteellisesti hänen intressikenttänsä ulottuu. Ja ne ovat myös osoituksia Ylöstalon nautittavasta kielellisestä esitystaidosta.

Akateemisessa elämässä Ylöstalo ei ole menestynyt vain tiedemiehenä vaan myös opettajana ja hallintomiehenä. Lukuisat siviilioikeuden ja kauppaoikeuden väitöskirjat ovat ilmestyneet Ylöstalon professorikautena ja useissa tapauksissa on Ylöstalo ollut kannustava ja auttava voima. Tämän ovat hänen entiset oppilaansa niin vakuuttavasti todistaneet, että sen voi tuoda esille sellainenkin henkilö, jolla ei ole ollut tilaisuutta työskennellä yliopistossa Ylöstalon kanssa. Sama pätee myös Ylöstalon toimintaan yliopistomiehenä, mm. oikeustieteellisen tiedekunnan dekaanina 1967—1972.

Jo ennen kuin Ylöstalo oli nimitetty professoriksi, hänet 1957 kutsuttiin Suomen asianajajaliiton sihteeriksi. Tätä vaativaa tehtävää Ylöstalo hoiti lähes kolmekymmentä vuotta eroten siitä vasta viime kesäkuussa. Hän oli aktiivisesti myötävaikuttamassa nykyisen asianajajalainsäädännön syntyyn. Asianajajaliiton toiminta on muutenkin hänen aikanaan varsin merkittävällä tavalla laajentunut ja kehittynyt. Ulkopuolinenkin on tietoinen hänen ansioistaan tässä suhteessa; viitattakoon vain niihin kiitoksiin, jotka asianajajaliiton taholta esitettiin Defensor Legiksessä hänen täyttäessään 50 ja 60 vuotta. Defensor Legiksen toimittaminen kuuluu muuten asianajajaliiton sihteerin tehtäviin, ja myös tätä tehtävää on Ylöstalo hoitanut taidolla ja tarmolla. Merkittävä on myös Ylöstalon luoma Asianajajan käsikirja, joka on alansa keskeinen oppikirja. Ylöstalo on nykyään asianajajaliiton kunniajäsen.

On luonnollista, että Ylöstalo on joutunut suuressa määrin osallistumaan myös välimiestoimintaan. Siihenkin hänellä on erinomaiset henkilökohtaiset edellytykset; lukeneisuus ja juristille harvinaisen laaja kielitaito, vankka ja terve harkintakyky sekä tuomarinkokemusta ja koke-

musta muiltakin käytännön elämänaloilta. Ylöstalo on jo pitkään ollut maamme johtava välimies.

On myös luonnollista, että Ylöstalo on vedetty mukaan liike-elämään, jossa hänellä on ollut ja on monta huomattavaa tehtävää. Niiden tarkempi selostaminen ansaitsisi oman lukunsa, mutta se on pakko tässä yhteydessä jättää kirjoittamatta. Samoin on pakko vain lyhyesti todeta Matti Ylöstalon laajat taiteelliset ja musikaaliset intressit sekä se merkittävä työpanos, jonka hän on antanut taiteen ja musiikin järjestöille.

Ne saavutukset, joihin Ylöstalo on yltänyt, ovat syntyneet lempeydellä ja ystävällisyydellä mutta myös selvällä määrätietoisuudella ja tarmolla. Leijonankynsi on näkynyt vaikka hän ei ole yleensä sitä itse halunnutkaan. Henkilökohtainen vaatimattomuus on Ylöstalolle tyypillistä ja myös tämä on varmaan ollut omiaan myötävaikuttamaan hänen menestykseensä. On pelättävissä, että Matti vaivautuu siitä kiitoksesta, joka edellä on esitetty. Se täytyy kuitenkin sietää, kun se vastaa totuutta.

Matti Ylöstalolle esittävät hänen monet ystävänsä ja työtoverinsa lämpimät onnentoivotukset.

Aulis Aarnio

Testamentin tulkintasäännöistä

Tulkintaperiaatteiden ja -ohjeiden teoreettista tarkastelua

Oikeudellisesti merkitsevät normit on *Adolf Merklin* ja *Hans Kelsenin* ajatusperintöä seuraten jaettu hierarkkisesti ryhmiin siten, että ylimmäksi asettuvat valtiosäännön normit ja alimmalle tasolle yksityisautonomiset tahdonilmaisut normeiksi käsitettyinä. Tämän mukaisesti myös testamentti on normi ja testamentin tulkinta normin tulkitsemista.[1] Jos normi lisäksi ymmärretään kielellisen ilmiasun saaneena ajatussisältönä, joka välittää jonkinasteisen »pitämisen», saadaan testamentin tulkinta kiinnostavalla tavalla suhteutettua muiden kielellisen tason ilmaisujen tulkintaan. Vertailu voidaan kirjata asteikolle, johon tulevat mukaan kirjallisuuden tulkinta, testamentin tulkinta, lain tulkinta, hallinnollinen harkinta ja moraalinormin tulkinta.

Vertailun edelleen jäsentämiseksi on perusteltua erottaa tulkintaperiaatteet ja -säännöt tulkinnassa käytettävistä perusteista.[2] Edelliset ovat ikäänkuin pelin sääntöjä, jotka ilmaisevat miten peliin kuuluvia nappuloita siirretään, mikä on pelissä kiellettyä, käskettyä ja sallittua. Kirjallisuudessa tulkintaa varten ei ole kiteytynyt yleisiä, koko tulkintayhteisöä sitovia tulkinnan periaatteita tai sääntöjä, vaikka erilaisia tulkinnan teorioita on kosolti tarjolla. Tulkinnan perusteet eli seikat, joihin tulkinnassa on lupa vedota löytyvät puolestaan joko tulkittavasta teoksesta tai sen ulkopuolelta. Mitään erityisiä rajoituksia tulkintaperusteiden hyväksymiselle ei ole olemassa. Kummassakin suhteessa kirjallisen teoksen tulkinta on siis avointa. Romaanin tulkinta ei

[1] Ks. yksityisautonomiasta tältä kannalta esimerkiksi *Zitting, Simo,* Arvostelu teoksesta: K. A. Telaranta, Varallisuusoikeudellinen tahdonilmaisu, LM 1953 s. 980 ss.

[2] Erottelusta yleisesti *Aarnio, Aulis,* Oikeussäännösten tulkinnasta (1982) s. 87 ss.

myöskään aina tähtää yksinomaan tekijän (subjektiivisten) tarkoitusten selville saamiseen.[3]

Testamentin tulkinnan varalle oikeuselämä on synnyttänyt koko joukon periaatteita ja sääntöjä lähtien kaikkea testamentin tulkintaa sitovasta subjektiivisen tulkinnan normista: testamenttia on tulkittava tekijänsä tarkoituksen mukaisesti. Toisaalta itse tulkinta-aineisto on ainoastaan ns. sanarajaperiaatteen rajoittama.[4] Jokainen seikka, joka valaisee testaattorin tarkoituksia on kelpuutettava tulkintaperusteiden joukkoon. Näin ajatellen testamentin tulkinta eroaa selväpiirteisesti kaunokirjallisen teoksen tulkinnasta. Ero ilmenee sekä pelisäännöissä että tulkintaperusteissa. Testamentin tulkintà on selkeästi juridisesti sävyttynyttä.

Siirryttäessä vertailuasteikolla laintulkinnan pariin käy ero kirjallisuuden tulkintaan nähden entistä selvemmäksi.[5] Laintulkintaa leimaavat sille ja vain sille ominaiset periaatteet ja säännöt (kieliopillisen tulkinnan periaatteet, lex specialis- ja lex posteriori-normit, erilaiset argumentum a fortiori-periaatteet jne.). Osa niistä on kirjattu eurooppalaisiin oikeusjärjestyksiin, osa on syntynyt ja elää käytännön varassa. Myös tulkintaperusteilla on nimenomaan laintulkinnalle ominainen luonne. Oikeastaan voidaan sanoa, että tulkinta on laintulkintaa juuri siksi, että siinä käytetään hyväksi tietyn tyyppisiä perusteita. Niitä nimitetään tavallisesti oikeuslähteiksi, esimerkkinä laki, lainvalmistelutyöt, tuomioistuinratkaisut, oikeustiede, maantapa ja erilaiset käytännölliset perustelut. Jos jokin tulkinta ei nojaudu yhteenkään tällaiseen oikeusyhteisön hyväksymään perusteeseen, sitä ei voida luokittaa laintulkinnaksi. Tätä tarkoittaen on lupa sanoa, että laintulkinta sijoittuu vartailuasteikkomme ydinalueelle.

Kun otetaan laintulkinnasta askel vapaan hallinnollisen harkinnan suuntaan, käy tulkinnan normittaminen löysemmäksi.[6] Harkintaa eivät ensinnäkään sido samat periaatteet ja säännöt kuin laintulkintaa eikä sen tueksi käytettävien perusteiden luettelo ole yhteneväinen oikeus-

---

[3] Ks. tässä suhteessa *Kirstinä, Leena,* Epämääräisyyskohta teoksen rakenteen ominaisuutena Roman Ingardenin ja Wolfgang Iserin mukaan (1984) s. 20 ss. Ks. niin ikään *Aarnio, Aulis,* Sanomatta jätetty ja sanomatta jäänyt. Liber Amicorum Carolo Makkonen Deditus (1986) s. 1 ss.

[4] Sanarajaperiaatteesta *Ylöstalo, Matti,* Testamentin tulkinnasta (1954), s. 22 verr. s. 29. Ks. myös *Aho, Matti L,* Varallisuusoikeudellisen oikeustoimen tulkinnasta (1968) s. 185 ss. ja *Aarnio, Aulis,* Suomen jäämistöoikeus II (1984) s. 81 ss.

[5] Laintulkinnan yleisestä rakenteesta *Aarnio, Aulis,* Oikeussäännösten tulkinnasta s. 61 ss. ja erityisesti s. 27 ss.

[6] Ks. vapaasta harkinnasta hallinnossa *Konstari, Timo,* Harkintavallan väärinkäytöstä, Tutkimus tarkoitussidonnaisuudesta hallintoviranomaisen harkintavallan rajoitusperusteena (1979) erit. s. 33 ss.

lähdeluettelon kanssa. Harkintaa tosin sitovat nytkin tietyt yleisesti hyväksytyt periaatteet, kuten objektiviteetti-, yhdenvertaisuus- ja suhteellisuusperiaate. Mutta tulkintaperusteiksi, so. seikoiksi joihin asiassa voidaan vedota, hyväksytään jokainen asiaan vaikuttava asiantila, tapahtuma tai olosuhde.

Kaikkein epämääräisimmäksi jää sekä tulkintaperiaatteiden, -sääntöjen että -perusteiden osalta moraalisten normien tulkinta. Itse asiassa sitä ohjaavat ainoastaan yleiset rationaalisen harkinnan mittapuut. Tulkintaperusteet ovat yhtä avoimia ja ainoastaan kysymyksessä olevan asiakokonaisuuden rajoittamia kuin hallinnollisessa harkinnassakin. Erilaisia teorioita, käsityksiä ja ehdotelmia siitä, miten tiettyä moraalin velvoitusta tulisi tulkita, moraalifilosofia toki sisältää, mutta yhtään niistä ei voida nostaa (yleisesti hyväksytyn) sitovan periaatteen tai säännön tasolle.[7]

Kaavamaisesti voidaan edellä luonnostellut tulkintatilanteet tyypitellä seuraavaksi »jatkumoksi», jossa asiat ikäänkuin liukuvasti siirtyvät reuna-alueelta ydintä kohden ja siitä edelleen toiselle reuna-alueelle.

	Kirjallisuuden tulkinta	Testamentin tulkinta	Laintulkinta	Vapaa harkinta hallinnossa	Moraalinen harkinta
Tulkinta-normit	Yleiset kielen tulkinnan normit (romaanin tulkinnan teoriat)	Subjektiivisen tulkinnan periaatteet ja säännöt	Laintulkinnan periaatteet ja säännöt	Harkintaa sitovat normit	Rationaalisen harkinnan normit
Tulkinta-periaatteet	Rajoittamattomat (kontekstisidonnaisuus)	Rajoittamattomat (sanarajaperiaate)	Oikeuslähteet	Tapaukseen liittyvät näkökohdat	Rajoittamattomat (kontekstisidonnaisuus)

Varsinaisen testamentin tulkinnan ulkopuolelle on syytä jättää ineksistenssin toteaminen.[8] Tällöin on kysymys siitä, onko jokin tahdonilmaisu väitetyllä tavalla testamentti vai ei. Asian ratkaisemiseksi on luonnollisesti tulkittava riidanalaisen tahdonilmaisun sisältöä ja pyrittävä saamaan ilmaisun antajan tarkoitus selville, mutta muutoin ei tulkintatilannetta voida rinnastaa olemassa olevan testamenttitahdonilmaisun tulkintaan.[9]

Tulkinnassa on kysymys pätevän testamenttitahdonilmaisun sisällön selvittämisestä. Tulkintaerimielisyydet ajoittuvat aina testamentin

[7] Ks. näistä ongelmista esimerkiksi *Brandt, Richard B.*, Ethical Theory (1959) s. 16 ss.

[8] Ineksistenssistä yleisesti *Aarnio*, Suomen jäämistöoikeus II s. 336—337.

[9] Mainittakoon selvyyden vuoksi, että testamentin *pätevyyden* selvittäminen ja sitä koskevat absoluuttiset normit eivät kuulu testamentin tulkinnan piiriin.

toimeenpanovaiheeseen ja tulkinnan tarvetta esiintyy periaatteessa yhtä kauan kuin testamentin toimeenpanovaihe kestää. Epätietoisuus testamentin sisällöstä voi tällöin koskea useita eri asioita:

(1) *Esikysymyksen luontoisena* tulkintaa joudutaan harjoittamaan esimerkiksi silloin, kun perittävän testamenttauskompetenssi on riitautettu. Tyypillinen tilanne on se, jossa kolmas väittää testamentatun esineen kuuluvan itselleen. Riitauttajana voi olla esimerkiksi omistusoikeuden vahvistamista vaativa perittävän aviopuoliso.

(2) *Varsinainen tulkinta* kohdistuu joko sen selvittämiseen, mitä omaisuutta testamentti tarkoittaa tai sen selville saamiseen, kenelle omaisuutta on määrätty. Edellinen eli asiakysymys viriää mm. silloin, kun jälkisäädöksessä on kohde määritetty hyvin yleisin sanankäänteín. Sanonta voi viitata useampaan kuin yhteen vaihtoehtoiseen kohteeseen. Henkilökysymys saattaa koskea välittömästi testamentinsaajan henkilöä: »Annan omaisuuteni Mikolle» ja tämännimisiä henkilöitä on oikeudenomistajien piirissä vähintään kaksi. Usein henkilökysymys kanavoituu kuitenkin ristiriita-asetelmaan. Perittävältä on jäänyt useampia kuin yksi toisensa joko kokonaan tai osittain pois sulkeva testamentti ja toimeenpanovaiheessa joudutaan kysymään, onko jokin tai jotkin niistä peruutettu.

Seuraavassa tarkastellaan testamentin tulkintaa yleisesti ottamatta huomioon niitä mahdollisia erityisongelmia, joita syntyy kohtien (1) ja (2) yhteydessä. *Matti Ylöstalo* on jäämistöoikeuden klassikoksi muodostuneessa teoksessaan »Testamentin tulkinnasta» erottanut kahden tyyppisiä testamentin tulkintanormeja.[10] Hän puhuu, osin saksalaiseen oikeustieteeseen liittyen, yhtäältä tulkinta*periaatteista* ja toisaalta tulkinta*ohjeista.* Periaatteille on luonteenomaista, että ne koskevat yleisesti kaikkea testamentin tulkintaa riippumatta testamentin tyypistä tai sen sisällöstä. Tulkintaperiaatteet ovat sitä paitsi absoluuttisia normeja, joista yksityisten intressenttien ei ole lupa tahdonvaltaisesti poiketa. Ylöstalo katsoo, että tulkintaperiaatteiden vahva asema tahdonilmaisun selvittämisessä on seurausta jäämistöoikeuden ja erityisesti testamenttia koskevien perusjärjestelyjen sisällöstä.[11] Periaatteet tulevat ymmärrettäviksi, kun oivalletaan, mikä testamentti on oikeustoimena ja miten se kytkeytyy muihin jäämistön siirtymistä koskeviin järjestelyihin. Johtavaksi tulkintaa ohjaavaksi periaatteeksi on eri oikeusjärjestyksissä määritetty ns. subjektiivisen tulkinnan periaate. Sen mukaan testamentin tulkinnassa on määräävänä pidettävä merkitystä, joka vastaa tai jonka voidaan katsoa lähinnä vastaavan perittävän tarkoi-

[10] *Ylöstalo,* m.t. s. 2 ss.
[11] *Ylöstalo,* m.t. s. 2—3.

tuksia. Tämän mukaisesti on usein todettu, että testamentin tulkintaa luonnehtii tahtoteoria.

Tulkintaohjeilla ei ole samaa yleisyyttä. Ne rajoittuvat erityistapauksiin ja -tilanteisiin.[12] Samalla tulkintaohjeet ovat väistyviä eli tahdonvaltaisia (dispositiivisia) normeja. Perittävä voi ne aina syrjäyttää omalla tahdonilmaisullaan. Ylöstalo ryhmittelee tulkintaohjeet edelleen *vahvoihin* ja *heikkoihin* ohjeisiin. Perusteluna erottelulle hän viittaa siihen, että ohjeiden taustalla on eri vahvuista kokemustietoa siitä, miten ihmiset yleensä toimivat ja mitä pidetään järkevänä jäämistöoikeudellisissa järjestelyissä.[13]

Vahvimmillaan tulkintaohje on silloin, kun ainoastaan testamenttitekstiin otettu nimenomainen lausuma sen syrjäyttää. Esimerkkinä tämäntapaisesta ohjeesta Ylöstalo viittaa ns. toissijaismääräyksiin. Oikeuskäytännössä ja -kirjallisuudessa on katsottu, että omaisuuden ensimmäinen saaja menettää testamenttauskompetenssinsa, kun testamenttiin sisältyy määräyksiä siitä, kenelle omaisuus on ensisaajan kuoltua tuleva. Vaikka ohje ei ole pakottava, näyttää siltä, että se syrjäytyy ainoastaan jälkisäädöksessä olevan nimenomaisen, toiseen suuntaan käyvän määräyksen tieltä. Heikkoihin ja helposti väistyviin ohjeisiin Ylöstalo lukee ns. sijaantulomääräyksen: testamentin saajan sijaan tulevat hänen jälkeläisensä, jos saaja kuolee ennen perittävää. Nykyisin ohje sisältyy PK 11: 6:een ja lakipohjaisena sen merkitys näyttää olennaisesti entisestään vahvistuneen, mutta yhtä kaikki kysymys on kuitenkin tulkinnallisesta ohjeesta.[14]

Jaottelu periaatteisiin ja ohjeisiin sekä ohjeiden ryhmittely edelleen vahvoihin ja heikkoihin on ratkaisevasti selkiyttänyt keskustelua testamentin tulkinnasta. Teoreettiselta kannalta katsoen erotteluihin näyttää kuitenkin liittyvän kiinnostavia pulmia. Ne eivät vähennä erottelujen arvoa, koska ongelmien esiin saaminen edellyttää käsitteistöä, jota erotteluja tehtäessä ei ollut käytettävissä. Käsitteistön edelleen kehittely saattaa kuitenkin auttaa aikaisempaa paremmin ymmärtämään periaatteiden ja ohjeiden luonnetta ja tuoda siten lisäselkeyttä nykykeskusteluun. Siinä olen näkevinäni jäljempänä olevien täsmennysten merkityksen.

Georg Henrik von Wright on normin käsitettä koskevissa analyyseissaan erottanut kaiken kaikkiaan viisi normien alalajia:[15]

---

[12] *Ylöstalo*, m.t. s. 4—6.

[13] *Ylöstalo*, m.t. s. 4.

[14] Ks. säännöksen johdosta *Aarnio*, Suomen jäämistöoikeus II s. 143 ss. ja siinä viitattua.

[15] *von Wright, G. H.*, Norm and Action (1963) s. 6—16.

(1) *Säännöt* (rules) määrittävät, millainen toiminta jossakin tilanteessa on korrektia. Täsmällisemmin lausuttuna sääntöjen kautta määrittyy, mikä on sallittua, käskettyä ja kiellettyä. Esimerkkeinä säännöistä von Wright mainitsee pelin säännöt, kieliopin säännöt ja loogisen päättelyn säännöt.

Sittemmin sääntöjä on ryhmitelty monella eri tavalla. Yksi tunnetuimmista jaoitteluista tekee eron *regulatiivisten* ja *konstitutiivisten* sääntöjen välillä. Karkeasti sanoen edelliset ovat käskyjä, kieltoja ja lupia, kun taas konstitutiiviset säännöt lyövät lukkoon instituutioita. Esimerkiksi säännöt, jotka sanovat, mikä on (laillinen) avioliitto, ovat tämän mukaan luonteeltaan konstitutiivisia. Ero on kuitenkin monessa mielessä häilyvä ja pulmallinen eikä sillä aiheemme kannalta ole ratkaisevaa merkitystä.

(2) *Preskriptiot* (prescriptions) eli määräykset ovat jonkin norminantajan asettamia ja niiden kohteena ovat tietyt normialamaiset (addressaatit). Preskriptioihin liittyy aina sanktio ja normaalisti, kuten lakien kohdalla, ne promulgoidaan niiden voimaan saattamiseksi.

(3) *Tekniset normit* perustuvat ns. käytännöllisille välttämättömyyksille. Jotta talosta saisi asuttavan, sitä on lämmitettävä. Teknisen normin muotoon kirjoitettuna sama asia voidaan kirjoittaa: jos haluat talon lämpimäksi, Sinun *pitää* sytyttää tuli. Tällainen normi on totta, jos on totta, että tulen ylläpitäminen aikaansaa lämmön lisääntymisen (mikä normaalisti on totta).

(4) *Sosiaaliset tavat* (customs) ovat yhteisön jäsenten käyttäytymismalleja. Yhteisö edellyttää niiden noudattamista jäseniltään, vaikka tavat eivät olekaan minkään erityisen auktoriteetin antamia taikka vahvistamia. Tavat yksinkertaisesti syntyvät sosiaalisten prosessien tuotteena, mutta niillä on normiluonne siinä mielessä, että myös tapoja voidaan rikkoa. Jos en tervehdi tuttavaani kadulla, saan osakseni ehkä paheksumista, ounasteluja minua kohdanneista vaikeuksista tai yksinkertaisesti kysymyksiä.

(5) *Moraalin normit* kattavat kirjavan joukon erilaisia normeja, jotka (ilmeisesti) palautuvat edellä lueteltuihin neljään normien päätyyppiin. Jätän sivuun niiden lähemmän käsittelyn tässä yhteydessä.

von Wrightin luokituksessa testamentin tulkintaa suuntaavat normit ovat epäilyksettä *sääntöjä,* joilla — osittain — on preskription luonne. Sääntöominaisuutensa puolesta tulkintanormit rinnastuvat läheisesti pelin sääntöihin. Ne osoittavat, miten »tulkintapelin» nappuloita, so. tulkintaperusteita pitää, ei saa tai on sallittua käytellä. Preskriptioihin normit vivahtavat siltä osin kuin ne on sisällytetty lakiin. Esimerkkeinä tästä ovat PK 11 ja 12 lukujen jäljempänä puheeksi tulevat

normit. Aiheemme kannalta olennaista eroa ei kuitenkaan ole sillä, kumpaan mainituista ryhmistä tulkintanormit luetaan. Merkittävämpää on havaita, ettei niitä voida rinnastaa sen enempää tavan normeihin kuin ns. teknisiin normeihinkaan. Niinpä testamentin tulkinnan perusperiaate ei ole yksin oikeusyhteisöön kiteytynyt tulkinnan tapa, vaan oikean tulkinnan »mitta». Se ei myöskään sano: *jos* haluat tulkita testamenttia perittävän tarkoituksen mukaisesti, Sinun on toimittava niin ja niin. Perusperiaate velvoittaa tulkitsemaan testamentin siten kuin testaattorin tarkoitus osoittaa.

Viime vuosien oikeusteorian keskustelluimpia ja samalla kiistellyimpiä aiheita on ollut normien jako yhtäältä sääntöihin (edellä kohta (1)) ja *periaatteisiin.* Saksankielisessä kulttuuripiirissä keskustelun avaajaksi on mainittu *Josef Esser,*[16] kun taas anglo-amerikkalaisessa maailmassa pelinavauksen suoritti *Ronald Dworkin.*[17] Pohjoismaissa aihepiiriä ovat seikkaperäisesti käsitelleet *Torstein Eckhoff* ja etenkin *Nils Kristian Sundby.*[18]

Joskus on katsottu, että periaatteiden ja sääntöjen välinen ero perustuu niiden yleisyystasoon, oikeammin sanoen aste-eroon, joka niiden yleisyyden välillä vallitsee. Periaatteet ovat sääntöjä yleisluontoisempia. Kielelliseltä kannalta katsoen tämä erottelu on yhteydessä kysymykseen käytettyjen termien avoimmuuden tms. asteesta. Yleisyys on kuitenkin tässä yhteydessä erottelukriteerinä käyttökelvoton. Myös säännöt voidaan muotoilla ja usein muotoillaan hyvin yleisesti. Toisin sanoen: ei tiedetä, *mikä sääntö* loppujen lopuksi tapausta koskee. Laatuunkäypinä esimerkkeinä voidaan viitata sellaisiin sääntöihin, joissa viitataan »erityisiin asianhaaroihin» taikka »kohtuullisuuteen».

Ronald Dworkin on katsonut säännöille ominaiseksi sen, että niitä joko seurataan tai ei seurata. Säännöt ovat, *Ludwig Wittgensteinin* ilmaisua käyttääkseni, rautatien kiskojen kaltaisia. Niitä luonnehtii joko-tai-asetelma. Periaatteet puolestaan saavat erilaisia painoarvoja, eikä siitä johtuen ole mahdollista luokittaa periaatteita joko-tai-asioiksi. Niitä voidaan seurata »enemmän tai vähemmän». Vaikka tiettyä periaatetta ei täysimääräisesti noudatetakaan, pysyy se silti voimassa. Jokin toi-

---

[16] Ks. siitä *Alexy, Robert,* Zum Begriff des Rechtsprinzips. Teoksessa Argumentation und Hermeneutik in der Jurisprudenz, Rechtstheorie Beiheft I (1979), (Hrsg. Werner Krawietz, Kazimierz Opalek, Aleksander Peczenik, Alfred Schramm), s. 67 av 53.

[17] *Dworkin, Ronald,* The Model of Rules. Teoksessa: Taking the Rights Seriously (1977) s. 14 ss. Ks. myös *sama,* No Right Answer? Teoksessa Law, Morality, and Society (1977), (eds. P. M. S. Hacker, J. Raz), s. 58 ss.

[18] *Eckhoff, Torstein — Sundby, Nils, Kristian,* Retssystemer, Systemteoretisk innføring i rettsfilosofien (1976) passim. sekä erityisesti *Sundby,* Sondringen mellom regler og retningslinjer — en replikk, TfR 1978 s. 140 ss.

nen periaate vain rajoittaa sen sovellutuskenttää. Säännöistä ei voida sanoa samaa. Jos jotakin sääntöä ei voida noudattaa, se ei yksinkertaisesti ole voimassa.

Dworkin on edelleen luonnehtinut sääntöjen ja periaatteiden eroa sillä, että säännöistä voidaan aina luetella poikkeukset, joihin sääntöä ei sovelleta.[19] Perussääntö yhdessä tällaisen poikkeusluettelon kanssa muodostaa »lopullisen säännön». Vastaavaa lähtökohta/poikkeuserottelua ei ole periaatteiden yhteydessä mahdollista tehdä. *Robert Alexy* on kritisoinut tätä Dworkinin ajatusta.[20] Hänen mukaansa sääntöjen poikkeusten luetteleminen on yhtä mahdotonta kuin periaatteiden poikkeustenkin. Tämä koskee erityisesti tulevia tilanteita, joiden ennakointiin liittyy sama epävarmuus kummankin normikategorian osalta. Alexyn esittämä arvostelu sivuuttaa käsittääkseni yhden olennaisen puolen asiassa. Koko erottelu periaatteisiin ja sääntöihin on epätarkoituksenmukainen, jos pidetään silmällä *tulevia* sovellutuksia. Siinä Alexy on oikeassa ja Dworkin väärässä. Mutta jos tarkastelemme tilannetta »nyt» ja kysymme, mikä normi juuri tätä soveltamistilannetta ja -hetkeä ajatellen on säännön, mikä taas periaatteen luontoinen, näyttää Dworkinin ajatustapa perustellulta. Tällöin on kysymys *tulkitusta* normista. Kun olemme muodostaneet käsityksen siitä, mikä normi (käyttämiemme argumenttien nojalla) soveltuu tapaukseen, olemme myös valmiit luokittamaan normin joko säännöksi tai periaatteeksi. *Jos* normilla, poikkeukset huomioon ottaen, on joko-tai-luonne, kuuluu se sääntöjen kategoriaan. Kuten edellä todettiin, sääntöä voidaan vain joko seurata tai olla seuraamatta. Kolmatta vaihtoehtoa ei ole.

Mikä tässä katsannossa sitten on periaatteiden tunnusomainen piirre? Vastaukseksi ei riitä toteamus, ettei periaatteilla ole sääntöjen joko-tai- ominaisuutta. *Robert Alexy* on nähdäkseni osuvalla tavalla täsmentänyt *Dworkin*in alkuperäistä luonnehdintaa. Alexyn mukaan periaate on eräänlainen *optimointikäsky.*[21] Asia havainnollistuu, jos verrataan kahta periaatetta toisiinsa, olkoot ne julkaisuvapauden periaate ja yksityisyyden suojan yleinen periaate. Määrätyssä tilanteessa ei ole ehkä mahdollista toteuttaa molempia täysimääräisesti, vaan toisen tulee (osittain) väistyä. Tällöin asianmukainen soveltamisohje voidaan kirjoittaa muotoon: noudata kumpaakin periaatetta niin pitkälle kuin se olosuhteet huomioon ottaen on mahdollista. Jos ja kun toinen periaatteista sitten joutuu väistymään, ei periaate lakkaa olemasta *voimassa.* Periaate kuuluu edelleen oikeusjärjestykseen, mutta sitä ei vain täysimää-

[19] *Dworkin,* m.t. s. 24 ss.
[20] *Alexy,* m.kirj. s. 63 ss., erit. s. 67—71.
[21] *Alexy,* m.kirj. s. 71 ss.

räisesti *voida* asianomaisessa tilanteessa noudattaa. Jos sen sijaan jokin sääntö on väistyvän normin asemassa, ei se enää kuulu oikeusjärjestykseen. Alexyn mielestä tärkeä sääntöjä ja periaatteita erottava kriteeri onkin siinä, että vain sääntöjä koskee voimassaolo/ei-voimassaoloongelma (Innen-Aussen-Problem).

Edellä esitetyn valossa jako tulkintaperiaatteisiin ja tulkintaohjeisiin samaten kuin viimeksimainittujen ryhmittely heikkoihin ja vahvoihin osoittautuu ongelmalliseksi. Näin on nimenomaan silloin, kun hyväksytään sääntöjen joko-tai-luonne, ja tulkitaan periaatteet optimointikäskyiksi. Tarkastelen aluksi ns. subjektiivisen tulkinnan periaatetta, jonka *Ylöstalo* nimeää testamentin tulkinnan perusperiaatteeksi.

Normi on saanut nykyisen ilmiasunsa PK 11: 1:ssä, jonka mukaan »testamentti on niin tulkittava, että tulkinnan voidaan otaksua vastaavan testamentin tekijän tahtoa». Kysymyksessä ei aikaisempien luokitustemme valossa ole selvästikään periaate, vaan tulkinta*sääntö.* PK 11: 1 ei ainoastaan velvoita optimoimaan subjektiivisen tulkinnan normia, vaan asettaa selväpiirteisesti joko-tai-säännön. Ei voida ajatella, että PK 11: 1:stä noudatetaan »enemmän taikka vähemmän», sillä tulkinta joka sotii testaattorin otaksuttua tarkoitusta vastaan, ei ole *oikea* tulkinta; se ei sido.

Itse asiassa PK 11: 1 sisältää *kaksi* sääntöä, tosin yhteenkietoutuneina. Sääntö$_1$ sanoo, että testamentille on annettava testamentin tekijän tarkoitusta vastaava tulkinta. Tätä voi nimittää aidoksi subjektiivisen tulkinnan säännöksi ja samalla ns. tahtoteorian ydinsisällöksi. Toinen, ehdollinen sääntö eli sääntö$_2$ puolestaan määrää, että jos autenttista tarkoitusta ei saada selville, on jälkisäädökselle annettava tulkinta, joka lähinnä vastaa testaattorin oletettua tahtoa. Sääntö$_2$ ilmaisee siis hypoteettisen tahdon teorian peruslauseen. Se seikka, että PK 11: 1 kattaa myös hypoteettisen tahdon selvittämisvelvoitteen, ei kuitenkaan tee lainkohdasta (pelkkää) oikeudellista periaatetta. PK 11: 1:n rinnalla ei ole painoarvoltaan vahvempaa tai siihen verrattavaa periaatetta, joka pakottaisi pelkästään testaattorin tahdon optimoimiseen. Kysymys on yksinkertaisesti vain siitä, että *jos* autenttista tarkoitusta ei saada selville, on turvauduttava yleisen kokemuksen sanelemiin tulkintakeinoihin. Mutta sen jälkeen, kun testamentin tekijän oletettu tarkoitus on saatu konstruoiduksi, sitä on noudatettava. Sanottu tarkoitus on *ainoa* sitova tulkinnallinen normi.

PK 11 luku sisältää edellä sanotun lisäksi koko joukon sääntöjä, joita voi Ylöstalon luokitukseen viitaten nimittää *ohjeiksi.* Esimerkkinä mainittakoon PK 11: 2 (erityisjälkisäädös on täytettävä jakamattomasta pesästä) ja PK 11: 4 (testamentin raukeaminen kohteen häviämisen vuok-

si). Nämä ja muut PK 11 luvun tulkintanormit liittyvät PK 11: 1:n 2. virkkeeseen. Lainkohdan mukaan PK 11 luvun säännöksiä on tulkinnassa noudatettava ainoastaan siinä tapauksessa, ettei testamentista sen tarkoitukseen ja muihin olosuhteisiin nähden on katsottava muuta johtuvan. Kutsun tätä määräystä tulkintaohjeiden soveltamis*ehdoksi.*

Se saattaa tulkintaohjeen käsitteen kiinnostavaan teoreettiseen valoon. Tulkintaohje voidaan näet tämän perusteella määritellä edellä PK 11: 1:n yhteydessä viitatuksi ehdolliseksi tulkintanormiksi, lähemmin sanoen *ehdolliseksi tulkintasäännöksi:* »jos testamentista ei muuta johdu, on testamenttia tulkittava. . .». Tulkintaohjeella ei siten normiluokituksessamme ole itsenäistä normistatusta, vaan se osoittautuu sääntöjen erikoistapaukseksi. On kuitenkin tärkeätä todeta, että ohjeella on ehdosta huolimatta nimenomaan säännön eikä periaatteen luonne. PK 11: 1:n tulkintanormeja *on sovellettava,* jos testamentin tekijän (tulkittu) tarkoitus ei muuta osoita. Viimeksi mainittu lisämääre tekee säännöstä dispositiivisen, mutta ei poista siltä sääntöluonnetta.

Ylöstalon mainitsema erottelu vahvoihin ja heikkoihin tulkintaohjeisiin saa tätä kautta myös luontevan selityksensä. Kysymys ei ole ensinkään sääntö-periaate-asteikolle asettuvasta jaottelusta, vaan *säännön sisältöä koskevan epävarmuuden* korostamisesta. *Ylöstalo* itse viittaa tähän puoleen melko selväsanaisesti, kun hän kirjoittaa, että sijaantuloa koskeva tulkintaohje on »myönnettävä epävarmaksi ja heikoksi».[22] Tässä yhteydessä hän viittaa kannan tueksi lainkäytön ratkaisuihin, joista hän katsoo sanotun (heikon) ohjeen ilmenevän. Sijaantulosäännön *epävarmuusaste* on PK 11: 6:n tultua voimaan selvästi pienentynyt. Oikeuslähdepohja löytyy laista eikä ohjetta ole tarpeen enää johtaa (yksin) oikeuskäytännöstä. Sama koskee muita PK 11 luvun tulkintaohjeita samaten kuin PK 12 lukuun sisällytettyjä normeja. Ylöstalon luonnehdinta heikon tulkintaohjeen tunnusmerkeiksi pitää sitä vastoin edelleen paikkansa kaikkiin niihin lukuisiin ohjeisiin, joita ei ole kirjattu PK 11 taikka 12 lukuihin. Luonteenomaisina esimerkkeinä voidaan viitata testamenttiehtojen tulkintaa koskeviin — usein verraten löyhiin suosituksiin. Lakiin kirjaamattomia mutta silti vahvoja tulkintaohjeita ovat mm. Ylöstalonkin mainitsema ensisaajan testamenttauskompetenssia koskeva rajoitus sekä yleensä rajoitetun omistusoikeuden saajan määräysvaltaa hahmottavat ohjeet.[23]

Mihin edellä ovat unohtuneet testamentin *tulkintaperiaatteet,* joista testamenttioikeudellisessa kirjallisuudessa usein puhutaan?[24] Vastaus

[22] *Ylöstalo,* m.t. s. 5.

[23] Ks. näistä kysymyksistä yleisesti *Aarnio,* Suomen jäämistöoikeus II s. 218 ss.

[24] Vrt. *Aarnio,* Suomen jäämistöoikeus II s. 74 ss., jossa on käytetty hyväksi tulkin-

on yksinkertainen. Jos hyväksytään jaoittelu sääntöihin ja periaatteisiin ja tulkitaan periaatteet optimointikäskyinä, ei testamenttioikeutemme näytä ensinkään tuntevan varsinaisia tulkintaa ohjaavia periaatteita. Totunnaisille testamenttioikeudellisille käsitteille väkivaltaa tekemättä voidaan väittää, että testamentin tulkintaperiaatteet ovat vain periaatteen ilmiasuun naamioituneita sääntöjä. Ne ovat joko yleisiä, kaikki testamentit käsittäviä, kuten PK 11: 1:n 1. virke taikka erityisiin tulkintatilanteisiin soveltuvia ehdollisia sääntöjä eli tulkintaohjeita.[25]

tanormien jakoa periaatteisiin ja ohjeisiin ja jossa esimerkiksi subjektiivisen tulkinnan normi on ymmärretty lähinnä periaatteen luontoiseksi. Kanta perustuu, toisin kuin tässä kirjoituksessa, sääntöjen ja periaatteiden erotteluun *yleisyysasteen* perusteella. Käsitykseni mukaan aikaisempi kantani ei ole kestävästi perusteltavissa.

[25] Tässä erityisessä katsannossa tulkintaohjeita voinee nimittää *hypoteettisiksi normeiksi* tai ainakin normeiksi, jotka ovat sukua hypoteettisille normeille. — Ks. niistä *von Wright*, m.t. s. 10—11.

Matti L. Aho

Oikeuskielestä ja oikeuden estetiikasta

Oikeuden käsite on, soveltaakseni muusta yhteydestä tuttua vertausta, kuin tasku, johon itse kukin panee mitä haluaa. Oikeus on lakeja ja niiden esitöitä; se on tuomioistuinten ja hallintoviranomaisten ratkaisuja sekä niiden täytäntöönpanoa; oikeus on toimintaa; se on oikeuskirjallisuutta; se on niitä ulkonaisia puitteita, joissa lakia sovelletaan. Ehkä se on vielä muutakin.

Oikeuden keskeinen instrumentti on kieli. Kieli on lainsäätäjän ja lainkäyttäjän perusväline sekä oikeustieteilijän työkalu. Liiallinen oikeuden ideaalistaminen helposti häivyttää näkyvistä tämän perusseikan; oikeutta ei ole ilman kieltä, oikeus toimii kielen kautta. Tästä seuraa, että myös oikeuden estetiikassa kielellä on keskeinen asema. Oikeuden kauneus riippuu ratkaisevasti oikeudessa käytetyn kielen kauneudesta.

Oman äidinkieleni johdosta hyvä kieli on minulle itselleni ensi sijassa hyvää suomea. Kielen hyvyyden kriteerit ovat osaksi häilyviä, mutta silti hyvän kielen ja hyvän kielenkäyttäjän tunnistaa helposti. Niin ikään on huono kielenkäyttäjä vaivatta havaittavissa. Juridisen kielen ongelmiin kuuluu, että tekstin alkulähde usein on persoonaton tai monipersoonainen, kuten eduskunta tai sen valiokunta, komitea taikka tuomioistuin. Jollei tällaisessa ryhmässä ole hyvää ja vahvaa kielenkäyttäjää esim. puheenjohtajana tai sihteerinä, työn tulos jää helposti kieliasultaan puutteelliseksi. Kieli on tällöin persoonatonta, useinkin täynnä laatimisajankohdalle ominaisia latteuksia. Kieli on yksinkertaisesti huonoa. Mutta mikä pahinta, arvovaltaisen kollegion aikaansaannos katsotaan helposti myös kielellisesti auktoritatiiviksi. Näin karkaavat yleiseen käyttöön jopa sellaiset sanahirviöt kuin yleensä-sanan tilalle levinnyt »pääsääntöisesti», josta Suomen oikeuskieli jo tuntuu olevan päästämättömissä.

Kielen hyvyyden, saati sen kauneuden vaalinta ei ole helppoa kiireessä ja pulmien paineessa. Silti oikeuskielen vaalinnan olisi kuuluttava jokaisen oikeuskieltä työkseen käyttävän toimielimen tehtäviin. Tä-

mä velvollisuus olisi kaikkien tällaisissa toimielimissä toimivien tajuttava ja sisäistettävä. Parantamisen varaa on runsaasti.

Suomen kielen kauneutta lisää kielen omimpien piirteiden hyödyntäminen. Tällaisia ovat sanontaa nasevoivat suppeat lauseenvastikkeet sekä ensimmäisen ja toisen persoonan persoonapronominien välttäminen subjektia osoitettaessa. Lauseenvastikkeet ovat säädöstekstissä sikäli ongelmallisia, että niitä ei yleensä voi ruotsintaa sana sanalta. Mielestäni säädöstekstit kuitenkin tulisi kirjoittaa fennistisellä suomella ajattelematta liikaa ruotsintamisen ongelmia.[1] — Turhia persoonapronomineja (1:nen ja 2:nen) esiintyy niitäkin säädösteksteissä ja eräissä, mm. tasavallan presidentin, päätöksissä. HM 24 §:n 2 momentissa olevan tasavallan presidentin juhlallisen vakuutuksen kaavassa on kaksi kertaa sana »minä»; jälkimmäinen tekee tarpeettomuuttaan erittäin kömpelön vaikutuksen. Sama moite voidaan esittää OK 17 luvussa olevaa todistajan valaa ja todistajan vakuutusta (17: 29) sekä totuusvakuutusta (17: 63) samoin kuin vuodelta 1918 olevaa virka- ja palvelusmiesten valankaavaa kohtaan. OK 17 luvun 49 §:n 1 mom:ssa oleva asiantuntijan vala sekä KS 15 §:ään perustuva velallisen vala sitä vastoin ovat tässä suhteessa moitteettomia.[2]

Laki- ja muussa oikeuskielessä on monia todella vanhastavia sanoja ja sanontoja, jotka hyvin luontuvat nykykielessäkin käytettäväksi. Turha uudistusmieli on toisinaan johtanut käyttökelpoisten termien vähentämiseen tai jopa poistamiseen. On valitettavaa, että rikoslain nimeksi ei aikoinaan annettu komealta kaikuvaa rikoskaarta ja että avioliittolaista tehtiin »laki» eikä kaari. Mielestäni kannattaisi rikoslain vireillä olevan kokonaisuudistuksen yhteydessä harkita paluuta vanhaan nimeen ja myös pohtia sitä, voitaisiinko avioliittolain nimeksi näin jälkeenpäin säätää avioliittokaari.[3]

Tarpeetonta modernismia on myös lähinnä Ruotsissa havaittavien kielivirtausten noudattaminen. Ehkä onnettomin näyte tästä on posti- ja lennätinhallituksen (ja -laitoksen) nimen muuttaminen posti- ja telehallitukseksi (-laitokseksi). Huomautukseni kohdistuu tietenkin omituiseen sanaan »tele», jonka istuttaminen lakiteitse suomen kieleen on

---

[1] Niistä ongelmista, jotka koskevat ruotsinkielisen säädöstekstin luomista suomen pohjalta, ks. *P. E. von Bondsdorff*, Om det svenska lagspråket i Finland, JFT 1984 s. 402—423, erit. s. 413, 417 ja 422—423.

[2] Mainitsemiani fennistisiä piirteitä on käsitellyt *Lauri Hakulinen*, Tietoisesta kielenohjailustamme, julkaisussa Seulottua sanaa, Forssa 1961, s. 106—120, tähän s. 113—118.

[3] Ajatukseni perustuu *Mikko W. Erichin* kritiikkiin kirjassa Laki ja oikeus, Porvoo 1947, s. 19 alav. 1.

katsottava virheeksi.[4] Tämä sana (tele) olisi ehkä vielä muutettavissa takaisin hyväksi »lennättimeksi», joka 1960-luvulle asti oli »telekommunikaation» suomalainen yleisnimitys.[5] Tarpeetonta eräiden vierasperäisten sanojen käyttöä on myös hallituksen esityksessä henkilörekisterilaiksi ja siihen liittyviksi laeiksi (1986 vp. n:o 49); henkilörekisterilakiehdotuksessa esiintyvät mm. sanat »massaluovutus» (2 ja 19 § ym.) ja »tunnistuskontrolli» (45 §). Mieluummin tulisi käyttää sanoja »joukkoluovutus» ja »tunnistusvalvonta». Joskus näkyy pidetyn välttämättömänä pysyä vanhentuneessa kirjoitusasussa lakia muutettaessakin. Näin on käynyt mm. invaliidihuoltolaissa (907/1946).

Tällaisten yksityisseikkojen ohella tärkeä oikeuskielen esteettinen elementti on tyyli.

Tyyliä on vaikeaa määritellä tai edes luonnehtia. »Tyyli» viittaa johonkin hallitsevaan piirteesen tai toistuvuuteen. *Eino Kailan* määritelmän mukaan taiteellinen tyyli on jossakin moninaisuudessa toistuva yhtenäinen hahmotuksen periaate. »Tyylikästä taiteellisessa mielessä on se, mikä johdonmukaisesti toteuttaa erään invarianssin. Selvyys, yhtenäisyys moninaisuudessa, tasapainoisuus, sopusointuisuus, kauneus on invarianssien toteutumista.»[6] *Rafael Koskimies* huomauttaa: »Kaikkein laajin merkitys, missä tyyli nykyään esiintyy, on eräänlainen yhtenäisyyden, yhtenäisen leiman merkitys, joka arkikielessä on hyvin tavallinen.» Hän lisää mm.: »Siten tyyli on yleensä paljon syvemmällä kuin mitä esim. filologinen yksityiskohtien tarkastelu kykenee tyyliksi leimaamaan, ja tuo tyylin viimeistely on vain täydennystä, vain ulkomuodon saattamista asialliseen asuun. Todellisuudessa tyyli syntyy jo teoksen konseption, sen ensimmäisen mieleen juolahtavan idean mukana, tai oikeammin: se on olemassa jo ennen konseptiota.»[7]

»Tyyli»-termi viittaa nähdäkseni kahtaalle. Toisaalta se viittaa esim. ilmaisun kokonaisuuden määrätyyppisiin kvaliteetteihin, toisaalta jonkin tai joidenkin piirteiden johdonmukaiseen toistuvuuteen. Edellisessä merkityksessä sanaa käytetään, kun esim. kiitetään jonkin ilmauksen tyyliä; jälkimmäinen merkitys on kyseessä silloin, kun esim. luonnehditaan kirjailijan tai säveltäjän tyyliä. Selvää rajaa näiden merkitysten välillä voi tuskin kuitenkaan käydä.

Hyvä — ja samalla kaunis — juridinen tyyli on asiallista mutta sa-

---

[4] Uuden lakikielen hassunkurisimpia sanoja lienee »teleylijohtaja» (L posti- ja telehallituksesta 61/1981 3 §). Epäselväksi jää, johtaako asianomainen virkamies teleä vai telettä.

[5] Ks. Otavan Ison Tietosanakirjan (1963) artikkelia Lennätin.

[6] Inhimillinen tieto, Helsinki 1939, s. 16.

[7] Yleinen runousoppi, Helsinki 1937, s. 84, 87.

malla ilmeikästä. Vanha lakikieli sisältää tällaisesta tyylistä lukemattomia näytteitä. Menemättä tässä ihailtavalla ruotsin kielellä annettuun 1734-vuoden lakiin otan kaksi esimerkkiä 1800-luvulta peräisin olevista säädöksistä. Aviopuolisoiden omaisuus- ja velkasuhteista 1889 annetun lain 1:7 kuuluu: »Nainen, jonka tuomari on aviovaimoksi julistanut, saakoon vihkimättäkin naimaosan miehen pesässä. Jos mies vastahakoisuudesta karttaa vihkimistä, menettäköön naimaosan vaimon tavaraan, ellei hän itseänsä ojenna ja vaimon kanssa vihityksi tule.» RL 5:2 sisältää yllytystä koskevan säännöksen, jota *Brynolf Honkasalo* kerran luennollaan vertasi moderniin runoon: »Joka käskee, palkkaa, kiusaa tahi muuten tahallaan taivuttaa tai viettelee toista rikokseen, tuomittakoon, joko rikos tulee täytetyksi, taikka vaan jää rangaistavaan yritykseen, yllytyksestä ikäänkuin hän itse olisi ollut tekijä.»[8]

Lakien tyyli on 1900-luvulla selvästi latistunut. Syitä on moniakin: lakien tehtailu on yleistynyt ja samalla lait ovat muuttuneet entistä teknisemmäksi; juristien tyylitaju on ylipäänsä arkistunut. En muista juuri kuulleeni, että lainvalmistelun alalla olisi kauneutta käytetty kriteerinä säännösehdotuksia tarkasteltaessa.

Asiallisuus ja eräänlainen huomaamattomuus ovat tavanomaisia myös oikeuskirjallisuuden tyylissä. Oikeuskirjallisuudessa ehkä hyvää tyyliä on se, että lukijan huomiota ei kiinnitä tyyli, pelkästään asia. Mutta lennokastakin tyyliä on Suomen oikeuskirjallisuudessa viljelty; tällaisesta olkoon esimerkkinä *Otto Brusiinin* väitöskirja »Tuomarin harkinta normin puuttuessa» (1938), jossa muutoinkin humanistinen elementti on voimakas. Lennokas tyyli tempaa lukijankin mukaansa, jos vain kirjoittaja varoo viskautumasta vauhdissa tiensivuun. Ikääntynyt juristipolvi muistanee vieläkin seuraavat ylevyydessään mieleenpainuvat sanat *Rudolph Sohmin* Institutionen-teoksesta: »Zu der Zeit, da die Sonne der Geschichte über der Hügelstadt am Tiber aufgeht, hat das römische Recht bereits eine lange Entwicklung hinter sich.»

Merkittäviä oikeuskirjallisuudessa käytetyn asiatyylin kehittäjiä ja vaikuttajia Suomessa ovat mm. *Matti Ylöstalo* ja *Simo Zitting.* Professori Ylöstalon tuotannosta on muistettava paitsi lukuisat tieteelliset julkaisut myös hänen monipuolinen oikeuselämän eri puolia tarkasteleva kirjoittelunsa Defensor Legis -aikakauskirjassa. Näin syntyneiden kirjoitelmien vaikutus lakimiesten kielenkäyttöön on ollut suuri.

Tuomioistuinten ja viranomaisten kielenkäytön päätavoite ei tieten-

---

[8] Suomenkielinen lakiteksti tuotti vielä 1800-luvun lopulla paljon ongelmia. Niistä ks. yleensä *Paavo Pajula,* Suomalaisen lakikielen historia pääpiirteittäin, Porvoo 1960, s. 210—221 ja *von Bondsdorff* mk. s. 402—404.

kään ole tuottaa lukijalle tai kuulijalle esteettistä mielihyvää — jos ei mielipahaakaan. Tärkeintä on, että päätökset ovat järkeviä ja lainmukaisia. On kuitenkin väärin ajatella virkakielen käytössä sisällön olevan niin hallitsevalla sijalla, ettei muilla seikoilla, esteettisilläkin, olisi mitään virkaa. Päinvastoin: mitä kauniimmin ja kielellisesti virheettömämmin päätös on muotoiltu, sitä vakuuttavampi on myös sanoma.

Paitsi itse päätöksentekoa myös sen tuloksena syntyvää lausumaa leimaa muotosidonnaisuus. On syntynyt joukko päätöskaavoja, joihin tapauksittain syntyvä ratkaisu puetaan. Aiemmin tällaisissa kaavoissa yleisesti viljeltiin pitkiä virkkeitä; itse ratkaisu saattoi olla mahdutettuna yhteen ainoaan virkkeeseen. Tältä osin virkakieli on selvästi väljentymässä. Merkittävästi on tuomioistuinlaitoksen käyttämiin kaavoihin vaikuttanut oikeushallinnon tietojärjestelmä. Sen tarpeita palveleviin uusiin päätöksentekomalleihin on tuomioistuinlaitoksen ollut alistuttava, käsittääkseni päätösten kaunismuotoisuuden kustannuksella. Onneksi kuitenkin kysymys lienee tässä suhteessa vain välivaiheesta, jonka jälkeen nykyistä esteettisempään muotoon on mahdollisuus päästä.

Jokaisen lakimiehen käsillä on kaksi esteettisesti arvokasta virkakielen kuvausta. Ne ovat Suomen Laki I:n alkuun painetut kansliakollegin esipuhe 1734-vuoden lakiin ja saman lain vahvistussanat. Näiden tekstien tyyli on jo kauan sitten menettänyt asemansa virkakielessä, mutta samalla on virkakieli menettänyt kauneuttaan lukijoiden vahingoksi. Ja mikä pahinta, virkakieli ei ole vain lyhentynyt ja asiallistunut, se on myös arkistunut huolestuttavasti. Onko lapsi mennyt pesuveden mukana?

Niinpä kauniin, esteettisesti tyydyttävän tekstin kirjoittaminen ei enää liene monenkaan tuomarin tai virkamiehen tavoitteena. Eräät omakohtaiset havainnot antavat minulle lisäksi aiheen pelätä, että olemme matkalla alati huonompaan suuntaan. Miten näet voi vaatia kaunista kielenkäyttöä sellaiselta, joka ei osaa kirjoittaa edes kieliopillisesti oikeaa suomea?

Terho Itkonen kirjoitti eräässä kielipakinassaan, että »Jäykkää virkakieltä on jatkuvasti koetettava norjistaa ennen kuin edessä on täystuho ja kumous»[9]. Miten tämän synkän näkymän aiheellisuuden laita lieneekin, olisi rumaa virkakieltä mielestäni koetettava kaunistaa, jotta asiasyistä useinkin ankea päätösmaisema ei kävisi tyystin lohduttomaksi.

Sanallisen esityksen kauneus ei ole vain lauseiden, virkkeiden ja kappaleiden kauneutta. Se on lopulta esityskokonaisuuden — esim. lain

[9] Virkavalasta virkakieleen, Helsingin Sanomat 7. 4. 1986.

— ja sen rakenteen kaunista hahmotusta, voisi myös sanoa sisäistä jännitettä. Olisi pyrittävä siihen, että kokonaisuus myös esteettisessä suhteessa olisi enemmän kuin osiensa summa.

Esteettisen elämyksen kannalta oikeuden todellisuus on sisäisesti ristiriitainen. Kauniilla laki- ja tuomioistuinkielellä voidaan käsitellä mitä hirvittävimpiä asioita. Monet esitutkinta- ja täytäntöönpanotoimen tapahtumat ovat erittäin banaaleja, vastenmielisiäkin. Tuomioistuinmenettely saattaa olla ulkoisesti kaunis näytelmä upeine lavastuksineen, virkapukuineen ja tarkoin ohjattuine rooleineen, vaikka käsiteltävät asiat ovat maanläheisiä, jopa »rumia», ja vaikka monet asianosaiset pitävät tapahtumien sisältöä itselleen suurena onnettomuutena. Mutta näinhän on laita myös taiteessa. Suuren romaanin, näytelmän tai kuvataideteoksen arvo ei riipu käsiteltävästä aiheesta. Esimerkeiksi kelpaavat monet Shakespearen draamat ja Goyan maalaus »3. toukokuuta 1808».

Niinpä joudutaan toteamaan, että oikeudessakin voidaan esteettiset vaatimukset toteuttaa asiasisältöön katsomatta. Voidaan jopa ajatella, että mitä epämiellyttävämpi asia itse on, sitä kauniimpaan asuun sen juridinen toteutus on puettava. Toivottavasti kasvava ja viisaudessa varttuva juristipolvi ottaa asian omakseen.

Edward Andersson

Sk. aktieägartillskott vid inkomstbeskattningen

Egentligt aktiekapital och andra aktieägartillskott

När ett aktiebolag grundas, tillskjuter aktieägarna aktiekapital. Detta har inga inkomstskattepåföljder, såsom uttryckligen framgår av NSL 6,1 § 2 p.. Men även utan uttryckligt stadgande skulle samma slutsats vara klar. Före NSL:s tillkomst 1968 fanns intet stadgande om inkomstskattefrihet för aktiekapital, men ingen hade veterligen någonsin kommit på tanken att påföra inkomstskatt för aktiekapital, som ett aktiebolag erhållit. I IFL finns fortfarande intet stadgande om att aktiekapital inte utgör inkomst, men samma princip har alltid tillämpats på de aktiebolag, som beskattas enligt IFL. Trots den ganska diffusa inkomstdefinitionen i vår skattelagstiftning har det tydligen alltid varit klart, att emottagande av aktiekapital inte utgör inkomst.

Den frihet från inkomstbeskattning, som gäller tillskott av aktiekapital vid ett aktiebolags grundande, gäller självfallet även vid höjning av bolagets aktiekapital. Härom torde oklarhet aldrig ha rått. Inkomstskattefriheten gäller också för överkurs eller emissionsvinst, något som väl i regel inte förekommer vid ett aktiebolags grundande utan bara vid höjning av aktiekapitalet i ett äldre aktiebolag. Rättspraxis ifråga om skattefrihet för emissionsvinst var helt klar redan innan det stadgades i NSL 6,1 § 2 p. om skattefrihet för aktiekapital mm.

Friheten från inkomstbeskattning gäller emellertid enligt nämnda stadgande förutom egentligt aktiekapital och emissionsvinst även »annan kapitalinvestering» (muu pääomansijoitus). Också denna regel måste vara uttryck för en allmän princip, som gäller även för aktiebolag, vilka inte beskattas enligt NSL utan enligt IFL. Men medan aktiekapital är en formbunden placering, som kräver angivelse i bolagsordningen samt anteckning i handelsregistret, och medan ABL t.ex. i 12:3 talar om överkurs och anger att den skall föras till reservfonden, är begreppet annan kapitalinvestering mycket diffusare och kan inte bestämmas

med dylika formella kriterier. Jag skall ägna denna artikel åt att försöka klarlägga, hur gränsen skall dras mellan inkomst och dylika *aktieägartillskott,* vilket är den i Sverige använda termen, och vilka skatteregler som gäller för dem.

Gränsdragningen mellan inkomst och kapitalinsats

I vår skatterättsliga litteratur har skrivits mycket litet om kapitaltillskott till aktiebolag. *Ikkala—Andersson—Nuorvala* kommenterar kort stadgandet i NSL 6,1 § 2 p. *Voipio* har i DL 1973 och Liikeverotuksen ongelmia (1975 s. 42—44) berört problematiken. Han konstaterar med rätta, att begreppet »annan kapitalinvestering» inte är klart. Enligt hans mening kan sådan kapitalinvestering i speciella fall komma från annan än aktieägare, särskilt koncernbolag, fastän det normala är att aktieägare gör kapitalinsatsen. För övrigt fäster han vid gränsdragningen mellan inkomst och kapitalinvestering vikt vid motprestationens art eller om sådan motprestation överhuvud föreligger. Även *Tikka—Nykänen* (Yritysverotus I s. 6:3 f) behandlar kort dessa frågor.

Kilpi åter har (i LM 1973 s. 187—209) utförligt behandlat gränsdragningen mellan kapitalinvestering och skattepliktig inkomst. Bland de synpunkter han anför må här nämnas understrykandet av att något slags återbetalningsskyldighet även är förenad med belopp, som tillförs det egna kapitalet hos mottagaren. Vidare anser Kilpi, att man i regel inte kan betrakta som kapitalinvestering ett belopp, som kommer från bara en eller ett fåtal av bolagets aktieägare. Han måste dock strax efteråt konstatera, att det finns situationer, då inte alla aktieägare är villiga till uppoffringar och att hans tolkning kan leda till oskäliga resultat. Jag är inte beredd att som regel omfatta denna hans begränsning, även om det faktum, att bara någon aktieägare gör kapitalinsatsen, kan ge skattemyndigheten anledning att se upp.

Den viktigaste omständigheten vid gränsdragningen mellan inkomst och kapitalinsats torde vara, vem som gjort ifrågavarande betalning. Om betalningen gjorts av en aktieägare, kan det vara fråga om en kapitalinvestering, men naturligtvis även om inkomst. En utomstående tredje men torde däremot inte i regel kunna göra en kapitalinsats i ett aktiebolag; jag undantar dock betalningar gjorda av koncernbolag. Aktieägare kan dock en utomstående naturligtvis bli, om han gör en aktiekapitalinsats och samtidigt gör även en annan kapitalinsats i aktiebolaget; oftast torde det dock härvid vara fråga om emissionsvinst (överkurs). Men att en person, som inte har någon aktieägarstatus i ett

aktiebolag, inte ens indirekt såsom ingående i samma koncern, ändå kunde göra en kapitalinsats i aktiebolaget, förefaller mig onaturligt. Jag känner inte heller till exempel på detta i rättspraxis. Däremot finns det några enstaka fall, i vilka icke-aktieägare inte ansetts kunna göra en kapitalinvestering utan där deras betalningar ansetts som inkomst för bolaget.

> HFD 1984 II 523: Ett regionalt fastighetsservicebolag ämnade bygga en servicehall och finansiera den genom påslag på serviceavgifterna från de bostadsaktiebolag, vilka skulle nyttja hallen, medan de övriga aktieägarna (byggnadsföretag) inte skulle delta i finansieringen. Beloppen, som man avsåg föra till det egna kapitalet, betraktades som skattepliktig inkomst.
>
> HFD 1980 II 540: Ett aktiebolag hade grundats av en stad för att sälja och uthyra parkeringsplatser. Bolaget uppbar engångsbetalningar av intresserade och avsåg att fondera dem som eget kapital. Då betalarna inte var aktieägare i bolaget, ansågs betalningarna som skattepliktig inkomst.[1]

Inkomst definieras i allmänhet som vederlaget för den prestation den skattskyldige gjort. Om ett aktiebolag gjort en prestation i form av överlåtelse av en vara eller en tjänst, har det rätt till vederlag härför. Detta vederlag utgår vanligen i pengar, men det kan även ha annan form. För aktiebolaget är detta vederlag inkomst. Så är fallet helt oberoende av om det betalats av en aktieägare eller av utomstående.

När en person betalar in aktiekapital till ett aktiebolag, gör han inte detta som vederlag för en prestation eller en produktionsfaktor från bolagets sida, utan han gör det som en placering. Den ger honom vissa rättigheter mot bolaget, t.ex. rätten till dividend och rätten till likvidationskvot vid bolagets upplösning. Som bevis på sin placering får han i regel ett aktiebrev av bolaget, men detta är inte en prestation från bolagets sida. Övergår vi till det svenska systemet med en värdepapperscentral, bortfaller även aktiebreven i många fall. Aktieägarrättigheterna är inte beroende av aktiebrevet.

En »annan kapitalinvestering» / aktieägartillskott har samma karaktär som en aktiekapitalinsats, bortsett från att den inte ger några aktieägarrättigheter. Den görs inte som vederlag för en prestation från bolagets sida, utan dess ändamål är att bidra till bolagets finansiering, inte sällan i en situation där bolagets eget kapital är otillräckligt och tvångslikvidation hotar. Aktier kan inte utfärdas för sådant aktieägartillskott och inte heller andra skriftliga bevis över det torde i regel

[1] I samma ärende fann man sedan på en annan lösning, som framgår av CSN 1981:510: man satte helt enkelt parkeringsplatserna »på aktier» och dessa aktier utgavs till intresserade.

utfärdas; någon gång används skuldebrev. Däremot måste ett styrelsebeslut göras i bolaget och beslutet inskrivas i ett styrelseprotokoll. En dylik annan kapitalplacering, som inte är skattepliktig inkomst för aktiebolaget, utgör inte heller avdragbar kostnad för dess betalare. Den bör betraktas som ett tillskott till aktiernas anskaffningspris och kan som en del av detta även göras till föremål för nedskrivning enligt de regler NSL 42,1 § uppställer. Förutsättning för detta är, att aktierna i aktieägarens hand utgör anläggningstillgångar. Även detta visar, att det är svårt att tänka sig kapitaltillskott till ett aktiebolag från andra är aktieägare i bolaget.

Ur centralskattenämndens praxis finner vi exempel på, att aktieägare givit bolaget aktieägartillskott utan att därför erhålla aktier eller utan att beloppet i bolaget noterats som emissionsvinst. Dessa fall har i allmänhet inte publicerats av centralskattenämnden, emedan förhandsbesked inte sökts rörande behandlingen av aktieägartillskottet utan rörande rätten till nedskrivning för visad värdenedgång enligt NSL 42,1 §. Härvid har CSN i allmänhet inte givit förhandsbesked rörande den avdragbara nedskrivningens belopp, om värdenedgången varit orealiserad, utan i bästa fall uttryckt principen, att avdrag kan göras och att en viss värdenedgång har ägt rum. Jag nämner några opublicerade fall, som även visar hur aktieägartillskottet bokförts.

> CSN 1971:48 a: Ett finskt moderbolag A hade grundat ett tyskt dotterbolag D, som gått med stor förlust. För att få en uppgörelse till stånd med den tyska råvaruleverantören om att denne övertog 50 % av aktiestocken i D, måste A-bolaget insätta nya medel i D och även den tyska nya aktieägaren insatte medel direkt i D utan att därför få aktiebrev. Dessa medel bokfördes direkt som minskning av D:s ackumulerade förluster. CSN sade att beloppen utgjorde kapitalinsats i D och skulle läggas till anskaffningspriset för A:s aktier i D. Till den del A avstod 50 % av aktierna till den nya tyska aktieägaren (gratis), godkände CSN avdrag för den sålunda realiserade förlusten.
>
> CSN 1971:191: Aktieägarna i Byggnads Ab A hade för att täcka bolagets förluster betalat in vissa belopp till bolaget i förhållande till sitt aktieinnehav. Beloppen ansågs som kapitaltillskott och som tillägg till envars anskaffningspris för aktierna. I det mottagande bolaget fördes beloppen direkt till reservfonden.
>
> Alldeles nytt och mera upplysande är fallet CSN 1986:103: Ett finskt moderbolag hade grundat ett svenskt dotterbolag, som under många år gått med förlust. För att undvika likvidation av dotterbolaget hade det finska moderbolaget till detta inbetalat pengar under benämningen »villkorligt aktieägartillskott». Beloppet kunde betalas tillbaka först sedan alla dotterbolagets äldre skulder erlagts och dotterbolagets eget kapital efter återbetalningen

var tillräckligt för att undvika likvidation. Beloppet förklarades utgöra tillägg till anskaffningspriset för aktierna och NSL 42,1 § förklarades vara tillämplig.

Avsaknaden av klara bestämmelser om aktieägartillskotten till förlustbolag är huvudorsaken till att olika skatteproblem uppkommer i samband med dem. Det tycks råda oklarhet även om deras bolagsrättsliga och redovisningsmässiga behandling. Om den vore klar, skulle skatteproblemen säkert vara mindre. För egen del menar jag dock, att aktieägartillskotten, då de vanligen är avsedda att rädda bolaget från en enligt ABL hotande tvångslikvidation, måste betraktas och följaktligen även bokföras som eget kapital. Utan att vara eget kapital kan de väl inte påverka det förhållande mellan eget kapital och aktiekapital som lagen anger (se ABL 13:2). Om aktieägartillskotten sålunda hör till det egna kapitalet, är de väl även underkastade samma utdelnings- och återbetalningsbegränsningar som gäller för det egentliga egna kapitalet. — Inom det egna kapitalet skiljer man mellan bundet och fritt eget kapital. Då ABL i 11:6 stadgar, att förutom aktiekapitalet bara reservfond och uppskrivningsfond skall hänföras till bundet eget kapital, kan av aktieägarna gjorda andra kapitaltillskott hänföras till det fria egna kapitalet.

Det att aktieägartillskott i aktiebolagets bokföring skall föras till fritt eget kapital, kan leda till vissa skatterättsliga problem. I princip kan ju dividend utdelas ur en fond hörande till det fria egna kapitalet. Har fonden uppstått av aktieägarnas tillskottskapital och inte av (skattepliktig eller ens skattefri) inkomst av företagets rörelse, kommer dividendutdelning ur en sådan fond i klar konflikt med reglerna i NSL 18 § 4 p. och 61 § rörande avdrag för dividendutdelning. Åtminstone förefaller det mig som om dividendavdrag i detta fall borde vägras, möjligen med åberopande av kringgåendestadgandet i BeskL 56 §.[2] — Antagligen är detta problem dock inte speciellt aktuellt, emedan aktieägartillskott i regel gjorts till bolag, som har en svag ekonomisk ställning och står på gränsen till likvidation. I så fall har de ju inte förutsättningar att betala dividend.

Omvandling av fordran till kapitalinsats eller avstående från fordran

Aktieägartillskott till förlustbolag ges inte sällan på sådant sätt, att aktieägarna eller vissa aktieägare avstår från sina fordringar på bola-

[2] Inte heller torde skatter kunna bokföras mot sådant eget kapital, som uppstått genom kapitaltillskott.

get och insätter dem som eget kapital i bolaget. Man kan även uttrycka saken så, att en fordran omvandlas till eget kapital / kapitalinsats. Ur förlustbolagets synvinkel innebär detta en förbättring dels däri, att det räntebärande främmande kapitalet minskar, och dels däri, att gränsen för tvångslikvidation skjuts längre bort.

Ur skatterättslig synvinkel borde inte en sådan omvandling av en fordran till kapitalinsats medföra egentliga problem. Om det gäller ett förhållande mellan moder- och dotterbolag och dotterbolaget betalar sin skuld i normal ordning, påverkar detta ju inte inkomstbeskattningen eller det bokföringsmässioga resultatet, utan det är en ren kapitaltransaktion. Sedan moderbolaget fått in sin fordran, kan det ostridigt utan skattepåföljd insätta samma belopp som kapitalinsats i dotterbolaget. Om dessa båda åtgärder vidtas samtidigt, utan att penningar används, genom att moderbolaget i stället beslutar att förändra karaktären av sin fordran till kapitalinsats, har exakt samma ekonomiska händelse ägt rum och slutresultatet borde bli detsamma. Detta har även i regel varit rättspraxis ståndpunkt, se t.ex.

> CSN 1981:200: Bostadsaktiebolags delägare hade en fordran på bolaget, vilken uppkommit i samband med byggandet av bolagets byggnad. Bolaget fick inte skattepliktig inkomst, då aktieägarna insatte sin fordran i bolagets låneamorteringsfond. NSL 6,1 § 2 p. åberopades direkt, fastän ett bostadsaktiebolag beskattas enligt IFL.
>
> CSN 1985:710: Staten som huvudaktionär i Valvilla påtog sig ansvaret för bolagets gäld och insatte beloppet som kapitalplacering i bolaget. Inte skattepliktig inkomst.
>
> Någon gång synes man dock ha »tänkt fel» i dessa frågor. I fallet CSN 1972:132 hade ett inhemskt dotterbolag en krigstida varuskuld till sitt svenska moderbolag. Moderbolaget ämnade överföra sin fordran till en byggnadsfond i dotterbolaget genom att kvitta fondinbetalningen mot den gamla fordringen. Det fanns även andra aktieägare i dotterbolaget, men de deltog inte i grundandet av byggnadsfonden. Den fordran, från vilken moderbolaget på detta sätt skulle avstå, förklarades vara skattepliktig inkomst för dotterbolaget, »då det inte var i NSL 6,1 § 2 p. avsedd kapitalinvestering och inte heller skattefritt på annan grund». — En minoritet ansåg att fråga var om kapitalinvestering, som avses i sagda lagrum. — Förhandsbeskedet överklagades aldrig, utan sökandebolaget kom på en annan lösning, som godkändes av CSN (1972:366): Man verkställde en formell aktiekapitalsförhöjning genom att emittera 30 marks aktier till kursen 119 mk. Moderbolaget tecknade förhöjningen och betalade nominella värdet i penningar, men kvittade överkursen mot sin gamla fordran; detta medförde inga inkomstskattepåföljder för bolaget. I sak hände

ju dock — ekonomiskt sett — alldeles detsamma som i fallet 1972:132.

Fallet CSN 1972:132 var sannolikt det första fallet, i vilket man kom att tillämpa stadgandet i NSL 6,1 § 2 p. om »annan kapitalinvestering». Detta kan förklara resultatet, som ovan betecknats som ett »tankefel».[3] Det bör också erkännas, att gränsdragningen mellan dessa fall av kapitalinsats och fallen av ackord och annat slutligt avstående från fordran kan vara hårfin. I det senare fallet uppstår efter fast rättspraxis frågan, om gäldenärsföretaget skall inkomstbeskattas för den fördel det erhållit genom att skulden bortfallit. Härav uppstår ju i varje fall en bokföringsmässig vinst. Utan att här närmare gå in på den frågan konstaterar jag, att HFD i 1972 I 51 tagit den ståndpunkten att företag, som erhållit ackord eller fordringseftergift, inte beskattas för sin bokföringsmässiga fördel härav, om fordringen för borgenären vid tidpunkten för eftergiften var värdelös. Denna regel har rättspraxis sedermera tillämpat.

Vid ackord eller annan fordringseftergift är avståendet slutligt. Den som avstår kan självfallet vara även aktieägare i gäldenärsföretaget men behöver inte vara det. En icke-aktieägare kan inte ens — såsom tidigare anförts — verkställa en kapitalinsats i ett aktiebolag, utan hans alternativ är att avstå slutligt eller inte alls, ifall han inte samtidigt vill bli aktieägare. Aktieägare har däremot valmöjlighet mellan slutligt avstående och omvandling av fordran till kapitalinsats. Skattepåföljderna måste vara beroende av vilket alternativ han väljer. Frågan om skatteplikt för gäldenärsföretaget uppkommer, om borgenären slutligt avstått från sin fordran, helt oberoende av om denna borgenär är aktieägare eller inte. Men har aktieägaren inte slutligt avstått, utan omvandlat sin fordran till kapitalinsats återstår för aktieägaren en fordran, visserligen på det egna kapitalets sämre villkor, och för gäldenärsföretaget en förpliktelse, som visserligen i regel förverkligas först vid likvidation.

Av ett par förska HFD-avgöranden framgår rätt väl naturen av sådant slutligt avstående från fordran, som inte sällan förekommer i moder- dotterbolagsförhållanden och som har sin grund i ursprunglig oriktig prissättning. I fallet 1985 II 531 hade härvarande moderbolag givit sitt svenska dotterbolag en stor krediträkning, som motiverades med försenade, felaktiga och överstora leveranser samt prissättningsfel från moderbolagets sida. Krediteringens syfte var att förhindra tvångslik-

[3] *Tikka—Nykänen,* Yritysverotus I s. 6:4 har uppfattat fallet annorlunda, som priskorrigering. Med den utgångspunkten var avgörandet riktigt och fallet jämförbart med de två HFD-avgöranden från 1985, som nämns nedan i texten. Meningsolikheten beror väl på oklarhet om den i fallet nämnda byggnadsfondens bolagsrättsliga natur.

vidation av dotterbolaget. Beloppet ansågs som avdragbart koncernbidrag. — Jämförbart med föregående var fallet 10. 12. 1985/5701. Ett inhemskt moderbolag hade ett utländskt dotterbolag, som inte hade kunnat betala sin varuskuld till moderbolaget, synbarligen på grund av att detta gav dotterbolaget för litet provision (marginal). Moderbolaget avstod från sin fordran och höjde samtidigt provisionssatsen. Detta ansågs som koncernbidrag som rättade en tidigare oriktig prissättning. Moderbolaget fick avdrag och jag tar för givet att dotterbolaget redovisade kreditfakturan som inkomst. — I båda fallen medförde den utställda kreditfakturan självfallet skattepliktig inkomst för dotterbolaget. Men om moderbolaget i stället hade omvandlat sin fordran till aktiekapital eller aktieägartillskott i dotterbolaget, hade moderbolaget inte fått avdrag och dotterbolaget inte inkomstbeskattats för beloppet.

Specialfrågor i bostads- och ömsesidiga fastighetsaktiebolag

Ett praktiskt viktigt slag av annan kapitalinvestering är de inbetalningar till byggnadsfond, låneamorteringsfond och andra dylika fonder, som aktieägare i bostadsaktiebolag erlägger till bolaget. Härvid är det vanligen inte fråga om bolag som är i svårigheter; ofta erläggs ju dessa fondinbetalningar redan vid bolagets bildande. På grund av sin ömsesidiga karaktär skiljer sig även bostadsaktiebolag väsentligt från andra aktiebolag. I bostadsaktiebolagen skall ju aktieägarna stå för bolagets kostnader och bolagets intäkter består till väsentlig del av vederlag, som aktieägarna betalat. Detta kan i sin tur orsaka speciella skatterättsliga problem. Just i bostadsaktiebolag har också i rättspraxis ofta uppkommit frågan om vad som är inkomst och vad kapitalplacering. Bolaget kan ha tagit in av sina aktieägare medel under namn av (skattefri) fondinbetalning men använt medlen för att täcka sina löpande utgifter, särskilt icke avdragbara sådana såsom skatterna. På detta sätt kunde bolaget kompensera icke avdragbara skatter med skattefria kapitalinbetalningar och undvika att uppvisa beskattningsbar inkomst. Förfarandet är dock inte korrekt och kan sannolikt med stöd av BeskL 56 § »omtolkas» så, att det som kallats fondinbetalning behandlas enligt sin egentliga natur som normal inkomst. *Kilpi* har i flera sammanhang ingående behandlat dessa frågor och de skall inte närmare beröras här.[4]

[4] Se *Kilpi*, Lakimies 1973 s. 199 ff och Verotus 1972/2 samt även *Tikka—Nykänen*, Yritysverotus I s. 6:5.

I fallen CSN 1984: 409—410 hade ett bostadsaktiebolag satt en i dess besittning

Exempel på ett korrekt förfarande är HFD 15. 9. 1980/4304: Ett värmecentralaktiebolag med flera bostadsaktiebolag som aktieägare ämnade av aktieägarna insamla medel till en låneamorteringsfond. Dessa medel var skattefria kapitaltillskott under förutsättning att fonden användes för angivet ändamål.

CSN 1979:558: Ett bostadsaktiebolag skulle utföra en grundreparation och ämnade finansiera den med fondinbetalningar från aktieägarna till en grundförbättringsfond. Inbetalningarna var inte skattepliktig inkomst.

Jämför härmed HFD 27. 1. 1975/364a: Ett ömsesidigt fastighetsaktiebolag hade under skatteåret insamlat av aktieägarna medel till en låneamorteringsfond. Med (en del av) dessa medel hade man emellertid betalat årets skatter. Till denna del skulle fondinbetalningarna betraktas som skattepliktig inkomst.

Återbetalning av aktieägartillskott

Såsom tidigare understrukits, är aktieägartillskott till aktiebolag vanligen föranledda av att bolaget gått illa och kanske drabbas av likvidationshot, om inte nytt eget kapital kan erhållas. För aktieägarna, som skall lämna dessa aktieägartillskott, kan det då vara en angelägen fråga, under vilka förutsättningar de kan få pengarna tillbaka, ifall bolaget kommer på fötter och kan täcka sina förluster samt börjar uppvisa vinst. Aktieägartillskott kan ges med förbehåll om sådan återbetalning. Man talar härvid om villkorligt aktieägartillskott, medan normalfallet är ovillkorligt aktieägartillskott, som återbetalas först i samband med bolagets upplösning. Det villkorliga aktieägartillskottet står inte långt ifrån ett lån med sämre prioritet än alla andra lån; som lån kan det dock inte betraktas, eftersom det i så fall inte kunde bokföras som eget kapital i bolaget, när det erhålls, och följaktligen inte kunde uppfylla sitt ändamål att öka bolagets egna kapital.

Kedner—Roos[5] skriver om aktieägartillskottens villkorlighet och bokföringsmässiga behandling följande:

> »*Frivilliga* tillskott som lämnas av aktieägare för att stärka bolagets ställning eller för att rädda bolaget från skyldighet att träda i likvidation kan vara förbundna med varierande villkor om bolagets återbetalningsplikt. För det första kan en aktieägare lämna bolaget ett tillskott med föreskrift att det skall återbetalas i

varande lägenhet på aktier och sålt den. Detta gav en betydande emissionsvinst, som ledde till att bolagshyra för en längre tid inte behövde uppbäras av aktieägarna. Härav följde inga skattepåföljder vare sig för bolaget eller aktieägarna, som själva bebodde sina lägenheter.

[5] Se *Kedner—Roos,* Aktiebolagslagen II (1979) s. 293—94.

den mån bolaget har vinst tillgänglig för detta ändamål. För det andra kan villkoret för tillskottet vara, att tillskottet vid likvidation eller konkurs skall återbetalas av det överskott som kan finnas, sedan alla fordringsägarna fått full betalning men innan aktieägarna i denna sin egenskap får någon del av överskottet. Dessa båda varianter av tillskott torde kunna kombineras. En kombination skulle innebära, att den första variantens regel tillämpas intill dess bolaget trätt i likvidation eller försatts i konkurs, medan den andra variantens regel tillämpas därefter. För det tredje kan givetvis aktieägaren lämna bolaget ett tillskott utan någon föreskrift om återbetalning.

Om tillskott lämnas av alla aktieägare och av var och en i förhållande till hans aktieinnehav, blir det i praktiken ingen skillnad mellan det andra och tredje fallet ovan, under förutsättning att alla aktier medför samma rätt vid bolagets upplösning. Om däremot tillskott lämnas av någon bland flera aktieägare, blir det av stor betydelse om vid en likvidation tillskottet skall återbetalas innan ett efter skuldernas betalning befintligt överskott skall fördelas lika på alla aktier. Om en aktieägare har lämnat ett tillskott utan att uttryckligen förbehålla sig rätt till återbetalning, skall man då likväl anta att överskottet skall återbetalas? Detta skulle innebära, att det tredje fallet i sig innefattade det första och andra fallet, så snart inte uttryckligt förbehåll i motsatt riktning gjorts. Sannolikt är svaret på frågan nekande men det kan tänkas att omständigheterna i ett särskilt fall ger stöd för att man på båda sidor utgått från att återbetalning skulle ske, även om detta inte klart sagts ut. Det torde därför vara välbetänkt att vid upprättandet av avtalet mellan parterna uttryckligen bestämma, om ett tillskott skall återbetalas eller ej (Rodhe s. 62 f).

Kapitaltillskott från aktieägare eller annan ger inte någon ökning av aktiekapitalet. Det grundar därför inte aktieägarrätt. Genom tillskottet uppkommer normalt inte heller sådant fordringsanspråk som i bolagets likvidationsbalansräkning skall redovisas som skuld. Som ovan sagts kan frivilliga tillskott tänkas ske med villkor om rätt till ersättning ur uppkommande vinst i bolaget. Så länge vinst inte finns torde det inte åligga bolaget att ta upp ersättningsanspråket bland skulderna utan detta kan då redovisas inom linjen.»

Det kan anses klart, att inte heller villkorliga aktieägartillskott utgör skattepliktig inkomst för mottagarbolaget. De utgör inte inkomst, utan står på gränsområdet mellan eget och främmande kapital, vilka ingendera behandlas som inkomst för mottagaren. Förutom det redan refererade fallet CSN 1986:103 känner jag ur vår rättspraxis bara ett fall, där frågan varit aktuell:

CSN 1983:695: Ett tidningsaktiebolags egna kapital hade nedgått under noll och vissa aktieägare var beredda att tillskjuta me-

del till bolagets egna kapital på villkor, att detta tillskott hade sämre prioritet än bolagets förbindelser. Tillskotten kunde inte uppsägas och de löpte inte med ränta, men de skulle betalas tillbaka, sedan bolaget fått utdelningsbart fritt kapital. — I förhandsbeskedet förklarades, att tillskotten var i NSL 6,1 § 2 p. avsedd kapitalinvestering.

I svensk skatterätt har frågor i anslutning till både villkorliga och ovillkorliga aktieägartillskott diskuterats mycket mera och längre tid än i Finland. Den allmänna uppfattningen var, att villkorliga aktieägartillskott skulle betraktas som skattefri inkomst för mottagarbolaget, då de erhölls av detta, och som icke avdragbar utgift för bolaget men å andra sidan som icke skattepliktig inkomst för aktieägaren, då tillskottet betalades tillbaka till honom, sedan bolaget blivit vinstgivande.[6] På detta sätt hade dessa frågor i praktiken behandlats i Sverige ända tills Regeringsrätten i ett avgörande 1983:10 intog ståndpunkten, att återbetalning av villkorligt aktieägartillskott bolagsrättsligt och följaktligen även skatterättsligt var vinstutdelning och att mottagaren följaktligen skulle beskattas såsom för dividend. Denna ståndpunkt gjorde egentligen systemet med villkorliga aktieägartillskott oanvändbart på sådant sätt som motsvarade behovet i näringslivet. Det var en klart bristande kongruens, att aktieägaren inte fick avdrag när han tillsköt aktieägartillskottet, men ändå skulle beskattas när han återfick det.

Ståndpunkten att återbetalning av villkorliga aktieägartillskott utgör vinstutdelning i bolaget har stöd av en hel del bolagsrättslig logik. Sedan vi först konstaterat, att beloppet vid sitt inflytande måste intäktsföras (men inte som skattepliktig inkomst) och inte kan behandlas som lån, och att det uppfyller sitt ändamål bara om det ökar bolagets fria kapital, är det svårt att komma ifrån att beloppet hör till det fria egna kapitalet. Dividendutdelning är det normala sättet för att överföra fritt eget kapital till en aktieägare. Den svenska regeringsrätten synes inte ha tänkt tanken längre än så och har för det kritiserats bl.a. av *Grosskopf* och *Söderström.*[7] Utan att närmare redogöra för Grosskopfs motivering, som inte heller har full relevans för våra förhållanden, förenar jag mig dock om hans principiella kritik mot det svenska rättsfallet.

Det viktiga är dock att finna en lösning, som leder till att aktieägaren inte inkomstbeskattas för det återbetalda aktieägartillskottet och att den kongruens inträder, som skattelagstiftningen borde förverkliga. Hur skall en dylik fråga bedömas, om den kommer upp i vårt land? Det finns

[6] Se ur svensk skatterätt RÅ 1944: 489 och *af Klercker—Eklund,* Skatteproblem för företagen (1977) s. 71 ff.

[7] *Söderström,* Skattenytt 1983 s. 430 ff, *Grosskopf,* Skattenytt 1984 s. 459 ss.

inte många rättsfall, som har någon relevans för denna problematik, men jag känner ett par sådana:

> I CSN 1964:10 hade aktieägarna i ett bostadsaktiebolag vid bolagets grundande 1937 inbetalat till bolagets byggnadsfond »ikuisena ja korottomana lainana» ett visst belopp per aktie. Nu ämnade bolaget återbetala lånet, som vid beskattningen behandlats som eget kapital. CSN ansåg det vara fråga om återbetalning av kapital, som upptagits mot skuldebrev, och konstaterade att aktieägaren, som bara återfick det ursprungliga lånebelopet, inte fick skattepliktig inkomst.
>
> I HFD 1983 II 558 hade ett bostadsaktiebolag likaså för länge sedan tagit upp aktionärslån mot skuldebrev av alla aktieägare. Lånen hade sedermera bokförts som byggnadsfond (= eget kapital), men aktieägarna hade skuldebreven kvar. Sedan bolaget sålt en byggnad hade det pengar att lösa in skuldebreven. Därigenom ansågs aktieägarna inte få skattepliktig inkomst.[8]

Dessa två rättsfall gäller inte exakt frågan om återbetalning av villkorliga aktieägartillskott, men nog en närliggande fråga. Det var i dessa båda fall synbarligen fråga om belopp, som bolagsrättsligt var lån. Tar vi den ovan dragna slutsatsen, att även det villkorliga aktieägartillskottet utgör eget kapital, till utgångspunkt, blir frågeställningen inte alldeles densamma. För att kunna åstadkomma, att en utbetalning av medel från bolagets fria egna kapital till aktieägarna, kanske i proportion till deras akteinnehav, inte anses som i ABL 12:1,1 avsedd dividendbetalning, kan det vara nödvändigt att tillgripa det i ABL 6 kap. stadgade förfarandet (nedsättning av aktiekapital). Alternativt kan kanske inlösen av egna aktier enligt ABL 7 kap. komma ifråga. I båda fallen talar ABL endast om egna aktier, inte om annat eget kapital, men det förefaller svårt att tänka sig att inte ABL:s stadganden kunde användas analogt, då ju återbetalning av villkorliga aktieägartillskott ur borgenärernas synvinkel måste vara mindre farligt än nedsättning av aktiekapitalet. För nedsättning av aktiekapital krävs ju domstols tillstånd, och samma förfarande anser jag att här kunde användas. Vill man vara riktigt formell kan man alltid före domstolsbehandlingen konvertera aktieägartillskottet till aktiekapital för att uppfylla ABL:s bokstav i 6 kap. — Om detta förfarande skall även konstateras, att det är för bolaget ogynnsamt med hänsyn till den i ABL 6:2 stadgade dividendutdelningsbegränsningen.

I skatterättsligt hänseende förefaller mig det skisserade förfarandet tämligen problemfritt. Stadgandet i BeskL 57,2 § gäller visserligen i princip vid nedsättning av aktiekapital. Men då aktieägarna inte skul-

[8] Se om detta fall även *Kilpi,* DL 1984 s. 247 f.

le från bolaget få ut mer än det belopp som de själva inbetalat, är det klart att BeskL 57,2 § inte kunde tillämpas.[9]

Sammanfattning

Det är en glädje att skriva något i en festskrift för Matti Ylöstalo. Han har visserligen inte i större utsträckning producerat sig på bolagsrättens område. Men alla de, som i likhet med mig någon gång fått samarbeta med honom i praktiska juridiska frågor, vet att hans kunskaper på privaträttens område är ovanligt heltäckande och i remarkabel utsträckning inkluderar även bolagsrättens allmänna frågeställningar.

Denna festskriftsartikel har bara syftat till en diskussion kring de bolags- och skatterättsliga frågor som uppkommer i samband med aktieägartillskott. Dessa frågor har i mycket ringa utsträckning behandlats i vårt lands juridiska litteratur. I praktiken förekommer dessa åtgärder dock i viss utsträckning, vilken antagligen kommer att öka på grund av ökad medvetenhet om ABL:s likvidationsregler. Det förefaller otillfredsställande att juridisk oklarhet skall råda kring dessa åtgärder, som kan vara av central betydelse för ett aktiebolags fortsatta existens. Mig syns det som om den grundläggande oklarheten skulle finnas på den bolags- och redovisningsrättsliga sidan. Jag kan föreställa mig, att många problem kunde lösas genom att man sas. inrättade en ny kategori av eget kapital, bestående av sådana kapitaltillskott, som under klart angivna förutsättningar kan återbetalas. Om en sådan kategori, vilken i realiteten redan existerar, fanns klart angiven i bolagslagstiftningen, skulle de skatterättsliga problem, som framkommit i Sverige och som är latenta även i vårt land, lätt kunna lösas.

[9] Se om tolkningen av BeskL 57,2 § *Andersson*, Verotus 1984 s. 96 ff.

Pirkko-Liisa Aro

Tekijänoikeudesta karttaan

I. Julkaisemisoikeudella on julkisoikeudellinen ja yksityisoikeudellinen puolensa. Edellistä sääntelee painovapauslaki ja jälkimmäistä tekijänoikeuslaki. Kumpainenkin näistä säännöstöistä mainitsee expressis verbis kartan ao. oikeuden kohteena. Vaikuttaa kuitenkin siltä, että tämä nimenomainen mainitseminen on pikemminkin herättänyt eräitä väärinkäsityksiä kuin ollut omiaan hälventämään ongelmia ja selventämään säännösten soveltamista. Esimerkiksi kartan rinnastaminen painovapauslaissa painokirjoitukseen, jonka painosta julkaisemiseen jokaisella Suomen kansalaisella on hallitusmuodon 10 §:n mukaan oikeus »kenenkään ennakolta estämättä», on johtanut otaksumaan, että kenellä tahansa olisi vapaus julkaista painosta valtion viranomaisten toimesta valmistettuja karttoja. Tällaisen ajattelun virheellisyyden on *Ylöstalo* osoittanut artikkelissaan »Kartta ja painovapauslaki»,[1] jossa hän laajemminkin kuin vain kartan osalta on selvittänyt painovapauden ja tekijänoikeuden suhdetta.

Tekijänoikeuslaissa kartta mainitaan 1 §:n 2 momentissa: »Kirjallisena teoksena pidetään myös karttaa sekä muuta selittävää piirustusta tai graafista tahi plastillisesti muotoiltua teosta.» Säännöksestä on luettavissa vain se, että tekijänoikeuslain systematiikassa karttaan sovelletaan kirjallisista teoksista eikä esimerkiksi taideteoksista annettuja määräyksiä.[2] Säännöksessä ei siis lausuta, että kartta ylipäänsä aina nauttisi tekijänoikeussuojaa, eikä siinä myöskään aseteta karttaa suojan saamisen edellytysten suhteen muista teoksista poikkeavaan asemaan.[3]

Itse asiassa mainittu tekijänoikeuslain 1 §:n 2 momentin erityissäännös ei juurikaan tarjoa apua sille, joka joutuu tarkastelemaan karttaa

[1] DL 1974 s. 166 ss.

[2] Käytännössä tämä merkitsee mm. sitä, että oikeus karttaan konsumoituu toisella tavalla kuin oikeus esimerkiksi grafiikan alaan luettavaan teokseen.

[3] Vrt. KM 1953: 5, jossa 1 §:n 2 momentin säännökselle esitettiin muotoa: »Kirjallisena teoksena pidetään myös selittävää karttaa. . .» Perustelujen (s. 47) mukaan »Selittävä» sisältää laatuvaatimuksen, vaikkakin rajoitetussa mielessä.»

tekijänoikeuden kohteena. Millä edellytyksillä, kenellä ja missä laajuudessa karttaan on tekijänoikeus, ratkaistaan tekijänoikeuslain yleisiä, kaikkia teoslajeja koskevia sääntöjä seuraten.

Tarkoitukseni ei ole seuraavassa paneutua karttatekijänoikeuteen koko laajuudessaan. Otan esille vain eräitä keskeisiä kysymyksiä sekä esittelen alan koti- ja ulkomaista oikeuskäytäntöä.

II. Käytännössä kysymys tekijänoikeudesta karttaan aktualisoituu yleensä vain kollisiotilanteissa: aikaisemman kartan valmistaja katsoo uudemman kartan valmistajan loukkaavan hänelle kuuluvaa tekijänoikeutta. Esitettyjä vaatimuksia vastaan jälkimmäinen puolustautuu joko kiistämällä aikaisemman kartan tekijänoikeuden, taikka väittämällä, että hänen karttansa on aikaisempaan karttaan verrattuna itsenäinen ja omaperäinen teos, joka ei loukkaa tuohon vanhempaan karttaan olevaa tekijänoikeutta. Olipa puolustautumisstrategia kumpi tahansa, joudutaan selvittämään, missä suhteessa kartta ylimalkaan voi saada tekijänoikeussuojaa ja mitä suojan edellytyksenä oleva itsenäisyyden ja omaperäisyyden vaatimus kartan kohdalla merkitsee.

Kysymystä, mikä kartassa saa tekijänoikeussuojaa, on tekijänoikeudellisessa kirjallisuudessa käsitelty varsin paljon. Mielenkiintoa ei selitä niinkään se, että käytännössä esiintyneet riitaisuudet olisivat vaatineet asian selvittämistä, vaan se, että tekijänoikeutta tutkineille kartta on tarjonnut havainnollisen esimerkin sen osoittamiseen, mitä elementtejä tekijänoikeussuoja kattaa, t.s. mikä on teos tekijänoikeudellisessa mielessä.[4]

Syventymättä tässä yhteydessä teoskäsitteeseen voidaan tyytyä tavanomaiseen, joskin pinnalliseen toteamukseen, jonka mukaan tekijänoikeussuoja ulottuu vain teoksen muotoon, ei sen sisältöön.[5] Yhtä vähän kuin tekijänoikeus antaa tieteellisen teorian luojalle yksinoikeutta saavutukseensa, yhtä vähän kartan tekijä voi vaatia yksinoikeutta kuvaamiinsa tosiseikkoihin. Geodeettisin, fotogrammetrisin tms. keinoin hankitut maasto- ja kuvamittaustulokset, niin aikaa, vaivaa, rahaa, tietoa ja taitoa vaativaa kuin niiden saavuttaminen saattaa ollakin, eivät kuulu tekijänoikeussuojan piiriin. Tällaisiin »alastomiin» datoihin ei kenelläkään ole yksinoikeutta. Nimistö on maastotietojen kanssa tässä suhteessa samassa asemassa.

Karttaa piirrettäessä käytetään erilaisista esitettävistä asioista tavanomaisia symboleja, ns. karttamerkkejä. Juuri yleisyytensä ja tavan-

[4] Ks. esim. *Max Kummer*, Das urheberrechtlich schützbare Werk, Bern 1968, s. 115 ss.

[5] Ks. esim. *T. M. Kivimäki*, Uudet tekijänoikeus- ja valokuvauslait, Porvoo 1966, s. 18.

omaisuutensa takia karttamerkit jäävät tekijänoikeussuojan ulkopuolelle ellei merkeille haluta antaa omaperäistä graafista asua. Myös karttojen väritys on tietyssä laajuudessa sovinnainen. Omaperäisyydelle ei siinäkään juuri ole sijaa.

Varjostus- ja käyrätekniikka jne ovat jokaisen käytettävissä olevia esitysteknisiä apuvälineitä. Mittakaava ei voi kuulua kartantekijälle yksinoikeudella. Samoin on laita koordinaatiston suhteen. Yhtä vähän ulottuu tekijänoikeussuoja sellaiseen laitteeseen tai järjestelyyn, jonka avulla kartan käyttäjä voi paikantaa etsimänsä kohteen.

Kun kaikki tällaiset osatekijät erotellaan faktoihin tai »sisältöön» kuuluvina tekijänoikeuden ulottumattomiin, herää kysymys, mikä kartassa oikeastaan voi olla sellaista, joka saattaisi tulla kysymykseen tekijänoikeussuojan kohteena.

Vastaus kysymykseen muodostuu väkisinkin banaaliksi ja pohjautuu viisauteen: kokonaisuus on enemmän kuin osiensa summa. Tekijänoikeus kohdistuu karttaan sinä kokonaisuutena, joksi se luovaa työtä tekevän kartografin käsissä on muovautunut. Kartan tekeminen on valintaa ja yhdistämistä, yksinkertaistamista ja yleistämistä. Annettujen datojen paljoudesta samaa aluetta kuvaavat kaksi kartografia tekevät erilaisia valintoja. Myös yksinkertaistaminen ja yleistäminen tapahtuu eri tavoin. Näissä toiminnoissa yksilöllisellä luovuudella on tilaisuutensa. Tekijänoikeudellisen suojan kohteena on kartta juuri siinä omaperäisessä muodossa, johon tekijä on sen pukenut.[6]

Käytännössä kysymykseen kartan omaperäisyydestä joudutaan yleensä vastaamaan vain vertailutilanteessa: loukatuksi väitettyä karttaa verrataan aikaisempiin karttoihin ja loukkaavaksi väitettyä karttaa loukatuksi väitettyyn karttaan. Mitään mittapuuta itsenäisyyden ja omaperäisyyden arvioinnille ei lainsäätäjä ole asettanut. Oikeuskirjallisuudessa puhutaan tässä yhteydessä usein samuuselämyksestä: jos karta tehdyistä muutoksista huolimatta mielletään aikaisemman kartan kanssa samaksi, itsenäisyys ja omaperäisyys puuttuu.[7]

Vaaditun etäisyyden aste vaihtelee teostyypeittäin. Kartta todelli-

[6] Ks. lähemmin esim. *Hans Kobel,* Der urheberrechtliche Schutz an Kartenwerken, GRUR 1928 s. 537 ss., *Erland Strömbäck,* Om upphovsmannarätt till kartor, NIR 1956 s. 235 ss., *Werner Kost,* Das Urheberrecht an Landkarten unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes in Karlsruhe, Zeitschrift für Vermessungswesen 1965 s. 77 ss., *Georg Greuner,* Das Urheberrecht an Landkarten in der deutschen Gesetzgebung und Rechtsprechung, Die wissenschaftliche Redaktion Heft 4/1967 s. 11 s., *Karl-Heinz Meine,* Urheberrechtliche Fragen im Bereich der thematischen Kartographie, Die wissenschaftliche Redaktion Heft 4/1967 s. 17 ss. ja *Kummer,* m.t.s. 115 ss.

[7] Ks. esim. *Mogens Koktvedgaard,* Immaterialretspositioner, København 1965, s. 86 ss. ja *Markku Helin,* Immateriaalioikeuksien kohteesta, LM 1978 s. 652 ss.

suuden kuvaajana sallii tekijälleen vähemmän liikkuma-alaa kuin mitä esimerkiksi kirjailijalla tai taiteilijalla on käytettävänään. Liikkuma-alan suppeudesta on tavallaan väistämättömänä seurauksena omaperäisyysarvioinnin mittapuun »lievyys»: riittävää on »en viss distans från äldre verk av samma slag» tai »en viss självständighet gentemot dessa».[8]

III. Konkreettisessa tapauksessa ei yllä esitetyn kaltaisista ratkaisukriteereistä ole kovin paljon apua. Tarkempia ohjeita voidaan yrittää etsiä oikeuskäytännössä ratkaistujen tapausten pohjalta. Koska karttatekijänoikeus po. suhteessa on Bernin konvention maissa rakennettu suunnilleen yhteneväisen normiston varaan, johtoa voidaan hakea myös muiden konventiomaiden käytännöstä.

Ylimpien oikeusasteiden ratkaisemien karttajuttujen määrä ei ainakaan Bernin konvention eurooppalaisissa maissa vaikuta kovin suurelta.[9] Sadan vuoden ajalta voidaan tässä esitellä vain yksi ruotsalainen, yksi tanskalainen, yksi saksalainen sekä yksi kotimainen tapaus.

Ruotsin korkeimman oikeuden ratkaisussa *NJA 1884: 21* riidan kohteena oli Tukholman kartta, jonka väitettiin olevan kopio aikaisemmasta kartasta. Uudemmassa kartassa oli kuitenkin käytetty toista mittakaavaa ja karttaan oli lisätty mm. eräitä uusia rakennuksia. Toisaalta lähes kaikki vanhan kartan virheet esiintyivät myös uudessa kartassa. Asiantuntijoiden mielestä uusi kartta oli vanhan kopio, mutta korkein oikeus katsoi uuden kartan olennaisilta osiltaan eroavan alkuperäisestä. Kysymys ei siten ollut luvattomasta kopioinnista (»otillåtet eftertryck»).[10]

Tanskalaisessa oikeustapauksessa *UfR 1938: 509* oli kysymys Bornholmin turistikartasta. Kantajan ja vastaajan kartoissa oli sama mittakaava, sama väritys, osittain sama hakujärjestelmä, sama etäisyyksien ja teiden pituuden esittämistapa sekä samat virheet. Uudempi kartta katsottiin itsenäiseksi teokseksi mm. sillä perusteella, että siihen oli lisätty 900 nimeä ja tehty monia tosiasiallisia oloja vastaavia muutoksia ja että muutokset oli tehnyt paikallistuntemusta omaava henkilö. Viimeksi mainittu seikka lienee käsitettävä viittaukseksi kartan valmistamisen omaperäisyyteen.[11]

Saksan liittotasavallan korkein tuomioistuin antoi vuonna 1964 ratkaisunsa Esslingenin kaupungin matkailukarttajutussa. Kaupungin valmistama kartta sisälsi mm. rakennetut ja rakennettavat alueet, rauta-

[8] SOU 1956: 25 s. 82.

[9] Bernin konventioon kuulumattoman USA:n ratkaisuista ks. esim. *John F. Whicher*, Originality, cartography, and copyright, New York University Law Review 1963 s. 280 ss.

[10] Ks. ratkaisun johdosta myös *Strömbäck*, m.k.s. 239.

[11] Ks. ratkaisun johdosta myös *Strömbäck*, m.k.s. 239.

tiet, bussilinjat, pysäkit, läpikulkutiet ja vesistöt. Kilpailevan kartan valmisti muuan matkailukarttakustantamo. Kartta erosi aikaisemmasta siinä, että siitä oli jätetty pois mm. rakennettavat alueet ja bussilinjat. Metsäalueet oli kuvattu pintavärin lisäksi pintamerkein. Värit olivat miltei samat kuin kaupungin matkailukartassa. Mittakaava oli osin toinen. Bundesgerichtshofin mielestä uudessa kartassa oli kaupungin karttaan verrattuna vain epäolennaisia muutoksia ja lisäyksiä. Kysymyksessä oli sen vuoksi muunnelma eikä vapaasti kaupungin karttaa hyväksi käyttäen syntynyt omaperäinen teos.[12]

Ruotsalaisessa ja saksalaisessa tapauksessa oli kiistatonta, että aikaisempaa karttaa oli käytetty hyväksi uudempaa karttaa valmistettaessa. Tuomioistuimen tehtävänä oli sen vuoksi vain vetää raja luvattoman (vrt. tekijänoikeuslain 4 §:n 1 momentti) ja ns. vapaan muunnelman (vrt. tekijänoikeuslain 4 §:n 2 momentti) välille. Tanskalaisessa tapauksessa tilanne oli taas se, että kummallakin kysymyksessä olevalla kartalla oli yhteisiä esikuvia. Ratkaisua voidaan pitää esimerkkinä siitä tekijänoikeudessa yleisesti tunnustetusta, edellä jo puheena olleesta ajattelusta, jonka mukaan teoksen suojapiiri on sitä laajempi mitä omaperäisempi teos on. Koska kantajan karttaa valmistettaessa oli käytetty hyväksi tiettyä aikaisempaa karttaa, sen itsenäisyyden ja omaperäisyyden aste ei liene ollut kovin huomattava. Tämän vuoksi myös suhteellisen vähäiset muutokset ja lisäykset riittivät tekemään vastaajan kartasta kantajan karttaan verrattuna itsenäistä tekijänoikeussuojaa nauttivan teoksen.

Oman tekijänoikeuslakimme tulkinnasta on käytettävissä tiedonantoratkaisu *KKO 1978 II 48:*

> »A ja B olivat kumpikin julkaisseet Suomen paikannuskartan. Kartat oli varustettu luettelolla paikannimistä, juoksevasti numeroidulla ympyrän kehällä ja liikuteltavalla, karttaan kiinnitetyllä osoittimella, joita käyttäen paikannimet voitiin löytää kartalta. A:n kartta, jonka julkaiseminen oli aloitettu huomattavasti B:n karttaa aikaisemmin, katsottiin tosin tekijänoikeuslain 5 §:n suojaamaksi kirjalliseksi teokseksi mutta B:n uudempaa karttaa oli pidettävä siihen verrattuna itsenäisenä. Kun B:n ei ollut näytetty jättäneen täyttämättä sitä, mikä oli tarpeen sekaantumisvaaran poistamiseksi karttojen valmistajien suhteen, eikä muutenkaan kilpailutarkoituksessa ryhtyneen tekoon, joka oli hyvän tavan vastainen, sekä tekijänoikeuden loukkaamisen että vilpillisen kilpailun eh-

[12] BGH GRUR 1965, 47. — Ratkaisua ovat selostaneet ja kommentoineet mm. *Greuner,* m.k.s. 12, *Kost,* m.k.s. 109 ss., *Meine,* m.k.s. 32, *Hans-Peter Hillig,* Der Urheberrechtsschutz von Karten, Die wissenschartliche Redaktion Heft 4/1967 s. 52 ss., *Väinö Meuronen,* Tekijänoikeudesta kaupungin karttoihin, Kunnallistekniikka 1969 s. 432 s. sekä *Heinrich Hubmann,* Urheber- und Verlagsrecht, 4 painos, München und Berlin 1978, s. 97.

käisemiseksi annetun lain säännösten rikkomisen nojalla ajetut kanteet hylättiin.

Tiedonanto on hämmentävä. Hämmennyksen aiheuttaa siinä mainittu tekijänoikeuslain 5 §:n säännös. Tuo lainkohta sääntelee nimittäin tekijänoikeutta kokoomateokseen. Tällaisella teoksella tarkoitetaan »useiden itsenäisten, tekijänoikeudellisesti keskenään samanarvoisten teosten yhdistelmää.»[13] Tavanomaisia esimerkkejä kokoomateoksista ovat tietosanakirja ja sanomalehti.[14] Kartta-alueelta tällainen tavanomainen esimerkki olisi useista eri kartoista koottu kartasto (atlas). Tekijänoikeus kokoomateokseen kuuluu aineiston kokoajalle, toimittajalle, mutta hänen oikeutensa ei rajoita tekijänoikeutta mukaan otettuihin teoksiin. Kokoomateoksen julkaisemiseen tarvitaan siis paitsi toimittajan myös kaikkien niiden lupa, joiden teoksia on otettu mukaan. Toisin kuin eräissä muissa maissa on asian laita, kokomateoksena käsitellään Pohjoismaissa vain teoksista tai niiden osista koostuvaa yhdistelmää. Sellaisten töiden yhdistäminen, jotka eivät ylitä teoskynnystä, ei synnytä tekijänoikeuslain 5 §:ssä tarkoitettua kokoomateosta. Tällainen työntulos voi kuitenkin saada lain 49 §:ssä tarkoitettua ns. luettelosuojaa.[15]

Tavanomainen kartta ei näyttäisi olevan aivan vaivattomasti sijoitettavissa yllä hahmoteltuun kokoomateoksen muottiin. Sen osatekijät: pohjakartta, nimistö, hakemisto jne eivät ole sellaisia »tekijänoikeudellisesti keskenään samanarvoisia teoksia», joista lainsäätäjä on rakentanut kokoomateoksen. Useimmat komponenteista eivät kuulu lainkaan tekijänoikeuslain teoskategoriaan.[16]

Puheena olevan tiedonantoratkaisun perusteluissa lausutaan:

> »Korkein oikeus katsoo, että Johanssonin omistaman Kustantamo Viator Förlagin asianmukaisin luvin hyväksikäytetystä karttaaineistosta nimellä Viator paikannuskartta valmistamaa ja yleisön saataviin saattamaa karttaa, ottaen huomioon siihen olosuhteiden muuttuessa tehdyt täsmennykset, karttakuvion sijoittelun painoarkille, pääkarttaan liitetyt pienikokoisemmat kartat, taulukot ja paikannimiluettelon, on kokonaisuutena pidettävä tekijänoikeudesta kirjallisiin ja taiteellisiin teoksiin annetun lain 5 §:ssä tarkoitettuna aikaisempaan kartta-aineistoon liittyviä teosten osia yhdistelemällä aikaansaatuna sanotun lain suojaamana teoksena.»

---

[13] KM 1953: 5 s. 50.

[14] Ks. esim. *Kivimäki,* m.t.s. 50.

[15] Ks. esim. *W. Weincke,* Ophavsret, København 1976, s. 48.

[16] Korkein oikeus on käsitellyt kokoomateoksena myös elokuvaa, vaikka siinä eri avustajien panokset nivoutuvat yhdeksi kokonaisuudeksi eivätkä siten ole toisiinsa nähden itsenäisiä ja erillisiä. Ks. *KKO 1936 II 476, 1939 I 10* ja *1942 II 192.* Toisin kuin kartan kohdalla on asian laita elokuvan ao. komponentit ovat kuitenkin teoksia.

Perustelujen mukaan aikaisempaan kartta-aineistoon liittyvät teosten osat oli siis yhdistetty uudeksi kokoomateokseksi. Ratkaisusta ei kuitenkaan ole luettavissa, mitä nämä »teosten osat» olivat. Ainakaan niitä eivät voineet olla teoskategorian ulkopuolelle jäävät karttakuvion sijoittelu painoarkille, luettelot, taulukot jne. Itse asiassa perusteluihin kirjoitettu »huomioon otettujen» seikkojen luettelo näyttäisi luontevammin viittaavan aivan toiseen lainkohtaan kuin kokoomateoksen tekijänoikeutta sääntelevään tekijänoikeuslain 5 §:ään, nimittäin ns. vapaasta muunnelmasta puhuvaan 4 §:n 2 momenttiin. Tämä säännös kuuluu:

> »Jos joku teosta vapaasti muuttaen on saanut aikaan uuden ja itsenäisen teoksen, ei hänen tekijänoikeutensa riipu tekijänoikeudesta alkuperäisteokseen.»

Kun olemassa olevaa kartta-aineistoa muutetaan ja täydennetään, täsmennetään ja korjataan jne, ollaan yleensä tekemisissä aikaisemman kartan muunnelman kanssa. Sovellettava lainkohta on silloin tekijänoikeuslain 4 §:n 1 momentti. Mutta joissakin tapauksissa — niin kuin edellä selostetut ulkomaiset ratkaisut osoittavat — tehdyt muutokset merkitsevät sen kynnyksen ylittämistä, joka johtaa 4 §:n 2 momentin soveltamiseen.

Korkein oikeus ei ollut ratkaisussaan yksimielinen. Yksi jäsenistä hyväksyi esittelijän mietinnön, jossa vertailun katsottiin osoittavan tehdyt muutokset ja täydennykset laajuudeltaan ja merkitykseltään niin epäolennaisiksi, ettei karttaa voitu pitää »uutena ja omaperäisenä teoksena eikä liioin sellaisena, tekijänoikeudesta kirjallisiin ja taiteellisiin teoksiin annetun lain 5 §:ssä[17] tarkoitettuna, teokseen vapaasti liittyen luotuna teoksena, johon olisi itsenäinen tekijänoikeus.» Vähemmistö siis näki tapauksen juuri puheena olleena rajanvetona.

Niin kuin edellä aikaisemmin selostetut ulkomaiset ratkaisut osoittavat, rajanveto muunnelman ja ns. vapaan muunnelman välillä on aina vaikea tehdä.[18] En sen vuoksi yritäkään lähteä arvioimaan, osuiko vähemmistö vasta siteeratussa äänestyslausumassaan oikeaan katsoessaan, ettei po. karttaa käynyt pitäminen vapaana muunnelmana.

Kokonaisuutena, äänestyslausuma huomioon ottaen, korkeimman oikeuden karttaratkaisu on hyvin erikoinen. Ratkaisun nopeasti lukeva voisi — etenkin kun vähemistön votumiin on pujahtanut väärä pykälä-

[17] Pitää olla tekijänoikeuslain 4 §:n 2 momentti.

[18] *Knoph* kirjoittaa: »Det vil ofte være et vanskelig skjønnsspørsmål, om et verk som bugger på et annet bare er en ny versjon av dette, eller har et så egenartet preg at man med rette kan tale om en ny individuell utformning av tankeinnholdet i det ældre verk.» (Ragnar Knoph, Åndsretten, Oslo 1936, s. 106).

viittaus — johtua otaksumaan, että erimielisyys on koskenut rajanvetoa muunnelman ja ns. vapaan muunnelman välillä. Näin ei asian laita siis kuitenkaan ole. Enemmistö on typologioidessaan kartan yllättävästi kokoomateokseksi välttynyt ottamasta kantaa tähän karttatekijänoikeuskiistojen klassiseen ongelmaan.

Suppeassa kotimaisessa karttatekijänoikeutta koskevassa kirjallisuudessa on esitetty ajatus, että »TekijäL 4 § 2 momentin mukaisen vapaasti muuttaen aikaansaadun uuden ja itsenäisen teoksen syntyminen edellyttää kartan muuttamista joko a) *karttalajiltaan,* jossa muutos pääasiassa aiheutuu yleistämisestä, esim. kantakartasta siirrytään virastokarttaan tai virastokartasta yleiskarttaan tai b) *kuvausperusteeltaan,* jossa maaston tarkastelutapa muuttuu, esim. ilmakuvakartasta siirrytään yleiseen maastokarttaan tai yleisestä maastokartasta sovellettuun karttaan.»[19] Vaikka johtopäätösten tekeminen korkeimman oikeuden edellä selostetusta ratkaisusta onkin siinä omaksutun lopputuloksen takia tässä suhteessa vaikeaa, lienee enemmistön perustelujen valossa kuitenkin selvää, että jo vähäisemmätkin muutokset ja lisäykset olemassa olevaan karttaan kuin vain karttalajin tai kuvausperusteen muutokset voivat oikeuttaa käsittelemään uutta karttaa uutena itsenäisenä teoksena eli siis tekijänoikeuslain 4 §:n 2 momentissa tarkoitettuna vapaana muunnelmana.

[19] *Meuronen,* m.k.s. 433.

Ulf Bernitz*

Om förbud, särskilt i marknadsdomstolen

1. Förbudssanktionens roll

Förbudet, i regel förenat med vite, såsom sanktion har traditionellt tillmätts ganska litet intresse jämfört med straffet och skadeståndet. Det verkar ju inte repressivt såsom straffet och inte heller reparativt såsom skadeståndet. Det för förbudet karakteristiska är att det fungerar preventivt genom att förbjuda någon att framdeles handla på ett visst, i en dom eller ett myndighetsbeslut närmare angivet sätt.[1] Den som iakttar ett ålagt förbud riskerar ingen påföljd.[2] Att bli ålagd ett förbud brukar inte anses defamerande, i vart fall inte jämfört med att bli ådömd straff. Ett förbud ingriper inte heller direkt i bestående förhållanden, ehuru så indirekt kan bli fallet till följd av att den som ålagts förbud inte fortsättningsvis kan handla på visst sätt och därigenom t ex inte kan fullfölja gjorda avtalsåtaganden.

Av nu antydda skäl har nog juristerna traditionellt betraktat förbudet som en ganska svag sanktion. Kommer vi till immaterialrättens och marknadsrättens områden är emellertid detta en fullständig felsyn. Var och en som haft kontakt med den praktiska verkligheten på dessa fält vet att vad företag, som anser sig utsatta för otillbörliga handlingar från konkurrenters sida, t ex ett pågående varumärkes- eller patentintrång eller en otillåten reklamkampanj, i första hand önskar uppnå är att »få stopp» på den otillåtna verksamheten, helst omedelbart. Skadestånd för liden skada brukar betraktas som något sekundärt, särskilt som svårigheterna att visa den lidna skadans storlek oftast är stora. Intresset för att utkräva straffansvar, vilket i regel innebär ett mindre bötes-

* Professor, docent i privaträtt vid Åbo Akademi.

[1] Nära förbudet står åläggandet (påbudet). Det senare är typiskt sett strängare genom att vederbörande då åläggs ett visst bestämt handlande, t ex en rättelse. Vid ett förbud står ju alla icke förbjudna handlingsmöjligheter fortfarande öppna.

[2] Är vite vid överträdelse av förbud ej utsatt, kan i Finland överexekutor fälla till vite eller föreskriva vite enligt 3 kap 5 § utsökningslagen, Kivimäki-Ylöstalo, Lärobok i Finlands civilrätt. Allmän del, 1961 s 95.

straff, är i regel närmast obefintligt. Mot denna bakgrund kan förbudet rentav framstå som huvudsanktion. Särskilt effektivt som sanktion är det interimistiska (temporära) förbudet, som ju kan slå hårt mot den planerade fortsättningen på en pågående ekonomisk verksamhet.

När det gäller börbud finns en intressant skillnad mellan finsk och svensk rätt. I Finland bröt man tidigare än i Sverige med uppfattningen att förbud inte kan meddelas mot ett handlande som också kan föranleda straffansvar. Så skedde i 1930 års lag mot illojal konkurrens och senare i bl a 1943 års patentlag.[3] I Sverige levde däremot den äldre uppfattningen länge kvar och sålunda fastslog svenska HD i NJA 1948 s 642 (= NIR 1949 s 133), Bönan Lyx att förbud inte kunde meddelas enligt lagen mot illojal konkurrens, eftersom handlandet var straffsanktionerat. I Sverige infördes förbudssanktionen, såvitt gäller här aktuella rättsområden, egentligen först genom 1970 års marknadsföringslag. Den har senare införts i firmalagen 1974 och genom lagändring i patentlagen år 1986. Fortfarande kan i Sverige förbud inte meddelas mot t ex varumärkesintrång, en opraktisk ordning.

Huvudområdet för tillämpning av förbudssanktionen har emellertid i båda länderna kommit att bli den nya marknadslagstiftningen. Genom sin preventiva inriktning på framtida handlande har förbudet som sanktion ansetts kunna knytas till allmänt hållna generalklausuler. Här märks för Finlands del särskilt 2 kap 1 § KSL (konsumentskyddslagen) riktad mot förfarande i marknadsföring som strider mot god sed eller eljest är otillbörligt mot konsumenterna och 3 kap 1 § KSL om oskäligt avtalsvillkor samt 1 § lagen om otillbörligt förfarande i näringsverksamhet riktad mot förfarande som strider mot god affärssed eller eljest är otillbörligt mot annan näringsidkare. Förbudstalan enligt dessa stadganden prövas av marknadsdomstolen. De har i Sverige nära motsvarighet i generalklausulen mot otillbörlig marknadsföring i 2 § i 1975 års marknadsföringslag och generalklausulen mot oskäliga avtalsvillkor i 1 § i 1971 års lag om avtalsvillkor i konsumentförhållanden. Däremot saknar Finland motsvarighet till den svenska 1984 års lag om avtalsvillkor mellan näringsidkare, som ger marknadsdomstolen en motsvarande möjlighet att förbjuda en näringsidkare att ställa upp oskäliga avtalsvillkor i förhållande till andra näringsidkare och som väsentligen syftar till att skydda småföretagare mot oskäliga villkor i ensidigt utformade standardavtal.[4]

I denna uppsats skall jag behandla några frågor om utformningen

[3] Godenhielm, Uppsatser i immaterialrätt 1983 s 68 ff (även i JFT 1965 s 11 ff).

[4] I Finland tillämpas på detta område en frivillig saneringsordning inom näringslivet genom Företagarnas avtalsnämnd, Wilhelmsson, Standardavtal, 1984 s 113 ff.

av förbud inom marknadsrätten som kommit upp i den finska marknadsdomstolens praxis, väsentligen på grund av yrkanden av KO, och som ter sig intressanta också vid en jämförelse med svensk rätt och om man betraktar utformningen av förbud ur ett vidare perspektiv. De frågor som tas upp är följande:

- Hur vidsträckt får ett förbud utformas?
- Hur bör ett förbud formuleras?
- Hur bör ett förbud tolkas i samband med överträdelse av vite?

2. *Omfattningen av förbud*

Utformningen av ett förbud ger upphov till problem som saknar motsvarighet vid bestämmande av straff eller skadestånd. Det måste preciseras i domslutet vilket framtida handlande som är förbjudet. Härvid kommer olika hänsynstaganden in. Görs förbudet alltför snävt kan det lätt kringgås och förfelar då sitt syfte. Å andra sidan får naturligtvis en domstol inte göra ett förbud vidare än som yrkats och erforderligt mot bakgrund av förhållandena i det fall som varit under bedömning. I det mest centrala och oftast använda stadgandet om förbud i finsk marknadsrätt, 2 kap 7 § KSL, föreskrivs — förkortat återgivet — att en näringsidkare, som företagit otillåten marknadsföring, kan förbjudas att fortsätta sådan eller *därmed jämförbar* (kurs. här) markandsföring. I linje härmed stadgas i 3 kap 2 § KSL att näringsidkare kan förbjudas att använda oskäligt avtalsvillkor eller därmed jämförbart avtalsvillkor. Det kan noteras att lagen om otillbörligt förfarande i näringsverksamhet inte är överensstämmande på denna punkt. Enligt dess lagtext (6 §) kan förbud bara riktas mot att en näringsidkare fortsätter eller upprepar lagstridigt förfarande, ej mot »jämförbar» handling. Det förefaller dock osäkert i vad mån en saklig skillnad är åsyftad, eftersom det i lagmotiven till otillbörligt förfarande-lagen uttalas att förbud inte bör formuleras för snävt utan bör, utom det lagstridiga förfarandet, täcka också åtgärder av motsvarande slag.[5]

Vid tillämpningen av KSL uppkommer den intressanta — och från både effektivitets- och rättssäkerhetssynpunkt ganska känsliga — frågan vad som kan förstås med »jämförbar» marknadsföring. Hur vitt får ett förbud utformas? Härvid kan det vara av intresse att jämföra med svensk rätt där motsvarande förbud kan riktas mot »liknande handling». Till den allmänna bakgrunden hör, såsom torde vara välbekant, att man

[5] Prop 1978: 114 s 17.

i förarbetena till KSL finner en benägenhet att särskilt betona konsumentskyddets effektivitet.

Innebörden av uttrycket »upprepa jämförbar marknadsföring» belyses av följande uttalande i motiven:

> Förbudets effektivitet förutsätter, att det inte formuleras alltför snävt. Förbudet bör täcka förutom det konstaterade lagstridiga förfarandet, också åtgärder av motsvarande art. Om inte så sker förlorar förbudet sin betydelse, eftersom det lätt kan kringgås. Förbudets innehåll är beroende av yrkandet i ärendet.[6]

Kort sagt innebär uttrycket, mot bakgrund av motiven, att ett förbud — för att hindra kringgående — kan täcka inte bara den företagna åtgärden utan också åtgärder av motsvarande art.

Ett snarlikt uttryckssätt används i 2 § i den svenska marknadsföringslagen, enligt vilken marknadsdomstolen kan förbjuda en näringsidkare att fortsätta med en lagstridig marknadsföringsåtgärd »eller att företaga annan liknande handling». Det har sitt intresse för en jämförelse att citera vad som sägs härom i de svenska lagmotiven:

> För att ett förbud skall få avsedd effekt är det viktigt att det inte får en alltför snäv utformning. Syftet med förbudet blir givetvis förfelat om det blir möjligt att kringgå det genom att göra en obetydlig justering av ett uttryckssätt eller liknande och därefter fortsätta med ett förfarande som reellt sett är detsamma som har föranlett ingripande från myndigheternas sida. Ett förbud bör därför formuleras så, att det täcker både den konkreta handling som har underställts rådets[7] prövning och andra därmed praktiskt sett likvärdiga åtgärder. Rådet bör kunna förbjuda inte bara att det påtalade förfarandet fortsätts eller upprepas utan också att en annan liknande handling företas. Rättssäkerhetshänsyn kräver emellertid att förbudet konkretiseras så att det klart framgår vilket slags handlingar det avser. Att finna en lämplig formulering som varken är för inskränkt eller för vidsträckt torde ofta vara en svår uppgift och kräva åtskillig omsorg.[8]

Likheterna är påtagliga och det är svårt att finna någon saklig skillnad. De svenska motiven innebär som de finska att ett förbud för att hindra kringgående kan täcka likvärdiga åtgärder. Att en erinran om hänsyn till rättssäkerheten saknas i de finska motiven kan inte gärna åsyfta en skillnad i sak.

I den finska marknadsdomstolens praxis finns ett avgörande där tolkningen av »jämförbar marknadsföring» på ett intressant sätt ställts

---

[6] Prop 1977: 8 s 30.

[7] Härmed förstås marknadsrådet, vilket de första åren (1971—72) var benämningen på svenska marknadsdomstolen.

[8] Svensk prop 1970: 57 s 91.

på sin spets, KO mot Yhtyneet Kuvalehdet Oy, MD:s beslut 1982: 20.

Detta fall hade sin bakgrund däri att marknadsdomstolen i ett tidigare beslut, MD 1981: 16, förbjudit Yhtyneet Kuvalehdet (bolaget) att anordna marknadsföringslotteri på visst sätt. Beslutet innebar i sak att konsumenter som enbart deltog i lotteri inte fick ställas sämre än dem som också knöt affärsförbindelse med bolaget och att detta måste framgå för konsumenterna.[9]

I nu förevarande fall riktade KO talan mot ett annat av bolaget anordnat marknadsföringslotteri. Detta hade erbjudits i en reklambroschyr, som tillställts konsumenterna som direktreklam och vari också erbjöds prenumeration på tidskriften Kotiliesi. KO:s två primära förbudsyrkanden innebar att bolaget skulle förbjudas a) att utforma sitt reklammaterial så att det domineras av lotterierbjudandet och inte av produkten samt b) att arrangera lotterier utan att i reklamen klargöra rätten att delta utan vederlag. Dessa yrkanden hade sin bakgrund i KO:s kritik av den aktuella reklambroschyren.

Härutöver hade emellertid KO ett yrkande c) som innebar att bolaget skulle förbjudas att förfara på ett med punkterna a) och b) jämförbart sätt. Av ansökan framgick att KO:s yrkande c) innebar att förbudet även skulle täcka marknadsföringsåtgärder i andra medier såsom TV-reklam, tidningsannonsering och utereklam. KO hänvisade härvid till effektivitetsskäl; gjordes inte förbudet tillräckligt vidsträckt skulle det mista sin betydelse och förr eller senare leda till ny rättegång. Bolaget bestred att ett förbud med den räckvidd KO:s yrkande c) hade kunde lagligen meddelas.

Kärnan i KO:s yrkande c) var sålunda att ett förbud, som avsåg utformningen av ett direktreklammaterial, skulle utvidgas till att avse helt andra reklammedier, främst TV-reklam. KO vände sig därvid inte mot någon från bolagets sida faktiskt företagen TV-reklam utan stödde sig på lagtextens formulering om jämförbar marknadsföring. Yrkandet var uppenbarligen långtgående och måhända särskilt avsett att testa gränserna för lagens räckvidd.

Marknadsdomstolen förkastade, i denna del enhälligt, KO:s yrkande c). Domstolen framhöll att det inte var möjligt att vid bl a TV-reklam och utomhusreklam erbjuda möjlighet att delta i marknadsföringslotterier- och tävlingar på samma sätt som i en direktreklambroschyr. De överväganden som avsåg den senare kunde inte tillämpas på all marknadsföring.

---

[9] Avgörandet företer, i förbigående anmärkt, betydande likheter med den svenska marknadsdomstolens avgörande 1973: 18, KO mot Reader's Digest AB.

Domstolens ställningstagande synes välbefogat men förtjänar att diskuteras och motiveras litet mer principiellt mot bakgrund av förbudsinstitutets konstruktion. Utgångspunkten är som nämnts att marknadsdomstolen enligt 2 kap 7 § KSL kan förbjuda en näringsidkare att fortsätta en viss lagstridig marknadsföring eller att upprepa en sådan eller därmed jämförbar marknadsföring.

Det framgår av lagtexten, och följer för övrigt av hela konstruktionen av institutet förbud, att vad marknadsdomstolen har att bedöma är en konkret, faktiskt redan företagen marknadsföringsåtgärd (eller flera sådana). KO kan inte påfordra att domstolen prövar en förbudstalan mot en *hypotetisk* marknadsföringsåtgärd, som faktiskt inte har blivit företagen. Detta torde vara ett helt obestritt faktum men bör ändå slås fast.

KO hävdade emellertid i målet att ett förbud, som avsåg utformningen av bolagets direktreklammaterial, skulle kunna utvidgas till andra medier under hänvisning till lagtextens lokution upprepande av jämförbar marknadsföring. Detta förefaller dock vara en alldeles för extensiv lagtolkning. Vad KO i realiteten ville uppnå i fallet synes ha varit ett förbud som var så vidsträckt att det täckte framtida hypotetiska marknadsföringsåtgärder från bolagets sida i olika andra medier, som kunde sägas bygga på ett likartat tema. Det synes dock inte lagligen möjligt att meddela ett förbud med en så vidsträckt räckvidd.

Förbud bör, som framgår av motiven, inte kunna utvidgas utöver den konkret bedömda marknadsföringen till att avse andra motsvarande åtgärder än sådana som framstår som kringgående. Det svenska motivuttalandet att förfarandet skall vara »reellt sett detsamma» verkar stämma väl också på den finska lagregeln. Rör det sig om så olika reklammedier som tryckta reklambroschyrer resp TV-reklam i ord och bild ter det sig uteslutet att en marknadsföringsåtgärd av förevarande slag skulle kunna överföras från det ena mediet till det andra med bibehållen identitet. Däremot kan det finnas goda möjligheter att få snabbt bifall till ett yrkande om temporärt förbud enligt 2 kap 8 § KSL när en marknadsföringsåtgärd, liknande vad som förbjudits i ett medium, dyker upp i ett annat.

Det kan nämnas att den i förevarande fall aktuella rättsfrågan aldrig varit under bedömning i Sverige. Det finns inget fall där den svenske KO underställt den svenska marknadsdomstolen ett förbudsyrkande, som varit så vidsträckt som yrkandet c) i detta fall och som innefattat marknadsföringsåtgärder i helt andra reklammedier än det där marknadsföringsåtgärden ägt rum.[10]

[10] Dock bör påpekas att marknadsföringslotterier i praktiken är förbjudna i Sverige. De kräver särskilt tillstånd enligt lotterilagen, något som enligt fast praxis inte ges.

3. Formulering av förbud

Rättssäkerheten kräver att den part som ålagts ett förbud kan med tillräcklig precision utläsa ur domen vilket handlande som i fortsättningen är förbjudet för hans del. Parten själv torde vanligen önska att detta anges helt konkret. Häremot står dock det redan berörda intresset av att hindra kringgående. Det är lätt att instämma i det ovan citerade svenska förarbetsuttalandet att det kan vara svårt att finna en formulering som varken är för inskränkt eller för vidsträckt.

Den svenska marknadsdomstolen inledde omedelbart vid sin tillkomst en praxis att utforma förbuden mycket konkret och att härtill regelmässigt knyta ett förbud mot att företa »annan liknande handling». Denna teknik, som många gånger lett till oklarhet om förbudens exakta räckvidd, har varit föremål för åtskillig kritik.[11] I Sverige prövas frågor om utdömande av förelagt vite av allmän domstol, ej som i Finland av marknadsdomstolen, och det finns flera avgöranden där talan ogillats på grund av oklart utformade förbud. I ett refererat avgörande uttalade Svea hovrätt att rättssäkerhetshänsyn kräver att förbudet konkretiseras så att det klart framgår vilket slags handlingar det avser.[12] Under de senaste åren har det emellertid skett en markant utveckling i den svenska marknadsdomstolens praxis vad gäller formulering av förbud. Domstolen undviker numera i allmänhet att använda lokutionen »annan liknande handling» och söker i stället explicit ange vilka liknande handlingar som förbudet avser. Detta är en välkommen förändring.

Motsvarande kritik har endast i inledningsskedet kunnat riktas mot finska marknadsdomstolen. Den frångick snart metoden att som normal ordning utnyttja lokutionen jämförbar marknadsföring i själva förbuden till förmån för konkreta förbudsformuleringar. Så har emellertid inte skett konsekvent, som kommer att framgå av det följande.

Att oprecisa förbudsformuleringar inte heller i Finland är ett okänt problem belyses bl a av MD 1982: 3, KO mot Firma Matto-Pörssi. I fallet hade KO utfärdat förbudsföreläggande mot en matthandlare som annonserade om realisationer som pågick under mycket lång tid. I KO:s beslut lämnades en längre redogörelse för matthandlarens förfarande, varefter denne förbjöds »fortsätta med sådan annonsering om realisationsförsäljning som ovan beskrivits». KO yrkade i fallet att mark-

[11] Se Bernitz i tidskriften Konsumenträtt & Ekonomi 1978: 5 s 22 ff och mer ingående Falkbäck, Förbud enligt marknadsföringslagen och avtalsvillkorslagen, Skrifter utgivna av Institutet för Immaterialrätt och Marknadsrätt vid Stockholms universitet nr 6, 1980.

[12] Svensk Juristtidning 1979 ref s 27, Institutet för Ledarskap och Lönsamhet AB. Se vidare Bernitz, Svensk marknadsrätt, 2 uppl, 1986 s 135 f.

nadsdomstolen skulle döma ut det till förbudsföreläggandet knutna vitet eftersom matthandlaren fortsatt realisationerna. Marknadsdomstolen fann det emellertid oskäligt att döma ut vitet under hänvisning till förbudsföreläggandets bristande individualisering.

I sammanhanget kan också erinras om de välbekanta »bokklubbsmålen», där KO gjorde gällande att bokpaket resp bokklubb som innehöll böcker av olika typ utgjorde enligt 2 kap 4 § KSL lagstridiga kombinationserbjudanden.[13] KO yrkade att förfarandet skulle förbjudas såvida det inte förelåg ett uppenbart sakligt samband mellan böckerna med hänsyn till motivkretsen eller författarna. Marknadsdomstolen klarade problemet genom att dess majoritet, klokt nog, ansåg tillräckligt sakligt samband föreligga mellan böcker i allmänhet. Det är emellertid svårt att se hur ett förbud avgränsat utifrån olika böckers motivkrets skulle kunna fylla rimliga rättssäkerhetskrav på precision. Uttrycket »motivkrets» kan när det gäller böcker uppfattas inskränkt eller vidsträckt på många skilda sätt utan att den ena bestämningen kan sägas vara mindre närliggande än den andra. Många böcker är f ö så skrivna att de kan ordnas in under ett flertal olika »motivkretsar».

Ett intressant avgörande i marknadsdomstolen angående utdömande av vite på den grunden att ett förbud påstått ha överträtts och som belyser betydelsen av formuleringen av förbud är MD 1984: 1, KO mot Oy Valitut Palat-Reader's Digest Ab. Bakgrunden var följande.

Bolaget erbjöd den som beställde varor ur bolagets postorderkatalog (böcker m m) utan kostnad en s k miniatyralarmapparat (egentligen en ficklampa med larmknapp), vilken fick behållas som »introduktionsgåva» även om kunden returnerade den beställda varan med utnyttjande av sin returrätt enligt 6 kap KSL. Marknadsdomstolen fann att köp skedde i samband med beställningen — i sig enligt min mening en korrekt bedömning av ett intressant juridiskt spörsmål — och att apparaten utgjorde ett tilläggserbjudande enligt 2 kap 4 § KSL utan något uppenbart sakligt samband med huvudvarorna. I beslutet förbjöds bolaget vid vite att i sin marknadsföring erbjuda de konsumenter som beställer böcker etc vederlagsfritt en miniatyralarmapparat eller göra något därmed jämförbart erbjudande (MD 1982: 7). Detta är ett av de få fall från senare år som jag träffat på, där domstolen i ett förbud utan närmare specificering inkluderat »jämförbar» marknadsföring.

KO förde något år senare talan mot bolaget under påstående att det

[13] MD 1984: 2, KO mot Koko Kansan Kirja-Kerho Oy och MD 1984: 4, KO mot Werner Söderström Oy.

överträtt förbudet genom att vid postförsäljning erbjuda dem som beställde boken Uppfinningar genom tiderna en gratis vätskekristalltermometer. KO menade att detta var ett »jämförbart» erbjudande. Bolaget gjorde gällande bl a att förbudet var oklart formulerat och att rättssäkerheten krävde en restriktiv tolkning av dess räckvidd. Marknadsdomstolen fann att uppenbart sakligt samband inte förelåg mellan den ifrågavarande boken och termometern men att det framgick av motiveringarna till det tidigare avgörandet att förbudet knutits till beställning av vilken som helst vara ur katalogen. Domstolen fann sålunda att bolaget inte överträtt förbudet.

Avgörandet visar att marknadsdomstolen tillmäter rättssäkerhetssynpunkter stor respekt i denna typ av ärenden. Den av KO intagna ståndpunkten synes ju mycket väl försvarlig. Framför allt belyser emellertid fallet svagheten med att helt allmänt låta ett förbud avse jämförlig handling. Det är naturligt att en så vag bestämning kan tolkas olika och när saken ställs på sin spets tvingas domstolen att inta en försiktig hållning av rättssäkerhetsskäl.

Betydelsen av förbuds formulering framgår även av ett snarlikt fall om tilläggserbjudanden vid postförsäljning som fått motsatt utgång. Marknadsdomstolen förbjöd i avgörandet MD 1981: 22, KO mot Yves Rocher Finlande Oy, detta bolag att vid beställning för visst minimibelopp erbjuda konsumenterna såsom tilläggsförmån någon förnödenhet som saknar uppenbart sakligt samband med någon av huvudprodukterna. När så skedde ånyo, låt vara att de faktiskt använda tilläggsvarorna var annorlunda, befanns förbudet vara överträtt (MD 1985: 9).

4. Slutord

Förbudssanktionens användning och betydelse synes öka successivt, i vart fall inom marknadsrätten och immaterialrätten, trots att den ju har karaktären av »gå, men synda icke mer». Sålunda har efter konkurrensfrämjandelagens ändring 1984 konkurrensrådet givits befogenhet att meddela förbud mot konkurrensbegränsande avtal och regleringar som medför skadlig verkan och som ej låtit sig undanröjas genom förhandling.[14] Vidare har marknadsdomstolen nyligen givits befogenhet att meddela förbud enligt lagen om otillbörligt förfarande i närings-

[14] 22 § konkurrensfrämjandelagen, se prop 1984: 100. Förhållandet mellan konkurrens- och marknadsföringslagstiftning i Finland mer allmänt har tidigare bl a behandlats av Bernitz i Defensor Legis 1977 s 213 ff.

verksamhet också när en näringsidkare utnyttjat annans affärshemlighet eller tekniska förebild m m (6 § OFL).

De frågor om räckvidd och formulering av förbud som här diskuterats, väsentligen med sikte på marknadsdomstolens praxis, bör mot denna bakgrund också ha ett bredare intresse. De av marknadsdomstolen meddelade förbuden synes i dag ha en klarare och mer precis utformning än fallet var i början av domstolens verksamhet. De farhågor, som inom näringslivet kan ha funnits i samband med lagstiftningens tillkomst för en hårdhänt tillämpning av vida och vaga förbud verkar inte ha besannats, även om det från principiell synpunkt ter sig mer tilltalande att frågor om utdömande av viten på grund av överträtt förbud handläggs av en annan instans än den som har meddelat förbudet.

Vid utformningen av förbud bör, som de behandlade fallen visar, rättssäkerheten ställas i centrum. Huvudsyftet måste vara att ge den, mot vilken ett förbud riktas, konkret och klar information om vad som han har blivit förbjuden att göra så att han vet hur han skall inrätta sitt fortsatta marknadsuppträdande. Oklarhet om räckvidden av ett förbud bör därför domstolar och myndigheter låta verka till fördel för den mot vilken förbudet har riktats. Dessa krav är enligt min mening på intet sätt oförenliga med ett effektivt skydd för konsumenter och konkurrenter mot otillbörliga förfaranden, förutsatt att utformningen av förbuden ägnas tillräcklig omsorg. Denna sida av saken torde med fördel kunna uppmärksammas mer under själva processen än som vanligen torde ske.

Martti Castrén

Passiviteettisäännön soveltamiskysymys toiminimen ja tavaramerkin välisessä suhteessa

1. Aikaprioriteettisäännöstä. Rekisteröinti ja vakiinnuttaminen ovat periaatteessa samanveroisia toiminimi- tai tavaramerkkioikeuden syntymisperusteita. Sille, joka on aikaisemmin rekisteröittänyt tai vakiinnuttanut toiminimen tai tavaramerkin eli joka *voi vedota aikaisempaan oikeusperusteeseen,* on annettava etusija ratkaistaessa oikeutta sekoitettavissa oleviin toiminimiin tai tavaramerkkeihin koskevaa riitaa (TNimiL 6.1 §, TMerkkiL 7 §).

Viitattu aikaprioriteettisääntö koskee *kollisiotilanteita.* Niille on luonteenomaista, että kaksi oikeutta sattuu yhteen eikä molempia voida toteuttaa samanaikaisesti, ts. kollisioristiriita on ratkaistava jommankumman osapuolen hyväksi.[1] Tarkoitetuissa erityistilanteissa kysymys on siis siitä, että molemmat osapuolet voivat oikeusperusteena vedota rekisteröintiin tai vakiinnuttamiseen, mutta sen heistä, jonka oikeusperuste on syntynyt myöhemmin, on väistyttävä.[2] Mikäli tämä osapuoli käyttää sekoitettavissa olevaa toiminimeään tai tavaramerkkiään, voidaan häneen kohdistaa toiminimen tai tavaramerkin loukkaukseen perustuvia vaatimuksia.

Aikaprioriteettisäännön ilmaiseva TNimiL 6.1 § näyttäisi sanamuotonsa puolesta koskevan vain kahden sekoitettavissa olevan *toiminimen* välistä suhdetta. TMerkkiL 7 §:ssä puolestaan puhutaan *tavaran tunnusmerkeistä,* minkä voidaan katsoa tarkoittavan paitsi tavaramerkkejä muitakin tavaramerkin tapaan käytettäviä kaupallisia tunnusmerkkejä. Niistä mainittakoon luonnollisina tavarannimityksinä pidettävät toiminimi ja normaalisti sen iskuosasta l. ydinosasta muodostuva ns. toissijainen tunnus.[3]

---

[1] Ks. *Zitting, Simo — Rautiala, Martti*: Esineoikeuden oppikirja. Yleinen osa, 5 p., Vammala 1982, s. 3.

[2] Ks. *Drockila, Lauri,* Kollisiotilanteista tavaramerkkioikeudessa, LM 1979 s. 648 s.

[3] Samassa laajuudessa tulkitaan Ruotsin tavaramerkkilain vastaavassa 7 §:ssä olevaa termiä »varukännetecken». Ks. *SOU 1958:10* (Förslag till varumärkeslag) s. 260.

2. Poikkeukset aikaprioriteettisäännöstä. Aikaprioriteettisäännön johdonmukainen soveltaminen saattaa johtaa kohtuuttomuuteen erityisesti silloin, kun myöhempi tunnusmerkki on aikaisemman merkin haltijan passiivisuuden johdosta ehtinyt tulla vakiintuneeksi tai kun myöhempi merkki, vaikka sitä ei ole käytetty niin laajalti että se olisi vakiintunut, on ollut rekisteröitynä sekä laajanpuoleisessa käytössä ja aikaisemman merkin haltija, jonka oikeus perustuu pelkästään vakiinnuttamiseen, on kannetta nostamatta antanut kulua pitkähkön ajan, jonka kuluessa toinen on saanut häiriintymättä käyttää merkkiään. Tällaisissa tapauksissa olisi kohtuutonta pakottaa myöhempi käyttäjä luopumaan merkistään.[4]

Kohtuussyistä onkin *tavaramerkkilakiin* sisällytetty ensinnäkin näin kuuluva ns. *prekluusiosääntö* (8 §): »Vaikka rekisteröity tavaramerkki, jota on laajahkosti käytetty, on sekoitettavissa aikaisempaan vakiintuneeseen merkkiin, jota ei ole rekisteröity, älköön myöhemmän merkin käyttämistä kiellettäkö, jos rekisteröintiä on haettu vilpittömässä mielessä ja se on ollut voimassa viisi vuotta rekisteröintipäivästä, ennen kuin kanne sen mitättömäksi julistamisesta pannaan vireille.» Vastaavaa sääntöä ei sisälly *toiminimilakiin.* Myöhempää toiminimeä koskevan rinnakkaiskäyttöoikeuden myöntäminen vastaavassa tapauksessa ei ottaen huomioon järjestysnäkökohdat ja mm. vilpitöntä mieltä koskevat todisteluvaikeudetkin olisi asianmukaista; onhan toiminimessä sentään kysymys yrityksen nimestä.

Niin ikään kohtuussyistä on tavaramerkki- ja toiminimilakeihin sisällytetty ns. *passiviteettisääntö*, jonka sisältö on olennaisesti sama kummassakin laissa:

> »Jos vakiintunut *tavaramerkki* on sekoitettavissa toisen aikaisemmin rekisteröityyn tai vakiintuneeseen *tavaramerkkiin* eikä aikaisemman merkin haltija ole kohtuullisessa ajassa ryhtynyt toimiin myöhemmän merkin käytön estämiseksi, älköön hänellä enää olko valtaa kieltää sen käyttämistä (TMerkkiL 9 §).»
>
> »Jos *toiminimi* on vakiintunut eikä siihen sekoitettavissa olevan vanhemman *toiminimen* haltija ole kohtuullisessa ajassa ryhtynyt toimiin myöhemmän toiminimen käytön estämiseksi, pysyy oikeus vakiintuneeseen toiminimeen vanhemman oikeuden rinnalla. ——— (TNimiL 6.2 §).»

Kummassakin siteeratussa säännöksessä puhutaan pelkästään samanlajisista kaupallisista tunnusmerkeistä, TMerkkiL 9 §:ssä vain tavaramerkeistä ja TNimiL 6.2 §:ssä vain toiminimistä. Passiviteettisäännön soveltamista joudutaan kuitenkin harkitsemaan silloinkin, kun myö-

[4] Ks. *KM 1960:2* (Tavaramerkkilakikomitean mietintö) s. 17 s.

hempi vakiintunut tunnusmerkki on *tavaramerkki,* joka on sekoitettavissa *toiminimeen,* tai kun päinvastoin *toiminimi* myöhempänä vakiintuneena tunnusmerkkinä on sekoitettavissa *tavaramerkkiin.* Seuraavassa tarkastellaan, voiko lainkohdissa tarkoitettu *rinnakkaiskäyttöoikeus* syntyä sellaisissakin tapauksissa, huolimatta lainkohtien ahtaasta sanamuodosta.

3. Aikaprioriteettisääntö tavaramerkin ja toiminimen välisessä suhteessa. Passiviteettisäännön soveltamista koskevan esitetyn kysymyksen ratkaisun pitäisi mielestäni luontevasti niveltyä siihen, miten laajasti aikaprioriteettisääntöä sovelletaan erilajisten kaupallisten tunnusmerkkien, so. tavaramerkin ja toiminimen, välisessä suhteessa. Toiminimi- ja tavaramerkkilaeista ilmenee riidattomasti, että aikaprioriteettisääntöä sovelletaan paitsi samanlajisten tunnusmerkkien myös toiminimen ja tavaramerkin välisessä suhteessa. Tämä ilmenee edellä viitatusta TMerkkiL 7 §:stä verrattuna TNimiL 6.1 §:ään. Niiden mukaan aikaprioriteettisääntöä sovelletaan silloin, kun toiminimen väitetään sisältävän jotakin sellaista, joka on sekoitettavissa toisen suojatun tavaramerkin kanssa (TNimiL 10 § 4 kohta). Itsestään selvää on, ettei toiminimeen myöskään saada sisällyttää toisen suojattua tavaramerkkiä sellaisenaan.[5] Näiden sääntöjen rikkomukset ovat tavaramerkinloukkauksia, joista oikeusseuraamukset määrätään, kuten erityisesti TNimiL 4.1 §:stä ilmenee, toiminimilain säännöksiä soveltaen. Toisaalta tavaramerkkilaissa (3 § 3 mom.) kielletään ottamasta tavaramerkkiin toisen nimeä tai toiminimeä eikä pääsääntöisesti myöskään toisen aputoiminimeä tai toissijaista tunnusta. Näissä tapauksissa kuten myös esim. silloin, kun tavaramerkin väitetään olevan sekoitettavissa toisen suojatun toiminimen kanssa, määritellään aikaprioriteettisäännön avulla, onko toiminimelle (tai aputoiminimelle tahi toissijaiselle tunnukselle) annettava etusija suhteessa tavaramerkkiin. Mikäli vastaus on myönteinen, määrätään toiminimenloukkauksen oikeusseuraamukset tavaramerkkilain säännöksiä soveltamalla.[6]

4. Passiviteettisääntöä koskevista lakiesitöistä. Oikeusvertailua. Koska aikaprioriteettisääntöä edellä esitetyn mukaisesti sovelletaan tavaramerkin ja toiminimen välisessä suhteessa, vaatisi johdonmukaisuus, että aikaprioriteettisäännöstä merkittävänä poikkeuksena pidettävää passiviteettisääntöäkin sovellettaisiin vastaavassa laajuudessa.

---

[5] Ks. *Castrén, Martti,* Toiminimi, Mikkeli 1984, s. 95.

[6] Ks. myös *Bernitz, Ulf — Karnell, Gunnar — Pehrson, Lars — Sandgren, Claes,* Immaterialrätt, Stockholm 1983, s. 148: »Som minnesregel gäller att det är den typ av kännetecken (varukännetecken eller näringskännetecken) som begår det eventuella intrånget som avgör vilken lag som är tillämplig (varumärkes- eller firmalagen).»

Selvitettäessä kysymystä lakiesitöiden valossa kiinnitetään aluksi huomiota Suomen nykyistä tavaramerkkilakia valmistelleen *Y. J. Hakulisen* ja *Paavo Ant-Wuorisen* muodostaman komitean mietintöön vuodelta 1960. Siinä todetaan seuraavaa: »9 §:n säännös, jonka mukaan aikaisemman merkin haltija ei voi kohdistaa sekaannusvaaraväitettä myöhemmän merkin haltijaan, jos tämä on ensiksi mainitun passiivisuuden seurauksena saanut merkkinsä vakiinnutetuksi, on laadittu niin, että siinä otetaan vanhempana tavaran tunnusmerkkinä huomioon myös elinkeinonharjoittajan nimi ja toiminimi. Niin ollen myös se etuoikeus, joka jollakulla on tällaisen luonnollisen tavarannimityksen käyttämiseen, voi vastaavasti supistua, ellei oikeutta tehokkaasti valvota.»[7] Komiteanmietinnön ehdotuksessa 9 §:n tekstiksi mainitaankin nimenomaan paitsi tavaramerkki myös nimi ja toiminimi vanhempina tunnusmerkkeinä.[8]

Tavaramerkkilakikomitea jätti kuitenkin 19. 12. 1961 valtioneuvostolle muistion, joka sisälsi muutoksia komiteanmietinnön sisältämään lakiehdotukseen verrattuna. Muistioon sisältyvässä 9 §:n tekstissä ei enää nimenomaisesti viitata nimeen ja toiminimeen vanhempana tunnusmerkkinä, vaan sellaisena tunnusmerkkinä mainitaan kuten nykyisin voimassa olevassa TMerkkiL 9 §:ssäkin ainoastaan rekisteröity tai vakiintunut tavaramerkki. Muistiossa komitea katsoo, että 9 §:n ei pitäisi koskea tapauksia, joissa joku käyttää tavaramerkkinä toisen suku- tai toiminimeä siten, että tuo käyttö toisen passiivisuuden johdosta johtaa tavaramerkin vakiintumiseen. Komitean mukaan 9 §:n soveltamisalan supistuksesta ei kuitenkaan aiheudu haittaa, sillä toisen nimen tai toiminimen kaltaisen tavaramerkin vakiinnuttaminen voi perustaa vakiinnuttajalle yksinoikeuden tavaramerkkiin vain edellytyksellä, että nimi tai toiminimi on tavaramerkinomaisen käytön johdosta saanut uuden merkityksen (*toissijainen merkitys l. secondary meaning*) niin, ettei yleisö enää käsitä sitä nimeksi tai toiminimeksi vaan tavaramerkiksi.[9] Ristiriita tavaramerkin ja esim. toiminimen välillä on tällöin komitean mielestä pikemminkin näennäinen kuin todellinen, ja ristiriita voidaan saada ratkaistuksi sisällyttämättä tapausta 9 §:n piiriin. Ratkaisuna on silloisen TMerkkiL 3 §:n 2 mom:n (jota nykyisin vastaa 3 § *3* mom.) mukaisen kiellon ottaa tavaramerkkiin toisen nimi tai toiminimi tahi toissijainen tunnus (johon samat näkökohdat soveltuvat) poissulkeutuminen tarkoitetuissa tapauksissa.[10]

[7] Ks. *KM 1960:2* s. 29.

[8] Ks. *KM 1960:2* s. 6.

[9] Ks. *tavaramerkkilakikomitean 19. 12. 1961* valtioneuvostolle jättämä (julkaisematon, valokopioitu) *muistio* s. 19 s.

[10] Ks. ed. alav. mainittu muistio s. 20, *Hakulinen, Y. J.,* Tavaramerkkioikeus, Hel-

Muistioon sisältyviä em. näkökohtia esim. toiminimen osalta ei kuitenkaan toisteta hallituksen esityksessä tavaramerkkilaiksi, eikä muistiota ole julkaistu. Tämä vähentää muistion painavuutta lainsäätäjän tarkoitusta pohdittaessa. Toisaalta hallituksen esityksessä korostetaan sitä, että on pyritty yhdenmukaisuuteen erityisesti *Ruotsin* lopullisen tavaramerkkilain kanssa. Kuten Ruotsin tavaramerkkilakikomitea toteaa, otetaan Ruotsin tavaramerkkilain passiviteettisäännöksessä (9 §) vanhempana tunnusmerkkinä huomioon myös elinkeinonharjoittajan nimi ja toiminimi. Tämä ilmenee Ruotsin lain aikaprioriteettia koskevan pääsäännön (7 §) laveasisältöisestä terminologiasta »tvist om rätt till *varukännetecken*» verrattuna 9 §:n tekstiin »Har *kännetecken* inarbetats ——— äldre rätt till förväxlingsbart *kännetecken*».[11]

Muista pohjoismaista puheen ollen *Tanskan* tavaramerkkilain näin kuuluva passiviteettisääntö (9.1 §) muistuttaa po. suhteessa terminologialtaan Suomen lain vastaavaa sääntöä: »En yngre ret til et *varemærke* kan også bestå ved siden af en ældre ret til et ——— *mærke,* såfremt indehaveren af det ældre *mærke* ikke ———.» Tämän passiviteettivaikutusta tavaramerkkien välisessä suhteessa koskevan säännöksen *analoginen* soveltaminen tavaramerkkioikeuden ja vanhemman toiminimi- tai nimioikeuden välisissä »konfliktitilanteissa» (konflikttilfaelde) on lakia valmistelleen komitean mukaan mahdollista;[12] vastaava kanta esiintyy Karnovin lakikokoelman 9.1 §:ää koskevissa kommenteissa.[13] *Norjan* tavaramerkkilain vastaava passiviteettisäännös (9a §) puolestaan on sanonnaltaan yhtä laaja kuin Ruotsin laki,[14] ja asianomaisessa norjalaisessa komiteanmietinnössä katsotaan passiviteettisäännön tulevan sovellettavaksi myös elinkeinonharjoittajan nimen tai toiminimen ollessa vanhempana tunnusmerkkinä.[15]

Edellä on tarkasteltu tavaramerkkilakia koskevia kotimaisia ja muiden pohjoismaiden lakiesitöitä. Tällöin kysymys on tapauksista, joissa vanhempana tunnusmerkkinä on esimerkiksi toiminimi ja myöhempänä tunnusmerkkinä tavaramerkki. Sen sijaan päinvastaista ongelmaa

---

sinki 1954, s. 37 s. ja ratkaisu *KHO 1969 II 182*: »Enär varumärket REGO, som skulle beaktas som en väsentlig del av sökandens firma, var den väsentliga delen av Oy Rego Ab:s firma, ty och då det icke visats, att det icke skulle vara ägnat att uppfattas såsom Oy Rego Ab:s nämnda firmabeståndsdel, lät HFD, med beaktande av 14 § 1 mom. 4 punkten samt 2 § 1 och 3 mom. varumärkeslagen, förbliva vid det slut besvärsavdelningens beslut innehöll.

[11] Ks. *SOU 1958:10* s. 80 s.

[12] Ks. *Betænkning 1958:199* (vedrørende en ny dansk lov om varemærker) s. 115.

[13] Ks. *Karnovs lovsamling,* 10 p 1982 s. 2748.

[14] Norjan lain 9a §:ssä käytetään laajoja käsitteitä »Yngre rett till kjennetegn» ja »eldre rett».

[15] Ks. *Innstilling til lov om varemerker.* Bergen 1958 s. 34.

ei pohjoismaisissa lainvalmistelutöissä Ruotsia lukuunottamatta ole lainkaan huomioitu. Vanhempana tunnusmerkkinä on silloin tavaramerkki ja myöhempänä tunnusmerkkinä esimerkiksi toiminimi. Ruotsin toiminimilain asianomainen 8.1 § kuuluu seuraavasti: »Har näringskännetecken inarbetats, får rätt därtill bestå vid sidan av äldre rätt till förväxlingsbart *kännetecken,* om innehavaren av den äldre rätten ej inom rimlig tid inskridit mot användningen av det förstnämnda kännetecknet.» Ruotsin toiminimilakikomitean mietinnössä viitataan tavaramerkkilain passiviteettisäännöstä koskeviin tavaramerkkilakikomitean perusteluihin;[16] laveasisältöiseltä terminologialtaan (»äldre rätt till förväxlingsbart *kännetecken*») Ruotsin tavaramerkkilain ja toiminimilain passiviteettisäännökset ovat olennaisesti yhdenmukaiset. Näin ollen Ruotsin toiminimilain 8.1 §:ssä voidaan ottaa vanhempana tunnusmerkkinä huomioon toiminimen lisäksi mm. tavaramerkki.

5. TMerkkiL 3 §:n 3 mom:iin ja TNimiL 10 §:ään sisältyvät kiellot ja vakiinnuttaminen. Tavaramerkkiin ei saa ottaa toisen nimeä tai *toiminimeä.* Sama kielto koskee myös toisen *aputoiminimeä* tai *toissijaista tunnusta,* paitsi milloin näiltä puuttuu erottamiskyky tai kysymys on eri toimialoista tai tavaralajeista (TMerkkiL 3 § 3 mom.). Vastaavasti toiminimessä ei TNimiL 10 §:n 4 kohdan mukaan saa ilman asianmukaista suostumusta olla mitään sellaista, joka on sekoitettavissa toisen suojatun toiminimen, toissijaisen tunnuksen tai *tavaramerkin* kanssa.

Tavaramerkkilakikomitea katsoo siteeratussa muistiossaan vuodelta 1961, että TMerkkiL 9 §:n sisältämän passiviteettisäännön ei pitäisi koskea tapauksia, joissa joku käyttää tavaramerkkinä toisen suku- tai *toiminimeä* siten, että tuo käyttö toisen passiivisuuden vuoksi johtaa tavaramerkin vakiintumiseen. Vaikka toiminimilain esitöissä ei ole pohdittukaan päinvastaista tapausta, olisi hyväksyttäessä muistiossa esitetty kanta johdonmukaisuussyistä jätettävä TNimiL 6 §:n 2 mom:n sisältämä passiviteettisääntö soveltamatta, milloin joku käyttää toiminimenään, aputoiminimenään tai toissijaisena tunnuksenaan toisen *tavaramerkkiä* siten, että tuo käyttö toisen passiivisuuden vuoksi johtaa toiminimen vakiintumiseen.

Mikäli näin meneteltäisiin, voitaisiin passiviteetti kummassakin tapauksessa ottaa huomioon enintään silloin, kun asianomainen vanhempi tunnusmerkki on myöhemmän tunnusmerkin käytön johdosta saanut uuden merkityksen (*toissijainen merkitys l. secondary meaning*) niin, että yleisö tai muulla tavoin määräytyvä tunnusmerkin kohderyhmä ei enää vanhemman tunnusmerkin ollessa esimerkiksi toiminimi kä-

[16] Ks. *SOU 1967:35* s. 197, *SOU 1958:10* s. 70 ss., 262 ss.

sitä sitä toiminimeksi vaan tavaramerkiksi ja päinvastoin.[17] Tällöin jätetään TMerkkiL 3 §:n 3 mom:n ja TNimiL 10 §:n 4 kohdan mukaiset viitatut kieltonormit soveltamatta, kuten lainvalmistelutöiden ja oikeuskirjallisuuden mukaan voidaan menetellä.[18] Tunnusmerkkien ei myöskään tuolloin voida katsoa olevan sekoitettavissa keskenään.

Milloin tunnusmerkki saa mainitunlaisen merkityksen, on tunnusmerkki uudessa merkityksessään samalla *vakiintunut,* ts. asianomaisen kohderyhmän yleisesti tuntema.[19] Tapaukset, joissa tunnusmerkin uusi merkitys johtaa aikaisemman merkityksen häviämiseen kohderyhmän keskuudessa, lienevät kuitenkin poikkeuksellisia.[20] Yleisempää on, että aikaisempikin merkitys säilyy uuden merkityksen jo vakiinnuttua. Käsitteellisesti toissijaisesta merkityksestä puhuminen saattaa olla harhaanjohtavaa, jos tunnusmerkki kohderyhmän keskuudessa ymmärretään kahdella eri tavalla, sekä toiminimeksi että tavaramerkiksi,[21] jotka kumpikin ovat vakiintuneita ja sekoitettavissa keskenään. Tavaramerkin ja toiminimen vakiinnuttaminen ei lukuunottamatta Kodak-tunnusmerkkejä edellytä, että esim. enemmistö kohderyhmään kuuluvista tuntee tunnusmerkin. Vakiinnuttamiseen riittää normaalisti, että niin suuri osa kohderyhmää tuntee tunnusmerkin, että merkki sitä kautta on saanut goodwill-arvon l. liikearvon.[22]

Uuden merkityksen tunnusmerkki saattaa tietenkin saada, vaikka tunnusmerkki olisi sekä aikaisemmassa edelleen säilyneessä merkityksessään että uudessa merkityksessään samaa lajia, esim. kysymys on uuden tavaramerkinomaisen merkityksen saaneesta tavaramerkistä. Se, että TMerkkiL 9 §:n sisältämää passiviteettisääntöä voidaan soveltaa

---

[17] Ks. *tavaramerkkilakikomitean 19. 12. 1961* valtioneuvostolle jättämä (julkaisematon, valokopioitu) *muistio* s. 19 s.

[18] Ks. TMerkkiL 3 §:n 3 mom:n osalta *Hakulinen, Y. J.,* Tavaramerkkioikeus, Helsinki, 1954 s. 37 s., 80 (tuolloin tarkoitettu kielto sisältyi TMerkkiL 3 §:n *2* mom:iin) ja TNimiL 10 §:n osalta *HE 1978:238* (Hallituksen esitys uudeksi toiminimi- ym. lainsäädännöksi) s. 25 ja *Castrén, Martti,* Toiminimi, Mikkeli 1984, s. 142 s.

[19] Ks. toiminimen vakiintumisesta mm. *Castrén,* mt. s. 48 ss. kirjallisuusviittauksin ja tavaramerkin vakiintumisesta mm. *Drockila,* Tavaramerkin vakiinnuttaminen, LM 1977 s. 151 ss., *Holmqvist, Lars,* Om inarbetning av varukännetecken, NIR 1975 s. 265 ss.

[20] Ks. tällaista poikkeuksellista tapausta koskenutta *Ruotsin patentti- ja rekisterilaitoksen* erästä *ratkaisua 13. 3. 1970* (päätösn:o 50/70, selostettu Holger Carlman, Varumärket, Helsingborg 1976 s. 160): Sana »Michelin», jota haettiin rekisteröitäväksi tavaramerkkinä, oli notorisesti niin voimakkaasti vakiintunut rekisteröinnin hakijan tavaramerkkinä ja toiminimen ydinosana, että Ruotsin markkinoilla em. sanaa ei enää käsitetty sukunimeksi, vaikka Ruotsissa tosin saattoi löytyä henkilöitä, joilla oli sama sukunimi. Tämän vuoksi Ruotsin tavaramerkkilain 14 §:n 1 mom:n 4 kohdan mukaista ns. sukunimirekisteröintiestettä ei ollut olemassa.

[21] Ks. *Drockila,* LM 1977 s. 149 s.

[22] Ks. *Castrén,* mt. s. 49., *HE 1978:238* s. 18, *Drockila,* LM 1977 s. 154 ss., *SOU 1958:10* s. 222 s.

tässä tapauksessa, mutta sääntö jäisi soveltamatta vanhemman tunnusmerkin ollessa esimerkiksi toiminimi mutta olosuhteiden ollessa muuten vastaavat, ei olisi riittävästi perusteltua ottaen huomioon passiviteettisäännön taustalla olevat kohtuusnäkökohdat. Passiviteettisäännön soveltaminen edellyttää sitä paitsi aina siinä määrin erityislaatuisia olosuhteita, mitä tulee ajan kulumiseen ym. seikkoihin, että passiviteettisääntöä ei olekaan Pohjoismaissa kuin harvoin sovellettu samanlajistenkaan tunnusmerkkien välisessä suhteessa.[23]

Ottaen huomioon esitetyt seikat ja toiminimi- ynnä tavaramerkkilain esitöistä, mm. hallituksen esityksistä, ilmenevä pyrkimys yhteneväisyyteen Ruotsin lain kanssa ei tavaramerkkilakikomiteamme muistiossa esitettyä em. kantaa ole aihetta hyväksyä. Onkin lähdettävä siitä, että TMerkkiL 3 §:n 3 mom:n ja TNimiL 10 §:n kiellot eivät estä TMerkkiL 9 §:n ja TNimiL 6 §:n 2 mom:n sisältämien sanamuodoltaan tosin rajoitettujen passiviteettisääntöjen *analogista* soveltamista myös vanhemman tunnusmerkin ollessa esimerkiksi toiminimi ja myöhemmän tunnusmerkin ollessa puolestaan tavaramerkki tai päinvastoin. Mainitut kiellot eivät siis ole tarkoitetussa suhteessa ehdottomia.

Passiviteettivaikutus aikaansaa kummassakin tapauksessa *rinnakkaiskäyttöoikeuden.* Sekaannusvaaran välttämiseksi voi tuomioistuin kummassakin tapauksessa määrätä, että jompaakumpaa tai kumpaakin tunnusmerkkiä saadaan käyttää vain erityisellä tavalla, kuten esimerkiksi lisäämällä tunnusmerkkiin paikannimi tai tekemällä merkkiin muu selvennys (TMerkkiL 10.1 §, TNimiL 6.2 §).

6. Oikeuskäytäntöä. Helsingin hovioikeus sovelsi eräässä *ratkaisussaan vuodelta 1985* TMerkkiL 9 §:n ja TNimiL 6 §:n 2 mom:n säännöksiä tarkoitetulla tavalla analogisesti seuraavassa tapauksessa (ei lainvoimainen):[24]

> Kantaja ja vastaaja olivat hammashoidon alalla toimivia yhtiöitä. Kantaja perusti kanteensa lähinnä siihen, että hän oli vuonna 1974 ottanut käyttöön ja vuonna 1975 hakenut tavaramerkin »FINNDENT» rekisteröintiä, joka oli myönnetty vuonna 1980. Vastaaja perusti vastauksensa siihen, että hän oli vuonna 1975 kantajan jälkeen hakenut ja hänet olikin vuonna 1976 merkitty kaupparekisteriin toiminimellä »Finndent Oy», jonka jälkeen oli esteettä saanut käyttää toiminimeään. Vastaaja oli vuonna 1976 luovuttanut sopimuksella kantajalle Suomea koskevan yksinmyyntioikeuden valmistamaansa potilastuoliin. Tuolissa käytettiin »FINN-

[23] Ks. näistä tapauksista esim. *Castrén*, mt. s. 105 alav. 6 ja 107 alav. 9—11 selostettuja ratkaisuja.

[24] Ks. *H:gin HO t. 274/5. 6. 1985,* S 1983/418.

DENT» tunnusta, mutta sopimuksessa ei ollut selvitetty, kummalle tunnus kuului.

Kantajan ja vastaajan sopimus päättyi vuonna 1980. Kantaja kielsi vastaajaa tämän jälkeen jatkamasta toiminimen »Finndent Oy» käyttöä, katsoen itsellään olevan paremman oikeuden »FINNDENT» tunnukseen. Vastaaja kiisti kanteen ja esitti mm., ettei sekaantumisvaaraa ollut hammaslääkärinkojeiden ostajakunnan asiantuntemuksen vuoksi olemassa, eikä vastaajayhtiö käyttänyt toiminimeään tavaramerkinomaisesti. Joka tapauksessa vastaajan mielestä kantaja oli sallimalla vastaajan vuosikausia huomautuksitta käyttää toiminimeään menettänyt oikeutensa kanteessa nyt esittämiinsä vaatimuksiin (rekisteröinnin kumoaminen, käyttökielto, vahingonkorvaus), joiden hyväksyminen johtaisi ilmeiseen kohtuuttomuuteen.

Helsingin raastuvanoikeus, todeten ettei em. sopimukseen, jonka vastaajayhtiö oli tehnyt nimenomaan toiminimellään »Finndent Oy», ollut sisällytetty mainintaa siitä, että vastaajan oikeus toiminimeensä olisi jollakin tavoin rajoitettu, katsoi jääneen näyttämättä, että kantaja, joka viimeistään em. yksinmyyntisopimuksen teon yhteydessä oli tullut tietoiseksi vastaajayhtiön nimestä, olisi ennen joulukuun 8 päivää 1980 (jolloin toiminimen käytön kieltävä kantajan kirje oli päivätty) millään tavoin ilmoittanut vastustavansa tai tulevansa myöhemmin, olosuhteiden mahdollisesti muututtua, vastustamaan vastaajayhtiön oikeutta käyttää toiminimeään. Tämän vuoksi ja kun kantajayhtiön oli tuon vuosia kestäneen toimettomuutensa vuoksi katsottava luopuneen oikeudestaan vedota siihen haittaan, joka tavaramerkin ja toiminimen samankaltaisuudesta johtuvasta, alan asiakaskunnan koostumuksen huomioon ottaen sinänsä melko vähäisestä sekaantumisvaarasta saattoi kantajalle aiheutua, kuten myös tunnusten yhdenkaltaisuuteen yleensä, raastuvanoikeus hylkäsi kanteen.

Hovioikeus ei muuttanut raastuvanoikeuden päätöksen lopputulosta. *Ottaen huomioon TMerkkiL 9 §:n TNimiL 6 §:n 2 mom:n säännökset* hovioikeus perusteli ratkaisuaan seuraavasti:

Toiminimi »Finndent Oy» oli tosin sekoitettavissa tavaramerkkiin »FINNDENT» ja kantajayhtiö voi myös tavaramerkin rekisteröintihakemuksen tekoajan mukaan vedota aikaisempaan oikeusperusteeseen, mutta koska vastaajayhtiön toiminimen oli raastuvanoikeuden päätöksessä mainittujen yhteistyösopimusten puitteissa tapahtuneessa markkinoinnissa katsottava vakiintuneen ja kun kantajayhtiö oli raastuvanoikeuden toteamin tavoin laiminlyönyt ryhtyä kohtuullisessa ajassa toimiin vastaajayhtiön toiminimen käytön estämiseksi, Finndent Oy:n oikeus toiminimeensä pysyi tavaramerkin »FINNDENT» rinnalla.

Se, että hovioikeus viittasi sekä TMerkkiL 9 §:ään että TNimiL 6 §:n 2 mom:iin, on tämäntyyppisissä tilanteissa, jotka eivät täysin lukeudu kummankaan säännöksen soveltamisalaan, aivan paikallaan.

Reino Erma

Asunto-osakkeen ostajan sopimusperusteisen suojajärjestelmän eli RS-järjestelmän syntyvaiheista ja vaikutuksista

Perustajaurakoitsijan myymiä asunto-osakkeita koskevia oikeudellisia ongelmia käsiteltäessä voidaan kuvata yleistilanne tänään sellaiseksi, että aikaisemman kaaoksen ja epätietoisuuden tilalla meillä on tukenamme suhteellisen hyvä normisto, jonka mukaan asuntotuotanto pyörii. Käytettävissä on runsaasti kirjoja sekä kokemusperäistä tietoa, joiden tunteminen on tämän liiketoiminnan ymmärtämisessä tärkeätä ja kaikille osapuolille hyödyllistä. Toisaalta voidaan tietysti sanoa, että parantamisen varaakin löytyy.

Se, joka tänä päivänä astuu perustajaurakoinnin kuvioihin, astuu määrätyllä tavalla valmiiseen ympäristöön. Tämä ympäristö on tietyn kehityksen tulos, jonka syntyvaiheet tulijan saattaa olla hyödyllistä tietää.

Miten tähän on tultu? Vastaus on saatavissa 30—40 vuotta sitten vallinnutta tilannetta ja sen jälkeistä kehitystä koskevan katsauksen pohjalta.

Menemättä tarkkoihin yksityiskohtiin ja ryhtymättä laajoihin teoreettisiin tutkiskeluihin esitän seuraavassa omiin kokemuksiini perustuvia välähdyksiä ja näkökohtia.

Kun rakennustuotanto alkoi sodan jälkeen 1940-luvun lopulla hitaasti elpyä, oli asuntojen tarve niin suuri, että ostajia kyllä riitti. Tarjonta oli kauan kysyntää pienempi. Sotiin asti oli totuttu asumaan aika suuressa määrin vuokrahuoneistoissa. Huoneiston omaksi ostaminen tuntui kalliilta toimenpiteeltä. Huoneenvuokrasäännöstelyn vallitessa se kuitenkin useimmiten oli ainoa keino päästä asumaan.

Inflaatio kulki eteenpäin tuona aikana välillä hyvinkin voimakkaasti välillä hieman lievemmin. Huoneistokaupoissa tuli tavaksi varautua kus-

tannusnousuihin. Myyjän etu vaati tätä. Ostaja ei pystynyt yleensä neuvottelemaan itselleen hinnannousuilta suojaavia ehtoja. Niin urakkasopimuksissa kuin kauppakirjoissakin esiintyneet hinnankorjausehdot olivat usein tulkinnanvaraisia ja johtivat ostajan yllättävän suuriin lisämaksuihin. Myyjän kannalta taas varaumat lisämaksujen saamiseksi olivat kylläkin perusteltuja, jos aikoi liiketoimintaansa jatkaa, mutta ostajan oli vaikea varmistua sopimuksen ehtojen kohtuullisuudesta. Ulkopuolisten riskien vaikutukset tekivät rakenteilla olevien talojen asunto-osakkeiden kaupan molempienkin osapuolten kannalta turvattomaksi. Varsinaiset väärinkäytökset eivät kuitenkaan olleet tavallisia, koskapa noilta ajoilta ei muistiin ole jäänyt näitä ongelmia. Rakennusliikkeiden konkurssitkaan eivät olleet mitenkään mieleenpainuvan lukuisia.

Kerrotuissa olosuhteissa ulkopuoliset häiriöt kuten lakot ja usein myös tavaran puute aiheuttivat hankaluuksia niin osakkeiden myyjille kuin ostajillekin. Rakennusten valmistumiset viivästyivät usein paljonkin. Siitä aiheutui lisäkustannuksia. Näissä oloissa havaittiin tarpeelliseksi ryhtyä muokkaamaan rakennusalan yleisiä sopimusehtoja aikaisempaa tasapuolisemmiksi ja täydellisemmiksi. Nämä työt johtivatkin sitten 1957 uusiin rakennusurakan sopimusasiakirjoihin.

1950-luvulla ilmeni jo normaalioloihin kuuluvia suhdannevaihteluita. Välillä syntyi tilanteita, jolloin kaupanteko asuntomarkkinoilla vaimeni. Rakennusliikkeitä joutui konkurssiin ja ostajille syntyi tappioita.

Viimeksi kerrotunlaisissa tilanteissa ilmeni sekä osakkeita että asunto-osakeyhtiön asettamia velkakirjoja koskevia ongelmia. Aika ajoin nämä ongelmat nousivat pintaan lukuisina ja taloudelliselta merkitykseltään aikaisempaa paljon suurempina. Urakoitsijan rahat sitoutuivat keskeneräisiin rakennuksiin. Kun osakkeet eivät menneet kaupaksi, yritettiin tilanteessa päästä eteenpäin vaikkapa vain vähänkin aikaa sopimattomin ja jopa rikollisinkin menetelmin, jotka aiheuttivat taloudellista vaaraa osakkeiden ostajille.

Väärinkäytöksiltä vaikuttavia toimenpiteitä ilmeni asunto-osakeyhtiön osalta mm. siten, että sen omaisuuteen havaittiin kiinnitetyn huomattaviakin määriä velkakirjoja, jotka ylittivät yhtiölle otettavaksi ilmoitettujen luottojen määrän ja jotka yhtiön kiinteistöä rasittavina alensivat ko. kiinteistöstä asuntoja itselleen ostaneiden asuntojen arvoa ja joiden korot ja kuoletukset merkitsivät osakkaille huomattavia lisärasituksia. Asunto-osakeyhtiön nimissä asetettuja haltijavelkakirjoja oli vieraan hallussa. Tämän selvitettiin saaneen ne vilpittömässä mielessä ja siis olosuhteissa, joissa velkakirjan haltijaa suojasi hänen vilpitön mielensä. Ongelmaksi muodostui, ketä väärinkäytöksestä

aiheutuva vahinko oli lopullisesti kohtaava — velkojaako vai asunto-osakeyhtiötä ja sen välityksin sen osakkaita.

Osakekirjoja laskettiin liikkeelle asunto-osakeyhtiöstä, vaikka niistä ei ollut maksettu yhtiöön vielä mitään. Osakekirjoja saatettiin laskea liikkeelle useina kappaleina samasta huoneistosta. Vaarallisimmilta näyttivät vanhat kiinteistöt, jotka myytiin uudelle asunto-osakeyhtiölle. Vanhan yhtiön osakkeita ja velkakirjoja saattoi olla liikkeellä. Uudelle yhtiölle hankittiin myös velkaa ja sen osakkeita laskettiin liikkeelle. Jos uusi yhtiö perustettiin siten, että vanha kiinteistö ostettiin suoraan uudelle yhtiölle, niin silloin kiinteistön kauppahinta jätettiin usein pääosiltaan maksamatta. Jos rahoitusta ei saatu asianmukaisesti hoidetuksi, kauppahinta saattoi jäädä lopullisestikin rasittamaan uutta yhtiötä. Sen velkaisuus saattoi tästä ja muistakin syistä olla paljonkin suurempi kuin osakekauppaa tehtäessä oli ostajalle ilmoitettu.

Kaikista edellä mainitun kaltaisista tapauksista johtui, että ostajan sen paremmin kuin pankinkaan ei ollut mahdollista luotettavasti selvittää asianomaisen kiinteistön kulloistakin taloudellista tilaa, eikä myöskään varmuudella sitä, minkälaiseksi tuo taloudellinen tila muodostuisi projektin valmistuttua.

Kiinteistön kiinnitykset saatettiin tietysti saada selville rasitustodistuksesta, jonka avulla saattoi olla myös mahdollista jäljittää, missä velkakirjat kulloinkin olivat. Osakekirjoista voitiin saada selvityksiä osakerekisterin perusteella, jos sitä oli pidetty, mutta pantiksi annettuja osakekirjoja ei ollut mistään mahdollista selvittää. Paikkaa, jossa luotettavasti oli ollut säilöttynä tiedot asunto-osakeyhtiön puolesta tehdyistä sopimuksista ja muista asiakirjoista, ei ollut olemassa. Toisaalta niin velkakirjojen kuin osakekirjojenkin vastaanottajan tuli voida luottaa siihen, että nämä asiakirjat olivat oikeat ja että niiden hallinta tuotti luvatut oikeudet. Esimerkiksi pankinkin tuli vain luottaa sille annettuihin asiakirjoihin, koska pankillakaan ei ollut mahdollista hankkia luotettavia lisätietoja. Seuraavassa esimerkkinä tapauksia, joissa asunto-osakkeita ostaneiden suoja näytti varsin heikolta.

— rakennusliike oli myydessään keskeneräisestä rakennuksesta huoneistoja nostanut kauppahintoja huomattavasti enemmän kuin mitä talon valmistusaste edellytti. Rakennusliike meni konkurssiin. Ostajalla ei ollut omistusoikeutta osakkeeseensa, koska se oli myyty omistuksenpidätysehdoin, eikä yleensä muitakaan mahdollisuuksia saada katetta rahoilleen. Ostaja kärsi usein totaalisen tappion;
— asunto-osakeyhtiön kiinteistöön oli kiinnitetty velkakirjoja enemmän kuin ostajalle oli ilmoitettu. Velkakirjat olivat eri rahalaitosten hallussa. Usein näitä velkakirjoja oli annettu rakennustarvikeliikkeille,

aliurakoitsijoille jne. vakuudeksi rakennusliikkeen niiltä saamista tavaraluotoista. Lähtökohtaisesti voitiin katsoa, että nämä velkakirjat oli vastaanottanut vilpittömässä mielessä oleva henkilö tai liike. Velkakirjan haltijalla näytti siis olevan pätevä oikeus velkakirjaan ja sitä tietä asunto-osakeyhtiön kiinteään omaisuuteen;

— asunto-osakeyhtiöiden osakekirjalomakkeita oli paperikaupoista ostettavissa. Osakekirjat syntyivät siten, että perustajarakennusliike tai sen omistaja asetti nämä osakekirjat asunto-osakeyhtiön puolesta. Kriisitilanteen tullessa samasta huoneistosta saattoi olla liikkeellä useampia kuin yksi osakekirja. Osakekirjan haltija oli yleensä vilpittömässä mielessä vastaanottanut sen joko ostajana tai pantin saajana. Aina ei osakekirjojakaan ollut annettu, vaan osakkeista oli tehty väliaikaistodistuksia, joita oli jaettu useana kappaleena samasta huoneistosta;

— asunto-osakeyhtiölle oli synnytetty luottoja myös siten, että rakennushankkeen toteuttamisesta syntyneitä hankintakustannuksia oli jätetty maksamatta. Näin saattoi tapahtua jo tonttikaupan yhteydessä. Usein tuntemattomat velat muodostuivat rakennukseen tavaraa tai työtä toimittaneilta yrityksiltä saadusta tavaraluotosta. Rakennusliikkeen mentyä konkurssiin nämä velkojat perivät saataviaan asunto-osakeyhtiöiltä.

Jo 1960-luvulla esiintyi oikeustapauksia, joissa tuomioistuin tai välimiesoikeus oli antanut asunto-osakkeen ostajalle suojaa edellä kerrotunlaisissa tapauksissa. Suojan saanti ei kuitenkaan ollut itsestään selvää. Lisäksi sen hankkimisesta aiheutui asunto-osakeyhtiölle ja välillisesti tai välittömästi osakkeen ostajallekin ehkä suuriakin kustannuksia.

1960-luvun loppupuolella syntyi jälleen tilanne, jolloin asunto-osakkeita oli vaikea saada myydyksi. Samalla ilmaantui lukuisia väärinkäytöstapauksia. Niinpä eräässä vaiheessa näytti siltä, että ostajat olivat menettäneet luottamuksensa perustajaurakoitsijoita kohtaan.

Kerrotunlaisessa vaiheessa minuun otettiin yhteyttä eräiden johtavien rakennusliikkeiden taholta. En tarkkaan muista, ketkä olivat mukana, mutta ainakin Kauko Rastas Polarista ja Antti Pelkola Hakasta ja jotkut muutkin soittivat asiasta ja tulivat käymään luonani. Ongelmana oli tutkia mahdollisuudet saada aikaan järjestelmä, jonka avulla ostaja edellä kerrotunlaisessa osakekaupassa saataisiin tavalla tai toisella suojatuksi. Tavoitteeksi asetettiin ostajan suojan parantaminen sellaiseksi, että ostajat jälleen uskaltaisivat tehdä kauppoja.

Olin itsekin vakuuttunut siitä, että jotain asiassa piti tehdä. Lainsäädännöllinen tie tuntui pitkältä ja vaikealta. Lähtökohdaksi näytti so-

veltuvan vain vapaaehtoinen menettely. Tämän neuvottelun tuloksena laadin Suomen pankkiyhdistykselle osoitetun ehdotuksen ja lähetin sen pankkiyhdistyksen silloiselle asiamiehelle, valtiotieteen tohtori Raimo Ilaskivelle.*

Kirjelmä aiheutti keskustelua sekä puolesta että vastaan. Aluksi näytti kielteinen kanta olevan voitolla. Perusteena oli lähinnä epäilys siitä, että vapaaehtoista tietä on mahdoton luoda järjestelmää, joka te-

---

* Seuraavassa jäljennökset kirjeestä ja tästä ehdotuksesta.

.....

RE/mm 8. 1. 1968

Valtiot.tri Raimo Ilaskivi
Suomen Pankkiyhdistys
Aleksanterinkatu 36
HELSINKI 10

Oheisena lähetän kirjelmän, jonka toivoisin otettavan käsiteltäväksi Pankkiyhdistyksen hallituksen seuraavassa kokouksessa

Parhain terveisin
Reino Erma

Liite

.....
.....

Suomen Pankkiyhdistykselle

Sen johdosta, että asunto-osakeyhtiöiden kiinnitettyjen velkakirjojen ja asunto-osakkeiden tai niiden väliaikaistodistusten luotoittamisessa esiintyy useita eri kysymyksiä, joissa sekä osakkeenostajan että luotonantajan asema joutuu juridisten riskien alaiseksi, ehdotan, että Pankkiyhdistys päättäisi kääntyä asiassa Rahalaitosten Neuvottelukunnan puoleen, jotta saataisiin asetetuksi toimikunta, joka ryhtyisi tutkimaan näitä asioita. Toimikunnan tehtävänä tulisi olla yhteisten menettelytapaohjeiden laatiminen, jotta asiassa päästäisiin samanlaiseen käyttöön kaikissa rahalaitoksissa ja jotta sekä luotonantajan että osakkeenostajan asema voitaisiin turvata niin pitkälle kuin se nykyisen lainsäädännön mukaan on mahdollista. Asia on tosin virellä useammalla eri taholla ja keskustelu näistä kysymyksistä on vilkkaassa käynnissä. Kun on osoittautunut yleisön sekä julkisen sanan taholla katsottavan, että rahalaitoksilla on näissä kysymyksissä joskaan ei juridisia niin ainakin jonkinlaisia »moraalisia» velvollisuuksia valvoa myös osakkeenostajien etuja, olisi mielestäni hyödyllistä, että rahalaitokset esiintyisivät asiassa myös tietynlaisena aloitteentekijänä.

Helsingissä tammikuun 8 päivänä 1968

Reino Erma

Jäljennös tiedoksi pankinjohtaja Tiivolalle, Sarvilinnalle ja Särökarille.

hokkaasti suojaisi ostajaa. Samalla tähdennettiin, ettei tällainen tehtävä kuulu pankeille vaan valtiovallalle.

Tavoitteenani oli saada ehdotettuun työhön mukaan kaikki rahalaitokset. Suomen Pankkiyhdistys kääntyikin Rahalaitosten neuvottelukunnan puoleen ja ehdotti ao. toimenpiteitä.

Rahalaitosten neuvottelukunta asetti toimikunnan tutkimaan ja valmistelemaan asiaa.

Toimikunta totesi, että vaikeudet ostajan suojan luomisessa kytkeytyvät muun muassa siihen, että rakennusliike saattaa olla usean pankin asiakkaana ja että myös asunto-osakeyhtiö jo perusteilla ollessaan voi olla luotto-asiakkaana sekä useissa pankeissa että myös vakuutuslaitoksissa. Edelleen oli havaittu, että asunto-osakeyhtiöitä perustettaessa ja niiden osakkeita myytäessä ostajille ei annettu selviä ja yksiselitteisiä eikä edes aina keskenään yhtäpitäviäkään selvityksiä asianomaiselle asunto-osakeyhtiölle suunnitellusta taloudellisesta asemasta. Muistan tapauksen, jolloin saman taloyhtiön osakkeita oli myyty kahdella tai kolmella erilaisella taloussuunnitelmalla eri ostajille.

Toimikunnan kehitellessä suojajärjestelmää lähtökohtana oli, että asunto-osakeyhtiön tulisi pääsääntöisesti olla vain yhden pankin asiakkaana ja että tämä pankki toimisi sellaisena tietolähteenä, että sieltä voisivat ao. yhtiöstä saada asianmukaista tietoa niin mahdolliset osakkeiden ostajat kuin muutkin, jotka joutuivat ottamaan vastaan yhtiön nimissä asetettuja asiakirjoja, kuten velkakirjoja ja osakekirjoja. Ajatuksena oli, että tällaisen järjestelmän luominen toisi mukanaan toisen vaikutuksen, nimittäin sen, että tällaisesta paikasta tietojen hankkimatta jääminen rajoittaisi asiakirjan vastaanottajan vilpittömän mielen suojaa. Tavoitteena oli siis, että oikeata tietoa pitää olla riittävästi saatavana ja siten, että tiedon hankkimatta jättäminen voidaan tulkita menettelyksi, joka poistaa vilpittömän mielen suojan.

Asunto-osakeyhtiön rakennushankkeen toteuttamisessa kulkevat rahavirrat haluttiin myös saada näkyviin. Aikaisemmin tapahtui varsin yleisesti, että niin ostajilta perityt maksut kuin taloyhtiön nimissä nostetut lainatkin menivät suoraan rakennusliikkeen kassaan tai pankkitileille. Syntyi epäselvyyttä siitä, oliko esimerkiksi asunto-osakeyhtiön osakepääoma maksettu. Samoin syntyi epäselvyyttä siitä, oliko asunto-osakeyhtiölle nostettu laina ollenkaan tullut asunto-osakeyhtiön hyväksi vai oliko sillä maksettu perustajien ja siis asunto-osakeyhtiön rakennushankkeelle täysin vieraita velkoja. Pelkästään sen seikan, että ostajan maksama kauppahinta maksettiin asunto-osakeyhtiön tilille, katsottiin parantavan ostajan oikeusturvaa mm. siinä tapauksessa, että rakennusliike tekee konkurssin.

Kun valtioneuvosto hyvin pian edellä mainitun toimikunnan asettamisen jälkeen asetti komitean laatimaan ehdotusta asunto-osakeyhtiölain täydentämiseksi, oli siinäkin työssä lähtökohtana sellaisten parannusten aikaansaaminen, joita edellä on kuvailtu. Komitean toimeksianto ei kuitenkaan käsittänyt asunto-osakkeen kauppaa suoraan koskevia oikeudellisia ongelmia. Komitean työ myötäili samoja perusajatuksia, joista edellä on kerrottu, niin pitkälle kuin se tehtävien erilaisuuden huomioon ottaen oli mahdollista.

RS-järjestelmää, joksi rahalaitosten piirissä kehitetty »lapsi» sitten ristittiin, ei heti sen valmistuttua otettu käyttöön. Sitä kokeiltiin pienessä mittakaavassa ja kokemusten perusteella siihen tehtiin eräitä korjauksia. Tällöinkään ei yksimielisyyttä vallinnut siitä, olisiko pankkien pantava pystyyn RS-järjestelmä. Vasta ns. Revon konkurssi laukaisi lopullisesti pankkien halukkuuden ottaa RS-järjestelmä käyttöön.

RS-järjestelmää on laajasti selostettu näiden vuosien aikana eri yhteyksissä ja koulutustilaisuuksissa. En katso tässä yhteydessä olevan aihetta ryhtyä sitä yksityiskohtaisesti kuvailemaan.

Totean, että RS-järjestelmä toi radikaalin muutoksen vallitsevaan tilanteeseen. Väärinkäytökset putosivat käytännöllisesti katsoen olemattomiin. Olen kiinnostuksella seurannut RS-järjestelmän menestystä ja havainnut, että vain muutamia väärinkäytöstapauksia on ilmaantunut sen jälkeen, kun tämä järjestelmä otettiin käyttöön. Näissä tapauksissa on osoittautunut, että RS-järjestelmää ei ole käytetty täysin siten kuin sen säännöt edellyttävät. On ehkä tahallisesti menetelty jossain kohdassa toisin kuin rahalaitosten suojajärjestelmää koskevissa asiakirjoissa on sovittu. Vireillä on ollut muutamia oikeudenkäyntejä, jotka koskevat asunto-osakkeiden myyntiä. Niistä on havaittavissa, että RS-järjestelmää ei ole toisinaan lainkaan käytetty tai sitä ei ole käytetty ko. tapauksessa sääntöjen mukaisesti.

RS-järjestelmää on myöhemmin täydennetty siten, että asunto-osakeyhtiön ja osakkeiden ostajien suojaa on parannettu ottamalla huomioon perustajarakennusliikkeen velvollisuudet järjestää vakuudet sitoumustensa täyttämisestä.

Haluan tässä yhteydessä torjua erään väärinkäsityksen. Rakennusliikkeiden taholta on joskus väitetty, että RS-järjestelmän aikaansaaminen oli pankkien toimenpide, jotta pankit saisivat rakennusliikkeet paremmin valvontaansa. Niin kuin alussa kertomastani lähtötilanteesta selviää, ei RS-järjestelmän suunnitteluun ja käyttöönottamiseen ryhdytty suinkaan pankkien edun vuoksi. Perustajaurakoitsijoiden kannalta oli ehdottoman tärkeätä puhdistaa kenttä vilpillisesti toimivista perustajaurakoitsijoista ja palauttaa yleisön luottamus perustajaurakointiin

ja sen puitteissa tapahtuviin osakekauppoihin. Aloite tuli siis rakennusliikkeiden taholta.

RS-järjestelmän käyttöönotulon jälkeen sitä on eräiltä osiltaan parannettu. Lainsäädännöllä on mm. kuluttajansuojalain puitteissa vahvistettu asunto-osakkeen ostajan asemaa nimenomaan markkinoinnin kannalta.

Lopuksi vielä eräs toteamus. Tehdessäni ehdotuksen sittemmin RS-nimellä kutsutun suojajärjestelmän aikaansaamisesta, oli eräänä lähtökohtana se, että epäkohtia ja väärinkäytöksiä oli lähinnä esiintynyt vain ns. vapaarahoitteisessa perustajaurakoinnissa. Valtion rahoittamassa ns. aravatuotannossa ei vastaavia väärinkäytösilmiöitä ollut ilmaantunut. Tämä antoi aiheen olettaa, että valvonnan keskittäminen yhteen pankkiin ja asiakirjamallien laatiminen voisivat johtaa samaan tulokseen myös vapaarahoitteisella puolella. Tämä olettamus on käytännössä osoittautunut oikeaksi.

Yleishavaintona RS-järjestelmän vaikutuksista voidaan todeta, että se on parantanut asunto-osakkeen ostajan asemaa. Perustilanne asunto-osakeyhtiössä on saatu olennaisesti selkeämmäksi kuin aikaisemmin oli asian laita. Perustajaurakoinnin oikeustoimet ovat, jos noudatetaan järjetelmän mukaisia ohjeita, käyneet ostajan kannalta riskiltään rajallisiksi. Tietojen saanti on parantunut. Vilpitön mieli ei oikeustoimissa asunto-osakeyhtiön velkakirjoja tai osakekirjoja vastaanotettaessa vielä sellaisenaan riitä, vaan vastaanottajalta voidaan nyt vaatia perusteltua vilpitöntä mieltä, joka merkitsee velvollisuutta suorittaa tiettyjen tietojen tarkistukset ns. RS-pankista. Se, mitä asiassa vielä voidaan tehdä, on lähinnä hienosäätöä.

RS-järjestelmä on siis parantanut olennaisesti asunto-osakkeen ostajan suojaa sekä suhteessa myyjään että myös eräisiin sivullistahoihin. Lain määräyksin tätä suojaa voitaisiin ehkä jonkin verran vielä parantaa, vaikka tarpeet siihen ovat jo suhteellisen vaatimattomia. Tilannetta yleisesti arvostellen on kuitenkin muistettava, että erilaiset määräykset, olkoonpa ne sitten sopimusperusteisia tai lakiin perustuvia, eivät voi koskaan estää väärinkäytösten tai rikosten tekemistä.

Murha on rangaistava teko. Siitä huolimatta murhia tehdään.

Väärinkäytökset asunto-osakeyhtiöitä perustettaessa ja asunto-osakkeista kauppoja tehtäessä ovat periaatteessa oikeudenkäynneillä oikaistavissa. Tämä ei kuitenkaan riitä, sillä tuomioistuimen päätöksestä huolimatta vahingon kärsinyt ei useinkaan saa korvaustaan toteutettua, jos maksuvelvollinen on konkurssissa tai maksukyvytön. Näistä syistä päähuomio on kiinnitettävä vahingon syntymisen ennakolta ehkäisemiseen. Tämä on RS-järjestelmän ensisijainen tavoite. Tavoite

voidaan saavuttaa käytettäessä suojajärjestelmää omana kokonaisuutenaan ja noudattamalla sitä varten tehtyjä ohjeita.

Kysymyksestä, olisiko lain säännöksiin perustuva suojajärjestelmä vapaaehtoista suojajärjestelmää parempi, voidaan keskustella sekä molempien etuja että haittoja vertaillen. RS-järjestelmä luotiin huolestuttavaksi käyneen tilanteen pikaiseksi parantamiseksi ja siinä onnistuttiin. Lain säännöksillä päästäisiin eräiden erityiskysymysten sääntelyssä vapaaehtoista järjestelmää pidemmälle, mutta samalla todennäköisesti jouduttaisiin vapaaehtoista järjestelmää huomattavasti jäykempään järjestelmään.

Timo Esko

Liittymäsäännöistä kansainvälisen perintöoikeuden alalla

Aina tälle vuosikymmenelle saavuttaessa on lainsäädäntötyölle kansainvälisen yksityisoikeuden alalla Suomessa ollut luonteenomaista tietynlainen satunnaisuus. Aineellisen oikeuden säännöksiä uudistettaessa ei aina ole kiinnitetty huomiota niihin ongelmiin, jotka syntyvät sen vuoksi, että voimassa olevat kansainvälisen yksityisoikeuden liittymäsäännöt (lainvalintasäännöt) on kehitetty aikaisemman aineellisen oikeuden periaatteita ja sisältöä silmällä pitäen. Kun tätä perustaa muutetaan, liittymäsääntöjä joudutaan soveltamaan niille ikään kuin vieraassa ympäristössä. Seurauksena on epätietoisuus »oikean» liittymäsäännön valinnassa sekä mahdollisesti kansainvälisluonteisten riitojen ratkaisemisessa sellaisia lopputuloksia, joita ei voida pitää asiallisesti onnistuneina.

Ehkä eniten huomiota osakseen saanut esimerkki liittymäsääntöjen puutteellisesta yhteensovittamisesta uudistettuihin aineellisen oikeuden säännöksiin on lapsioikeuden uudistaminen viime vuosikymmenen puolivälissä. Uudistuksessa toteutettua periaatetta lasten yhdenvertaisesta asemasta syntyperästä riippumatta ei ulotettu kansainväliseen perheoikeuteen, jonka liittymäsäännöt jäivät uudistuksen yhteydessä ennalleen. Laissa eräistä kansainvälisluontoisista perheoikeudellisista suhteista (KPL, 379/29) käsitellään edelleen erikseen omissa säännöksissään toisaalta avioliitossa syntyneitten lasten ja toisaalta avioliiton ulkopuolella syntyneitten lasten asemaa.[1] Erityisen ongelmalliseksi muodostui kysymys isyyden vahvistamisesta kansainvälisluonteisissa tapauksissa. Nyttemmin korkein oikeus on eräässä tapauksessa katsonut, että Suomessa ulkomaalaista vastaan ajettu isyyskanne tuli ratkaista tuomioistuinmaan eli Suomen lain mukaan, ja näin aset-

[1] Ks. KPL:n II osan 1 luku, Avioliitosta syntyneet lapset (18 ja 19 §), sekä 2 luku, Avioliiton ulkopuolella syntyneet lapset (20—23 §).

tunut sille kannalle, ettei KPL:n lainvalintasääntöjä voitu asiassa soveltaa.[2]

Tällä vuosikymmenellä lainsäätäjän asenteessa näyttää tapahtuneen muutos sikäli, että aineellisen lainsäädännön uudistusten yhteydessä on myös vastaavat kansainvälisen yksityisoikeuden liittymäsäännöt pyritty saattamaan ajan tasalle. Näin on menetelty sekä ottolapsilainsäädäntöä että sukunimilainsäädäntöä uudistettaessa.[3] Paitsi että tällä tavoin on uudistettu tai suorastaan aikaisempien kirjoitettujen säännösten puuttuessa luotu kyseisiä kansainvälisluonteisia ongelmia koskevat liittymäsäännöt, uudistuksilla on yleisempääkin merkitystä. Sekä lapseksiottamislaissa että sukunimilaissa on nimittäin luovuttu meillä aikaisemmin ns. henkilöstatuutin piirissä Pohjoismaitten ulkopuolisissa suhteissa pääsääntönä olleesta kansalaisuusperiaatteesta kotipaikkaperiaatteen (aikaisemman terminologian mukaan asuinmaaperiaatteen) hyväksi. Tosin on huomattava, että uudistuksissa on menetelty niin, että kotipaikka on keskeisellä sijalla tuomioistuimen toimivaltaa lapseksiottamisasioissa sekä viranomaisen toimivaltaa sukunimeä koskevissa asioissa sääntelevissä pykälissä. Toimivaltaisen viranomaisen näissä asioissa sovellettava laki on Suomen laki; tältä kannalta katsoen voitaisiin ehkä ajatella, että uudistuksissa olisi itse asiassa omaksuttu *lex fori* -periaate.[4] Tällainen kansainväliselle yksityisoikeudelle oikeas-

---

[2] Ks. KKO 1983 II 117, jota on selostettu myös Lakimies-aikakauskirjassa, LM 1984 s. 218 ss. Kansainvälisen yksityisoikeuden tutkijan silmin näyttävät korkeimman oikeuden enemmistön esittämät perustelut useassa kohdin epäonnistuneilta ja ristiriitaisiltakin. Mainittakoon vain lausuma, jonka mukaan KPL 22 §:n oikeusohjetta ei voitu sellaisenaan soveltaa isyyskanteisiin, vaikka toisaalta katsottiin voitavan vedota KPL 23 §:n 1 momenttiin lapsen kotipaikan tuomioistuimen toimivallan tueksi. Ihmetystä herättää myös lause, jonka mukaan »(P)erussääntönä oli, että oikeudenkäynnissä sovellettiin tuomioistuinmaan lainsäädäntöä.» Ks. ongelmasta lähemmin *Maarit Jänterä-Jareborg,* Lapsi kansainvälisissä suhteissa, Lapsen oikeusaseman määräytyminen kansainvälisen yksityisoikeuden kannalta, teoksessa *Heikki Mattila* (toim.), Lapsioikeuden pääpiirteet, Toinen painos, Helsinki 1984, s. 311 ss.

[3] Ks. lapseksiottamisesta vuonna 1985 annetun lain (153/85) 7 luku, Kansainvälisen yksityisoikeuden alaan kuuluvat säännökset (34—47 §), sekä vuoden 1985 sukunimilain (694/85) 6 luku, Kansainvälisen yksityisoikeuden alaan kuuluvat säännökset (25—32 §).

[4] On huomattava, että kansalaisuusperiaatteeseenkin on edelleen pitäydytty eräissä uudistusten kohdissa, ks. esim. sukunimilain 26 §:n 2 ja 3 momentti. Näistä 2 momenttiin on mielenkiintoisella tavalla kirjoitettu ns. *renvoi*-sääntö: »Jos henkilöllä, jonka sukunimen määräytymisestä on kysymys, ei ole kotipaikkaa Suomessa 1 momentissa mainittuna ajankohtana (s.o. sukunimen määräytymisen perusteen syntyessä taikka sukunimeä koskevaa ilmoitusta tehtäessä), määräytyy sukunimi sen valtion sukunimeä koskevan lain mukaan, jota toimivaltaisen viranomaisen on sovellettava siinä valtiossa, missä henkilöllä sanottuna ajankohtana on kotipaikka.» Viittaus kohdistuu siis myös kyseisiin kansainvälisen yksityisoikeuden, ei vain aineellisen oikeuden säännöksiin. Jos henkilöllä kyseisenä ajankohtana on kotipaikka Suomessa, määräytyy sukunimi esim.

taan vihamielinen suuntaus ei kuitenkaan ole ollut lainsäätäjän mielessä. Kotipaikka on vain kaikkiaan katsottu soveliaimmaksi kriteeriksi kansainvälisluonteisten tapausten ratkaisussa.

Myös kansainvälinen perintöoikeus on ala, jolla on saatu konkreettinen osoitus lainsäätäjän puutteellisesta kiinnostuksesta kansainvälisluonteisia ongelmia kohtaan. Uutta perintökaarta (40/65) valmisteltaessa saatiin kyllä lainvalmistelukunnassa aikaan Ehdotus hallituksen esitykseksi Eduskunnalle laiksi kuolinpesää koskevista kansainvälisistä oikeussuhteista,[5] mutta ehdotus ei jostakin syystä koskaan johtanut lainsäädäntötoimiin. Sen sijaan pohjoismaisissa suhteissa on meillä saatettu voimaan vuoden 1934 pohjoismainen perintökonventio,[6] jossa on nimenomaiset liittymäsäännöt perintöä ja testamenttia, jakamatonta pesää, vainajan velkaa sekä pesänselvitystä, omaisuuden ositusta ja perinnönjakoa koskevista kysymyksistä.

Perintöoikeudessa olemme siis tilanteessa, jossa kansainvälisluonteisten tapausten ratkaisemisessa tarvittavien yleisten liittymäsääntöjen kehittäminen on jäänyt oikeustieteen ja -käytännön tehtäväksi. Näitten lähteitten osalta tilanne ei onneksi olekaan aivan lohduton: varsinkin korkeimman oikeuden ratkaisuja on eri vuosikymmeniltä löydettävissä enemmän kuin monilla muilla kansainvälisen yksityisoikeuden osa-aloilla. Varsinaisia monografioita ei meillä ole kansainvälisen perintöoikeuden alalta julkaistu. Toisaalta on koko kansainvälisen yksityisoikeuden alan kattavissa, sinänsä harvoissa esityksissä *Montgomery*stä alkaen omistettu oma jaksonsa perintöoikeudellisille kysymyksille.[7] Toisinaan meillä on myös aineellisen oikeuden eri alojen väitöskirjoissa ja muissakin teoksissa voitu puuttua kulloinkin esillä olevien ongelmien kansainvälisiin ulottuvuuksiin. Perintöoikeuden alalla hyvän

---

avioliiton solmimisen perusteella Suomen lain mukaan. Kotipaikkaperiaatteen sisällöstä näissä uudistuksissa lähemmin ks. *Ritva Halme-Kauranen — Kaarina Buure-Hägglund — Elisabeth Groop — Ilkka Suojasalmi — Sinikka Tuomi — Elina Rautanen — Michael Luther,* Kansainvälinen lapseksiottaminen, Ehdotus laiksi lapseksiottamisesta, Oikeusministeriön lainvalmisteluosaston julkaisu 5/1983, Helsinki 1983, s. 53 ss., Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi lapseksiottamisesta (HE n:o 107/1984 vp.) s. 20 ss. ja Hallituksen esitys Eduskunnalle sukunimilainsäädännöksi (HE n:o 236/1984 vp.) s. 36 ss.

[5] Lvk:n julkaisuja N:o 5/1959, Helsinki 1959.

[6] Suomen, Islannin, Norjan, Ruotsin ja Tanskan välinen perintöä, testamenttia ja pesänselvitystä koskeva sopimus, SopS 21/35.

[7] Ks. varsinkin *Robert Montgomery,* Handbok i Finlands allmänna privaträtt, Helsingfors 1889, s. 199 ss., *F. W. Ekström,* Privaträttens allmänna läror I, utgiven av Einar Calonius, Helsingfors 1922, s. 150 ss., *Aatos Alanen,* Yleinen oikeustiede ja kansainvälinen yksityisoikeus, Toinen uusittu painos saman tekijän teoksesta Yleinen oikeustiede, Porvoo 1965, s. 251 ss. ja *Hannu Tapani Klami,* Suomen kansainvälinen yksityisoikeus, Jyväskylä 1986, s. 178 ss. Ks. myös *Ekström*in Sju internationellt privaträttsliga uppsatser, Helsingfors 1920, s. 128 ss. ja 215 ss.

esimerkin tällaisesta tutkimuksesta tarjoaa *Matti Ylöstalo*n teos Testamentin tulkinnasta, johon on sisällytetty kansainvälisiä liittymäkohtia käsittelevä oma lukunsa.[8]

Perimykseen liittyvät kysymykset on kansainvälisessä yksityisoikeudessa vakiintuneesti luettu ns. henkilöstatuutin alaan.[9] Henkilöön läheisesti liittyvinä ne tämän mukaisesti ratkaistaan joko perittävän viimeisen kansalaisuuden tai viimeisen kotipaikan lain mukaan riippuen siitä, onko tuomioistuinvaltiossa omaksuttu kansalaisuusperiaate vai kotipaikkaperiaate. Suomen kansainvälisen yksityisoikeuden järjestelmä on tässä suhteessa kaksijakoinen: Pohjoismaitten ulkopuolisissa suhteissa noudatetaan kansalaisuusperiaatetta, mutta pohjoismaissa suhteissa kotipaikkaperiaatetta.[10] On kuitenkin huomattava, että pohjoismaisen järjestelmän noudattamisen edellytyksenä on, että kulloinkin kysymyksessä olevat henkilöt kansalaisuudeltaan kuuluvat johonkin Pohjoismaahan. Toisaalta on pidettävä mielessä, että kotipaikan lain soveltamiseen voidaan kansalaisuusperiaatetta pääsääntönäkin pidettäessä päätyä *renvoi*-säännön (palauttaminen) seurauksena. Kansainvälisessä perhe- ja perintöoikeudessamme on nimittäin yleensä hyväksytty, että jos meidän liittymäsääntöjemme osoittaman vieraan valtion oikeuden liittymäsäännöt puolestaan osoittavat jonkin muun valtion lakiin, tulee tämä laki meillä noudatettavaksi.[11]

Uudessa ottolapsi- ja sukunimilainsäädännössä on Pohjoismaitten ulkopuolisissa suhteissa pääsääntönä pidetystä kansalaisuusperiaatteesta poikettu kotipaikkaperiaatteen hyväksi. Tämän johdosta saatetaan kysyä, onko kansainvälisessä perintöoikeudessa, siltä osin kuin kirjoitettuun lakiin ei sisälly nimenomaisia liittymäsääntöjä, jatkuvasti ja poikkeuksetta pidettävä kiinni kansalaisuusperiaatteesta.

Kansalaisuusperiaate henkilöstatuutin yleisenä periaatteena on suhteellisen myöhäsyntyinen ilmiö. Sen juuret juontavat 1800-luvun yhtenäistyvään Italiaan ja *Pasquale Stanislao Mancini*in, jonka ajatukset saivat myönteisen vastaanoton muun muassa vuosisadan vaihteessa pi-

---

[8] *Matti Ylöstalo,* Testamentin tulkinnasta, Helsinki 1954, s. 88 ss.

[9] Henkilöstatuutin käsitteestä ks. *Alanen,* emt. s. 217.

[10] Ns. yleisen järjestelmän ja pohjoismaisen järjestelmän ohella voidaan Suomen kansainvälisen perhe- ja perintöoikeuden eräissä kysymyksissä puhua omana järjestelmänään säännöistä, joita noudatetaan suhteessa Neuvostoliittoon, Puolaan ja Unkariin sen johdosta, että Suomi on näitten valtioitten kanssa solminut erityiset oikeusapusopimukset. Ks. esim. Sopimus Suomen Tasavallan ja Sosialististen Neuvostotasavaltojen Liiton välillä oikeussuojasta ja oikeusavusta siviili-, perhe- ja rikosasioissa (SopS 48/80) 21—25 art. Sopimuksen 24 artiklassa on määrätty perintöasioissa noudatettavasta kotimaiskohtelusta ja 25 artiklassa testamentin muodosta. Ks. myös Puolan sopimuksen (SopS 68/81) 25 art. sekä Unkarin sopimuksen (Sops 40/82) 24 ja 25 art.

[11] *Renvoi*-säännöstä ks. esim. *Alanen,* emt. s. 209 ss. Ks. myös edellä alaviite 4.

detyissä Haagin kansainvälisen yksityisoikeuden konferenssin istunnoissa.[12] Kuluva vuosisata merkitsi sitten, osaltaan Haagin konventioiden välityksellä, kansalaisuusperiaatteen läpimurtoa pääosassa Euroopan mannermaata sekä myös Ruotsissa ja Suomessa.[13]

Pohjoismaista Tanska ja Norja ovat kuitenkin myös Pohjoismaitten ulkopuolisissa suhteissa jatkuvasti pysyneet kotipaikkaperiaatteen kannalla.[14]

Ruotsissa ja Suomessakaan ei kansalaisuusperiaatteen asema yleisenä sääntönä ole jatkuvasti ollut kiistaton. 1950-luvulla esitti Ruotsin oikeustieteessä usea tunnettu tutkija, että kansalaisuusperiaatteesta ainakin yksinomaisesti noudatettavana sääntönä tulisi luopua. Näiden kannanottojen mukaan kotipaikkaperiaatteelle tulisi ainakin antaa kansalaisuusperiaatteen rinnalla eräänlainen apusäännön asema, jolloin henkilöstatuutin piirissä tulisi noudatettavaksi näitten periaatteitten sekajärjestelmä.[15]

Hyvin samankaltaisia ajatuksia esitti meillä *Aatos Alanen* vuonna 1952 julkaisemassaan artikkelissa.[16] Hänen mukaansa henkilöstatuutin piirissä muun muassa testamenttioikeus voi olla ala, jossa yksinomaisesta kansalaisuusperiaatteesta luopuminen saattaa olla paikallaan. Alanen esitti, että on »tarkoituksenmukaisinta harkita perinnönjättäjän jäämistön disponointia koskevia ongelmia sen valtion lainsäädännön mukaan, jossa hän pitkän ajan kuluessa on asunut.» Perusteluiksi Alanen mainitsee, että perinnönjättäjällä on voinut olla erityinen toimipaikka asuinmaassaan, hän on siellä voinut omistaa kiinteistöjä

---

[12] *Mancini*sta lähemmin esim. *G. O. Z. Sundström,* Om normkollision vid fartygs sammanstötning, Borgå 1965, s. 41 ss.

[13] Mainittakoon, että meillä Suomessa *Ekström* asetti jo selvästi, joskaan ei poikkeuksetta, kansalaisuusperiaatteen pääsäännöksi, ks. Privaträttens allmänna läror I s. 123 ja Sju uppsatser s. 157 ss. Kantansa tueksi hän saattoi viitata mm. *Chydeniukseen. Montgomery*n kanta (emt. s. 151) jää hieman epäselväksi, mutta vanhemmassa oikeudessa oli meilläkin vallalla kotipaikkaperiaate.

[14] Ks. Tanskan osalta *Allan Philip,* Dansk international privat- og procesret, 3. udgave, København 1976, s. 133 ss. sekä Norjan osalta *Karsten Gaarder,* Innføring i internasjonal privatrett, Kragerø 1975, s. 64 ss.

[15] Ks. *Folke Schmidt,* Nationalitetsprincipen och domicilprincipen i svensk internationell privaträtt, Festskrift tillägnad Birger Ekeberg, Stockholm 1950, s. 453 ss., *Gösta Walin,* Föräldrabalken, Stockholm 1952, s. 526 ss., *Stig Jägerskiöld,* Medborgarskapet som anknytningsfaktum i internationell privaträtt, Svensk Juristtidning (SvJT) 1955 s. 529 ss., *Hilding Eek,* The Administration of Justice in Conflict Cases Involving Refugees, Scandinavian Studies in Law 1959 s. 21 ss. sekä vielä *Åke Malmström*in esitystä 22. pohjoismaisilla lakimiespäivillä Reykjavikissä 1960 aiheesta Domicilprincip eller nationalitetsprincip?, pöytäkirjojen (Köbenhavn 1963) s. 66 s. ja liite III.

[16] *Alanen,* Vieraan valtion lain soveltaminen ja henkilöstatuutti, LM 1952 s. 461 ss. Ks. myös *Y. J. Hakulinen,* Kansalaisuusperiaatteen soveltamisesta avioeroasioissa, LM 1960 s. 187 ss.

ja osakkeita ja että hänelle on voinut siellä kehittyä laaja tuttavapiiri.[17] Samantapaiseen tulokseen on myös *Ylöstalo* päätynyt testamentin tulkintaan sovellettavan lain osalta. Esitettyään ensin, että tämän ns. tulkintastatuutin valinta on itse asiassa sekin eräs testamentin tulkintaa koskeva kysymys, hän katsoi, että testamentin osoittautuessa riittämättömäksi tulkintastatuuttia etsittäessä on usein syytä pitää tulkinnassa määräävänä testaattorin asuinmaan oikeutta.[18]

Vuonna 1965 julkaistussa oppikirjassaan *Alanen* kuitenkin toteaa selkeästi, että vaikka uusin kehitys monessa suhteessa on suosinut asuinmaaperiaatetta, »Suomen nykyisessä oikeudessa on kansalaisuusperiaate yleisenä sääntönä kiistattomasti voimassa.»[19] Myös Alasen perintö- ja testamenttioikeutta koskeva oppikirjan esitys rakentuu lähes yksinomaan kansalaisuusperiaatteelle. Testamentin tulkinnasta hän kuitenkin toteaa, että »(K)un pitkät ajat ulkomailla ollut Suomen kansalainen on siellä tehnyt testamentin käyttäen siinä kenties vielä asuinmaansa kieltä, lienee oikeinta edellä viitatusta yleisperiaatteesta poiketen, tulkita testamentintekijän tahdonilmaisua hänen asuinmaansa lain mukaan.»[20] Suositus on siis *Ylöstalon* viitoittaman linjan mukainen.

Uuden perintökaaren voimaantulon yhteydessä pitämässään esitelmässä *Heikki Jokela* totesi kansalaisuusperiaatteen vakiintuneen meillä yleisenä sääntönä kuluvan vuosisadan aikana sekä oikeuskäytännössä että -tieteessä: perimystä koskevat kysymykset ratkaistaan sen valtion lain mukaan, jonka kansalainen perittävä kuollessaan oli.[21] Pohjoismaitten ulkopuolisissa suhteissa asuinmaaperiaate tulisi kuitenkin sovellettavaksi valtiottomien henkilöitten osalta.[22] Testamentin tulkintaan ei Jokela tässä yhteydessä erikseen puuttunut.

Uudessa oppikirjassaan *Hannu Tapani Klami* on puolestaan selkeästi riitauttanut kansalaisuusperiaatteen aseman henkilöstatuutin kiistattoman yleissääntönä. Hän lausuu, että »(H)enkilökohtaisesti en näe aiheelliseksi niin vähäisen normituen perusteella kuin meillä on, asettaa tällaisen periaatteen voimassaoloa *ehdottoman kiinteäksi* liityntä-

---

[17] *Alanen*, emk. s. 485 s.

[18] *Ylöstalo*, emt. s. 91 ss.

[19] *Alanen*, emt. s. 219. Tässä yhteydessä hän viittaa erityisesti KPL:iin sekä vekselilain (242/32) 79 §:ään ja shekkilain (244/32) 58 §:ään.

[20] *Alanen*, emt. s. 253.

[21] *Jokela*, Perintökaareen liittyviä kansainvälisyksityisoikeudellisia kysymyksiä, Suomen Lakimiesliiton XVI lakimiespäivien pöytäkirja, Helsinki 1965, s. 48.

[22] Ks. tässä yhteydessä myös meillä sittemmin voimaansaatettu valtiottomien henkilöiden oikeusasemaa koskeva yleissopimus, SopS 80/68, jonka 12 artikla koskee valtiottoman henkilön henkilöoikeudellista asemaa.

säännöksi kaikissa ns. henkilöstatuutin perinteisesti määrittämissä asioissa.»[23] Perintöstatuutin kohdalla Klami toteaa kuitenkin, että meillä »henkilöstatuutti tässä on kansalaisuus».[24] Testamentin tulkinta muodostaa nytkin poikkeuksen. Lähtökohtana yleistä perintöstatuuttia pitäen Klami nimittäin katsoo mahdolliseksi ottaa subjektiivisen tulkinnan kautta tulkinta-aineistona huomioon muunkin oikeusjärjestyksen, jolloin testamentin oikeusvaikutukset saattavat määräytyä sen lain mukaan, jota testaattori luuli sovellettavan.[25]

*Jokela*n tapaan *Klami* viittaa esityksessään korkeimman oikeuden vakiintuneeseen käytäntöön. Sellaisia ratkaisuja, joissa kansalaisuusperiaate on katsottu hyväksytyksi perintöä koskevissa kansainvälisluonteisissa riidoissa, onkin varsinkin toista maailmansotaa edeltävältä ajalta osoitettavissa lukuisia.[26] Sodan jälkeen on asiaa koskevia ratkaisuja ollut selvästi vähemmän, suorastaan niukasti. Testamenttiin liittyen voidaan kuitenkin mainita ratkaisussa KKO 1954 II 65 selvästi todetun, että Suomen kansalaisena kuolleen henkilön oikeus määrätä testamentilla pesänosuudestaan määräytyi Suomen lain mukaan.

Sellaisia korkeimman oikeuden tuoreita ratkaisuja, joissa yleisenä perintöstatuuttina sovellettavaan lakiin olisi Ruotsissa ja Suomessa kansalaisuus- ja asuinmaaperiaatteesta käydyn uudemman keskustelun jälkeen otettu kantaa, ei siis ole ollut löydettävissä. Vuonna 1985 asiaintilaan saatiin kuitenkin selvennystä. Ratkaisussaan 1985 II 119[27]

---

[23] *Klami,* emt. s. 176. Terminologiasta voi panna merkille, että Klami käyttää aikaisemmin selvästi vakiintuneen liittymä-käsitteen sijasta itse kehittämäänsä käsitettä liityntä.

[24] *Klami,* emt. s. 179.

[25] *Klami,* emt. s. 181.

[26] Ks. esim. KKO 1928 I 33, 1929 II 5, 1932 I 59, 1934 II 373, 1938 II 313 ja 1938 II 492. Vuoden 1938 ratkaisuissa kysymys perimykseen sovellettavasta laista kytkeytyy mielenkiintoisella tavalla kysymykseen puolisoiden aviovarallisuussuhteisiin sovellettavasta laista, ks. tästä ongelmakokonaisuudesta *Jänterä-Jareborg,* Kansainväliset aviovarallisuussuhteet, Helsingin yliopiston vertailevan oikeustieteen laitoksen julkaisuja, Tutkielmasarja N:o 9, Helsinki 1984, s. 54 ss. Näistä ratkaisuista jälkimmäinen on erityisen pitkälle menevä sikäli, että sen mukaan Suomen kansalaisen jälkeen hänen viimeisessä kotipaikassaan siellä voimassa olevan oikeuden mukaan toimitettu jako ei periaatteessa sido suomalaista perillistä, vaan hän voi täällä vaatia uutta, Suomen lain mukaista jakoa, ks. *Jokela,* XVI lakimiespäivien pöytäkirja s. 55. — Mainituissa 1920-luvun tapauksissa tulee esiin myös kansainvälisen yksityisoikeuden yleisiin oppeihin kuuluva *ordre public* eli ehdottomuusperiaate sen johdosta, että Venäjällä kyseisenä ajankohtana oli lakkautettu perintöoikeus. Ensiksi mainitussa ratkaisussa todetaan selkeästi, ettei »tätä Suomen oikeusjärjestyksen perusteiden vastaista sääntöä voitu sovelluttaa venäläiseltä Suomeen jääneeseen omaisuuteen ja kysymys perintöoikeudesta venäläisen jäämistöön täällä niin ollen oli ratkaistava Suomen lain mukaan». Mainittakoon *Klamin* toteavan (s. 80) jälkimmäiseen ratkaisuun liittyen, että »(N)ykyisin ehkä lopputulema olisi toinen, koska perimys ei ole enää samalla tavoin itsestäänselvyys kuin ennen.»

[27] Ks. myös LM 1985 s. 937.

korkein oikeus joutui nimittäin kiinteistökaupan mitättömäksi julistamista koskevassa jutussa ottamaan kantaa Australiassa tehdyn testamentin pätevyyteen. Ratkaisun otsikossa todetaan muun muassa, että hakijan oikeus hänelle testamentissa määrättyyn omaisuuteen riippui siitä, oliko testamentintekijä kuollessaan ollut *Suomen vai muun maan kansalainen* (allev. tässä) ja oliko testamentti, jota ei ollut valvottu Suomessa, saatettu voimaan hänen kotimaassaan päteväksi katsottavalla tavalla. Jo kihlakunnanoikeuden olisi pitänyt joko hankkia tai vaatia jutun kantajia esittämään kyseisestä kansalaisuudesta saatavissa ollut selvitys. Juttu palautettiin kihlakunnanoikeuteen uudelleen käsiteltäväksi. Kansalaisuusperiaate näyttää siis edelleen olevan meillä Pohjoismaitten ulkopuolisissa suhteissa yleissääntönä kansainvälisen perintöoikeuden alalla.

Myös Ruotsissa on kansalaisuusperiaate eri mielipiteistä huolimatta jatkuvasti säilyttänyt asemansa perintöstatuutin yleissääntönä. Vuonna 1969 kansainvälisen avioliitto- ja perintöoikeuden alalta mietintönsä jättänyt perheoikeuskomitea katsoi, ettei sillä ollut aihetta esittää kovinkaan suuria muutoksia siihen vuoden 1937 lain (lag 1937:81 om internationella rättsförhållanden rörande dödsbo) mukaiseen periaatteeseen, jonka nojalla perintöstatuutti määräytyy vainajan viimeisen kansalaisuuden perusteella.[28] Uudessa oppikirjassaan *Michael Bogdan* on selittänyt kansalaisuus- ja kotipaikkaperiaatteen olevan Ruotsin kansainvälisessä perheoikeudessa paljolti rinnakkaisia, mutta toteaa edellisen olevan yleissääntönä perintöstatuutin alalla.[29]

Kansainvälisen perintöoikeuden käytännön tapauksissa voi esiintyä useita erityyppisiä ongelmia, jotka edellyttävät pitemmälle menevää pohtimista valitun pääperiaatteen pohjalta. Erityisesti on mainittava kysymys siitä, onko kaikkea jäämistöomaisuutta — niin irtainta kuin kiinteätäkin — koskevat ongelmat ratkaistava saman lain mukaan, vai tuleeko kiinteistöperimystä arvioida yleisestä perimysstatuutista poiketen kiinteistön sijaintipaikan lain mukaan *(lex rei sitae).* Meillä on ainakin viime aikoihin saakka periaatteessa asetuttu yhtenäisen perintö-

[28] Internationell äktenskaps- och arvsrätt, Betänkande avgivet av Familjerättskommittén, Statens offentliga utredningar (SOU) 1969:60, Stockholm 1969, s. 51 ja 228 ss.

[29] *Bogdan,* Svensk internationell privat- och processrätt, Andra upplagan, Lund 1985, s. 113 ss. ja 190 ss. Ks. myös *Walin,* Kommentar till Föräldrabalken och internationell föräldrarätt, Fjärde, omarbetade upplagan, Stockholm 1986, s. 501 ss. Ruotsalaisesta käytännöstä ks. *Lennart Pålsson,* Svensk rättspraxis i internationell familje- och arvsrätt, Stockholm 1986. Kotipaikkaperiaatteeseen liittyvä terminologia on kirjavaa, mikä voi aiheuttaa tiettyjä soveltamisvaikeuksia. Ks. *Jokela,* Domicile och résidence habituelle. Konventionsrättsliga anknytningsfakta i finsk internationell privaträtt, Festskrift til O. A. Borum, København 1964, s. 209 ss.

statuutin kannalle.[30]

Oman ongelmansa muodostaa myös meidän perintökaaremme mukaisen pesänselvitys- ja perinnönjakomenettelyn ulottuvuus. *Jokela* on Lvk:n vuoden 1959 ehdotukseen viitaten asettunut sille kannalle, että tällaista menettelyä voidaan käyttää »myös vieraan valtion kansalaisen Suomessa olevaan kuolinpesään nähden, vieläpä ehkä tällaisen kuolinpesän ulkomailla olevaan omaisuuteen.»[31] Vaikka menettelyn prosessuaalisen normiston tällöin muodostavatkin suomalaiset säännökset, voi pesänselvittäjä tai -jakaja kansalaisuusperiaatteen nojalla joutua soveltamaan perimyksen aineellisiin kysymyksiin vierasta lakia.

Yleisestä perintöstatuutista ainakin osaksi erotettuja ongelmia ovat edelleen varsinkin kysymykset testamentin muodosta, tulkinnasta ja pätevyydestä oikeustoimena sekä kelpoisuus testamentin tekemiseen.[32] Näistä ongelmista on jo testamentin tulkintaa käsitelty edellä *Ylöstaloon* viitaten. Pohtimatta lähemmin muita luetelluista kysymyksistä saatetaan lyhyesti todeta, että niiden osalta voi ainakin yleensä tulla sovellettavaksi testamentintekijän tekohetken aikainen henkilöstatuutti. Kysymys testamentin muotoon sovellettavasta laista on meillä nykyään tyhjentävästi säännelty sen johdosta, että myös Suomi on saattanut voimaan *favor testamenti* -henkisen Haagin kansainvälisen yksityisoikeuden konferenssin yleissopimuksen testamenttimääräysten muotoa koskevien lakiristiriitojen ratkaisemiseksi.[33]

Perintöoikeudelliset kysymykset eivät ehkä ole sellainen ala, joka Suomen kansainvälisessä yksityisoikeudessa kipeimmin kaipaisi ajan tasalla olevaa nimenomaista sääntelyä. Tällaisen sääntelyn tarve on kuitenkin ilmeinen. Vaikka noudatettavat pääperiaatteet voidaankin katsoa selkiytyneiksi, esiintulevat käytännön ongelmat ovat niin monipuolisia, että lainsäätäjän puuttuminen asiaan on paikallaan. Mahdollisuus tähän voi tarjoutua jo lähitulevaisuudessa. Haagin kansainvälisen yksityisoikeuden konferenssin vuonna 1988 pidettävän 16. istunnon ohjelmaan on nimittäin otettu perimykseen sovellettavaa lakia koskevan

---

[30] Ks. *Alanen*, emt. s. 251 s. ja *Klami*, emt. s. 179. Sääntöä ei kuitenkaan ole pidetty aivan poikkeuksettomana, ks. myös Lvk:n vuoden 1959 ehdotuksen (ed. alav. 5) 2 § ja pohjoismaisen perintökonvention 13 art. 1 kpl.

[31] *Jokela*, XVI lakimiespäivien pöytäkirja s. 54. Ks. myös *Klami* emt. s. 180 ja siinä mainittu Turun hovioikeuden ratkaisu vuodelta 1982.

[32] Sen sijaan kysymys testamentin sisällöllisestä pätevyydestä, missä määrin testamentilla voidaan poiketa lakimääräisestä perimysjärjestyksestä, on yleisen perimysstatuutin alainen. Kelpoisuus perinnön tai testamentin saamiseen määräytyy taas yleensä saajan henkilöstatuutin mukaisesti. Testamentin valvontaan liittyen ks. vielä *Urpo Kangas*, Borde bevakning av testamente avskaffas, Tidskrift, utgiven av Juridiska Föreningen i Finland (JFT) 1985 s. 405 s.

[33] SopS 77/76.

yleissopimuksen valmistelu.[34] Esimerkiksi tällainen yleissopimus voisi tarjota ratkaisun nyt vallitsevan tilanteen korjaamiseksi.

[34] Ks. siitä *Matti Savolainen,* Haagkonferensen för internationell privaträtt — den 15:e sessionen 8—20. 10. 1984, JFT 1985 s. 465 s.

Berndt Godenhielm

Isyyslaki ja uusi sukunimilaki

Kun lapsen asemaa koskeva lainsäädäntö uudistettiin ja siinä keskeisenä oleva IsyysL 5. 9. 1975/700 annettiin, päätavoitteena oli lasten oikeudellisen yhdenvertaisuuden toteuttaminen (HE 90/1974 s. 1 s.). Tämän saavuttamiseksi poistettiin voimassa olevasta lainsäädännöstä sellaiset säännökset, jotka asettivat lapset syntyperän perusteella eriarvoiseen asemaan. Uudistuksella kumottiin siten ei vain laki avioliiton ulkopuolella syntyneistä lapsista (173/1922), vaan myös laki aviollisesta syntyperästä (409/1957). Tämän mukaisesti on oikeudellinen ero avioliitossa syntyneen ja avioliiton ulkopuolella syntyneen lapsen välillä poistettu. Jäljelle on jäänyt vain kysymys siitä, onko isyys todettu vai ei. Edelleen pätee vanha sääntö *pater est quem nuptiae demonstrant,* mutta isyys voidaan — kun mies, joka lapsen syntyessä ei ole ollut avioliitossa lapsen äidin kanssa — vahvistaa myös tunnustamisella tai tuomioistuimen päätöksellä. Perintökaareen tehdyn muutoksen kautta on poistettu kaikki ne erityissäännökset, jotka koskivat avioliiton ulkopuolella syntyneen lapsen perintöoikeudellista asemaa (HE 90/1974 s. 3). Kaikilla lapsilla, joiden sukulaisuussuhde isään on todettu tai vahvistettu, on yhtäläinen perintöoikeus isäänsä ja isän puoleisiin sukulaisiin nähden. Vastaavasti näillä on oikeus periä lapsi. Perintökaaren muutosten vaikutuksesta kaikki lapset ovat siten saaneet saman perintöoikeudellisen aseman syntyperästä riippumatta.

Kuitenkin tuo rintaperillisten perintöoikeudellinen asema on sittemmin huomattavasti heikontunut perintökaareen lisätyn eloonjääneen puolison pesän hallintaa koskevan uuden säännöksen johdosta (PK 3:1a, L 209/1983). Kun rintaperillisten ehdoton oikeus lakiosaan 1950-luvulla toteutui, tämä katsottiin tärkeäksi uudenaikaiseksi uudistukseksi. Nyt on kuitenkin katsottu, että eloonjääneen puolison oikeus on ensisijaisesti turvattava perintöoikeudellisilla säännöksillä riippumatta siitä, että lesken eläke-edut ja muut sosiaaliset edut ovat huomattavasti paremmat kuin nimenomaan 1950-luvulla. Rintaperillinen taas saattaa joutua odottamaan koko elinikänsä hänelle tulevaa lakiosaa.

Näin ollen IsyysL:n tarkoittama yhdenvertaisuus kaikkien lasten kesken riippumatta syntyperästä ei yleensä toteudu muulla tavoin kuin siten, että kaikki lapset saavat odottaa perintöosuuttaan yhtä kauan. Jäljellä on vain isyys, jolla perinteellisesti on huomattava tunnearvo. Isä ja poika muodostavat tunnepohjan, jolle vanhastaan moni käytännön elämän sääntö rakentui. Isältä pojalle maakin aikanaan periytyi. Sittemmin on kuitenkin sukupuolten yhdenvertaisuus perintöoikeudellisessa suhteessa toteutunut, mutta isyyden tunnustaminen on edelleen jäänyt tärkeäksi seikaksi nykyaikaistenkin ihmisten maailmassa.

Vaikka IsyysL ei siitä suoranaisesti puhu, on mielestäni todettava, että lain säännökset isyyden toteamisesta ja vahvistamisesta tavallaan asettavat isän huomattavaan asemaan lapsiinsa nähden. Hän ei ole vain välinpitämätön henkilö, vaan biologisella isyydellä on sellaisenaan huomattava tunnearvo (vrt. IsyysL 11 §).

Ennen vuoden 1920 sukunimilakia oli tosin erityisen sukunimen käyttö maassamme jo yleistynyt, mutta ei tarvitse mennä kovinkaan kauas menneisyyteen, kun huomataan, että kansan suuri enemmistö oman ristimänimensä ohella käytti isän nimeä sellaisella lisäyksellä, joka osoitti heidän välistään sukulaisuussuhdetta (patronymikon, esim. Hannu Juhonpoika, Anna Juhontytär tai vastaavasti ruotsiksi Hans Johansson, Anna Johansdotter). Ja jos mennään vielä kauemmaksi menneisyyteen, voidaan todeta, että erityisiä sukunimiä ei käytetty, vaan säätyläisetkin — jopa kuninkaat — käyttivät oman ristimänimensä kanssa vain isän nimeä patronymikona.

Vuoden 1920 sukunimilaki asetti jokaiselle Suomen kansalaiselle velvollisuuden ottaa itselleen oma sukunimi, ellei hänellä ennestään sellaista ollut. Vuoden 1929 avioliittolaki sääteli sitten aviopuolisoiden sukunimeä sekä avioliitossa syntyneiden lasten sukunimeä (AL 32 §). Pääsäännön mukaan vaimo sai avioliiton kautta miehen sukunimen ja lapset isän sukunimen.

Mitä vaimon sukunimeen tulee, tämä oli ensimmäinen säännös joka toteutti käytännössä vähitellen vakiintuneen periaatteen, että vaimo saa avioliiton kautta miehensä sukunimen. Vielä 1800-luvun alkupuolella vaimo useasti käytti omaa tyttönimeään. Kun uusi sukunimilaki antaa hänelle oikeuden säilyttää oman sukunimensä avioliitosta huolimatta, tätä koskeva säännös ei itse asiassa ilmaise oikeudessamme mitään täysin uutta ja merkillistä.

Toisaalta se seikka, että vaimo aikanaan käytti omaa sukunimeään, ei vaikuttanut siihen periaatteeseen, että avioliitossa syntyneet lapset saivat isän sukunimen. Mitä avioliiton ulkopuolella syntyneisiin lapsiin tulee, lienee käytäntö eri vuosisatoina vaihdellut, ehkä myös eri yhteis-

kuntaluokkien välillä. Eräänä — kenties poikkeuksellisena — esimerkkinä voidaan mainita, että Juhana herttuan jalkavaimonsa Katarina Hansdotterin kanssa saamat lapset käyttivät patronymikonia.

Tässä yhteydessä ei ole aiheellista tarkemmin tutkia uuden sukunimilain (694/1975) säännöksiä puolison sukunimestä. Todettakoon vain, että laki antaa aviopuolisoille useita valinnanvaraisia vaihtoehtoja. Sen sijaan tarkoituksenani on käsitellä lain säännöksiä lapsen sukunimestä. Säännökset siitä sisältyvät SukunimiL:n 2. lukuun. Kuitenkaan näitä käsiteltäessä ei voida olla kajoamatta myös aviopuolison sukunimeä koskeviin säännöksiin.

Ensin on todettava, että SukunimiL ei periaatteessa tee eroa aviollisten ja avioliiton ulkopuolella syntyneiden lasten välillä. Tässä suhteessa laki rakentuu sille pohjalle, joka on luotu jo IsyysL:lla. IsyysL:lla kumottiin tosin laki avioliiton ulkopuolella syntyneistä lapsista (173/1922), mutta valmisteilla olevaa sukunimilakia odotettaessa otettiin lakiin isyyslain voimaanpanosta (701/1975) väliaikaisena säännöksenä sanotun lain mukainen säännös avioliiton ulkopuolella syntyneen lapsen sukunimestä (3 § 2 mom.). Tämä säännös kumottiin sitten uuden sukunimilain voimaanpanosäännöksellä (35 §). Kului kuitenkin suhteellisen pitkä aika, melkein kymmenen vuotta siitä, kun IsyysL annettiin siihen, kun uusi SukunimiL vihdoin saatiin aikaan.

Uusi sukunimilaki on tietyissä suhteissa ristiriitainen. Hallituksen esityksessä (HE 236/1984 vp.) todetaan (s. 9), että »yleisen edun kannalta on pidettävä edelleenkin suotavana, että sukunimellä on tietyn asteinen pysyvyys». Kuitenkin laki mahdollistaa useita, aikaisemmin tuntemattomia sukunimen muutosmahdollisuuksia. Kun katsottiin vanhentuneeksi säännös, että naisen avioliittoon mennessään piti ottaa miehen sukunimi, laki antaa nyt miehelle mahdollisuuden ottaa vaimon sukunimi. Mutta tavoitteena onkin ollut vain »tietyn asteinen pysyvyys», vaikka »sukunimilainsäädännön eräänä tavoitteena onkin pidettävä sukunimen pysyvyyden ja sen muuttumattomuuden turvaamista» (HE s. 11).

Mitä lapsen sukunimeen tulee, hallituksen esityksessä tähdennetään (s. 20), että ehdotetun järjestelmän päätavoitteena on säännellä lapsen sukunimen määräytyminen siten, että lapsen sukunimi ei määräytyisi lapsen syntyperän perusteella. Joskin tämä tavoite on sellaisenaan hyväksyttävissä, se ei mielestäni välttämättä johda niihin päätelmiin, jotka laissa on omaksuttu. Hallituksen esityksessä lausutaan, että edellämainitun tavoitteen vuoksi »ei lakiehdotuksessa ole katsottu mahdolliseksi säilyttää nykyisin voimassa olevaa järjestelmää, jonka mukaan avioliitossa syntyneen lapsen sukunimi määräytyy eri pe-

rustein kuin avioliiton ulkopuolella syntyneen lapsen sukunimi». Tämän ohella on haluttu antaa lapsen vanhemmille mahdollisuus vaikuttaa lapsen sukunimeen tekemällä valinta eri vaihtoehtojen välillä. Tätä koskevat säännökset ovat suhteellisen monimutkaiset. Ehkä lain antama ratkaisu siihen tilanteeseen, että lapsen vanhemmat eivät pääse sopimukseen lapsen sukunimestä, jääkin vain periaatteelliseksi ilmaisuksi (vrt. LaVM n:o 3/1985 vp. — HE 236/1984 vp., s. 2).

Pääsäännöt lapsen sukunimestä sisältyvät SukunimiL:n 2 §:ään, joka koskee lapsen sukunimen määräytymistä syntymän perusteella. Pykälän mukaan lapsen sukunimi määräytyy kolmen säännön pohjalta. Jos vanhemmilla lapsen syntyessä on yhteinen sukunimi, lapsi saa tämän sukunimen (1 mom.). Ellei vanhemmilla ole yhteistä sukunimeä — mikä sattuu esim. kun vaimo on säilyttänyt oman sukunimensä tai kun lapsi on syntynyt avoliitossa tai muuten avioliiton ulkopuolella — vanhemmilla on oikeus sopia siitä, kumman vanhemman nimen lapsi saa (2 mom.). Avioliiton ulkopuolella syntynyt lapsi voi siis tämän säännöksen mukaan saada isän sukunimen. Kuitenkin, jos vanhemmilla ennestään on yhteisessä huollossa yhteinen alaikäinen lapsi, lapsi saa syntyessään sen sukunimen, joka hänen sisaruksellaan on. Sisarusten samannimisyyttä on nimittäin »pidetty niin tärkeänä, että sen saavuttamiseksi on rajoitettu vanhempien valintaoikeutta» (HE s. 21).

Mikäli vanhemmat eivät ole edelläsanottujen säännösten puitteissa valinneet lapselle sukunimeä ja siitä ilmoittaneet väestörekisterin pitäjälle, lapsi saa sen sukunimen, joka äidillä on silloin kun lapsi ilmoitetaan väestörekisteriin (2 § 5 mom.). Hallituksen esityksessä ehdotettiin, että lapsi tällöin saisi sen sukunimen, joka äidillä oli lapsen syntymän hetkellä. Lakivaliokunta kuitenkin katsoi, että jos äiti synnytyksen jälkeen oli muuttanut sukunimensä, niin ei ollut tarkoituksenmukaista, että lapsi saisi äidin aikaisemman sukunimen. Lakiin otetulla säännöksellä on siten turvattu äidin ja lapsen samannimisyys (LaVM s. 4).

Pääsäännön mukaan (2 § 1 mom.) lapsi saa vanhempiensa sukunimen, jos vanhemmilla lapsen syntyessä on yhteinen sukunimi. Näin on asian laita, kun vanhemmat ovat avioliittoa solmittaessa SukunimiL:n 7 §:n mukaisesti ottaneet yhteisen sukunimen, joka ei välttämättä ole kummankaan aviopuolison ennen avioliittoa käyttämä sukunimi. Mikäli nimittäin vaimo ennen uuden avioliiton solmimista on käyttänyt entisen aviomiehensä sukunimeä, aviopuolisot eivät voi valita tätä nimeä yhteiseksi sukunimekseen. Sen sijaan he voivat ottaa vaimon tyttönimen uudeksi sukunimekseen. Näin hallituksen esityksen mukaan (HE s. 25), vaikka 7 §:n 1 momentin säännös sanamuotonsa mukaisesti an-

taisikin sijaa muunlaisille tulkinnoille. Hallituksen esityksessä tähdennetään, että »yhteisenä sukunimenä saattaa siis tulla kysymykseen vain se nimi, joka jommallakummalla puolisoista oli ollut välittömästi ennen ensimmäisen avioliittonsa solmimista» (s. 25). Esityksessä myönnetään kuitenkin, että 2 §:n 1 momentin säännös vanhempien yhteisestä sukunimestä saattaa tietyissä tapauksissa antaa aihetta epätietoisuuteen, mutta sukunimen määräytyminen ei näissäkään tapauksissa »voine aiheuttaa tulkintaongelmia» kuten säännöksen perusteluissa sanotaan (HE s. 21). Käytäntö osoittanee millaisia tulkintavaikeuksia aviopuolisot ja viranomaiset joutuvat ratkomaan. Miten esimerkiksi määräytyy aviopuolisoiden valintamahdollisuus, kun mies on aikaisemman avioliiton kestäessä muuttanut sukunimensä (esim. suomentanut alkuperäisen sukunimensä)?

Ellei lapsen vanhemmilla ole yhteistä sukunimeä, he voivat valita lapselle sen sukunimen, joka jommallakummalla vanhemmalla on silloin kun ilmoitus tehdään väestörekisteriin. Jos kysymyksessä ovat aviopuolisot, vaimo on SukunimiL:n 8 §:n mukaisesti saattanut säilyttää sen sukunimen, joka hänellä oli avioliittoon mennessään. Tämä sukunimi voi hyvinkin olla aikaisemman aviomiehen sukunimi (HE s. 26). Uudessa avioliitossa syntynyt lapsi saattaa siten saada vaimon aikaisemman aviomiehen sukunimen. Tämä ei tunnu kovinkaan järkevältä verrattuna äsken selostettuun säännökseen, jonka mukaan aviopuolisot eivät voineet ottaa tuota nimeä yhteiseksi nimekseen.

SukunimiL:n 2 §:n 2 momentin säännös edellyttää, että lapsen vanhemmat sopivat lapsen sukunimestä; laki edellyttää, että molemmat vanhemmat yhdessä ilmoittavat lapsen sukunimen väestörekisterin pitäjälle. Hallituksen esityksessä huomautetaan, että »lapsen sukunimeä koskeva vanhempien päätös edellyttää siten vanhempien keskinäistä yksimielisyyttä» (s. 21). Vaikka yleensä on lähdettävä siitä, että vanhemmat tällaisessa tapauksessa pyrkivät asiallisesti päätymään yhteisymmärrykseen, saattaa kuitenkin kumpikin vanhempi umpiniskaisesti pitää kiinni omasta näkemyksestään lapsen sukunimestä. Vaimolla lienee myös tiettyjä painostusmahdollisuuksia oman mielipiteensä läpiviemiseksi. Tämän johdosta SukunimiL:n 2 §:n 5 momentin säännös ei tunnu antavan lapsen isälle sellaisia takeita oman sukunimensä säilyttämiselle jälkeläisilleen kuin hänen sukuperinteensä mahdollisesti edellyttäisi. Isyys on siten itse asiassa vailla merkitystä lapsen sukunimeä määrättäessä.

Tähän nähden on mielestäni syytä harkita eikö SukunimiL:n järjestelmä lapsen sukunimestä ole ristiriidassa niiden tavoitteiden kanssa, jotka voidaan katsoa sisältyvän IsyysL:iin. Vanha agnaattinen periaate,

jota tavallaan on vahvistettu IsyysL:n järjestelmällä, on SukunimiL:n 2 §:n 5 momentin säännöksen johdosta, verrattuna 2 momentin säännökseen, menettänyt merkityksensä. Käsitykseni mukaan ei lasten tasaarvoisuuden kannalta ole ollut välttämätöntä antaa syntyperästä riippumatta avioliitossakin syntyneen lapsen sukunimeksi äidin sukunimeä, jos vanhemmat eivät ole sopineet lapsen sukunimestä. Yhtä hyvin olisi voitu pysyttää voimassa periaate, että avioliitossa syntynyt lapsi saa isän sukunimen, elleivät vanhemmat sovi muunlaisesta ratkaisusta. Tämä olisi mielestäni ollut paremmin sopusoinnussa IsyysL:n periaatteiden kanssa; eikä avioliiton ulkopuolella syntyneelle lapselle tehtäisi vääryyttä, koska hänelle periaatteessa voitaisiin antaa oikeus isän sukunimeen aina kun isyys on tunnustettu tai vahvistettu. Eiköhän tällainen ratkaisu olisi ollut omiaan parantamaan avioliiton ulkopuolella syntyneen lapsen asemaa tavalla, joka olisi mahdollista, mutta useasti vain periaatteellista perintöoikeutta vahvempi?

Lakivaliokunnan mietinnössä (n:o 3/1985 vp. s. 2) huomautetaan, että SukunimiL:n 2 §:n 5 momentin säännös tullee harvoin sovellettavaksi, ja viitataan siihen, että Ruotsissa, Norjassa ja Tanskassa ei vastaavaa säännöstä ole oikeusministeriön selvityksen mukaan jouduttu soveltamaan, »vaan vanhemmat ovat päässeet yhteisymmärrykseen lapsen sukunimestä». Olisi kuitenkin erittäin mielenkiintoista seurata käytäntöä sukunimiasioissa ja erityisesti tutkia, missä määrin vanhemmat SukunimiL:n 2 §:n 2 momenttia sovellettaessa ovat sopineet äidin sukunimestä. Yhteisymmärrys valintatilanteessa voi ilmeisesti useinkin olla vain näennäinen.

SukunimiL sisältää useita muitakin säännöksiä, joiden soveltamista käytännössä olisi mielenkiintoista ja tärkeää seurata. En voi niitä tässä yhteydessä tarkastella; tarkoituksenani on vain ollut osoittaa mahdollinen ristiriita IsyysL:n ja uuden SukunimiL:n säännösten välillä. Seuraamisen arvoista olisi kuitenkin esimerkiksi se, toteutetaanko SukunimiL:lla hallituksen esityksessä omaksuttua tavoitetta sukunimen pysyvyyden ja sen muuttumattomuuden turvaamisesta.

Jouko Halila

Lahjan peräyttämisestä velkojien hyväksi

I. Useat syyt voivat saada aikaan, että velkaantuneet henkilöt päätyvät lahjoittelemaan varojaan, toisinaan jopa ylenmääräisesti. Mistään altruismista ei kylläkään ole yleensä kysymys esim. silloin, kun heikosti menestynyt liikkeenharjoittaja luopuu omistamistaan arvoesineistä vastiketta lainkaan vaatimatta. Syynä tähän saattaa tosin olla vain holtittomuus varojen käytössä sen jälkeen, kun yritystoiminta on epäonnistunut. Mutta lahjoitus voi olla myös valeoikeustoimi. Näin on laita etenkin silloin, kun omaisuutta on luovutettu jollekin sukulaiselle tai muutoin läheiselle henkilölle. Lahjoituksen yhteydessä on voitu salaisesti sopia siitä, että lahjoitetut varat palautetaan niiden antajalle tämän konkurssin jälkeen. Ja vaikkei tällaista ehtoa olisi sovittukaan, lahjoittaja on voinut edellyttää palautuksen aikanaan toteutuvan. Lahjoittaja on voinut myös toivoa, että lahjan saaja tekisi hänelle joitakin palveluksia tai tukisi häntä uutta yritystoimintaa aloitettaessa. Lahjoitusten motiivina saattaa myös olla vain halu tehdä velkojille kiusaa.

Velallisen lahjoitukset ovat hänen velkojilleen erityisen vaarallisia, koska velallisen varat tällöin vähenevät eikä mitään tule tilalle. Niinpä onkin paikallaan järjestää velkojille mahdollisuus saada ainakin velallisen jouduttua konkurssiin tiettynä aikana (ns. kriittisenä aikana) ennen konkurssia toimeenpanemat lahjoitukset peräytymään. Lisäksi voidaan huomauttaa, ettei velkaantuneen henkilön asiana ole harrastaa varojensa lahjoittelua ja heikentää siten mahdollisuuksiaan selviytyä veloistaan. Lahjan peräyttäminen ei sitä paitsi yleensä ole lahjan saajan kannalta kohtuutonta, kun lahjan saanti ei ole häneltä vaatinut tavallisesti minkäänlaisia uhrauksia.[1]

Lahjoitusten peräyttäminen onkin ollut se täytäntöönpano-oikeudellisen takaisinsaannin tapaus, joka on yleisesti otettu ensimmäisten joukossa eri maissa käytäntöön. Näin oli laita jo roomalaisessa konkurs-

[1] Lahjan peräyttämisen lainsäädännöllisistä perusteista ks. esim. *Lennander,* Återvinning i konkurs (1985) s. 166 ss. ja *Erwin Munch-Petersen,* Skifteretten (1956) s. 135 s. *Aure(järvi)* on sattuvasti arvellut voitavan puhua »oikeusjärjestyksessämme ilmenevästä lahjan ja /tai sen haittavaikutusten torjumisjärjestelmästä.» (DL 1970 s. 172 alav. 3.

sioikeudessa, jonka actio Pauliana alun pitäen mahdollisti lahjan peräyttämisen. Ja myös Ruotsin 8. 5. 1767 annetun Kuninkaallisen selityksen perusteella kävi päinsä kohdistaa takaisinsaanti konkurssivelallisen vastikkeettomiin luovutuksiin.[2] Tämä selityshän oli meillä ensimmäinen säädös, jossa annettiin normeja konkurssitakaisinsaannista. Kun v. 1895 annetun ulosottolain säätämisen yhteydessä velkojat saivat oikeuden turvautua myös epäonnistuneen ulosmittauksen jälkeen v. 1868 annetun KS:n mukaiseen takaisinsaantiin, lahjojen peräyttämisen käytettävyys väljeni meillä samalla vastaavasti.[3]

Tosin on myös mahdollista, että velallisen lahjoitus on annettu jonkin yleiseltä kannalta hyödyllisen tarkoituksen hyväksi, kuten esim. tieteellisten, taiteellisten tai sosiaalisten päämäärien edistämiseksi. Aiheellisesti voidaan kysyä, olisiko tällaisissa tapauksissa suojattava ainakin vilpittömässä mielessä ollutta (s.o. lahjoittajan maksukyvyttömyydestä tietämätöntä) lahjansaajaa velkojien peräytysvaatimusta vastaan. Ulkomaisista oikeusjärjestyksistä onkin löydettävissä esimerkkejä siitä, että yleishyödyllisiin tarkoituksiin annettujen lahjojen takaisinsaantiedellytyksiä on jollakin tavoin tiukennettu.[4] Suomen sen enempää kuin muidenkaan pohjoismaiden lainsäädännössä ei kuitenkaan ole siten menetelty, eikä siihen ole ollut syytäkään. Konkurssin partaalla olevan henkilön ei sovi asettaa edes kaikkein arvostetuimpien päämäärien suosimista velkojien intressien edelle.[5]

---

[2] Lahjan peräyttämissäännöstön historiasta ks. *Julian Serlachius,* Om återvinning till konkursbo (1881) s. 93 ss.

Lahjan peräyttäminen on mainittu vanhastaan useiden maiden konkurssilaeissa eri peräytystapauksista ensimmäisenä. Näin myös Tanskan v. 1977 annettu uusi konkurssilaki (64 §). Anglo-amerikkalainen oikeus ei tunne eri oikeustoimityyppeihin kohdistuvia takaisinsaantiperusteita vaan ainoastaan yleisluonteisia normeja takaisinsaannin edellytyksistä. Näitä normeja tulkittaessa on kuitenkin pidetty selviönä, että nimenomaan velallisen vastikkeettomat luovutustoimet ovat peräytettävissä. Ks. *Lennander,* mt. s. 170 s. ja siellä mainittuja lähteitä.

[3] Ks. tekstissä mainitusta takaisinsaannin ulottamisesta ulosotto-oikeuteen *Chydenius,* JFT 1895 s. 117 ss. V. 1973 ko. takaisinsaantisäännös siirrettiin UVA:sta nykyiselle paikalleen (UL 3: 35—36).

Ulosmittaustakaisinsaanti ei ole läheskään samassa määrin universaalinen kuin konkurssissa tapahtuva takaisinsaanti. Todettakoon, ettei esim. Ruotsin voimassa oleva ulosottolaki vieläkään tunne ensiksi mainittua takaisinsaantia, vaikka tämän v. 1981 annetun lain valmistelujen yhteydessä alun pitäen oli tarkoitus ottaa ulosmittaustakaisinsaanti käytäntöön (SOU 1973: 22 s. 266 ss.). Ks. myös *Lennander* mt. s. 39 s.

[4] Itävallan v. 1914 annetun konkurssilain 29,1 § on jättänyt takaisinsaannin ulkopuolelle sellaiset yleishyödyllisiin tarkoituksiin annetut lahjat, joiden arvo ei ole kohtuuttoman suuri. Ks. säännöksen johdosta *Bartsch — Pollak,* Konkursverordnung etc. I (1937) s. 192.

[5] Näin Suomen voimassa olevan oikeuden kannalta *Chydenius,* Kontraktsrätt II (1918) s. 28 ja *Grotenfelt,* Kommentar till konkursstadgan (1918) s. 108.

Tekstissä lausuttu sopeutuu hyvin LahjaL:n säännöksiin, jotka eivät lahjanlupauksen

Takaisinsaanti-instituutin kehittyminen on nimenomaan viime vuosikymmeninä johtanut eri maissa yleisesti siihen, että peräytettävän oikeustoimen osapuolten mala fidekseen kiinnitetään peräytysperusteita luotaessa yhä vähemmän huomiota. Tämä on merkinnyt sitä, että takaisinsaannin legaaliset tunnusmerkistöt ovat muuttuneet entistäkin enemmän objektiivisiksi. Takaisinsaantinormistot ovat siten etääntyneet edellä mainitusta actio Paulianasta, jonka menestyminen edellytti säännönmukaisesti sekä velallisen että peräytettävän oikeustoimen toisen osapuolen mala fidestä. Merkille pantavaa kuitenkin on, ettei actio Paulianankaan hyväksyminen vaatinut lahjan vastaanottajalta vilpillistä mieltä. Lahjan peräyttämisen sääntely on sittemmin eri maissa johtanut siihen, ettei lahjan antajankaan mala fidestä yleensä vaadita. Juuri lahjan peräyttäminen on pyritty saamaan helposti toteutuvaksi toimenpiteeksi.[6]

Suomen voimassa olevan oikeuden kannalta on epäilyksittä selvää, että KS 46 §:n b-kohta ei edellytä minkäänlaista vilpillistä mieltä sen enempää lahjan luovuttaneen velallisen kuin lahjan saajankaan puolella. Kun peräytettävissä olevan lahjan tunnusmerkistö on ko. lainpaikassa kuvattu objektiivisena, ei subjektiivista puolta sovi tunnusmerkistöön tulkinnan tietä liittää. Lahjoittajan ei näin ollen tarvitse olla ollut lahjoituksen aikaan selvillä taloudellisesta tilastaan; ei vaadita edes sitä, että hänen olisi pitänyt olla perillä taloudellisista vaikeuksistaan. Ei liioin vaadita, että lahjan vastaanottajan olisi tullut olla tietoinen lahjoittajan heikosta taloudellisesta asemasta.[7] Lahjan saajan ei ole tar-

---

sitovuutta määritellessään myöskään tee eroa eri tarkoituksiin annettujen lahjoitusten välillä.

[6] Lahjan käsitteeseen kuuluu oleellisesti lahjoittamistarkoitus (animus donandi). Ks. tästä esim. *Hakulinen,* Velvoiteoikeus I. Yleiset opit (1965) s. 178. Lahjan peräyttäminen velkojien hyväksi ei edellytä lahjoittajalla olleen sen enempiä päämääriä.

Kun lahjan peräytys KS 46 §:n b-kohdan mukaan ei tavallisesti vaadi kantajalta (velkojalta tai konkurssipesältä) kovin vaikeaksi käyvää todistelua, kantajan ei yleensä kannata ryhtyä moittimaan lahjoitusta sillä perusteella, että se on ollut valeoikeustoimi. Ks. tällaisten tapausten johdosta *Aho,* LM 1963 s. 432 ss.

Lahjan peräytysedellytysten rajoittamista objektiivisesti havaittaviin tosiasioihin on korostettu erityisesti pohjoismaisessa ja mannereurooppalaisessa oikeustieteessä. Ks. esim. *Lejman,* Bidrag till läran om återvinning i konkurs (1939) s. 92 ss.; *Lennander,* mt. s. 167 s.; *Welamson,* Konkursrätt (1961) s. 224 s.; *Hagerup — Paulsen,* Konkurs- og akkordforhandling (1932) s. 240; *Mentzel — Kuhn,* Kommentar zur Konkursordnung 32 §.

[7] Tekstissä mainituin tavoin on KS 46 §:n b-kohtaa meillä tulkittu. Ks. *Serlachius,* mt. s. 128 s. ja *Grotenfelt,* mt. s. 108. Sama kanta ilmenee myös tuomioistuinratkaisuista. Lahjan peräytyskanteet on näet hyväksytty siihen katsomatta, ovatko oikeustoimen osapuolet olleet hyvässä uskossa vai ei. Samalla tavoin on myös KS:n esikuvana olleen Ruotsin v. 1862 annetun entisen konkurssilain vastaavaa takaisinsaantisäännöstä (36 §:ää) tulkittu. Ks. *Westring,* Konkurslagen etc. (1910) s. 53.

Tanskan v. 1872 annetun konkurssilain 26 §:n mukaan lahja voitiin peräyttää konkurs-

vinnut myöskään olla osallisena lahjoitusoperaation aikaan saamisessa.[8]

Edellä esitetyn pohjalta arvioituna on johdonmukaista, ettei lahjan peräyttäminen edellytä velallisen olleen lahjoituksen aikoihin jo maksukyvytön tai että hän olisi lahjoituksen johdosta tullut maksukyvyttömäksi. Lahja on siis peräytettävissä myös silloin, kun velallinen on tullut maksukyvyttömäksi vasta lahjoittamisen jälkeen, vaikkapa ennalta täysin arvaamattomien sattumien johdosta.[9] Tällöin ei tosin ole velkojille koitunut lahjan takia välitöntä vahinkoa. Mutta vahingon välittömyys ei ole yleensäkään takaisinsaannin menestymisen edellytys.[10]

II. Kaikkiin lahjoituksiin ei kuitenkaan ole ollut tarkoituksenmukaista takaisinsaantia ulottaa. Kun kysymyksessä on konkurssin yhteydessä ajettava takaisinsaanti, on otettava lukuun, että konkurssipesän hoitajilla on yleisesti runsaasti kiireellisiä ja vaativia tehtäviä hoidettavanaan juuri niissä konkurssimenettelyn vaiheissa, joiden aikana takaisinsaantikanteetkin on pantava KS 47 §:n mukaisesti vireille. Tämän takia ei ole paikallaan ryhtyä ainakaan konkurssissa vähäpätöisten lahjoitusten peräyttämiseksi usein runsaasti aikaa ja kustannuksia vaativiin oikeudenkäynteihin. Ja on tarpeetonta vaivata tuomioistuimia arvoltaan vähäisten lahjoitusten peräytysasioilla, oli sitten käsillä konkurssi tai ulosmittaus. Aiheellisesti onkin KS 46 §:n b-kohdassa säädetty lahjan peräyttämisen edellytykseksi, että lahjoituksesta on tullut velkojille tuntuva vahinko. Velkojienkin kiinnostus vähäisten lahjojen takaisinsaantiin lienee sitä paitsi tavallisesti siksi lievä, että lahjan saaja voi jo tästäkin syystä kernaasti pitää lahjan omanaan.[11]

Arvosteltaessa lahjoituksesta velkojille koituneen vahingon tuntuvuutta ei konkurssin yhteydessä liene perusteltua panna painoa sille, miten paljon velallisella on kaikkiaan velkaa. Ratkaisevana on syytä pitää (ainakin periaatteessa) lahjan arvoa sellaisenaan. Lahjan tultua peräy-

---

sipesään ainoastaan, jos sen vastaanottaja oli ollut selvillä lahjoittajan maksukyvyttömyydestä. V. 1977 annetun uuden konkurssilain vastaava takaisinsaantisäännös (64 §) ei vaadi enää mala fidestä.

[8] Lahjoituksen toteutuminen vaatii kylläkin yleensä lahjan vastaanottajalta jonkinlaista myötävaikuttamista. Ks. *Walin,* Materiell konkursrätt (1980) s. 134.

[9] Ks. edellisen johdosta *Grotenfelt* s. 108 ja *Lennander,* mt. s. 167.

[10] Ks. *Lennander* mt. s. 87 ss. ja *Schönke — Baur,* Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht (1956) s. 259 s.

[11] Alkuperäisen ruotsinkielisen lakitekstin mukaan lahjasta tulee aiheutua velkojille »märkelig skada». Ruotsin v. 1862 annetun konkurssilain vastaavassa kohdassa oli sama sanonta, joka oli omaksuttu myös Ruotsin v. 1921 annetun konkurssilain 28 §:ssä.

Ruotsin, Tanskan ja Norjan uudistettujen takaisinsaantisäännösten mukaan kiinnitetään huomiota lahjan tavanomaisuuteen ja siihen, onko lahja ollut epäsuhteessa antajan taloudellisiin oloihin.

tetyksi konkurssipesään voi peräytyksestä yksityiselle velkojalle tuleva hyöty tosin jäädä jokseenkin vähäiseksi, mikäli jako-osuus ei ole mainittavasti suurentunut. Tämä seikka ei kuitenkaan estä takaisinsaannin hyväksymistä.[12]

Puheena olevasta KS 46 §:n kohdasta saadaan tukea myös sille, ettei Suomenkaan oikeuden mukaan ole sallittua peräyttää tiettyinä juhla- ja merkkipäivinä annettuja tavanomaisia lahjoja. Tämä eräiden maiden konkurssilaissa nimenomaan mainittu takaisinsaannin rajoitus edellyttää kuitenkin, että kysymykseen tulevien syntymä- ja nimipäivä, joulu-, hää- ja kummilahjojen sekä vastaavien antimien rahallinen arvo on pysytellyt kohtuullisena.[13]

Joidenkin toimialojen työnantajilla on tapana palkita työntekijöitään tiettyinä ajankohtina. Niinpä esim. joulurahaa on voitu jatkuvasti antaa vuosittain liikkeen koko henkilökunnalle. Näitäkään lahjoituksia ei liioin käy peräyttäminen, mikäli ne ovat säilyneet tavanomaisuuden ja kohtuullisuuden rajoissa. Tällaisten antimisenhan katsotaan toisinaan kuuluvan milteipä vakiintuneisiin palkkaetuihin.[14]

Vastakkaisia mielipiteitä on etenkin Ruotsissa esitetty siitä, millä edellytyksillä palkintolahja (donatio remuneratoria) on peräytettävissä. Kysymys on ollut lähinnä siitä, olisiko tällöin käytettävissä lahjaa koskeva takaisinsaantiperuste vai olisiko turvauduttava muihin perusteisiin. Jälkimmäinen vaihtoehto saisi aikaan, että palkintolahjan peräyttäminen vaikeutuisi tuntuvasti. Tämän vaihtoehdon puolesta on viitattu ensi kädessä siihen, että palkintolahja olisi velvoiteoikeutta sääntelevässä asetettu joissakin kohdin muista lahjoista poikkeavaan ase-

---

[12] Näin Ruotsin v. 1921 annetun konkurssilain 28 §:stä *Welamson,* mt. s. 226. Kuten edellisessä alav:ssä on mainittu, tämä lainkohta oli ko. kohdassa samansisältöinen kuin Suomen KS:n 46 §:n b-kohta.

Tässä yhteydessä on paikallaan viitata seuraavaan oikeustapaukseen Ruotsista (SvJT 1934 II s. 23 s.): Suurliikemies Ivar Kreugerin kuolinpesän konkurssipesä vaati pesään peräytettäväksi Kreugerin vähän ennen kuolemaansa asianajajalleen lahjoittamaa n. 26.000 kruunun rahaerää. Kannetta vastustettiin sillä perusteella, että lahjoitus konkurssin jättiläismäisyyden takia (pesän varat n. 98 miljardia ja velat n. 1.170 miljardia kruunua) merkitsi velkojille erittäin vähän. Svean hovioikeus kuitenkin hyväksyi kanteen äänestyksen jälkeen. Hovioikeuden tuomioon ei haettu muutosta.

[13] Näin *Grotenfelt,* mt. s. 108 ja *Halila,* Konkurssioikeuden pääpiirteet (1975) s. 99. Vrt. AL 45,2 §, jossa aviopuolisoja kielletään lahjoittamasta toisilleen omaisuutta. Kielto ei kuitenkaan koske sellaisia tavanomaisia lahjoja, joiden arvo ei ollut epäsuhteessa antajan oloihin. Kuten alav:stä 11 ilmenee, tällainen määrittely on omaksuttu muiden pohjoismaiden uudistetuissa takaisinsaantisäännöstöissä.

Useiden maiden konkurssilaeissa on tekstissä mainittu takaisinsaannin rajoitus nimenomaan ilmaistu jättämällä tavanomaisen lahjat peräytyksen ulkopuolelle. Saksan liittotasavallan konkurssilaki käyttää ko. lahjoista nimitystä »gebräuchliche Gelegenheitsgeschenke» (32,2 §).

[14] Ks. *Pagenstecher,* Der Konkurs (1950) s. 83.

maan.[15] Tämä perustelu ei kuitenkaan tunnu vakuuttavalta. Ei ensinnäkään ole kiistatonta, missä suhteissa palkintolahjan sääntely olisi erilaista kuin lahjan sääntely yleensä on.[16] Ratkaisevana näkökohtana on pidettävä mielestäni sitä, että palkintolahjan luovuttaminen ei perustu oikeudelliseen velvollisuuteen. Sitä paitsi palkintolahja on velkojien kannalta yhtä vaarallinen kuin muutkin lahjoitukset. Niinpä myös palkintolahjat ovat KS 46 §:n b-kohdan nojalla peräytettävissä lahjoituksina.[17]

Lahjoittaa voidaan, paitsi konkreettisia esineitä, myös ns. oikeuksia. Vastaavasti myös kaikkinaisten oikeuksien (esim. saatavien ja immateriaalioikeuksien) lahjaksi luovuttaminen saadaan peräytymään.

Saamisoikeuksia lahjoitettaessa on mahdollista turvautua monenlaisiin operaatioihin. Ensinnäkin on selvää, että saatavan anteeksianto on lahjoituksena peräytettävissä.[18] Toisen henkilön velan maksu kuten myös omaksi ottaminen voivat niin ikään olla lahjaksi arvioitavia oikeustoimia. Näin on laita silloin, kun ko. toimenpiteeseen ei ole ollut oikeudellista velvollisuutta.[19] Vastikkeettoman edun saajana on näissä tilanteissa velasta kulloinkin vapautunut henkilö.

Pyrkiessään siirtämään varojaan sivulliselle velallinen voi käyttää hyväksi myös maksuosoitusta. Jos se henkilö, jolle suoritus osoituksen mukaisesti on tehty, on saanut tällöin lahjana pidettävän edun, takaisinsaanti käy päinsä. Osoitukseen perustuvan maksun jälkeen tilanne on näet yhtäläinen, kuin jos osoituksen antaja (assignantti) olisi velan maksanut. Assignantin velkojat voivat tämän jälkeen käyttää tehokkaasti hyväkseen KS 46 §:n b-kohdan mukaista takaisinsaantikannetta maksuosoituksen saajaa (assignatariusta) vastaan. Ellei tämä kävisi päinsä, takaisinsaantisäännöstöä voitaisiin maksuosoitusten avulla helposti kiertää.[20]

---

[15] Näin *Håstad* (Studier i sakrätt, 1980, s. 168), joka kuitenkaan ei ole varma kannastaan (»förmodligen»). Samoin, joskin myös epäröiden, *Lennander,* mt. s. 178. — Huomiota on kiinnitetty ensi kädessä LahjaL:n tiettyjen säännösten suhteeseen palkintolahjoihin.

[16] Ks. tästä etenkin *Walin,* Lagen om skuldebrev m.m. (1977) s. 228 s. Vrt. myös *Hakulinen,* Velkakirjalaki (1965) s. 207.

[17] Näin Ruotsissa *Bengtsson,* SvJT 1962 s. 700 ss., erityisesti s. 705. *Håstad* on myöntänyt tekstissä mainittujen näkökohtien pitävän paikkansa. Hänen on myös ollut pakko todeta, että palkintolahjojen jättäminen lahjan peräytyssäännöksen ulkopuolelle tuottaa vaikeuksia näihin lahjoihin kohdistuvien takaisinsaantikanteiden menestymiselle.

Håstadin kannan johdosta on aiheellista kysyä, miksi olisi kiistanalaisen siviilioikeudellisen ongelman ratkaisun pohjalta syrjäytettävä kiistattomat täytäntöönpanolliset realiteetit.

[18] Ks. *Halila—Ylöstalo,* Saamisen lakkaamisesta (1980) s. 73.

[19] Ks. *Grotenfelt,* mt. s. 109 Sivullisen suorittamasta velan maksusta (ns. maksuvälilintulosta) ks. *Halila — Ylöstalo,* mt. s. 23.

[20] Kysymyksessä on tällöin ollut itse asiassa tietynlainen epäsuora lahjoitus. Ks. *Ussing,* Enkelte Kontrakter (1940) s. 136 ss.

III. Ei voida tyytyä siihen, että vain lahjan kategoriaan vietävissä olevat toimet olisivat peräytyskelpoisia. Velkojien edut edellyttävät, että ensinnäkin käyttöoikeuden vastikkeeton luovutus (käyttölaina) on lahjan veroisena peräytettävissä. Samoin suurehkon rahamäärän antaminen velaksi ilman koronmaksuvelvollisuutta voi joutua peräytyksen kohteeksi.[21] Ja pantin antaminen toisen henkilön velan vakuudeksi voi olla peräytyskelpoinen toimenpide, ellei panttaukseen ollut juridista velvollisuutta.[22]

Takaisinsaannin menestymisen esteenä ei myöskään ole se seikka, että velalliselle on hänen luovuttamastaan etuudesta annettu jonkin verran vastiketta. Oikeusjärjestys ei voi hyväksyä sitä, että takaisinsaantisäännöstö olisi kierrettävissä luovuttamalla velalliselle tältä saatuun etuuteen verrattuna vähäarvoinen hinta. KS 46 §:n b-kohdan mukaan ovatkin myös sellaiset oikeustoimet peräytettävissä, joiden voidaan asianhaarojen perusteella päätellä olevan pääasiallisesti lahjan laatuisia. Esimerkkeinä tällaisista sekamuotoisista eli -tyyppisistä sopimuksista on ko. lainpaikassa mainittu myynti-, vaihto- ja vuokrasopimukset. Esineen vuokralle luovuttaminen ilman vähäistä vastiketta saattaa siis olla peräytettävissä.[23]

Kuten jo lain sanonnasta käy päätteleminen, oikeustoimen täytyy objektiivisesti arvioituna olla sellainen, että se on katsottava lahjan veroiseksi oikeustoimeksi (negotium cum donatione mixtum). Epäsuhteen luovutetun etuuden ja saadun vastikkeen välillä on oltava silmiinpistävä.[24] Mittapuu on siis tiukempi kuin se, joka on voimassa OikTL 31 §:n pätemättömyyssäännöksen perusteella. Tämän lainkohdan mukaanhan

---

[21] Ks. *Grotenfelt,* mt. s. 109 s. Ko. velaksiannosta on täytynyt koitua velkojille tuntuva vahinko, jotta se olisi peräytettävissä. Vähäisten rahamäärien koroton velaksianto eli »vippaus» ei siis takaisinsaannin kohteena tule kysymykseen.

[22] Ks. ko. peräytyksestä enemmälti *Havansi,* Pantin takaisinsaannista konkurssissa (1979) s. 101 ss., *Walin,* Borgen och tredjemanspant (1984) s. 340 ss. ja *Ørgaard,* Materiel konkursret (1977) s. 177.

[23] Oikeuskäytännöstä havaitaan, että KS 46 §:n b-kohdan nojalla peräytettyjen oikeustointen joukossa on huomattavan runsaasti juuri sekatyyppisiä sopimuksia, etenkin osaksi kaupan ja osaksi lahjan luonteisia.

Ruotsin v. 1975 annetulla lailla uudistetun takaisinsaantisäännöstön mukaan ko. sekatyyppinen oikeustoimi on kuvattu ilmauksin »delvis har egenskap av gåva». Aikaisempi säännös käytti sanontaa »huvudsakligen har egenskap av gåva», joka on sama kuin Suomen KS:n käyttämä sanamuoto. Toteutetulla muutoksella, jolla päästiin perintöverolainsäädännön kanssa yhtäläiseen määrittelyyn, on pyritty väljentämään sekaluontoisten lahjoitusten peräyttämisedellytyksiä. Ks. *Lennander,* mt. s. 174.

Sekatyyppisistä oikeustoimista yleensä ks. *Pekkanen,* Sekatyyppinen työsopimus (1966) s. 118-193.

[24] Oikeuskäytännöstä on hankala löytää edes likimääräistä mittapuuta sille, milloin tekstissä mainittu epäsuhde on olemassa. Etenkin varhaisempina aikoina on peräytetty pääasiallisesti lahjaksi arvioituina sopimuksina maatilan kauppoja, joissa kauppahinta

kiskomisen edellytykseksi riittää se, että vastaava epäsuhde on ollut ilmeinen. Näin ollen on mahdollista, että tiettyä oikeustointa voidaan moittia menestyksellisesti OikTL 31 §:n nojalla, vaikkei oikeustoimi olisikaan KS 46 §:n b-kohdan perusteella peräytettävissä.[25]

Määriteltäessä vastikkeen kuten myös luovutetun etuuden arvoa on pidettävä silmällä oikeustoimen suorittamisen aikaan vallinneita olosuhteita. Niinpä sopimus ei muutu lahjan veroiseksi sen johdosta, että vastikkeeksi luovutetun omaisuuden (esim. arvopapereiden) arvo perästäpäin romahtaa.[26] Tällaista oikeustointa voidaan kuitenkin tehokkaasti moittia jollakin muulla perusteella. Kysymykseen tulevat tällöin etenkin OikTL 30 ja 33 §:n nojalla ajettavat moitekanteet.[27]

Takaisinsaannin kohteeksi joutunut sivullinen ei voimassa olevan oikeutemme mukaan voi torjua peräyttämistä sillä, että hän joko luopuu osasta saamiaan etuja tai lisää luovuttamaansa vastiketta. Peräytettäväksi vaadittua lahjaesinettä ei myöskään onnistuta pitämään tarjoamalla siitä täyttä hintaa. Tällaisia sopimuksen sovitteluja täytäntöönpano-oikeudellinen takaisinsaanti ei tunne, eikä OikTL 36 §:n (L:ssa 17. 12. 1982) mukainen oikeustoimen sovittelu ulotu ko. takaisinsaantiin, jossa on kysymyksessä täytäntöönpanoa häirinneen tai estäneen oikeustoimen kohtalo.[28] Eri asia on, jos konkurssipesä tai takaisinsaantia hakenut ulosmittausvelkoja suostuu pitämään oikeus-

on ollut joko yksinomaan tai pääasiallisesti myyjälle myönnetty elinkautinen eläke. Ks. esim. KKO 1931 II 549 ja 1934 II 551.

Perintö- ja lahjaverolain 18,3 §:ssä on määritelty lahjan veroinen myyntisopimus sellaiseksi kaupaksi, jossa hinta on ollut enintään kolme neljäsosaa myydyn esineen arvosta. Tätä kriteeriä ei voida ottaa ohjeeksi KS 46 §:n b-kohtaa tulkittaessa. Ks. tämän johdosta esim. *Suviranta,* Palkkatyön käsite vero-oikeudessa (1961) s. 73.

[25] Kiskomisesta oikeustoimen pätemättömyysperusteena ks. esim. *Kivimäki — Ylöstalo,* Siviilioikeuden oppikirja. Yleinen osa (1973) s. 395 ss.

On kuitenkin otettava huomioon, että kantajan todistustaakka käytettäessä moiteperusteina OikTL:n mukaisia yleisiä pätemättömyysperusteita on selvästi raskaampi kuin haettaessa takaisinsaantia KS 46 §:n b-kohdan nojalla kysymyksen ollessa lahja tai lahjan veroinen oikeustoimi. Ks. *Halila,* Todistustaakan jaosta (1955) s. 145 ss. Konkurssivelkojalla ei sitä paitsi ole moitelegitimaatiota ko. pätemättömyyskanteen ajamiseen.

[26] Ks. *Erwin Munch-Petersen,* mt. s. 136; *Mentzel — Kuhn,* mt. § 32: 8.

Epäedullisen sopimuksen solmimista ei sinänsä voida pitää lahjoituksen veroisena oikeustoimena. Ks. *Walin,* Materiell konkursrätt s. 132.

[27] Moitekanne saattaa menestyä lähinnä silloin, kun velallisen sopijakumppani on ollut selvillä ko. arvon tulevasta romahduksesta. Ko. moitekanteen osalta pätee myös se, mitä edellä on todistustaakasta ja moitelegitimaatiosta mainittu alav:ssä n:o 25.

OikTL 30 ja 33 §:stä ks. *Kivimäki — Ylöstalo,* mt. s. 408 ss. ja 424 ss. Jälkimmäisestä lainkohdasta erityisesti oikeuskäytännön valossa ks. *Wilhelmsson,* Om tro och heder i finsk avtalsrätt. Oikeustiede — Jurisprudentia XI (1978) s. 34—88.

[28] Ks. *Lejman,* mt. s. 3 s. — Takaisinsaannin kohteena olevan sopijakumppanin toiveet sovittelun aikaan saamiseksi poikkeavat olennaisesti niistä tarpeista, joihin v. 1982 annetulla lailla uudistettu OikTL 36 §:n mukainen sopimusehtojen sovittelu perustuu. Ks. tästä sovittelusta *Wilhelmsson,* Vakiosopimus (1985) s. 70—107.

toimen voimassa kerrotuin tavoin muunnettuna. Mutta pakottaa ei velkojia siihen voida.[29]

Lisäksi on syytä huomauttaa, että lahjan veroiseksi arvioitava oikeustoimi on säilytettävä takaisinsaannin näkökulmasta yhtenä kokonaisuutena; siitä ei siis ole lupa muovata kahta rinnakkaista oikeustointa (esim. lahjaa ja kauppaa). Perintö- ja lahjaverolain 18,3 § tosin tuntee lahjoitusta lähentelevän oikeustoimen eräänlaisen jakamisen kahtia. Tässä tapauksessa on kuitenkin kysymyksessä vero-oikeudessa käytäntöön otettu omalaatuinen järjestely, jollaista ei sovi hyväksyä analogian tietä sovellettavaksi KS 46 §:n tulkinnassa.[30]

Tässä yhteydessä on paikallaan mainita, että KS 46 §:n b-kohdan lopussa oleva säännös velkojien vahingoittamiseksi solmitun sopimuksen peräyttämisestä on aiheettomasti sijoitettu lahjaa koskevan peräyttämissäännöksen yhteyteen. Tämä yleisluonteinen säännös on itse asiassa perinteisen actio Paulianan vastine voimassa olevassa lainsäädännössämme, peräytysnormiston yleislauseke, joka kuuluisi ilman muuta olla laissa erillisenä kohtana siihen tapaan kuin yleensäkin eri maiden konkurssilaeissa.[31]

IV. Lahjan ja lahjan veroisena pidettävän oikeustoimen peräytysedellytysten arvioinnin yhteydessä on tullut esille joitakin rajatapauksia, joista on aiheellisesti esitetty erilaisia mielipiteitä.

Epävarmuutta on ilmennyt mm. siitä, käykö peli- ja vedonlyöntivelkojen sekä yleensä ns. luontais- eli vajanaisvelvoitteiden maksun peräyttäminen päinsä. Myönteisen vastauksen puolesta puhuu se seikka, ettei ko. velvoitteiden periminen tuomioistuinteitse menesty. Samoin on konkurssivalvonnan laita. Mutta jos velallinen on maksanut luontaisvelvoitteen, hän ei voi saada suoritustaan edunpalautuskanteen avulla palautetuksi. Edunpalautus ei menesty silloinkaan, kun maksa-

[29] Tekstissä puheena olevan sovittelun käytäntöön ottamissa tietyissä peräyttämistapauksissa voitaneen de lege ferenda puoltaa. Todettakoon, että muiden pohjoismaiden hiljattain uudistetut takaisinsaantisäännöstöt tuntevat ko. sovittelun, mutta ainoastaan varsin rajoitetusti. Niinpä vain Tanskan konkurssilain mukaan käy päinsä kohtuussyistä sovitella lahjan palauttamisvelvollisuutta (po. lain 78 §). Näitä säännösuutuuksia tulkittaessa on lisäksi noudatettu tiukkaa linjaa. Ks. *Lennander,* mt. s. 350 ss.

[30] Lahjasta jakamattomana oikeustoimena siviilioikeuden mukaan ks. *Hakulinen,* Velvoiteoikeus I. Yleiset opit (1965) s. 180 ja *Zitting — Rautiala,* Esineoikeuden oppikirja (1982) s. 302.

Siviili- ja vero-oikeuden säännöllisten arviointien eroavuuksista ks. *Bergström,* Skatter och civilrätt (1978), passim, erityisesti lahjan ja muiden saantojen osalta s. 152 ss.

[31] Ko. yleislausekkeen erikoinen sijoitus lienee ollut yksi niistä syistä, joiden takia lauseke on jäänyt meillä oikeuskäytännössä melkoisessa määrin syrjään. Tosin tämän palautusperusteen edellyttämän vahingoittamistarkoituksen selvittäminen ei ole helposti toteutettavissa. — Ks. säännöksen johdosta etenkin *Chydenius,* mt. s. 32 ss.

ja on luullut maksaneensa kannekelpoisen velvoitteen. Maksu on ollut tällöinkin »laillinen» eikä mikään lahja.[32] Niinpä on myös katsottava, ettei luontaisvelvoitteen maksua saada KS 46 §:n b-kohdan nojalla peräytetyksi.[33]

Mitä juuri on lausuttu, soveltuu myös vanhentuneen velan maksuun. Tämäkin maksu on pätevä eikä ole liioin takaisinsaannin tietä peräytettävissä, oli maksaja ollut hyvässä uskossa tai ei.[34] Asiaan ei myöskään vaikuta, millainen vanhentumisaika (yleinen vai erityinen) on kysymyksessä ollut.[35]

Velkojille voi aiheutua taloudellisia menetyksiä sen johdosta, että velallinen on ollut passiivinen ja lyönyt laimin ryhtyä etujensa valvomiseksi tiettyihin toimenpiteisiin. Velallinen on esim. päästänyt saamisensa vanhentumaan tai jättänyt sen julkisessa haasteessa ilmoittamatta taikka lyönyt laimin testamentin valvonnan. Myös useissa muissakin yhteyksissä saattaa velallisen passiivisuudesta koitua velkojille vahinkoa. Tällaisten laiminlyöntien motiivit voivat olla ainakin osittain samoja, jotka johtavat maksukyvyttömän velallisen lahjoittelemaan varojaan ja joista edellä jo oli puhetta.

Velallisen kerrotun kaltaista passiivisuutta ei voida kuitenkaan ilman muuta pitää sellaisena käyttäytymisenä, joka kelpaisi KS 46 §:n mukaisen takaisinsaannin perustaksi. Lahjaksi tai lahjan veroiseksi oikeustoimeksi sitä ei voida konstruoida, koska ko. passiivisuus sellaisenaan ei käy oikeustoimesta. Tosin on ainakin periaatteessa mahdollista, että johonkin ko. laiminlyöntiin sisältyy lahjoittamistarkoitus. Tällaista motiivia on kuitenkin työlästä näyttää toteen.[36]

Periaatteessa on myös mahdollista, että velallisen passiivisuus on tulkittavissa konkludenttiseksi tahdonilmaisuksi, vaikkei minkäänlaista lahjoittamistarkoitusta ollut olemassa. Tällainen tahdonilmaisu voi puolestaan olla osana sellaista velkojia vahingoittamiseen tähtäävää sopi-

---

[32] Ks. *Hakulinen*, Velvoiteoikeus I s. 34 ja *Ussing*, mt. s. 411 ss.

[33] Ks. *Lejman*, mt. s. 94; *Lennander*, mt. s. 178 alav. 40; *Mentzel — Kuhn*, mt. § 32: 4.

[34] Näin *Grotenfelt*, mt. s. 109; *Braekhus*, Konkursrätt. Utvalgte emner (1970) s. 97. Toisin *Chydenius*, mt. s. 28.

[35] Saamisten yleisten ja erityisten vanhentumisaikojen väliset tietyt eroavuudet eivät saa aikaan, että vanhentuneen velan maksu olisi arvioitava eri tavoin sen mukaan, kumman tyyppisestä ajasta kulloinkin on kysymys. Ks. tästä *Rekola*, Saamisoikeuden vanhentuminen II (1938) s. 392 ss.

[36] Ks. edellisen johdosta esim. *Walin*, Materiell konkursrätt s. 134. ja *Lennander*, mt. s. 176 s.

Aktiivista luopumista perinnöstä ja valvotun testamentin avulla saadusta omaisuudesta on sitä vastoin pidettävä sellaisena lahjoituksen veroisena toimena, johon takaisinsaanti voidaan tehokkaasti kohdistaa.

musta, jonka peräyttäminen on KS 46 §:n b-kohdan loppusäännöksen nojalla mahdollista. Tähän säännökseen perustuvat kanteet johtavat kuitenkin vain harvoin toivottuun tulokseen. Ko. kanne menestyy näet vain, jos kantaja pystyy näyttämään toteen, paitsi sopimuksen olemassaolon, myös sen, että sopimuksella on pyritty vahingoittamaan velkojia. Näin raskaasta todistustaakasta on hankala selviytyä.[37]

Fyysisen henkilön velkojille saattaa koitua taloudellisia menetyksiä myös siitä, että velallinen on tehnyt työtä ja saanut siitä vain niukkaa palkkaa tai ei ole saanut palkkaa ollenkaan. Ellei ole nimenomaan sovittu, että työ on ilmaiseksi suoritettava, tai ellei tällainen tarkoitus käy asianhaaroista ilmi, velallisen kuuluu TSL 1,1 §:n perusteella saada palkkaa, ja velallisen konkurssipesä voi tätä palkkaa vaatia pesälle.[38] Mutta käykö päinsä saada KS 46 §:n b-kohdan nojalla peräytymään sellainen sopimus, jossa velallinen on sitoutunut tekemään työtä ilmaiseksi tai peräti olematonta palkkaa vastaan?

Kysymyksessä oleva sopimus voidaan saada peräytymään KS 46 §:n b-kohdan loppusäännöksen tarkoittamana velallisia vahingoittavana sopimuksena, mikäli tämän säännöksen soveltamisen edellytykset onnistutaan saamaan selvitetyiksi.[39] Periaatteessahan käynee päinsä katsoa sopimus työn ilmaisesta suorittamisesta myös lahjan veroiseksi oikeustoimeksi ja tällaisena KS 46 §:n nojalla peräytettävissä olevaksi. Mutta takaisinsaantikanteen hyväksyminen saa aikaan sen, että kanteen kohteena oleva sopimus kumotaan ja sopimuksen perusteella tehdyt suoritukset palautetaan puolin ja toisin. Tehty työ on kuitenkin sellainen realiteetti, jonka palautus ei ole noin vain toteutettavissa eikä myöskään järkevää. Tämän takia voisi ehkä olla tarkoituksenmukaista luoda sellainen velkojien käytettävänä oleva keino, joka voitaisiin ko. tilanteissa kohdistaa vain työstä maksettavan kohtuullisen hyvityksen saa-

[37] Ks. edellisen johdosta edellä alav:ssä 31 olevaa esitystä. — Passiivisuuden vaikutuksesta sopimussuhteen syntyyn ks. *Karlgren,* Passivitet (1965) s. 65 ss.

[38] TSL 1,1 §:n vastikkeellisuusolettamasta ks. *Sarkko,* Työoikeus. Yleinen osa (1980) s. 24 s.

[39] Tekstissä mainittu mahdollisuus käy ilmi KKO:n ratkaisusta 1979 II 71. Tässä tapauksessa oli näytetty tarkoituksena olleen, että tietyt tehtävät hoidettaisiin palkatta. Mutta kun ei ollut esitetty sellaisia seikkoja, joista voitaisiin päätellä sopimuksella pääasiallisesti tarkoitetun velkojien edun loukkaamista tai että takaisinsaantia konkurssipesään koskevien säännösten nojalla olisi suoritettava konkurssipesään korvausta, kanne hylättiin. Tapaus oli tosin sellainen, johon TSL ei soveltunut (toiminta yrityksen toimitusjohtajana). Yhtäläinen vastikkeellisuusolettama on kuitenkin voimassa myös ko. tapauksessa, kuten ratkaisustakin voidaan päätellä.

Kanne hylättiin tässä tapauksessa siis väittämistaakan perusteella. Ratkaisun selostuksen otsikko on kylläkin laadittu siihen tapaan, kuin kyseessä olisi ollut todistustaakan soveltaminen. Ks. väittämistaakasta esim. *Lappalainen,* LM 1986 s. 756 ss.

miseen velkojien hyväksi.[40]

Työntekijän palkkasaaminen on saamisoikeus, johon kohdistuvia määräämistoimia arvostellaan velkojien kannalta kuten oikeustoimia yleensäkin. Tästä seuraa, että esim. palkkasaamisen lahjoitus ja anteeksianto voidaan peräyttää Ks 46 §:n b-kohdan nojalla.

V. Voimassa olevan oikeutemme mukaan se ajanjakso, jonka kuluessa peräytettävissä olevan lahjan tai vastaavan toimen on täytynyt olla suoritettu, eli ns. kriittinen aika on kuuden kuukauden aika ennen konkurssin alkamispäivää tai ulosmittauksen hakemispäivää.[41] Tietyissä tapauksissa on KS 46 §:n g-kohdan mukaan kuitenkin voimassa vuoden pituinen aika. Ko. kohdan 1. kappaleen mukaan vuoden mittainen aika on noudatettavana silloin, kun peräytettävä oikeustoimi on kohdistunut velallisen lainpaikassa lähemmin määritellyssä sukulais- tai lankoussuhteessa olevaan henkilöön. Juuri lähiomaisten piirissä onkin ymmärrettävistä syistä erityinen kiusaus ryhtyä jo varhaisessa vaiheessa velkojia vaarantaviin omaisuusjärjestelyihin. V. 1978 annetulla lailla mainittuun g-kohtaan liitetty uusi 2. kappale ulottaa vuoden pituisen kriittisen ajan osakeyhtiön ollessa velallisena sellaisiin oikeustoimiin, joissa toisena osapuolena on yhtiössä osakeomistuksen tai jonkin muun perusteen nojalla määräämisvallan saanut henkilö tai tämän henkilö tai tällaisen henkilön lainkohdassa kuvattu lähiomainen.[42]

Kiinteistön luovutuksen yhteydessä on KS 46 §:n mukaan annettu ratkaiseva merkitys sille päivälle, jona luovutuksen johdosta haettiin

---

[40] Jossakin määrin analoginen on se elatusapusaamisten pakkoperintää vaarantava järjestely, jonka eliminoimiseksi otettiin käytäntöön UL 4: 9b:ssä ja 4: 9c:ssä säännelty menettely. Ks. näistä lainkohdista *Halila — Havansi,* Ulosotto-oikeuden oppikirja (1986) s. 143 s.

Joissakin poikkeuksellisissa tapauksissa konkurssipesä voinee turvautua myös OikTL 36 §:n (L:ssa 17. 12. 1982) tarkoittamaan vastikkeen määrän sovitteluun. Tämä sovitteluhan on (ainakin periaatteessa) käytettävissä myös kohtuuttoman alhaisen vastikkeen korottamiseksi. Ks. *Wilhelmsson,* Vakiosopimus s. 78.

Konkurssivelallisen solmima työsopimus voi olla myös pätemätön OikTL 31 §:n perusteella, jolloin pesä voi moittia sopimusta.

Tekstissä kerrotun kaltaisia ongelmia saattaa tulla esille yleensäkin työntekoa koskevien sopimusten yhteydessä. Näiden ongelmien ratkaisuun vaikuttavat mutatis mutandis ne näkökohdat, joita on tuotu esille työsopimuksen osalta.

[41] Ko. kriittinen aika oli alkuaan vain 30:n päivän mittainen. Vasta v. 1935 annetulla lailla aika sai nykyisen pituutensa. Tällöin pyrittiin yhdenmukaisuuteen sen kanssa, mikä oli voimassa useissa muissa maissa, mm. Ruotsissa. Ks. tästä HE 1934: 102 s. 4 s.

Velkoja-aloitteisessa konkurssissa luetaan kuitenkin kriittiseen aikaan myös konkurssihakemuksen jättämisen ja konkurssiin asettamisen välinen aika.

[42] Tekstissä mainitulla säännöksellä, joka annettiin nykyisen OYL:n säätämisen yhteydessä, pyrittiin ensi kädessä torjumaan niitä väärinkäytöksiä, joita yhdenmiehen osakeyhtiössä saattaa esiintyä velkojien vahingoksi. Ks. HE 1977: 27 s. 12 ja 124. Ko. säännös olisi tullut ulottaa koskemaan myös muita yhtiömuotoja.

lainhuudatusta. Irtaimen tavaran osalta on taas vastaavana hetkenä se päivä, jona lahjaksi antaminen, s.o. hallinnan siirto tapahtui. Poikkeuksellisesti voi myös irtaimen omaisuuden luovutuksen yhteydessä tulla sovellettavaksi lainhuudatushetkestä alkavaksi luettava aika. Näin on laita silloin, kun kiinteistön luovutuksen yhteydessä on annettu myös irtainta omaisuutta, jolle ei ole määrätty eri hintaa.[43]

Hallinnan siirrosta laskettavaa määräaikaa sovelletaan LahjaL 3,1 §:n sisältämän määräyksen pohjalta myös osakekirjoihin, juokseviin velkakirjoihin ja muihinkin asiakirjoihin, joiden esittäminen on velkomisen tai yleensä oikeuden käyttämisen edellytyksenä eli siis ns. esittämispapereihin. Jos tällaiseen asiakirjaan perustuva saaminen annetaan anteeksi, katsotaan siten tapahtunut lahjoitus saman lainkohdan mukaan kuitenkin täytetyksi vasta, kun asiakirja on palautettu tai tehty kelpaamattomaksi.[44]

Mutta jos lahjan saajalla jo oli lahjoitettu esine ennestään hallussaan — hallinta on siis lahjoituksen johdosta muuttunut omistajanhallinnaksi —, on ratkaisevana ajankohtana pidettävä lahjan saajalle annetun ilmoituksen suorittamista (ns. brevi manu traditio). Sitä vastoin lahjoitusta ei voida katsoa täytetyn sillä, että lahjoittaja (siihen astinen omistaja) ryhtyy pitämään esinettä hallussaan lahjan saajan lukuun esim. tallettajana (ns. constitutum possessorium). Tässä tapauksessa vaaditaan lahjan täyttymiseksi siis traditio.[45]

Milloin lahjoitetusta omaisuudesta on olemassa tavallinen velkakirja, lahjoitus on täytetty LahjaL 3,2 §:n nojalla silloin, kun saatavan siirrosta on velalliselle ilmoitettu. Samaa sääntöä on po. lainkohdan mukaan sovellettava myös suulliseen sitoumukseen perustuviin saamisiin samoin kuin sellaisiin saamisiin, jotka perustuvat muunlaiseen asiakirjaan kuin esittämispaperiin tai tavalliseen velkakirjaan. Siirtoilmoitus on yleensä lahjoittajan tehtävä. Mutta jos lahjoituksen täyttöä on edeltänyt LahjaL 1 §:n mukainen sitova lahjanlupaus, lahjan saajakin voi suorittaa ilmoituksen. Mikäli LahjaL 3,2 §:n tarkoittama saaminen

---

[43] Näin KKO 1955 II 3 (LM 1955 s. 332 s.). — Tuomioistuinkäytännössämme on esiintynyt ymmärrettävää epävarmuutta siitä, onko määräalan luovutusta KS 46 §:n b-kohtaa sovellettaessa pidettävä kiinteänä omaisuutena. Ratkaisussa KKO 1956 II 74 päädyttiin tässä kysymyksessä kielteiseen tulokseen (äänestys 3—2). Enemmistön kantaa voidaan tuskin pitää oikeaan osuneena. Ks. *Hyvönen,* Määräalan luovutuksensaajan oikeusasemasta (1970) s. 99 ss.

[44] Ks. ko. lainkohdan johdosta *Hakulinen,* Velkakirjalaki s. 219 ss. ja *Walin,* Skuldebrevslagen m.m. s. 236 ss.

[45] Näin nimenomaan takaisinsaannin näkökulmasta *Hagerup — Paulsen,* mt. s. 240. Irtaimen esineen luovutusten osalta yleensä ks. *Zitting,* Saantosuoja (1956) s. 77 s. ja erityisesti *Aure(järvi),* DL 1970 s. 187 ss.

annetaan anteeksi, velkakirjaa tai vastaavaa saamistodistetta (mikäli sellainen on olemassa) tarvitse palauttaa eikä tehdä kelvottomaksi. Pelkkä ilmoitus velalliselle siis tässä tilanteessa riittää.[46]

LahjaL 1,2 §:stä ilmenee, ettei sinänsä sitova irtaimen omaisuuden lahjanlupaus merkitse mitään lupaajan velkojia kohtaan. Sitten kun lahjanlupaus on ko. lain 2 §:n mukaisesti täytetty, lahjoittajan velkojilla on käytettävinään KS 46 §:n b-kohdan nojalla ajettava takaisinsaantikanne. Tämä kanne on pantava vireille lahjanlupauksen täyttämisestä alkaen luettavassa määräajassa.[47]

Peräyttämiskanteen kohdistuessa sellaisiin etuuksiin, jotka eivät ole esineitä eivätkä saataviakaan, sopimuksen tekohetki on se ajankohta, josta lähtien takaisinsaannin määräaika on laskettava. Sopimuksenteon ajankohtaan joudutaan turvautumaan vastaavasti myös silloin, kun joku irtaimen esineen yhteisomistajista on luovuttanut osuutensa esineeseen tai irtaimen omaisuuden yhteisomistajat ovat keskenään solmiminsa sopimuksin muuttaneet omistamiensa osuuksien suuruutta. Traditio ei näissäkään tapauksissa voi tulla kysymykseen.[48]

VI. Edellä oleva esitys ei kata kaikkia niitä tapauksia, joissa lahjaan tai lahjan veroiseen oikeustoimeen kohdistuva peräyttämiskanne saattaa menestyä. Niinpä KS 46 §:n h-kohdassa on erityissäännös AL:n mukaisen osituksen peräyttämisestä silloin, kun velallinen on osituksessa luopunut huomattavassa määrin oikeudestaan.[49] Sitä paitsi AL:n kihlakumppanien ja aviopuolisojen välisiä lahjoja koskevat säännökset sivuavat KS:ssä säänneltyä takaisinsaantia.[50] Näihin perheoikeudellisiin sääntelyihin sen enempää kuin muihinkaan lahjan peräyttämiseen

---

[46] Ks. po. säännöksestä *Hakulinen*, Velkakirjalaki s. 222 s. ja *Walin*, Skuldebrevslagen m.m. s. 237 s.

[47] Ks. *Hakulinen*, Velkakirjalaki s. 204 s. ja *Muukkonen*, Esisopimus (1960) s. 95 s. sekä erityisesti *Aure(järvi)*, DL 1970 s. 174 ss.

Jos velallinen on puolestaan luopunut hänelle annetusta tekstissä mainituin edellytyksin lupaajan velkojia sitovasta lahjanlupauksesta, velallisen omilla velkojilla on käytettävinään takaisinsaantikanne. Ks. *Walin*, Materiell konkursrätt s. 134.

[48] Ks. *Kyläkallio*, Määräosainen yhteisomistus (1965) s. 61 ss. ja 90 ss. — Jos luovutuksen kohteena on ollut osuus kiinteistöstä, luovutuksen täytyy tapahtua MK 1: 2:n muotomääräysten mukaisesti; saanto on tällöin myös lainhuudatusvelvollisuuden alainen. Lainhuudatuksen hakemispäivä on näin ollen tässä tilanteessa ratkaiseva ajankohta takaisinsaannin näkökulmasta.

[49] AL:n mukaiseen ositukseen kohdistuvasta takaisinsaannista ks. *Rautiala*, Ositus (1950) s. 305 ja *Aarnio — Helin — Mahkonen*, Suomen avioliitto-oikeus (1985) s. 330 s.

[50] Milloin AL 45 §:n aviopuolisoille säätämää lahjoituskieltoa on rikottu, velkojien ei ole tarpeen turvautua ulosmittaus- tai konkurssitakaisinsaantiin saadakseen lahjoituksen tehottomaksi. Ks. *Zitting*, JFT 1951 s. 179 s. ja *Aarnio — Helin — Mahkonen*, mt. s. 334. Kihlalahjaan kohdistuva takaisinsaantikanne on sitä vastoin tarpeen, jos velkoja haluaa ko. lahjan peräytettäväksi. Ks. *Oiva Huttunen*, Avioliittolaki (1945) s. 272.

liittyviin normeihin (esim. prosessuaalisiin määräyksiin) ei tässä esityksessä puututa.

Velallisen jouduttua konkurssiin hänen lahjoituksensa ja lahjan veroiset oikeustoimensa voivat toteuttaa myös RL 39: 2:n 1. kohdassa tarkoitetun konkurssirikoksen tunnusmerkistön. Kun kantajalla vaadittaessa korvausta rikoksen perusteella on raskaampi todistustaakka kuin haettaessa takaisinsaantia mm. edellä mainittujen oikeustointen johdosta, ko. rikokseen perustuvaan korvauskanteeseen lahjoitustilanteissa turvaudutaan vain harvoin.[51]

Suomen vuodelta 1868 oleva konkurssilainsäädäntö on vanhentunut ja kaipaa pikaista uudistamista.[52] Tämä koskee myös KS:n takaisinsaantinormeja, joita ko. säädöksen pitkän voimassaolon aikana on vain melko vähän parannettu. Niinpä myös KS 46 §:n b-kohta on edelleen voimassa suurin piirtein alkuperäisessä muodossaan.[53] Tästä huolimatta ei liene syytä olettaa, että KS:n nykyistä lahjan ja lahjan veroisen oikeustoimen peräytyssäännöstä olisi tarpeen konkurssioikeuttamme uudistettaessa asiallisesti kovin syvällisesti muuttaa. Säännöksen sisältö ei näet ratkaisevasti poikkea viime vuosikymmenien aikana eri maissa säädettyjen peräytysnormien vastaavista kohdista. Esim. Ruotsin konkurssilain lahjan peräyttämistä koskeva 31 § (L:ssa vuodelta 1975) eroaa Suomen kysymyksessä olevasta säännösvanhuksesta itse asiassa vain melko vähän.[54]

---

[51] Rikokseen perustuvaa vahingonkorvausta koskevissa oikeudenkäynneissä noudatettavasta todistustaakan jaosta ks. *Lappalainen*, Vahingonkorvausvaatimuksesta rikosjutussa (1986) s. 60 s. ja 446 ss.

RL 39: 2:n 1. kohdan tarkoittamasta konkurssirikoksesta ks. *Heinonen*, Velallisen konkurssirikoksista (1966) s. 175 ss. — Todettakoon, ettei mainittu konkurssirikos kuulu niihin rikoksiin, joiden avulla hankittu omaisuus KS 46 §:n 1. kohdan nojalla peräytyy lunastuksetta konkurssipesään.

[52] V. 1927 julkaistussa artikkelissaan *Sjöström* katsoi konkurssilainsäädännön kaipaavan kokonaisuudistusta ja esitti suuntalinjat tarvittavaa lainsäädäntötyötä varten (JFT 1927 s. 59-73). Tällöin konkurssisääntö oli vasta lähes 60:n vuoden ikäinen. Nyt on Sjöströmin artikkelin ilmestymisestä kulunut täydet 60 vuotta, eikä kaivattua uudistusta ole vieläkään näköpiirissä.

[53] Tekstissä mainittua lainkohtaa on muutettu kaksi kertaa. V. 1929 siirrettiin säännöksen lopusta oikeustoimen peräyttämisen tiettyjä liitännäisseuraamuksia koskeva normi KS 46 §:n uudeksi i-kohdaksi. V. 1935 kriittinen aika pitennettiin nykyiselleen.

[54] Eroavuutena on edellä alav:ssä 23 esillä olleen sekatyyppisen sopimuksen määrittelyn ohella vain kuutta kuukautta pitemmän kriittisen ajan käytettävyys ja pituus.

Harald Halvorsen

Nordens bidrag til det internasjonale advokatsamarbeid. — Advokatsamarbeidet i og utenfor Norden

1. Innledning

Vi har ansett samarbeidet mellom folkene i Norden som noe naturgitt — som noe vi uavhengig av landegrenser anser som en del av vår nordiske arv der fellestrekk i historie, kultur og noen grad sprog — ja livsvilkår med, er særlig fremtredende. Det formaliserte mellomfolkelige samarbeidet hører derimot vår nære historie til — hva dette bidrag vil belyse for så vidt angår advokatene og deres organisasjoner.

De nordiske juristmøter går helt tilbake til 1872 og markerer innledningen til dette samarbeid. Advokatforeningssamarbeidet kom 65 år senere. I år — i 1987 — kan dette samarbeid feire 50-års jubileum. Det bredere internasjonale samarbeid kom enda senere — først etter den annen verdenskrig.

Samarbeidets vugge kom til å stå i Finland der det første *nordiske delegertmøte* ble holdt i 1937. Til nå har det vært avholdt 24 delegertmøter. I jubileumsåret er Helsingfors igjen stedet — nå for det 25. møte.[1]

Finland har som vi forstår vært med fra første stund. Derfor er jeg glad for å kunne formidle en todelt hyldest gjennom dette festskrift til Finlands Advokatförbund i takknemlighet over forbundets aktive medvirkning i dette samarbeid, og til forbundets mangeårige generalsekretær, Matti Ylöstalo, for hans oppslutning om og positive bidrag til å styrke advokatsamarbeidet over landegrensene.

Også Danmark, Norge og Sverige har vært med fra første stund,

---

[1] Møtene har vært holdt slik:

1937 Helsingfors	1951 Stockholm	1963 København	1975 Reykjavik
1940 Stockholm	1953 Oslo	1965 Reykjavik	1977 Helsingfors
1946 Stockholm	1955 København	1967 Helsingfors	1979 Stockholm
1947 Oslo	1957 Helsingfors	1969 Stockholm	1981 Oslo
1948 København	1959 Stockholm	1971 Oslo	1983 København
1949 Helsingfors	1961 Oslo	1973 København	1985 Reykjavik

mens Island kom med i 1957. Det første delegertmøte i Island ble holdt i Reykjavik i 1965.

Det foreligger tildels fyldige referater fra de fleste delegertmøter, dog med unntagelse fra møtet i København i 1948, Helsingfors i 1949, København i 1955 og Stockholm i 1966. Noen av referatene er trykt eller omtalt i foreningenes medlemsblader eller tidsskrifter. Det samme gjelder for en rekke av de redegjörelser som har vært gitt. I Defensor Legis (nr. 7—8/1985, s. 350—353) er det inntatt en oppgave over diskusjonsemnene på samtlige møter i årene 1937—1985.

Også et annet nordisk samarbeidsforum ble snart etablert, idet det første *nordiske sekretærmøte* ble holdt i Oslo i dagene 31. oktober og 1. november 1938 etter innbydelse av den Norske Sakførerforenings generalsekretær, Rolf Christophersen, med tilstedeværelse av sekretærene fra sakførerorganisasjonene i Danmark, Finland, Norge og Sverige.[2]

De nordiske sekretærmøtene er senere blitt faste og holdes nå det år det ikke er delegertmøte. Til nå er det avholdt 24 møter.[3]

2. Det første delegertmøtet i Helsingfors i 1937

Den 16. august 1937 — dagen før Det 17. nordiske juristmøte — møttes representanter fra de nordiske advokatsammenslutninger i et antall av 24 i Societetshuset i Helsingfors. I protokollen fra møtet benevnes utsendingene som »delegerte». Det har da også siden gitt navnet til De nordiske delegertmøter.

Ordføreren i Finlands Advokatförbund, Lauri Castrén, ønsket deltagerne velkommen med disse ord:

---

[2] Se *Axel H. Pedersen* »Det danske Advokatsamfund 1919—1969», København 1969, s. 225—226 og Tidsskrift for Sveriges Advokatsamfund (TSA) 1938, s. 266.

[3] Sekretærmøtene har vært holdt slik:

1938 Oslo	1964 Helsingfors
1947 Oslo	1966 Oslo
1948 Helsingfors	1968 Stockholm
1949 Stockholm	1970 København
1950 København	1973 Helsingfors
1951 Oslo	1974 Oslo
1953 Helsingfors	1976 Stockholm
1955 Stockholm	1979 København
1956 København	1980 Helsingfors
1957 Oslo	1982 Stockholm
1961 Stockholm	1984 Oslo
1962 København	1986 København

»Ärade representanter för advokatsammanslutningarna i Danmark, Norge, Sverige och Finland.

Då Den Norske Sakförerforening tog initiativ for åstadkommande av ett närmare samarbete mellan advokatsammanslutningarna i de nordiska länderna hälsades detta även av Finlands Advokatförbund med tacksam tillfredsställelse. De norska kollegernas initiativ har sedan lett därhän, att delegerade för advokatsammanslutningarna i de fyra nordiska länderna nu äro samlade i Finlands huvudstad för att närmare dryfta de frågor, som beröra utövarena av vårt ofta styvmoderligt behandlade yrke samt för att fatta beslut om bildande av ett bestående organ för tillvaratagande av våra gemensamma intressen. Suomen Asianajaliitto, Finlands Advokatförbund, den yngsta i brödraskaran, känner sig stolt över, att det första grundläggande mötet hålles i Finlands huvudstad. På Finlands Advokatförbunds vägnar hälsar jag Eder, våra ärade kolleger från Danmark, Norge och Sverige, hjärtligt välkomna til detta möte.

— — —

Det program, som föreligger vid detta möte, upptager för oss viktiga frågor, även av grundläggande natur. Den viktigaste frågan är naturligtvis att nu utstaka linjerna för ett framtida samarbete mellan de nordiska ländernas advokater. Ehuru advokatväsendet i Danmark och Norge är redan i lagstiftningsväg ordnat på ett annat och mera tillfredsställande sätt än vad förhållandet är i Sverige och Finland, finnes det dock många frågor, som beröra oss alla lika nära.

Som vi veta har det kulturella, politiska och ekonomiska samarbetet mellan de nordiska broderländerna varit intimt och resultatrikt så gott som på alla andra områden, men nu först hava advokaterna i dessa länder trätt varandra närmare och inlett, som vi hoppas, ett gott och fruktbringande samarbete för befrämjände av vår kårs gemensamma intressen.

Jag uttalar förhoppningen, att de beslut som vi vid detta möte skola fatta, föra advokatarna i de nordiska broderländerna närmare varandra och lända dem alla till verklig nytta och till uppnående av ett gott samförstånd. . .»[4]

3. Opptakten

3.1 Det norske initiativ i januar 1937

Finlands Advokatförbund fikk altså æren av å innby til det første nordiske delegertmøte, men som vi forstår utgikk initiativet fra Den Norske Sakførerforening.

[4] Castréns åpningshilsen er inntatt som bilag til protokollen fra møtet. Protokollen kan ikke sees å være trykt. Møtet er imidlertid omtalt i Norsk Sakførerblad (NS) nr. 9/1937 s. 111.

Den norske initiativtager var Sakførerforeningens formann, Gustav Heiberg. I Hovedstyrets møte den 14. desember 1936 reiste han spørsmålet om å holde et felles skandinavisk sakførermøte i forbindelse med Det 17. nordiske juristmøte i Helsingfors i august 1937, fulgt opp i brev av 27. januar 1937 til Det danske Sagførersamfund og Sveriges Advokatsamfund med forslag om avholdelse av regelmessige møter mellom de nordiske lands sakførerorganisasjoner hvor man kunne behandle saker av felles interesse — særlig organisasjonsspørsmål.

Selve brevet har jeg ikke kunnet etterspore, men det blir referert i protokollen fra det norske hovedstyres møte den 1. mars 1937, inntatt i Norsk Sakførerblad (i det følgende forkortet til NS) nr. 3/1937, s. 44, hvorfra jeg hitsetter:

> » Det vil da være naturlig å holde disse møter i forbindelse med de nordiske juristmøter. Hovedstyret forespør de to foreninger om de er enige i ønskeligheten av et slikt møte. I tilfelle av tilslutning foreslår Hovedstyret at man retter en felles henvendelse til Finlands Advokatförbund og det finske styre for de nordiske juristmøter med forslag om at der dagen efter Juristmøtets avslutning i Helsingfors i august 1937 blir holdt et nordisk sakførermøte.»

I fortsettelsen opplyses det at Det danske Sagførersamfund og Sveriges Advokatsamfund hadde gitt forslaget sin tilslutning.

I en meddelelse i det etterfølgende nummer av NS (nr. 4—5/1937, s. 61) opplyses det at Finlands Advokatförbund også hadde sluttet seg til tanken om et felles sakførermøte. Det tilføyes at Finlands Advokatförbund samtidig hadde foreslått at programmet for møtet burde utformes under en forberedende konferanse mellom representanter for de skandinaviske sakførerorganisasjoner — et møte som senere ble berammet til avholdelse i Stockholm den 31. mai 1937.

3.2. Stockholm-møtet i mai 1937

Hvilken form advokatsamarbeidet fremtidig burde få var et åpent spørsmål. Ved siden av møter mellom utsendinger (delegerte) fra hver av de deltagende foreninger, var alternativene åpne fellesmøter mellom Nordens advokater og sakførere holdt enten i tilknytning til de nordiske juristmøter eller som selvstendige møter.

Samtlige disse alternativer ble drøftet på møtet i Stockholm.

Jeg har ikke kunnet finne noe offisielt referat fra møtet, men av en omtale fra møtet i NS (nr. 6/1937, s. 72—73) fremgår at det var stor oppslutning om en tanke fremmet av Eilif Moe fra Norge om en mulig

omorganisering av de nordiske juristmøter derhen at 3. dag blir stillet til disposisjon for særskilte forhandlinger hvorved f.eks. sakførere, dommere, kriminalister og andre kunne holde egne møter.

Noe vedtak om valg av den ene eller den andre form for fremtidige møter ble ikke truffet, idet følgende forslag fremsatt av Gustav Heiberg ble enstemmig vedtatt:

> »Møtet er enig om å fortsette forberedelsene til en fastere forbindelse mellom de nordiske lands advokater og sakførere og at saken behandles pånytt av et delegertmøte av de respektive lands foreningers styrer, som blir å holde i Helsingfors 16. august 1937, under hvilket der så blir å forhandle med de nordiske juristmøters styre.»

4. Mer om Helsingfors-møtet i august 1937

Det var i samsvar med anbefalingene fra Stockholm-møtet da Finlands Advokatförbund i brev til søsterorganisasjonen i Danmark, Norge og Sverige av 23. juli 1937 innbød til møte i Helsingfors den 16. august 1937 med fastsettelse av dette program for møtet:[5]

> Frågan om riktlinjerna för framtida samarbete emellan de nordiska advokatsammanslutningarna.
> Advokatväsendets utveckling i Finland.
> Frågan om advokatens reklam.
> Frågan om advokatens skyldighet at ställa säkerhet för eventuell skada.

Ifølge referatet fra møtet konstaterte ordføreren, Lauri Castrén, enighet om fremtidig å holde delegertmøter for drøftelse av foreningsanliggender. Antall delegerte fra hver forening skulle være høyst syv.

Om man utover et slikt nordisk foreningssamarbeide også skulle avholde særskilte nordiske advokatmøter ble som en oppfølgning av vedtaket på Stockholm-møtet, igjen gjenstand for diskusjon på møtet i Helsingfors. Forslaget må trolig sees på bakgrunn av at spesielle advokatproblemer sjelden sto på dagsordenen for de nordiske juristmøter.

Gustav Heiberg innledet til diskusjon om dette spørsmål. Fra møtereferatet hitsetter jeg:

> »Referenten redegjorde för samarbetets uppkomst emellan de nordiske ländernas advokater och föreslog att i anslutning till de

[5] Brevet er inntatt som bilag 2 i referatet fra Helsingfors-møtet.

nordiska juristmöterna och dagen före dessa framledes skulle hållas ett oavhängigt möte mellan de nordiska ländernas advokater.

Beträffande mötets sammansättning ansåg referenten att ett allmänt advokatmöte, vilket förberetts av ett delegerademøte, bäst vore ägnet att tillgodose advokaternas gemensamma intressen. Detta allmänna möte skulle förberedas av därför utsedda delegerade.»

I diskusjonen som fulgte etter Heibergs innledning, var det oppslutning om hans tanker. Imidlertid pekte Yngve Schartau fra Sverige på at styret for de nordiske juristmøter kunne stille seg avvisende til avholdelse av et alment advokatmøte dagen før juristmøtet, hvortil Hj. Hellstrøm fra Finland fremholdt at det måtte stå de nordiske advokater fritt å komme sammen dagen før Det nordiske juristmøte. Fra andre ble det pekt på at eventuelle disharmonier med Det nordiske juristmøtet måtte unngås, hvoretter ordføreren konstaterte at »mötet sålunda beslutit att ett allmänt möte med de nordiska ländernas advokater skulle hållas dagen före de nordiska juristmöterna och skulle detta allmänna möte organiseras av en därför delegerad styrelse. Att framföra mötets beslut til Det nordiska juristmötets styrelse utsågs en deputation, bestående av advokaten Heiberg, ordförande, samt ledamöterna advokaten Setterberg, höjesteretssagförer Fich och advokaten Hellström.»

Protokollen fra møtet beretter at den utpekte delegasjon forlot møtet for å være tilstede ved styremøtet i Det nordiske juristmøtet. Om resultatet av denne kontakt med juristmøtets fellesstyre anføres det »att styrelsen för de nordiska juristmöterna icke hadde nogot emot det beslut de delegerade för nordiska advokatsammanslutningarna fattat vid detta möte».

5. Krigsårene 1939—45

Krigen kom til å avbryte det nordiske samarbeid som var innledet, dog slik at et nytt delegertmøte ble holdt i Stockholm i begynnelsen av krigen — den 11. desember 1940 med representanter i et antall av 16 fra styrene i Det danske Sagførersamfund (2), Finlands Advokatförbund (3) og Sveriges Advokatsamfund (11).[6]

Det var ikke mulig for nordmenn å få visum for å reise til Stockholm i 1940. Ifølge opplysninger jeg har innhentet gjennom Norges Statsbaner var »Grensesone Øst» ved Fetsund-broen på Kongsvingerbanen. Visum til grensesone Øst ble alene gitt for de som var bosatt der.

[6] Referat fra møtet er inntatt i TSA 1941, s. 52 og 85 flg.

Rent bortsett fra at det var ugjørlig på den tid å få tillatelse til å reise til Sverige, gjorde forholdene i Norge det utenkelig å skulle prioritere nordisk samarbeid. Jeg minner om at nettopp i desember 1940 nedla samtlige høyesterettsdommere sin virksomhet i protest mot okkupasjonsmaktens inngrep i Norges Høyesteretts arbeid.[7] Derved fikk Den Norske Sakførerforening ganske andre oppgaver å arbeide med, men beretningen om det hører ikke hjemme her.

Man kan undre seg over behov for og ønskeligheten av i den foreliggende situasjon å arrangere et nordisk delegertmøte for behandling av den eneste sak som sto på dagsordenen, nemlig advokatenes formuesforvaltning.

6. Etterfølgende delegertmøter

Etter krigen ble det nordiske advokatsamarbeidet gjenopptatt etter initiativ fra Sveriges Advokatsamfund som innbød til Nordisk delegertmøte i Stockholm den 21. september 1946.

Det fortsatte samarbeid mellom de nordiske advokatorganisasjoner var igjen en hovedpost på møtet (omtalt nedenfor under pkt. 8).

Resultatet av drøftelsene oppsummeres i et vedtak med de første praktiske resultater av det nordiske advokatsamarbeid, nemlig fremtidig representasjon på de respektive foreningers årsmøter, utveksling av tidsskrifter og endelig vedtak om å holde hverandre orientert om innbydelser til å delta i det internasjonale advokatsamarbeid utenfor Norden.

Vedtaket fra Stockholm-møtet i 1946 lyder:

»1. Delegerade för de fyra advokatsammanslutningar böra sammanträda till överläggningar en gång varje år. Antalet delegerade för varje sammanslutning bör icke överstiga fyra.
2. Sekretäraremöten böra hållas i tider, som sammanslutningarnas sekretärare i samråd med resp. ordförande bestämma.
3. Efter överläggningar med styrelsen för de nordiska juristmöterna bör det ankomma på 1947 års delegerademöte att taga ställning till frågan, huruvida och när allmänt nordiskt advokatmöte skall hållas.
4. Vid varje organisations årsmöte bör närvara en representant för var och en av de övriga tre advokatsammanslutningarna.
5. Frågan om tidsskriftbyte överlämnas til sekretärarna, vilka hava att efter utredning avgive förslag i frågan til delegerademöte.

---

[7] Se bl.a. *Chr. L. Jensen* i NS nr. 1/1948, s. 4, også inntatt i TSA 1948, s. 84—85.

> På förslag av regjeringsadvokat Bødtker (fra Norge) enades de närvarande slutligen om att föreslå resp. organisationers styrelser att hålla de övriga organisationernas styrelser underrättade om eventuella inbjudningar att deltaga i internationella advokatkongresser eller att inträda i internationella advokatorganisationer.»

I årene 1946 til og med 1949 ble delegertmøtene holdt hvert år. Det var på sistnevnte møte i Helsingfors at man ble enig om for fremtiden å holde delegertmøtene hvert annet år — en praksis som siden har vært fulgt.

Det er grunn til å merke seg at første post på dagsordenen for delegertmøtet i Oslo i 1947 var »en kort orientering om de viktigaste ting som er skjedd innen hver organisasjon siden 1939» — en post som på de etterfølgende delegertmøter alltid har vært første post på møtene slik at hvert land gir en redegjørelse for behandlingen av mer prinsipielle spørsmål innenfor sin organisasjon siden det foregående delegertmøte.

Siden har det blitt tradisjon at disse redegjørelsene gis skriftlig og sendes deltagerne på forhånd. Regelmessig gir disse beretningene anledning til å utveksle synspunkter hvorved erfaringer utveksles og ideer unnfanges — alt til gjensidig nytte.

Gjennom årene har man behandlet og drøftet en rekke viktige advokatspørsmål som nettopp gjennom behandlingen i et mindre nordisk forum som et delegertmøte er, har blitt bedre belyst enn om man alene skulle basere seg på nasjonal oppfatning og praksis. Verdifulle impulser man ellers ville vært foruten har man derved kunnet nyttiggjøre seg. Det er nok den viktigste side ved det nordiske advokatsamarbeid.

Et eksempel på et samarbeidsutspill, opprinnelig reist på delegertmøtet i 1957 er den fellesuttalelse som de nordiske foreninger den 13. februar 1959 sendte Nordisk Råd vedrørende advokatenes taushetsplikt sålydende:

> »De nordiske sakførerorganisasjoner har enstemmig besluttet å uttale at det i et fritt og demokratisk samfunn er ubetinget nødvendig for borgerne, at man opprettholder det prinsipp at sakførerne har både rett og plikt til å bevare taushet om de forhold som betroes dem i deres virksomhet.
>
> Da det i de nordiske land i de senere år er vedtatt en del lovbestemmelser, som innebærer betenkelige avvikelser fra forannevnte prinsipp, vil sakførerorganisasjonene herved henstille til Nordisk Råd å ta spørsmålet opp til behandling og undersøke mulighetene av å treffe slike foranstaltninger at borgernes interesse i at taushetsplikten bevares, ikke blir krenket.»[8]

[8] Se NS nr. 9/1958, s. 182 og 1/1959, s. 9.

7. De nordiske sekretærmøter

Sekretærmøtets hovedoppgave er å foreslå/tilrettelegge programmet for det påfølgende delegertmøte — forslag som deretter forelegges de respektive styrer til godkjennelse.

I årene frem til 1953 ble det holdt årlige sekretærmøter. Men dette fant man etterhvert unødvendig forsåvidt som sekretærene jo allikevel møtes på delegertmøtene. Fra 1953 har møtene stort sett vært holdt hvert annet år — fortrinnsvis i de årene det ikke holdes delegertmøte.

Møtene har til nå vært holdt vekselvis i Oslo, Helsingfors, Stockholm og København.

8. Mer om overveielsene om å holde et alment nordisk advokatmøte

Jeg har allerede nevnt diskusjonen på møtene i Stockholm og Helsingfors i 1937 om fremtidig å søke avholdt almene nordiske advokatmøter.

Dette spørsmål skulle forbli et diskusjonstema i mange år. Diskusjonen ble tatt opp igjen med jevne mellomrom i etterkrigsårene for først å bli skrinlagt i 1961 — nær 25 år etter at tanken først ble reist.

Spørsmålet kom opp allerede på det første delegertmøte etter krigen i Stockholm i 1946. På delegertmøtet i Oslo i 1947 drøftes igjen spørsmålet om avholdelse av et åpent sakførermøte — nå i København i 1948 i forbindelse med Det nordiske juristmøte i København samme år. Man kom imidlertid til at man ikke ville gå inn for det. Diskusjonen på møtet i Oslo klarla enighet om at de årlige delegertmøter var tilstrekkelige.

Men saken var ikke ute av verden med det. Den kom opp igjen på møtene i Helsingfors i 1957 og Stockholm i 1959. Resultatet av drøftelsene på sistnevnte møte ble at man sluttet seg til tanken om å holde et nordisk advokatmøte i tilslutning til 1963-års nordiske juristmøte. For dette formål besluttet man å rette en henstilling til de danske advokatene om å få til et slikt møte dagen før juristmøtet. (Referatet kan ikke sees å være trykt.)

Det ble orientert om de danske overveielsene på delegertmøtet i Oslo i 1961. I forbindelse med fastsettelse av stedet for delegertmøtet i 1963 opplyste den danske generalsekretær, Detlef Thomsen, at Advokatrådet hadde kommet til den oppfatning »at det vil undergrave juristmøtene om man i forbindelse med disse vil prøve å arrangere et

særskilt advokatmøte. Advokatrådet har derfor vært av den oppfatning at tiden ennå ikke var moden til dette, og at man derfor ikke hadde tatt opp med juristmøtets styre spørsmålet om å arrangere en særskilt advokatdag.»

Snarere enn at tiden ikke var moden for å søke avholdt særskilte almene advokatmøter, var trolig tiden løpt fra forslaget. Fremveksten av de internasjonale advokatorganisasjoner med sine kongresser hadde trolig gjort det mindre aktuelt og attraktivt å søke å avholde særskilte almene nordiske advokatmøter.

9. De internasjonale advokatorganisasjoner

Det kunne skrives adskillig om det internasjonale advokatsamarbeid. Det har det da også vært gjort,[9] i særdeleshet om de enkelte kongresser som har vært holdt, men her vil jeg alene redegjøre for de nordiske advokatforeningers inntreden i dette samarbeid.

Jeg minner om at man på delegertmøtet i Stockholm i 1946 vedtok å foreslå for sine respektive styrer å holde de øvrige organisasjoners styrer underrettet om eventuelle innbydelser til å delta i internasjonale advokatkongresser eller å inntre i internasjonale advokatorganisasjoner. På delegertmøtet i Oslo i 1947 gikk man et skritt videre, idet man ifølge referatet »ble enig om at man foreløpig ikke skulle ta standpunkt til innmeldelse i International Bar Association, men foreløpig se tiden an».

Det siste vedtak kom som en konsekvens av at det ble gjort anstrengelser for å få de nordiske advokatforeninger med i de to internasjonale advokatorganisasjoner som nå konkurrerte om oppslutning, nemlig UIA og IBA.

UIA advarte mot innmeldelse i IBA vesentlig med den begrunnelse at denne organisasjon omfatter alle kategorier av jurister og derfor ikke kunne ivareta sakførernes interesser like effektivt som Unionen, som bare omfatter sakførere (se brev av 12. januar 1947, referert i NS nr. 5—6/1947, s. 43).

---

[9] Se bl.a. NS nr. 5—6/1947, s. 43—44, nr. 7/1957, s. 107 og nr. 5/1962, s. 116—119, *Eilif Holmesland* i jubileumsskriftet »Den Norske Sakførerforening 1933—1958» (1958), s. 273—274, *Bertil Ahrnborg* »Internationelt juristsamarbete» I TSA 1962, s. 132—144, *Axel H. Pedersen* »Det danske Advokatsamfund 1919—1969, København 1969, s. 225—299 og »An Account of the formation of the International Bar Association and a History of its Sections 1947—1983», utgitt av IBA.

9.1. Union Internationale des Avocats (UIA)

Organisasjonen ble stiftet allerede i 1927 i Belgia og omfatter kun advokatorganisasjoner, men advokater kan stå tilsluttet som individuelle medlemmer — såkalte »correspondent members». Oppslutningen fra de siste er beskjeden i Norden sammenlignet med oppslutningen om IBA. Størst er oppslutningen fra Danmark med mer enn et 20-talls individuelle medlemmer, mens f.eks. alene 6 norske advokater er individuelle medlemmer. Fransk var lenge hovedspråket. Senere er blant annet også engelsk anerkjent som offisielt språk.

Sveriges Advokatsamfund ble medlem av organisasjonen allerede før krigen — i 1936, mens Den Norske Advokatforening kom med i 1955. Det danske Advokatsamfund ble medlem i 1962, mens Finlands Advokatförbund sluttet seg til organisasjonen i 1976.

9.2. International Bar Association (IBA)

Organisasjonen ble stiftet på initiativ av American Bar Association i 1947. Som medlemmer kan opptas organisasjoner og personer tilhørende »the legal profession», definert som »practitioners of the law, including... attorneys, counsellors, solicitors, barristers, advocates, members of the judiciary, professors of law and other persons versed in the law» (artikkel 2.9.).

Med dette brede medlemsgrunnlag synes betegnelsen Bar Association å være for snever. Det var da også forut for stiftelsen diskusjoner nettopp om navnet,[10] men man bibeholdt etter omstendighetene forslaget, idet man la vekt på at det var et godt og kort navn. Man skal imidlertid være klar over at IBA er noe mer enn en sammenslutning av advokater. Langt på vei er IBA å sammenligne med et juristforbund. Det er også tilfellet med American Bar Association som dog foreskriver at medlemmene må tilhøre »the bar».

IBA's stiftelse i 1947 var forberedt av en komite oppnevnt av American Bar Association. Overensstemmende med komiteens anbefalinger var representanter for de forskjellige lands advokatorganisasjoner invitert til å sende representanter til et møte i New York den 8. oktober 1946 for å drøfte spørsmålet om dannelse av en internasjonal advokatorganisasjon/juristorganisasjon. Henvendelsen til Den Norske Sakførerforening er datert 2. august 1946. Tilsvarende henvendelser mottok de andre nordiske foreninger.

---

[10] Se bl.a. meddelelser i NS nr. 3/1946, s. 41 og nr. 7—8/1946, s. 106.

Den Norske Sakførerforening anmodet Utenriksdepartementet om å be den norske ambassade i Washington eller Generalkonsulatet i New York om å sende en observatør. Dette ble imøtekommet, og visekonsul ved Generalkonsulatet i New York, Olaf Tellefsen (senere ambassadør) deltok i møtet den 8. og 9. oktober 1946. Av de øvrige nordiske land var Sveriges Advokatsamfund representert ved Axel Hemmar.

Det møtte representanter for 23 land. På møtet ble vedtatt et forslag til vedtekter for International Bar Association. Videre ble det besluttet å holde et nytt møte i New York den 17. februar 1947, hvor organisasjonen skulle konstitueres.

Spørsmålet om Den Norske Sakførerforenings medlemskap i UIA og IBA ble tatt opp på foreningens representantskapsmøte den 28. mai 1947. I referatet fra møtet opplyses det at Hovedstyret hadde besluttet å foreslå for Representantskapet »at saken utstår til etter delegertmøtet med representanter for de nordiske land som skal holdes høsten 1947. Representantskapet erklærte seg enig i dette forslag og bemyndiget Hovedstyret til deretter å fatte beslutning i saken.»

På delegertmøtet i Oslo i 1947 innledet Poul Christiansen fra Danmark til diskusjon om »spørsmålet om deltagelse i internasjonale juristorganisasjoner». Forsåvidt angikk IBA, nevnte han at »Overfor »International Bar Association» har vi i Danmark haft en sund Skepsis». På møtet ble man enig om at man foreløpig ikke skulle ta standpunkt til innmeldelse i International Bar Association, idet man ville se tiden an. (NS nr. 7—8/1948, s. 112.)

Saken kom på ny opp på delegertmøtet i København i oktober 1948. Nå foreligger det ikke noe referat fra møtet, men i dokumentene til Hovedstyrets møte den 29. november 1948 opplyses det at ingen av de øvrige lands organisasjoner hadde noe å innvende mot at Den Norske Sakførerforening meldte seg inn i IBA. Hovedstyret vedtok da også i samme møte å melde Den Norske Sakførerforening inn i IBA fra 1. januar 1949.

Forut for dette vedtak hadde Den Norske Sakførerforening møtt som observatør på møtene i UIA og IBA, henholdsvis i Brüssel i mai og Haag i august 1948. Den Hollandske Advokatforening som sto som arrangør av sistnevnte møte — IBA's 2. konferanse — hadde ivret for å få de nordiske land med i IBA — i særdeleshet ønsket man deres tilstedeværelse på Haag-konferansen.

Sveriges Advokatsamfund meldte seg også inn som medlem i IBA i 1948. Det danske Advokatsamfund ble medlem i 1954, mens Finlands Advokatförbund sluttet seg til IBA i 1963.

Nå blir man ikke medlem av IBA alene ved å melde seg inn i organisasjonen. IBA skal godkjenne innmeldingen. Den Norske Sakførerforening og Sveriges Advokatsamfund ble opptatt som medlemmer ved vedtak i IBA's styre den 23. april 1949, mens Det danske Sagførersamfund ble valgt som medlem den 13. mars 1955.

Denne redegjørelse vil ikke være fullstendig om jeg ikke også nevner at det i en årrekke har vært arbeidet for en sammenslutning av IBA og UIA. Med dette for øyet ble det i 1957 nedsatt en arbeidskomite med representanter for de to organisasjoner. Møtene har siden vært mange, men så langt har det ikke lykkes å få til en sammenslutning og utsikten til at så vil skje er ikke stor dessverre.

I forbindelse med omtalen av IBA, er det grunn til å nevne at organisasjonen holdt sin 6. konferanse i Oslo i 1956 og den 16. konferanse i Stockholm i 1976, og at to danske kolleger har innehatt IBA's fremste tillitsverv. Bernt Hjejle var således president i årene 1964—66, mens Thomas Federspiel var president i årene 1980—82. Rolf Christophersen har også gjort en fremragende innsats i IBA der han i årene 1950—1972 representerte Den Norske Advokatforening i organisasjonens styre (Council). Christophersen ble i 1957 en av IBA's første fire Assistant-Secretaries General.

Interessen for og oppslutningen om IBA har vært betydelig i Norden. Av totalt 9472 individuelle medlemmer i IBA (pr. 19. mars 1986)[11] kommer hele 653 eller 6,9 % fra Norden slik: Danmark 175, Finland 44, Norge 209 og Sverige 225. Til sammenligning nevnes at 515 eller 5,4 % kommer fra Vest-Tyskland, mens 205 eller 2,2 % kommer fra Frankrike.

9.3. Association Internationale des Jeunes Avocats (AIJA)

Dette er den yngste advokatorganisasjonen. Den ble stiftet i 1962. Medlemskap er åpent for — som det heter — yngre advokater. Medlemskapet opphører ved fylte 45 år. En kan saktens spørre seg om behovet for å etablere en internasjonal organisajon for advokater opp til 45-års alder. I de nordiske land vil iallfall mange advokater endog før denne alder ha sittet i sentrale tillitsverv i sine nasjonale organisasjoner.

Det er også adgang for foreninger til å stå kollektivt tilsluttet som støttemedlem. Det danske advokatsamfund, Finlands Advokatförbund, Den Norske Advokatforening og Sveriges Advokatsamfund gikk inn som medlem i 1981.

---

[11] Tallene er hentet fra en oppgave inntatt i dokumentene til IBA's Council Meeting i Dublin i mai 1986.

Den Norske Advokatforening har tilkjennegitt at man ikke ser anledning til å delta aktivt i organisasjonens arbeid begrunnet med at man ikke kan spre ressursene på for mange organisasjoner.

AIJA holdt sin årskonferanse i Helsingfors i 1983: Københavnadvokaten P. R. Meurs-Gerken var president i organisasjonen i årene 1981—83.

9.4. Commission Consultative des Barreaux de la Communauté Europeennes (CCBE)

CCBE er den rådgivende kommisjon for advokatforeningene i fellesmarkedslandene, opprettet i 1960 etter initiativ av UIA. Kommisjonen gir anbefalinger til fellesmarkedsmyndighetene i advokatspørsmål som etableringsrett og harmonisering av fellesmarkedslandenes lovregler vedrørende advokatutdannelse og advokatbeskikkelse.

Som medlem av Fellesmarkedet er Det danske Advokatsamfund representert i kommisjonen (fra 1962 som observatør), mens Den Norske Advokatforening og Sveriges Advokatsamfund er med som observatører, begge organisasjoner fra 1967. Finlands Advokatförbund møtte første gang som observatør på møtet i Oslo i 1986.

9.5. ESSEBA

ESSEBA står for English Speaking Secretaries of European Bar Associations og er et samarbeidsorgan for generalsekretærene i de europeiske advokatforeninger, etablert i 1960.

Advokatforeningens generalsekretær, Rolf Christophersen, var med fra begynnelsen av. Senere kom de øvrige nordiske advokatforeninger med slik: Det danske Advokatsamfund (1962), Sveriges Advokatsamfund (1965) og Finlands Advokatförbund (1979).

Av de øvrige advokatforeninger i Europa er disse med: The Law Society, The Law Society of Scotland, The Law Society of Ireland, The Incorporated Law Society of Northern Ireland, The German Bar Association, The Netherland Bar Association, The Swiss Bar Association og The Austrian Bar Association.

Møtene holdes en gang årlig og veksler mellom deltagerlandene. Jeg har selv hatt gleden av å være med fra 1972. Til det 25. møte i Belfast i 1984 hadde jeg latt trykke en 25-års beretning »ESSEBA 25 years». Fra denne beretning gjengir jeg (s. 5):

»A high priority function of a Bar Association or Law Society everywhere is to provide continuing education of lawyers. That the administrative heads of the same Bar Associations and Law Societies might also need continuing education has apparently not been widely appreciated. For me, the annual ESSEBA conferences are my form of continuing education. Participation in these conferences, the contacts they provide and the information one obtains — and not least the thinking which this cooperation inspires — are of use to me in my efforts to generate ideas and provide information in my own organization.»

9.6. Präsidentenkonferenz der Europäischen Anwaltorganisationen

Dette er det siste og yngste samarbeidsforum jeg vil omtale omfattende formennene i de europeiske advokatforeninger. Konferansen ble første gang holdt i 1973 etter initiativ fra Den Østerrikske Advokatforening, Österreichischer Rechtsanwaltskammertag ved dets president, dr. Walter Schuppich. Konferansen har siden årlig funnet sted i Wien i januar/februar måned, dyktig og effektivt regissert av dr. Schuppich.

Det er en virkelig europeisk konferanse forsåvidt som formennene/presidentene i de fleste europeiske advokatforeninger, Sovjetunionen unntatt, deltar. Det er det eneste advokatsamarbeidsforum der øst og vest møtes. Betydningen av denne kontakt skal ikke undervurderes. Finlands Advokatförbund innså tidlig verdien av dette samarbeidsforum. Allerede i 1975 deltok formannen, Erik Salvén, i konferansen for deretter å oppmuntre og påvirke de andre nordiske advokatforeninger til å la seg representere. Senere fulgte disse etter i denne orden: Den Norske Advokatforening i 1977, Det danske Advokatsamfund og Sveriges Advokatsamfund i 1978.

10. Avslutning

Deltagelse i det internasjonale advokatsamarbeid koster penger. Mange kolleger har liten forståelse for nødvendigheten av disse utgifter. Jeg velger å avslutte med disse ord av Bernt Hjejle som ved fratreden som Advokatrådets formann i 1961, blant annet uttalte:

»Vi rejser i disse år enorme summer for at hjælpe udviklingslandene; men efter mit skøn er disse penge kastet ud af vinduet, hvis vi ikke samtidig kan bibringe disse lande forståelse for vor retskultur og vore retsbegreber. Kan vi ikke det, vil det vise sig, at de tager imod hjælpen, men stiller sig afvisende over for vort samfundssyn og vort livssyn med de alvorligste politiske og

> økonomiske konsekvenser for vor verdensdel. Jeg mener derfor, at de er af meget stor betydning, at vi fortsat støtter det internationale advokatsamsarbejde ikke blot ved medlemsskab, men også ved at vi i langt højere grad end hidtil personligt deltager i møder og kongresser og ved enhver lejlighed prøver at skaffe os de forbindelser og påvirkningsmuligheder, vi kan. Vore norske kolleger... møder i stort antal til de internationale advokatmøder, hvor man træffer advokater fra de nye lande, som lytter med interesse og forsøger at danne sig en mening om det hele; dem må og skal vi i kontakt med og påvirke dem, hvis vi ønsker, de skal forstå og acceptere vor retsopfattelse og dermed også vort samfundssyn.»[12]

Og med denne påpekning av betydningen av å delta i det internasjonale advokatsamarbeide setter jeg punktum for dette bidrag.

---

[12] »Advokatbladet» (dansk) nr. 18/1961, s. 220 — også inntatt i TSA, 1961, s. 353—354 og NS nr. 9/1961, s. 178—179.

Erkki Havansi

Etuoikeudet ja "etuoikeudet" osakeyhtiökonkurssin valossa

I. Saamisoikeuksien keskinäisistä etuoikeuksista konkurssissa säädetään EOA:ssa. Tämä sisältää kuten tunnettua 3—13 §:ssään pitkän luettelon eriasteisia etuoikeuksia, sanottujen pykälien numerojärjestyksen mukaisesti alenevasti, paremmasta *etusijasta*[1] aina yhtä sijaa huonompaan.[2] Vasta huonoimman etuoikeuden (= EOA 13 §) jälkeen tulevat ns. tavalliset eli etuoikeudettomat saamiset eli EOA 18 §:n suuri yhtenäisluokka. Sanottuun 18 §:ään on vahingossa jäänyt jäljelle viittaus 19 §:ään (huolimatta 19 §:n kumoamisesta vuonna 1977) ja siten vihje siitä, että etuoikeusjärjestelmässä voi olla vielä huonompisijaisia saamisia kuin 18 §:n tarkoittamat eli etuoikeudettomat.[3] Tällaisia 'takaoikeutettuja' tai 'jälkioikeutettuja' tai (parhaiten:) takasijaisia saamisia onkin löydettävissä joistakin erikoissäännöksistä kuten AL 57 § ja LahjaL 1.2 §.[4]

---

[1] Terminä olisi *etusija* parempi kuin EOA:n vakiinnuttama etuoikeus (förmånsrätt), koska kyseessä ei ole 'oikeus' vaan saamisoikeustyypille säädetty rangisijoitus niiden tilanteiden varalta, missä kaksi tai useampi velkojanoikeus joutuu kilpailemaan saman velallisen (riittämättömistä) varoista. Ks. lähemmin *Ilmari Caselius,* Etuoikeusjärjestyksestä, DL 1940 s. 143—145 ja 151, *Jarno Tepora,* Etuoikeusjärjestyksestä pakkotäytäntöönpanossa (2. p. 1981) s. 5—7.

Joskin tässä kirjoituksessa käytetään ensisijaisesti etusija-terminologiaa, niin on toki myönnettävä etuoikeus-termin vakiintuneen niin vahvasti, ettei siitä luopumista kannattane varsinaisesti propagoida.

[2] Oikeuskirjallisuudessamme esitetyistä EOA 3—13 §:iin perustuvista etuoikeuksien »rangilistoista» ks. etenkin *Jouko Halila,* Konkursrätten i huvuddrag (1983) s. 60—67, missä luettelo sisältää 13 pääkohtaa ja eräät näistä lisäksi useita alakohtia. Lainmuutoksen 24. 8. 1984 johdosta on hänen luettelonsa 7. kohta eli EOA 6a § (irtaimistokiinnityksen etuoikeus) menettämässä merkityksensä, ks. YrKiinL 38.3 § ja *Ilmari Ojanen — Juhani Sutinen,* Yrityskiinnitys (1986) s. 154—155. Yrityskiinnitystä koskeva etuoikeusnormi on sijoitettu uudeksi 3 momentiksi EOA 4a §:ään, missä sillä on sama pykälän sisäinen etusija kuin 4a §:n 1 ja 2 momentin saamisilla.

[3] EOA 19 § sääti sakoille ja sakkokoroille takasijan (»vähin oikeus»). Kun säännös lailla 597/21. 7. 1977 kumottiin, jäivät 18 §:ään epähuomiossa viittaussanat »sillä poikkeemuksella, joka 19 §:ssä mainitaan».

[4] Takasijasaamisista ks. lähemmin *Jouko Halila,* Näkökohtia saamisten etuoikeusjärjestyksestä konkurssissa (Juhlajulkaisu Y. J. Hakulinen, 1972) s. 98—102.

EOA:n rangijärjestelmä sisältää näin ollen kolme pääluokkaa: 1) etusijaiset eli etuoikeutetut saamiset, 2) etusijattomat eli etuoikeudettomat saamiset, ja 3) takasijaiset saamiset. Takasijaisiin verrattuna ovat siis etuoikeudettomatkin saamiset »etuoikeutettuja». Lainausmerkit olisivat paljolti paikallaan myös ylimmässä pääluokassa eli etuoikeutettujen saamisten ryhmässä, sillä tunnettuahan on, että käytännön konkurssipesissä jää usein täysin osingoitta jopa sellainenkin saatava, jolla näyttäisi EOA 3—13 §:n etusijaluettelossa olevan varsin korkeasijainen etuoikeus (esim. EOA 5 §).[5] Puhumattakaan niistä kovin yleisistä tapauksista, missä konkurssi varojen puuttuessa raukeaa lähes alkuunsa (KS 15.3 §), jolloin EOA 4 §:n mukaisten työpalkkasaatavienkin etuoikeudet ovat arvottomia.[6]

II. Tässä kirjoituksessa ei kuitenkaan ole tarkoitus varsinaisesti paneutua yllä mainittuihin etu-, väli- ja takasijoihin, vaan näkökulma on EOA:n piiriä laajempi ja vie pitkällekin etuoikeus-termin perinteisen käyttöalueen ulkopuolelle. Tarkoituksena on nimittäin hahmotella *kokonaiskattava* konkurssivarallisuutta koskeva etuoikeusjärjestys (lainausmerkeissä) eli sellainen *rangijärjestys,* missä ovat mukana kaikki ne ajateltavissa olevat rahamääräiset vaadetyypit, jotka voivat kohdistua kyseiseen varallisuusmassaan.[7] Kokonaiskuvan saamiseksi on mukaan otettava kaikki rahamääräisvaateet,[8] joilla on raha-arvon saanti-

---

[5] Näistä realiteeteista ks. empirian valossa esim. *Johanna Niemi-Kiesiläinen,* Etuoikeudet konkurssissa, Selvityksiä (Oikeusministeriön lainvalmisteluosaston julkaisu 1984: 6) s. 54—55. — Toki huonoinkin eli EOA 13 §:n »etuoikeus» on täysivaikutteinen etuoikeus senkaltaisissa operatiivisissa 'ei-rahallisissa' merkityksissä kuin missä tätä sanaa käyttävät esim. KS 97 § ja akordilainsäädäntö (mm. AkordiL 19 § ja KS 93a. 4 §).

[6] Oikeustilaston tietojen (SVT XXIII C) perusteella voidaan todeta, että rauenneiden konkurssien osuus vireille tulleista konkurssiasioista on välillä (1970-luvun alkupuoliskolla) ollut jopa 60—70 %:n tasoa, laskeutuakseen sittemmin asteettain kohti nykyistä 'vain' n. 25 %:n tasoa. Palkkasaatavien kannalta tällainen pesien melko yleinen varattomuus on tietysti merkinnyt suurta lisärasitusta palkkaturvajärjestelmälle ja sen kustantajille.

[7] KS 45 § osoittaa ne ajalliset ja muut rajat, jotka osoittavat, mitä kaikkea varallisuutta tähän pesämassaan kuuluu (ja, e contrario, mitä ei). Konkurssin alkamisen ajallisesta rajasta tältä kannalta ks. esim. *Erkki Havansi,* Konkurssin alkamisen erilaiset ajankohdat, LM 1986 s. 672—676. Mitä taas takarajaan tulee (KS 45.1 §: »ennen konkurssin loppua hänelle tulee»), niin konkurssihan loppuu tässä mielessä KS 98 §:n mukaan alioikeuden konkurssituomion julistamispäivänä (ja -hetkellä), joten velallisen sen jälkeisillä saantoperusteilla saama uusi omaisuus ei kuulu konkurssipesään, vaan on alttiina erillistäytäntöönpanolle (ulosmittauksille) ja uudelle konkurssille (»N.N.:n konkurssipesä n:o 2»).

[8] Etusijasysteemin koskiessa vain rahamääräisvaateita sulkeutuvat tarkastelun ulkopuolelle pesän (näennäis)massaa vähentävät eventuaaliset separaatio-oikeudet ex jure dominii. Tosin raja velkoja-separatisteihin voi monesti olla nimellinen, kuten omistuksenpidätysmyyjän takaisinotto-oikeus ja KS 49.2 §:n tarkoittaman onnekkaan myyjän »pysäyttämisoikeus». — Tarkastelukulman ulkopuolella jää myös kysymys, siirtyykö saa-

oikeus tuosta varallisuudesta (tai siihen kuuluvasta yksilöidystä esineestä tms. varallisuusobjektista), aivan *riippumatta* siitä, voivatko kyseiset vaateet eksaktin juridisesti olla ns. konkurssisaamisia vai eivätkö.

Näkökulma on siten käsitteellisen 'puhtauden' kustannuksella tavallaan realistis-taloudellinen: on tietty määrä raha-arvoista varallisuutta, nyt konkurssipesän muodossa, ja tämän 'kakun jakamiseen' on oltava säännöt kaikkien siihen kytkeytyvien rahamääräisten intressien osalta. Kaikki nämä intresentit, jotka siis ovat muodossa tai toisessa sijoittaneet varoja taikka muutoin tulleet velallisen tai pesän saamamiehiksi, haluavat omansa takaisin, olipa heidän vaateittensa juridinen luokitus mikä tahansa (esim. konkurssisaaminen tai massasaaminen tai pääomasijoittajan vaade, jne.). 'Kakun' riittämättömyyden varalta — ja periaatteessa muutoinkin — on kaikki siihen kytkeytyvät rahavaateet voitava asettaa yleiskattavaan etusijajärjestykseen, jossa EOA peittää vain yhden osa-alueen.

III. Sanotun yleisen etusijajärjestyksen hahmottelu on esitysteknisesti havainnollisinta *osakeyhtiön* ja sen konkurssin pohjalta. Tämä johtuu siitä, että osakeyhtiön rahoitusrakenne (ns. ulkoisten rahalähteiden osalta[9]) voi OYL:n ja JoukkoVKL:n puitteissa olla varsin monenluonteisista komponenteista koostuva, kun otetaan huomioon myös *oman pääoman ehdoin* varojaan sijoittaneet intresentit sekä ne sijoitukset, jotka juridisesti ovat enemmän tai vähemmän 'välimaastossa' vieraan ja oman pääoman ominaisuuksien kannalta. Mitä laajempi osakeomistuspohja yhtiöllä on ja mitä suurempi ja teknokraattijohtoisempi yhtiö on, sitä selvemmin on yhtiön osakkeiden yms. hankinta realistiselta luonteeltaan luotonannon tyyppistä luottamuksen osoittamista yhtiötä kohtaan, korkotuotto-odotuksineen ja pääomasijoituksen (tarvittaessa:) takaisin saannin edellytyksineen. Siksi on myös oman pääoman ehdoin tapahtuneet sijoitukset noteerattava yleiskattavassa etusijajärjestyksessä[10], jotta finanssisijoitusten ulkoiset juridistekniset luonneominaisuudet eivät typistäisi yhtenäistä realistista näkökulmaa.[11]

---

misen etusija sille ei-velalliselle, joka velallisen puolesta (esim. takaajana) maksaa velan; ks. siitä *Matti Ylöstalo,* Takauksesta (2. p. 1969/1980) s. 283—284 ja *Halila,* Konkursrätten s. 68—69.

[9] Yrityksen rahalähteiden tyypeistä (liiketaloustieteen näkökulmasta) ks. esim. *Eero Artto,* Yrityksen rahoitus (1968) s. 42—54 ja 66—70, *Pertti Kettunen,* Rahoitus (3. p. 1981) s. 23—49.

[10] Niinpä esim. liiketaloudellisesta näkökulmasta voidaan suoraan puhua oman pääoman sijoittajien sijoittumisesta sille ja sille sijalle »etuoikeusjärjestyksessä», (*Kettunen,* s. 25). Liiketaloustieteessä vakiintuneista (yrityksen kustannusten) etuoikeusjärjestysopeista ks. esim. *Artto,* s. 54—67 ja *Tepora,* s. 68—74.

[11] Realismi rahan muodossa tosin on useimmiten varsin kaukana laajan etusijajär-

Seuraavassa lähdetään näin ollen siitä, että konkurssivelallisena on osakeyhtiö, joka on käyttänyt hyväkseen OYL 5 luvun (»Vaihtovelkakirjat ja optiolainat») ja JoukkoVKL:n tarjoamia pääomien hankintakeinoja. Lisäksi edellytetään, että yhtiön yhtiöjärjestys sisältää sellaisia osakkeiden erilajisuuksia, jotka voivat aktualisoitua yhtiön purkautumisen yhteydessä.

IV. Kerrotulta pohjalta voidaan aluksi, ennen yksityiskohtaisen rangilistan esittämistä, hahmotella pääkohdittainen lista rungoksi yleiskattavalle etusijajärjestykselle:

1. Separatistisaamiset (EOA 1.2 § ja pääosin 3 §)
2. Massavelkojien saamiset
3. Etuoikeutetut konkurssisaamiset (EOA 4—13 §)
4. Etuoikeudettomat konkurssisaamiset (EOA 18 §)
5. Takasijaiset konkurssisaamiset
6. Oman pääoman ehtoiset vaateet.

Tätä pääryhmien luetteloa on syytä valaista hieman lähemmin muutamilla kommenteilla, jotka samalla pohjustavat luettelon syventämistä jäljempänä yksityiskohtaisemmaksi.

V. Massavelkojien saamiset eli (konkurssipesän velvoitteiden kannalta:) *massavelat* on tietysti katettava ennen korkeintakin eli EOA 4 §:n etuoikeusluokkaa[12]; massavelkojen osalta voidaan viitata KS 74 §:ään ja *KKO 1983 II 52:een.* Massavelat voitaneen jakaa toisaalta konkurssikustannuksiin ja toisaalta muihin pesän velkoihin.[13] Ellei kaikkia mas-

---

jestyksen loppupäästä, jonne oman pääoman vaateet sijoittuvat, koska konkurssitapauksessahan ei tälle loppupäälle yleensä jää mitään jaettavaa (kuten on pääteltävissä a fortiori siitä, mitä yllä alaviitteiden 5 ja 6 kohdalla on lausuttu). Laajan etusijajärjestyksen jälkipuoliskolla on kuitenkin oma systemaattinen ja teoreettinen merkityksensä, eikä täysin tuntematonta käytännössäkään ole se, että osakeyhtiön konkurssissa sittenkin 'löytyy' (esim. takaisinsaannin avulla) niin paljon varallisuutta, että oman pääoman sijoittajatkin saavat katteen. Viittaan ns. VS-yhtiöiden huomiota herättäneissä konkursseissa syntyneeseen tilanteeseen, kun Vaasan HO:n tuomio n:o 1271/85 (annettu 11. 9. 1986) merkinnee miljoonien markkojen suuruisen osuuden jäämistä VS-Ryhmä-VS-Group Ltd Oy:n osakkeenomistajille.

[12] Korkein EOA:n mukainen konkurssisaamisten etuoikeusluokka on tässä siis sijoitettu vasta ko. säädöksen 4 §:n tasoon. Valtaosa säädöksen 3 §:ssä mainituista etuoikeutetuista vaateista on näet luettavissa separatistivaateiksi eli konkurssisaamisille ominaisesta valvontavelvollisuudesta vapautetuiksi erityisiksi jo ennen konkurssin alkua syntyneiksi esinevakuusoikeuksiksi, jollaiset (pantti- ja pidätysoikeudet) on syytä pitää erillään »puhtaista» EOA-normin varaisista etusijoista. Kuitenkin vailla separatistietuuksia on EOA 3 §:n sääntelemistä vaateista 3.1 §:n 3 lauseen tarkoittama pidätysoikeuksien tyyppi (ks. lähemmin *Erkki Havansi,* Esinevakuusoikeudet, 1984, s. 431—433: »hallussapitoryhmä»), joten raja ei ole aivan tarkasti 3 §:n ja 4 §:n välissä.

[13] Kun »massa-»alkuinen ja muukin tämän sektorin terminologia puuttuu KS:stä ja EOA:sta, niin viitattakoon (mm. sanotun kahtiajaon osalta) pohdintoihin naapurissa: ks. *Lars Welamson,* Konkursrätt (1961) s. 610—611, 651—655 ja 661—662, *sama,* Konkurs

savelkoja kyetä kattamaan, esim. separatistisaamisten suuruuden takia, on mahdollista asettaa konkurssipesä konkurssiin[14], jossa alkuperäiseen konkurssiin kuuluvat konkurssisaamiset (yllä ryhmät 3—5) ovat tavallaan oman pääoman ehtoisiin vaateisiin verrattavia[15] 'paria-luokan' saamisia.

Separatistisaamiset massavelatkin ohittavana huippuryhmänä ovat tässä saamisia, joita a) koskee panttioikeuksiin ja eräisiin pidätysoikeuksiin liittyvä erioikeus vakuuskohteen oma-aloitteiseen erillisrealisointiin (omin tai ulosottoviranomaisen toimin) konkurssin estämättä ja sen ulkopuolella, sekä joita b) ei tarvitse ja ehkei edes voisikaan valvoa konkurssisaamisina.[16] Nämä etuudet saavuttaa myös tois- tai alempisijainen panttioikeus, kuten esim. hallinnaton jälkipanttioikeus irtaimeen (EOA 3.2 § ja *KKO 1976 II 36*).[17] — Separatistiryhmään on funktionaalisesti perusteltua lukea myös kuittausoikeutettu velkoja eli KS 33.1 §:n tarkoittama konkurssivelallisen velallinen—velkoja ('panttioikeus omaan velkaan').

Takasijaisista konkurssisaamisista (= yllä luettelon 5. kohta) todettakoon erityisittä perusteluitta, että niiden keskinäisessä etusijajärjestyksessä lienee lahjalupaussaamisen (LahjaL 1.2 §) väistyttävä puolison saamisen (AL 57 §) edestä ja näiden molempien puolestaan väistyttävä JoukkoVKL 15.2 §:n tarkoittamien vastuudebentuurilainojen tieltä.[18]

Huonoimmalla sijalla ovat oman pääoman ehtoiset vaateet. Näiden

---

(7. p. 1979) s. 51—52, 170—171 ja 176—177, sekä *Knut Rodhe,* Handbok i sakrätt (1985) s. 377—379. Uusimmasta oikeuskäytännöstämme mainittakoon *KKO 1986 II 48.*

[14] Ks. lähemmin *Tauno Ellilä,* Voidaanko konkurssipesä asettaa konkurssiin?, DL 1966 s. 180—190, ja *Halila,* Konkursrätten s. 53.

[15] Tästä erikoislaatuisesta velkojen 'omaksi pääomaksi muuttumisesta' ks. lähemmin *Risto Ovaska,* Konkurssikäsikirja (1983) s. 49—50.

[16] Valvontaoikeuttahan ei ole, jos kyseessä on pelkkä esinevastuu ilman konkurssivelallisen henkilökohtaista velkavastuuta.

[17] Panttioikeuksista jää erikoisasemaan yrityskiinnityksen tuottama oikeus, jolla ei ole lainkaan separatistietuuksia ja vain EOA 4a §:n mukainen etuoikeus, ks. esim. *Ojanen — Sutinen,* s. 73—74 ja 140—141. Keskustella voitaneenkin siitä, onko yrityskiinnityksen tuottama vakuusoikeus syytä lukea panttioikeuksiin, huolimatta YrKiinL:n omaksumasta panttioikeusterminologiasta (ks. etenkin lain 7 §).

[18] Ks. eri näkemyksistä *Y. J. Hakulinen,* Velkakirjalaki (2. p. 1965) s. 205—206, *Halila,* Konkursrätten s. 67—68, Etuoikeuslakikomitean II osamietintö (KM 1972 A 27) s. 17. Lähemmät perustelut voitaneen tässä yhteydessä sivuuttaa, ei vähiten kysymyksen kovin teoreettisen esiintymistodennäköisyyden takia (olkoonkin että aviopuolisokin voi laskea liikkeelle debentuurilainan, ks. JoukkoVKL 16 §). Todettakoon kuitenkin, että EOA:seen 1969 JoukkoVKL:n säätämisen yhteydessä otettu maininta vastuudebentuurilainoista sijoitettiin oudosti EOA:n 16 §:n 2 momenttiin, ikäänkuin kyse muutoin olisi ollut etuoikeutetusta saatavatyypistä. Sanotusta joukkolainatyypistä yleisemmin ks. *Pirkko-Liisa Aro,* Partiaarisista debentuureista, LM 1965 s. 849—856 ja 869—871.

haltijoitahan ei juridisessa eksaktissa kielenkäytössä edes nimitetä velkojiksi vaan *osakkaiksi* tms. Sellaisina he ovat suurimman sijoittajariskin kantajia, jotka voivat saada jako-osuutta vasta sen jälkeen kun yhtiön kaikki velkojat ovat saaneet saamisilleen täyden katteen.[19] Osakaskategorian sisällä voi esiintyä etusijaporrastusta, milloin *yhtiöjärjestys* sisältää OYL 3: 1.1:n ja 13: 12.2:n sallimin tavoin erilaatuisia jako-osuusoikeuksia, esim. niin että tietyllä osakelajilla ('etuoikeutetut osakkeet') on yhtiön lakkaamistapauksessa määrätynlaajuinen parempi oikeus pääomapalautukseen kuin toisella osakelajilla ('kantaosakkeet' tms.).[20] Tällaisen etusijan voi yhtiöjärjestys antaa nimetylle ulkopuolisellekin taholle,[21] joka ulkopuolisuudestaan huolimatta ei tässä jako-osuusluonteisessa asiassa saavuta yhtiön velkojan asemaa, siitä johtuvine etusijaa nostavine seuraamuksineen.

Raja osakkaan (osakkeenomistajan) ja velkojan statuksien välillä ei ole aina selvä, vaan etenkin ajallisessa suhteessa voi ilmetä ongelmia[22] siinä, milloinka vaade on 'kypsynyt' *velkojan*oikeudesta *osake*oikeudeksi, esim. merkintähinnan jo maksaneen osakemerkitsijän eventuaalinen maksupalautussaaminen osakeoikeudeksi (ks. *KKO 1985 II 108*)[23] taikka vaihtovelkakirjalainaan osallistuvan velkojan saamisoi-

---

[19] Siitä mitä osakeyhtiön konkurssissa tapahtuu siinä tapauksessa että kaikki velkojat saavat täyden maksun, säädetään OYL 13: 19.3:ssa. Jos taas (13: 19.2:) »konkurssin päättyessä omaisuutta ei ole jäljellä, on yhtiö katsottava puretuksi, kun konkurssihallinto on antanut lopputilityksen.»Mikäli taas (*Pauli Koski — Gerhard af Schultén,* Osakeyhtiölaki selityksin II, 2. p. 1984, s. 281:) »konkurssi raukeaa varojen vähäisyyden vuoksi ja erityinen lopputilitys jää tästä syystä antamatta, tapahtuu yhtiön purkautuminen sinä päivänä, jolloin tuomioistuin on päättänyt jättää konkurssiasian käsittelyn sillensä (KS 15.3 §).» Tällainen konkurssin raukeaminen ei tosin vaikuta yhtiön asianosaiskelpoisuuteen niin, etteikö vieläkin voitaisi asiallisesti tutkia sellaista tätä yhtiötä vastaan ajettua velkomuskannetta, jossa kanne oli vireillä jo yhtiön joutuessa konkurssiin: näin *KKO 1986 II 98.*

[20] Näistä yhtiöjärjestysperusteisista eriarvoisuuksista ks. esim. *Juhani Kyläkallio,* Osakeyhtiölaki ja käytäntö (1985) s. 97, 120, 528 ja 587—588.

[21] Tämä ilmenee OYL 12: 1.2:sta. Ks. myös *Koski — Schultén,* II s. 181 ja 264—265, *Kyläkallio,* s. 528.

[22] Statusongelmaa ei sensijaan synny siitä, että pankkilainsäädäntö eräässä suhteessa legalisoi pankin liikkeeseen laskemien vastuudebentuurien »rinnastamisen pankin omaan pääomaan» (ks. esim. LiikepankkiL 46.4 §), sillä rinnastettavuus koskee vain laskennallisen vakavaraisuuden teknistä toteamistapaa.

[23] OYL 4: 8:n ja 4: 9:n säännöksistä voidaan johtaa ne aikarajat, jolloin korotushanke on sillä tavoin lopullistunut, että merkitsijä on saavuttanut osakeoikeuden, ts. jolloin korotushanke ei enää voi raueta ja johtaa merkitsijän kannalta »vain» siihen, että hänellä on 4: 8.1:n mukainen lopullistunut rahamääräinen (takaisin) saamisoikeus eli selvästi korkeampi etusija verrattuna siihen, että korotushanke olisi ehtinyt lopullistua ennen yhtiön konkurssin alkua. Lausuttua valaisee *KKO 1985 II 108:* A oli korottamispäätöksen mukaisesti merkinnyt uusia osakkeita ja maksanut ne sekä pian tämän jälkeen alkaneessa yhtiön konkurssissa valvonut maksujaan vastaavan saatavan perustaen valvontansa korottamispäätöksen raukeamiseen ja OYL 4: 9.1:een. KKO: saatava oli, siitäkin huolimatta

keus vaihtoprosessissa osakeoikeudeksi[24]. Tai kääntäen: milloin osakeoikeudellinen abstrakti vaade muuttuu velkojanoikeudeksi eli saamisoikeudeksi, esim. milloin abstraktinen osinko-oikeus muuttuu konkreettiseksi osinkosaatavaksi[25] noustakseen tuolla hetkellä eo. luettelon 4. ryhmään oikeuttavaksi.

VI. Näiden eo. pääryhmäluetteloa täydentäneiden kommenttien jälkeen voidaan sanottu summittainen pääryhmittely nyt täsmentää ja laajentaa jäljempänä seuraavaan yksityiskohtaisempaan muotoon. Näin syntyvä laaja versio yleiskattavasta etusijajärjestyksestä (osakeyhtiön konkurssissa) on kuitenkin sekin vielä *luonnos.* Asiakokonaisuuden laaja-alaisuuden ja moniulotteisuuden[26] takia on tässä vaiheessa ja tässä yhteydessä syytä rajoittua suuntaa-antavaan luonnokseen, osittain jopa hypoteesin luonteiseen.

Saamisten yleiskattava etusijajärjestys:

1. *Separatistisaamiset* (yksilöidysti objektikohtaisen esinevakuuden muodossa)
   1.1. Ensisijainen panttioikeus; tietty osa pidätysoikeuksista; saamiskohtainen kuittausoikeus
   1.2. Toissijainen panttioikeus (kuten toissijainen kiinnityspanttioikeus tai ensisijainen jälkipanttioikeus)
   1. . . . . .
   1.n. n-sijainen panttioikeus
2. *Massavelkojien saamiset* (eli, kääntäen: ns. massavelat)
   2.1. Konkurssikustannukset[27]

---

että korottamispäätös oli 4: 9.1:n nojalla rauennut vasta konkurssiin asettamisen jälkeen, KS 25 ja 34 §:n mukaan valvottavissa konkurssissa.

[24] Se aikaraja, jolloin vaihtovelkakirjalainaan osallistuva velkoja vaihdon edetessä saavuttaa osakeoikeuden ja — nyt tappiokseen — menettää saamisoikeuden, on määrättävissä OYL 5: 6:n pohjalta, josta ks. *Koski — Schultén,* I s. 224.

[25] Osinko-oikeuden käsitteestä ja erilaisista ilmenemismuodoista ks. etenkin *Lauri Drockila,* Osingonjakokelpoiset varat osakeyhtiölain mukaan (1964) s. 17—42. Nykyisen OYL:n kannalta edellyttää konkreettisen (osinko)saamisoikeuden syntyminen yhtiökokouksen tekemää nimenomaista voitonjakopäätöstä, jonka tulee olla OYL 12 luvun kannalta laillinen; toisin kuin vanhan OYL:n aikana ei siis nykyään riitä vielä se, että kuluneelta tilikaudelta on vahvistettu voiton kertymistä osoittava tilinpäätös (ks. *Kyläkallio,* s. 530). — Osinko-odotusten ennakollisesta turvaamisesta osinkogarantiaksi luonnehdittavalla sitoumuksella ks. *Ylöstalo,* Takauksesta s. 34—35.

[26] Niinpä eräs sinänsä tärkeä ulottuvuus, jota kuitenkaan ei tässä kirjoituksessa tarvitse eksplisiittisesti käsitellä, on etusijojen (etuoikeuksien) jako yleisiin ja erityisiin. Toinen yksinkertaistus on korkosaatavien erillissääntelyn (EOA 14 §, 18 §) sivuuttaminen.

[27] Yllä ollut viittaus osittaiseen hypoteesin luonteisuuteen koskee etenkin tätä konkurssikustannusten (= 2.1) sijoittamista muiden ns. massavelkojen (= 2.2) edelle. Tilannehan on tällainen Ruotsin oikeudessa (ks. ed. alaviite 13), mutta siellähän sijoituson-

2.2. Muut ns. massavelat[28]

3. *Etuoikeutetut konkurssisaamiset* (separatistietuuksitta)
   3.1. EOA 3.1 § 3 lauseen mukainen pidätysoikeus
   3.2. EOA 4.1 §:n mukaiset työsuhteiset palkka- yms. saatavat[29]; EOA 4.3 §:n mukaiset työeläkeliitännäiset saamiset
   3.3. EOA 4.5 §:n mukaiset akordijohdannaiset saamiset
   3.4. EOA 4a.1 §:n mukaiset ennakkoperintä- ja sosiaaliturvasaamiset; EOA 4a.2 §:n mukaiset eläketurvapohjaiset saamiset; EOA 4a.3 §:n mukaiset yrityskiinnityssaamiset[30]
   3.5. EOA 5 §:n (ja AsOYL 15 §:n) mukainen huoneenvuokrasaaminen yms.
   3.6. EOA 6 §:n mukainen maanvuokrasaaminen yms.
   3.7. EOA 7 §:n mukaiset verosaamiset
   3.8. EOA 8 §:n mukainen irtaimen ulosmittaukseen johtanut saaminen[31]

4. *Etuoikeudettomat konkurssisaamiset*
   4.1. Kaikki ryhmiin 1—3 ja 5—6 kuulumattomat konkurssisaamiset, olipa velkoja ulkopuolinen tai osakas (mm. osinkosaamiset, vaihtovelkakirjasaamiset, EOA 4.1 §:n 4 lauseessa diskvalifioidut työpalkka- tms. saamiset), keskenään samalla etusijalla[32]

5. *Takasijaiset konkurssisaamiset*
   5.1. Vastuudebentuurisaamiset (JoukkoVKL 15.2 §)

---

gelma on nyttemmin (1979—) ratkaistu nimenomaisella lainmuutoksella KL 188 §:ssä. Meillä voisi hypoteesille ajatella etsittäväksi tukea KS 80 §:n ration avulla.

[28] Jos konkurssipesä joutuisi konkurssiin (ks. ed. alaviitteen 14 kohdalla), niin silloin tietysti tämä 2-ryhmä eli »Massavelkojien saamiset» muodostaisi oman etusijakokonaisuutensa, jossa vaateet voitaisiin jaotella lähes samalla monisijaisella asteikolla kuin tekstissä esiteltävä laaja etusijaluettelo.

[29] Kun tarkastelu nyt tapahtuu osakeyhtiöön projisoiden, jäävät tässä mainitsematta kaikki luonnollista henkilöä konkurssivelallisena edellyttävät etuoikeutetut saamiset, kuten siis esim. EOA 4.1 §:n hautaus- ja perunkirjoituskulut, 4.2 §:n elatusapusaamiset jne. Toisaalta kiinnitettäköön käänteisesti huomio EOA 4.1 §:n lopussa olevaan osakeyhtiöoikeudelliseen palkkasaatavien erilliskäsittelyyn (»määräämisvalta osakeyhtiössä»), josta ks. esim. *KKO 1984 II 210.*

[30] Vanhat irtaimistokiinnitykset voivat 1990 asti sijoittua yrityskiinnitysten edelle ja 'pudottaa' nämä EOA 6a §:n tasolle, ks. *Ojanen — Sutinen,* s. 154—155. Tätä seikkaa ja EOA 6a §:ää ei noteerata esitettävässä luettelossa näkyviin tulevalla tavalla.

[31] EOA 8 §:n mukainen etusija on sikäli poikkeuksellinen EOA:n järjestelmässä, että 8 §:n sisällä on saamisilla oma lähempi etusijaporrastuksensa, aikaprioriteettikriteerin mukaan eli aikaisempi ulosmittaus tuottaa paremman etusijan kuin saman objektin myöhempi ulosmittaus. Yleensähän EOA:n 'pykäläkohtaisille' (tai harvemmin 'momenttikohtaisille') ryhmille on ominaista keskinäinen samansijaisuus saamisten suuruuksien mukaisessa suhteessa.

[32] Tämä ryhmä edustaa siis niitä rippeitä, joita enää on jäljellä konkurssin alkuperäisestä perusideasta eli kaikkien velkojien tasa-arvoisesta kohtelusta (tasa-arvo ymmärrettynä saamisten suuruuksien mukaisena tasasuhtaisuutena).

5.2. AL 57 §:n diskriminoimat saamiset[33]

5.3. LahjaL 1.2 §:n mukaiset lahjanlupaussaamiset

6. *Oman pääoman ehtoiset vaateet*

6.1. Yhtiöjärjestyksen osoittaman ulkopuolisen edun- tai osuudensaajan saaminen

6.2. Yhtiöjärjestyksen määräyksin jako-osuutta koskevan etuoikeuden omaavat osakeperusteiset vaateet

6.3. Osakeperusteiset jako-osuusvaateet (joilla ei ole 6.2-etusijaa).

VII. Etuoikeusnormit ovat *pakottavaa* oikeutta. Yhtiöjärjestysmääräyksillään ei osakeyhtiö itse voi (eventuaalisen konkurssin varalta) vaikuttaa etusijoihin kuin vain 6. ryhmän sisällä eli oman pääoman yms. palautusjärjestyksen osalta. Muilta osin on selvää, ettei velallisen (osakeyhtiön tai minkä tahansa muunkaan) pidä voida disponoida etusijajärjestyksestä, ei yksinään[34] eikä sopimuksin jonkun velkojan kanssa.[35] Ja yhtä vähän sallii etuoikeusnormiston luonne sitäkään, että velkoja voisi edustaa laissa tuntemattoman etuoikeuden itselleen (edes yhtiöjärjestysmääräyksellään, arg. *KKO 1977 II 32, 1982 II 97* ja *1984 II 73*).

---

[33] Tämäkin saatavatyyppi on otettu luetteloon mukaan, sillä vaikka osakeyhtiö ei voi olla AL 57.1 §:n tarkoittama subjekti, niin sille on voinut siirtyä tuollainen saaminen 57.3 §:n mukaisine jatkuvine takasijarajoituksineen.

[34] Huomattakoon kuitenkin, että panttauksin yms. tahdonilmaisuin velallinen voi vaikuttaa paljonkin etusijajärjestyksen muotoutumiseen. Tosin konkurssin ollessa lähellä on hänen tämä valtansa jo takaisinsaantinormien (KS 46 §) rajoittamaa; osakeyhtiön konkurssin osalta rajoitus on KS 46 § g-kohdan 2 momentin osoittamin tavoin normaalia laajempi.

[35] Sopimus kaikkien asianosaisten (konkurssivelkojien ja velallisen) välillä on sensijaan sitova, arg. KS 93.1 §.

Jan Hellner

Förutsättningsläran rediviva

I Lärobok i Finlands civilrätt, Allmän del, av *T. M. Kivimäki* och *M. Ylöstalo* (1961) läser vi:

> Det kan icke bestridas, att de förutsättningar, under vilka ett avtal ingås, kunna vara av betydelse vid bedömningen av dess ogiltighet, men uppställandet av noggranna regler därom, när så bör vara fallet, synes på grund av livsföreteelsernas mångfald möta stora svårigheter.[1]

Detta är sant även för den svenska rätten, till vilken den följande framställningen i stort sett inskränker sig. Förutsättningsläran innehåller regler om ogiltighet av avtal, men hur långt dessa sträcker sig är ovisst. Lärans funktion som ogiltighetsregel har länge synts tvivelaktig, i jämförelse med andra funktioner. I svensk rätt har den under de senaste åren åter kommit fram. Detta är ämnet för den följande uppsatsen, vars syfte är att hedra Matti Ylöstalo för hans insatser i det nordiska samarbetet på civilrättens område.

1. I förarbetena till de nordiska avtalslagarna diskuterades om de ogiltighetsanledningar som upptas i 3 kap avtalslagen skulle betraktas som uttömmande eller om de kunde kompletteras med andra ogiltighetsgrunder. Vissa ogiltighetsgrunder är avsiktligt lämnade åt sidan. Ogiltighet på grund av omyndighet behandlas inte i avtalslagen.[2] Det framhölls vidare i motiven till det svenska förslaget att däri saknades en regel om ogiltighet på grund av rubbad självverksamhet.[3] Den viktigaste frågan var emellertid om 33 § avtalslagen skulle anses beteckna den yttersta gränsen för ogiltighet på grund av »omständigheter, vilka

[1] S 340. *L. E. Taxell* intar en avvisande hållning till förutsättningsläran och löser de problem som exempelvis i Sverige bedömts enligt förutsättningsläran med andra metoder. Se Avtal och rättsskydd (1972) s 153.

[2] Regler härom infördes i lagen 1924 om förmynderskap och finns numera i 9 kap FB.

[3] Regler härom finns numera i lagen 1924 om verkan av avtal som slutits under inverkan av rubbad självverksamhet.

uteslutit viljans frihet eller åt densamma givit ett uttryck, som icke överensstämmer med den verkliga viljan».[4] Ej heller på detta område var avsikten att lagen skulle dra den yttersta gränsen. Bl a skulle »error in motivis» inte regleras fullständigt. Verkan av en sådan villfarelse sades i motiven utgöra endast en sida av det inom litteraturen omstridda ämne som brukade sammanfattas under beteckningen förutsättningsläran.[5] Vissa fall av felaktiga förutsättningar kunde visserligen nås med 33 §. Om och i vad mån den handlandes förutsättningar eljest kunde inverka på en av honom företagen rättshandling lämnades öppet. »Enligt kommitténs tanke äro dessa frågor icke mogna för lagstiftning, utan det bör hädanefter liksom hittills överlämnas åt domstolarna att vid tolkningen av en rättshandling, vars förutsättningar brustit, taga tillbörlig hänsyn till detta förhållande.»[6]

Förutsättningsläran var redan vid den tidpunkt när obligationsrättskommittén avgav sitt betänkande omstridd, såsom det sades i motiven. Ursprungligen framställdes läran av *Bernhard Windscheid.*[7] Denne uppfattade förutsättning som ett villkor, vilket inte kommit till uttryck i viljeförklaringen men som likväl kunde få rättsverkan. Om man förstår »villkor» i en strikt betydelse av omständighet vars inträffande medför att en rättshandling inte får någon verkan (suspensivt villkor) eller förlorar all verkan (resolutivt villkor), ligger häri en vittgående möjlighet att inskränka giltigheten av avtal.[8] Tar man »villkor» i en mindre strikt betydelse, såsom avtalsbestämmelse i allmänhet — vilket Windscheid inte synes göra men som väl ifrågasatts i senare diskussion — utvidgar man ytterligare möjligheterna till tillämpning.

Obligationsrättskommitténs nämnda uttalanden ger inga antydningar om lärans innehåll. Hänvisningen till »tolkningen av en rättshandling» får säkerligen inte pressas för mycket. Förutsättningsläran nämns på tal om error in motivis och andra typer av misstag. Om man sätter detta i samband med att 3 kap avtalslagen kan uppdelas i två delar, av vilka den förra — 28—33 §§ — handlar om rättshandlingars fullständiga ogiltighet, medan den senare — 34—38 §§ — handlar om ogiltighet eller jämkning av särskilda klausuler, bör man observera att de anförda ut-

[4] NJA II 1915 s 234; jfr *T. Almén,* Lagen om avtal (1916) s 147.

[5] NJA II 1915 s 263.

[6] NJA II 1915 s 264; jfr *Almén,* a a s 201.

[7] Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung (1850).

[8] Karakteristiskt för den tyska förutsättningsläran är emellertid, att ogiltigheten vanligen endast träffar »kausalavtalet», t ex ett köpavtal, och lämnar den sakrättsliga överlåtelsen oberörd. Detta medför att ogiltigheten endast kan göras gällande mot medkontrahenten personligen, med ett krav som anses grundat på »obehörig vinst», inte mot tredje man.

talandena ansluter sig till den förra delen. En felaktig förutsättning betraktas alltså närmast som en form av »viljefel» som kan medföra ogiltighet av rättshandling eller avtal.

Efter det att förutsättningsläran tidigare behandlats av flera nordiska rättsvetenskapsmän,[9] fick den genom *Henry Ussings* »Bristende forudsætninger» (1918) en fastare grundval. Ussings förutsättningslära har haft stort inflytande, samtidigt som den har kritiserats i olika avseenden. Alternativ till förutsättningsläran har framlagts.[10] Men det kan sägas att när man talar om förutsättningsläran i svensk rätt, och troligen även i annan nordisk rätt, man sedan länge avser något som åtminstone i stort sett är den lära som Ussing analyserade.

Ussings förutsättningslära innehåller åtskilliga preciseringar i förhållande till den som Windscheid framställde. Den skall inte här skildras i detalj. Sammanfattningsvis kan den återges sålunda, att en rättshandling blir ogiltig eller overksam om den avgetts under en förutsättning som är synbar för medkontrahenten, väsentlig och felaktig samt risken för felaktigheten bör ligga på medkontrahenten, inte på »förutsättningskontrahenten» själv.[11] Trots dessa preciseringar kan inte sägas att läran därigenom har fått särskilt fasta konturer. Den har förblivit Proteus-liknande, och dess användningsområde har förblivit obestämt. Såsom skall framgå i det följande har i Sverige tillämpningen väsentligen kommit att ligga utanför vad som, i betraktande av förarbetena till avtalslagen, får anses utgöra dess kärna, nämligen en ogiltighetsregel som kompletterar dem i avtalslagen. Den har ofta använts på områden där man, med ganska gott fog, kan göra gällande att den är tämligen onödig och närmast drar uppmärksamheten från väsentligheterna.

I det följande skall — utan anspråk på fullständighet — ges en översikt över olika sätt på vilka förutsättningsläran har använts. Systematiken blir med nödvändighet tämligen godtycklig, därför att läran tangerar många olika rättsregler och därför att i framställningen en viss anknytning till den historiska utvecklingen är lämplig. Detaljerna i *Ussings*

[9] En sammanställning av äldre litteratur finns hos *Kj. Krokeide,* TfR 1977 s 584 n 40. Till denna bör läggas ur svensk litteratur *N. Alexanderson,* Bidrag till läran om penninganvisning (1904), *W. Sjögren,* Domaremakt och rättsutveckling, TfR 1916 s 325 ff, vilka båda arbeten troligen har påverkat svensk rättsutveckling.

[10] *L. Vahlén* ställer frågan: Bör förutsättningsläran avskaffas? TfR 1953 s 394 ff. Hans svar på denna fråga är jakande. *Anna Christensen* vill i stället för förutsättningsläran ha en serie principer om misstag, se TfR 1973 s 311 ff, 482 ff.

[11] Se förutom Bristende forudsætninger (1918) även Aftaler (2 udg Khvn 1944) s 457 ff. En utförlig analys ger *U. Holmbäck,* Studier i förutsättningslärans terminologi (1970). En kortfattad översikt finns i *J. Hellner,* Speciell avtalsrätt II, Kontraktsrätt (1984) s 237 ff.

förutsättningslära berörs endast i den mån de blir direkt relevanta vid de olika användningarna.

2. Ett specialfall, som dock på många sätt är belysande, är förutsättningslärans användning vid *avtal som ingåtts med tanke på äktenskap* samt vid *gåva* som återgår av olika anledningar.

Enligt gamla GB 3:8 kunde gåva till trolovad återkrävas när trolovningen inte ledde till äktenskap. Någon motsvarande regel fanns inte för andra avtal som byggde på antagandet att trolovning skulle leda till äktenskap. Redan i ett rättsfall från 1875 (NJA 1875 s 201), som rörde försäljning av fastighet till »tilltänkt hustru», förklarades försäljningen ogiltig därför att den skett under »förutsättning» att äktenskap kom till stånd. Det är dock osäkert om domstolarna på ett så tidigt stadium av rättsutvecklingen haft förutsättningsläran i tankarna. Rättsfallet NJA 1893 s 353, som likaledes rör avtal med tanke på kommande äktenskap, nämns av *A. O. Winroth* som exempel på »bristande förutsättningar» utan närmare förklaring, trots att någon förutsättningsterminologi inte begagnades.[12] *N. Alexanderson* nämner rättsfallet vid diskussionen om en subjektiv eller en objektiv förutsättningslära bör tillämpas, och för honom är alltså anknytningen klar.[13] NJA 1918 s 318 rör ett avtal varigenom en kvinna som av sin far köpt en fastighet överlät hälften av fastigheten på sin fästman. När det inte blev giftermål yrkade hon att överlåtelsen skulle gå åter. Domstolarna biföll yrkandet med motivering att köpet ingåtts under förutsättning att den påtänkta äktenskapsförbindelsen skulle genom giftermål fullbordas. Här synes det ganska klart att domstolarna utgått från förutsättningsläran.[14]

1 kap 2 § 2 st nya GB innehöll regler om återgång av gåvor när trolovning bröts. När kapitlet upphävdes hänvisades till att gåvor kunde återgå på grund av bristande förutsättningar och att en trolovning som inte lett till äktenskap kunde bedömas på detta sätt.[15]

Löfte om gåva avseende lös egendom kan återkallas om gåvotagaren gör givaren märklig orätt (5 § 2 st gåvolagen 1936). I detta fall behöver man sålunda inte tillgripa förutsättningsläran. Vid tillkomsten av detta stadgande uttalade lagberedningen, att även efter det att gåva fullbordats givarens intresse kunde tillgodoses i vissa ytterlighetsfall genom tillämpning av allmänna grundsatser om verkan av att väsentliga förutsättningar för en rättshandling brister.[16] I rättsfallet NJA 1961

[12] *A. O. Winroth*, Svensk civilrätt II (1900) s 824 f.
[13] *Alexanderson*, a a s 29 f.
[14] Annan mening dock *L. Vahlén*, Formkravet vid fastighetsköp (1951) s 242 f.
[15] Se NJA II 1973 s 122.
[16] Se NJA II 1936 s 151.

s 105, som rörde gåva av fast egendom, tillämpades KF 21 dec 1857 ang vad i testamente givas må, så ock om gåva av fast egendom. Enligt detta stadgande kunde gåva återgå om gåvotagaren gjort givaren märklig orätt eller skada. I fallet hade gåvotagaren medverkat till rånmord på givaren, men han blev straffri på grund av själslig abnormitet. Vid talan om återgång av gåvan tvekade HD att tillämpa det angivna stadgandet, på grund av abnormiteten. Med åberopande bl a av förutsättningsresonemang biföll emellertid HD:s majoritet talan om återgång. Ett JustR hade emellertid en avvikande motivering i vilken förutsättningsresonemanget inte ingick. KF 1857 upphävdes vid införandet av nya JB, och i denna finns ingen motsvarighet till den äldre bestämmelsen om återgång av gåva. Detta motiverades bl a med en hänvisning till förutsättningslärans tillämpning vid gåva av lös egendom.[17]

I NJA 1977 s 717, det bekanta rättsfallet där en man hade lovat en kvinna en gåva av en Porsche och sedan vägrade uppfylla löftet, blev utgången att HD:s majoritet satte ned gåvan från yrkade 92 000 kr till 20 000 kr. I majoriteten befann sig JustR *Bengtsson,* som i ett särskilt yttrande utvecklade skälen för sin ståndpunkt.[18] Han nämnde bl a att om gåva »mellan parter i en förbindelse av det aktuella slaget» avsåg egendom som skulle komma till gemensam användning vid kommande äktenskap eller sammanflyttning det var klart att brytningen rubbat förutsättningarna för löftet på sådant sätt att löftet inte borde gälla. När gåvan inte hade detta syfte borde den enligt Bengtssons mening som huvudregel gälla. Vid extraordinära gåvor, som den av Porschen, kunde däremot en jämkning komma i fråga. JustR:n *Holmberg* och *Conradi* — som ville bifalla kärandens yrkande helt — uttalade att det kunde ligga nära till hands att anta att utfästelsen var betingad av en »tyst förutsättning» att förbindelsen mellan parterna ej skulle vara helt tillfällig. Men givaren hade själv omöjliggjort ett sådant betraktelsesätt genom att i HD förklara, att förbindelsen från hans sida bara var avsedd att bestå under kort tid.[19]

Man kan sammanfatta vad som framträder om nu berörda avtal på följande sätt. Återgång av gåva har för vissa fall tidigare reglerats genom uttryckliga bestämmelser och på detta sätt varit ett »naturale negotii» vid avtalstypen gåva. Ett sådant stadgande (5 § 2 st gåvolagen) kvarstår fortfarande. När övriga bestämmelser upphävts, har lagstiftaren utgått från att förutsättningsläran kan tillämpas. Denna har även i andra situationer tillämpats på gåva och besläktade transaktioner. Medan på

[17] Se NJA II 1972 s 132 ff, *P. Westerlind,* Jordabalken 1—5 kap (1971) s 442 f.
[18] Se s 724 f.
[19] Se s 724.

andra områden (se särskilt nedan 3) tillämpningen av förutsättningsläran har varit ett förstadium till utvecklingen av mer preciserade regler, är här utvecklingen snarast den motsatta; de särskilda reglerna ersätts av möjligheten att tillämpa förutsättningsläran. Formellt föreligger intet hinder häremot; alla rekvisit som nämns i *Ussings* förutsättningslära är uppfyllda. Men å andra sidan förefaller hänvisningen till förutsättningsläran tämligen onödig. Det är fortfarande ett »naturale negotii» att vid gåva och vissa andra liknande transaktioner förändringar i personliga omständigheter, som eljest inte är relevanta, kan leda till återgång. Förutsättningsläran ger inte någon ledning för bedömningen av dessa.

3. En säregen utveckling finner man också vid *rådighetsinskränkningar.* Bland åtskilliga rättsfall om sådana inskränkningar från tiden före avtalslagen, med växlande utgång och växlande motivering,[20] finner vi NJA 1893 s 433. Den som hyrt lokal för en kaférörelse kunde inte utöva den på grund av förbud från polismyndighet. Hans yrkande om befrielse från skyldighet att utge hyra ogillades av HD. *Alexanderson* kritiserar domen, därför att enligt hans mening förutsättningsläran inte har tillämpats (eller kanske snarare tillämpats på ett felaktigt sätt).[21] I ett senare rättsfall, NJA 1914 s 475, tycks domstolarna ha byggt på förutsättningsläran, i samband med tolkningen av en särskild bestämmelse i avtalet.[22] I NJA 1918 s 467 hade en lägenhet hyrts ut för längre tid till kafé och matservering. Under hyrestiden inskränktes utskänkningsrätten. HD:s majoritet förklarade att den omständigheten att hyresgästen gått förlustig rätten att utskänka öl väl kunde, »därest hyreskontraktet antages vara slutet under förutsättning att Brinkman skulle bliva i tillfälle att i den förhyrda lägenheten bedriva sådan utskänkning, hava föranlett därtill att Brinkman ägt uppsäga kontraktet men däremot icke — då Brinkman icke styrkt, att förbehåll i sådant avseende gjorts vid kontraktets ingående — medfört rättighet för Brinkman att med bibehållande av nyttjanderätten erhålla nedsättning i hyran». Här har sålunda förutsättningsläran erkänts men inte ansetts kunna medföra nedsättning av hyran. Till den sistnämnda konsekvensen skall vi senare återkomma (nedan 6.1).

NJA 1928 s 47 rör också en rådighetsinskränkning. Makar som övertagit en matserveringsrörelse fann att denna icke fick fortsätta om icke ett avträde flyttades till 6 meter från köksväggen eller ändrades till vat-

[20] Se NJA 1885 s 96, 1893 s 433, 1902 s 178, 1911 s 593, 1914 s 475, 1916 s 357.
[21] *Alexanderson,* a a s 30.
[22] Jfr även NJA 1908 s 477 (talan om bördsklander, minoriteten i HD).

tenklosett. Makarna hade uppenbarligen utgått från den förutsättningen att flyttningen icke skulle kosta mer än 500 kr, men det visade sig att den skulle kosta 3 000 kr. Med hänsyn härtill kunde köpet enligt HD inte anses bindande, och säljaren förpliktades återbära köpeskillingen. Någon skadeståndsskyldighet kunde däremot icke åläggas säljaren. Här har förutsättningsläran tillämpats direkt, och särskilt viktig är konklusionen rörande skadeståndsskyldigheten.[23]

Senare har emellertid rådighetsinskränkningarna »flyttats in» i felreglerna. Detta framgår bl a av rättsfallet NJA 1961 s 330 (överlåtelse av kafé- och kioskrörelse), där det direkt hänvisas till köplagens felregler.[24] Även skadeståndsskyldighet kommer således i fråga.[25] Man kan f ö lägga märke till att vid fastighetsköp skadeståndsskyldigheten vid rådighetsfel är särskilt sträng.[26]

Utvecklingen vid rådighetsinskränkningar illustrerar hur förutsättningsläran kan fungera.[27] Efter en tid av tvekan, då utgången och motiveringen växlar från fall till fall, blir läran en »inkörsport» för regler om relevans av rådighetsinskränkningar. Ytterligare senare, när man vill behandla rådighetsinskränkningarna som kontraktsbrott, visar sig läran otillräcklig och onödig. Även utan lagstiftning kan domstolarna utveckla regler om rådighetsfel som kontraktsbrott.

4. Ett område där man tycker att förutsättningsläran skulle passa väl är *ändrade förhållanden.* Den närmaste tyska motsvarigheten, läran om *Geschäftsgrundlage,* tillämpas företrädesvis vid ändrade förhållanden, när inte omöjlighetsläran räcker till.[28] Formellt stöder de tyska domstolarna sig på BGB § 242 (stadgandet om tro och heder), men tankarna motsvarar ganska väl förutsättningsläran.

I svensk rätt tillämpas emellertid som huvudregel *inte* förutsättningsläran i sådana fall.[29] 24 § köplagen är i stället det grundläggan-

[23] Jfr *Hj. Karlgren,* Avtalsrättsliga spörsmål (2 uppl 1954) s 114, 140, 158 f. Jfr även NJA 1935 s 57 och därtill Karlgren, a a s 152 ff, samt NJA 1936 s 737 och därtill Karlgren, a st. HD:s motivering i NJA 1936 s 737 ger emellertid inte direkt stöd för att förutsättningsläran har tillämpats, utan i stället åberopas säljarens upplysningsplikt. Jfr Karlgren, Felansvaret vid fastighetsköp (1976) s 57 f.

[24] Jfr härom nedan 7.1 vid n 62.

[25] Se t ex NJA 1958 s 648.

[26] 4 kap 18 § JB, som hänvisar till 12 §. Jfr *Hj. Karlgren,* Felansvaret vid fastighetsköp (1976) s 82 ff, *Hellner,* Speciell avtalsrätt II (1984) s 58.

[27] Proceduren analyseras utförligt av *Hj. Karlgren,* SvJT 1952 s 795 f.

[28] Se *Hj. Karlgren,* En studie i förutsättningsläran inom nyaste tysk doktrin, SvJT 1952 s 257 ff. Om den senare utvecklingen se t ex *Esser—Schmidt,* Schuldrecht I, Allgemeiner Teil (6. Aufl 1984) s 330 ff. Det grundläggande stadgandet beträffande »Unmöglichkeit» i BGB är § 275.

[29] *K. Rodhe,* Om jämkning av kontrakt på grund av ändrade förhållanden, Bil V till Förhandlingarna å det 19 nordiska juristmötet 1951 (1952), diskuterar s 18 f möjligheter-

de stadgandet. Det medger befrielse från skadeståndskyldighet men inte att den som drabbas av omöjlighet att fullgöra får säga upp avtalet. Visserligen kan säljaren vägra att fullgöra avtalet om omöjligheten varar så länge att, med *Alméns* ord, »en leverans efter denna tids utgång för en naturlig uppfattning framstår som något, ekonomiskt sett, helt annat än ett fullgörande av det ursprungliga avtalet».[30] Men detta resonemang baseras inte på förutsättningsläran. Skälen till att denna lära inte tillämpas är förmodligen flera. Rättsföljden av omöjlighet är att en gäldenär befrias från sin skadeståndsskyldighet, möjligen från sin prestation i övrigt, men inte att avtalet upphör att gälla eller kan sägas upp. Detta stämmer inte med förutsättningsläran. Ett annat skäl är att force-majeure-klausuler är så vanliga, att det är sällsynt att det blir nödvändigt att tillgripa allmänna rättsgrundsatser.[31] Numera finns vid långvariga avtal »hardship»- och »revision»-klausuler.[32] Ett tredje skäl kan vara att det är alltför uppenbart att förutsättningsläran inte ger någon verklig ledning för bedömningen av hithörande situationer. Förhållandena är alltför växlande.

Det finns emellertid exempel på att förutsättningsläran har tillämpats vid ändrade förhållanden, framför allt vid avtal om skogsavverkning som inte kan utövas på grund av ny lagstiftning. I NJA 1924 s 372 hade säljarna till en fastighet förbehållit sig att avverka skog på fastigheten. Sedermera utfärdades en lag som hindrade säljarna att avverka skogen. HD fann köparen skyldig att ersätta säljarna värdet vid tiden för köpslutet av den skog som till följd av avverkningsförbudet besparades av köparen. Avgörandet har vanligen ansetts grundat på förutsättningsläran, något som väl inte har fullt stöd i domens lydelse.[33] I NJA 1925 s 184, där omständigheterna var alldeles likartade, frångick HD in pleno denna princip. En minoritet ville tillämpa samma princip som i 1924 års fall. En annan minoritet följde HovR:n, som ogillat yrkandet med motivering att det meddelade avverkningsförbudet väl kunde grunda rätt för säljaren att påyrka återgång av fastighetsförsälj-

---

na att tillämpa förutsättningsläran på ändrade förhållanden. Jfr *Hellner,* Speciell avtalsrätt II (1984) s 237 ff.

[30] *T. Almén,* Om köp och byte (4 uppl 1960) § 21 vid n 176. Jfr emellertid *Kj. Krokeide,* TfR 1972 s 588, 594 ff.

[31] Dessa klausuler ger ofta även säljaren och andra parter rätt att, efter viss tid, häva avtalet. Se *Hellner,* Speciell avtalsrätt I s 114, II s 246 f.

[32] Se Speciell avtalsrätt II s 247 f.

[33] Se *J. Hellner,* Om obehörig vinst (1950) s 404 med hänvisningar. *L. Vahlén,* Formkravet vid fastighetsköp (1951) s 238 vill inte se fallet som en tillämpning av förutsättningsläran. Han finner emellertid i ett senare notisfall, NJA 1931 A nr 222, tillämpning av förutsättningsläran. I detta fall yrkade säljarna återgång av köpet, och yrkandet bifölls. Se Vahlén, a a s 237 ff.

ningen men icke förpliktelse för köparen att inlösa skogen. HD:s majoritet ålade köparen att utge ersättning för den vinst som köparen gjort genom värdestegring på fastigheten som uppstått genom att träden kom att tillfalla köparen.[34] Till majoritetens ståndpunkt kan man anmärka, att det väl i och för sig kunde varit möjligt att grunda den modifikation av avtalet, som utdömandet av vinstersättning utgjorde, på förutsättningssynpunkter.[35] En sådan uppfattning torde emellertid ha varit främmande för HD:s majoritet, vars yttrande formulerades av JustR *Alexanderson.*[36]

Naturligtvis kan man tänka sig många situationer, särskilt vid långvariga avtal, där förutsättningsläran kan ge ett formellt stöd för att bringa ett avtal att upphöra vid ändrade förhållanden.[37] Man kan dock i många fall lika väl tillämpa principen om upphörande vid »viktig grund».[38] En invändning mot båda dessa metoder är att det är en dålig utväg att hänvisa parter till att säga upp ett avtal som redan är i kraft och fullgjorts helt eller delvis. Såsom redan har nämnts är avtalsbestämmelser numera vanliga som tar sikte på ändring av avtal när de ursprungliga förhållandena inte längre består. När en tillämpning av avtalet leder till olämpliga konsekvenser, på grund av ändrade förhållanden, ger 36 § avtalslagen i sin nuvarande formulering ett bättre stöd än förutsättningsläran för en modifikation, låt vara att det får betraktas som en nödfallsutväg att tillämpa stadgandet på avtal mellan jämställda parter.[39]

5. Det senast sagda leder över till förutsättningslärans funktion att utgöra stöd för en »*mellanlösning*» mellan att betrakta ett handlande som kontraktsbrott och att lämna det helt utan påföljd.[40] Denna sida tangerades redan när det nämndes (under 3) att rådighetsinskränkningar tidigare bedömdes enligt förutsättningsläran, i ett rättsfall där skadestånd inte utdömdes (NJA 1928 s 47). Förutsättningsläran har även eljest begagnats som ett instrument för att uppnå resultatet att ett avtal återgår utan att skadeståndsskyldighet uppstår. Det mest kända

[34] Se om HD:s praxis i skogsavverkningsfallen *Hellner,* senast a a s 399 ff.

[35] Jfr om möjligheten att använda förutsättningsläran för andra rättsverkningar än ogiltighet eller full overksamhet av avtal nedan 6.

[36] *Alexanderson* har muntligen för mig framhållit, att han som domare konsekvent vägrat tillämpa förutsättningsläran.

[37] Se särskilt *Kj. Krokeide,* Forudsætningslæren og misligholdsbegrepet — særlig ved langsiktige kontraktsforhold, TfR 1977 s 569 ff.

[38] Denna har stöd i en analogi till kommissionslagen och handelsbolagslagen. Se *Hellner,* Speciell avtalsrätt II s 241 f.

[39] Jfr *Hellner,* a a s 242 f. Jfr nedan 6.1.

[40] Jfr *Hellner,* a a s 240.

fallet är NJA 1936 s 368. En klädesfabrikant, som hade ett avtal med en grossist i branschen, hade salubjudit sina produkter direkt till ett antal skrädderiidkare. Meningarna var delade i HD om detta skulle betraktas som kontraktsbrott mot grossisten eller ej. Den mening, i enlighet med vilken HD:s dom avfattades, gick ut på att förutsättningsläran skulle tillämpas, och vid detta förhållande kunde visserligen köpet hävas men skadestånd utgick inte.[41]

Till samma kategori kan kanske föras det omstridda rättsfallet NJA 1970 s 72. En entreprenör skulle gräva en brunn i enlighet med uppgifter av beställaren. Grundförhållandena avvek emellertid från vad beställaren uppgivit, och entreprenören hävde avtalet och krävde skadestånd. Det utförliga standardavtal som gällde mellan parterna (AB 54) innehöll ingen föreskrift som var direkt tillämplig på den inträffade situationen. Talan bifölls av HD med hänvisning till ett förutsättningsresonemang. Det har emellertid bestritts att den ersättning som utdömdes var skadestånd i egentlig mening; den kunde i stället uppfattas som sådan ersättning för utfört arbete som utgår vid hävning av ett delvis utfört avtal om tjänst.[42]

Det kan knappast bestridas att det finns ett behov av att kunna tillgripa mellanlösningar mellan att betrakta ett handlande som kontraktsbrott och att helt avböja påföljder. Förutsättningsläran kan ha en funktion att fylla genom att den utsäger att en sådan lösning har valts. Det finns naturligtvis andra metoder att uppnå en sådan lösning. Ofta finns det något stöd i avtalet för lösningen, och det kan då vara bättre att tolka avtalet fritt än att ge sig förutsättningsläran i våld.[43] Om en situation, för vilken det saknas stöd för bedömning vare sig i tidigare rättspraxis eller i analogier till andra rättsregler, uppstår synes det inte finnas något hinder mot att domstolarna genom en rättspolitisk bedömning tillskapar en regel som de finner lämplig.[44]

För den som söker ett stöd i en teoretisk konstruktion, även om den är sakligt tämligen innehållslös, kan förutsättningsläran ha en uppgift att fylla som beteckning för mellanlösningen. Detta förutsätter emellertid att läran inte begagnas när ett handlande bör bedömas som kontraktsbrott. Om skadestånd för det positiva kontraktsintresset anses berättigat och handlandet sålunda betraktas som kontraktsbrott, finns det intet sakligt skäl att åberopa förutsättningsläran. Det kan inte heller

[41] Jfr *Hj. Karlgren,* Felansvaret vid fastighetsköp enligt jordabalken (1976) s 58 f.

[42] Se härom *A. Agell,* SvJT 1972 s 740 n 60, *Karlgren,* a a s 59 n 16, *Hellner,* Speciell avtalsrätt II s 98 f.

[43] Se härom nedan 8.

[44] Se *L. Vahlén,* Formkravet vid fastighetsköp s 233; jfr *Karlgren,* SvJT 1952 s 795 n 1.

anses erforderligt att ha något stöd i dessa fall. Man måste räkna med att det finns kontraktsbrott som inte regleras av vare sig uttrycklig avtalsbestämmelse eller skrivna lagstadganden eller i tidigare rättspraxis fastslagna regler.[45] Uppkomsten av reglerna om rådighetsfel visar att domstolarna inte behöver dra sig för att betrakta ett i lag oreglerat förhållande som kontraktsbrott.

Även om skadestånd inte yrkas borde domstolarna därför bedöma, huruvida i andra liknande situationer skadeståndspåföljden kan komma i fråga, och i sådant fall inte tillämpa förutsättningsläran. Det kan illustreras med rättsfallet NJA 1949 s 134. En person som lämnade sin anställning hos en förening erhöll genom avtal vissa förmåner, som skulle upphöra om han öppnade en med föreningen konkurrerande affär inom föreningens verksamhetsområde. Han öppnade sedermera affär utanför verksamhetsområdet men levererade varor till kunder inom området. Föreningen yrkade att vara fri från sina förpliktelser enligt avtalet. HD:s majoritet biföll detta yrkande, med en motivering som bär starka spår av intryck från *Ussings* förutsättningslära. Man kan fråga hur bedömningen skulle ha blivit om det inte funnits uttryckligt avtal om förmåner som skulle upphöra men föreningen yrkat skadestånd. Till synes fanns det lika goda skäl för att bifalla ett sådant yrkande som det som nu framställdes. Detta talar emot att begagna förutsättningsläran ens i den situation som var aktuell i rättsfallet.

6. En fråga som framskymtat men inte diskuterats tidigare är om några *andra rättsföljder än ogiltighet,* eller full overksamhet på grund av senare inträffande omständigheter, kan grundas på förutsättningsläran. Skadestånd för det positiva kontraktsintresset bör, enligt vad som hävdades ovan under 5, uteslutas, eftersom det innebär att ett handlande betraktas som kontraktsbrott. Men det finns åtskilliga andra rättsföljder som kan komma i fråga.

6.1. I rättsfallet NJA 1918 s 467 avvisade såsom framgått (ovan 3) HD:s majoritet att tillämpa prisavdrag vid rådighetsinskränkningar i hyresförhållande, med motivering att en sådan rättsföljd inte kunde följa av att en förutsättning brustit. Numera är saken avgjord genom lagstiftning; en regel om prisavdrag finns i 12 kap 12 § JB. Sakligt sett synes det inte finnas något hinder mot att, om man godtar förutsättningsläran som stöd för en »mellanlösning», också införliva prisavdraget med rättsföljderna. Prisavdraget betraktas ju ofta som näraliggan-

[45] Man kan jämföra det tidigare nämnda fallet NJA 1936 s 368 med NJA 1951 s 625, där HD:s majoritet ogillade talan vid ifrågasatt brott mot konkurrensbegränsande avtal medan ett JustR tillämpade regler om kontraktsbrott.

de partiell hävning, och det kan vara nödvändigt att tillgripa denna lösning om den bristande förutsättningen inte är väsentlig men ändå bör medföra någon påföljd.

Den som starkast har förespråkat att förutsättningsläran används för att legitimera andra rättsföljder än ogiltighet är *Fr. Stang.*[46] Han betecknar t o m ogiltighet som den enda rättsföljd som inte kan förekomma vid bristande förutsättning.[47] Detta är svårförståeligt från andra synpunkter än den att Stang endast vill godta termen ogiltighet vid tillämpning av de i avtalslagen reglerade ogiltighetsanledningarna samt i vissa andra undantagsfall som liknar dem. I de situationer där felaktig förutsättning medför att ett avtal blir helt overksamt fungerar den enligt Stangs terminologi som »betingelse».[48] Intressantare är att Stang räknar med många olika påföljder av bristande förutsättning. Han nämner prisavdrag och t o m skadestånd och räknar upp ett antal olika slag av modifikation av avtal — t ex förlängning av avtalstid, utkrävande av säkerhet som inte tidigare har ställts — som möjliga rättsföljder.[49]

I de flesta sådana fall torde man f n anse en tillämpning av 36 § avtalslagen ge en bättre lösning, och förarbetena till detta stadgande ger också stöd härför i svensk rätt.[50] Men då förändringen berör något som inte alls finns nämnt i avtalet, lämnar 36 § oss i sticket, och om man då anser sig behöva stöd för en modifikation av avtalet kan förutsättningsläran göra tjänst.[51]

6.2. En särskild fråga är om förutsättningsläran som »mellanlösning» kan förlikas med att det utgår *ersättning för det negativa kontraktsintresset,* särskilt ersättning för kostnader för ingående av avtal och dylikt. Såsom tidigare framhållits bör förutsättningsläran inte tillämpas när part åläggs att ersätta det positiva kontraktsintresset; det rör sig då om kontraktsbrott. Men det finns inte samma hinder mot att vid ogiltigt eller overksamt avtal ålägga skyldighet att utge ersättning för det negativa intresset.

Hj. Karlgren har behandlat detta ämne i »Avtalsrättsliga spörsmål» (2 uppl 1954). Han nämner därvid två varianter.[52] Antingen får den som gör ogiltighet gällande betala skadestånd med negativa intresset som ett slags motvikt mot fördelen att göra ogiltigheten gällande. Eller också åläggs den mot vilken ogiltigheten görs gällande att utöver denna på-

[46] *Fr. Stang,* Innledning til formueretten (3 utg 1935) s 473 ff.
[47] A a s 476 n 5, 484 n 20.
[48] A a s 484 f. Jfr nedan n 86 om ogiltighetspåföljden vid »synbart viljefel».
[49] A a s 485 f.
[50] Se prop 1975/76:81 s 128.
[51] Jfr ovan 4 om förutsättningsläran och skogsavverkningsfallen.
[52] Se s 9 f.

följd utge skadestånd. Vid diskussionen fattar Karlgren begreppet »förutsättningsfel» synnerligen vidsträckt, så att det omfattar exempelvis även svek samt tillämpning av 42 § 2 st köplagen.[53] Men även om man håller sig till förutsättningsläran i mer inskränkt mening, dvs den allmänna, inte lagfästa principen, finner man hos Karlgren vissa uttalanden i ämnet.

Den första varianten, alltså skyldighet att ersätta det negativa intresset som motvikt mot fördelen att göra ogiltigheten gällande, godtas av *Karlgren* i princip även vid felaktiga förutsättningar.[54] Han pekar på vissa i lag reglerade situationer där en sådan tillämpning skulle vara rimlig, och han nämner även andra fall där en sådan lösning synes lämplig. Denna ståndpunkt synes förtjäna instämmande, även om det inte finns direkta belägg i rättspraxis. Lika väl som den som gör ogiltighet på grund av rubbad själsverksamhet gällande kan åläggas utge skälig ersättning till godtroende medkontrahent, bör den som åberopar felaktig förutsättning kunna göra det.

Något annorlunda förhåller det sig med ersättning för det negativa intresset som ytterligare påföljd utöver den att bli utsatt för att medkontrahenten gör ogiltigheten gällande. Blotta omständigheten att ett avtal är ogiltigt på grund av felaktiga förutsättningar bör inte medföra sådan ersättningsskyldighet. Även om inte något formellt hinder synes finnas, talar vad som tillämpas i de fall där intet avtal har kommit till stånd mot en sådan lösning. Om avtal är ogiltigt, exempelvis på grund av att formkravet vid fastighetsköp inte har iakttagits, utgår inte ersättning för det negativa kontraktsintresset utan stöd i handpenningsavtal el dyl.[55] Det synes inte finnas skäl att behandla den situation att avtalet är ogiltigt på grund av oriktiga förutsättningar annorlunda. Blott vid culpa in contrahendo bör ersättningsskyldighet förekomma.[56]

7. I det föregående har möjligheterna att tillämpa förutsättningsläran på olika, mer eller mindre konkret beskrivna, situationer diskuterats, utan att det funnits anledning att gå in på detaljerna i förutsättningslärans olika rekvisit. En annan fråga är om förutsättningsläran kan användas som hjälpmedel vid preciseringen av regler om *kontraktsbrott.* Detta har varit aktuellt särskilt vid fel vid köp av fast eller lös egendom, men motsvarande frågor kan uppstå vid andra kontraktsbrott.

7.1. En första möjlighet är att förutsättningsläran begagnas för att

[53] Se vidare nedan 7.1.
[54] Se Avtalsrättsliga spörsmål s 37 ff.
[55] Se NJA 1973 s 175: jfr NJA 1978 s 147.
[56] Se NJA 1963 s 105. Jfr *Karlgren,* a a s 143.

bestämma *om ett visst handlande är att betrakta som kontraktsbrott* eller ej. Ämnet tangeras av *Karlgren* i hans tidigare nämnda arbete »Avtalsrättsliga spörsmål», i den däri ingående uppsatsen »Om verkan av förutsättningsfel vid avtals ingående i fall av dolus eller culpa in contrahendo å motpartens sida». Det visar sig att han där begagnar ett mycket vidsträckt begrepp »förutsättningsfel». Närhelst part som inte avgett en uttrycklig utfästelse kan ådra sig påföljder på grund av dolus eller culpa, kommer situationen in under Karlgrens behandling av ämnet.[57] Ett exempel är att en säljare vid speciesköp blir skadeståndsskyldig enligt 42 § 2 st köplagen, därför att han handlat svikligen eller godset saknade egenskap som inte är uttryckligen garanterad men »kan anses» tillförsäkrad.[58] I ett senare arbete, »Produktansvaret» (1971), synes Karlgren vara något mer restriktiv vid begagnandet av förutsättningsbegreppet, ehuru han gör en skillnad mellan en »subjektiv» och en »objektiv» förutsättningslära.[59] I »Felansvaret vid fastighetsköp» (1976) lägger Karlgren särskild vikt vid förutsättningsresonemang när en köpare har en oriktig föreställning om en fastighets egenskaper »*utan* (kurs. Karlgren) att säljaren genom enuntiation eller jämförligt beteende positivt framkallat denna föreställning».[60] Resonemanget avser i detta fall felbedömningen i allmänhet.

Det bakomliggande förhållandet är att de nordiska köplagarna, liksom den svenska jordabalken (4 kap), saknar en närmare bestämning av vad som skall anses utgöra fel i såld egendom. Inom gränsområdet mellan konkret och abstrakt felbedömning kan köparens »förutsättningar» tas till hjälp för att bestämma vad som skall anses utgöra fel.[61] Ett antal rättsfall har, på mer eller mindre säkra grunder, ansetts utgöra stöd härför.[62] Hur stark anknytning till förutsättningsläran som inläggs i denna form av felbedömning växlar. *Karlgren* har, såsom framgått redan av det nyss återgivna, bestämt anknutit till förutsättningsläran. Andra, bland dem jag, har menat att visserligen förutsättningsbegreppet, i förutsättningslärans mening, har kommit till användning, men att i övrigt bedömningen håller sig inom felreglernas ram.[63] Nu-

[57] Se a a s 79 ff.

[58] Se a a s 95 ff.

[59] Se s 57 ff.

[60] Se s 43.

[61] Jfr till det följande *Stig Jørgensen,* »Forudsætning og mangel», i Fire obligationsretlige afhandlinger (1965) s 39 ff, *A. Vinding Kruse,* Ejendomskøb (4 udg 1978) s 64 ff, 93 ff, *B. Gomard,* Obligationsret, 1. del (1983) s 136 ff.

[62] Se särskilt NJA 1961 s 330 (»de av parterna förutsatta möjligheterna»). Jfr *B. Bengtsson,* Hävningsrätt och uppsägningsrätt vid kontraktsbrott (1967) s 121 med n 109.

[63] Speciell avtalsrätt I (1982) s 146, 154 ff. Se vidare, mer utförligt, *A. Agell,* SvJT 1972 s 730 ff.

mera är jag emellertid benägen att vara skeptisk även på denna punkt. Domstolarna synes på senare tid undvika förutsättningsterminologien och i stället mer neutralt uttala sig om huruvida köparen har haft »anledning anta» något.[64] Olikheten mellan antaganden som föranleds av säljarens uttalanden och sådana som beror på hans underlåtenhet att upplysa framstår som skäligen ointressant från systematisk synpunkt. Tyngdpunkten i bedömningen ligger i varje fall på vad som kan rättfärdiga köparens antaganden, vare sig detta är säljarens uppgifter eller hans underlåtenhet att handla. Det finns skäl att helt avföra dessa fall från förutsättningslärans område.

7.2. Ett annat område för tillämpning av förutsättningsläran är såsom metod för precisering av *väsentlighetsrekvisitet* för hävning av avtal. Enligt *Ussings* förutsättningslära skall man pröva, om förutsättningskontrahenten skulle ha ingått avtalet med det innehåll som det hade, om han vetat att förutsättningen var oriktig.[65] Det är det s k hypotetiska provet. Ehuru denna form av väsentlighetsbedömning är livligt diskuterad, tycks dess betydelse numera vara inskränkt till att diskussionen mynnar ut i ett förkastande.[66] Något klart belägg för att väsentlighetsbedömningen har skett på detta sätt synes inte ha påvisats i svensk rättspraxis.

7.3. Det har diskuterats om bestämningar av *prisavdrag* skall ske med hjälp av förutsättningsläran. Visserligen tycks inte en sådan diskussion ha förekommit i Sverige, men i Danmark har den varit livlig. Rättsfallet UfR 1979 s 87 har gett impulsen. Ett sålt hus befanns vara behäftat med mögelskador. Kostnaden för att avhjälpa dem beräknades till ca 50 000 kr, och prisavdraget bestämdes skönsmässigt till 25 000 kr. Särskilt *A. Vinding Kruse* har diskuterat utgången från förutsättningssynpunkter, nämligen hur en kännedom om skadorna skulle ha påverkat dels priset, dels också förhållandet mellan kontantbelopp och skuldebrev till säljaren.[67] Berättigandet av detta sätt att bestämma

[64] Se särskilt NJA 1979 s 790, 1981 s 1255. Redan i NJA 1938 s 318 (som hör till de fall som brukar anföras som exempel på förutsättningssynpunkter) talar HD om vad köparen haft »befogad anledning att antaga». Yrkande om hävning av avtalet ogillades i detta fall men köparen fick prisavdrag.

[65] Se Bristende forudsætninger s 88 ff, Aftaler (2 udg 1945) s 461.

[66] Se t ex *K. Rodhe*, Obligationsrätt (1956) s 430 ff med hänvisningar, *B. Bengtsson*, a a s 110 ff, 190 ff, 257, 279. Jfr *L. E. Taxell*, Avtal och rättsskydd (Åbo 1972) s 219 f, *Kj. Krokeide*, TfR 1977 s 620 f. Ussings bestämning av väsentlighetskriteriet anammades däremot (med någon förändring i den slutliga versionen) i uniforma köplagen 1964 art. 10. Se Actes de la Conférence . . . sur un projet . . . sur la vente d'objets mobiliers corporels (Rome 1952) s 177 f om Ussings förslag vid konferensen i Haag 1951. UN-konventionen 1980 har emellertid en helt annan bestämning av väsentligt kontraktsbrott, se art. 25.

[67] Forudsætningssynpunkter på afslagsbeføjelsen, UfR 1979 B s 381 ff; jfr andra

prisavdragets storlek är närmast en rättspolitisk fråga; förutsättningsläran kan inte vara ett skäl vare sig för eller mot att bestämma ett prisavdrag med hänsyn till det pris som skulle ha avtalats mellan parterna om de känt till felet.

7.4. Enligt *Ussings* uppfattning om förutsättningsläran kan också köparens *rätt att häva ett köp,* resp säljarens rätt att häva köpet, vid motpartens kontraktsbrott ses som ett exempel på tillämpning av förutsättningsläran, nämligen på grund av att en typförutsättning brister.[68] Detta har oftast ansetts vara en onödig konstruktion ovanpå kontraktsbrottsreglerna, vilka framgår av köplagen och inte behöver stöd av att fogas in i en lära av förutsättningslärans typ.[69] Åtminstone i ett avseende synes emellertid bedömningen ha en viss praktisk betydelse, eller åtminstone kunna ha en sådan betydelse. Det gäller *verkningarna mot tredje man.* Medan huvudregeln är att ogiltighet på grund av svek, ocker och liknande ogiltighetsgrunder kan göras gällande även mot tredje man,[70] så har det ifrågasatts att motsatt regel skulle gälla vid felaktiga förutsättningar.[71] Vid sådana skulle enligt denna mening ogiltigheten inte kunna göras gällande mot medkontrahentens singularsuccessorer.[72] Till felaktiga förutsättningar skulle då också räknas hävning av avtal på grund av andra partens kontraktsbrott.[73] Sakfrågan kan här lämnas åt sidan; det intressanta är att hävning enligt köplagen i den nämnda diskussionen tycks jämställas med ogiltighet på grund av felaktiga förutsättningar. Det saknas dock skäl för att på denna särskilda punkt begagna konstruktionen. Förhållandet till tredje man vid hävning av avtal bör avgöras på sakliga grunder, inte genom en subsumtion under begreppet bristande förutsättningar.[74]

8. Den funktion av förutsättningsläran som kanske har haft störst betydelse i svensk rätt är den som »*tolkningshjälp*». När ett avtal tolkat enligt vanliga regler inte ger stöd för ett resultat, som framstår som

---

författare s 369 f, 1980 s 1 ff, 93 ff, 147 ff. Se vidare *A. Vinding Kruse,* Ejendomskøb, Tilføjelser til 4. udg 1978 (1980) s 10 ff.

[68] Se t ex *H. Ussing,* Obligationsretten, Almindelig del (4 udg ved. *A. Vinding Kruse,* 1961) s 78.

[69] Se t ex *L. Vahlén,* TfR 1953 s 403 f, *Hellner,* Speciell avtalsrätt I s 240.

[70] Se NJA 1932 s 610.

[71] Se *H. Hessler,* Allmän sakrätt (1973) s 174 ff med hänvisningar; jfr *U. Göranson,* Ogiltighet i sakrätten (1984) s 29 f, 61, 64 f. Se också *Kj. Krokeide,* TfR 1982 s 366 ff.

[72] Att ogiltighet på grund av bristande förutsättningar kan göras gällande i konkurs har numera fastslagits genom NJA 1985 s 178 (jfr nedan 9), men diskussionen har rört sig om eventuellt singularsuccessor skulle ha bättre ställning än konkursborgenärerna.

[73] Jfr till det följande *H. Hessler,* a st med hänvisningar.

[74] Jfr dock *Kj. Krokeide,* TfR 1982 s 366.

rimligt i betraktande av avtalets innehåll i övrigt och parternas avsikter vid ingåendet, kan förutsättningsläran tas till hjälp för att komma till det lämpliga resultatet. Man kan jämföra med den tolkningsrättsliga maximen »falsa demonstratio non nocet» och komplettera den med en sats »nulla demonstratio non nocet». Till grund läggs då avtalets förutsättningar, ofta gemensamma förutsättningar men också förutsättningar hos den ena parten vilka kunnat inses av den andra parten.

Denna användning har sin förste förespråkare i Sverige i *Wilhelm Sjögren,* som i uppsatsen »Domaremakt och rättsutveckling» i TfR 1916 s 325 ff nämner förutsättningsläran som ett »metodiskt hjälpmedel» med vars hjälp domstolarna kunde utveckla rätten.[75] De exempel som han anför är fall där domstolarna har begagnat en tolkningsterminologi, ehuru enligt Sjögren tolkningen varit friare än som eljest varit vanligt. De rättsfall till vilka Sjögren hänvisar är NJA 1912 s 493, som rör tolkning av ett avtal om avverkningsrätt, och NJA 1911 s 375, som rör bestämning av begreppet arbetstagare.

Denna funktion av förutsättningsläran har tangerats flera gånger i det föregående. I några av de situationer där förutsättningsläran tillämpas finns det i särskilda fall ett visst stöd i avtalet. Vid avtal med tanke på äktenskap står det kanske i avtalet »fästman» eller »tilltänkt hustru»,[76] och detta ger ytterligare stöd för att tillämpa förutsättningsläran, utöver det som ligger i de omständigheterna vilka medför att avtal kan återgå även när tolkningsstödet saknas. Även rättsfallet NJA 1949 s 134 (ovan 5) illustrerar detta.

Detta bruk av förutsättningsläran som tolkningshjälp ligger till synes nära till hands när lösningen av den inträdda konflikten varit den som karakteriserar förutsättningsläran i övrigt, främst att åstadkomma ogiltighet eller någon annan »mellanlösning». Belägg härför finns även i andra fall än de som nämnts tidigare.

Särskilt påfallande är detta i rättsfallet NJA 1940 s 449. Ett avtal rörande fastighetsförsäljning var ogiltigt beträffande vissa delar av fastigheten, och säljaren gjorde gällande att ogiltigheten skulle omfatta även återstående delar av fastigheten. Detta bifölls av HD:s majoritet med stöd av förutsättningsläran, medan minoriteten gick på en tolkning av avtalet.

Ett annat exempel är NJA 1945 s 94. Vid överlåtelse av en fastighet förbehöll sig säljarna att ett servitut, som gällde till förmån för fastigheten, skulle gälla i en annan fastighet som tillhörde dem. Detta förbehåll befanns ogiltigt; det fanns inte någon möjlighet att på detta sätt

[75] Se s 357.
[76] Jfr ovan 2.

flytta ett servitut från den ena fastigheten till den andra. Då förbehållets giltighet varit en väsentlig förutsättning och köparen måste ha insett dess betydelse, förklarades köpet ogiltigt. Här är anknytningen till kontraktet tydlig.

De rättsfall som *Sjögren* nämnde var sådana där ogiltighet eller overksamhet av ett avtal inte var aktuell. Man skulle kunna tro att en tillämpning av läran i sådana situationer saknar aktualitet efter det att läran preciserats på det sätt som Ussing gjort. Det finns emellertid också senare rättsfall där andra rättsföljder än ogiltighetspåföljden varit aktuella.

I NJA 1950 s 389 hade vid avtal om sjöreglering ett bolag som ägde ett strömfall medgett sin medkontrahent att verkställa regleringen utan skyldighet att ersätta andra skador än sådana som nämndes i avtalet. När det uppstod även andra skador, som inte hade förutsetts, yrkade bolaget ersättning för dessa. Yrkandet ogillades, varvid HD även prövade om förutsättningsläran kunde tillämpas. Domstolen uttryckte sig på ett sätt som visar att den inte räknat med ogiltighet av avtalet som enda tänkbara påföljd.

I NJA 1957 s 770 tvistade en författare och ett förlag om författaren hade kränkt förlagets rätt genom att utge ett verk som nära anslöt sig till ett av förlaget tidigare utgivet verk. Tvisten rörde bl a verkan av en muntlig uppgörelse mellan parterna som modifierade det ursprungliga skriftliga avtalet. HD:s majoritet fann att författaren hade kränkt förlagets ensamförsäljningsrätt och ålade honom skadeståndsskyldighet. JustR *Karlgren* kom till samma resultat men åberopade parternas gemensamma förutsättning.[77]

I NJA 1949 s 91 krävde köparen av en fastighet ersättning av säljaren för att fastigheten gav mindre hyresavkastning än som uppgetts i en beskrivning som företetts vid försäljningen. Yrkandet bifölls med hänvisning bl a till att parterna utgått från den »gemensamma förutsättningen» att försäljningen skedde på de villkor som innefattades i beskrivningen.[78]

En saklig olikhet mellan rena tolkningsresonemang och hänvisningar till förutsättningar kan tyckas ligga däri, att när förutsättningsläran tillämpas, det sker en bedömning av vem som skall drabbas av risken för förutsättningens felaktighet. Det blir då större möjligheter att ta hänsyn till rättspolitiska bedömningar än vid det vanliga tolkningsförfarandet.

[77] Rättsfallet kommenteras utförligt av *L. Vahlén*, Avtal och tolkning (1966) s 282 ff.
[78] Jfr *Vahlén*, Formkravet vid fastighetsköp s 345 ff.

Hänvisningen till förutsättningsläran bör emellertid avvisas för dessa fall.[79] Till en början kan framhållas, att förutsättningslärans funktion att erbjuda en »mellanlösning» fördunklas, om den också används som tolkningshjälp vid alla slags kontraktsrättsliga tvister. Viktigare är att det är onödigt att begagna förutsättningsläran för detta ändamål. Såsom redan har antytts är tolkningen vanligen den bästa utvägen. Det blir s k utfyllande tolkning.[80] Önskan att också göra en rättspolitisk bedömning bör inte vara ett hinder häremot. Det är exempelvis vedertaget att ansvarsfriskrivningar tolkas snävt och måste ha kommit till klart uttryck i avtalet för att vara giltiga.[81] Det synes inte vara något hinder mot att även eljest, när ett avtal inte är helt klart och parternas avsikter inte framgår, ta hänsyn till en rättspolitisk bedömning vid tolkningen.

En annan möjlighet är att tillämpa 36 § avtalslagen i dess nya lydelse. Detta står i överensstämmelse med att tillkomsten av detta stadgande ansågs minska området för en tillämpning av förutsättningsläran.[82]

En tredje möjlighet är att domstolen medvetet skapar en ny dispositiv rättsregel, eller modifierar eller preciserar en tidigare gällande regel. Denna metod är säkerligen den riktiga när anknytningen till avtalets uttryckliga bestämmelser är ringa.[83]

9. De funktioner av förutsättningsläran som har skisserats under 2—8 motsvarar endast i få fall beskrivningen i motiven till avtalslagen. Det är undantag att domstolarna har tillämpat en ogiltighetsregel som ligger nära dem som regleras i avtalslagen. Många fall av användning av förutsättningsläran kan kritiseras såsom missvisande eller onödiga. Tendensen att begagna förutsättningsläran synes ha avtagit under senare år. Såtillvida kan förutsättningsläran tyckas avtyna.

Det är egentligen två av de skildrade fallen som synes motsvara vad som nämns i motiven till avtalslagen, nämligen en ogiltighetsanledning som går något utöver vad som nämns i 33 § avtalslagen. Det ena är återgång av gåva och därmed besläktade transaktioner. Det andra är »mel-

[79] Ändå mindre finns skäl att åberopa förutsättningsläran när vid fastighetsköp inte endast vad som influtit i köpehandlingarna utan även föregående förhandlingar får inverka på tolkningen. Jfr NJA 1923 s 235, 1939 s 183, 1949 s 640 men därtill *Karlgren*, Felansvaret s 10 n 5.

[80] Jfr *K. Benckert*, Några spörsmål angående kravet på skriftlig form vid köp av fast egendom, Festskrift till Ekeberg (1950) s 76 ff.

[81] Se senast NJA 1985 s 397 II (s 413).

[82] Se ovan vid n 39, 50.

[83] Jfr ovan 4—7.

lanlösningen» i situationer där kontraktsbrottssanktioner, särskilt skadestånd med positiva kontraktsintresset, är oberättigade.

När förutsättningsläran har åberopats som stöd för ogiltighet på grund av att parts förhoppningar om ett gynnsamt avtal slagit fel och omständigheterna inte varit sådana att 33 § avtalslagen kunnat tillämpas, har eljest yrkandet ogillats, på sätt som närmast antyder att sådan ogiltighet inte kommer ifråga.[84] I detta tillstånd har det skett en ändring genom ett par rättsfall från senare år. Dessa ansluter sig ganska nära till de tidigare nämnda motivuttalandena.

NJA 1981 s 269 är formellt ett resningsärende. En kommun och en arrendator träffade en förlikning, vilken fastställdes av TingsR:n. Till grund för förlikningen låg ett antagande att arrendatorn under alla omständigheter inom kort tid skulle nödgas lämna arrendestället, därför att det skulle användas för annat ändamål än jordbruk. Sedermera utvecklade sig förhållandena på annat sätt, och kommunen erbjöd en annan person att arrendera marken för jordbruk. Arrendatorn ansökte då om resning och gjorde gällande att det förelåg sannolika skäl för att förlikningsavtalet inte var bindande för honom. HD biföll resningsansökan, med en utförlig motivering beträffande förutsättningsläran. Härom uttalade domstolens majoritet:

> Uppenbart är att part i ett avtal regelmässigt själv måste bära risken av att hans förutsättningar för avtalet brister. Annat gäller, om svikligt eller därmed likställt förfarande ligger motparten till last. Men även i vissa andra fall, där en förutsättning varit väsentlig för part och detta också insetts eller bort inses av motparten, torde — låt vara i snäv omfattning — rättslig betydelse kunna tillerkännas förutsättningar, och detta även på det sättet att förutsättnings bristande kan medföra att avtal förklaras ej vara gällande. Härför bör dock krävas, att särskilda omständigheter föreligger som gör detta lämpligt och rimligt.

Majoriteten utvecklar sedan, hur kommunen själv under förlikningsförhandlingarna åberopade den uppgift som var bestämmande för arrendatorn. Med hänsyn till detta och till vissa andra omständigheter ansågs kommunen, oavsett att någon förebråelse för oaktsamhet ej kunde riktas mot den, vara närmast att bära risken, när det visat sig att arrendatorns förutsättning brustit.

Ett JustR var skiljaktig och åberopade bl a att en kommun inte kunde i syfte att upprätthålla viss förutsättning för avtal, vilket kommunen såsom privaträttsligt subjekt hade träffat, rimligen vara uppfordrad att i sin offentligrättsliga rollfunktion förhindra en i övrigt lämplig föränd-

[84] Se särskilt NJA 1943 s 109 och därtill *Vahlén*, senast a a s 246 ff.

ring av bebyggelseregleringen. Även detta JustR gick alltså in på en bedömning av vem risken för den felaktiga förutsättningen skulle åvila.

I NJA 1985 s 178 hade en tillverkare av fartygsplåt avtalat med ett varv om leverans av fartygsplåt. Då varvet kom i betalningssvårigheter och inställde sina betalningar innehöll säljaren leveranserna. Sedermera meddelade emellertid varvet att staten tillskjutit kapital för en rekonstruktion varigenom verksamheten räddats. Säljaren återupptog då leveranserna till varvet, och plåten blev liggande hos varvet. Regeringen avslog emellertid senare ansökan om stöd, och varvet gick i konkurs. HD:s majoritet fann att varvets företrädare utgått från att rekonstruktionsavtalet var bindande. Avtalet kunde då inte förklaras ogiltigt enligt 33 § avtalslagen. Varvets kapitalförsörjning var en bestämmande förutsättning inte bara för säljaren utan även för varvet. Varvet ansågs i det föreliggande läget ha haft ett särskilt ansvar för att påståendet om att företagets ekonomiska kris var överstånden var väl underbyggt och hade tydligtvis också haft bättre möjligheter att bedöma, om rekonstruktionsavtalet var hållbart. Vidare hade varvet ingett säljaren en överdriven föreställning om hur pass definitiv den träffade rekonstruktionsuppgörelsen var och på detta sätt försvagat hans incitament att själv företa en bedömning av uppgörelsens villkor och närmare innebörd. Omständigheterna talade med sådan styrka för att varvet skulle bära risken av att den för parterna gemensamma förutsättningen, att en hållbar uppgörelse om kapitaltillskott förelåg, var felaktig att säljaren inte borde anses bunden av leveransavtalet med varvet.[85]

Ett JustR var skiljaktig. Han anförde bl a att mycket talade för att om säljaren fått en riktigare information om överenskommelsen han skulle ha anammat den allmänna uppfattningen att statens godkännande i princip var klart. Han fann att det visserligen kunde sägas att när leveransavtalet träffades det varit en väsentlig förutsättning för både säljaren och varvet att rekonstruktionen av varvet skulle lyckas men att omständigheterna ändå inte var sådana att leveransavtalet borde anses ogiltigt med stöd av förutsättningsläran.

Till dessa båda rättsfall kan ett antal kommentarer knytas. I båda fallen har HD — även de skiljaktiga JustR:n — utgått från att förutsättningsläran kan tillämpas som en ogiltighetsregel. Det finns i de båda fallen ingen möjlighet att, såsom i många tidigare rättsfall, hysa tvivel om att det är förutsättningsläran i teknisk mening som har tillämpats. Det är inte heller fråga om »tolkningshjälp» eller dylikt. Tvistefrågan har varit, vem som skulle bära risken för förutsättningens oriktighet.

[85] Ogiltigheten kunde göras gällande i varvets konkurs; jfr ovan 7.4.

I båda fallen hade förutsättningskontrahenterna åberopat även andra ogiltighetsgrunder — svek eller strid mot tro och heder — men dessa fanns inte motsvara de faktiska omständigheterna. Förutsättningsläran har sålunda begagnats som ett medel för att förskjuta ogiltighetsgränsen ett stycke bortom vad 33 § avtalslagen medger.

Betecknande är att uppmärksamheten i båda fallen har koncentrerats på hur förutsättningskontrahentens beslut att ingå avtal och handlande i övrigt har påverkats av hans medkontrahents handlande, särskilt de uppgifter som denne har lämnat. Man kan såtillvida finna grunden för avgörandena i att HD ålagt ett ansvar för uppgifter, även sådana lämnade i god tro, inte som ofta eljest vid bedömning av vad som är fel i gods och dylikt utan också vid bedömningen av om ett avtal skall vara ogiltigt. *Ussing* nämner dylika fall som exempel på att ogiltighet kan inträda utöver de fall som nämns i avtalslagen, och han nämner därvid, låt vara mer i förbigående, detta som ett »Udslag af forudsætningssynpunktet».[86] Man kan naturligtvis hävda, att det lika litet här som eljest är behov av att åberopa förutsättningsläran. Det väsentliga är att part hade ingått avtal i förlitan på uppgifter från medkontrahent, och att denne borde ansvara för att uppgifterna visade sig felaktiga, trots att han själv trodde att de var riktiga. Anknytningen till motivuttalandena vid avtalslagens tillkomst är emellertid särskilt stark.

Riskbedömningen i de båda rättsfallen skall inte kommenteras här. I sådana fall som de avsedda måste den uppenbarligen vara vansklig, och det är inte förvånande att meningarna har skilt sig.

10. De fall där förutsättningsläran i det föregående har godtagits är främst de där den ger stöd för en »mellanlösning», karakteriserad av att ingen rätt till skadestånd för positivt kontraktsintresse medges.

Frågan blir då om även rättsfallen från 1981 och 1985 kan inrangeras i kategorien mellanlösning. Man bör därvid observera att inte bara svek i trängre mening utan även handlande som faller under 33 § avtalslagen och t o m culpa in contrahendo ger upphov till skadeståndsskyldighet.[87] I fallen NJA 1981 s 269 och 1985 s 178 var inte någon skadeståndspåföljd aktuell. Det förefaller dock uppenbart att ett skadeståndsyrkande, i varje fall ett baserat på det positiva kontraktsintresset, måste ha ogillats. Vad som inträffat läggs inte kommunen resp varvet till last, utan dessas handlande anses fullt försvarligt.

I så fall stämmer tillämpningen av förutsättningsfallen i de båda

[86] Aftaler s 183. Man kan också finna en anknytning till *Fr. Stangs* lära om »synbart viljefel»; jfr Innledning til formueretten s 608.

[87] Se t ex NJA 1947 s 1; jfr ovan 6 vid n 56.

fallen också med den funktion i övrigt som här befunnits hållbar. Förutsättningslärans konturer avtecknar sig därigenom klarare än tidigare. Dess betydelse inom avtalsrätten kan erkännas i denna form, även om läran i övrigt förkastas på sakliga grunder eller befinns vara en onödig konstruktion.

Henrik Hessler

Om godtrosförvärv av lösöre

I. I Sverige, liksom i Finland, har sedan gammalt funnits regler om godtrosförvärv av lösöre, d.v.s. att man kan förvärva äganderätt till ett föremål av lös egendoms natur, fastän den man förvärvar från inte var den rätte ägaren av föremålet. En förutsättning är förstås att förvärvaren var i god tro. I Sverige gäller regeln oavsett hur den disponerande kommit över föremålet, sålunda inte bara om den rätte ägaren frivilligt, t.ex. genom lån eller deposition, lämnat ifrån sig egendomen utan även om den disponerande kommit över denna genom brott, t.ex. stöld. I Finland är möjligheten att göra godtrosförvärv begränsad till frivilligfallen. Har ägaren däremot förlorat egendomen genom snatteri, stöld, rån eller utpressning (»stöldfallet») skyddas inte en förvärvare, även om han var i god tro.

Lagstödet för godtrosförvärvsregeln såvitt avser lösöre är i Finland och Sverige främst handelsbalken 11 kap. 4 § och 12 kap. 4 §, vilka gäller egendom, som lånats till den disponerande av ägaren eller som denne deponerat hos honom, sålunda frivilligfall. Regeln tillämpas även på andra sådana fall, såsom uthyrning och försäljning med ägarförbehåll. Att de bägge länderna kommit att skilja sig åt i stöldfallet synes sammanhänga med att en bestämmelse i 1734 års lags missgärningsbalk (49 kap. 2 §), som var något dunkel till sin avfattning, kommit att tolkas på olika sätt i Sverige och i Finland: i Sverige så att även förvärvare i god tro av stulet gods skulle vara skyddad, men i Finland däremot så att bestämmelsen inte gav skydd i detta fall. Den korrekta tolkningen synes ha varit den i Finland tillämpade och den slogs för finsk del senare också fast i strafflagens promulgationslag. I Sverige vann principen om godtrosskydd även för stulet gods stöd i två avgöranden av Högsta domstolen från mitten av 1800-talet.[1]

På föranledande av Nordiska Rådet tillsattes omkring år 1960 i samtliga nordiska länder utom Island utredningar med uppgift att kartlägga rättsläget på området och försöka nå fram till förslag som innebar nor-

[1] Se härom vidare Statens offentliga utredningar (SOU) 1965:14 s. 53 f. med hänv.

disk rättslikhet. Arbetet resulterade i att de danska, finska och svenska utredningarna i mitten av 1960-talet lade fram förslag, som i allt väsentligt överensstämde. De byggde på att godtrosförvärv skulle vara möjligt såväl i frivilligfallen som i stöldfallen; för de senare fallens del uppställdes — med vissa undantag — krav på att förvärvaren skulle kunna visa, att han med skälig noggrannhet undersökt överlåtarens åtkomst.[2] Den norska utredningsmannen framlade ett utkast till lagförslag som i det väsentliga bygger på vindikationsprincipen, d.v.s. att ägaren såväl i frivilligfall som i stöldfall har rätt att återfå egendomen oavsett god tro hos förvärvaren. Undantag skulle gälla i vissa fall, såsom vid köp på offentlig auktion.[3]

De danska, finska och svenska förslagen utsattes i resp. land för åtskillig kritik. I Sverige avskrevs 1973 lagstiftningsfrågan från vidare behandling.[4]

Lagstiftning i ämnet har sedermera kommit till stånd i Norge, där det 1978 antogs en lag om godtrosförvärv av lösöre. I denna lag genomförs i huvudsak exstinktionsprincipen i fråga om frivilligfallen. Undantag gäller dock beträffande konstverk, antikviteter och museiföremål som är i offentlig ägo eller tillhör privat samling som är öppen för allmänheten. Beträffande stöldfallen tillämpas inte exstinktionsregeln utan här har ägaren rätt att återfå egendomen även om förvärvaren var i god tro.

Läget i Norden kan med mycket stark förenkling beskrivas på följande sätt. Norge är det enda landet som har en modern lag om godtrosförvärv. Norge och Finland tillämpar exstinktionsprincipen beträffande frivilligfallen, vindikationsprincipen beträffande stöldfallen. Danmark har sedan gammalt tillämpat vindikationsprincipen. Exstinktionsprincipen är emellertid genomförd i många fall. Enligt 1960-talets danske utredningsman, *v. Eyben,* kan man inte längre tala om en huvudregel som går ut på vindikation utan man får från fall till fall pröva frågan.[5] I Sverige slutligen har exstinktionsprincipen gällt för såväl frivilligfall som för stöldfall. I rättspraxis har emellertid för vissa typfall ställts myc-

[2] Det danska betänkandet: Betænkning om fællesnordiske regler om erhvervelse af løsøre i god tro (eksstinktiv erhvervelse af løsøre), Betænkning nr. 370, København 1964. Det finska förslaget: Betänkande avgivet av godtrosskyddskomittén, Kommittébetänkande 1965:A 3, Helsingfors 1966. Det svenska förslaget: Godtrosförvärv av lösöre, Stockholm 1965, SOU 1965:14.

[3] Det norska utkastet finns intaget i de övriga nordiska ländernas betänkanden som bilaga.

[4] Se härom och om ett utkast till lagrådsremiss som i början av 1970-talet utarbetades i Sverige SOU 1984:16 s. 41 ff. Utkastet till lagrådsremiss finns intaget som bilaga i Brottsförebyggande rådets PM 1978:1.

[5] *v. Eyben,* Formuerettigheder, 7. udg. 1983, s. 222.

ket höga krav på den goda tron. Särskilt gäller detta förvärv av »känsliga» objekt, såsom begagnade motorfordon.

Det framlades 1984 ett nytt lagförslag i Sverige om godtrosförvärv av lösöre.[6] I huvudsak på grundval av detta har under våren 1986 en proposition avgivits till riksdagen, som torde komma att behandla den under hösten.[7] Man kan nog räkna med att propositionsförslaget, som knappast rör någon politiskt kontroversiell fråga, kommer att antas av riksdagen. I så fall lärer väl lagen komma att träda i kraft vid årsskiftet 1986/87.

II. Syftet med denna uppsats är att ge en redogörelse för förslaget, där lagen givits rubriken »lag om godtrosförvärv av lösöre».

Först och främst är att notera att förslaget håller fast vid den i svensk rätt sedan gammalt gällande exstinktionsprincipen. Det skall m.a.o. allt framgent vara möjligt att göra godtrosförvärv av lösöre. Detta skall gälla inte bara egendom som ägaren frivilligt lämnat ifrån sig, t.ex. genom lån eller lega eller försäljning med ägarförbehåll. Det skall också gälla egendom som frånhänts ägaren genom stöld eller annat brottsligt förfarande.

I propositionen förs — liksom i utredningsförslaget — en diskussion om för- och nackdelar med de båda principerna på det här området, vindikationsprincipen — d.v.s. att ägaren oavsett god tro hos förvärvaren har rätt att återfå sin egendom — och exstinktionsprincipen. Det konstateras att exstinktionsprincipen måste ges företräde. Den har gällt under lång tid hos oss och har inte gett upphov till några påtagliga olägenheter. Den gäller också i flertalet andra länder. De myndigheter och organisationer som yttrat sig över lagförslaget har inte heller haft något att erinra mot att lagen tar denna princip som utgångspunkt.

Det kan visserligen för den som drabbas te sig egendomligt, rent av orättvist, att om han återfinner den stulna bilen eller tavlan han inte utan vidare skall ha rätt att få den tillbaka. Men, som det påpekas i motiven till förslaget, det kan ju också te sig svårförståeligt för den som i god tro förvärvat något, att han inte skall få behålla det. Ägaren har ju i regel möjligheter att skydda sig mot de ekonomiska verkningarna av stöld o.d. genom försäkring, en möjlighet som knappast står den godtroende förvärvaren till buds.

Om man sålunda som huvudprincip i förslaget valt exstinktionsprincipen, har man dock å andra sidan försökt ge den en sådan utformning och förse den med sådana modifikationer att stötande resultat av den skall undgås. Härtill återkommes i det följande.

[6] SOU 1984:16.
[7] Prop. 1985/86:123.

III. Först bör emellertid beröras några andra frågor. En sådan är vilka rättigheter som kan vara föremål för godtrosförvärv. Huvudfallet är naturligtvis *äganderättsförvärv* (2 §). A blir av B frånstulen sin bil och B säljer den sedan till godtroende C. I lagen, 7 §, anges vidare också reglerna gäller godtrosförvärv av *panträtt.* Däremot regleras i denna lag inte förvärv av retentionsrätt, såsom skedde i 1965 års lagförslag.[8] Det antas att lagen dock »i viss utsträckning» skall kunna tillämpas analogt i fråga om retentionsrätt.[9]

En nyhet i förhållande till gällande rätt är att godtrosförvärv skall kunna göras inte endast om den disponerande uppträder som ägare till objektet (fastän han ju inte var detta utan lånat eller hyrt eller stulit det). Även i det fall att den disponerande uppger sig företräda den rätte ägaren såsom fullmäktig eller ställföreträdare men i själva verket saknar behörighet eller överskrider sådan skall godtrosförvärv kunna ske. Detta har inte ansetts vara fallet enligt gällande rätt;[10] ett undantag har dock hävdats beträffande det fall att den disponerande uppträder som kommissionär.[11]

Den nya lagen överensstämmer på den här punkten, helt naturligt, med vad som gäller enligt 1936 års skuldebrevslag (14 §). I denna paragraf av skuldebrevslagen nämns, efter en lagändring 1975, även det fall att överlåtaren var i konkurs och av denna anledning saknade rätt att disponera över det överlåtna skuldebrevet. Denna brist har däremot inte tagits upp i den nya lagen, liksom ej heller det fall att överlåtelsen var ogiltig på grund av att överlåtaren var omyndig eller det fallet att överlåtarens dispositionsrätt över det överlåtna begränsas genom bestämmelser vid gåva eller i testamente. Det sägs emellertid i motiven, utan att man går närmare in på saken, att för vissa av dessa fall bestämmelserna i den nya lagen helt eller delvis torde kunna användas analogt. Detta får antas betyda att i omyndighetsfallen, liksom i fall av handlande under inflytande av rubbad självverksamhet, något giltigt förvärv inte torde kunna komma i fråga, oavsett god tro hos förvärvaren.[12] Detsamma får antas gälla i konkursfallet (utöver vad som framgår av 21 § konkurslagen). Däremot kan det säkerligen bli fråga om sådan analogisk tillämpning av lagen som omtalas i motiven beträffande fall där det rått ett överlåtelseförbud på grund av bestämmelse i testamente eller vid gåva.[13]

[8] SOU 1965:14 3 § i lagförslaget.
[9] Propositionen s. 15.
[10] Se SOU 1965:14 s. 90 f., 124.
[11] Anf. betänkande s. 91 f., 128 f.
[12] Jfr *Walin,* Lagen om skuldebrev, 1977, s. 111 ff.
[13] Jfr *Hessler,* Allmän sakrätt, 1973, s. 465 f.

Förutsättning för att ett godtrosförvärv skall komma till stånd är — förutom den god tron hos förvärvaren — enligt den nya lagen liksom enligt gällande rätt dels att överlåtaren hade egendomen i sin besittning dels att förvärvaren tagit besittningen.

IV. De viktigaste nyheterna i förhållande till gällande rätt finner man i bestämmelserna om godtroskravet och vidare i bestämmelserna om lösningsrätt.

Vad först angår *godtroskravet* är det kanske noga taget inte så mycket fråga om nyheter som fastmer om en precisering av vad som utvecklats i rättspraxis. I ursprungsbestämmelsen i handelsbalken 11:4 beskrivs nu åsyftade krav endast med orden »finnes svek hos» förvärvaren. Det är emellertid klart att i praxis utvecklats ett godtroskrav som sträcker sig mycket längre än som anges med ordet svek. En modern formulering finns exempelvis i skuldebrevslagen, där det i 14 § talas om att förvärvaren inte blir skyddad om han visste att överlåtaren inte ägde överlåta skuldebrevet eller »han åsidosatt den aktsamhet som, efter omständigheterna, skäligen bort iakttagas». I de senaste årtiondenas rättspraxis rörande godtrosförvärv av lösöre har kravet på den goda tron i fråga om ett särskilt slag av egendom, nämligen motorfordon, drivits mycket långt. Det har krävts, då förvärvet gällt begagnade bilar och andra motorfordon, att förvärvaren för att kunna anses vara i god tro gjort rätt ingående *undersökning* av överlåtarens rätt att förfoga. Kontroll hos bilregistret, förevisande av överlåtarens fångeshandling o.d. har krävts.[14]

I 1984 års utredningsförslag upptogs — i anslutning till nu nämnd rättspraxis — en regel av innebörd att en förvärvare inte skulle anses ha varit i god tro med mindre han visade att han varken insett eller med hänsyn till egendomens beskaffenhet, de förhållanden under vilka den utbjöds eller omständigheterna i övrigt bort inse, att överlåtaren saknade rätt att förfoga över egendomen. Medan bevisbördan för ond tro ansetts i princip ligga på den som påstått att sådan förelegat, skulle alltså här förvärvaren ha bevisbördan för att han varit i god tro.

I och för sig framstår det naturligtvis som något egendomligt att man skall bevisa att man inte insett något.[15] I den nya lagen har man inte heller gått så långt. Men i själva verket är det nog mera fråga om en olikhet i form än i sak. I lagens 3 § heter det, att »en förvärvare skall anses ha varit i god tro endast om det är sannolikt att egendomens be-

[14] Se närmare Svensk Juristtidning 1983 s. 165 ff.

[15] I det gemensamma dansk-finsk-svenska förslaget från 1960-talets mitt föreskrevs som förut nämnts beträffande stöldfallet, att godtrosförvärv inte skulle kunna ske med mindre förvärvaren visade att han noggrant undersökt överlåtarens åtkomst.

skaffenhet, de förhållanden under vilka den utbjöds och omständigheterna i övrigt var sådana att han inte borde ha insett att överlåtaren saknade rätt att förfoga över egendomen».

Meningen är, såvitt framgår av motiven, att den ursprunglige ägaren skall ha bevisbördan helt och hållet om han påstår att förvärvaren insåg att överlåtaren saknade rätt. När det gäller frågan huruvida förvärvaren *bort inse* detta åvilar en viss börda förvärvaren. Han måste göra sannolikt att sådana omständigheter förelåg vid förvärvet att han inte borde ha insett att överlåtaren saknade rätt att förfoga över egendomen. Men om det i själva verket förelåg vissa omständigheter av s.a.s. misstänkt art, då måste förvärvaren visa att han gjort undersökningar och att dessa inte givit anledning till misstanke. Bland sådana »omständigheter» nämns i första hand egendomens beskaffenhet. Här syftas på egendom som ofta säljas med ägar- eller återtagandeförbehåll, t.ex. motorfordon, televisionsapparater o.d. Vidare talas det om de förhållanden under vilka egendomen utbjöds; exempel är köp från okänd privatperson eller över huvud på annat sätt än i en vanlig butik. Också det fallet att överlåtaren uppträder som representant för ägaren får anses kräva speciell undersökning; i varje fall måste fordras företeende av fullmakt eller annan behörighetshandling. Det blir tydligen i detta fall närmast då överlåtaren utnyttjat förfalskade behörighetshandlingar som godtrosförvärv kan ske.

I motiven uttalas,[16] att bestämmelserna i den nya lagen innebär en »viss skärpning» av kraven för att god tro skall anses föreligga. Å andra sidan sägs att om omständigheterna vid förvärvet är sådana att det finns anledning för förvärvaren att misstänka att överlåtaren inte har rätt att förfoga över egendomen det »liksom hittills» bör krävas att förvärvaren närmare undersöker hur det förhåller sig med överlåtarens rätt.[17] Det är nog tveksamt om man kan säga att det i hittills gällande rätt alltid krävts anledning till misstanke om obehörighet, se t.ex. NJA 1981 s. 750, där det förefaller inte ha krävts någon särskild anledning till misstanke för att undersökning skulle fordras.

Allt som allt kan man nog våga påståendet att någon egentlig skillnad mot hittills gällande rätt varken avsetts eller föranleds av lagtexten, när det gäller godtroskravet.

V. Ett område där vissa nyheter genomförs gäller *lösningsrätten.* Exstinktionsprincipen har ju sedan gammalt modifierats genom bestämmelserna om rätt för den ursprunglige ägaren att lösa tillbaka egen-

[16] Propositionen s. 21.
[17] Propositionen s. 9 f.

domen (handelsbalken 11:4 och 12:4). Beträffande skuldebrev och aktier etc. finns inte någon lösningsrätt, s.k. kvalificerade godtrosförvärv.

Lösningsrätten torde ha kunnat utövas under obegränsad tid. Att lösningsrätten inte haft större praktisk betydelse visas av att det rått oklarhet om vilken princip som skolat läggas till grund vid lösenbeloppets fastställande, närmare bestämt om beloppet skolat beräknas efter vad godtrosförvärvaren utgivit, vederlagsprincipen, eller efter egendomens värde, värdeprincipen.[18]

Den nya lagen upptar närmare bestämmelser om lösningsrätten. Själva lösningsrätten fastslås i 4 §. Där föreskrivs också en preskriptionstid inom vilken lösningsrätten skall göras gällande. Så skall ske inom tre månader från det att den ursprungliga ägaren fick eller måste antas ha fått kännedom om godtrosförvärvarens innehav av egendomen.

I 1984 års utredning föreslogs, vid sidan av tiden tre månader från det ägaren vunnit eller bort få kännedom om egendomens innehavare, också en absolut preskriptionstid av tre år från det innehavaren fick egendomen i sin besittning. Detta senare förslag har inte upptagits i lagen. Det har ansetts att en sådan regel skulle försvåra återfående särskilt av konst- och kulturföremål som stulits från muséer och andra offentliga samlingar.

Även under detta lagstiftningsärende har delade meningar rått beträffande frågan, hur lösenbeloppet skulle bestämmas. Enligt 1984 års utredningsförslag skulle vederlagsprincipen tillämpas: lösenbeloppet skulle motsvara godtrosförvärvarens kostnader för förvärv av egendomen och dess förbättring. I det till lagrådet remitterade förslaget gick man däremot på värdeprincipen. Det invändes mot vederlagsprincipen bl.a. att denna skulle nödvändiggöra komplicerade regler om hur inflation och andra värdeförändrande faktorer skulle beaktas.

Lagrådet ansåg emellertid att utredningsförslagets princip, d.v.s. vederlagsprincipen, borde användas i lagen. Det pekades bl.a. på att hänsynen till den ursprunglige ägaren borde väga över hänsyn till förvärvaren: den ursprunglige ägaren, inte förvärvaren, borde tillförsäkras värdestegring och handelsvinst på egendomen. Denna synpunkt gjorde sig särskilt gällande, menade lagrådet, i de mest praktiska fallen, nämligen de då museiföremål och personliga värdeföremål blivit stulna.

Departementschefen påpekade i slutprotokollet att värdeprincipen stod i bättre överensstämmelse med själva exstinktionsprincipen. Men departmentschefen godtog likväl lagrådets ståndpunkt. I lagen fastslås sålunda vederlagsprincipen: lösen skall motsvara godtrosförvärvarens

[18] Se närmare SOU 1965:14 s. 107 ff.

kostnader för förvärv av egendomen och dess förbättring. Har förvärv skett genom gåva, arv, testamente eller bodelning, skall förvärvarens fångesmans — om denne haft rätt till lösen — kostnader inräknas i lösenbeloppet (5 §). Vid bestämmandet av lösen skall hänsyn tas till förändringar i penningvärdet. Lösenbeloppet skall motsvara högst egendomens saluvärde.

VI. Som förut nämnts gäller lagen även förvärv av *panträtt* i lösöre (7 §). Lösningsreglerna tillämpas i detta fall på det sättet att ägaren får utge ett belopp som svarar mot värdet av den fordran för vilken egendomen är pantsatt, dock högst egendomens värde i den allmänna handeln.

Om den nu beskrivna lagen antas — vilket som förut sagts förefaller sannolikt — skulle de mångåriga strävandena att få till stånd en modern lag om godtrosförvärv av lösöre ha förts i hamn för svensk del. Däremot måste konstateras att den vackra tanken om nordisk rättslikhet på det här området i allt fall för överskådlig framtid inte blir infriad. De två lagar som kommit, den norska och den svenska, utgår från olika principer. Om hur den danska och den finska lag som kanske kommer så småningom[19] kommer att se ut skall här inte sias. Men ser man på rättstillståndet sådant det är i sak för närvarande i de fyra länderna förefaller det kunna konstateras, att man står varandra ganska nära. Och en av utredarna från 1960-talet kan, i en festskrift till ära för en nordisk rättsvetenskapsman, inte underlåta att beklaga, att det mödosamt framarbetade gemensamma dansk-finsk-svenska förslaget måste haverera.

[19] Se SOU 1984:16 s. 98 och *v. Eyben* a.st.

Esko Hoppu

Ajoneuvon omistajan toiselle omistamalleen ajoneuvolle aiheuttaman liikennevahingon korvaamisesta

Ongelman synty ja kehitys

Liikennevakuutuslain (LiikvakL) 8 §:n 1 momentissa säädetään:

> »Milloin moottoriajoneuvon aiheuttama liikennevahinko on kohdistunut toiseen moottoriajoneuvoon, kiskoilla kulkevaan ajoneuvoon tai tällaisessa ajoneuvossa olevaan henkilöön tai omaisuuteen, ei vahinkoa korvata ensiksi mainitun ajoneuvon vakuutuksesta, jollei vahinko ole aiheutunut sen omistajan, kuljettajan tai matkustajan tuottamuksesta taikka siitä, että ajoneuvon kulku tai sijoitus oli liikennesääntöjen vastainen tahi että ajoneuvo oli puutteellisessa kunnossa.»

Säännöstä saman omistajan moottoriajoneuvojen keskeiseen vahinkotilanteeseen sovellettaessa se merkitsee, että korvaus olisi maksettava omistajan sen auton vakuutuksesta, jonka puolella säännöksen tarkoittama tuottamus todetaan. Omistaja saisi siis LiikvakL:n mukaisen korvauksen »syyttömän» moottoriajoneuvon osalta. Ongelman tällaisessa vahinkotilanteessa aiheuttaa kuitenkin LiikvakL 5 §:n 1 momentti, jonka mukaan »moottoriajoneuvossa olleeseen omaisuuteen *taikka ajoneuvon omistajan* tai kuljettajan *muuhunkaan omaisuuteen* kohdistunutta liikennevahinkoa ei korvata tämän ajoneuvon liikennevakuutuksesta» (kursiivi lisätty). Kun kaksi saman omistajan moottoriajoneuvoa ajaa yhteen, aiheutetaanko vahinko — kun esimerkiksi toisen auton puolella on koko syyllisyys yhteenajoon — LiikvakL:n tarkoittamalla tavalla omistajan muulle omaisuudelle? Jos näin on, korvausta ei tulisi mainitun 5 §:n 1 momentin mukaan liikennevakuutuksesta maksaa.

Ongelmaan ei näytetä kiinnitetyn LiikvakL:n valmistelu- ja voimaantulovaiheessa yksityiskohtaisesti huomiota, sillä ongelma on saanut laajemmalti huomiota osakseen vasta 1960-luvun puolenvälin jälkeen. Ensimmäinen ratkaisu, jossa asiaa sivuttiin, oli *KKO 1964 II 93.* Ratkai-

sun käsittämässä tilanteessa kaksi valtion autoa — posti- ja lennätinhallituksen linja-auto sekä tie- ja vesirakennushallinnolle kuulunut pakettiauto — ajoi yhteen ja vaurioitui. Asiassa esitettiin korvausvaatimuksia, jotka raastuvanoikeus käsitteli. Hovioikeus puolestaan totesi, että koskei ollut näytetty, että valtion tapaturmatoimisto olisi kieltäytynyt suorittamasta vaadittuja korvauksia, raastuvanoikeuden ei olisi pitänyt ottaa vaatimuksia LiikvakL 12 §:n 2 momentin mukaan tutkittavakseen, minkä vuoksi hovioikeus poisti raastuvanoikeuden korvausvaatimuksista antamat lausumat. Korkein oikeus ei myöntänyt asiassa muutoksenhakulupaa.

Ratkaisun ennakkotapausarvo ei olisi kovin suuri, koska asiaa ei otettu korkeimmassa oikeudessa tutkittavaksi, ellei ratkaisun johdosta olisi annettu tiedonantoa, jossa lausutaan: »Moottoriajoneuvon kuljettajan tuottamuksellaan aiheuttama, moottoriajoneuvon omistajalle kuuluvaan toiseen moottoriajoneuvoon kohdistunut liikennevahinko on katsottu ensin mainitun moottoriajoneuvon liikennevakuutuksesta korvattavaksi vahingoksi». Vaikkei KKO:n perusteluista — koska muutoksenhakulupaa ei myönnetty — voida suoranaisesti tällaista johtopäätöstä osoittaa, on tiedonannon otsikosta luettavissa asianomaisen korkeimman oikeuden jaoston kanta asiassa.

Ratkaisun jälkeen se näyttää saaneen myönteisen vastaanoton oikeuskirjallisuudessa. Niinpä *Hakulinen* kirjassaan »Velvoiteoikeus I Yleiset opit» (2. painos Helsinki 1965 s. 321 s) omaksuu edellä mainitun ratkaisun tulkinnan sellaisenaan eikä myöskään *Arti* kohdista siihen niin ikään vuonna 1965 ilmestyneessä kirjassaan »Liikennevahinkojen korvaaminen» (Porvoo 1965 s. 84) kritiikkiä, mutta toteaa kuitenkin ongelman jäävän edelleen jossain määrin avoimeksi (Ks. myös *Leivonen,* Liikennevakuutuslain soveltaminen samalle omistajalle kuuluvien moottoriajoneuvojen toisilleen aiheuttamiin liikennevahinkoihin, LM 1967 s. 639 ss).

Tässä tilanteessa ongelma tuli uudelleen ratkaistavaksi korkeimmassa oikeudessa.

> *KKO 1966 II 65* Kemijoki Oy:n kaksi moottoriajoneuvoa ajoi yhteen olosuhteissa, joka luettiin toisen moottoriajoneuvon kuljettajan viaksi. Liikennevakuutuksen myöntänyt vakuutusyhtiö kieltäytyi suorittamasta korvausta, minkä vuoksi Kemijoki Oy vaati vakuutusyhtiön velvoittamista suorittamaan omistamansa syyttömän moottoriajoneuvon vahingot omistamansa syyllisen moottoriajoneuvon liikennevakuutuksesta.
>
> KO: Koska moottoriajoneuvon toiselle moottoriajoneuvolle aiheuttama liikennevahinko oli säädetty korvattavaksi ensiksi mainitun moottoriajoneuvon vakuutuksesta ja koska niitä tapauksia,

joissa ajoneuvoilla oli sama omistaja, ei ollut määrätty liikennevahingon korvaamisen suhteen poikkeusasemaan milloin vahinko oli johtunut moottoriajoneuvon yhteentörmäyksestä, KO liikennevakuutuslain 1—4 §:n sekä 5 §:n 1 momentin ja 8 §:n 1 momentin säännöksiin vedoten velvoitti vakuutusyhtiön korvaamaan syyttömän moottoriajoneuvon vahingot.

HO: Koska moottoriajoneuvon liikenteeseen käyttämisestä moottoriajoneuvon omistajalle aiheutunutta, hänen omaisuuteensa kohdistunutta vahinkoa liikennevakuutuslain 5 §:n 1 momentin säännösten mukaan ei korvattu ajoneuvon liikennevakuutuksesta ja saman lain 8 §:n 1 momentin säännös, jonka mukaan, milloin moottoriajoneuvon aiheuttama liikennevahinko oli kohdistunut toiseen moottoriajoneuvoon, vahinkoa ei korvattu ensiksi mainitun ajoneuvon vakuutuksesta, jollei vahinko ollut aiheutunut sen omistajan, kuljettajan tai matkustajan tuottamuksesta taikka siitä, että ajoneuvon kulku tai sijoitus oli ollut liikennesääntöjen vastainen tahi että ajoneuvo oli ollut puutteellisessa kunnossa, tuli sovelletavaksi vain niissä tapauksissa, joissa korvausvelvollisuutta eivät jo olleet poistaneet sanotun 5 §:n 1 momentin säännökset, eikä vakuutusyhtiö niin ollen ollut velvollinen suorittamaan korvausta osakeyhtiölle, HO kumosi KO:n päätöksen ja hylkäsi korvausvaateen.

KKO: Kun moottoriajoneuvon kuljettajan tuottamuksellaan aiheuttama, toiseen moottoriajoneuvoon kohdistunut liikennevahinko oli liikennevakuutuslain 8 §:n 1 momentin mukaan korvattava ensin mainitun moottoriajoneuvon liikennevakuutuksesta ja kun tätä määräystä, koska mainitun lain 5 §:n 1 momentin säännöstä, jonka mukaan moottoriajoneuvon liikennevakuutuksesta ei korvata moottoriajoneuvon omistajan muuhunkaan kuin ajoneuvossa olleeseen omaisuuteen kohdistunutta liikennevahinkoa, ei ollut sovellettava 8 §:n 1 momentissa tarkoitettuihin liikennevahinkoihin, siten oli noudatettava siinä tapauksessa, että liikennevahingossa osallisina olleilla moottoriajoneuvoilla oli sama omistaja, KKO kumosi HO:n tuomion ja tuomitsi KO:n päätöksen mukaisesti vakuutusyhtiön korvaamaan syyttömän auton kärsimät vahingot.

Vuoden 1966 ratkaisua arvosteli *Routamo* vuonna 1967 ilmestyneessä väitöskirjassaan Liikennevahinko (Porvoo 1967 s. 200 ss). Tarkasteltuaan ongelmaa sekä LiikvakL 5 §:n sananmukaisen että historiallisen tulkinnan pohjalta Routamo päätyy omaisuusvahinkojen osalta toteamukseen:

»Sen enempää osamaksukaupan aiheuttamat tilanteet kuin muut edellä esitetyt näkökohdat eivät siis osoita, että KKO:n tulkinta LiikvakL:n 5 §:n merkityksestä yhteenajoissa antaisi paremman lopputuloksen, kuin lain sanamuodon mukainen ja valmistelutöiden yhteydessä esitettyjen ajatusten kanssa sopusoinnus-

sa oleva tulkinta, jonka mukaan yhteenajossa omistajalle sattuvat omaisuusvahingot jäävät liikennevakuutuksesta korvaamatta.»

Ongelmaa käsitteli sittemmin *Saxén* kirjassaan »Skadeståndsrätt» (Åbo 1975 s. 257), joka näyttää hyväksyvän ratkaisusta ilmenevän periaatteen, mutta toteaa, että »det är inte skäl att utsträcka sagda undantag till att gälla de fall, där bilägaren själv framfört den ena bilen och vållat skada på den andra bilen».

Ongelma tuli tämän jälkeen vuonna 1976 jälleen ratkaistavaksi korkeimmassa oikeudessa.

KKO 1976 II 10 Eläkeläinen A oli kuljettaessaan omistamaansa henkilöautoa laiminlyönyt väistää omistamaansa toista, erään toisen henkilön kuljettamaa henkilöautoa tilanteessa, jossa hän oli ollut väistämisvelvollinen, seurauksin, että viimeksi mainittu auto oli A:n liikennesääntöjen vastaisen menettelyn johdosta vaurioitunut. Kun vakuutuksenantaja oli kieltäytynyt suorittamasta syyttömän moottoriajoneuvon vahinkoja, A vaati vakuutusyhtiön velvoittamista ne korvaamaan.

KO todettuaan edellä selostetun tapahtumakulun lausui: »Sen vuoksi KO, huomioon ottaen, ettei liikennevakuutuslain 5 §:n 1 momentin säännöstä voitu soveltaa saman lain 8 §:n 1 momentin tarkoittamiin liikennevahinkoihin, velvoitti» vakuutusyhtiön suorittamaan korvauksen syyttömän auton vahingoista.

HO, ei muutosta.

KKO, tutki jutun, mutta ei muutosta.

Ongelman tarkastelua

1. Oikeuskehityksestä tehtävät johtopäätökset. Selostetun oikeuskehityksen pohjalta on tarkasteltava ongelma selkiintynyt. Kun KKO oli ratkaisussa 1964 II 93 tavallaan epäsuorasti ottanut kantaa saman omistajan moottoriajoneuvojen väliseen korvauskysymykseen, tuotiin oikeuskirjallisuudessa esille eri tulkintavaihtoehdot ja niiden perustelut (Ks. tuossa vaiheessa lähinnä *Arti,* mt. s. 83 ss ja *Leivonen,* LM 1967 s. 643 ss), mutta todettiin ongelman jääneen edelleen avoimeksi. Tämän jälkeen ratkaisussa KKO 1966 II 65 korkein oikeus lausui julki selvän tulkintaohjeen LiikvakL 5 ja 8 §:n keskinäisestä suhteesta. Kun oikeuskirjallisuudessa tämän jälkeen arvosteltiin omaksuttua tulkintaa (Ks. *Routamon* kritiikkiä edellä), korkein oikeus antoi uuden ratkaisun KKO 1976 II 10 ja vahvisti vuoden 1966 ratkaisun tulkinnan. Kun siis korkein oikeus on sen jälkeen, kun sen aikaisemmin tekemään ratkaisuun on kohdistettu arvostelua, omaksunut toistamiseen saman peri-

aatteen, tulkintakysymys on saanut selvän ratkaisun. LiikvakL 5 § ei ole esteenä korvata saman omistajan syyttömän moottoriajoneuvon vahinkoja saman omistajan syyllisen moottoriajoneuvon liikennevakuutuksesta; ts. LiikvakL 5 §:ää ei sovelleta LiikvakL 8 §:n tapauksiin.

Selostettu oikeuskehitys antaa myös vastauksen omistajakuljettajan kohdalla syntyneeseen ongelmaan. Vuoden 1966 ratkaisussa oli kysymys tilanteesta, jossa Kemijoki Oy:n — siis oikeushenkilön — omistamien ajoneuvojen välillä tapahtui yhteenajo. Kun oikeushenkilö omistajana ei voi toimia kuljettajana, ratkaisussa oli siis kysymyksessä tapaus, jolloin kumpaakaan moottoriajoneuvoa ei kuljettanut omistaja. Tämän vuoksi Saxén esittikin — niin kuin edellä on todettu — ettei ratkaisusta KKO 1966 II 65 ilmenevää periaatetta sovellettaisi silloin, kun omistaja on itse kuljettanut moottoriajoneuvoa ja aiheuttanut sillä toiselle omistamalleen ajoneuvolle vahinkoa.

Tämäkin tulkintasuositus oli jo esitetty siinä vaiheessa, kun korkein oikeus teki ratkaisun KKO 1976 II 10. Siinä oli nimenomaan kysymys tapauksesta, jolloin moottoriajoneuvon omistaja aiheutti tuottamuksellaan vahingon omistamalleen toiselle moottoriajoneuvolle eli juuri se tilanne, josta Saxén oli esittänyt tulkintasuosituksen. Vastoin Saxénin tulkintasuositusta korkein oikeus sovelsi ratkaisusta KKO 1966 II 65 ilmenevää periaatetta myös tähän tapaukseen.

Merkittävää tapauksissa on myös se, että ne ovat molemmat — siis KKO 1966 II 65 ja 1976 II 10 (ja muuten myös ratkaisu 1964 II 93) — yksimielisiä.

Saxén onkin vuoden 1976 ratkaisun jälkeen todennut itse, ettei korkein oikeus noudattanut hänen suositustaan (Ks. *Saxén,* Tillägg till skadeståndsrätt, Åbo 1983 s. 428).

Edellä selostetun oikeuskehityksen osalta on vielä kiinnitettävä huomio vuosien 1966 ja 1976 ratkaisujen perustelujen eroavuuteen. Ratkaisussa KKO 1966 II 65 korkein oikeus lausui perusteluissaan — niin kuin edellä oikeuskehitysjaksossa on jo selostettu — »*kun moottoriajoneuvon kuljettajan tuottamuksellaan aiheuttama,* toiseen moottoriajoneuvoon kohdistunut liikennevahinko . . .» (kursiivi lisätty). Ratkaisussa KKO 1976 II 10 taas kihlakunnanoikeus, jonka ratkaisun korkein oikeus muutoksenhakuluvan myönnettyään ja asian tutkittuaan sellaisenaan hyväksyi, lausui, »ettei liikennevakuutuslain 5 §:n 1 momentin säännöstä voitu soveltaa saman lain 8 §:n 1 momentin tarkoittamiin liikennevahinkoihin. Kun siis vuoden 1966 ratkaisussa perustelujen mukaan kiinnitettiin huomiota kuljettajan tuottamuksellaan aiheuttamaan seuraukseen ja siis eräällä tavalla kytkettiin LiikvakL 5 §:n ja 8 §:n välinen tulkinta tällaiseen tuottamustilanteeseen, on vuoden 1976 ratkai-

sussa yksiselitteisesti todettu, ettei LiikvakL 5 §:n 1 momentin säännöstä voida soveltaa saman lain 8 §:n 1 momentin tarkoittamiin liikennevahinkoihin; ts. saman omistajan välisten moottoriajoneuvojen korvauskysymyksissä — ja siis LiikvakL 5 §:n 1 momentin ja 8 §:n 1 momentin keskinäisessä suhteessa — ei ratkaisujen perustelujen kehitys ja sanonta huomioon ottaen ole ratkaisevaa merkitystä sillä, kenen tuottamuksellinen menettely on kysymyksessä, vaan milloin moottoriajoneuvon aiheuttama liikennevahinko on kohdistunut saman omistajan toiseen moottoriajoneuvoon, ei LiikvakL 5 §:n 1 momentti tule sovellettavaksi.

2. *KKO:n omaksuman tulkinnan perusteluista.* KKO:n edellä selostetut ratkaisut ovat sikäli vaikeaselkoisia, ettei korkein oikeus ole lähemmin perustellut omaksumaansa tulkintaa. Tämän vuoksi ei voida lähemmin päätellä, minkä vuoksi omaksuttuun tulkintaan on päädytty. Tosin tällä seikalla ei enää ole kovin suurta merkitystä otettaessa huomioon vuoden 1976 ratkaisun pelkistetty ja yksiselitteinen muotoilu. Kun sitä tulkintaa, joka edellä esitetyn mukaan on muodostunut vakiintuneeksi, on kuitenkin arvosteltu, on paikallaan tarkastella myös niitä perusteita, jotka voidaan esittää omaksutun tulkinnan tueksi.

Korkeimman oikeuden omaksumaa tulkintaa vastaan on ensi sijassa vedottu liikennevakuutuslain sanamuotoon ja systematiikkaan. Kun ratkaisussa KKO 1966 II 65 hovioikeus perusti päinvastaiseen lopputulokseen johtaneen ratkaisunsa liikennevakuutuslain sanamuotoon ja systematiikkaan, mutta korkein oikeus kumosi hovioikeuden ratkaisun, on korkein oikeus katsonut, ettei sanamuodon ja systematiikan pohjalta esitettyjä johtopäätöksiä voida hyväksyä. Tähän on myös olemassa perusteet, jotka käyvät tavallaan ilmi jo Leivosen edellä viitatusta kirjoituksesta, kun hän toteaa, ettei nyt tarkasteltavaan ongelmaan näytetä lainvalmistelutöissä kiinnitetyn nimenomaista huomiota (Ks. *Leivonen,* LM 1967 s. 643). Tähän on myös yhdyttävä. LiikvakL 5 §:n säännöstä muotoiltaessa on pidetty silmällä vain ajoneuvon omia tai siinä kuljetetun omaisuuden vahinkoja ottamatta tarkastelun kohteeksi tapausta, jolloin saman omistajan kaksi vakuutettua moottoriajoneuvoa aiheuttaa toisilleen vahinkoa (Vrt. myös *Autovastuulakikomitean mietintö,* Komiteanmietintö, Mon. 1957: 29 s. 16 ja 34 sekä HE liikennevakuutuslaiksi, 68/1958 vp. s. 4 s.). Vaikka LiikvakL:n sanamuodon ja systematiikan nojalla voidaan esittää arvostelua omaksuttua tulkintaa kohtaan, arvostelu on sikäli vailla perustetta, että tarkasteltavan kaltainen tilanne ei ole ollut perustelujen mukaan lakia laadittaessa tarkastelun kohteena.

Näkökohta, joka selvimmin tukee korkeimman oikeuden omaksumaa tulkintaa on se, että omistaja on velvollinen — valtiota lukuunottamatta — ottamaan kaikille moottoriajoneuvoilleen liikennevakuutuksen ja maksamaan niistä liikennevakuutusmaksun. Tällöin on perusteltua, että hän saa myös kummankin moottoriajoneuvon osalta hyväkseen ne edut, jotka vakuutuksen ottamisella on tarkoitettu vahingonkärsineille antaa (Ks. myös *Saxén,* Tillägg s. 428). Se, että ajoneuvot sattuvat kuulumaan samalle omistajalle, ei saa vähentää omistajan oikeutta saada ajoneuvokohtaisesti hyväkseen kunkin ajoneuvon liikennevakuutuksen ottamisella koituvat edut (Vrt. myös *Saxén,* Tillägg s. 428). Omistaja on kunkin omistamansa moottoriajoneuvon osalta samassa asemassa kuin jos ne olisivat eri omistajien omistuksessa, kun kustakin ajoneuvosta on maksettu asianmukainen liikennevakuutus. Tältä pohjalta korkeimman oikeuden omaksuma tulkinta on myös ymmärrettävä ja perusteltu.

3. Vaatiiko pysäköintitilanne edellisestä poikkeavan tulkinnan? Liikennevahinkoasiain korvauslautakunta on 17. 1. 1984 antamassaan päätöksessä evännyt saman omistajan moottoriajoneuvojen välisessä korvaustilanteessa liikennevakuutuslain mukaisen korvauksen, kun vaurioituneen ajoneuvon oli hieman aikaisemmin pysäköinyt paikalle omistaja, joka sen jälkeen toisella ajoneuvollaan aiheutti pysäköidylle moottoriajoneuvolle vahingon *(Liikennevahinkoasiain korvauslautakunta* 17. 1. 1984, n:o 16/84): Lautakunta lausui mm:

> »Korkein oikeus on ennakkopäätöksenä (KKO 1976 II 10) julkaistun tuomionsa perusteluissa ottaessaan kantaa moottoriajoneuvon omistajan tuottamuksellaan toiselle omistamalleen moottoriajoneuvolle aiheuttaman vahingon korvattavuuteen lausunut, ettei liikennevakuutuslain 5 §:n 1 momentin säännöstä voitu soveltaa saman lain 8 §:n 1 momentin tarkoittamiin liikennevahinkoihin. Tuossa tapauksessa ja muussa Korkeimman oikeuden asiaa koskevassa oikeuskäytännössä on kuitenkin ollut kysymys tilanteista, joissa molemmilla ajoneuvoilla on ollut eri kuljettaja ja kysymys on siis ollut korvausvastuun määräämisestä silmälläpitäen kahden ajoneuvon kuljettajien tuottamusta vahingon syntyyn. Kysymyksen nyt ollessa tilanteesta, jossa omistajaan verrattava ajoneuvon pysyvä haltija on kuljettaessaan ajoneuvoaan tuottamuksellaan aiheuttanut vahingon itse pysäköimälleen, niin ikään pysyvässä hallinnassaan olevalle ajoneuvolle, korvauslautakunta katsoo, ettei Korkeimman oikeuden edellä viitatussa päätöksessä ilmituotu periaate käy sovellettavaksi. Kysymyksessä on siis ollut ajoneuvon omistajan omaan omaisuuteen kohdistunut liikennevakuutuslain 5 §:n 1 momentissa tarkoitettu liikennevahinko,

jota ei korvata sen aiheuttanutta moottoriajoneuvoa varten myönnetystä liikennevakuutuksesta».

Vrt. myös *Liikennevahinkolautakunta,* asia 84660, 62/84 7 §. Omistajan käynnistäessä moottorikelkkaansa, kaasu oli hirttänyt kiinni, jolloin kelkka oli lähtenyt liikkeelle törmäten pysäköitynä olleeseen saman omistajan toiseen moottorikelkkaan. Korvausta ei ollut liikennevahinkolautakunnan mukaan suoritettava liikennevakuutuksesta.

Pysäköinnin kohdalla syntyvää ongelmaa ratkaistaessa on pohjaksi otettava edellä jo selostettu oikeuskehitys sekä erityisesti ratkaisu KKO 1976 II 10. Tarkasteltu oikeuskehitys osoittaa, että eri perustein esitetystä arvostelusta huolimatta saman omistajan moottoriajoneuvoja on käsitelty siten, ettei niihin ole sovellettu LiikvakL 5 §:n 1 momentin säännöstä. Viimeisessä korkeimman oikeuden ratkaisussa eli vuoden 1976 ratkaisussa on sitten aikaisemmin jo sovellettu periaate tiivistetty toteamukseen »ettei liikennevakuutuslain 5 §:n 1 momentin säännöstä voitu soveltaa saman lain 8 §:n 1 momentin tarkoittamiin liikennevahinkoihin». Tästä sanonnasta ei voi tehdä sellaista johtopäätöstä, että pysäköintitilanne olisi jollain tavalla poikkeavassa asemassa. Jos kerran LiikvakL 5 §:n 1 momentin säännöstä ei voida soveltaa saman lain 8 §:n 1 momentin tarkoittamiin liikennevahinkoihin, 5 §:n 1 momenttia ei voida soveltaa silloinkaan, kun kysymyksessä on pysäköintitilanne. Korkeimman oikeuden kannanotto on tässä suhteessa käsitykseni mukaan vuoden 1976 ratkaisun pohjalta selvä ja yksiselitteinen.

Edellä korkeimman oikeuden osoittamasta tulkinnasta poikkeaminen liikennevahinkoasiain korvauslautakunnan 17. 1. 1984 antamassa päätöksessä viitatulta pohjalta johtaa myös kestämättömiin tuloksiin. Sen mukaan edellä mainittua periaatetta olisi sovellettava, jos molemmilla ajoneuvoilla on ollut eri kuljettaja ja kysymys olisi siis korvausvastuun määräämisestä kahden ajoneuvon kuljettajan tuottamuksen osalta. Jos siis omistajan toisen moottoriajoneuvon pysäköi asianmukaisesti joku muu kuin omistaja ja omistaja aiheuttaa toisella ajoneuvollaan pysäköidylle ajoneuvolle tuottamuksellaan vahinkoa, tulisi se ilmeisesti liikennevahinkoasiain korvauslautakunnan edellä mainitun päätöksen perustelujen mukaan korvata. On vaikea osoittaa — otettaessa huomioon edellä usein mainitut korkeimman oikeuden ratkaisut — miksi tätä tilannetta olisi arvosteltava eri tavoin sen mukaan, onko toisen moottoriajoneuvon pysäköinyt omistaja itse tai joku toinen henkilö. Käsitykseni mukaan näitä tilanteita on arvosteltava samalla tavalla.

Ratkaisussa KKO 1976 II 10 omistaja aiheutti tuottamuksellaan vahinkoa omistamalleen toiselle ajoneuvolle, jonka kuljettajassa ei selos-

tuksen mukaan ollut tuottamusta. Tämän ratkaisun perustelujen valossa ei ole osoitettavissa näkökohtia, joiden mukaan siinä omaksuttu periaate ei soveltuisi silloin, kun omistajan »syytön» moottoriajoneuvo on oikein parkkeerattu — parkkeerasipa auton sitten omistaja tai ei-omistaja — ja omistaja aiheuttaa toisella moottoriajoneuvollaan vahingon pysäköidylle moottoriajoneuvolle. Pysäköidyn moottoriajoneuvon vahingot on korvattava omistajan sen moottoriajoneuvon vakuutuksesta, jolla hän vahingon pysäköidylle moottoriajoneuvolleen tuottamuksellaan aiheuttaa, vaikka hän olisi itse aikanaan pysäköinyt vaurioituneen ajoneuvon. Mahdollinen pysäköinnin myötävaikuttava tuottamus on ratkaistava samojen perusteiden mukaan kuin jos pysäköity moottoriajoneuvo ei olisi ollut vahingon aiheuttajan omistama; ts. se olisi ollut nk. vieras ajoneuvo.

Allan Huttunen

Vakuutussopimuksen purkamisesta vakuutuskannan luovuttamisen johdosta

Vakuutusliikettä koskeneen asetusehdotuksen, lagberedningens publikationer 1914:4, 118 §:n 1 mom:ssa annettiin henkivakuutusyhtiölle oikeus luovuttaa vakuutustarkastuksen luvin toiselle kotimaiselle yhtiölle kaikki henkivakuutuksensa tai osa niistä. Saman pykälän 3 mom:n mukaan lupahakemus tuli hylätä, mikäli sitä määräajassa vastusti vähintään viidesosa asianomaisista vakuutuksenottajista. Edelleen saman pykälän 4 mom. kuului: »Bifalles ansökningen skall det bolag, som öfverlåter försäkringarna, anses befriadt ifrån sina förpliktelser på grund af de öfverlåtna försäkringarna, och skola dessa förpliktelser i stället åligga det bolag, till hvilket försäkringarna öfverlåtits.»

Vuoden 1914 vakuutusliikeasetusehdotuksen 118 §:n perusteluissa sanottiin: »I 118 § är fråga om frivillig öfverlåtelse af lifförsäkringsstock eller del däraf till annat dylikt bolag. De här stadgade formerna öfverensstämma i hufvudsak med motsvarande lagbud i skandinavisk rätt (svensk lag 145 § 1—5 mom.; norsk lag 94 §; dansk lag 32 §).»[1]

Vuoden 1914 asetusehdotuksessa ei ollut määräystä vakuutuksenottajan oikeudesta purkaa vakuutussopimus vakuutuskannan luovutuksen vuoksi. Sen sijaan sanottiin asetusehdotuksen 69 §:n 2 mom:ssa: »Innebär ändringen väsentlig förändring af bolagets ändamål, eller dess fortsättande utöfver stadgad stämmotid, eger delegare, som å stämman sådan åtgärd motsagt, rätt att bryta sitt försäkringsaftal. Sådant beslut må ej heller genomföras utan att garant, som det motsagdt, erhåller inbetaldt garantibelopp återbetaladt af annan person, som äfven i afseende å ansvarigheten i öfrigt träder i hans ställe och kan af styrelsen härför godkännas.» Perustelut kuuluivat: »Slutligen gäller angående bestämmelserna i 69 §, att desamma motsvara hvad förslaget till förordning om aktiebolag i 57 § 1 och 2 mom. upptar, medan 70 § motsvarar sista mom. af samma paragraf.»[2]

[1] Ks. Förslag till förordning om försäkringsrörelse (1914:4) s. 94.
[2] Ks. Förslag till förordning om försäkringsrörelse (1914:4) s. 83.

Vuoden 1914 vakuutusliikeasetusehdotuksen 86 §:n 1 mom:n mukaan vakuutuksenottajalla oli oikeus, ellei yhtiö asettanut vakuutta, purkaa vakuutussopimus keskinäisen vakuutusyhtiön jouduttua selvitystilaan tai konkurssiin. Saman pykälän 3 mom:n mukaan »Försäkringstagare, hvilken uppsagt försäkringsaftal, skall utfå sin andel i försäkringsfonden i den mån bolagets tillgångar därtill förslå.» Pykälän 4 mom:n mukaan pykälässä säädetty ei koskenut henkivakuutussopimusta eikä siihen ehdotuksen 102 §:n 1 mom:n mukaan samaistettua sopimusta.[3] Selostettua 86 §:ää vastaava vakuutusosakeyhtiötä koskeva pykälä oli asetusehdotuksen 101 §:nä.

Kotimaisista vakuutusyhtiöistä vuonna 1933 annetun lain 51 §:n 3 mom:n mukaan keskinäisen vakuutusyhtiön osakkaalla oli eräissä yhtiöjärjestyksen muutostapauksissa oikeus irtisanoa vakuutussopimuksensa heti lakkaavaksi. Huomattava on, että irtisanominen oli tehtävä viimeistään vuoden kuluessa siitä lukien, kun yhtiöjärjestyksen muutos oli merkitty kaupparekisteriin eli siis tullut voimaan. Muutostapauksissa yhtiö tosin pysyi samana.[4]

Toisin kuin vuoden 1914 vakuutusliikeasetusehdotukseen vuoden 1933 vakuutusyhtiölakiin ei sisältynyt säännöstä, joka olisi koskenut oikeutta vakuutusmaksuun sopimuksen lakatessa ennen sovitun ajan päättymistä. Tätä koskevat säännökset otettiin samaten vuonna 1933 annetun vakuutussopimuslain 16 §:ään.[5] Kuitenkaan säännökset eivät

---

[3] Vuoden 1914 vakuutusliikeasetusehdotuksen 86 §:n perusteluissa, Förslag till förordning om försäkringsrörelse (1914:4) s. 84 s., sanottiin: »Slutligen har i 86 § införts ett stadgande om häfvande af försäkringsaftalet, där ömsesidigt försäkringsbolag träder i likvidation eller i konkurstillstånd, samt säkerhet för aftalsfullgörelsen ej vid anfordran varder ställd. Ett motsvarande stadgande, som dock i vår gällande sjölag saknas men ingår i de flesta utländska sjölagstiftningar (Skand. sjölag 240 §, tyska handelslagen 898 §), har i afseende å sjöförsäkring föreslagits af sjölagkomitén i 1908 års betänkande (196 §). Det ingick ock i tiden redan i 1667 års sjölag (Förs. B. kap. 16). Då försäkringstagare ej i allmänhet torde kunna åtnöjas med en förlängning af sitt försäkringsaftal uti ett insolvent bolag, där särskild säkerhet ej kan presteras, utan hälst vill söka på annat håll aftala ny försäkring bör tillfälle beredas honom att utträda ur bolaget och om möjligt återfå den del af premien, som ej redan af bolaget intjänats. Emellertid är det icke nog att bereda försäkringstagare den ensidiga rätten att uppsäga försäkring. Äfven å bolagets sida bör och viss tid för försäkringsaftalens bestånd utsättas, för att icke den slutliga afvecklingen måtte alltför mycket uppskjutas. I ömsesidiga bolag skulle ju för öfrigt delegarenes ansvarighet under hela denna tid kvarstå, hvilket icke kan anses önskvärdt. Stadgandet i 86 § är, med beaktande af alla dessa skäl, formuleradt efter förebild i svensk lag (117 §, för aktiebolag resp. 60 §). Framhållas må, att i motsats härtill t. ex. i tysk rättsvetenskap försäkringslagens stadganden (20 resp. 49 §§) tolkas så att konkurs och likvidation ej berättiga att häfva försäkringsaftal.»

[4] Ks. myös komiteanmietintö 1930:8 s. 75. Ks. myös Nytt juridiskt arkiv II 1918 s. 54 s.

[5] Vrt. Ruotsin osalta Statens offentliga utredningar 1925:21 s. 241 s.

koske henkivakuutusta eivätkä muita sellaisia vakuutussopimuksia, joihin nähden on erityisissä vakuutuksenantajan toimintaa varten vahvistetuissa perusteissa annettava määräyksiä vakuutuksenottajan oikeudesta, kun vakuutus lakkaa ennen määräaikaa.[6] Saadun tiedon mukaan näissä perusteissa ei ole määräystä, joka nimenomaisesti koskisi sitä, mihin yhtiöön vakuutussopimuksen purkaminen on kohdistettava vuoden 1979 vakuutusyhtiölain 16 luvun 5 §:ssä tarkoitetuissa tapauksissa.

Vuoden 1933 vakuutusyhtiölain 89 §:ssä säädettiin henkivakuutusyhtiön vakuutuskannan tai sen osan luovuttamisesta toiselle yhtiölle. Pykälän 3 mom. kuului: »Jollei niistä vakuutuksenottajista ja edunsaajista, joita asia koskee, hakemusta määräajassa vastusta niin moni, että heidän vakuutusrahasto-osuutensa yhteensä vastaavat vähintään viidettä osaa kysymyksessäolevien vakuutusten koko vakuutusrahastosta, katsotaan luovutus hyväksytyksi, ja suostukoon sosiaaliministeriö hakemukseen, ellei muuta estettä ole.»

Vuoden 1933 vakuutusyhtiölaissa ei ollut säännöstä, joka olisi koskenut siteeratussa säännöksessä mainittua hakemusta vastustaneenkaan oikeutta purkaa vakuutussopimus vakuutuskannan luovutuksen vuoksi. Tanskan oikeuskäytännössä katsottiin eräässä ratkaisussa, että hakemusta vastustaneella ei ollut purkuoikeutta. Aikakauskirjassa Ugeskrift for Retsvaesen 1913 s. 802 ss. selostetussa 21 päivänä huhtikuuta 1913 annetussa ratkaisussa sanottiin mm.:

> »Idet Retten kan tiltraede den af Forsikringsraadet i Erklaeringen fremstillede Opfattelse, og idet endvidere bemaerkes, at det maa anses som ganske uantageligt, at Lovbestemmelsen, dersom det havde vaeret Meningen, at der skulle tilkomme Forsikringstagerne nogen Ret til Tilbagetraeden, skulde have undladt udtrykkelig at udtale dette, vil der ikke kunne gives Citanterne Medhold i den af dem fremsatte Anskuelse.»

Vakuutusneuvoston lausunnossa esitettiin mm.:

> »I Anledning af Deres Forespørgsel af 4 d. M. skal Forsikringsraadet udtale, at Raadet — der erkender, at Spørgsmaalet hører under Domstolenes Afgørelse — i sin Praksis er gaaet ud fra som selvfølgeligt, at Livsforsikringslovens Overdragelsesregler maa forstaas saaledes, at en Forsikringstager, der har stemt imod Overdragelsen, ikke kan traede tilbage efter Reglerne for bristende Forudsaetninger, men kun kan gøre den samme Ret til Opløsning af Forsikringskontrakten gaeldende, som han havde forinden Overdragelsen. En Ret til at trade tilbage med den fulde Praemiereserve (i Stedet for den efter almindelige Regler beregnede Til-

[6] Ks. vakuutussopimuslain 17 § ja vuoden 1979 vakuutusyhtiölaln 13 luvun 2 §.

> bagekøbsvaerdi) er nemlig af forsikringstekniske Grunde utilstedelig, idet den vilde bringe Selskabet Tab, og kan derfor ikke have vaeret tilsigtet af den overvejende af Teknikere bestaaende Komité, som har udarbejdet Lovforslaget.»

Toisaalta katsottiin tapauksessa, jossa oli kahden yhtiön kesken tehty sopimus kaikkien vakuutusten jälleenvakuuttamisesta ja jossa kantajan väitteen mukaan »luovuttajayhtiön» takuupääomaa ei ollut täysin merkitty, että sopimus koski vakuutusten luovuttamista ja että vakuutuksenottajalla oli oikeus purkaa luovuttajayhtiössä tekemänsä vakuutussopimus. Østre Landsret'in 16 päivänä joulukuuta 1924 annetussa tuomiossa sanottiin mm.:

> »Da der ved denne Overenskomst maa antages faktisk at have fundet en Overdragelse Sted af de i det indstaevnte Selskab tegnede Forsikringer til »Frejr», og da Appellanten ikke mod sin Villje findes at vaere pligtig til at vaere forsikret i dette Selskab, maa der gives ham Medhold i, at han er berettiget til overfor det indstaevnte Selskab at haeve den af ham dette tegnede Forsikring.»[7]

Selostetuista ratkaisuista käy ilmi, että vakuutuksenottaja saattoi kohdistaa vakuutussopimuksensa purkuvaatimuksen joko vakuutusten luovuttajaan tai vastaanottajaan. Asianomaisia säännöksiä ei Tanskassa tuolloin ollut.[8]

Vuonna 1952 annetun vakuutusyhtiölain 16 §:n 1 mom:n mukaan vakuutusyhtiöt saattoivat sosiaali- ja terveysministeriön suostumuksella tehdä päätöksen yhtymisestä ja vakuutusyhtiö vakuutuskantansa tai sen osan luovuttamisesta toiselle vakuutusyhtiölle. Saman pykälän 4 mom:n mukaan vakuutuskannan luovutusta koskeva sopimus katsot-

---

[7] Ks. Ugeskrift for Retsvaesen 1924 s. 219.

[8] Vrt. Tanskan vuonna 1930 annetun vakuutussopimuslain 27 §:n 1 mom.: »Mister selskabet retten til at drive forsikringsvirksomhed her i riget, kan forsikringstageren haeve aftalen. Det samme gaelder, hvis selskabet sammensluttes med et andet eller overdrager sin formue som helhed til dette.» Ks. *Lyngsø*, Forsikringsaftaleloven (1973) s. 157 s.: »Afgørelsen i Jur. D. 1941. 73 forudsaetter, at selskab må anses for sammensluttet med et andet selskab, hvis dets forsikringsbestand er overdraget til det andet selskab, og at forsikringstageren derfor kan haeve aftalen efter FAL § 27, når sådan overdragelse har fundet sted. Dette er naeppe rigtigt. At et selskab overdrager sin forsikringsbestand til et andet selskab er ikke ensbetydende med, at selskabet sammensluttes med det andet selskab; forsikringstageren kan derfor ikke i den anledning *haeve* aftalen. Noget andet er, at han i medfør af de saerlige regler i lov nr. 147 af 13. maj 1959 om forsikringsvirksomhed § 98 kan opsige forsikringen, hvis forsikringsbestanden overdrages til et andet selskab.»; *Drachmann Bentzon — Christensen*, Lov om forsikringsaftaler (1952) s. 177.

Ks. myös *Tybjerg*, Dansk sjøforsikringskonvention af 2. april 1934 (1963) s. 109 s.; *Rasting*, Lov om forsikringsvirksomhed (1960) s. 215 s. ja *Helper*, Lov om skadesforsikringsvirksomhed (1934) s. 180 s.

tiin tehdyksi sinä päivänä, jona vakuutusyhtiö oli saanut siihen ministeriön suostumuksen. Yhtymisestä ei laissa ollut vastaavaa säännöstä. Lain 44 §:n 2 mom:n mukaan vakuutuksenottajalla oli oikeus purkaa vakuutussopimuksensa mm. yhtiön yhtymistapauksessa. Momentissa ei mainittu vakuutuskannan luovutusta mutta selvästikin luovutus oli lainkohdassa tarkoitettu eli momentissa mainittuihin verrattava muutos.[9]

Ruotsin vuoden 1948 vakuutusliikelaissa oli säännös (228 §:n 2 mom.), jonka mukaan keskinäisen vakuutusyhtiön osakas saattoi muutettaessa osakkaan vastuuta koskevaa yhtiöjärjestyksen määräystä purkaa vakuutussopimuksensa.[10] Sen sijaan laissa ei ollut säännöstä, joka olisi koskenut vakuutuksenottajan oikeutta vakuutussopimuksen purkamiseen luovutettaessa vakuutuskanta tai osa siitä. Asia oli kyllä esillä lakia valmisteltaessa, mutta purkamisoikeuden antamista ei pidetty tarpeellisena.[11] Yleensäkin on nykyään katsottu, ettei ole tarkoituksenmukaista myöntää vakuutuksenottajalle oikeutta purkaa vakuutussopimus vakuutuskannan luovutuksen vuoksi.[12]

Vuoden 1952 vakuutusyhtiölain 44 §:n 2 mom:n virallisperusteluissa ei mainittu yhtymistä eikä vakuutuskannan luovuttamista eikä niistä edes käynyt ilmi, minkä vuoksi vakuutuksenottajalle ehdotettiin annettavaksi vakuutussopimuksen purkuoikeus yhtymistapauksessa ja va-

---

[9] Ks. komiteanmietintö 1979:20 s. 152: »Pykälässä on säädetty vakuutuksenottajan oikeudesta purkaa vakuutussopimuksensa sulautumisen tai vakuutuskannan luovuttamisen tapahduttua. Vastaava oikeus vakuutuksenottajalla on nykyisen vakuutusyhtiölain 44 §:n 2 momentin mukaan.»; hallituksen esitys n:o 179/1979 vp. s. 58.

[10] Ks. perusteluista Nytt juridiskt arkiv II 1918 s. 54 s.

[11] Ks. Statens offentliga utredningar 1946:34 s. 270: »Ombyte av försäkringsgivare utan medgivande av försäkringstagaren innebär givetvis ett avsteg från allmänna civilrättsliga regler angående skuldövertagande. Detta avsteg lärer dock med hänsyn till de speciella förhållanden som här föreligga få anses fullt motiverat. Den enskilde försäkringstagaren har i regel icke tillnärmelsevis den möjlighet att bedöma situationen, som försäkringsinspektionen. Rimlig hänsyn till försäkringstagarna synes dock fordra, att dessa, sedan överlåtelsen genomförts, på lämpligt sätt få meddelande därom. Utredningen har övervägt frågan, huruvida en försäkringstagare, vars försäkring omfattas av överlåtelsen, bör medgivas rätt att uppsäga avtalet. Detta har dock icke ansetts påkallat.»

Ks. myös Kungl. Maj:ts proposition till riksdagen med förslag till lag om försäkringsrörelse, m.m.; given Stockholms slott den 6 februari 1948 s. 376 ss.

[12] Ks. *Spillmann,* Bestandsübertragung und Fusion von Versicherungsaktiengesellschaften (1939) s. 26 ss.; *Ehrenzweig,* Deutsches (österreichisches) Versicherungsvertragsrecht (1952) s. 124 ja alav. 3a; *von Glerke,* Die Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit nach deutschem Recht (1942) s. 66 ja alav. 26; *Kraus,* Versicherungsaufsichtsrecht (1971) s. 209 ss. ja nimenomaan purkuoikeuden osalta s. 211 alav. 204.

Vrt. myös Tanskan 13. 5. 1959 annetun vakuutustoimintalain 97 §:n 5 kpl ja 98 §:n 3 kpl sekä 27. 10. 1975 annetun vastaavan lain 97 §:n 5 kpl ja 98 §:n 3 kpl sekä *Rasting,* Lov om Forsikringsvirksomhed (1960) s. 215 s.

kuutuskantaa luovutettaessa.[13] Asiaa valottaa 18. 2. 1952 päivätty PM, jonka otsakkeena on »Vakuutuslakikomitean ehdotuksen johdosta saadut lausunnot.» Tämän muistion s. 39 on otettu Vakuutusyhtiöiden Keskusliiton lakiehdotuksen 44 §:ää koskeva seuraava lausuma: »2 momentin sisältö on epäselvä siitä syystä, että siinä puhutaan sekä osakkaasta että vakuutuksenottajasta, mitkä käsitteet eivät ole samaistettavissa. Tuskin vakuutusosakeyhtiön vakuutuksenottajaa liikuttaa se, millaiseksi keskinäiseksi yhtiöksi osakeyhtiö muuttuu, kunhan hän ei itse joudu yhtiön sitoumuksista vastuuseen, mikä ei ole välttämätöntä. Samoin on osakeyhtiön vakuutuksenottajille yhdentekevää, jatkavatko osakkaat yhtiökautta. Momenttia pitäisi korjata silmällä pitäen, että se koskee yksinomaan vakuutuksenottajan intressiä yhtiön rakenteen muuttuessa.» Tällainen muutos olisi merkinnyt mm. sitä, että vakuutuksenottajalla ei olisi ollut oikeutta vakuutussopimuksen purkamiseen luovutettaessa osakeyhtiön vakuutuskanta tai osa siitä toiselle osakeyhtiölle. Siteerattuun lausumaan liittyy esittelijän seuraava huomautus: »Kun vakuutusyhtiöt usein toimivat aatteellisin tai talouspoliittisin tunnuksin, komitean mielestä on paikallaan, että vakuutuksenottaja joutuessaan hänelle vastenmieliseen yhtiöön, voi vapautua vakuutuksesta.» Tämä huomautus koski yhtiöiden yhtymistä ja ilmeisesti myös vakuutuskannan luovuttamista. Huomautus osoittanee, että kysymys oli vain siitä, että vakuutuksenottaja voisi vapautua sopimuksestaan. Sen sijaan huomautuksesta ei selviä, mihin yhtiöön purkuvaatimus olisi ollut kohdistettava.[14]

Voimassa olevan vakuutusyhtiölain 16 luvun 5 §:n 1 mom:ssa säädetään: »Kun vakuutusyhtiö on sulautunut toiseen vakuutusyhtiöön tai luovuttanut sille vakuutuskantansa, sulautuneen yhtiön vakuutuksenottajalla tai luovutettuun vakuutuskantaan kuuluvan vakuutuksen ottajalla, joka ei ole myötävaikuttanut sulautumista tai vakuutuskannan luovuttamista koskevan päätöksen tekemiseen, on oikeus kolmen kuukauden kuluessa 2 momentissa mainitusta ilmoittamisesta kirjallisesti purkaa vakuutussopimuksensa.»[15] Säännöksessä käytetty sana »luovutettuun» viittaa siihen, että purkaminen on vakuutuskannan tai sen osan luovutustapauksessa kohdistettava luovutuksensaajaan, jolle vakuutuk-

---

[13] Ks. komiteanmietintö 1952:6 s. 61: »Vakuutuksenottajan asemasta 16 §:ssä tarkoitetuissa tapauksissa on ehdotettu säädettäväksi 44 §:ssä.» ja s. 65: 44 § »Korvaa nykyisen 51 §:n». Tässä pykälässä ei kuitenkaan ollut kysymys yhtymisestä eikä vakuutuskannan luovuttamisesta.

[14] Vrt. komiteanmietintö 1979:20 s. 152; hallituksen esitys n:o 179/1979 vp. s. 58.

[15] Säännöksen perusteluissa ei sanota, minkä vuoksi purkuoikeus on annettu. Ks. hallituksen esitys n:o 179/1979 vp. s. 58 s.

set katteineen ja vastuineen myös purettavalta osin jo ovat siirtyneet. Tämä vakuutusyhtiölaissa omaksuttu kanta käy ilmi myös muista säännöksistä ja laissa omaksutusta järjestelystä.

Vakuutusyhtiölain 16 luvun 1 §:n 1 mom:n mukaan vakuutusyhtiö (luovuttava yhtiö) voi sosiaali- ja terveysministeriön suostumuksella luovuttaa vakuutuskantansa toiselle vakuutusyhtiölle (vastaanottava yhtiö). Saman pykälän 5 mom:n mukaan on luovutettaessa vakuutuskannan osa vastaavasti noudatettava, mitä on säädetty vakuutuskannan luovuttamisesta.

Vakuutusyhtiölain 16 luvun 3 §:n 4 mom:n mukaan vakuutuskanta siirtyy vastaanottavalle yhtiölle, kun ministeriö on antanut suostumuksensa toimenpiteeseen. Saman momentin mukaan ministeriö voi hakemuksesta vahvistaa vakuutuskannan siirtymiselle muunkin ajankohdan. Momentin perusteluissa sanotaan: »Pykälän 4 momentissa säädetään vakuutuskannan siirtymisen ajankohdasta. Pääsäännön mukaan siirto tapahtuu silloin, kun ministeriö antaa suostumuksensa vakuutuskannan luovuttamiseen. Ehdotuksen mukaan ministeriö voisi kuitenkin voimassa olevan lain 16 §:n 4 momentista poiketen hakemuksesta[16] vahvistaa vakuutuskannan siirtymiselle muunkin ajankohdan, kuten esimerkiksi vuodenvaihteen.»[17] Vaikkakaan laissa ei ole kielletty takautuvaa[18] vakuutuskannan siirtymistä, tämä tuskin tulee käytännössä kysymykseen. Vastaanottaneen yhtiön hallituksen on näet vakuutusyhtiölain 16 luvun 5 §:n 2 mom:n mukaan »ilmoitettava sulautumisesta tai vakuutuskannan luovuttamisesta kuuluttamalla siitä kuukauden kuluessa tuomioistuimen lupaa koskevasta rekisteröimisestä virallisessa lehdessä sekä ainakin yhdessä sulautuneen tai luovuttaneen yhtiön kotipaikan sanomalehdessä.» Tätä säännöstä on epäonnistuneesta sanamuodosta huolimatta siten tulkittava, että kuuluttaminen voi tapahtua vasta kun vakuutuskanta on siirtynyt eli vakuutuskannan luovutus on kuten vastaavasti sulautuminen tullut voimaan. Säännöksen perusteluissa sanotaan nimenomaisesti (kursivointi tässä): »Kun menettelyn aikaisemmassa vaiheessa (4 § p.o. 3 §) kuuluttaminen on jo tapahtunut yhtiöjärjestyksen mukaisesti, hallitus on katsonut riittäväksi, että sulautumisen tai *kannanluovutuksen lopullisuudesta* nyt ky-

[16] »Hakemuksesta» tarkoittaa sitä, että sekä luovuttavan että vastaanottavan yhtiön on pyydettävä samaa »muuta ajankohtaa» vakuutuskannan siirtymiselle.

[17] Ks. hallituksen esitys n:o 179/1979 vp. s. 58.

[18] Ks. *Kraus,* Versicherungsaufsichtsrecht, s. 210 s.: »Die Bestandsübertragung wird grundsätzlich erst durch die Zustimmung der Aufsichtsbehörde wirksam, doch kann die Genehmigung mit Rückwirkung von einem früheren Zeitpunkt ab ausgesprochen werden.»

Vrt. *Ehrenzweig,* Deutsches (österreichisches) Versicherungsrecht, s. 39.

symyksessä olevassa tarkoituksessa ilmoitetaan momentissa säädetyllä tavalla.»[19]

Vakuutusyhtiölain 16 luvun 5 §:n 2 mom:ssa tarkoitetun ilmoittamisen tulee tapahtua yhden kuukauden kuluessa siitä, kun ministeriö on antanut suostumuksensa vakuutuskannan luovuttamiseen, tai vakuutuskannan siirtymiselle vahvistetusta muusta ajankohdasta. Saman pykälän 1 mom:ssa säädettyä vakuutussopimuksen purkuoikeutta voidaan käyttää vasta, kun kannanluovutuksen lopullisuudesta on pykälän 2 mom:ssa määrätyllä tavalla ilmoitettu.[20] Tämä järjestely, jonka mukaan purkuoikeutta voidaan käyttää vasta, kun muutos on tullut voimaan, on omaksuttu myös vakuutusyhtiölain 8 luvun 15 §:ssä.[21]

Luovutettuun vakuutuskantaan kuuluvan vakuutuksen ottajalle vakuutusyhtiölain 16 luvun 5 §:n 1 mom:ssa annettu purkuoikeus on säädetty tarkoituksenmukaisella tavalla toteutettavaksi. Vakuutuskanta luovutetaan vakuutusyhtiöiden välisin sopimuksin, johon on haettava ministeriön suostumus mutta johon ei tarvita vakuutuksenottajain hyväksymistä. Vakuutuksenottajat eivät voi purkuoikeutta käyttämällä estää sitä, että vakuutuskanta katteineen ja vastuineen luovutetaan vakuutusyhtiöiden tekemän sopimuksen mukaisesti, johon ministeriö on suostunut.[22] Vakuutussopimuksen purkuvaatimus on kohdistettava vakuutuskannan luovutuksensaajaan eli vastaanottajayhtiöön, jolle vakuu-

---

[19] Ks. hallituksen esitys n:o 179/1979 vp. s. 59. Ks. komiteanmietintö 1979:20 s. 152.

[20] Ks. hallituksen esitys n:o 179/1979 vp. s. 58: »Pykälässä on säädetty vakuutuksenottajan oikeudesta purkaa vakuutussopimuksensa sulautumisen tai vakuutuskannan luovuttamisen tapahduttua. Vastaava oikeus vakuutuksenottajalla on nykyisen vakuutusyhtiölain 44 §:n 2 momentin mukaan.»

[21] Pykälän perusteluissa, hallituksen esitys n:o 179/1979 vp. s. 38, sanotaan: »Pykälässä säädetään vakuutuksenottajan oikeudesta eräissä tapauksissa purkaa vakuutussopimuksensa. Pykälä vastaa eräin poikkeuksin voimassa olevan vakuutusyhtiölain 44 §:n 2 momentissa toteutettua sääntelyä.

. . . Säännös poikkeaa purkamisoikeudelle asetetun määräajan osalta voimassa olevan lain 44 §:n 2 momentista, jossa kyseinen määräaika on kuusi kuukautta tiedoksiannosta. Uusi määräaika on yhdenmukainen lakiehdotuksessa säädettyjen muiden määräaikojen kanssa. Vakuutusyhtiön toiminnan kannalta on tärkeää tietää mahdollisimman lyhyessä ajassa muutoksen aiheuttamista vakuutussopimusten purkamisista. . . .».

[22] On katsottu, että viranomaisen suostumus korvaa vakuutuksenottajain hyväksymisen. Ks. *Kraus,* Versicherungsaufsichtsrecht, s. 211 s.: »Nach PRÖLSS und der h. L. ist für eine Bestandsübertragung nach § 14 VAG im Gegensatz zu § 415 BGB bzw. §§ 1395 und 1405 ABGB die Zustimmung der Versicherten nicht erforderlich; sie wird durch die Genehmigung der Aufsichtsbehörde ersetzt. Würde der Gesetzgeber das Erfordernis der Zustimmung der Versicherten anstreben, müsste er im § 14 (1) letzter Satz VAG einen diesbezüglichen Vorbehalt für den Übergang der Verträge anführen. Nach dem Grundsatz 'lex specialis derogat generali' finden die Normen des allgemeinen bürgerlichen Rechtes keine Anwendung.»

Ks. myös hallituksen esitys n:o 179/1979 vp. s. 58: »Momentin (vakuutusyhtiölakiehdotuksen 16 luvun 3 §:n 3 mom.) mukaan ministeriön olisi näin ollen vain tutkittava, ettei

tuskanta katteineen ja vastuineen jo on siirtynyt. Vakuutuksenottaja voi asemansa mukaisesti yhtiöoikeudellisin oikeussuojakeinoin vaikuttaa yhtiökokouksen päätökseen mutta hän ei voi vakuutussopimuksen purkuoikeuden nojalla vaikuttaa siihen, että hänenkin vakuutuksensa siirtyy — ennen kuin hän voi käyttää purkuoikeuttaan — vakuutuskannan luovutuksessa vastaanottavalle yhtiölle.[23]

Vakuutuskannan luovuttaminen on erityislaatuinen tapahtuma, jossa valvovan viranomaisen hyväksymin yksityisoikeudellisin sopimuksin saadaan aikaan vakuutussopimuksen osapuolen, vakuutuksenantajan, vaihdos vastaavin oikeuksien ja velvollisuuksien siirtymisin toisen osapuolen, vakuutuksenottajan, tahdosta riippumatta.[24] Siirtymi-

---

fuusio tai vakuutuskannan luovutus loukkaa vakuutusten käsittämiä etuja. Yksityiset vakuutetut ja vakuutuksenottajat eivät nimittäin voi hallita sitä asiakokonaisuutta, jonka tunteminen on etujen valvomisen edellytyksenä. He tuskin voivat edes saada yhtiöltä kalkkea sitä tietoa, joka toimenpiteen arvioimiseksi on tarpeen.»

[23] Ks. myös *Kraus,* Versicherungsaufsichtsrecht, s. 212 s.: »Neben dem logischen Zusammenhang ist aber auch der Zweck der Vorschrift zu berücksichtigen. Mit dem Erfordernis der Zustimmung der Versicherten ist der Zweck der Bestandsübertragung, die Sanierung notleidender Bestände, nicht zu erreichen. Die günstig verlaufenden und daher mobilen Verträge könnten abwandern, für die ungünstig verlaufenden Verträge wäre die Zustimmung zur Übertragung von den Versicherten, die ihren Versicherungsschutz gefährdet sehen, mit Sicherheit zu erhalten. Dazu kommt noch die Gefahr der Zerschlagung des zu übertragenden Versicherungsbestandes im Wege der planmässigen Ausspannung seitens der Mitbewerber. Die Bestandsübertragung wäre damit erschwert durchführbar oder überhaupt vereitelt. Sie würde aber auch das übernehmende Unternehmen in seiner wirtschaftlichen Exitenz gefährden. Das im gemeinen Recht begründete Recht des einzelnen, die Schuldübernahme ablehnen zu können, muss hinter der Verpflichtung zurücktreten, eine behördliche Massnahme zu dulden, die für die Gefahrengemeinschaft der Versicherten (und damit auch für den einzelnen Versicherten) notwendig ist. Unter Berücksichtigung dieser Argumentation kann wohl nur die Interpretation des § 14 VAG i. S. von PRÖLSS zweckmässig sein.»

[24] Ks. Statens offentliga utredningar 1946:34 s. 270: »Ombyte av försäkringsgivare utan medgivande av försäkringstagaren innebär givetvis ett avsteg från allmänna civilrättsliga regler angående skuldövertagande Detta avsteg lärer dock med hänsyn till de speciella förhållanden som här föreligga få anses fullt motiverat.»

Ks. myös *Appeltofft,* Den nya lagen om försäkringsrörelse (1950) s. 414 ss.

Ks. myös *Kraus,* Versicherungsaufsichtsrecht, s. 211: »Rechtstheoretisch interessant ist die partielle Gesamtrechtsnachfolge durch einen privatrechtlichen Vertrag. An den Verwaltungsakt der Aufsichtsbehörde knüpft sich der Übergang der Rechte und Pflichten aus dem Versicherungsvertrag, soweit für den Bestand inländisches Recht gilt. Nach PRÖLSS ist dies ein Fall der cessio legis mit privativer gesetzlichen Schuldübernahme ohne Zustimmung des Versicherten. NOWAK präzisiert diese Auffassung noch dahingehend, dass nach § 14 (1) Satz 4 VAG nicht nur die Rechte und Pflichten, sondern auch die Parteistellung als solche übergeht, ein Vorgang, der in der dt. Rechtsordnung eine Ausnahme darstellt. Die Bestandsübertragung wird zu einem eigenen Erfüllungstatbestand, da der Übergang aller Rechte (auch der Gestaltungsrechte) und der Parteistellung nach dt. Recht grundsätzlich nur durch Aufhebung des ursprünglichen Vertrages in Verbindung mit der Neubegründung mit einem Dritten erfolgen kann.»

sen tapahduttua vakuutuksenottaja voi vakuutusyhtiölain 16 luvun 5 §:n 1 mom:n nojalla purkaa vakuutussopimuksensa.

Vakuutuskannan luovuttaminen ei voine toteutua ilman vastaavin katteen ja vastuun siirtymisin.[25] Mainittakoon, että meillä katsottiin jo ennen vuoden 1933 vakuutusyhtiölain voimaantuloa, että katevarat olivat sidoksissa vakuutuskantaan.[26]

---

[25] Ks. myös Kungl. Maj:ts proposition till riksdagen med förslag till lag om försäkringsrörelse, m.m.; given Stockholms slott den 6 februari 1948 s. 379 (föredraganden): »Beträffande den av försäkringsbolagens riksförbund uttalade meningen, att i lagen uttryckligen bör medgivas rätt till överlåtelse av ett bolags samtliga tillgångar och skulder, må framhållas, att en total överlåtelse i regel icke torde bereda svårigheter då det överlåtande bolaget är ömsesidigt. Förhållandena kunna däremot gestalta sig annorlunda i ett företag av aktiebolagstyp, där tillgångarna delvis svara mot utfästelserna till försäkringstagarna men i övrigt tillkomma aktieägarna. I detta fall lärer en överlåtelse icke komma att omfatta andra aktiva än sådana, som belöpa på det överlåtna försäkringsbeståndet.»

Ks. myös *Kraus,* Versicherungsaufsichtsrecht, s. 210 alav. 191: »Eine Bestandsübertragung ohne gleichzeitige Übertragung der Dekkungswerte kommt praktisch nicht vor.»

Ks. vakuutuskannan siirron kirjaamisesta sosiaali- ja terveysministeriön yleiskirje vakuutusyhtiöille n:o 1449/450/80 s. 11.

[26] Ks. *Leinberg,* Vakuutustarkastus saa lakiin perustuvan pohjan (Vakuutustarkastuksen 50-vuotisjulkaisu, 1942 ss. 32—61) s. 34: »Vakuutusosakeyhtiö Bothnia, joka harjoitti verrattain laajaa merivakuutusliikettä ja tämän ohella mm. jonkin verran tapaturmavakuutusliikettä, — yhtiöllä oli vieläpä toimilupa työntekijäin tapaturmavakuutusliikkeen harjoittamiseen, — oli 1920-luvun alkupuolella joutunut vaikeuksiin. Niinpä yhtiöllä ei ollut hyväksyttävää katetta n. 50,000 markan suuruiselle elinkorkorahastolleen. Vuoden 1922 lopulla vakuutustarkastaja *Onni Hallsten* kuitenkin vaati, että katteeksi oli hankittava pankkitalletus, joka oli säilytettävä siten, että yhtiö ei ilman vakuutustarkastajan suostumusta voisi käyttää näitä varoja. Yhtiö kieltäytyi noudattamasta määräystä, mutta kun vakuutustarkastaja uhkasi saattaa asian julkisuuteen, yhtiö taipui ja luovutti vakuutustarkastajan haltuun 50,000 markan pankkitalletuksen. Jonkin ajan kuluttua, kesällä 1923, Bothnia asetettiin konkurssitilaan ja nyt konkurssihallinto vaati edellämainitun talletuksen luovuttamista konkurssipesälle. Vakuutustarkastaja ei kuitenkaan tähän suostunut vaan katsoi, että varat oli luovutettava niille vakuutusyhtiöille, jotka olivat ottaneet vastatakseen Bothnian myöntämistä elinkoroista. Asia joutui näinollen oikeuden ratkaistavaksi ja konkurssipesän vaatimus tuli kaikissa oikeusasteissa hyljätyksi; näin oli tärkeä ennakkopäätös saatu syntymään.»

Leinbergin tarkoittama ratkaisu on KKO 1924 t. II 517: »Vid RR i Helsingfors hade Försäkringsaktiebolaget Bothnias konkursförvaltning anfört, att en av bolagets direktörer 12/2 1923, utan att därförinnan hava inhämtat direktionens för nämnda försäkringsanstalt samtycke, på anfordran av G. O. I. Hallstén till denne i hans egenskap av försäkringsinspektör överlämnat såsom säkerhet för bolagets på grund av arbetareolycksfallsförsäkringar löpande livräntör fem av Helsingfors Aktiebank 26/10 1922 utfärdade depositionsbevis N:ris 4958/6306, 4959/6307, 4960/6308, 4961/6309, 4962/6310, lydande ettvart å 10,000 mark. Men emedan Hallstén saknat laga rätt att tilltvinga sig berörda depositionsbevis, hade konkursförvaltningen yrkat Hallsténs förpliktande att till konkursboet återställa desamma. RR 5/11 1923: Emedan Försäkringsaktiebolaget Bothnias styrelse genom att mottaga det av G. O. I. Hallstén utfärdade kvittot över pantsättningen av omordade depositionsbevis såsom säkerhet för bolagets på grund av arbetareolycksfallsförsäkringar löpande livräntor måste anses hava godkänt den verkställda pantsättningen, alltså och då sådan pantsättning till förmån för de till uppbärande av livräntor berättiga-

Esitetyn perusteella voidaan katsoa, että vakuutuksenottajalla ei ole vakuutussopimuksen osapuolena oikeutta estää vakuutusyhtiölain 16 luvun 1 §:n 1 mom:ssa tarkoitettua vakuutuskannan luovuttamista omankaan vakuutuksensa osalta mutta hänellä on saman luvun 5 §:n 1 mom:n nojalla vakuutuskannan tultua luovutetuksi oikeus purkaa vakuutussopimuksensa luovutuksensaajayhtiötä kohtaan tehtävin vaatimuksin.[27] Purkaminen ei miltään osin palauta katetta eikä vastuuta luovuttajayhtiölle.

---

de personerna vore giltig, oberoende därav att dessa icke befullmäktigat Hallstén att på antytt sätt bevaka deras fördel i saken, förkastade RR Försäkringsaktiebolaget Bothnias konkursförvaltnings i målet utförda talan. Åbo HovR 5/9 1924: Ej ändring. HD: Ej ändring.

(Två ledamöter: Alldenstund i målet icke ens påståtts, att Hallstén i egenskap av ombud för personer, vilka vore berättigade att av Försäkringsaktiebolaget Bothnia uppbära livräntor, med bolagets direktion ingått privaträttsligt avtal om säkerställande av sagda personers rätt genom utsättande av ifrågavarande depositionsbevis såsom pant, utan fastmer framgått, att Hallstén till fullgörande av vad han ansett sin tjänstepligt innebära och med honom i hans tjänst tillkommande myndighet av bolaget omhändertagit sagda depositionsbevis, fördenskull och då konkursboets talan, vilken sålunda avsåge prövning av den lagliga befogenheten utan Hallsténs omförmälda tjänsteåtgärd, icke kunde i tvistemålsväg till prövning upptagas, prövade de rättvist upphäva och undanröja vad domstolarna i målet tillgjort, samt lämna konkursboets yrkanden utan avseende).»

[27] Ks. myös hallituksen esitys n:o 91/1985 vp. s. 5. Artikkelin painamisen jälkeen on 27 päivänä kesäkuuta 1986 annetulla lailla (517/86) vakuutusyhtiölain muuttamisesta muutettu mm. lain 16 luvun 3 §:n 2 ja 4 mom. ja 5 §:n 2 mom.

Heikki Jokela

Yritysten kansainvälisen yhteistoiminnan oikeudellisista muodoista (joint venture — konsortio)[1]

I. *Yleistä.* — Valtiolliset rajat ylittävän taloudellisen kehitystyön ja muun vuorovaikutuksen jatkuva kasvu on viime aikoina suunnannut yhä enemmän huomiota yritysten yhteistoiminnan oikeudellisiin perusteisiin.[2] Oikeudellisten ilmiöiden hallinta tällä alalla on jo yhden oikeusjärjestyksen piirissä suurta tarkkuutta vaativaa. *Kansainvälisissä yhteyksissä* tarkkuuden vaatimus on vielä painavampi; lakimiehen on tällöin otettava huomioon:

— Aineellisten oikeusnormien erilaisuus eri maissa (erityisesti yhteisöoikeudessa), ja
— edelliseen liittyen, käsitteiden sisällön vaihtelut maittain, mitä on

[1] Kirjoitus on täydennetty versio alustuksesta, joka on esitetty 25 hengen lakimiesryhmälle 1985—86 järjestetyn täydennyskoulutusohjelman »Ulkomaankaupan oikeutta» III jaksolla marraskuussa 1985. Ohjelman toteuttaja oli Helsingin yliopiston vertailevan oikeustieteen laitos yhteistyössä yliopiston Lahden tutkimus- ja koulutuskeskuksen kanssa.

[2] Esimerkkejä YK:n järjestöjen mielenkiinnosta:
— Manual on the establishment of industrial joint-venture agreements in developing countries. New York 1971 (UNIDO).
— Guide on drawing up international contracts on industrial co-operation. Geneva 1976 (ECE).

Vankkaa käytäntöön nojautuvaa perustutkimusta esim. nämä:
— *Mercadal, Barthélémy & Janin, Philippe:* Les contracts de coopération interentreprises, Paris 1974.
— *Dubisson, Michel*: Les groupements d'entreprises pour les marchés internationaux, Paris 1979.
— *Dabin, Léon*: Les structures de coopération et les contraintes nées du droit des sociétés — The structures of cooperation and company law constraints, Droit et pratique du commerce international 1984. 477. (Myös tämän aikakauskirjan edellisessä numerossa on hyviä tutkielmia, englanninkielisin tiivistelmin, yritysten yhteistoiminnasta, tekijöinä *Dubisson, Mercadal, Previsani* ja *Durand-Barthez.*)
— *Baptista, Luiz O. & Durand-Barthez, Pascal*: Les associations d'entreprises (Joint Ventures) dans le commerce international, Paris 1986.
— *Hautkappe, Bernhard*: Unternehmereinsatzformen im Industrieanlagenbau, Heidelberg 1986.

omiaan hämärtämään se, että käsitteiden sanallinen ilmiasu ei aina viittaa todellisen sisällön erilaisuuteen.

Eroavuudet ja yhtäläisyydet on kansainvälisessä kentässä liikuttaessa pyrittävä huolellisesti selvittämään *kaikkien niiden oikeusjärjestysten osalta, joiden piiriin yhteistoiminnan oletetaan ulottuvan.* Tätä kehotusta on syytä erityisesti painottaa sen vuoksi, että taloudellisia suhteita määräävien normien suuri yhdenmukaisuus maailmanlaajuisestikin ajatellen voi helposti johdattaa kokeneenkin juristin unohtamaan sellaisia poikkeamia, jotka hänen tapauksessaan saattavat muodostaa kohtalokkaan esteen tavoitteiden saavuttamiselle.

Yritysten yhteistoiminnan luonnollisena lähtökohtana on *velvoiteoikeudellisen sopimussuhteen* syntyminen. Yksin tällä pohjalla toiminta voi pysyäkin, mutta se voi myös kiinteytyä *yhtiösuhteeksi.*

Velvoiteoikeuden alalla ja suurelta osin yhtiöoikeudessakin vallitsee eri maissa laaja *sopimusvapaus,* joka sallii yhteistoiminnan muotojen muuntamisen miltei rajattomasti. Siitä johtuu, että yhteistoiminnan laajassa kentässä esiintyy oikeudellisesti katsoen varsin moninaisia muodostelmia. Niiden kesken voidaan ajattelun jäsentämiseksi tehdä seuraava karkea kolmijako:

1. selvät sopimussuhteet;
2. selvät yhtiösuhteet;
3. kahden edellisen väliin jäävät sekamuotoiset suhteet.

II. Sopimus perustana

Yritysten yhteistoiminnan alkuun saaminen edellyttää miltei ajattelun lakien pakottamana yhteisymmärryksen saavuttamista yhteisistä päämääristä. Näin syntyy kaksipuolinen velvoiteoikeudellinen sopimus, joka määrittelee sopijapuolten oikeudet ja velvoitukset.

Kun yritysten yhteistoiminnasta puhuttaessa yleensä tarkoitetaan yksittäisiin kertasuorituksiin verrattuna suhteellisen monitahoista ja sopimuksen tekemisen jälkeen ainakin jonkin aikaa jatkuvaa yhteistä työskentelyä, on tarpeen jo alkuvaiheessa molemmin puolin ottaa huomioon, että yhteistoimintasopimus tulee olemaan *dynaaminen,* alati kehittyvä sopimussuhde. Dynaamisuuden vaatimuksesta johtuu, että klassinen velvoiteoikeudellinen sopimus sellaisenaan, ilman oikeudellisia lisätoimia, ei yleensä yksin riitä suhteellisen monitahoisen yhteistoiminnan pohjaksi.

Lisätoimia tarvitaan yleensä heti, kun yhteistoiminnan sisältö ei ole rajattavissa kunkin osapuolen erillisiin, toisista täysin riippumattomiin

suorituksiin. Milloin taas asioiden yhdessä hoitaminen on tarpeen, silloin on luontevaa ja useimmiten välttämätöntä perustaa hankkeen yhteinen, vaikkapa kevytkin hallinto. Tällöin astutaan puhtaan sopimussuhteen alueelta yhtiösuhteen suuntaan, ainakin sopimus- ja yhtiöoikeuden väliselle »harmaalle vyöhykkeelle».

Yhteistoiminnan kehittyminen kohden yhtiösuhdetta ei merkitse lähtökohtana olleen sopimussuhteen kuoleutumista. Siinäkin tapauksessa, että yhteistoiminnan osapuolten kesken syntyy erillisen oikeushenkilöllisyyden omaava yhtiö, tämän käyttäminen välineenä yhteistoiminnan päämäärien toteuttamiseen yleensä edellyttää, että toiminnan perustana ollut sopimus, asianmukaisesti sopeutettuna, on edelleen ohjeena yhteisen yhtiön toiminnan suuntaamisessa.

III. Yhteistoiminnan kiinteytyminen (joint venture — konsortio)

Nykyisin yleisesti käytetty nimitys puhdasta sopimussuhdetta kiinteämmistä yhteistoimintasuhteista on *joint venture (JV).* Arvovaltaisessa teoksessa International Encyclopedia of Comparative Law (vol. XIII, Chapter 1, s. 1—187) Jacques *Heenen* määrittelee JV-käsitteen tarkoittavan ulkoisia liiketoimia harjoittavaa yhteisöä (an external business association), jonka päämääränä on toteuttaa yksi tai useampi erillinen hanke. Termi *external* tällöin tarkoittaa sopimussuhteisiin ryhtymistä yhteisön ulkopuolisten tahojen kanssa.

JV-käsitteen erottaminen rinnakkaisesta *konsortio*-käsitteestä näyttää olevan vaikeata. Niinpä *Heenen* em. määritelmää seuraavassa oikeusvertailevassa katsauksessa lukee Saksan *Gelegenheitsgesellschaft-* eli *Konsortium*-käsitteen JV-käsitteeseen sisältyväksi.

Käsitteiden erottaminen sinänsä ei saa olla oikeudellisen keskustelun lopullinen päämäärä; tärkeätä sen sijaan on, keskustelun ymmärtämiseksi, oivaltaa se, mitä kukin keskustelija käsitteisiinsä sisällyttää. Siksi tahdon esitellä vielä pari tuoretta puheenvuoroa.

Baptista & Durand-Barthez[3] katsoo JV-tunnusmerkeiksi seuraavat:

1. sopimukseen perustuva yhteisö;
2. rajattu toiminnan kohde;
3. voimavarojen ja riskin yhteisyys;
4. osakkaiden yhtäläinen oikeus päätöksentekoon;

(5) tekijät eivät halua monien käytännön edustajien tapaan omaksua sitä rajoittavaa tunnusmerkkiä, että JV-käsitteeseen kuuluu edel-

[3] Ed. alav. 2 mts 44.

lytys toiminnan tulosten jakamisesta osakkaiden kesken.

Mainittujen ranskalaisten tekijäin JV-määritelmän tapaan saksalainen *Hautkappe*[4] erittelee konsortio-käsitteen tunnusmerkit seuraavasti:

1. yhteistyön kohteena on tietty hanke;
2. yhteistyö on ajallisesti rajoitettu;
3. yhteistyö ei vaikuta osapuolien taloudelliseen itsenäisyyteen eikä oikeudelliseen toisistaan riippumattomuuteen.

Ilmeisesti käytännön tarpeisiin kirjoitetussa esityksessään *A. G. Greenwood*[5] — todettuaan ettei termillä *joint venture* ole mitään täsmällistä oikeudellista sisältöä —, sanoo useimpiin JV-toimintoihin kuuluvan seuraavat piirteet:

1. määritelty yhteistoiminnan ala;
2. määräaikaisen konsortion tai oikeushenkilön (temporary consortium or legal entity) perustaminen yhteistoimintaa palvelevaksi erilliseksi oikeudelliseksi välineeksi;
3. osakkaiden nimenomainen sopimus JV:n hallinnosta;
4. osakkaina yritykset (ei luonnollisia henkilöitä).

Greenwood'in esitys on mielestäni erinomainen synteesi siitä, mitä tähänastisen kansainvälisen tutkimuksen ja keskustelun perusteella voidaan pitää yritysten välisten yhteistoimintasopimusten pääasioina. Termien *joint venture* tai *konsortio* käyttäminen ei katsauksemme mukaan sinänsä anna oikeutta tehdä asianomaisten suhteesta johtopäätöksiä juuri pitemmälle kuin että kyseessä on taloudellinen yhteistoiminta. Ehkä kuitenkin on perusteita sille havainnolle, että nimitys *joint venture* enimmäkseen viittaisi pysyvämpään, erillisen oikeushenkilön asuun puettuun yhteistyöhön,[6] kun taas konsortio yleensä viittaisi kohteen ja sopimusajan puolesta rajoitettuun, oikeudellisesti kevyemmin organisoituun toimintaan (puhdas sopimus tai oikeushenkilöllisyyttä vailla oleva yhtiö).

Siltä osin kuin kansainvälisessä yritysten yhteistoiminnassa käytettäviä JV- ja konsortiomuotoja ei asianomaisissa maissa ole erikseen oikeudellisesti järjestetty, sopijapuolten on pyrittävä toteuttamaan tavoitteensa niiden yleisten sopimus- ja yhteisöoikeudellisten normien puitteissa, jotka kussakin tapauksessa ovat käytettävissä.[7]

---

[4] Ed. alav. 2 mts 99 s.

[5] »Joint venture arrangements» teoksessa International trade law and practice, London (Euromoney) 1983 (toim. *Julian D. M. Lew* ja *Clive Stanbrook*), s. 107.

[6] Huomattakoon kuitenkin, että USA:n JV-terminologia ei ole vakiintunut; ks. *Baptista & Durand-Barthez*, ed. alav. 2 mts 8 ss.

[7] Suomen oikeuskirjallisuudesta ei juuri löydy tähän liittyvää kysymyksen asette-

Mielenkiintoisena ja tärkeänä viime vuosien kehityspiirteenä on todettava, että useat Euroopan sosialistiset valtiot samoin kuin Kiina ovat saattaneet voimaan JV-lainsäädännön, jonka tarkoituksena on edistää yhteistyötä paikallisten ja ulkomaisten yritysten kesken.[8] Julkisuuteen saatetuista tiedoista voidaan päätellä, että myös Neuvostoliitossa annettaneen samansuuntaiset normit vuonna 1987.

IV. Eri yhtiötyypit yhteistoiminnan palveluksessa

Kun velvoiteoikeudellinen sopimus yksin ei ole riittänyt yhteistoiminnan järjestämisen perustaksi, vaan avuksi on otettu JV:n tai konsortion nimellä käyvä yhteistyön muoto, silloin on ainakin toisella jalalla astuttu yhtiöoikeuden puolelle. Oikeudellisesti katsoen tämä merkitsee tilanteen muuttumista monitahoisemmaksi ja myös vaikeammin hallittavaksi.

Monitahoisuus ilmenee alkuperäisen sopimuspohjan laajentamisessa uusin sopimuksin, ja edelleen siinä, että dynaamisesti kehittyvä uusi tilanne vaatii uusien oikeusnormien ja -normistojen ottamista mukaan esiin tulevia kysymyksiä ratkaistaessa: sopimusoikeudelliset ja yhtiöoikeudelliset normit ovat kietoutuneet toisiinsa.

Yhteistoiminnan perustana olevan velvoiteoikeudellisen sopimuksen suora vaikutus toimintaan on selvimmillään silloin, kun JV:n tai konsortion apuvälineenä on suhteellisen keveän organisaation ja ohuen normipohjan omaava yhtiömuoto. Sellainen on yleensä henkilöyhtiö, jonka ominaispiirre pääomayhtiöön (esim. osakeyhtiö) verrattuna on osakkaiden toimintapanoksen ensisijaisuus yhtiön käytännön toimissa; kyseessä on yhtiömuoto, jonka käyttö kansainvälisessä toiminnassa näyttää olevan lisääntymässä.

Yhteistoiminnan osakkaiden väliset perussopimukset eivät aina voi näkyä toimintaa toteuttavan pääomayhtiön käytännössä niin välittömästi kuin henkilöyhtiössä on laita, sillä pääomayhtiötä sääntelevä suhteellisen tiukka normisto rajoittaa osakkaiden vaikutusmahdollisuuksia. Näiden yhtiöiden osakkaina olevat, toisistaan riippumattomat yritykset tarvitsevat yleensä yhtiön toiminnan tarkkaa seurantaa ja sen perusteella yhteisen politiikan jatkuvaa tarkistamista muuttuneissa tilanteissa, jotta yhteistoimintaa varten perustettua yhtiötä voitaisiin yhteisymmärryksessä hallita ja käyttää molemminpuolisten etujen mukaisesti.

---

lua. Ks. kuitenkin *Matti Norri*: Uusi yhtiökäsikirja, Jyväskylä 1983, ss. 46—56, jossa käsitellään kiintoisasti konsortiosopimuksen ongelmia.

[8] *A. G. Greenwood*, ed. alav. 5 mts 107.

Vertaileva katsaus kansainvälisessä yhteistoiminnassa tärkeisiin yhtiömuotoihin ei ole rajoitetussa tilassa mahdollinen. Sen sijaan voidaan seuraavassa lyhyesti esitellä Suomen lain mukaiset, tässä yhteydessä kyseeseen lähinnä tulevat yhtiötyypit aiheemme näkökulmasta. Näin saataneen viitteitä yhteistoiminnan järjestämisestä myös ulkomaisissa yhteyksissä, sillä Suomen yhtiömuotojen analogiset vastineet ovat löydettävissä yleensä muualtakin: ovathan oikeusnormistot tälläkin kohden pitkälti yhteistä lainatavaraa.[9]

1. *Siviiliyhtiö* eli *yksinkertainen yhtiö* on »alkeellisin taloudellisen yhteistoiminnan muoto silloin, kun yhteistyötä harjoitetaan erityisen yhteenliittymän puitteissa».[10] Meillä tämä yhteisömuoto on vanhastaan tunnettu yhtiönä, jota ei pidetä itsenäisenä oikeushenkilönä.[11] Yhtiö tuli osaksi lainsäädännön piiriin, kun säädettiin laki eräistä yhteisomistussuhteista (180/58). Vastaava yhtiömuoto tunnetaan useissa muissakin maissa.

Siviiliyhtiö on usein kysymykseen tuleva yritysten yhteistoiminnan väline sekä Suomessa että ulkomailla.[12]

Yhteistoimintasuhteissa erityisen varteen otettava siviiliyhtiön piirre on, että yhtiö voi ilman yhtiökumppanien nimenomaista tarkoitusta kadottaa sisäisen (engl. termi: internal) yhtiön luonteensa ja *muuntua* erillisen oikeushenkilöllisyyden omaavaksi ulkoiseksi (external) yhtiöksi eli *avoimeksi yhtiöksi*.[13] Samankaltainen muuntuminen tunnetaan esim. Englannissa ja Ranskassa.

2. *Avoin yhtiö* erillisenä oikeushenkilönä on käyttökelpoinen usein myös yritysten yhteistyöhankkeissa. Edellä viitattu siviiliyhtiön muuntuminen avoimeksi yhtiöksi on meilläkin huomion arvoinen — yllätyksien välttämiseksi —, vaikka meillä ei liene tässä suhteessa erityisiä ongelmia syntynytkään. Esim. Ranskassa probleemaa pidetään käytännössä vaikeana; siellä näet jälkikäteen tapahtuva tilanteen arviointi tuomioistuimessa on nostanut esiin. esim. sellaisia osakkaiden vastuukysymyksiä kolmatta kohtaan, joita asianomaiset eivät ole osanneet ottaa huomioon. Ranskassa varoitetaan käyttämästä esim. yhteistä toiminimeä tai muita sellaisia ulkoiselle yhtiölle tavanomaisia menettely-

---

[9] Arvokas oikeusvertaileva tutkimus henkilöyhtiöistä: *Heenen, Jacques*: Partnership and other personal associations for profit, Tübingen 1975; käsittää 1. luvun teoksen international Encyclopedia of Comparative Law XIII osasta »Business and private organizations». — Samoin *Dubisson*, ed. alav. 2 mts 137 ss.

[10] Ks. Pienyhtiötoimikunnan mietintö (Km 1983: 56) s. 23.

[11] *Heikonen, A. R.*: Avoin yhtiö, Porvoo 1948, s. 33 ss.

[12] *Norri*, ed. alav. 7 mts 46 ss. jossa käsitellään suomalaista rakennustyöyhteenliittymää.

[13] Vrt. myös ehdotetun henkilöyhtiölain 9: 4_2 §, Km 1983: 56 s. 78.

tapoja, joista voitaisiin päätellä yhtiön erillinen oikeushenkilöllisyys —, mikäli osakkaat tahtovat välttyä kyseiseltä muuntumisilmiöltä.[14]

3. *Kommandiittiyhtiö* saattaa saada entistä enemmän käyttöä yhteistoimintasuhteissa myös siitä syystä, että uusi osakeyhtiölaki näyttää jonkin verran rajoittavan osakeyhtiömuodon käyttöä sellaisen yhteistoiminnan välineenä, jossa henkilökohtainen toimintapanos on ensi sijalla.

4. *Osakeyhtiö* on myös kansainvälisessä yritysten yhteistoiminnassa edelleen merkittävä yhtiömuoto. Se tulee kyseeseen erityisesti vakiintuneessa, laajoihin tavoitteisiin pyrkivässä toiminnassa, jonka rubriikkina monesti esiintyy joint venture.

V. Yhteistoimintasopimuksen suhde yhtiöoikeuden normeihin

Edellä (IV) on korostettu yhteistoiminnan osakkaiden välisen suhteen perustana olevan velvoiteoikeudellisen sopimuksen merkitystä vielä senkin jälkeen, kun toimintaa varten on syntynyt yhtiö erillisenä oikeushenkilönä tai siviiliyhtiönä. Seuraavassa tarkastellaan pääasiassa *Dabin*in mukaan (ed. alav. 2 mainittu tutkielma, passim) eräitä sanotun perussopimuksen ja yhtiönormiston kosketuskohtia.

1. Aiheemme käsittää toisiinsa nähden *autonomisten yritysten* yhteistoiminnan sovittujen tavoitteiden saavuttamiseksi. Siitä seuraa, että yhteistoimintasopimus perustuu *sopimuskumppanien ehdottomaan yhdenvertaisuuteen* toiminnan kaikissa vaiheissa.

Kun tältä pohjalta lähtevää toimintaa harjoitetaan erillisen yhtiön välityksin, *yhteistoimintasopimus* — usein pöytäkirjaksi tai basis-sopimukseksi nimitetty — *ei aina sopeudu hyvin yhtiöoikeuden pakottaviin normeihin.* Kuten edellä on lausuttu, näin voi erityisesti olla laita osakeyhtiöissä, kun taas henkilöyhtiöt selvemmin sopimusperäisinä ovat helpommin osakkaiden ohjattavissa. Tämä on tietenkin otettava lukuun yhtiötyyppiä valittaessa. Normistojen välistä kitkaa esiintyy sekä *yhtiön sisäisissä suhteissa* että *yhtiön suhteissa ulkopuolisiin.*

2. Yhteistoiminnan perussopimus, joka saattaa koostua useista, eri osa-aloja koskevista sopimuksista, on tärkeä ennen kaikkea *yhteistoiminnan rajojen määrittelemiseksi.* Koska osakkaiden on määrä jää-

[14] Ks. *Dubisson*, ed. alav. 2 mts 35 ss. kuvaa, miten Ranskan oikeuskäytännössä tosiasiallisen yhtiön (la société de fait) syntyminen päätellään vapaan todisteiden harkinnan perusteella. Erityisesti yhteinen yhtiöpanos ja sen lisäksi voiton ja tappion jakaminen yhtyneinä samassa tapauksessa on ollut riittävänä pohjana yhtiösuhteen toteamiselle. — Vrt. myös ed. alav. 13 mainittua Suomessa ehdotettua normia.

dä edelleen itsenäisiksi yrityksiksi, presumtio on aina sen tulkinnan puolella, että sopimuksessa määritellyn alan ulkopuolelle jäävät toiminnot ovat kunkin sopimuskumppanin kohdalla vapaita sopimuksen mukaisista sidonnaisuuksista.

3. Yhteistoimintasopimuksen ja yhtiönormiston välisiä *hankaustilanteita ennakoitaessa* on otettava huomioon, että kansainvälisyksityisoikeudellinen *sopimusstatuutti ja yhtiöstatuutti määräytyvät eri perusteiden mukaan.* Sen vuoksi on mahdollista, että kumpaankin kysymysryhmään on etsittävä vastaus eri valtioiden laeista (ks. seuraavaa jaksoa VI).

4. Yhteistoimintasopimuksen päämääriin kuuluu myös sen varmistaminen, että *sopimuskumppanit pääsevät hallitsemaan yhtiötä siten kuin on sovittu.*

Yhteisen yhtiön hallinta on suurelta osin myös oikeudellinen kysymys, mutta monesti hallintatavoitteiden toteutuminen riippuu kuitenkin sopimuskumppanien määräämisvallan ulkopuolelle jäävistä valtatekijöistä, kuten asemamaan hallituksen tai kansainvälisten yhteisöjen toteuttamasta talouspolitiikasta.[15]

Kansainvälistä hanketta toteuttavat osapuolet voivat joutua — erityisesti kehitysmaissa — tyytymään vähemmistöosakkuuteen kehitysyhtiössä, joka on perustettu työn kohdemaahan. Jotta työn johto tällöin saataisiin pysymään tuloksesta vastuussa olevalla vähemmistöllä, tästä on pyrittävä tehokkaasti sopimaan, esim. tekemällä *sopimus yhtiön hallinnasta* (management contract). Siinä joudutaan aralle yhtiöoikeuden alueelle, jolta löytyvät kieltonormit saattavat tehdä sovitut hallinnan järjestelyt tyhjiksi.

5. Yhteistoimintasopimus voi olla *kaksijakoinen* sikäli, että siinä sovitaan toisaalta sopimuskumppanien keskinäisistä suhteista yhtiön sisäisesti, toisaalta heidän suhteistaan yhtiöön sen hankkijoina ja suoritteiden vastaanottajina. Siten on tapana sopia esim.:

— yhtiön toimielinten kokoonpanosta ja toimivallasta, menettelystä tärkeitä päätöksiä tehtäessä tai yhtiöosuuksia luovutettaessa (vrt. saksan termi »Konsortialvertrag»);
— osakkaille annettavasta etusijasta yhtiön hankkijoina taikka sen tuotteiden vastaanottajina tai markkinoijina.

6. Yhteistoiminnan *alan ja tarkoituksen oikeudellista määrittelyä* jälkikäteen saattaa vaikeuttaa myös se, että perussopimusten ja niitä toteuttavien yhtiön perustamisasiakirjojen sisältö ei kaikilta osin ole

[15] Erityisesti on kiinnitettävä huomiota myös kilpailuoikeuden normien vaikutukseen yhteistoiminnan kannalta. Ks. esim. *Eser, Gisbert*: Internationale Joint Ventures und EG-Kartellrecht, Recht der Internationalen Wirtschaft 1984, s. 489 ss.

yhdenmukainen. Yhtiön perustamisasiakirjat voivat olla suppeampia esim. seuraavista syistä:

— yhtiön perussääntöjen vakiintunut, lain säännöksiin nojautuva kaava ei salli laajoja ohjelman määrittelyjä;
— osakkaat eivät pidä suotavana yhteistoiminnan perimmäisten syiden ja tavoitteiden ilmaisemista julkisissa yhtiökirjoissa, — joskus tavoitteet ovat jopa sallitun rajoilla liikkuvia;
— yhteistoiminnan luonne edellyttää monesti sopimusten joustavaa sopeuttamista muuttuneisiin oloihin, jolloin vain yhteistoimintasopimus kaipaa muuttamista, yhtiön sääntöjen kelvatessa ennallaan.

Yhteistoiminnan käytännössä näyttää vallitsevan yksimielisyys siitä, että sopimuksia ja yhtiöasiakirjoja on oikeudellisessa tulkinnassa pidettävä *kokonaisuutena,* joka ilmaisee asianosaisten tarkoituksen.

7. Lähestymistapoja *yhteistoimintasopimuksen ja yhtiönormiston yhteensovittamiseksi*:

— *Ranskassa* ja *Belgiassa* pyritään johdonmukaisesti kokonaisnäkemykseen, joka ottaa huomioon yhtä hyvin yhteistoimintasopimuksen kaikkine »pöytäkirjoineen» kuin yhtiöasiakirjat. Sanotaan, että tämä vaikea tehtävä on juuri lakimiehille kuuluva!
— USA:n monissa osavaltioissa on oikeuskäytännössä esiintynyt voimakas mielipide, jonka mukaan sopimusperäisen JV:n organisoituminen (incorporation) oikeushenkilöksi merkitsee alkuperäisten sopimusten väistymistä yhtiöasiakirjojen tieltä. »They cannot be partners *inter se* and a corporation to the rest of the world.»
— Saksan liittotasavallassa ja Sveitsissä oikeudellinen ajattelu on rakentanut sopimus- ja yhtiöoikeudessa vallitsevaa laajaa sopimusvapautta hyväksi käyttäen kaksoisyhtiön (Doppelgesellschaft). Se käsittää yhteistoiminnan osapuolten sopimussuhteen tulkittuna siviiliyhtiöksi (ei oikeushenkilö) ja tämän rinnalle perustetun erillisen yhtiön (oikeushenkilö). Yhteistoiminnan oikeudellista luonnetta ei tämän ajattelutavan mukaan voida selittää yksin toisen yhtiön perusteella, vaan mukaan on otettava kumpainenkin yhtiö asiakirjoineen.

VI. Kansainvälisiin yhteistoimintasuhteisiin sovellettava laki

Yhteistoimintasuhdetta ei voida siihen sovellettavaa lakia etsittäessä käsitellä yhtenä kokonaisuutena. Vakiintuneen käsityksen mukaan näet kyseessä on kaksi oikeudellisesti katsoen eri tyyppeihin kuulu-

vaa ilmiötä: yhteistoimintaa tarkoittavan sopimussuhteen syntyminen ja yhteistoiminnan välineeksi tarkoitetun yhtiön muodostuminen. Siksi *sopimusstatuutti* ja *yhtiöstatuutti* on pidettävä toisistaan erossa.

Seuraavat suuntaviivat nojautuvat lähinnä tutkielmaan *Zweigert, Konrad & von Hoffmann, Bernd:* Zur internationalen Joint Venture (Festschrift Martin Luther, München 1976, s. 203 ss).

1. *Yhteistoimintasopimus* on luonteeltaan velvoiteoikeudellinen. Vakiintunut käsitys *lakiviittauksen* sallittavuudesta soveltuu myös tässä. Elleivät sopimuskumppanit ole määränneet sovellettavaa lakia, *yksilöimismenetelmä* on varteenotettava ennen luonteenomaiseen suoritukseen nojautuvaa menetelmää, sillä kyseinen sopimustyyppi ei juuri »paljasta» erityistä luonteenomaista suoritusta kenenkään sopijapuolen osalta. *Sopijapuolten yhteinen kotimaa* tai *liikepaikka* on hyvä presumtio. Milloin nämä ovat eri maista, esitetään *neutraalin lain* etsimistä tai, välimiesmenettelyn yhteydessä, sopijapuolten *kotimaan lakien kumulatiivista soveltamista.*

2. *Yhtiösuhteeseen sovellettavan lain* määräämisessä eriytyvät seuraavat kysymysryhmät:

— Pelkkä sopimussuhde yhtiöstä ilman hallinto-organisaatiota käsitellään sopimusstatuutin mukaan.
— Yhtiö, jolla on oma hallinto mutta ei oikeushenkilöllisyyttä, alistetaan toimintapaikan lain alaiseksi.
— Yhtiö itsenäisenä oikeushenkilönä käsitellään yhtiöstatuutin mukaan, mikä vakiintuneesti on joko *perustamismaan* laki (inkorporaatioteoria) tai *yhtiön päähallinnon sijaintimaan laki* (siège social -teoria).

VII. *Suomen näkökulmasta* on todettava, että meillä ei toistaiseksi ole paljonkaan käsitelty edellä puheena olleita kansainvälisen yhteistoiminnan kysymyksiä. Sen vuoksi minun kirjoitukseni perustuu suurelta osin ulkomaisiin lähteisiin.

Toisaalta haluan lukijalle avoimesti ilmaista sen, että olen valikoinut lähteeni sitä silmällä pitäen, että esitetyillä mielipiteillä on käsitykseni mukaan kantavuutta laajemmaltikin kuin vain yhden valtion oikeuden kannalta. Sen vuoksi pidän lähteitäni huomion arvoisina myös meillä näitä asioita pohdittaessa, varsinkin kun suomalaisen yrityksen on useimmiten pakko sopeutua järjestelyihin ja ratkaisuihin, jotka tapahtuvat meidän maamme ulkopuolella.

K. K. Kankaanranta

Juristi yritysjohtajana

Tarkastelen aihettani yksinomaan omasta subjektiivisesta näkökulmastani pyrkimättäkään edes kvasitieteelliseen esitykseen. Koulutus ja sen suomat valmiudet työelämään ovat askarruttaneet mieltäni sen yli neljä vuosikymmentä kestäneen toimintani aikana, joka on kulunut saatuani 1945 todistuksen 'tuomarinvirkaan oikeuttavaan tutkintoon', kuten siihen aikaan juhlallisesti sanottiin. Tämä tutkinto oli Helsingin Yliopistossa suorittamani ylempi oikeustutkinto.

Yliopisto-opintoni — kuten useitten muittenkin ikäluokkani ylioppilaitten — ajoittuivat toisen maailmansodan aikoihin ja niitä leimasivat monet dramaattiset tapahtumat. Eräät luokkatoverini, jotka myös opiskelivat lakia, kirjoittivat maturiteettikokeensa yliopiston 'pommisuojassa' marraskuun 30 päivänä 1939 aiheesta 'Ilmapommitus', kun Helsinki koki samanaikaisesti ensimmäisen ilmapommituksensa. Yliopisto-opiskeluajastani, joka alkoi kesällä 1938 Turun kesäyliopistossa Pohjoismaiden historian ja filosofian abrobatur-tutkintojen suorittamisella ja päättyivät 4. 12. 1945 publikkiin, joka tapahtui päällystakit yllä tiedekunnan opettajainhuoneessa lähes täysin kylmissä tiloissa, tuskin ovat verrattavissa mihinkään muuhun aikakauteen oikeustieteellisen opetuksen historiassa maassamme.

Käsitykseni mukaan vaatimustaso pyrittiin pitämään kuitenkin lähes muuttumattomana, mikä johti monien kohdalla opintojen keskeyttämiseen tai katkeamiseen, mutta ennen muuta opiskeluajan pitkittymiseen.

Opetuksessa ja tutkintovaatimuksissa oli selviä elementtejä, jotka osoittivat, että humanistisuus, looginen ajattelukyky ja johdonmukainen päättely olivat tavoitteita, joihin tulevien tuomarien valmiuksia haluttiin kehittää. Koulutuksen tarkoituksena oli ennen muuta tuomioistuinlaitoksen juristien ja hallintovirkamiesten koulutus. Sellaista opetusta, joka olisi edes sanottavasti auttanut tulevaa asianajajaa urallaan käytännön asioiden hoitamisessa, ei vielä annettu. Liike-elämän palvelukseen tähtäävät tai joutuvat juristit saivat tuskin mitään erityisopetusta elämänuralleen. Siitä syystä varsin monet opiskelivat joko saman-

aikaisesti tai ennen tai jälkeen juridisia opintojaan kauppakorkeakoulussa tai muissa kaupallisissa oppilaitoksissa. Vaatimukset oikeustieteellisiin tutkintoihin nykyisellään osoittavat, että uudistus opetuksessa on ollut totaalinen. Kuitenkin opetuksen perusliinjat näyttävät säilyneen, joten edelleenkin voitaneen puhua juristeista, jotka ovat saaneet erityiskoulutuksen nimenomaan oikeudellisten kysymysten käsittelyä, hoitamista ja ratkaisemista varten. Näin rohkenisin lähestyä aihettani uskoen, että juristeilla tarkoitetaan muuttuneissa olosuhteissakin sellaisia oikeustieteellisen koulutuksen saaneita, joilla on erityiset valmiudet koulutuksensa edellyttämiin tehtäviin.

Olen joutunut jo asianajajana, suuntautuessani varsin varhaisessa vaiheessa ensisijaisesti liikejuridiikkaan, jatkuvasti läheiseen yhteistyöhön talouselämässä toimineitten ja toimivien lakimiesten ja talouselämän kysymyksiä käsittelevien virkamiesten kanssa. Siirryttyäni 1970-luvun taitteessa päätoimisesti talouselämän palvelukseen olen jatkuvasti joutunut tilanteisiin, joissa on pitänyt arvioida erilaisten koulutusten antamia valmiuksia liikkeenjohdollisten tehtävien suorittamiseen.

On helppo havaita, että juristikoulutuksen saaneet ovat viimeisten vuosikymmenien aikana hyvin sijoittuneet yhteiskuntamme johtotehtäviin paitsi julkishallinnossa — tasavallan presidentin tehtävistä alkaen — myös talouselämän johdossa. Useissa tapauksissa voidaan helposti osoittaa, että kohoaminen organisaation huipulle on johtunut pääasiassa asianomaisen henkilökohtaisista ominaisuuksista. Juristikoulutus on saattanut olla tähän hyväksi avuksi, harvoin vahingoksi.

Eri yhteyksissä on pyritty selvittämään, mitä johtajilta, erityisesti liikkeenjohtajilta edellytetään ja minkälainen heidän koulutuksensa tulisi olla. Joltinenkin yhteisymmärrys vallitsee kaiketi siitä, että mitään sellaista koulutusta ei olekaan eikä ilmeisesti voida kehittääkään, joka suoraan antaisi valmiuden liikkeenjohdollisiin tehtäviin, ainakaan vaativimmissa asemissa. Kysymys on aina erittäin monitahoisten tehtävien suorittamisesta, ja nämä tehtävät ovat opittavissa vain käytännön kokemusta avulla.

Käsitykseni mukaan nimenomaan suomalaisten johtaminen on erityisen vaativa tehtävä. Siitähän antaa mahdollisimman hyvän esimerkin Väinö Linnan Tuntematon sotilas ja hänen kuvaamansa purnaavat jermut, jotka edellyttävät johtajaltaan taitoja ja kykyä, sekä lähimmäistä, hänen kykyjään ja ominaisuuksiaan ymmärtävää ja arvostavaa suhtautumistapaa. Käskemällä, komentelemalla ja mahtailemalla ei suomalaista organisaatiota voi saada parhaimpiin suorituksiin. Oikeahenkinen ote työtovereihin ja siihen ympäristöön, jossa toiminta tapahtuu,

on avainasemassa.

Tuomarinvirkaan koulutettu juristi, jolla on ollut tilaisuus työskennellä alioikeuksissa joko tuomarina tai asianajajana, saa sellaisen valmiuden ihmisten välisten suhteiden ymmärtämiselle ja myös niiden ratkaisemiselle, mikä on hyödyksi varmasti kaikissa juristiuran tehtävissä, mutta ennen muuta liikkeenjohtajana. Sen olen omakohtaisesti voimakkaasti kokenut. Monet juristiystäväni, jotka toimivat liikkeenjohdossa, ovat käsitykseni vahvistaneet. Erityisesti asianajajan kokemus on osoittautunut hyväksi koulutukseksi moninaisiin muihin juristitehtäviin, sen olen kuullut lukuisilta yliopiston professoreilta, korkeilta hallintovirkamiehiltä, jopa korkeisiin oikeuslaitoksen virkoihin kohonneilta lakimiehiltä, joilla on ollut onni nähdä maailmaa myös 'barrikaadin toiselta puolelta.' Lähes kaikki ovat suurella ylpeydellä muistelleet aikaansa asianajajana tai toimintaansa asianajotoimiston apulaisena tai avustajana. Se monipuolinen perehtyminen ihmiselon ihanuuteen ja kurjuuteen, joka tulee jokaisen asianajajauralla toimineen osaksi, tuo ymmärrystä myös muihin tehtäviin. Erityisesti tietenkin tämä kokemus on tärkeä niille, jotka tuomioistuimissa joutuvat ratkaisemaan kansalaisten välisiä ristiriitatilanteita ja päättämään ihmiskohtaloista. Mutta myös liikkeenjohtajana toimiville juristeille on erittäin arvokasta kaikki se tieto ja kokemus, joka on saatavissa juuri asianajajan uralta.

On ollut helppo havaita, miten vaikea on muun kuin juristikoulutuksen saaneen mieltää, että juristikoulutus, jota yliopistoissa on tapahtunut kai niin kauan kuin korkeakouluja on ollut olemassa, antaa sellaisia valmiuksia, joita muilla koulutusaloilla, esim. teknillisellä tai kaupallisella koulutuksella, ei saavuteta. Kuitenkin käytännöllisessä elämässä törmää jatkuvasti tilanteisiin, jossa lakimiehen apuun turvaudutaan vasta sen jälkeen, kun muun koulutuksen saaneet maallikot ovat itseään lakiasioitten ekspertteinä pitäessään tehneet jo korjaamattomia virheitä tai erehdyksiä.

Juristit liikkeenjohtajina kokemukseni mukaan helpommin ja paremmin kuin muun koulutuksen saaneet ymmärtävät ja tajuavat aktiivitoiminnassa olevan lakimiehen ammattitaidon arvon. Varsinkin sen jälkeen kun juristi on jonkin aikaa ollut liikkeenjohdollisissa tehtävissä, hänen pitäisi tajuta, ja useimmiten myös niin tapahtuu, että hän on 'entinen juristi'. Nykyaikainen liikkeenjohto vaatii johtajan panoksen niin kokonaan että hän ei voi eikä kykene säilyttämään erityisosaamistaan oman koulutuksensa jollakin lohkolla, jos hän keskittyy koko panoksellaan päätehtäväänsä. Juristikoulutus tuo kuitenkin erityisen arvokkaan mahdollisuuden mieltää, milloin asia vaatii nimenomaan lainopillisen tai muun asiantuntemuksen käyttämistä ja apua.

Juridinen koulutus ollakseen tarkoitustaan vastaava edellyttää, että sen saanut on oppinut ymmärtämään, että yksityistapauksen ratkaisu vaatii kokonaisuuden hallitsemista ja laajempaa näkemystä, mistä ratkaistavassa tapauksessa todella on kysymys. Juridiikkahan luetaan yhteiskuntatieteisiin. Juristi on koulutuksensa perusteella paremmin perehtynyt yhteiskuntaa säätäviin säännöksiin ja järjestelmiin kuin useimmat muun koulutuksen saaneet. Erittäin monilla koulutuksen aloilla on viimeisinä vuosikymmeninä havaittu välttämättömäksi lisätä koulutusohjelmaan tietoja juuri niistä kysymyksistä, jotka kuuluvat juristikoulutuksen perustietoihin.

Juristilla liikkeenjohtajana on tietenkin samat vaarat kuin muillakin jonkin erikoisalan ammattihenkilöillä. Liikkeenjohtajan on välttämättä irrottauduttava erikoisammattinsa lumoista eikä esimerkiksi teknillisen koulutuksen saaneen tule takertua teknillisiin detaljeihin tai juristin ryhtyä hoitamaan lakiasioita liikkeenjohdollisia velvollisuuksiaan sivuuttaen. Vaara tässä suhteessa on kokemukseni mukaan kuitenkin juristeilla useimmiten pienempi kuin monilla teknillisen tai kaupallisen tai jonkin muun koulutuksen saaneilla.

Yhteiskunta on niin meillä kuin muuallakin jatkuvasti 'kehittynyt' yhä monimutkaisemmaksi. Päinvastaisista pyrkimyksistä ja puheista huolimatta on sääntelyjärjestelmä jatkuvasti paisunut. Laajat asetukset ja säännökset ovat kasvaneet sellaisiin mittasuhteisiin, että tuskin kukaan juristi enää nykyisin voi edes kuvitella hallitsevansa kuin vain hyvin kapeata osaa lainsäädännön alasta. Byrokratia on myöskin paisumistaan paisunut ja budjetin tekijöiden on lopultakin ollut pakko havaita, että on tullut aika harkita yhä paisuvan virkakoneiston supistamista, kun veronmaksajien kuorma on kasvanut kestämättömäksi. Juristeilla liikkeenjohtajina on tai ainakin pitäisi olla edellytykset havaita, että liike-elämä vaatii nykyaikana nopeita ratkaisuja, dynaamista toimintaa ja tehokasta työskentelyä sekä byrokratian purkamista.

Viime aikoina on paljon kiinnitetty huomiota, mitä vaatimuksia yhteiskunnalla ja elinkeinoelämällä on koulutukselle ja mitä muutoksia nimenomaan koulutukseen pitäisi saada, jotta se vastaisi tämänhetkisiä tarpeita. Erityisesti on korostettu, että elinkeinoelämän johtotehtävissä työskenteleville on erinomaisen tärkeätä, että hän on humanisti, että hänellä on inhimillinen ote ympäristöönsä, että hän hallitsee kokonaisuuden ja kaiken lisäksi on ympäristönsä käsityksen mukaan henkilö, joka nauttii arvostusta ammattitaitonsa perusteella.

Nykyisen tietoyhteiskunnan aikana on tietenkin välttämätöntä, että liikkeenjohtajalla on kyky luovaan ajatteluun, eri elementtien arviointiin kokonaiskuvan aikaansaamiseksi ja muodostamiseksi ja monien

detaljien viidakosta päälinjan havaitsemiseen. Mutta yhtä tärkeänä on pidetty myöskin sitä, että asianomaisella on hyvä suullinen ja kirjallinen esitystaito, että hänellä on yhteistyökykyä ja valmiutta suhtautua oikein ympäristöönsä ja muuttuviin olosuhteisiin, kyky tehokkaaseen työskentelyyn ja monien eri vaihtoehtojen järjestämiseen siten, että asiat ovat oikeassa järjestyksessä sekä toisiinsa nähden että arvojärjestyksessä. Tämän hetkiseltä juristikoulutukselta edellytetään ja vaaditaan varmasti lähes kaikkien näiden vaatimusten täyttämistä. Täyttääkö tämän päivän koulutus näitä vaatimuksia ei ole minun arvioitavissani. Varman vakaumukseni mukaan kuitenkin myös juristikoulutuksen saaneet tulevat edelleenkin kilpailemaan tasavertaisina muun koulutuksen saaneiden kanssa liike-elämän johtopaikoista.

Olemme juuri näinä aikoina selvästi joutuneet oman maamme talouselämässä erittäin suurten mullistusten eteen. Vanha yksinkertaiseen mekaaniseen tai kemialliseen puunjalostusteollisuuteen rakentuva taloutemme on muuttumassa ja sen on pakko muuttua. Tietoyhteiskunta on vallannut alaa ja yhteiskuntaelämän muuttuminen yhä suuremmassa määrässä ensin maatalousvaltaisesta teolliseksi ja nyt jälkiteolliseksi tietoyhteiskunnaksi edellyttää myöskin juristeilta entistä enemmän. Myös tässä kehityksessä juristikoulutuksen saaneilla liikkeenjohtajilla on varmasti oleva suorastaan ratkaiseva merkitys. Juristien tehtävänähän on aina ollut yhtäältä saada määritellyksi ja säännellyksi ne puitteet, jotka inhimillinen elämä tarvitsee tuekseen ja ohjaukseksen ja toisaalta myöskin pitää huolta, että nämä säännökset eivät tyrehdytä kehitystä eivätkä johda kangistumiseen ja kaavoittumiseen. Tällainen tilannehan johtaisi — kuten historia on osoittanut — pysähtyneisyyteen ja aikanaan varsin suuriin mullistuksiin.

On varmasti paikallaan, että vielä uudelleen palataan siihen kysymykseen, vastaako muuttuvassa yhteiskunnassa se koulutus, jota oikeustieteellisissä tiedekunnissa nykyisellään annetaan, riittävässä määrin niitä vaatimuksia, jotka talouselämä tulevaisuudessa edellyttää palvelukseensa joutuvilta ja myöskin kaikilta niiltä, jotka valtion, kuntien ja muussa julkishallinnossa tai oikeuslaitoksessa tulevat käsittelemään ja ratkaisemaan talouselämän kysymyksiä.

Leena Kartio

OikTL 36 §:n soveltamiskäytännöstä kiinteistöoikeudessa

1. Yleinen sovittelusäännös on meillä sijoitettu lailla 17. 12. 1982/956 muutettuun OikTL 36 §:ään. Hallituksen esityksessä oikeustoimen kohtuullistamista koskevaksi lainsäädännöksi on todettu uuden OikTL 36 §:n soveltuvan kaikkiin sopimuksiin, joissa osapuoli sitoutuu varallisuusarvoisen suorituksen täyttämiseen toiselle osapuolelle; säännös kattaa siten mm. kauppaa ja käyttöoikeutta koskevat sopimukset.[1] Sopimuksia, joiden kohteena on kiinteistö tai maa-alue, ei ole erikseen mainittu.[2]

Uutta OikTL 36 §:ää valmisteltaessa sovittelu on nähty erityisen tarpeelliseksi silloin, kun kysymys on epätasavertaisten sopijapuolten välisistä sopimuksista. Usein vakiosopimusoikeuden alueella näin varsinkin on laita. Pitkäaikaisissa sopimussuhteissa taas olosuhteiden muuttuminen on omiaan synnyttämään painetta sopimuksen sovitteluun.[3]

Näitä OikTL 36 §:n tyypillisiä ulkokontrahdillisia soveltamisedellytyksiä ajatellen kiinteistöoikeudellisten sopimusten kategoria on epäyhtenäinen.[4] Jos nähdään sopimussuhteessa vahvemmaksi se osapuo-

---

[1] Ks. *HE 247/1981* s. 9.

[2] Yleinen sovittelusäännös on sijoitettu vastaavasti muiden Pohjoismaiden oikeustoimilakien 36 §:ään, ks. lainmuutokset Tanskassa 250/1975, Ruotsissa 185/1976 ja Norjassa 4/1983. Ruotsin uuden OikTL 36 §:n pohjana on *Generalklausulutredningen*in mietintö Generalklausul i förmögenhetsrätten (*SOU 1974: 83*), jossa meidän sovittelusäännöksemme esitöitä perusteellisemmin on tarkasteltu sopimusoikeudellisen sovittelun problematiikkaa. Tässäkään mietinnössä kiinteistöoikeudelliset sopimukset eivät ole saaneet erityishuomiota osakseen.

[3] Sanotun johdosta ks. lähemmin *HE 247/1981* s. 3 s. ja s. 15 s. sekä myös *Aurejärvi, Erkki,* Oikeustointen kohtuullistamisen yleiset opit ja yrittäjien väliset sopimukset, LM 1979 s. 731—736 ja *Wilhelmsson, Thomas,* Vakiosopimus, Vammala 1985, s. 81—86.

[4] Ks. *Aurejärven* esittämää oikeustoimen kohtuullistamisen edellytysten jaottelua toisaalta oikeustoimen *sisältöä,* toisaalta oikeustoimen *ulkopuolisia seikkoja* koskeviksi (ns. ulkokontrahdillisiksi) kriteereiksi. Jälkimmäisiin kuuluvat kysymykset sopimuskumppanien henkilökohtaisista ominaisuuksista ja asemasta, sopimuksen syntyolosuhteista ja olosuhteiden kehityksestä sopimuksenteon jälkeen. Ks. lähemmin Aurejärven ed. av. main. kirj. erit. s. 731 ja Aurejärven esityksen johdosta myös *Kartio, Leena,* Asuntoalueen vuokra, Vammala 1983, s. 176 s.

li, joka on voinut määräävästi vaikuttaa sopimuksentekoon ja sopimuksen sisältöön, ei tämä vahvemmuus kiinteistöoikeudessa välttämättä kytkeydy kiinteistönomistajan rooliin. Tietyissä oikeustoimityypeissä on tosin perusteltua lähtökohtaisesti ajatella niin. Esim. maanvuokrasuhteissa maanomistaja usein voi sanella omistamansa kohteen käyttämisen ja sopimussuhteen jatkuvan voimassapysyttämisen ehdot. Sama saattaa koskea muitakin käyttöoikeussopimuksia, jotka ovat toiselle osapuolelle sosiaalisista taikka taloudellisista syistä, kuten esim. asumisen tai elinkeinon harjoittamisen kannalta erityisen tärkeitä. Toisaalta on muistettava, että mm. juuri maanvuokrasuhteet ovat varsin pitkäaikaisia sopimussuhteita — maanvuokralain (MVL, 29. 4. 1966/258) mukaan pisin vuokra-aika voi olla sata vuotta (MVL 28, 52 ja 73 §). Näissä kuten yleensäkin pitkäaikaisissa sopimussuhteissa kiinteistönomistaja saattaa olosuhteiden muuttumisen myötä tulla sidotuksi toisen oikeuteen käyttää kiinteistöä tavalla, joka kohtuuttomasti rajoittaa hänen omistajanasemaansa.

Käytännössä tärkeä kiinteistöoikeudellinen sopimus on kiinteistönkauppa. Sen osalta ei yleisellä tasolla voida presumoida heikommaksi osapuoleksi sen paremmin ostajaa kuin myyjääkään. Maan arvo perustuu sen pysyvyyteen ja merkitykseen — sananmukaisesti — kaiken toiminnan pohjana; maata ei voida tuottaa lisää siellä, missä sitä tarvittaisiin. Yksityisten välinen kiinteistönkauppa saattaa olla tekijöilleen, erityisesti myyjälle hyvin tärkeä, jopa ainutkertainen oikeustoimi. Myyjä saattaa myös vähemmän asiantuntemuksensa taikka muiden syiden vuoksi olla sopimuksenteossa ostajaa heikompi osapuoli. Julkisyhteisöiden ollessa myyjinä asetelma on toisenlainen. Kun kunnat myyvät maa-alueita esim. asunto- tai teollisuustarkoituksiin, kaupat säännönmukaisesti tapahtuvat rutiininomaisesti vakiosopimusten pohjalta taikka ainakin standardisoituja ehtoja käyttäen.[5] On selvää, että luovutuksilla tällöin on osin toinen merkitys ja sisältö kuin yksityisten välisissä kiinteistönluovutuksissa on laita. Näissä tapauksissa myös vakiosopimuksiin perustuvien sopimusehtojen sovittelua koskevat, uuden OikTL 36 §:n esitöissä esitetyt näkökohdat saattavat aktualisoitua.[6]

2.1. Maamme kaikki hovioikeudet lähettävät Turun yliopiston oi-

[5] Kuntien keskusjärjestöillä on kiinteistöjen kauppakirjoja varten omat sopimusmallit; uusimmat ovat Kaupunkiliiton vuodelta 1981 olevat asuntotonttien ja teollisuustonttien kauppakirjamallit (Kaupunkiliiton mallisääntöjä B 183) ja Suomen Kunnallisliiton tarkistettu asuntotontin kauppakirjamalli [lomake N:o 8151: 83 (81)].

[6] Ks. tässä yhteydessä myös keskustelua, jota Oikeustieteen päivillä 1984 on käyty tarpeesta lisätä julkis- ja siviilioikeuden raja-alueille suunnattavaa tutkimusta ja eriyttää tarkastelua varallisuusoikeudessa sen perusteella, onko maanomistajana julkisyhteisö vai yksityinen, Oikeustieteen tila ja tulevaisuus. Vaasa 1985, s. 80.

keustieteellisen tiedekunnan kokoelmiin jäljennökset ratkaisuistaan.[7] Tämän ratkaisukokoelman perusteella on mahdollista hahmottaa kuvaa siitä, millainen merkitys uudella OikTL 36 §:llä sen ensimmäisinä soveltamisvuosina oikeuskäytännössä on ollut. Tämän säännöksen soveltamista koskevien ratkaisuiden kokonaismäärää ei ole selvitetty.[8] Sen sijaan 1. 1. 1983—28. 2. 1986 väliseltä ajalta on tästä aineistosta poimittu kaikki ne tapaukset, joissa kysymys on ollut OikTL 36 §:n soveltamisesta kiinteistöoikeudellisiin sopimuksiin. Tapauksia on kaikkiaan seitsemäntoista (17).[9] Niistä viisi (5) koskee kunnan ja yksityisen

[7] Aineisto on kaikkiaan melkoisen laaja. Sopimussuhteet oikeuskäytännössä-nimisen tutkimusprojektin puitteissa on laadittu vuodet 1979—1984 kattava mm. *maan käyttöön ja vaihdantaan liittyviä sopimussuhteita* koskeva hovioikeusratkaisuiden hakusanakortisto. Se sisältää kaikkiaan 1690 merkintää, pääotsikoita on 19 ja alahakusanoja 79. Eniten ratkaisuja (yhteensä 621 merkintää) on hakusanalla Kiinteistönkauppa. Kiinteistönkaupan mitättömäksi julistamista koskevat ratkaisut muodostavat sen suurimman alaryhmän (293 merkintää). Kiinteistönkauppaan liittyvää eläkettä koskee 162 merkintää, maanvuokrasopimuksia 132 merkintää sekä muita käyttöoikeuksia ja irrottamisoikeuksia yhteensä 53 merkintää. Tutkimusassistenttina tässä projektissa on viimeksi toiminut OTK *Marja Pohjonen,* jonka selvitettävänä myös hovioikeuksien ratkaisukäytäntö tätä kirjoitelmaa varten on ollut.

[8] Vuodelta 1983 näitä tapauksia on laskettu olevan hovioikeuksista yhteensä 14 ja vuodelta 1984 yhteensä 17 tapausta. Suurimman alaryhmän (aineistossa yhteensä 17 tapausta) ovat muodostaneet irtaimen kauppaa (asunto-osakkeita ja henkilöautoja) koskevat tapaukset.

[9] Tässä luvussa ei ole mukana Vaasan HO:n tuomio 10. 11. 1983 S 82/377 (KKO 9. 3. 1984: ei valituslupaa), jossa HO tosin on nojautunut OikTL 36 §:ään. Jutussa oli kyse kahden rajakkain sijaitsevan kiinteistön omistajien välisestä sopimuksesta, jolla he olivat sitoutuneet olemaan rakentamatta rakennuksiaan kymmentä metriä lähemmäs toistensa rajaa, ja tämän sopimuksen rikkomisen seuraamuksista, kun toinen naapureista olikin rakentanut rakennuksensa siten, että sen kivijalka oli vain 4,8 m:n päässä rajasta. Rakentaminen oli myös vastoin rakennuslain 120 §:n säännöstä, jonka mukaan etäisyyden rajasta tuli olla vähintään 5 m. HO nojautuen eräistä naapuruussuhteista annetun lain 14 §:ään ja OikTL 36 §:ään hylkäsi kantajan vaatimuksen rakennuksen siirtämisestä taikka vaihtoehtoisesti vastaajan velvoittamisesta suorittamaan hänelle vuotuista maksua rakennuksen pysyttämisestä paikallaan; vastaajan katsottiin niin vähäisessä määrin rikkoneen lakia ja loukanneen kantajan oikeutta, ettei häntä lain rikkomisen perusteella voitu katsoa velvolliseksi suorittamaan sanottua maksua. Koska kuitenkin vastaaja oli sanotuin tavoin rakentaessaan rikkonut asianosaisten välistä sitovaa sopimusta, HO velvoitti vastaajan KO:n tuomitseman määrän kolminkertaiseksi korottaen suorittamaan kantajalle sopimusrikkomuksesta aiheutunutta haittaa vastaavana kertakaikkisena vahingonkorvauksena 30.000 mk. — Tapauksessa ei siis suinkaan ole soviteltu kohtuuttomaksi katsottua sopimusehtoa, vaan HO päinvastoin on pitänyt rakentamisesta pidättymistä koskevaa sopimusta sopijapuolten välillä sellaisenaan sitovana. Kysymys on sen sijaan ollut siitä, onko ollut kohtuullista velvoittaa vastaaja siirtämään rakennus pois.

Usein sellaisissa tapauksissa, joissa kysymys on oikeudesta pysyttää rakennus toisen maalla, tulevat kohtuusnäkökohdat ja kysymys rakennuksen omistajan suojasta tavalla tai toisella esille. Sovittelusäännös ei kuitenkaan aina sovellu nälhin tilanteisiin. Ks. näistä kysymyksistä yleisemmin *Kartio, Leena,* Toisen maalla olevan rakennuksen pysyttämisoikeudesta ja lunastamisesta, Jurisprudentia Turkuensis, Turku 1986, s. 166—177.

välisessä kiinteistönkaupassa sovitun sopimussakkoehdon sovittelua. Yksityisten välistä kiinteistönkauppaa koskee kahdeksan (8) tapausta ja neljässä (4) tapauksessa on ollut kysymys maanvuokrasopimuksesta.

Kunnan ja yksityisen välisen kiinteistönkaupan sopimussakkoehtoa koskevat sovittelutapaukset eivät tarjoa varsinaisesti uutta sikäli, että jo OikTL 36 § alkuperäisessä muodossaan mahdollisti kohtuuttoman sopimussakon sovittelun tietyin edellytyksin. Tapauksia, joissa sopimussakkoehtoa kunnan ja yksityisen välisissä kiinteistönkaupoissa on vaadittu soviteltavaksi, on myös tullut hovioikeuksien ratkaistavaksi aikaisemminkin. Kaikissa nyt tarkoitetuissa viidessä tapauksessa kysymys on ollut sopimussakkoehdosta, jonka kunta on asettanut tavoitteenaan turvata tiettyjä julkisia maa- ja asuntopolitiikkaan taikka työllistämiseen liittyviä intressejä. Esillä olevan kirjoitelman puitteissa ei ole mahdollisuutta näiden tapausten lähempään tarkasteluun.[10] Kiinnitän sen sijaan seuraavassa lähemmin huomiota edellä mainitsemiini yksityisten välistä kiinteistönkauppaa ja maanvuokraa koskeviin tapauksiin.

2.2. Kaikissa kahdeksassa yksityisten välistä kiinteistönkauppaa tai sen esisopimusta koskevassa hovioikeusratkaisussa on viime kädessä ollut kysymys kauppahintaehdon kohtuuttomuudesta. Kantajana on ollut myyjäosapuoli ja yhdessä tapauksessa tämän yleisseuraajat. Luovutussopimusta on vaadittu kokonaisuudessaan pätemättömäksi tai purettavaksi taikka kauppahintaa korotettavaksi. Kuudessa tapauksessa on yksinomaan tai ensisijaisesti vaadittu luovutustoimen julistamista kokonaan pätemättömäksi.

Tapauksista kahdessa on myyjä vaatinut vain kiinteistön *kauppahintaa korotettavaksi* kaupan kohteena olleen alueen *pinta-alaa koskeneen erehdyksen vuoksi.*

> (1) Turun HO 1. 2. 1985 1984 S 3 Par 3 (lainvoimainen). Lohkomistoimituksessa oli ilmennyt, että myydyn määräalan pinta-ala poikkesi kauppakirjassa mainitusta yli 8 ha verran. Myyjä vaati erotusta vastaavaa kauppahinnan lisää 132.825 mk korkoineen. KO hylkäsi kanteen, koska ei ollut näytetty sovitun, että määrä-

[10] Mainituista viidestä tapauksesta kolmessa on ollut kysymys sopimussakkoehdosta sen varalta, että kunnan luovuttama tontti luovutetaan rakentamattomana eteenpäin. Näitä ratkaisuita ovat Helsingin HO 13. 3. 1985 S 1982/1234 (KKO 11. 11. 1985: ei valituslupaa) ja 22. 5. 1985 S 1983/576 (lainvoimainen) sekä Turun HO 22. 2. 1985 1984 S 34 Pir 1 (lainvoimainen). Yhdessä tapauksessa (Turun HO 8. 3. 1985 1984 S 7 Loi 1, lainvoimainen) on ollut kysymys rakentamis- ja työllistämisvelvollisuutta koskevan ehdon ja yhdessä tapauksessa (Kouvolan HO 28. 2. 1986 S 84/138) rakentamisvelvollisuutta koskevan ehdon rikkomisesta. Viimeksi mainitussa tapauksessa KKO on myöntänyt jutussa vastaajana olleelle kiinteistön ostajalle valitusluvan 26. 6. 1986, mutta lopullista ratkaisua ei tätä kirjoitettaessa ole annettu.

alan kauppahinta määräytyi pinta-alan mukaan, *eikä myöskään ollut ilmennyt syytä soveltaa OikTL 36 §:ää.* HO pysytti KO:n päätöksen.

(2) Kouvolan HO 30. 12. 1985 S 84/426 (lainvoimainen). Kiinteistön myyjä selitti kanteessaan kaupan kohteen kokonaispinta-alaksi muodostuneen 11,7 ha l. 3,7 ha enemmän, kuin mitä kauppakirjassa oli oletettu ja edellytetty. Kauppakirjan ehtojen noudattaminen sellaisenaan lähinnä kauppahinnan osalta olisi kantajan mukaan johtanut kohtuuttomuuteen myyjäosapuolta kohtaan, minkä vuoksi hän vaati ostajien velvoittamista suorittamaan lisäkauppahintana 30.312,50 mk korkoineen. KO, jonka päätöksen HO pysytti, katsoi kaupan kohteena olleen tietyn rajoiltaan määrätyn alueen, jonka pinta-alasta myyjä oli omaa huolimattomuuttaan erehtynyt. *Näin ollen ei kauppahintaakaan koskevaa osaa kaupasta ollut pidettävä kohtuuttomana.* — OikTL 36 §:ää ei ratkaisuissa ole nimenomaisesti mainittu.

Kolmessa tapauksessa kiinteistön myyjä on ensisijaisesti vaatinut kiinteistönkaupan julistamista jonkin yleisen pätemättömyysperusteen nojalla pätemättömäksi (tai puretuksi taikka mitättömäksi), ja *toissijaisesti kauppahintaa koskevan ehdon sovittelua.*

(3) Rovaniemen HO 9. 10. 1984 S 83/239 (KKO 11. 12. 1984: ei valituslupaa). Myyjä kantajana oli ensisijaisesti vaatinut kiinteistönkaupan julistamista OikTL 33 §:ssä tarkoitetuissa olosuhteissa tehtynä mitättömäksi ja toissijaisesti, että oikeustointa OikTL 36 §:n nojalla kohtuullistettaisiin siten, että ostaja määrättäisiin heti tai kohtuullisessa ajassa maksamaan kauppahinnan kokonaismäärästä 800.000 mk:sta maksamatta oleva loppukauppahinta 680.000 mk myyjälle. Ostaja oli kauppakirjassa sitoutunut maksamaan sen myyjälle 3.500 mk:n kuukausierissä. HO, joka katsoi, etteivät OikTL 33 §:n soveltamisen edellytykset olleet täyttyneet, sovitteli maksutapaa koskevaa ehtoa katsoen, että sen soveltaminen epätavallisen pitkän maksuajan vuoksi olisi johtanut kohtuuttomaan lopputulokseen. Loppukauppahinta määrättiin maksettavaksi myyjälle kuuden kuukauden kuluessa hovioikeuden päätöksen antamisesta.[11]

[11] KO oli jutussa hylännyt kanteen kokonaan. Sovitteluvaatimus oli hylätty sillä perusteella, että koska kiinteistönkauppa oli määrämuotoinen oikeustoimi, ei kauppaehtoja voitu OikTL 36 §:n nojalla sovitella. Tämäkin käsitys osoittaa usein ajateltavan, että kiinteistönkaupan määrämuotoisuudesta seuraa pitkälle menevä pysyvyys mm. purkuvaatimusten ja kohtuusnäkökohtienkin edessä. Kaikki OikTL:n säännökset sen 1 lukua lukuunottamatta koskevat kuitenkin myös määrämuotoisia sopimuksia, ks. OikTL 1.1 §. Juuri kiinteistönkaupan pätemättömäksi julistamista OikTL:n pätemättömyysperusteilla koskevat jutut ovat käytännössä varsin tavallisiakin, ks. esim. edellä av. 7 esitettyä selvitystä. Itse asiassa yksi MK 1: 2:n muotovaatimuksen keskeisimmistä funktioista on läheisessä yhteydessä OikTL:n sovittelusäännöksenkin eräisiin tausta-ajatuksiin: myyjältä on voitava edellyttää kypsää harkintaa ja häntä on suojattava hätiköityjen luovutustointen seuraamuksilta. Ks. tässä yhteydessä vielä *Wirilander, Juhani,* Kiinteistöjen vaihdannan julkinen valvonta ja MK 1 luvun 2 §, JFT 1984 s. 640 s.

(4) Itä-Suomen HO 26. 9. 1985 S 1983/494 (lainvoimainen). Myyjä oli vaatinut kiinteistönkaupan julistamista puretuksi OikTL 31 ja 33 §:n nojalla taikka ainakin, että ostaja OikTL 36 §:n nojalla velvoitettaisiin suorittamaan kauppakirjan kauppahintaehtoa sovitellen kauppahintaa lisää 26.500 mk korkoineen. Kiinteistön kauppahinnaksi oli sovittu 40.000 mk, vaikka sen arvo kantajan mukaan oli kaupantekoaikana ollut ainakin 66.500 mk. RO *nojautuen OikTL 31, 33 ja 36 §:ään hylkäsi kanteen näyttämättömänä.* HO pysytti RO:n päätöksen.

(5) Turun HO 25. 10. 1985 1984 S 5 Par 3 (KKO 7. 2. 1986: ei valituslupaa). Myyjä, joka oli 86-vuotias, oli myynyt kiinteistönsä ostajille 30.000 mk:n kauppahinnasta. Kauppakirja oli laadittu suomen kielellä, jota ruotsinkielinen myyjä ei täysin hallinnut. Kanteessaan myyjä katsoi, ettei hän ikänsä ja alentuneen terveydentilansa vuoksi ollut ymmärtänyt, että hänen allekirjoittamansa asiakirja oli kauppakirja. Luovutus oli siten pätemätön. Koska kiinteistön käypä arvo oli ollut 150.000 mk, tuli kauppahintaa joka tapauksessa sovitella siten, että ostajien tuli suorittaa hänelle kiinteistön käyvän arvon ja suoritetun vastikkeen välinen ero 120.000 mk. KO, ottaen huomioon oikeustoimen koko sisällön, osapuolten aseman sekä oikeustointa tehtäessä ja sen jälkeen vallinneet olosuhteet katsoi kauppahinnan kohtuuttoman alhaiseksi ja vahvisti OikTL 36 §:n nojalla kiinteistön arvoksi 50.000 mk. Ostajat velvoitettiin suorittamaan kantajalle 20.000 mk korkoineen. HO sen sijaan katsoi jääneen näyttämättä, ettei myyjä kauppakirjaa allekirjoitettaessa täysin olisi ymmärtänyt oikeustoimen sisältöä, taikka että sovittu vastike olosuhteet huomioon ottaen olisi ollut kohtuuttoman alhainen. Sen vuoksi HO hylkäsi kanteen.

Viimeiset kolme tapausta ovat sellaisia, joissa kiinteistönkauppa tai sen esisopimus on vaadittu julistettavaksi taikka on julistettu *kokonaan pätemättömäksi taikka puretuksi kauppahintaa koskevan ehdon kohtuuttomuuden vuoksi.*

(6) Turun HO 23. 11. 1984 1984 S 3 Veh 3 (KKO 23. 1. 1985: ei valituslupaa). Kantajina olleet vanhemmat olivat vaatineet tyttärensä kanssa tekemänsä kiinteistönkaupan esisopimuksen julistamista OikTL 30 ja 31 §:n nojalla mitättömäksi. KO hyväksyi kanteen. HO pysytti KO:n päätöksen lopputuloksen, ei kuitenkaan OikTL:n sanottuihin säännöksiin, vaan sen 36 §:ään nojautuen. HO katsoi *esisopimuksessa sovitun kauppahinnan tilan käypään arvoon verrattuna niin alhaiseksi, että kauppahintaa koskevan ehdon soveltaminen olisi johtanut kohtuuttomuuteen.* Ehto oli sen vuoksi OikTL 36 §:n nojalla jätettävä huomioon ottamatta. Esisopimuksen jääminen muilta osin voimaan taas ei kauppahintaa koskevan ehdon huomioon ottamatta jättämisen jälkeen ollut enää mahdollista.

(7) Kouvolan HO 2. 10. 1985 S 84/268 (lainvoimainen). Kanta-

jat olivat väittäneet vastaajan houkutelleen kantajien ja vastaajien edesmenneen isän kantajien äidin suostumuksin myymään omistamansa kiinteistön vastaajalle kohtuuttoman alhaisesta »pilkkahinnasta», minkä vuoksi kantajat vaativat kiinteistönkaupan ja ostajan sen perusteella saaman lainhuudon julistamista puretuiksi OikTL 36 §:n nojalla. RO, katsoen näyttämättä jääneen, että vastaaja olisi harhauttanut vanhempansa kaupantekoon ja koska oli näytetty kaupan vastanneen täysin vastaajan isän tahtoa, hylkäsi kanteen. HO, perusteluin, ettei vastaajan ollut näytetty erehdyttäneen vanhempiaan kauppaa tehtäessä *eikä myöskään ollut näytetty sellaisia seikkoja, joiden nojalla kauppaan vetoaminen olisi kunnianvastaista, arvotonta tai muutoinkaan kohtuutonta, pysytti RO:n päätöksen lopputuloksen.*

(8) Vaasan HO 28. 11. 1985 S 84/540 (KKO 9. 4. 1986: ei valituslupaa). Määräalan myyjä oli vaatinut ensisijaisesti kaupan purkamista ja toissijaisesti joko, että oikeus toteaisi kauppakirjalla tarkoitetun luovutettavaksi vain vähän yli 10 ha suuruinen määräala rajojen mukaan nyt määräytyneen n. 16,4 ha suuruisen määräalan sijasta, taikka että 30.000 mk:n määräiseksi sovittua kauppahintaa korotettaisiin siten, että vastaaja velvoitettaisiin suorittamaan lisää kauppahintaa 18.000 mk. RO katsoi jääneen näyttämättä, että kauppakirjaan kantajan erehdyksen johdosta olisi tullut virheellinen maininta määräalan pinta-alasta, vaan kantaja oli ollut tietoinen pinta-alan tulleen siinä väärin määritellyksi. Näyttämättä oli myös jäänyt, että kauppakirjaa laadittaessa olosuhteet olisivat olleet sellaiset, että niistä tietoisen olisi kunnianvastaista ja arvotonta vedota kiinteistönkauppaan. Niinikään oli *jäänyt näyttämättä, että kauppakirjan ehdot johtaisivat kohtuuttomuuteen kantajaan nähden, ellei kauppaa purettaisi* tai määräalaa lohottaisi kauppakirjassa määriteltyjä rajoja pienempänä. Tämän vuoksi RO OikTL 32, 33 ja 36 §:n nojalla hylkäsi kanteen. HO, jossa kantaja oli uudistanut vaatimuksensa määräalan kaupan julistamisesta puretuksi taikka toissijaisesti kaupan kohteen vahvistamisesta vain vähän yli 10 ha suuruiseksi, pysytti RO:n päätöksen.

Kaikissa edellä kuvatuissa ratkaisuissa (1)—(8) on kysymys ollut tapauksista, joissa vaaditun taikka toteutetun sovittelun perusteena tavalla tai toisella ovat olleet kaupan *syntyolosuhteet.* Kahta ensimmäistä ratkaisua lukuunottamatta sovittelusäännöstö on toiminut vaikka siihen on pyritty vetoamaan *Aurejärven* kuvaavaa luonnehdintaa käyttääkseni »pätemättömyysinstituution vara-arsenaalina».[12] OikTL 36 §:ään nojautuminen tällä tavoin vastaa hyvin sanotun lainkohdan esitöissä esitettyjä ajatuksia. Hallituksen esityksessä on kiinnitetty huomiota tapauksiin, joissa osapuolen menettely saattaa olla moitittavaa, vaikka se ei täytäkään OikTL:n pätemättömyyssäännöksissä mainittuja edel-

[12] *Aurejärvi,* LM 1979 s. 734 s.

lytyksiä, eikä esim. johda sanotun lain 30 tai 31 §:n nojalla pätemättömyyteen.[13] Niinikään OikTL 33 §:n pätemättömyyssäännöksellä on läheinen yhteys lain 36 §:n sovittelusäännökseen, joskin ne toisaalta eroavat toisistaan eräissä suhteissa.[14]

Tapauksissa (1)—(5) on OikTL 36 §:n mukaisena seuraamuksena ollut kysymys sopimusehdon sovittelusta, ei sen sijaan puuttumisesta sopimukseen muutoin.[15] OikTL 36.2 §:n mukaan kuitenkin mikäli saman lainkohdan 1 momentissa tarkoitettu kohtuuton ehto on sellainen, että sopimuksen jääminen voimaan muilta osin muuttumattomana ei ole ehdon sovittelun vuoksi kohtuullista, sopimusta voidaan sovitella muiltakin osin tai se voidaan määrätä raukeamaan. Toisaalta nimenomaan mahdollisuus saattaa sopimus kokonaan raukeamaan on lain esitöissä nähty *erittäin poikkeuksellisena.* Hallituksen esityksen sanoin »tavoitteena on aina oltava sopimuksen kohtuullistaminen ja sen pitäminen voimassa».[16] Sopimussidonnaisuuden raukeaminen kokonaan

---

[13] Ks. *HE 247/1981* s. 4.

[14] OikTL 33 §:n mukaan riittää, että oikeustoimen syntyolosuhteet ovat sellaiset, että niistä tietoisen olisi kunnianvastaista ja arvotonta vedota oikeustoimeen; sopimuksen sinänsä ei tarvitse olla kohtuuton. Toisaalta toisen osapuolen sellainenkin toiminta, joka ei riitä OikTL 33 §:ään vetoamiseksi, voi oikeuttaa sovitteluun. Toinen osapuoli esim. on saattanut käyttää väärin neuvottelutilannetta paremman asiantuntemuksensa, toisen osapuolen tietämättömyyden tms. seikkojen vuoksi. Lisäksi OikTL 36 §:ään voidaan vedota silloinkin, kun toinen osapuoli oli vilpittömässä mielessä niihin olosuhteisiin nähden, joihin sovitteluvaatimuksen perusteeksi vedotaan; ns. subjektiivinen rekvisiitta puuttuu tällöin. OikTL 33 ja 36 §:n välisestä suhteesta ks. lähemmin *HE 247/1981* s. 11 ja samasta kysymyksestä Ruotsin oikeuden osalta *SOU 1974: 83* s. 132—134 sekä vastaavista norjalaisista säännöksistä Formuerettslig lempningsregel. Norges offentlige utredninger *(NOU) 1979: 32* s. 50. Ks. myös *Wilhelmsson* s. 83 s. ja *Portin, Göran,* Om jämkning av oskäliga avtal, JFT 1974 s. 334.

[15] Ks. tässä yhteydessä myös *SOU 1974: 83* s. 165, jossa on todettu OikTL 36 §:ään perustuvan mahdollisuuden vastikkeen sovitteluun toimivan kiskomissäännösten täydentäjänä tapauksissa, jolloin sopimuksen vahvempi osapuoli tavalla taikka toisella on käyttänyt väärin asemaansa ilman, että olosuhteet olisivat niin kärjistyneet, kuin OikTL 31 §:ssä edellytetään. Tämäntapaiseksi näyttäisi KO arvioineen tilanteen edellä mainitussa tapauksessa (5). Mitä taas tulee tapauksiin, joissa kaupan kohteen pinta-ala on ollut kauppaa tehtäessä oletettua suurempi, saattaa myyjän kauppahintaa koskeva korotusvaatimus menestyä pelkästään sillä perusteella, että voidaan näyttää tarkoitetun, että kauppahinta määräytyy myydyn alueen pinta-alan mukaan. Ks. myös KKO 1958 II 88. Tapaukset (1) ja (2) osoittavat, että OikTL 36 § periaatteessa voi tarjota lisäperusteen kauppahintaa koskevalle korotusvaatimukselle näissä tapauksissa.

[16] Näin *HE 247/1981* s. 17. Tällöin on korostettu nimenomaan kohtuullistamista vaativan (heikomman) osapuolen intressiä saada sopimus pysytetyksi voimassa. Varsin tärkeäksi eroksi OikTL:n pätemättömyyssäännösten ja 36 §:n välillä on lisäksi nähty, että viimeksi mainittu säännös mahdollistaa sopimuksen jäämisen soviteltuna voimaan. Myös sitä seikkaa, että OikTL 36 §:n sovittelukynnys on lain 33 §:n pätemättömyyskynnystä matalampi, on perusteltu osaksi juuri sillä, että sopimus sovittelutapauksissa kuitenkin jää soviteltuna voimaan, ks. vielä *HE 247/1981* s. 4 ja s. 11 sekä vrt. Ruotsin oikeuden osalta vastaavasti *SOU 1974: 83* s. 113 s. ja s. 121.

saattaisi olla paikallaan vain eräissä erityistilanteissa suorituksesta sovitun vastikkeen käytyä rahanarvon muutosten vuoksi kohtuuttoman alhaiseksi; sopimuksen sovittelussa korottamalla vastiketta olisi näissä tapauksissa oltava »hyvin varovainen».[17] Sinänsä OikTL 36 § ei kuitenkaan aseta mitään erityisedellytyksiä sellaiselle ratkaisulle, että kohtuuttoman alhaista vastiketta korotetaan määräämättä sopimusta raukeamaan.[18]

Sanotun valossa edellä viimeksi selostetut kolme tapausta (6)-(8) ovat aineiston mielenkiintoisimmat. Niissä näet OikTL 36 §:n säännökseen on nojauduttu taikka pyritty nojautumaan sopimuksen *kokonaispätemättömyyden* perusteeksi. Kirjallisuudessamme on tosin lähdetty siitä, että oikeustoimen kohtuullistamista koskevassa jutussa kumpikin osapuoli voi esittää täydellisen pätemättömyysseuraamuksen käyttöä koskevan vaatimuksen. Sovittelua vaativa osapuoli voi siten esittää, että sopimus tulee katsoa pätemättömäksi, mikäli sopimusta ei sovittelun avulla voida muuttaa häntä kohtaan kohtuulliseksi. Toinen osapuoli taas voi vaatia sopimuksen kokonaisraukeamista, mikäli ei ole *häntä kohtaan* kohtuullista pitää sisällöltään soviteltua sopimusta voimassa.[19] Esillä olevissa tapauksissa kuitenkin sopimuksen kokonaispätemättömyys tai raukeaminen — käytetyillä sanonnoilla ei ole tässä asiallista merkitystä — on ollut esillä *ensisijaisena* ratkaisuvaihtoehtona.

Ratkaisuista ensimmäinen I. tapaus (6) on varsin »oikeaoppinen» sikäli, että tuomioistuin (HO) on kantajan vaadittua oikeustointa julistettavaksi pätemättömäksi omasta aloitteestaan harkinnut myös OikTL 36 §:n soveltamista tapaukseen ja nojautunut siihen. OikTL 36 §:n esitöissä on näet lähdetty siitä, ettei kohtuullistamisvaatimusta välttämättä tarvitse esittää nimenomaisesti, vaan riittää, että se ilmenee muuten osapuolten oikeudenkäynnissä esittämistä vaatimuksista. Niinpä esim. osapuolen vaatiessa sopimuksen julistamista pätemättömäksi hänen voidaan katsoa yleensä vaativan sopimuksen kohtuullistamista siltä varalta, että pätemättömyysvaatimus hylätään.[20] Toisaalta jutussa on olennaista, ettei HO kuitenkaan ole sovitellut vastiketta koskevaa sopimusehtoa kauppahintaa korottamalla, vaan on jättänyt sen kokonaan

[17] *HE 247/1981* s. 15 s.

[18] Ks. myös *Wilhelmsson*, s. 78 sekä OikTL 36 §:n soveltamiskäytäntöä maamme tuomioistuimissa vuodelta 1983 koskevasta oikeusministeriön selvityksestä *Sevón, Leif*, Kan avtal jämkas på grunder som var kända vid avtalsslutet? JFT 1985 s. 160. Oikeusministeriölle toimitettiin yhteensä 29 asiaa koskevaa ratkaisua, joista kahdessa sovittelu oli johtanut siihen, että sovittua hintaa tai muuta vastiketta korotettiin.

[19] Näin *Wilhelmsson* s. 75.

[20] Ks. *HE 247/1981* s. 16.

huomioon ottamatta ja päätynyt tätä tietä julistamaan sopimuksen kokonaan pätemättömäksi.

Mikäli tuomioistuimet kiinteistönkaupan kauppahintaehdon kohtuuttomuutta koskevissa arvioinneissaan kiinnittäisivät huomiota ahtaasti kohteen arvon ja siitä maksetun vastikkeen mahdolliseen epäsuhtaan ja mikäli lisäksi seuraamuksena ehdon kohtuuttomuudesta olisi sopimuksen raukeaminen kokonaan, olisi OikTL 36 § omiaan johtamaan eräänlaisen uuden pätemättömyysnormin syntyyn. Se voitaisiin formuloida esim. seuraavasti: jos kiinteistön kauppahinta on sen arvoon verrattuna niin alhainen, että kauppahintaa koskevan ehdon soveltaminen johtaisi kohtuuttomuuteen, on luovutustoimi pätemätön — vrt. edellä tapaus (6). Normi voitaisiin ilmaista myös seuraavasti: mikäli kauppaan vetoaminen kauppahinnan alhaisuuden vuoksi on kohtuutonta, kauppa voidaan julistaa OikTL 36 §:n nojalla puretuksi — vrt. edellä tapaukset (7) ja (8). Selvää kuitenkin lienee, ettei kohtuuttomuusarvioinnin koskaan tulisi perustua yksinomaan kiinteistön käyvän arvon ja siitä maksetun kauppahinnan väliseen vertailuun.[21] Samoin kuin OikTL 36 §:ä sovellettaessa yleensäkin tulisi tuomioistuinten ottaa huomioon myös sopimuksen ulkopuoliset tekijät, kuten osapuolten asema kauppaa tehtäessä ja kaupan syntyolosuhteet muutoinkin. Nämä seikat näyttävätkin tosiasiassa vaikuttaneen arviointeihin kaikissa edellä mainituissa kolmessa tapauksessa, vaikkei tämä hovioikeuksien ratkaisuiden perusteluista selvästi ilmenekään. Eri asia on, olisiko tuomioistuinten kiinteistönkaupan kauppahintaehdon sovittelua koskevissa tapauksissa mahdollisimman selkeästi aina myös harkittava mahdollisuutta kauppahinnan korottamiseen kokonaisraukeamisseuraamuksen sijasta. Selvää on, että OikTL 36 § antaa tuomioistuimille tässäkin suhteessa laajan harkintavallan.[22] Mikäli kiinteistönkauppa kauppahintaehdon ollessa kohtuuton kovin herkästi ja vastoin toisen osapuolen tahtoakin voitaisiin saada kumotuksi, saattaisi se avata tien spekulointeihinkin.[23]

2.3. MVL:n alaisia maanvuokrasopimuksia ovat koskeneet omat sovittelusäännöksensä (MVL 4.2, 7.3 ja 4 sekä 29 ja 56 §) jo lain muutok-

[21] Mikäli sopimus on syntynyt tasapuolisissa neuvotteluolosuhteissa, ei vastikkeen sovittelun normaalitapauksessa pitäisi tulla kysymykseen, ks. *SOU 1974: 83* s. 152 s. ja myös *HE 247/1981* s. 14 s. sekä *Wilhelmsson* s. 82 ja hänen viittaamansa KKO 1982 II 192 ja 1983 II 79.

[22] Ks. *HE 247/1981* s. 17 ja *Wilhelmsson* s. 74.

[23] Vrt. *Sevón*, JFT 1985 s. 156, joka on todennut yleisesti hyväksytyksi lähtökohdaksi, ettei oikeusjärjestyksen tule suoda sopimuksen osapuolelle mahdollisuutta käyttää oikeuttaan vaatia sovittelua muiden kuin niiden intressien toteuttamiseksi, joita sovittelusäännöksellä on tarkoitettu suojata.

sesta 19. 4. 1974/303 alkaen. Ajalta ennen uuden OikTL 36 §:n voimaantuloa ei hovioikeuksien MVL:a koskevassa ratkaisuaineistossa ole sellaisia tapauksia, joissa olisi ollut kysymys *muun* vuokrasopimusehdon *kuin vuokramaksua* koskevan ehdon sovittelusta. MVL:n sovittelusäännökset antavat mahdollisuuden sovitella vuokrasopimusehtoja paitsi vuokramiehen myös vuokranantajan hyväksi.[24] Näyttää kuitenkin siltä, että OikTL 36 §:n muutos on ikäänkuin helpottanut tietä vaatimuksille myös muiden kuin vuokramaksua koskevien vuokrasopimusehtojen sovittelusta ja nimenomaan vuokranantajan sovitteluvaatimuksille. Sovittelua vaadittaessa on vedottu MVL:n sovittelusäännösten ohella taikka yksinomaankin OikTL 36 §:ään, ja siihen on myös tuomioistuinten ratkaisuissa nojauduttu. Seuraavat kolme ratkaisua ovat kaikki lainvoimaisia.

(1) Turun HO 24. 1. 1986 1985 S 15 Ulv 1. Vuokranantajan kanteesta maanvuokrasopimusta *OikTL 36 §:n nojalla soviteltiin* siten, että sopimus määrättiin päättymään 50 vuoden kuluttua sopimuksen tekemisestä, vuokramaksua korotettiin ja vuokramaksu sidottiin elinkustannusindeksiin. Kyseessä oli yksityisen vuokranantajan ja kunnan vuokramiehenä tekemä vuokrasopimus vesijohtoverkostoon liittyvän venttiiliaseman rakentamista varten; vuokra-aika oli sovittu toistaiseksi, kunnes aseman tarve lakkasi. MVL:n sovittelusäännöksiä ei ratkaisussa ole mainittu lainkaan.

(2) Kouvolan HO 28. 2. 1986 S 84/296. Maanvuokrasopimuksen eri ehtoja soviteltiin vuokranantajan kanteesta. KO nojautui perusteluissaan *sekä MVL 4 ja 56 §:n sovittelusäännöksiin että OikTL 36 §:ään.* HO pysytti KO:n päätöksen muilta osin, paitsi että vuokranantajan KO:ssa hyväksytty vaatimus vuotuisen vuokramaksun korottamisesta hylättiin perusteluin, että vaikka vuokramaksu oli alhainen, ei vuokranantaja ollut näyttänyt, että se olisi *MVL:ssa taikka OikTL 36 §:ssä tarkoitetulla tavalla kohtuuton.*

(3) Itä-Suomen HO 30. 1. 1986 S 1984/151. Kiinteistönomistajan vaatimuksesta RO julisti hänen ja vastaajana olleen vuokramiehen välisen maanvuokrasopimuksen OikTL 33 ja 36 §:n nojalla mitättömäksi syystä, että kantaja oli sopimusta tehdessään ollut pitkäaikaisen juopottelun jälkitilassa, mistä vastaajan oli katsottava olleen tietoinen, minkä lisäksi sopimusta suoritetun kokonaisvuokramaksun vähäisyyteen nähden oli kantajan kannalta pidettävä kohtuuttomana. HO, todeten kantajan RO:n päätöksessä mainitusta syystä olleen sellaisessa mielentilassa, ettei hän ollut voinut selvästi arvostella vuokrasopimuksen merkitystä, pysytti sanottujen lainkohtien nojalla RO:n päätöksen lopputuloksen.

Uuden OikTL 36 §:n esitöissä on lähdetty siitä, että mikäli jollakin

[24] Ks. *HE 55/1973* laiksi MVL:n muuttamisesta s. 1.

oikeudenalalla on olemassa oma sovittelusäännös, on sitä sovellettava yleisen sovittelusäännöksen sijasta.[25] MVL:n kuten eräiden muidenkin lakien sovittelusäännökset jätettiin uuden OikTL 36 §:n ohella voimaan »informaatiosyistä».[26] Kohtuuttoman maksuehdon sovittelua koskevat MVL 7.4, 29 ja 56 §:n säännökset sisältävätkin enemmän informaatiota kuin uusi OikTL 36 §. Samaa ei sen sijaan voida sanoa MVL 4.2 §:n sovittelua koskevasta perussäännöksestä.[27] Tältä pohjalta on ymmärrettävää, että myös maanvuokrasopimusten sopimusehtojen sovittelua koskevissa jutuissa nojaudutaan lisäksi OikTL 36 §:ään. MVL 4.2 §:n sovittelusäännöksen nojalla ei myöskään ole ollut mahdollista sovitella sopimuksen muita osia soviteltavaksi vaaditun ehdon lisäksi sen paremmin kuin jättää sopimusta kokonaan raukeamaan. Tältä osin uusi OikTL 36 § on siten selvästi laajentanut mahdollisuuksia maanvuokrasopimusten sovitteluun.[28] Tätä mahdollisuutta on myös, kuten edellä kuvatusta tapauksesta (3) ilmenee, käytetty hyväksi. Eri asia on, miten »helposti» tuomioistuinten tulisi *yksinomaan* OikTL 36 §:ään nojautuen katsoa ehdoiltaan kohtuuton maanvuokrasopimus *kokonaisuudessaan* pätemättömäksi tai rauenneeksi. Ongelma on sama kuin mistä edellä kiinteistönkaupan kohdalla olen huomauttanut.

Maanvuokratapauksista viimeinen poikkeaa edellisistä sikäli, että siinä OikTL 36 §:stä ilmeneviin periaatteisiin on nojauduttu mm. maanvuokrasopimuksen sitovuutta koskevassa kysymyksessä. Myös tämä ratkaisu on lainvoimainen.

> (4) Itä-Suomen HO 10. 1. 1985 S 1983/107. Vuokramiestä vastaan nostamassaan kanteessa kiinteistön uusi omistaja katsoi mm., ettei kiinteistöä koskeva aikaisempi vuokrasopimus kohtuuttomana sitonut häntä. Hän vaati vuokrasopimuksen julistamista *mitättömäksi* mm. siksi, että sopimus oli vuokran määrään ja vuokra-aikaan nähden *kohtuuton* taikka ainakin vahvistettavaksi, *ettei* vuokrasopimus vuokra-alueen rajojen osalta puutteellisesti yksilöitynä ja *kohtuuttomana sitonut häntä*. Sen varalta, että vuokrasopimus katsottaisiin sitovaksi, kantaja oli vaatinut joko, että vuokrasopimus määrättäisiin raukeamaan, taikka että vuokramaksuehtoa soviteltaisiin. KO hylkäsi kanteen katsoen vuokrasopi-

---

[25] Ks. *HE 247/1981* s. 10.

[26] Hallituksen esityksessä uudeksi OikTL 36 §:ksi mm. MVL:n sovittelusäännökset todettiin voimaan niinikään jätettyä kuluttajansuojalain (20. 1. 1978/38) sovittelusäännöstäkin (lain 4: 1) seikkaperäisemmiksi, minkä lisäksi sanottiin niissä otetun huomioon ao. laissa säännellyn tilanteen erityistarpeet, ks. *HE 247/1981* s. 11 s.

[27] Ks. kysymyksestä myös *Kartio* s. 173 s. viittauksineen.

[28] Kirjallisuudessamme on katsottu, että OikTL 36.2 §:stä ilmenevän periaatteen tulee koskea kaikkea oikeustoimen sovittelua ja siis myös sellaisia sopimuksia, joita erityislaeissa koskevat omat sovittelusäännöksensä. Ks. *Aurejärvi*, LM 1979 s. 726 av 5, *Kartio* s. 180 ja *Wilhelmsson* s. 75.

muksen osapuolia sitovaksi. HO pysytti KO:n päätöksen lopputuloksen katsoen lisäksi näyttämättä jääneen, että vuokrasopimus, huomioon ottaen sen koko sisältö, olisi alkuperäisten sopijapuolten välisenä ollut kohtuuton.

On selvää, ettei OikTL 36 §:ään voida vedota sen seikan harkitsemiseksi yksittäistapauksessa, voiko esineoikeudellinen sivullissitovuus jäädä syntymättä kohtuussyistä esim. siksi, että kiinteistöön ennen omistajanvaihdosta sivullisen hyväksi perustettu oikeus olisi kiinteistön uuden omistajan kannalta kohtuuttoman raskas. Eri asia on, että kiinteistön uuden omistajan vaatimus häntä sitovan vuokrasopimuksen ehtojen sovittelusta voidaan hyväksyä, mikäli edellytykset siihen lain mukaan ovat käsillä.[29]

3. Edellä suoritettu hovioikeuskäytännön tarkastelu näyttää osoittavan, että uusi OikTL 36 § on merkinnyt enemmän kuin vain »tavanomaiseen oikeuteen kuuluvan säännön siirtämistä kirjoitettuun lainsäädäntöön».[30] OikTL 36 §:n muutos on avannut uuden kanavan vaatimuksille kohtuusnäkökohtien ottamisesta huomioon mm. kiinteistöoikeudellisissa sopimuksissa. Toisaalta uuden säännöksen tultua voimaan siihen oletettavasti aluksi vedotaan useammin kuin myöhemmin tulee olemaan laita. Näin kokeillaan, missä säännöksen soveltamisen rajat ovat. Oikeuskäytännön vakiintuessa samaa tarvetta ei enää ole.[31] Tältä kannalta tuomioistuinten OikTL 36 §:n tulkintaa koskevat kannanotot heti säännöksen voimassaolon alkuvaiheessa ovat erityisen kiintoisia ja tärkeitä. Niinpä mm. kysymys siitä, millä edellytyksin ja missä puitteissa OikTL 36 §:stä tulee tosiasiassa muodostumaan kiinteistöoikeudellisiin oikeustoimiin, erityisesti kiinteistönkauppaan, sovellettava uusi pätemättömyyssäännös, on ratkaisevasti tuomioistuintemme kädessä.

---

[29] Sinänsä kiintoisan kysymyksen esineoikeudessa muodostaa ongelma siitä, tulisiko ja millä tavoin pyrkimyksen oikeussuhteen heikomman osapuolen suojaamiseen vaikuttaa esineoikeudellisten kollisioiden ratkaisuperusteisiin. Toisaalta on korostettu, että niiden »pelisääntöjen», joiden perusteella eri osapuolten suoja kollisiotilanteissa ratkeaa, tulee olla selkeitä ja aukottomia; ne eivät saa jättää sijaa kohtuusharkinnalle yksittäistapauksessa. Ks. ongelmasta *Kartio,* Leena, Uudistuvan esineoikeuden haasteet. Juhlajulkaisu Simo Zitting 1915 — 14/2 — 1985 Helsinki 1985, s. 149 s. viittauksineen ja myös *Rodhe, Knut,* Handbok i sakrätt, Lund 1985, s. XXII.

[30] Tästä ajatuksesta on lähdetty lakivaliokunnan mietinnössä hallituksen esityksestä uudeksi OikTL 36 §:ksi, ks. *Lakiv. miet. 6/1982* s. 1.

[31] Tästä on huomauttanut *Sevón,* JFT 1985 s. 160. Ks. myös *Kauko Wikströmin* esittämää tulkintatilanteiden jakoa avoimeen, tavalliseen ja vahvaan tulkintatilanteeseen Oikeuskäytännön tulkinnasta, Vammala 1979, s. 211—222. Avoin tulkintatilanne kattaa erityisesti vaiheen, joilloin uusi lainsäädäntö on jo voimassa, mutta sitä ei ole lainkaan tai erittäin vähän sovellettu käytännössä. Uuden normin tullessa voimaan sen sovellutuksissa on usein hapuilua tai epävarmuutta. Vähitellen kuitenkin syntyy tulkintalinjoja, jolloin samansuuntaiset tulkinnat ikäänkuin vahvistavat toisiaan.

Lassi Kilpi

Tavanomaisesta oikeudesta vero-oikeudessa

Marraskuun 26 päivänä 1985 korkeimpien oikeuksien tuomariyhdistyksen kokouksessa ennakkopäätöksistä pitämässään esitelmässä[1] professori *Hannu Tapani Klami* mainitsi käyneensä läpi korkeimpien oikeuksien ATK:lle otetut tapaukset etsien viittausta tavanomaiseen oikeuteen. Yhtään tällaista tapausta ei ollut löytynyt. Tavanomaisen oikeuden oikeusohjeiden käyttäminen ei kuitenkaan ilmeisesti ole näin poissuljettu, mutta syystä tai toisesta sitä ei päätöksissä ole nimenomaan mainittu. Tämä on antanut minulle aiheen ryhtyä selvittämään tätä asiaa verotuksessa, lähinnä tulo- ja varallisuusverotuksen kannalta. Verotuksessa kysymys tulee erityisen mielenkiintoiseksi sen vuoksi, että verotus muodostaa poikkeuksellisesti legalisoidun, siis eduskunnan hyväksymällä lailla, vahvistetun oikeuspiirin, koska hallitusmuodon 61 §:n mukaan verosta on säädettävä lailla.

Tämän esityksen suppeus ei anna mahdollisuutta ryhtyä lähemmin selvittämään tämän tavanomaisen oikeuden käsitteen sisältöä. Täten pyrin vain tarkastelemaan, missä määrin hallintotoiminnassa ja hallinto-oikeudellisessa lainkäytössä verotuksen alalla sovelletaan sellaisia oikeusohjeita, joita ei välittömästi tai välillisesti voida johtaa eduskuntalain nimenomaisista säännöksistä. Välillisellä soveltamisella tarkoitan sellaisten tulkintasääntöjen kuin esimerkiksi e contrario-päätelmän käyttämistä. Niinikään käsittelen lähinnä kokonaisen oikeusinstituutin syntymistä eli laajemman asiaryhmän yhtenäistä käsittelyä, joskin jonkin yksityisen lainsäännöksenkin tulkinnassa voi ilmetä tavanomais-oikeudellista arvostamistapaa.

Viimeksimainitusta voin mainita tilanteen, joka syntyi, kun EVL:n 54 §:n alkuperäisen sanamuodon mukaan ei ollut täysin selvää, edellyttikö lain 28 §:n mukaisen 50 %:n vaihto-omaisuuden aliarvostusvähennyksen tekeminen sen vastaavaa käsittelyä kirjanpidossa. Asiaa sekotti perusteellisesti se, että lain valmistelutöissä keskeisessä ase-

[1] Julkaistu DL 1986 s. 159 ss.

massa olleet Olli Ikkala—Edward Andersson—Erkki Nuorvala heti lain julkaisemisen jälkeen ilmestyneessä sanotun lain kommentaariteoksessaan Uusi elinkeinoverolainsäädäntö 1973 s. 225 esittivät sen kannan, ettei tätä tarvinnut suorittaa kirjanpidossa vaan että oli riittävää sitä koskevan vaatimuksen tekeminen vain vero-ilmoituksessa. Oli selvää, että tämän jälkeen käytännössä tätä mahdollisuutta käytettiin runsaasti hyväksi, vaikka tällainen tulkinta jo alunperin herätti epäilyjä. Kysymys ei tullut KHO:n ratkaistavaksi kuin vasta vuosien päästä. KHO siis joutui ensimmäisen kerran ottamaan kantaa tähän kysymykseen ratkaisussaan 1975 II 514. Tällöin äänin 4 vastaan 4 lopputulokseksi tuli verovelvolliselle edullisempi ratkaisu eli vähennyksen ilman kirjanpidossa tapahtunutta käsittelyä hyväksyvä kanta. Tätä ei ole ratkaisussa yksityiskohtaisesti perusteltu enkä voi, en ainakaan enää vuosien kuluttua, varmasti mieltää, minkälaisia perusteita lopulliseksi päätökseksi muodostunutta kantaa kannattaneet asiassa esittivät. Omalta kohdaltani en (ks. asiasta lähemmin oikeustapausselostustani Lakimies 1975 s. 696) pitänyt mainitussa teoksessa mainittua tulkintaa oikeana vaan kirjanpitosidonnaisuutta. Kun kuitenkin säännös alunperin oli kirjoitettu epäselväksi[2] ja tätä menettelyä oli laajalti käytetty ja verotuksessa hyväksytty ja sitä oli kirjallisuudessakin lukuisasti puollettu, katsoin jo syntyneen sellaisen oikeuden tällä tavalla vähennyksen tekemiseen, ettei sitä voitu vasta 1975 annetulla päätöksellä evätä. Tässä ajattelussa on siis runsaasti tavanomaisoikeudellista ainesta. Toiset samaan lopputulokseen päätyneet ovat saattaneet ajatella toisin, jopa ehkä katsoneet menettelyn täysin lain mukaiseksi. Minään tavanomaisen oikeuden riidatonta hyväksymistä koskevana ennakkopäätöksenä tätä ei missään tapauksessa voida pitää.

Väärinkäsitysten välttämiseksi huomautettakoon tässä kuitenkin siitä, ettei jonkin menettelyn laaja käyttö ja yleinen käsitys sen verotuksellisesta hyväksyttävyydestä sinänsä merkitsee, että asian tullessa vuosia menettelyn alkamisen jälkeen ensimmäistä kertaa KHO:n ratkaistavaksi edullinen tulos olisi välttämättä hyväksyttävä. Tästä ovat osoituksena ns. ylikorkotalletukset, joita ilmeisesti osuusliikkeiden säästökassatoiminnassa ainakin erään alan keskusliikkeen aktiivisella avustuksella yleisesti markkinoitiin verovapaina. Ne katsottiin KHO:n ensimmäisissä KHO 1980 I 51 ja II 568 sekä tämän jälkeen lukemattomassa määrässä muita ratkaisuja veronalaisiksi. On kuitenkin huomattava, että KHO oli 1966 II 596 ratkaisussaan ja samoihin aikoihin anne-

[2] Ks. *Jaakko Voipio,* Elinkeinoveron tausta, synty ja kehittyminen, Helsinki 1979, s. 116 ss.

tuissa useissa muissa ratkaisuissaan, joita ei tosin ole julkaistu, katsonut ns. tukitalletukset veronalaisiksi. Tämän kannanoton olisi pitänyt antaa aiheen ainakin mainitulle keskusliikkeelle selvittää kysymys ennen laajemman toiminnan alkamista. Täten yksityisen kansalaisen vilpitön käsitys mahdollisesta verovapaudesta ei vaikuttanut tilien verotukselliseen käsittelyyn. Tämä tosin saattoi vaikuttaa veronkorotuksen määrään.

Selvimmin tavanomaisoikeudellinen käsitys verotuksen piirissä on ilmennyt ammattimaisen kiinteistönmyynnin verotuksen osalta, joka tosin on vuoden 1986 alusta kumoutunut. Lukuunottamatta EVL:n 55 §:n säännöstä, jossa ilmoitettiin, ettei tuon lain säännöksiä sovelleta ammattimaiseen kiinteistöjen myyntiin, ja VerotL:n 60 §:n vanhempaa säännöstä, jossa mainitaan ammattimaisen kiinteistön myynnin verotuspaikasta, ei verolainsäädännössämme ole ollut tästä muita säännöksiä. Tämä oikeusinstituutti syntyi vuoden 1924 TOL:n voimassaollessa.[3] On kuitenkin huomattava, ettei tässä laissa ollut oikeastaan lainkaan nimenomaisia säännöksiä siitä, millä tavalla elinkeinotoiminnasta saatava tulo lasketaan. Tietyllä tavalla tästä tosin oli säädetty, kun sen 26 §:n mukaan kirjanpitovelvollisen elinkeinonharjoittajan oli liitettävä veroilmoitukseensa taseensa ja erinäistä muuta selvitystä kirjanpidostaan. Tämä siis osoitti tietynlaista kirjanpidollista tulonlaskutapaa. Ei myöskään vuoden 1943 TOL:ssakaan ollut kuin muutama elinkeinonharjoittajan tulonlaskentaa koskeva säännös. Täten siis liiketoiminnan veronalaisuuden rajat ja tulon laskenta olivat melkein säätelemättömiä asioita ja tulokäsite kaikilla toiminnan aloilla periaatteellisesti sama. Näissä oloissa ei tuntunut kovinkaan poikkeukselliselta, että erääksi elinkeinotoiminnan haarautumaksi ja sellaisena veronalaiseksi katsottiin myös jonkinlaisella suunnitelmallisuudella tapahtuva toistuva kiinteistöjen myynti. Tätä oli omiaan myös pönkittämään sota-ajan poikkeusverolainsäädäntö. Noiden lakien voimassaollessa tuskin voitiin katsoa koko elinkeinotoiminnan verotuksen tapahtuneen ilman lain säännöksiä tavanomaisoikeudellisena instituuttina ja tuskin myöskään siihen liittyvän kiinteistön ammattimaisen myyntitoiminnan.

Tilanne muuttui, kun EVL:n säätämisen yhteydessä 14 TOL:n elinkeinoverotusta koskevaa lainkohtaa kumottiin ja sen lisäksi erinäisiä muita lainkohtia muutettiin ja laki siten periaatteellisesti puhdistettiin kaikista elinkeinoverotusta koskevista säännöksistä ja tästä annettiin

[3] Ks. tästä lähemmin *Lassi Kilpi,* Eräistä EVL:n mukanaan tuomista laintulkintakysymyksistä, Verotus 1/1970 s. 1—7. Ks. myös sama Omaisuuden luovutuksesta saadun voiton verotettavuudesta, LM 1956 s. 230—241 ja Uuden verolainsäädännön välillisistä vaikutuksista vanhojen verolakien tulkintaan, Verotus 3/1969 s. 1—7.

säännökset uudessa EVL:ssa. Kun samassa yhteydessä EVL:n 55 §:ssä nimenomaan ilmoitettiin, ettei laki koskenut ammattimaista kiinteistöjen myyntiä, on selvää, että verolainsäädännöstämme tämän jälkeen puuttuivat verotuspaikkaa koskevaa säännöstä lukuunottamatta kaikki tämän toiminnan veronalaisuutta ja siitä kertyvän tulon laskemista koskevat säännökset. Niin oli erityisesti, kun EVL:n säännökset muotoilultaankaan eivät olleet lainkaan tämän toiminnan verotukseen soveltuvia. KHO:ssa heräsikin kysymys siitä, voitiinko näissä oloissa ammattimaisen kiinteistönmyynnin verotusta lainkaan jatkaa. Asia saatettiin erillisenä keskustelukysymyksenä KHO:n täysi-istunnon ratkaistavaksi. Keskustelun tuloksena enemmistö katsoi mahdolliseksi verotuksen jatkamisen vain 4 jäsenen, joihin kuuluin,[4] katsoessa, ettei verotus ole mahdollinen. Käsitykseni mukaan tämän ammattimaisen kiinteistönmyynnin verotus on levännyt tavanomaisoikeudellisella pohjalla ja sen tarkempi muotoutuminen on rakentunut KHO:n ennakkopäätösten varaan. On näet selvää, ettei tämä oikeusinstituutti voinut kivettyä siihen tilaan, jossa se oli EVL:n voimaan tullessa. Instituutti oli tosin jo tällöin saavuttanut merkittävän vakavuuden. Kun kuitenkin oikeuselämässä on tapahtunut kehitystä, oli tämä tietenkin pyrittävä ottamaan huomioon myös tavanomaiseen oikeuteen nojaavassa oikeusinstituutissa. Näin ollen, kun TVL:n 21 §:n mukaan kiinteistön satunnaisesta myyntivoitosta ei enää verotettu kunnalle myynnin osalta 5 vuoden omistusajan jälkeen, niin KHO jaostoplenumratkaisuissa katsoi, ettei ammattimaisesta kiinteistönmyynnistä voitu kunnalle myyntien osalta verottaa, näin KHO 1981 II 583 (äänestys 4 vastaan 3) ja 584 (äänestys sama) ja 585 (äänestys 6 vastaan 1).[5] Jaoston jäsenistön muututtua ei sanottu kanta kuitenkaan enää pitänyt niinikään jaostoplenumratkaisussa KHO 1985 II 595 (äänestys 6 vastaan 2), jossa kunnalle tapahtunut 2 tontin myynti katsottiin ammattimaiseksi. Asiasisällöltään ei tämä myöhempi ratkaisu kuitenkaan varsinaisesti ollut ristiriidassa mainittujen vanhempien ratkaisujen kanssa, koska tässä viimeksi mainitussa oli kysymys vähäisemmästä myynnistä kuin edellisissä. Näistä esimerkeistä kuitenkin havaitaan, kuinka vaarallinen tällainen lakisäännöksistä riippumaton verotusmuoto on, koska sen myö-

---

[4] Kun tällöin varsinaisella verojaostolla, jonka puheenjohtajana olin, myös molemmat pian eläkkeelle siirtyvät varapuheenjohtajat kuuluivat tuohon vähemmistöön, tilanne KHO:n päivittäisen rutiinin kannalta muodostui kestämättömäksi. Tämän vuoksi katsoin olevani pakotettu käytännössä alistumaan enemmistön kannalle, vaikka en pitänyt sitä juridisesti oikeana enkä edes yhteiskuntasuunnittelun kannalta hyödyllisenä.

[5] Ks. myös samoin KHO 1975 II 562, suurehkon kaavoittamattoman alueen myynti kunnalle (äänestys 3 vastaan 1).

hempi kehittyminen on kontrolloimatonta. On myös huomattava, ettei mainittuja 1981 ratkaisuja ole perusteltu siten, että ne ehdottomasti olisivat sisältäneet kunnille myynnin verovapauden.

Toinen TOL:n aikaiseen säätelemättömään elinkeinoverotuksen yrttitarhaan tunkeutumista yrittänyt rikkaruoho oli ammattimainen osakekauppa ammattimaisen kiinteistöjen myynnin rinnakkaisilmiönä. Tuolla tarkoitan verotusta, joka kohdistui 5 vuoden omistusajan jälkeen huomattavassa määrässä suoritettuihin osakkeiden myyntiin.[6] Tämän rikkaruohon kasvu oli kituliasta, mutta sen onnistui joissakin tapauksissa saada KHO:n armon. Se oli kuitenkin EVL:n voimaantullessa siinä määrin vakiintumaton, ettei sen tukahduttaminen tämän jälkeen tuottanut vaikeuksia. Katsonkin, ettei tämä oikeusinstituutti yleisessä muodossaan enää ole käytännössä, joten sen pitempi käsittely ei tässä ole aiheellista.

Tuon yleisen ammattimaisen osakemyynnin kylkiäisenä kehittyi oikeastaan aivan aiheettomasti jo ennen EVL:n voimaantuloa myös rakennusyrittäjien rakennustoimintansa yhteydessä hankkimien ja omistuksessaan yli 5 vuotta olleiden kiinteistöosakkeiden myynnin verotusmuoto. Täten rakennusyrittäjiä on,[7] ja tämä verotusmuoto on edelleen jatkunut EVL:n voimassaollessa, verotettu ajallisesti rajoittamatta heidän välittömästi tai välillisesti yhtiömuodossa harjoittamansa rakennusliikkeen rakentamista kiinteistöistä hankittujen osakkeiden myyntivoitosta. Tämä verotus on myös ulottunut heidän aviopuolisojensa ja muidenkin perheenjäsentensä tällä tavalla hankkimiin osakkeisiin, ainakin silloin, kun he ovat esiintyneet kiinteistöosakeyhtiön perustajaosakkaina. Aikaisemmin verotus jopa kohdistui heidän perillisiinsä ja alaikäisiin lapsiinsa, mutta viime aikoina tällaiset on yleensä vapautettu verotuksesta. En katso aiheelliseksi tässä ryhtyä lähemmin selvittämään tämän verotuksen nykyistä oikeustilaa, mutta tämänkin pohjaa on pidettävä tavanomaisoikeudellisena. Se on tosin lähempänä EVL:n säädännäisoikeutta mm. siten, että sen omaisuusryhmittymällä on jonkinlaista merkitystä.

Verotus on alunperin perustunut siihen ajatukseen, että rakennusyrittäjät tulisivat verotuksellisesti suhteettoman edulliseen asemaan voidessaan muutaman vuoden viiveellä vapautua selvästi rakennusliikkeeseensä liittyvistä tuloista ja tämä on haluttu torjua. Ajatus sinänsä

---

[6] Ks. tästä lähemmin edellä alav. 3 mainittua kirjoitusta Verotus 1/1970 s. 3.

[7] Ks. tämän verotusmuodon synty- ja myöhemmistä vaiheista lähemmin laajahkoja oikeustapausselostuksiani 1975 II 509, LM 1975 s. 711 ss. ja 1977 II 543, LM 1978 s. 164 ss.

on paljolti oikea, mutta se merkitsee myös rakennusyrittäjän asettamista verotuksellisesti muita kansalaisia epäedullisempaan asemaan ilman, että tätä voidaan perustaa lain nimenomaisiin säännöksiin. Erityisesti koko viime sodan jälkeisenä inflaatiokautena näet useamman vuoden omistettujen osakkeiden kohdalla syntyi inflaatiovoittoja. Kaikkien muiden osalta tällaiset voitot ovat viiden vuoden omistusajan jälkeen olleet verovapaita, mutta rakennusyrittäjät ja heidän perheenjäsenensä ovat joutuneet näistä verotetuiksi. Verotuksellisesti olisi oikea menettely, että yrittäjänvoiton osuus verotettaisiin rakennusyrittäjän edellä mainitulla tavalla pidättämistä osakkeista läheisesti valmistusaikaan kytkeytyen ja että hän tämän jälkeen syntyneestä inflaatiovoitosta tulisi verotetuksi samoin kuin muut kansalaiset. Tällaisen järjestelmän toteuttaminen olisi ollut mahdollista TOL:n mukaan, kun sen 21 §:n 1 kohdan mukaan veronalaista tuloa olivat tavarat, jotka verovelvollinen oli itseään tai perhettään varten käyttänyt elinkeinonsa tuotosta tai kaupan pitämistään valmisteista, ja näiden arvostuksessa oikeuskäytännössä sovellettiin käyvän hinnan periaatetta. Käytännössä eivät verovelvolliset tällaisia tuloutuksia suorittaneet. Täten tavallaan he itse omalta osaltaan olivat tähän menettelyyn syyllisiä. Joka tapauksessa juuri EVL:n voimaantulovaiheessa KHO:ssa oltiin valmiita tästä verotusmuodosta luopumaan, mutta EVL:n 51 §:ssä siirryttiinkin käyvän arvon periaatteesta luopuen oman käytön verotuksessa hankintamenon kannalle. Tämä olisi merkinnyt rakennusyrittäjien osalta yrittäjänvoiton kokonaan verottamatta jäämistä. Tästä aiheutui, että aikaisempi ajallisesti rajoittamaton verotuskäytäntö jatkui. Täten siis tämä tavanomaisoikeudelliseksi katsottava oikeusinstituutti jatkui. Ihmeellistä on, etteivät rakennusyrittäjät ole sanottavasti edes yrittäneet mainitun 51 §:n yksityisottosäännösten nojalla vapautua siitä. En osaa sanoa, olisiko onnistumisen mahdollisuuksia ollut enkä myöskään tässä yhteydessä ryhdy pohtimaan sitä, olisiko katsottava viime vuoden vaihteen satunnaisen myyntivoiton verotuksen uudistusten, jotka poistivat ammattimaisen kiinteistöjen myynnin verotuksen, vaikuttaneen myös tähän verotukseen.

Uudemmista tavanomaisoikeudellisista ilmiöistä kiinnitän huomiota parhaillaan kovassa kehitysvaiheessa olevaan ns. yritysmuodon muutosoppiin. Tämähän sisältää lyhyesti sanottuna sen, että kun liike muutetaan tulolähdekokonaisuuden säilyttäen toiseen muotoon sarjassa yksityisliike — yhtymä — avoin yhtiö — kommandiittiyhtiö — osakeyhtiö, niin tähän ei sovelletakaan tavanomaisia verosubjektin vaihtumiseen yleensä liittyviä seuraamuksia, vaikka tuossa sarjassa selvästi tapahtuu vero- ja jopa yleisen oikeussubjektin muutoksia. Tämä tulkin-

tasuuntaus on yhä vahvistumassa. Viimeaikoina tässä on jätetty huomiota vaille mm. siviilioikeudelliset kiinteistökaupan maakaaren mukaiset muotovaatimukset.[8] Käsitykseni mukaan tämä yritysmuodon verotuksellinen muutosoppi ei suoranaisesti perustu verolain säännöksiin, vaan on itsenäistä verotustapahtuman muotoutumisoppia. Jos ei jo olla, niin tämän kehityssuunnan jatkuessa ainakin pian ollaan tavanomaisen oikeuden piiriin kuuluvassa verotusjärjestelyn muodossa. Tämä asia eroaa aikaisemmin edellä selostetuista siinä, että nyt on kysymys verotuksen lieventämisestä eikä kuten edellisissä verotuksen lisäämisestä. On selvää, että jälkimmäisessä helpommin joudutaan ristiriitaan hallitusmuodon säännöksen kanssa kuin edellisessä. En katso mahdolliseksi tässä yhteydessä ryhtyä tämän esityksen näkökulmasta tarkastelemaan tämän oikeusinstituutin syntyvaiheita ja nykyistä kehitysasemaa.

Tavanomainen oikeus on verotuksessa ilmennyt muillakin tavoin ja nimenomaan sekavaksi muodostuneen lainsäädännön kohdalla. Perintö- ja lahjaverolaki säädettiin vuoden 1924 tuloverolain voimassa ollessa. Siinä omaisuusverotuksessa johdonmukaisesti käytettiin arvostusnormina käypää arvoa. TOL:ssa kuitenkin jossain määrin poiketttiin käyvästä arvosta. Tämän takia, kun PerVL:n 10 §:ssä oli viittaus omaisuuden arvon määräämisestä »niiden perusteiden mukaan, jotka ovat voimassa omaisuuden arvioimisesta tulo- ja omaisuusverotuksessa» on syntynyt tulkintakysymys siitä, onko sellainenkin omaisuus, joka TOL:n tai TVL:n mukaan on arvostettava varallisuusverotuksessa muunlaisten perusteiden kuin käyvän arvon mukaan, perintöverotuksessa kuitenkin arvostettava käyvän arvon mukaan.[9] KHO on asettunut johdonmukaisesti sille kannalle, että tuo viittaus tarkoittaa PerVL:n säätämisen aikana ollutta tuloverolainsäädäntöä ja käyttänyt tällöinkin käyvää arvoa, näin esimerkiksi KHO 1944 I 31, 1946 I 54, 1947 II 380, 1951 II 315, 1958 II 336 ja 1972 II 583.[10] Vaikka KHO:n oikeuskäytäntö oli näin vakiintunut, niin jatkuvasti varsin monet perintöverolautakunnat ovat soveltaneet voimassaolevien tuloverolakien mukaisesti määrättyjä

---

[8] Näin mm. KHO 1985 II 525 ja 582, selostettu DL 1986 s. 128—129.

[9] Ks. tästä *Pauli K. Mattilan* laajaa selostusta Varojen arvostaminen perintö- ja lahjaverotuksessa, Helsinki 1984 ss. 234 erit. 240.

[10] Ks. tästä asiasta KHO 1980 II 617 ja 618 oikeustapausselostustani LM 1981 s. 81. Näissä tapauksissa yleishyödyllisten yhteisöjen verotuksen muutoksien katsottiin muuttavan näiden suoritettavaksi määrättävää työnantajan sosiaaliturvamaksua, vaikka sitä koskevissa säännöksissä ei ollut tapahtunut mitään muutoksia, näin 5 vastaan 2, jotka katsoivat Kansaneläkelain 3 §:n 2 momentissa sellaisena kuin se oli 29. 12. 1972 tarkoitetun silloin voimassa olleen TOL:n 10 §:n 1 momentin 4 kohdassa käsiteltyä toimintaa. Ks. tästä aliv. 9 mainittua *Mattilan* teosta s. 241.

alempia verotusarvoja.[11] Tästä on tietenkin aiheutunut eriarvoisuutta lain soveltamisessa. Tämän kysymyksen yhteydessä on siis veroasioissa havaittavissa paikallista tavanomaiseen oikeuteen viittaavaa, tosin lain säännökseen eräällä tavalla nojaavaa tulkintaa. Ilmiö on minusta se jossain muuallakin havaittavissa oleva, että Helsingin herrojen laki korvataan omalla paikallisella oikeuskäsityksellä.

Uuden lainsäädännön säätämisvaiheessa voi muutoinkin syntyä tietynlaisia vaikeuksia siitä, missä määrin vanha laki on tullut kumotuksi vai olisiko sitä kuitenkin jollain tavalla vielä noudatettava. Tällainen ilmiö esiintyi, tosin suhteellisen vaarattomassa muodossa, kun TVL:n 13 §:ssä korvattiin TOL:n 10 §:n 4 kohdassa olevat yleishyödyllisen yhteisön verovapautta koskevat säännökset. TVL:n säännöksiä laadittaessa puolue-elimet pääsivät voimakkaasti vaikuttamaan säännösten laadintaan ja niissä otetaan korostetusti huomioon näille tyypillinen toiminta. Siinä yhteydessä jätettiin laissa olleesta yleishyödyllisten luettelosta pois eräitä aikaisemmassa lainkohdassa nimenomaan mainittuja toimintalaatuja, kuten opetuslaitos, kansanvalistusta, maanpuolustusta tai kotimaista elinkeinoelämää edistävä toiminta. Normaalisten tulkintasääntöjen mukaan tämän tulisi merkitä sitä, ettei tällaista toimintaa enää pidettäisi verovapaana yleishyödyllisenä toimintana. Voidaan tuskin kuitenkaan katsoa, että tässä tapauksessa olisi varsinaista kannan tarkistusta tapahtunut vaan ainoastaan yleishyödyllisyyden käsitteen laajennus, joten ilmeisesti vanhan lain mukaiset verovapaudet ovat edelleen voimassa.[12]

Suunnilleen vastaavanlaatuinen tilanne syntyi TVL:n 29 §:n 1 momentin 5 kohdan nojalla eläkevakuutusmaksujen vähennyskelpoisuuden osalta. Itse pääsäännön kohdalla ei tapahtunut muutosta, mutta vastaavaan TOL:n 29 §:n 1 momentin 4 kohdan mukaiseen säännökseen liittyi sen 2 momentissa yksityiskohtainen määritelmä siitä, minkälaista vakuutusta oli pidettävä eläkevakuutuksena. Tämä määritelmä jätettiin kuitenkin pois TVL:sta. Tätä poisjättämistä on TVL:a koskevan hallituksen esityksen (40/1974 vp) perusteluissa perusteltu sillä, että eläkevakuutuksen käsite on vakuutustoiminnassa vakiintunut. Tuon jälkeen on kuitenkin kiristynyt kilpailu vakuutusalalla pakottanut vakuutuslai-

[11] Ks. korkeimman oikeuden ennakkopäätöksen alempaa viranomaista koskevasta sitovuudesta *Curt Olsson*, Om rättsutveckling genom dom, LM 1984 s. 1182 ss. ja *Ilkka Saraviita*, Muutama sana Korkeimman oikeuden ennakkopäätösten sitovuudesta, LM 1985 s. 373 ss.

[12] Ks. tästä lähemmin *Lassi Kilpi*, Yleishyödyllisten ja aatteellisten yhteisöjen verovapaudesta, DL 1974 s. 211—241 ja sama Yleishyödyllisiä yhteisöjä koskevat säännökset tulo- ja varallisuusverolaissa, Verotus 3/1975 s. 107—112.

tokset keksimään uusia verolakien aukkokohtiin limittäytyviä, kaupaksi meneviä vakuutusmuotoja, jotka eivät sovellu aikaisempiin määritelmiin. Vaikkakin siis ilmeisesti tuo aikaisempi laissa ollut luettelo on vieläkin siinä mielessä pätevä, että siinä mainittuja vakuutusmuotoja on pidettävä laissa tarkoitettuina eläkevakuutuksina, niin kehitys voi luoda uusia siitä puuttuvia. Täten KHO:n ratkaisussa 1979 I 51 katsottiin tällaiseksi sosiaali- ja terveysministeriön vakuutusasianomaston lausunnon mukaisesti ns. elämisentasovakuutus.[13]

Mielenkiintoisen joskin pääasiassa vero-oikeuden ulkopuolelle jäävän tilanteen kumotun lain soveltamisesta tarjoaa se, joka syntyi, kun OK:n purkua koskevan 31 luvun säännökset korvattiin hallintoprosessiin soveltumattomalla lailla 20. 2. 1960/109 (hallituksen esitys 14/1958 vp). KHOL:n 14 §:n mukaan asian käsittelyssä KHO:ssa on noudatettava laillista oikeudenkäymisjärjestystä.[14] Tämän on katsottu tarkoittavan OK:n yleisten periaatteiden soveltamista hallintolainkäytössä sen vaatimat erityisolosuhteet kuitenkin huomioon ottaen. Katsottiin, etteivät uuden OK 31 luvun säännökset lainkaan soveltuneet hallintoprosessiin (toisin tosin hallituksen esityksen perusteluissa) ja asia oli vaarassa tämän vuoksi kariutua eduskunnassa. Sinänsä hyväksyttävän lakiesityksen pelastamiseksi lakivaliokunnan mietintöön otettiin lausuma siitä, että hallintoprosessissa voitaisiin edelleen noudattaa vanhaa lakia. Suuri valiokunta kuitenkin asettui lausunnossaan toiselle kannalle. Laki hyväksyttiin ja eduskunnan vastaukseen otettiin molemmat perustelut. Tämän jälkeen 1960 luvun alkupuolella purkuasioita käsiteltäessä ei päästy yksimielisyyteen siitä, mitä lakia purkuasioita käsiteltäessä oli sovellettava. Presidentti Kuuskosken, joka oli ollut pääministerinä hallituksen esitystä annettaessa, johtama jaosto viittasi uusiin säännöksiin (näin esimerkiksi KHO 1963 II 51, 155, 192, 238 ja 290; 1964 II 37, 217 ja 241; 1965 II 35, 136 ja 224 sekä 1966 II 7), mutta muut jaostot jättivät viittauksen lainkohtiin suorittamatta (näin esim. KHO 1963 A 271 ja 294; 1964 II 35, 254 ja 264; 1965 II 14, 174 ja 196 sekä 1966 I 5, II 5, 92 ja 155). Henkilökohtaisesti olin jälkimmäisellä kannalla, olinhan ollut lakivaliokunnan sihteerinä sen mietintöä annettaessa. Tämä jälkimmäinen menettely oli ilmeisesti laajenemassa, kuten ilmenee täysi-istuntoratkaisusta KHO 1965 I 3, jossa 12 jäsentä hylkäsi hakemuksen ilman lainkohtaviittauksia, 4 purki ja 5 hylkäsi viittauksin OK 31:7:ään. Tosin ei ennenkään ehdottomasti ollut tapana purkuasioissa

---

[13] Ks. tästä oikeustapausselostus DL 1980 s. 154.

[14] Vastaavia säännöksiä oli VirkamL:n 24, LääninoikeusL:n 25 ja LiikevaihtoverooikeusL 7 §:ssä.

viitata lainkohtiin, näin mm. KHO 1959 II 285 ja 293, toisin 372. Sinänsä erimielisyys oli lähinnä kirjoittamisteknillinen. Aineellisoikeudellista merkitystä sillä tuskin oli. HPurkuL:n voimaantultua kysymys menetti merkityksensä.

Edellä selostetusta ilmenee, että poikkeuksellisissa tilanteissa voi kumotunkin lain noudattaminen nousta ajankohtaiseksi. Mikäli sitä noudatetaan, asia liikkuu tavanomaisen oikeuden soveltamisen rajamailla. Kiteyttäisin kysymyksen tavanomaisen oikeuden soveltamista verooikeudessa siihen, ettei sen merkitystä voida kokonaan poissulkea, mutta että ainakin tällä hetkellä ammattimaisen kiinteistöjenmyynnin poistuttua näyttämöltä sen merkitys on häviävän pieni.

Lopuksi on kuitenkin syytä huomauttaa siitä, että vaikkakin harkintaverotusinstituutti perustuu nimenomaiseen VerotL:n 72 §:n 1 mom. 4 kohdan säännökseen, niin tämä säännös on sisällöltään niin ylimalkainen että todellisuudessa harkinnan määrää arvioitaessa joudutaan tavanomaisen oikeuden piiriin. Ammattimaisen kiinteistöjen myynnin verotuksessa säännösten täydellisestä puuttumisesta huolimatta toimittiin paljon kiinteämmissä puitteissa kuin harkintaverotuksen määrää arvioitaessa on mahdollista. Olen aikoinani julkaissut tutkimuksen[15] harkintaverotuksesta ja päätynyt siihen tulokseen, että kunnallisverotuksen perusperiaatteista on löydettävissä moniakin sellaisia, joilla pitäisi olla merkitystä harkintaverotuksen edellytyksiä ja määrää arvioitaessa mutta että näitä on varsin monia ja ne voivat osittain olla keskenään ristiriitaisia. Täten käytännön verotustyössä näiden käyttäminen ei ole mahdollista. Tämän lausuin ennen tietokoneaikaa. Noiden periaatteiden avulla olisi ilmeisesti mahdollisuus luoda tietokoneohjelmia, joiden puitteissa nämä eri näkökohdat olisi otettavissa huomioon. Jos näin meneteltäisiin, nousisi kysymys näiden ohjelmien valtiosääntöoikeudellisesta asemasta ja sitovuudesta, joka olisi lainsäädännöllisesti järjestettävä. Jos näin tapahtuisi, ei enää oltaisikaan harkintaverotuksessa vaan jossain uudessa alemmalla asteella delegoidun säännösvallan nojalla tapahtuvassa verotuksessa.

Nykyisin harkintaverotus on täysin ohjelmatonta ja satunnaisnäkökohtiin perustuvaa verotusta. Kuinka muutoin voisi ollakaan, kun yli 100 vuotta sitten sovellettuja verotusperusteita yritetään soveltaa nykyajan yhteiskuntaan. Millä voidaan saada ilman yksityiskohtaisia säännöksiä (EVL:n säännökset) yhteismitallisiksi, atomivoimalan, suurtelakan, Keskon tapaisen tukkuliikkeen, insinööritoimiston ja paikallisen osuuskaupan verotus. Ei tähän ole ainakaan mahdollista päästä EVL 72 §:n 4 koh-

[15] Harkintataksoitus, Vammala 1955, erityisesti s. 178 ss.

dan säännöksen pohjalta. Perusvirhe elinkeinotoiminnan kunnallisverotuksessamme on nähdäkseni se, että 1940 luvulta lähtien sitä on vähitellen pyritty yhdenmukaistamaan valtiollisen tuloverotuksemme säännösten kanssa kiinnittämättä lainkaan huomiota kunnallisverotuksen erityispiirteisiin. Käsitykseni mukaan lakitekstien kirjoittajilla ei ole edes ollut selvää käsitystä kunnallisverotuksen luonteesta. Kun elinkeinoverotusta koskevissa kunnallisverosäännöksissä ei oteta huomioon kunnallisverotuksen merkityksellisiä erikoispiirteitä, ollaan jouduttu tilanteeseen, jossa ei päästä eroon tuosta muinaismuiston luonteisesta 100-vuotiaasta harkintaverotuksesta. Sen näet katsotaan paikkaavan kunnallisverolainsäädännön puutteita. Kunnallisverotuksen yhdenmukaistaminen valtion tuloverotuksen kanssa on johtanut irtipääsemättömään harkintaverotus kurimukseen. Tämäkin osoittaa, ettei tavanomaisoikeudellinen menettely sovellu vero-oikeuteen, vaan olisi pitäydyttävä hallitusmuodon 61 §:ssä edellytettyyn menettelytapaan, jonka vastaisena tosiasiallisesti pidän nykyistä harkintaverotusinstituuttia.

Antti Kivivuori

Lakitulvasta seisovaan veteen

Lakien ja oikeussääntöjen määrää on arvosteltu. Nimekkäitä arvostelijoita ovat olleet muun muassa Seneca, Thomas More, Luther, Montesquieu ja von Ihering. Viime vuosikymmenen jälkipuoliskolla arvostelu yltyi. Viskottiin moitteita lakitulvasta, lakien inflaatiosta, oikeudellistumisesta, pykäläviidakosta, normihurmoksesta.

Yltyneelle arvostelulle on ollut ominaista osoitteettomuus. Arvostelijat eivät juurikaan ole nimenneet niitä lakeja tai lainkohtia, jotka heidän mielestään ovat liikaa tai suorastaan haitaksi. Arvostelussa on kyllä viitattu lakien ja sääntöjen määrästä kertoviin lukemiin, kuten vuotuisten säädösjulkaisujen sivumäärien kasvuun, julkaistujen säädösten lukumäärien tai pykälämäärien kasvuun sekä voimassa olevan säännöstön kokonaiskasvuun.

Vuonna 1984 ilmestyneessä Peter Nollin muistojulkaisussa Claus-dieter Schott tarkastelee 1800-luvun oikeuskehitystä ja toteaa, että despotismin maissa on enemmän tuomareita ja pyöveleitä kuin lakeja. Muistamme Napoleonin tokaisseen, että perustuslain tulee olla lyhyt ja epäselvä. Voimme muistella, minkälaisia laintulkinnan periaatteita seurattiin Saksassa vuosina 1933—45.

Lakitulvan moittijat ovat monasti esiintyneet ristiriitaisella tavalla. Lähes samaan hengenvetoon kuin vaaditaan lakisääntelyn vähentämistä ehdotellaan uutta lainsäädäntöä. Maaliskuussa 1985 julkaistiin yhteispohjoismaisesti valmisteltu kauppalakiehdotus, jonka toteuttaminen Suomessa lisää lakipykälien määrän tuolla lohkolla noin 9-kertaiseksi. »Suomi tarvitsee lain», sanoi yksi lehti, »kauan kaivatusta laista» puhui toinen. »Epäselvän normiston korvaaminen täsmällisiä säännöksiä sisältävällä kauppalailla on tärkeää», lausui kolmas. Sveitsiläinen professori Hans Nef tuskin osuu täysin harhaan todetessaan: »Tarpeettomia ovat muita hyödyttävät lait, eivät minua hyödyttävät.»

Esittämällä muutaman vinon huomautuksen olen koettanut ohjata ajatusta kysymään tarkemmin fraasipuheen perään.

Vuosittain lainsäädäntöömme liitettävän uuden sääntelyn määrää voidaan tarkastella säädöskokoelman avulla. Kun valtakunnan säädös-

kokoelman vuosikerta mahtui 1920-luvulla alle tuhatsivuiseen niteeseen, on viimeisten kymmenen vuoden aikana tarvittu yli 2 000 sivua säädösaineiston vuosikerran julkaisemiseen. Vastaavasti on julkaistujen säädösten luku yli kaksinkertainen, lähes kolminkertainen itsenäisyydenajan alkuun verrattuna. Pykälämäärinä laskettu kehitys on ollut samantapainen.

Kuluvalla vuosikymmenellä on annettu 1 100 säädöstä ja 5 500 pykälää vuodessa. Luvuista puuttuvat vielä sopimussarjassa julkaistujen sopimusten sisältämät oikeusohjeet, jotka on laeilla ja asetuksilla saatettu osaksi Suomen sisäistä lainsäädäntöä. Lukemat kuultuaan moni jo päättelee: mahdotonta puuhaa. Eikä tästä lakikirjan katselukaan anna rauhaa. Säädöksiä 3 500 painosivua, konekirjoitussivuiksi muunnettuna 10 000—12 000 liuskaa. Siinä sitä on kansalaiselle elämänohjetta.

Sääntelyn kertymä ja kokonaismäärä eivät ole merkityksettömiä asioita. Niiden arvioimiseksi on kuitenkin etsittävä tarkempaa tietoa, etenkin siitä, minkälaista tuo massiiviselta näyttävä uustuotanto oikein on.

Kansalaisen olennaisimmat oikeudet ja velvollisuudet säännellään lakitasolla. Samoin tärkeimmät niistä asioista, jotka saatetaan yhteiskunnan sääntelyn piiriin. Viime vuosina uusista säädöksistä noin neljännes on ollut lakeja. Varovaisesti sopii siis sanoa, että todetusta säännöstuotannosta kolme neljännestä näyttelee sivuosia.

Julkaistujen lakien pykälistä vain osa lisää voimassa olevan pykälistön lukua. Osa pitää pykälämäärän ennallaan — lainmuutokset — osa suorastaan vähentää pykälien määrää: niinpä peruskoululain 108 §:n säännöksellä kumottiin 12 lakia, joissa oli yhteensä 271 pykälää. Tehdyissä selvityksissä on havaittu, että varsin suuri osa laeista on muutoslakeja, joilla tarkistetaan sääntelyn sisältöä muttei lisätä pykälämääriä.

Vuonna 1980 julkaistuista laeista kolmannes kuului valtiovarainministeriön hallinnonalalle ja neljännes sosiaali- ja terveysministeriön hallinnonalalle muiden ministeriöiden jäädessä alle 10 %:n osuuksille. Hyvinvointivaltion taloudenhoito vaatii siis lakeja, samoin hyvinvoinnin jakelu sosiaaliturvana ja terveydenhoitona. Vuonna 1980 julkaistujen lakien tarkastelu osoittaa myös, että lähes puolet laeista on järjestellyt julkisen vallan organisaatioita. Tavallisen kansalaisen kannalta tämä havainto on merkitsevä: hänhän ei yleensä joudu kovin syvällisesti orientoitumaan julkisyhteisöjen toimielinten toimintasääntöihin.

Kansalainen on lainsäädännön subjekti ja objekti, lakien säätäjä ja laeilla säännelty. Jälkimmäisessä asemassaan kansalainen rasittuu tuntuvammin, mikäli lakeja tulvii liikaa. Tämän vuoksi on merkitsevää kat-

soa, miten moni laki vuotuisesta tuotannosta yleensä on sellainen, että kansalaisen olisi hyvä elämänmenonsa hallitsemiseksi tietää ja osata lain keskeiset säännöt. Hyvin harva: vuonna 1980 julkaistuista 274 laista ja vuonna 1984 julkaistuista 292 laista vain muutama kuuluu niihin, joista kansalaisen olisi hyvä tietää pääkohdat.

> Vuoden 1982 alusta tuli voimaan tieliikennelaki, jossa oli 109 pykälää. Uuden lain tieltä kumottiin laki, jossa oli vain 14 pykälää. Kahdeksankertaistuiko liikennepykälistö?
>
> Tieliikennelain pykälämäärän kasvu johtui siitä, että liikennepoliittisesti merkittäviä sääntöjä haluttiin nostaa asetustasolta lakitasolle. Niinpä liikennesäännöt siirrettiin lähes kauttaaltaan lakiin. Tieliikennelain paisuminen oli siis pääosalta tulos päätöstason nostamisesta. Uusia oikeusohjeita laki toi vain muutamia.

Kuva yhteisömme lainsäädäntökehityksestä on nyt hiukan täyteläisempi, näemme kuvassa hiukan hillitympiä värejä. Silti on aihetta miettiä, mikä on johtanut kerrotunlaiseen lainsäädäntöharrastukseen.

Zürichin yliopiston rehtorinakin toiminut Hans Nef on selittänyt sääntelyvilkkauden johtuneen valtion kehittymisestä sosiaalivaltioksi, tekniikan kehityksestä ja talouselämän tarpeista sekä oikeusvaltioajattelusta: kun sosiaalivaltio on luonut hallintoa, on hallinto pitänyt alistaa lakien ohjaksiin. Nef katsoo ydinasian koskevan *valtion tehtävien rajaamista*. Päätös valtion tehtävistä on luonteeltaan *poliittinen*: Nef toteaa sveitsiläisten päättäneen 1 200 000 äänellä 100 000 vastaan lisätä perustuslakiin pykälän, joka antoi valtiolle ympäristön suojelemiseksi uusia tehtäviä.

Vastaavasti on *oikeudellistumisilmiötä* tulkittaessa tuotu esiin seuraavanlaiset valtion kehitysvaiheet:

— porvarillinen oikeusvaltio: vapausoikeuksien suoja ja hallinnon lainalaisuus (civil rights)
— demokraattinen oikeusvaltio: tasavertaisemmat osallistumisoikeudet (political rights)
— sosiaalinen oikeusvaltio: hyvinvointivaltio sosiaalisine perusoikeuksineen (social rights)

Oikeudellistumisilmiön tunnusomaisiksi piirteiksi on luonnehdittu parlamentarisoitumista, byrokratisoitumista ja tuomarisoitumista. Mikä oikeudellistuu, se parlamentarisoituu, byrokratisoituu ja tuomarisoituu. Tämän mukaisesti voidaan lakitulvakeskustelun ydin kiteyttää seuraavallakin tavalla: kun lain säätämistä vastustetaan vetoamalla lakitulvaan tai sitä ilmentävään seikkaan, katsovat vastustajat jollakin perusteella, että hallinnon virkakunta ja tuomioistuimet eivät ole sopivia johonkin tehtävään.

Lakitulvakeskustelu ei kuitenkaan tyhjenny valtion tehtävien rajaamisen ongelmaan. Jos katsotaan, että jokin tehtävä luontuu valtion hoidettavaksi, sen tehtävän hoito voidaan järjestää pienemmällä tai suuremmalla säännösmäärällä. Pohdinta kohdistuu tällöin myös *lainvalmisteluun.*

Lainvalmistelu voidaan jakaa neljään osaurakkaan: kuvaus/selitys/ennuste/ohjaus. Olosuhteet valmistelun kohteena olevalla alueella on *kuvattava,* niiden syntyminen *selitettävä* ja selityksen pohjalta *ennustettava,* miten olosuhteet tulevat kehittymään. Kaikki se, minkä lainvalmistelija näissä urakoissaan jättää tekemättä tai tekee vajaasti, aiheuttaa lainsäädännön *muutostarvetta* ja juuri muutoksiahan uudet lakipykälät nykyisin pääasiassa ovat.

Jos lainvalmistelussa selvitetyt olosuhteet eivät tunnu tyydyttäviltä merkitsevän arvojärjestelmän kannalta eikä epätyydyttävään tilanteeseen ole odotettavissa myönteistä muutosta ilman yhteiskunnan toimenpiteitä, joutuu lainvalmistelija neljännen osaurakan eteen: kehityksen kulkua on käytävä *ohjaamaan.* Juuri ohjaamisen taidossa on selvästi parantamisen varaa. On hankittava enemmän ja pätevämpää tietoa vaikutussuhteista. On osattava miettiä kaikki mahdolliset elämänkuviot, joita uuden sääntelyn ratkottavaksi saattaa tulla.

Ulkomaisessa lainvalmistelun teoriassa on kehitelty lakiluonnosten kokeilun, *testaamisen* malleja. Testaamisen ajatuksen löytää *määräaikaisista* laeistakin (sunset legislation), samoin lakien *vaikutusten seurannan* tähdentämisestä.

Unohtamatta sitä, että lakisääntelyn määrän rajaa perimmältään yhteiskuntafilosofia, valtasuhteet ja poliittinen päätöksenteko, on järkevää pohtia lainvalmistelun osuutta. Yhteiskunnallisessa todellisuudessa lainvalmisteluun kohdistuu aina ristivetoa: muutos on jollekulle haitaksikin, hän ei ole järin kiinnostunut pätevän tiedonpohjan, tehokkaan keskustelun ja kansanvaltaisen tahdonmuodostuksen ihanteista.

Lainvalmistelun osuutta pohdittaessa kannattaa kiinnittää erityistä huomiota ongelmallisiksi osoittautuneisiin lainvalmistelun kuvioihin.

Laajojen *työmarkkinaneuvottelujen* tuloksena syntyvät sopimukset edellyttävät useasti lainsäädäntötoimia. Lainvalmistelun paikka neuvottelupöydässä ei ole keskeinen, toisinaan lainvalmistelulle ei ole jäänyt paikkaa lainkaan. Syntyvästä lakiratkaisusta on silloin hankala saada valiokappaletta.

Kansanvaltaisessa yhteisössä joudutaan mitä moninaisimmissa yhteyksissä neuvottelemaan ja hakemaan sovitteluratkaisua. Ristiriitojen olemassaoloa ei parane päivitellä. Viisaampaa on yrittää vaalia lainvalmistelun näkökohtia hankalissakin tilanteissa ja vaivalloistenkin olo-

jen varalta. Erilaisia keinoja pitää harkita. Joitakin mainitsen seuraavassa:

— Hallituksen lakiesitysten valmistelu kuuluu hallitusmuodon 18 §:n mukaan valtioneuvostolle. Valtioneuvoston alaisen *lainvalmistelun* tulisi olla *herkempää* ajan virtauksille. Olisi osattava nähdä ennakolta tai ainakin aavistaa, mitä on tulossa erilaisten neuvottelukoalitioiden pöydille: tuotettava ennakoiduista aiheista tietoa, viritettävä keskustelua, palveltava kannanmuodostusta.
— Kehitettävä erilaisten neuvottelutahojen — ennen muuta järjestöjen — osaamista. Taloudellisten tutkimuslaitosten (kuten Työväen taloudellinen tutkimuslaitos, Elinkeinoelämän tutkimuslaitos, Pellervon tutkimuslaitos) rinnalle soisi järjestöjen muodostavan *oikeudellis-yhteiskunnallisia tutkimusyksiköitä*. Niiden tiedonhaku ja dialektinen keskinäissuhde olisi hyödyksi, kunhan dialektiaa ei sitten — taas — hukata vastavuoroiseen arvonantopalveluun ja konsensuksen tappavaan pidättyväisyyteen.
— Työmarkkinaneuvotteluissa olisi *sovittava ratkaisuista yleisemmällä tasolla* eikä yksityiskohtia (kabinettipykälinä); tähän antaa neuvottelujärjestelmän toistuvuuspiirre sijaa: väljemmin muotoillun ratkaisun toteutukseen tyytymätön voi saada hyvitystä seuraavalla kierroksella.

Kansainvälisen yhteistyön alueella on toimintavara tietysti ahtaampi. Silti voidaan ennakoida enemmän, toimia ajoissa. Kun kansainvälisiä sopimusasiakirjoja valmistellaan, pystyy vähäisemmänkin valtion taitava ja työteliäs edustaja vaikuttamaan laadukkaamman tuloksen hyväksi. Tyydymme liian usein siihen, että seuraamme sopimuksen syntyä laimeasti mutta mietimme hurjan tarkasti, millainen voimaansaattamissäädös tarvitaan.

Etenkin sellaisissa yhteiskunnallisissa tilanteissa, joissa uudistuksille ei ole aineellisia tai henkisiä edellytyksiä, harrastetaan näennäistä ja ollaan tekevinään. Myös näennäisiä lakeja saatetaan esittää. Vaikka historia ei kaikkea näennäistä tuomitsekaan — näennäistoimihan saattaa estää haitallisen toimen — ei epärehellistä lakien säädäntää käy siunaaminen. Lakitulvailmiön kannalta *näennäisen sääntelyn torjuminen* on torjuntavoitto. Organisaatio- ja menettelysäännöillä on mahdollista vaikeuttaa epärehellisen lainsäädännön rehevöitymistä.

Monissa maissa on tehty laajoja selvityksiä voimassa olevan *säädösaineksen karsimiseksi* vanhentuneena tai kuolleena. Suomessakin voisi tuollaisen operaation — työlään ja vaativan — suorittaa. Tuloksena tuskin tulee olemaan kokonaissääntelyn merkittävä karsiminen, pikemminkin löytyy vanhentuneen ja aukollisen sääntelyn korjaamis-

ja täydentämistarpeita. Sen sijaan lopputulos saattaa kohentaa lainsäädäntömme kokonaistilaa.

Vielä varottelen: jos me lakitulvan estämiseksi rakennamme tiukan pohjapadon, kertyy padon taakse seisovaa vettä.

Pekka Kurvinen

Näkökohtia avoimen ja kommandiitti-yhtiön voitonjaosta laadittavaa lakia silmälläpitäen

1. Yleistä

Kaiken julkisen toiminnan perimmäinen tarkoitusperä on elinvoiman, terveyden, vaurauden, hyvinvoinnin, turvallisuuden ja viihtyisyyden edistäminen kansakunnassa. Tämä on myös lainsäädännön ja oikeusjärjestyksen lopullinen tarkoitusperä. Pyrkimyksenä on luoda kansalaisten keskuuteen ilmapiiri, jossa yritteliäisyys, aloitteellisuus, henkinen vireys sekä taloudellinen, sosiaalinen ja sivistyksellinen toimeliaisuus voivat esteettömästi kehittyä.

1.1. Avoin yhtiö ja kommandiittiyhtiö ovat *kansalaisten taloudellisen yhteistoiminnan organisaatiomuotoja* elinkeinotoimintaa harjoittavissa pienissä ja keskisuurissa yrityksissä. Oikeusjärjestyksemme keskeinen kansalaisten sopimusvapauden periaate toteutuu nykyisessä pienyhtiölainsäädännössämme siten, että yhtiömiesten oikeutta järjestää keskinäiset suhteensa yhtiössä on rajoitettu vain yhtiömiesten ja yhtiön ulkopuolisten henkilöiden oikeusaseman turvaamiseksi eikä yhtiöille ole asetettu toimintarajoituksia enempää kuin on katsottu velkojien suojan ja yleisen edun kannalta välttämättömäksi.

1.2. Nykyinen *pienyhtiölainsäädäntö* sisältyy pääasiassa vuoden 1734 lain kauppakaaren 15 lukuun ja lain luonteiseen, 24. 11. 1864 annettuun asetukseen äännöttömistä eli kommandit-yhdyskunnista. Tämä lainsäädäntö on sekä aukollinen että vanhentunut. Sen *uudistamiseksi* laadittu lainvalmistelukunnan ehdotus 12. 12. 1913 (n:o 1/1914) samoin kuin 11. 11. 1956 asetetun komitean ehdotus (moniste 28. 12. 1961) eivät kuitenkaan johtaneet lainsäädäntötoimiin. Sittemmin asetettiin uudistusta valmistelemaan 26. 3. 1981 toimikunta, jonka 6. 6. 1983 an-

taman mietinnön[1] pohjalta on oikeusministeriössä laadittu esitysehdotus. Valtioneuvosto on 10. 10. 1985 pyytänyt tuosta ehdotuksesta laintarkastuskunnan lausunnon, joka annettiin 20. 3. 1986.[2]

Uudistuksen tarkoituksena on saattaa avoimia ja kommandiittiyhtiöitä koskeva lainsäädäntö aikamme oloja ja niiden asettamia vaatimuksia vastaavaksi, jotta säännösten puutteellisuus ei vaikeuttaisi suunnitelmallisen ja järkevän yritystoiminnan harjoittamista näiden yhtiömuotojen puitteissa. Osakeyhtiölainsäädännön uudistaminen on lisännyt painetta avoimen tai kommandiittiyhtiömuodon käyttämiseen yritystoiminnassa, jossa uusittu osakeyhtiö on havaittu pienyritykselle monimutkaiseksi ja sen vähimmäisosakepääoma korkeaksi. Erityisesti yhtiön voitonjako samoin kuin sen omaisuuden jako tilanteessa, jossa yhtiösopimuksessa ei ole jaosta lainkaan määräyksiä tai määräykset ovat vajavaiset, ovat aiheuttaneet ongelmia.

1.3. *Uudistusehdotus* perustuu pääosin jo vakiintuneisiin oikeusperiaatteisiin. Säännöksiä on ehdotettu täydennettäväksi ja täsmennettäväksi, jotta yritystoiminnassa esiintyviin ristiriitatilanteisiin saataisiin johdonmukaiset ja selkeät ratkaisut. Pyrkimyksenä on ollut säilyttää järjestelmän perusluonne pienyritysten joustavana järjestysmuotona.[3] Tämän mukaisesti ehdotuksessa on noudatettu sitä nykyisen pienyhtiölainsäädännön järjestelmää, jossa säännökset ovat, harvoja poikkeuksia lukuun ottamatta, tahdonvaltaisia ja tulevat sovellettaviksi ainoastaan siinä tapauksessa, ettei yhtiösopimus toisin määrää tai osakkaiden kesken ole asiasta muulla tavoin sovittu.[4]

1.4. *Avoimelle yhtiölle on ominaista*, että kaikkien osakkaiden vastuu yhtiön veloista on rajoittamaton. *Kommandiittiyhtiö* poikkeaa avoimesta yhtiöstä siinä, että yhden tai useamman (äänettömän) yhtiömiehen toimivalta yhtiön hallinnossa puuttuu sekä vastuu yhtiön veloista rajoittuu hänen yhtiöön sijoittamaansa panokseen, kun taas muiden (vastuunalaisten) yhtiömiesten toimivalta ja vastuu on samalla tavoin rajoittamaton kuin avoimessa yhtiössä. Tässä kohden uudistusehdotukset eivät merkitse nykyiseen lainsäädäntöön muutosta.[5]

---

[1] Komiteanmietintö 1983:56 (jäljempänä: mietintö).

[2] Ehdotus hallituksen esitykseksi Eduskunnalle laiksi avoimesta yhtiöstä ja kommandiittiyhtiöstä sekä siihen liittyväksi lainsäädännöksi (jäljempänä: esitysehdotus) ja siitä annettu laintarkastuskunnan lausunto n:o 1/1986 (jäljempänä: Ltk). Esitysehdotus on julkaistu laintarkastuskunnan lausunnon liitteenä.

[3] Mietintö s. 8, esitysehdotus s. 3.

[4] *Heikonen*, Avoin yhtiö Suomen oikeuden mukaan (1948) s. 148, mietintö s. 9, esitysehdotus s. 3—4 ja 20.

[5] *Heikonen*, mt. s. 286 ss., mietintö s. 21—22, esitysehdotus s. 17 ja 37—38.

1.5. Täyttääkseen alussa mainitun perimmäisen tarkoitusperänsä *uudistuksen tulee rakentua* olevien tosiasiallisten olojen sekä yhteiskunnassa vallitsevien syy-yhteyksien ja yleisten syyn ja seurauksen kausaalisääntöjen perustalle sekä tavoitella tasapuolisuuden ja kohtuuden toteuttamista asiaan osallisten kesken. Muuten uusien säännöksien soveltamisesta ei ole odotettavissa suotuisia tuloksia.

Edellä (1.3.) mainittiin, että voimassa olevassa pienyhtiölainsäädännössä samoin kuin uudistusehdotuksissakin normien tahdonvaltaisuus on pääsääntönä ja yhtiömiehillä on siis oikeus järjestää keskinäiset suhteensa, erityisesti voitonjako, säännöksistä poikkeavalla tavalla. Lain tahdonvaltaiset säännökset ovat kuitenkin kuin *yhtiösopimuksen perusmalli.* Laki velvoittaa yhtiömiehiä kaikissa niissä tilanteissa, joita yhtiösopimusta laadittaessa ei ole ajateltu tai joita ei siinä vaiheessa ole haluttu tai voitu järjestää yhtiösopimukseen otettujen määräysten avulla, ja joista ei myöskään yhtiön toimintatilanteessa, ristiriidan synnyttyä, päästä yksimielisyyteen. Näin ollen lain tahdonvaltaisten säännösten tulee antaa asianosaisten ristiriitoihin sellaisia ratkaisuja, jotka käytännön normaalitilanteissa ovat lainsäätäjän mielestä tarkoituksenmukaisia, järkeviä ja tasapuolisia.

Kaupallisten sopimusten tulkinnassa on vanhastaan sovellettu oikeusperiaatetta: »vaaran kärsijä saakoon hyödyn ja hyödyn saaja kärsiköön vaaran» (40. tuomarinohje). Toisaalta on oma oikeutensa tulokseen silläkin, jonka ansiosta tulos on saatu. Näiden periaatteiden soveltaminen luo ilmapiirin, jossa yritteliäisyys ja taloudellinen toimeliaisuus voi kehittyä, mikä on myös pienyhtiölainsäädännön keskeinen tavoite.[6]

1.6. Edellä sanotun mukaisesti jokaiselle yhtiömiehelle kuuluu niin avoimessa kuin kommandiittiyhtiössäkin *osuutensa sekä voitosta että tappiosta,* vaikka tappio-osuus ja vastuu veloista on kommandiittiyhtiössä äänettömän yhtiömiehen kohdalla hänen yhtiöpanokseensa rajoitettu.[6a]

Jokaisella yhtiömiehellä pitää olla myös *yhtiöpanos,* vaikka sen (muulla kuin äänettömällä yhtiömiehellä) ei välttämättä tarvitse olla omaisuuspanos. Yhtiöhän voi toimia, vaikka sillä ei ole lainkaan omaisuutta. Mutta jos yhtiömiehellä ei omaisuuden, työn, asiantuntemuksen, edustuksen tms. muodossa ole mitään panosta taikka jos vain yhdellä osakkaalla on oikeus yhtiön toiminnan tuloksiin ja kokonaisvastuu sen veloista, yhtiö ei ole todellinen.

---

[6] Ltk s. 27 ja 114.

[6a] Kauppakaari 15:8 ja A kommandit-yhdyskunnista 2 § 4 kohta.

Käytännössä menetellään toisinaan siten, että sopimuskumppani »lainaa» yhtiölle vain nimensä esim. auttaakseen toista luoton saannissa taikka yritysomaisuuden ja -tulojen erottamiseksi elinkeinonharjoittajan muista varoista ja tuloista. Jos kysymyksessä on edellä tarkoitettu *näennäisyhtiö,* sen tulot ja yhtiöomaisuuskin kuuluvat välittömästi todelliselle elinkeinonharjoittajalle.[7] Yhtiöpanoksen ei tarvitse olla suuri, mutta todellinen sen pitää olla. Nimellinenkin mukanaolo voi kuitenkin aiheuttaa velkavastuun yhtiösuhteen näennäisyydestä tietämätöntä velkojaa kohtaan.

2. *Toimintatulos pienyhtiössä*

Yhtiömuodossa tapahtuvalle yritystoiminnalle on ominaista, että se on *jatkuvaa.*[8] Tästä seuraa, että toiminnan tuloksia joudutaan yleensä jakamaan jo ennen yhteistyön lakkaamista. Ne yhtiömiehet, jotka käyttävät kaiken aikansa ja työpanoksensa yhtiössä, tarvitsevat siitä jatkuvasti varoja elatukseensa. Tavallista on, että he saavat käyttövaransa *työpalkan* muodossa. Myös yhtiömies, joka on sijoittanut yhtiöön suuren omaisuuspanoksen, voi tarvita elämiseensä sekä raha-asioittensa hoitamiseen säännöllisiä tuottoja sijoituksestaan. Tämä hoidetaan usein siten, että panokselle maksetaan *korkoa* yhtiösopimuksessa tai erikseen sovitun korkokannan mukaan.

Itse asiassa ovat erilaatuisille yhtiön toimintaan annetuille *yhtiömiesten panoksille aika-ajoin suoritetut vastikkeet* kustannuksia yhtiön toimintatuloksen aikaansaamisesta, siis *tulonhankkimiskustannuksia,* jotka oikeastaan olisi tilinpäätöstä laadittaessa, sen jälkeen kun muut toimintakulut on tuloista vähennetty, ennen voitonjakoa vähennettävä ylijäämästä.

---

[7] *Heikonen,* mt. s. 112 ss., nimittää tuollaista yhtiötä »valheyhtiöksi». Verotuksessa silloin yhtiön nimissä ilmoitetut varat ja tulot verotetaan varsinaisen elinkeinonharjoittajan varoina ja tuloina. Todellisen avoimen tai kommandiittiyhtiön varat ja tulot sen sijaan vahvistetaan verotuksessa yhtiölle, mutta jaetaan, jos yhtiö ei harjoita liiketoimintaa tai sitä ei ole merkitty kaupparekisteriin, osuuksien suhteessa osakkaiden henkilökohtaisiin verotettaviin varoihin ja tuloihin lisättäväksi. Erikseen verovelvollisen, liiketoimintaa harjoittavan yhtiön tuloista ja varallisuudesta menevät verot maksuunpannaan yhtiölle, mutta yhtiön verolippuun merkitään niiden yhtiömiesten nimet, jotka yhtiösuhteen perusteella ovat verosta vastuussa ja joihin verolipun nojalla voidaan kohdistaa ulosmittaus veron perimiseksi. Tulo- ja varallisuusveroL (1043/74) 18 § 4 mom., VerotusL 3 § 1 ja 2 mom. ja 56 §. Ltk 1/1986 s. 44, KHO 1954 II 542, 1968 II 513, 1969 II 528, 1970 II 503, 1980 II 511 ja 1985 II 513 sekä KHO 8. 11. 1985 t. 5157. Yhtiömiehen vastuuta yhtiölle maksuunpannusta verosta koskevat esim. KHO 1979 II 605 ja 1980 II 602.

[8] *Heikonen,* mt. s. 21—22, mietintö s. 22.

2.1. Yhtiötoiminnan jatkuvuuden vuoksi on myös *toimintatulos* laskettava aika-ajoin. Kirjanpito- ja verolainsäädäntö vaativat toimintatuloksen laskemista *tilikausittain.* Yleensä tilikausi on yksi vuosi, ei kuitenkaan välttämättä kalenterivuosi. Kunkin tilikauden toimintatulos, kirjanpidollinen voitto (tai tappio), *todetaan tilinpäätöksessä.* [9]

2.2. Tilikauden tuloksen jakamisesta yhtiömiesten kesken ei nykyisessä laissa ole muuta säännöstä kuin kauppakaaren 15 luvun 8 §, jonka mukaan yhtiön purkautuessa, kun velat on maksettu, »ottakoon kukin osansa sekä voitosta että tappiosta». Tämän säännöksen on katsottu sisältävän sen oikeusperiaatteen, että kunkin yhtiömiehen voitto- tai tappio-osuuden pitää olla, jos jaosta ei ole määräystä yhtiösopimuksessa eikä siitä ole erikseen tehty sopimusta, kohtuullisessa suhteessa hänen yhtiöosuuteensa, minkä voidaan katsoa tarkoittavan yhtäältä hänen omaisuuspanostaan, toisaalta hänen toimiaan ja toimintaansa yhtiössä.[10] Jolleivät yhtiömiehet pääse jako-osuuksista yksimielisyyteen, asian ratkaisee tuomioistuin.

Sanamuotonsa mukaan edellä mainittu säännös koskee vain voiton ja tappion jakoa yhtiön purkautuessa, mutta saman periaatteen on katsottu olevan voimassa myös vuosituloksen jaossa. Edelleen säännöksen on katsottu edellyttävän voiton ja tappion jakamista yhtäläisten jakoperusteiden mukaan, jos ei ole toisin sovittu.

Kommandiittiyhtiön osalta on säädetty,[11] että yhtiösopimuksessa pitää määrätä jakoperuste, jonka mukaan vastuunalainen yhtiömies määräajoin tilittää äänettömälle yhtiömiehelle tämän voitto-osuuden. Sen sijaan laissa ei ole säännöstä, joka antaisi ohjeen voitto-osuuden laskemisesta esim. korkona yhtiöpanokselle tai panoksen suuruuden osoittamana murto-osana yhtiön koko voitosta. Kun äänettömän yhtiömiehen vastuu on rajoitettu eikä hän yleensä osallistu yhtiön asioiden hoitoon, seuraa edellä (1.5.) selostetuista yleisistä periaatteista, että äänettömän yhtiömiehen voitto-osuuden (ja vastaasti tappio-osuuden) tulee olla pienempi kuin yhtä suuren omaisuuspanoksen yhtiöön sijoittaneen vastuunalaisen yhtiömiehen osuus. Siitä, millä tavalla kunkin yhtiömiehen omaisuus- ja työpanokset olisi otettava huomioon heidän

[9] Asia erikseen on, hyväksytäänkö osakkaiden yhtiöstä nostamat vastikkeet yhtiön verotettavan tulon vähennykseksi elinkeinotulon verottamisesta annetun lain (360/68) 7—15 §:n mukaan. *Nial* Om handelsbolag och enkla bolag 1982 s. 152—153. Laintarkastuskunta ehdottaa lausunnossaan laissa todettavaksi, että tilikauden ylijäämä tai vajaus, joka jää jäljelle, kun toimintakulut sekä yhtiömiehille tulevat työpalkat, palkkiot ja korot on vähennetty, on *tilikauden tulos.* Ltk s. 29 ja 33 (2:8, 3 mom.).

[10] *Heikonen,* mt. s. 228 ss.

[11] A kommandit-yhdyskunnista 2 § 4 kohta ja 6 §, esitysehdotus s. 7.

voitto- tai tappio-osansa suuruutta määrättäessä, ei nykyisessä lainsäädännössä siis ole säännöstä.

2.3. Käytännössä on tavallista, että tilinpäätöksen tultua vahvistetuksi yhtiömiehet päättävät *jättää voittoa jakamatta* yhtiömiehille yhtiön laajentamisen tai muun kehittämisen rahoittamiseksi taikka toiminnan turvaamiseksi. Kirjanpidossa tällaisista varoista voidaan muodostaa vararahasto tai muu rahasto taikka ne voidaan pitää voitto- ja tappiotilillä. Tappion jättäminen yhtiöön lienee vielä tavallisempaa, lähes sääntönä, ellei yhtiön rahoitustilanne vaadi tappion peittäviä rahavaroja yhtiömiehiltä. Laissa ei ole säännöstä siitä, että vuosivoitto tai -tappio olisi heti jaettava tai että osakkaalla olisi vuosittain velvollisuus täyttää tappio-osuutensa rahalla taikka oikeus vaatia voitto-osuutensa rahasuorituksena yhtiöstä.

Paitsi jakamatta jätettynä ja rahastoituna voittona pienyhtiöihin kertyy *varoja yli maksettujen yhtiöpanosten kirjanpitoarvon* myös ns. etupainoisina käyttöomaisuuden poistoina, jotka ylittävät omaisuuden kulumisesta tai iästä johtuvan todellisen arvon alentumisen, sekä vaihto-omaisuuden aliarvostuksen seurauksena.[12] Sen lisäksi voi yhtiön omaisuuden reaaliarvo olla kirjanpitoarvoa korkeampi rahanarvon alenemisen taikka kiinteän tai irtaimen omaisuuden reaalisen arvonnousun perusteella. Viimeksi mainitut varallisuuserät, joiden suuruus voidaan täsmällisesti todeta vasta omaisuutta realisoitaessa esim. yhtiön purkamisen johdosta, eivät ole varsinaisia voittovaroja, vaan oikeastaan omaa pääomaa, jonka jakaminen osakkaille voittona ei ole täysin asianmukaista. Erityisten jakoperusteiden määritteleminen noita eriä varten lain tasolla ei kuitenkaan näytä tarpeelliselta.

3. Avoimen yhtiön vuosivoiton jako

Kysymys vuosivoiton jakamisesta tai jakamatta jättämisestä tulee ajankohtaiseksi, kun yhtiön *tilinpäätös* kuluneelta tilikaudelta on valmistunut ja yhtiömiehet ovat sen hyväksyneet. Tilinpäätöksestä ilmenevä *tilikauden tulos* on yhtiömiesten käytettävissä jakoa varten.

3.1. Esitysehdotuksessa samoin kuin sen pohjana olleessa komiteanmietinnössä on edellytetty, että tulosta laskettaessa otettaisiin vähennyksinä huomioon sekä yhtiömiehille yhtiössä suoritetusta työstä

[12] KirjanpitoL (655/1973) 16—18 §, L elinkeinotulon verottamisesta 30—49 §, Tulo- ja varallisuusveroL (1043/74) 43—49 §.

maksetut *palkat* että sovitut taikka, jos sopimusta ei ole, kohtuulliset *palkkiot* yhtiömiehen ominaisuudessa suoritetuista toimista yhtiön päätöksenteossa, sen edustamisessa ja sen sisäisen hallinnon hoidossa. Laintarkastuskunta on lausunnossaan ehdottanut, että lakiin otettaisiin nimenomainen säännös yhtiömiehen oikeudesta yhtäältä palkkaan yhtiön palveluksessa tehdystä työstä, toisaalta palkkioon yhtiömiehen ominaisuudessa suoritetuista hallintotoimista.[13] Palkat ja palkkiot ovat kustannuseriä, jotka vaikuttavat toimintatuloksen ja tilikauden voiton suuruuteen tai lisäävät tappion määrää.

3.2. Komiteanmietinnön ja esitysehdotuksen mukaan yhtiön toimintakustannuksena tulosta laskettaessa ei otettaisi huomioon maksetuille *yhtiöpanoksille laskettavaa korkoa.* Tätä on perusteltu sillä, että sen jälkeen kun yhtiömiehen suorittamasta työstä on maksettu korvaus, olisi asianmukaista jakaa muu osa tuloksesta *korvauksena yhtiömiesten yrittäjyydestä.* Tässä kohden mainitut ehdotukset poikkeavat sekä Ruotsissa että Norjassa voimaan saatetusta uudesta pienyhtiölainsäädännöstä.[14] Niiden mukaan maksetulle ja tilikauden alkaessa jäljellä olleelle yhtiöpanokselle on laskettava korkoa tilikauden ajalta valtakunnanpankin vahvistaman diskonttokoron pohjalta määräytyvän korkokannan mukaan, jollei ole toisin sovittu.

Esitysehdotuksessa omaksuttua kantaa vastaan voidaan huomauttaa, että yhtiön tulos ei ole seurausta yrittäjyydestä sinänsä, vaan yrittäjien riskinotosta ja panostamisesta toimintatuloksen saavuttamisen hyväksi. Tältä kannalta omaisuuspanos voi olla yhtä tärkeä ja tärkeämpikin kuin työpanos, ja tasapuolisuus yhtiömiehiä kohtaan edellyttää eri muodoissa yhtiön hyväksi tehtyjen »uhrausten» samanarvoista kohtelua.

Laintarkastuskunta onkin lausunnossaan ehdottanut, että maksetulle ja tilikauden alussa jäljellä olleelle yhtiöpanokselle laskettaisiin, jollei toisin ole sovittu, korkoa Suomen pankin vahvistamaa peruskorkoa vastaavan korkokannan mukaisesti.[15] Myös yhtiöpanosten korko vaikuttaa tilikauden voiton tai tappion suuruuteen, mutta jos omaisuus-

[13] Ltk s. 28 ja 32, mietintö s. 33—34. Ilman nimenomaista sopimustakin olosuhteista voi ilmetä, että yhtiömiehet ovat tarkoittaneet määrätynlaiset toimet suoritettaviksi yhtiön hyväksi vastikkeetta, esitysehdotus s. 27 ja 69 (2:8, 1 mom.).

[14] Ruotsin Lag om handelsbolag och enkla bolag (1980:1102) 2 luvun 6 § ja Norjan Lov om ansvarlige selskaper og kommandittselskaper (Selskapsloven) 21. 6. 1985/83 § 2—25 (2), mietintö s. 34, esitysehdotus s. 28, *Nial*, mt. s. 152—153.

[15] Ltk s. 28—33. Laintarkastuskunnan puheenjohtaja hyväksyi eriävässä mielipiteessään (s. 150) tässä kohden esitysehdotuksen. Peruskorko on 19. 5. 1986 alkaen 7 % (15. 5. 1986/359).

panokset ovat yhtä suuret, se ei vaikuta siihen, miten paljon kukin yhtiömies jaossa saa. Laintarkastuskunta ehdottaa siis samansisältöistä säännöstä kuin on voimassa Ruotsissa ja Norjassa.

3.3. Esitysehdotukseen sisältyvässä *ehdotuksessa laiksi avoimesta yhtiöstä ja kommandiittiyhtiöstä* on pääsäännöksi ehdotettu, että tilikauden *voitto ja tappio jaetaan yhtiömiesten kesken tasan* (2 luvun 9 §). Tasanjakoa on perusteltu sillä, että sen jälkeen kun yhtiömies on saanut korvauksen yhtiössä tekemästään työstä ei ole olemassa kriteeriä, joka perustelisi muun kuin pääluvun mukaisen jakoperusteen.[16] Ruotsissa tasanjakoa on perusteltu sillä, että toinen vaihtoehto, voitonjako yhtiöpanosten suhteessa on erittäin vaikeata silloin, kun yhden yhtiömiehen panos on omaisuutta, toisen työtä tai muita suorituksia.[17]

Ruotsin ja Norjan malleissa tasanjako onkin paremmin perusteltu kuin Suomen esitysehdotuksessa, koska niissä myös pääomapanos saa ennen voitonjakoa korkovastikkeensa. Kun sekä työ- että pääomapanoksesta on vastike laskettu, jäännös menisi osakkaille lähinnä tasan. Laintarkastuskunta onkin lausunnossaan puoltanut tätä vaihtoehtoa.[18]

Tasanjako on käytännöllinen ja helppo ratkaisukaava kaikissa yhtiöissä, joissa eri yhtiömiesten panokset, olivatpa ne työtä tai omaisuutta, painoltaan ja merkitykseltään ovat ainakin osapuilleen samanarvoisia yhtiön toiminnan ja saavutettujen tulosten kannalta. Jos panokset ovat tässä mielessä hyvin erilaisia, on käytännössä usein jo yhtiösopimuksessa määrätty voitonjaon peruste panoksia vastaavasti. Niinpä esitysehdotuksen perusteluissakin on mainittu, että yhtiösopimukseen sisältyvä määräys yhtiöpanosten suuruudesta voidaan yleensä tulkita myös jakoperusteeksi voittoa tai tappiota jaettaessa.

Mikäli jakoperusteesta ei ole sovittu eikä yksimielisyyteen päästä, *voitaisiin jako-osuuksia* ehdotusten mukaan *sovitella* huomioon ottaen panosten suuruus ja muut seikat, lähinnä kaiketi kunkin yhtiömiehen »ansiot» tuottojen hankkimisessa yhtiölle tai »syyllisyys» menetyksiin ja tappioihin ajautumisessa.[19]

3.4. Uutuutena pienyhtiölainsäädäntöömme tulisi lakiehdotuksen mukaan yhtiömiehelle *oikeus nostaa tilinpäätökseen perustuva voitto-*

[16] Esitysehdotus s. 28.

[17] *Nial*, mt. s. 154—155, *Heikonen*, mt. s. 228—237, Lag om handesbolag och enkla bolag 2 luvun 8 § ja Selskapsloven § 2—25 (1).

[18] Ltk s. 30.

[19] Esitysehdotus s. 28 ja 70, Ltk s. 31 ja 33 (2:9, 1 mom.).

osuutensa yhtiöstä. Nosto-oikeuden edellytyksenä olisi kuitenkin, että yhtiöpanos on yhtiösopimuksen mukaisesti maksettu ja täysimääräisenä jäljellä. Siten olisi sovitun *panoksen vajaus ensisijaisesti vuosivoitosta täytettävä* (2 luvun 9 §:n 3 mom.).

3.5. Vastaavasti olisi *tappio-osuus vähennettävä yhtiöpanoksesta.* Yhtiömiehellä ei olisi missään vaiheessa velvollisuutta rahasuorituksin täydentää kerran täysin maksettua yhtiöpanostaan sillä perusteella, että panos on tappio-osuuden vähentämisen johdosta tullut vajaaksi. Sen sijaan hänellä olisi oikeus nostaa seuraavien vuosien voitto-osuutta vasta sen jälkeen, kun yhtiöpanoksen vajaus on voitto-osuudesta täytetty. Peräkkäiset, tuntuvat tappiovuodet voivat siten aiheuttaa sen, että yhtiöpanos kirjanpidossa painuu nollan alapuolelle. Vasta yhtiön loppuselvityksessä tappio-osuus tulee jaettavaksi yhtiömiehille henkilökohtaisesti. Velkojilla sen sijaan on aina oikeus vaatia yhtiön velkaa yhtiömieheltä, jolla velan maksettuaan on vastaava saamisoikeus yhtiöltä. Yhtiösopimukseen voidaan kuitenkin ottaa määräys, joka velvoittaa yhtiömiehen maksamaan rahassa yhtiölle oman osuutensa tilikauden tappiosta.[20]

4. Vuosivoiton jako kommandiittiyhtiössä

Edellä mainittiin, että kommandiittiyhtiö poikkeaa avoimesta yhtiöstä vain äänettömän yhtiömiehen toimivallan ja vastuun rajoitusten kohdalla (1.4.), sekä että myös äänettömän yhtiömiehen voitto-osuuden tulee olla vastaavasti pienempi (2.2.).

4.1. Komiteanmietinnössä ja esitysehdotuksessa on kommandiittiyhtiön »mallisääntönä» ajateltu säädettäväksi, että *äänettömällä yhtiömiehellä* ei olisi muuta oikeutta vuosivoittoon kuin *peruskoron (7 %) mukaan* hänellä tilikauden alussa maksettuna olleelle *yhtiöpanokselle laskettu korko.* Muu osa voitosta jakautuisi vastuunalaisille yhtiömiehille samojen perusteiden mukaan kuin avoimessa yhtiössä.

Äänetön yhtiömies saisi panokselleen koron siinäkin tapauksessa, että koko voitto menee siihen, jolloin vastuunalaiset yhtiömiehet jäävät ilman voitto-osuutta. Jos voitto ei riitä korkoon ja äänettömiä yhtiömiehiä on useita, voitto jaettaisiin äänettömien yhtiömiesten kesken yhtiöpanosten suhteessa. Tappio-osuutta äänettömälle yhtiömiehelle ei jaettaisi ollenkaan.[21]

---

[20] *Nial,* mt. s. 156.

[21] Mietintö 1983:56 s. 58 ja 77 (8:3), esitysehdotus s. 55 ja 75 (7:4).

Tämän järjestelmän mukaan äänettömän yhtiömiehen asema olisi kovin heikko. Yhtiötä purettaessa hän ei saisi yhtiön omaisuudesta muuta kuin yhtiöpanoksensa markkamäärän takaisin. Rahanarvon alentumisen johdosta se voi olla vain murto-osa siitä reaaliarvosta, minkä hän aikanaan oli yhtiöön sijoittanut. Äänettömällä yhtiömiehellä ei itse asiassa olisi lainkaan todellista osuutta yhtiön varoissa eikä tuloissa. Hänen oikeutensa yhtiössä olisi kuin kaikkein heikoin saamisoikeus, joka yhtiön konkurssissa ja loppuselvityksessä voi toteutua vasta, kun yhtiön kaikki velat on maksettu. Siten hänen todellinen oikeusasemansa olisi muuten sama kuin luotonantajalla, mutta hänen saatavansa korko olisi alempi ja etuoikeus huonompi kuin millään muulla velkojalla. Jollei hänen osakkuudelleen yhtiössä ole muuta perustetta kuin yhtiön aikaansaaminen, elinkeinonharjoittajan yritysomaisuuden ja -tulon erottaminen hänen muista varoistaan ja tuloistaan, yhtiö on lähellä edellä (1.6. ja alaviite 7) tarkoitettua näennäisyhtiötä tai, jos vastuunalaisia yhtiömiehiä on useampia, kysymyksessä on avoin yhtiö, jossa on (äänetön) näennäisosakas.

4.2. Tämän mukaisesti *laintarkastuskunta* onkin lausunnossaan ehdottanut, että kommandiittiyhtiön »perusmalli» olisi edelleen, niin kuin nykyisinkin, sellainen pienyhtiö, jossa *äänetön yhtiömies* sijoittaa yhtiöön todellista *riskipääomaa* ja myös hänellä olisi todellinen *osuutensa yhtiön varoissa ja veloissa sekä voitossa ja tappiossa,* ainoastaan sellaisin rajoituksin, että hän ei ole velvollinen panemaan yhtiöön muita varoja kuin sovitun yhtiöpanoksensa eikä vastaa veloista muulla kuin tuolla panoksella sekä, jos panosta ei ole täysin maksettu, vajauksen määrällä.

Äänetön yhtiömies saisi siten yhtiöpanokselleen ennen voitonjakoa saman koron kuin muut yhtiömiehet. Voitonjaossa hänen osuutensa määräytyisi yhtiösopimuksen tai yhtiömiesten erikseen tekemän sopimuksen mukaan. Jos sopimusta ei synny, jako-osuuden vahvistaisi tuomioistuin kohtuuden mukaan. Saman perusteen mukaan määräytyisi äänettömän yhtiömiehen tappio-osuus, joka vähennettäisiin yhtiöpanoksesta mutta siten syntyvä vajaus voitaisiin kattaa ainoastaan seuraavien tilikausien voitto-osuudesta.[22]

[22] Ltk s. 114—116. Puheenjohtaja erlävässä mielipiteessään hyväksyi, eräin täsmennyksin, tässäkin kohden esitysehdotuksen.

Myös Ruotsissa määrää äänettömän yhtiömiehen voitto-osuuden, jos siitä ei ole sovittu eikä päästä yksimielisyyteen, tuomioistuin kohtuuden mukaan. Lag om handelsbolag och enkla bolag 3 luvun 5 §. Norjassa kommandiittiyhtiön voitto jaetaan yhtiöosuuksien suhteessa, jollei toisin ole sovittu. Selskapsloven § 3—15 (3).

4.3. Äänettömän yhtiömiehen osakkuudelle yhtiössä voi kuitenkin olla muitakin asiallisia perusteita kuin osuus yhtiön voitosta ja varoista. Äänettömän yhtiömiehen etujen ja oikeuksien rajoittamisen yhtiösopimuksessa vähiin ei sen vuoksi tarvitse olla laissa kiellettyä eikä lainvastaista.

Elinkeinoelämän piirissä on sellaista kommandiittiyhtiötä, jossa äänettömän yhtiömiehen edut ja oikeudet ovat vähäiset ja oikeusasema heikko, pidetty pienyritykselle edullisena ja niitä esiintyy melko runsaasti.[23] Jos äänettömällä yhtiömiehellä *ei ole muuta voitto-osuutta kuin yhtiöpanoksen korko,* laintarkastuskunnan mielestä hänen asemaansa voitaisiin turvata siten kuin komiteanmietinnössä ja esitysehdotuksessa on ajateltu, eli että hänelle *ei jaettaisi tappio-osuutta,* ellei siitä ole sovittu, sekä että hänellä olisi oikeus saada mainittu *korko ennen vastuunalaisia yhtiömiehiä.*[24]

5. Voitonjaon vaikutus yhtiöpanoksiin

5.1. Edellä (3.5. ja 4.2.) mainittiin, että lakiehdotusten mukaan yhtiömiesten tappio-osuudet vähennettäisiin heidän yhtiöpanoksistaan sekä että, jos yhtiöpanoksissa on vajausta joko siitä syystä, että yhtiömies on maksanut yhtiölle vain osan panoksen sovitusta määrästä, tai panoksesta vähennetyn tappio-osuuden vuoksi, yhtiömiehen voitto-osuudet lisättäisiin yhtiöpanokseen, kunnes se on sovitun suuruinen.

5.2. Jos yhtiömiehen yhtiöpanos on yhtiösopimuksen mukaisena tallella, yhtiömies ei voisi panostaan kasvattaa jättämällä voitto-osuutensa nostamatta. Panosten suuruuden muuttaminen edellyttää yhtiösopimuksen muuttamista. Niin ollen yhtiöpanoksia voidaan muuttaa lisäämällä voitto-osuuksia niihin vain, jos yhtiömiehet ovat siitä yksimielisiä. Siten nostamatta jäänyt voitto-osuus, jota ei tarvita yhtiöpanoksen vajauksen kattamiseen, olisi yhtiömiehen saatavaa yhtiöltä.[25]

5.3. Voittovarojen siirtäminen tilinpäätöksessä vararahastoon pienentää sitä rahamäärää, joka kuluneen tilikauden voittona olisi maksettava osakkaille. Kun yhtiömiehillä ehdotusten mukaan olisi oikeus

[23] Mietintö s. 113—114.
[24] Mietintö s. 58, esitysehdotus s. 55, Ltk s. 118—119 (7:4, 3 mom.).
[25] Mietintö s. 34—35, esitysehdotus s. 28—29, Ltk s. 31—32.

nostaa voitto-osuutensa, myös rahaston muodostaminen edellyttää yhtiömiesten yksimielistä päätöstä.[26]

6. *Voitonjako avoimen yhtiön purkautuessa*

6.1. Lakiehdotusten mukaan olisi yhtiötä purettaessa *ensin maksettava velat* tai varattava siihen tarvittavat varat. Sen jälkeen olisi yhtiömiehille *palautettava heidän yhtiöpanoksensa.* Mahdollinen ylijäämä katsottaisiin voitoksi, joka olisi *jaettava samojen perusteiden mukaan kuin vuosivoitto.*

6.2. Edellä (2.3.) on selostettu, miten yhtiöön voi aikaa myöten kertyä yhtiöpanosten kirjanpitoarvon ylittäviä varoja, jotka eivät oikeastaan ole voittoa lainkaan tai joiden jakaminen purkamisvuoden voitonjakoperusteiden mukaan voisi muuten olla kohtuutonta (5.3.). Jos yhtiömiehen yhtiöpanoksena on ollut kiinteistö tai irtainta käyttöomaisuutta, jonka realisointitulos tai reaaliarvo ylittää vastaavan yhtiöpanoksen kirjanpitoarvon, olisi kohtuullista jaossa korottaa panoksen arvo realisointituloksen mukaiseksi tai palauttaa apporttiomaisuus sellaisenaan. Jos tästä ei voida jaon yhteydessä sopia, koko ylijäämä olisi lakiehdotusten mukaan jaettava voittona, mutta voitto-osuuksien sovittelemiseen (edellä 3.3. ja alaviite 19) voi tällä perusteella olla aihetta.[27] Samasta syystä voidaan suositella, että voittovaroista perustetut vararahastot ennen jakoa lisätään yhtiöpanoksiin siinä suhteessa, jossa yhtiömiehillä on ollut oikeus rahaston perustamisvuoden voittoon.

6.3. Jos yhtiön varat eivät riitä sen velkoihin, yhtiöpanokset on kokonaan menetetty. Velkojiin nähden yhtiömiehet ovat yhteisvastuussa kaikkien velkojen maksamisesta. Yhtiön loppuselvityksessä nettovelat jaetaan yhtiömiesten kesken samojen perusteiden mukaan kuin yhtiön tappio.[28] Jos yhtiömieheltä peritään velkoja yli hänelle jaetun velkaosuuden, hän saa vaatia ylitykset takaisin toisilta yhtiömiehiltä regressioikeuden nojalla.

---

[26] Mietinnössä (s. 35) on suositeltu vuosivoiton laskennallista kohdentamista yhtiömiehille siinäkin tapauksessa, että voittoa jätetään jakamatta voitto- ja tappiotilille (tai muodostetaan rahastoksi), erityisesti yhtiössä, jossa voitto ja tappio jaetaan eri perusteiden mukaan. Muuten saattaisivat jäljellä olevien yhtiöpanoksien määrät vääristyä vuotuisen tuloslaskennan johdosta. Vrt. edellä 2.3.

[27] Ltk s. 105—106.

[28] Mietintö s. 56, esitysehdotus s. 52, Ltk s. 106.

6.4. Yhtiömiesten henkilökohtaiset saatavat yhtiöltä ja velat yhtiölle otetaan loppuselvityksessä huomioon yhtiön velkoina ja varoina. Jos yhtiömiehen velka on suurempi kuin hänelle yhtiöpanosten palautus- ja voitonjakolaskelman mukaan tuleva osuus, toiset yhtiömiehet saavat loppuselvityksen perusteella velkoa häneltä osuuksiaan tuosta yhtiön saatavasta.[29]

6.5. Jos yhtiömies eroaa yhtiöstä kesken yhtiökautta, on hänen yhtiöosuutensa, voitto-osuutensa sekä saatavansa ja velkansa selvitettävä samojen perusteiden mukaan kuin yhtiön purkautuessa.

7. Voitonjako kommandiittiyhtiön purkautuessa

7.1. Mietintöön ja esitysehdotukseen sisältyvien lakiehdotusten mukaan äänetön yhtiömies ei yhtiön purkautuessa tai hänen erotessaan yhtiöstä saisi muuta osuutta yhtiön voitoista ja varallisuudesta kuin *yhtiöpanoksensa markkamäärän* ja sille lasketun *koron.* Muu osa yhtiön varoista ja voitoista jaettaisiin vastuunalaisten yhtiömiesten kesken samojen perusteiden mukaan kuin avoimessa yhtiössä. Samoin olisi meneteltävä laintarkastuskunnan lausunnossaan ehdottamassa järjestelmässä, jos yhtiösopimuksen mukaan äänettömällä yhtiömiehellä ei ole muuta osuutta yhtiön voittoon kuin panokselle laskettu korko. *Muutoin* olisi *laintarkastuskunnan* ehdotuksen mukaan *myös äänettömän yhtiömiehen osuus* varoista, jotka palautetaan yhtiömiehille yhtiöpanoksina tai suoritetaan voitto-osuutena, määrättävä samaan tapaan *kuin avoimissa yhtiöissä.* Kuitenkin vaikuttaa äänettömän yhtiömiehen *voitto-osuuteen pienentävästi* se, että hänen toimintansa yhtiön hyväksi on ollut vähäistä ja hänen *vastuunsa* yhtiön veloista on *rajoitettu* (edellä 2.2. ja 4.2.).

7.2. Niissä yhtiöissä, joissa äänetön yhtiömies saa voitto-osuutena vain koron eikä lainkaan tappio-osuutta, äänettömän yhtiömiehen yhtiöpanos pysyy kirjanpidollisesti muuttumattomana vaikka yhtiö olisi ylivelkainen ja sen kaikki varat olisi käytetty velkojen maksamiseen. Siinä tilanteessa on myös äänettömän yhtiömiehen yhtiöpanos täysin menetetty. Vastuunalaiset yhtiömiehet eivät lakiehdotusten mukaan olisi velvolliset rahassa suorittamaan äänettömällä yhtiömiehellä kirjanpidossa olevaa yhtiöpanosta, vaikka sekin tappio, joka vastaa tuon pa-

[29] Mietintö s. 36, esitysehdotus s. 30 ja 52, Ltk s. 106—107, *Nial,* mt. s. 303—305.

noksen menetystä, olisi jaettava heille. Näin ollen olisi asianmukaista kirjanpidossa merkitä sellaisessa tilanteessa, tosin ehdotetun lain kirjaimen vastaisesti, äänettömän yhtiömiehen yhtiöpanosta vastaava osa tappiosta hänelle. Muutoin ei loppuselvityksen kirjanpito voine täsmätä.

Selvää on, ettei äänettömälle yhtiömiehelle loppuselvityksessä tai tämän yhtiöstä erotessa voida kirjata tappiota enempää kuin hänen jäljellä olevan yhtiöpanoksensa määrä. Laintarkastuskunta on lausunnossaan ehdottanut, että tästä otetaan lakiin nimenomainen maininta.[30] Siinäkään tapauksessa, että äänettömän yhtiömiehen yhtiöpanos aikaisempien tilikausien tappio-osuuksien johdosta (edellä 4.2.) olisi kirjanpidossa nollan alapuolella, hän ei siis yhtiöstä erotessaan tai loppuselvityksen yhteydessä olisi velvollinen täyttämään vajausta.

[30] Ltk s. 118 ja 126 (7:4, 1 mom.).

Simo Kärävä

Pankkiluottojen vakuuksien kehityspiirteitä

Luottoriskit ja vakuudet

A bank is as sound as its loans.
Lontoon Cityn viisautta.

»Suoritus on saamisen l u o n n o l l i n e n ja epäilyksettä tavallisin lakkaamisperuste.»[1] Näin on laita myös pankkien luotonannossa ja muussa rahoitustoiminnassa.

Ellei velallinen maksa pankille velkaansa aikanaan, pankin luottoriski uhkaa toteutua. Pankkitoiminnan riskeistä, jotka voidaan jakaa lähinnä luotto-, likviditeetti-, sijoitus-, valuutta- ja toiminnallisiin riskeihin, luottoriski on edelleen yleisin riskin laji.[2]

Luottoriskejä, joita pankit joutuvat harkitusti ottamaan, syntyy eniten yrityksille annetuista luotoista ja pankkitakauksista. Yrityksen omat riskit voivat näet muuttua pankin luottoriskeiksi tai peräti -tappioiksi. Luottoriskejä ei saa toteutua kohtuuttoman paljon. Luotonannossa tarvitaan siis tiettyä varmuutta.

Pankit hankkivat varmuutta luontonantoonsa toisaalta tiedosta, jota tarvitaan sekä luotonsaajasta että sen toimintaympäristöstä, ja toisaalta vakuuksien avulla. Keskustelu luotonannon varmuudesta on rahalaitosten yritystutkimuksen nousun ja vakiintumisen vuosina saanut uutta sävyä: varmuutta haetaan paljolti nimenomaan yrityksen toiminnan jatkuvuudesta, siis sen kehitysnäkymiä koskevasta tiedosta ja ar-

[1] *Halila — Ylöstalo,* Saamisen lakkaamisesta (1980) s. 9.

[2] Pankkitoiminnan riskeistä ks. *L. E. Thunholm,* Some notes on risk and risk management in commercial banking; Pankkitoiminta ja talouspolitiikka (Helsinki 1982) s. 257—269. — *Thunholm:* »The best study of banking risk I have come across is contained in *Jack Revell,* Solvency and Requlation of Banks», (Cardiff 1975).

vioista.[3] Puhutaan jo »tietovakuudesta».[4]

Yhtenä syynä siihen, että pankit joutuvat varmuutta etsiessään turvautumaan asiakkaantuntemukseen ja kehitysnäkymien arviointiin, on vakuuskohteiden riittämättömyys. Luottoyhteiskunnan velkayksiköillä, luotontarvitsijoilla ei näet ole antaa vakuutta läheskään kaikista sitoumuksistaan. Kansantalous on kasvanut nopeammin niiltä osin, joissa ei synny vakuudeksi käypää varallisuutta, kuin vanhoissa vaurauden lähteissä, kiinteistöissä ja koneissa, jotka luovat reaalivakuutta. Aineettomat investoinnit, muun muassa tutkimus- ja kehittämistoiminta ovat voittaneet alaa aineellisilta.[5] Mutta investoinnin kiusallinen peruspiirre on säilynyt kummassakin ryhmässä: tuottoa saa usein odottaa pitkään, jopa turhaan. Juuri tästä syntyy riskiä sekä investoijalle että luotonantajalle.

Selvitystä siitä, missä määrin pankkiluotoilla kauttaaltaan on vakuutta, ei ole saatavissa virallistilastoista. Virallisissa pankkitilastoissa on kuitenkin ollut tietoa siitä, missä määrin pankeissa on lainoihin ja shekkitililuottoihin saatu reaalivakuuksia, missä määrin niissä taas on tyydytty luotonsaajan oman nimen tarjoamaan varmuuteen tai takaajiin. Viimeinen tilastotieto on vuodesta 1973. Liikepankkien takausvakuisten luottojen osuus kyseisten luotonlajien markkamäärästä oli tuolloin noin 20 % ja ilman vakuutta myönnettyjen luottojen osuus noin 39 %. Tilasto ei anna oikeaa kuvaa tilanteesta. Niinpä osa lainojen ja shekkitililuottojen reaalivakuuksista on samanaikaisesti yleispanttauksin luotonsaajan muiden pankkisitoumusten vakuutena. Niihin kuuluu luottojen ohella pankkitakausten vastasitoumuksia, joista merkittävä osa on kuitenkin pelkästään taattavan tai tämän takaajien yleisen vastuukyvyn varassa.[6]

Pelkästään luotonsaajan nimen ja vastuukyvyn varassa olevien luottojen osuus on todennäköisesti ainakin liikepankeissa noussut viimei-

---

[3] Ks. esim. *Havansi,* Luotto-oikeus (1984) s. 309—315 sekä *Kärävä,* Luotonannon selektiivisyys ja pankit; Kansantaloudellinen aikakauskirja 1969: 3 s. 226—231, Rahoitusratkaisut ja investointien ohjautuminen, KTA 1976: 4 s. 337—346 ja Yritysten ja niiden investointihankkeiden luotottamisen kriteerit; Yrityksestä ja sen tutkimisesta (toim. Juhani Jaakkola, 1984) s. 61—73, *Pekka Pitkämäki,* Luotonantajan yritystutkimus — tavoitteet, sisältö ja menetelmät; juuri main. teos s. 101—110 sekä *Pertti Tuomala,* Yritystutkimuksen näköaloja; KOP:n Taloudellinen katsaus 3/1982 s. 10—17.

[4] *Havansi;* em. teos s. 310.

[5] Tarkemmin *Kärävä,* Yritysten tutkimus- ja kehittämistoiminta pankin näkökulmasta; Tutkimus ja tekniikka 6/1975 s. 3—7.

[6] Tilastollisia huomioita vakuuksista sisältävät mm. *Havansi,* em. teos s. 384—396 ja Vakuusoikeudellisia kirjoitelmia (1978) s. 3—4 sekä *Kärävä,* Vakuustarpeita ja -mahdollisuuksia, LML-koulutus 19 (1976) s. 66—67 ja 78—81.

sen tilastointivuoden jälkeen. Osuus- ja säästöpankkien osalta tuonsuuntaista kehitystä jarruttavat paikallispankkeja sääntelevien lakien vakuussäännökset.[7]

Sudenkuoppia ja suojaverkkoja

Ettäkö taloja? Älkäähän nyt!
Ei nykyaikana taloja tehdä.
Värkätään asunto-osakeyhtiöitä.

Aaro Hellaakoski:
Muurari: karakterikuva 20-luvulta.

Vakuuksia koskevia oikeusriitoja ja pankkitarkastusvirastoon kanteluina tulleita erimielisyyksiä on pankkien osalta ollut varsin vähän siitäkin huolimatta, että käytännön vakuusjärjestelyt voivat olla melko konstikkaita. Vaikeuksilta välttymistä ovat varmaan osaltaan auttaneet pankkien oma koulutustoiminta, jossa luotonantokysymyksillä on tuntuva osuus, sekä se, että luotto- ja vakuussopimuksia varten on käytettävissä yleislomakkeita, joita suunniteltaessa on voitu ottaa huomioon »sudenkuopat». Koulutus ja lomakkeet ovat tavallaan suojajärjestelmiä.

Ainakin yksi kiintoisa kehityspiirre, johon liittyy sekä oikeudellisia että epävarmuusnäkökohtia, on viime vuosikymmeniltä kuitenkin muistiin merkittävissä. Kysymyksessä ovat grynderi- eli perustajarakentamiseen liittyvät pulmat, jotka koskevat toisaalta grynderin oikeutta käyttää perustamansa asunto-osakeyhtiön kiinnitettyjä velkakirjoja omien luottojensa vakuutena, toisaalta grynderihankkeen asunto-osakkeiden panttausta eritoten rakennusaikana. Kummallakin kysymyksellä oli suuri käytännön merkitys, koska asuntojen rakentaminen oli sotien jälkeen vilkkaimmillaan ja tapahtui pääosin juuri asunto-osakeyhtiömuotoa käyttämällä. Pankit puolestaan olivat suuri luotonantajaryhmä: ne rahoittivat sekä gryndereitä ja näiden perustamia asunto-osakeyhtiöitä että asunto-osakkeiden ostajia.[8]

Grynderiurakointiin liittyi kahdella edellä mainitulla osa-alueella tuntuvia taloudellisia ja oikeudellisia epävarmuustekijöitä ja väärinkäytöstenkin mahdollisuuksia. Niiden torjumiseksi rahalaitokset kehittivät

---

[7] Ks. *Erma — Koski,* Pankkilait 1969—1985 (1985) s. 327—331.

[8] Ks. esim. *Kärävä,* Rakentamiseen liittyviä luotonantokysymyksiä; Rakentamispäivä 16. 10. 1965 (toim. Antti Riihimäki) s. 35—47, *Norrmén,* Om bostadsaktieköparens rättsliga ställning i det s.k. Gründerförhållandet (1968), *Rudanko,* Mikä on grynderi; LML-koulutus 39 (1984) s. 12—26 ja Vastuusta grynderirakentamisessa (1982) sekä *Zitting,* Asunto-osakeyhtiön kiinnitettyjen velkakirjojen väärinkäytöstä, DL 1968 s. 431—444.

asunnonostajan suojajärjestelmän, ns. RS-järjestelmän.[9] Lainsäädäntötietä ei näet päästy jo kauan tiedossa olleiden epäkohtien korjaamiseen komitea- ja toimikuntamietintöjä pitemmälle. Vuonna 1972 käyttöön otettu RS-järjestelmä, jota sittemmin on täydennetty, osoittautui pian niin käyttökelpoiseksi, että aiheellisesti on esitetty »harkittavaksi, onko erityisen (asunnonostajan) suojalain säätäminen enää RS-järjestelmän käyttöönottamisen jälkeen tarpeellista».[10] RS-järjestelmän käytön laajuus ja suojan teho ovat antaneet aiheen käyttää siitä jopa luonnehdintaa »yksityinen lainsäädäntö».[11]

Uutta ja yli-ikäistä vakuutta

Pantti oman kotia tuo.

Juteini: Walittuja Suomalaisten Sanan Laskuja, 1818.

Takaus on viime vuosina eritoten valtiontakausten yleistymisen johdosta saanut osakseen useammin uutta lainsäädäntöä kuin esinevakuudet, joita koskevaa lainsäädäntöä ei ole aikoihin uudistettu juuri muutoin kuin vuoden 1966 maanvuokralailla ja linja-autokiinnityksen laventamisella autokiinnitykseksi.

Vuoden 1986 alusta on kuitenkin saatu käyttöön uusi reaalivakuus, yrityskiinnitys, jolla elinkeinonharjoittajan omistama elinkeinotoimintaan kuuluva irtain omaisuus voidaan kiinnittää ja hallintaa luovuttamatta pantata saamisen vakuudeksi (L 31. 8. 1984/634). Yrityskiinnitys korvaa järjestelmänä irtaimistokiinnityksen. Yrityskiinnityksen toivotaan parantavan yritysten rahoitusmahdollisuuksia ja vähentävän tarvetta käyttää sitoumusten vakuutena yrityksen ulkopuolista omaisuutta sekä omistajan ja muidenkin henkilöiden takauksia.

On kuitenkin esitetty epäilyksiä siitä, onko yrityskiinnitys vakuus, joka »oman kotia tuo», ja vielä enemmän epäilty, käykö se turvaavasta vakuudesta, jota eräät säännökset vaativat luotonannolle. Tosin yrityskiinnitys poisti eräitä tekijöitä, jotka olivat syynä irtaimistokiinnityksen vakuusarvon heikkouteen. Olennainen kohennus oli tietenkin etuoikeuden parantuminen. Yrityskiinnityksellä voi arvella olevan vakuutena ar-

[9] RS-järjestelmästä ks. esim. *Erma — Kärävä — Riihimäki*, Pankkitoimen lakiasiat (1986) s. 196—204, *Havansi*, Panttioikeus osakkeeseen I (1979) s. 390—473 sekä *Tenkanen*, Rahalaitosten käyttöönottama asunnon ostajien suojajärjestelmä; LML-koulutus 9 s. 68—82 ja RS-järjestelmän selvittäminen; LML-koulutus 39 s. 27—39.

[10] *Tenkanen*, LML-koulutus 18 s. 82.

[11] *Havansi*, em. teos s. 392, jossa sivun 391 alav. 3.

voa nimenomaan pääomavaltaisilla toimialoilla, joissa työvoimakustannusten osuus on vähäinen.[12]

Ruotsissa yrityskiinnitys on ollut käytössä vuodesta 1966, jolloin saatiin uudeksi vakuuslajiksi *företagsinteckning.* Siitä annetun lain soveltamisaikana ehdittiin havaita korjausta vaativia epäkohtia. Niiden poistamiseksi säädettiin vuonna 1984 laki (1984: 649), jonka säänteleмä *företagshypotek* korvasi aiemman lain perustaman vakuuden. Uusi laki tuli voimaan vuoden 1986 alusta.[13] Meilläkin on syytä seurata yrityskiinnityksen alkutaivalta tarkoin ja tehdä ripeästi tarvittavat lainmuutokset.

Kesäkuun 1986 loppuun mennessä on haettu noin 3 000 yrityskiinnitystä. Niistä on kolmannes haettu korvaamaan aiempaa irtaimistokiinnitystä.[14]

Vakuudellakin voi olla elinkaarensa. Niinpä eräs arvatenkin pysyvästi tarpeettomaksi käynyt vakuus joutaisi saada pois päiviltä. Tarkoitan ns. metsäkiinnitystä (L 31. 1. 1930/39) eli sitä kiinteistökiinnityksen alalajia, jossa metsänkäyttöoikeutta on rajoitettu.[15] Keskusmetsäseura Tapion antaman tiedon mukaan metsäkiinnityksiä ei ole enää aikoihin haettu. Tämä pantti ei ainakaan tuo omaa kotiin — sitä kun ei edes käytetä.

Rahoitusyhtiöt ja uudet rahoitusmuodot

Yhes säkis kannetoa monelaisii eloloi.
Sananparsi Sakkolasta.

Pankit ovat viime vuosina konsernisoituneet: ne ovat perustaneet tai hankkineet sekä kotimaisia että ulkomaisia tytäryhtiöitä. Kotimaisia ovat muun muassa rahoitusyhtiöt. Ne toimivat toisaalta luottokaupan rahoitusyhtiöinä rahoittaen osamaksusopimuksia ja perien osamaksusaatavia sekä toisaalta ns. palveluluottoyrityksinä, joiden toiminta on pääasiassa leasing- ja factoring-rahoitusta. Näiden yhtiöiden toi-

[12] Yrityskiinnityksestä ks. esim. Yrityskiinnitystoimikunnan mietintö, *KM 1981: 56, Anna-Riitta Wallin,* Lausunnot yrityskiinnitystoimikunnan mietinnöstä, tiivistelmä; OikM:n lainvalmisteluosaston julkaisu 7/1982 ja *Ojanen — Sutinen,* Yrityskiinnitys (1986).

[13] Ruotsin lainsäädännöstä ks. Företagshypotek. Slutbetänkande om kreditsäkerhet i näringsverksamhet, *SOU 1981: 76* ja *Per Petterson,* Företagshypotek (Helsingborg 1985).

[14] Patentti- ja rekisterihallituksen toimistopäällikön *Tuovi Relas-Vuorion* 16. 7. 1986 antama puhelintieto.

[15] Ks. esim. *Erma — Kärävä — Riihimäki,* em. teos s. 231—232.

minta on yleistänyt edellä mainitut kolme rahoitusmuotoa, jotka vähentävät myös rahoittajan luottoriskiä.[16]

Kyseisiä rahoitusmuotoja voitaisiin ilmeisesti viljellä pankeissakin, mutta tarkoituksenmukaisuussyistä toiminta on järjestetty tapahtuvaksi pankkien tai pankkiryhmien omistamissa erityisyhtiöissä. Mikäli suunnitteilla oleva laki, joka sääntelisi erikseen rahoitusyhtiöiden toimintaa, säädetään, jäänee puheena oleva rahoitustoiminta pysyvästi erityisyhtiöiden varaan.[17]

Pankin konsernin luotonannon tarvitsema varmuus saavutetaan edellä kuvatussa tytäryhtiötoiminnassa kunkin rahoitusmuodon erityispiirteisiin liittyvillä sopimusehdoilla. Osamaksukaupan rahoitus ei ole ostajien vaan myyjän rahoittamista, jossa myyjä sitoutuu lunastamaan rahoitetut osamaksusopimukset, mikäli ostaja jättää laskunsa maksamatta. Kauppahintasaatavaa turvaavat omistuksenpidätys ja takaisinottoehto. Leasingissa varmuutta saadaan siten, että rahoitusyhtiö ostaa asiakkaan valitseman vuokrakohteen omistukseensa. Lisäksi voidaan sopia siitä, että kohteen myyjä antaa rahoitusyhtiölle takaisinostositoumuksen sen varalta, että vuokralleottaja ei hoida vuokramaksujansa. Vakioehtoisessa factoringissa myyjä sitoutuu lunastamaan rahoitusyhtiön rahoittamat laskut, mikäli ostaja ei niitä maksa. Ostajasta aiheutuvaa luottoriskiä vähentää siis myyjän sitoumus ja myyjästä aiheutuvaa ostajan maksuvelvollisuus rahoitusyhtiötä kohtaan.

Näennäisvakuudet

Wo Ökonomie ist, ist keine Moral.

Novalis (olk. Friedrich von Hardenberg. 1772—1801).

Yritys- ja erityisesti pankkitoiminnassa on voitu nähdä sopimuskumppaneiden edustajissa niin paljon moraalia, että varmuutta on kat-

---

[16] Osamaksukaupan rahoittamisesta ks. esim. *Havansi,* Luotto-oikeus s. 79, *Kurvinen — Kärävä,* Näkökohtia osamaksukaupasta LM 6/1966 s. 600—610 ja *Kärävä,* LML-koulutus 19 s. 73—74. — Factoringista ks. esim. *Havansi,* Esinevakuusoikeudet (1984) s. 143—145 ja 444 sekä *Thor Falkanger,* Kundefordringer som kredigrunnlag — Faktoring og beslektede ordninger ja *Rabbe Svensson,* International Factoring; kumpikin 30. Pohjoismaisen lakimieskokouksen pöytäk. I (1984). Falkangerin ja Svenssonin esitelmät samoista aiheista ja niistä käyty keskustelu pöytäk. II (1984) s. 475—499. — Leasingista ks. esim. *Havansi,* em. teos s. 446—448, *Ilona Junka,* Rahoitusleasing investointien rahoitusmuotona; ETLA B 47 (1986) sekä *Tuula Paananen,* Suomen leasingmarkkinat ja *Jussi Tuori,* Leasingtoiminta Euroopassa, kumpikin KOP:n Taloudellinen katsaus B-p. 34/1981, s. 3—15 ja 26—31.

[17] Ks. Rahoitusyhteisötoimikunnan mietintö, *KM 1984: 2,* jossa selostettu myös yhtiöiden toimintamuodot s. 6—12.

sottu sisältyvän myös sellaisiin tahdonilmauksiin, joita ei voida pitää varsinaisina maksu-, takaus- tai muina selvästi velvoittavina sitoumuksina.[18] Niinpä nimenomaan yritystoiminnan kansainvälistyessä yhä useampi suomalaispankkikin on joutunut esimerkiksi tavanmukaisen takauksen saamisen sijasta tilanteeseen, jossa yritys tarjoaa luoton vakuudeksi emoyhtiönsä antamaa, kirjeen muotoon puettua erityisasiakirjaa. Kirje sisältää yleensä selonteon asiakirjan antajana ja luotonpyytäjäyrityksen välisestä suhteesta ja jonkinasteisen vakuutuksen siitä, että asiakirjan antaja emoyhtiönä pyrkii vaikuttamaan siihen, että tytäryhtiö aikanaan maksaa tai kykenee maksamaan pyytämänsä velan.

Edellä kuvatun asiakirjan otsakkeena on usein jokin seuraavista nimityksistä: *letter of comfort, letter of support, letter of awareness, letter of responsibility, letter of intent* tai *keep well letter* sekä saksankielisissä asiakirjoissa varsin usein *Liquiditätsgarantie* tai *Patronatserklärung.* Saksankielisenä yleisnimenä esiintyy *Atypische Kreditsicherheit.* Suomenkielisessä oikeuskirjallisuudessa asiakirjasta on alettu käyttää epäonnistunutta nimitystä »mukavuuskirje». Olisikohan »tukikirje» osuvin nimitys?[19]

Asiakirjan velvoittavuus riippuu sen sisällöstä, joka voi olla vaikkapa vain ilmoitus siitä, että emoyhtiö tietää tytäryhtiön menevän sitoumukseen. Asiakirjan sisältö voi kyllä joskus yltää niinkin pitkälle, että tytäryhtiön jättäessä sitoumuksensa täyttämättä asiakirjan antaja on velvollinen korvaamaan syntyneen vahingon.

Arvioidessaan kirjeen vakuusarvoa luontonantaja joutuu ottamaan huomioon, että kyseessä ei ole takaus, joka seikka usein nimenomaan mainitaankin kirjeessä. Saatua lausumaa ei yleensä voida pitää muunakaan vakiintuneena sitoumustyyppinä, jolla olisi omat erityiset oikeusvaikutuksensa. Pankit käyttävät tämäntyyppisiä kirjeitä lähinnä lisävakuutena ja niissä tapauksissa, joissa muutakaan vakuutta ei ole saatavissa, mutta luotonhakijasta saadut tiedot puoltavat luoton myöntämistä. Olipa sitoumuksen sisältö mikä tahansa, pankki joutuu tietenkin selvittämään ja ottamaan huomioon, millaiset kirjeen antajan vastuukyky ja kehitysnäkymät ovat.

---

[18] »Seriøse forretningsfolk afgiver ikke en formaliseret hensigtserklaering uden at vaere indstillet på at gøre en alvorlig indsats for at realisere erklaeringens mål»: — Näin *Bernhard Gomard,* »Letters of intent» (hensigtserklaeringer), 30. Pohjoismaisen lakimieskokouksen ptk. II (1984) s. 443.

[19] Ks. *Havansi,* Luotto-oikeus s. 327, *Axel Garth,* Atypische Kreditsicherheiten (Frankfurt am Main 1980), jossa myös Suomen-katsaus s. 373—377, *Jartela — Kurkinen — Petäjistö* (toim., 1982) s. 274—279 (tukikirjeen käytön syistä s. 277—278) ja *Ulf R. Siebel,* Eigenkapital und Quasi-Eigenkapital von Kreditinstituten (Frankfurt am Main) erit. s. 72—73.

Pankkitoiminnassa oppii ajan mittaan huomaamaan, että yrityksen vaikeuksien kasvaessa sen vastuuhenkilöiden moraali sallii enemmän kuin hyvinä päivinä on laita. Tämän piirteen voi olettaa korostuvan silloin, kun tukikirje joutuu koetukselle maksuhäiriötilanteessa.

Näennäisvakuuksien yhteydessä sopinee mainita, että pankkikäytännössä esiintyy nykyään myös vakuuden lähikäsite, ns. negatiivinen klausuuli, *negativ pledge.* Se on lainasopimuksen ehto, jossa luotonsaaja sitoutuu luotonantajaa kohtaan siihen, että luotonsaaja ei anna muillekaan velkojilleen vakuuksia tai antaa niitä vain siten, että kyseinen luotonantaja saa niihin yhtäläisen oikeuden kuin muutkin velkojat. Lauseketta käytetään etenkin kansainvälisissä luottojärjestelyissä.[20]

Talletuspankkilaki ja vakuudet

Eteensä elävä aattelee ja
taansa kuallu kattelee.
Sananparsi Pomarkusta.

Vakuuden merkitys vaihtelee rahalaitosryhmittäin myös pankkilainsäädännön johdosta. Säästöpankkien ja osuuspankkien osalta on pääsääntönä, että luottoa annetaan vain turvaavaa vakuutta vastaan. Liikepankkien luottojen vakuuksia ei ole katsottu tarpeelliseksi säädellä, koska liikepankkien omille pääomille asetettu suhteellisesti korkeampi vaatimus turvaa — kuten hallituksen esityksessä nykyisiksi pankkilaeiksi mainitaan — liikepankeille saman vakavaraisuuden huomattavasti suurempienkin luottoriskien varalta kuin säästö- ja osuuspankkien suhteellisesti pienemmät omat varat pienempien riskien varalta. Myöskään postipankkilaissa ei ole vakuussäännöstä. Tietysti myös liikepankin ja Postipankin on välttämätöntä noudattaa luotonannossa tervettä varovuutta ja pitää silmällä vakuuden saamista.[21]

Äskettäin työnsä valmiiksi saaneen pankkitoimintakomitean tehtävänä oli selvittää liike-, osuus- ja säästöpankkien sekä Postipankin har-

[20] Ks. *Havansi,* em. teos s. 328—329 ja *Bertil B. Bylund,* Något om s.k. negativa klausuler i låneavtal; Festskrift till Knut Rodhe (Tukholma 1976) s. 113—138. — En puutu muutoin suomalaisten pankkien ulkomaisille asiakkaille antamien luottojen vakuuksiin ja muihin varmuusjärjestelmiin, jotka tietenkin pitkälti seuraavat yleistä kansainvälistä käytäntöä. Ulkomaisessa luotonannossa ilmenee myös maariskejä. Maariskin suhteesta luottoriskiin ja maariskistä yleensä ks. *Harold Cataquet,* Country Risk Analysis: Art, Science, and Sorcery (1984) s. 78—116 ja siinä mainittu kirjallisuus.

[21] Ks. *Erma — Koski,* em. teos s. 327—331 ja Pankkilakikomitean mietintö, *KM 1967: A 8* s. 47—48.

joittamaa toimintaa koskevien säännösten uudistamista ja yhtenäistämistä siten, että vakavaraisuuden ja toimintaoikeuksien keskinäinen suhde kaikissa talletuspankeissa, joiksi komitean mietinnössä edellä mainittuja pankkeja nimitetään, on sama pankin yhteisömuodosta riippumatta.[22] Komitea on ehdottanut kaikille talletuspankeille yhteisen pankkitoimintaa sääntelevän lain, talletuspankkilain säätämistä. Komitean ehdotuksen mukaan talletuspankkilaissa ei olisi erityistä vakuussäännöstä. Vakuusasia tulee sen sijaan esille vakavaraisuuden sääntelyssä.

Tallettajien saamisten suojaamiseksi on talletuspankkien vakavaraisuuden tietenkin oltava riittävän kattava. Komitean tavoitteena on ollut ottaa vakavaraisuuden sääntelyssä huomioon eri toimintojen riskien erilaisuus. Tässä tarkoituksessa jaetaan pankin saamiset vakavaraisuutta määritettäessä niihin sisältyvän riskin mukaan viiteen ryhmään. Kullekin ryhmälle on asetettu erisuuruinen oman pääoman vaatimus, 0—10 %.

Säännösehdotuksen mukaan pankin saamiset ja vastuusitoumukset jaettaisiin luokituksen III tai IV ryhmään sen mukaan, onko saamisista annettu pankkitoiminnassa yleisesti hyväksyttyä vakuutta vai ei (21 §). Mietinnöstä antamassaan lausunnossa Suomen Pankkiyhdistys on kiinnittänyt huomiota siihen, että lakiehdotuksessa pankkitoiminnassa yleisesti hyväksytyn vakuuden käsite on varsin tulkinnanvarainen. Tämän johdosta sanottu ryhmäjako johtaisi erilaiseen käytäntöön eri pankeissa, jolloin riskiryhmittelyyn perustuva vakavaraisuuden laskentajärjestelmä ei johtaisi vertailukelpoisiin lopputuloksiin. Sanotunlainen jako voisi johtaa myös tarpeettomaan ja keinotekoiseen vakuuksien käyttöön sekä lisäisi siten luotonsaajien rahoituskustannuksia.

Erityisen vaikeaa olisi vakuusperusteinen jako toteuttaa ulkomaisten saamisten ja vastuusitoumusten osalta. On myös huomattava, että kansainvälisessä luotonannossa on yhä enenevässä määrin luovuttu perinteisten vakuuksien käyttämisestä. Saamiset pyritään sen sijaan turvaamaan asettamalla luotonannolle erilaisia taloudellisia ehtoja, esimerkiksi rajoittamalla luotonsaajan velkaantumista. Vakavaraisuuden sääntely ei muissa maissa yleensä perustu yhtä keskeisesti vakuuksiin kuin ehdotuksessa. Vakuussidonnaisuutta on edellä kuvatun kehityksen johdosta joissakin maissa entisestään vähennetty.

Vakuuden arvon määrittäminen on sinänsä usein erittäin vaikeaa, ja vakuuden arvo saattaa nopeastikin vaihdella.

Edellä esitetyistä syistä Suomen Pankkiyhdistys on lausunnossaan

[22] *KM 1986: 2* etenkin s. I—II, 15—21, 25, 28—30 ja 68—81.

katsonut, että saamisten ja vastuusitoumusten jakaminen kahtia sillä perusteella, onko niistä vakuus vai ei, ei ole paikallaan, sekä ehdottaa, että ryhmät III ja IV yhdistettäisiin ja että niille asetettaisiin 3 %:n vakavaraisuusvaatimus.

Vesa Majamaa

Yleinen etu ja ympäristöoikeus

1. Yleinen etu — yksityinen etu

Sanaparissa yleinen etu — yksityinen etu kuvastuu se jatkuva jännitystila, joka aiheutuu yhteisön tarpeesta suojatua jäsenensä egoististen tavoitteiden haittavaikutuksilta. Yksityinen omistusoikeus ja sopimusvapaus suovat yksilölle mahdollisuuden toteuttaa suunnittelemansa hankkeet ja järjestää keskinäiset suhteensa yhteisön muihin jäseniin muutoinkin parhaaksi katsomallaan tavalla. Yksityinen omistusoikeus on tuskin luonnonoikeudellinen seuraus tai välttämättömyys, vaan aivan ilmeisesti sitä voidaan paljolti pitää oikeudellisen ajattelun tuotteena, jonka avulla on jaettu luonnonvarat ja järjestetty nautinta kuin myös saatu tietty peruste yksilöiden keskinäisten oikeussuhteitten ratkaisemiselle. Maatalousvaltaisessa yhteisössä on yksilöt saatu kiinnostumaan maan, omaisuutensa hyvästä hoidosta; riittävän oman intressin puuttuminen tukahduttaa paitsi aloitteellisuuden myös mielenkiinnon omaisuuden hoitoon ja parantamiseen.[1] Omaisuutta ei kuitenkaan ole »luovutettu» yksityisille näiden egoististen tarpeiden tyydyttämiseksi, vaan suuressa määrin siinä tarkoituksessa, että tämän on katsottu palvelevan parhaalla tavalla myös yhteisön hyvinvointia.

Organisoimalla oikeusjärjestyksensä yksityisen omistusoikeuden pohjalle on yhteisö ymmärrettävästi tehnyt omat varauksensa, jotka koskevat sekä myönnetyn oikeuden pysyvyyttä että oikeuden laajuutta. Niinpä yhteiskunta on varannut itselleen mahdollisuuden palauttaa tar-

[1] Hallintaperusteen merkitys on tullut selkeästi esille muun muassa maan vuokraa koskeneiden lainvalmistelutöiden yhteydessä. Maankäyttölainsäädäntökomitea totesikin, että ainoastaan omistajalla voi olla täysi varmuus siitä, että hän tai hänen perillisensä saavat hyödyn uhrauksista, joiden tulokset usein voidaan saavuttaa vain pitkän ajan kuluessa. Ks. *Kom. 1957: 1* s. 18. Toisen omaisuuden hallinta ilman riittävää varmuutta hallintasuhteen jatkuvuudesta ja/tai mahdollisuudesta saada korvausta kaikista maan parannuksista on myös aina katsottu johtavan maan huonoon hoitoon ja rakennusten rappeutumiseen, ks. *Kom. 1897: 2* s. 22 ja s. 30 ss sekä *Kom. 1907: 16* s. 69—70 ja s. 91 ss. Ensin mainitun komiteanmietinnön pohjalta säädettiin vuoden 1902 maanvuokralaki, jälkimmäisen vuoden 1909 maanvuokra-asetus.

vittaessa omaan käyttöönsä toiselle kuuluva omaisuus vastoin omistajan tahtoa. Kiinteän omaisuuden omistaja on velvollinen luopumaan omaisuudestaan tai alistumaan käyttöoikeuden supistukseen *yleisen tarpeen* niin vaatiessa. Lunastajan, joka saattaa olla muukin kuin julkisoikeudellinen yhteisö, oli vuoden 1898 pakkolunastuslain mukaan näytettävä toteen »yrityksen tarpeellisuus ja yleinen laatu». Vanhan pakkolunastuslain korvanneen lunastuslain mukaan tulee hakijan osoittaa, että yleinen tarve vaatii lunastusta.

Omistajan valta käyttää kiinteätä omaisuuttaan ei myöskään ole rajoittamaton. Naapurikiinteistön käyttömahdollisuuksien ja naapureiden kohtuullisten intressien huomioon ottamisen vuoksi on tietyt kiinteistön käyttötavat kielletty, mutta lukuisat ovat myös ne rajoitukset ja kiellot, jotka on annettu yleisen hyvinvoinnin turvaamiseksi. Metsien hävittämisen kieltäviä ja tilojen elinkelpoisuuden turvaavia määräyksiä voidaan pitää esimerkkeinä viimeksi mainitun kaltaisista kielloista ja rajoituksista. Yleisen edun voidaan epäilemättä sanoa muodostavan yleisellä abstraktiotasolla rajoituksen omistajan käyttövallan laajuuteen.

Lunastuslain tarkoittama *yleinen tarve* on yleisen edun tavoin siinä mielessä avoin, että lunastus on toimeenpantavissa minkä tahansa hankkeen hyväksi tai toteuttamiseksi, kunhan vain hanke on yleinen. Yleinen tarve tuskin on määriteltävissä tyhjentävästi tai edeltäkäsin, vaan se jää aina riippumaan esiintulevista asioista samoin kuin niistä arvostuksista, joihin kunakin ajankohtana vallitsevat käsitykset ja näkemykset perustuvat. Lunastamalla yleisen tarpeen niin vaatiessa aikaansaadaan joko omistajan käyttövallan subjektin vaihdos tai poistetaan omistusoikeudesta aiheutuva este käyttää toisen omaisuutta tietyssä suhteessa taikka estetään omistajaa käyttämästä omaisuuttaan tietyllä tavalla. Yleisen tarpeen olemassaolo ei yksinään oikeuta lunastuksen toimeenpanoon, vaan sen ohella suoritetaan intressivertailu lunastuksella saatavan hyödyn ja siitä aiheutuvan vahingon kesken. Lunastusta ei LunL 4.1 §:n mukaan saa nimittäin panna toimeen, jos lunastuksesta yksityiselle edulle aiheutuva haitta on suurempi kuin siitä yleiselle edulle saatava hyöty.

Lunastuslainsäädännössä yleinen etu tulee esille tilanteissa, joissa yksityinen etu joutuu väistymään yleisen edun tieltä. Tässä vastakkainasettelussa yleisellä edulla on usein kansantaloudellinen sisältö. Varsin selkeästi tämä käy selville niistä erityislaeista, jotka oikeuttavat lunastamaan toiselle kuuluvaa kiinteätä omaisuutta tiettyyn erityistarkoitukseen. Tien ja rautatien rakentaminen on vanhastaan nähty niin merkittävinä yleisinä hankkeina, ettei niiden toteuttamista ole voitu jättää riippuvaiseksi yksityisen maanomistajan myötävaikutuksesta. Toi-

saalta yleisellä edulla voi olla kokonaan muukin kuin taloudellinen sisältö. Näin on esimerkiksi tilanteissa, joissa lunastus suoritetaan virkistys- tai suojelutarkoituksiin.

Yleisellä edulla on taloudellisen puolensa ohella aina myös moraalinen, oikeudenmukaisuuden tunteeseen läheisesti liittyvä puolensa. Niinpä ei ole ajateltavissa, että julkisyhteisö käyttäisi lunastusta taloudellisten etujen saavuttamiseksi. Se että maata on hankittu lunastamalla yleiseen tarpeeseen tulee myös näkyä lunastetun omaisuuden vastaisessa käyttämisessä tai omaisuudesta seuraavan kerran muulla tavoin määrättäessä. Keinottelun piirteitä saavan taloudellisen hyödyn tavoittelun, olkoonkin että sen voidaan aina sanoa koituvan välillisesti myös yhteisön jäsenten hyväksi, ei voitane pitää yleisen edun mukaisena, kun toiminta tapahtuu viime kädessä lunastetun alueen omistajan kustannuksella. Yleinen etu voikin muodostaa rajoituksen yleiselle tarpeelle.

2. *Yleisen edun moninaisuus ja suppeus*

Ympäristöoikeuden alueella ristiriitatilanteet eri intressien välillä ovat usein siinä määrin moninaisia, etteivät ne ole ratkaistavissa edellä mainittujen joko kahden taloudellisen tai taloudellisen ja tavanomaisen suojelullisen intressin vastakkainasettelun pohjalta. Yksinomaan vesilaissa on kaiken kaikkiaan neljäkymmentä yksittäistä säännöstä, joissa esiintyy käsite *yleinen etu.* Yleisellä edulla on näissä säännöksissä useita, joskus toistensa kanssa jopa osittain vastakkaisia merkityssisältöjä. Yleinen etu tulee esille arvioitaessa hankkeen luvanvaraisuutta (esim. VL 1: 15; 1: 19; 2: 2 ja 2: 6); yleinen etu estää kokonaan ryhtymisen tiettyihin toimenpiteisiin (VL 1: 22), mutta toisaalla se otetaan huomioon hankkeen toteuttamisen puolesta puhuvana seikkana (esim. VL 2: 11). Yleisen edun suoja ei suinkaan ole aina ehdoton, mutta toisaalta toimenpiteet on suoritettava siten, että sitä loukataan mahdollisimman vähän (esim. VL 2: 3 ja 5: 2). Yleinen etu saattaa ratkaista toistensa kanssa kilpailevien hankkeiden keskinäisen etuoikeusjärjestyksenkin (esim. VL 3: 12 ja 9: 9). Yleinen etu luo viranomaisille hankkeen vireillepano-oikeuden (esim. VL 2: 27 ja 2: 28), ylipäänsä viranomaisen puhevalta vesiasioissa perustuu juuri yleisen edun valvontaan. Yleisen edun huomioon ottamisesta seuraa muun muassa, ettei vesistöön rakentamista useinkaan voida tehdä halvimman vaihtoehdon mukaisena. Tämä on tullut esille erityisesti lukuisten silta- ja pengerhank-

keiden rakentamisen yhteydessä.[2]

Ympäristön käyttöä koskevat suunnitelmat voivat olla siinä mielessä toistensa kanssa kilpailevia, ettei niiden samanaikainen toteuttaminen ole mahdollista. Yleinen etu tai tarve saattaa lisäksi edellyttää niiden molempien toteuttamista. Kuten KHO:n ratkaisusta 1981 A I 1, jossa oli kysymys luonnonsuojelualueen perustamisesta ja sen vaikutuksesta suunnitellun moottoriliikennetien rakentamiseen, käy selville, voi yleisen edun olemassaolon arviointi muodostua pulmalliseksi tehtäväksi.

> Esillä olleessa tapauksessa oli TVH hyväksynyt vuonna 1978 rakennettavaksi Porvoon—Pernajan moottoritie/moottoriliikennetien vaihtoehdon C mukaisena. Vuonna 1979 LH oli alueen maanomistajien hakemuksesta julistanut rauhoitetuksi luonnon- ja maisemansuojelualueeksi alueen, joka osittain sijoittui edellä mainitun vaihtoehto C:n mukaiselle tiealueelle. Rauhoitussäännösten mukaan alueella oli kielletty mm. tien rakentaminen. TVH valitti LH:n päätöksestä ja vaati muun muassa sen muuttamista siten, ettei rauhoitus estänyt tien rakentamista alueelle vahvistettavan tiesuunnitelman mukaisesti.
>
> KHO katsoi, ottaen huomioon tiesuunnittelun nykyvaiheen ja Pernajan lahden pohjoispuolisten alueiden maankäytön kokonaissuunnittelun keskeneräisyyden sekä sen, että suojelu voitiin säädetyin edellytyksin tarpeen vaatiessa lakkauttaa, että suojelualueen muodostaminen edisti huomattavaa yleistä etua. TVH:n valitus ei näin ollen, mikäli kysymys oli suojelualueen perustamisen lainmukaisuudesta, antanut aihetta LH:n päätöksen muuttamiseen. Kun asian ratkaisu muutoin riippui päätöksen tarkoituksenmukaisuuden harkitsemisesta, KHO siirsi asian KHOL 5.1 §:n nojalla hallituksen ratkaistavaksi.
>
> Ratkaisu syntyi äänestyksen jälkeen 4—1. Eri mieltä ollut jäsen olisi muuttanut suojelualueen muodostamista koskevaan päätökseen sisältyvää rauhoitusmääräystä siten, ettei rauhoitus olisi estänyt yleisen tien rakentamista vahvistettavan tiesuunnitelman mukaisena.
>
> Valtioneuvosto edellytti 25. 9. 1981 antamassaan ratkaisussa suojelupäätöstä muutettavaksi siten, ettei suojelu estä tien rakentamista eri vaihtoehdoista jäljelle jääneen vaihtoehto C:n mukaisena.[3]

Luonnonsuojelualueen perustamista koskevan hakemuksen olivat alueen maanomistajat panneet vireille lääninhallitukselle 1. 7. 1977 toi-

---

[2] Ks. esim. KHO 1968 A II 145, 6. 3. 1975 t 1030 ja 1982 A II 86.

[3] Tietä rakennettaessa on otettava liikenteellisten seikkojen ohella huomioon myös ympäristönsuojelulliset näkökohdat. TieL 10 §:n mukaan tie on tehtävä ja sijoitettava siten, että tien ja liikenteen ympäristölle aiheuttamat haitat jäävät mahdollisimman vähäisiksi. Luonnonsuojelualueen ja tienrakentamisen mahdollisen ristiriitatilanteen varalta on TieL 19 §:ssä säännös, jonka mukaan tienpidossa on otettava huomioon mitä luonnonsuojelusta on erikseen säädetty.

mitetulla hakemuksellaan. Tien rakentamista koskeva suunnittelu oli alkanut jo vuonna 1971 ja vuonna 1977 oli eri linjausvaihtoehdoista pyydetty lausunto kaikilta kysymykseen tulevilta, yhteensä 18 intressipiiriltä. Muun muassa luonnonsuojelupiirit ja lääninhallitus olivat joko puoltaneet tai pitäneet toteuttamiskelpoisimpana vaihtoehto C:n mukaista linjausta, jonka myös tie- ja vesirakennushallitus liikenneministeriön lausunnon mukaisesti oli hyväksynyt tien jatkosuunnittelun pohjaksi. Tien rakentaminen oli ilmeisesti yleisen tarpeen vaatima hanke ja suunnitelma täytti myös edellä alaviitteessä 3 mainitut tien tekemistä ja sijoittamista koskevat vaatimukset. Luonnonsuojelualueen perustamisen edellytyksenä on, että sen katsotaan edistävän huomattavaa yleistä etua. Luonnonsuojelualue voi tielain 19 §:n mukaan muodostua tien rakentamisen esteeksi. Mielenkiintoista tapauksessa käsiteltävänä olevan aiheen kannalta on se, miten luonnonsuojelualueen perustamisen edellytyksenä oleva vaatimus, hanke edistää huomattavaa yleistä etua; tulee arvioitavaksi, kun samanaikaisesti kilpailevana maankäyttömuotona on yleisen tarpeen vaatima tiehanke. Ensin tarkastellaan, mitä luonnonsuojelulaissa on yleisellä edulla tarkoitettu.

Luonnonsuojelun katsottiin luonnonsuojelulain säätämisen aikaan perustuvan aatteellisiin seikkoihin, eikä yksityiselle voitu näillä perusteilla asettaa kiinteistön järkiperäistä, taloudellista hyväksikäyttöä koskevia rajoituksia tai kieltoja. Niinpä katsottiin, että rajoituksia voitiin perustaa ainoastaan joko yksityisen suostumuksella tai pakkolunastamalla suojeltava alue. Mainittu periaatteellinen lähtökohta johti siihen, että luonnonsuojelulaissa on eri säännökset sen mukaan, tapahtuuko suojelu valtion vai yksityisen omistamilla mailla.[4]

Yksityiselle ei kuitenkaan katsottu voitavan antaa vapaita käsiä luonnonsuojelualueen muodostamiseksi. Lainvalmistelukunta kiinnitti erityistä huomiota tarpeellisen valvonnan luomiseksi sen suhteen, ettei suojelualueita muodostettaessa yksityisen omistamalle maalle asiaan kuulumattomalla tavalla jätettäisi huomiotta yleisiä taloudellisia intressejä. Lainvalmistelukunta katsoi, että luonnonsuojeluviranomaiset voivat lausunnoissaan olla taipuvaisia antamaan luonnonsuojelullisille näkökohdille etusijan ennen taloudellisia. Tämän vuoksi lainvalmistelukunta ehdottikin, että eri näkökohtien tasapuolisen arvioinnin saavuttamiseksi olisi maaherran suojeluasiassa antama päätös tullut vielä alistaa asianomaisen ministeriön (kirkollis- ja opetusministeriön) tutkittavaksi ja vahvistettavaksi.

Vaikka lainvalmistelukunnan ehdottamaa alistusmenettelyä ei sisäl-

[4] Ks. *Lvk 1921: 10* s. 30.

lytettykään luonnonsuojelulakiin, on lainvalmistelukunnan tarkoittama intressivertailu epäilemättä suoritettavissa voimassa olevan lain pohjaltakin. Yleisen edun varteenottaminen — ettei alueen suojelualueeksi muodostamisella vaaranneta tai vaikeuteta yhteisön (yleiseltä) kannalta järkevää maan hyväksikäyttöä vastaisuudessa — tapahtuu alueen muodostamisen edellytysten olemassaoloa koskevassa arvioinnissa eli siinä hankkeen toteuttamisen puolesta ja vastaan puhuvien seikkojen punninnassa, joka päätyy toteamukseen, edistääkö alueen muodostaminen huomattavaa yleistä etua vai ei. Perustamisen edellytyksiä koskevalla vaatimuksella yhteisö voi suojautua erilaisilta maanomistajien egoistisilta pyrkimyksiltä,[5] mutta silloinkin kun maanomistajien tavoitteiden voidaan katsoa olevan pyyteettömiä, saavat aatteellisiin lähtökohtiin perustuvat suojelulliset näkökohdat väistyä taloudellisten intressien tieltä.

> Luonnonsuojelulain 20 §:ssä on maanomistajalle varattu mahdollisuus saada aluettaan koskevat suojelumääräykset lakkautetuksi, jos alueen säilyttäminen muuttuneiden olosuhteiden vuoksi ei enää näytä toivottavalta taikka suojelun havaitaan ehkäisevän tai huomattavasti vaikeuttavan sellaista yritystä, josta on melkoista yleistä hyötyä.
>
> Muuttuneet olosuhteet turvaavat ensi sijassa yksityisen intressiä, alueen suojelu on lakkautettavissa mm sillä perusteella, että suojelumääräykset muodostuvat asianomaiselle maanomistajalle taloudellisesti raskaiksi, estävät hänen toimeentulonsa kannalta tarpeellisen hankkeen toteuttamisen. Luonnonsuojelulain mukaan kukaan muu kuin maanomistaja ei voi hakea suojelualueen lakkauttamista tai rauhoitusmääräysten muuttamista. Tältä osin lain voidaan sanoa rakentuvan vanhentuneelle periaatteelle.
>
> Yksityisen maalla olevan suojelualueen lakkauttaminen tai suojelumääräysten muuttaminen alueen omistajan myötävaikutuksetta on mahdollista vain 20.2 §:n mukaisesti pakkolunastamalla alue ja hakemalla sen jälkeen suojelupäätöksen kumoamista tai

---

[5] Luonnonsuojelualueen muodostamisella voi maanomistaja pyrkiä estämään tai ainakin vaikeuttamaan muita aluettaan koskevia suunnitelmia. Selkeästi tämä tavoite on tullut esille KHO:n vuoden 1985 vuosikirjassa julkaistavissa ratkaisuissa 13. 6. 1985 t 2473 ja 25. 10. 1985 t 4748. Mainituissa tapauksissa oli kysymys hyvin kapeiden ranta-alueiden julistamisesta luonnonsuojelualueiksi Nurmo- ja Lestijoessa. Paikalliset voimayhtiöt vastustivat hankkeita. Niiden mukaan alueiden luonnonsuojelualueiksi muodostamisella pyrittiin ainoastaan vaikeuttamaan vesistön käyttöä voimalaitostarkoituksiin. Ensin mainitussa tapauksessa KHO katsoi toisin kuin LH, ettei luonnonsuojelualueen perustamiselle ollut olemassa laillisia edellytyksiä. Jälkimmäisessä tapauksessa edellytysten katsottiin olevan olemassa ja asian ratkaisu siirrettiin KHOL 5.1 §:n nojalla hallitukselle.

Luonnonsuojelualueen perustamisen pääasiallisena tarkoituksena voi olla myös maanomistajan halu estää ns. jokamiehenoikeuteen kuuluva maankäyttö. Tätä koskevista tapauksista ks. lähemmin *Laaksonen, Kalevi,* Toisen maan yleiskäytöstä, Helsinki 1980, s. 143—145.

muuttamista sillä perusteella, että alueen säilyttäminen luonnonsuojelualueena katsotaan pakkolunastustarkoitukseen soveltumattomaksi tai muutoin tarkoitustaan vastaamattomaksi.

Pakkolunastukseenhan voidaan ryhtyä, kun yleinen tarve sitä vaatii. Tähän menettelyyn ryhdyttäessä syntyy kuitenkin mielenkiintoinen vastakkainasettelu. Jos nimittäin alueen suojelualueeksi muodostamisen yhteydessä on ollut tiedossa jokin muu kilpaileva maankäyttötapa, joudutaan lunastuksen edellytyksiä harkittaessa ratkaisemaan oikeuskysymys, jossa yleinen etu ja yleinen tarve ovat vastakkain.

Korkeimman hallinto-oikeuden Pernajanlahden suojeluasiassa tekemä ratkaisu tuo selkeästi esille ympäristöoikeudelliseen päätöksentekoon liittyvän erityisongelman, joka koskee oikeus- ja tarkoituksenmukaisuuskysymysten erottamista toisistaan. KHO on suojelualueen muodostamisen puolesta ja sitä vastaan puhuvia seikkoja selvitellessään päätynyt siihen, että suojelualueen muodostaminen lääninhallituksen päätöksen mukaisin rauhoitussäännöksin edistää huomattavaa yleistä etua. Kun oikeudelliset edellytykset alueen muodostamiselle suojelualueeksi ovat olemassa, on lääninhallituksen päätös, kuten KHO:kin nimenomaisesti toteaa, lainmukainen. KHO on kuitenkin siirtänyt asian hallituksen ratkaistavaksi. Näin sen tuleekin aina menetellä asioissa, joiden ratkaisun se katsoo pääasiassa riippuvan päätöksen tai toimenpiteen tarkoituksenmukaisuuden harkitsemisesta.

Ratkaisun taustalla oleva ajattelutapa, jonka mukaan on toisistaan erotettavissa olevia ja erillään pidettäviä, oikeus- tai tarkoituksenmukaisuuskysymysten joukkoon luettavia seikkoja, synnyttää joukon uusia mielenkiintoisia kysymyksiä ja vastakkainasetteluja. Voidaanko hankkeen katsoa edistävän huomattavaa yleistä etua, jos se samalla muodostaa esteen yleisen tarpeen vaatiman hankkeen toteuttamiselle? Millä tarkoituksenmukaisuusperusteilla ylipäänsä voidaan ajatella päädyttävän toisenlaiseen ratkaisuun kuin siihen, minkä on katsottu edistävän huomattavaa yleistä etua?

Edellä esitetty kysymys ja asioiden vastakkainasettelu on vallitsevan ajattelutavan pohjalta osoitettavissa helposti virheelliseksi. TVH:n valituksessaan esiintuoma tien rakentamiseen ja tien sijoittumiseen liittyvä intressi voidaan suojelualueen perustamisen edellytyksiä harkittaessa yksinkertaisesti lukea niihin asioihin, jotka rajataan suojelualueen perustamista koskevan päätöksenteon ulkopuolelle. Tieasiaa ei toisin sanoen sisällytetä lainkaan siihen seikastoon, jonka pohjalta ratkaisussa on päädytty lopputulokseen, että alueen perustaminen edis-

[6] Ks. *Lvk 1921: 10* s. 38.

tää huomattavaa yleistä etua.

Jos esiintuotu kysymyksen- ja asioiden vastakkainasettelu on väistettävissä edellä mainituin keinoin, ajaudutaan samalla erikoislaatuiseen tilanteeseen. Tällöin voidaan nimittäin perustellusti kysyä, että mikä on se *yleinen etu,* jonka olemassaoloa koskevassa päätöksenteossa ei tarvitse kiinnittää huomiota kaikkiin niihin tiedossa oleviinkaan seikkoihin, joihin yleisen edun nimissä tehtävä päätös vaikuttaa. Luokittelemalla asioita ja argumentoinnilla, että ratkaisussa on pysyttäydyttävä pelkästään siihen tai siihen ryhmään luettaviin seikkoihin, on olemassa vähintäinkin vaara, että ratkaisu tehdään suppean, elävää elämää vastaamattoman seikaston pohjalta ja mahdollisesti vielä vastoin elävän elämän mukaisia tosiasioita.

3. Ympäristöä koskevien ratkaisujen luonne ja laatu

Uuden ydinenergialain säätämisen yhteydessä on yleisen edun -käsite tullut mielenkiintoisella tavalla esille. Ydinenergialaki[7] tulee aikanaan korvaamaan nykyisen, jo vuonna 1957 annetun atomienergialain. Uuden lainsäädännön myötä tulevat muuttumaan muun muassa ydinvoimalaitoksen rakentamiseen tarvittavan luvan edellytykset. Atomienergialain 4 §:n mukaan on kauppa- ja teollisuusministeriön myönnettävä lupa ydinvoimalaitoksen rakentamiseen Suomen kansalaiselle, kotimaiselle yhteisölle tai laitokselle, milloin hakemuksen perusteena olevaa tarkoitusta on pidettävä *yleisen edun* mukaisena ja hakijalla on käytettävissään tarpeellinen asiantuntemus.

Epäkohtana nykyisessä laissa pidetään sitä, että lupa on myönnettävä milloin hakemuksen perusteena olevaa tarkoitusta on pidettävä yleisen edun mukaisena. Ydinenergian käytön yhteiskunnallisen merkityksen vuoksi tätä ei pidetä asianmukaisena.[8] Säädettävänä olevassa ydinenergialaissa onkin voimalaitoksen rakentamiselle asetettu kaksi edellytystä: ydinenergian käytön tulee ensinnäkin olla *yhteiskunnan kokonaisedun mukaista* ja toiseksi *turvallista.*

Turvallisuudella tarkoitetaan lakiehdotuksessa sellaista ydinenergian käyttöä, josta ei saa aiheutua vahinkoa ihmisille, ympäristölle tai omaisuudelle. Yhteiskunnan kokonaisetua koskevassa tarkastelussa on otettava huomioon laitoksesta aiheutuvat hyödyt ja haitat. Tällöin on kiinnitettävä erityistä huomiota laitoksen tarpeellisuuteen maan energiahuollon kannalta; laitoksen suunnitellun sijaintipaikan sopivuu-

[7] Ks. *HE n:o 16/1985 Vp.*
[8] *HE n:o 16/1985 Vp* s. 8.

teen ja laitoksen ympäristövaikutuksiin sekä ydinpolttoaine- ja ydinjätehuollon järjestämiseen. Ennen yhteiskunnan kokonaisetua koskevan päätöksen tekemistä on varmistauduttava siitä, että suunnitellun ydinvoimalaitoksen sijaintikunta on puoltanut laitoksen rakentamista ja että esiin ei ole tullut seikkoja, jotka osoittaisivat, ettei ole riittäviä edellytyksiä rakentaa turvallista ydinvoimalaitosta.

> Ratkaistaisiinko ydinvoimalaitoksen rakentamista koskeva asia voimassa olevan lainsäädännön mukaankaan lopulta oikeuskysymyksenä, on epäselvää. Vuonna 1979 annetun sähkölain (319/79) 24 §:n mukaan on nimittäin ydinvoimalaitoksen rakentamiseen saatava atomienergialaissa mainitun luvan ohella valtioneuvoston antama rakentamislupa. Kun atomienergialain mukainen lupa on ensisijassa turvallisuuslupa, on sähkölain tarkoittama lupa *energiapoliittinen* lupa, jonka valtioneuvosto SähköL 24 §:n mukaan myöntää, mikäli voimalaitoksen rakentaminen harkitaan tarkoituksenmukaiseksi. Säätämällä ydinvoimalaitoksen rakentaminen sähkölaissa valtioneuvoston lupaa edellyttäväksi hankkeeksi on haluttu varmistua siitä, että yhteiskunnan edut tulisivat riittävästi huomioon otetuiksi voimalaitoksen rakentamispäätöstä tehtäessä.[9] Ottaen huomioon luvan luonteen ja sen myöntämisen edellytykset sekä sen, ettei ko. lupaa SähköL 69 §:n mukaan tarvita jo aloitetuille tai neljän kuukauden kuluessa lain voimaantulosta aloitettaville hankkeille, näyttäisi siltä, että kysymys olisi vapaaseen harkintaan perustuvasta luvasta, johon muutoksenhaku ei SähköL 54—56 §:n säännökset huomioon ottaenkaan näyttäisi olevan mahdollista.

Lienee selvää, etteivät yleinen etu ja yhteiskunnan kokonaisetu voi olla siinä mielessä eri asioita, että yhteiskunnan kokonaisetua koskevassa tarkastelussa otettaisiin huomioon näkökohtia, jotka eivät voisi vaikuttaa yleisen edun olemassaoloa koskevaan päätöksentekoon. Yleinen etu tuskin voinee käsitteenä olla sellainen, että sen sisältö olisi tarkkarajaisesti tai ennalta määriteltävissä edes sen aineellisoikeudellisen lain pohjalta, jonka soveltamisesta kulloinkin on kysymys. Ilmaisuun »yleinen etu» liittyy pikemminkin mielikuva avoinna olevasta mahdollisuudesta kiinnittää huomio myös ratkaisun muihin kuin sovellettavan lain mukaisiin vaikutuksiin tai seuraamuksiin. Mikäli suojeluasiassa annettava ratkaisu estää tarpeelliseksi koetun tiehankkeen toteuttamisen, tiehankkeen, jonka vaihtoehtoiset toteuttamistavat on tutkittu mutta jäljelle jäänyttä vaihtoehtoa suurempaa haittaa ja vahinkoa aiheuttavina hylätty, on vaikeata nähdä, miten suojelualueen perustamisen voidaan sanoa edistävän huomattavaa yleistä etua.

Yleisen edun sisältöä koskeva problematiikka liittyy kiinteästi pää-

[9] Ks. *HE n:o 21/1977 Vp* s. 13.

töksentekomenettelyn jakamiseen oikeus- ja tarkoituksenmukaisuuspuolta koskevaan kysymykseen ja niiden toisistaan erillään ratkaisemiseen. Lupa-asiassa tämä jaottelu johtaa paitsi kaksivaiheiseen päätöksentekoprosessiin, oikeudellisten edellytysten olemassaoloa koskevaan tutkintaan ja sen jälkeen luvan tarkoituksenmukaisuutta koskevaan arviointiin, samalla myös toimivallan jakautumiseen tuomioistuinten ja hallintoviranomaisten kesken. Milloin jokin säännös sisältää myös tarkoituksenmukaisuuden tutkimisen on asia, jota on pyritty selvittämään kiinnittämällä huomiota ristiriitaan joutuviin intresseihin ja/tai säännöksen sanamuotoon. Jos yleisten ja yksityisten etujen punninnassa pääpaino on yleisen edun vaatimusten huomioon ottamisella, oikeuttaa säännös Merikosken mukaan käyttämään vapaata harkintavaltaa.[10]

Säännöksessä mahdollisuutta ilmaiseva »voi», »on valta» on ymmärretty tarkoittavan pakon, täytymisen puuttumista ja sisältävän siten myös tarkoituksenmukaisuuden arvioinnin. Holopaisen mukaan ilmaisut »voi myöntää», »on valta myöntää» ovat kuitenkin ainoastaan poikkeuslupasäännöksen rakenneosia; säännökset tosin viittaavat tarkoituksenmukaisuusharkinnan olemassaoloon, mutta säännösten sisältö on ratkaistava hänen mukaansa laajempaa ja syvällisempää argumentointia käyttäen kuin niiden sanamuodon pohjalta.[11]

Merikosken mainitsema erottelukriteeri ei ainakaan yksinään käytettynä ole kovin käyttökelpoinen. Lunastamiselle lunastamisperusteena asetettu »yleisen tarpeen» vaatimus riittänee jo osoittamaan, ettei lainsäätäjä ole katsonut yleisen ja yksityisen edun välisen ristiriidan ratkaisemisen edellyttävän tarkoituksenmukaisuusharkinnan suomista ratkaisijalle, vaikka lunastuslupaa myönnettäessä pääpaino on kiistatta yleisten etujen huomioonottamisessa. Ydinvoimalaitoksen rakentamisessakaan eivät yksityinen ja yleinen etu välttämättä joudu lainkaan vastakkain. Vaikka laitoksen rakentaminen yksityiselle (yhtiölle) olisi liiketaloudellisesti kuinka edullista tahansa, voi tällä tavoin tuotettu energia olla samanaikaisesti kansantaloudellisesti edullista, energiahuollon kannalta tarpeellista ja ympäristövaikutuksiltaan — siinä mielessä kuin mitä tällä käsitteellä on yleisesti ymmärretty ennen Tshernobylin tapahtumia keväällä 1986 — muita vaihtoehtoja haitattomampaa.

Tarkoituksenmukaisuusharkinnan olemassaoloon yksinomaan säännöksen sanamuodon pohjalta tulee aivan ilmeisesti suhtautua va-

[10] *Merikoski, Veli,* Vapaa harkinta hallinnossa, Vammala 1968, s. 240.

[11] *Holopainen, Toivo,* Oikeus- ja tarkoituksenmukaisuusharkinnasta sekä niiden käyttämisestä rakennuslain mukaisissa poikkeuslupa-asioissa, LM 1980 s. 524.

rauksellisesti, kuten Holopainenkin toteaa. Toisaalta, vaikka emme tekisikään yksittäisen säännöksen sanamuodon pohjalta harkintavallan laatua ja laajuutta koskevia johtopäätöksiä, näyttää eri ilmaisuihin liittyvä merkityssisältö olevan ainakin lainsäätäjälle selvä ja vakiintunut. Erityisesti viimeaikaisessa ympäristönsuojelua koskevassa lainsäädännössä on keskeisenä kysymyksenä ollut luvalliseksi säädettävän toiminnan luvansaamisen edellytykset. Luvan myöntämisen edellytyksiä koskeva kysymys on pelkistettävissä seuraavalla tavalla: onko lupa myönnettävä, jos (säädettävänä olevassa) laissa mainitut edellytykset täyttyvät vai voiko viranomainen olla myöntämättä lupaa, vaikka edellytykset siihen olisivatkin. Luvanhakijan näkökulmasta tämä kysymyksenasettelu kuuluu seuraavasti: saako hän luvan, jos (säädettävänä olevassa) laissa mainitut edellytykset täyttyvät, vai onko luvan saaminen riippuvainen laissa mainittujen edellytysten täyttyessäkin joistain muistakin seikoista. Tapauksissa, joissa luvan saamista ei ole tahdottu asettaa riippumaan laissa mainitsematta jääneistä seikoista, on säännöksissä johdonmukaisesti käytetty muuta kuin »voida» -ilmaisua. Mahdollisuutta ilmaisevan »voida» -sanan sijasta käytetään myöntämisvelvollisuutta osoittavina ilmaisuina »on myönnettävä» tai »tulee myöntää».[12]

Erityisen hankalia ovat kuitenkin lupa-asiat, joiden luvan myöntämisedellytyksiä koskevaan säännökseen sisältyvät ilmaisut »on myönnettävä» ja »yleinen etu». Edellinen ilmaisu viittaa selvästi oikeudellisen velvollisuuden olemassaoloon, jälkimmäinen tarkoituksenmukaisuuden arviointiin. Esimerkkinä tällaisesta säännöksestä käyköön juuri edellä mainittu atomienergialain 4 §. Jätehuoltolain 23 a §:ssä on luvan saamisen edellytykset ilmaistu myös hyvin verhotusti. Jätehuoltolain 23 a §:n mukaan »*lupa myönnetään, jos*», minkä jälkeen luetellaan koko joukko ehtoja ja edellytyksiä. Tällaisina mainitaan muun muassa, että käsittelylaitoksen tai -paikan perustaminen taikka ongelmajätteiden käsittely katsotaan yleisen edun sekä ongelmajätehuollon valtakunnallisen kehittämisen kannalta tarpeelliseksi ja tarkoituksenmukaiseksi. Lupa siis myönnetään, mikäli se katsotaan yleisen edun kannalta tarpeelliseksi ja tarkoituksenmukaiseksi. Tämänkään säännöksen sanamuodon pohjalta ei enää ole hevin pääteltävissä, minkä laatuista ja/tai laajuista harkintavaltaa on viranomaiselle ajateltu annettavan. Hal-

[12] Ks. esim. Maa-ainesL 6 §. Käytetyn ilmaisun merkityssisältö oli lainsäätäjälle tarkoin tiedossa, ks, *II LaVM n:o 1/HE 88 (1980 Vp)/1981 Vp* s. 5 sekä *prvl n:o 3/1981 Vp* s. 32 ja *prvl n:o 6/1981 Vp* s. 6.

Ks. myös Luonnonsuojelulain 9 §, jonka mukaan LH *voi määrätä* (kurs. tässä) alueen rauhoitetuksi, mikäli se katsoo tämän edistävän huomattavaa yleistä etua. Luonnonsuojelualueen perustamista koskevan ratkaisun on KHO katsonut sisältävän myös tarkoituksenmukaisuusharkintaa, kun se on siirtänyt asian lopullisen ratkaisun hallitukselle.

lituksen esityksessä jätehuoltolain muuttamiseksi mainitaan kuitenkin, että kysymys olisi yksinomaan oikeusharkinnalla ratkaistava lupa-asia.[13]

4. *Kohti ennalta rajoittamatonta tosiasiaseikastoa*

Lupa-asioissa, joissa hakijalla ei ole oikeutta oikeusvaateen merkityksessä saada pyytämäänsä lupaa, vaan luvan myöntäminen riippuu viime kädessä siitä, että hakemukseen suostumista pidetään myös tarkoituksemukaisena, tapahtuu päätöksenteko säännöllisesti siinä järjestyksessä, että ensin tutkitaan luvan myöntämisen oikeudelliset edellytykset ja sen jälkeen hakemukseen suostumisen tarkoituksenmukaisuus. Uuden lain mukaisessa ydinenergialaitoksen rakentamista koskevassa asiassa järjestys tulee olemaan päinvastainen: ensin ratkaistaan tarkoituksenmukaisuus ja sen jälkeen oikeudelliset edellytykset.

Vaikka laitoksen turvallisuus onkin erotettu asian tarkoituksenmukaisuuspuolta eli yhteiskunnan kokonaisetua koskevasta kysymyksestä erilliseksi, ei näitä luonnollisestikaan voida erottaa toisistaan. Ratkaistaessa yhteiskunnan kokonaisetua tarkoittavaa periaatepäätöstä turvallisuus tulee mukaan siten, että ennen päätöksentekoa on todettava, ettei esiin ole tullut seikkoja, jotka osoittavat riitävien edellytysten puuttuvan rakentaa sellaista turvallista ydinlaitosta, ettei siinä käytettävästä ydinenergiasta aiheudu vahinkoa ihmisille, ympäristölle tai omaisuudelle.

Yhteiskunnan kokonaisetua koskevassa tarkastelussa esiintulevalla laitoksen turvallisuudella tarkoitetaan ilmeisesti hiukan eri asiaa kuin rakentamisluvan saamisen edellytykseksi asetettavalla turvallisuudella. Turvallisuus yhteiskunnan kokonaisetuun sisältyvänä tarkoittanee turvallisuutta in abstracto kun taas turvallisuus oikeuskysymyksenä tarkoittanee turvallisuutta in concreto, hakemuksen kohteena olevan laitoksen puitteissa tutkittavaa asiaa.

Oikeudelliselle päätöksenteolle on luonteenomaista, että ennalta arvaamattomat seikat tai tekijät jäävät ratkaisuun vaikuttamattomina huomiotta. Rationaalinen päätöksenteko olisi tuskin muutoin edes mahdollista. Tämä ei kuitenkaan merkitse sitä, etteikö luvan saanut olisi vastuussa myös niistä vahingoista ja haitoista, joiden syntymistä päätöstä tehtäessä ei ole edellytetty. Eräissä tapauksissa lainsäätäjä on katsonut tarpeelliseksi ottaa lakiin ennalta arvaamattomien seuraamus-

[13] Ks. *HE n:o 51/1980 Vp* s. 7.

ten varalta nimenomaisia säännöksiäkin (ks. esim. VL 2: 27 ja 10: 25). Omat erityisvaikeutensa ympäristöä koskevissa ratkaisuissa aiheutuu kuitenkin siitä, jos ja kun tehtävät ratkaisut ovat luonteeltaan sellaisia, etteivät laskelmien ulkopuolelle jäävistä tapahtumista aiheutuvat seuraamukset ole enää tavanomaisessa merkityksessä paikallisia tai kuin mahdollisesti syntyvät vahingot eivät enää ole korjattavissa tai ympäristö ennallistettavissa.

Yhteiskunnan kokonaisetu, yleinen etu ja ydinvoimalaitoksen turvallisuus tarkoittanevat paljolti samaa asiaa. Ne kietoutuvat myös niin läheisesti toisiinsa, että niiden erillinen tarkastelu on tuskin mahdollista. Jollei ydinenergian käyttö ole turvallista, ei se voine olla myöskään yleisen edun mukaista olkoon tällä tavoin tuotettu energia kuinka halpaa tahansa. Energian hintaa koskeviin taloudellisiin laskelmiinhan ei sisällytetä ei-ajatellusta, prosessiin kuulumattomasta tapahtumasta aiheutuvia kustannuksia.

Mikäli ydinvoimalaitoksen rakentamista koskeva päätös tehtäisiin perinteisellä tavalla, jolloin ensin tutkittaisiin oikeudellisten edellytysten olemassaolo ja sen jälkeen hakemukseen suostumisen tarkoituksenmukaisuus, voitaisiin perustellusti kysyä millä reaalisella perusteella lupa voisi olla evättävissä kun turvallisuus on tutkittu ja on todettu, ettei ydinvoiman käytöstä aiheudu vaaraa ihmisille, ympäristölle eikä omaisuudelle. Oikeudellinen päätöksenteko ei kuitenkaan sisällä ennalta arvaamattomia tekijöitä tai niistä aiheutuvien seuraamusten huomioon ottamista. Se että laissa kielletään toiminnasta mahdollisesti aiheutuvien seuraamusten esiintyminen tai esiintulo, ei luonnollisestikaan millään tavoin eliminoi niitä tekijöitä, joista kielletyt seuraamukset saattavat aiheutua. Lainsäännös ei siis sinänsä voi taata turvallisuutta. Erottamalla turvallisuus ja yhteiskunnan kokonaisetu toisistaan erillisiksi kysymyksiksi ja ratkaisemalla asian tarkoituksenmukaisuuspuoli ensin on päätöksenteossa saavutettu nykytilaan verrattuna se eittämätön etu, että turvallisuuskysymystä in abstracto tarkasteltaessa voidaan päätöksentekoon vaikuttavana ottaa huomioon ennalta arvaamattomista tekijöistä aiheutuvien onnettomuuksien mahdollisuudet ja hallitsemattoman ydinvoiman vaarallisuus elolliselle ympäristölle.

Yhteiskunnan kokonaisetuun sisältyvä turvallisuus ratkaistaan siis laajemmalta pohjalta ja osittain toisenlaisista lähtökohdista kuin suunnitteilla olevan laitoksen turvallisuutta koskeva kysymys ja ilman, että yksittäistä laitosta koskeva turvallisuus määräävällä tavalla vaikuttaisi turvallisuutta in abstracto koskevaan päätöksentekoon. Lienee kuitenkin selvää, ettei näitä kysymyksiä ole aihetta erottaa täysin erillisiksi tarkasteluiksi, sillä yhteiskunnan kokonaisetua koskevalla turvallisuus-

vaatimuksella saavutettavaksi ajateltu etu on näennäinen, mikäli tämän periaatteen edellyttämää vaatimustasoa ei ole noudatettu tai ei noudateta muualla niiden laitosten suhteen, jotka voivat ulottaa vaikutuksensa Suomeen. Ympäristöoikeudellisessa päätöksenteossa yleisellä edulla tulee olla oma erityinen merkityssisältönsä: kysymys on *luonnonjärjestelmän lainalaisuudesta ja luonnonjärjestelmän toimivuudesta*. Säädettävänä olevassa ydinenergialakiehdotuksessa yleisen edun uudenlainen painottuminen on tullut otetuksi huomioon.

Kuten edellä on tullut esille, on yhteiskunnan kokonaisetua koskeva käsite ydinenergialakiehdotuksessa luotu siinä tarkoituksessa, että se antaisi päätöksentekijälle mahdollisuuden tarkastella asiaa mahdollisimman laajasta näkökulmasta. Tavoitteena on toisin sanoen päätöksen perustana olevan seikaston laajentaminen tai vähintääkin sen avoinna pitäminen. Toivottavaa kuitenkin on, ettei tämä samalla johda yleistä etua koskevan käsitteen supistumiseen tai jähmettymiseen, sillä on vaikeata kuvitella, kuinka mitkään reaaliset argumentit voisivat olla poissuljettavissa ympäristöä koskevissa ratkaisuissa päätöstä tehtäessä huomioon otettavien seikkojen joukosta. Seikaston tulee olla avoin. Ainoastaan tällä tavoin voi ratkaisu perustua hankkeen puolesta ja sitä vastaan puhuvien argumenttien punnintaan ilman edeltä käsin tapahtuvaa vääristymää.

P. J. Muukkonen

IndeksinehtoL:n vastaisista sopimusehdoista

1. Lähtökohtia ja taustoja

Indeksiehtojen käyttöä on rajoitettu maassamme 1960-luvun loppupuolelta lähtien inflatorisen kehityksen katkaisemiseksi.[1] Vuonna 1968 säädettiin ensimmäinen tällainen laki, laki taloudellisen kehityksen turvaamisesta vuosina 1968—69 eli vakauttamislaki (207/68). Siinä tehtiin ennen lain voimaantuloa solmituissa sopimuksissa olevat indeksiehdot vaikutuksettomiksi lain voimassaoloaikana. Indeksiehtoja ei myöskään saanut ottaa lain voimassa ollessa laadittaviin sopimuksiin. Vakauttamislaki oli voimassa vuoden 1969 loppuun. Sen jälkeen indeksiehdot on kielletty eri nimisillä, tietyksi ajaksi voimaan saatetuilla laeilla.[2] Tällä hetkellä voimassa oleva IndeksiehtoL on annettu 31 päivänä joulukuuta 1985. Laki tuli voimaan tammikuun 1 päivänä 1986 ja on voimassa vuoden 1990 loppuun.[3]

Indeksiehdot kieltävä lainsäädäntö on selvästikin kehittynyt yhä vapaammaksi. Indeksiehtoihin suhtaudutaan tällä hetkellä paljon myönteisemmin kuin puheena olevan lainsäädännön alussa.[4] Niinpä sallittuja indeksiehtoja ja viranomaisten mahdollisuuksia hyväksyä näitä sopimusmääräyksiä on aikaa myöten lisätty. Tämä niin sanoakseni liberaalinen kehitys ei ole vailla oikeudellista merkitystä. Vielä tärkeämpi merkitys on sillä, että indeksiehtokieltoon on peruslähtökohdan osalta suhtauduttu ankarasti. Kun sitten tuosta ankaran kielteisestä perus-

[1] Ks. indeksin käsitteestä esim. *Saarnilehto,* Onko vuokran porrastaminen indeksiehdon kiertämistä, LM 1980 s. 255 ss. viitteineen, *Sama,* Huoneenvuokran sääntelystä, Pori 1981, s. 276 ss.

[2] Ks. L taloudellisen kasvun turvaamisesta vuonna 1970 (754/69), L taloudellisen kasvun turvaamisesta (868/70), L indeksiehdon käytön rajoittamisesta (262/74) ja L indeksiehdon käytön rajoittamisesta (1029/78) lakeihin myöhemmin tehtyine muutoksineen.

[3] L indeksiehdon käytön rajoittamisesta (1135/85).

[4] Näin myös *Palaja,* Aikarahtauksesta, erityisesti aikarahdista, Vammala 1980, s. 141; *Saarnilehto,* LM 1980 s. 255; *Sama,* Huoneenvuokran sääntelystä s. 276: »Lainsäädännön kehitys osoittaa kuitenkin, että indeksiehtoihin suhtaudutaan nyt myönteisemmin kuin 1968».

lähtökohdasta on tehty yhä useampia poikkeuksia, on noita poikkeussäännöksiä kuitenkin tulkittu suppeasti.

»Ankara» näkemys ilmeni jo indeksiehdon kieltävän lainsäädäntömme alkuvaiheessa eli vuonna 1968. *Hallituksen esityksessä* eduskunnalle laiksi taloudellisen kehityksen turvaamisesta vuosina 1968—69 todettiin 1 §:n osalta, että sen »mukaan poistettaisiin *kaikissa* sitoumuksissa, sopimuksissa ja muissa välipuheissa olevat elinkustannus-, tukkuhinta-, rakennuskustannus- tai muun niihin verrattavan indeksin muutoksiin perustuvat indeksiehdot». Ja esityksessä jatketaan: »Lakiehdotuksen mukaan merkitsee indeksiehtojen poistaminen lopullista toimenpidettä. Ennen lain voimaantuloa tehtyyn sopimukseen sisältyvään indeksiehtoon ei siis voitaisi vedota lain voimassaoloajan päätyttyäkään».[5]

Ankaraa asennetta indeksiehdon käyttöön osoittaa myös eräs *Korkeimman oikeuden ratkaisu, KKO 1978 II 100.* Ko. tapauksessa A oli maaliskuussa 1973 tehdyllä vuokrasopimuksella vuokrannut B-yhtiöltä huhtikuun 1 päivästä lukien viiden vuoden ajaksi Valkeakosken kaupungissa sijaitsevasta tehdasrakennuksesta tiloja käytettäväksi korjaamo-, liike- ja asuntotarkoitukseen muun muassa ehdoin, että kuukausivuokra oli vuonna 1973 1.850 markkaa, vuonna 1974 2.000 markkaa, vuonna 1975 2.300 markkaa, vuonna 1976 2.500 markkaa, vuonna 1977 2.570 markkaa ja vuonna 1978 3.000 markkaa vuokran ollessa huhtikuulta 1973 1.000 markkaa. Kihlakunnanoikeus *julisti vuokrasopimuksen mitättömäksi siltä osin kuin siinä oli sovittu vuokran vuosittaisesta korottamisesta.* Yhtiön oli näet katsottava pyrkineen pitämään vuokran vuokrasopimusta tehtäessä arvioidun tulevan hinta- ja kustannustason kehityksen mukaisena ja siten toimineen taloudellisen kasvun turvaamisesta 30. 12. 1970 annetun lain sekä sanotun lain muuttamisesta 29. 3. 1972 ja 30. 3. 1973 annettujen lakien säännösten vastaisesti. Hovioikeus: ei muutosta. KKO katsoi, ettei ollut syytä muuttaa HO:n tuomiota, joka taloudellisen kasvun turvaamisesta annetun lain 1 ja 14 §:n sekä tämän lain muuttamisesta 29. 3. 1972 annetun lain nojalla jäi pysyväksi. Ratkaisun otsikoinnista ilmenee, että *ko. järjestely on katsottu indeksiehdon kiertämiseksi.* Tässä tapauksessa vuokraa ei ollut suoranaisesti sidottu indeksiin. Vuokra ei toisin sanoen noussut automaattisesti muuttujan, esim. elinkustannuindeksin mukaan. Kuitenkin *kaikki*

[5] Ks. mainittu esitys s. 2. Ks. myös *Saarinen,* Pitkäaikaisten sopimusten indeksitarkistuksista, Juhlajulkaisu Y. J. Hakulisen 70-vuotispäivänä 21. 1. 1972, Helsinki 1972, s. 210 ss.

[6] Ks. tapauksesta yleensä *Saarnilehto,* LM 1980 s. 252 ss. *Sama,* Huoneenvuokran sääntelystä s. 290 ss.

oikeusasteet katsoivat kysymyksessä olevan indeksiehtoa koskevan kiellon kiertämisen.

Edellä olevan perusteella voidaan riittävin perustein sanoa, että *meillä vallitsee indeksiehtoihin nähden ankaran kielteinen kanta.* Lainsäädännössä on tosin vuoden 1968 laista lähtien lisätty näitä *poikkeustapauksia,* jolloin indeksiehto on sallittu. Kysymyksssä ovat kuitenkin poikkeusnormit. Kuten tunnettua on, tulkitaan poikkeusnormeja oikeuskirjallisuudessa vallitsevan käsityksen mukaan *suppeasti.*[7] Erityisen merkittävää on, että tällaista suppean tulkinnan vaatimusta on myös käytännössä noudatettu »vakauttamislainsäädännön» kysymyksissä. Niinpä kun vuoden 1968 lain taloudellisen kehityksen turvaamisesta vuosina 1968—1969 4 §:ssä säädettiin, että »velaksiannossa» ei voitu periä korkeampaa korkoa kuin sanottu pykälä määräsi, niin 4 §:ää ei ole katsottu voitavan soveltaa mm. kauppahinnan maksamatta jäämisen varalta sovittuihin yliajan korkoihin. Tästä syystä ja mm. oikeuskanslerin huomautettua asiasta, muutettiin seuraavan lain 4 §:n sanamuotoa siten, että siinä puhuttiin »velkasuhteista» eikä »velaksiannosta». Mainitut kauppahinnan maksamatta jäämisen varalta sovitut yliajan korot olivat siis uudella 4 §:llä saatettu lain alaisuuteen. Vastaavasti on lukuisissa eri puolilla Suomea käydyissä vuokrien indeksikorotuksia koskevissa oikeudenkäynneissä noudatettu suppean tulkinnan vaatimusta. Ehkä tunnetuin näistä tapauksista on ns. Kesko Oy:n tapaus, minkä vuoksi suoritettiin mm. eduskuntakyselykin. Kun lakia tulkittiin suppeasti, tultiin siihen tulokseen, että Kesko Oy ei ollut kauppapaikkojensa vuokrauksessa rikkonut indeksikieltoa vastaan, koska kauppapaikkojen vuokraus oli osa laajemmasta markkinointisopimuksesta. *Tuollaiseen sekatyyppiseen sopimukseen ei puhtaasta vuokrasuhteesta annettuja normeja katsottu voitavan soveltaa.* Tällä kannalla on myös *Korkein oikeutemme.*[8]

---

[7] Näin esim. *Chydenius,* Lärobok i finsk kontraksrätt I, Helsingfors 1923, s. 23; *Zitting,* Omistajanvaihdoksesta, Vammala 1951, s. 364. Ks. poikkeussäännösten suppeasta tulkinnasta vielä *Muukkonen,* Muotosäännökset, Vammala 1958, s. 222 ss.

[8] Ks. *Muukkonen,* Näkökohtia markkinointijärjestelmiin liittyvistä vuokrasuhteista, Suomalainen Lakimiesyhdistys 75 vuotta, Vammala 1973, s. 260 ss. Ks. *KKO 1981 II 4:* Öljy-yhtiön ja sen tuotteiden jälleenmyyjän välillä oli tehty sittemmin irtisanottu toimintasopimus, joka sisälsi määräyksiä, paitsi yhtiön huoltoasemakiinteistön luovuttamisesta jälleenmyyjän käyttöön vastiketta vastaan, myös myyntitoiminnasta ja muusta kaupallisesta yhteistyöstä. Jälleenmyyjän asunto-oikeudessa esittämä muuttopäivän siirtämistä koskeva kanne jätettiin tutkimatta, koska asia ei ollut huoneenvuokrasuhteesta johtuva riita-asia; *KKO 1981 II 143:* Keskusliikkeen ja yksityisen vähittäiskauppiaan väliseen markkinointijärjestelmän mukaiseen vuokra- ja yhteistyösopimukseen sisältyvää liikehuoneiston vuokraa koskeva kanne ei ollut liikehuoneiston sijaitsemispaikan asunto-oikeuden käsiteltävä huoneenvuokrasuhteesta johtuva riita-asia, vaan yleiseen alioikeuteen kuuluva riita-asia, joka voitiin käsitellä vastaajan kotipaikan tuomioistuimessa.

2. *IndeksiehtoL:n vastaisen sopimusehdon »mitättömyydestä»*

Kuten vuoden 1968 VakauttamisL:ssa ja sen jälkeisessä vastaavassa lainsäädännössä niin myös voimassaolevan IndeksiehtoL:n mukaan *indeksiehdot ovat kiellettyjä laissa tarkoin mainituin poikkeuksin.* Eräänlainen yleinen lähtökohta ja kiertonormi sisältyy IndeksiehtoL 1 §:n 1 momenttiin. Sen mukaan

> »Hintojen, palkkojen, ansioiden tai muiden kustannusten kehitystä kuvaavan indeksin muutoksiin perustuvan indeksiehdon tai muun siihen verrattavan sidonnaisuuden ottaminen sitoumukseen tai sopimukseen on kielletty, jollei laista muuta johdu.»

Jos sopimukseen tai sitoumukseen sisältyy kielletty indeksiehto, jos siis kysymyksessä ei ole lain mainitsema poikkeustapaus eli sallittu indeksiehto, on sellainen IndeksiehtoL 6 §:n nimenomaisen säännöksen mukaan »mitätön».[9] »Mitätön»-sana ei kuitenkaan ilmaise, mitä sillä tarkoitetaan. Näin ollen on selvitettävä »mitättömyyden» merkityssisältöä.

Oikeuskirjallisuudessamme on useissa yhteyksissä todettu, että oikeutemme pätemättömyyttä (tehottomuutta, mitättömyyttä) koskevia säännöksiä ei ole laadittu minkään järjestelmän mukaisesti kuten on asian laita esim. Saksan BGB:n osalta.[10] Tämän vuoksi on aina yksityistapauksittain selvitettävä, mitä sanalla »mitättömyys» on tarkoitettu.

Saarnilehdon[11] mukaan »puheena olevassa tapauksessa lainvalmistelutyöt eivät anna johtoa pohdittaessa, mikä merkitys mitätön-sanalle on annettava.» Tämä ei pidä täysin paikkaansa. On kyllä totta, että lain esityöt ovat puheena olevassa suhteessa kovin niukat, mutta jotain ne sentään kertovat. Niinpä on syytä tässä todeta, että puheena oleva mitättömyys-säännös sisältyi jo vuoden 1968 VakauttamisL:iin eli lakiin taloudellisen kehityksen turvaamisesta vuosina 1968—69. Sanotun lain 11 §, joka siis oli ensimmäinen »mitättömyys»-säännös, on *sellaisenaan* siirtynyt laista toiseen ja aina vuoden 1978 IndeksiehtoL:iin[12] saakka. Voimassaolevan IndeksiehtoL:n 6 §:n sanamuoto

---

[9] IndeksiehtoL 6 §: »Indeksiehto tai muu siihen verrattava sidonnaisuus, joka on tämän lain tai sen nojalla annettujen määräysten vastainen, tai joka sisältyy sitoumukseen tai sopimukseen, jonka tarkoituksena on tämän lain tai sen nojalla annettujen määräysten kiertäminen, on mitätön.»

[10] Ks. esim. *Muukkonen,* Muotosäännökset s. 107.

[11] *Saarnilehto,* LM 1980 s. 265; *Sama,* Huoneenvuokran sääntelystä s. 287.

[12] Puheena olevassa 11 §:ssä säädettiin: »Tämän lain voimassa ollessa tehtyyn sitoumukseen tai sopimukseen sisältyvä ehto tahi erityinen välipuhe, joka on tämän lain tai sen nojalla annettujen ja voimassa olevien määräysten vastainen, sekä sellainen si-

poikkeaa edeltäjistään puheena olevassa suhteessa niin vähän, että sillä ei ole merkitystä.

Selvitettäessä mitä »mitättömyydellä» puheena olevassa tapauksessa on ymmärrettävä, pyritään seuraavassa vastaamaan eräisiin yksittäisiin kysymyksiin. *Sitooko* kielletty indeksiehto tai sen kiertämiseksi tehty sitoumus tai sopimus siinä mielessä, että velkoja voisi tehokkaasti vaatia velallista täyttämään sitoumuksensa? Tähän kysymykseen on varsin helppo vastata. Kiellettyä indeksiehtoa koskeva tai sen kiertämiseksi tehty välipuhe ei sido. Se ei siis velvoita luontoissuoritukseen. Se on siis tässä mielessä todella »mitätön» (pätemätön). Tällä kannalla ovat käsitykseni mukaan olleet kaikki *oikeuskirjallisuutemme* kiellettyjä indeksiehtoja käsitelleet edustajat. He eivät ole aivan suoraan vastanneet kysymykseen, mutta riidattomasti tuollainen käsitys käy ilmi heidän kirjoituksistaan.[13] Tätä mielipidettä voidaan perustella myös jo edellä lähemmin selvitetyllä *Korkeimman oikeuden* ratkaisulla (KKO 1978 II 100). Myös lain esityöt tukevat tätä käsitystä. Jo *Hallituksen esityksessä* Eduskunnalle laiksi taloudellisen kehityksen turvaamisesta vuosina 1968—1969 oli lukuisia sanontoja, jotka viittaavat nyt esitettyyn mitättömyyden merkitykseen eli siis siihen, että mitättömyys-tapauksessa puuttuu luontoissuoritusvelvollisuus. Esimerkkeinä mainittakoon ainoastaan seuraavat ilmaisut. Kysymys on »indeksiehdon poistamisesta»,[14] »Lakiehdotuksen mukaan merkitsee indeksiehtojen poistaminen lopullista toimenpidettä. Ennen lain voimaantuloa tehtyyn sopimukseen sisältyvään indeksiehtoon ei siis voitaisi vedota lain voimassaoloajan päätyttyäkään.»[15] »Tämän vuoksi ehdotetaan lakiehdotuksen 3 §:ssä säädettäväksi niistä poikkeuksista, joihin

---

toumus, sopimus tai muu välipuhe, jonka tarkoituksena on edellä mainittujen säännösten tai määräysten kiertäminen, on mitätön.»

Hallituksen esityksessä vuoden 1978 IndeksiehtoL:ksi sanottiin ehdotuksen 6 §:n osalta (1978 vp. n:o 259, s. 5): »Vastaava säännös sisältyy voimassa olevan lain 7 §:ään.»

[13] Ks. *Santalahti,* Indeksiehdot sopimuksissa, Tilinpäättäjän päivä n:o 23, 28. 11. 1974, 9. 12. 1974 s. XIII/2: »Mikäli sopimukseen sisällytetään indeksiehto kiellon vastaisesti, tällainen ehto on lain 7 §:n mukaan mitätön, minkä vuoksi kumpikaan osapuoli ei voi siihen vedota. Muilta osin sopimus saattaa olla edelleen voimassa. Sopimus kokonaisuudessaankin voi edellä mainitun lainkohdan mukaan olla mitätön, mikäli sen tarkoituksena on lain säännösten kiertäminen»; *Saarnilehto* LM 1980, kirjoittaa s. 259: »Indeksiehdon käytön kieltämistä koskevien määräysten vastaiset ja niiden kieltämiseksi tehdyt välipuheet määrättiin jo vakauttamislaissa mitättömiksi» ja s. 265: »Seurauksena siitä, että vuokrasopimuksen ehto on lain kiertämistä, on kaikkien asiaa koskeneiden säännösten mukaan ehdon mitättömyys»; *Wirilander,* Maanvuokraoikeus vuoden 1966 maanvuokralain ja siihen liittyvän lainsäädännön mukaan, Helsinki 1981, s. 127 ss; *Kartio,* Asuntoalueen vuokra, Helsinki 1983, s. 254: »Siinä on omaksuttu tyypillinen yksityisoikeudellinen pätemättömyyssääntely sen tilanteen varalta, että lain määräyksiä rikotaan.»

[14] *Vp. 1968 n:o 33,* s. 1.

[15] *Vp. 1968 n:o 33,* s. 2.

indeksiehdon mitättömäksi määrääminen ei kohdistuisi.»[16] »Mikäli sitoumuksen, sopimuksen tai muun välipuheen tarkoituksena olisi näiden säännösten tai määräysten kiertäminen, olisi tällainen sitoumus, sopimus tai muu välipuhe kokonaisuudessaan mitätön.»[17]

3. *Kielletyn indeksiehdon maksaminen*

Jos joku *on suorittanut (maksanut)* jotakin silloin kun sopimus tai sen yksityinen ehto on pätemätön (mitätön) edellä esitetyssä merkityksessä, on oikeutemme mukaan *vahvana pääsääntönä, että suoritus on palautettava.*[18] Eihän näet saannolla ole ollut laillista (pätevää) oikeusperustetta. *Eräissä tapauksissa* pätemätöntä suoritusta *ei kuitenkaan* saada takaisin. Maksun saaja siis saa pitää suorituksen vaikka sen oikeusperustana on pätemätön suoritusvelvollisuus, siis sellainen, jota ei voida oikeusteitse toteuttaa.[19]

Edellä oleva herättää kysymyksen, voidaanko »mitättömien» indeksiehtojen perusteella tehdyt suoritukset saada takaisin vai ei. Kysymykseen vastaaminen ei ole helppoa. Aluksi on syytä todeta, että vaikka meillä »indeksisopimuskäytännössä» on esiintynyt melkoisesti kiellettyjä indeksiehtoja, joiden perusteella maksut myös on suoritettu, niin tuollaisia »edunpalautuskanteita» ei tiettävästi ole esiintynyt varsinaisessa oikeuskäytännössämme muuta kuin huoneenvuokraan liittyneissä tapauksissa.[20] Huoneenvuokratapaukset ovat HVL 48 §:n ja 48 a §:n sisältämien erikoisnormien perusteella sellaisia, ettei niitä koskevan oikeuskäytännön voida katsoa ilmaisevan minkäänlaista yleistä periaatetta, kuten jäljempänä olevasta pian ilmenee.

Käytännön elämässä on ollut melko tavallista silloin kun on todettu indeksiehdon pätemättömyys, että suoritusvelvollinen on kieltäytynyt maksamasta laitonta indeksiä. Tämän jälkeen asia on jollakin ta-

---

[16] *Vp. 1968 n:o 33,* s. 2.

[17] *Vp. 1968 n:o 33,* s. 4.

[18] *Muukkonen,* Kiinteistön ns. mustasta kauppahinnasta, LM 1959 s. 819 viitteineen.

[19] Ks. esim. *Tulokas,* Puuttumattomuusperiaatteesta siviilioikeudessa, DL 1972 s. 222 ss.

[20] Ks. *Saarnilehto,* Huoneenvuokran sääntelystä s. 323 ss.; *Sama,* DL 1985 II s. 49 ss. olevaa oikeustapausselostusta sekä erityisesti *Sama,* LM 1986 s. 142 ss. olevaa oikeustapausta selostuksineen. Tässä ratkaisussa, *KKO 1985 II 142,* joka oli äänestystulos, sanotaan mm.: »Muuta kuin asuinhuoneistoa koskevassa vuokrasopimuksessa oli indeksiehdon käytön rajoittamisesta 29. 3. 1974, sellaisena kuin se oli 7. 1. 1977 annetussa laissa, vastainen indeksiehtolauseke ..... Näin ollen korotukset olivat perustuneet pätemättömään indeksiehtoon ja vuokranantaja velvoitettiin palauttamaan laittomasti perimänsä vuokrankorotusosuudet.».

voin sovittu, mutta yleensä maksettuja pätemättömiä suorituksia ei kuitenkaan ole palautettu. Näin on menetelty lukuisissa sellaisissakin tapauksissa, joissa kunta tai muu julkisoikeudellinen yhteisö on ollut toisena sopijapuolena.

Äskettäin välimiesoikeus, jonka puheenjohtajana oli oikeusneuvos *Manner* sekä jäseninä oikeusneuvos *Portin* ja hovioikeuden presidentti *Ståhlberg,* on julistanut välitystuomionsa asiassa, mikä koski almanakkaerioikeuden vuokrasopimuksen tulkintaa. Asianosaisina olivat Helsingin yliopisto ja Amer-Yhtymä Oy Weilin + Göös. Weilin + Göös oli vaatinut mm., että yliopisto velvoitettaisiin palauttamaan Weilin + Göösille IndeksiehtoL:n vastaisesti laittomasti perimänsä indeksikorotukset. Välimiesoikeus hylkäsi sanotun vaatimuksen seuraavin perustein.

> »Amer-Yhtymä Oy Weilin + Göösin indeksikanteen johdosta välimiesoikeus toteaa, että asianosaisten 16. 6. 1975 tekemä sopimus sekä siihen perustuvat suoritukst ovat tosin olleet ristiriidassa silloin voimassaolleiden indeksiehdon käytön rajoittamista koskevien säännösten kanssa. Ottaen kuitenkin huomioon ko. sopimuksen solmimisolosuhteista esitetyn selvityksen ja sen seikan, että sopimus ja siihen perustuvat suoritukset ovat välimiesoikeuden käsityksen mukaan vastanneet kummankin osapuolen näkemystä kyseessä olevan pitkäaikaisen vuokrasopimuksen tarkoituksenmukaisesta toteuttamisesta, välimiesoikeus harkitsee kohtuulliseksi hylätä Amer-Yhtymä Oy Weilin + Göösin sanotun kanteen.»

Yllä mainittua maksetun indeksin palauttamiseen kielteisesti suhtautuvaa käsitystä voidaan ajatella perusteltavaksi huoneenvuokralainsäädännöllä. HVL 48 §:ssä säädetään vuokran alentamisesta siinä tapauksessa, että se olennaisesti ylittää vuokra-arvoltaan samanveroisista huoneistoista paikkakunnalla maksetun kohtuullisen käyvän vuokran ilman huoneenvuokrasuhteessa hyväksyttäväksi katsottavaa syytä. Mainitun pykälän 3 momentissa lausutaan mm., että »tuomioistuimen on (samalla) määrättävä kussakin yksittäisessä tapauksessa ilmenevät asianhaarat huomioon ottaen, onko vuokranantajan palautettava vuokralaiselle liikaa maksettu vuokra ja miltä ajalta se on suoritettava». Samassa lainkohdassa säädetän lisäksi enimmäisaika, jolta suoritettuja vuokria voidaan määrätä palautettavaksi. Lisäksi laissa (72/1974) säädetään nimenomaan, ettei palautusta voida määrätä suoritettavaksi aikaisemmalta ajalta kuin 1. 2. 1973 lukien.

Palautusvelvollisuuden tekee ko. tapauksessa ymmärrettäväksi HVL:ssa omaksuttu vuokralaista suojaava kanta. Vastaavanlaista kuvitellun heikomman sopijapuolen suojan tarvetta ei ole IndeksiehtoL:n

määräysten rikkomistapauksessa. Lisäksi on otettava huomioon, että HVL 48 §:n palautussäännös on spesiaalinormi. Siitä ei voida johtaa »yleistä» periaatetta. Pikemminkin asia on siten, että jos *lainrikkomistapauksissa tapahtuneiden* liikasuoritusten palauttamiseen olisi yleinen velvollisuus, lainattu HVL:n säännös olisi tarpeeton.

Indeksiehdon vastaisesti tapahtuneen suorituksen palauttamisen kieltävää kantaa voidaan perustella myös vallitsevien olojen järkkymättömyyden periaatteella: vallitseva tilanne säilyköön siinä mielessä, ettei jo tehtyihin suorituksiin puututa. Yleinen intressi kyllä vaatii indeksikiellon ylläpitämistä, mutta ei sitä, että tämän kiellon vastaisesti tehty suoritus on palautettava. On myös muistettava, että indeksiehtolainsäädäntöä on jo ehditty valmistella perusteellisesti. Jos lakiin olisi haluttu ottaa määräys suoritetun indeksikorotuksen takaisinmaksamisesta, olisi lakiin ilmeisesti otettu HVL 48 § 3 momentin kaltainen palautussäännös tai muu vastaava säännös.

Puheena olevan ongelman ratkaisua ei käsitykseni mukaan ole syytä johtaa myöskään maksajan vilpittömästä/vilpillisestä mielestä, vaikka *Korkein oikeutemme* indeksikiellon rikkomista läheisesti muistuttavissa säännöstelyrikkomustapauksissa näyttääkin kiinnittäneen huomiota juuri maksajan vilpittömään/vilpilliseen mieleen.[21] Vilpittömälle/vilpilliselle mielelle on, kuten tunnettua, eri tapauksissa asetettu erilainen sisältö. Eräissä tapauksissa henkilön katsotaan olevan vilpillisessä mielessä vain, jos hän tietää tietyn tosiasian, toisissa tapauksissa henkilön puolestaan katsotaan olevan vilpillisessä mielessä, jos hänen olisi pitänyt tietää tietty tosiasia. Erityisesti merkittävää on, että indeksiehto on kielletty lailla. Näin ollen jokaisen tulisi tuntea mainittu kielto. Kukaan ei voinekaan saada vilpittömän mielen suojaa väittämällä, ettei hän tuntenut kieltoa. Tunnettu tosiasiahan on, että kaikki Suomen säädöskokoelmassa julkaistu materiaali on katsottava tulleen kansalaisia velvoittavaksi normistoksi, jonka tuntemattomuuteen ei voida vedota.

»Mitättömien» indeksiehtojen perusteella suoritettuja maksuja ei siis voida vaatia palautettavaksi, eikä maksuajan mahdollisella vilpittömällä mielellä ole merkitystä. Tilanne on suuresti samankaltainen kuin kiinteistön ns. mustan kauppahinnan tapauksissa. Mustaa kauppahin-

[21] Ks. *KKO 1950 II 245:* »Henkilö, joka siitä tietoisena oli suorittanut sahaajalle sahauksesta määrättyjä maksuja korkeampia maksuja, ei ollut oikeutettu saamaan säännöstelymääräyksiä siten rikkoen suorittamiaan liikamaksuja sahaajalta takaisin», *KKO 1950 II 335:* »Ostaja, joka suorittaessaan säännöstelynalaisen hinnan oli katsottava tienneen tavaralle vahvistetun hinnan suuruuden, ei ollut oikeutettu saamaan myyjältä takaisin ylihintaa. Ks. myös KKO 1950 II 289; vrt. *KKO 1950 II 351:* »Henkilö, joka oli suorittanut ylihinnan vilpittömässä mielessä, oikeutettiin saamaan ylihinta takaisin».

taa ei voida oikeusteitse vaatia maksettavaksi koska sen maksamista koskeva sitoumus on pätemätön. Jos musta kauppahinta on kuitenkin jo ehditty maksaa, ei sitä enää saada takaisin.[22]

4. *Hieman ns. porrastettujen maksujen IndeksiehtoL:n vastaisuudesta*

Porrastettujen maksujen osalta oikeuskirjallisuudessamme on esitetty erilaisia käsityksiä siitä, onko niissä kysymys välipuheista, joilla kiellettyä indeksiehtoa on pyritty kiertämään. Erityisen aiheen viimeaikaiseen kirjoitteluun on antanut ratkaisu *KKO 1978 II 100* ja sen otsikointi.

> »Huoneenvuokra. — Viiden vuoden ajaksi voimassa olevaan tehdasrakennusta koskevaan vuokrasopimukseen sisältyvä ehto, jonka mukaan kuukausittain maksettava vuokra oli kohoava kunkin sopimuksen tekoa seuraavan vuoden alusta lukien määrätyllä rahamäärällä, katsottiin taloudellisen kasvun turvaamisesta joulukuun 30 päivänä 1970 annetussa laissa tarkoitetun indeksiehtoa koskevan kiellon kiertämiseksi.»

Ylöstalo, jonka eri tuomioistuimille antamat lausunnot muodostavat etevän osan hänen laajasta tuotannostaan, suhtautuu porrastettujen maksujen indeksiehtoa kiertävään tarkoitukseen varsin torjuvasti.[23] Eräänlaisena puheena olevan kysymyksen »kuningasajatuksena» *Ylöstalo*[24] lausuu: »Taloudellisen kasvun turvaamista koskevassa laissa ei ole kielletty eikä voitukaan kieltää sopimuksen tekijöitä tekemästä arviointeja ja laskelmia sopimukseen liittyvien hinta- ja kustannustekijäin osalta; laissa ei ole kielletty muuta kuin indeksiehdon tai siihen verrattavan palkka-, ansio-, hinta- tai kustannustason muutoksia osoittavan suhdeluvun ottaminen sitoumukseen, sopimukseen ja muuhun välipuheeseen (mainitun lain 1 §).» Kielteistä näkemystä edustaa myös *Ikonen.*[25]

---

[22] Ks. kiinteistön ns. mustasta kauppahinnasta esim. *Muukkonen,* LM 1959 s. 814 ss. ss., *Soisalo,* Maakaaren 1: 2:n muodossa laadittuun kauppakirjaan merkitsemättä jätetyn kauppahinnan merkityksestä asianosaissuhteessa. Oikeustiede-Jurisprudentia XII, Vammala 1979, s. 235 ss.

[23] *Ylöstalo,* Porrastettu vuokra, 8. 10. 1979 päivätty lausunto, Helsingin asuntooikeuden 2. jaoston pöytäkirja 10. 10. 1979, asia no A 79/2296, kirjelmän, liite B, liite no 3 (Ylöstalo), s. 1 ss., todeten s. 10 mm.: »Edellä olevan perusteella en voi pitää korkeimman oikeuden selostettua ratkaisua oikeana.»

[24] *Ylöstalo,* s. 8.

[25] *Ikonen,* Vuokran määrä, DL 1972 lausuu s. 137 s. mm.: »Kun indeksiehdon käyttöä on lainsäännöksin olennaisesti rajoitettu ja kun toisaalta tiedetään kustannustason jatkuva nousu, on eri piireissä ryhdytty ankarasti laskemaan ja veikkaamaan kustannustason yleistä nousua ja sen huomioon ottamista vuokran määrässä. Tällöin on päädytty sellaiseen lopputulokseen, että jo vuokrasopimusta laadittaessa *vuokra porrastetaan* vuo-

Saarnilehdon[26] mukaan »esityöt eivät valaise indeksiehdon käytön rajoittamiseksi annetun lain 6 §:n tai vastaavien aikaisempien määräysten sisältöä. Hintakehityksen ennakoimista säännös ei estä. Ongelma siitä, onko kyseessä indeksiehdon käytön rajoittamisesta annetun lain säännösten kiertäminen vai ei, täytyy ratkaista tapaus kerrallaan. Erityistä huomiota on tällöin kiinnitettävä mainitun 6 §:n ja aikaisempien säännösten mukaan siihen, onko tarkoituksena ollut rajoitussääntöjen kiertäminen. Tämä johtanee monesti näyttöongelmiin. Ratkaisu tulee ilmeisesti tehtäväksi asiassa ilmenevien ulkonaisten seikkojen perusteella, sillä sopimuspuolten tarkoituksesta on yleensä vaikea esittää selvitystä.» *Palaja*[27] esittää: »Ainakin sanotunlainen aikarahdin porrastaminen saattaa olla indeksiehtolain 6 §:n säännöksen vastainen. Tässä lainpaikassa määrätään mitättömäksi sellainen sitoumus, sopimus tai muu välipuhe, jonka tarkoituksena on indeksiehtolain tai sen nojalla annettujen määräysten kiertäminen. Pykälän tulkinnassa on pääpaino pantava indeksiehtolain rationa olevalle inflaation hillitsemispyrkimykselle. Lain 6 §:llä on tuskin haluttu pelkästään vahvistaa 1 §:ään sisältyvää indeksiehtoja koskevaa kieltoa. Säännökselle on annettava itsenäistä merkitystä. Muussa tapauksessa sen sisällyttäminen lakitekstiin ei olisi ollut tarpeellista.» Myös *Heinilä*[28] katsoo porrastetun vuokran voivan merkitä indeksikiellon kiertämistä.

Kysymys porrastettujen maksujen IndeksiehtoL:n vastaisuudesta ei ole vain sanotun lain tulkintaa koskeva kysymys vaan ennen kaikkea näyttökysymys, minkä oikeudellinen arviointi on suoritettava kussakin yksityistapauksessa erikseen. Arviointi siitä, onko kysymys indeksiehtoa koskevan kiellon kiertämisestä, ei tapauskohtaisesti ole helppoa, kuten ei yleensäkään lainkiertämistapauksissa eikä myöskään sopimuksella perustetun kilpailukieltolausekkeen kieltämistilanteessa.[29] Joskus voidaan päätyä tulokseen, että kysymys on kiertämisestä.

---

sittain nousevaksi etukäteen lasketulla prosenttimäärällä. Käytännössä se voidaan vuokrasopimukseen merkitä siten, että tämän vuoden vuokra on 100 markkaa ja ensi vuoden vuokra 104 markkaa sekä samalla tavoin edelleen porrastuva. Joku voi tietysti huomauttaa, että tällä menettelyllä pyritään korvaamaan indeksiehto, mutta tällainen väite ei saa tukea lain säännöksistä. Tiedossani on tapauksia, joissa julkista valtaa harjoittava kaupunkiyhdyskunta noudattaa juuri tämänlaatuista menettelyä. Käytännössä tällainen vuokran porrastaminen liittyy nimenomaan teollisuus- ja liiketilojen vuokraukseen.»

[26] *Saarnilehto,* LM 1980 s. 262.

[27] *Palaja,* s. 144.

[28] Ks. *Heinilä,* Liikehuoneistojen vuokrat ja indeksiehdot, kirjassa Huoneenvuokralain keskeiset kohdat. Lakimiesliiton koulutuskeskuksen julkaisusarja n:o 14, Vammala 1974 s. 44 ss., erit. s. 46, missä Heinilä perustelematta katsoo määräsummalla vuokran tarkistamisen mitättömäksi jos sillä on ennakoitu hinta- ja kustannustason muutoksia.

[29] Ks. *Ylöstalo,* konkurrenssilausekkeesta yrityksen myynnissä, julkaisussa Liikeelämän sopimusoikeutta. Lakimiesliiton koulutuskeskuksen julkaisusarja n:o 6, Helsinki 1972, s. 150 ss.

Raimo Pekkanen

Henkilöstön edustautuminen yrityksen hallinnossa

1. Valtioneuvosto asetti 13. 12. 1984 komitean, jonka tehtävänä on selvittää palkansaajien edustajien osallistumismahdollisuudet yritysten hallintoon. Komitea otti nimekseen hallintoedustuskomitea. Sen tulee saada työnsä valmiiksi vuoden 1986 loppuun mennessä. Komitean jäsenet ovat työnantaja- ja palkansaajajärjestöistä sekä valtionhallinnosta.

Hallintoedustuksen tavoitteena komitean toimeksiannon mukaan on toisaalta kehittää yritysten toimintaa ja toisaalta tehostaa työnantajien ja henkilöstön välistä yhteistoimintaa. Hallintoedustus liittyy täten sodanjälkeisinä vuosina paljon keskusteltuun yritysdemokratiaan ja sen toteuttamiseen.

Yritysdemokratialla tarkoitetaan organisaatioiden palveluksessa olevien osallistumista, yhteistyötä ja keskinäistä arvonantoa päämäärien ja menettelytapojen valinnoissa. (Yritysdemokratiakomitean mietintö 1970:A3). Osallistuminen voi sisältää informaatiota, kuulluksi tulemista, myötävaikutusta, osallistumista ja itsehallintoa. Osallistuminen voi olla myös osallistumista yrityksen hallintoon, jota kysymystä hallintoedustuskomitea selvittää, taikka osallistumista yrityksen tulokseen. Valtioneuvosto on 20. 2. 1986 asettanut toimitusjohtaja Matti Pekkasen puheenjohdolla toimivan osallistumisjärjestelmä komitean, jonka tehtävänä on selvittää uusien yritystoimintamuotojen mahdollisuuksia taloudellisen demokratian ja kilpailukykyisen tuotantotoiminnan edistämiseksi.

2. Kansainvälisen työjärjestön selvityksessä vuodelta 1967 on yritysdemokratian perustelut ja tavoitteet luokiteltu eettisiin, sosiaalisiin ja taloudellisiin. Eettisissä perusteluissa korostetaan moraalisia oikeuksia, ihmisten periaatteellista tasa-arvoisuutta ja oikeutta osallistua elämänolojaan koskeviin ratkaisuihin. Sosiaalisissa perusteluissa korostuu pyrkimys sosiaaliseen oikeudenmukaisuuteen ja tasa-arvoon työ-

elämän taloudellisissa ja sosiaalisissa suhteissa. Taloudellisissa perusteissa taas tuodaan esille työn tuloksellisuuden kasvu osallistumisen avulla ja työn tulosten oikeudenmukainen jako. Työntekijöiden osallistumisjärjestelmien kehittämistä voidaan tarkastella myös puhtaasti liiketaloudellisista lähtökohdista. Erilaiset yhteistoiminta- ja osallistumisjärjestelmät voivat suunnata henkilöstön pyrkimyksiä tehokkaasti yrityksen päämääriä kohti.

Näiden näkökohtien lisäksi on hallintoedustuksen katsottu tehostavan tiedon kulkua yritysjohdolta henkilöstölle ja päinvastoin. Henkilöstö voi myös paremmin valvoa, että annettava informaatio sisältää oikeaa tietoa ja että yrityksen toiminta muutoinkin on esimerkiksi yhteistoimintalain kannalta asianmukaista.

Hallintoedustuksen on myös katsottu lisäävän työn tuottavuutta ja parantavan yrityksen kilpailukykyä. Työtaistelujen voidaan arvella vähentyvän, koska hallintoedustus lähentää työnantajaa ja henkilöstöä toisiinsa ja luo mahdollisuudet selvittää keskinäisiä kiistoja yhteisesti hyväksyttyjen tosiasioiden pohjalta.

Hallintoedustuksella on myös nähty olevan haittatekijöitä, joista monet ovat edellä myönteisinä puolina esitettyjen näkökohtien vastakohtia. Niinpä on katsottu, että päätöksenteko vaikeutuu ja hidastuu yrityksen johdossa, jolloin tuottavuus ja yrityksen kilpailukyky heikkenevät. Tiedon kulun on katsottu nykyisin olevan jo riittävästi turvattu yhteistoimintalain ja luottamusmiesjärjestelmän avulla. Lisäksi hallintoedustus saattaa johtaa liike- ja ammattisalaisuuksien vaarantumiseen, koska hallintoedustuksen eräänä tavoitteena on lisätä henkilöstön tietoa yrityksen johdossa käsiteltävistä asioista. Henkilöstön edustajilla on lojaliteetti-velvoite sekä yritykseen että henkilöstöön nähden. Heidän asemansa onkin tästä syystä hankala; he ovat ns. kahdella tuolilla istujia.

Puoltavien ja vastustavien näkökohtien tarkastelu ulkomaisten kokemuksien valossa osoittaa, että hallintoedustus ei yleensä, joitakin poikkeustapauksia ehkä lukuunottamatta, ole johtanut kuvattuihin haittavaikutuksiin. Hallintoedustuksen myönteisiä puoliakaan ei tule liioitella. Perimmältään kysymys on siitä, ett hallintoedustus luo mahdollisuuden yrityksen ja henkilöstön välisen luottamuksellisen yhteistyön tehostamiseen ja siten yrityksen toiminnan parantamiseen. Sen toteuttaminen ja onnistuneisuus riippuu yrityskohtaisista valmiuksista.

3. Hallintoedustuksen lähtökohtana Suomessa voidaan pitää tuotantokomitealaitosta, joka perustui vuonna 1949 annettuun tuotantokomitealakiin. Tämä järjestelmä ei kuitenkaan täyttänyt sille asetettu-

ja odotuksia, mihin pääsyynä voitaneen pitää puuttuneita valmiuksia lain edellyttämän yhteistyöajatuksen toteuttamiseen.

Luottamusmiesjärjestelmällä on merkittävä osuus työnantajan ja palkansaajien välisessä yhteistoiminnassa. Luottamusmiesjärjestelmä luotiin työmarkkinajärjestöjen välisellä sopimuksella vuonna 1969. Sen tarkoituksena on edistää työehtosopimuksien asianmukaista toteuttamista ja soveltamista käytäntöön. Luottamusmiesjärjestelmää käytetään myös ratkaisemaan työehtosopimusten noudattamisessa ja soveltamisessa syntyviä erimielisyyksiä tarkoituksenmukaisella ja nopealla tavalla ja siten edistämään työntekijöiden ja työnantajien välistä yhteistoimintaa. Luottamusmiehet toimivat työntekijöiden edustajina valvoen näiden etuja yritystasolla. Luottamusmiesten vaalin järjestävät ammattiosastot.

Osallistumisjärjestelmien kehittämisen kannalta on mainittava myös laki työsuojeluvalvonnasta vuodelta 1973, koska tähän lakiin sisältyy myös säännöksiä työnantajan ja työntekijöiden välisestä yhteistoiminnasta työsuojelua koskevissa asioissa.

Varsinainen yritysdemokratia-keskustelu alkoi Suomessa 1960-luvun jälkipuoliskolla, jolloin palkansaajajärjestöjen puolelta esitettiin tätä koskevia vaatimuksia. Myös poliittisella tasolla kiinnitettiin asiaan huomiota. Silloinen pääministeri Rafael Paasio vaati vuonna 1967 demokratian ulottamista myös tehtaan porttien sisäpuolelle.

Tämän jälkeen yritysdemokratiaa on selvitetty useissa eri komiteoissa ja siitä on neuvoteltu työmarkkinajärjestöjen välillä. Pitkällisten ja vaikeiden neuvottelujen tuloksena työmarkkinajärjestöt esittivät sosiaali- ja terveysministeriölle lakiehdotuksensa vuonna 1978. Laki yhteistoiminnasta yrityksissä (YTL 22. 9. 1978/725) säädettiinkin samana vuonna pääasiallisesti työmarkkinajärjestöjen neuvottelujen tuloksen mukaisena.

YTL pyrkii toisaalta kehittämään yrityksen toimintaa ja työolosuhteita sekä toisaalta työnantajan ja henkilöstön välistä yhteistoimintaa. Lakia sovelletaan yrityksessä, jonka palkansaajien määrä säännöllisesti on vähintään 30 (YTL 1 §). Yhteistoiminnan osapuolina ovat työnantaja ja yrityksen henkilöstö. Yhteistoiminta toteutetaan toisaalta henkilöstöön kuuluvien ja heidän esimiestensä välillä sekä toisaalta työnantajan ja henkilöstön edustajien kesken (YTL 3 §).

YTL on ollut vasta niin lyhyen aikaa voimassa, että sen tosiasiallisista vaikutuksista ei vielä ole selvityksiä. Työnantajapuolella näytetään lakia pidettävän varsin hyvänä ja katsotaan sen täyttävän asetetut tavoitteet. Työntekijäpuolen mielestä taas laki ei turvaa riittävästi työntekijöiden osallistumismahdollisuuksia. Kaikissa yrityksissä ei liioin ole

vielä valmiuksia toteuttaa asianmukaisesti ja luottamuksellisesti yhteistoimintalakia.

4. Hallintoedustus on 1970-luvulla toteutettu Ruotsissa, Norjassa, Tanskassa, Itävallassa ja Hollannissa. Saksan Liittotasavallassa ovat hiili-, rauta- ja terästeollisuuden palkansaajat valinneet hallintoedustajansa jo vuodesta 1951 lähtien ja vuonna 1976 hallintoedustusjärjestelmä ulotettiin laajalti myös muuhun teollisuuteen. Useissa muissa maissa on käyty vilkasta keskustelua palkansaajien osallistumista yrityksen hallintoon. Belgiassa, Ranskassa ja Englannissa on tehty lakiehdotuksia, jotka eivät kuitenkaan ole vielä toeutuneet. Pohjoismaista vain Suomesta ja Islannista puuttuu hallintoedustusta koskeva lainsäädäntö.

Hallintoedustuksen toteuttamistapa eri maissa vaihtelee suuresti riippuen asianomaisen maan lainsäädännöstä ja muista erityisolosuhteista. Hallintoedustusta koskevan lainsäädännön soveltamisala on ulkomaisessa lainsäädännössä yleensä sidottu yrityksen suuruuteen, jonka mittana on käytetty yrityksen palveluksessa olevien lukumäärää. Pohjoismaissa soveltamisala on varsin laaja, sillä Ruotsissa hallintoedustuksen toteuttaminen edellyttää yrityksessä 25 palkansaajaa sekä Norjassa ja Tanskassa 50 palkansaajaa. Ranskassa tämä raja on 50, Alankomaissa 100, Itävallassa 300 ja Saksan Liittotasavallassa 500—2000 palkansaajaa.

Yrityksen hallinnossa henkilöstön edustajat on sijoitettu joko yrityksen hallitukseen tai hallintoneuvostoon. Pohjoismaissa, joissa hallintoneuvosto ei ole pakollinen yrityksen toimielin, henkilöstöedustus on toteutettu hallituksessa. Saksan Liittotasavallassa taas hallintoneuvosto kuuluu hallituksen ohella yrityksen organisaatioon ja hallintoedustus onkin toteutettu hallintoneuvostossa. Samoin on asianlaita myös Itävallassa ja Alankomaissa.

Henkilöstön edustajat yrityksen hallintoelimissä ovat yleensä vähemmistönä verrattuna osakkeenomistajien valitsemiin jäseniin. Poikkeuksena on Saksan Liittotasavalta, jossa eräissä suuryrityksissä henkilöstöllä on oikeus valita puolet yrityksen hallintoneuvoston jäsenistä. Ruotsissa, Norjassa ja Tanskassa palkansaajat saavat valita pääsääntöisesti kaksi edustajaa yrityksen hallitukseen.

Henkilöstön edustajien valinta kuuluu Norjassa, Tanskassa ja Saksan Liittotasavallassa yritysten henkilöstölle, kun taas Ruotsissa tämän valinnan suorittavat ammattiosastot. Henkilöstön edustajien asema yrityksen toimielimissä on yleensä samanlainen kuin osakkeenomistajienkin valitsemien jäsenten.

5. Suomalaisissa valtionyhtiöissä on vuoden 1985 alusta lukien toteutettu henkilöstön osallistuminen hallintoneuvoston työskentelyyn. Hallintoneuvosto on henkilöstöjärjestöjen esityksestä nimennyt 2—3 henkilöstön edustajaa ja heille varajäsenet. Esityksen henkilöstön edustajiksi voivat tehdä henkilöstöä edustavat keskeisimmät henkilöstöjärjestöt. Henkilöstön edustajilla on hallintoneuvoston kokouksissa läsnäolo- ja puheoikeus, lukuunottamatta ylimmän johdon valintaan sekä palkkaukseen ja työehtosopimuksiin liittyviä kysymyksiä. Tämä järjestely on voimassa toistaiseksi kokeiluluonteisena.

Myös eräissä yksityisissä yrityksissä on jo toteutettu hallintoedustus. Oy Kaukas Ab:ssä hyväksyttyjen YTL:n mukaista yhteistoimintaa koskevien sääntöjen mukaan yhtiön yhteistyökomitean henkilöstöä edustavat jäsenet nimeävät kolme edustajaa, joilla on oikeus osallistua toimitusjohtajan neuvoa-antavana elimenä toimivan, tehtaiden ja eri hallinnonhaarojen johtajista koostuvan johtokunnan kokouksiin käsiteltäesä muita kuin palkka-asioita. Valituista tulee kahden edustaa työntekijöitä ja yhden toimihenkilöitä. Kullekin heistä nimetään henkilökohtainen varamies.

Oy Kaukas Ab:ssä ei ole hallintoneuvostoa eikä hallintoedustusta ole järjestetty hallitukseen, vaan johtokuntaan, joka toimii toimitusjohtajan neuvoa-antavana elimenä. Palkansaajapuolella onkin hallintoedustuskomitealle annettujen tietojen mukaan pidetty puutteena sitä, että hallintoedustusta ei ole toteutettu päättävässä elimessä eli hallituksessa. Toisaalta sekä yrityksen johdon että palkansaajapuolen edustajat korostivat sitä, että yhteistoiminta johtokunnassa on ollut myönteistä ja hyödyllistä. Henkilöstöryhmät pitävät tärkeänä yrityksen johdolta tätä tietä saatua välitöntä informaatiota. Toisaalta henkilöstöryhmien kannanotot voidaan saattaa välittömästi johtokunnan tietoon ja ne siten saattavat vaikuttaa lopullisiin päätöksiin. Tärkeänä pidetään myös sitä, että henkilöstö saa riittävän ajoissa tietää eri suunnitelmista ja kehitystavoitteista. Perussyynä siihen, että yhteistoiminta Oy Kaukas Ab:ssä toimii hyvin, on perinteisesti hyvä yhteistyö yrityksen ja henkilöstön välillä kaikilla eri tasoilla sekä yhteistoiminnalle myönteinen ilmapiiri yhtiössä. Merkitystä on myös sillä, että yhtiö toimii lähinnä vain yhdellä paikkakunnalla.

6. Hallintoedustus merkitsee oikeutta saada henkilöstön edustaja yrityksen toimielimiin. Sen sijaan ei voida ajatella, että se olisi henkilöstön velvollisuus. Kun kokemukset hallintoedustuksen hyödyistä ja haitoista näyttävät suuresti vaihtelevan yrityskohtaisesti, tulisi hal-

lintoedustuksen toteuttamiseen ryhtyä vain siinä tapauksessa, että ainakin yrityksen henkilöstön enemmistö sitä haluaa. Jos henkilöstön enemmistö on tehnyt aloitteen hallintoedustuksen toteuttamisesta, tulisi sen johtaa hallintoedustuksen tosiasialliseen järjestämiseen.

Hallintoedustus voidaan ajatella toteutettavaksi yrityksen ja henkilöstön välisen sopimuksen perusteella, jolloin parhaiten voitaisiin ottaa huomioon yrityksen erityiset olosuhteet. Siinä tapauksessa, että sopimusta henkilöstön ja yrityksen välillä ei saada aikaan, olisi hallintoedustus toteutettava laissa määrätyssä muodossa.

7. Hallintoedustus tulisi lähtökohtaisesti voida toteuttaa yritysten olemassa olevien organisaatioiden puitteissa. Kun yksityisellä elinkeinonharjoittajalla, avoimella yhtiöllä enempää kuin kommandiittiyhtiöllä ei ole pakollisia toimielimiä, hallintoedustuksen soveltamisala jouduttaneen tästä syystä rajoittamaan osakeyhtiöihin ja osuuskuntiin sekä näihin verrattaviin muihin yritystoiminnan muotoihin. Tätä kantaa puoltaa myös se, että hallintoedustus tulisi toteuttaa vain sellaisissa yritysmuodoissa, joissa yhtiömiehillä ei ole henkilökohtaista vastuuta yritystoiminnassa syntyneistä sitoumuksista.

Sekä osakeyhtiössä että osuuskunnassa tulee lain mukaan olla hallitus, minkä lisäksi niihin voidaan perustaa yhtiöjärjestyksessä hallintoneuvosto. Hallintoneuvoston perustaminen osakeyhtiöön edellyttää kuitenkin, että yhtiön osakepääoma on vähintään miljoona markkaa.

Jos kaikki yritykset halutaan hallintoedustuksen kannalta samaan asemaan, on siis ainoa mahdollisuus toteuttaa hallintoedustus yrityksen hallituksessa, niin kuin Ruotsissa, Norjassa ja Tanskassa on tehty. Hallintoneuvostoja on yrityksissä varsin vähän, eräiden arvioiden mukaan alle sadassa yrityksessä, joten hallintoneuvosto ei voine tulla kysymykseen ainoana mahdollisuutena, vaan lähinnä vaihtoehtona hallitukselle. Kun hallintoedustuksen toteuttamisessa asianomaisen yrityksen erityispiirteiden huomioon ottaminen on ilmeisen merkityksellistä, olisi myös syytä harkita sitä, tulisiko yrityksen ja henkilöstön välisellä sopimuksella voida sopia siitä, että hallintoedustus toteutetaan esimerkiksi Oy Kaukas Ab:n mallin mukaisesti muussa toimielimessä kuin hallituksessa tai hallintoneuvostossa.

8. Jos hallintoedustus Suomessa ajateltaisiin ulotettavan kaikkiin niihin osakeyhtiöihin ja osuuskuntiin, joiden palveluksessa on enemmän kuin 50 palkansaajaa, hallintoedustuksen piiriin kuuluisi noin 2 000 yritystä eli 11,5 % kaikista oskeyhtiöistä ja osuuskunnista sekä noin

736 000 palkansaajaa eli 87 % kaikista näissä yritysmuodoissa työskentelevistä henkilöistä. Jos taas hallintoedustus sovellettaisiin sellaisiin osakeyhtiöihin ja osuuskuntiin, joiden palveluksessa on enemmän kuin sata palkansaajaa, se kattaisi noin 1 100 yritystä (6 %) ja noin 675 000 palkansaajaa (80 %). Jos soveltamisala supistetaan siten, että se koskee vain sellaisia osuuskuntia ja osakeyhtiöitä, joiden palveluksessa on yli 500 palkansaajaa, kuuluisi hallintoedustuksen piiriin 225 yritystä (1,3 %) ja noin 494 000 (58,5 %) palkansaajaa.

Hallintoedustuksen kattavuutta ajatellen on pidettävä tärkeämpänä sitä, että se kattaa mahdollisimman suuren osan henkilöstöstä kuin sitä, että se kattaa mahdollisimman suuren osan yrityksistä. Edellä selostetut tilastot osoittavat, että varsin suuri kattavuus henkilöstön osalta voidaan saavuttaa, vaikka hallintoedustuksen piiriin kuuluisi varsin pieni osa osakeyhtiöistä ja osuuskunnista. Tämä seikka on ilmeisesti omiaan helpottamaan hallintoedustuksen käyttöönottoa Suomessa.

9. Eräs ilmeinen lähtökohta hallintoedustusta suunniteltaessa on se, että palkansaajien edustajat yrityksen toimielimissä ovat aina vähemmistönä. Hallintoedustuksen tavoitteena ei ole siirtää omistajille eli osakkaille kuuluvaa valtaa henkilöstölle, vaan mahdollistaa henkilöstön osallistuminen yritystä koskevaan päätöksentekoon sen päättävissä toimielimissä. Jos yrityksen hallituksen tai hallintoneuvoston kokoonpano hallintoedustuslain johdosta muodostuisi sellaiseksi, että henkilöstön edustajat voisivat vastoin osakkaiden valitsemien jäsenten kantaa ratkaista asian, jouduttaisiin ilmeisesti myös selvittämään, onko kysymyksessä sellainen hallitusmuodon HM 6 §:ssä tarkoitettu omistusoikeuden rajoitus, joka voidaan toteuttaa vain perustuslain säätämisjärjestyksessä.

Hallintoedustuksen tulisi tietysti myös mahdollisuuksien mukaan kattaa yrityksen piirissä toimivat erilaiset henkilöstöryhmät. Tällaisia ovat tietysti ennen kaikkea SAK:n jäsenliittojen ammattiosastot sekä TVK:n, STTK:n ja AKAVAn piiriin kuuluvat toimihenkilöjärjestöt. Näiden lisäksi huomiota olisi kiinnitettävä järjestäytymättömiin palkansaajiin sekä monialaisissa yrityksissä myös eri toimialojen henkilöstöihin ja useilla eri paikkakunnilla toimivissa yrityksissä paikalliseen edustavuuteen. Käytännössä näyttää kuitenkin erittäin epätodennäköiseltä, että kaikille näille henkilöstöryhmille ja ehkä vielä joillekin muillekin voitaisiin järjestää oma edustajansa yrityksen hallintoelimiin. Parhaiten tällainen järjestely tietysti onnistuu yrityskohtaisen sopimuksen perusteella.

Osakeyhtiön hallitukseen tulee kuulua vähintään kolme jäsentä. Kui-

tenkin, jos yhtiön osakepääoma on pienempi kuin miljoona markkaa, voi hallituksen muodostaa vain yksikin henkilö (OYL 8:1 §). Tästä lainsäännöksestä on seurauksena, että osakeyhtiön hallitukseen ei voitaisi henkilöstön edustajana valita useampia kuin kaksi jäsentä. Näiden lisäksi olisi ajateltavissa, että hallitukseen valittaisiin ilman äänioikeutta olevia varajäseniä. Sen varmistamiseksi, että henkilöstön edustajat aina äänestystilanteessa ovat vähemmistönä myös silloin kun hallituksessa on vain yksi osakkeenomistajien valitsema jäsen, tulisi äänestyssäännöillä turvata se, että hallituksessa äänestystilanteessa voittaa se mielipide, jota yhtiökokouksen valitsemat edustajat tai heidän enemmistönsä on kannattanut.

10. Hallintoedustuksen mahdollisimman suuren edustavuuden turvaamiseksi näyttäisi asianmukaiselta, että henkilöstön edustajat valitaan yleisillä ja suhteellisilla vaaleilla. Äänioikeus näissä vaaleissa tulisi olla kaikilla yrityksen henkilöstöön kuuluvilla.

Ehdokkaita henkilöstöedustajiksi voisivat asettaa myös henkilöstöryhmiä edustavat ammatilliset järjestöt. Sellaista vaatimusta, että tällaisen järjestön tulisi olla riittävän edustava tai kattaa jokin määrätty osa yrityksen henkilöstöstä, ei suomalaisissa oloissa ole syytä asettaa. Sen sijaan on järjestäytymättömien palkansaajien sekä eri toimialojen ja paikallisen edustavuuden kannalta tärkeää, että myös näillä ryhmillä on mahdollisuus säädettävin edellytyksin asettaa ehdokkaansa vaaleihin.

11. Tällä tavoin valitun henkilöstön edustajan asema ja vastuu antavat aihetta moniin kysymyksiin. Lähtökohtana on ilmeisesti pidettävä sitä, että henkilöstön valitsema edustaja olisi samassa asemassa kuin muutkin asianomaisen toimielimen jäsenet. Ruotsin ja Norjan esimerkkejä ajatellen joudutaan kuitenkin ratkaisemaan, osallistuvatko henkilöstöedustajat kaikkien asioiden ratkaisuun vai olisiko esimerkiksi työriidat ja palkkauskysymykset jätettävä heidän toimivaltansa ulkopuolelle.

Henkilöstön edustajille on tietysti turvattava myös mahdollisuus toimia hallituksessa tai muussa toimielimessä oman työnsä sitä haittaamatta. Lisäksi on huolehdittava siitä, että he saavat asianmukaisen ennakkoinformaation käsiteltävistä asioista ja myöskin mahdollisesti tarvittavan lisäkoulutuksen näiden asioiden käsittelyyn.

Kun hallintoedustuksen eräänä tavoitteena on välittää tietoja henkilöstön ja yrityksen hallintoelimien välillä, joudutaan väistämättä ky-

symykseen henkilöstön edustajien vaitiolovelvollisuudesta. Selvää on tällöin, että henkilöstön edustajat eivät saa paljastaa tietoonsa saamiaan yrityksen liike- tai ammattisalaisuuksia. Toisaalta tätä salassapitovelvollisuutta ei tule liioitella, vaan hallintoedustuksen tavoitteiden saavuttamisen kannalta on tärkeää, että henkilöstöedustajat voivat informoida taustaryhmiään yrityksen toiminnasta ja sen tavoitteista. Muista maista saadut tiedot viittaavat siihen, että käytännössä salassapitovelvollisuuden toteuttamiseen on tuottanut vain harvoin ongelmia.

12. Lopuksi on syytä korostaa, että edellä esitetyt käsitykset ja näkemykset eivät suinkaan edusta hallintoedustuskomitean kantaa. Hallintoedustuskomitea ei ole ottanut vielä minkäänlaista kantaa hallintoedustuksen toteuttamiseen yleensä enempää kuin siihenkään, miten se toteutettaisiin. Tämän kirjoituksen pääasiallisena tavoitteena onkin tuoda esille hallintoedustukseen liittyviä ongelmia ja näiden ongelmien ratkaisuun liittyviä näkökohtia keskustelun herättämiseksi.

Jukka Peltonen

Asianajajan esteellisyydestä konkurssitilanteissa pesänhoitajan asemaa silmälläpitäen

Johdannoksi

Tuskin millään muulla oikeuden alueella erilaiset ristiriitaiset intressit esiintyvät niin monimuotoisina ja vaihtelevina kuin konkurssitilanteissa.[1] Yritys löytää vastaus kysymykseen, mikä on asianajajalle sallittua konkurssitilanteiden intressiristiriidoissa, kilpistyy kysymyksen vaikeuteen ja siihen, että kirjallisuuslähteet sivuuttavat sen niukoin maininnoin.

Syitä kysymyksen vaikeuteen on useita. Intressiristiriidat saattavat ilmetä niin monimuotoisina, että niitä on vaikea hahmottaa. Konkurssimenettelyn ajallinen kesto aiheuttaa sen, että sen eri vaiheissa syntyy uusia intressikonflikteja ja että samojen intresenttien keskinäiset asetelmat ovat eri kysymysten kohdalla erilaiset. — Asianajajaeettisten esteellisyyssääntöjen ja lakiin sisältyvien asiamiehen tai johonkin määräyksenvaraiseen tehtävään säädettyjen esteellisyysperusteiden sitovuus on erilainen. Tuomioistuin pitäytyy kirjoitetun lain niukoissa esteellisyysnormeissa.[2] Asianajaja puolestaan on sidottu myös hyvää asianajajatapaa koskevien ohjeiden (TO)[3] ja asianajajaetiikan perusteperiaatteista johdettaviin esteellisyyssääntöihin, joiden noudattamisesta asianajaja itse joutuu pitämään huolen.[4] Asianajajaeettiset säännöt asettavat asianajajalle yleensä pidemmälle menevän riippumattomuusvelvollisuuden yksittäisissä toimeksiantosuhteissa kuin laki.

---

[1] *Bo Palmgren*, Om intressekonflikter mellan konkursförvaltare och konkursbo, JFT 1959 s. 260.

[2] *Eeva Pekkanen*, Eräitä asiamiehen ja avustajan esteellisyystilanteita tuomioistuimen näkökulmasta, DL 1983 s. 343.

[3] Suomen Asianajajaliiton liittokokous 9. 6. 1972 on vahvistanut hyvää asianajajatapaa koskevat ohjeet. Ks. *Matti Ylöstalo*, Asianajajan käsikirja, Juva 1982, s. 109 ss.

[4] *Jukka Peltonen*, Eräitä esteellisyystilanteita asianajajan näkökulmasta, teoksessa Asianajajaoikeutta (toim. *Matti Ylöstalo*), Juva 1985, s. 89 ss. erit. s. 90—91.

Asianajajakunnan itsensä velvollisuutena on syventää ja terävöittää käsityksiään ammattieettisten sääntöjen sisällöstä. Tämä esitys sisältää yrityksen hahmottaa asianajajaeettisten esteellisyyssääntöjen soveltumista konkurssitilanteisiin. Koska tilankäyttö on rajoitettu ja aihe laaja, pyrin keskittymään konkurssipesän pesänhoitajan asemaan liittyviin esteellisyyskysymyksiin.

Käsillä on vaikea lain ja ammattietiikan yhteensovittamistehtävä. Lakina on vanhentunut ja vaikealukuinen konkurssisääntö (9. 11. 1868/31), joka on jo kauan ollut muutostyön alaisena[5] ja jonka pesänhoitajan kelpoisuussäännökset ovat erittäin niukat. Konkurssisäännön peruslähtökohtana oleva konkurssivelkojien laaja päätäntävalta ja kontrolli eivät käytännössä enää välttämättä toteudu tavalla, jota laki edellyttäisi. Tosiasiallinen pesänhoitajien toimintakäytäntö ja laki ovat eriytyneet toisistaan.[6] Siten pesänhoitajan tosiasiallisen tehtäväkentän ja lain huomioiman esteellisyystarpeen välille on muodostunut ristiriita.

Hyvän asianajajatavan sisältöä, jota ei ole tapaohjeisiin tyhjentävästi kirjoitettu, voidaan luonnehtia kehittymisvaiheessa olevaksi[7] ja eräiltä osiltaan tutkimattomaksi. Tapaohjeet eivät anna valmiita vastauksia nimenomaan konkurssitilanteiden esteellisyyskysymyksiin. Yleisten eettisten estellisyyssääntöjen soveltamista sellaisenaan konkurssitilanteisiin vaikeuttaa tosiasiallisten intressitilanteiden muuttuvuus ja monikerroksisuus.

Konkurssipesän intressiasetelmista

Konkurssiin asettamisella velallinen menettää määräysvaltansa konkurssipesään kuuluvaan omaisuuteen. Määräysvalta siirtyy velkojainkokouksissa päätäntävaltaa käyttäville velkojille.[8] Tuomioistuin mää-

[5] Konkurssioikeuden kehittämiskomitean mietintö, kom.miet. 1978:37. *Eero Soini,* Konkurssisäännön uudistamistarve, kehittämistavoitteet ja toteuttaminen, teoksessa *Käytännön konkurssioikeutta II, Lakimiesliiton koulutuskeskuksen julkaisusarja (LKJ) n:o 18, Helsinki 1976, s. 8 ss., Jorma S. Aalto,* Konkurssioikeuden kehittämiskomitean periaatemietinnön esittely, Konkurssi- ja ulosotto-oikeutta, LKJ n:o 26, Helsinki 1979, s. 32 ss. sekä *Risto K. Ovaska,* Konkurssikäsikirja, Jyväskylä 1983, s. 152 ss.

[6] Kom.miet. 1978:37 s. 362 ss.

[7] Ruotsissa kirjoitetut tapaohjeet ovat olleet tarkistustyön kohteena. Ks. Sveriges Advokatsamfund, Översyn av de vägledande reglerna om god advokatsed, Betänkande av Etiska kommittén, Stockholm 1984.

[8] Yleisesityksiä konkurssimenettelystä em. teosten lisäksi: Käytännön konkurssioikeutta, LKJ n:o 8, Helsinki 1972, *Jouko Halila,* Konkurssioikeuden pääpiirteet, Helsinki 1975, *O. Hj. Granfelt,* Grunddragen av Finlands konkursrätt, Lovisa 1950, *Eero Kivikari — Eero Soini,* Konkurssipesän hoitajan käsikirja, Porvoo 1968, *Lars Welamson,* Konkursrätt, Stockholm 1961, ja Konkurs, Stockholm 1977.

rää konkurssipesän pesänhoitajat, väliaikaisen uskotun miehen, uskotun miehen ja toimitsijamiehen, jotka kukin vuorollaan pitävät huolta konkurssipesän hallinnosta konkurssipesän muodostaman erillisvarallisuuden lakimääräisinä edustajina.[9]

Konkurssi on tapana jakaa konkurssiin oikeudenkäyntinä[10] ja täytäntöönpanona. Tuomioistuimessa käydään varsinaisen konkurssioikeudenkäynnin lisäksi konkurssiinasettamispäätökseen johtava mahdollinen riita, riitautettujen valvontojen vahvistamista ja takaisinsaantikanteita koskevat jutut sekä muut mahdolliset riita- ja rikosasiat.

Intressiristiriidat muotoutuvat konkurssivelallisen ja sen edustajien sekä eri velkojien välille ja ilmenevät osaksi oikeusjuttujen ja osaksi konkurssihallinnon toimesta ratkaistavien asioiden yhteydessä. Pesänhoitaja joutuu huolehtimaan konkurssipesän omaisuuden hoidosta, oikeudellisten ja tosiasiallisten intressien valvomisesta sekä omaisuuden realisoimisesta ja kertyneiden varojen jakamisesta. Eri vaiheissa konkurssia pesänhoitajien tehtävät ovat periaatteessa erilaiset.[11] Kaikilla heillä on velvollisuus toimia konkurssipesän muodostaman erillisvarallisuuden laillisten intressien mukaisesti sekä noudattaa lakia toimenpiteissään velallista, velkojia ja tertiusta kohtaan. Kaikkien kohdalle saattaa muodostua velvollisuus edustaa konkurssipesää oikeudenkäynnin asianosaisena.

Pesänhoitaja joutuu huolehtimaan suhteessa velalliseen mm. kaiken pesään kuuluvan omaisuuden haltuunottamisesta sekä sen selvittämisestä, onko velallinen rikkonut velallisen velvollisuuksiaan ja esim. hukannut omaisuuttaan. Velallisen ja konkurssivelkojien välillä vallitsee siten perustavaa laatua oleva intressiristiriita. Pesänhoitaja joutuu suhteessa velkojiin ja tertiukseen huolehtimaan erillisvarallisuuden edustamista intresseistä mm. takaisinsaantikanteita ja velkomuskanteita ajaessaan sekä edustamaan konkurssipesää riitautetun valvonnan vahvistamista koskevissa jutuissa. Valvontojen riitautukset eivät tosin kuulu pesänhoitajan oikeuksiin. Myös eri konkurssivelkojien kesken vallitsee kilpailutilanne etenkin valvottujen saatavien etuoikeutta ja laillisuutta koskevien erimielisyyksien ilmaantuessa. Käsillä saattaa olla

---

[9] *Halila,* mt. s. 110 sekä Konkurssipesän ja sen toimitsijan oikeudellisesta asemasta, teoksessa »Caselius ja Rekola 70 vuotta», Porvoo 1963, s. 101 ss. Ks. KS 50—52, 62, 63 ja 69 §.

[10] *Halila,* mt. s. 37 ss., *Kivikari — Soini,* mt. s. 15, *Granfelt,* mt. s. 32 ss. sekä *Jouko Hiidensalo,* Konkurssi oikeudenkäyntinä, LKJ n:o 8, s. 11 ss.

[11] Pesänhoitajien tehtävistä: *Halila,* mt. s. 119 ss., *Ovaska,* mt. s. 47 ss. ja 113 ss., *Kivikari — Soini,* mt. s. 20 ss. ja 31 ss., *Granfelt,* mt. s. 82 ss., *Timo Silkko,* Konkurssipesän hallinnosta, LKJ n:o 8, s. 22 ss. sekä *Erhard Galle,* Konkurssipesänhoitajan tehtävistä, LKJ n:o 26, s. 32 ss.

mm. kuittausepäselvyys, joka ratkaistaan konkurssihallinnon toimesta.[12] Intressiristiriidat eivät siten rajoitu ainoastaan oikeusjuttuihin.

Konkurssipesän pesänhoitajan tehtävä edellyttäisi periaatteellista objektiivisuutta, jolle laki ei nyt anna takeita. Etenkin velallisen mutta myös velkojan toimeksianto pesänhoitajana toimivalle tai sellaiseksi aikovalle asianajajalle on esteellisyyden kannalta kriittinen. Eri konkurssipesissä pesänhoitajan tehtävät ovat erilaisia. Vastaavasti velallisen ja velkojan pesänhoitajalle antamien toimeksiantojen kriittisyys on eri konkurssipesissä erilainen.

Asianajajaeettisistä esteellisyyssäännöistä

Tapaohjeet velvoittavat asianajajaa hänen ammattitoiminnassaan. Siis asianajotoiminnan piiriin kuuluvissa tehtävissä. Asianajajan ja päämiehen toimeksiantosuhde on asianajotoiminnan keskeisin elementti. Se on *luottamussuhde.* Juuri luottamuksellisuudesta johtuvat asianajajalle kuuluvat laajimmat perusvelvollisuudet päämiestä kohtaan.[13] Esteellisyyden kannalta oleellisimmat niistä ovat ehdoton lojaalisuus, velvollisuus säilyttää toimeksianto sivuvaikutteista vapaana sekä salassapito- ja vaitiolovelvollisuus.[14]

Asianajaja ei saa ottaa hoidettavakseen toimeksiantoa, jos sen intressi on ristiriidassa aikaisemman päämiehen intressin kanssa. Asianajaja ei saa ottaa myöskään sellaista toimeksiantoa, joka vaarantaisi aikaisemmasta toimeksiannosta johtuvan luottamuksellisuuden ja vaitiolovelvollisuuden.[15] Luotamuksellisuus jatkuu näet myös päättyneen toimeksiannon jälkeen.

Asianajajan esteellisyys perustuu oleellisesti toimeksiannon luottamussuhdeluonteeseen. Lojaalisuus ja vaitiolovelvollisuus johtuvat

---

[12] *Halila,* mt. s. 65 ss. sekä Saamisoikeuksien kuittaus konkurssissa, LKJ n:o 8, s. 71 ss. ja Kom.miet. 1978:37 s. 154.

[13] *Bruno A. Salmiala,* Asianajajan velvollisuus kieltäytyä vastaanottamasta tehtävää, DL 1955 s. 358 ss., erit. s. 365 ja *Åke Roschier-Holmberg,* Hyvä asianajajatapa, DL 1971 s. 505 ss., erit. s. 509.

[14] *Peltonen,* Asianajajan ammatillinen bona fides, teoksessa Asianajajaoikeutta (toim. *Ylöstalo*), Juva 1985, s. 38 ss., erit. s. 39—41 sekä Eräitä esteellisyystilanteita s. 93—95. Ks. TO 1, 11—15, 18 ja 19 §, RL 38:2[1] ja 3 sekä OK 17:23.

[15] *Salmiala,* DL 1955 s. 358 ss. *Peltonen,* Eräitä esteellisyystilanteita, passim. *Olavi Ylänkö,* Asianajajan velvollisuuksista päämiestä kohtaan asianajotoimeksiannossa, Helsinki 1985, s. 11—12., *Ylöstalo,* Yhteinen toimisto ja asianajajan jäävi, DL 1974 s. 503 ss., sekä Sivuvaikutteista vapaana, DL 1975 s. 120 ss., *Holger Wiklund,* God advokatsed, Stockholm 1973 s. 229 ss., *Axel H. Pedersen,* Inledning til advokatgerning I, København 1962, s. 130 ss., *Harald Halvorsen,* Advokatvirksomhet — betingelser og krav, Oslo 1984, s. 122 ss. sekä *Raymond L. Wise,* Legal Ethics, New York 1970, s. 255 ss.

juuri siitä. Se, että joku asianajotehtävä ei ole luonteeltaan luottamussuhde, ei kuitenkaan merkitse sitä, että sellaiseen tehtävään ei liittyisi rikkomattomia velvollisuuksia.[16] Konkurssipesän pesänhoitotehtävä on osa asianajotoimintaa.[17]

Konkurssipesän pesänhoitajan tehtävä ei käsitykseni mukaan perusta täysipainoista luottamussuhdetta pesänhoitajan ja erillisvarallisuuden välille eikä pesänhoitajan ja velkojien tai velallisen välille. Ei ainakaan siten, että siitä johtuisi täysipainoinen vaitiolo- ja salassapitovelvollisuus. Päinvastoin pesänhoitaja on velvollinen varsin laajaan tietojen antamiseen konkurssipesän asioista.[18] On kuitenkin varsin ilmeistä, että pesänhoitajan lakisääteiset moninaiset velvollisuudet sitovat pesänhoitajan pitkälle menevään uskollisuuteen erillisvarallisuuden edustamia intressejä kohtaan. — Ongelmana on, missä määrin erilaiset toimeksiannot muodostavat esteen pesänhoitajan tehtävään asettautumiselle, sekä se, missä määrin pesänhoitaja saisi hoitaa sellaisia toimeksiantoja, joissa päämiehen intressi on ristiriidassa konkurssipesän, konkurssivelkojien tai -velallisen intressien kanssa. On myös mahdollista, että vastakkain eivät olekaan luottamussuhde ja pesänhoitajan tehtävä, vaan esim. kuolinpesän pesänselvittäjän tehtävä ja konkurssipesän pesänhoitajan tehtävä, joista kumpikaan ei ole luottamussuhde.

Tarkastelen ensin kysymystä, milloin asianajaja on velvollinen kieltäytymään konkurssipesän pesänhoitajan tehtävästä. Sen jälkeen tarkastelen tilanteita, joissa asianajaja on määrätty pesänhoitajaksi. Käsittelen myös konkurssivalvonnan hoitamista usean velkojan asiamiehenä.

Asianajajan velvollisuus kieltäytyä pesänhoitajan tehtävästä

1) Lakiin perustuva esteellisyys

Konkurssisäännössä ei ole yksityiskohtaisemmin määritelty pesänhoitajan kelpoisuutta ja esteellisyyttä. Esim. OK 15:2 ja 3:n merkitystä ei ole konkurssisäännössä mainittu. *Granfelt* ja *Halila* ovat katsoneet, että pesänhoitajien kelpoisuusehtoihin kuuluisi mainittujen lainkohtien mukainen oikeudenkäyntiasiamiehen kelpoisuus.[19] He eivät ole kuiten-

[16] *Peltonen,* Eräitä esteellisyystilanteita s. 100—105. Konkurssipesän hoitajan asemaa verrataan kuolinpesän pesänselvittäjän ja testamentin toimeenpanijan asemaan. Ks. *Halila,* mt. s. 110 ja Konkurssipesän toimitsijan oikeudellisesta asemasta s. 106.

[17] *Wiklund,* mt. s. 12.

[18] KS 66—68 §. Ks. esim. *Kivikari — Soini,* mt. s. 31 ja *Silkko,* emk. s. 27.

[19] *Halila,* mt. s. 111—112.

kaan kiinnittäneet huomiota siihen, minkälaiset aikaisemmat toimeksiannot (OK 15:3[3] i.f.) muodostaisivat esteellisyysperusteen pesänhoitajan tehtävään.

KS 50 § määrittelee väliaikaisen uskotun mihen tehtävään kelpoiseksi »soveliaan miehen». KS 51 ja 62 § muodostavat perustan uskotun miehen ja toimitsijamiehen määräyksille. Ne eivät sisällä kelpoisuusmääritelmää. Etusijalle on asetettu velkoja. KS 62 §:n mukaan velkoja ei voi kieltäytyä tehtävästä ilman »otollista syytä» taikka luopumatta konkurssivelkojan asemasta. KS 52 § mahdollistaa pesänhoitajan poistamisen tehtävästä, jos hänet katsotaan siihen kykenemättömäksi tai muutoin sopimattomaksi sekä jos velkojien etu tai muut painavat syyt sitä vaativat. Velkojien intressi on siten määräävänä pesänhoitajan sopivuutta harkittaessa. Uskotun miehen ja toimitsijamiehen valinnassa velkojien tahdolla onkin keskeinen merkitys. Korostetuimmillaan se on toimitsijamiehen valinnassa. Käytännössä tuomioistuin voi määrätä useampia pesänhoitajia. Periaatteessa tehtävä heidän keskensä voidaan jakaa, mutta sellaista tapahtuu erittäin harvoin.

Eräiden kirjallisuudessa esitettyjen kannanottojen mukaan velallisen määrääminen väliaikaiseksi uskotuksi mieheksi, ei kuitenkaan uskotuksi mieheksi tai toimitsijamieheksi, olisi mahdollista. Tästä huolimatta käytännön vallitseva käsitys lienee, että velallisen määräämistä tuohonkaan tehtävään ei pidetä mahdollisena.[20] Painavan perusteen kielteisen kannan puolesta muodostaa jo se, että OK 15:2:n mukaan oikeudenkäyntiasiamiehen yleisiin kelpoisuusehtoihin kuuluu, että asiamies ei ole holhouksenalainen eikä konkurssitilassa. Väliaikaisen uskotun miehen tehtävänä on erityisesti omaisuuden haltuunotto ja pesäluettelon laatiminen, mutta nykyisen käytännön mukaan myös eräiden oikeudellisten ratkaisujen tekeminen (esim. työsuhteet).[21] Hän voi myös joutua edustamaan konkurssipesää oikeudenkäynnissä. Jos velallisen sallittaisiin asettua väliaikaisenkaan uskotun miehen asemaan, vaarantuisivat konkurssipesän intressit vakavasti.

Lakiin perustuvalle esteellisyydelle saattaa löytyä jotain johtoa OK 15:3:sta sekä RL 38:2[1] ja 3:sta. OK 15:3[3]:n[22] määärittelemän oikeuden-

[20] *Halila,* mt. s. 112 ja *Granfelt,* mt. s. 85. Vrt. *Kivikari — Soini,* mt. s. 65; *Ovaska,* mt. s. 39, 66 ja 94; Kom.miet. 1978:37 s. 148 sekä Ruotsin, Norjan ja Tanskan lakien suhteen s. 189 ss. Norjassa laki sisältää yksityiskohtaisia kelpoisuusehtoja, joiden mukaan mm. velallisen lähisukulaisuus muodostaa esteen. Lähisukulaisuus velalliseen muodostaa esteen myös Tanskassa. Ks. Kom.miet. 1978:37 s. 235 ja 258.

[21] Kom.miet. 1978:37 s. 149. *Eero Lyytikäinen,* Eräitä työoikeudellisia kysymyksiä konkurssissa, LKJ n:o 26, s. 51 ss.

[22] *Tirkkonen,* Rik.pros. I, Porvoo 1969 s. 320 ss. ja Siv.pros. I, Porvoo 1974, s. 324 ss.

käyntiasiamiehen esteellisyyden merkitys, sikäli kuin se koskee asiamiehen aikaisempaa toimimista samassa »asiassa» vastapuolen asiamiehenä tai avustajana, on konkurssitilanteissa epäselvä. Tämä johtuu siitä, että käsitteellisesti sana »asia» on ulottuvuudeltaan epäselvä. Sitä on vaikea soveltaa tilanteeseen, jossa asiamies toimittuaan jonkun velallis- tai velkojatahon intressin valvojana tulee määrätyksi pesänhoitajaksi. On näet ilmeistä, että kysymyksessä on kaksi eri »asiaa». — Ns. prevarikation kriminalisointi (RL 38:2[1]) saattaa tulla sovellettavaksi vain rikostunnusmerkistön konkreettisesti täyttyessä. Säännös voinee vain harvoin muodostaa esteen pesänhoitajan tehtävään.[23] Nähdäkseni juuri todettu soveltuu myös vaitiolovelvollisuuden rikkomiseen (RL 38:3).[24]

Lakiin perustuva konkurssipesän hoitajan esteellisyyden ratkaiseminen nojautuu siis varsin niukkoihin ja epäselviin sääntöihin. Käytännössä tuomioistuimen ja velkojien muodostama kontrolli estänee räikeimpien intressiristiriitojen konkretisoitumisen. On kuitenkin todennäköistä, että vain konkreettisessa tai etukäteen varsin ilmeisessä, dominoivassa intressiristiriitatilanteessa esteellisyysnäkemys pääsee vaikuttamaan. Kontrolli on kuitenkin pääasiallisesti tosiasiallista ilman selviä oikeudellisia premissejä.

Laki ei aseta ainakaan velallishakuisessa konkurssissa estettä velallisen asiamiehen määräämiselle väliaikaiseksi uskotuksi mieheksi. Muodollista estettä siihen ei näytä olevan velkojahakuisessakaan konkurssissa. Velallinen tai velallisyhtiön laillinen edustaja eivät kuitenkaan tule pesänhoitajina kysymykseen. Esim. osakeyhtiön konkurssissa hallitus ja toimitusjohtaja joutuvat toimimaan yhtiön edustajina konkurssitilan aikana (OYL 13:19). Velallisen asiamiehen osalta kysymys on kriittinen. Käytännössä velallisen asiamiehenä toiminut henkilö voidaan valita pesänhoitajaksi samoin kuin konkurssivelallisen lähisukulainen. Velkoja tai velkojan asiamies voidaan valita pesänhoitajaksi. KS 51 § suosittaa velkojan valitsemista tehtävään, vaikka valinta samalla merkitsee tosiasillisesti varsin itsenäisen ja velkojien usein varsin heikosti kontrolloiman tehtävän hoitamista yhden tai useamman velkojan intressiin sitoutuneena.[25]

Lakiin perustuva ratkaisumalli suosittaa siten sellaista pesänhoitajaa, joka ei voi olla täysin puolueeton. Se näyttää sallivan konkreetti-

---

[23] *Sundström* (Salmiala), Hiukan n.k. prevarikatiosta eli rangaistavasta vastapuolen suosimisesta, DL 1920 s. 70 ss. ja *Honkasalo,* Suomen rikosoikeus erit. osa I.2., Hämeenlinna 1964, s. 214 ss.

[24] *Honkasalo,* Suomen Rikosoikeus erit. osa II, Hämeenlinna 1960, s. 117 ss.

[25] Kom.miet. 1978:37 s. 146 ja 375.

setkin ristiriidat pesänhoitajan velvollisuuksien ja pesänhoitajalla velkojana tai pesänhoitajan päämiehellä olevan intressin välillä. Erityisen selvältä näyttää se, että pesänhoitajaa valittaessa ei sellainen mahdollisuus, että tulevaisuudessa ehkä syntyisi konkreettinen intressiristiriita pesänhoitajan velvollisuuksien ja tämän päämiehen intressien välille, vaikuta välttämättä asiaan. Estettä ei näytä olevan esim. sille, että konkurssivelallisen pitkäaikainen lainopillinen tai taloudellinen neuvonantaja taikka sen hallintoon osallistunut henkilö määrättäisiin pesänhoitajaksi.

2) Tapaohjeisiin perustuva esteellisyys

Asianajajaeettinen esteellisyyssäännöstö on ankarampi kuin lakisääteinen. Asianajaja on tietenkin velvollinen noudattamaan ainakin lain minimivaatimuksia, jotka määräävät myös asianajajaetiikan minimin.[26] Asianajaja joutuu tekemään esteellisyysratkaisun kahden luottamussuhteen välillä riittävää turvallisuusmarginaalia noudattaen in abstracto, ottaen esteenä huomioon eturistiriidan tai luottamussuhteen vaarantumisen riittävän mahdollisuudenkin, vaikka sellainen ei olisi vielä konkretisoitunutkaan.[27] Tämä tavanomaisia toimeksiantotilanteita varten luotu säännöstö on käytännössä ulotettu mm. pesänjakajan tehtävään, vaikka siinäkään ei ole kysymys luottamussuhteesta.[28]

Tapaohjeista johtuu, että asianajaja ei saisi ryhtyä konkurssipesän pesänhoitajaksi, jos tehtävä vaarantaisi aikaisemman vaitiolovelvollisuuden, johtaisi ilmeiseen intressikofliktiin aikaisemman päämiehen kanssa taikka muodostaisi haitallisen sivuvaikutteen aikaisemmalle toimeksiannolle. Aikaisempi luottamussuhde ei saisi liioin vaarantaa pesänhoitajan velvollisuuksien täyttämistä. Periaate on selvä, mutta sen soveltaminen ongelmallista.

Näyttää siltä, että konkurssitilanteissa käytännölliset syyt, konkurssivelkojien lukuisuus, epätietoisuus intressikonfliktien syntymisestä sekä toisaalta niiden syntymismahdollisuuksien suuri todennäköisyys, ovat myös asianajajaeettisesti johtaneet siihen käytännölliseen tulokseen, että ratkaisuja pesänhoitajan esteellisyydestä ei voida tehdä in abstracto tulevaisuuden mahdollisuuksien perusteella, vaan in concreto jo tiedossa olevien intressikonfliktien perusteella.[29] Näyttää siltä, että

[26] Ks. näkökohdan merkityksestä totuusvelvollisuuteen: *Peltonen,* Asianajajan ammatillinen bona fides, s. 60.

[27] *Peltonen,* Eräitä esteellisyystilanteita s. 93 ja *Salmiala,* DL 1955 s. 370.

[28] Riippumattomuusvaatimus perustuu pesänjakajan kohdalla hänen objektiivisuusvelvollisuuteensa. Ks. *Peltonen,* Eräitä esteellisyystilanteita, s. 101.

[29] *Wiklund,* mt. s. 195 ja 211 ss.

vain ratkaisuajankohtana käsillä oleva, riittävän merkitsevä konkreettinen eturistiriitaperuste taikka riittävän intensiivinen intressikonfliktia enteilevä tieto voisi konkurssitilanteissa muodostaa esteen asianajajan pesänhoitajaksi määräämiselle. Tämä vaakakupin kallistuminen in abstracto -ratkaisusta konkreettisen intressiristiriidan suuntaan näyttää olevan tunnusomaista ristiriitojen täyttämälle konkurssitilanteelle verrattaessa sitä tavanomaisiin eturistiriitatilanteisiin. Edellä juuri todettu johtunee myös vanhentuneen konkurssisäännön ylläpitämästä järjestelmästä suosittaa velkojaa ja sen myötä velkojan asiamiestä pesänhoitajaksi. Vasta jos koko järjestelmä muutettaisiin, olisi ajateltavissa pesänhoitajien asianajajaeettisenkin esteellisyyden kiristäminen vastaavasti.

Huolimatta siitä, että tapaohjeiden esteellisyyssäännöt joutuvat ehkä joustamaan konkurssitilanteissa pesänhoitajan tehtäviin määrättäessä, muodostavat tapaohjeiden esteettömyysvaatimukset tiukennuksen siihen, minkä laki sallii. Muut kuin asianajajat eivät ole sidottuja tapaohjeisiin.[30]

Tarkastelen seuraavassa eräiden toimeksiantojen ja tehtävien esteellisyysmerkitystä *asianajajan* kannalta.

Mikäli *konkurssivelallinen* (tai sen edustaja) on antanut asianajajalle toimeksiannon, riippuu toimeksiannon laadusta, muodostaako se esteen pesänhoitajan tehtävään.[31] Näyttää siltä, että vaikka yleispätevää sääntöä ei olekaan asetettavissa, niin pääsääntöisesti toimeksiantosuhde velalliseen muodostaisi esteen, ellei erityisistä syistä muuta johdu.[32] Ratkaisu olisi tehtävä tapauksittain in casu etsimällä eturistirii-

[30] Ks. L yleisestä oikeusaputoiminnasta 10 § 2 mom.

[31] Ruotsissa *Welamson* sulkee lain tulkinnalla velallisen pois pesänhoitajan asemasta, muttei velallisen lähisukulaisia. Ks. Konkursrätt s. 173. *Wiklund* ei katso velalliselta toimeksiannon saanutta asianajajaa ehdottomasti esteelliseksi. Ks. mt. s. 105, 195 ja 211 ss. Ruotsin käytäntöön viitataan jäljempänä siksi, että Ruotsin ja Suomen tapaohjeet ovat varsin samanlaiset ja konkurssimenettelykin samankaltaista. On kuitenkin muistettava, että Ruotsissa luovuttiin »rättens ombudsman»-järjestelmästä vuoden 1979 lainmuutoksella. Ks. *Ovaska,* mt. s. 161. Oikeuden asiamiehen asemaa arvosteltiin kurinpidollisesti ankarammin kuin konkurssipesänhoitajan asemaa. — Tanskassa ei lakiin sisälly tarkempia pesänhoitajan kelpoisuusehtoja. Ks. *Pedersen,* mt. s. 129 ss., jossa viitataan Ruotsin käytäntöön. — Norjassa on lakisääteisiä vaatimuksia, joiden suhteen ks. *Halvorsen,* mt. s. 124. Norjassa konkurssilain 14 § määrää, että asianajaja, joka on toiminut 2 viimeisen vuoden aikana ennen konkurssia velallisen pysyvänä oikeudellisena neuvonantajana, ei saa toimia pesänhoitajana. — Ks. myös *Ovaska,* mt. s. 159 ss., jossa selostetaan muiden Pohjoismaiden konkurssilakeja. — Yhdysvalloissa tulkitaan eettisiä sääntöjä siten, että edes velkoja tai hänen asianajajansa eivät voi toimia konkurssipesän edustajina. Ks. *Wise,* mt. s. 257 ja 259.

[32] Perusteluna tällaiselle säännölle voidaan esittää, että pesänhoitajaksi ryhtyminen vaarantaisi velallisen edun valvomisen; velallinen itse olisi esteellinen; asiamiehen identifioiminen päämieheen on ainakin tietyin edellytyksin perusteltua. Ks. myös *Kivikari — Soini,* mt. s. 65.

dan tunnusmerkkejä ja punnitsemalla, olisiko intressikonflikti riittävän intensiivinen muodostamaan pidäkkeen tehtävään asettautumiselle.[33] — Mikäli toimeksianto on koskenut konkurssin kannalta relevanttia rikosasiaa syytetyn avustajana, on käsillä ilmeinen vaara, että avustajan ehdoton vaitiolo- ja lojaalisuusvelvollisuus vaarantuisivat. Toimeksianto muodostaisi siis esteen.[34] Jos kysymys olisi konkurssipesän edun kannalta merkityksellisestä siviilijutusta, jossa velallisen etu on ristiriidassa velkojien edun kanssa, muodostaisi toimeksianto esteen, koska pesänhoitotehtävä vaarantaisi vaitiolo- ja lojaalisuuvelvollisuuden. Jos kysymys on ollut riitaisesta konkurssiinasettamisprosessista, jossa velkoja on hakijana, on käsillä ilmeisen perustavaa laatua oleva eturistiriita konkurssipesän kanssa, joten sekin muodostaisi pääsääntöisesti esteen velallisen asianajajan ryhtymiselle pesänhoitajaksi, myös väliaikaiseksi uskotuksi mieheksi.[35] Jos kysymys on velallishakuisesta konkurssista, tilanne on toinen. Estettä asianajajan asettautumiselle väliaikaiseksi uskotuksi mieheksi ei pääsääntöisesti liene silloin olemassa. Jos toimeksianto on kuitenkin koskenut kriittisten oikeustoimien tekemistä tai taloudellisten neuvojen antamista, jotka ovat merkityksellisiä konkurssipesän varallisuusaseman kannalta, on käsillä peruste pidättäytyä pesänhoitajan tehtävistä etenkin uskottuna miehenä ja toimitsijamiehenä.[36]

Toimeksianto on saattanut koskea vain velallisen konkurssihakemuksen hoitamista. Sellaisen toimenpiteen ei voitane katsoa muodostavan riittävää estettä ilman erityisiä vastasyitä uskotun miehen tai toimitsijamiehenkään tehtävälle. Pesänhoitajaksi asettautuminen estäisi kuitenkin velallisen avustamisen tehtävän aikana.[37] Jos kysymys olisi velallisen edustajan edun valvomisesta tämän ollessa huomattava kon-

[33] *Salmiala*, DL 1955 s. 370. Ongelma on quaestio facti muulloinkin kuin konkurssitilanteissa.

[34] Ks. *Welamson*, Konkursrätt s. 173 ja Konkurs s. 52. Niissä selostetaan erästä hovioikeuden ratkaisua, jonka mukaan asianajaja, joka oli konkurssiinasettamispäätöksen antohetkellä määrätty velallisen avustajaksi rikosasiassa, ei ollut kelpoinen konkurssipesän hoitajaksi. Ks. myös *Wiklund*, mt. s. 195, TSA 1958 s. 151 (4:IV), jonka mukaan em. tapauksesta oli annettu myös kurinpidollinen seuraamus.

[35] Ks. *Hiidensalo*, emk. s. 13—14, jossa kiinnitetään huomiota tämän eturistiriidan intensiteettiin. Ks. myös *Antti Riihimäki*, Konkurssivelallisen asemasta, LKJ n:o 8, s. 32 ss.

[36] Ks. edellä av. 31 Norjan osalta lausuttua. Ks. myös *Wiklund*, mt. s. 211—213, jossa on selostettuna eräitä tämänsuuntaisia kurinpitotapauksia.

[37] Ks. *Ylöstalo*, DL 1974 s. 503 av. 1. Siinä mainitussa oikeustapauksessa katsoi Itä-Suomen HO päätöksellään 14. 2. 1966 asianajajan, joka oli konkurssipesän toimitsijamies, esteelliseksi toimimaan erään henkilön avustajana, joka oli tehnyt rikoksen pesää vastaan. Konkurssioikeudenkäynnissä on pesänhoitaja konkurssivelallisen tai sen edustajan vastapuolen edustaja.

kurssivelkoja, puoltaisi päämiehen velkoja-asema asianajajan ryhtymistä pesänhoitajaksi. Tällöinkään hän ei saisi sivuuttaa muita edellä mainittuja esteellisyysperusteita. Jos joku niistä olisi olemassa, olisi hänen kieltäydyttävä tehtävästä.

Jos kysymys olisi selvitystilassa olevan osakeyhtiön tai kuolinpesän konkurssista ja asianajaja olisi toiminut niissä selvitysmiehenä tai pesänselvittäjänä, olisi ratkaisussa otettava huomioon aikaisempaan tehtävään liittyvät velvollisuudet sekä suoritettujen toimenpiteiden luonne. OYL 13:19 mukaan selvitysmies edustaa osakeyhtiötä sen konkurssitilan aikana. Selvitysmiehen tehtävä muodostaa siten esteen pesänhoitajaksi ryhtymiselle.[38] Sen sijaan toimiminen pesänselvittäjänä ei johda kuolinpesän edustamiseen sen konkurssin aikana, kun tehtävä raukeaa konkurssin alkaessa (PK 19:8), eikä siten muodosta estettä pesänhoitajaksi ryhtymiselle. Jos asianajaja on pesänselvittäjänä suorittanut kriittisiä toimenpiteitä, tulisi hänen tehtävästä pidättäytyä.[39] Pesänhoitajan tulisi näet voida sivuvaikutteista vapaana arvostella oikeudellisesti noita kriittisyyksiä. Tämä näkökohta vaikuttaa laajemminkin edellä mainituissa tilanteissa.

Toimeksiannot *konkurssivelkojalta* saattavat olla monenlaisia. Myös niiden kohdalla joudutaan samanlaiseen kriittiseen arvosteluun kuin velallistoimeksiannonkin kohdalla. On ilmeistä, että velkojan toimeksianto pääsääntöisesti ei muodostaisi estettä pesänhoitajaksi ryhtymiselle, ellei erityisistä syistä muuta johdu. Vakiintuneen käytännön mukaan velkojan edustaminen konkurssioikeudenkäynnissä ei yleensä muodosta estettä pesänhoitajan määräykselle, eikä määräys yleensä estä jatkamasta päämiesvelkojan edun valvomista edelleenkin. Tämä koskee myös konkurssivalvonnan hoitamista.[40] Pesänhoitajatehtävän oikeudellinen luonnehan on pääasiassa painottunut velkojien intressiä suosivaksi. — Jos asianajaja hoitaa velkojan asiamiehenä sellaista oikeudenkäyntiä, johon konkurssipesä velallisen asialegitimation sille siirryttyä osallistuu vastapuolena, muodostaa tuo riitajuttu pääsääntöisesti ilmeisen esteen pesänhoitajaksi ryhtymiselle. Este on olemassa varsinkin silloin, jos kysymys on pesän kannalta oleellisesta taloudel-

[38] *Wiklund*, mt. s. 195.

[39] *Wiklund*, mt. s. 212—213.

[40] Kom.miet. 1978:37 s. 146—147. *Wiklund*, mt. s. 195. Suomessa pesänhoitaja ei voi itse riitauttaa valvontaa. Hän voi tehdä sen velkojan asiamiehenä. Eturistiriita aineellistuu viimeistään vahvistuskanneprosessissa. Ks. myös KKO 1926 I 13. Velkoja oli valvonut yli puolet valvotuista saatavista ja hänet oli valittu ainoaksi toimitsijamieheksi. Kun hänen sopivuuttaan tehtävään ei oltu saatettu kyseenalaiseksi, RO:lta katsottiin puuttuneen laillinen syy määrätä hänen lisäkseen toiseksi toimitsijamieheksi muiden velkojien ehdottama henkilö.

lisesta intressistä. Käsillä olisi konkreettinen eturistiriita ja luottamussuhde aikaisempaan päämieheen vaarantuisi. Asianajaja ei voisi edustaa samassa prosessissa kantajaa ja vastaajaa.[41] Myös pesän intressin valvominen vaarantuisi. Useamman pesänhoitajan tapauksessa jäisi ratkaisu sen varaan, mikä merkitys tehtävällä olisi vaitiolovelvollisuuden vaarantumisen kannalta.

Vaikka velkojan asiamies voisi pesänhoitajana suorittaa konkurssivalvonnan tai useitakin, tulisi hänen ottaa huomioon se, onko suoritettu valvonta asianmukainen vai riitainen. Jos valvonnan suorittamisen jälkeen kysymykseen tulisi toimitsijamieheksi asettautuminen, olisi tehtävästä pidättäydyttävä ainakin, jos riitautusprosessi olisi ilmeinen ja oleellinen. Toimitsijamieshän edustaisi pesää riitautetun saatavan vahvistamista koskevassa jutussa.[42]

Mikäli asianajajalla on päämiehenään velkoja, joka ilmeisesti joutuisi vastaajaksi takaisinsaantikanteeseen,[43] olisi asianajajan pääsääntöisesti pidättäydyttävä pesänhoitajan tehtävästä. Hän olisi velvollinen suojaamaan aikaisempaa luottamussuhdetta ja estämään pesänhoitajan velvollisuuksien ristiriidan päämiehen edun kanssa.

Jos kysymys olisi *tertiuksesta,*[44] olisi hänen asianajajaansa soveltuvin osin noudatettava edellä mainittuja sääntöjä. Tällaisia tilanteita voisivat aiheuttaa mm. velkomukset, omistusoikeusriidat, korvausvastuuriidat ja takaisinsaantikanteet.

Edellä määritellyt tulkinnat ovat osittain perusteiltaan epäselviä ja lopputuloksiltaan epävarmoja. Niiden tarkoituksena on lähinnä muodostaa jonkinlainen lähtökohta teeman edelleen kehittelylle.

Asianajajan esteellisyys pesänhoitajana

Tultuaan määrätyksi pesänhoitajaksi voi asianajaja joutua eturistiriitaan pesänhoitajan velvollisuuksien ja aikaisemman päämiehensä intressien välillä. On ilmeistä, että pesänhoitajan tehtävään asettautuminen ei saisi rikkoa aikaisempaa luottamussuhdetta ja lojaalisuutta vastaan. Näyttää ilmeiseltä, että asianajaja ei voisi pesänhoitajana ryh-

---

[41] KKO 1959 II 35. Ks. sen johdosta *Ylöstalo,* DL 1974 s. 503 ja *Palmgren,* emk. s. 260 ss.

[42] *Halila,* mt. s. 51 ss. ja *Wiklund,* mt. s. 105.

[43] Ks. KKO 1937 II 15. Uskotuksi mieheksi määrättiin vähemmistön ehdottama henkilö, kun enemmistössä olleet velkojat olivat saaneet ennen konkurssin alkua velalliselta omaisuutta ja kieltäytyneet luovuttamasta sitä konkurssipesään. Ks. myös *Halila,* mt. s. 96 ss. ja *Pertti Tauvo,* Takaisinsaanneista, LKJ n:o 8, s. 54 ss.

[44] *Tauvo,* Sivullisen asema konkurssissa ja ulosotossa, LKJ n:o 26, s. 141 ss.

työ sellaisiin toimiin aikaisempaa asiakastaan vastaan, jotka saattaisivat luottamussuhteesta johtuvat velvollisuudet vaaranalaisiksi. Asianajaja ei saisi pesänhoitajana käyttää päämiestään vastaan tältä saamiaan luottamuksellisia tietoja eikä syyllistyä päämiehen edun vastaiseen toimintaan (arg. TO 18 § sekä RL 38:2[1] ja 3). Konfliktin syntyessä ei asianajaja voisi pesänhoitajana edustaa pesää päämiestään vastaan eikä päämiestään pesää vastaan ainakaan niin kauan kuin on pesänhoitajana. Jos asianajaja luopuisi pesänhoitajan tehtävästä, voisi hän käsitykseni mukaan ainakin tietyin edellytyksin edustaa alkuperäistä päämiestään konkurssipesää vastaan.[45] Hänen velvollisuutensa toimia erillisvarallisuuden hyväksi olisi näet lakannut, eikä pesänhoitajan tehtävä, kun se ei perusta täysipainoista luottamussuhdetta, aiheuta vaitiolovelvollisuutta tehtävän päättymisen jälkeen. Tästä kaikesta johtuu, että asianajajan tulisi ennen pesänhoitajaksi asettautumista riittävän huolellisesti varmistautua siitä, ettei intressikonflikteja päämiehen ja konkurssipesän välille tulisi syntymään.

Jos tällainen konflikti syntyisi asianajajan ollessa ainoana toimitsijamiehenä, jäisi ainoaksi mahdollisuudeksi se, että asianajaja luopuisi pesänhoitajan asemasta ja hänen sijaansa määrättäisiin esteetön henkilö.[46] Jos toimitsijamiehiä olisi useita, voisi kukin heistä toimia erikseen pesän edustajana oikeudenkäynnissä, millä asiantila voitaisiin käytännön tasolla hoitaa. Luopumiseen pesänhoitajan asemasta saattaisi tällöinkin olla aihetta, etenkin jos asianajajan itsensä konkurssia edeltäneet toimet olisivat arvostelun kohteena. Luopumisperuste olisi silloin myös oman edun ristiriita pesänhoitajan velvollisuuksien kanssa.

Tultuaan valituksi pesänhoitajaksi asianajaja ei saisi ottaa vastaan sellaista uutta toimeksiantoa, joka muodostaisi ristiriidan hänen pesänhoitajan velvollisuuksiensa kanssa. Esteen sille muodostaa pesänhoitajan (uskollisuus)velvollisuus erillisvarallisuutta kohtaan, vaikka kysymys ei olisikaan täysipainoisesta luottamussuhteesta. Asettaisin tässä kohden uuden toimeksiannon esteellisyyssäännön samalle tasolle kuin TO 12 ja 13 § sen asettavat. Uusi toimeksianto ei saa muodostaa vaaraa velvollisuudelle toimia pesänhoitajan tehtävässä sivuvaikutteista vapaana. Perusteena olisi myös se, että pesänhoitajan tehtävä muodostaisi kääntäen riippumattomuuden vaaran myös uudelle toimeksiannolle. Konkurssivalvontojen hoitaminen olisi pesänhoitajalle mahdollista, mutta niiden tulisi olla perusteiltaan ilmeisen oikeita.[47]

[45] *Peltonen,* Eräitä esteellisyystilanteita, s. 104.

[46] Ks 52 §. KKO 1932 I 4 mukaan pesänhoitajat voivat edustaa konkurssipesää oikeudenkäynnissä yksinään, vaikka tehtävää ei ole jaettu. Ks. sen johdosta *Palmgren,* emk. s. 260 ss.

[47] *Wiklund* tähdentää valvontojen oikeellisuutta, mt. s. 105.

Useiden konkurssivalvontojen hoitaminen

Kysymys siitä, voiko asianajaja suorittaa samassa konkurssissa useiden velkojien puolesta valvonnan, on vakiintuneesti ratkaistu myönteisesti.[48] Käsitykseni mukaan asianajajan tulisi kuitenkin ottaa huomioon se, että niiden päämiesten välillä, joiden valvonnoista on kysymys, ei saisi vallita ilmeistä eturistiriitaa. Jos sellaisen mahdollisuus olisi riittävän intensiivisenä olemassa, tulisi myöhempi ristiriitainen toimeksianto torjua. Ristiriita estäisi päämiesten edun valvomisen esiinhuudoissa ja mahdollisissa riitautusta koskevissa prosesseissa. On selvää, että asianajaja ei saa edustaa riitautusväitteen tekemisessä valvontapäämiehensä vastapuolta eli riitauttaa suorittamaansa valvontaa. Jos sellainen tilanne ilmaantuisi, olisi asianajaja velvollinen luopumaan kaikista niistä toimeksiannoista, jotka kytkeytyvät tuohon eturistiriitaan. Konkurssivalvonnan hoitaminen ulottaa vaikutuksensa esteellisyyteen valvontojen riitautusprosesseissa samalla tavalla kuin esiinhuudoissakin, koska kysymys on OK 15:3[3] i.f:n tarkoittamasta samasta asiasta ja TO 13 §:n soveltaminen on ilmeisen selvä.

Yhteenveto

Se tosiasia, että konkurssitilanteissa intressiasetelmat ovat vaikeaselkoiset ja monikerroksiset, ei saisi aiheuttaa oleellista asianajajaeettisten esteellisyyssääntöjen noudattamisen löystymistä. Nykyisen konkurssisäännön voimassa ollessa näyttää tietynasteinen joustaminen TO 12—15 §:stä perustellulta pesänhoitajan asemaan liittyvissä tilanteissa. Mutta vain niihin liittyen ja silloinkin siten, että esteellisyysperusteiden täysipainoinen merkitys astuisi voimaan heti konkreettisen eturistiriidan ilmaantuessa. Pesänhoitajan tehtävän vastaanottaminen ei saa johtaa aikaisemman luottamussuhteen konkreettiseen vaarantumisee missään olosuhteissa. Ratkaisun olisi tapahduttava luopumisella pesänhoitajan asemasta, koska se ei ole täysipainoinen luottamussuhde, kuten varsinaiset perinteiset asianajotoimeksiannot ovat. Jos useampia pesänhoitajia olisi määrätty, olisi asianajajan joka tapauksessa pidättäydyttävä ryhtymästä itse toimenpiteisiin omaa päämiestään vastaan. Samalla olisi pidettävä kuitenkin huoli siitä, että riippumaton pesänhoitaja voisi valvoa kokurssipesän intressin täysipainoisesti.

Mikäli pesänhoitajan kelpoisuusehtojen sääntely konkurssimenet-

[48] *Wiklund*, mt. s. 105.

telyn kokonaisuudistuksen myötä ankaroituisi, olisi ilmeistä, että tapaohjeisiin perustuvat esteellisyysratkaisut tulisivat vastaavasti tiukentumaan.[49] Asianajajan ammattieettiset esteellisyyssäännöt ovat konkurssitilanteissa pesänhoitajan tehtävien ulkopuolella ainakin pääsääntöisesti täysipainoisesti voimassa nykyisenkin konkurssisäännön aikana.

---

[49] Kom.miet. 1978:37 s. 363 antaa viitteitä tähän suuntaan. Kelpoisuusehtojen ankaroituminen johtuisi mietinnön mukaisesta tavoitteesta siirtää ratkaisuvaltaa velkojainkokoukselta pesänhoitajille, jolloin näiden objektiivisuusvelvollisuus samalla korostuisi. Sentähden pesänhoitajien tulisi olla puolueettomia. Mietintöön ei liity konkurssisäännön muutosehdotusta. Suhtautuminen esteellisyyteen lainsäädännössä on muutoinkin korostunut. Ks. mm. hallintomenettelylain (6. 1. 1982/598) 10 ja 11 § sekä Ehdotus hallintomenettelylaiksi, OikMin lainvalm.os. julkaisu 1/1979, s. 90 ss.

Göran Portin

Tidpunkten för beräknandet av skadeståndets belopp

I. Från den tidpunkt då en skadeförorsakande händelse inträffat förflyter det en kortare eller längre tid tills saken slutligt reglerats genom utbetalande av ersättningsbeloppet till den skadelidande. Under denna tid kan skadan, främst den skadade egendomens värde undergå förändringar. Under långa tider har vi haft en kraftig inflation och under sådana förhållanden är det i den skadeståndsskyldiges intresse att betala enligt möjligast tidiga tidpunkt och i den skadeståndsberättigades intresse att få betalt enligt möjligast sena tidpunkt. Prisfluktuationer av mera invecklat slag har dock alltid förekommit och under senare tid, då inflationstakten varit låg, har vi fått se hur världsmarknadsprisen på ädla metaller och råvaror, främst råolja, åkt berg- och dalbana och hur dessa fluktuationer gett utslag även i privatekonomin. I en sådan situation är parternas intressen inte lika entydiga som vid fortgående inflation, utan det kan, om tvisten avgöres i en utdragen rättegång, i värsta fall bli något av rysk rulett över valet av yrkanden och bestridanden. Kvar står dock det juridiska problemet att bestämma värderingstidpunkten. Problemet är civilrättsligt, men det har även en nära anknytning till proceduren. Om fastställandet av skadeståndet går snabbt genom förefintliga försäkringar eller ett ändamålsenligt rättegångsförfarande förkortas tiden från skadevållande till betalning och problemet uppkommer sällan. Helt försvinner det dock inte, t.ex. vid sådana fall då skadan framträder eller upptäcks först senare, och invecklade tvistiga fall kan aldrig lösas i en handvändning.

II. Skadeståndslagen 31. 5. 1974 innehåller i 5 kap. stadganden under rubriken »Skada som skall ersättas». Något stadgande som direkt skulle beröra tidpunkten för värdebestämningen ingår inte i kapitlet. Sådana stadganden ingick inte heller i det vid skadeståndslagens ikraftträdande upphävda 9 kap. strafflagen om skadestånd på grund av brott.

Lagen 12. 5. 1933 om försäkringsavtal har i 37 § 1 mom. ett stadgande, att värdet av gods som skadats eller förstörts anses motsvara

vad det omedelbart före försäkringsfallet skulle ha kostat som nytt med avdrag för värdeminskning på grund av ålder och användning.

Inom jordlagstiftningen finns vissa stadganden om värderingstidpunkten. Enligt lagen 29. 7. 1977 om inlösen av fast egendom och särskilda rättigheter 44 § 2 mom. skall ersättningen för inlöst egendom som huvudregel bestämmas enligt värdet vid tidpunkten för avkunnandet av inlösningsbeslutet. Värderingen skall ofta låsas vid planerings- eller inlösningsläget vid en tidigare tidpunkt, men enligt bl.a. 30 § 3 mom. och 31 § 2 mom. skall dock förändringar i den allmänna prisnivån beaktas fram till inlösningsförrättningens avslutande. Även vid fastställandet av ersättningar enligt lagen 21. 5. 1954 om allmänna vägar 9 kap. är huvudregeln, att värdet bestämmas enligt prisläget vid förrättningens avslutande.

III. I den juridiska litteraturen har frågan behandlats ett flertal gånger, vanligen rätt kortfattat och ibland ur särskild synvinkel.[1] Vanlingen har man mot en straffrättslig bakgrund tagit den brottsliga handligen som utgångspunkt eller m.a.o. den tidpunkt då skadan inträffat, men stannat för att tidpunkten för dom i skadeståndsmålet är huvudregel. Från denna huvudregel har man varit villig att göra undantag. Åsikterna varierar dock. Sålunda menar *Wilhelmsson*[2] att undantag från tiden för domslutet kunde göras endast genom jämkning av skadeståndet med stöd av 2 kap. 1 § 2 mom. skadeståndslagen. *Routamo — Hoppu* å sin sida pläderar för att utgångspunkten är värdet då skadan inträffar och till ett sålunda konstaterat belopp kunde man lägga i 5 kap. 5 § skadeståndslagen nämnda »andra omkostnader» — alltså utöver värdeminskning och minskning i inkomst eller uppehälle.

Utgångspunkten för samtliga författare har varit principen om full ersättning. Den skadelidande skall bli ekonomiskt ställd så som om ingen skada skett. Resonemangen har, ingalunda orealistiskt förts utgående från ett läge med kraftig inflation. När man beaktat nominalismen, dvs. principen att en mark är en mark har rättsläget ofta upplevts som en konflikt mellan principen om full ersättning och den nominalistiska principen. Principen om full ersättning ligger på ett rätt abstrakt plan. Den kan därför visserligen ange en riktning för resonemanget och

---

[1] Se *Björn Nybergh,* Värdeförändring och skadeståndsberäkning i brottmål, JFT 1956 s. 139 ff. och därtill ansluten diskussion i Juridiska föreningen, JFT 1957 s. 296 f., *Kivimäki,* Mikä ajankohta on pantava omaisuusvahingon arvioimisen pohjaksi?, JFT 1962 s. 141 ff., *Saxén,* Skadeståndsrätt, Åbo 1975, s. 280 och Tillägg till Skadeståndsrätt, Åbo 1983, s. 438 f., *Wilhelmsson,* Skall inflationen beaktas vid skadeståndsberäkningen?, JFT 1975, s. 150 ff., *Routamo — Hoppu,* Suomen vahingonkorvausoikeus, Vaasa 1977, s. 274 ff.

[2] A.a.s. 158

en trend för lösningarna, men man kan inte från principen som sådan sluta sig till lösningen av enskilda fall. För det ändamålet måste man välja mellan olika alternativa lösningar som alla i och för sig kunde anses motsvara principen om full ersättning.

IV. I detta sammanhang skall inte behandlas förutsättningarna för att skadeståndsskyldighet inträder. Det är tillfyllest att konstatera, att den vanligaste grunden är vårdslöshet, culpa, på skadeförorsakarens sida, dvs. hans beteende avviker från normalt godtagbart handlande i ifrågavarande situation. Ifall skadeståndsskyldighet inträder utan culpa, dvs. ansvaret är strikt, anslutar det sig i regel till näringsverksamhet som skadeförorsakaren utövar. I vartdera fallet är anknytningen nära till den skadeförorsakande handlingen eller underlåtelsen och i sistnämnda fall t.o.m. till en tidigare tidpunkt. Då man inte kan räkna med anteciperade skador är den tidigaste tänkbara värdetidpunkten den skadeförorsakande handlingen. Skadan uppkommer inte alltid omedelbart utan först en tid efter den skadeförorsakande händelsen. Skadan kan ibland vara dold så att den skadelidande inte upptäcker den inträffande skadan, t.ex. varor har stulits eller försnillats i ett lager. I de tidigare nämnda situationerna har den skadelidande ännu inte kunnat kräva ersättning då han inte känt till sin förlust. Följande tidpunkt är framställandet av krav på skadestånd, antingen privat eller genom stämning eller dyl. Slutligen kan man anknyta värderingen till fastställandet av beloppet, d.v.s. domstolens avgörande. Fastställandet av det slutliga beloppet kan inte anförtros utsökningsmyndigheterna och man kan därför utesluta betalningstillfället som värdetidpunkt.[3]

Före en diskussion av argument för och emot olika värdetidpunkter skall här göras en analys av skilda slags skador.

V. Någon allmän indexbindning finns inte utan tvärtom har i lagstiftningen intagits en snäv inställning till indextänkande. Sålunda ingår i lagen om begränsning av användningen av indexvillkor 22. 12. 1978 långtgående förbud mot indexklausuler i avtal. Lagstiftningen av dylikt innehåll är temporär, men har i praktiken visat sig mycket bestående. Med en sådan legislativ bakgrund är det klart att någon upp- eller nedvärdering av penningsfordringar inte kan komma i fråga. Nominalismen gör sig här gällande. Om en skada direkt har konkretiserats i penningar

[3] Enligt lagen om vissa underhållsbidrags bindande vid levnadskostnaderna 16. 12. 1966 skall underhållsbidrag, som någon ålagts eller förbundit sig att periodiskt utge, höjas enligt motsvarande stegring i levnadskostnadsindex. Detta gäller med stöd av 3 § även underhållsbidrag enligt skadeståndslagen. Justeringen företas årligen av socialmyndigheterna på basen av levnadskostnadsindex och det är en rent matematisk kalkyl utan något värderingsmoment.

uppkommer därför inte något värderingsproblem. Har penningar försnillats under en längre tid är det uppenbart att de tidigare försnillande beloppen i regel varit »bättre pengar» än motsvarande markbelopp som försnillats senare eller vid den tidpunkt försnillningen uppdagades. Någon justering av skadeståndet skall dock inte ske utan ersättningen utgör summan av de nominella belopp som vid var tid försnillats.

Har skadefallet förorsakat direkta kostnader, vid personskada t.ex. sjukvårdskostnader, resekostnader, begravningskostnader, och vid sakskada reparations- eller återanskaffningskostnader, och har kostnaden redan erlagts eller åtminstone debiterats den skadelidande sker inte någon omvärdering utan skadeståndet utgör summan av de nominella kostnadsbeloppen. Har kostnaden ännu inte konkretiserats på ovannämnt sätt måste däremot en värdering ske. Till denna fråga återkommes senare. En framtida kostnad kan ibland kapitaliseras för undvikande av nya processer. Kapitaliseringen sker i så fall till dagsvärde utan något försök att förutspå kostnadsutvecklingen, något som skulle ställa sig omöjligt (jfr *HD 1978 II 105*).

När en skada leder till bortfall av inkomst företar man en rekonstruktion av den sannolika inkomsten utan skada och frångrar den skadelidandes inkomst trots skadan. Rekonstruktionen sker med beaktande av kända fakta såsom löneförhöjningar enligt kollektivavtal. Värdetidpunkten kommer således att vara rörlig och kontinuerligt ändras från skadans inträde tills arbetsoförmögenheten upphör, dock senast till domstolens avgörande. Om ersättningen är periodisk inträder efter domslutet en indexbindning på tidigare nämnt sätt. Inkomstbortfall inträder inte enbart vid personskada utan kan även förekomma vid t.ex. sakskada, som ersättning för stådagar för fordon eller maskin, och vid intrång i immaterialrätter som utebliven licensavgift. Även i dessa fall är värderingen i princip kontinuerlig fastän den i praktiken vanligen är i så hög grad skönsmässig att värderingsprincipen inte framträder.

Beträffande immateriella skador såsom ersättning för sveda och värk, bestående lyte och men, lidande och annat förfång o.dyl. kan man konstatera att ersättningsbeloppen är synnerligen skönsmässiga. Därför är värdetidpunkten vanligen ointressant och huvudintresset inriktas på den allmänna nivån för ersättningar av ifrågavarande slag. Undantag utgör de fall där man på basen av försäkring skall tillämpa från tid till annan ändrade taxor, av vilka de viktigaste är trafikskadenämndens rekommendationer och normer, som årligen utges i ny upplaga. Normgivande är därvid den taxa som gäller när målet avgöres i underrätt *(HD 1979 II 76)*.[4]

VI. Värderingsproblemen kommer således främst att inträda vid sakskador som ännu inte konkretiserats i en kostnad.

Tidigare konstaterades att enligt stadganden i jordlagstiftningen avgörande värdetidpunkt är förrättningens avslutande. Det är därför konsekvent att i *HD 1968 II 69* ersättningen för gatumark, som inlösts enligt 71 § 2 mom. byggnadslagen, bestämts enligt prisläget vid tiden för underrättens avgörande. I dessa och liknande fall gäller ersättningen fast egendom, som i regel är avsedd för bestående användning och där täckningsköp i egentlig mening inte är möjligt. Den kan vidare konstateras, att bestående nedgång av jordvärdet är sällsynt.

Tidigare fastslogs att en kostnad, t.ex. en reparationskostnad vid sakskada som konkretiserats ersättes med detta belopp. Om täckningsköp eller annan ersättande anskaffning varit möjlig är tidpunkten för en sådan anskaffning därför uppenbarligen av betydelse. Denna omständighet understrykes av att den skadelidande förutsättes vara solvent för en täckningsanskaffning.[5] Anknytes värderingen till nämnda, verkliga eller tänkta händelse kan regeln gälla principiellt lika vid värdestegring och värdenedgång. I överensstämmelse, eller i vart fall inte i strid med en sådan tankegång är *HD 30. 6. 1954/2235a*,[6] där ersättningen för stenkol, som stulits ur sjöfartsstyrelsens lager, bestämdes enligt prisläget då tillgreppet upptäcktes — och sjöfartsstyrelsen följaktligen kunnat göra täckningsköp. En fördel av en tidigare värdetidpunkt är, att den ekonomiska skillnaden sannolikt blir mindre mellan direkt förlust i penningar, konkretiserade kostnader och värderad sakskada.

Det kan ibland vara svårt att bestämma tidpunkten för ett täckningsköp. Är det fråga om dagligvaror, som kontinuerligt konsumeras i ett hushåll, eller varor som en näringsidkare fortlöpande omsätter kan man i regel utgå från, att täckningsköpet skett snart efter det skadan skett (eller upptäckts) och värdetidpunkten kommer då att ligga nära skadefallet. Kan tidpunkten inte fastställas på detta sätt men om det ändå är sannolikt att ersättande anskaffning i någon form kommer att ske är ett argument, att anskaffningen sker inom rimlig tid. I praxis är man

---

[4] I målet hade en person skadats i trafikolycka 1966. RR dömde ersättning för bestående lyte och men enligt trafikskadenämndens dågällande normer 1972. HD tillämpade samma normer i sin dom 1979 efter omröstning 3—2. Minoriteten tillämpade normerna för 1979. — Om yrkandet förkastats i underrätt men godkännes i högre instans är sannolikt avgörande den tidpunkt då ersättningen först fastställdes.

[5] Se t.ex. *Portin,* Om köpares dröjsmål, Helsingfors 1962, s. 84 och där angivna. Jfr *HD 1972 II 64* och *1979 II 137,* i vilka fall ersättning för verkliga räntekostnader inte utdömts utan endast laga ränta.

[6] Rättsfallet är närmare refererat av *Björn Nybergh* a.a.s. 143.

inte snar med att fastslå en tidsgräns, utan man är villig att ge den skadelidande rätt rundligt spelrum för utredande av olika alternativ och underhandlingar med skadevållaren. En följd härav är, att om värdet stiger under tiden växer även skadeståndets belopp. Konsekvensen synes kräva att även en värdenedgång påverkar skadeståndet, men det är tänkbart att man är villig att på vagare utredning anse att täckningsköp skett.

I vissa situationer är det klart att täckningsköp inte skett och inte kommer att ske fastän det skulle vara möjligt. Detta kan vara fallet om idrottsredskap förstörts för en person som på grund av ålder eller invaliditet inte längre använder redskapen. Ett annat typfall är att ägaren av ett stort grustag förlorat några lass. Det är därvid uppenbart att han inte köper grus av andra utan använder sitt eget så långt det räcker. I vartdera fallet bestämmes skadeståndet av ett försäljningspris och inte ett återanskaffningspris och problemet är att fastslå tidpunkten för en sådan försäljning. Skillnaden är den, att i det förra fallet skulle en försäljning sannolikt inte ha skett medan den i det senare fallet uppenbarligen skulle ha skett förr eller senare. I det förra fallet finns det knappast principiella skadeståndsrättsliga argument för en annan tidpunkt än skadefallet. Vid prisstegring finns det processuella argumentet, att skadevållaren inte skall vinna på att undvika förlikning. Vid det senare fallet är skadan teoretiskt utebliven sista försäljning i en oviss framtid. I samband med en fortlöpande näringsverksamhet där försäljning sker dagligen är det dock ovisst om man skall dra långtgående slutsatser av ett sådant teoretiskt resonemang. I HD 1978 II 150 ansågs i ett dylikt fall rättegångens anhängiggörande vara avgörande i en situation med prisstegring.

I vissa fall kan täckningsköp vara omöjligt, skadan gäller t.ex. de sista buteljerna av vinet Haut-Maison 1977 eller en tavla av en avliden konstnär. Liksom i fallet med idrottsredskapen måste man konstruera en försäljning som sannolikt inte skulle ha skett.

VII. Dröjsmålsränta på skadestånd skall enligt 7 § räntelagen betalas från en månad efter framställandet av ersättningsanspråk, som preciserats på i stadgandet angivet sätt. Vid uppsåtliga brott löper räntan enligt 8 § från den tidpunkt då skadan inträffat och enligt 9 § senast från stämningsdagen. En väsentlig omständighet för bestämmandet av räntenivån är den emotsedda utvecklingen av penningvärdet. Den i 4 § räntelagen fastställda räntesatsen om 16 procent innehåller utrymme för en t.o.m. rätt kraftig inflation. Till den del en värdeförändring rörande en sakskada beror på den allmänna förändringen av penningvärdet innehåller dröjsmålsräntan m.a.o. ett väsentligt in-

flationsskydd för den skadelidande. En uppvärdering av skadan jämte dröjsmålsränta leder därför till en överkompensation. Värdeförändringen på egendom kan vara knuten till ifrågavarande slags egendom och man skall därför inte helt sammankoppla värdetidpunkten och tidpunkten för skyldigheten att betala dröjsmålsränta, men man skall heller inte sluta ögonen för sambandet. Det är m.a.o. i många fall motiverat att inte beakta en värdestegring efter att ränteplikt inträtt.

VIII. Resultatet av ovanstående resonemang synes tyvärr bli, att man inte kan ange en allmängiltig värdetidpunkt. Sambandet med de konkretiserade kostnaderna leder i många fall till ett tänkt täckningsköp inom rimlig tid efter att skadan upptäckts. Om uppskovet med att handla inte bör anses som oförsvarligt utgör stämningsdagen en beräkningstidpunkt. Händelser under rättegången kan även beaktas under särskilda förutsättningar. Skyldigheten att betala dröjsmålsränta kan ofta vara ett argument mot beaktande av senare värdeförändring.

Kirsti Rissanen

Osuus osakeyhtiössä

1. Kysymyksen asettelu

Vanhan osakeyhtiölain 27 §:n 2 momenttiin (15. 1. 1915) sisältyi seuraava määräys: »Ellei yhtiöjärjestyksessä sitä myönnetä, älköön yhtiökokous kuitenkaan tehkö sellaista päätöstä, joka välittömästi koskee osakkeenomistajan osaa yhtiön omaisuuteen». Lain 17 §:ssä (221/39) puolestaan määrättiin hallitus pitämään luetteloa »kaikista osakeyhtiöön kuuluvista yhtiöosuuksista». Nykyisessä OYL:ssä (734/78) eivät käsitteet *yhtiöosuus* ja *osa yhtiön omaisuuteen* enää esiinny.

Osakeyhtiöoikeudellisessa kirjallisuudessa osake määritellään edelleen osuudeksi yhtiössä.[1] Sen jälkeen on tapana selvittää niitä oikeuksia ja velvollisuuksia, joita osake yhtiössä tuottaa. Oikeudet on tällöin yleisesti jaettu hallinnoimisoikeuksiin ja varallisuusoikeuksiin.[2] Osuutta sinänsä ja toisaalta osuuden (osan) yhteyttä kokonaisuuteen on vaikeampi hahmottaa.[3]

Kysymys yhtiöosuuden eli osakkeen luonteesta on nyt tullut ajankohtaiseksi yhtiökäytännön muuttumisen johdosta. Suunnatut osakeannit ovat muodostuneet säännöksi, erilajiset osakesarjat ovat lisääntyneet eikä osake-enemmistön ostoa seuraava osakkeiden lunastaminen yksittäisiltä vähemmistöomistajilta ole enää Suomessakaan aivan harvinaista.[4] Kaikissa mainituissa tilanteissa nousee esiin sama kysy-

---

[1] Ks. *Koski, Pauli—af Schultén, Gerhard:* Osakeyhtiölaki selityksin I, Vammala 1984, s. 93, *Kyläkallio, Juhani:* Osakeyhtiölaki ja käytäntö, Espoo 1985, s. 114 ja *Havansi, Erkki:* Panttioikeus osakkeesen I, s. 4, ks. erit. s. 48 ss, jossa määritellään osake osuudeksi yhteisen varallisuuspiirin valtaan ja arvoon erilaisine hyödyntämismuotoineen. Havansi katsoo, että oikeusteorian tasolla kysymys on viime kädessä kvoottijakoisesta yhteisomistuksellisesta oikeussuhteesta.

[2] Ks. tarkemmin *Havansi,* mt. s. 6 ss. ja *Kyläkallio,* mt. s. 115 ss.

[3] Ks. kirjallisuudesta erit. *Taxell, Lars Erik:* Aktieägarens rättskydd, Åbo 1961, s. 55 ss.

[4] Ks. muutoksista esim. *Sinkko, Erkki:* Eriarvoisuuden pörssivuosi 1985, Asiakasorava 1/86, s. 6—7, *Tuomainen, Sakari:* Sijoittaja rikastuu äänivallalla, HS 18. 2. 1986, s. 22 sekä HS pääkirjoitus 8. 3. 86, Kauppalehti, Business Weekend 4. 4. 86, ss. 18—19 ja Kauppalehti, pääkirjoitus 28. 4. 86.

mys: mikä merkitys ja arvo yksittäisen osakkeenomistajan yhdellä tai muutamalla osakkeella on. Suunnatut annit ovatkin johtaneet useisiin äänestyksiin yhtiökokouksissa. Ainakin yhden yhtiön äänestyspäätöstä käsitellään myös oikeudessa. Keskustelu osakemarkkinoiden ja arvopaperikaupan pelisäännöistä käy vilkkaana päivä- ja aikakauslehdissä. Päähallituspuolueissa on todettu arvopaperikauppalain tarpeellisuus. Keskuskauppakamarin hallitus on kokouksessan 22. 4. 1986 asettanut erityisen työryhmän kehittämään suunnattujen osakeantien sääntelyä.

Seuraavassa pyritään tarkastelemaan yhtiöosuuden luonnetta OYL:n mukaan. Pääsäännöt esitetään pelkistettyinä. Soveltamistilanteisiin liittyy aina runsaasti harkinnanvaraa, sillä kyseeseen tulevat arvomäärittelyt ovat ongelmallisia. Tämä tosiasia ei kuitenkaan poista sääntöjen tuntemisen tarvetta vaan lisää sitä.

2. *Osakeyhtiön varallisuusrakenne*

Osakeyhtiöllä tulee olla osakkeisiin jaettu osakepääoma. Osakkeiden on oltava samanmääräisiä. Näin ilmaistaan OYL 1: 1,3:ssa osakeyhtiön rakenteellinen perusta.[5] Osakeyhtiö on perustamisvaiheessa samankokoisista osuuksista kerätty varallisuusmassa, jonka osuuksien sijoittajat eli osakkaat omistavat osuuksiensa osoittamassa suhteessa. Osakkaat eivät ole vastuussa yhtiön velvoitteista (OYL 1: 1,2), joiden täyttämiseen on käytettävissä ainoastaan yhtiön varallisuus. Osakkeenomistukseen ei myöskään sellaisenaan liity oikeutta eikä velvollisuutta liiketoiminnan harjoittamiseen. Omistajat ovat tässä mielessä anonyymejä liiketoimintaan nähden. Ensimmäisessä osakeyhtiölaissamme, vuoden 1864 osakeyhtiöasetuksessa käytettiinkin yritysmuodosta nimeä »nimetön eli osakeyhdyskunta», »anonym eller aktiebolag».[6]

Yhtiömuodon peruspiirteisiin on alusta asti kuulunut osakkeen va-

[5] Jos osake merkitään panemalla yhtiöön muuta omaisuutta kuin rahaa, perustamiskirjan tulee sisältää selvitys niistä seikoista, joilla voi olla merkitystä harkittaessa tuon omaisuuden arvoa. Erityisesti on mainittava arvo, joka omaisuudelle voidaan panna taseeseen ja omaisuutta vastaan annettavien osakkeiden lukumäärä (OYL 2: 4,2). HE 27/1977 vp. s. 23 lausuttiin perusteluna seuraavaa: »Yhtiölle hankitun omaisuuden arvo on erityisen merkittävä seikka. Sekä muiden osakkeenomistajien että sivullisten, lähinnä yhtiön velkojan, kannalta on tärkeää, ettei arvo ole liian korkea, kun taas omaisuutta panevan edut vaativat, ettei omaisuutta arvosteta liian alhaiseksi.»

[6] Ks. myös *Schybergson, Per:* Aktiebolagsformens genombrott i Finland, Helsingfors 1964.

paa luovutettavuus. Senaatin täysistunnossa 4. 5. 1861 kirjattiin osakeyhtiölainsäädännön tarpeesta perusteluksi nimenomaisesti, että avoimia ja kommandiittiyhtiöitä koskevat säännökset »ej äro i allo tillämpliga å sådane i en senare tid uppkomna bolag, som grundas på lotter eller aktier, dem innehafvaren kan med full frihet till annan man öfverlåta».[7] Sen sijaan ei yhtiöosuutta voi yhtiön toiminnan aikana »irtisanoa».[8] Tätä edellyttävät sekä yhtiön etu — liiketoiminnan jatkuvuuden turvaaminen — että velkojien suoja. Osakesijoituksen likvidisyys eli rahaksi muutettavuus toteutetaan siten vaihdettavuudella. Tästä johtuu, että osa (osake) ja kokonaisuus (yhtiövarallisuus) eriytyvät toisistaan osakeyhtiön olemassaolon ajaksi. Jos halukkaita ostajia ei ole, ei osakkeelle muodostu itsenäistä vaihdanta-arvoa. Yksittäinen osakkeenomistaja ei pysty realisoimaan osakettaan. Oikeus saada osuus yhtiön netto-omaisuudesta osakkeenomistajille syntyy vasta selvitysmenettelyssä (OYL 13: 12,2).[9]

Jakamalla yhtiön osakepääoma osakkeen nimellisarvolla saadaan selville se, miten suuri murto-osa osake on yhtiöstä.[10] OYL:n mukaan on tilinpäätös se tietolähde, jonka avulla osakkeenomistajalla on mahdollisuus muodostaa itselleen kuva yhtiön taloudellisesta tilasta. Nettoomaisuutta taseessa osoittaa sidottuun ja vapaaseen pääomaan jaoteltu oma pääoma (OYL 11: 6,3). Yhtiön toiminnan tuottama voitto tuloutuu lopulta vapaaseen omaan pääomaan, joka voidaan yhtiökokouksen päätöksellä jakaa voittona osakkaille (OYL 12: 2). Taseen pohjalta asiaa tarkasteltaessa on yhtiön omien varojen selville saamiseksi otettava lisäksi huomioon yhtiön omaisuuspiiriin kirjanpidollisesti varatut varat eli yhteenlasketut poistokorjaukset (yli- ja alisuurista poistoista) ja varaukset.[11] Kirjanpidollisesti varattuihin varoihin sisältyy tosin myös veroluottoa[12] eivätkä kirjanpidossa toisaalta näy omaisuuserien

---

[7] Ks. lainvalmisteluvaiheista *Schybergson,* mt. s. 35 ss., johon kohtaa koskeva sitaatti sisältyy täydellisenä s. 36. Ks. myös HE 29/1977 vp., s. 29, jossa korostettiin, että osakkeiden vaihdannan vapaus on osakeyhtiöoikeuden tärkeimpiä periaatteita.

[8] Ks. *Olsson, Curt:* Aktieförvärvares rätt i förhållande till bolaget, Helsingfors 1949, jossa hän lausuu »Man brukar i doktrinen uttrycka detta så, att överlåtbarheten utgör en ersättning för den starka bundenheten i aktiebolag».

[9] Lisäksi varoja voidaan palauttaa osakkaille OYL 6 luvun mukaisesti osakepääoman alentamisen yhteydessä ja silloin, kun yhtiö hankkii tai lunastaa osakkeita OYL:n 7 luvun mukaisesti.

[10] Ks. myös *Rodhe, Knut,* Aktiebolagsrätt, Enligt 1975 års aktiebolagslag, 11:e uppl., Stockholm 1983, s. 121—123.

[11] Ks. esim. Yritystutkimusneuvottelukunta. Yritystutkimuksen liiketaloudelliset tunnusluvut, Helsinki 1977, s. 34 ja *Kettunen, Pertti — Mäkinen, Vesa — Neilimo Kari,* Tilinpäätösanalyysi, Espoo 1980, s. 48 ss.

[12] Ks. pohdintaa veroluottomahdollisuuksien supistamismahdollisuuksista Yritysverotustoimikunnan mietintö KM 1980: 42, s. 12—14.

arvonnousut.[13] Vaikka tase nykyisin nähdään tuloslaskentaan liittyväksi tilikausien väliseksi siirtotiliksi,[14] se osoittaa ne yksilöidyt omaisuuserät, joista yhtiövarallisuus muodostuu.

Yhtiön toiminnan tarkoitus on tavallisesti voiton tuottaminen osakkeenomistajille. Tämä näkyy OYL 12: 1,2:sta, jonka mukaan muun tarkoituksen on käytävä ilmi yhtiön yhtiöjärjestyksestä. Yhtiövarallisuutta voidaan käyttää vain yhtiön liikentoimintaan. Tosin OYL:n 12 luvussa on sääntöön eräitä poikkeuksia. Yhtiön varojen vastikkeellinen käyttö muuhun tarkoitukseen on yhtiön yhtiöjärjestyksen vastaista. Varojen vastikkeeton luovuttaminen muuten kuin voitonjakona osakkaille on puolestaan sekä yhtiön tarkoituksen että OYL:n yleislausekkeen (OYL 8: 14 ja 9: 1) vastaista ja näin kiellettyä.[15] OYL:n säännöksistä seuraa, että yhtiövarallisuus on turvattu kuulumaan osakkeenomistajille. Se voi vähentyä vain sen seurauksena, että yhtiön liikentoiminta tuottaa tappiota.

3. *Osakkeen arvo*

Osakkeen arvo liittyy lähtökohtaisesti sen luovutettavuuteen ja siitä myytäessä saatavissa olevaan hintaan.[16] Pörssikurssit, meklarilistan noteeraukset ja OTC-markkinoiden hinnat osoittavat yksittäisten osakkeiden hintaa avoimilla osakemarkkinoilla eli markkinahintaa. Suomes-

---

[13] Käyttö-omaisuuden arvonkorotuksessa säädetään KirjPL:n 18 §:ssä ja OYL 11: 4:ssä.

[14] Ks. KM 1969: A 20, ehdotus uudeksi osakeyhtiölaiksi, s. 141.

[15] Ks. KKO 1982 II 191. Tapaukseen sovellettiin vanhaa OYL:ia, mutta nykyisen OYL:n soveltaminen johtaisi ilmeisesti samaan lopputulokseen. Jutussa oli kysymys sellaisen sopimuksen sitovuudesta, jossa yhtiö oli sitoutunut antamaan A:lle jatkuvia taloudellisia etuja mm. A:n työsuhteen päättymisen varalta. Tiedonannon mukaan KKO katsoi, että: »Hallituksen päätöksiä sopimuksen hyväksymisestä oli, koska niissä oli kysymys joko A:lle myönnetystä lahjanluonteisesta edusta tai yhtiön varojen laittomasta jakamisesta, siten pidettävä yhtiöiden tarkoitusten vastaisina. Kun A ei ollut ollut vilpittömässä mielessä, eivät hallituksen päätökset olleet yhtiötä sitovia.» — Ks. yhtiön varojen käytöstä myös *Koski — af Schultén,* mt. II, s. 174 ss.

[16] Ks. KKO 1985 II 58. Tapauksessa oli kysymys osakekaupasta, jotka oli tehty hintaan 120 mk osakkeelta tilanteessa, jossa ostaja tiesi yhtiön osake-enemmistön myymisestä käydyistä neuvotteluista ja siitä, että neuvotteluissa oli tehty tarjous hinnasta, joka vastasi noin 750 mk osakkeelta. Myyjät puolestaan eivät olleet tienneet kyseisistä kauppaneuvotteluista. Katsoessaan tehdyn kaupan OikTL:n 33 §:n nojalla pätemättömäksi KKO perusteli kantaansa seuraavasti: »Tieto niistä (neuvotteluista ja tarjouksesta) olisi ilmeisesti pidättänyt (myyjiä) myymästä osakkeitaan (ostajalle) sen tarjoamasta 120 markan hinnasta osakkeelta, vaikka tämä kauppa käsitti vain 13,3 % (yhtiön) osakekannasta ja osakkeiden korkeampi arvo mainitun tarjouksen mukaan edellytti kauppaa osakekannan vähintään 50 prosentin osuudesta.».

sa katsotaan yleisesti, että pörssikurssit ovat alhaiset yhtiöiden todelliseen netto-omaisuuteen verrattuna.[17] Se, että vapaiden eli myös ulkomaalaisille myytävissä olevien osakkeiden pörssikurssit ovat jatkuvasti pysytelleet sidottujen osakkeiden kursseja korkeammalla, selittynee osin sillä, että ulkomailla pörssikurssien suhde netto-omaisuuteen on kiinteämpi. Tosin sijoituspäätösten kannalta merkittävimpänä tunnuslukuna pidetään tavallisesti voitto/osake-lukua eli tuotto-odotuksia.[18]

Vuonna 1985 tehtyjä yrityskauppoja (vähintään osake-enemmistön kauppoja) koskeneessa Keskuskauppakamarin raportissa todettiin ostajan tavoitteiden liittyneen lähinnä markkinaosuuteen, kasvuun ja tietotaitoon. Kauppahinnan määräytymisperusteeksi oli haastatelluista yli 50 % maininnut markkina-aseman, vajaa 50 % tuotto-odotukset ja yli 40 % omaisuuden.[19] On luonnollista, että hinta yhtiön osakekannan tai osake-enemmistön kaupoissa määräytyy toisin perustein kuin yksittäisiä osakkeita myytäessä. Liiketaloustieteessä on kehitetty arvomääritysteorioita, joiden mukaisten menetelmien avulla lähinnä koko yrityksen markkina-arvo voidaan laskea.[20] OYL:ssa ei ole määräyksiä osakkeiden arvon määrittämisestä vapaissa vaihdantatilanteissa, sillä kysymys ei ole osakeyhtiöoikeudellinen.

Sensijaan OYL:iin sisältyy määräykset kolmesta eri lunastustilanteesta, joissa ei ole kysymys vapaasta vaihdannasta ja joissa käytettävästä lunastushinnasta on ollut tarpeen ottaa lakiin erityiset säännökset. OYL 13: 3,2:n mukaan tuomioistuin voi tahallisen vaikutusvallan väärinkäytön tapauksessa yhtiön selvitystilaan määräämisen sijasta määrätä yhtiön lunastamaan kanteen nostaneen osakkeenomistajan osakkeet. Lunastushinta on tällöin määrättävä yhtiön tilaan ja muihin seikkoihin nähden kohtuulliseksi. Hallituksen OYL:ia koskeneen esityksen perusteluissa lausuttiin, että tuomioistuimen tulee tällöin »ottaa huomioon kaikki asiaan vaikuttavat seikat eikä yksistään omaisuuden realisaatioarvoa».[21] Oikeuskäytäntöä säännöksen tulkinnasta ei FINLEX:istä löydy.

---

[17] Ks. pörssikursseista ja niihin vaikuttavista tekijöistä esim. *Saario, Seppo,* Miten sijoitan pörssiosakkeisiin, Espoo 1984, s. 49 ss.

[18] Ks. *Saario,* mt. s. 56.

[19] Ks. Keskuskauppakamarin julkaisusarja 1/86: Yrityskannan muutokset Suomessa, osa Raportti yritysmyynneistä ja kuvio 11.

[20] Ks. esim. *Flodhammar, Gunnar:* Företagsvärdering vid tvångsinlösen, Lund 1980, s. 93 ss, *Leppiniemi, Jarmo,* Osakkeen verotusarvon määrääminen, Helsinki 1981, s. 15 ss., *Nuolimaa, R.O.,* Lunastuslauseke ja suostumuslauseke, Mikkeli 1984, s. 256 ss. ja *Virtanen, Kalervo,* Yrityksen arvonmäärityksen ongelmia I—III teoksessa Rahoitus II, toim. *Eero Artto,* Helsinki 1985.

[21] HE 27/1977 vp. s. 96.

Toinen tapaus on sulautuvan yhtiön fuusiota vastustaneen osakkeenomistajan oikeus saada yhtiöltä *käypään hintaan* lunastus osakkeistaan (OYL 14: 3). Lainsäätäjän lähempi ohje hinnan määrittelijöille kuului: »Käypää hintaa määrättäessä on kaikki asiaan vaikuttavat seikat otettava huomioon. Tällaisina seikkoina on netto-omaisuuden (matemaattisen arvon) lisäksi pidettävä yhtiön tulevaisuudennäkymiä, osakkeiden arvioitua vastaista tuottoa jne.»[22] Perustelu näyttäisi viittaavan siihen, että yhtiön netto-omaisuus (substanssiarvo) olisi aina selvitettävä ja sitä käytettävä eräänä niistä tekijöistä, joiden avulla osakkeen käypä hinta määritellään.

Kolmas tapaus on emoyhtiön oikeus lunastaa tytäryhtiön vähemmistöosakkailta näiden omistamat osakkeet tilanteessa, jossa emoyhtiö yksin tai tytäryhtiöineen omistaa yli 90 % tytäryhtiön kaikista osakkeista ja niiden tuottama äänimäärä on yli 90 % tytäryhtiön osakkeiden yhteisestä äänimäärästä (OYL 14: 8). Sanotussa tilanteessa on myös vähemmistöosakkailla vastaavasti oikeus vaatia osakkeidensa lunastamista. Tämänkin lainkohdan mukaan on lunastuksen tapahduttava *käypään hintaan.* Lainkohdan perusteluissa mainittiin tavoitteeksi asetetun, että vähemmistöön kuuluville oli »turvattava niin korkea lunastushinta, että he voivat tappiotta sijoittaa pääomansa muualle.»[23] Lausumasta ei kuitenkaan varsinaisesti saa ohjetta käyvän hinnan arvioimiselle.

Molempia viimeksimainittuja tapauksia varten on OYL:iin otettu säännös erimielisyyksien ratkaisemisesta erityisessä välimiesmenettelyssä. Välimiehet valitsee ja välimiesten puheenjohtajan määrää Keskuskauppakamari. OYL 16: 5,2:n mukaan välimiesten on osakkeiden lunastushintaa määrättäessä otettava huomioon kaikki kussakin yksittäistapauksessa asiaan vaikuttavat seikat. Kirjallisuudessa ja tähänastisessa välimieskäytännössä ollaan yksimielisiä siitä, että sillä seikalla, että kyseessä on vähemmistöosake ei tällöin ole merkitystä.[24]

Vuoden 1985 loppuun mennessä oli edellä tarkoitettu välitystuomio annettu kuudessa tapauksessa.[25] Tapauksista yksi päätyi sovintoon,

---

[22] HE 27/1977 vp. s. 105.

[23] HE 27/1977 vp. s. 108.

[24] Ks. *Koski — af Schultén,* mt. I, s. 346, *Kyläkallio,* mt. s. 129 ja *Nuolimaa,* mt. s. 273.

[25] Niistä neljää ensimmäistä *Nuolimaa* on käsitellyt tutkimuksessaan, ks. mt. s. 265 ss. Lisäksi kysymystä on selvitetty Helsingin kauppakorkeakoulussa tehdyssä laskentatoimen pro gradu-tutkielmassa *Silvola, Pekka — Vallila, Pertti,* Osakkeiden arvonmääritys erityisesti OYL:n selvitystilanteeseen, sulautumiseen ja konsernin vähemmistöosakkuuksiin liittyvissä lunastustapauksissa (1983) ja Helsingin yliopistolla tehdyssä yritystoiminnan tutkielmassa *Mikkola, Matti,* Osakkeen arvon määrittäminen osakeyhtiölain 13 ja 14 luvun lunastustilanteissa (1986). Jälkimmäisessä on otettu mukaan myös kaksi vuonna 1985 annettua välitystuomiota.

yhdessä käypä hinta perustettiin tuottoarvoon ja neljässä muussa tapauksessa käypä hinta laskettiin käyttämällä hyväksi sekä tuotto- että substanssiarvolaskelmia ja valitsemalla näistä eri tavoin painotetut keskiarvot. Yhdessä tapauksessa otettiin lisäksi huomioon kolmella painotettuna vakiintunut markkinahinta (välitystuomio 16. 1. 1985).[26]

Välitystuomioissa ei yhdessäkään ole ollut kysymys pörssiyhtiön osakkeista tai muuten avoimilla markkinoilla vaihdettavina olleista osakkeista. Ruotsalaista välimieskäytäntöä tutkinut *Flodhammar* totesi pörssikurssin merkityksen olleen esillä neljässä tapauksessa. Kaikissa niissä kurssi oli otettu huomioon arvoa määritettäessä, mutta lunastushintaa ei ollut määrätty yksinomaan sen perusteella.[27]

Koski ja *af Schulten* toteavat selitysteoksessaan, että pörssiosakkeiden pörssikurssi voi muodostaa lähtökohdan lunastushinnan määräämiselle. He näyttävät kuitenkin asettavan sen lisäedellytyksen, että pörssikurssien tulee samalla edustaa »aitoa markkinahintaa». Edelleen he toteavat, että käyvän arvon mittana voidaan käyttää lunastustilannetta edeltäviä osakekauppoja, jos ne ovat edustavia.[28] Myös *Kyläkallio* katsoo, että silloin kun osakkeille voidaan osoittaa syntyneen vapaassa vaihdannassa tietty kurssitaso, se yleensä muodostaa käyvän hinnan.[29] Samansisältöiset lausumat sisältyvät kahden suomalaisen välitystuomion perusteluihin.[30]

Kun osakkeen itsenäinen arvo perustuu nimenomaan sen luovutettavuuteen, tuntuu johdonmukaiselta katsoa, että osakkeelle markkinoilla muodostunut hinta, nk. aito markkina-arvo ilmaisee osakkeen käyvän eli oikean hinnan. Jos pakkolunastustilanteissa ei ole käytettävissä markkina-arvoa tai jos se voidaan osoittaa soveltumattomaksi käyvän arvon mitaksi, on luontevaa turvautua liiketaloustieteessä kehitettyihin yrityksen arvonmääritysmenetelmiin.

Pörssieettisten määräysten mukaan on pörssiyhtiön, joka on hankkinut omistukseensa niin paljon toisen pörssiyhtiön osakkeita, että sen äänivalta ylittää 80 % yhtiön äänivallasta, tarjouduttava lunastamaan

---

[26] Ruotsissa *Flodhammar* on tutkinut perusteellisesti sikäläistä välimieskäytäntöä OYL 14: 8 säännöstä vastaavien normien eli vuoden 1944 ABL:n 174 §:n 2 momentin ja 223 §:n 2 momentin sekä vuoden 1975 ABL:n 14: 9:n soveltamisesta vuosina 1948—1976. Analysoituaan 55 tapausta hän tuli siihen tulokseen, että yleisin arvostusmenetelmä oli ollut tuottoarvo, kun taas osakkeen vähimmäisarvo oli määritelty likvidaatioarvon avulla. Ks. *Flodhammar*, mt. s. 146. Ks. myös *Nuolimaa*, mt. s. 261—264 ja 271—272, jossa selvitellään Flodhammarin tutkimuksen tuloksia.

[27] Ks. *Flodhammar*, mt. s. 148—149 ja tutkimuksesta lähemmin edell. alav.

[28] Ks. *Koski — af Schultén*, mt. II s. 321.

[29] Ks. *Kyläkallio*, mt. s. 129.

[30] Välitystuomiot 18. 5. 1983 ja 16. 1. 1985.

loputkin yhtiön osakkeet.[31] Lunastushinta on tällöin nimenomaisesti sidottu pörssikursseihin. Sen on nimittäin oltava vähintään lunastustilanteen syntymistä edeltäneen kahden kuukauden aikana noteerattujen ostokurssien keskiarvo.

Fuusiossa tulee kyseeseen myös muiden kuin lunastettavien osakkeiden arvo. Kun päätös sulautumissopimuksen hyväksymisestä voidaan sulautuvassa yhtiössä tehdä päätöksellä, jota kannattavat vähintään 2/3 annetuista äänistä ja kokouksessa edustetuista osakkeista (OYL 14: 1,2), joutuvat vähemmistöön jääneet osakkeenomistajat luopumaan osakkeistaan fuusiovastiketta vastaan. Voidakseen harkita osakkeiden käyvän arvon ja fuusiovastikkeen vastaavuutta ja mahdollisen lunastusvaatimuksen esittämistä, osakkeenomistaja tarvitsee riittävät tiedot. OYL:n mukaan lähdetään siitä, että tiedot hankitaan yhtiöiden tilinpäätösasiakirjojen lisäksi yhtiön hallituksen selostuksesta. Hallituksen esitys OYL:ksi ei sisältänyt tarkempaa kuvausta siitä, mitä lainkohdassa tarkoitetaan niillä seikoilla, joilla voi olla merkitystä harkittaessa sulautumissopimuksen hyväksymistä.[32]

Kirjallisuudessa on lyhyesti todettu, että hallituksen selostus sisältänee käytännössä sulautumisen syyt.[33] *Koski* ja *af Schulten* lisäävät, että »myös fuusiovastikkeen todellisen arvon selvittäminen voi olla paikallaan, millon tämä ei selviä suoraan muista asiakirjoista».[34] Vaikka osakkeenomistaja luonnollisesti voi, kuten lakia valmisteltaessa on todettu, kyselyoikeuttaan käyttämällä saada muutakin fuusiota koskevaa informaatiota,[35] on lainsäädännössä tyydytty perin vaatimattoman informaatiovelvollisuuden asettamiseen. Osakkeestaan luopumaan joutuvan osakkaan vähimmäistarpeena voidaan nimittäin pitää tietoa siitä, millaiseksi ja millä perusteilla hänen osakkeensa arvo on määritelty ja sen lisäksi samaa selvitystä fuusiovastikkeen arvosta, jos se on muuta kuin rahaa. Onhan edellä selvästi käynyt ilmi, miten vaikea yhtiön arvoa on arvioida ja samalla se, että osakkeiden arvojen määritteleminen pelkästään tilinpäätösasiakirjojen perusteella ei ole mahdollista.[36] Yhtä olennaista vastaanottavan yhtiön osakkeenomistajien kan-

---

[31] Helsingin Arvopaperipörssin ohjesääntö, Helsingin Arvopaperipörssi Osuuskunnan hallintoneuvoston vahvistama 11. 9. 1985. 53—54 §.

[32] Ks. HE 27/1977 vp. s. 104.

[33] Ks. *Koski — af Schultén* mt. II s. 304 ja *Kyläkallio,* mt. s. 613.

[34] Ks. mt. s. 304.

[35] Ks. HE 27/1977 vp. s. 104.

[36] Ks. *Alf Silverbergin* esitykseen Osakeyhtiöiden fuusio sisältyvää esimerkkiä, josta selvästi käy ilmi, että fuusiosopimuksen määräykset fuusiovastikkeesta eivät kerro mitään niistä perusteista joilla sulautuvan ja vastaanottavan yhtiön osakkeiden sopimuksen pohjaksi otettavat arvot on saatu. Uudistuva osakeyhtiölainsäädäntö. Lakimiesliiton koulutuskeskuksen julkaisusarja n:o 2, Helsinki 1970, s. 152—154.

nalta on tietää, vastaako annettu vastike yhtiölle fuusiossa tulevan varallisuuden määrää.

4. *Yhtiöosuudet suunnatuissa osakeanneissa*

Yhtiön osakepääoma voi lisääntyä vain osakepääoman korotusten yhteydessä. Uusmerkinnässä yhtiöön sijoitetaan lisää panoksia. Uusien osakkeiden nimellisarvon on oltava sama kuin entisten osakkeiden ja korotuksen jälkeen ne saavat samanlaisen osuuden yhtiövarallisuuteen kuin entisillä osakkeilla on.

OYL:n pääsäännön mukaan uudet osakkeet tarjoaan uusmerkinnässä entisten osakkeenomistajien merkittäviksi siinä suhteessa kuin he ennestään omistavat yhtiön osakkeita (OYL 4: 2,1). Osakkeenomistaja joka ei halua sijoittaa yhtiöön lisää pääomaa, voi luovuttaa merkintäoikeutensa kolmannelle. Tätä varten yhtiön, jolla ei ole esimerkiksi osakekirjaan liitettyyn talonkilehteen sisältyviä osakeantilippuja, on annettava osakkeenomistajalle jokaista osaketta kohti erityinen osakeantitodistus (OYL 4: 3,1).

Uudesta osakkeesta yhtiölle maksettava hinta koostuu osakkeen nimellisarvosta[37] ja ylikurssista eli emissiovoitosta. Pörssiyhtiössä on ollut tapana määritellä merkintähinta vanhojen osakkeiden markkina-arvoa eli pörssikurssia alhaisemmaksi. Näin on voitu toisaalta varmistaa se, että kaikki osakkeet on merkitty ja toisaalta tarjota entisille osakkeenomistajille mahdollisuus saada osakeantituottoa. Merkintäoikeudelle on nimittäin tällöin muodostunut markkinoilla itsenäinen arvo. Osakkeenomistajat ovat näin voineet joko merkitä osalleen tulevat uudet osakkeet ja säilyttää suhteellisen osuutensa yhtiössä tai myydä merkintäoikeutensa ja saada suhteellisen osuutensa pienenemisestä »markkina-arvon» mukaisen korvauksen.[38]

OYL:n 4: 2,3:n mukaan voidaan osakkeenomistajien merkintäetuoikeudesta poiketa uusmerkinnässä päätöksellä, jota kannattaa vähintään

[37] OYL 4: 12,1 ja 2: 11,1. Vain OYL 4: 12,2:ssa säädetyissä tapauksissa voi merkintähinta olla nimellisarvoa alempi.

[38] Helsingin Arvopaperipörssin vuonna 1981 teettämässä tutkimuksessa 46 % ilmoitti tärkeimmäksi motiiviksi pörssiosakkeiden hankkimiseen osinkotulon ja 40 % osakeantien yhteydessä tulevan hyödyn. Toiseksi tärkein motiivi osinkotulo oli 36 %:lle ja osakeantihyöty 38 %:lle vastanneista. Ks. Kauppakamarilehti 1981: 11, s. 13. Ks. uusmerkintöjen ehdoista ja merkityksestä myös esim. *Saario,* mt. s. 62 ss. ja *Rissanen, Pentti,* Osakepääoman korottaminen. Käytännön erityiskysymyksiä osakeyhtiölaissa. Lakimiesliiton koulutuskeskuksen julkaisusarja n:o 31, Helsinki 1981, s. 59 ja 63—64, sekä osakkeenomistajan merkintäetuoikeuden perusteista *Rodhe,* mt. s. 53 ss.

kaksi kolmasosaa annetuista äänistä ja kokouksessa edustetuista osakkeista.[39] Lisäksi tällaisessa nk. suunnatussa annissa edellytetään, että merkintäetuoikeudesta poikkeamisen syyt mainitaan korottamista koskevassa päätösehdotuksessa (OYL 4; 4,2). Esimerkkeinä syistä on hallituksen OYL:ia koskeneessa esityksessä mainitut tapaukset, joissa »yhtiölle tärkeän patentin tai kiinteistön taikka liikkeen omistaja suostuu luovutukseen vain, jos hän saa vastikkeeksi yhtiön osakkeita», tarve antaa osakkeita henkilökunnalle ja yhtiön saneeraustilanne, jossa »luotonantaja edellyttää saavansa tilapäisesti haltuunsa osakepääoman korotuksen tai osan siitä.».[40]

Esimerkeistä on pääteltävissä, että osakkeenomistajien etu*oikeudesta* voidaan poiketa vain silloin, kun yhtiön etu sitä vaatii.[41] Jos tätä ei edellytettäisi, ei määräys poikkeamisen syiden mainitsemisesta olisi johdonmukainen. Yhtiön edulla voitaneen tarkoittaa vain liiketoiminnan harjoittamisedellytysten turvaamista tai parantamista. Jotta etuoikeudesta poikkeaminen olisi perusteltua, tulee tarkoituksen olla samalla sellainen, että se ei toteutuisi antia suuntaamatta.[42] Toisaalta lienee ymmärrettävää, ettei tätä suunnatun annin aineellista edellytystä voida asettaa kohtuuttoman ankaraksi. Riittänee, kun se on todellinen eli osoittaa, että menettelyssä ei loukata osakkeenomistajan oikeutta.[43] Hallituksen OYL:ia koskeneen esityksen perusteluissa korostettiin lisäksi sitä, että suunnattuja osakeanteja toteutettaessa on noudatettava yleisiä osakkeenomistajia suojaavia sääntöjä, erityisesti yhdenvertaisuusperiaatetta ja yleislauseketta (OYL 8: 14 ja 9: 16).[44] Jälkimmäisen sisältö on, ettei yhtiön elin saa ryhtyä toimenpiteeseen, joka on omansa tuottamaan osakkeenomistajalle tai muulle henkilölle

---

[39] Ruotsissa säännös mahdollisuudesta poiketa osakkeenomistajan merkintäetuoikeudesta otettiin osakeyhtiölakiin vuonna 1974 erityisesti siitä syystä, että se tekisi mahdolliseksi yleisten eläkerahastojen osakemerkinnät. Ks. *Rodhe,* mt. s. 56. Poikkeamismahdollisuus sisältyy kaikkien pohjoismaiden nykyisiin osakeyhtiölakeihin, joissa asiaa koskeva säännös on Ruotsin ABL 4: 2, jonka mukaan merkintäetuoikeus on vain suoritettaessa merkintähinta rahassa (kontantemission), Norjan lov om aksjeselskaper § 4—2 ja Tanskan aktieselskapsloven § 30. Ks. vanhan OYL:n 27 §:n merkityksestä *Rissanen, Kirsti:* Osakkeenomistajan merkintäetuoikeudesta, LM 1975, s. 872 ss.

[40] Ks. HE 27/1977 vp. s. 36.

[41] Vrt. *Koski — af Schultén,* mt. II s. 155 »... edellyttää yleensä yhtiön edun sitä vaativan.» ja *Kyläkallio,* mt. s. 207 »... tulee kyseeseen lähinnä yhtiön edun sitä vaatiessa.»

[42] Ks. näistä säännöistä Saksan liittotasavallan osakeyhtiöoikeudessa, josta malli pohjoismaiden normeihin on otettu *Würdinger, Hans:* Aktierecht und das Recht der verbundenen Unternehmen, Heidelberg. Karlsruhe 1981, s. 177 ss., erit. s. 180.

[43] Tähän viitattiin myös HE 27/1977 vp. s. 36 jossa todetaan säännön, jonka mukaan poikkeamista koskevan ehdotuksen tulee olla riittävän tarkasti perusteltu, helpottavan sen arvostelemista, onko osakkeenomistajaa suojaavia periaatteita loukattu.

[44] Ks. HE 27/1977 vp. s. 36.

epäoikeutettua etua yhtiön tai toisen osakkeenomistajan kustannuksella. Oikeuskäytäntö OYL:n sääntöjen merkityksestä suunnatuissa anneissa puuttuu toistaiseksi.[44a] Seuraavassa tarkastellaan lyhyesti erityisesti merkintähinnan vaikutusta entisten ja uusien osakkeiden omistajien yhtiöosuuksiin.

Osakkeen käypä hinta avoimilla osakemarkkinoilla osoittaa, minkä arvoisena osuutta yhtiövarallisuuteen kulloinkin pidetään. Kuten edellä on esitetty, osuuteen sisältyy osakkeen nimellisarvon mukaisen osakepääomaosuuden ohella yrityksen toiminnan seurauksena kertyneet tuloutuneet ja tuloutumatta olevat tuotot, joita viimeksimainittuja yhtiön kokonaisresurssit edustavat. Yksinkertaistaen voidaan sanoa, että osake edustaa osuutta osakepääomaan ja muuhun yhtiön omaan varallisuuteen (josta voittovarat ja muu oma pääoma on ikäänkuin jo tuloutettu). Kun yhtiö hankkii lisää omaa varallisuutta tarjoamalla uusia yhtiöosuuksia eli osakkeita, olisi liiketaloudellisesti terve lähtökohta se, että osuudesta maksettaisiin käypä hinta. Yhtiövarallisuuden tulisi kasvaa osuuksien lukumäärän kasvua vastaavasti. Apporttiomaisuuden arvon määrittelemisessä samoin kuin fuusiossakin on juuri tämä lähtökohta.

Uusmerkinnässä, jossa noudatetaan osakkeenomistajien merkintäetuoikeutta, ei merkintähinnalla ole osakkeenomistajia suojaavien periaatteiden kannalta merkitystä. Jos merkintähinta on kysyntään nähden liian korkea, ei uusia osakkeita merkitä, vaan anti epäonnistuu. Jos merkintähinta on korkein, mitä markkinoilta voidaan saada, kertyy yhtiölle emissiovoittoa lisäten sen sidottua omaa pääomaa (OYL 12: 3,1) ja yhtiövarallisuutta. Tulos ei johda osakkeenomistajien oikeuksien loukkaamiseen, mutta ei myöskään tuota heille erityistä osakeantihyötyä. Kun merkintähinta alittaa vanhojen osakkeiden käyvän hinnan, yhtiö sallii osakkeenomistajien halutessaan realisoida tuotto-osuuttaan. Tilanne on ajatuksellisesti verrattavissa voitonjakoon.

Suunnatussa annissa merkintähinnan tulee sensijaan vastata osakkeen käypää hintaa. Yksinkertaistettu esimerkki valaisee tilannetta. Oletetaan, että yhtiöllä on tuhat 100 markan nimellisarvoista osaketta, yhtiövarallisuus 400 000 ja sen mukaisesti osakkeen käypä arvo 400 mk. Jos yhtiö korottaa osakepääomaansa tarjoamalla ulkopuolisille merkittäväksi 1000 osaketta niiden nimellisarvoon, lisääntyy yhtiövarallisuus 100 000 markalla eli 500 000 markkaan. Jokaisen osakkeen arvoksi saadaan näin 250 mk. Entisten osakkeiden arvo laskee siten 150 mk:lla ja

[44a] Eurajoen kihlakunnanoikeus katsoi 2. 9. 1986 antamassaan päätöksessä Lännen Tehtaat Oy:n yhtiökokouksen päätöksen suunnatusta annista lainvastaiseksi ja kielsi sen toimeenpanon. KO:n päätös ei ole lainvoimainen.

uuden osakkeen merkitsijä saa 100 mk:n sijoituksella 250 mk:n arvoisen yhtiöosuuden. On kiistatonta, että ulkopuoliset saavat edun entisten osakkeenomistajien kustannuksella. Edulle on myös vaikea nähdä oikeutusta.[45]

Osakkeen hinta osoittaa siten yhtiöosuuden arvon. Tuo varallisuuserä kuuluu osakkeenomistajalle joko suoraan tai osana yhtiövarallisuutta. Uuden osuuden tarjoaminen ulkopuoliselle alle käyvän arvon on yleislausekkeen vastaista siitä syystä, että hänelle tuleva etu annetaan aina joko osakkeenomistajien tai yhtiön kustannuksella. Varallisuutta luovutetaan ulkopuoliselle liian alhaisesta vastikkeesta. Näin on periaatteessa myös silloin, kun yhtiö tarjoaa uusia osakkeita merkittäväksi henkilökunnalleen alle käyvän arvon. Käytännössä etua ei kuitenkaan anneta yhtiön tai osakkeenomistajien kustannuksella niissä tapauksissa, joissa näin tarjottavien osakkeiden määrä suhteessa koko osakepääomaan on niin vähäinen, ettei menettelyllä ole tosiasiassa vaikutusta muiden osakkeiden arvoon.

Osakkeen käyvän hinnan määrittelyn vaikeus hankaloittaa käytännössä olennaisesti osakkeenomistajien mahdollisuuksia valvoa oikeuksiaan ja tarvittaessa ryhtyä moittimaan yhtiökokouksen osakeantipäätöstä. Samalla se lisää yhtiön johdon ja enemmistöosakkeiden liikkumatilaa suunnattujen osakeantien ehtojen, erityisesti merkintähinnan määrittelyssä. Tähän liittyvät riskit entisten osakkeiden arvon alenemisesta osakeanneissa olivat syynä siihen, että Englannin yhtiöoikeuteen otettiin vuonna 1980 määräys osakkeenomistajien merkintäetuoikeudesta osakeanneissa. Siihen asti osakkeenomistajien oikeuksien turvaaminen oli riippunut siitä, voitiinko merkintähinta osoittaa asetetun niin alas, että se rikkoi yhtiöoikeuden yleisiä periaatteita ja samalla entisten osakkeenomistajien oikeutta.[46]

Vertailupohjana merkintähinnalle voidaan avoimilla osakemarkkinoilla toimeenpannuissa suunnatuissa anneissa ajatella käytettävän ensisijaisesti samanlaisten osakkeiden markkinahintaa. Vaikeutena on tosin hintojen jatkuva vaihtelu. Sen ohella lienee turvauduttava liiketaloudellisesti määriteltyyn yhtiön arvoon, joka jää ainoaksi vaihtoehdoksi silloin kun markkina-arvoa ei ole. Eräs tapa saada selville uusien osak-

[45] Ks. myös *Rodhe,* mt. s. 52 ss.

[46] Ks. tarkemmin *Boyle* and *Birds'* Company Law, Printed in Great Britain 1984, s. 187 ss. ja *Gowers* Principles of Modern Company Law, London 1979, s. 222 ss. Vuoden 1985 osakeyhtiöoikeuden konsolidoinnin jälkeen määräykset osakepääoman korottamisesta sisältyvät Companies Act 1985 osaan IV Allotment of shares and debentures. Merkintäetuoikeudesta (pre-emption rights) säädetään sec. 89—96. Teksti on esim. kirjassa Butterworths Company Law Handbook, 4th ed., 1985.

keiden käyvä arvo on järjestää ns. tarjousosakeanti.[47] Esimerkiksi niissä tapauksissa, joissa suunnattua antia käytetään yritysoston maksuvälineenä tai keinona päästä sopimukseen, voidaan myös näihin transaktioihin sisältyvät tuotto-odotukset kapitalisoida. Perusteeksi osakkeiden antamiseen alle käyvän hinnan ne eivät sensijaan kelvanne.[48]

Pörssieettisiin sääntöihin sisältyvä määräys siitä, että pörssiyhtiöiden on vuosikertomuksessaan ja myös osakeantiesitteessään »annettava osakeantikorjatut tiedot osakkeiden pörssikurssin kehityksestä sekä osakekohtaiset osakeantikorjatut tiedot tuloksesta, osingosta ja omasta pääomasta viideltä viimeiseltä toimintavuodelta»,[49] on omiaan jatkossa helpottamaan osakkeenomistajan mahdollisuuksia arvostella suunnattujen antien lainmukaisuutta. Informaatioon olisi perusteltua lisätä tieto yhtiön substanssiarvosta. Samat ajan tasalle saatetut tiedot olisivat tarpeen myös yhtiökokoukselle tehtäessä päätöstä osakeannista ja sen ehdoista.

Edellä on käynyt ilmi, että suunnatun annin lainmukaisuus riippuu olennaisesti sen ehdoista. Tästä syystä OYL 4: 10,1 muodostaa aukon osakkeenomistajien suojajärjestelmässä. Lainkohta antaa nimittäin yhtiökokoukselle mahdollisuuden valtuuttaa hallitus päättämään myös suunnatuista osakeanneista. Valtuutus voidaan antaa avoimena yhtiöjärjestyksen mukaisen enimmäispääoman muodostaessa korotuksen ylärajan. Silloin ei yhtiökokouksessa ole käytettävissä niitä tietoja, joiden nojalla olisi arvosteltavissa, noudatetaanko osakkeenomistajien etuoikeudesta poikettaessa heitä suojaavia yleisiä periaatteita. Osakkeenomistajan ainoa mahdollisuus estää oikeudenloukkaukset on moittia OYL:n vastaista yhtiökokouksen päätöstä. Kanne on normaalisti nostettava kolmen kuukauden kuluessa päätöksen tekemisestä (OYL 9: 17).

Hallituksen päätöstä osakkeenomistajilla ei ole oikeutta moittia eivätkä he myöskään saa tietoa sen perusteista. Hallituksen päätökset eivät toisin sanoen ole samanlaisen osakkeenomistajien suorittaman laillisuusvalvonnan piirissä kuin yhtiökokousten päätökset.[50] Tästä syystä lakia olisi syytä muuttaa siten, että tapauksissa, joissa yhtiökokouksen valtuutuspäätös sisältää oikeuden poiketa osakkeenomistajien merkintäetuoikeudesta, sen tulisi sisältää myös ohjeet annin to-

[47] Ks. Kansallis-Osake-Pankin sijoitusmuistio. Tarjousosakeanti 2. 6.—13. 6. 1986.

[48] Vrt. *Koski — af Schultén,* mt. I s. 157.

[49] Ks. Helsingin Arvopaperipörssin ohjesääntö 38 ja 56 §.

[50] Voitaisiin mahdollisesti ajatella, että yhtiökokouksen valtuutuspäätöstä voitaisiin OYL 9: 17,2:n mukaisessa vuoden määräajassa moittia sillä perusteella, että hallitus myöhemmin käyttää sille annettua valtuutusta tavalla, joka osoittaa yhtiökokouksen päätöksen toteutettuna muodostuneen lainvastaiseksi. Konstruktio ei kuitenkaan tunnu tyydyttävältä.

teuttamisesta. Niiden perusteella tulisi voida ottaa kantaa päätöksen lainmukaisuuteen.[51]

5. Osakkeiden erilajisuudesta

»Osakeyhtiön kaikki osakkeet tuottavat yhtiössä yhtäläiset oikeudet». Säännöstä voidaan kuitenkin poiketa yhtiöjärjestyksen määräyksin. Jos yhtiöllä voi olla erilajisia osakkeita, on yhtiöjärjestyksestä käytävä ilmi myös lajien erot ja osakkeenomistajien merkintäetuoikeus osakeanneissa (OYL 3: 1). Oikeudet kohdistuvat joko yhtiövarallisuuteen (voittoon ja netto-omaisuuteen) tai hallinnoimiseen. Sensijaan eivät osakkeiden yhtiössä tuottamiin oikeuksiin kuulu ne seikat, jotka vaikuttavat pelkästään osakkeiden vaihdantaan, kuten lunastettavuus tai ulkomaalaisrajoitus.[52]

Erot hallinnoimisoikeuksissa — esimerkiksi osakkeen yhtiökokouksissa tuottamassa äänimäärässä — eivät vaikuta osuuteen yhtiövarallisuudesta (osaan yhtiössä), vaikka niillä tilanteista riippuen saattaa olla olennainen vaikutus osakkeiden markkina-arvoon.[53] Jokaisella osakkeella on joka tapauksessa oltava yhtiökokouksessa vähintään yksi ääni (OYL 9: 3,1). Tämä merkitsee samalla kyselyoikeutta. Osakkeenomistajan tai osakkeenomistajajoukon oikeudet lisääntyvät ääniosuuden kasvun myötä. Yli 50 %:ia kaikkien osakkeiden äänimäärästä tuo tavallisesti mukanaan määräämisvallan yhtiössä ja samalla mahdollisuuden valita yhtiön johto ja tilintarkastajat.

Entä mitä eroavuudet osakkeiden varallisuuspitoisissa oikeuksissa vaikuttavat yhtiöosuuteen? Osakkaalla on oikeus saada itselleen varoja yhtiöstä vain voitonjakona, osakepääoman tai vararahaston alentamisen yhteydessä ja netto-omaisuuden jakona selvitysmenettelyssä (OYL 12: 1). Jos osakkeiden näissä suhteissa tuottamat oikeudet eroavat toisistaan niillä on kyseisissä tilanteissa erilainen asema. Muussa suhteessa osuutta yhtiövarallisuuteen osoittaa osakkeen nimellisarvo

---

[51] Ruotsissa on Elinkeinoelämän pörssikomitea antanut suosituksen, jonka mukaan hallituksen valtuudet tulee rajoittaa poikkeustapauksiin ja yhtiökokouksen ohjeiden mukaisiksi.

[52] Ks. lähemmin *Huttunen, Allan:* Osakeyhtiön yhtiökokouksesta, Vaasa 1984, s. 311—312, *Koski — af Schultén,* mt. I, s. 93—95 ja *Kyläkallio,* mt. s. 120—121, jossa viimeksimainitussa muista poiketen katsotaan, että myös eri asema luovutettavuuden suhteen merkitsee erilajisuutta.

[53] Ks. esim. *Tuomainen,* em. artikkeli. Tässä yhteydessä on sivuutettava mielenkiintoinen oikeuspoliittinen kysymys siitä, olisiko moniäänlosakkeiden käyttö kiellettävä. Ks. esim. *Rodhe,* s. 124 ss.

ja se on kaikilla osakkeilla sama. Osakkeen markkina-arvoon ovat omiaan vaikuttamaan sekä osinko-odotukset että kullekin osakkeelle yhtiön substanssiarvon nousun myötä tuleva lisäarvo.

Edellä on osoitettu, miten osakkeenomistajan merkintäetuoikeutta koskevan normin tarkoituksena on varmistaa, ettei osakkeen tai yhtiön varallisuutta siirry osakeanneissa ulkopuolisille. Toinen tapa on pyrkiä varmistamaan, että uusista osakkeista (yhtiöosuuksista) luovutetaan yhtiölle entisten osakkeiden käypää arvoa vastaava raha- tai omaisuuspanos.[54] Yhtiövarallisuutta suojataan osakkeenomistajan näkökulmasta siksi, että yhtiö voisi toteuttaa tarkoitustaan ja tuottaa voittoa osakkeenomistajille. Rahastoannit tai osakeantituotot merkitsevät systemaattiselta kannalta katsottuna voitonjakoa. Ne kuuluvat osakkeenomistajille. Tästä seuraa myös, että osakkeiden merkintähinnan on oltava sama, jos niiden oikeus voittoon on sama.[55] Rahastoannissa ei osakkeenomistajien merkintäetuoikeudesta poikkeaminen ole OYL:n mukaan sallittua eikä suunnattu anti saa johtaa vastikkeettomaan varallisuuden siirtymiseen ulkopuolisille.

Jos joillakin osakkeilla on huonompi oikeus voittoon (tuleviin voittoihin ja/tai lopulta mahdollisesti purkamisen yhteydessä jäljelle jääneeseen netto-omaisuuteen), voisi ajatella, että myös niiden osakeantituoton suoja olisi toisiin osakkeisiin nähden heikompi. Ruotsin ABL 3: 1,2:n mukaan voidaankin erilajisten osakkeiden keskinäisestä merkintäetuoikeudesta määrätä yhtiöjärjestyksessä vain siinä tapauksessa, että »bolagets aktier inte skall medföra lika rätt till andel i bolagets tillgångar eller vinst».[56] Norjan ja Tanskan lakien mukaan kaikilla osakkeenomistajilla on etuoikeus merkitä uusia osakkeita riippumatta heidän omistamiensa osakkeiden lajista. Ainoa mahdollisuus rajoittaa merkintäetuoikeutta on ottaa yhtiöjärjestykseen määräys siitä, että etuoi-

---

[54] Ks. myös *Rodhe,* mt. s. 53.

[55] Nokian osakeannissa 28. 5.—30. 6. 1986 on siten loukattu osakkeenomistajien yhdenvertaisuutta asettamalla sidottujen osakkeiden merkintähinta selvästi vapaiden osakkeiden merkintähintaa alhaisemmaksi. Ks. sijoitusmuistio s. 3.

[56] Ks. perusteluista SOU 1971: 15, s. 155: ». . . det vore oriktigt, om två aktieslag, som skulle ha lika rätt i tillgångar och vinst och endast skilde sig åt i fråga om rösträtt, skulle ha olika företrädesrätt till nya aktier vid ökning av aktiekapitalet, särskild om det gällde fondaktier. Detta skulle stå i uppenbar strid mot bolagsordningens bestämmelse, enligt vilken aktieslagen skulle vara lika berättigare i fråga om tillgångar och vinst.» Ks. myös *Rodhe,* mt. s. 127. Käytännössä Ruotsissa hyväksytään kuitenkin myös yhtiöjärjestyksen määräys, jonka mukaan vain äänimäärän perusteella toisistaan eroavat osakkeet tuottavat oikeuden merkitä ainoastaan samanlajisia osakkeita. Syynä on, että merkintäoikeuden käyttö antaa tällöin osakkeenomistajalle mahdollisuuden säilyttää suhteellisen osuutensa sekä yhtiövarallisuudesta että äänimäärästä. Ks. *Kedner. G — Roos C.M.,* Aktiebolagslagen, Del I, Lund 1982, s. 55.

keuden saa samanlajisiin osakkeisiin kuin osakkeenomistaja ennestään omistaa.[57]

Yhtiöosuuksien johdonmukainen suoja ja erilajisten osakkeiden asettaminen eri asemaan vain siinä suhteessa kuin yhtiöjärjestyksessä nimenomaan on mainittu edellyttäisi Norjan ja Tanskan sääntöjen ottamista myös meidän OYL:iimme. Ruotsin lakiin sisältyvä säännös ei nimittäin näytä ottavan riittävästi huomioon sitä, että myös yhtiön kulloisellakin substanssilla on merkityksensä osakkeen arvolle varallisuuseränä.

OYL 3: 1 edellyttää, että yhtiöjärjestys aina sisältää määräykset osakkeenomistajien merkintäetuoikeudesta silloin, kun yhtiössä voi olla erilajisia osakkeita. OYL 4: 2,2:n mukaan ovat, kuten OYL:ia koskevan hallituksen esityksen perusteluissa nimenomaan lausuttiin, sanotut määräykset voimassa myös rahastoannissa.[58] Näiden määräysten tarpeesta lausuttiin sanotussa esityksessä, että »voi esimerkiksi olla asianmukaista antaa kantaosakkeiden omistajille etuoikeus vain uusiin kantaosakkeisiin ja etuoikeutettujen osakkeiden omistajille vain uusiin etuoikeutettuihin osakkeisiin.»[59] OYL 4: 2,2:n sanamuodon mukaan kyse on osakelajien *keskinäisestä* merkintäetuoikeudesta eli siitä, minkä lajin osakkeita kunkin osakelajin osake oikeuttaa merkitsemään. Kaikille osakkeille on ilmeisesti tarkoitettu tulevan pääsäännön mukainen merkintäetuoikeus eli oikeus merkitä uusia osakkeita aikaisemman omistuksensa suhteessa, ellei tästä oikeudesta ole kaikkien osakkeiden kohdalla osakeannissa poikettu. Kyseessä olisi siten tavallaan yhtiöjärjestykseen otettava kohdentumissääntö. Muunlainen tulkinta olisi mitä ilmeisimmin yhdenvertaisuusperiaatteen ja yleislausekkeen vastainen.[60]

Hallituksen OYL:ia koskevaan esitykseen sisältyi lisäksi OYL:n systematiikan kannalta ongelmallinen maininta siitä, että osakelajien ero voi koskea myös etuoikeutta uusiin osakkeisiin.[61] Tämä kanta on omaksuttu myös kirjallisuudessa[62] sekä patentti- ja rekisterihallituksen käytännössä.[63]

---

[57] Norjan ASL 4—2 ja Tanskan ASL § 30 stk 2.

[58] Ks. HE 27/1977 vp., s. 36.

[59] HE 27/1977 vp., s. 36.

[60] Ks. asian ongelmallisuudesta etenkin yhdistettynä OYL 9: 15 määräyksiin esim. *Koski — af Schultén,* mt. I s. 158—159.

[61] Ks. HE 27/1977 vp., s. 28.

[62] Ks. *Koski — af Schultén,* mt. I s. 158—159 ja *Kyläkallio,* mt. s. 120.

[63] PRH tulkitsee, että esimerkiksi yhtiöjärjestykseen otettu määräys, jonka mukaan sidotuilla osakkeilla saa osakeannissa merkitä uusia sidottuja osakkeita ja vapailla osakkeilla uusia vapaita osakkeita johtaa kahden eri osakelajin syntymiseen. Muuten ei 4/5 ns. ulkomaalaislausekkeen katsota merkitsevän sidottujen ja vapaiden osakkeiden erilajisuutta.

Se, että joiltain osakkeilta esimerkiksi kokonaan evättäisiin merkintäetuoikeus[64] merkitsisi koko osakkeen eli yhtiöosuuden luonteen muuttumista. Se tarkoittaisi, että näillä osakkeilla ei olisikaan nimellisarvon perusteella laskettua määräosuutta yhtiön varallisuuteen. Merkintäetuoikeus on nimittäin juuri tuon osuuden edustaman varallisuuden suojaamiskeino. Jos se suljettaisiin pois tulisi samalla asettaa sääntö, että merkintähinnan tulisi uusmerkinnässä olla entisten osakkeiden käypä arvo ja että rahastoanteja ei saisi toimeenpanna. Muussa tapauksessa osakkeesta muodostuisi lähinnä voitonjakoon ja nettovarallisuuteen oikeuttava ja äänioikeuden tuottava irtisanomaton laina. OYL:n systematiikka puolestaan edellyttää, että vain oikeutta voittoon ja jako-osan saantiin voidaan rajoittaa. Sensijaan säännöstä, jonka mukaan osakepääoma muodostuu samanmääräisistä osakkeista, jotka samalla osoittavat omistuksen yhtiössä, ei voida poiketa.

Myös juuri kosketellusta syystä olisi syytä selventää OYL:n erilajisten osakkeiden merkintäetuoikeutta koskevia säännöksiä vastaamaan sisällöltään Norjan ja Tanskan normeja.

Osakkeenomistajan OYL:n mukaisten oikeuksien toteutumista on selvästi vaikeampi valvoa ja oikeussuojakeinoin taata tilanteessa, jossa yhtiöllä on useita erilajisia ja markkinoilla erihintaisia osakesarjoja. Esimerkiksi käypien hintojen määritteleminen lunastustilanteissa ja pörssieettisten sääntöjen edellyttämien osakekohtaisten tunnuslukujen laskeminen hankaloituu entisestään. Osakkeiden erilajisuus sotii myös osakkeen perusluonnetta vastaan. Siitä syystä erilajisten sarjojen runsas käyttö on omiaan johtamaan osakkeenomistajien oikeuksien heikkenemiseen, mitä ei voida pitää myönteisenä.

6. Yhteenveto

Yhteenvetona voidaan todeta, että OYL:n mukaan osake on sellainen osuus yhtiössä, jonka arvo voidaan mitata rahassa. Yhtiöosuuden itsenäinen arvo on sen vaihdantakelpoisuuden seuraus. Osakkeenomistajan oikeuksien asianmukainen huomioon ottaminen edellyttää, että yhtiövarallisuuden ja omistussuhteiden uudelleenjärjestelyissä esimerkiksi osakeanneissa ja fuusioissa menetellään siten, ettei osakkeenomistajien yhtiöosuutta, sen rahassa mitattavaa arvoa loukata. Osakkeenomistajan tulee voida lähteä siitä, ettei hänen varallisuuttaan siirretä muille yhtiön toimenpitein. Tässäkin suhteessa yhtiövarallisuus

[64] Tämä katsotaan mahdolliseksi teoksessa *Koski — af Schultén*, mt. I, s. 158—159.

ja osakkeenomistajan osuus siihen on suojattu muulta kuin yhtiön liiketoiminnan tappiollisuudelta. Lisäksi osakesijoitukseen kohdistuu markkinariski (kysynnän heikkeneminen).

Edelleen on siis syytä pitää mielessä vanhan OYL:n 27 §:n oikeusohje. Yhtiön päätökset eivät saa osakkeenomistajan suostumuksetta välittömästi koskea hänen osaansa yhtiön omaisuuteen. Lisäksi tulisi edellyttää, että osakkeenomistajille annetaan ne tiedot, jotka ovat tarpeen sen toteamiseksi, että heidän oikeuksiaan kunnioitetaan.

Eero Routamo

Velvollisuudesta korvata viranomaiselle aiheutuneita kustannuksia

1. Viranomaisten kustannustietoisuus kasvussa?

Yleistäen voidaan sanoa, että viranomaisten moittiminen tehottomaksi ja veronmaksajien varoja tuhlaaviksi on monet vuodet ollut Suomessa tavanomaista. Kenties tästä syystä ja samanaikaisesta liiketaloudellisen ajattelutavan »voittokulusta» on seurannut, että viranomaiset ovat selvästi aikaisempaa enemmän kiinnittäneet huomiota mahdollisuuksiin periä erilaisia maksuja ja korvauksia yhteiskunnan jäseniltä muissakin muodoissa kuin pelkän verolainsäädännön nojalla. Eräät käytännön elämässä vastaantulleet tilanteet ovat saaneet kirjoittajan tarkastelemaan tapahtunutta kehitystä aluksi korvausoikeuden näkökulmasta. Tämä tarkastelu on kuitenkin johtanut laajempaan yhteiskunnalliseen mietiskelyyn — ns. ikuisuuskysymyksiin.

2. Korvausvaatimusten esiintymistä oikeuskäytännössä

Eräässä työnantajaani ja työtovereihini kohdistuvassa vesien pilaamista koskevassa oikeudenkäynnissä vesihallituksen edustaja vaati korvausta 51.000 markkaa kuluista, jotka vesihallitus oli käyttänyt vesistön tilan tutkimiseen sattuneen jätevesipäästön jälkeen. Yhtiön käsityksen mukaan vaatimus oli lakiin perustumaton. Se hylättiin kuitenkin sen vuoksi, että vesihallituksen tehtäviin kuuluu nimenomaan vesistöjen tilan tutkiminen eikä se ollut esittänyt selvitystä viranomaiselle aiheutuneista ylimääräisistä tutkimus- tai palkkauskuluista. Perusteluista saa sen käsityksen, että korvausta olisi voitu tuomita, jos sanottua selvitystä olisi ollut.

Koska korvausvaatimusta ei hylätty lakiin perustumattomana, on syytä tarkastella, millä tavoin oikeuskäytännössä on ratkaistu vastaa-

via tilanteita. Heti voidaan todeta, että KKO:n vuosikirjoista näyttää löytyvän samantapaisia riitoja vasta aivan viime vuosilta alkaen. Aikaisemmat ratkaisut ovat lähes pelkästään konfiskaation alaan kuuluvia. Viranomaisen vaatimus joskus hylätty, joskus hyväksytty:

KKO 1979 II 52: Isyyden vahvistamista koskevassa oikeudenkäynnissä mies vapautettiin velvollisuudesta korvata kunnalle sen maksamat siittämisajankohtaa koskevasta lausunnosta aiheutuneet kulut, koska korvausvelvollisuus ei perustunut lakiin.

KKO 1981 II 133: Luvattomasti kanatalousyritystä harjoittanutta henkilöä vaadittiin korvaamaan valtiolle luvattomasti tuotettujen munien osalta vientitukena maksettua hinnanerokorvausta 672.380 markkaa 30 penniä. Koska A, joka ei ollut toiminut kananmunien maastaviejänä, ei tuottamalla kananmunia ilman asianmukaista lupaa ja myymällä ne, ollut välittömästi aiheuttanut valtion kärsimäkseen ilmoittamaa hinnanerokorvauksista johtunutta vahinkoa, vaatimus hylättiin. Samanaikaisesti hyväksyttiin laittomasti saadun 30.000 markan hyödyn menettämisseuraus.

KKO 1984 II 16: Posti- ja telehallituksella ei ollut radiolaitteista annetun lain säännösten rikkomista koskevassa rikosjutussa oikeutta saada korvausta luvattoman radioaseman paikantamis- ja asian selvittämiskustannuksista.

KKO 1984 II 134: Valtion vaatimus saada korvausta yleisen vesialueen osalta vahingosta, jonka veden pilaantuminen oli aiheuttanut, hylättiin, koska valtiolla ei ole yleiseen vesialueeseen perustuvaa kalastusoikeutta eikä muutakaan vahinkoa ollut valtiolle aiheutunut.

KKO 1982 II 117: Syytetty oli aiheetta ampunut eräältä saarelta hätäraketin. Etsintäkulut oli korvattava valtiolle niiden sääntöjen mukaisesti, jotka olivat voimassa ao. viranomaisille suoritettavista maksuista.

KKO 1984 II 90: Radiolaitetta luvatta käyttänyt henkilö velvoitettiin suorittamaan posti- ja telehallitukselle vahingonkorvauksena saamatta jäänyt lupamaksu.

Käytännön esimerkit viittaavat siihen, että viranomaisten halu esittää erilaisia korvausvaatimuksia on viime aikoina kasvanut. Vaaditut summat ovat useissa tapauksissa siksi korkeita, että ne ovat maksamaan joutuvalle ankarampi rangaistus kuin sakot, konfiskaatiovaateet ja oikeudenkäyntikulut yhteensä. On aiheellista kysyä, millä perusteella julkiset laitokset oikeastaan toimivat maksutta ja millä perusteella ne voivat esittää korvausvaatimuksia.

Vastaukseksi näyttää tulevan, että yhteiskunnassamme tällä hetkellä kilpailee kaksi toisilleen vastakkaista periaatetta, joiden välistä rajanvetoa ei juurikaan näytetä käydyn julkisessa keskustelussa. Toi-

sen — uudemman — nimeksi on vakiintunut aiheuttamisperiaate, toista — vanhempaa — kutsutaan seuraavassa solidaariteettiperiaatteeksi.

3. Hallitusmuoto ja maksut valtiolle

Hallitusmuodon 62 §:n mukaan lailla vahvistetaan valtion virkatoimista ja toimituskirjoista suoritettavien maksujen, niinikään niiden maksujen yleiset perusteet, joita on suoritettava postin, rautateiden, kanavien, sairaalain, oppilaitosten ynnä muiden valtion laitosten käyttämisestä.

Hallitusmuodon VI luvusta käy yleensäkin ilmi se, että valtiontaloutta on tarkoitus hoitaa lakiin perustuvilla maksuilla, olivatpa ne sitten nimeltään vero tai jotain muuta. Uudesta tai lisätystä verosta säätäminen edellyttää, ellei laki ole yksivuotinen, kolmannessa käsittelyssä kahta kolmasosaa annetuista äänistä (VPJ 68 §).

Valtion maksuperustelaki on säädetty VPJ 67 §:n edellyttämässä järjestyksessä. Se antaa vapaan vallan asetuksella säätää, mistä suorituksesta maksuja peritään ja erilaiset varaumat antavat mahdollisuuden poiketa pääsääntönä olevasta suoritteen hinnoittelusta sekä alas- että ylöspäin.

Verojen ja maksuperustelain mukaisten maksujen lisäksi suoritetaan maksun nimellä myös varoja julkiselle vallalle tilanteissa, joissa voidaan väittää itse asiassa kysymyksessä olevan veroihin rinnastettava maksu. Tällainen on esim. sairausvakuutusmaksu, joka on puhdas palkkavero eikä lainkaan vakuutussopimukseen perustuva, riskiin suhteessa oleva maksu. Korvauksia saa, vaikka ei ole joutunut maksua suorittamaan. Toisaalta ei sairausvakuutustaan voi sanoa irti, vaikka vastaava turva olisi vakuutusyhtiöstä ostettavissa halvemmalla kuin mihin suuret tulot sairausvakuutusmaksun vievät.

4. Solidaariteetista aiheuttamisperiaatteeseen

Uskaltaisin väittää, että 1960-luvulta alkaen meillä on ollut yleisenä suuntauksena sellainen solidaarinen politiikka, jonka tarkoituksena on ollut erityisten maksujen poistaminen ja tärkeäksi koettujen yhteiskunnan toimintojen rahoittaminen verovaroin. Näiltä tiimoilta poistettiin sporttelipaikat ja viranomaisten erilaiset toimitusmaksut, valtiollistettiin tuomiokunnat, lopetettiin korkeakouluista lukukausimaksut ja valtiollistettiin yksityiset korkeakoulut, alettiin maksaa puoluetoiminnan

kustannukset suoraan puoluetukena valtion varoista, saatettiin terveydenhoitopalvelut lähes ilmaisiksi jne.

Tämän, ns. solidaariteettiperiaatteen rinnalle on voimalla noussut aiheuttamisperiaate. Lähtökohtaisesti se pitää sisällään sen, että teollisuuden on kustannettava kaikki toimintansa aiheuttamat välillisetkin kustannukset, kuten ennakoitavissa olevat ympäristöhaitat. Äärimmilleen vietynä on oppi esitetty myös perusteena viranomaiselle itselleen aiheutuvien kustannusten maksattamiselle. Opin ylipapeiksi ovat nousseet ympäristöministeriö ja ympäristöministeri eräistä varsin luonnollisista syistä.

Aiheuttamisperiaatteen historia ympäristöoikeudessa on suurinpiirtein seuraava:

Ideologia muovattiin Rooman klubin raportissa »Kasvun rajat». Ajatuksena on, että teollisuus tuottaa suuren määrän turhia tai vahingollisia tuotteita, ellei se joudu ottamaan huomioon tekojensa kokonaisvaikutuksia, joista ympäristöhaittojen merkitys on huomattava. Vasta silloin, kun tuotteen hintaan joudutaan sisällyttämään kaikki sen yhteiskunnalle aiheuttamat kustannukset, syntyy terveesti suunniteltua ja kokonaisuuden kannalta arvioiden hyödyllistä tuotantoa.

OECD, taloudellisen yhteistyön ja kehityksen järjestö omaksui aiheuttamisperiaatteen ja suosittelee sitä jäsenmailleen. Vaikka vesilainsäädäntö meillä jo vanhastaan sisältää aiheuttamisperiaatteen mukaisia ratkaisuja, ilmaantui periaate meille selvänä keskusteltaessa 1960-luvun lopussa vesiensuojelun rahoittamismahdollisuuksista. 1970-luvun alkupuolelta alkaen myös esim. Tulokkaan, Hollon ja Hyvösen ympäristöoikeutta käsittelevissä kirjoissa alkaa esiintyä aakkosellisessa hakemistossa sana aiheuttamisperiaate. Vuonna 1981 ilmestyi Kalevi Laaksosen tutkimus »Aiheuttamisperiaate ja ilmansuojelu». Lainsäädännössä aiheuttamisperiaate on jossain muodossa toteutettu ainakin jätevesimaksuissa ja maa-aineslaissa.

5. *Rahan kerääminen maksuina*

Erilaisten maksujen määrääminen ja maksujen korottaminen on selvästi yleistymässä. Tilannetta kuvaa esimerkiksi vuoden 1985 säädöskokoelman aakkosellinen hakemisto, jossa kolme eniten tilaa vievät hakusanat ovat vero (4,5 palstaa) kansainvälisiä sopimuksia (4 palstaa) ja maksut (3,1 palstaa). Hopealle sijoittunut painii täysin eri sarjassa ja eniten säädöksiä tuottavat verot ja maksut.

Maksuperustelain nojalla annettavien maksuasetusten valmistelu-

asiakirjoista saa käsityksen siitä, minkätapaisten ajatuskulkujen nojalla erilaisia maksusäännöstöjä valmistellaan. Esim. ympäristöministeriön muistiossa, joka koskee ehdotusta ilmansuojelun ja jätehuollon maksuasetukseksi esiintyy seuraavantyyppisiä toteamuksia:

— maksuilla koottavat tulot kattaisivat valtiolle jätehuollossa ja ilmansuojelussa tehtävien päätösten aiheuttamat hallintomenot,
— ilmansuojeluilmoituksen käsittelyaika on arvioitu 2—8 henkilötyöviikoksi,
— ilmansuojelun vuotuinen maksukertymä olisi arviolta 1,9 milj. markkaa,
— maksuasetuksen antaminen mahdollistaa lisähenkilöstön palkkaamisen ympäristöhallintoon ja tämä parantaa asiakkaiden oikeusturvaa.

Sivuhuomautuksena todettakoon, että ympäristöministeriön viime vuoden määräraha oli 3.870 milj. markkaa, josta peräti 3.616 miljoonaa oli asuntotoimen menoja. Asetusluonnoksessa kaavailtu tulokertymä on siis vain prosentin luokkaa varsinaisen luonnonsuojelun kokonaismenoista. Suuri teollisuusyritys voi joutua suorittamaan omana investointimenonaan kerralla useita kymmeniä miljoonia esim. biologisen jätevesipuhdistamon rakentamiseen.

6. *Provosoivia havaintoja*

Esi-isämme eivät hallitusmuotoa muokatessaan kuvitelleet, että valtiontalouden voisi jättää kansalaisten oikeusturvaa vaarantamatta virkamiesten harkintavallan varaan. Oikeuskäytäntö osoittaa, ettei mitään syytä luottaa tilanteen paranemiseen ole näkyvissä. Viranomaiset ajavat lisääntyvässä määrin kanteita, jotka osoittautuvat tuomioistuinten mielestä laittomiksi.

Jokainen hallinnonhaara voi luonnollisesti esittää samat argumentit oman maksuasetuksensa tueksi: jos keräämme rahaa, meille voidaan antaa lisää virkoja ja asiat tulevat paremmin hoidetuiksi. (Kaikilla veroilla virkoja verohallintoon!).

Jos aiheuttajan on maksettava aiheuttamansa kulut, voiko esim. poliisi ryhtyä perimään tuomitulta kuulustelijan palkkaa, putkan ja kuulusteluhuoneen vuokraa ja takaa-ajoon osallistuneen auton kilometrikorvauksia?

Keneltä puoluetuki tulisi aiheuttamisperiaatteen mukaan periä? Entä korkeakoulujen menot?

Aiheuttaako lukuisien uusien maksujen periminen jokaiseen viras-

toon organisaation, joka kirjaa ja tilittää maksut, ja toisen, joka tarkastaa tilinpitoa?

Johtavatko virastojen sooloilut varojen keräämisessä yliorganisaatioon ja eduskunnan budjettivallan hämärtymiseen? Voiko kannanotto aiheuttamisperiaatteen leviämiseen ja rajaamiseen perustua esim. niihin yhteiskuntapoliittisiin näkemyksiin, jotka Suomessa ovat vallalla?

7. Yhteenvetoa

Monet eri syyt näyttävät puoltavan sitä kantaa, että viranomaiselle suoritettavat maksut on säädettävä laissa. Tämä pätee sekä silloin, kun maksu suoritetaan etukäteen, esim. lupakäsittelyn yhteydessä, että silloin, kun tietyn seuraamuksen nojalla vaaditaan rahaa jälkeenpäin.

Säännösten tulisi olla muodossa, joka mahdollisimman tarkasti osoittaa myös maksettavan määrän. Varsinkin etukäteen maksettavien maksujen osalta tuntuu varsin vaaralliselta sallia viranomaiselle oikeus teettää selvitystöitä ulkopuolisella ja periä tästä syntyneet kulut todellisen menon mukaan. Tietyn menettelyn vireillepanon kuluja ei silloin voi lainkaan arvioida etukäteen. Konsulttisuosikkien synty ja elättäminen on vaaroista pahimpia, muttei toki poissa laskuista.

Maksuperustelakia tulisi eduskunnassa tarkentaa siten, ettei asetuksenanto-oikeudella itse asiassa kokonaan vesitetä verolainsäädäntöä koskevia VPJ:n säännöksiä.

Tulopoliittisia ratkaisuja tehtäessä on maksujen lisääntyvä osuus koettava verorasituksen kasvuna, vaikka vero-nimitys olisikin onnistuttu kiertämään.

Voitto Saario

Asianosaisautonomia kansainväliseen kauppaan liittyvässä välimiesmenettelyssä

Yhä yleisemmäksi tullut turvautuminen välimiesmenettelyyn kansainvälisestä kaupasta aiheutuvissa riita-asioissa on osaltaan aiheutunut siitä, että on haluttu saada kansainvälisiä liittymäkohtia omaavien asioiden ratkaisu kansainväliselle tasolle asianosaisten itsensä sopimalla tavalla ja näin päästä irti siitä epävarmuustekijästä, joka johtuu kansallisten tuomioistuinten soveltamien kansainvälisyksityisoikeudellisten normien ja yleensäkin lainsäädännön erilaisuudesta eri maissa. Muutoinkin on ymmärrettävissä, että sopimuspuolia ei erikoisemmin miellytä sellainen mahdollisuus, että heidän sopimuksestaan ehkä aiheutuvat erimielisyydet jäisivät toisen sopimuspuolen kotivaltion yleisen tuomioistuimen ratkaisun varaan. Ehkä pelätään, eikä aivan syyttä, että kansalliset näkemyserot voisivat vaikuttaa tuomioistuimen ratkaisuun tuomioistuinmaasta olevan asianosaisen hyväksi. Yleiset tuomioistuimet eivät myöskään aina ole yhtä hyvin perillä asian ratkaisuun olennaisesti vaikuttavista kansainvälisistä kauppatavoista kuin niihin perehtyneet sopimuspuolten itsensä valitsemat välimiehet.[1]

Kansainvälisessä välimiesmenettelyssä tulee aina esiin tiettyjä prosessiin liittyviä seikkoja, jotka eri maiden kansallisessa lainsäädännössä on saatettu ratkaista eri tavoin. Tällaisia ovat mm. asianosaisten vaatimusten ja väitteiden esittämistä sekä todistusmateriaalin vastaanottamista koskevat kysymykset. Välimiesmenettelyn sujumisen helpottamiseksi nämä seikat olisi mahdollisimman tarkoin selvitettävä jo vä-

[1] Ks. esim. *Julian D. M. Lew*, Applicable Law in International Commercial Arbitration Awards, New York 1978, s. 96, 117, 121, 122; *Riccardo Luzzato*, International Commercial Arbitration and the Municipal Law of States, Académie de Droit Interntional, Recueil des Cours, 1977, IV Tome 157, s. 32—48; *Matti Ylöstalo*, Välimiesmenettelystä nykyhetkellä, Suomalainen Tiedeakatemia, esitelmät ja pöytäkirjat 1973, Helsinki 1975, s. 181, 183; International Commercial Arbitration, Report of the Sixtieth Conference of the International Law Association (jälj. The Montreal Report), held at Montreal 1982, s. 269—302.

lityslausekkeessa tai erillisessä välityssopimuksessa esim. viittaamalla johonkin yleisesti käytettyyn välimiesmenettelysäännöstöön. Niin ikään olisi hyvä jo etukäteen sopia siitä, minkä aineellisen lain nojalla mahdolliset riitakysymykset on ratkaistava. Tähän kaikkeen asianosaisautonomia suo mahdollisuuden.

Varsin yleisesti tätä sopimuspuolilla olevaa mahdollisuutta onkin alettu käyttää hyväksi. Tähän suuntaan menevää kehitystä ovat osaltaan edistäneet tietyt kansainväliset välimiesmenettelyinstituutiot, joilla on oma vakiintunut menettelytapajärjestelmänsä, sekä eräät yleisesti tunnetut erilliset menettelytapasäännöstöt. Viimeksi mainittuihin turvaudutaan varsinkin *ad hoc*-luonteisissa välimiesoikeudenkäynneissä. Näin pystytään eliminoimaan käsittelyn aikana mahdollisesti ilmaantuvat häiriötekijät. Välimiesoikeudenkäynnissä noudatettu menettely saattaa niin ollen poiketa asianomaisen maan kansallisen prosessilainsäädännön mukaisesta menettelystä. Tästä saattaa ainakin toistaiseksi aiheutua välitystuomion täytäntöönpanovaiheessa erinäisiä ongelmia täytäntöönpanomaan kansallisesta lainsäädännöstä riippuen.[2]

Ulkomaisten välitystuomioiden tunnustamista ja täytäntöönpanoa koskevaa, New Yorkissa vuonna 1958 hyväksyttyä yleissopimusta laadittaessa ei ehkä otettu riittävästi huomioon sellaista mahdollisuutta, että välimiesmenettely ja siinä annettava välitystuomio olisi kokonaan irroitettu kaikista kansallisista yhteyksistä niin, ettei välitystuomiolla olisi lainkaan varsinaista kotipaikkaa, jonka lain mukaan sen pätevyyttä olisi arvosteltava.[3]

Mainitun yleissopimuksen V artiklan 1 momentin d kohdan sanamuodosta on kuitenkin pääteltävissä, ettei sopimus välitystuomion tunnustamiseen ja täytäntöönpanoon nähden aseta esteitä sellaiselle mahdollisuudelle, että asianosaiset ovat keskinäisellä sopimuksellaan syrjäyttäneet välitysmenettelyn tapahtumapaikan kansallisen lain. Sen asemesta välimiesmenettelyssä voidaan niin ollen asianosaisten osoituksen mukaan noudattaa esim. jonkin kansainvälisen välimiesmenette-

---

[2] Pakottavista normeista ja niiden vaikutuksesta ks. esim. *Hilding Eek,* The Swedish Conflict of Laws, The Hague 1965, s. 224—230, 282; *Sama,* Peremptory Norms and Private International Law, Leyden (Extract from the »Recueil de Cours», 1973, II), s. 10 ss.

[3] Ks. esim. *J. Gillis Wetter,* The Conduct of Arbitration. Journal of International Arbitration, 1985 Vol. 2, s. 7—18; *Timo Esko,* Johdatus New Yorkin konventioon ja Välityssopimus New Yorkin konvention kannalta teoksessa Buure-Hägglund — Esko, Ulkomaisen välitystuomion tunnustaminen ja täytäntöönpano New Yorkin konvention mukaan, Helsinki 1980, s. 6 ss., 18 ss.; The Montreal Report *(E. Mezger)* s. 283, *(Aron Broches)* s. 289—290, *(Ian Hunter)* s. 295—297, *(Tibor Varady)* s. 297—298, *(Lars Hjerner)* s. 301—302.

lyinstituution menettelytapajärjestelmää tai jotakin erillistä kansainvälistä menettelytapasäännöstöä, joiden valossa myös välimiesmenettelyn pätevyyttä on silloin arvosteltava. *Lex forumin* prosessuaaliset säännökset tulisivat siinä tapauksessa sovellettaviksi vain silloin kun ne ovat luonteeltaan pakottavia tai kun asianosaisten sopimat menettelysäännöt ovat puutteelliset, eikä välimiehille ole uskottu valtaa määrätä prosessuaalisista seikoista siinä tapauksessa, että asianosaisten sopimissa menettelysäännöissä on aukko.[4]

YK:n kansainvälisen kauppaoikeuden toimikunnan (UNCITRAL) toimesta laaditut ja vuonna 1976 hyväksytyt välimiesmenettelysäännöt (UNCITRAL Arbitration Rules) muodostavat pitkälle menevän kompromissin niiden vastaavien sääntöjen välillä, joita johtavat kansainväliset välimiesmenettelyinstituutiot ovat itselleen kehittäneet tai joita muutoin on yleisesti noudatettu. Tästä johtuen UNCITRALin säännöt on otettu käyttöön laajalti eri puolilla maailmaa, mikä on osoituksena niiden soveltuvuudesta erilaisissa olosuhteissa.[5]

Kansainvälisen kaupan jatkuva laajentuminen on lisännyt myös tarvetta yhdenmukaistaa eri maiden kansallisia välimiesmenettelyä koskevia lakeja niiden kirjavuudesta aiheutuvien tulkintavaikeuksien ja käytännöllisten ongelmien eliminoimiseksi. UNCITRALin sääntöjen saavuttaman suosion rohkaisemana mainittu YK:n kansainvälisen kauppaoikeuden toimikunta on sittemmin jatkanut ponnistelujaan välimiesmenettelyn käytön edistämiseksi kansainvälisestä kaupasta aiheutuvien riita-asioiden selvittelymuotona. Huolellisen valmistelun jälkeen toimikunta hyväksyi 21. 6. 1985 mallilain, jota voidaan käyttää esikuvana välimiesmenettelyä koskevien kansallisten lakien uudistamisessa. Niiden keskinäisen yhdenmukaistamisen avulla voidaan päästä eroon vanhentuneista ja toisistaan poikkeavista prosessuaalisista säännöksistä. Näin välimiesmenettely voidaan kansallisenkin lain puitteissa nykyistä helpommin sopeuttaa asianosaisten tarpeita vastaavaksi ja samalla suoda riittävä liikkumatila asianosaisautonomialle. Yhdenmukaistaminen helpottaa osaltaan myös vuoden 1958 New Yorkin sopimuksen soveltamisessa syntyvien ongelmien välttämistä kansainvälisten välitystuomioiden tunnustamisessa ja täytäntöönpanossa. Lisäksi se tietenkin on omiaan laajentamaan kansainvälisen kaupan kehittymismahdollisuuksia.[6]

---

[4] *Lew*, mt. s. 104, 111; *Luzzato*, mt. s. 57—59.

[5] UNCITRALin säännöistä ks. esim. The Montreal Report s. 269—271; *Saario*, Arbitration of International Contract Disputes, JFT 1983 s. 351 ss.

[6] YK:n yleiskokous hyväksyi 11. 12. 1985 päätöslauselman (40/72) »recommending that all States give due consideration to the UNCITRAL Model Law in view of the desira-

Mallilaki rakentuu sille perusajatukselle, että välimiesmenettelyn ensisijaisena tarkoituksena on tehdä välimiehille mahdolliseksi yksilöidä asianosaisten välillä syntyneet riitakysymykset ja antaa niistä ratkaisunsa eikä pakottaa heitä askartelemaan ulospääsyn etsimisessä kansallisten prosessilakien moninaisten teknisten yksityiskohtien rämeiköstä. Välimiesmenettelyn olennaisena piirteenä on, että se tulee voida kussakin yksittäistapauksessa sopeuttaa vastaamaan asianosaisten tarpeita. Välimiesmenettelyn vapaaehtoisuuteen perustuva luonne edellyttää, että asianosaiset voivat määrätä prosessin kulusta asianosaisautonomiaa hyväksi käyttäen.

Monissa maissa paikallisilla tuomioistuimilla ei ole valtaa puuttua maassa tapahtuviin välimiesoikeudenkäynteihin muutoin kuin milloin niiden apua tarvitaan esim. valallisten todistajankertomusten vastaanottamisessa, editiovelvollisuuden määräämisessä, välimiesoikeuden puheenjohtajan tai jäsenen valitsemisessa taikka niskoittelevan välimiehen velvoittamisessa täyttämään tehtävänsä. Eräänlaista kontrollia merkitsee myös vaatimus, että välitystuomio on tallennettava jonkin tuomioistuimen huostaan.[7] Suhteellisen laajan itsenäisyyden suominen välimiesmenettelylle vastaa sen luonnetta ja myös asianosaisten tarpeita.

Vasta kun asianosainen hakee välitystuomion täytäntöönpanoa tai kun hävinnyt osapuoli ajaa kannetta tuomioistuimessa välitystuomion julistamisesta mitättömäksi, tulevat esille kysymykset siitä, tuleeko ja missä määrin välitystuomion täyttää jonkin maan kansallisen lain asettamat vaatimukset. Tällöin asianosaisautonomia voi joutua koetukselle riippuen tuomioistuinmaan lainsäädännöstä. Asia voi melkoisesti mutkistua silloin kun välimiesoikeuden istunnot on tarkoituksenmukaisuussyistä pidetty useissa eri maissa, mikä nykyisin ei ole suinkaan epätavallista. Todistusmateriaalin saatavissaolo, asianosaisten ja välimiesten asuinpaikat sekä muut käytännölliset seikat saattavat puoltaa sitä, että välimiesoikeus pitää istuntonsa vuoron perään eri maissa niin kuin tarve kulloinkin vaatii. Sellaisessa tapauksessa välimiesmenettelyä seuraavalla välitystuomiolla ei ole mitään erityistä kiinnekoh-

---

bility of uniformity of the law of arbitral procedures and the specific needs of international commercial arbitration practice.» Ks. myös esim. *Carl-August Fleischauer,* UNCITRAL Model Law of International Commercial Arbitration, The Arbitration Journal 41 (1986) s. 17 ss.; *Lord Justice Kerr,* Arbitration and the Courts: The UNCITRAL Model Law, International and Comparative Law Quarterly 34 (1985): 7; *Ylöstalo,* Välimiesmenettelyn mallilakia koskeva ehdotus, DL 1985 s. 70 ss.

[7] VML 10 § 2 mom., 11 § 2 mom., 13 §, 14 § 2 ja 3 mom., 17 §, 19 § 2 mom., 20 § 2 mom.; ks. myös *Luzzato,* mt. s. 50 ss.

taa mihinkään tiettyyn maahan. Välitystuomion julistamispaikkakin voi olla täysin sattumanvaraisesti valittu asianosaisten tai välimiesten etua tai mukavuutta silmällä pitäen. Tällainen käytäntö saattaa tulevaisuudessa tulla yhä yleisemmäksi ottaen huomioon nykyisten kommunikaatiovälineiden tarjoamat mahdollisuudet. Se suo myös laajenemismahdollisuuden asianosaisautonomian hyväksikäytölle, mikä puolestaan merkitsee joustavuuden lisääntymistä kansainvälisessä välimiesmenettelyssä. Tätä kehitystä ei pitäisi keinotekoisesti ehkäistä välitystuomioiden täytäntöönpanoasteella, mikä kokonaisuuden kannalta olisi vastoin kansainvälisen liike-elämän etua.[8] Joka tapauksessa välitystuomiota, jota edeltävä välimiesmenettely on tapahtunut useissa eri maissa tai joka muutoin on irroitettu kansallisen prosessilain soveltamisalan piiristä, voidaan pitää sellaisena ei-kotimaisena välitystuomiona, jota tarkoitetaan vuoden 1958 New Yorkin sopimuksen 1 artiklan 1 momentissa ja joka niin ollen täyttää välitystuomion tunnustamiselle ja täytäntöönpanolle sanotussa sopimuksessa asetetut edellytykset.[9] On kuitenkin todettava, että kansainvälinen käytäntö on tässä suhteessa vielä horjuva.

Kaupallisista sopimuksista aiheutuvat erimielisyydet, jotka johtavat välimiesmenettelyyn, ovat luonteeltaan dispositiivisia. Mitään esteitä ei niin ollen pitäisi olla siihen, että asianosaiset sopivat riitaisuutensa selvittämisestä haluamallaan tavalla. Jos sopimukseen liittyy välityslauseke tai erillinen välityssopimus ilmaisten asianosaisten tahdon selvittää erimielisyytensä välimiesmenettelyssä, heidän etunsa mukaista on, että asianosaisautonomia ulotetaan mahdollisimman pitkälle välimiesmenettelyn järjestämisessä niin, että se parhaiten vastaa heidän tarpeitaan. Tältä pohjalta lähtien myös niiden kriteeerien, joita käytetään välitystuomioiden täytäntöönpanovaiheessa edellytyksenä niiden tunnustamiselle ja täytäntöönpanolle, tulisi olla riittävän joustavia. Kansallisten prosessilakien yhdenmukaistaminen UNCITRALin mallilain mukaiseksi vähentäisi huomattavasti tarvetta kehitellä sellaista käsitettä kuin »paikallistamaton» tai »kelluva» välitystuomio.

Perinteisen katsantokannan pohjalta on esitetty teoreettisia epäilyjä paikallistamattomia tai kelluvia välitystuomioita kohtaan mm. sillä perusteella, että kaikkea toimintaa, joka tietyn valtion alueella tapahtuu, tulee voida arvostella sen valtion lainsäädännön valossa. Lisäksi on huomautettu, että jos välitystuomiolla ei olisi varsinaista kotipaik-

[8] *Luzzato,* mt. s. 66 s.

[9] *Luzzato,* mt. s. 71 ss.; *Jan Paulsson,* Delocalization of International Commercial Arbitration: When and Why It Matters, International and Comparative Law Quarterly 32 (1983) s. 61; The Montreal Report *(Lars Hjerner)* s. 301—302.

kaa, sen mitättömyysperusteita päästäisiin tutkimaan vasta täytäntöönpanovaiheessa. Tätä vastaan taas on huomautettu, että mitättömyysperusteet ovat käytännöllisesti katsoen samat, nostettiinpa mitättömyyskanne välittömästi välitystuomion julistamisen tai antamisen jälkeen tai vedottiinpa niihin vasta täytäntöönpanoprosessissa. Näin ollen ei mitään oikeudenmenetystä pääsisi tapahtumaan sen asianosaisen vahingoksi, joka mitättömyysperusteeseen vetoamisesta hyötyy siinä tapauksessa, että se osoittautuu pitäväksi. »Paikallistamattomien» tai »kelluvien» välitystuomioiden käsite ei toistaiseksi ole saavuttanut yleistä hyväksymistä. Jyrkkä kannanotto niiden hyväksymistä vastaan merkitsee epäilemättä asianosaisautonomian liikkumatilan supistamista.[10]

Asianosaisautonomia on varauksettomammin vallannut alaa aineellisen lain määräämisen osalta. Yleisesti on hyväksytty ajatus, että asianosaiset voivat välityslausekkeessa tai erillisessä välityssopimuksessa osoittaa sen aineellisen lain, jonka nojalla mahdollisesti ilmenevät erimielisyydet on välimiesmenettelyssä ratkaistava.[11]

Vuoden 1958 New Yorkin sopimus ei vielä sisällä mitään suoranaista määräystä sovellettavasta aineellisesta laista. Epäsuorasti asianosaisten määräämisvalta tässä suhteessa on kuitenkin tunnustettu yleissopimuksen V artiklan 1 momentin a kohtaan sisältyvässä sivulauseessa: ». . . tai että mainittu sopimus ei ole pätevä sen lain mukaan, jonka alaisuuteen sopimuspuolet ovat alistaneet sopimuksen . . .» Muutoin aineellisen lain valinnalla on tämän yleissopimuksen puitteissa merkitystä lähinnä vain sikäli kuin se muodostaa esteen välitystuomion tunnustamiselle ja täytäntöönpanolle esim. *ordre public*-periaatteen nojalla.

Sen sijaan eräissä myöhemmissä yhteyksissä asianosaisautonomia aineellisen lain valinnan osalta on nimenomaisesti tunnustettu. Niinpä vuonna 1961 välimiesmenettelyä kansainvälisen kaupan yhteydessä hyväksytyn Euroopan yleissopimuksen VII artiklan mukaan asianosaiset voivat vapaasti sopia siitä aineellisesta laista, jota heidän riitakysymystensä ratkaisuun on sovellettava. Sanotun sopimuskohdan mukaan vain silloin, kun tällaista osoitusta ei ole, välimiesten tulee etsiä sovellettava laki sellaisten kansainvälisyksityisoikeudellisten normien nojalla, jotka he katsovat kysymyksessä olevassa tapauksessa sopiviksi. Kaikissa tapauksissa välimiesten tulee ottaa huomioon riidan koh-

---

[10] *Luzzato*, mt. s. 157 ss.; The Montreal Report *(Tibor Varady)* s. 298.

[11] Aineellisen lain määräämisestä ja ns. *proper law*-käsitteestä ks. esim. *Carita Wallgren*, Valet av tillämplig materiell rätt, JFT 1984 s. 350—373.

teena olevan pääsopimuksen määräykset ja vallitsevat kauppatavat. Sovellettavan lain valinta ei riipu riidan aiheeseen liittyvästä tosiseikastosta.

Suunnilleen samansisältöiset määräykset on otettu mm. vuonna 1965 Kansainvälisen jälleenrakennuspankin toimesta laadittuun yleissopimukseen, joka koskee valtioiden ja muiden valtioiden kansalaisten välisten investointiriitaisuuksien selvittämistä (Art. 42,1) sekä Kansainvälisen kauppakamarin välitystuomioistuimen sääntöihin (Art. 13,3) vuodelta 1975 ja UNCITRALin välitysmenettelysääntöihin (Art. 33,1) vuodelta 1976.

Aineellisen lain valinnassa voidaan mennä jopa niin pitkälle, että asianosaiset eivät osoitakaan minkään tietyn maan kansallista lakia sovellettavaksi heidän välillään ehkä syntyvien erimielisyyksien ratkaisemiseen, vaan viittaavat sen sijaan kansainvälisiin kauppatapoihin ja kansainvälisessä kaupassa yleisesti noudatettuun käytäntöön, joiden yhdessä voidaan katsoa muodostavan tavanomaisen kansainvälisen kauppalain eli ns. *lex mercatorian.*[12]

Itse asiassa tällä kehityksellä on takanaan pitkät perinteet. Jo keskiajalla syntyi kansainvälisessä liiketoiminnassa joukko kauppatapoja, joita käytännössä yleisesti noudatettiin. Aikaa myöten niiden vakiintuneisuus oikeutti pitämään niitä osana kansainvälistä tavanomaista oikeutta, jonka muodostamaa kokonaisuutta ryhdyttiin kutsumaan *lex mercatoriaksi.* Sellaisenaan se säilytti asemansa varsin pitkään, kunnes kansallisen lainsäädännön kehittyminen erityisesti Ranskassa ja Saksassa vähitellen syrjäytti sen merkityksen kansainvälisen kaupan ainoana sääntelijänä.

Viimeaikainen kehitys on kuitenkin luonut edellytykset *lex mercatorian* uudelleen syntymiselle. Tähän on merkittävästi myötävaikuttanut määrätietoinen kansainvälinen yhteistyö, jonka tuloksena on saatu aikaan joukko kansainvälisiä yleissopimuksia ja mallilakeja. Niiden ilmentämät periaatteet, jotka osittain pohjautuvat vakiintuneisiin kauppatapoihin, ovat tulleet yleiseen käytäntöön riippumatta siitä, kuinka moni valtio todellisuudessa on ratifioinut asianomaisen yleissopimuksen tai uudistanut sisäisen lainsäädäntönsä mallilakien mukaiseksi. Näin on maailman taloudellisen kehityksen myötä palattu sellaiseen

---

[12] *C. Croff,* Applicable Law in an International Commercial Arbitration: Is It Still a Conflict of Laws Problem? The International Lawyer 16 (1982) s. 613 ss.; *Lew,* mt. s. 104, 436; *Paulsson,* mt. s. 53 ss.; Traditionaalista kantaa, jonka mukaan välitystuomion tulee aina olla ankkuroitunut tiettyyn kansalliseen lakiin, edustaa mm. *F. A. Mann,* Lex Facit Arbitum. International Arbitration, teoksessa Liber Amicorum for Martin Domke 1967, s. 157, 159.

tilanteeseen, että kansainvälistä kauppaa käytännössä pitkälle sääntelee valtioiden kansallisesta lainsäädännöstä erillinen autonominen normisto, jota on ryhdytty kutsumaan uudeksi *lex mercatoriaksi.*[13]

Kansainvälisissä kaupallisissa suhteissa käytännöllinen lähestymistapa johtaa usein parhaisiin tuloksiin. Kun kansainvälisiä liittymäkohtia omaavasta kaupallisesta sopimuksesta ja sen oikeasta täyttämisestä aiheutuu erimielisyyksiä sopimuskumppanien kesken, on hyödyllisempää tutkia riitakysymyksiä enemmän kansainvälisten kauppatapojen ja yleisen käytännön valossa kuin ryhtyä etsimään sellaista kansallista lakia, joka mahdollisesti olisi sovellettavissa riitakysymysten ratkaisuun. Tällainen etsintä tuntuu erityisen hyödyttömältä sellaisissa tapauksissa, että riidan kohteena oleva pääsopimus enempää kuin välityssopimuskaan eivät osoita mitään tiettyä kansallista lakia noudatettavaksi. Sopimuskumppanit saattavat itsekin nähdä riitaisuuksiensa ratkaisemiseen käytettävän mieluummin kaikkien tuntemia kansainvälisesti hyväksyttyjä normeja kuin sellaista kansallista lakia, johon päädytään tieteellisen argumentoinnin avulla. Vaatimus, että sopimuksella tulisi olla jokin tietty kotipaikka, on vanhentunut ja kansainvälisen liike-elämän kannalta epäkäytännöllinen.[14]

Jotta kansainväliseen kauppaan liittyvä välimiesmenettely pääsisi kehittymään todella kansainväliseksi, se tulisi asianosaisten niin halutessa voida kokonaan irroittaa kansallisista oikeusjärjestelmistä niin, että sekä prosessimenettelyä sääntelevät normit että riidan ratkaisemiseen sovellettavat aineelliset säännökset voitaisiin vapaasti valita asianosaisautonomian pohjalta. Samalla se olisi omiaan edistämään kansainvälistä kanssakäymistä ei vain liike-elämän vaan myös muilla aloilla.[15]

---

[13] *B. Goldman,* La *Lex Mercatoria* dans les Contrats et l'Arbitrage Internationaux: Realité et Perspectives, Journal Droit International 106 (1979) s. 475 ss.; *Ole Lando,* The *Lex Mercatoria* in International Commercial Arbitration. International and Comparative Law Quarterly 34 (1985): 4 s. 747 ss.

[14] *Lew,* mt. s. 104; *Luzzato,* mt. s. 88—89; The Montreal Report s. 273 ss.

[15] *Lew,* mt. s. 111; *Luzzato,* mt. s. 25—28, 54—55; *Paulsson,* mt. s. 57 ss.

Ari Saarnilehto

Asunto-oikeuden asiallisesta toimivallasta eräissä tapauksissa

1. Johdannoksi

1.1. Säännöksistä

Huoneenvuokralain (10. 2. 1961/82, HVL) 52 §:n mukaan lailla voidaan erikseen säätää, että *huoneenvuokrasuhteesta johtuvat riita-asiat* käsittelee ja ratkaisee yleiseen alioikeuteen asetettu erityinen osasto, jota kutsutaan asunto-oikeudeksi. Kesällä 1973 säädettiin kymmenen asunto-oikeuden perustamisesta seuraavan vuoden alusta[1] ja oikeudenkäyntimenettelyä koskeva laki.[2]

HvOkL 1 §:ssä on toistettu HVL 52 §:n sisältö. Asunto-oikeuden toimivallasta on säädetty HvOkL 3 §:ssä. Se kuuluu seuraavasti:

> »Asunto-oikeus on toimivaltainen käsittelemään asian, jos vuokrahuoneisto, jota riita koskee, sijaitsee sen yleisen alioikeuden tuomiopiirissä, johon asunto-oikeus on asetettu. Asianosaiset eivät voi sopia, että asia käsitellään yleisen alioikeuden toisessa osastossa tai muussa tuomioistuimessa taikka että alioikeuteen kuuluva muu kuin huoneenvuokrasuhteesta johtuva riita-asia tai muun tuomioistuimen toimivaltaan kuuluva asia käsitellään asunto-oikeudessa.»

Säännöksen toisessa virkkeessä säädetään asunto-oikeuden ja yleisen alioikeuden muun osaston välisestä toimivallanjaosta. Muuta kuin huoneenvuokrasuhteesta johtuvaa riita-asiaa ei voida käsitellä asunto-oikeudessa. Asianosaiset eivät voi sopia toisin. Asianosaiset eivät myöskään voi pätevästi tehdä prorogaatiosopimusta asunto-oikeuden toimivaltaan kuuluvassa asiassa.

HvOkL 3 §:ssä ei ole mainintaa siitä, voidaanko huoneenvuokrasuhteesta johtuva riita-asia käsitellä välimiesoikeudessa. Välimiesmenet-

---

[1] Laki eräiden asunto-oikeuksien perustamisesta 10. 8. 1973/646.

[2] Laki oikeudenkäynnistä huoneenvuokra-asioissa 10. 8. 1973/650 (HvOkL).

telyn mahdollisuutta osoittaa korkeimman oikeuden ratkaisu KKO 1980 II 103:

> Liikehuoneiston vuokrasopimukseen sisältyvä välityslauseke esti vuokrasuhteen lakkaamiseen perustuvan häätövaatimuksen tutkimisen virka-apuasiassa.

Korkeimman oikeuden päätös on ymmärrettävissä vain, jos välimiesmenettely oli mahdollinen.[3]

HvOkL:ssa käytetään asunto-oikeuden toimivaltaan kuuluvista jutuista myös määrittelyä huoneenvuokra-asia (ks. esim. lain nimi, 3 luvun otsikko ja 36 §). Tämä ilmenee erityisesti HvOkL 24 §:stä, jossa asunto-oikeuden ratkaisemalla huoneenvuokra-asialla tarkoitetaan kaikkia asunto-oikeuden ratkaisemia riitajuttuja.

1.2. Esitöistä

Asuinhuoneiston vuokralaisen hallinnansuojaa valmistellut huoneenvuokralain tarkistustoimikunta esitti I mietinnössään asunto-oikeuksien (ja asuntoylioikeuden) perustamista käsittelemään eräitä asuinhuoneiston vuokralaisen irtisanomissuojaa ja asuinhuoneiston vuokran sovittelua koskevia asioita.[4] Sen ehdottamassa 52 §:ssä olisi nimenomaisesti lueteltu, missä HVL:n säännöksissä tarkoitettujen riita-asioiden ratkaiseminen olisi kuulunut asunto-oikeudelle.

Asuntotuomioistuimia käsitelleessä II mietinnössään huoneenvuokralain tarkistustoimikunta rajasi asunto-oikeuden (ja asuntoylioikeuden) toimivallan käsittämään kaikki HVL:n mukaan ratkaistavat riita-asiat.[5] Hallituksen esityksen perusteluissa käytettiin rinnakkain sanontoja »huoneenvuokralain mukaan ratkaistava» ja »huoneenvuokrasuhteesta johtuva» riita-asia.[6]

Lainvalmistelutöissä näytetään vain vähäisessä määrin kiinnitetyn huomiota asunto-oikeuden asialliseen toimivaltaan. Tämä johtunee siitä, että on pidetty selvänä, mikä on sen toimivaltaan kuuluva huoneenvuokra-asia.

---

[3] *Möller,* Oikeustapauskommentti, DL 1981, oikeustapausosasto s. 56—62, ei ole kommentoidessaan ratkaisua KKO 1980 II 103 käsitellyt kysymystä, onko välimiesmenettely huoneenvuokra-asiassa mahdollinen.

[4] Huoneenvuokralain tarkistustoimikunnan I mietintö, Km 1970: B 4, s. III.

[5] Huoneenvuokralain tarkistustoimikunnan II mietintö (Asuntotuomioistuimet), Km 1970: B 41 s. III ja 5.

[6] Hallituksen esitys Eduskunnalle oikeudenkäyntiä huoneenvuokra-asioissa koskevaksi lainsäädännöksi, HE n:o 42/1973 vp., s. 3.

1.3. Toimivaltaa koskevista ongelmista

Esitettyjen säännösten ja esitöiden valossa on selvää, että vuokranantajan ja vuokralaisen väliset huoneenvuokrasopimuksen sisältöä, tulkintaa ja voimassa oloa koskevat sekä vuokralaisen ja vuokranantajan sopimuksen ja HVL:n mukaisia velvollisuuksia ja niiden täyttämistä[7] koskevat riita-asiat kuuluvat asunto-oikeuden toimivaltaan. Merkitystä ei ole sillä, ratkeaako riita HVL:n säännösten nojalla vai jollain muulla perusteella, koska HvOkL:ssa ei asunto-oikeuden toimivaltaa ole kytketty ratkaisun perusteluihin, vaan riidan aiheuttaneen oikeussuhteen laatuun.

Huoneenvuokrasuhdetta koskeva riita-asia voidaankin asunto-oikeudessa (ja yleensäkin tuomioistuimessa) ratkaista esimerkiksi HVL:n säännösten, asianosaisten välisen sopimuksen, yleisten sopimusoikeudellisten periaatteiden tai vaikkapa ideksiehdon käytön rajoittamisesta annettujen säännösten nojalla, jos riita koskee vuokrasopimukseen otettua indeksiehtoa.

Selvältä asunto-oikeuden toimivallan osalta myös näyttää, ettei asunto-oikeus voi tutkia juttua, jos riidanalainen huoneiston käyttö ei perustu huoneenvuokrasuhteeseen. Jos tällainen juttu on tullut asunto-oikeuteen ratkaistavaksi, asunto-oikeuden on jätettävä se tutkimatta[8] tai siirrettävä se alioikeuden yleiselle osastolle.[9]

Hovioikeudet eivät kuitenkaan ole johdonmukaisesti katsoneet, että muusta kuin huoneenvuokrasuhteesta johtuvat riita-asiat tulisi jättää asunto-oikeudessa tutkimatta.

> Kouvolan HO 27. 2. 1985, A 84/114, N:o 1843/84: Asunto-oikeus jätti jutun tutkimatta, koska kantajayhtiön ja vastaajan välille ei ollut syntynyt vuokrasuhdetta. Hovioikeus katsoi, ettei kanteen peruste huomioon ottaen väite asunto-oikeuden puuttuvasta toimivallasta ollut oikeudenkäynnin edellytyksiä koskeva väite, vaan kysymys oli pääasiaratkaisun aineellisista edellytyksistä. Hovioikeus katsoi myös, ettei vuokrasuhdetta ollut syntynyt. Se kumosi asunto-oikeuden tuomion ja hylkäsi kanteen. — Hovioikeuden tuomion perusteluiden mukaan kyse ei ollut huoneenvuokrasuhteesta johtuvasta riita-asiasta, mutta asunto-oikeuden olisi kuitenkin pitänyt tutkia juttu.

---

[7] Ks. esim. *Kemppinen,* Käytännön lakiasiat ja niiden hoitaminen, Juva 1982, s. 122, jossa puhutaan rajuilman aiheuttamasta vesivahingosta ja sen perusteella vuokranantajalta vaadittavasta vahingonkorvauksesta.

[8] KKO 1981 II 4 ja 1981 II 143, joista lähemmin jaksossa 2, sekä esim. Helsingin HO 25. 9. 1974, As. 1974/18/52, N:o 51 ja 31. 8. 1977, A 1977/134, N:o 156.

[9] Siirtomahdollisuus väärällä osastolla esiin tulleen jutun osalta on mainittu usean raastuvanoikeuden kokoonpanosta ja toiminnasta annetussa päätöksessä.

Turun HO 13. 12. 1984, 161084-N:o 2222, 1984 A 1 Par 4, 167 §: Jutussa katsottiin, ettei osapuolten välille ollut syntynyt huoneenvuokrasuhdetta. Jutun ratkaisuun osallistuivat HvOkL 29 §:ssä mainitut lisäjäsenet ja oikeudenkäyntikulujen korvaamiseen sovellettiin HvOkL 36 §:ää.

Helsingin HO 8. 12. 1976, A 1976/97, N:o 285: Asunto-oikeus tutki jutun, vaikka se katsoi tuomiossaan käyttöoikeuden perustuvan testamentissa määrättyyn hallintaoikeuteen. Hovioikeus katsoi, ettei ollut syytä muuttaa asunto-oikeuden tuomion lopputulosta, eli katsoi jutun kuuluneen asunto-oikeuden toimivaltaan.

Huoneiston käyttöä koskevan oikeussuhteen osapuolilla voi olla eri käsitys siitä, mihin heidän välisensä oikeussuhde perustuu. Heidän välisensä riita voi tulla vireille alioikeuden yleisellä osastolla tai asunto-oikeudessa siitä riippuen, kumpi on kantajana. Tuomioistuimen toimivaltaa arvosteltaessa ei kuitenkaan voida antaa merkitystä sille, mikä on kantajan käsitys asian luonteesta.[10] Tosiasiallisen tilanteen tulee ratkaista tuomioistuimen toimivalta.[11] Samaa oikeussuhdetta koskevat riita-asiat tulee käsitellä joko asunto-oikeudessa tai alioikeuden yleisellä osastolla riippumatta siitä, että osapuolten käsitykset huoneenvuokrasuhteen olemassa olosta poikkeavat toisistaan.

Edellä olevissa hovioikeustapauksissa tuomioistuimen toimivalta on ilmeisesti ratkennut sillä perusteella, että kantaja on väittänyt kyseessä olevan huoneenvuokrasuhteen. Kouvolan hovioikeuden tuomiossa tämä kantajan väite oli nimenomaisesti kirjattu tuomion perusteluihin.

Jos kantajan käsitykselle oikeussuhteen luonteesta annetaan merkitystä, on kysyttävä, miten suhtaudutaan vastaajan mielipiteeseen samasta asiasta.

Kouvolan HO 26. 2. 1986, S 85/487, N:o 279/86: Vastaaja väitti, että hänen ja kantajan välillä oli huoneenvuokrasuhde ja vaati jutun siirtämistä asunto-oikeuteen. Juttu tutkittiin raastuvanoikeuden yleisellä osastolla eikä hovioikeus muuttanut raastuvanoikeuden päätöstä. — Vastaajan väite oikeussuhteen laadusta ei siis merkinnyt oikeuspaikan kannalta mitään.

Tuomioistuimen toimivaltaa koskevan väitteen prosessuaalinen luonne ilmenee seuraavasta korkeimman oikeuden päätöksestä.

---

[10] Toisin *Rosén,* Hyrestvist, arrendetvist, bostadsrättstvist eller annan tvist?, Svensk Juristtidning 1975 s. 551—555, erityisesti s. 552—553. Hänen mukaansa kyseessä oli huoneenvuokrariita, jos jutussa esitettiin väite, että asianosaisten välillä oli tai oli ollut huoneenvuokrasuhde.

[11] Ks. KKO 1981 II 4 ja 1981 II 143.

KKO 1980 II 130: HO:n oli säännönmukaisessa kokoonpanossa ratkaistava kysymys siitä, kuuluiko vastaajan kotipaikan yleisessä alioikeudessa vireille pantu riitajuttu yleiseen tuomioistuimen vai asunto-oikeuden toimivaltaan. Kysymys myös siitä, oliko juttu asunto-oikeuden toimivaltaan kuuluva.

Asunto-oikeuden toimivallan osalta saattaa syntyä lukuisia ongelmia alkaen siitä, että huoneenvuokrasuhteen tunnusmerkit eivät kaikissa tapauksissa ole selvät ja riidattomat. Ongelmia ei ole tarkoitus käsitellä tässä yhteydessä tyhjentävästi, vaan ottaa esille kaksi erityiskysymystä. Seuraavassa jaksossa käsitellään sekatyyppisiin sopimuksiin liittyviä ongelmia ja kolmannessa vuokralaisten tai huoneiston käyttäjien keskinäisiä riitoja erityisesti niin sanottuja avopareja silmällä pitäen.

2. Sekatyyppistä sopimusta koskevat riidat

Sekatyyppistä sopimusta koskevat toimivaltariidat ovat olleet korkeimman oikeuden tutkittavana ainakin kahdesti.

KKO 1981 II 4: Öljy-yhtiön ja sen tuotteiden jälleenmyyjän välillä oli tehty sittemmin irtisanottu toimintasopimus, joka sisälsi määräyksiä, paitsi yhtiön huoltoasemakiinteistön luovuttamisesta jälleenmyyjän käyttöön vastiketta vastaan, myös myyntitoiminnasta ja muusta kaupallisesta yhteistyöstä. Jälleenmyyjän asunto-oikeudessa esittämä muuttopäivän siirtämistä koskeva kanne jätettiin tutkimatta, koska asia ei ollut huoneenvuokrasuhteesta johtuva riita-asia.[12]

Otsikossa ei ole mainittu perustetta, miksi kyseessä ei ollut huoneenvuokrasuhteesta johtuva riita-asia, vaikka öljy-yhtiö oli vastiketta vastaan luovuttanut jälleenmyyjän käyttöön kiinteistön rakennuksineen. Asunto-oikeuden tuomiossa, joka pysyi muuttamattomana hovioikeudessa ja korkeimmassa oikeudessa, keskeinen perustelu oli, ettei laajasta kaupallisesta sopimuksesta voitu erottaa kiinteistön vastikkeellista käyttöoikeuden luovuttamista ja käsitellä sitä erillisenä huoneenvuokrasopimuksena.

Toisessa, myös vuonna 1981 julkaistussa päätöksessä korkein oikeus oli samalla kannalla kuin edellä esitetyssä ratkaisussa. Jutun otsikosta ei tälläkään kertaa selviä, miksi kyseessä ei ollut huoneenvuokrasuhteesta johtuva riita-asia.

---

[12] Ks. *Saarnilehto,* Huoneenvuokra-asia vai ei?, DL 1981, s. 269—272.

KKO 1981 II 143: Keskusliikkeen ja yksityisen vähittäiskauppiaan väliseen markkinointijärjestelmän mukaiseen vuokra- ja yhteistyösopimukseen sisältyvää liikehuoneiston vuokraa koskeva kanne ei ollut liikehuoneiston sijaitsemispaikan asunto-oikeuden käsiteltävä huoneenvuokrasuhteesta johtuva riita-asia, vaan yleiseen alioikeuteen kuuluva riita-asia, joka voitiin käsitellä vastaajan kotipaikan tuomioistuimessa.[13]

Korkeimman oikeuden päätöksen perustelut olivat seuraavat:

»... tutki valituksen ja totesi, että oy B oli 21. 9. 1966 allekirjoittamallaan vuokra- ja yhteistyösopimuksella, jonka A oli allekirjoittanut jo 8. 9. 1966, vuokrannut A:lle Turussa olevan 177,5 neliömetrin suuruisen liikehuoneiston elintarvikekaupan harjoittamiseen. Sopimukseen sisältyvät osapuolten kaupallista yhteistyötä koskevat määräykset, jotka tähtäsivät asianosaisten markkinoinnin turvaamiseen ja edistämiseen sekä koskivat myös tässä tarkoituksessa tapahtunutta liikehuoneiston luovuttamista A:n käyttöön, muodostivat kiinteän kokonaisuuden. Kysymyksessä oleva riita-asia, vaikka siinä vaadittiin perusteettomasti perityksi väitetyn vuokran palauttamista, johtui näin ollen, sopimuksen tarkoitus ja kokonaissisältö huomioon ottaen, etupäässä muusta kuin huoneenvuokrasuhteesta. Sen vuoksi kanne oli voitu nostaa oikeudenkäymiskaaren 10 luvun 1 §:n nojalla vastaajan kotipaikan yleisessä alioikeudessa.» — Hovioikeus oli katsonut, että kyseessä oli huoneenvuokrasuhteesta johtuva riita-asia.

Korkeimman oikeuden ratkaisuista ilmenee selvästi, ettei juttu kuulu asunto-oikeuteen, jos kyse on muusta sopimuksesta kuin huoneenvuokrasta. Jos huoneenvuokra sisältyy sekatyyppiseen sopimukseen sen osana, asunto-oikeus on toimivaltainen käsittelemään huoneistoa koskevan riita-asian vain, jos huoneenvuokra on erotettavissa sopimuksesta itsenäiseksi, erilliseksi osaksi tai sopimusta sen tarkoitus ja kokonaissisältö huomioon ottaen on kuitenkin pidettävä etupäässä huoneenvuokrasopimuksena.

Jutussa KKO 1978 II 20 oli vuokranantaja huoneenvuokrasopimuksen mukaan luovuttanut vuokralaiselle huonepuhelimen käyttöoikeuden ja sitoutunut kustannuksellaan siivoamaan huoneiston. Korkein oikeus, joka katsoi, ettei mainittuja etuja ollut pidettävä HVL 24 §:n 2 momentissa tarkoitettuina etuina ja joita koskeva korvaus ei ollut HVL 49 §:n nojalla tuomioistuimen vahvistettavissa, palautti jutun vuokran määrän osalta asunto-oikeuden ratkaistavaksi. Se katsoi, että tällaisessa tapauksessa huoneenvuokra oli erotettavissa muusta sopimuksesta.

---

[13] Ks. *Muukkonen,* Näkökohtia markkinointijärjestelmiin liittyvistä vuokrasuhteista, Juhlajulkaisu Suomalainen Lakimiesyhdistys 75 v., Vammala 1973, s. 260—265.

Asunto-oikeuden toimivaltaa ei sulje pois vielä se, että osapuolten välinen sopimus koskee muutakin kuin huoneenvuokraa. Toimivaltaa koskevaa ratkaisua ei voida perustella pelkästään sillä seikalla, että sopimuksessa on muutakin kuin huoneenvuokraa koskevia ehtoja.[14]

Asunto-oikeuden toimivalta edellyttää myös, että riita sekatyyppisestä sopimuksesta koskee nimenomaisesti huoneenvuokran osuutta. Jos kysymys on muusta, ei juttu kuulu asunto-oikeuteen, vaikka huoneenvuokra voitaisiin erottaa itsenäiseksi kokonaisuudeksi.

> Helsingin HO 6. 6. 1984, A 1984/2, N:o 29: Asunto-osakeyhtiö ja huoltoyhtiö olivat tehneet kiinteistönhuoltosopimuksen, johon liittyi työsuhdeasuntona yksiö, jota koskeva vuokrasuhde huoltosopimuksen mukaan päättyy aikaisintaan huoltosopimuksen voimassaolon päättyessä. Kun huoltosopimuksen irtisanomisen jälkeen asunto-oikeudessa nostettu kanne perustui kiinteistönhuoltosopimuksen voimassaolon toteamiseen eikä ollut sellainen huoneenvuokrasuhteesta johtuva riita-asia, joka HvOkL 1 §:n mukaan tulisi käsitellä asunto-oikeudessa, jätettiin kanne tutkittavaksi ottamatta.

Kun sopimus sisältää vähintään kaksi itsenäisenä pidettävää sopimusta, oikeuspaikan valinta voi tuottaa ongelmia.

> Turun HO 12. 2. 1985, 201184-N:o 2598, 1984 A 15 Tku, A 84/45: Vuokralainen vaati asunto-oikeudessa kauppa- ja vuokrasopimukseksi otsikoidun sopimuksen purkautumisen perusteella korvauksia vuokrasuhteen päättymisen johdosta, kaluston kauppahinnan palauttamista ja oikeudenkäyntikulujen korvausta. Asunto-oikeus tutki kaikki vaatimukset, samoin hovioikeus HvOkL 29 §:n mukaisessa kokoonpanossa. Oikeudenkäyntikulujen korvaamista koskeva ratkaisu tehtiin HvOkL 36 §:n nojalla.
>
> Itä-Suomen HO 21. 2. 1985, A 1984/64, N:o 2667/84 käsitteli huoneenvuokrasuhteesta johtuvana riita-asiana 1. 2. 1984 allekirjoitettuun vuokrasopimukseen ja 27. 4. 1984 päivättyyn kauppakirjaan perustuvia vaatimuksia.

Mainituissa hovioikeuden ratkaisuissa näytetään lähdetyn siitä, että asianosaisten väliset riidat tulisi voida käsitellä yhdellä kertaa. Ensin mainitussa ratkaisussa ei näytetä kiinnitetyn huomiota asunto-oikeuden toimivaltaan irtaimen kauppaa koskevissa riidoissa eikä kummassakaan hovioikeuden kokoonpanoon irtaimen kauppaa koskevissa kysymyksissä.

Oikeudenkäymiskaaressa ei ole säännöstä, joka oikeuttaisi aina käsittelemään kaikki asianosaisten väliset riidat samassa oikeuspaikas-

---

[14] Ks. ratkaisusta Turun HO 31. 10. 1984, 110984-N:o 1919, 1984 A 10 Tku, laadittu otsikko.

sa. Asiayhteyteen perustuvaa oikeuspaikkaa koskevat säännökset eivät läheskään aina estä asianosaisten välisten riitojen jakaantumista eri oikeuspaikkoihin.[15] Edellä esitetyissä hovioikeusratkaisuissakin olisi HvOkL 1, 3 ja 29 §:n säännökset huomioon ottaen pitänyt erottaa irtaimen kauppaa ja huoneenvuokraa koskevat kysymykset omiksi jutuikseen. Irtaimen kauppaa koskeva riita ei ole asunto-oikeusasia, vaikka kaupan kohde olisikin vuokratussa huoneistossa tai sitä olisi tarkoitus käyttää siellä.

3. Vuokralaisten väliset riidat

3.1. Vuokralaisten välisistä riidoista yleensä

Vuokralaisten välisiä riitoja on ainakin kahta eri tyyppiä. Vuokranantajalla voi olla useita vuokralaisia, joista kukin hallitsee omaa huoneistoaan. Vuokralaisten kesken voi syntyä riitaisuutta, joka johtaa oikeudenkäyntiin. Tällainen riita ei johdu huoneenvuokrasuhteesta eikä riidan osapuolten keskenään tai yhdessä tekemästä huoneenvuokrasopimuksesta. Riita ei myöskään kuulu asunto-oikeuden toimivaltaan. Riitaa ei siis tee huoneenvuokrasuhteesta johtuvaksi riidaksi se, että asianosaisella on jutussa puhevalta huoneenvuokrasopimuksen perusteella saamansa huoneiston hallinnan nojalla.

Huoneenvuokrasopimuksen perusteella voi esittää vaatimuksen yleensä vain sopimuksen osapuoli. Näin ollen vuokranantaja ei saata esittää vuokralaisensa alivuokralaiseen kohdistuvia vaatimuksia alivuokrasopimuksen perusteella. Vaatimuksen tulee kohdistua omaan sopimuskumppaniin, ei esimerkiksi tämän sopijapuoleen. Vuokranantaja ei voi kohdistaa vuokralaisensa alivuokralaiseen vaatimusta tekemänsä vuokrasopimuksen nojalla.[16] Alivuokralaisen ja päävuokranantajan välinen riita ei kuulu asunto-oikeuden toimivaltaan. Alivuokrasopimuksesta johtuva sopimuspuolten välinen riita on luonnollisesti asunto-oikeuden ratkaistava juttu.

Vuokranantaja voi tehdä vuokrasopimuksen kahden tai useamman henkilön kanssa siten, että nämä ovat yhdessä vuokralaisia. Esimerkiksi avopari voi vuokrata yhdessä asunnon. Vuokralaisten välille huo-

---

[15] Ks. esim. *Tirkkonen,* Suomen siviiliprosessioikeus I, toinen, uusittu painos, Porvoo 1974, s. 261 olevaa esitystä oikeuspaikasta, kun velallinen on esinekohtaisessa tai henkilökohtaisessa vastuussa velasta.

[16] Ks. KKO 1951 I 8.

neiston käytöstä syntyvän riidan forumia selvitetään seuraavassa avopuolisoiden välisten riitojen oikeuspaikkaa käsiteltäessä.

3.2. Avopuolisoiden väliset riidat huoneiston käytöstä

Avopuolisot voivat valita yhteiseksi kodikseen jommankumman puolison huoneiston. Tämän huoneiston hallinta saattaa perustua esimerkiksi omistukseen tai huoneenvuokrasopimukseen. Peruste ei muutu avoliiton syntymisen seurauksena. Jos toinen avopuolisoista on ollut yksin vuokralainen, hän on edelleen yksin vastuussa vuokralaisen velvollisuuksien täyttämisestä. HVL 47 §:n 1 momenttia vastaavaa säännöstä avopuolisoiden yhteisvastuusta ei ole. Vuokralaisen aseman siirtyminen avopuolisolta molemmille avopuolisoille yhteisesti on HVL 9 §:n 1 momentissa tarkoitettu vuokraoikeuden siirto.

Avopuolison oikeus käyttää toisen avopuolison hallinnassa olevaa huoneistoa ei perustu huoneenvuokrasopimukseen. Yhdessä asumisesta puuttuu yleensä huoneenluovutustahto.[17] Välien katketessa toisen huoneistoa käyttävä avopuoliso ei saa suojaa HVL:n säännösten nojalla. Huoneiston käytöstä syntyvä riita ei ole asunto-oikeuden ratkaistavissa.

> Helsingin HO 25. 9. 1974, As. 1974/18/52, N:o 51: Jutussa katsottiin näytetyksi, että vastaaja asui kantajan omistamassa huoneistossa asianosaisten seurustellessa keskenään. Näyttämättä jäi, että huoneiston hallintaa koskevan sopimuksen yhteydessä olisi sovittu vastikkeen maksamisesta. Sen vuoksi ja kun jutussa ilmenneet asianhaarat olivat sellaiset, ettei vastikkeen suorittamista ollut katsottava edellytetynkään, kysymyksessä ei ollut huoneenvuokrasuhteesta johtuva riita-asia. Asunto-oikeus ei tutkinut juttua, minkä ratkaisun hovioikeus pysytti.

Merkitystä ei ole avopuolison hallintaperusteella. Jos huoneisto on hänen käytössään huoneenvuokrasopimuksen nojalla, yhteen muuttamisella ei voida yleensä katsoa solmitun alivuokrasopimusta.

Jos avopuolisot vuokraavat yhdessä huoneiston, jossa he asuvat, voi avoliiton päättyessä syntyä ongelmia siitä, kummalle vuokraoikeus jää. Erityisiä säännöksiä vuokratun huoneiston käyttöoikeudesta yhteisasumisen päättyessä ei ole. Mahkonen on kiinnittänyt huomiota HVL 12 §:n 1 momenttia vastaavan säännöksen puuttumiseen avoliiton osalta. Hän on myös huomauttanut, että kaavailtu huoneenvuokralainsää-

---

[17] Ks. *Roquette,* Mieterschutzgesetz, München und Berlin 1956, s. 91.

dännön uudistus muuttaisi tilanteen ja vuokrasuhteen siirto kävisi päinsä myös avopuolisoiden kesken.[18]

HVL 12 §:n 1 momentti tulee sovellettavaksi, kun aviopuolisot tuomitaan avio- tai asumuseroon. Vuokraoikeuden siirrosta puolisoilta yksin toiselle puolisolle päättää alioikeus normaalissa kokoonpanossaan tuomitessaan puolisot asumus- tai avioeroon. Tältä osin ei huoneenvuokralainsäädännön uudistus tulisi laajentamaan säännöksen soveltamista avoliiton suuntaan, koska avoliiton päättyessä ei ole vastaavaa viranomaismenettelyä kuin avioliiton päättyessä.

Avioliiton kestäessä ja puolisoiden asuessa välien rikkoutumisen vuoksi erillään ilman asumuseroa pois muuttanut aviopuoliso voi vapautua vuokralaisen velvollisuuksista vain siten, että vuokraoikeus HVL 9 §:n 1 momentin mukaisesti vuokranantajan suostumuksella siirretään yksin toiselle puolisolle. Samaa menettelyä on noudatettava avoliittokumppaneiden kohdalla. Riidan syntyessä edellä mainituissa tapauksissa puolisoiden välillä on oikeuspaikka valittava ja riita ratkaistava kummassakin tapauksessa samojen sääntöjen mukaan.

> Hallituksen esityksessä huoneenvuokralainsäädännön uudistamiseksi[19] ehdotetaan, että vuokralainen saisi siirtää vuokraoikeutensa ilman vuokranantajan lupaa huoneistossa asuvalle puolisolleen (huoneenvuokralakiehdotuksen 47 §:n 1 mom.). Puolisoon rinnastetaan ehdotuksessa avopuoliso (huoneenvuokralakiehdotuksen 100 §). Siirto-oikeutta koskevan säännöksen nojalla ei voida ratkaista, kenelle vuokraoikeus kuuluu, jos siitä syntyy riita vuokralaisten kesken.

Yhteisvuokralaisten keskinäiset riidat eivät yleensä johdu epäselvyyksistä huoneenvuokrasopimuksessa taikka vuokralaisen ja vuokranantajan velvollisuuksista tahi oikeuksista tai huoneenvuokrasuhteen sisällöstä yleensäkään. Riidat ovat seuraavan esimerkin mukaisia.

> Helsingin HO 29. 1. 1986, A 1985/127, N:o 203: Kaupunki oli päätöksen perustelujen mukaan tehnyt vuokrasopimuksen Terhi N:n ja Tuomo M:n kanssa. Terhi N. vaati Tuomo M:n häätämistä vuokratusta huoneistosta. Kihlakunnanoikeus hylkäsi kanteen ja peri pöytäkirjasta leimamaksun. Hovioikeus hylkäsi myös kanteen, lausui, että kyseessä oli huoneenvuokra-asia ja palautti Terhi N:lle leimamaksut.

Huoneenvuokrasuhteen ehdoista ja niiden muuttamisesta tai osapuolten vuokrasopimuksen mukaisista oikeuksista ja velvollisuuksis-

---

[18] *Mahkonen,* Avoliitto, Vammala 1984, s. 108—109.

[19] Hallituksen esitys Eduskunnalle huoneenvuokralainsäädännön uudistamisesta, HE n:o 127/1984 vp.

ta vuokralaiset eivät voi riidellä keskenään. Vuokranantaja on tällaisessa riidassa asianosainen. Esimerkin kaltaisessa riidassa ei olekaan kysymys huoneenvuokrasuhteesta johtuvasta kiistasta. Kysymys on siitä, kummalle (tai kenelle) vuokralaisista riidattoman vuokrasopimuksen mukainen huoneiston käyttöoikeus kuuluu. Riitaa ei voidakaan rinnastaa asunto-oikeudessa ratkaistaviin riita-asioihin, vaan juttuihin, joissa on kyse paremmasta oikeudesta esineeseen.

HVL 12 § on erityissäännös nyt puheena olevan kaltaisten ongelmien ratkaisemisesta. Sen mukaiset jutut eivät voi kuulua asunto-oikeuden toimivaltaan eikä hovioikeuden kokoonpano määräydy HvOkL 29 §:n mukaan.

Huoneenvuokrasuhteesta johtuvat riita-asiat on syytä rajata tarkoittamaan vuokrasuhteen osapuolten välisiä riitoja. Vuokranantajien keskinäiset ja toisaalta vuokralaisten keskinäiset riidat eivät aiheudu huoneenvuokrasuhteesta, sillä riidan osapuolten välillä ei ole huoneenvuokrasuhdetta. Tällaiset riidat eivät mielestäni kuulukaan asunto-oikeuteen, jonka asiallinen toimivalta pitäisi rajoittua vuokranantajan ja vuokralaisen välisiin riitajuttuihin.

Carsten Smith

Samene og Nordisk råd

I Et nordisk folk utenfor Nordisk råd

Samene er et nordisk folk. Nordisk sameråds samepolitiske program stiller opp som sin første grunnsetning at: »Vi, samer er ett folk, og rikenes grenser skal ikke bryte vårt folks fellesskap.» Dette er den sanne nordiske ånd.

Samene er et folk med eget språk og egen kultur. De statene der samene bor, har en politisk og rettslig forpliktelse til å gi samene slike virkemidler at de kan sikre og videre utvikle denne kultur.

Men samene har likevel ingen representasjon i Nordisk råd.

Norden består av fem stater. Men Norden består også av fire små »nasjoner». De er delvis sterkt ulike, men har alle en historie som gir dem en særstilling innenfor de nordiske stater. Færøyene, Grønland og Åland har etterhvert fått en særskilt form for representasjon i Nordisk råd ved siden av de fem stater. Men samene, som har hatt sin hjemstavn her i Norden siden tiden før de nordiske stater ble dannet, er det eneste nordiske folk uten noen representasjon.

Samene har selv utbygget et eget nordisk samarbeid gjennom de nordiske samekonferanser, som holdes hvert andre eller tredje år, og gjennom Nordisk sameråd, som velges av samekonferansene. I dette samarbeid deltar de private sameorganisasjonene Norske reindriftsamers landsforbund (NRL) og Norske samers riksforbund (NSR) fra norsk side, den offentlige Delegationen för sameärenden (det såkalte Sameparlamentet) fra finsk side og de private sameorganisasjonene Svenska samernas riksförbund (SSR) og Same ätnam fra svensk side. Men hverken samekonferansene eller Nordisk sameråd har noen offisiell status.

Den stilling det samiske folk har i nordisk samarbeid, er en felles nordisk rettspolitisk sak. Denne sak bør engasjere jurister som tar del i det nordiske rettssamarbeid.

Bakgrunnen for denne artikkel er mitt arbeid som formann i det nor-

ske samerettsutvalg i 1980—85. Artikkelen bygger i stor grad på et notat som er utarbeidet av hovedsekretær Stein Owe i samerettsutvalget. En redegjørelse for spørsmålets behandling hittil innenfor Nordisk råd er gitt i utvalgets utredning om samenes rettsstilling, Norges offentlige utredninger (NOU) 1984: 18 s. 397 flg.

II Tre ganger avvisning i Nordisk råd

Nordisk sameråd har de siste tyve år arbeidet for å få i stand en form for samisk representasjon i Nordisk råd. De uformelle kontakter mellom Nordisk råd og Nordisk sameråd er blitt utbygget, men stadig står samene uten noen formell representasjon.

Det startet med at Nordisk sameråd i 1966 rettet en henvendelse til Nordisk råds presidium. Den 6. nordiske samekonferansen i Hätta i 1968 fulgte opp spørsmålet med en resolusjon (jfr. Nordisk utredningsserie (NU) 1969: 6 s. 15), og samme år ble følgende medlemsforslag fremsatt i Nordisk råd (jfr. Nordisk råds forhandlinger (NR) 1970 s. 648—649):

> »Nordiska rådet rekommenderar regeringarna att i samråd med Nordiska rådets organ överväga de former, i vilke observatörsstatus i Nordiska rådet kan tillerkännas samerna.»

Medlemsforslaget ble blant annet begrunnet med at samene utgjorde en egen befolkningsgruppe med eget bosetningsområde, egen nasjonalitet, eget språk og egen kultur (jfr. NR 1970 s. 102). Men man ser at medlemsforslaget begrenset seg til *observatørstatus* og ikke engang ville »överväga» fullt medlemsskap.

Dette forslaget ble behandlet av Nordisk råds juridiske utvalg på flere møter i 1968—69 (jfr. NR 1970 s. 652). Utvalget innhentet også en uttalelse fra den nordiske organisasjonskomitéen av 1967 (Fagerholmkomitéen). Flertallet i denne komitéen stilte seg negativt til medlemsforslaget. Komitéen mente dels at samenes berettigete interesse i å få fremføre sine synspunkter i Nordisk råd allerede var tilgodesett, dels at prinsipielle hensyn talte mot å gi særskilte folkegrupper en spesiell status i rådet. Det ble også gitt uttrykk for den betenkelighet at man ved å gi samene observatørstatus, måtte regne med krav om tilsvarende status fra andre grupper. Flertallet i Nordisk råds juridiske utvalg sluttet seg til flertallssynet i organisasjonskomitéen, men fremhevet at representanter for samene innenfor de bestående rammer i videst mulig omfang burde gis adgang til å delta i rådets arbeid. I tråd med dette fremmet utvalget følgende forslag til rekommandasjon:

> »Nordisk Råd anbefaler regeringerne i Finland, Norge og Sverige at bevare og i takt med en yderligere intensivering af det nordiske samarbejde at udvide de bestående muligheder for samerne for at udtale sig i sager, der særlig har interesse for denne befolkningsgruppe.»

Saken kom opp til behandling på Nordisk råds 18. sesjon i 1970 (jfr. NR 1970 s. 231 flg.), der forslaget til rekommandasjon ble vedtatt med 67 mot 6 stemmer.

For andre gang ble samenes forhold til Nordisk råd tatt opp fra samisk side på den 8. nordiske samekonferansen i Snåsa i 1974, og denne gang ved krav om *fullverdig medlemskap* i rådet for en samisk representant. Denne representant skulle utnevnes av samekonferansen (jfr. Nordisk sameråds protokoller (NS) 1975 s. 15). Det samiske initiativ ble i 1975 igjen fulgt opp med et medlemsforslag i Nordisk råd om å anbefale de nordiske lands regjeringer »å utrede spørsmålet om på hvilken måte talsmenn for den samiske befolkning kan gis representasjon i Nordisk Råd» (jfr. NR 1976 s. 576—577).

I Nordisk råds juridiske utvalg henviste nå et flertall til den forrige behandling av saken og mente at det i de år som var gått, ikke var fremkommet noe som kunne endre flertallets vurdering (jfr. NR 1976 s. 578 flg.). Mindretallet gikk inn for forslaget fra 1968 om å gi samene en observatørstatus i rådet. Som grunnlag for en omvurdering av rådets tidligere holdning pekte dette mindretallet blant annet på den utvikling som hadde foregått i retning av en stadig økende følelse av etnisk samhørighet blant samene og vilje til å bevare og utvikle den samiske kultur.

Saken kom opp til behandling på Nordisk råds 24. sesjon i 1976, og nok en gang ble samisk representasjon i rådet avvist (jfr. NR 1976 s. 287 flg.). Talsmenn for flertallet anså det blant annet prinsipielt betenkelig å gi medlemsstatus til folkegrupper som ikke på forhånd hadde en forfatningsmessig basis i de enkelte medlemsland. Stemmetallene var 46 mot 11.

For tredje gang ble kravet reist på den 11. nordiske samekonferansen i 1980 i Tromsø, hvor dette kravet ble tatt inn i det samepolitiske program (jfr. NS 1980 s. 13). I tilknytning til vedtakelsen av dette program ble det fremmet et nytt medlemsforslag overfor Nordisk råd med følgende ordlyd (jfr. NR 1983 s. 406):

> »I samenes nasjonale grunnforutsetninger uttales, at samene er ett folk, at statenes grenser ikke skal bryte deres folks fellesskap, at samene har deres egen historie, deres egne tradisjoner, deres egen kultur og deres eget språk.

> Under henvisning hertil vil det være naturlig og berettiget at samenes ønske om å bli medlem av Nordisk Råd etterkommes, og det rekommanderes derfor, at det foretas slike endringer i avtalen om Nordisk Råd, at samene får egen selvstendig representasjon i rådet.»

Realitetsbehandlingen av forslaget ble utsatt i påvente av en avklaring med hensyn til Færøyenes, Grønlands og Ålands representasjon i rådet, som på dette tidspunkt var under utredning. Den komité som var blitt nedsatt for å utrede dette spørsmålet, avga sin innstilling i 1982. Komitéens flertall kom til (jfr. NU 1982: 6 s. 8) at disse områdene »inte kan ges full likställighet med de fem suveräna staterna i det nordiska samarbetet». Flertallet sluttet seg til det prinsipp at »det nordiska samarbetet på det politiska planet bör försiggå mellan suveräna staters folkförsamlingar och regeringar». Men komitéen var enig om at Færøyene, Grønland og Åland på grunn av det relativt vidtgående selvstyre »inte bare kan utan även bör ges en särställning inom ramen för det nordiska samarbetet». Foruten at de tre områder hver burde kunne utpeke to representanter i de respektive nasjonale parlamentarikerdelegasjoner til Nordisk råd, foreslo komitéen forskjellige tiltak for å styrke områdenes deltakelse i det nordiske samarbeid. På Nordisk råds 31. sesjon i 1983 ble det truffet vedtak i tråd med komitéens forslag (jfr. NR 1983 s. 216 flg.).

Behandlingen av medlemsforslaget om samisk representasjon ble gjenopptatt etter at utredningen om Færøyenes, Grønlands og Ålands stilling var avgitt. Rådets juridiske utvalg foreslo enstemmig at man ikke burde foreta seg noe i anledning av medlemsforslaget. Men det ble understreket at man burde forsterke samenes muligheter for å gjøre sine synspunkter gjeldende. Innstillingen fra det juridiske utvalg ble også vedtatt på sesjonen i 1983, denne gang med 46 mot 3 stemmer (jfr. NR 1983 s. 229 flg.).

III Stat — selvstyrende områder — folk

1. Et hovedformål med denne artikkel er å gi et bidrag til enda en vurdering av saken, slik at den vil kunne reises på ny i Nordisk råd.

Det sentrale argument for at samene bør bli representert i Nordisk råd, er at samene er et av Nordens folk. Samene har en egen historie og en egen kultur som, i varierende grad, omfatter språk, næringsveier, håndverk, klesdrakt, kunst, religion, rettsoppfatninger og sosial organisering. Det har krav på å bli behandlet som et helt folk, som har sin bosetning her i Norden, og kan ikke stilles på linje med andre etniske

minoriteter. Av de nordiske folk er det bare samene som i dag ikke er representert i Nordisk råd, til tross for at dette folket gjennom sine slektsbånd og sin samhørighet over landegrensene vel er det mest nordiske av dem alle.

Norden består av fem stater, tre områder med delvis selvstyre og ett folk uten selvstyre. Man kan spørre: Er det de formelle organisasjoner som skal samarbeide, eller er det folkene?

Det er under de tidligere drøftelser i Nordisk råds organer blitt reist ulike innvendinger mot en særskilt samisk representasjon. Jeg vil i det følgende knytte noen merknader til disse (punkt 2—7 nedenfor) og si noe om representasjonens konkrete former (punkt 8 nedenfor).

2. En innvending av *folkerettslig* karakter går ut på at samene ikke er et eget folkerettssubjekt.

I forbindelse med en tidligere diskusjon om Færøyenes og Ålands representasjon i Nordisk råd ble det i 1968 avgitt en folkerettslig betenkning om minoritetsgruppers stilling i det internasjonale samarbeid. (Jfr. NR 1970 s. 1622 flg. og senere NU 1982: 6 s. 75 flg.) En sentral problemstilling her er om minoritetsgrupper er særskilte folkerettssubjekter. Dette anses ifølge betenkningen som en forutsetning for at de kan opptre selvstendig i internasjonal sammenheng, blant annet ha eget medlemskap i internasjonale organisasjoner. Man kommer til at minoritetsgrupper ikke er folkerettssubjekter og følgelig heller ikke kan være selvstendige medlemmer i internasjonale organisasjoner.

Hvem som er folkerettssubjekter, vil avhenge av hvordan man definerer dette begrepet.

For enkelte er *pliktsiden* det sentrale i enhver rettsnorm. En fremtredende talsmann for dette syn var *Alf Ross* (Lærebog i folkerett, 6. utg. (1984) s. 27). Da bare selvstyrende samfunn har herredømme over oppfyllelsen av en påtatt internasjonal forpliktelse, er bare disse egnet til å være subjekter i det rettssystem som folkeretten utgjør (s. 31). Når det gjelder hvem som kan være *rettighetssubjekt* etter folkeretten, er det imidlertid ingen begrensning (s. 144—145). Alt etter folkerettsreglenes eget innhold kan dette være f.eks. individer, organisasjoner eller minoritetsgrupper.

Da samene ikke har noen form for selvstyre, kan de ikke være folkerettssubjekt i betydningen av pliktsubjekt. Denne begrepsbruk er imidlertid streng, og andre vil bruke begrepet folkerettssubjekt også om rettighetssubjektene. Men ordvalget vil under ingen omstendighet være til hinder for at samene gis folkerettslige *rettigheter* som individer eller gruppe. Slike rettigheter vil også kunne omfatte retten til å delta i internasjonale organisasjoner.

Det er visstnok uvanlig at ikke-suverene områder eller etniske minoriteter deltar i interparlamentariske eller »intergovernmental» organer. Men uansett om man vil anse samene som folkerettssubjekt eller ei, vil det ikke være noe folkerettslig problem å ha dem med i et samarbeid i Nordisk råd som bare gir dem rettigheter — rett til å møte, tale, fremme forslag, delta i embetsmannsgrupper o.l.

3. Det argument som ble stilt i spissen allerede under den første gangs behandling, er Nordisk råds nåværende karakter av *samarbeidsorgan mellom suverene staters folkeforsamlinger og regjeringer.* I uttalelsen fra organisasjonskomitéen av 1967 anførte flertallet blant annet følgende (NR 1970 s. 650—651):

> »Enligt 1 § av rådsstadgan är Nordiska rådet organ för samråd mellan Danmarks folketing, Finlands riksdag, Islands alting, Norges storting och Sveriges riksdag samt dessa länders regeringar i spörsmål som avser samverkan mellan dessa länder eller några av dem. Rådet är sålunda ett samarbetsorgan endast för suveräna staters folkrepresentationer och regeringar.»

Forut for den tredje gangs behandling uttalte rådets juridiske utvalg i sin innstilling (NR 1983 s. 408—409):

> »Juridisk udvalg er fortsat af den grundlæggende og principielle opfattelse . . . at Nordisk Råds karakter af et samarbejdsorgan mellem suveræne staters folkeforsamlinger og regeringer bør fastholdes . . .».

Dette argument, at rådet er et samarbeidsorgan »endast för suveräna staters folkrepresentationer och regeringar», er i realiteten bare en henvisning til den nåværende status. Men det gir i seg selv ingen begrunnelse for at organisasjonen også fortsatt bør være slik. Gjennom særordningene for Færøyene, Grønland og Åland har man foretatt et visst brudd med dette prinsipp på grunn av disse områders relativt vidtgående selvstyre. Spørsmålet er om man vil ta et skritt til og inkludere også det siste av de nordiske folk, selv om det ikke kan henvise til særskilt territorielt selvstyre.

Ved en slik utvidelse vil man få markert at Nordisk råd ikke bare er et organ for stater og for territorier, men er et organ for Nordens folk.

4. I den diskusjon som har vært ført i Nordisk råd, har enda et argument av rettslig karakter mot samisk representasjon vært fremme. Det er at samene *ikke har noen forfatningsmessig særstilling i de land hvor de bor.* I organisasjonskomitéen av 1967 uttalte således flertallet under sakens første gangs behandling (NR 1970 s. 650—651):

> »Det skulle vara ägnat att försvaga rådets ställning och att minska dess inflytande, om olika folkgrupper utan någon författningsmässig särställning inom sina egna länder erhöll en egen representation i rådet.»

I Nordisk råds juridiske utvalg ble det under denne første behandling lagt særlig vekt på dette synspunktet. Flertallet i utvalget uttalte blant annet (jfr. NR 1970 s. 654):

> »Man lægger særlig vækt på, at den samiske befolkningsgruppe som helhed ikke indtager nogen forfatningsmæssig særstilling i Norden, og at dette heller ikke er tilfældet inden for de lande, der har samisk befolkning.»

Argumentet gikk også igjen under sakens andre og tredje gangs behandling.

Dette synspunktet er gitt en juridisk klang ved at det legges vekt på den »forfatningsmessige» stilling. Men en forfatningsmessig særstilling kan ikke være noen nødvendig rettslig forutsetning for å innlemme samene som folk i det nordiske samarbeidet. Det er de nordiske stater selv som helt har herredømme over hvem de vil ha med i sitt nordiske råd.

Det kan stilles spørsmål om hva man mener med forfatningsmessig særstilling. I Finland er det et eget Sameparlament valgt ved direkte valg. Det foreligger forslag i Norge om et eget Sameting valgt på tilsvarende måte. Begge disse organer har imidlertid, hvis man legger til grunn det norske samerettsutvalgets forslag, i det vesentlige bare rådgivende myndighet. Den rettslige særstilling blir forsterket om det også blir inntatt særbestemmelser i grunnlovene om den samiske folkegruppe, slik det er foreslått i Norge. Det ser imidlertid ut til at man med dette uttrykket, slik det har vært benyttet i debatten, sikter til en form for selvstyre. Når samene kan sies å ha oppnådd en forfatningsmessig særstilling i denne forstand, vil avhenge av hvilken myndighet de representative organer eventuelt får over tid.

Da saken kom opp til behandling på Nordisk råds 18. sesjon i 1970 (jfr. NR 1970 s. 231 flg.), ble denne begrunnelse for ikke å gi samene observatørstatus blant annet imøtegått på følgende slående måte:

> »Den juridiska motiveringen, att samerna inte ur rättsynspunkt står i något slags särställning i Norden, är faktiskt riktig. Men den duger inte för att förkasta dette medlemsförslag. Det faktum, att majoriteterna inte beviljat Nordkalottens ursprungliga invånare den särställning som de skulle behöva för att kunne bevara sin nationalitet och sin kultur, är tvärtom en ytterligare årsak till at förslaget borde godkännas.»

Spørsmålet er hvor et reformarbeid skal begynne for å styrke samenes rettslige og politiske stilling — på det nasjonale eller det nordiske plan. Svaret bør være at et slikt arbeid bør kunne gå parallelt, og at man på nordisk nivå ikke nødvendigvis behøver å vente på gjennomføring av de nasjonale reformer.

5. Argumentene om medlemmene som suverene stater og mangel av en forfatningsmessig særstilling, er blitt nærmere utbygget med at det vil *svekke rådets stilling og redusere dets innflytelse* om en folkegruppe som samene blir representert i rådet.

Det kan være grunn til å stille spørsmålstegn ved verdien av dette argumentet. Man har ikke konkretisert på hvilken måte rådets stilling og innflytelse vil bli svekket. Tanken er muligens at det vil bli vanskeligere å komme til enighet i de saker som blir behandlet, og å få gjennomslag for forslag i regjeringene. Man kan vel som en allmenn regel si at desto flere medlemmer et organ har, desto større er sannsynligheten for at ulike syn vil gjøre seg gjeldende. Men hvorvidt representasjon på basis av tilhørighet til en folkegruppe øker risikoen for uenighet mer enn representasjon på basis av tilhørighet til et politisk parti, står som et åpent spørsmål. Når det gjelder gjennomslagskraften overfor regjeringene, vil denne neppe bli påvirket i nevneverdig grad om det store flertall av statsrepresentanter blir supplert med en enkelt eller noen få samerepresentanter.

6. I debatten innenfor Nordisk råds organer er også *hensynet til andre folkegrupper* brakt inn. Allerede i innstillingen fra organisasjonskomitéen av 1967 uttalte flertallet at det i de nordiske land »förekommer andra etniska, språkliga eller nationalpolitiska minoriteter som från här ifrågavarande synspunkter kan jamföras med samerna», at det »knappast» kan komme på tale å gi alle disse grupper representanter i Nordisk råd, og at det »är vidare knappast möjligt att fastställa några objektiva kriterier, som bör gälla för att en folkgrupp skal tillerkännas eller förvägras särskild status i rådet». Denne form for likestilling av samene med andre mindretallsgrupper kom også fram under de senere gangers behandling.

Denne likestilling er ikke berettiget. Samene er ikke en hvilken som helst folkegruppe blant flere i nordisk sammenheng.

Det samiske folk har *en historisk tilknytning* til Norden som setter det i en særstilling. Samene har bodd i de nordlige områder av Norden siden før de nordiske statene ble dannet. Det samiske folk har aldri vært innflyttere i Finland, Sverige og Norge, selv om det kan være usikkert når samene bosatte seg i de ulike deler av Norden. Det samiske folk

har en historisk hjemstavnsrett i Norden som er like sterk som den det danske, finske, islandske, svenske og norske folk har.

Det samiske folk og den samiske kultur er *i sin helhet* et *nordisk* folk og en *nordisk* kultur. Den lille gruppe samer som bor i Sovjetunionen, visstnok omkring et par tusen, endrer ikke dette bildet i noen vesentlig grad. Det er her i Norden folket holder til, og det er her dets kultur lever.

Samene atskiller seg ved dette på en grunnleggende måte fra alle andre etniske og kulturelle minoriteter i de nordiske land. Denne kvalifiserte tilknytning til Norden innebærer at de nordiske stater har et særlig ansvar for folket og kulturen. Den samiske kulturs fremtid står og faller i sin helhet med de livsvilkår den får av de nordiske stater.

Man kan i denne sammenheng også henvise til samenes sterke form for nordisk samarbeid. Under debatten i Nordisk råd i 1970 ble det med styrke fremholdt (jfr. NR 1970 s. 231 flg.):

> »Denne ursprungsbefolkning på den inre delen av Nordkalottens fjällkedja, alltifrån Røros i Norge och Idre i Sverige i söder till Ishavet i norr, har bedrivit sin näring över landgränserna. Det är här fråga om en form av nordisk samverkan som torde sakna motsvarighet inom någon annan folkgrupp i Norden.»

7. I debatten har det vært sagt at samene har statsborgerlige rettigheter i de land der de er bosatt, og deltar *på linje med landets øvrige borgere* i de politiske styringsorganer i disse land. Brukt som argument mot samisk representasjon viser dette en manglende forståelse av en minoritets typiske stilling. Denne kjennetegnes av at minoriteten har vanskelig for å vinne fram i tilstrekkelig grad med sine synspunkter som minoritet. En formell rettslig likebehandling av majoritetens og minoritetens medlemmer *som individer* vil erfaringsmessig virke i retning av assimilering, dvs. at minoritetens kulturelle særpreg forsvinner. For å opprettholde en minoritetskultur må minoriteten gis likeverd *som folk.* Dette krever ulike former for særlige ordninger (positiv diskriminering) i rettslig henseende. Det kan være blant annet egne politiske organer, som Sameparlamentet i Finland, eller egen representasjon i et forum som Nordisk råd.

Rådets juridiske utvalg uttalte, forut for behandlingen i 1983, at avvisningen av forslaget ikke var ensbetydende med at den samiske befolkning ikke skulle ha mulighet for å komme til orde i Nordisk råd under behandlingen av saker som særlig vedrører den samiske befolkning i Norden. Tvert om anså juridisk utvalg det for særdeles viktig at den samiske befolkning, liksom andre mindretallsgrupper i Norden, får den best tenkelige adgang til å vareta sine spesielle interesser i saker

som særlig angår dem. Disse muligheter kan imidlertid ytterligere forbedres, og utvalget mente at oppmerksomheten i særlig grad bør være rettet mot dette. Da utvalgets innstilling ble fremlagt på Nordisk råds 31. sesjon i 1983 av den tidligere norske stortingspresident *Guttorm Hansen* (jfr. NR 1983 s. 229—230), ble dette synspunkt sterkt understreket.

Et stykke på vei kan en uformell konsultasjonsordning, som den man har i dag, imøtekomme behovet for informasjonsutveksling og politiske påvirkningsmuligheter. Men en formell representasjon har likevel en helt annen, både reell og symbolsk, betydning.

8. Når det gjelder enkeltheter forbundet med samisk representasjon, kan man delvis bruke ordningen for Færøyene, Grønland og Åland som mønster. (Jfr. nærmere herom NU 1982: 6 kap. 5.) Samene kan realistisk sett ikke vente å oppnå en sterkere representasjon enn disse områdene, og kan følgelig ikke få et fullverdig medlemsskap på linje med statene. Den begrensede representasjon kan eventuelt utvikles over tid. Men det er den vesentlige ulikhet, i forhold til befolkningen i de tre selvstyrende områder, at samene er bosatt innenfor *flere* av de nordiske stater. Det skaper særlige problemer.

Noen hovedspørsmål som henger sammen, er hvor mange representanter samene skal ha i rådet, hvilket forhold disse representanter skal ha til statenes delegasjoner, og hvem som skal velge representantene.

Færøyenes, Grønlands og Ålands representanter blir regnet til Danmarks og Finlands delegasjoner. Hvis man skal se de samiske representanter på samme måte, synes det nærliggende at samene får tre representanter, en fra hvert av de nordiske land der de bor. Ser man samene som et eget folk, hvilket er grunnlaget for representasjon, kan man unngå slike fordelingsproblemer, og eventuelt ha mindre enn tre samiske representanter, dersom man i forhold til folketallet anser dette som for meget. En mulighet blant flere vil være å la den eller de samiske representanter bli regnet til Norges delegasjon, all den stund den norske stat har et særlig ansvar i denne sak fordi et flertall av samene er bosatt her.

Med hensyn til valg av representantene vil et alternativ være å overlate dette til de nasjonale samiske organer som finnes (Sameparlamentet i Finland) eller må forutsettes å bli opprettet i relativt nær fremtid (Sametinget i Norge og et mulig tilsvarende organ som følge av den svenske samerättsutredningens arbeid). Et annet alternativ vil være å overlate valget til et internordisk samisk organ. Det eneste organ man i dag kunne tiltenke en slik oppgave, er Nordisk sameråd. Det er den

innvending at Nordisk sameråd bare har begrenset representativitet, allerede av den grunn at ikke alle samiske organisasjoner er med i samerådet. Hvis man i fremtiden skulle få et felles representativt organ for alle samer i Norden, f.eks. et organ på toppen av representative samiske organer i de enkelte statene, ville dette problem forsvinne.

For øvrig vil det melde seg en rekke spørsmål som vil kreve avklaring, blant annet deltakelse i rådets komitéer (utskott), møter i Ministerrådet, mellom ministrenes stedfortredere eller øvrige embetsmannskomitéer, osv. Det vil neppe by på store vanskeligheter å finne arbeidsdyktige løsninger.

IV Sluttmerknader

Det er ikke folkerettslige hindringer for å gi samene en plass i det nordiske samarbeidet så lenge det bare gjelder å tilstå dem rettigheter. Det er neppe heller praktiske hindringer av vesentlig betydning mot en samisk representasjon i Nordisk råd. Vi står følgelig overfor et rent politisk spørsmål. Det beror fullt ut på de nordiske staters politiske vilje om samene skal få en posisjon i dette nordiske samarbeidet.

De innvendinger som har vært anført mot en samisk representasjon, fremtrer ikke som tungtveiende. Det er uklart på hvilken måte det skulle svekke rådets stilling og innflytelse om samene kommer med, selv om de ikke har noen forfatningsmessig særstilling i de enkelte nordiske land. Det finnes sterke grunner for å behandle samene annerledes enn Nordens øvrige minoriteter i denne sammenheng.

Etter den siste og negative behandling i Nordisk råd har Nordisk sameråd i brev av 2. mai 1983 til de nordiske samerettsutredninger/samerettsutvalg bedt om at disse reiser spørsmålet på ny. Det norske samerettsutvalget har uttalt at denne henvendelsen bør bli nærmere vurdert i det videre samarbeid mellom de nordiske utredninger/utvalg (NOU 1984: 18 s. 402). Spørsmålet ble behandlet på utredningenes/utvalgenes nordiske kontaktmøte i 1985 i Jokkmokk. Det ble enighet om å fortsette drøftelsene. Men et eventuelt formelt utspill i saken forutsetter behandling også i de nasjonale utredninger/utvalg. Saken er imidlertid fortsatt i bevegelse.

Det rettslige og politiske samarbeid i Norden var ved århundrets begynnelse i det vesentlige et samarbeid mellom tre stater. Det er i dag et samarbeid mellom åtte stater og selvstyrende områder. Det bør innen århundrets utløp, og helst i god tid innen, være utbygget til et fullverdig samarbeid mellom alle de nordiske folk.

(Juli 1986).

Stig Strömholm

Rättsteoriens väg genom de mörka århundradena: ett åskådningsexempel

1. De rättsliga *idéernas* väg genom historien beskriver en något annan sträckning än *rättens,* i materiell mening, även om de båda stråken naturligt nog sällan böjer av åt helt olika håll. Perioder av framstående lagstiftning kan mycket väl — som exempelvis det tidiga 1800-talet i Frankrike utvisar — sammanfalla med stillestånd och idéfattigdom på det rättsteoretiska fältet. Den engelska positivismens glansdagar — Bentham's och Austin's årtionden i början av 1800-talet — bar först sent frukt i legislativa reformer. Det avsnitt i Västerlandets historia som inleddes av de stora germanska folkvandringarna på 300-talet e.Kr. som ledde till Roms erövring (410 e.Kr.), det västromerska rikets undergång (476 e.Kr.) och bildandet av germanska kungadömen på imperiets mark och som omkring 800 övergick i den »karolingiska renässansen», detta skede betecknas med fog — och med giltighet framför allt för rättsteori och rättsvetenskap, liksom för högre intellektuell kultur överhuvudtaget — som »de mörka århundradena». Som alltid erfordras åtskilliga nyanseringar för att denna terminologi inte skall bli vilseledande. Under perioden 500—800 e.Kr. tillkom i flera av de västeuropeiska germanrikena lagar, oftast på den romerska rättens grund, vilka ger uttryck åt en icke föraktlig rättskultur och vilka i några fall levat vidare under lång tid och varit utgångspunkt för den framtida utvecklingen.

För *rättens* växt eller förtvinande är politiska, ekonomiska och sociala grundförutsättningar avgörande; när det gäller rättsliga idéer tillkommer, såsom lika betydelsefulla, skolutbildningens — främst den högre — och den eventuella akademiska undervisningens former, inriktning och ämnen. Även under de mörka århundradena kvarlevde den antika »läroplanen», med *trivium* och *quadrivium,* låt vara att den alltmer drog sig tillbaka till klosterskolorna. Detta var ett förhållande med många djupgående följdverkningar. En sådan var, för att citera *Franz Wieacker,*[1] »dass jede Aussage über abstrakte Gegenstände und jede

[1] Franz Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit,* 2. Aufl., 1967, s 30.

geistige Wahrnehmung äusserer und innerer Sachverhälte durch das Medium der grammatischen, rhetorischen und logischen Schulfiguren hindurchging und in die Ausdrucksmöglichkeiten dieses Instrumentars eingeschlossen blieb.» Det är en träffande beskrivning av den intellektuella överlevnadens villkor under de mörka århundradena. »Bis zum Durchbruch der volkssprachlichen Aufzeichnung im Hochmittelalter», fortsätter Wieacker, »haben diese Schemata (mit einziger Ausnahme des skandinavischen Nordens und der angelsächsichen Gesetze) also auch alles schriftgewordene Denken über Recht unausweichbar und unverwechselbar geprägt.»[2]

Hur denna ofrånkomliga formdräkt, denna enda disponibla verktygsbod innehållsmässigt kunde prägla rättsidéerna *in transitu* — på överlevnadsmarschen genom de allra smalaste och kargaste passen — därom skall detta bidrag handla, och vi väljer att studera frågan i det säkraste perspektivet, mikroperspektivet, med *en* helt avgörande författares verk som underlag: Isidorus av Sevilla.

2. Bland de »mörka århundradenas» lärde hade åtskilliga den medvetna ambitionen att efter måttet av sina krafter, sina kunskaper och sin intellektuella förmåga rädda den antika civilisationens stilideal, dess formspråk och dess väldiga kunskapsmassa. Det är naturligt att dessa författares verk ofta brister i tankarnas och innehållets originalitet och även i stilistisk förmåga; de är kompilatorer snarare än självständiga författare, men från det moderna västerlandets synpunkt är de förtjänta av evärdlig tacksamhet. Utan deras blygsamma och under vissa senare perioder — framför allt renässansen — skoningslöst förhånade insatser skulle stora delar av det antika arvet ha varit oåterkalleligen förlorade.

Den växlande närheten — i tid, rum och personförbindelser — till senantikens produktiva andliga källor ger kraftigt utslag i de kontinuitetsbevarande kompilatorernas kvalitet i olika hänseenden. Nära Rom, nära italisk tradition, nära intellektuella elitmiljöer i både tidsmässigt, rumsligt och socialt hänseende levde den aristokratiske ämbetsmannen Boëthius (d. 525 e.Kr.), väl den mest kvalificerade av »räddarna». Vid en jämförelse med honom framstår vårt föremål, Isidorus Hispalensis, ärkebiskop av Sevilla, som provinsiell, sen och redan i viktiga hänseenden främmande för den centrala antika kulturen. Isidorus, som troligen var av nordafrikansk härstamning, utsågs till ärkebiskop omkring år 600. Han efterträdde en broder på biskopsstolen. Sin stora kyrkopolitiska insats gjorde Isidorus vid synoden i Toledo 633; som den spanska (västgotiska) kyrkans ledare åstadkom han att hans landsmän

[2] A st.

övergav det arianska kätteri i vilket de levat för att återvända till den romerska kyrkan.

Med sin tids mått var Isidorus en mycket lärd man. Hans största verk, som trots alla sina svagheter kom att få omätlig betydelse för europeisk bildning och utbildning under många århundraden, kallas *Etymologiae* (»Härledningar») eller *Origines* (»Ursprung»). Om verkets spridning och anseende vittnar bl a att ej mindre än 1 000 medeltida handskrifter av det är kända och bevarade. Bland Isidorus' många skrifter i övrigt må nämnas språkvetenskapliga, kosmologiska, historiska och teologiska verk.[3] Länge tillskrivs honom också en kyrkorättslig författningssamling, de berömda »isidoriska (senare, efter »avslöjandet» oftare »pseudo-isidoriska») dekretalerna», vilka spelade en mycket stor roll i maktkampen mellan påve och kejsare under högmedeltiden men sedan 1600-talet av en tämligen enhällig forskaropinion anses härröra från en annan utgivare.[4]

Etymologiae kan närmast beskrivas som ett slags systematisk encyklopedi. I tjugu kapitel (»Böcker») behandlas där ett stort antal blandade ämnen. Först diskuterar Isidorus de sju fria konsterna — således stommen i antikens och medeltidens skolschema: grammatik, retorik, dialektik, aritmetik, musik, geometri och astronomi — därefter medicin, juridik, historia, kyrkliga och teologiska frågor, antropologi, zoologi, kosmologi, geografi, byggnadskonst, jordbruk, geologi, krigskonst, teknik och hantverk.

Den femte bokens första del är ägnad lagarna; den omfattar tjugusju korta kapitel av blandat juridiskt innehåll.

Isidorus framställer icke någon originell eller ens komplett och sammanhängande lära om lagarna. En inspirationskälla har säkert varit de retoriska övningar om lämpliga och nyttiga lagar som var en del av det antika bildningsarvet.[5] Ett av Isidorus' starka intressen är definitioner. En mycket stor del av hans framställning ägnas åt ganska elementära sådana. Hans källor är emellertid, som senare forskning visat, både

---

[3] Isidorus' samlade verk finns i det stora arbetet *Patrologia Latina* (ed. J. P. Migne, 1850). Av *Etymologiae* finns en modern upplaga (Oxford 1911, ed. W. M. Lindsay); det är Lindsay's text som använts här; översättningarna till svenska är författarens. *Om* Isidorus finns flera värdefulla monografier. En sådan är E. Brehaut, *An Encyclopedist of the Dark Ages,* (1912), den stora franska monografin *Isidore de Seville et la culture classique dans l'Espagne wisigothique (Paris 2 vol., 1959)* av Jacques Fontaine och den tyska avhandlingen H. J. Diesner, *Isidor von Sevilla und das Westgothische Spanien* (Berlin 1977).

[4] P. Fournier och G. LeBras, *Histoire des collections canoniques en Occident I* (1931), passim; *A. Stickler, Historia juris canonici I* (1951).

[5] Diesner, *op. cit.,* s 84 ff; se särskilt s 100 f.

mångfaldiga och av varierande innebörd, ålder och kvalitet. Trots sin obetydlighet som teoretiker bidrog Isidorus i sina skrifter därför i hög grad till upprätthållandet av en viss kulturell standard under medeltidens mörkaste århundraden. Den med klassisk romersk rätt förtrogne läsaren må småle. Riktigast synes dock vara, att Isidorus »mera hedras ändå».

3. Isidorus' framställning är intressant från många synpunkter, men här skall framhållas främst två. Först och främst är det en illustration av den form och det skick i vilka stora delar av det antika idégodset »räddades över» — och dunkades in — i den tidiga medeltidens lärda värld. Det behöver knappast särskilt framhävas vilken enorm nivåskillnad som finns mellan denna primitivt uppräknande, av grova missförstånd fyllda text och de subtila analyserna hos Platon, Aristoteles och Cicero. Man inser lätt med hur stor stolthet och intellektuell tillfredsställelse — men också med vilket mödosamt arbete — först högmedeltidens filosofer och teologer, senare renässansens lärde »återerövrade» det antika stoffet. Samtidigt skall de »räddningsaktioner» inte underskattas, som Isidorus' och andra samtidas skrifter innebar. Åtminstone en stor del av den antika *begreppsvärlden,* som i sig erbjöd betydelsefulla utgångspunkter för fortsatt arbete, förblev tack vare deras ansträngningar bevarad.

Den andra punkten: det är karakteristiskt för Isidorus — liksom för många naiva och bokstavstrogna författare, att *etymologien,* ett ords språkliga härledning — som kan göras mer eller mindre djärv — tillerkännes ett högt informations- och bevisvärde beträffande de faktiska fenomen som ordet hänför sig till. Kan man styrka, att t ex ordet »res» (lat för »sak») språkligt står i samband med ordet »recte» (rätt, riktigt), anser man sig därmed ha »bevisat» t ex att endast sådant som man förvärvat under någon erkänd rättstitel bör kallas »saker». Än idag hör man ofta etymologiska resonemang — och spekulationer — tjäna som utgångspunkt för utläggningar om vad något »djupast sett» eller »rätteligen» är för något (t ex »'kultur' betyder ursprungligen 'odling', därav följer djupast sett...»). Isidorus' framställning erbjuder åtskilliga talande exempel på denna argumentationsteknik.

4. Som en utgångspunkt må här återges femte bokens första kapitel, *De auctoribus legum* (»Om lagarnas upphovsmän»). Med sin oefterhärmliga prägel av rättshistorisk dalmålning ger denna text atmosfären i den isidoriska kompilationen. Så lyder texten i en översättning, som eftersträvar trohet mer än elegans.

»Moses utlade, sådom den allra förste av judafolket, de gudomliga lagarna i de heliga skrifterna. Konung Phoroneus inrättade såsom den

förste lagar och domstolar åt grekerna. Mercurius Trimegistus överlämnade såsom den förste lagar åt egyptierna. Solon var den förste som gav athenarna lagar. Lycurgus fastlade såsom den förste rättsregler åt spartanerna i kraft av Apollons bud. Numa Pompilius som efterträdde Romulus i kungavärdigheten, var den förste som utgav lagar åt romarna; därefter, då folket inte förmådde härda ut med orosstiftande ämbetsmän, tillsatte de en tiomannakommission med uppdrag att skriva lagar, och denna framställde lagar, hämtade ur Solons böcker och översatta till latin, på de tolv tavlorna. Kommissionen bestod av Appius Claudius, Genucius, Veterius, Iulius, Manlius, Sulpicius, Sextius, Curatius, Romilius och Postumius. Dessa valdes till tiomän för nedtecknande av lagarna. Den förste som ville börja samla lagarna i böcker var konsuln Pompeius, men han framhärdade inte, av fruktan för sina belackare. Därefter började Caesar göra detta, men dessförinnan blev han dödad. Så småningom kom emellertid de gamla lagarna på grund av ålderdomlighet och försummelse ur bruk, och fast de ej användas, synes kunskap om dem dock nödvändig. Nya lagar påbörjades av kejsar Konstantin och Caesars övriga efterträdare, och dessa lagar var blandade och oordnade. Därefter ordnade kejsar Theodosius den yngre efter Gregorianus' och Hermogenianus' förebild den lagbok som gjorts av förordningar från Konstantins tid under varje enskild kejsares överskrift; denna lagbok kallade han efter sitt eget namn den theodosianska».[6]

Isidorus' synsätt kan kanske enklast karakteriseras så att han anlägger ett perspektiv på lagarna där det historiska ursprunget ger dessa deras speciella legitimation. När Isidorus i den följande framställningen[7] skall dra gränsen mellan olika typer av lagar, låter han begreppsparet *leges divinae et humanae* (»gudomliga och mänskliga lagar») bestå parallellt med *ius naturale* (»naturrätten») utan att precisera de ifrågavarande begreppens inbördes relationer. »Alla lagar», heter det, »är antingen gudomliga eller mänskliga». Visserligen säger Isidorus vidare på samma ställe att »de gudomliga är grundade i naturen, de mänskliga i seder och bruk» (*divinae natura, humanae moribus constant*) men han faller strax tillbaka i en helt annan, äldre och mer teknisk romersk kategoriindelning: »*fas* avser gudomlig rätt, begreppet *ius* mänsklig». Att färdas över annans mark är förenligt med 'fas', inte med 'ius'. Och när han sedan i ett kort kapitel (IV) går att beskriva naturrätten, sker det återigen i anslutning till ytterligare en annan distinktion: »men den naturliga rätten», heter det, »är antingen den som gäller för

[6] Lindsay, a a, Liber V, I.
[7] A a, V, II och IV.

medborgare eller den som gäller för alla folk». Att »naturrätt» och »positiv rätt» inte är två ömsesidigt exklusiva kategorier framgår inte minst av Isidorus' bestämning av *ius civile,* »den medborgerliga rätten» (kap V): »Den medborgerliga rätten är vad varje folk eller samhälle fastställt för sin del *på gudomliga eller mänskliga grunder* (kurs här).[8] Men den naturliga rätten», säger den lärde biskopen, »är det som är gemensamt för alla länder och som överallt iakttages av naturlig instinkt, icke på grund av någon bestämmelse; såsom mannens och kvinnans förening, barnens inträdande i föräldrarnas ställe och uppfostran, allas gemensamma besittning, allas lika frihet samt förvärvet av det som fångas i himlen, på jorden och i havet. Likaledes återlämnandet av anförtrott gods eller överlämnade pengar samt avvisandet av våldsamheter med våld. Ty detta, och sådant som är detta likt, hålles aldrig för orätt utan för naturligt och skäligt».

Det terminologiska schemats motsägelsefrihet och fullständighet ökas inte av att Isidorus — utan att sätta detta nya begrepp i relation till vare sig »naturlig» eller »mänsklig» rätt — också utvecklar *ius gentium,* den för alla folk gemensamma rätten. Denna handlar om intagandet av boplatser, deras bebyggande, befästande, krig, fångenskap, träldom, rätt att återvända hem efter krig, fredsfördrag, stillestånd, sändebuds okränkbarhet, förbud mot äktenskap utanför det egna folket. Och den kallas folkens rätt därför att så gott som alla folk nyttjar dem.[9]

De följande definitionerna är i så måtto mer upplysande att de alla hänför sig till romerska termer och kategorier: krigsrätt, offentlig rätt, kviriternas (d v s de romerska medborgarnas) rätt, lagar i egentlig mening, d v s »folkets beslut, varigenom de välborna tillsammans med plebejerna fastslagit något som gällande»,[10] folkförsamlingsbeslut, senatsbeslut, förordningar, kungörelser, de rättslärdas svar, konsulära, tribuniciska, juliska, corneliska lagar m m. Om man erinrar sig, att Isidorus skrev i det begynnande 600-talets västgotiska Spanien, blir det reella innehållet i denna verksamhet klarare. Det handlade givetvis inte om en beskrivning av gällande rättskällor i syfte att t ex rangordna dem för att undgå eller lösa konflikter. Det är fråga om en *normativ terminologi,* en uppsättning fack att stoppa olika typer av juridiska fenomen uti. Det blev också som sådan Isidorus' arbete kom att mycket starkt påverka samtid och eftervärld. Den spanske författaren uppräknade och begränsade de auktoritativt fastställda och därmed också de enda

[8] A a, V, V.
[9] A a, V, VI.
[10] A a, V, X.

möjliga och »tillåtna» typerna av lagar. I det ordnande arbete som hans efterträdare som vidareförare av antikt gods med iver ägnade sig åt kom frågor om inplacering av det ena eller andra dokumentet i en erkänd kategori att spela en viktig roll.

Ett ytterligare bidrag till de kommande århundradenas intellektuella redskapsarsenal i hanteringen av juridiska frågor ger Isidorus, när han — återigen utan något egentligt försök att samordna de successiva begreppsutredningarna — drager gränsen mellan »rätt», »lag» och »sedvänja».

»Rätt (lat 'ius') är den allmänna termen» heter det, »lag (lat 'lex') är en art av rätten. Ty 'rätt' säger man, emedan denna är rättvis. All rätt består av lagar och sedvänjor. En lag är en skriven bestämmelse. En sedvänja är en av ålder godtagen vana, eller en oskriven lag. Ty 'lag' (lat 'lex') är uppkallad efter ordet 'läsa' (lat 'legere'), emedan den är skriven. Sedvänjan är en långvarig vana, som på samma sätt härrör ur sederna. Man vanan är ett slags rätt som grundas på sederna och som tages som lag, när sådan saknas; och det gör ingen skillnad, om den grundar sig på skriven text eller på förnuftet, när förnuftet också anbefaller lagen. Och vidare, om lagen bygger på förnuftet, så blir allting lag som grundas på förnuftet, med det förbehållet att det bör överensstämma med gudsfruktan, passa ihop med god ordning och gagna den allmänna välfärden. 'Vanan' kallas så, emedan den brukas 'vanligen'».[11]

Den senast återgivna passusen illustrerar den auktoritativa etymologiens funktion i Isidorus' framställning. Etymologien som substantiell förklaring — och därmed som ett led i en argumentation, där historiska rötter uppfattas som legitimerande — är ett karakteristiskt tankegrepp hos författare med en i äldre filosofisk mening »realistisk» (till skillnad från »nominalistisk») uppfattning, d v s anhängare av tanken, att begreppen äger en egen verklighet, icke blott är i sig tomma och på konventionella grunder utdelade kategoribeteckningar. Om Isidorus' hemortsrätt i motsättningen realister — nominalister (som inte kom till klar formulering förrän långt senare) kan ingen tvekan bestå. I själva verket ligger ju den gode prelatens insats heller inte på det filosofiska planet, som synes ha varit honom svårbeträtt (liksom det, i rättvisans namn, var föga uppodlat under åtskilliga århundraden både före och efter Isidorus).

5. Vissa rättspolitiska uttalanden förekommer i Etymologiernas femte bok. Som var att vänta handlar det inte om några vare sig djupsinninga, klart sammanfogade eller originella tankar. Det är i hög

[11] A a, V, III.

grad fråga om retoriskt allmängods. Om lagens syfte heter det sålunda, att lagarna har stiftats för att människornas »fräckhet skall tyglas av fruktan för dem, oskulden skall vara trygg mitt bland ohederliga och förmågan att skada hämmas hos de ogudaktiga själva genom den skräck som straffet inger».[12] I många senare lagar och lagföretal ekar Isidorus' formulering av de anspråk som bör ställas på lagstiftningen. Härom säger den lärde prelaten — i uppenbar anknytning till retoriskt allmängods på området: »Lagen skall vara värdig, rättvis, möjlig, förenlig med naturen, förenlig med fosterlandets vanor, passande för tid och rum, nödvändig, nyttig, samt även tydlig, så att den inte på grund av dunkelhet innehåller någon snara för någon; den skall vara skriven icke för enskild fördel utan för medborgarnas gemensamma nytta».[13]

De återstående kapitlen av Etymologiernas femte bok tillhandahåller starkare och fler skäl för samlingens namn än de hittills berörda avsnitten. I det långa kap. XXIV, »Om juridiska dokument» formligen haglar etymologier — av mycket blandad beskaffenhet — definitioner och ordförklaringar av högeligen blandad beskaffenhet och kvalitet.

6. När man söker bedöma innebörden, vidden och verkan av Isidorus' »räddningsaktion» för vissa element ur det antika rättsarvet, är det ett par förhållanden som måste behållas i minnet för att man rätt skall skatta vad som vid en första läsning kan te sig som ett katastrofalt fall.

Det är av viss vikt att inskärpa, att Isidorus varken bedriver eller gör anspråk på att bedriva specialistundervisning för blivande jurister. Någon sådan undervisning (med undantag, kanske, för enstaka personliga lärlingsförhållanden av det slag som i det längsta varit dominerande i det romerska riket) torde överhuvudtaget inte ha förekommit i hans samtid. Men detta innebär, att Isidorus' förkunnelse rättvisligen bör ses som ett led i en *allmännelig* ungdomsfostran. Det var naturligt nog hovkretsar och de bildade invånarna i det västgotiska Spanien — således en bred krets — som utgör de tilltänkta läsarna. För dessa var åtminstone någon kännedom om den romerska rättsterminologien av betydelse, men några rättsvetenskapsmän eller praktiskt yrkesverksamma *jurister* i teknisk mening skulle de inte bli. Isidorus' inverkan kan m a o beskrivas som mycket bred men ganska tunn.

En rättsteoretisk tillbakagång av det slag som onekligen återspeglas i Isidorus' *Etymologiae* står, åtminstone i det korttidsperspektiv som den medeltidshistoriskt intresserade anlägger, inte i något nödvändigt

[12] A a, V, XX.
[13] A a, V, XXI.

sammanhang med en *rättslig* tillbakagång. Sannolikt utgjorde Isidorus' tid en illustration till båda, men det är å andra sidan klart att hans framställning inte är lätt att direkt missbruka i vare sig det ena eller det andra rättspolitiska sammanhanget. Isidorus tillhandahåller benämningar, etymologier och en del maximer.

Det kan ifrågasättas om inte en sådan samling — en suggestiv och auktoritativ termflora — är snarast bättre som arvegods eller startkapital för en nyvaknad tid med en till stor del ny erfarenhetsvärld, som skulle pressas in i givna ramar. Hade Isidorus' förkunnelse varit mer direkt, mer genomtänkt och mer fullständig, skulle den sannolikt ha uppställt betydligt fler och mer svårforcerade hinder i vägen för det frejdiga och djupt ohistoriska problemlösande med de antika brottstyckenas hjälp som de karolingiska lärde och även senare medeltida juristgenerationer kom att skriva ned. Som det nu är, bjuder Isidorus av Sevilla på en i mycket stor utsträckning »jungfrulig» materia, vars användning står den djärve fri. En hårdare åtdragen struktur hade kunnat utöva en förstelnande och fördröjande effekt och upprest hinder mot den reception på hög nivå som från Bologna sköljde in över Väst-europa. Isidorus höll de gamla läglarna i skick och lät dem inte torka; i hans ovetenskapliga samlingsbod väntade de på användning, hela och hjälpligt uppordnade. Snille och originalitet var inte kompilatorns anspråk. Det fick räcka med trohet; det finns goda skäl att vara tacksam för den.

Antti Suviranta

Valituslupajärjestelmästä hallintoasioissa

Defensor Legis aloitti vuonna 1965 sarjan, jossa julkaistiin valikoiden niitä oikeustapausselosteita (»ep-kortteja»), joita korkein hallinto-oikeus oli edellisenä vuonna ryhtynyt lähettämään myös Suomen Asianajajaliitolle käytettäväksi liiton jäsenille suuntautuvassa tiedotustoiminnassa. Sarjaa aloittaessaan *Matti Ylöstalo* totesi, miten KHO:n lainkäytön piiriin kuuluvilla asioilla oli kasvava merkitys asianajotoiminnassa, ja tähdensi sitä, että tällainen tiedotustoiminta voi yhtenäistää tuomioistuinten ja muiden viranomaisten käytäntöä. »Varma tieto vakiintuneesta käytännöstä voi johtaa siihen, että tarpeettomat muutoksenhaut jäävät tekemättä. Tämä vähentää asianosaisten vaivoja ja kustannuksia ja lisää oikeusturvaa ja edistää oikeusrauhaa.»[1]

Näitä päämääriä ei kuitenkaan välttämättä saavuteta pelkästään tiedottamalla jo tehdyistä ratkaisuista nopeasti ja luotettavasti. Itse ratkaisujen tekeminen saattaa viipyä niin kauan, että tehdään lukuisasti muutoksenhakuja, jotka sittemmin osoittautuvat tarpeettomiksi. Ratkaisut eivät ehkä myöskään anna tietoa vakiintuneesta, vaan epäyhtenäisestä käytännöstä.

Valtioneuvoston toukokuussa 1983 asettaman *hallintolainkäyttökomitean* tehtäväksi annettiin valmistella tarpeelliset ehdotukset hallintolainkäytön järjestelmän kehittämiseksi siten, että se on oikeudellisilta perusteiltaan ja toimintaedellytyksiltään asianmukainen. Korkeimman hallinto-oikeuden osalta tehtävää täsmennettiin siten, että KHO:lla »ylimpänä muutoksenhakuasteena hallintoasioissa tulisi olla edellytykset ohjata voimavaroja riittävästi myös yleistä merkitystä ja ennakkopäätösarvoa omaavien valitusasioiden ratkaisemiseen sekä lainkäytön yhdenmukaisuuden ohjaamiseen». Valtioneuvoston päätökseen liittyvässä esittelymuistiossa todettiin, että KHO:ssa oli kasvavan asiamäärän takia jouduttu turvautumaan poikkeusjärjestelyihin: neljänteen, ylimääräiseen jaostoon ja nelijäseniseen tuomionvoipaan kokoonpanoon

[1] Ks. *Ylöstalo,* Korkeimman hallinto-oikeuden uusinta käytäntöä, DL 1965 s. 79, 83-84. Vrt. myös *M.Y.,* Hajahavaintoja tuomioistuinratkaisujen julkisuuteen saattamisesta, LM 1955 s. 836—837.

säännönmukaisen viisijäsenisen sijasta. Jotta näistä poikkeustoimenpiteistä voitaisiin luopua, olisi KHO:n ratkaistavaksi tulevien asioiden määrää vähennettävä. Keinona vähentämisen toteuttamiseksi nähdään muistiossa erityisesti valituslupajärjestelmän laajentaminen nykyisestään ja edellytyksenä tälle taas lääninoikeuksien aseman ja toimintaedellytyksien riittävä kehittäminen.

Lokakuussa 1985 valmistuneessa mietinnössään (Komiteanmietintö 1985:48) hallintolainkäyttökomitea ehdottaakin valituslupajärjestelmän olennaista laajentamista. Ainoaksi keinoksi KHO:n valitusruuhkan vähentämiseksi valituslupajärjestelmää ei mietinnössä silti nähdä. Alempien asteiden, erityisesti lääninoikeuksien ratkaisutoimintaa olisi kehitettävä, niin että tarve — todellinen tai kuviteltukin — hakea muutosta niiden päätöksiin vähenisi (s. 24, 126). Ylin tuomiovalta voitaisiin joissakin asiaryhmissä siirtää KHO:lta jollekin muulle tuomioistuimelle (valtion, kuntien ja kansaneläkelaitoksen henkilöstöeläkeasiat KHO:n sijasta vakuutusoikeuteen; s. 124, 448—455). Valituksia voitaisiin myös ohjata ennen KHO:ta johonkin toiseen valitusasteeseen (s. 24, 123—124, 259—260) tai oikaisuvaatimusmenettelyyn (s. 95—102), ja itseoikaisumahdollisuuksia niin hallinnossa kuin hallintolainkäytön alemmilla asteilla voitaisiin lisätä (s. 33—34, 93—95, 99—102, 236—238). Ehdoton valituskielto — joka ei salli valittamista edes valitusasteen myöntämällä luvalla — rajoittaa valitusruuhkaa tehokkaamminkin kuin valituslupajärjestelmä. Uusia valituskieltoja komitea ei kuitenkaan ehdota, vaan päin vastoin pitää mahdollisena niiden korvaamista eräissä tapauksissa valituslupajärjestelmällä (s. 25—29, 36—38, 122—123).

Vaikka valituslupajärjestelmä ei siis ole ainoa keino KHO:n valitusruuhkan vähentämiseksi, eivät edellä kuvatut muut keinot komitean puoltamissa puitteissa käytettyinä riitä komitealle annetun päämäärän saavuttamiseksi, siihen että KHO voisi ilman ylimääräistä jaostoa ja työskennellen säännönmukaisin viiden jäsenen ratkaisukokoonpanoin ohjata riittävästi voimavaroja »myös yleistä merkitystä ja ennakkopäätösarvoa omaavien valitusasioiden ratkaisemiseen sekä lainkäytön yhdenmukaisuuden ohjaamiseen». Eri asia on sitten, jos tätä päämäärää ei pidetä riittävän tärkeänä. Komitean kahden jäsenen esittämän eriävän mielipiteen mukaan valituslupajärjestelmää ei olisi laajennettava, koska se rajoittaa yksityisen kansalaisen oikeusturvaa tuntuvalla tavalla, kun KHO ei enää olisi kiinnostunut hänen asiansa käsittelemisestä, vaan ainoastaan mielenkiintoisista tapauksista, joista saisi ennakkopäätöksen. »Näin kansalaisen näkökulma joutuu sivuasiaksi ja korkeimman hallinto-oikeuden näkökulma tulee hallitsevaksi.» (S. 540—541.)

Komitean enemmistö perustelee valituslupajärjestelmää kuitenkin

nimenomaan oikeusturvanäkökohdilla. »Ylin oikeusaste voi omistaa riittävästi aikaa ja muita voimavaroja sellaisten valitusasioiden ratkaisemiseen, joilla on merkitystä oikeuskäytännön kehittämisen ja lainkäytön yhtenäisyyden turvaamisen kannalta. Ylimmän oikeusasteen ennakkopäätösten ohjaamina alemmat asteet voivat ratkaista useimmat asiat periaatteessa yhtä oikein kuin jos juuri ne asiat olisi saatettu ylimmän asteen ratkaistaviksi. Niissä harvalukuisiksi jäävissä asioissa, joissa tämä ei onnistu, voidaan valituslupa myöntää tällaisen virheen korjaamiseksi. Kaikissa asioissa lyhenee lopullisen ratkaisun saamiseen kuluva aika olennaisesti.» (S. 119.)

Sopivana vertauskohtana voidaan ehkä käyttää sairaalalaitosta. Professoritason hoitoa ei voida järjestää jokaiselle, vaan potilaat on joillakin perusteilla valikoitava hoidon eri tasoille. Ensinnäkin voi olla puhtaita tutkimus- tai opetussairaaloita (niin kuin oli Salus-sairaala Helsingissä), joihin potilaat valitaan yksinomaan sen hyödyn mukaan, mikä heistä katsotaan olevan lääketieteen tutkimukselle tai opetukselle. Valituiksi tulleet potilaat saavat siis pätevämmän hoidon kuin valitsematta jääneet, eivät oman paranemisintressinsä vuoksi, mutta eivät myöskään tapaustensa abstraktisen kiinnostavuuden vuoksi, vaan jotta muita potilaita voitaisiin tulevaisuudessa hoitaa yhä paremmin. Veroasioiden nykyistä valituslupajärjestelmää voitaisiin verrata nuhakuumepotilaiden valitsemiseen tutkimussairaalaan: melko vaaratonta tautia sairastava pääsee tällaisen sairaalan potilaaksi vain jos siten arvellaan voitavan edistää muiden nuhakuumepotilaiden hoitoa vastedes; ja melko vähäisissä veroasioissa myönnetään valituslupa vain jos siten arvellaan voitavan edistää muiden samanlaisten asioiden ratkaisemista vastedes. »KHO:n näkökulma» on siten näissäkin asioissa kansalaiskeskeinen oikeusturvanäkökulma — ei tosin juuri sen kansalaisen, joka hakee valituslupaa, vaan kaikkien niiden kansalaisten yhteinen, joita valitusasiassa esiintyvä oikeudellinen ongelma voi koskea.

Nuhakuumetta vakavampikaan tauti ei ilman muuta avaa yliopistollisen eikä muunkaan keskussairaalan ovia. Potilaat tulisi periaatteessa valikoida hoidon eri tasoille siten, että keskussairaaloissa hoidetaan vain ne potilaat, jotka tarvitsevat niin korkean tason hoitoa. Muut hoidetaan joko terveyskeskuksissa (jos näiden resurssit riittävät parantamiseen) taikka kroonikkosairaaloissa ja huoltolaitoksissa (jos kysymys ei voi olla taudin parantamisesta, mutta kylläkin potilaan mahdollisimman hyvästä hoidosta). Hyvin tiedetään, ettei valikoituminen nykyisin tapahdu läheskään näiden periaatteiden mukaan. Keskussairaaloissa on potilaita, joiden oikea hoitopaikka olisi kroonikkosairaala, jonne he eivät kuitenkaan mahdu. Kun he pitävät keskussairaalan paikkoja va-

rattuina, joutuvat keskussairaalatasoista hoitoa todella tarvitsevat jonottamaan vuoroaan pitkäänkin. Toisaalta jonotetaan kroonikkosairaaloihin paitsi keskus- ja muissa akuuttisairaaloissa myös kotona silloinkin kun sairaalahoito olisi välttämätöntä.

Analogioita hallintolainkäyttöön ei ole vaikea löytää. KHO:n tutkittavaksi tuodaan asioita, jotka olisi pitänyt voida ratkaista — ja on ehkä ratkaistukin — yhtä hyvin alemmalla tasolla. Tämän vuoksi asiat ruuhkautuvat KHO:ssa. Ruuhkautuminen viivyttää myös niitä asioita, joihin täysin perustellusti pyritään saamaan ylimmän oikeusasteen ratkaisu; »justice delayed is justice denied». Lähinnä resurssien puutteen johdosta on ruuhkautumista myös alemmissa lainkäyttöasteissa, varsinkin eräissä lääninoikeuksissa. Ruuhkautuminen on vaarana myös lainkäytön laadulle — ja ruuhkautumisen torjuminen KHO:n tasolla vain resursseja lisäämällä lainkäytön yhtenäisyydelle. Ruuhkautuminen houkuttelee myös perusteettomiin valituksiin, milloin valittaja katsoo hyötyvänsä lopullisen ratkaisun viipymisestä.

»Nuhakuumetason» yläpuolella ei valituslupien myöntämistä voida kuitenkaan rajoittaa vain prejudikaattitapauksiin. Nyt tulee KHO:n näkökulman lupakysymystä ratkaistaessa korostaa nimenomaan asianosaisen, oikeutta hakevan kansalaisen oikeusturvaa. Valitusluvan myöntämisen keskeisinä perusteina näissä asioissa olenkin maininnut *asian tärkeyden* ja *tapahtuneen virheen törkeyden*.[2]

Myös valituslupa-asioiden käsittely syö kuitenkin KHO:n resursseja. Tämänkään vuoksi ei valituslupajärjestelmästä ole tarkoitettua hyötyä, jos niiden tapausten määrä, joissa valituslupa joudutaan myöntämään ilman prejudikaatti-intressiä, »vain» tapahtuneen virheen korjaamiseksi, ei jää aivan vähäiseksi. Sen vuoksi voidaan valituslupajärjestelmä ulottaa vain niihin asioihin, joiden käsittely KHO:ta lähinnä alemmalla tasolla täyttää oikeusturvan kannalta varsin suuret vaatimukset. Hallintolainkäyttökomitea on katsonut, että jos lääninoikeuksia kehitetään (vähintään) komitean ehdottamalla tavalla, voisi yleinen valituslupajärjestelmä koskea kaikkia lääninoikeuksien ratkaisuja vero- ja katumaksuasioissa; niin ikään voitaisiin järjestelmä ulottaa kaikkiin liikevaihtovero-oikeuden ratkaisuihin (s. 121, 221).

Ehdotettu valituslupajärjestelmä ei siis koskisi läheskään kaikkia KHO:n toimivaltaan kuuluvia asioita. Ulkopuolelle jäisivät valitukset valtioneuvoston, ministeriöiden, keskusvirastojen, lääninhallitusten ynnä

[2] Ks. *Suviranta*, Korkein hallinto-oikeus vuonna 2000, Hämäläis-Osakunnan juristikerho 1935—1985 (1985) s. 181; *sama*, Veroasioiden muutoksenhakujärjestelmästä, Verotus 1985 s. 295. Ks. edelleen Hallintolainkäyttökomitean mietintö s. 32—33, 121, 222—227, 514.

muiden hallintoviranomaisten päätöksista ja myös valitukset lääninoikeuksien päätöksistä muissa kuin vero- ja katumaksuasioissa (ja niissä vaali- ja sosiaaliasioissa, joissa jo nyt vaaditaan valituslupa). Ero korkeimman oikeuden lähes kaikki asiat kattavaan järjestelmään on selvä. Lähes kaikissa korkeimpaan oikeuteen tulevissa asioissa on kuitenkin jo kahden tuomioistuimen (yleensä ali- ja hovioikeuden) ratkaisu. Tätä vaatimusta eivät KHO:n valituslupajärjestelmän piiriin ehdotetut lääninoikeuksien ja liikevaihtovero-oikeuden asiat täytä. Näihin hallintolainkäyttöasioihin verrattavia tässä mielessä ovat korkeimman oikeuden tuomiovallan piirissä kuitenkin asianajajia koskevat kurinpitoasiat. Nehän kuuluvat valituslupajärjestelmän piiriin, vaikka niissä on korkeimman oikeuden alapuolella vain yksi tuomioistuin (Helsingin hovioikeus), joka kuitenkin on valitusaste alemmasta portaasta (Suomen Asianajajaliiton hallituksesta), jota ei ole järjestetty tuomioistuimeksi.[3]

[3] Ks. KKO 1982 II 180 ja jo aikaisemman järjestelmän mukaan KKO 1982 II 172, komm. *Ylöstalo,* D 1983 s. 22; *Ylöstalo,* Oikeuskansleri asianajajien toiminnan valvojana, LM 1983 s. 1123 (julkaistu myös *Ylöstalon* toimittamassa kirjassa Asianajajaoikeutta, 1985, s. 123, 128).

Erkki-Juhani Taipale

Asianajajalaitoksen ja asianajajien riippumattomuudesta

Asianajajan ammatti luokitellaan perinteisesti vapaaksi ammatiksi. Suomessa ei tosin ole, toisin kuin esimerkiksi Saksan liittotasavallassa, lain määräyksin säädetty asianajajan harjoittavan ammattiaan vapaana ammattina. Meillä ammatin vapaus on ilmaistu vuonna 1958 annetussa asianajajalaissa säädetyissä asianajajan kelpoisuusvaatimuksissa siten, että epäitsenäisessä asemassa olevat henkilöt eivät ole kelpoisia asianajajiksi. Asianajajakunta on myös järjestetty itseään hallitsevaksi ja valvovaksi yhteiskunnalliseksi ammattikunnaksi. Asianajajan itsenäisyys ja asianajajakunnan itsehallinto kuvastavat meillä asianajajan ammatin vapautta.

Vaikka tuntuisi luontevalta se, että ammatin vapauteen kuuluisi myös laaja vapaus sen harjoittamiseen ilman rajoittavien sääntöjen kahlintaa, asia ei asianajajan osalta ole näin. Vapaus ei anna oikeutta vallattomuuteen, vaan mahdollisuuden järjestää ammatinharjoittaminen määrättyjen ammatin luonteesta johtuvien säännösten antamissa rajoissa. Se yhteiskunnallinen merkitys, joka asianajajan toimella on, on saanut julkisen vallan katsomaan tarpeelliseksi asettaa sääntöjä noudatettaviksi asianajajan tointa harjoitettaessa. Miksi valtiovalta meillä on katsonut hyväksi näin tehdä, on perusteltu selkeästi asianajajalakiamme koskevassa hallituksen esityksessä muun muassa seuraavasti:

> »Valtion velvollisuutena on tehdä kansalaisille mahdolliseksi toteuttaa ne oikeudet, jotka oikeusjärjestyksen mukaan heille kuuluvat. Oikeusrauhan ja sen tuoman turvallisuuden edistäminen kansalaisten keskeisissä suhteissa sekä heidän suhteissaan valtioon ja sen luomiin tai sallimiin yhteiskunnallisiin toimintamuotoihin on ehdoton oikeusvaltiolle asetettava vaatimus. Nykyaikaisen yhteiskunnan monimutkainen rakenne laajoine virkakoneistoineen sekä taloudellisen elämän ja sen toimintamuotojen nopeasti tapahtuva kehitys ovat kuitenkin vieneet laajaan lainsäädäntöön, jonka hallitseminen yksityiselle kansalaiselle ei enää ole mahdollista samassa määrässä kuin aikaisemmin. Seurauksena tästä on ollut kansalaisten yhä voimistuva tarve saada oikeudellisten asioittensa järjestämisessä ja hoitamisessa asiantuntevaa

neuvontaa ja apua. Kun tämä neuvonta ja apu, jota ammattiasianajajat antavat, olennaisesti edistää myös valtion etujen mukaisten tavoitteiden saavuttamista asianajajien toiminnan ollessa valvonnanalaista, on asianajajien toiminnan järjestäminen asianmukaiseksi ja tarkoituksenmukaiseksi saanut yhä suuremman merkityksen.

Voimassa oleva oikeusjärjestys, vallitsevat yhteiskunnalliset ja taloudelliset olot sekä historiallinen kehitys ovat olleet ratkaisevina järjestettäessä kysymystä oikeusasioiden hoidossa ja oikeudenkäynnissä tarvittavasta lainopillisesta neuvonnasta ja avusta. Tämän vuoksi on kysymys eri maissa saanut toisistaan jossakin määrin poikkeavan ratkaisun. Yhteisenä piirteenä on kuitenkin todettava pyrkimys saada asianajajakunnalle määrätynlainen julkisoikeudellinen asema sekä alistaa asianajajakunta valvonnanalaiseksi.»

Asianajajalaitoksen järjestäminen on siten havaittu edellytykseksi tyydyttävälle oikeudenhoidolle nykyaikaisessa oikeusvaltiossa. Asianajajalakimme ja sen myötä meillä noudatettaviksi määrätyt asianajajan ammattia koskevat säännökset eivät ole pelkästään kotimainen ilmiö ja tulos oman asianajajalaitoksemme kehityksestä. Yleisesti nimittäin voidaan todeta, että asianajajalaitos ja asianajotoiminta on lainsäädännöllisesti järjestetty kaikkialla maailmassa yhteiskunnallisesta järjestelmästä riippumatta.

Yksittäisen asianajajan sekä asianajajien kollektiivina muodostaman asianajajakunnan itsenäisyys on oikeusvaltiossa sekä oikeusturvan että toimivan oikeudenhoidon takeena. Riippumattomuus voidaan katsoa ammatin harjoittamisen välttämättömäksi perusedellytykseksi. Vaatimus asianajajakunnan ja yksittäisen asianajajan itsenäisyydestä on rinnakkainen oikeusvaltion kulmakivenä pidetylle aksiomalle tuomioistuinten ja tuomarien riippumattomuudesta. Näiden kahden oikeudenhoidon eri orgaanin asema on sidoksissa toisiinsa. Ei ole oikeusvaltiota, josta puuttuisi toinen, joko riippumattomat asianajajat tai riippumattomat tuomarit. Toisen puuttuminen on merkki siitä, että myös toinen puuttuu.

Asianajajien ja asianajajakunnan riippumattomuus nähdään yleismaailmallisesti tärkeäksi kysymykseksi osana koko oikeudenhoidon itsenäisyyttä. Siten Yhdistyneiden Kansakuntien piirissä valmisteltuun oikeudenhoidon riippumattomuutta koskevaan julistusluonnokseen (The Montreal Declaration on the Independence of Justice, 10. 6. 1983) sisältyy paitsi tuomarien ja tuomioistuinten riippumattomuutta koskevia vaatimuksia myös asianajajien sekä asianajajalaitoksen riippumattomuuteen liittyviä keskeisiä vaatimuksia. Tämä Montrealin julistusluonnos on YK:ssa valmisteltavana edelleen ja sen merkittävyyttä lisää, et-

tä valmisteluun otti voimakkaasti osaa, myös asianajajia koskevilta osin, YK:n ihmisoikeuksia käsittelevä osasto sekä 26 kansainvälistä järjestöä.

Asianajajalaitoksen lakisääteisellä järjestämisellä ei meillä, kuten ei muissakaan oikeusvaltioissa, ole pyritty rajoittamaan asianajajien tahi asianajajakunnan itsenäisyyttä. Päin vastoin useasta säännöksestä voidaan havaita tarkoituksena olevan korostaa ja lujittaa ammatin itsenäisyyttä.

Sinänsä kysymys asianajajien tai asianajajalaitoksen itsenäisyydestä ei Suomessa ole ollut laajan keskustelun kohteena. Se osaltaan johtunee asianajajalaitoksen myöhäisestä kehittymisestä maassamme, mutta suuremmalta osin varmaan siitä, että meillä asianajajien itsenäisyyttä on pidetty luonnollisena eikä tätä riippumattomuutta ole koettu uhanalaiseksi.

Kaikkialla ja kaikkina aikoina asia ei ole ollut näin. Historia osoittaa, että asianajajakuntaan on voitu kohdistaa tuhoisia iskuja ja sen olemassaolo saattaa kysymyksenalaiseksi tahi että se on suorastaan pyritty tukahduttamaan. Tunnetuimpia ovat Preussin Fredrik Suuren toimenpiteet, jotka johtivat riippumattoman asianajotoiminnan lopettamiseen ja asianajajien korvaamiseen assistenttineuvosten ja oikeuskomissaarien viroilla. Napoleonin mielestä taas asianajajat olivat joukko idealisteja, suunsoittajia, kiihottajia ja kverulantteja. Neuvostoliitossa itsenäinen asianajajakunta hajoitettiin lokakuun vallankumouksen jälkeen. Saksassa sekä Itävallassa puolestaan 1930-luvulla rajoitettiin asianajajien toimintaa sallimalla vain maan ylimmän oikeushallinnon hyväksymien henkilöiden harjoittaa ammattia.

Asianajajien sekä asianajajakunnan riippumattomuutta loukkaavat toimenpiteet eivät valitettavasti myöskään kuulu pelkästään historiaan tahi lähimenneisyyteen. Kansainvälisen juristikomission raporteista saamme ajoittain tietoja, että tälläkin hetkellä on valtioita, joissa kansalaisten mahdollisuudet saada pätevää oikeusapua on joko kokonaan estetty vallanpitäjien selvin määräyksin tahi rajoitettu epäsuorin toimenpitein. Siellä missä asianajajan vapaa toiminta on rajoitettu, siellä yleensä oikeusjärjestys ja kansalaisten oikeusturva on poljettu olemattomiin. Ei sinänsä olekaan sattuma, että yhteiskuntajärjestyksen muuttuessa totalitääriseksi, olivatpa sen poliittiset tunnusmerkit minkä suuntaiset tahansa, riippumattomat asianajajat yleensä häviävät ensimmäisinä.

Asianajaja on päämiehensä puolesta puhuja. Sen vuoksi asianajajan suhdetta päämieheen tulee suojata ulkopuolisilta haitallisilta seuraamuksilta. Asianajaja ei voi olla sidoksissa sellaisiin tahoihin, jotka saattaisivat rajoittaa hänen riippumattomuuttaan ja itsenäisyyttään pää-

miehen asian hoidossa. Tehtäväänsä hoitavalla asianajajalla tulee myös olla turvattu mahdollisuus saada vapaasti puhua, mikäli se on välttämätöntä päämiehen oikeusturvan valvomiseksi. Hänen on saatava pelottomasti taistella vääryyttä vastaan, huomauttaa virheistä ja lainvastaisuuksista välittämättä siitä, ketä hänen sanansa koskevat.

Vain näin asianajaja voi täyttää tehtävänsä oikeudenhoidon orgaanina sekä kansalaisten oikeusaputarpeen tyydyttäjänä.

Yksittäisen asianajajan riippumattomuudelle luo merkittävän takeen ammattikunta, jolla on autonomia omien asioiden hoitoon nähden. Asianajajalaitoksen riippumattomuus ulkopuolisista tahoista antaa asianajajalle tarvittavan turvan ja tietoisuuden siitä, että hän voi pelkäämättä ulkopuolisen tahon asioihin puuttumista tahi painostusta antaa asiakkaalleen tämän tarvitseman oikeusavun.

Asianajajalaitoksen riippumattomuus ilmenee käytännössä monissa kohdin. Se näkyy ensinnäkin siinä, että asianajajakunta itse hyväksyy ja on myös velvollinen hyväksymään jäseniksi kaikki ne, jotka täyttävät jäseneksi tulolle asetetut edellytykset. Yksittäisen asianajajan tai yleisen kansalaisten oikeusturvan kannalta ei olisi hyväksyttävää sellainen menettely, että asianajajiksi voisivat ryhtyä tai päästä vain ne henkilöt, jotka ulkopuolinen taho, esimerkiksi julkinen valta, katsoisi sitä miellyttävän sekä harkitsisi sopiviksi.

Asianajajalaitoksen riippumattomuuden merkitys korostuu myös siinä valvonnassa ja kurinpitotoiminnassa, jota asianajajalaitos ensi asteena harjoittaa jäsenistöönsä nähden. Siinä että asianajajien valvonta ensi asteessa tapahtuu ammattikunnan oman itsehallinnon puitteissa, turvataan olennaisesti yksittäisen asianajajan mahdollisuudet harjoittaa ammattiaan itsenäisesti ja riippumattomana. Onhan näin minimoitu ulkopuolisen taholta mahdollisuudet asiattomasti painostaa tahi vaikuttaa asianajajaan hänen toiminnassaan. Meillä valvonta on asianajajalaissa jätetty julkisoikeudellisen asianajajayhdistyksen, Suomen Asianajajaliiton hallituksen ja sen asettaman kurinpitojaoston tehtäväksi. Julkisen vallan mahdollisuudet varmistua valvonnan asiallisuudesta ja oikeudenmukaisuudesta toteutuvat siinä, että asianajajaliiton kurinpitoasioissa tekemiin ratkaisuihin voidaan hakea muutosta yleisessä tuomioistuimessa, Helsingin hovioikeudessa, ja että valtioneuvoston oikeuskansleri saa tiedokseen kaikki kurinpitoasioissa annetut päätökset ja on oikeutettu niistä valittamaan sekä myös vaatimaan asianajajaliiton hallitukselta kurinpitomenettelyn käynnistämistä yksittäistä asianajajaa kohtaan.

Ammattitoiminnassaan yksittäinen asianajaja on velvollinen noudattamaan hyvää asianajotapaa, jossa koostuu ammattikunnan sisäi-

nen käsitys oman tehtävänsä merkityksestä ja arvosta. Hyvän asianajotavan synty ja muodostuminen on pitkäaikaisen kehityksen tulos ja se on alunperin ilmentänyt asianajajien noudattamia perinnäistapoja. Myöhemmin niistä on luotu tapakoonnoksia, jotka kattavat useimmat asianajotoiminnassa tavallisesti esiintulevat tilanteet sekä sisältävät asianajajan asemaa ja työtä kuvaavia periaatteellisia lausumia. Siihen nähden, kuinka hyvää asianajotapaa koskevat säännöt ovat kehittyneet ammattikunnan sisältä ja kuinka ne elävät ammattikunnan piirissä, on luontevaa, että näiden sääntöjen tulkinta ja noudattamisen valvonta tapahtuu niiden toimesta, joilla on riittävää tietoa hyvästä asianajotavasta ja sen merkityksestä. Ulkopuoliselle se olisikin usein vaikeaa asianajajaolojen puutteellisen tiedon ja kokemuksen vuoksi.

Asianajajakunnan riippumattomuuteen kuuluu myös ammattikunnan taloudellinen riippumattomuus. Taloudelliset sidonnaisuudet eivät myöskään saa muodostua asianajajan tahi asianajajakunnan toimintaan haitallisesti vaikuttaviksi tekijöiksi. Siten meillä Suomen Asianajajaliitto huolehtii lakisääteisten ja myös muiden tehtäviensä hoitamisesta kokonaan jäsenistöltä perityin varoin ilman mitään ulkopuolista taloudellista tukea tahi riippuvuutta.

Ajoittain meilläkin on julkisuudessa esitetty mielipiteitä, joissa on arvosteltu asianajajakunnan harjoittamaa jäsenistönsä valvontatoimintaa ja siihen kohdistamaa kurinpitotoimintaa. Näissä mielipiteissä sen on väitetty olevan toisaalta tehotonta ja toisaalta sisäänlämpiävää siten, että siinä olisi havaittavissa epäoikeudenmukaista ammattiveljien suojelemista. Tällaisen kritiikin voidaan kuitenkin katsoa perustuvan suurelta osin puutteellisiin ja virheellisiin tietoihin asianajajan ammatista ja asianajajalaitoksen toiminnasta.

Osittain näiden julkisuudessa esitettyjen mielipiteiden seurauksena oikeusministeriö asetti vuonna 1984 työryhmän selvittämään asianajajien valvonta- ja kurinpitojärjestelmän kehittämisen tarvettä sekä tekemään mahdollisesti tarpeellisia ehdotuksia. Työryhmä, joka kuuli useita asiantuntijoita, luovutti mietintönsä oikeusministeriölle maaliskuussa 1985. Mietinnössä todetaan yksiselitteisesti muun muassa, että asianajajien valvonta Suomessa on järjestetty asianmukaisesti ja kansainvälisesti vertailukelpoisella tavalla. Vielä valvonnan todettiin olevan sekä tiukkaa että tasapuolista.

Meillä asianajajalaitos ja asianajajan ammatin harjoittaminen on valtiovallan toimin järjestetty niin, että sekä yksittäisen asianajajan että asianajajalaitoksen riippumattomus on pyritty mahdollisemman laajalti turvaamaan. Monet asianajajalakimme säännökset ja oikeusministeriön asianajajalain nojalla vahvistamat yleisen asianajajayhdistyksen, Suo-

men Asianajajaliiton säännöt sisältävät määräyksiä, jotka on suunnattu luomaan ja turvaamaan tätä itsenäisyyttä ja riippumattomuutta. Näiden säännösten sisältöä, taustaa ja merkitystä on Suomen Asianajajaliiton pitkäaikainen sihteeri, professori *Matti Ylöstalo* käsitellyt ansiokkaalla tavalla lukuisissa asianajoalaa koskevissa kirjoituksissaan, erityisesti kohta neljättä painostaan odottavassa Asianajajan käsikirjassa.

Julkinen valta on meillä myös muissa yhteyksissä osoittanut arvostavansa näitä periaatteita. Muun muassa oikeusministeriö asettaessaan edellä mainitun valvontatyöryhmän rajasi toimikunnan tehtävää siten, että toimikunnan ehdotusten tuli olla sopusoinnussa asianajajalaitoksen itsenäisyyden ja riippumattomuuden kanssa.

Eero Takala

Kuolinpesän osakkaan velkavastuusta PK 21:14 nojalla

Kuolleen henkilön jälkeen on toimitettava perunkirjoitus laissa säädetyssä tai asianmukaisessa järjestyksessä myönnetyssä pitemmässä määräajassa. Jos PK 20:7 mainitusta syystä toimitetaan useampia perunkirjoituksia, on ne kaikki toimitettava samassa ajassa. Perunkirjoituksen toimituttamisesta on velvollinen huolehtimaan se kuolinpesän osakas, jonka hoidettavana pesän omaisuus on, jollei joku toinen pesän osakkaista ole pesän tilaan paremmin perehtynyt (PK 20:1 ja 2). Jos hän tämän laiminlyö, on siitä pääsääntöisesti seuraamuksena, että hän joutuu henkilökohtaiseen vastuuseen kaikista vainajan veloista. Sama seuraamus häntä kohtaa, jos hän perunkirjoituksessa tai valalla vahvistaessaan perukirjan antaa vääräksi tietämänsä ilmoituksen tai tahallaan jättää ilmoittamatta jonkin tietämänsä seikan ja siten vaarantaa velkojien oikeutta (PK 21:14). Vastuu seuraa siten myös silloin, kun osakas valalla vahvistaessaan perukirjan menettelee mainituin tavoin sellaisen seikan suhteen, jota hän ei tietänyt vielä perunkirjoitusta toimitettaessa mutta tiesi perukirjaa vahvistaessaan. Tosin PK 20:6.2 säännös ei liene sanamuodoltaan aivan yksiselitteisen selvä, kun se ehkä on luettavissa myös niin, että pesän ilmoittajan on vannottava vain se, että hän on toiminut vilpittömästi antaessaan tietoja perunkirjoitusta varten. Näin ei säännöstä kuitenkaan ole lupa ymmärtää. Jos osakas on vasta perunkirjoituksen jälkeen saanut tietoonsa seikan, joka olisi tullut, jos se silloin olisi tiedetty, merkitä perukirjaan, velvoittaa valaa koskevan säännöksen tarkoitus häntä sen valalla kuultaessa ilmoittamaan. Onhan säännöksen tarkoituksena saada selville pesän todellinen tila.

PK 21:14 säännöksestä ei selvästi ilmene, kohtaako velkavastuu pykälän toisessa lauseessa luetelluilla perusteilla vain sitä osakasta, jonka hoidossa pesä on, vaiko ketä tahansa sellaiseen menettelyyn syyllistyvää pesän osakasta. Säännöksen rakenne ja sanamuoto ehkä viittaisivat päättelemään, että kyse olisi vain ensiksi mainitusta eli pykälän en-

simmäisessä lauseessa mainitusta osakkaasta. Tätä ei kuitenkaan ole tarkoitettu, kun otetaan huomioon, että PK 20:6.1 mukaan pesän ilmoittamiseen voi olla velvollinen myös osakas, joka ei hoida pesän omaisuutta mutta on muutoin sen tilaan parhaiten perehtynyt. Ei ole nähtävissä perustetta, minkä vuoksi tällaisen ilmoittajaosakkaan vastuu olisi pienempi kuin pesää hoitavan osakkaan vastuu. Sama koskee myös osakasta, joka ei hoida pesää eikä toimi pesän ilmoittajana mutta antaa tietoja perunkirjoitusta varten. Hän on PK 20:6.2 mukaan yhtä lailla kuin pesän ilmoittaja velvollinen valalla vahvistamaan antamiensa tietojen oikeellisuuden. Valan jälkeen hänen vastuunsa velkojiin nähden ei perustellusti voi olla erilainen kuin pesän ilmoittajan vastuu. Ei myöskään ole perustetta päätellä, että asian laita ennen valaa olisi toinen. Tämän vuoksi on päädyttävä siihen, että PK 21:14 toinen lause koskee jokaista osakasta, eikä vain sitä, jonka hoidossa pesä on.[1]

Kuolinpesän omaisuutta voi olla useamman kuin yhden osakkaan hoidettavana. Esimerkiksi karjasta on jonkun välittömästi huolehdittava, vaikka hän ei hoidakaan pesän muuta omaisuutta. Samoin voi olla laita liikkeen kohdalta. Tämä ei kuitenkaan vielä merkitse, että pesä olisi tuollaisen määrätyistä tehtävistä huolehtivan osakkaan hoidossa ja että hänelle sen perusteella kuuluisi perunkirjoituksen toimituttaminen. Pesän hoitaminen edellyttää eräänlaista isännöitsijän asemaa pesässä eli huolehtimista koko jäämistön hoitamisesta, mikä voi tapahtua suorittamalla toimenpiteet joko itse tai toisten avulla.[2] PK 20:6.1 sanamuoto »hoitaa pesän omaisuutta» on siten ymmärrettävä sisällöltään identtiseksi PK 21:14 sanonnan »hoidossa pesä on» kanssa. Luonnollisesti useat tai kaikkikin osakkaat voivat yhdessä isännöidä pesää viimeksi mainitussa lainkohdassa tarkoitetulla tavalla ja olla jokainen siinä säädetyn vastuun alainen. Kuitenkin käytännössä on tavallisinta, että joku osakkaista, usein leski, hoitaa yksin pesää.

PK 21:14 perustuva velkavastuu on muihin samassa luvussa säädettyihin vastuutapauksiin verrattuna erityisen ankara siten, että se koskee kaikkia pesän velkoja riippumatta siitä, tiesikö vastuuvelvollinen niistä. Täten muun muassa osakas, jonka velkavastuu perustuu siihen, että hän on velvollisuutensa vastaisesti jättänyt perunkirjoituksen määräajassa toimituttamatta mutta toimituttaa sen myöhemmin muussa suhteessa täysin asianmukaisesti, on vastuussa myöhästyneenä toimitetun perunkirjoituksen jälkeenkin ilmaantuvista veloista.

---

[1] *Rautiala,* Pesänselvitys ja perinnönjako, 1965, s. 183 ja *Aarnio — Kangas,* Suomen jäämistöoikeus, I osa s. 230.

[2] Vrt. *Aarnio — Kangas* m.t. s. 85 ja *Gösta Walin,* Ärvdabalken, Del II, 1976, s. 204. Ks. myös KKO 1969 II 60.

PK 21:14 jälkimmäisessä lauseessa säädetyn velkavastuun keskeinen edellytys on velkojain oikeuden vaarantaminen. Vaikka osakas olisikin menetellyt siinä mainitulla tavalla, ei siitä vielä sellaisenaan seuraa velkavastuu. Vastuu syntyy vain, jos velkojain oikeus on samalla tullut vaarannetuksi. Sitä vastoin ensimmäisen lauseen velkavastuun edellytykseksi ei laissa mainita velkojien oikeuden vaarantamista. Sen mukaan tämä vastuu näyttäisi olevan huomattavasti ankarampi kuin pykälän jälkimmäisessä lauseessa säädetty vastuu. Saatetaan kuitenkin kysyä, onko asia todella näin ymmärrettävä.

Perinnönluovutusasetuksen 23 §:ssä oli tahallisesta omaisuuden salaamisesta perunkirjoituksessa säädetty yhtä ankara vastuu kuin perunkirjoituksen toimituttamatta jättämisestä säädetyssä ajassa. Kummankaan osalta ei edellytykseksi ollut säädetty velkojien oikeuden vaarantamista, joten sen suhteen vastuuedellytys oli yhdenmukainen kummassakin tapauksessa. PK 21:14 sanamuodon mukaan tuo yhdenmukaisuus on poistettu lieventämällä salaajan vastuuta siten, että sen edellytykseksi on säädetty velkojain oikeuden vaarantaminen. Lain valmisteluaineistosta en ole löytänyt nimenomaista mainintaa siitä, että muutos todella koskee vain pykälän jälkimmäistä lausetta ja että ensimmäisen lauseen vastuu on tarkoitettu säilyttää aikaisemman mukaisena ilman vaarantamisedellytystä. Sen sijaan valmistelun kannalta keskeisen vuoden 1935 ehdotuksen 144 §:n, joka sisällöltään täysin vastaa PK 21:14 säännöstä, perusteluista voisi päätellä, että velkojien oikeuden vaarantamista olisi pidetty vastuun edellytyksenä myös perunkirjoituksen laiminlyönnin perusteella, kun siinä lausutaan, että »pykälässä on kysymys vain vainajan ja kuolinpesän velkojien turvaamisesta».[3] Lienee kuitenkin niin, että perunkirjoituksen oikeassa ajassa toimituttamatta jättämiseen on presumoitu aina sisältyvän velkojien oikeuden vaarantaminen. Käytännössä voi kuitenkin esiintyä tapauksia, joissa vaarantumista mainitusta syystä tuskin tapahtuu. Tällöin saattaa tuntua kohtuuttomalta sälyttää henkilökohtainen velkavastuu osakkaalle pelkästään sen tosiasian perusteella, että perunkirjoitus on jonkin verran viivästynyt.

Puheena olevan vastuun ankaruutta puoltaa se, että kuoleman kohdatessa henkilön omaisuus ja asioiden hoitamisesta huolehtiminen siirtyvät toisiin käsiin. Tällä on jo sinänsä merkitystä vainajan velkojille, kun aikaisempi ehkä avoin ja luottamuksellinen yhteydenpito ei enää kenties ole mahdollista. Heidän etunsa mukaista on saada mahdollisimman pian tieto pesän tilasta kuolinhetkellä voidakseen valvoa oi-

[3] Lainvalmistelukunnan julkaisuja N:o 2, 1935, s. 21 ja 160.

keuksiaan ja tarpeen mukaan seurata pesän hoitoa. Tämän vuoksi perunkirjoituksen laiminlyönti jo sellaisenaan saattaa vaarantaa velkojien oikeutta ja se puoltaa ankaraa vastuuta. Myös pesän hoitoon osallistumattomien osakkaiden intressissä on päästä selville jäämistöstä. Henkilökohtaista velkavastuuta ei kuitenkaan liene tarkoitettu heidän, sen enempää kuin verottajankaan etujen suojaksi.

Saattaa tuntua epäjohdonmukaiselta, että ehkä vain vähäinen perunkirjoituksen viivästyminen laukaisee automaattisesti henkilökohtaisen vastuun, mutta huomattava varojen salaaminen ajoissa toimitetussa perunkirjoituksessa aiheuttaa vastuun vain, jos velkojien oikeutta on sillä vaarannettu. Tämä eroavuus lienee kuitenkin ymmärrettävissä, kun otetaan huomioon, että varojen salaaminen tapahtunee usein vain verojen välttämiseksi sen aiheuttamatta mitään vaaraa velkojille. Toisaalta on kuitenkin muistettava, ettei vaarantaminen edellytä konkreettista vahingon aiheuttamista. Mikäli salaaminen on sitä suuruusluokkaa, ettei enää voida puhua todellisesta perunkirjoituksesta, ollaan PK 21:14 ensimmäisen lauseen mukaisessa tilanteessa.

Edellä viitatuista ja mahdollisista muistakin »kysymysmerkeistä» huolimatta ei PK 21:14 ensimmäisen lauseen ehdottomuudesta yleensä voitane poiketa. Mikäli se kuitenkin jossakin tapauksessa johtaisi ilmiselvään kohtuuttomuuteen, täytyy sellainen voida torjua. De lege ferenda voidaan hyvinkin asettaa kyseenalaiseksi, onko ensimmäisen lauseen mukainen vastuu tarpeen.[4]

PK 21:14 perustuva velkavastuu edellyttää sen jälkimmäisessä lauseessa mainittujen tekojen osalta selvästi tahallisuutta. Tuottamuksellinen menettely ei vastuuta aikaansaa.[5] Tässä yhteydessä voidaan kysyä, onko sitten tahallisesta menettelystä aina ilman muuta seurauksena vastuu, jos todetaan velkojain oikeuden vaarantuneen, vai edellytetäänkö tekijältä vaarantamisen osalta jonkinlaista subjektiivista syyllisyyttä. Lienee selvää, ettei ainakaan tahallisuutta, vaarantamisen tarkoitusta edellytetä. Sitä vastoin ehkä voisi olla puollettavissa sellainen näkemys, ettei vastuuta synny, jos teosta k.o. yksityistapauksessa ei yleisen elämänkäsityksenkään mukaan ole ollut arvattavissa vaaran aiheutuminen. Jos vielä on niin, että tällöin on vain jonkun velkojan oikeus tullut vaarannetuksi eikä kenellekään ole mitään vahinkoa loppujenlopuksi aiheutunut, tuntuu henkilökohtainen vastuu kaikista veloista ehkä kohtuuttoman ankaralta seuraamukselta. Tällaiset tapaukset lienevät kuitenkin harvinaisia ja tuskin silloin on edes selvää, että todel-

[4] Perunkirjoituksen laiminlyönnistä velkavastuuperusteena de lege ferenda ks. *Aarnio*, LM 1967 s. 765.

[5] *Aarnio — Kangas*, m.t. s. 229.

lista vaarantumista on tapahtunutkaan. Kun PK 21:19 sisältää nimenomaisen säännöksen siitä, millä edellytyksillä 21 luvun velkavastuusäännöksiä ei ole sovellettava, eikä siinä ole perusteena mainittu tuottamuksen puuttumista, on 14 §:n säännöstä pidettävä tässä suhteessa ehdottomana siten, että siinä mainitusta menettelystä aiheutuneesta vaarantamisesta aina seuraa henkilökohtainen velkavastuu. Kysymyksessä ei ole vahingonkorvausta koskeva säännös vaan sanktio. Teko siis edellyttää tahallisuutta mutta velkavastuu vain sitä, että vaarantuminen on teon seuraus. Tulkintaa tukee myös säännöksen sanamuoto »siten vaarantaa» velkojain oikeutta.

Perunkirjoituksen jälkeen ilmaantuvista uusista varoista ja veloista on PK 20:10 mukaan kuukauden kuluessa laadittava »täydennys- tai oikaisukirja». Saman luvun 4 §:n 2 momentti huomioon ottaen tämän on ymmärrettävä koskevan myös eloon jääneen puolison varallisuutta. Kun laissa mainitaan nimenomaan täydennys- tai oikaisukirja, viittaa se siihen, että on tarkoitettu sisältönsä suhteen kahta erilaista asiakirjaa, sellaista, jolla lisätään puuttuva tieto, ja sellaista, jolla oikaistaan aikaisemmin kirjattu tieto. Joka tapauksessa säännöksen asiallinen sisältö on, että jo laaditun perukirjan mainituista syistä virheelliseksi todettu sisältö saatetaan oikeaksi. Yhdentekevää lienee nimitetäänkö toimenpidettä täydentämiseksi vai oikaisemiseksi. Jos perukirjaa ei vielä ole ehditty toimittaa perintöverolautakunnalle tai esittää muullekaan viranomaiselle, esim. tuomioistuimelle pesänselvittäjän määräämistä haettaessa, voitaneen oikaisu- tai täydennysmerkintä tehdä myös jo laadittuun perukirjaan mitään erillistä asiakirjaa laatimatta.

Perunkirjoituksen jälkeen saattaa myös ilmetä, että jokin esine, joka on merkitty pesän varoiksi, ei kuulukaan pesään. Sekin on mahdollista, että on kirjattu velka, jota ei kuolinhetkellä enää ollut. Onko nyt sitten tällaisessakin tapauksessa laadittava täydennys- tai oikaisukirja? Lainvalmistelua koskevasta aineistosta en ole löytänyt vastausta.

Ruotsin ÄB 20:10 mukaan perukirjassa todetun virheellisyyden korjaamiseksi on laadittava asiakirja paitsi uusien varojen tai velkojen ilmaannuttua myös silloin, kun perukirjassa ilmenee muu virhe. Meidän laissamme sitä vastoin ei tuollaisesta muusta virheestä mainita. Sen johdosta *Rautiala* onkin todennut, ettei millaisia virheitä tahansa ole syytä määrätä todettaviksi samassa järjestyksessä kuin perukirjaan sisältyvät tiedot todetaan.[6] Yleistoteamuksena tämä epäilemättä pitää paikkansa. Toisaalta kysymystä aineellisesti tarkastellen tuntuu siltä, ettei se koko laajuudessaan ole ratkaistavissa lain sanamuodon perus-

[6] *Rautiala*, m.t. s. 181.

teella. Joutuu nimittäin kysymään, mitä eroa on sillä, että pesässä ilmenee uusia varoja, verrattuna siihen, että kirjattu velka osoittautuu maksetuksi tai vanhentuneeksi taikka sitä ei muusta syystä ole. Onhan kummallakin seikalla pesän nettovarallisuutta ja samalla myös verotuskohdetta lisäävä vaikutus. Sen vuoksi on vaikeata ymmärtää, ettei PK 20:10 koskisi myös tällaista sekä velkojien asemaan että julkiseen intressiinkin vaikuttavaa seikkaa. Sitä vastoin toiselle kuuluvien varojen sisältyminen perukirjaan ei verottajan kannalta liene yhtä kiinnostava virhe mutta pesänosakkaiden kannalta sillä on verotuksenkin suhteen merkitystä. Ennen kaikkea velkojille sillä saattaa olla merkitystä, kun pesä osoittautuukin aikaisemmin kirjattua köyhemmäksi. Näin ollen näyttää perustellulta katsoa, että täydennys- ja oikaisukirja olisi laadittava aina, kun ilmaantuu seikka, joka vaikuttaa pesän nettovarojen määrään.[7] Muunlaisen virheen oikaisemiseen lain ei voitane katsoa velvoittavan.

PK 20:10 mukaan täydennys- ja oikaisukirjasta on soveltuvin kohdin voimassa, mitä »edellä» eli samassa luvussa ennen mainittua pykälää on perukirjasta säädetty. Täten määräytyy m.m. laadittavan asiakirjan muoto ja sisältö sekä se, kenen velvollisuutena on huolehtia sen laatimisesta. Sitä vastoin pykälän sanamuodon perusteella näyttäisi, ettei m.m. saman luvun 11 §:n rangaistusta ja PK 21:14 velkavastuuta koskevat säännökset olisi sovellettavissa osakkaan menettelyyn, joka koskee täydennys- ja oikaisutoimitusta. Voidaan kysyä, onko todella näin tarkoitettu.

Vuoden 1734 lain perintökaaren 9:1.4 (L 13. 6. 1929) mukaan oli perunkirjoituksen jälkeen ilmaantuvista uusista varoista tehtävä eri perunkirjoitus. Sen mukaan myös täydentävä toimitus oli oikeudelliselta luonteeltaan perunkirjoitus ja sitä koskivat samat säännökset kuin varsinaista perunkirjoitusta. Toimenpiteiden laiminlyöntiä ja vilpillistä menettelyä koskevia säännöksiä oli sovellettava siitä riippumatta oliko kyse alkuperäisestä vai täydentävästä perunkirjoituksesta. Sama koski perinnönluovutusasetuksen 23 §:ssä säädettyä velkavastuuta.

Vuoden 1935 ehdotuksen perusteluissa sanotaan, että asiakirja, joka käsittää lisäyksen tai oikaisun perukirjaan, ei ole varsinainen perukirja ja että sen vuoksi sellaisen laatimatta jättämisestä ei aiheudu henkilökohtaista velkavastuuta.[8] Kuitenkin ehdotuksen 128 §:n kohdalta ilmenee, että täydennys- ja oikaisukirja on tarkoitettu laadittavaksi samanlaisessa toimituksessa kuin perukirja. Näin asia ja siis myös PK 20:10

[7] *Rautiala,* m.t. s. 125 katsoo, että aikaisemmin ilmoitetun velan määrän ja varojen arvon osoittautuessa virheelliseksi on toimitettava »lisäperunkirjoitus».

[8] Vuoden 1935 ehdotus § 144.

jälkimmäisen lauseen sanonta »mitä edellä on perukirjasta säädetty» on tietääkseni myös käytännössä ymmärretty. Yleensä ei puhutakaan täydennys- tai oikaisukirjasta ja sellaisen laatimisesta vaan lisäperunkirjoituksesta. Kummankin toimituksen tarkoituksena on pesän tilan toteaminen ja kirjaaminen. Sen vuoksi herääkin kysymys, onko laki todella ymmärrettävä niin, ettei lisäperunkirjoitusta koskisi samat velvollisuudet kuin varsinaista perunkirjoitusta.

Siitä ei liene epäilyksiä, etteikö PK 20:6.2 mukainen rehellisyysvelvollisuus valavelvoitteineen koske myös lisäperunkirjoitusta. Jos osakas siitä huolimatta toimituksessa tai valalla vahvistaessaan täydennys- tai oikaisukirjan antaa vääräksi tietämänsä ilmoituksen tai tahallaan jättää ilmoittamatta jonkin tietämänsä seikan ja siten vaarantaa velkojien oikeutta, on vaikeata löytää perusteita sellaiselle näkemykselle, ettei PK 21:14 jälkimmäinen lause koskisi häntä. Saattaahan m.m. uusien varojen ilmaantumisella olla velkojien kannalta oleellinen merkitys. Näin erityisesti ylivelkaisessa pesässä, jonka osakkaat aikaisemmin ovat välttäneet henkilökohtaisen vastuun luovuttamalla kuolinpesän konkurssiin tai pesänselvittäjän hallintoon. Mainitun jälkimmäisen lauseen säännöksen soveltamiselle ei liene estettä myöskään silloin, kun lisäperunkirjoitus toimitetaan uuden velan ilmaantumisen johdosta. Sitä vastoin pykälän ensimmäisen lauseen säännöksen soveltamiseen ei liene edes tarvetta ainakaan velkojien edun vuoksi huomioon ottaen saman luvun pesän luovuttamista koskevat velkavastuusäännökset.[9]

[9] *Walin,* m.t. s. 152 on kommentoidessaan Ruotsin aikaisemmin voimassa olleita vastaavia säännöksiä katsonut, ettei lisäperunkirjoituksen toimittamisen laiminlyönti johda velkavastuuseen kuten johtaa se, ettei ensimmäistä perunkirjoitusta ole toimitettu ajoissa.

Olli Tarkka

Asianajajien ammattitaidon ylläpitämisestä ja kohottamisesta

Oikeusministeriön päätöksellä 24. 4. 1959 (191/59) yleisen asianajajayhdistyksen sääntöjen vahvistamisesta on Suomen Asianajajaliiton erääksi tarkoitukseksi määrätty jäsentensä ammattitaidon ylläpitäminen ja kohottaminen. Tavoitteena on, että liiton jäsenet muodostavat hyvää oikeudenhoitoa palvelevan, yleistä luottamusta ja arvonantoa osakseen saavan asianajajakunnan. Tähän tavoitteeseen pyritään lisäksi ylläpitämällä ja kohottamalla myös asianajajien vastuuntuntoa sekä kehittämällä asianajotoimintaa maassa muutoinkin.

Edellämainitun lisäksi Suomen Asianajajaliiton tarkoituksena on asianajajien ammatillisen yhteenkuuluvaisuuden ja heidän yhteisten ammattietujensa edistäminen sekä asianajajien toiminnan valvominen.

Asianajajan ammattitaitovaatimukset koostuvat paitsi lainopillisista, myös ammatin harjoittamista varten tarpeellisista muista tiedoista ja taidoista. Viimemainittuja ovat hyvän asianajajatavan ja toimiston järjestelyn vaatimat tiedot sekä lisäksi ammatin edellyttämät henkilökohtaiset ominaisuudet.

Oikeusministeriön mainitussa päätöksessä määritellään asianajajien ammattitaidon vähimmäistaso: tuomarinvirkaan oikeuttava tutkinto ja asianajajan toimen harjoittamiseen tarvittavan taidon saavuttaminen sekä riittävä käytännöllinen kokemus. Taito ja kokemus tulee hankkia toimimalla tutkinnon suorittamisen jälkeen oikeudenhoidon alalla tai siihen verrattavissa lainopillisia tietoja edellyttävissä toimissa tahi tehtävissä, joka tapauksessa kuitenkin asianajajan apulaisena tai muussa sellaisessa toimessa, jossa asianomainen on hoitanut asianajajan tehtäviä. Asianajajan apulaisena toimimista »korvaavaksi tehtäväksi» on liiton hallituksen käytännössä hyväksytty päätoiminen itsenäinen asianajotehtävien hoito ja yleisen oikeusavustajan virka. Jossakin määrin on otettu huomioon pankin notariaattilakimiehenä tai elinkeinoelämän palveluksessa toimiminen. Lukuunottamatta itsenäistä asianajotehtävien hoitamista on näissä »korvaavissa tehtävissä» se puute, ettei asianajajaksi tulevalla lakimiehellä ole kokemusta ja näkemystä toimiston taloudenpidosta.

Alunperin käytännöllisen taidon vaatimus edellytti vähintään kolmen vuoden toimintaa oikeudenhoidon alalla ja siitä yhtä vuotta asianajajan apulaisena. Vuoden 1986 alusta voimaantulleella sääntömuutoksellä on kelpoisuusehtoja kiristetty kahdella tavalla: Kolmen vuoden aika on pidennetty neljäksi ja yhden vuoden aika kahdeksi sekä lisätty vaatimus erityisen asianajajatutkinnon suorittamisesta.

Asianajajatutkinnossa tulee osoittaa, että asianomainen tuntee riittävästi asianajotoiminnan perusteita koskevat säännökset ja ohjeet sekä hyvän asianajajatavan vaatimukset. Tutkintovaatimuksiin kuuluu joukko keskeisiä lakeja ja asianajajaliiton vahvistamia ohjeita, tärkeimpänä Hyvää asianajajatapaa koskevat ohjeet, sekä kolme kirjaa: Asianajajan Käsikirja (*Ylöstalo*); Asianajajan velvollisuuksista päämiestä kohtaan asianajotoimeksiannossa (*Ylänkö*); ja Asianajajaoikeutta (toim. *Ylöstalo*). Ensimmäisistä tutkintotilaisuuksista saadut kokemukset osoittavat, että tutkintolautakunta (puheenjohtajana professori ja jäseninä oikeusneuvos sekä kolme kokenutta asianajajaa) keskittyy kysymyksiä laatiessaan olennaisiin näkökohtiin ja monesti tavalla, joka edellyttää eri tahoilla tutkintovaatimuksia olevien tietojen koottua esittämistä ja myös analysoimista. Tutkinto on siinä mielessä vaativa, että läpäisy edellyttää kaikkien kysymysten hyväksyttyä suoritusta.

Asianajajan ammattitaitovaatimukset koostuvat siis sekä lainopillisista että ammatin harjoittamista varten tarpeellisista tiedoista ja taidoista. Menestyäkseen asianajaja tarvitsee lisäksi kosolti niin kutsuttua arkipäivän psykologiaa. Asianajajan paras mainos on tyytyväinen päämies ja arvonantoa tunteva päämiehen vastapuoli. Asianajajien valvontatyöryhmän mietinnössä (oikeusministeriön oikeushallinto-osaston julkaisusarja 2/85) tähän joukkoon lisätään tuomioistuimet ja muut viranomaiset, joissa asianajaja päämiestensä puolesta asioi, sekä kolleegat.

Viimeksimainittuja näköaloja lienee osaltaan tarkoitettu, kun asianajajan kelpoisuusvaatimukseksi on asetettu, että asianajajaliiton jäseneksi pyrkivän tulee olla rehelliseksi tunnettu ja muilta *ominaisuuksiltaan* ja elämäntavoiltaan *sopiva* asianajajan toimeen (L asianajajista 3 §). Ominaisuuksien arvioimiseksi ei ole mittausmenetelmää eikä jäsenhakemuksen hylkäämisen perusteeksi riitä »tuntuma», ettei hakija varmaankaan menesty alalla. Kun kelpoisuusehdoissa kiristettiin asianajajan apulaisenaolon aika vuodesta kahteen, on luultavaa, että yhä harvemmin asianajajaliiton jäseneksi pyrkii vailla sopivia ominaisuuksia olevia lakimiehiä. Vallitseva ankara kilpailu pakottaa sellaiset joka tapauksessa muutaman vuoden kuluttua hakeutumaan muihin lakimiestehtäviin.

Suomen Asianajajaliiton eräs lakisääteinen tehtävä on valvoa asianajajia siinä suhteessa, että he täyttävät velvollisuutensa ja noudattavat hyvää asianajajatapaa (L asianajajista 6 §). Tämän vuoksi valvontatoimintaan on jatkuvasti kiinnitetty suurta huomiota silloinkin, kun sekä henkisistä että etenkin aineellisista resursseista lakisääteisen asianajajaliiton alkutaipaleella oli pulaa. Asianajajien valvonta, kurinpidollinen menettely, on maailman joka taholla yleisesti uskottu ensiasteessa asianajajien järjestön tehtäväksi siitä tärkeästä syystä, että asianajotoiminnan tulee olla vallanpitäjistä riippumatonta. Yhtä tärkeää on, että tehdyistä ratkaisuista tiedotetaan asianajajille, sillä kyseessä on jatkuvasti kehittyvä ja muotoutuva tapa.

Suomessa noudatettiin pitkään kansainvälistä käytäntöä, jonka mukaan asianajajien lehdessä selostetaan tärkeimpiä ja merkityksellisimpiä ratkaisuja kurinpitoasioissa. Muutama vuosi sitten tehtiin päätös julkaista »otsikkoina» kaikki ratkaisut. Tämä johtui osittain siitä, että oikeuspoliittisesti merkittävällä taholla arveltiin muussa tapauksessa asianajajakunnan kannalta »kiusallisten juttujen» jäävän selostamatta. Seuraus on, että vuosittain julkaistaan ratkaisuista vihkonen, jota jaetaan kaikille asianajajille. Hyvä hakemistokaan tuskin saa heitä tutustumaan vihkoseen sillä huolella minkä se ansaitsisi, koska periaatteellisesti tärkeät ratkaisut eivät erotu muista. Saattaa olla, että jonkin ajan kuluttua palataan kansainväliseen käytäntöön.

Kurinpitoasioissa tehdyt ratkaisut vaikuttavat myös niin, että asianajotoimintaa varten annettuja ohjeita tarpeen mukaan muutetaan. Ohjeet ovat hyvän asianajajatavan ilmaus ja siis kodifiointi siitä, mitä muun muassa valvontatoiminnassa on täksi tavaksi havaittu. Parhaillaan on Suomessa meneillään Asianajotoimintaa koskevien tiedotusohjeiden tarkistustyö ja Hyvää asianajajatapaa koskevien ohjeiden läpikäynti on alkamassa. Tärkeää olisi saada yhtenäiset ohjeet asianajajan kirjanpitoa varten, jossa sellaisia tarvitaan varsinkin asiakasvarojen erillääpitovelvollisuuden vuoksi (L asianajajista 5 § 3 mom.). Ensi askel tähän suuntaan ovat liiton hallituksen suositusluontoiset ohjeet, jotka on vast'ikään annettu.

Myös useimmissa muissa Euroopan maissa näyttää olevan vireillä asianajotoimintaa koskevien mainossääntöjen tarkistaminen. Samoin monessa maassa on pysyvä toimikunta tarkkailemassa hyvän asianajajatavan kehitystä. Mainittava on myös, että Euroopan Talousyhteisön jäsenmaissa toimivien asianajajaliittojen yhteistyöelin (CCBE) on valmistelemassa talousyhteisön alueelle yhteistä tapaohjetta.

Joskus on esitetty, että osallistuminen asianajajatutkintoon tulisi tehdä pakolliseksi myös pitkään alalla toimineille. Tällainen ajatus lie-

nee vailla perustetta sen vuoksi, että tutkinnossa edellytetyt tiedot ja taidot kumpuavat asianajajan arkipäivästä. Riittävä tulos saavutetaan ilmeisesti esitelmien, artikkeleiden ja päätöksistä tiedottamisen avulla.

Ammatin harjoittamista varten tarpeellisten tietojen ja taitojen ylläpitämiseksi ja kehittämiseksi asianajajan tulee seurata hyvän asianajajatavan ja konttoritekniikan, nykyisin etenkin toimistoautomaation, muotoutumista.

Konttoritekniikan ja toimistoautomaation ripeä kehitys vaatisi nykyistä voimakkaampia toimenpiteitä asianajajien tueksi. Muissa maissa asianajajaliitoilla on lähinnä kolmentyyppisiä tukitoimenpiteitä: liitto laatii luettelon ominaisuuksista, joita ohjelmistosovellutuksilta tulisi vähintään vaatia, tai antaa ohjelmistoista lausuntoja; liitto laatii kustannuksellaan ohjelmiston, joka sopii moniin järjestelmiin, ja myy sitä edulliseen hintaan asianajajille; asianajajien käytettävänä on heidän ongelmiinsa paneutunut konsulttipalvelu.

Vähäisillä resursseilla toimivat eli pienten maiden asianajajaliitot joutuvat tyytymään näistä vaihtoehdoista kahteen ensimmäiseen. Meillä Suomessa on jo pariin otteeseen pyritty laatimaan luettelo ominaisuuksista, joita ohjelmistosovellutuksilta tulisi vähintään vaatia. Sehän olisi edellytys myös sille, että ohjelmistoista voitaisiin antaa lausuntoja. Toivottavasti pyrkimykset tuottavat jo lähiaikoina tuloksen.

Omaa ohjelmistotuotantoa on muun muassa Ruotsin asianajajaliitolla. Alalla on monia muitakin yrittäjiä ja kilpailu asianajajista vaikuttaa ankaralta. Myös Suomessa ovat eräät asianajotoimistot yhteistyössä suunnitteluyritysten kanssa valmistaneet ohjelmistoja ja niitä on tarjolla muutama.

Erikoistuneen konsulttipalvelun järjestäminen vaatii melko suuren asianajajakunnan, jos palvelun toivotaan olevan itsensä kannattava. Tämä olisi kohtuullista, koska konsultin apuun turvautuisi kuitenkin vain pienehkö osa asianajotoimistoista. Varsin voimakas konsulttiyritys toimii esimerkiksi Saksan Liittotasavallassa Deutscher Anwaltvereinin perustamana.

Toimistoautomaatiolla on huomattava merkitys asianajajan taloudellisessa kilpailussa myös asianajajakunnan ulkopuolisten tahojen kanssa. Automaation avulla voi olla muun muassa eri tietopankkien, tärkeimpänä Finlex, asiakkaana. Ulkomaiset esimerkit osoittavat, että asianajajaliiton tukitoimet tässä suhteessa ovat tarpeen ja hyödyllisiä myös asianajajien ammattitaidon kannalta.

Asianajajan ammattitaito on pääasiassa kuitenkin siinä, että hän on suorittanut tuomarinvirkaan oikeuttavan tutkinnon. Monet muut taidot ja kyvyt ovat toki tärkeitä, mutta oikeustieteelliset opinnot ovat asian-

ajajan toiminnan perusta.

Asianajajan kelpoisuusehdoista havaitaan, että meillä ei lainopillisten tietojen osalta vaadita enempää kuin yliopistossa opetetaan. Ei kuitenkaan ole ennenkuulumatonta, että asianajajaksi pääseminen edellyttää käytännöllisen kokemuksen lisäksi myös lainopillisia lisäopintoja. Esimerkiksi Itävallassa on vuoden 1986 kesästä lähtien voimassa kaksivaiheinen asianajajatutkinto, johon kuuluu pakollista kurssitoimintaa (Rechtsanwaltsprüfungsgesetz — RAPG — No. 556/20. 12. 1985).

Lainsäädännön tärkeimmät muutokset edellytetään jokaisen asianajajan tietävän. Niinpä asianajajien ammattitaidon ylläpitämisessä ja kohottamisessa on lainopillinen täydennyskoulutus tärkeimmässä asemassa. Asianajajista noin puolet harjoittaa ammattiaan erikoistumatta erityisesti mihinkään oikeudenalaan. Heidän tulisi siis olla perillä kaikista tärkeistä lainmuutoksista, joten täydennyskoulutusvaatimus on tärkeä.

Täydennyskoulutus aloitettiin heti Suomen Asianajajaliitto ry:n tultua vuonna 1919 perustetuksi. Seuraavana vuonna julkaistiin liiton äänenkannattajan Defensor Legisin ensimmäinen numero. Erääksi lehden tarkoitukseksi mainitaan siinä »oikeuselämän ilmiöiden» seuraaminen »lainsäädännön ja lainkäytön aloilla». Lehti on asianajoalalla pohjoismaiden vanhin ja se on ollut leimallisesti kouluttava. Oikeuselämän ilmiöitä on tarkasteltu käytännön lakimiehen kannalta. Lisäksi esimerkiksi asianajajaliiton hallituksen lausunnot lainsäädäntöhankkeista on kautta vuosien laadittu niin, että kun ne aikanaan on Defensor Legisissä julkaistu, niistä on ollut hyötyä asianajajille ammatissaan.

Lakimiesliiton Koulutuskeskus on ollut liikkeellelähdöstään lukien asianajajakunnalle läheinen. Kurssien valinnassa, niiden sisällön suunnittelussa ja toteutuksessa on asianajajien panos usein ollut huomattava. Sen vuoksi asianajajaliitto ei juurikaan ole omin päin järjestänyt kurssitoimintaa; vuotuiset asianajajapäivät ovat korkealuokkaisista esitelmistä huolimatta paljolti sosiaalinen tapahtuma. Lakimiesliiton Koulutuskeskuksen lisäksi tarjoavat silloin tällöin myös muut asianajajille täydennyskoulutusta. Erikoisesti tarjontaa on ulkomailta eräiden vuotuisten, muutaman viikon mittaisten kurssien ja IBA:n (International Bar Association) sekä AIJA:n (Association Internationale des Jeunes Avocats) järjestämien lyhyiden seminaarien muodossa.

Lapin korkeakoulua ja eräitä kesäyliopistoja lukuunottamatta eivät yliopistot tai korkeakoulut Suomessa juuri järjestä asianajajille tarkoitettua tai heille sopivaa täydennyskoulutusta. Lapin korkeakoulun täydennyskoulutuskeskuksessa on ollut vuosittain neljä tai viisi lakimiehille tarkoitettua kurssia. Asianajajat ovat olleet osanottajista suurin

ammattiryhmä. Helsingin yliopistossa on täydennyskoulutusseminaareja pidetty ulkomaankaupan alalta. Muuta lainoppia sivuavaa kurssia ei vuonna 1986 ollut yliopiston täydennyskoulutusohjelmassa. Mainittukin oli ohjelmassa sijoitettu otsikon »Hallinto ja talous» alle. Toiminnasta vastaavan koulutuspäällikön mukaan Helsingin yliopistossa ei oikeustieteellistä täydennyskoulutusta muutaman vuoden tähtäyksellä vakavasti harkita.

Lainopillisen kirjallisuuden hankkijoina asianajajat lienevät lakimiesten eturivissä. Harva kuitenkaan ehtii opiskelumielessä uuteen kirjallisuuteen paneutua. Asianajajat toimivat valtaosin yhden tai kahden lakimiehen toimistoissa. Niiden työrytmi on lyhytjänteistä eikä tue jatkoopiskelua.

Muissa maissa asianajajaliitot laajalti ovat itse täydennyskoulutuksen järjestäjiä. Vaikuttaa siltä, että ulkomaillakaan yliopistot eivät juuri ole ottaneet lakimiesten täydennyskoulutusta ohjelmiinsa. Eräänä painavana syynä tähän lienee se, että täydennyskoulutustarve on käytännöllistä, kun taas yliopistot tehtävänsä mukaisesti keskittyvät tutkimukseen. Ulkomaisten asianajajaliittojen lehdet ovat harvoin Defensor Legisin tapaan lainopillisia aikakauskirjoja. Sen sijaan vaikuttaa siltä, että asianajajat jo muissa pohjoismaissa ovat suomalaisia kolleegojaan ahkerampia kirjoittamaan artikkeleita aikakauskirjoihin. Usean tällaisen aikakauskirjan toimittamisessa näyttää asianajajaliitolla olevan merkittävä asema.

Täydennyskoulutus vaikuttaa meillä ja muualla samantapaisin keinoin hoidetulta. Viime vuosina on kuitenkin sekä Yhdysvalloissa että Australiassa jo kohtalaisen laajastikin toteutettu pakollinen täydennyskoulutus. Käytännössä se tarkoittaa, että asianajajan on osoitettava osallistuneensa tiettyyn määrään tarkoitukseensa hyväksyttyjä kursseja, jotta hän voisi uusia toimilupansa. Molemmissa maissahan on asianajajamonopoli ja ammatti on siis luvanvarainen. Niissä on myös perinne, että toimilupa on uusittava vuosittain. Euroopassa ensi askelet tässä suhteessa on ottanut Englannin Law Society, jonka alueella on mainitussa suhteessa samanlaiset asianajajaolot. On pantu merkille, että pelkkä osallistumispakko ei aina tuota toivottua tulosta, vaan joskus olisi tarpeen vaatia myös tutkinnon tai kokeen läpäisy. Sellaista pakollista täydennyskoulutusta ei kuitenkaan liene missään järjestetty.

Asianajoalan kansainvälisissä kongresseissa otetaan usein puheeksi erikoistuminen samassa tarkoituksessa kuin lääkäreillä. Helsingin yliopiston täydennyskoulutuksessa on eräänä pyrkimyksenä ulottaa tämäntapainen tutkintomahdollisuus myös muille kuin lääketieteen aloille. Edellä mainitun mukaisesti oikeustieteen lohkolla ei sellaisia hank-

keita kuitenkaan ainakaan toistaiseksi ole. Kongresseissa ilmikäyneen perusteella näyttää siltä, että muuallakaan ei ole vakavia pyrkimyksiä täydennyskoulutuksen järjestämiseen tätä tavoitetta silmällä pitäen.

Asianajajien ammattitaidon tueksi on Suomen Asianajajaliittoon vuonna 1985 perustettu Tietopalvelu. Se on kansainvälisesti tarkastellen harvinaisuus. Tietopalvelu etsii asianajajan toimeksiannosta hänen hoidettavanaan olevaan juttuun lainopillista tausta-aineistoa. Tietopalvelua hoitaa informaatikon koulutuksen hankkinut varatuomari, jolla on käytettävissään laajahko kirjasto ja yhteydet tärkeimpiin tietopankkeihin. Toiminta on lähtenyt hyvin liikkeelle.

Asianajajien ammattitaidon ylläpitäminen ja kohottaminen näyttää meillä tulleen hoidetuksi kansainväliset mitat täyttävällä tavalla. Tukitoimenpiteitä toimistoautomaation käyttöönotossa ehkä tarvittaisiin. Pakollinen täydennyskoulutus saattaa tulevina vuosina tulla meillä ajankohtaiseksi, mutta nykyisissä asianajajaoloissa, kun elinkeino ei ole luvanvarainen, ei liene aihetta muuhun kuin ulkomaisen kehityksen seuraamiseen.

L.E. Taxell

Avtalsrätt — lagstiftning och doktrin

Avtalsrätten — den allmänna och den speciella — bildas av tre moduler som går in i varandra: rättsnormer av olika slag och styrka, rättstillämpning samt rättsvetenskapen.

Mina reflexioner tar sikte på två element i denna helhet: dels avtalsrättslig lagstiftning, dels rättsvetenskapens roll i relation till lagstiftningen.

Det finns en given grund för ett resonemang kring dessa frågor, nämligen *avtalsfriheten:* en frihet för individerna att ingå avtal eller låta bli att göra det och att själva bestämma avtalens innehåll. Avtalsfriheten är förankrad i vårt demokratiska samhälles syn på mänsklig frihet och aktivitet samt betingad av den form av marknadsekonomi som råder i vårt land. Denna grundsyn bör vara vägledande både för lagstiftaren och för forskare som sysslar med avtalsrätt i en konkret verklighet. Samtidigt bör man acceptera att det ofta finns starka skäl att begränsa avtalsfriheten. I spänningen mellan frihet och krav på begränsningar framträder avtalsrättens svåraste problem.

Avtalsrättslig lagstiftning — syften och behov

I vilken utsträckning och på vilket sätt har lagstiftaren anledning att i en av avtalsfrihet behärskad verklighet reglera avtal i allmänhet, särskilda typer av avtal och speciella avtalsrättsliga frågor?

De rättspolitiska bedömningarna genomsyras av två allmänna målsättningar: att skapa *rättsskydd* och att upprätthålla *rättssäkerhet.*

Det är omöjligt att uppställa ett fast schema för hur lagstiftaren borde förverkliga dessa syften. Särskilt rättsskyddsbehoven varierar starkt beroende på avtalens art, parternas styrkepositioner, återverkningar på tredje mans rätt etc.

Den ekonomiska utvecklingen påverkar starkt avtalsförhållandena. Strävanden till standardisering och effektivering inom näringslivet framkallar en bristande partsjämvikt med åtföljande skyddsbehov. Den vä-

xande användningen av allmänna avtalsvillkor, bruket av tekniska hjälpmedel när avtal ingås eller fullgörs, strävandena att förverkliga ett kollektivt konsumentskydd etc. — allt detta kräver ingrepp från lagstiftarens sida. Samtidigt blir det svårare att binda den mångskiftande verkligheten vid lagnormer.

I det följande skall jag peka på några *riktlinjer.*

1) En primär uppgift för lagstiftaren är att *befästa avtalsfriheten.* Denna existerar visserligen oberoende av stöd i lagen. Men det behövs regler som garanterar individerna möjligheter att genom avtal utnyttja sin ekonomiska självständighet. Ur det marknadsekonomiska systemets synvinkel är det likaså viktigt att hålla tillbaka ekonomisk maktkoncentration. I det avseendet behövs lagstiftning som, utan starkt ingripande administrativ kontroll, hindrar långtgående frihetsbegränsningar i form av monopol och karteller. I första hand är det visserligen en uppgift för näringslivet med dess organisationer att genom konkurrens upprätthålla tillräcklig avtalsfrihet. Erfarenheten har likväl visat att denna »självsanering» inte alltid fungerar. Reglerande ingrepp kan bli nödvändiga (se L om främjande av ekonomisk konkurrens 423/1973).

2) Hur starkt man än hävdar individens frihet i ekonomisk verksamhet — med avtalen som handlingsmekanismer — måste man jämsides beakta mångahanda *allmänna intressen.*

Dels är det fråga om *samhällets* intressen, t.ex. att skapa betingelser för en sund ekonomisk utveckling. Finanspolitiken kan sålunda kräva på lag grundade ingrepp i avtalsfriheten, t.ex. förbud mot indexklausuler.

Dels och framför allt gäller det statens uppgift att tillgodose och skydda *medborgarnas* eller medborgargruppers *intresssen.* I det syftet kan lagen kräva koncession för viss verksamhet, t.ex. försäkringsverksamhet. Också en kontroll i efterhand, t.ex. beträffande bankers och försäkringsbolags verksamhet, kan betyda begränsningar i avtalsfriheten. Övervakningen skyddar indirekt de kretsar som kontraherar med starka företag till vilka den enskilde befinner sig i underläge. Lagen tillgodoser samtidigt ett enskilt och ett allmänt intresse.

3) Den svåraste uppgiften består i att stävja missbruk av avtalsfriheten samt resa hinder för avtalsbestämmelser och åtgärder som kan åsidosätta *enskilda intressen.* Dessa är dels tredje mans, särskilt parts borgenärers (vid utmätning och konkurs), dels parternas i deras inbördes relationer.

Endast *partsintressena* skall beaktas här, d.v.s. lagstiftarens inställning till den enskilda partens behov av rättskydd. Avtalsrättens tankevärld har länge dominerats av föreställningen att avtal ingås och fullgörs mellan jämstarka parter. Envar part har att själv bevaka och tillgodose sina intressen. Förmår han inte göra det, måste han bära konsekvenserna. Detta korresponderar med avtalsfriheten. AvtL ger i viss utsträckning belägg härför, särskilt i föreskrifterna om ingående av avtal (1 kap.). I AvtL:s ursprungliga version är det närmast blott principen om tro och heder (33 §) och möjligheten att jämka avtalsvite (36 §) som bryter mot tanken på partsjämvikt.

I dag är verkligheten i mycket en annan.

Bristande partsjämvikt framträder allt oftare och skarpare. Orsakerna är många: rationalisering och standardisering med användande av ensidigt utarbetade allmänna avtalsvillkor, beroendeförhållande mellan storföretagare och näringsidkare på lägre nivå i produktions- eller distributionskedjan, ökade svårigheter att tillgodose elementära mänskliga behov (hyresbostäder, arbete), bristande balans mellan näringslivets fackmän och enskilda »lekmannaparter» etc.

Mycket av detta kräver ingripande från lagstiftarens sida.

4) I rättslig reglering av avtal måste man räkna med att en part inte i allt och på ett riktigt sätt fullgör sin andel i den samverkan som avtalet syftar till.

Parterna kan själva — i överensstämmelse med avtalsfriheten — reglera påföljder av avtalsbrott och andra *avtalsstörningar.* Detta är inte tillfyllest. Den rättspolitiska målsättningen att ge avtalsparter bästa möjliga skydd måste i betydande grad förverkligas genom lagstiftning. Två vägar kan nyttjas: ett förebyggande skydd (preventivt), t.ex. genom förbudsregler, eller ett skydd i efterhand (repressivt) som erbjuder part särskilda skyddsmedel och anger deras förutsättningar och verkningar.

5) På ett annat plan möter vi frågan: skall lagstiftaren ge normer som parterna kan men som de inte behöver använda?

Lagregler av detta slag — *dispositiva* normer — tar inte, åtminstone inte i första hand, sikte på partsskyddet. De bör ses som ett uttryck för samhällets uppgift att främja verksamhet inom den privata sektorn i enlighet med den demokratiska statens strävanden att gagna medborgarnas välfärd. Det är ur den synpunkten naturligt att lagstiftaren eftersträvar rationella och balanserade lösningar som ger individerna handlingsdirektiv och fyller ut luckor i avtalsnormeringen. På det sättet skapas rättssäkerhet för parterna samtidigt som samhällets intres-

se av ordning och stadga i ekonomiska förhållanden främjas.

De riktlinjer som tecknats i det föregående anger motiv för avtalsrättslig lagstiftning men de klarlägger inte *hur* och *i vilken omfattning* lagstiftaren borde reglera avtalsförhållanden. I det följande skall jag belysa problemet med några synpunkter begränsade till parts rättsskydd.

Lagstiftaren kan *förbjuda* vissa typer av avtalsbestämmelser eller förfaranden. Lagtekniskt kan det ske på olika sätt: uttryckliga förbud mot avtalsklausuler av bestämt innehåll (t.ex. indexvillkor), indirekta förbud genom föreskrifter om ogiltighetsgrunder (tvång etc.), avtalsbestämmelser som minskar eller annars inkräktar på parts rätt i förhållande till lagens partsskyddande reglering förklaras vara ogiltiga (t.ex. FörsäkrAvtL 10 §). Regleringar av denna art bör användas restriktivt, för undantag från avtalsfriheten måste starka skyddsbehov kunna åberopas.

Lagens skyddssystem med klart fixerade förbud och påbud kan aldrig bli heltäckande — verkligheten är mångsidig, utvecklingen dynamisk. Kompletterande lösningar måste sökas.

En möjlighet finns i elastiska skyddsnormer, *generalklausuler.* Diskussionen kring dem har på senare tid huvudsakligen koncentrerats till den allmänna jämkningregeln i AvtL 36 §. Dels uttrycker den att lagstiftaren tvingats retirera inför omöjligheten att ge fullständiga och detaljerade skyddsnormer. Dels innehåller den lagstiftarens ställningstagande mot oskälighet i partsrelationer.

Generalklausuler har kritiserats med argumentet att de förskjuter gränsen mellan lagstiftande och dömande verksamhet. Lagstiftarens normskapande behörighet övergår till HD som en följd av avgörandenas prejudikatverkan.

En sådan kritik drabbar inte bara de elastiska lagnormerna. Den gäller minst lika mycket de fall då det finns luckor i lagen. Enligt en rigorös maktdelningsprincip kan kritiken synas berättigad. Men inför realiteterna i samhället är den ohållbar. Man måste acceptera att lagstiftaren aldrig förmår uttömmande reglerna alla skyddsbehov som kan framträda i avtalsförhållanden. Ur rättsskyddssynpunkt är den bästa lösningen att tomrummen in casu fylls av domstol. Prejudikatnormer är viktiga, de utgör en nödvändig del av avtalsrättens skyddssystem. Samspelet mellan lag och domstolsavgöranden är en nödvändighet.

På senare tid har partsskyddet i vissa fall kompletterats med *administrativ* förhandsgranskning av allmänna avtalsvillkor.

Att överföra avtalsrättsliga skyddsfrågor till förvaltande myndighet — förbi domstolarna — kan motiveras när syftet är att tillgodose ett

allmänt intresse. Ett sådant finns i massavtal mellan å ena sidan en part, som ensidigt kan föreskriva avtalsvillkoren, å andra sidan en stor allmänhet (se L om affärsbanker 540/1969 42 b §, KonsumentskyddsL 38/1978 3 kap.). Det är alltså inte fråga om administrativa ingrepp i enskilda avtalsförhållanden utan om ett kollektivt rättsskydd.

Det som här sagts visar hur lagstiftaren *kan* gripa in i avtalsförhållanden. Men de ger inte tillräcklig information om i vilken utsträckning detta *borde* ske.

Det är knappast ändamålsenligt att genom lag precisera *allmänna avtalsrättsliga grundsatser.* Den utveckling som fortgående sker, försvårar en sådan lagstiftning och gör att lagen lätt blir otidsenlig. Den i dag föråldrade AvtL ger belägg härför. Ingående av avtal sker i allt större utsträckning enligt andra mekanismer och i andra situationer än de AvtL 1 kap. beskriver. De principer på vilka fullmaktsreglerna bygger (2 kap.) — bl.a. den grundläggande skillnaden mellan behörighet och befogenhet — skulle otvivelaktigt leva vidare, om lagen skulle upphävas. Och det vore meningslöst att komplettera lagen med nya fullmaktstyper, t.ex. toleransfullmakt. Denna principiella inställning utesluter likväl inte lagstiftning när starka skyddsbehov gör sig gällande: AvtL 36 § är ett exempel härpå.

När det gäller *enskilda avtalstyper* med starka och specifika skyddskrav är lagstiftning nödvändig. Utan lag kan ett tillräckligt partsskydd inte upprätthållas. Detta gäller speciellt avtal i vilka en part befinner sig i underläge ekonomiskt, socialt eller på annat sätt i relation till motparten. Lagstiftningen har med skäl koncentrerats till dessa avtalstyper — arbets- och hyresavtal, avbetalningsköp etc. Avgöranden av domstol i efterhand när en konflikt uppstått är inte tillfyllest. Huvudvikten måste läggas på ett väl utvecklat preventivt rättsskydd. Detta kräver absoluta lagnormer. Lagtekniskt är det vanligen nödvändigt att jämsides ge dispositiva normer, t.ex. beträffande hyresavtal.

Det finns avtalstyper som inte behöver regleras i lag på den grund att det utvecklats en avtalspraxis — allmänna avtalsvillkor — som är tillfredsställande. Avtal om byggnadsentreprenad hör till denna kategori.

Reglering genom *administrativt* beslutsfattande är ett främmande inslag i avtalsrättens skyddssystem. Den bör användas av lagstiftaren endast när ett starkt allmänt intresse kräver förebyggande skyddsåtgärder.

Mest angeläget i detta skede är att förverkliga det *samnordiska förslaget till köplag* (NU 1984:5, Nordiska köplagar. Förslag av den nordiska arbetsgruppen för köplagstiftning; förk. KöpLFörsl).

Tre skäl vill jag särskilt understryka.

Köp av lösöre är den avtalstyp som är viktig för varje individ. Köpavtalen inrymmer en stor arsenal av rättsliga problem vilkas lösande ingalunda är oproblematiskt i dagens rättsläge. Prejudikaten täcker bara en del av fältet. De skäl som talar för en dispositiv lagstiftning gör sig starkt gällande i fråga om köprätten.

Det andra skälet är sekundärt men inte mindre relevant. Avtalsrätten genomsyras i mycket av allmänna grundsatser som är viktiga inte bara för systematiken utan främst för förståelsen och bedömningen av konkreta frågeställningar särskilt i partskonflikter. Ibland benämner man dem allmänna obligationsrättsliga principer. Sådana grundsatser är mer eller mindre diffusa så länge de inte konkretiseras i rättsnormer. I viss mån har det skett i en del speciallagar, t.ex. skuldebrevslagen. Men det nuvarande rättsläget är inte tillfredsställande. Även om köplagsförslaget och dess motiveringar inte nämnvärt redovisar allmänna avtalsrättsliga principer finns de likväl med i bakgrundsmaterialet. Det är min uppfattning att en köplag med dess konkretisering av centrala avtalsrättsliga grundsatser indirekt skulle ha betydelse långt utanför köpavtalen. Man kan som exempel nämna principen om väsentligt avtalsbrott som förutsättning för hävning, en viss nyreglering av skadeståndsansvaret samt inte minst det utförliga systemet för påföljder av avtalsbrott.

Slutligen kan man nämna en köplags sannolika inverkan på avtalspraxis. Man kan räkna med att denna kunde bli mera enhetlig som en följd av en viss anpassning till köplagens normering.

I mycket är behovet av avtalsrättslig lagstiftning beroende av hur de möjligheter som avtalsfriheten erbjuder utnyttjas. Om företag, organisationer inom näringslivet och enskilda personer, som har ett faktiskt övertag, använder sin ställning och sina möjligheter i överensstämmelse med krav som rimligen kan ställas i fråga om skälighet och lojalitet, har lagstiftaren i allmänhet inte anledning att ingripa. Men om allmänna intressen eller partsintressen allvarligt hotas av bristande »självdisciplin» i ekonomisk verksamhet, är reglering genom lag angeläget utgående från de allmänna rättspolitiska målsättningarna rättsskydd och rättssäkerhet.

Samspelet lag — doktrin

Hur skall man inom avtalsrätten uppfatta relationen lag-doktrin? Om det finns ett samspel, hur tar det sig uttryck?

När företrädare för rättsvetenskapen nalkas avtalsrättens problem kan det ske ur olika utgångspunkter och på olika sätt. I ett nordiskt land har forskaren frihet att välja objekt, metod och argumentationsteknik. Det finns knappast några entydiga, objektivt hållbara kriterier för hur en rättsvetenskaplig forskare borde eller måste angripa och lösa problemen.

Rättsvetenskapen framstår — åtminstone i första hand — som en *samhällsvetenskap:* den sysslar med människors relationer till varandra och till det samhälle där de lever och verkar samt med normer som reglerar denna verklighet. Juridiken är i den meningen en samhällsvetenskap lika väl som t.ex. statslära, sociologi och nationalekonomi.

Privaträtten och inom den avtalsrätten undgår inte påverkan från det gällande samhällssystemet och element däri.

Man kan visserligen invända att statsskicket reglerar samhällets organisation och styrning samt medborgarnas förhållande till det allmänna och att privaträtten ligger på sidan härom. De facto är läget att annat. Lika litet som man kan dra en skarp gräns mellan offentlig rätt och privaträtt, lika omöjligt är det att konstruera ett vattentätt skott mellan samhällsskick och privat sfär.

Ur den *demokrati* som förverkligats i de nordiska länderna kan man skilja ut två faktorer som i mycket präglar en samhällsinriktad privaträttslig doktrin:

1) Den folket tillkommande statsmakten utövas av riksdagen, huvudsakligen genom *lagstiftning.* Där finns den primära normgivningen, också beträffande avtalsförhållanden. I dagens komplicerade samhälle måste regleringen genom lag ofta undvika detaljer och begränsa sig till att dra riktlinjer som sedan fullföljs på andra plan: i domstolsavgöranden, avtalspraxis och doktrin.

2) Demokratin bygger på och erkänner vissa *grundvärden* av betydelse för såväl samhället som den enskilda människan. Till de traditionella demokratiska värdena frihet och jämlikhet kan fogas trygghet eller den enskilda människans skydd mot såväl samället som andra individer. När man projicerar detta på avtalsrättslig doktrin, ser man avtalsfriheten och rättsskyddet som dominerande faktorer. I rättsvetenskapliga bedömningar och ställningstaganden blir det i överensstämmelse härmed ofta fråga om relationen frihet-skydd. Också kravet på jämlikhet mellan avtalsparter är relevant.

Jag vill ge några personliga synpunkter på den problematik som här

antytts. Delvis sker det med anknytning till det samnordiska *förslaget till köplag.* Min skiss av några *uppgifter för avtalsrättslig doktrin* tar inte ställning till hur de kan eller borde lösas.

1) En avtalsrättslig lag — om köp, någon annan avtalstyp eller allmänna frågor — är i första hand ett resultat av beredningsarbete i olika instanser. I vad mån *lagen påverkats av doktrinära resonemang* beror mycket på vilka personer som varit engagerade i arbetet och hur de fullgjort sin uppgift. Helt oberoende härav kan man likväl konstatera att så gott som varje lag som rör avtal bygger på resultat som vuxit fram ur rättsvetenskaplig analys, debatt och slutledning.

Man kan säga att KöpLFörsl med dess motiveringar inte har »doktrinär belastning». Å andra sidan är det uppenbart att förslaget i många stycken präglas av ståndpunkter, begrepp och systematik som under en lång utveckling formats av juridisk doktrin, ofta i anslutning till domstolarnas rättstillämpning.

Sålunda är det påföljdssystem som KöpLFörsl tillägnat sig doktrinärt påverkat: väsentligt avtalsbrott som betingelse för hävning, avlämnande och riskens (farans) övergång, felbegreppet etc. Också doktrinära meningsbrytningar skymtar fram bl.a. i det resultatlösa försöket att bibehålla de skandinaviska köplagarnas schematiska uppdelning i speciesköp och leveransavtal samt i fråga om culpa som förutsättning för säljarens ersättningsansvar.

Man kan inte stifta lagar om avtal utan stöd av den rättsvetenskapliga forskningens resultat. Dessa får likväl inte överbetonas. En ny lag skall tillgodose rättspolitiska syften i samklang med verkligheten och dess krav. Mycket av detta ingår också i forskarens arsenal av material och argument. Lagstiftning och doktrin kompletterar varandra.

2) En väsentlig uppgift för en realistisk rättsvetenskap är att belysa och klarlägga *rättsliga normers innebörd, syften och tillämpningsområde.* Forskaren skall vara uttolkare.

Avtalsrättens normsystem är fascinerande. Där finns normer av olika typ och med olika ursprung och styrka: lag, handelssed, allmänna och särskilda avtalsvillkor, prejudikat, allmänna rättsprinciper etc. Det gäller att utreda hur normerna skall uppfattas och tillämpas i den verklighet för vilken de finns till. Forskaren ställs inför frågor om normernas grund och syften, om rangordningen mellan lag och andra typer av normer, om betydelsen av lagmotiv, om olika metoder att tolka lag etc.

Tolkningen och tillämpningen av en ny köplag kommer att länge sysselsätta nordiska forskare.

3) Avtalsrättslig lagstiftning har av olika skäl stora luckor. En uppgift för rättsvetenskapen är därför att dra riktlinjer för problemlösningar i *öppna fall* — när en tillämplig rättsnorm inte finns. I Finland har vi särskilt påtagligt brottats med denna problematik därför att vi saknat en allmän köplag. I övriga nordiska länder har KöpL, starkare än annan lagstiftning, påverkat avtalsrättens utformning. Det har fallit på finska civilisters lott — ofta med stöd av skandinavisk lag och doktrin — att försöka fixera t.ex. betingelser för hävning och för skadestånd. En samnordisk köplag betyder att vi framdeles kan arbeta på gemensam bas.

I de öppna fallen gäller det att föra fram och mot varandra väga synpunkter, omständigheter och argument som är eller kan bli vägledande för bedömningen av avtalsrättsliga förhållanden och konflikter samt peka på resultat som övervägandena kan leda fram till. Forskaren drar riktlinjer men han formulerar inte bindande handlingsregler.

4) Inom allmän avtalsrätt är *systematiken* viktig. För många problemlösningar är det nödvändigt att i det omfattande och disparata materialet kunna se gemensamma grunder och linjer, att undvika motstridiga lösningar när enhetlighet och samstämmighet är motiverade. Samtidigt lurar faran att det schemaskapande, som varje systematisering innebär, leder till abstraktioner vilka lätt döljer väsentliga realiteter och stryker ut relevanta olikheter. Trots det är systematiseringen viktig, inte som självändamål utan som arbetsredskap.

Särskilt när det gäller avtalsstörningar är det betydelsefullt att forskaren har en systematisk överblick. Det gäller att se olika typer av avtalsstörningar och deras påföljder. Indelningen av avtalsbrott och deras påföljder i KöpLFörsl ger rikligt stoff för värdering, argumentering och ställningstagande med tanke på systematiken. Verkningarna härav kan komma att sträcka sig långt utanför köprätten.

5) Slutligen vill jag nämna vetenskapsmannens uppgift att röja väg för *nytänkande.*

Vårt samhälle är dynamiskt. Rättsordningen har ibland försetts med stämpeln konservativ — en i och för sig naturlig konsekvens av att det ofta blir aktuellt att skapa nya rättsnormer först när behov därav förelegat en tid och därunder kunnat konkretiseras. Eftersläpningen — påtaglig också inom avtalsrätten — vållar ofta forskaren huvudbry. Han har att överväga hur gamla normer och invanda tänkesätt kan anpassas till en ändrad verklighet.

Också ny lagstiftning kräver nyorientering hos forskaren.

Sålunda kan man förutse av KöpLFörsl:s krav på väsentlighet som

betingelse för hävning (27 §) får ett starkare fotfäste inom avtalsrätten. Principen är visserligen redan nu erkänd — delvis som en följd av ställningstaganden i doktrinen — men dess definitiva genombrott kan förväntas ske genom köplagen. Det är vidare sannolikt att KöpLFörsl:s reglering av skadeståndsansvaret kommer att påverka inställningen till avtalsersättningens förutsättningar. Förslagets ståndpunkt att ersättningsansvaret binds vid själva avtalsbrottet (se 29 §) och att man på basen därav genomför ett »kontrollansvar» betyder i princip en genomgripande modifiering av synsättet. Culpasynpunkterna — i många stycken obestämda och kontroversiella — kommer synbarligen att småningom skjutas åt sidan utan att likväl förlora sin relevans. Jag ser det som en viktig uppgift att dra riktlinjer för hur köplagens ersättningsregler kan påverka ansvarssituationer inom andra avtalsområden.

För forskaren gäller det ständigt att överväga hur parts behov av rättsskydd skall tillgodoses. På senare tid har intresset varit starkt inriktat på skyddet av en svagare avtalspart. I det avseendet har den i doktrinen debatterade skälighetsprincipen trätt i förgrunden, numera förverkligad i lagreglerna om jämkning av skadestånd och av avtalsvillkor. Också kravet på lojalitet i partsförhållanden har accentuerats på forskarnas försorg.

En på realiteter inriktad avtalsrättslig forskning går inte med kollisionskurs mot lagen. Forskaren har visserligen full frihet att kritisera lag och rättstillämpning. Han gör det ur sina utgångspunkter och med sina inte sällan subjektiva eller ensidiga värderingar och bedömningar. Dessa kan vara andra än lagstiftarens rättspolitiska överväganden. Men en rättsvetenskap som tillägnat sig de uppgifter som skisserats i det föregående har inte till syfte att bryta ned rättsliga regleringar utan att bygga upp och utveckla rättssystemet och dess delar. Demokratin förutsätter delaktighet och samverkan. Samspelet mellan lagstiftning och rättsvetenskap är ett led häri.

Jarno Tepora

Factoring sivullissuojan näkökulmasta

I. Johdanto

Factoring[1] on yksi monista maassamme tällä hetkellä käytössä olevista erityisrahoitusmuodoista. Erityisrahoitussopimukset ovat kehittyneet voittopuolisesti yritysmaailman esittämistä haasteista tyydyttämään yritysten spesiaalisia luottotarpeita. Niiden ei ole katsottu voivan yhtä tehokkaasti tulla hoidetuksi yksinomaan perinteisten rahoitusjärjestelyjen avulla. Tämä on merkinnyt myös erityisluottolaitosten — rahoitusyhtiöiden[2] — perustamista hoitamaan erityisrahoitusta.

Erityisrahoitussopimusten sisällölliseen kehittymiseen on vaikuttanut paitsi yritysten erityiset luottotarpeet myös luonnollisesti voimassa oleva lainsäädäntö. Erityisrahoitussopimusten avulla aikaansaadun rahoitusjärjestelyn tulee olla perusrakenteeltaan tarpeeksi yksinkertainen ja selkeä sekä liiketaloudellisesti että oikeudellisesti arvioituna,

---

[1] Factoringin käsitteestä laajemmin ks. mm. *Braekhus,* Factoring sikringscessionen i nytt perspektiv, Nordisk Gjenklang, Festskrift till Arnholm, Oslo 1969, s. 331—333 kirjallisuusviittauksineen ja *Björk,* Om factoring, SvJT 1983 s. 325—329 sekä *Boman,* Factoring och leasing, Lund 1985, s. 15—22. Ks. myös *Havansi*, Luotto-oikeus, Rovaniemi 1984, s. 77—78.

[2] Factoring-rahoitusta organisoidusti harjoittavat rahoitusyhtiöt ovat pääsääntöisesti pankkien tytäryhtiöitä niin, että kaikilla suurilla pankkiryhmittymillä on oma rahoitusyhtiönsä. Näillä yhtiöillä on yleensä oma osastonsa osamaksukaupparahoitusta, leasing-rahoitusta ja factoring-rahoitusta varten. Merkittävimmät rahoitusyhtiöt (v. 1984) Suomessa ovat taseen perusteella ensinnäkin Suomen Rahoitusyhtiöiden Yhdistys ry:n jäsenet (suluissa pääomistaja): Suomen Yritysrahoitus Oy (SYP), Kansallisrahoitus Oy (KOP), SKOP-Rahoitus Oy (SKOP), PSP-Rahoitus Oy (PSP), OP-Rahoituskeskus Oy (OKO), Asiakasrahoitus Oy (HOP), STS-Rahoitus Oy (STS), Ålands Leasing Ab (ÅAB) ja Ålands Factoring Ab (ÅAB) sekä muita pankkikonserneihin kuuluvia Aktivfinans Ab (SR) ja Ålands Finans Ab (OPR), jotka toimivat Ahvenanmaalla. Pankkien ulkopuolisia varsinaisia rahoitusyhtiöitä ovat mm. Independent Rahoitus Oy ja Oy Scanleasing Ab. Näitä pankkien ulkopuolisia rahoitusyhtiöitä on nyttemmin perustettu lukuisia. Lisäksi monilla suurilla yrityksillä saattaa olla oma rahoitusyhtiönsä oman liiketoiminnan rahoituksesta huolehtimassa. On syytä todeta, ettei meillä ole vielä rahoitusyhtiölakia, joka sääntelisi po. kenttää. Asiasta on kuitenkin valmistunut ehdotus rahoitusyhtiölaiksi, ks. *Kom 1984: 2* rahoitusyhteisötoimikunnan mietintö. — Ruotsissa rahoitusyhtiöitä v. 1984 oli kaikkiaan 208.

jotta po. järjestely myös käytännössä toimisi eri osapuolia tyydyttävällä tavalla. Erityisrahoitussopimusten kehittelytyö on tapahtunut ja yhä tapahtuu rahoitusyhtiöiden toimesta.[3] Ne on laadittu yleensä vakiosopimusten muotoon. Valmiita jo käytännössä toimivia erityisrahoitusjärjestelyjä on nykyisin rahoitusyhtiöillä tarjottavanaan varsin suuri tuotevalikoima.[4]

Factoring-rahoitusta samoin kuin osamaksukauppa- ja leasingrahoitusta koskevia vakiosopimuksen ehtoja laadittaessa on jouduttu ottamaan huomioon ennen muuta sopimus-, esine- ja prosessioikeudelliset säännökset mm. VKL:ssa, OsamaksuKL:ssa, UL:ssa ja KS:ssä. Alan materiaalinen erityislainsäädäntö on vielä perin vähäistä: osamaksukauppalaki ja laki luottoehdoista osamaksukaupassa. Alati kehittyvällä kuluttajasuojalainsäädännöllä on kuitenkin heijastusvaikutuksia erityisesti rahoitusjärjestelmien markkinointiin.

Tässä esityksessä keskityn tarkastelemaan sivullissuojakysymyksiä, joita esiintyy factoring-rahoituksen yhteydessä. Tarkastelu ulotetaan vain kotimaiseen factoringiin erotuksena vientifactoringistä.[5] Ennen esineoikeudellisten kysymysten käsittelyä on syytä suorittaa lyhyt factoring-rahoitusjärjestelyn kuvaus.

II. Factoring-rahoituksen juridiset erityispiirteet

Factoring on liikeyritykselle myynnistä syntyvien laskusaatavien (myyntisaatavien) suunnitelmallista välitöntä rahaksi muuntamista rahoitusyhtiön (factoring-osaston) avulla. Factoring-luototus edellyttää asiakasyrityksen ja rahoitusyhtiön välistä rahoitussopimusta, johon liittyy säännöllisesti rahoitusta koskevat vakioehdot. Rahoitussopimuksessa määritellään mm. luoton enimmäismäärä ja factoring-palkkio[6].

---

[3] Palvelukehityksen suuntaus on, että rakennetaan joustavia *palvelupaketteja* asiakkaan yksilöllisten tarpeiden mukaan. Rahoitusyhtiöiden konsultoiva panos tulee ilmeisesti kasvamaan.

[4] Tällä hetkellä rahoitusyhtiöt markkinoivat yli kahtakymmentä erilaista rahoitusmuotoa, jotka koskevat investointien rahoitusta, käyttöpääomarahoitusta ja myynnin tukirahoitusta.

[5] Vientifactoring eroaa varsin monessa kohdin kotimaisesta factoringistä, minkä vuoksi olen katsonut tarkoituksenmukaiseksi suorittaa mainitun rajauksen. Huomattava ero on siinä, että vientifactoringissä luottoriski on rahoittajalla toisin kuin kotimaisessa factoringissä. Vientifactoringistä ks. erit. *Boman,* mt. s. 42—86.

[6] Factoring-rahoittajan palkkio peritään yleensä prosenttimääräisenä *käsittelymaksuna* jokaisen siirretyn laskusaatavan määrästä (0,5—2,5 %).

Velastaan luottotilillä myyjä suorittaa lisäksi *vuotuista korkoa* sopimuksessa mainitun prosenttimäärän. Se on noin 10 % suuruusluokkaa — käytännössä se on yleensä sidottu luotollisen shekkitilin korkokantaan.

Samoin siinä sovitaan perinnän yksityiskohdista, asiakkaalle (= myyjälle) lähetettävistä tulosteista ja muusta factoring-rahoitukseen liittyvästä palvelusta (mm. reskontrakirjanpidon pitämisestä).

Rahoitussopimuksen toisen puolen muodostaa vakuuksista sopiminen. Niinpä asiakasyritys eli luotonsaaja *siirtää* säännöllisesti *kaikki* (myös tulevat) *myyntilaskunsa* luotonantajalle eli rahoitusyhtiölle. Tämä tapahtuu niin, että asiakasyritys ilmoittaa ostajille eli omille asiakkailleen — yleensä laskuun leimasimella lyödyllä tekstillä —, että lasku on siirretty rahoitusyhtiölle ja että lasku on maksettava tälle. Samalla asiakasyritys lähettää aina laskujäljennöksen rahoitusyhtiölle. Se maksaa luototuksen perusteeksi hyväksymistään laskuista välittömästi asiakasyritykselle nykyisen käytännön mukaan 80 % niiden määrästä. Loppuosan asiakasyritys saa rahoitusyhtiöltä sitten kun ostaja on maksanut koko laskun määrän rahoitusyhtiölle.

Tiivistetysti kuvailtuna factoring-rahoitusjärjestely etenee ajallisesti seuraavalla tavalla:

1. Rahoitussopimus asiakkaan (myyjän M) ja rahoittajan (rahoitusyhtiön R) välillä,
2. tavaratoimitukset M:ltä ostajille 0^1, 0^2. . . 0^n,
3. M toimittaa siirtomerkinnöin varustetut laskut ostajille (0^1 — 0^n) ja laskujäljennökset R:lle,
4. R siirtää 80 % luototuksen perusteeksi hyväksymiensä (0^1 ja 0^3:n laskut) laskujen määrästä M:n tilille luoton enimmäismäärän puitteissa,
5. ostajat (0^1 — 0^n) maksavat (erääntyneet) laskut R:lle, ja
6. R siirtää loput 20 % luototuksen kohteena olleiden laskujen määrästä M:lle kuin myös siirtää luototuksen ulkopuolelle jääneiden laskujen määrän M:lle.

Oleellista on, että rahoittaja luotottaa tietyn limiitin puitteissa asiakkaansa myyntisaatavia ja että asiakas siirtää rahoittajalle rahoittajan rahoitussopimukseen perustuvien (luototettavaksi hyväksyttävien) saatavien vakuudeksi kaikki laskusaatavansa riippumatta siitä, tulevatko ne kuulumaan luototuksen piiriin vai eivät.

III. Myyntisaatavan siirron lähempi teoreettinen kuvaus

Edellä todettiin, että factoring-rahalaitoksessa asiakasyritys (myyjä) säännöllisesti siirtää myyntisaatavansa rahoittajalle. Mistä oikeustoimesta perimmältään tällöin on kysymys? Vastauksella tähän saattaa olla merkitystä arvioitaessa rahoittajan oikeusasemaa suhteessa

sopijapuoleen ja tämän velkojiin eri normien (mm. esineoikeudellisten ja takaisinsaantinormien) kannalta.

Ajateltavissa olevia teoreettisia vaihtoehtoja on useita:

(1) saatavan *panttaus,*
(2) saatavan luovutussiirto omistajanvaihdostarkoituksessa eli saatavan *kauppa,*
(3) saatavan siirto *velan maksuna* (datio in solutum),
(4) saatavan ns. inkassosiirto eli *perimistoimeksiantona, ja*
(5) saatavan ns. *vakuusluovutus.*

Kun arvioidaan myyntisaatavan siirron teoreettisia taustoja, otetaan lähtökohdaksi osapuolten todelliset rahoitussopimuksella tavoitellut tarkoitukset, jotka ovat objektiivisesti todennettavissa. Sitä vastoin ratkaisevaa ei ole se, mitä ilmauksia sopijapuolet ovat käyttäneet rahoitussopimuksessa ja siirtoilmoituksissa. Lisäksi tarkastelussa on syytä kiinnittää huomiota niihin oikeutuksiin, jotka liittyvät yhtäältä panttioikeuteen ja toisaalta omistusoikeuteen.[7]

Lähdettäessä edellä esitetyltä pohjalta saatetaan todeta, että factoring-rahoitussopimuksessa osapuolten tarkoituksena säännöllisesti on, että myyntisaatavat siirretään rahoittajalle rahoitussopimukseen perustuvien saatavien *vakuudeksi.*

Vakuustarkoitus käy ilmi paitsi osapuolten käyttämästä terminologiasta myös ennen muuta siitä, että myyjä kantaa sopimuksen perusteella riskin ostaja-velallisen maksukyvyttömyydestä. Niinpä jos ostaja ei maksa rahoittajalle siirrettyä saatavaa sen eräännyttyä, on rahoitussopimuksessa lähemmin määritellyin edellytyksin rahoittajalla säännöllisesti oikeus poistaa tällainen saatava luototuksen perusteeksi hyväksyttyjen saatavien määrästä. Saatavan siirto myyjältä rahoittajalle ei siten ole siinä mielessä lopullinen oikeustoimi, että rahoittaja luovutuksensaajana kantaisi riskin saatavan hyvyydestä. Luottoriski ostajien maksukyvyttömyydestä säilyy siis myyjällä sopimuksen perusteella. VKL 9.2 §:n mukaan luovuttaja ei ole vastuussa velallisen maksukyvystä, ellei hän ole siihen velvoittautunut. Sama koskee vastaavasti panttausta (VKL 10 §).[8]

Aiemmin mainitut vaihtoehdot 2 ja 3 edellä esitetyn perusteella eivät yleensä tule kysymykseen factoring-rahoitusjärjestelyssä. Saatavan

---

[7] Ks. *Braekhus,* ma. s. 342—343 ja *Havansi,* Esinevakuusoikeudet, Helsinki 1984, s. 144.

[8] Ks. *Hakulinen,* Velkakirjalaki, Porvoo 1965, s. 92—93 ja 95—96, *Havansi,* mt. s. 143, *Aurejärvi,* Luotto- ja maksuvälineet, Jyväskylä 1986, s. 79, *Björk,* SvJT 1983 s. 352. Vrt. *Frigell,* Fakturaköp — pantsättning eller omsättningsköp?, SvJT 1984 s. 71.

luovutussiirto omistajanvaihdostarkoituksessa (2) merkitsee sitä, että luovutuksensaaja saa lopullisesti pitää ostamansa laskusaatavan. Luovutuksensaajalla ei ole sen paremmin tilitysvelvollisuutta myyjään nähden kuin saatavaakaan myyjältä. Käytännössä on tällöin yleensä kysymys *epävarmojen saatavien kaupasta,* jolloin kauppahinta on huomattavasti pienempi kuin saatavan nimellismäärä. Tällainen laskusaatava jää myyjän konkurssivarallisuuden ulkopuolelle, jolleivät sitten takaisinsaannin edellytykset täyty.[9] Laskusaatavan ostanut henkilö kantaa po. tapauksessa riskin siitä, että hän saa perityksi saatavan velalliselta.

Saatavan siirtoa voidaan käyttää myös *velan maksuna* (3) rahan sijasta. Tarkoitus on silloin, että saatavan vastaanottaja saa täyden maksun saatavan muodossa eikä hänellä ole mitään tilitysvastuuta. Tosin OikTL 37 §:n pakottava säännös koskee myös em. tapausta, mikäli saatava ei ole vielä siirron hetkellä erääntynyt maksettavaksi. Takaisinsaantisäännösten soveltaminen on tässäkin tapauksessa periaatteessa mahdollista.[10]

Myöskään saatavan siirrosta *perimistoimeksiantona* (4) ei voi olla kysymys factoring-rahoitussopimuksen mukaisessa saatavan siirrossa rahoittajalle. Perimistoimeksianto toteutetaan tavallisesti valtuutuksen muodossa. Perimistoimeksiannonsaaja valtuutetaan perimään saatava velalliselta valtuutuksen antajan (velkojan) nimissä ja lukuun. Perimistoimeksianto voidaan toteuttaa myös niin, että saatavan inkassosiirronsaaja perii saatavan omissa nimissään, mutta velkojan lukuun. Merkittävää on, ettei inkassosiirronsaajalla ole itsenäistä oikeutta siirrettyihin saataviin. Velkoja (velkojan konkurssipesä) voi periaatteessa peruuttaa toimeksiannon ja näin disponoida saatavistaan uudestaan.[11] Tällaista oikeutta rahoitussopimuksen mukaan myyjällä ei suinkaan ole. Päinvastoin rahoitussopimuksessa lähemmin määritellyin edellytyksin rahoittajalla on yleensä valta siirtää takaisin myyjälle laskusaatava, jota ei ole hyväksytty tai joka on poistettu hyväksyttyjen saatavien määrästä. Rahoittajalle siirretyt saatavat toimivat de facto rahoittajan ja myyjän välisen luottosuhteen vakuutena. Rahoittajalla on siirrettyihin saataviin laajempi oikeus kuin minkä vain perimistoimeksianto antaisi.

Niinpä kaiken kaikkiaan normaalissa rahoitussopimuksen mukaises-

---

[9] »Laskukaupasta» ks. lähemmin Ruotsin oikeuden osalta *Björk,* SvJT 1983 s. 328 ja *Frigell,* SvJT 1984 s. 72.

[10] Ks. *Frigell,* SvJT 1984 s. 72. — KKO:n käytännöstä takaisinsaantitapauksissa, joissa saatavan siirtoa on käytetty velan maksuna ks. *Raulos,* Hajahavaintoja korkeimman oikeuden oikeuskäytännöstä konkurssiasioissa 1980—1984, LM 1986 s. 819—822.

[11] Ks. *Braekhus,* ma. s. 341—342.

sa saatavan siirrossa kysymys on joko saatavan panttauksesta (1) tai saatavan vakuusluovutuksesta (5).

Vakuusluovutuksessa osapuolet perustavat ostaja-velkojalle omistusoikeusterminologian avulla turvaavan oikeusaseman siltä varalta, ettei myyjä kykene lunastamaan takaisin luovutuksen kohdetta. Tässä tapauksessa ostaja-velkoja toteuttaa myyjältä olevan saatavansa luovutuksen kohteen arvosta. Kuitenkin ostajalla on tilitysvelvollisuus myyjään nähden OikTL 37 §:n perusteella siitä ylijäämästä, mikä mahdollisesti jää, kun ostaja on toteuttanut saatavansa vakuuskohteen arvosta. Samanlainen tilitysvelvollisuus koskee myös panttivelkojaa. Tilitysvelvollisuutta ei voida sopimuksin poistaa etukäteen.[12]

Saatavan luovutuksessa vakuudeksi rahoittajalle ei ole mielekästä, että myyjä lunastaisi takaisin luovuttamansa saatavan, jota vastaan, sikäli kuin saatava on hyväksytty luotonannon perustaksi, myyjä on saanut 80 % saatavan määrästä. Rahoitussopimuksessa lähdetäänkin siitä, että rahoittaja saa suoraan hänelle siirretyn saatavan määrän velalliselta ja että rahoittaja on tilitysvelvollinen (OikTL 37 §) saatavan 20 % määrän osalta. Tilitysvelvollisuuden suhteen saatavan vakuusluovutus ja saatavan panttaus ovat samassa asemassa.

Kuten jo aikaisemmin todettiin, myös luottoriski ostajien maksukyvyttömyydestä säilyy myyjällä sitoumusvastuun perusteella rahoittajan hyväksi samalla tavalla sekä saatavan (vakuus)luovutuksessa että saatavan panttauksessa. Saatavan luovutus, joka on tapahtunut vakuustarkoituksessa, on siten omistusoikeusterminologian käytöstä huolimatta verrattavissa oikeusvaikutuksiltaan saatavan panttaukseen. Kuten jäljempänä havaitaan, sivullissuojan saannin edellytysten suhteen ei ole myöskään eroa saatavan (vakuus)luovutuksen ja saatavan panttauksen välillä.

IV. Tarkasteltavat sivullissuhteet

Factoring-rahoitus perustuu kolmikantajärjestelyyn, jossa ovat mukana myyjä-velkoja, ostaja-velallinen ja rahoittaja-siirronsaaja. Viimeksi mainitun näkökulmasta on tähdellistä selvittää, missä vaiheessa hänen siirtoon perustuva vaateensa on suojattu sopimuspuolen, myyjän velkojia vastaan (vaihdantasuoja) erityisesti myyjää kohdanneen ulosoton tai konkurssin yhteydessä. Lisäksi tulee tarkasteltavaksi factoring-

[12] Vakuusluovutuksesta yleisesti ks. *Havansi,* mt. s. 442—446 ja siinä mainittua kirjallisuutta sekä *Björk,* SvJT 1983 s. 334—335 ja erityisesti factoring-sopimukseen sovellettuna s. 335—338 ja *Braekhus,* ma s. 341—351.

rahoittajan ja myyjän yrityskiinnitysvelkojan välinen relaatio. Tämä henkilösuhde tulee käytännössä ajankohtaiseksi tavallisesti myyjän ajauduttua konkurssiin.

Factoring-rahoittajan oikeusaseman kehityksessä vaihdantasuojan saaminen on tärkeä vaihe.[13] Sen ei kuitenkaan välttämättä tarvitse merkitä täysin turvattua asemaa sivullisia kohtaan. Niinpä tuleekin lisäksi selvittää, millä edellytyksillä rahoittajan siirtoon perustuva vaade ei ole myöskään peräytettävissä takaisinsaantikanteella myyjää kohdanneen ulosoton tai konkurssin yhteydessä.

Kollisiotilanne sivullissuhteissa voi syntyä myös myyjän disponoidessa samasta saatavasta kahteen tai useampaan kertaan. Esityksen lopuksi tulenkin tarkastelemaan kaksoisdisponoinnin aiheuttamaa kollisiota factoring-rahoittajan ja kilpailevan luovutuksensaajan/pantinhaltijan välillä.

V. Vaihdantasuoja

1. Yleistä

Factoring-rahoitussopimuksen tekeminen itsessään sitoo osapuolia — rahoittajaa ja myyjää — sopimuksen mukaisiin suorituksiin. Rahoittaja on oikeutettu vaatimaan sen jälkeen myyjältä omistusoikeutta tai panttioikeutta saataviin. Kysymys on yleensä laskusaatavasta ja joka tapauksessa sellaisesta saatavasta, josta ei ole annettu laisinkaan velkakirjaa. On täysin mahdollista, ettei saatavasta ole edes tehty asiakirjaa, joka voitaisiin esittää tai siirtää konkreettisesti henkilöltä toiselle.

Sopimus saatavan siirrosta (luovutuksesta tai panttauksesta) ei vielä anna factoring-rahoittajalle (luovutuksensaajalle/pantinsaajalle) suojattua asemaa suhteessa myyjän ulosmittaus- ja konkurssivelkojiin. Po. sivullissuojakysymys on ratkaistu velkakirjalain (VKL 622 / 31. 7. 1947) antamisen jälkeen soveltamalla analogisesti VKL 3 luvun tavallisia velkakirjoja koskevia säännöksiä ylipäänsä laskusaataviin, urakkasaataviin, korvaussaataviin jne. VKL:n esitöissä jo todettiin, että tavallisia velkakirjoja koskevia määräyksiä voitaisiin soveltuvilta osin ulottaa las-

[13] Vaihdantasuojalla tarkoitan luovutuksensaajan/pantinsaajan suojaa luovuttajan/pantinantajan velkojia ja seuraajia vastaan. Oikeuskirjallisuudessa erotetaan usein vaihdantasuojasta erilleen velkojainsuoja, jolla kuvataan luovutuksensaajan suojaa luovuttajan ulosmittaus- ja konkurssivelkojia vastaan. Velkojainsuojan käsite on siten vaihdantasuojan käsitettä suppeampi. Asiasta lähemmin ks. mm. *Tepora* Omistuksenpidätyksestä, Vammala 1984, s. 348—350 kirjallisuusviittauksineen.

kusaataviin ja muihin luottosuhteisiin, joista ei ole annettu lainkaan velkakirjaa.[14]

Rahoittaja-siirronsaajan vaihdantasuoja myyjän velkojia vastaan ratkeaa soveltamalla analogisesti VKL 31.1 §:n säännöstä. Niinpä suojan saamiseksi edellytetään, että luovuttaja tai luovutuksensaaja on tehnyt siirtoilmoituksen (denuntiaation) velalliselle, kun on kysymys vastikkeellisesta oikeustoimesta (luovutuksesta). Sama säännös soveltuu myös panttaukseen (VKL 10 §). Siirtoilmoituksen tekemisellä velalliselle on täytettävänään sama tehtävä kuin hallinnan siirrolla uudelle velkojalle juoksevien velkakirjojen osalta. Laskun tai muun asiakirjan, joka osoittaa tavallisen saatavan, konkreettinen hallinnan siirto (traditio) luovutuksensaajalle ei ole siten tarpeen. Tavallinen saamisasiakirja (lasku, sopimus tms.) on vain saatavan todiste(keino) toisin kuin juokseva velkakirja, jota pidetään arvopaperina. Sille on ominaista saamisoikeuden kytkeytyminen itse asiakirjaan, jonka hallinta on välttämätön edellytys oikeuden käyttämiselle. Siirtoilmoituksen toimittamisen jälkeen lakkaa myös luovuttajan/pantinantajan passiivinen legitimaatio luovutuksensaajan/pantinsaajan hyväksi eli vain viimeksi mainittu on legitimoitu vastaanottamaan maksun niin, että velallinen saa maksusuojaa (VKL 29 §).[15]

Factoring-rahoitussopimuksen vakioehdoissa säännöllisesti edellytetään, että siirtoilmoituksesta ostajalle huolehtii myyjä. Siirtoilmoitus ulkopuoliselle — ostajalle — antaa tarvittavaa julkisuutta siirrolle, vaikkakaan ei läheskään samassa määrin kuin irtaimen esineen/arvopaperin kohdalla hallinnan siirto. Kuitenkin siirtoilmoitukseen liittyvä julkisuus on omiansa vähentämään valesiirtojen riskiä kuin myös siirtopäiväysten muuttamisia.[16]

---

[14] Ehdotus velkakirjalaiksi ym. *Kom. 1936: 1* s. 18. Ks. myös *Hakulinen,* mt. s. 184. ja *Aurejärvi,* mt. s. 7—8.

[15] Ks. *Havansi,* mt. s. 144 ja *Björk,* SvJT 1983 s. 346—349.

[16] Oikeuskirjallisuudessa on esitetty arvostelua siirtoilmoitusta kohtaan yhtäältä siihen liittyvien käytännöllisten vaikeuksien vuoksi, kun on kyse suuresta määrästä saatavia, ja toisaalta sen vuoksi ettei siirtoilmoitus ole riittävä keino ulospäin valvoa tapahtuneita luovutuksia/panttauksia. Ks. *Håstad,* Kompendium i sakrätt, Uppsala 1978, s. 132 kirjallisuusviittauksineen, *von Eyben,* Modernisering af panteretten, Nordisk Gjenklang, Festskrift till Arnholm, Oslo 1969, s. 369. ja *Björk,* SvJT 1983 s. 365—367.

Siirtoilmoituksen vaihtoehtona on esitetty viranomaisen luona tapahtuvaa *rekisteröintiä.* Norjan uudessa panttilaissa (1980) rekisteröintivaihtoehto on omaksuttu factoringin osalta. Laissa edellytetään, että factoring-rahoitussopimus tulee myyjän velkojia sitovaksi sillä, että sopimus rekisteröidään irtaimistorekisteriin. Rahoitussopimus voi koskea saatavan luovutusta, vakuusluovutusta tai panttausta. — Ks. lähemmin Pantloven § 4—10 sekä *Kjelstrup,* Om avtalepant mm., Oslo 1980, s. 91—92 sekä *Sandvik—Krüger—Giertsen,* Norsk panterett, Bergen 1980, s. 344—345.

2. *Siirtoilmoitus*

Asianmukaiselta siirtoilmoitukselta vaaditaan tietyt minimiedellytykset. (a) Erityisiä muotovaatimuksia denuntiaation toimittamiselle ei ole VKL 31.1 §:ssä asetettu. Niinpä suullinenkin siirtoilmoitus periaatteessa riittää. Vastaisen todistelun helpottamiseksi siirtoilmoitus on syytä kuitenkin tehdä aina *kirjallisesti.* Myöskään siirtoilmoituksen vastaanottamisen vahvistusta ei edellytetä velalliselta. Luonnollisestikaan mitään estettä ei ole vaatia tällaista vahvistusta todistamistarkoituksessa.[17] (b) Siirtoilmoituksen voi tehdä joko luovuttaja/pantinantaja tai luovutuksensaaja/pantinsaaja. Kuten jo edellä todettiin, rahoitussopimuksessa säännöllisesti edellytetään myyjän (= luovuttajan/pantinantajan) toimittavan siirtoilmoituksen. (c) VKL 31.1 §:n sanamuodon perusteella on pääteltävissä, että on välttämätöntä ilmoittaa siirrosta velalliselle *nimenomaisesti.* Niinpä ei riitä esimerkiksi, että kauppatavasta tai muusta vakiintuneesta tavasta seuraa, että saatava siirretään pääsääntöisesti kolmannelle — rahoittajalle — ja että se on velallisen tiedossa.[18] (d) Siirtoilmoituksen sisällön suhteen on asetettavissa ainakin kolme vaatimusta. Ensinnäkin tulee siitä käydä ilmi saatavan *luovutus* tai vastaavasti panttaus. Mikäli ilmoitetaan vain, että velallisen tulee maksaa kolmannelle, on ilmoitus riittämätön. Tällöin kyse saattaa olla vain ns. inkassosiirrosta erotuksena saatavan luovutuksesta/panttauksesta.[19] Toiseksi ilmoituksesta tulee ilmetä yksiselitteisesti *uuden velkojan nimi* (factoring-rahoituksen tapauksessa factoring-rahoitusyhtiön nimi). Ei riitä esimerkiksi, että on ilmoitettu useampia vaihtoehtoisia luovutuksensaajia/pantinsaajia.[20] Kolmanneksi *saatavan*, jonka siirrosta on kysymys, tulee olla kyllin *selvästi ilmaistu.* Tämä on tärkeätä sekä saatavan suuruuden että saatavan yksilöinnin kannalta silloin, kun luovuttajalla/pantinantajalla on useita saatavia velalliselta. Käytännössä saatavan yksilöintivaatimus täyttyy laskun avulla niissä tapauksissa, joissa siirtoilmoitus merkitään suoraan ostajalle

---

[17] Ks. *Havansi,* Panttioikeus osakkeeseen, I osa, Vammala 1979, s. 226—229, *Braekhus,* ma. s. 351, *Håstad,* Studier i sakrätt, Stockholm 1980, s. 125—126 ja *Björk,* SvJT 1983 s. 353.

[18] Siirtoilmoituksen nimenomaisuutta ovat kirjallisuudessa vaatineet mm. *Taxell,* Panträtt i skuldebrev, Åbo 1949, s. 74—75 ja *Braekhus,* ma. s. 351. Vrt. *Walin,* Lagen om skuldebrev mm., Stockholm 1977, s. 199—200.

Osamaksurahoituksen siirtoilmoituksen osalta vastaavasti ks. *Tepora,* mt. s. 209—214.

[19] Ks. *Håstad,* Studier i sakrätt s. 125, *von Eyben,* Panterettigheder, 5. uppl., København 1975, s. 446 ja *Björk,* SvJT 1983 s. 355.

[20] *Braekhus,* ma. s. 351 ja *Rodhe,* Något om säkerhet i ett flöde av ekonomiska värden enligt svensk rätt, JFT 1973 s. 248—249.

lähetettyyn laskuun. Laskuun leimasimella merkitty siirtoilmoitus täyttää VKL 31 §:n vaatimukset (KKO 1982 II 77).[21]

Oikeuskirjallisuudessa on herätetty kysymys siitä, missä vaiheessa siirtoilmoitus on tehtävä jotta saisi laissa tarkoitetut oikeusvaikutukset. Eli voidaanko siirtoilmoitus tehdä jo etukäteen, ts. luovutusta/panttausta ei ole vielä tapahtunut vaan sitä korkeintaan suunnitellaan vai koskeeko siirtoilmoitus ainoastaan jo tapahtunutta siirtoa. VKL 31.1 §:n tarkoitus puoltaa jälkimmäistä vaihtoehtoa.[22] Siirtoilmoituksen yhtenä perusfunktiona on, kuten jo aikaisemmin todettiin, luoda tarvittava julkisuus siitä, että siirto *de facto* on tapahtunut tiettynä hetkenä. Toinen asia on, että siirretty saatava voi olla vielä sellainen, että vaikkakin se on syntyperusteeltaan tunnettu (esim. urakkasopimus), niin sitä ei ole vielä ansaittu. Tähän kysymykseen palaan kohta jäljempänä.

VKL 31.1 §:n pohjalta on edelleen pääteltävissä, ettei riitä siirtoilmoituksen oikeusvaikutusten aikaansaamiseksi vielä se, että siirtoilmoitus on lähetetty velalliselle, jos hän ei sitä kuitenkaan ole koskaan saanut (vrt. OikTL 40 §). Välttämätöntä on siis, että velallinen on vastaanottanut siirtoilmoituksen. Sitä vastoin oikeuskirjallisuudessa on esitetty erilaisia mielipiteitä siitä, tuleeko velallisen saada myös ensin selko siirtoilmoituksen sisällöstä ennen kuin siirtoilmoituksen oikeusvaikutukset tulevat voimaan.[23] Mielestäni on riittävää, että velallinen on saanut siirtoilmoituksen. Käytännössähän se yleensä merkitsee sitä, että velallinen ottaa välittömästi selon ilmoituksen sisällöstä ja ainakin hänellä on siihen ollut mahdollisuus. Todennettavissa oleva siirtoilmoituksen saapuminen velalliselle riittänee täyttämään sinänsä tarvittavan julkisuuden siirron tapahtumisesta.

3. Vielä ansaitsemattoman saannon siirto

Factoring-rahoitussopimuksessa edellytetään säännöllisesti, että yritysasiakas (= myyjä) siirtää kaikki asiakassaatavansa rahoittajalle. Sitoumus sisältää siis myös *tulevat* saatavat, ts. sellaiset saatavat, joita

---

[21] *Braekhus*, ma. s. 351 ja *von Eyben*, Panterettigheder s. 446—447.

Lauseke voi kuulua seuraavasti: »Tämä saatava on Rahoitusyhtiö X Oy:n kanssa tehdyn sopimuksen perusteella siirretty mainitulle yhtiölle. Lasku on maksettava ja voidaan pätevästi maksaa vain Rahoitusyhtiö X Oy:lle. Tässä mainittu siirto on peruutettavissa vain Rahoitusyhtiö X Oy:n suostumuksella.

Tähän saatavaan tai sen perusteeseen kohdistuvista huomautuksista on välittömästi ilmoitettava Rahoitusyhtiö X Oy:lle.»

[22] Kysymystä on laajemmin tarkastellut *Rodhe*, ma. s. 249.

[23] Kysymyksestä ks. lähemmin *Taxell*, mt. s. 74, *Walin*, mt. s. 200 ja *Björk*, SvJT 1983 s. 357.

myyjä rahoitussopimuksen tekohetkellä ei ole vielä ansainnut — vastasuoritus tekemättä. Kysymys kuuluu nyt, miten VKL 31 §:n mukaan rahoittajan vaihdantasuoja määräytyy tällaisessa tapauksessa.

Rahoitussopimus on eräänlainen puitesopimus, jossa myyjä on sitoutunut siirtämään kaikki asiakassaatavansa rahoittajalle. Käytännössä ei synny ongelmia niissä »normaalitapauksissa», joissa ostajalle ilmoitetaan saatavan siirrosta vasta sen jälkeen kun myyjä on jo ansainnut siirron kohteena olevan saatavan.[24] Tällöin saatavan siirto sitoo myyjän velkojia välittömästi kun velallinen on saanut siirtoilmoituksen, ts. rahoittaja saa vaihdantasuojan.

Vaihdantasuojan määräytyminen muuttuu ongelmalliseksi niissä tapauksissa, joissa myyjä siirtää de facto syntyperusteeltaan tunnetun mutta ei-ansaitun saatavan rahoittajalle luotettavaksi ja myyjä ilmoittaa velalliselle yhtäältä rahoitussopimuksesta ja toisaalta niiden saatavien siirrosta rahoittajalle, jotka myyjä tulee saamaan velalliselta tehtyään oman suorituksensa. Kuvatunlaisia tilanteita syntyy käytännössä esimerkiksi silloin, jos rahoitetaan urakkasopimukseen perustuvia urakkasaatavia etupainoisesti eli ennen kuin urakkavaiheet on tehty. Riittääkö em. siirtoilmoitus antamaan rahoittajalle vaihdantasuojan myyjän ulosmittaus- ja konkurssivelkojia vastaan?

Siirtoilmoitus on tehty vasta siirron tapahduttua ja täyttää tässä mielessä aiemmin esitetyn vaatimuksen. Sen sijaan mitään ansaittua saatavaa ei vielä siirtoilmoituksen tekemisen hetkellä myyjällä ole velalliselta. Rahoittajan vaihdantasuojan saamisen kannalta kiinnitän huomiota tässä yhteydessä muutamaan näkökohtaan.

Siirtoilmoitukselta edellytetään sisällöllisesti, että saatava on riittävästi yksilöity ja määrältään rajattu, ainakin enimmäismäärältään. Niinpä jos siirtoilmoituksessa on selvästi ilmaistu saatavan syntyperuste (esim. tietty urakkasopimus tai hankintasopimus) ja syntyperusteen mukaiset saatavaerät (esim. urakkasopimuksen mukainen maksutaulukko), täyttää tällainen siirtoilmoitus aivan ilmeisesti tältä osin pätevältä ilmoitukselta vaadittavat edellytykset. Sen sijaan jos saatava on täysin fiktiivinen — syntyperustettakaan ei vielä ole — ei tällaista fiktiota koskeva siirtoilmoitus täytä ilmoituksen sisällöllisiä vaatimuksia. Riittävä yksilöintimahdollisuus ei näyttäisi siten käytännössä olevan ongelma ei-ansaitun saatavan kohdalla.

Kysymykseksi kuitenkin yhä jää, onko tarkoituksenmukaista ja oikeuspoliittisesti suotavaa sallia ei-ansaitun saatavan siirto niin, että sitä

[24] Rahoitussopimuksen vakioehdoissa yleensä edellytetään, että laskusaatavan siirtäminen käsittää samalla myyjän taholta vakuutuksen siitä, että saatavan perusteena oleva tavarantoimitus tahi työ- tai palvelusuoritus tms. on asianmukaisesti tapahtunut.

koskeva siirtoilmoitus antaisi rahoittajalle vaihdantasuojan. Vai olisiko asetettava siirtoilmoitusta koskevaksi vaatimukseksi, että pätevä ilmoitus on tehtävissä vain ansaituista saatavista. Vai liitetäänkö vaihdantasuojan saanti de facto siirtoilmoitusta myöhemmin seuraavaan saatavan ansaintahetkeen. Ruotsin korkeimman oikeuden käytännössä on jouduttu ottamaan em. kysymyksiin kantaa tapauksessa *NJA 1973 s. 635.* Tapauksessa HD katsoi, että siirtoilmoitus ei-ansaitusta saatavasta on sinänsä pätevä ja siis mahdollinen.[25] Saatavan panttioikeus ei kuitenkaan sitonut muita velkojia välittömästi siirtoilmoituksen perusteella vaan se tuli sitovaksi sitä mukaa kuin siirretty saatava oli ansaittu. Niinpä jos saatavan ansaitseminen tapahtuu vasta sen jälkeen kun myyjä on asetettu konkurssiin tai saatava on ulosmitattu, tulee saatava konkurssipesälle tai vastaavasti ulosmittausvelkojan hyväksi. Po. tapausta on Ruotsin oikeuskirjallisuudessa arvioinut *Håstad.*[26] Hän on muuttanut aiempaa kriittistä kantaansa myönteisempään suuntaan tapauksen suhteen. Esineoikeudellisen suojan kannalta näyttövaikeudet ansaitsemishetken osalta eivät ole ylivoimaisia. Sitä vastoin takaisinsaantisäännösten soveltamisen kannalta ansaitsemishetki on ongelmallinen, koska sen arvioiminen tapahtuu jälkikäteen.

Vaikkakin meillä esimerkiksi kiinteistöpanttioikeuden piiriin tulee automaattisesti ilman eri panttausta kiinteistöön myöhemmin ainesosana kuuluva rakennus, ei kuitenkaan ilmeisesti ole tarkoituksenmukaista sallia ei-ansaitun saatavan siirto rahoittajalle myyjän velkojia sitovasti edes niin, että sivullissitovuus kytkettäisiin myöhempään saatavan ansaintahetkeen. Tätä kantaa voidaan perustella voimassa olevan oikeuden kannalta lähinnä sillä, että meillä ansaitsemattoman saatavan ulosmittaamista ei ole pidetty sallittuna. Mikäli ennakkosiirto sallittaisiin velkojia sitovasti, niin ulosmittaus ei ole mahdollinen enää sitten kun saatava on myöhemmin ansaittu, ts. ei ole sellaista välitilaa, jolloin ulosmittaus voitaisiin toimittaa kuten *Koulu* on todennut.[27]

4. Yrityskiinnitys

Yrityskiinnityslaki (634/24. 8. 1984), joka tuli voimaan 1. 1. 1986 on tehnyt mahdolliseksi, että yrittäjän kassavarat, saatavat, arvopaperit ja muu rahoitusomaisuus on tullut yrityskiinnityksen piiriin (YrKiinL 3

---

[25] Myös Norjan oikeuskäytännössä on pidetty mahdollisena ansaitsemattoman saatavan siirto vakuustarkoituksessa. Ks. *Rt. 1963.893. Braekhus* (ma. s. 353) on suhtautunut tapaukseen kriittisesti.

[26] *Håstad,* Sakrätt avseende lös egendom, 2. uppl, Lund 1984, s. 225—227. Aiheesta ks. myös *Björk,* SvJT 1983 s. 358—359.

[27] *Koulu,* Saatavan ulosmittaus, Mikkeli 1984, s. 181—182.

§).[28] YrKiinL 4.3 §:ssä lähdetään siitä, että yrityskiinnityksen kohteena olevaa omaisuutta ei saa antaa pantiksi muulla tavoin kuin yrityskiinnityslain säännöksiä noudattaen eikä sellainen panttaus sido kiinnityksenhaltijaa. Poikkeuksena pääsäännöstä ovat arvopaperit ja saatavat. Saatavalla tarkoitetaan tässä yhteydessä rahamääräistä saamista. Tällainen saatava, joka lähtökohtaisesti on yksityisoikeudelliseen sopimukseen perustuva ja siirtokelpoinen, on mahdollista pantata erikseen yrityskiinnityksen estämättä. Lainvalmistelussa on kiinnitetty huomiota siihen, että factoring-rahoitusjärjestelmä perustuu saatavien panttaukselle.[29]

Saatavan siirto rahoittajalle vakuudeksi, ollakseen sitova yrityskiinnitysvelkojaan nähden, edellyttää, että saatavasta on tehty VKL 31.1 §:n mukaisesti asianmukainen siirtoilmoitus velalliselle. Tällöin factoring-rahoittajalla on parempi oikeus saatavaan kuin yrityskiinnityksenhaltijalla. On kuitenkin syytä korostaa, että rahoittajalle siirretty (pantattu) saatava on myös yrityskiinnityksen kohteena. Niinpä jos yrittäjä asetetaan konkurssiin, on rahoittajalla etusija ennen yrityskiinnitysvelkojaa ja muita konkurssivelkojia käyttää hänelle siirrettyjä saatavia rahoitussaatavansa peittämiseen. Ylimenevä osuus saatavista tulee tilitettäväksi pesään ja po. osuus kuuluu myös yrityskiinnityksen piiriin.[30] Tietenkin on mahdollista, että mainitusta ylimenevästä osuudesta on yrittäjä disponoinut aikaisemmin — esim. pantannut sen erikseen —, jolloin on tilanteeseen sovellettava disponoinnin mukaisia säännöksiä (esim. jälkipanttausta koskevia säännöksiä).[31]

VI. Takaisinsaanti

Edellä on tarkasteltu asiakassaatavan siirtoa sivullissitovuuden näkökulmasta. Seuraavassa on tarkoitus lyhyesti tutkia po. siirtoa takaisinsaantisäännösten avaamasta näkökulmasta. Tarkastelussa rajoitun

[28] Kiinnityksen ottaneen elinkeinonharjoittajan *omistama* omaisuus voi kuulua vain yrityskiinnityksen piiriin, mistä seuraa, että urakka-, kuljetus- yms. sopimukseen perustuva saaminen kuuluu yrityskiinnityksen piiriin vasta sen jälkeen kun se on kirjattavissa velkojan saatavaksi (tuloksi) hänen kirjanpitoonsa eli saatava on ansaittu. Saatavan ei kuitenkaan tarvitse olla vielä erääntynyt. — Asiasta laajemmin ks. *Ojanen—Sutinen*, Yrityskiinnitys, Mikkeli 1986, s. 53—58.

[29] Yrityskiinnitystoimikunnan mietintö (*Kom. 1981: 56*) s. 74. Ks. myös *Ojanen—Sutinen*, mt. s. 46—47.

[30] Ks. *Ojanen—Sutinen*, mt. s. 47 ja *Koulu*, mt. s. 78.

[31] Laskusaatavien ylimenevän osan panttauksesta ks. mm. *Rodhe*, JFT 1973 s. 250 ss., *Håstad*, Sakrätt avseende lös egendom, s. 204—208, ja *Björk*, SvJT 1983 s. 349—350 ja 359—363 lähteineen. Ruotsin oikeuskäytännöstä ks. *NJA 1980 s. 197*.

vain tyypilliseen factoring-rahoitusjärjestelyyn, jossa yrittäjä siirtää kaikki asiakassaatavansa rahoittajalle vakuudeksi rahoitussopimukseen perustuvista saatavista. Tällainen saatavien siirto merkitsee oikeustointa, johon sovelletaan panttausta koskevia säännöksiä. Tämä merkitsee sitä, että oikeustoimen peräyttämistä on arvioitava KS 46 §:n e-kohdan mukaan, ts. »jos velallinen viimeisinä kuutenakymmenenä päivänä ennen konkurssin alkua on antanut pantin velasta, jota otettaessa semmoista vakuutta ei ole määrätty, niin panttaus peräytyköön». Sen sijaan tarkastelun ulkopuolelle jätän kaikki ne tilanteet, joissa on tosiasiallisesti kysymys saatavan luovutussiirrosta omistajanvaihdostarkoituksessa (kauppa), saatavan siirrosta velan maksuna tai saatavan siirrosta perimistoimeksiantona. Takaisinsaantisäännösten kannalta näitä oikeustoimia on arvioitava eri pohjalta.[32]

Factoring-rahoitusjärjestelyssä normaalisti lähdetään liikkeelle siitä, että rahoittaja ja yrittäjä tekevät keskenään *ensin* rahoitussopimuksen. Siinä rahoittaja on tietyn velan antamiseen sidotuksi tulemisensa yhteydessä säännöllisesti vaatinut panttivakuuden itselleen. Yrittäjä on puolestaan sitoutunut yleensä siirtämään kaikki asiakassaatavansa rahoittajalle vakuudeksi. *Havansi* on katsonut, että KS 46 §:n e-kohdan tarkoituksen kannalta ratkaisevaa on juuri se, että velkoja on ennen omaa sidotuksi tuloaan tehnyt kyseisen panttivakuuden järjestämisestä edellytyksen sille, että hän sitoutuu myöntämään määrättyä luottoa.[33] Mikäli panttivakuutta vaaditaan vasta myöhemmin tapahtuvan luottovaluutan luovuttamisen yhteydessä, on pantti takaisinsaannin alainen sikäli kuin se on tapahtunut kriittisenä aikana ennen konkurssin alkua.

Jos kriittisenä aikana tehdyllä factoring-rahoitussopimuksella on järjestetty vakuus myös rahoittajan aiemmille saataville yrittäjältä, jota velkaa myönnettäessä ei ole sovittu vakuudesta, on panttina olevat saatavat vanhan velan määrän osalta peräytettävissä.[34]

Oman erityiskysymyksensä takaisinsaannin kannalta factoring-rahoitus synnyttää siinä, että kysymys on eräänlaisesta *konttokurant-tityyppisestä* suhteesta sekä luoton että panttauksen suhteen.[35] Luoton määrä on jatkuvasti edestakaisessa liikkeessä sovitun luottolimiitin puitteissa ja myös rahoittajalle siirtyvät yrittäjän asiakassaatavat kokonaismäärältään vaihtelevat.

---

[32] Arviointi käytännössä tapahtuu yleensä KS 46 §:n b ja d kohdan pohjalta. KKO:n asiaa koskevasta käytännöstä ks. *Raulos*, LM 1986 s. 812—822 ja *Koulu*, mt. s. 181.

[33] *Havansi*, Pantin takaisinsaannista konkurssissa, Hämeenlinna 1979, s. 69—71 lähteineen.

[34] Ruotsin oikeuden osalta ks. *Björk*, SvJT 1983 s. 363.

[35] Konttokuranttisuhteesta ks. *Havansi*, Pantin takaisinsaannista konkurssissa s. 74, 85—86 ja 110—111.

Kuten *Havansi* on todennut, on selvää että pantti kattaa e-kohdan kannalta varmuudella koko sen velkasaldon, jota tiliasema kulloinkin osoittaa jos pantti on luvattu jo silloin, kun konttokuranttityyppiseen luotonantoon sitouduttiin.[36] Factoring-rahoitusjärjestelmässä asiakassaatavat on luvattu pantiksi rahoittajan sitoutuessa luotonantoon. Tosiasiallisesti rahoittajalle siirrettyjä asiakassaatavia vastaan rahoittaja antaa rahoitussopimuksen mukaisesti luottoa. Niinpä rahoittajalle asianmukaisesti siirretyt asiakassaatavat panttina kattavat e-kohdan kannalta koko sen velkasaldon, jota tiliasema kulloinkin osoittaa. Normaalissa järjestyksessä tapahtuvassa factoring-rahoituksessa luottovaluuttaa ei luovuteta — tilitapahtumia ei ole — ennen kuin asiakassaatava on siirretty rahoittajalle luototettavaksi ja samalla saatava toimii rahoitussaatavan vakuutena. Factoringkäytännössä ei yleensä esiinny tapauksia, joissa pantti on luvattu vasta sen jälkeen, kun tilitapahtumia jo on ollut. Toinen asia on, jos factoring-rahoitusjärjestelyllä pyritään antamaan vakuus rahoittajan jo aiemmin antamille luotoille, mistä oli puhetta jo aikaisemmin.[37]

Rahoitussopimuksessa edellytetään säännöllisesti, että yrittäjä siirtää *kaikki asiakassaatavansa* rahoittajalle rahoitussaatavan vakuudeksi. Pantiksi sovitut asiakassaatavat muodostavat tietyn varallisuuspiirin, joka on kuitenkin jatkuvan koostumusvaihtelun alainen. Panttiobjektin etukäteinen yksilöinti tapahtuu kolmikantajärjestelyn avulla. Yrittäjä ja rahoittaja nimetään sopimuksessa konkreettisesti. Kolmantena osapuolena ovat yrittäjän asiakkaat, joita ei yleensä sopimuksessa etukäteen nimetä, vaan edellytetään, että yrittäjän kaikki asiakkaat tulevat sopimuksen piiriin siinä mielessä että kaikki asiakassaatavat siirretään rahoittajalle vakuudeksi. Vaikkakin pantiksi siirrettyjen saatavien koostumus ja arvomäärä vaihtelevat kriittisenä aikana, ei takaisinsaanti e-kohdan nojalla ole mahdollinen, jos siirretyt saatavat ovat syntyneet yrittäjän *tavanomaisesta liiketoiminnasta.*[38] Panttiobjektin etukäteisyksilöinnin riittävyys edellyttää viimeksi mainittua täsmennystä.[39] Factoring-rahoitusjärjestelmä rakentuu ajatukselle tukea liikeyrityksen normaalina pidettävää liiketoimintaa muuntamalla rahoitusyhtiön

---

[36] *Havansi,* Pantin takaisinsaannista konkurssissa s. 85.

[37] Tässä tapauksessa uudeksi velaksi ja siis jälkikäteisen pantin turvaamaksi e-kohdan kannalta voidaan katsoa vain velkasaldon lisäys panttausluvannan (rahoitussopimuksen teon) ajankohdan ja myyjän konkurssihetken välillä. Ks. *Havansi,* Pantin takaisinsaannista konkurssissa s. 86.

[38] *Havansi,* Pantin takaisinsaannista konkurssissa s. 111 lähteineen.

[39] Etukäteisyksilöinnin riittävyyden määrän arvioinnista ks. *KKO 1972 II 55* ja sen pohjalta *Havansin* (Pantin takaisinsaannista konkurssissa s. 159—162) esittämää arviota.

avulla liikeyrityksen myynnistä syntyvät asiakassaatavat välittömästi rahaksi.

VII. Vaihdantasuoja kaksoisdisponoinnin yhteydessä

Kollisio saattaa syntyä paitsi rahoittajan ja yrittäjän velkojien välillä, myös rahoittajan ja kilpailevan luovutuksensaajan/pantinhaltijan kesken. Factoring-rahoitussopimuksen vakioehdoissa edellytetään yleensä, ettei myyjällä (yrittäjällä) ole oikeutta antaa vakuudeksi tai muutoin siirtää kolmannelle laskusaatavaa, joka on rahoittajalla vakuutena. Tämä kielto tarkoittanee nimenomaan saatavan kaksoisdisponointia eikä kieltäne esim. jälkipanttioikeuden perustamista saatavien ylimenevältä osalta. Jos myyjä vastoin kieltoa disponoi toiseen kertaan asiakassaatavastaan, syntyy oikeudellinen kollisio rahoittajan ja kilpailevan luovutuksensaajan/pantinsaajan välillä paremmasta oikeudesta saatavaan.

Mainittuun kollisioon on löydettävissä ratkaisukriteerit VKL 31.2 §:ssä. Lähtökohtaisena pääperiaatteena on aikaprioriteetti. Tästä pääsäännöstä kuitenkin poiketaan myöhemmän luovutuksensaajan/pantinsaajan hyväksi, jos myöhemmästä luovutuksesta/panttauksesta on aikaisemmin ilmoitettu asianmukaisesti velalliselle (ostajalle) ja saaja tällöin ei tiennyt eikä hänen pitänyt tietää aiemmasta luovutuksesta/panttauksesta.[40] Käytännössä tällainen saatavan kaksoisdisponointi on täysin mahdollinen factoring-rahoitussopimuksen tekemisen jälkeen, mikäli kilpaileva siirronsaaja toimii vain ripeästi siirtoilmoituksen tekemisessä, kun toisaalta muistetaan, että myyjä toimittaa normaalisti siirtoilmoituksen laskuun merkityllä sitä koskevalla leimauksella.

---

[40] Ks. *Björk*, SvJT 1983 s. 367 lähteineen ja *Havansi*, Esinevakuusoikeudet s. 144.

Virpi Tiili

Hyödyllisyysmallisuojasta

Alustavia huomautuksia

Suomen lainsäädäntö tuntee seuraavat teolliset yksinoikeudet: toiminimi, tavaramerkki, mallioikeus ja patentti. Sen sijaan hyödyllisyysmalleja (Gebrauchsmuster, utility model, nyttighetsmodell, bruksmönster) ei toistaiseksi suojata.[1] Teollisoikeudellinen lainsäädäntö on Pohjoismaissa varsin yhdenmukaista. Muissakaan Pohjoismaissa ei ole hyödyllisyysmallia koskevaa lainsäädäntöä. Kysymys tämän suojamuodon tarpeellisuudesta on aina silloin tällöin ollut esillä Suomessa sekä muissa Pohjoismaissa.[2]

Patentilla suojataan tiettyä teknistä ratkaisua. Mallioikeuden kohteena taas on tavaroiden ulkonäkö. Mallioikeuslakimme (12. 3. 1971/221) perustuu Mallisuojakomitean mietintöön vuodelta 1966 (komiteanmietintö 1966: A 13). Toisin kuin eräissä muissa maissa Suomen mallioikeuslain nojalla voidaan suojata sekä esteettistä muotoilua ns. koristemalleja että funktionaalista muotoilua ns. hyötymalleja. Tätä perustellaan KM 1966: A 13 s. 18 seuraavasti:

> »Teollisen muotoilun kehityksen kannalta on tärkeätä, ettei liiaksi rajoitetun mallisuojalainsäädännön johdosta kehitystä johdeta yksinomaan käyttöesineiden pinnalliseen koristeluun, vaan luodaan edellytykset todella konstruktiiviselle muotoilulle, jossa myös esineen käyttökelpoisuudelle ja sen valmistukseen liittyville taloudellisille näkökohdille annetaan riittävä osuus. Muotoilijoiden ja teollisuuden kannalta lienee näin ollen tärkeätä, että on olemassa mahdollisuus saada suojaa sekä koristemalleille että malleille, joiden muotoilu määräytyy käytännöllisten näkökohtien mukaan.»

---

[1] Patentti- ja mallioikeushakemusta tehtäessä prioriteettiperusteena voidaan kuitenkin vedota jossakin Pariisin konvention jäsenvaltiosssa aikaisemmin tehtyyn hyödyllisyysmallihakemukseen (Ks. PatL 6 § 1 mom. ja MalliA 8 §).

[2] Ks. esim. *Ljungman, Seve,* Utvidgat mönsterskydd? NIR 1956 s. 1 ss., *Godenhielm, Berndt,* Synpunkter på mönsterskyddet de lege ferenda, NIR 1959 s. 111 ss., *Hansson, Håkan,* Om uppbyggnaden av ett kombinerat patent- och nyttomönsterskyddssystem, NIR 1961 s. 151 ss., *Østerborg, Lise,* Indledende bemaerkninger til indførelse af brugsmønsterbeskyttelse i Danmark, NIR 1984 s. 18 ss.

Mallisuojakomitea pohti myös hyödyllisyysmallisuojan tarpeellisuutta ja päätyi kielteiseen lopputulokseen (s. 18): »Pohjoismaiset komiteat eivät kuitenkaan ole katsoneet aiheelliseksi suositella Gebrauchsmuster-tyyppisen suojamuodon käyttöön ottamista.»

Suomalaisessa mietinnössä kannanottoa ei perustella. Sen sijaan Ruotsin vastaavassa mietinnössä (SOU 1965: 61 Mönsterskydd s. 83 s.) esitetään mm. seuraavat perustelut:

> »Utredningen, som sålunda övervägt spörsmålet om en särskild skyddsform för enklare konstruktioner (Gebrauchsmuster), får *sammanfattningsvis* uttala följande. Det har icke framkommit övertygande skäl för att föreslå en sådan skyddsform vid sidan om patent och mönsterrät. Däremot har såsom ett starkt skäl mot varje form av ensamrätt till enklare konstruktionsidéer framträtt den omständigheten, att man, när det gäller en teknisk idé som ligger under patenterbarhetsgränsen, principiellt måste utgå ifrån att varje fackman på området är i stånd att åstadkomma samma sak. Ytterligare ett viktigt skäl i samma riktning har varit, att ett icke obetydligt mått av skydd erbjudes genom den av utredningen föreslagna mönsterrätten, som skall omfatta även nyttomönster. De nordiska mönsterkommittéernas samfällda inställning är, att Gebrauchsmuster icke vidare bör övervägas inom mönsterlagstiftningens ram. Då dessutom de nordiska patentkommittéerna varit negativt inställda till saken, har det för utredningn framstått såsom ett betydelsefullt skäl emot Gebrauchsmuster, att en dylik skyddsform icke har gehör i grannländerna och vid sådant förhållande icke lämpligen bör införas här i riket. Den stora enhetlighet på patenträttens område, som nåtts av de nordiska patentkommittéerna, skulle nämligen enligt utredningens mening upplucras på ett allvarligt sätt genom ensidigt antagande av ett Gebrauchsmustersystem. På grund av det anförda kan utredningen icke anbefalla, att någon skyddsform av typen Gebrauchsmuster införligas med den svenska lagstiftningen.»

Hyödyllisyysmallisuoja eräissä maissa

Toistaiseksi hyödyllisyysmallisuojaa ei ole toteutettu kovinkaan monessa maassa. Tällainen suojamuoto on mm. Brasiliassa, Espanjassa, Japanissa, Kiinassa, Portugalissa, Puolassa ja Saksan liittotasavallassa. Lainsäädäntöä valmistellaan parhaillaan ainakin Hollannissa.

Saksan liittotasavalta

Saksan liittotasavallan ensimmäinen hyödyllisyysmallilaki (Gebrauchsmustergesetz) on peräisin viime vuosisadan lopulta vuodelta

1891. Nykyinen säännöstö on vuodelta 1968 (muutettu vuonna 1980). Nykyisen lain 1 §:n mukaan hyödyllisyysmallina voidaan suojata työkalut ja käyttöesineet tai niiden osat, jos ne on tarkoitettu palvelemaan työ- tai käyttötarkoitusta uuden muodon, järjestelyn tai muokkauksen johdosta. Oikeuskäytännön mukaan tämä merkitsee sitä, että suojan kohteen tulee olla kolmiulotteinen ja luonteeltaan hyödyllinen. Suojan saannin edellytyksenä on uutuus sekä tietty määrä keksinnöllisyyttä. Rekisteröintiä haettaessa ei hyödyllisyysmallin uutuutta eikä keksinnöllisyyttä tutkita. Tämä merkitsee sitä, että jos hakemus täyttää muodolliset vaatimukset, hyödyllisyysmalli rekisteröidään (ns. ilmoitusmenetelmä). Hyödyllisyysmalli on voimassa kolme vuotta. Aika lasketaan hakemuspäivän jälkeisestä päivästä. Suoja voidaan uudistaa toiseksi kolmivuotiskaudeksi. Suoja-aika on siis varsin lyhyt eli kuusi vuotta.

Länsi-Saksassa voidaan tehdä myös ns. apuhyödyllisyysmallihakemus (Gebrauchsmusterhilfsanmeldung). Tämä tarkoittaa sitä, että yleensä samanaikaisesti patenttihakemuksen tekemisen kanssa jätetään apuhyödyllisyysmallihakemus, jossa pyydetään hakemuksen kohteen rekisteröimistä hyödyllisyysmallina, jos patenttihakemus hylätään. Patentti- ja hyödyllisyysmallihakemuksella on tällöin sama etuoikeuspäivä. Apuhyödyllisyysmallihakemusta ei kuitenkaan tarvitse jättää samana päivänä kuin patenttihakemus. Apuhyödyllisyysmallihakemus voidaan myös muuttaa tavalliseksi hyödyllisyysmallihakemukseksi, jolloin sen käsittely ei joudu odottamaan patenttihakemuksen ratkaisemista. Näin on syytä menetellä esimerkiksi silloin, kun loukkausvaara on olemassa ja tarvitaan välitöntä suojaa.

Saksan liittotasavallan lain mukaan on myös mahdollista tehdä samaa teknistä ratkaisua koskeva patentti- ja hyödyllisyysmallihakemus. Hyödyllisyysmallin rekisteröinti ei muodosta estettä myöhemmälle patentin myöntämiselle sillä edellytyksellä, että patenttihakemus on tehty ennen kuin hyödyllisyysmallihakemus on tullut julkiseksi. Patenttihakemuksen tekijä voi myös myöhemmin hakea hyödyllisyysmallia samalle tekniselle ratkaisulle. Tässä tapauksessa hyödyllisyysmalli jää voimaan vain, jos patenttia ei myönnetä.

Milloin tahansa hyödyllisyysmallin voimassaoloaikana voidaan tehdä hakemus hyödyllisyysmallirekisteröinnin julistamisesta mitättömäksi. Tällainen mitättömyyshakemus on mahdollista tehdä myös rekisteröinnin voimassaolon päätyttyäkin. Mitättömyysperusteena voidaan vedota uutuuden puuttumiseen taikka olemassaolevaan aikaisempaan patentti- tai hyödyllisyysmallirekisteröintiin.

Saksan liittotasavallan hyödyllisyysmallilakia ollaan parhaillaan uudistamassa. Ehdotus lain muuttamisesta on tehty Bundestagille

(Deutscher Bundestag 10. Wahlperiode, Drucksache 10/3903, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gebrauchsmustergesetzes). Ehdotuksen mukaan muutokset tulisivat voimaan vuoden 1987 alusta lukien. Hyödyllisyysmallisuojan kohdetta esitetään jonkin verran laajennettavaksi. Ehdotettu 1 § kuuluu seuraavasti:

> »(1) Als Gebrauchsmuster werden Arbeitsgerätschaften, Gebrauchsgegenstände oder Teile davon geschützt, die eine neue Gestaltung, Anordnung, Vorrichtung oder Schaltung aufweisen, auf einem erfinderischen Schritt beruhen und gewerblich anwendbar sind. Der Gegenstand des Gebrauchsmusters kann auch aus mehreren zusammengehörigen Bestandteilen bestehen.
>
> (2) Als Gegenstand eines Gebrauchsmusters im Sinne des Absatzes 1 werden insbesondere nicht angesehen:
>
> 1. Entdeckungen sowie wissenschaftliche Theorien und mathematische Methoden;
> 2. ästhetische Formschöpfungen;
> 3. Pläne, Regeln und Verfahren für gedankliche Tätigkeiten, für Spiele oder für geschäftliche Tätigkeiten sowie Programme für Datenverarbeitungsanlagen;
> 4. die Wiedergabe von Informationen.
>
> (3) Absatz 2 steht dem Schutz als Gebrauchsmuster nur insoweit entgegen, als für die genannten Gegenstände oder Tätigkeiten als solche Schutz begehrt wird.»[3]

Ehdotettu uusi säännös ei enää edellytä sitä, että suojan kohteen tulee olla tietyn muotoinen. Myös yhteenkuuluvien osien suojamahdollisuus todetaan säännöksessä nimenomaan. Erityisesti on syytä todeta, että uusi säännös mahdollistaa kytkentöjen suojaamisen hyödyllisyysmallina. Suojan kohteena voisivat vastaisuudessa siis olla esim. elektroniset, hydrauliset ja pneumaattiset kytkennät. Sen sijaan menetelmiä koskevat keksinnöt jäävät ehdotuksen mukaan edelleen hyödyllisyysmallisuojan ulkopuolelle.[4]

---

[3] Hyödyllisyysmallisuojan kohdetta tarkennetaan lisäksi 1 a §:ssä: »Als Gebrauchsmuster werden nicht geschützt:

1. Gegenstände, deren Veröffentlichung oder Verwertung gegen die öffentliche Ordnung oder die guten Sitten verstossen würde: ein solcher Verstoss kan nicht allein aus der Tatsache hergeleitet werden, dass die Verwertung des Gegenstandes durch Gesetz oder Verwaltungsvorschrift verboten ist. Satz 1 schliesst den Schutz für einen unter § 3 a fallenden Gegenstand nicht aus:
2. Pflanzensorten oder Tierarten.»

[4] Tästä hyödyllisyysmallisuojan kohteen rajaamisesta on länsisaksalaisessa oikeuskirjallisuudessa käyty vilkasta mielipiteenvaihtoa. Erityisesti *Friedrich-Karl Beier* (artikkelissa Gebrauchsmusterreform auf halbem Wege: Die überholte Raumform, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht 1986 s. 1 ss.) on ollut sitä mieltä, että ns. Raumform-vaatimuksesta tulisi vihdoin kokonaan luopua: »Die Beschränkung des Gebrauchsmusterschutzes auf sogenannte Raumform-Erfindungen ist rein historisch bedingt, durch die technologische Entwicklung überholt und durch keine noch heute an-

Hyödyllisyysmallin suoja-aikaa esitetään pidennettäväksi kahdeksaan vuoteen. — Apuhyödyllisyysmallijärjestelmästä on tarkoitus luopua. Sen sijaan hakijalla tulee olemaan mahdollisuus milloin tahansa kahdeksan vuoden aikana patenttihakemuksen jättämisestä (viimeistään kaksi kuukautta ennen patenttihakemuksen hylkäämistä tai patentin myöntämistä) tehdä hyödyllisyysmallihakemus, jolle tulee sama hakemus- ja etuoikeuspäivä kuin ko. patenttihakemuksella on.

Ilmoitusmenetelmä tullaan edelleen säilyttämään.

Japani

Jo vuonna 1905 tuli Japanissa voimaan hyödyllisyysmallilaki. Nykyinen laki on vuodelta 1959 vuonna 1978 tehdyin muutoksin. Hyödyllisyysmallisuojaa voi tämän lain mukaan saada sellaisille teollisesti käytettäville ratkaisuille, jotka koskevat esineen tai esineiden yhdistelmän muotoa tai rakennetta.[5] Japaninkaan laki ei siis anna hyödyllisyysmallisuojaa menetelmille.[6] Hyödyllisyysmalli on voimassa 10 vuotta hakemuksen julkaisemisesta. Toisin kuin Länsi-Saksassa on Japanissa voimassa ns. tutkimismenetelmä, jonka mukaan haetun hyödyllisyysmallin uutuus tutkitaan ennen rekisteröintiä.

Espanja

Espanjassa on hyödyllisyysmalleja suojattu jo vuodesta 1929 lähtien. Espanjan patenttilain hyödyllisyysmallia koskevia säännöksiä on vastikään uudistettu ja uudet säännökset ovat tulleet voimaan vuoden 1986 kesäkuussa. Näiden säännösten mukaan hyödyllisyysmallina voidaan suojata keksintöjä, jotka ovat uusia ja keksinnöllisiä ja antavat

---

zuerkennenden rechts- oder wirtschaftspolitischen Erwägungen gerechtfertigt. Sie sollte daher im Zuge der anstehenden Gebrauchsmusterreform als nicht mehr zeitgemäss aufgegeben werden.» (Ks. GRUR 1986 s. 3)

Ks. käydystä keskustelusta edelleen *Schlenk, Manfred,* Quo vadis Gebrauchsmusterrecht, GRUR 1985 s. 755 ss., *Pietzcker, Rolf,* Das Gebrauchsmustergesetz in der Neuordnung, GRUR 1985 s. 726 ss., *Gramm, Werner,* Der Gegenstand eines Gebrauchsmusters nach dem Gesetz zur Änderung des Gebrauchsmustergesetzes, GRUR 1985 s. 650 ss. ja *Fischer, Ernst & Pietzcker, Rolf,* Gebrauchsmusterreform auf halbem Wege? — Eine Erwiderung-, GRUR 1986, s. 208 ss.

[5] »Any person who has made a device which is industrially applicable and which relates to the shape or construction of articles or a combination of articles may obtain a utility model registration . . .»

[6] *Inaba, Yoshiyuki,* Patents and Utility Models, AIPPI Journal, June 1984 s. 52.

esineelle tietyn muodon tai rakenteen, joka on hyödyllinen esineen käytön tai tuotannon kannalta.

Espanjassa sovelletaan ilmoitusmenetelmää. Hyödyllisyysmallihakemus tutkitaan vain muodollisesti. Uutuutta ja keksinnöllisyyttä ei tutkita. Hakemuksen kuuluttamisen jälkeen on mahdollisuus tehdä väitteitä hakemusta vastaan. Tehty rekisteröinti voidaan myös myöhemmin julistaa mitättömäksi. Hyödyllisyysmallin rekisteröinti on voimassa 10 vuotta hakemuksen jättöpäivästä lukien. Suoja-aikaa on siis Espanjassa radikaalisti lyhennetty. Aikaisemmin suoja-ajan pituus oli 20 vuotta.

Kiina

Kiinan kansantasavallan ensimmäinen patenttilaki on vuodelta 1984. Lain mukaan patentin voi saada keksintöihin, hyödyllisyysmalleihin ja malleihin. Hyödyllisyysmallia koskevaa patenttihakemusta ei tutkita asiallisesti. Väitteentekoaika hakemuksen kuuluttamisen jälkeen on kolme kuukautta. Hyödyllisyysmallia koskeva patentti voidaan, jos se on myönnetty vastoin lakia, julistaa mitättömäksi. Hyödyllisyysmalli on voimassa viisi vuotta hakemuksen jättöpäivästä. Se voidaan uudistaa kolmeksi vuodeksi.

Hyödyllisyysmallille voidaan myöntää patentti, jos se on uusi, keksinnöllinen ja käyttökelpoinen.[7] Hyödyllisyysmalli määritellään patenttilain soveltamisohjeissa seuraavasti:

»'Utility model' in the Patent Law means any new technical solution relating to the shape, the structure, or their combination, of a product, which is fit for practical use.»

Suojan kohteena ei siis voi olla menetelmä.[8]

Kansainvälisiä kehityspiirteitä

Kansainvälinen teollisoikeudellinen yhdistys AIPPI käsitteli hyödyllisyysmallien suojaa viimeksi Lontoossa kesäkuussa 1986 (Question 83 Legal and Economic Significance of Protection by Utility Models). Resoluutiossaan AIPPI asettui kannattamaan hyödyllisyysmallisuojan toteuttamista muun muassa seuraavin perustein:

---

[7] Ks. tarkemmin Industrial Property, April 1984 Text 2-001, page 001—009.

[8] Implementing Regulations of the Patent Law of the People's Republic of China 19. 1. 1985. Ks. tarkemmin Industrial Property, March 1985, Text 2—002, page 001.

»Utility models can encourage inventors and investors to invest in and protect technical developments which do not fulfil the requirements for patentability and to obtain protection both at a lower cost and more quickly.

Consequently utility models are of particular interest to small and medium-sized industries and can promote technical development in developing countries.»

Kysymyksen käsittelyssä kävi selvästi ilmi, että kolme keskeistä hyödyllisyysmallisuojan toteuttamiseen liittyvää ongelmaa ovat

— suojan kohde (suojataanko vain kolmiulotteisia esineitä kuten koneita, työkaluja jne. vai kaikenlaisia teknisiä ratkaisuja mukaan lukien kemialliset menetelmät),
— hyödyllisyysmallisuojan edellytykset (riittääkö pelkkä uutuus vai olisiko vaadittava myös keksinnöllisyyttä),
— tulisiko soveltaa ilmoitus- vai tutkimismenetelmää.

AIPPI:n työryhmän ehdotuksessa hyödyllisyysmallin suoja oli rajattu vain kolmiulotteisiin esineisiin, mutta äänestyksen jälkeen otettiin päätökseen lausuma, jossa todetaan, että on olemassa hyviä perusteita laajentaa suoja koskemaan kaikkia patentoivia keksintöjä. Tämän asian lopullinen ratkaisu jätettiin eri maiden kansallisen lainsäädännön tehtäväksi.

Hyödyllisyysmallisuojan aineellisiksi edellytyksiksi asetettiin uutuus sekä jokin kansallisen lainsäädännön asettama lisäedellytys, joka on kuitenkin vähemmän kuin patentilta vaadittava keksinnöllisyystaso.[9]

Rekisteröinnin edellytyksenä tulee AIPPI:n päätöksen mukaan olla vähintään hakemuksen muodollinen tutkiminen. Rekisteröinnin jälkeen täytyy olla jokin mahdollisuus saada myös uutuus tutkittua, joko rekisteröinnin haltijan tai kolmannen henkilön pyynnöstä.

Suojan kestoajan tulisi olla vähintään 5 vuotta hakemuksesta ja korkeintaan 10 vuotta, jos aineellisia edellytyksiä ei tutkita ennen rekisteröintiä.

Hyödyllisyysmallitoimikunnan asettaminen Suomessa

Suomen Patenttiasiamiesyhdistys lähetti vuonna 1983 hyödyllisyysmallisuojaa koskevan kirjelmän kauppa- ja teollisuusministeriölle. Kirjelmässä suositeltiin, että ministeriö ryhtyisi toimenpiteisiin toisaalta

[9] »An additional requirement, chosen by national law, which preferably should be: the result of a creative effort (»schoepferischer Schritt», »apport créatif») in the sense of going beyond the state of the art but being less than the inventive step necessary for the subject of a patent.»

voimassaolevan mallioikeuslainsäädännön muuttamiseksi siten, että mallia esittävien kuvien ohella sallittaisiin kirjallinen selitys ja toisaalta pitemmällä tähtäimellä virittäisi keskustelun hyödyllisyysmallilainsäädännön aikaansaamisesta Suomessa. Perusteluina Patenttiasiamiesyhdistyksen kirjelmässä esitettiin muun muassa mallioikeuslainsäädännön avulla saatavan suojan heikkous ja soveltumattomuus eri aloilla. Kirjelmässä lausuttiin myös, että niissä maissa, joissa hyödyllisyysmallilainsäädäntö on olemassa, se on todettu tarpeelliseksi ja vilkkaasti käytetyksi ja ettei pohjoismaisissa olosuhteissa ole sellaisia erityispiirteitä, jotka ko. suhteessa poikkeaisivat muiden maiden olosuhteista.

Patentti- ja rekisterihallitus pyysi sittemmin em. kirjelmän johdosta lausunnot Kehitysaluerahasto Oy:ltä, Keksijäyhdistysten Keskusjärjestö ry:ltä, Keksintösäätiöltä, Keskuskauppakamarilta, Patenttiinsinöörit ry:ltä, Pienteollisuuden Keskusliitolta, Teknologian kehittämiskeskukselta ja Teollisuuden Keskusliitolta. Lausunnoissa suhtauduttiin pääosin myönteisesti hyödyllisyysmallisuojan toteuttamiseen. Lausunnoissa kiinnitettiin kuitenkin huomiota erityisesti lainsäädännön yhdenmukaisuuteen Pohjoismaissa samoin kuin siihen, että tällaisen uuden suojamuodon tarpeellisuus käytännössä tulisi ensin selvittää.

Kauppa- ja teollisuusministeriö asetti 20. 3. 1985 toimikunnan, jonka tehtävänä on tutkia hyödyllisyysmallisuojan tarpeellisuus ja mallioikeuslainsäädännön muutostarve sekä tehdä luonnos tarvittavista säännöksistä.[10] Toimikunnan pidennetty määräaika päättyy vuoden 1986 lopussa.

Muissa Pohjoismaissa ei vastaavaa toimikuntaa ainakaan toistaiseksi ole asetettu. Asiaa kuitenkin seurataan näissä maissa ja tiettyä kiinnostusta hyödyllisyysmallisuojaan tunnetaan ainakin Tanskassa.

Edellä selostettuihin AIPPI:a askarruttaneisiin ongelmiin joutuu myös Suomen hyödyllisyysmallitoimikunta ottamaan kantaa. Vaikein kysymys tullee olemaan hyödyllisyysmallisuojan kohde: Omaksutaanko vanha ratkaisu suojan kohdentamisesta vain kolmiulotteisiin esineisiin esimerkiksi Länsi-Saksan nykyisen säännöstön mukaisesti (mihin vanhaa perua oleva nimitys itsessään näyttäisi viittaavan) vai lähdetään-

[10] Toimikunnan kokoonpano: Puheenjohtaja: johtaja Timo Kivi-Koskinen (Oy Partek Ab). Jäsenet: toimitusjohtaja Esko Muukka (Keksijäyhdistysten Keskusjärjestö ry), oikeust.tri Virpi Tiili (Keskuskauppakamari), hovioik.ausk. Kari J. Laine (Pienteollisuuden Keskusliitto), dipl.ins. Pentti Hiltunen (Suomen Patenttiasiamiesyhdistys ry), varatuomari Antti Maijala (Teollisuuden Keskusliitto), patenttineuvos Arne Kolster (Teollisoikeudellinen Yhdistys ry) ja toimistopäällikkö Sirkka-Liisa Lahtinen (patentti- ja rekisterihallitus). Toimikunnan sihteerinä on toiminut varatuomari *Sakari Kauppinen.*

kö laajentamaan suojaa muun muassa kemiallisiin yhdisteisiin ja valmistusmenetelmiin. Tulisiko patentin ja hyödyllisyysmallisuojan kohteen olla mahdollisimman identtinen?

Menetelmien sulkemista hyödyllisyysmallisuojan ulkopuolelle on perusteltu mm. sillä, että hyödyllisyysmallin tarkoituksena on antaa nopea ja halpa suoja, minkä vuoksi tuomioistuinten tulisi loukkaustapauksissa pystyä ratkaisemaan asia ilman asiantuntijoita, mitä ei ole pidetty mahdollisena kemian ja elektroniikan alalla.[11] On myös todettu, että menetelmät voitaisiin jättää hyödyllisyysmallisuojan ulkopuolelle, koska niiden pitäminen salaisena on helpompaa kuin markkinoilta sellaisenaan saatavien tuotteiden.[12] Menetelmät tarvitsevat myös yleensä pitemmän suoja-ajan kuin koneita, laitteita jne. koskevat keksinnöt. Kemiallisten menetelmien kehittäminen vaatii yleensä niin suurta ajallista ja rahallista panostusta, että toiminta on taloudellisesti järkevää sillä edellytyksellä, että niille saadaan riittävän pitkä suoja-aika eli patentin suoja-aika.[13]

Hyödyllisyysmallisuojan tarpeellisuutta koskevat selvitykset

Hyödyllisyysmallitoimikunta suoritti hyödyllisyysmallisuojan tarpeellisuutta koskevan kyselyn. Kyselylomake lähetettiin 168:aan erikokoiseen ja eri toimialoja edustavaan yritykseen, joista 86 (= 51,2 %) vastasi kyselyyn. Valtaosa vastaajista eli 77 % katsoi ko. suojan aikaansaamisen tarpeelliseksi. Vastaajista 14 % (12 yritystä) ei pitänyt suojaa tarpeellisena. Loput eli 8 yritystä (9 %) ei ottanut kantaa asiaan. Kiinnostus pienissä yrityksissä oli kyselyn mukaan suurempi kuin suurissa (yli 500 työntekijän) yrityksissä. Alle 50 työntekijän yrityksistä 86 % kannatti hyödyllisyysmallisuojaa. Sellaisten yritysten kohdalla, joissa oli 50—500 työntekijää, vastaava luku oli 77 % ja yli 500 työntekijän yrityksissä 60 %. Eri alojen yritysten suhtautuminen hyödyllisyysmal-

[11] Report Federal Republic of Germany, AIPPI Annuaire 1986/II s. 8.

[12] Report France AIPPI Annuaire 1986/II s. 82.

[13] Report Spain AIPPI Annuaire 1986/II s. 64 s. Report Denmark AIPPI Annuaire 1986/II s. 47: »Since a legislation concerning utility models will be closely related to the Patents Act, for instance by cumulation of the two types of protection, by use of a utility model as priority basis for a following national patent application or by a right to conversion from a patent into a utility model, the Group finds today that exclusion of certain inventions for which a patent may be obtained from utility model protection should be limited. However, considering the range of products for which there is a particular need for utility model protection the Group is in favour of excluding methods and chemical inventions.»

lisuojan tarpeellisuuteen ei kyselyn tulosten mukaan poikennut toisistaan.

Vastaajilta kysyttiin myös, kannattavatko he hyödyllisyysmallin rekisteröinnissä tutkimus- vai ilmoitusmenetelmää. Tältä osin vastauksista ei juurikaan saada johtoa jomman kumman menetelmän omaksumiseksi. Vastaajista näet 38 % kannatti tutkimusmenetelmää, 30 % ilmoitusmenetelmää ja ottamatta kantaa oli 32 %. Huomattakoon kuitenkin, että vastaajien enemmistö (47 yritystä) piti tärkeänä perusteena hyödyllisyysmallisuojan toteuttamiselle suojan saamisen nopeutta. Vastaajista 73 % katsoi, että hyödyllisyysmalli voitaisiin ottaa käyttöön Suomessa, vaikka muissa Pohjoismaissa ei näin tehtäisikään.

Toimikunnan suorittama kysely viittaa siis omalta osaltaan selvästi siihen, että yritysmaailmassa teollisoikeuksien täydentämistä hyödyllisyysmallisuojalla pidetään tarpeellisena.

Mikko Tulokas

Vakioehtojen sitovuus — eräs ajatusmalli

Yhteisymmärrys eli konsensus on jokaisen sopimuksen syntymisen ja sen ehtojen sitovuuden perusta. Tämä itsestään selvältä vaikuttava periaate muuttuu ongelmalliseksi siirryttäessä vakiosopimusten, erityisesti ns. liityntäsopimusten alueelle. Tällaisia sopimuksia ei ole kaikilta osin helppoa sovittaa siihen kaavaan, jonka elementtejä ovat sopimusvapaus ja oikeustoimitahto.

Vakioehtojen rooli sopimuksenteossa on toinen kuin yksilöllisten ehtojen.[1] Pääasiallinen ero on siinä, ettei vakioehtoja yleensä ole tarkoitettu neuvottelujen kohteeksi, vaan tarkoituksena on, että ne liitetään sopimukseen sellaisenaan sopimuksen täydennykseksi. Jos vakioehtoja ryhdyttäisiin yksittäisissä sopimustilanteissa muuttelemaan, menetettäisiin ne edut — rationalisointi, päätösvallan delegointi — joihin vakioehtojen käytöllä pyritään. Monesti sopimuspuolen edustajalla ei ole edes valtuuksia solmia sopimuksia muutoin kuin vakioehdoin. Näin esim. massasopimusten osalta.

Perinteisen käsityksen mukaan sopimusmenettely tarjoaa automaattisen mekanismin oikean ja hyväksyttävän tuloksen aikaansaamiseksi osapuolten välillä. Vakioehtojen osalta ei kuitenkaan voida ottaa tätä lähtökohdaksi, koska ehdot eivät ole sellaisen kriittisen neuvottelu- ja tinkimisprosessin kohteena kuin yksilölliset sopimusehdot.

Oikeuskirjallisuudessa vakioehtojen erityisluonnetta ja sitovuutta on selitetty monella tavalla. Kaksi päälinjaa on erotettavissa. *Normiteoriat* kiistävät vakioehdoilta sopimusehtojen luonteen ja korottavat ne eräänlaisiksi normeiksi, liike-elämän omia tarpeitaan varten kehittämäksi »laiksi» (*Selbsgeschaffenes Recht der Wirtschaft*). Mainitunlaista ajattelutapaa kuvastavat myös sellaiset nimitykset kuin *lex contractus* ja *lex mercatoria.*[2]

---

[1] Tähän viitataan myös teoksessa *Kivimäki, T. M. — Ylöstalo, Matti,* Suomen siviilioikeuden oppikirja, Porvoo 1973, s. 276.

[2] Tähän liittyy laajakantoinen kysymys oikeudenmuodostuksesta yksityisoikeuden alueella. Ks. *Strömholm, Stig,* Rettsutvikling på annen måte enn gjennom lovgivning, NJMF 1969 s. 464 ss. Kansainvälisen kauppaoikeuden osalta problematiikkaa käsiteltiin laajasti UNIDROIT:in Rooman kokouksessa v. 1976. Ks. lähemmin New Directions in International Trade Law, Reports 1—2, New York 1977.

Normiteorioiden lähempi tarkastelu osoittaa olennaisia eroja niiden välillä.[3] Jyrkin versio lähtee siitä, ettei vakioehtojen sitovuus edellytä minkäänlaista — edes hiljaista — hyväksymistä tai myötävaikutusta sopimuskumppanin puolelta, vaan perustuu ehtojen yleisesti velvoittavaan luonteeseen.[4]

Toinen normiteorian päämuodoista, ns. *unterwerfung-teoria* lähtee sellaisesta ajatuksesta, että laajalti käytetyt vakioehdot muodostavat eräänlaisen valmiiksi laaditun normiston, joka tulee tarvittaessa asianosaisen yksityisoikeudellisen toimenpiteen kautta sitovaksi samalla tavoin kuin vieraan valtion laki tulee sovellettavaksi, kun siihen sopimuksessa viitataan. Ehdot ovat siis objektiivista oikeutta, joka ei aluksi sido ketään. Vasta erityisellä sitoutumisella (*Unterwerfung*) vakioehdot tulevat velvoittaviksi. Tällöinkään niitä ei pidetä sopimuksen osana, vaan objektiivisena oikeutena. Esim. VR:n liikennesäännön oikeudellinen luonne voidaan kuvata puheena olevan teorian avulla.

Usein vakioehdoista puhutaan normeina kuvaannollisessa tai oikeussosiologisessa mielessä. Tällöin korostetaan tavallisesti toisen sopimuspuolen määräävää asemaa, ehtojen vakiintuneisuutta ja muita sen kaltaisia normaalista sopimustilanteesta poikkeavia piirteitä. Niiden avulla on toisinaan pyritty selittämään sitovuuskysymystä.[5] Lopputulokseksi on kuitenkin aina tullut se, ettei ongelmaa voida ratkaista oikeussosiologisista lähtökohdista.

Normiteorioiden heikkoutena on se, ettei ehtojen normatiivista luonnetta voida sovittaa yhteen hyväksyttävän oikeuslähdeopin kanssa. Paitsi kauppatapaa koskevien periaatteiden puitteissa vakiintuneimmistakin yleisistä ehdoista voidaan puhua normeina ainoastaan kuvaannollisessa mielessä.[6] Verraten laaja yksimielisyys vakiosopimusoikeudessa vallitseekin nykyisin siitä, että perusselitykseksi vakioehtojen sitovuudelle on hyväksyttävä sopimuskonstruktio.[7] Merkittäviä näkemys-

---

[3] Ks. eri variaatioista *Schlosser—Coester—Waltjen—Graba*, ABGB, Bielefelt 1977, s. 49 ss.

[4] Eräänlaisena teorian kodifiointina saatetaan pitää DDR:n kansainvälisiä taloussopimuksia koskevaa lakia (*Gesetz über internationale Wirtschaftsverträge § 33*), jonka mukaan sopimuksissa pankkien, vakuutusyhtiöiden yms. kanssa yleisesti käytetyt ehdot tulevat sovellettaviksi ellei niitä ole sopimuksessa nimenomaisesti poissuljettu. Edellytyksenä on lisäksi, että ehdot ovat toisen sopimuspuolen saatavissa. Ks. lähemmin *Hellner, Jan*, Kommersiell avtalsrätt, Stockholm 1986, s. 43.

[5] Merkittävän yrityksen oikeussosiologisen ja -dogmaattisen näkökulman yhteensovittamiseen sisältää *Ludwig Reiserin* tutkimuksen (Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen, Hamburg 1935) 2. luku: »Die Rechssoziologische Deutung».

[6] Ks. kauppatavan osalta *Raninen, Huugo*, FOB-lauseke hankinta- ja kauppasopimuksissa, Helsinki 1934, s. 60 ss. ja *Karlgren, Hjalmar*, Kutym och rättsregel, Stockholm 1960, s. 45 ss.

[7] Tältä pohjalta lähdetään myös *Kivimäki—Ylöstalon* esityksessä »ohje- eli normisopimuksista» (s. 276 ss.); jossa tosin etupäässä tarkastelun kohteena ovat runkosopimuksen tyyppiset sopimukset vastaisissa yksittäissopimuksissa noudatettavista ehdoista.

eroja esiintyy kuitenkin sen suhteen, millaisiin sopimustunnusmerkkeihin vakioehtojen hyväksymisen osalta voidaan tyytyä.

Vallitsevan sopimuskonstruktiosta lähtevän dogmaattisen peruskäsityksen suurimpana heikkoutena on se kuilu, joka vallitsee oikeustodellisuuden ja sitä selittävän teorian välillä. Vakioehtojen käyttöön usein kytkeytyvä yksipuolinen sanelumentaliteetti ja vahvemman sopimusaseman hyväksikäyttö soveltuvat huonosti yhteen perinteisen sopimuskäsityksen kanssa. Jo vakioehtojen käytön tarkoitusperät ovat ristiriidassa sopimuksiin yleensä kytkeytyvän neuvottelumekanismin ja siinä ilmenevän sopimuspuolten vuorovaikutuspiirteen kanssa.

Varsinaisen ongelman sopimusselityksen kannalta muodostaa se, ettei vakioehtojen hyväksyminen tapahdu samalla tavoin kuin yksilöllisesti sovittavien ehtojen. Tämä koskee sekä ehtojen esiintuomista että hyväksymistahdonilmaisuja. Nimenomaisen hyväksymisen puuttuessa joudutaan arvioimaan sopimuspuolten käyttäytymisen merkitystä. Saatetaanko esim. vastaanottajan passiivisuus, hänen tietonsa toisen osapuolen tai alan käytännöstä taikka kauppatavasta tulkita konkludenttiseksi hyväksymiseksi?

Aivan ilmeisesti edellä tarkoitetussa »käyttäytymisen tulkinnassa» saatetaan mennä miten pitkälle tahansa. Sellaisetkin tapaukset, joissa hyväksyminen on puhtaasti fiktiivistä ja joissa »hyväksyjä» ei ole koskaan nähnyt eikä kuullutkaan vakioehdoista, voidaan selittää sopimuskonstruktion avulla, jos niin halutaan. Tämä käy päinsä asettamalla liittyjälle laaja selonottovelvollisuus ja antamalla ratkaiseva merkitys hänen passiivisuudelleen.

Oikeuskirjallisuudessa ja -käytännössä on sopimuskäsitettä venytetty varsin laajalle edellä tarkoitetussa suhteessa. Varsinkin silloin, kun kysymys on vakiintuneista ja alalla yleisistä ehdoista, ovat ehtojen esiintuomiselle ja niiden hyväksymiselle asetettavat vaatimukset olleet vähäiset.[8] Viime vuosina näyttää kuitenkin virinneen epäilyksiä sen suhteen, onko mainitunlainen sopimuskäsitteen laajentaminen tarkoituksenmukaista.

Varsin yleinen sitovuuskysymyksen ratkaisutapa epäselvissä tapauksissa on niin saksalaisessa kuin pohjoismaisessakin oikeudessa noudattanut seuraavaa kaavaa:

Vakioehdot ovat sitovia

[8] Ks. Suomen oikeuden osalta *Olsson, Curt,* Verkan av avtalsklausuler i standardformulär. NJMF 1957 s. 23 ss. *Taxell, Lars Erik,* Ensidig ändring av villkor i massavtal, JFT 1980 s. 31 ss., *Wilhelmsson, Thomas,* Vakiosopimus, Vammala 1985, s. 48 ss. ja *Kuusi, Matti J.,* Yleisten sopimusehtojen käsite ja niiden tuleminen sopimuksen osaksi, Oikeustiede 1986 s. 370 ss.

— jos A on tuonut julki tahtonsa niiden käyttämiseen
— jos B on tietänyt tai hänen olisi pitänyt tietää siitä
— eikä B ole reklamoinut.[9]

Tämä kaava, joka OikTL:n kannalta asiaa tarkasteltaessa muistuttaa lähinnä 6 §:n 2 momentin ajatusrakennelmaa, avaa mahdollisuuden siihen, että sitovuus laajassa mitassa saatetaan perustaa sopimukseen liittyvän osapuolen passiivisuuteen.[10] Oleellinen merkitys arvosteltaessa sitovuutta tältä pohjalta on sillä, milloin toisen sopimuspuolen tuli tietää toisen tarkoituksesta käyttää ehtojaan. Kysymys on selvemmin sanottuna siitä, miten vakioehdot sopimusta solmittaessa on tuotava esille. Jos tässä suhteessa riittävät vaatimukset on täytetty, toiselle sopimuspuolelle syntyvä tietoisuus perustaa reklamointivelvollisuuden, jonka laiminlyönti johtaa sitovuuteen.

Sitovuuden perustana on siis liittyjän reklamoinnin laiminlyönti. Tällaisen käsityskannan tueksi viitataan yleensä siihen, että oikeustoimioppi perustuu paitsi ilmaisuvapaudelle myös ilmaisuvastuulle. Jos henkilön on pitänyt käsittää passiivisuutensa tulevan tulkituksi vakioehtojen hyväksymiseksi, hän kantaa vastuun tästä »tahdonilmaisustaan».[11] Asian arvioimiseen liittyy sekä objektiivisia että subjektiivisia tunnusmerkkejä.

Mainitunlainen ajattelutapa ei kuitenkaan ole saavuttanut kiistatonta hyväksymistä. Saksan liittotasavallan uudessa vakiosopimuslaissa se on pääosin hylätty; lain 2 §:ssä edellytetään muun kuin liikekaupan osalta yleensä nimenomaista viittausta sekä sitä, että toinen osapuoli on ymmärtänyt ehtojen sitovuuden. Mutta jo ennen lain voimaantuloa »wissenmüssen»-kaava herätti arvostelua. Pelkän passiivisuuden ei katsottu voivan synnyttää sidonnaisuutta.[12] Myös pohjoismaisessa oikeudessa esitetyn kaltaista tarkastelutapaa on arvosteltu sen epärealistisuuden vuoksi. Erityisesti on kiinnitetty huomiota kaksinkertaisten subjektiivisten kriteerien aiheuttamiin arvosteluvaikeuksiin.[13]

---

[9] Saksalaisen oikeuden osalta *Schmidt-Salzer, Joachim,* Allgemeine Geschäftsbedingungen, Bilanz und rechtspolitische Folgerungen, Berlin 1973, s. 59, jossa esitetään ns. »wissenmüssen»-kaava.

[10] Ks. po. passiviteettisäännöstä lähemmin *Karlgren, Hjalmar,* Passivitetsverkan vid avtalsslutande, TfR 1965 s. 369 ss. sekä erityisesti vakiosopimusten kannalta *Hellner,* Standardavtal, JFT 1979 s. 281 ss.

[11] Käyttäytymisvastuusta yleensä *Telaranta, K. A.,* Varallisuusoikeudellinen tahdonilmaisu, Porvoo 1953 s. 200 ss. Vertailevan katsauksen vakioehtojen osalta sisältää *Kuusen* em. tutkimus s. 376 ss.

[12] *Schmidt-Salzer,* s. 59 ss.

[13] Ks. *Hellner,* em. art. s. 296, jossa sattuvasti todetaan: »Att i efterhand på dessa situationer applicera överväganden om vad den ena parten ansåg om överensstämmelse mellan anbud och accept ovh vad den andra parten måste inse om vad den förra ansåg, leder långt in i fiktionernas värld».

Passiviteettisäännön käyttö ratkaisuperusteena on ymmärrettävä eräänlaiseksi oikeustoimiopin sovellutukseksi vakiosopimusten suhteen. Kaikilta osin se ei ole tuottanut tyydyttäviä tuloksia; sääntöä on jouduttu paikkaamaan. Vanhastaan vakiintunut paikkausmenetelmä on *raskaiden ja odottamattomien ehtojen erityissääntö*. Sellaisille vakioehdoille, jotka liittyjän kannalta ovat erityisen raskaita (esim. vastuunrajoitusehdot) tai odottamattomia, on asetettu muita ehtoja ankarampia sitovuusedellytyksiä. Säännöllä on vanhastaan ollut lainsäädännöllinen ilmentymänsä Italian siviililaissa.[14] Nykyisin asiasta sisältyy erityinen säännös myös Saksan liittotasavallan vakiosopimuslain AGBG:n 3 §:ään. Kun se hyvin kuvaa vallitsevaa käsitystä, on se jäljennetty tähän:

»§ 3
Überraschende Klauseln
Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die nach den Umständen, insbesondere nach dem äusseren Erscheinungsbild des Vertrags, so ungewöhnlich sind, dass der Vertragspartner des Verwenders mit ihnen nicht zu rechnen braucht, werden nicht Vertragsbestandteil.»

Säännös osoittaa, mitä tekijöitä otetaan lukuun arvioitaessa sopimusehdon odottamattomuutta. Ratkaisu tapahtuu ensisijaisesti »nach dem äusseren Erscheinungsbild des Vertrags».

Raskaita ja odottamattomia ehtoja koskeva erityissääntö on osoituksena siitä, että perinteisen oikeustoimiopin pääasiassa subjektiivisten kriteerien — tiesi tai piti tietää — ohella *ehtojen laadulla* on merkitystä sitovuuden kannalta.[15] Niin sanottu kontrolliaspekti ei toisin sanoen tule näkyviin pelkästään sopimusten sovittelun tasolla tai pätemättömyysratkaisua tehtäessä, vaan se tulee esiin jo ehtojen sitovuutta arvioitaessa. Ehtojen laatu eli objektiivinen puoli on merkityksellinen sen vuoksi, että sopimukseen liittyjä, joka ei perehdy vakioehtoihin, luottaa siihen, että ehdot ovat sopusoinnussa ko. sopimustyypin ja siihen yleensä kytkeytyvien ehtojen kanssa. Lähtökohtana on toisin sanoen se, ettei vakioehdoilla saa olla ratkaisevaa tai mullistavaa merkitystä oikeussuhteen kannalta. Tätä liittyjän *normaaliodotusta* pyritään puheena olevalla säännöllä suojaamaan.

Pyrkimys ehtojen objektiivisen laadun huomioon ottamiseen on johtanut — paitsi em. raskaita ja odottamattomia ehtoja koskevaan erityissääntöön — myös yrityksiin kehittää sellainen variaatio sopimusteoriasta, joka entistä paremmin vastaisi käytännön tarpeita. Erään var-

[14] Italian Codice Civilen art. 1341.

[15] Suomen oikeuden osalta ks. *Wilhelmsson*, s. 62 ss. Ks. myös KKO 1977 II 103.

sin mielenkiintoisen teorian ja ratkaisumallin on esittänyt amerikkalainen professori *Karl N. Llewellyn.* Hänen lähtökohtansa on relatiivinen. Kun henkilö allekirjoittaa vakiosopimuksen, jonka ehdot toinen osapuoli on yksipuolisesti muotoillut, hän hyväksyy sopimuksen *yleispiirteissään,* mutta ei välttämättä kaikkien yksityiskohtien osalta:

> »The answer, I suggest, is this: Instead of thinking about 'assent' to boiler-plate clauses, we can recognize that so far as concerns the spesific, there is no assent at all. What has in fact been assented to, specifically, are the few dickered terms, and the broad type of the transaction, and but one thing more. That one thing more is a blanket assent (not a specific assent) to any not unreasonable or indecent terms the seller may have on his form, which do not alter or eviscerate the reasonable meaning of the dickered terms. The fine print which has not been read has no business to cut under the reasonable meaning of those dickered terms which constitute the dominant and only real expression of agreement, but much of it commonly belongs in.»[16]

*Llewellyn*in käsitys on monessa suhteessa huomionarvoinen. Parasta siinä on se, että käytännössä sopimukset solmitaan usein kuvatulla tavalla. Teoria siis vastaa käytännön sopimustilanteita. Olennainen merkitys on usein asianosaiselle sillä mielikuvalla, joka hänellä on tietystä oikeustoimesta, siihen normaalisti liittyvistä oikeuksista ja velvollisuuksista. Tässä suhteessa käsite »general assent» tai »broad type of assent» on hyvä lähtökohta.

Edellä mainittu näkemys tarjoaa varsin pätevän selitysperusteen vakioehtojen sitovuudelle. Jokaisessa sopimuksessa mukana oleva konsensus saa aikaan eräänlaisen perussopimuksen, mutta kaikki mukaan liitetyt vakioehdot eivät välttämättä ole samalla sitovia. Niiden suhteen sopimuksen katsotaan jääneen tavallaan avoimeksi aivan kuten on asianlaita sopimuksissa, joissa toisella osapuolella on determinointivalta eli valta täydentää ja täsmentää sopimusta. Tässä täydentämisessä on kunnioitettava sopimuskumppanin oikeutettuja odotuksia. Ne puolestaan rakentuvat yleensä sille pohjalle, mikä on tavanomaista ko. sopimustyypin osalta.

Puheena oleva ajatustapa vaikuttaa teoreettisesti perustellulta ja vastaa tosiasiallisia olosuhteita. Käytännön tasolla se ei tuo mukanaan paljoakaan uutta. Raskaita ja odottamattomia ehtoja koskeva sääntö, jota edellä selostettiin, johtaa samanlaisiin lopputuloksiin. Mutta analogioita voidaan tehdä oikeussuojan järjestelyyn sopimussuhteessa yleensäkin. Siinähän eri maissa lähdetään siitä, että sopimuskumppa-

[16] *Llewellyn, Karl N.,* The Common Law Tradition, Boston—Toronto 1960, s. 362 ss.

nin hyvää uskoa ja luottamusta on suojattava. Varsinkin vastuunrajoitusehtoja on pyritty rajoittamaan tällaisella ajattelutavalla. Riippumatta siitä, millaisia ehtoja sopimukseen on liitetty, sopimuspuolella katsotaan olevan oikeus luottaa siihen, että sopimus tärkeimmiltä osiltaan vastaa ko. sopimustyypin perusolemusta. Tällainen »implied terms» — pohjalle rakentuva ajattelu on yleistä varsinkin anglosaksisessa oikeudessa.[17] Mutta myös suomalaisessa sopimusoikeudessa periaate tulee näkyviin.[18]

*Llewellyn*in sitovuusteoriassa objektiivisella puolella, ehtojen laadulla — niiden vastaavuudella ko. sopimustyyppiin yleisesti liittyvien ehtojen kanssa — on keskeinen merkitys. Jotta normaalista poikkeavat vakioehdot tulisivat sitoviksi, vaaditaan erityistä hyväksymistä (specific assent). Sellaisen puuttumisesta aiheutuu ehtojen syrjäytyminen ja dispositiivisen lainsäädännön sijaantulo.

On korostettava sitä, ettei suinkaan kaikkia vakiosopimuksia sovi arvostella samalla tavalla. Ne erityispiirteet, jotka ovat tyypillisiä vakiosopimuksille, kuten esim. sopimusmenettelyn muuttuminen ja yhteisymmärryksen heikentyminen, tulevat erilaisissa vakiosopimuksissa eri vahvuisina ja sävyisinä esiin. Tämä on otettava huomioon, mutta se ei tee tarpeettomaksi pyrkimystä yhtenäisen teoreettisen näkemyksen kehittämiseen vakiosopimusten sitovuusperusteista.

Realistista on erottaa vakiosopimuksissa toisaalta edellä tarkoitettu perussopimus ja toisaalta kysymys yleisistä ehdoista. Tällainen jaottelu vastaa käytännön sopimustilanteita ja vakioehtojen roolia. Vakioehdoilla pyritään tyypillisesti järjestämään toissijaisia kysymyksiä — tai ainakin liittyjä kokee ko. seikat sellaisiksi. Varsinaisen ongelman muodostaa juuri näiden toissijaisten, usein muodollisuudeksi katsottavien ehtojen hyväksyminen. Miten suuria todellisuusvaatimuksia liitekaavaketta koskevalle yhteisymmärrykselle olisi asetettava? Tällä epämääräisen, usein fiktiivisen hyväksymisen hämärällä alueella olisi realiteetit pyrittävä hyväksymään. Sellainen realiteetti on ennen muuta vakioehtojen käyttöfunktio. Vakioehdot ovat ennakolta laadittuja, niitä ei ole tarkoitettu neuvottelujen ja yksilöllisen sopimusmenettelyn kohteeksi eikä muutettaviksi. Ne edut, joita vakioehtojen käyttöön liittyy, menetettäisiin, jos nykyisestä summaarisesta sopimusmenettelystä luovuttaisiin. On hyväksyttävä se, ettei vakioehtoja käsitellä ja niistä sovita samalla tavoin kuin muiden ehtojen osalta tapahtuu. Sellainen vaatimus, että nykyistä sopimusmenettelyä pyrittäisiin muuttamaan,

[17] Ks. esim. Englannin Supply of Goods (Implied Terms) Act vuodelta 1973.

[18] Ks. esim. hallituksen esitykseen N:o 93, 1986 vp. kauppalaiksi sisältyvät virhesäännökset 4 luvussa.

ei ole realistinen. Se, ettei suuri osa ihmisistä lue eikä ymmärrä vakioehtoja, on tosiasia, jota ei voida sivuuttaa — varsinkaan, kun perehtyminenkään ehtoihin ei yleensä johtaisi niiden muuttamiseen. Oikeustodellisuus, siinä vaikuttavat syyt ja seuraukset on otettava riittävästi huomioon oikeusperiaatteita muodostettaessa. Vakioehtojen sitovuuskysymyksen osalta tämä merkitsee sitä, että vakioehtojen erityinen luonne tulee tunnustaa ja objektiivisille tekijöille, erityisesti ehtojen sisällölle panna enemmän painoa kuin yksilöllisten sopimusten osalta tehdään.

Thomas Wilhelmsson

Työnantajan korvausvastuu koneen tai laitteen aiheuttamasta työtapaturmasta

1. *Taustaa ja kysymyksenasettelu*

T. M. Kivimäki ja *Matti Ylöstalo* toteavat laatimassaan, siviilioikeuden opetuksessa useita vuosikymmeniä käytössä olleessa perusoppikirjassa:

> »Tietynlainen vahingonvastuu on jokaisella, joka pitää laitteita, esim. koneita, tai rakentaa jotakin niin, että siitä voi olla sivulliselle vahingonvaaraa... Erityisissä tapauksissa on toiminnan tai laitteen vaaralliseen laatuun nähden laissa asetettu se, jonka lukuun tai toimesta toimintaa harjoitetaan tai laitetta käytetään, omasta ja alaistensa tuottamuksesta riippumatta vastuunalaiseksi toiminnasta aiheutuvista vahingoista.»[1]

Kone ja laite ei aiheuta vahingonvaaraa pelkästään sivullisille, vaan vaaran kohteina ovat luonnollisesti myös laitetta käyttävän yrityksen omat työntekijät. Huomattava osa kaikista työtapaturmista onkin erilaisten työssä käytettävien koneiden ja laitteiden aiheuttamia. Tällaisenkin vahingon sattuessa kysymys koneen ja laitteen haltijan vahingonkorvausvelvollisuudesta voi olla tärkeä: vaikka työtapaturmista yleensä suoritetaan korvausta tapaturmavakuutuksesta tapaturmavakuutuslain nojalla, näin saatu korvaus ei välttämättä vastaa vahingonkorvausoikeuden mukaista täyttä korvausta. Oikeudenkäynnit, joissa vaaditaan työnantajaa maksamaan, mitä täydestä korvauksesta jää puuttumaan, eivät ole mitenkään poikkeuksellisia.[2]

Työnantajan korvausvelvollisuuden työntekijän kärsimästä vahingosta katsotaan monessa tilanteessa syntyvän *tuottamuksen* perusteella. Työnantaja vastaa tällöin luonnollisesti sekä omasta tuottamuksestaan että vahingonkorvauslain 3 luvun perusteiden mukaisesti työnte-

[1] *Kivimäki — Ylöstalo,* Suomen siviilioikeuden oppikirja, 3. painos, Porvoo 1973, s. 470 s. Kirjan neljännestä painoksesta on poistettu vahingonkorvausta koskeva jakso.

[2] Ks. myös *Koskinen,* Työturvallisuudesta, Vammala 1977, s. 84 ss.

kijöidensä tuottamuksesta.[3] Kun työnantajan ja työntekijän välillä vallitsee sopimussuhde, johon liittyy työsopimuslain 32 §:n mukainen työnantajan velvollisuus huolehtia työturvallisuudesta, saatetaan korvausvelvollisuus perustaa myös sopimusvastuuseen, joka pääsääntöisesti on ns. *presumoitua vastuuta.*[4] Sen nojalla työnantajaa voidaan siis pitää sopimusrikkomuksen perusteella korvausvelvollisena, ellei hän pysty osoittamaan, että on toimittu kaikkea huolellisuutta noudattaen.[5]

Vahingonkorvausoikeudessa on kuitenkin kehitetty myös *ankaraa vastuuta* koskevia periaatteita. Joissakin tilanteissa voitaisiin näihin viitaten katsoa työnantaja velvolliseksi korvaamaan työntekijälle syntyvä vahinko siitä riippumatta, onko hän tai ovatko hänen työntekijänsä toimineet huolimattomasti. Tässä kirjoituksessa kiinnitetään huomiota nimenomaan tähän probleematiikkaan. Kysymys, johon etsitään vastausta, kuuluu: *onko ja missä tilanteissa työnantajalla ankara vastuu koneiden ja laitteiden aiheuttamista työtapaturmista?*

Usein on huomautettu siitä, että ankara vastuu/tuottamusvastuu -dikotomian avulla tapahtuvalla pohdiskelulla on enemmän teoreettista kuin käytännöllistä merkitystä.[6] Tuomioistuimelle erottelu ei olisi niin oleellinen siitä syystä, että sillä ankaran vastuun ohella on käytettävinään monia muitakin keinoja, joiden avulla se voi päätyä tiukempiin korvausratkaisuihin: huolellisuusvaatimusta voidaan kiristää (jopa tuottamusfiktioon saakka),[7] todistustaakan kääntäminen voidaan yhdistää exculpaationäytön kynnyksen nostamiseen jne. Mikäli tuomioistuin katsoo olevan syytä tuomita vahingon aiheuttaja korvausvelvolliseksi, se voisi useimmiten — muttei toki kaikissa tilanteissa[8] — päätyä tähän tulokseen tuottamusperiaatteen puitteissa. Tuomioistuimen nä-

---

[3] Ks. lähemmin myös *Routamo,* LM 1975 s. 526 ss. sekä *Routamo — Hoppu,* Suomen vahingonkorvausoikeus, Vaasa 1977, s. 142 ss.

[4] Ks. esim. *Taxell,* Avtal och rättsskydd, Åbo 1972, s. 286 ss. sekä *Routamo — Hoppu* 1977 s. 98.

[5] Presumoidun tuottamusvastuun sisältö on perinteisesti mielletty näin laajaksi. Vahingonkärsijältä ei yleensä voida vaatia, että hän ilmoittaa *millä tavoin* vahingon aiheuttanut on menetellyt tuottamuksellisesti. Presumtiovastuun peruste on useasti nimenomaan se, ettei vahingonkärsijä voi tietää, tai edes arvata, millä tavoin vahingonaiheuttajan puolella on toimittu. *Virolaisen,* LM 1985 s. 992 s., ehdottama tuottamuksellisen toiminnan spesifiointia tarkoittavan *väittämistaakan* asettaminen pääsääntöisesti vahingonkärsijälle presumtiovastuutapauksissa on siis siviilioikeudellisen säännöstön ration kannalta ilmeisen väärä ratkaisu.

[6] Ks. esim. *Jørgensen — Nørgaard,* Erstatningsret, Haderslev 1976, s. 88 ss. — *Taxell* 1972 s. 279 korostaa, ettei ole mahdollista eikä edes tavoiteltavaa vetää tiukkoja rajoja eri vastuumuotojen kesken.

[7] Ks. esim. *Karlgren,* Skadeståndsrätt, 4. uppl., Stockholm 1968, s. 156.

[8] *Bengtsson,* LM 1984 s. 986 s. mainitsee eräitä esimerkkejä tilanteista, joissa vastuun ankaroittaminen tuottamussäännön puitteissa vaikuttaa mahdottomalta.

kökulmasta tilanne varmaan onkin tämä. Vahingonkärsijän kannalta asia ei kuitenkaan näytä aivan samanlaiselta. Mikään ei tietenkään takaa, että kaikki tuomioistuimet todella pyrkivät tiukkoihin korvausratkaisuihin tuottamusperiaatteen puitteissa. Jos sen sijaan tietylle alalle vakiintuu ankaraa vastuuta koskeva korvaussääntö tuomioistuin on *velvollinen* tuomitsemaan korvausta säännön osoittamissa tilanteissa.

Työtapaturmien osalta vastuuperusteen valinta voi olla merkityksellinen myös silloin, kun pohditaan työsuojelutarkastuksen merkitystä. On lähdetty siitä, että työsuojelutarkastuksen toimittaminen tietyissä, rajatuissa tapauksissa voi johtaa työnantajan tuottamuksen poistumiseen.[9] Jos vastuu sen sijaan on ankaraa, ei kysymys siitä, onko toimitettu tarkastus ja onko siinä huomautettu vaaraa aiheuttavasta epäkohdasta, ole asiaan vaikuttava. Myös edellä viitatuissa erityistapauksissa työnantaja vastaa, mikäli vastuuperuste on ankara.

2. *Vaarantamisvastuusta*

Kaikissa länsimaissa vahingonkorvausoikeuden kehitys on kuluvan vuosisadan aikana kulkenut kohti ankarampien vastuumuotojen yhä laajamittaisempaa käyttöä. Pohjoismaisen vahingonkorvausoikeudellisen doktriinin kehitykselle on lähtökohdan tässä suhteessa asettanut *Henry Ussing* teoksellaan Skyld og skade vuodelta 1914. Tässä Ussing kehittelee tuottamukseen perustumatonta vaaralliseen toimintaan liittyvää vahingonkorvausvastuuta: mikäli poikkeukselliseen (*ekstraordinaer*) toimintaan liittyy erityinen (*saeregen*) vaara, toiminnan harjoittajan tulee tuottamuksestaan riippumatta kantaa vastuu toiminnan aiheuttamista vahingoista.[10] Kun myöhemmässä pohjoismaisessa kirjallisuudessa on ryhdytty keskustelemaan vaarantamisvastuusta Ussingin ehdotusten pohjalta on keskeisesti kiinnitetty huomiota toiminnan *vaarallisuuteen;* poikkeuksellisuusedellytykseen on sen sijaan suhtauduttu kriittisesti.[11]

Suomessa on *C. H. Ek* vaarantamisvastuuta koskevassa väitöskirjassaan ottanut perusteellisimmin kantaa Ussingin oppeihin. Myöskään Ek ei hyväksy Ussingin toiminnan poikkeuksellisuutta koskevaa edel-

[9] *Saloheimo,* Oikeus 1981 s. 129 ja *Koskinen,* JFT 1982 s. 159 luettelevat kolme (kumulatiivista) edellytystä: (i) epäkohdan korjaamisvelvollisuuden tulkinnanvaraisuus, (ii) tarkastuksen kohdistuminen yksityiskohtaisesti ko. työkohteeseen ja (iii) tarkastuksen tuoreus.

[10] *Ussing,* Skyld og skade, København 1914.

[11] Ks. esim. *Hellner,* Skadeståndsrätt, 4. uppl., Stockholm 1985, s. 131 ja *Jørgensen — Nørgaard* 1976 s. 77.

lytystä: ankara vastuu on nimenomaan tarpeellinen myös monien yleisten, mutta vaarallisten toimintojen kohdalla.[12] Vaarantamisvastuuta koskevien periaatteiden soveltamisalaa tulisi rajata käyttämällä adekvanssioppia »kaksinkertaisesti»: ankara vastuu kattaisi »typisk fara orsakad på typiskt sätt».[13] Vaikka Ekin kannanottoihin ei myöhemmässä tieteisopissa ole kiinnitetty kovinkaan paljon huomiota, vaarantamisvastuu on meilläkin vakiinnuttanut asemansa. Nykyään voidaan Suomessa pitää yleisesti hyväksyttynä, että toiminnan vaarallisuus voi johtaa ankaraan vahingonkorvausvastuuseen.[14] Ongelmana on lähinnä vain se, minkälaiseen vaarallisuuteen tämä ankara vastuu voidaan liittää. Ne yleiset argumentit, joilla vaarantamisvastuuta on pyritty perustelemaan — vahinkojen ennakkoestäminen, vahinkokustannusten taloudellisesti oikea allokointi, hyöty-vastuuajattelu, oikeustekninen edullisuus jne. — eivät ole riittävän erottelukykyisiä.

Ne tapaukset, joissa *lainsäädännössä* on päädytty käyttämään ankaraa vastuuta, koskevat useimmiten teknisen kehityksen aiheuttamia uusia vahinkoriskejä.[15] Se toiminta, joka laissa säännellään, ei sensijaan kaikissa tapauksissa ole erityisen vaarallinen. Kun *oikeuskäytännössä* on kehitetty ankaraa vastuuta koskevia periaatteita, ratkaisut on usein perustettu toiminnan vaarallisuuteen. Siten on esimerkiksi räjäytystyön harjoittajan (KKO 1940 II 38, 1957 II 10, 1963 II 93 ja 1982 II 70), tulenaran aineen säilyttäjän (KKO 1969 II 42), autokilpailun järjestäjän (KKO 1972 II 97) ja ammunnan harjoittajan (KKO 1982 II 94) vastuu katsottu ankaraksi; viimeisissä tapauksissa näyttää fraasi *'erityisen vaaralliseksi katsottava toiminta'* käytetyn eräänlaisena vakioperusteluna. Toisaalta on myös vesi- ja viemärilaitoksen sekä vesijohtoverkoston omistajan vastuu katsottu eräissä tapauksissa ankaraksi (KKO 1968 II 55, 1979 II 137 ja 1984 II 160).[16] Mitään selvää periaatteellista linjaa, jonka avulla ankaran vastuun sääntelemät tapaukset voitaisiin erottaa muista, on näin ollen tuskin osoitettavissa oikeuskäytännönkään perusteella. Laajassa mielessä voidaan tietysti tässäkin puhua teknisen kehityksen aiheuttamista vahinkoriskeistä.

---

[12] *Ek,* Bidrag till läran om utomobligatoriskt skadeståndsansvar vid rättsenlig farlig verksamhet, Helsingfors 1943, s. 257.

[13] *Ek* 1943 s. 256.

[14] Ks. esim. *Hakulinen,* Velvoiteoikeus I, 2. painos, Helsinki 1965, s. 314, *Saxén,* Skadeståndsrätt, Ekenäs 1975, s. 214 ja *Routamo — Hoppu* 1977 s. 90 ss.

[15] Ks. esim. laki rautatienkäytöstä johtuvan vahingon vastuusta (8/1898), ilmailulaki (139/23) 6—13 §§, atomivastuulaki (484/72), sähkölaki (319/79), 7 luku, sekä kiinteistörekisterilaki (392/85) 11 ja 13 §.

[16] *Saxén* 1975 s. 238 ja *Routamo — Hoppu* 1977 s. 90 pitävät ratkaisuja perusteltuina viitaten vesilaissa (11:2) säädettyyn ankaraan vastuuseen vastaavanlaisessa tilanteessa.

Lukuunottamatta eräitä suhteellisen selviä tilanteita — kuten räjäytystyön harjoittaminen — vaarantamisvastuuta koskevat periaatteet toimivat tällä hetkellä lähinnä käyttökelpoisena *legitimaationa,* mikäli käytännössä ja tieteisopissa pyritään kehittämään ankaraa vastuuta. Tällaiseen pyrkimykseen onkin 'lainsäätäjä' kehottanut käytäntöä. Hallituksen esityksessä Eduskunnalle vahingonkorvausta koskevaksi lainsäädännöksi todetaan nimenomaisesti:

> »Vahingonkorvauslain säätämisellä ei kuitenkaan pyritä pysähdyttämään tätä kehitystä. Tarkoituksena on, että oikeuskäytännössä edelleen kehitettäisiin esim. objektiivisen vastuun soveltamisalaa».[17] — Eduskunnan lakivaliokunta yhtyi kannanottoon: »lakiehdotus ei estäisi esim. vaarantamisvastuuseen perustuvien korvausperiaatteiden kehittämistä oikeuskäytännössä, kuten esityksen perusteluissa on edellytettykin.»[18]

Myös oikeuskirjallisuudessa on arveltu, että ankaran vastuun alaa tullaan jatkuvasti oikeuskäytännössä laajentamaan.[19] Edellä esitettyjen esimerkkien valossa voidaan olettaa, että ankara vastuu lähinnä kehittyy aloilla, jotka liittyvät tekniikan kehitykseen. Ankaran vastuun asettaminen koneiden ja laitteiden haltijalle näiden aiheuttamista vahingoista näyttäisi olevan hyvin sopusoinnussa tämän yleisen kehityslinjan kanssa.

3. Vastuu koneiden ja laitteiden aiheuttamista vahingoista

Kun ankara vastuu on kehittynyt lähinnä aloilla, joilla vahinkoriskit liittyvät tekniseen kehitykseen, on ymmärrettävää, että oikeustieteellisessä kirjallisuudessa on syntynyt keskustelua myös kysymyksestä, onko ja missä tapauksissa koneen tai laitteen haltija ankaran vastuun perusteella korvausvelvollinen koneen tai laitteen aiheuttamasta (henkilö)vahingosta. Suomessa jo *C. H. Ek* esitti keskeisenä esimerkkinä tilanteesta, jossa toiminnan vaarallisuuteen pohjautuva ankara vastuu oli perusteltu, »användandet av ett mycket stort antal beprövade maskiner i industrien».[20] Uudemmassa vahingonkorvausoikeudellisessa kirjallisuudessa taas esim. *Hans Saxén* toteaa, että ankara vastuu olisi

---

[17] HE 187/1973 s. 12. Esimerkkinä mainitaan mm. kysymykset, jotka liittyvät tietojenkäsittelytekniikkaan.

[18] LaVM 5/1974 s. 2.

[19] *Routamo — Hoppu* 1977 s. 91 ja *Arti,* Vahingonkorvauslaki, Hämeenlinna 1981, s. 52, 55. *Bengtsson,* LM 1984 s. 983 katsoo, etteivät suomalaiset tuomioistuimet näytä olevan yhtä pidättyväisiä ankaran vastuun kehittämisessä kuin ruotsalaiset.

[20] *Ek* 1943 s. 257.

yhtä lailla perusteltavissa tiettyjen koneiden ja teknisten apuvälineiden aiheuttamien vahinkojen kuin louhinta- ja räjähdysvahinkojen osalta.[21]

Oikeuskäytännöstä löytyy tietenkin koneita ja laitteita koskevia, tuottamusharkintaan perustuvia ratkaisuja.[22] Ottaen huomioon vahingonkorvausoikeuden edellä luonnostellun yleisen kehityslinjan nämä ovat kuitenkin vähemmän mielenkiintoisia. Ensisijaisesti on tarkasteltava, missä määrin oikeuskäytännöstä on jo nyt löydettävissä merkkejä ankaran vastuun kehittymisestä ko. tilanteissa. Tällaisia merkkejä nimittäin löytyy, jopa vanhojakin:

> *KKO 1934 II 64.* Tulipalo oli saanut alkunsa palaneen rakennuksen lähellä sijainneen laitoksen tarkoituksenmukaisia kipinäsammutuslaitteita vailla olleesta savupiipusta lähteneistä kipinöistä. Laitoksen omistanut osuuskunta velvoitettiin korvaamaan tulipalon aiheuttama vahinko, mutta osuuskunnan hallituksen jäseniä ja isännöitsijää vastaan ajettu kanne hylättiin, koskeivät he olleet huolimattomuudellaan aiheuttaneet vahinkoa.
>
> *KKO 1953 II 136.* Yhtiön tehdaslaitokseensa johtavan rautatien viereen sijoittaman vintturin kampi oli lyönyt vaihtotöitä suorittamassa ollutta junamiestä päähän aiheuttaen vaikean vamman. Yhtiö velvoitettiin suorittamaan korvausta junamiehelle. Enemmistö (kolme oikeusneuvosta) katsoi, että yhtiö oli laiminlyönyt valvoa vintturin käyttöä, kun taas vähemmistö (kaksi oikeusneuvosta) piti toiminnan vaarallisuutta vastuuperusteena.
>
> *KKO 1965 II 93.* Urakoitsijayhtiö A:n palveluksessa ollut ajomestari B oli A:n maansiirtotraktorilla ajaessaan hänelle määrätylle työpaikalle ryhtynyt ylittämään siltaa, jolloin silta oli rikkoutunut käyttökelvottomaksi. Korkeimmassa oikeudessa enemmistö (neljä oikeusneuvosta) totesi nimenomaan, ettei puheena olevaa maansiirtotraktoria ollut pidettävä *sellaisena vaarallisena työkoneena,* jonka aiheuttamasta vahingosta yhtiö olisi vastuussa kuljettajan tuottamuksesta riippumatta, mutta tuomitsi kuitenkin A:n korvausvelvolliseksi B:n tuottamuksen perusteella. Yksi oikeusneuvos halusi hovioikeuden tapaan soveltaa ankaraa vastuuta.
>
> *KKO 1984 II 190.* Kaupungin palolaitoksen paloletku oli sammutustyön yhteydessä haljennut ja siitä kimmonnut liitinosa vaurioittanut sivullisen omaisuutta. Kaupunki oli vakinaisen palolaitoksen ylläpitäjänä vastuussa sammutuskaluston asianmukaisesta kunnosta. Kaupunki ei ollut näyttänyt, että paloletku olisi vaurioitunut tulipalosta tai sammutustyöstä johtuvista seikoista taik-

[21] *Saxén* 1975 s. 237. Ks. myös *Hakulinen* 1965 s. 326.

[22] Tähän viittaa myös *Saxén* 1975 s. 237. Ks. myös KKO 1985 II 123: Tarpeellisin suojalaittein varustetun työkoneen käyttöön saattoi joissakin työvaiheissa liittyä vaaratekijöitä, jotka kokenut työntekijä osasi välttää. Kun tilapäiselle työntekijälle ei ollut annettu ohjausta tapaturman välttämiseksi, työnantaja oli vastuussa työntekijälle työkoneen käytössä aiheutuneesta loukkaantumisesta. — Kun jossakin tapauksessa on tuomittu korvausta todetun tuottamuksen perusteella tästä ei kuitenkaan välttämättä voida vetää johtopäätöstä, että vaatimus olisi hylätty tuottamuksen puuttuessa.

ka että se olisi ulkopuolisen toimesta rikottu. Kaupungin vastuuta ei poistanut mahdollinen valmistusvirhe letkussa. Sen vuoksi kaupunki velvoitettiin korvaamaan sivulliselle aiheutunut vahinko. — Päätös syntyi äänestyksen jälkeen. Vähemmistöön jäänyt oikeusneuvos katsoi kaupungin korvausvelvolliseksi (presumoidun) tuottamusvastuun perusteella.

Kuten ratkaisuista käy ilmi, on syytä pitää erillään kahta eri tapaa kehittää koneiden ja laitteiden käyttöön liittyvää ankaraa vastuuta:

(i) *»Puhdas» vaarantamisvastuu.* Vuoden 1965 tapauksesta sekä myös vuoden 1953 tapauksen vähemmistön kannanotosta voidaan päätellä, että vaarallisen koneen (nykykäytännön mukaisesti olisi ilmeisesti puhuttava »erityisen vaarallisesta» koneesta) käyttö sinänsä voi olla riittävä peruste ankaran vastuun syntymiselle. Jos konetta on pidettävä riittävän vaarallisena, ankaraa vastuuta voitaisiin soveltaa riippumatta siitä, onko koneessa sinänsä havaittu mitään vikaa tai puutetta.

(ii) *Puutteellisuusvastuu.* Vuoden 1934 tapauksessa tarvittava suojauslaitteisto puuttui, minkä vuoksi laitoksen omistaja katsottiin korvausvelvolliseksi. Vastuuperuste oli ankara: todettiin nimenomaan, ettei suojalaitteiston puute johtunut omistajaosuuskunnan toimielinten huolimattomuudesta. Viisikymmentä vuotta myöhemmin tehty palolaitoksen omistavan kaupungin vastuuta koskeva ratkaisu kuvastaa samaa ajattelutapaa. Kaupunki oli tuottamuksesta riippumatta (eräin poikkeuksin) vastuussa paloletkun puutteellisuuden johdosta syntyneestä vahingosta.

Mainittu ratkaisu on hyvin sopusoinnussa myös pohjoismaisessa oikeuskirjallisuudessa esitettyjen kannanottojen kanssa. Suomessa *Saxén* on jo 1975 todennut, että käytännössä tietyssä laajuudessa oli hyväksytty ankara vastuu tapauksissa, joissa vahinko johtuu koneessa tai muussa teknisessä apuvälineessä olevasta virheestä, puutteesta tai kulumisesta.[23] Tekijän mielestä tällöin olisi kuitenkin edellytettävä, että vahinko on tapahtunut elinkeinotoiminnassa.[24]

Saxén perustaa kannanottonsa myös mm. *Anders Vinding Kruseen,* joka Tanskan oikeuden osalta puoltaa ankaran vastuun asettamista mainitunlaisissa tapauksissa.[25] Norjassa — jossa laissa

[23] *Saxén* 1975 s. 239.

[24] *Saxén* 1975 s. 239 s. Vrt. toisin *Vinding Kruse,* Erstatningsretten, 2. udg., Odense 1971, s. 293. — *Taxell* 1972 s. 303 ss. toteaa vahingonkorvausvastuun usein olevan tiukempaa elinkeinotoiminnassa. — Esillä olevan teeman kannalta rajauksella ei tietenkään ole mainittavaa merkitystä.

[25] *Vinding Kruse* 1971 s. 292 ss. *Sama,* Förhandlingarna vid det tjugofjärde nordiska juristmötet, bilaga 4 s. 5 puoltaa saman säännön ottamista mahdolliseen pohjoismaiseen lainsäädäntöön. *Jørgensen — Nørgaard* 1976 s. 82 ss. mainitsee tanskalaisesta oikeuskäytännöstä sekä tuottamukseen että ankaraan vastuuseen perustuvia ratkaisuja.

> sääntelemättömän ankaran vastuun ala tosin perinteisesti on ollut laajempi kuin muissa pohjoismaissa — on kehitelty vielä pitemmälle laitteen tekniseen pettämiseen (»teknisk svikt») ja yleensä puutteellisiin turvatoimiin liittyvää ankaraa vastuuta.[26] Ruotsissa, jonka tuomioistuimet taas näyttävät suhtautuvan meidän tuomioistuimia pidättyväisemmin ankaran vastuun kehittämiseen (ks. alav. 19), tilanne on epäselvempi: *Hjalmar Karlgren* ei välttämättä halua lukea itsenäistä korvausperiaatetta puutteellisten laitteiden aiheuttamia vahinkoja koskevista ratkaisuista, joskin hän myöntää, että oikeuskäytäntö »kan praktiskt sett sägas innefatta ett inslag av strikt skadeståndsskyldighet.»[27]

Keskusteltaessa »puutteellisuusvastuusta» Suomen oikeudessa on ehkä syytä panna merkille myös se, että lainsäädännössäkin on toisinaan katsottu laitteen puutteellisuus riittäväksi perusteeksi korvausvastuun syntymiselle. Liikennevakuutuslain 8 §:n mukaan ajoneuvojen yhteentörmäystilanteissa korvausvastuu on pääsääntöisesti tuottamusperusteista; korvausvastuu on kuitenkin ankaraa, mikäli »ajoneuvo oli puutteellisessa kunnossa».

Yhteenvetona voidaan siis todeta, että on helppo argumentoida ankaran vastuun puolesta tilanteessa, jossa vahinko johtuu koneen tai laitteen virheellisyydestä tai puutteellisuudesta. Tällaisessa tapauksessa ei vaadita, että kone tai laite sinänsä olisi erityisen vaarallinen, jotta sen haltijalle voisi syntyä ankara vastuu.

4. Työnantajan vastuu

Kun on keskusteltu vaarantamisvastuun kehittämisestä, on ensisijaisesti pidetty silmällä yrityksen ulkopuolisten kärsimiä vahinkoja. On erikseen selvitettävä, voidaanko nojautua samoihin periaatteisiin myös vahingon kohdistuessa ko. yrityksen työntekijään.

Yleisesti saatettaisiin väittää, että työntekijän voidaan, toisin kuin ulkopuolisen, katsoa tavallaan hyväksyneen vahinkoriskin, minkä vuoksi ankaran vastuun asettaminen työnantajalle ei olisi perusteltua.[28] Kun tietty peruskorvaustaso lisäksi on taattu tapaturmavakuutuslain perusteella, ei myöskään olisi tarpeen korostaa työnantajan vastuuta muilta osin. Toisaalta saatetaan korostaa, että työnantajan ja työntekijän välinen sopimussuhde nimenomaan puhuu vastuun ankaroittamisen puolesta. Vahingonkorvausvastuuhan yleensä on ankarampi sopimussuh-

[26] Ks. esim. *Nygaard*, Skade og ansvar, 2. utg. Bergen 1980, s. 244 ss.
[27] *Karlgren* 1968 s. 176 ss.
[28] Vrt. esim. *Nygaard* 1980 s. 278 (»yrkesrisiko»).

teissa kuin sopimussuhteen ulkopuolella. Vaarantamisvastuuta koskevassa kirjallisuudessa on myös useasti todettu, että ankaran vastuun asettaminen olisi erityisen perusteltua nimenomaan tapauksissa, joissa vahingonkärsijän ja vahingonaiheuttajan välillä on sopimussuhde tai tilanteeseen muutoin liittyy sopimusoikeudellinen vivahde.[29] Työoikeudessa vallitsevan yleisen työntekijän suojeluperiaatteen valossa olisi myös yllättävää, jos työntekijän oikeus korvaukseen olisi muiden — ehkä samanlaista vahinkoa kärsineiden — korvausoikeutta rajoitetumpi.

Vaikka toiseenkin suuntaan viittaavia argumentteja voidaan esittää, näyttävät viimeksimainitut näkökohdat kuitenkin vahvasti puhuvan sen puolesta, että vaarantamisvastuun tulisi työsuhteessa olla *vähintään yhtä laaja* kuin vahingonkorvausoikeudessa yleensä. Myös oikeuskäytännöstä löytyy tukea vaarantamisvastuuta koskevien periaatteiden soveltamiseen työsuhteeseen. Suomessa korkein oikeus on soveltanut aiemmin puheena ollutta räjäytystyön harjoittajan ankaraa vastuuta myös työntekijän kärsimään vahinkoon:

> *KKO 1982 II 70.* Työnantaja, joka suoritti erityisen vaaralliseksi katsottavaa räjäytys- ja louhintatyötä, velvoitettu tuottamuksesta riippumatta korvaamaan työntekijälleen vahinko, joka tätä oli kohdannut sanotussa työssä.
>
> Tässä yhteydessä voi myös mainita, että Tanskan korkein oikeus näyttää soveltaneen yllä luonnosteltuja »puutteellisuusvastuuta» koskevia periaatteita tapauksessa, jossa rakennustyöntekijä loukkautui puupalkissa olleen materiaalivian vuoksi syntyneessä työtapaturmassa.[30]

On näin ollen aivan ilmeistä, että myös vastuu koneiden ja laitteiden aiheuttamista vahingoista tulee olla vähintään yhtä laaja vahingon kohdistuessa työntekijään kuin ulkopuoliseen henkilöön. Yllä kohdassa 3 eritellyt mahdollisuudet soveltuvat siten myös työtapaturmiin.

5. Päätelmiä

Kuten tässä on pyritty osoittamaan, voidaan esittää varsin painavia argumentteja sen puolesta, että työnantajalla olisi ankara vastuu

[29] Näin esim. *Saxén* 1975 s. 237 s., jossa nimenomaan käsitellään koneiden ja teknisten apuvälineiden aiheuttamia vahinkoja, *Bengtsson,* LM 1984 s. 998 s. sekä *Vinding Kruse* 1971 s. 296 ja *Jørgensen — Nørgaard* 1976 s. 83 (jotka viittaavat tanskalaiseen oikeustapaukseen U 1957.109). Vrt. *Taxell* 1972 s. 299.

[30] Ks. *Jørgensen — Nørgaard* 1976 s. 83 s. (tapauksesta U 1974.1014). — Ks. myös Norjasta *Nygaard* 1980 s. 245 (tapauksesta Rt. 1969 s. 1308).

käyttämiensä koneiden ja laitteiden työntekijöille aiheuttamista vahingoista ainakin kahdessa tilanteessa:

(i) Työnantajalle voi syntyä »puhdas» vaarantamisvastuu, jos konetta tai laitetta on pidettävä »erityisen vaarallisena». Kysymykseen, mitkä koneet ja laitteet voitaisiin sijoittaa tähän luokkaan, ei tässä voida laajemmin paneutua. Oikeuskäytännöstä ei tässä rajanvedossa ole paljoakaan apua: se seikka, että korkein oikeus vuonna 1965 on todennut, ettei maansiirtotraktori ollut tässä mielessä vaarallinen, ei anna mainittavaa johtoa, varsinkin kun vahingonkorvausoikeuden alalla vallitsevat näkemykset myös tämän ajankohdan jälkeen ovat kehittyneet ankaraa vastuuta suosivaan suuntaan.

> Todettakoon, että korkein oikeus tapauksessa *KKO 1954 II 120* katsoi *puristinkoneen* olevan rakenteensa vuoksi käyttäjälleen vaarallinen. Tämän perusteella vähemmistö (yksi oikeusneuvos) halusikin soveltaa ankaraa vastuuta; enemmistö tuomitsi kuitenkin työnantajan korvausvelvolliseksi laiminlyönnin perusteella.
>
> Tässä yhteydessä voisi mainita toisenkin esimerkin. On väitetty, että *hihnakuljetin* on yksi teollisuuden vaarallisimmista laitteista; vuosittain kuolee maassamme keskimäärin yksi henkilö tällaiseen laitteeseen liittyvissä tapaturmissa ja tämän lisäksi sattuu vakavia loukkaantumistapauksia.[31] Hihnakuljettimen käyttöön liittyvät vaaratekijät lienevät näin ollen huomattavasti suuremmat kuin esim. autokilpailun järjestämiseen. Ankaran vastuun liittäminen hihnakuljettimen aiheuttamiin työtapaturmiin olisi näin ollen hyvin perusteltavissa.

(ii) Jos vahinko on aiheutunut siitä että kone tai laite on ollut jollakin tavoin virheellinen tai puutteellinen, työnantajalle voi — riippumatta laitteen vaarallisuudesta — syntyä ankara »puutteellisuusvastuu» työntekijää kohdanneesta vahingosta.[32] Työnantaja vastaa suoraan puutteellisuuden perusteella, eikä sillä ole merkitystä, tiesikö hän mahdollisesti puutteesta, oliko siitä huomautettu työsuojelutarkastuksessa vai oliko hän jopa jo ryhtynyt asianmukaisiin toimenpiteisiin puutteen poistamiseksi. Edellä selostetusta oikeustapauksesta KKO 1984 II 190 ilmenee kuitenkin eräs ajateltavissa oleva rajoitus ko. ankaraan vastuuseen: mikäli kone tai laite olisi ulkopuolisen toimesta rikottu, saattaisi tämä seikka vapauttaa (asiasta tietämättömän) työnantajan vastuusta.

---

[31] Tiedot on otettu Teollisuusvakuutuksen teettämästä »Nyrkkipostia hihnakuljettimista» (Myllykoski 1981).

[32] Tämä ankara vastuu liittyisi näin ollen työturvallisuuslain 29 §:n mukaiseen erityiseen velvollisuuteen pitää koneita ja laitteita tapaturmien ehkäisemiseksi tarkoituksenmukaisesti rakennettuina, sijoitettuina ja asennettuina sekä varustettuina tarpeellisin suojalaittein ja merkinnöin. — Ks. myös mainitun lain 40 §.

»Ulkopuolisena» ei tällöin tietenkään voida pitää esimerkiksi koneen korjaajaa tai huoltajaa tai muuta henkilöä, joka työnantajan toimeksiannosta tai luvalla käsittelee konetta, vaikka nämä eivät olisikaan yrityksen palveluksessa.

Anders Vinding Kruse

Erstatning og forsikring
Ny Dansk lov

I. Problemet

Som så mange andre retsområder er erstatningsretten i vort århundredes komplicerede samfund kommet ind i en voldsom udvikling.

For det første er erstatningsområdet blevet udvidet væsentligt, dels gennem en skærpelse af culpareglen, og dels ved at man har indført en række strengere ansvarsregler. Men rent bortset herfra, må det utvivlsomt konstateres, at selve antallet af erstatningstilfælde er svulmet betydeligt op. Som de væsentligste årsager til denne udvikling kan nævnes den stærke befolkningstilvækst og det deraf følgende stadig mere fortættede samfundsliv og den almindelige øgede velstand i forbindelse med den stadig voksende industrialisering og motorisering af samfundet, der tilsammen har medført en voldsom stigning i skadestilfældene.

Men disse faktorer er formentlig ikke de eneste. Også årsager af rent psykologisk art har uden tvivl været medbestemmende. Det enkelte menneskes trang til at sikre sig mod livets omskiftelighed og ulykker har på grund af samfundsudviklingen fået langt bedre vilkår, og samtidig er mentaliteten også blevet mere lydhør for det »humanitære».

Samtidig med denne udvikling har forsikringsinstituttet fået en meget betydelig udbredelse, og da dets formål er at dække skader, har det meget naturligt kommet til at spille en betydelig rolle for erstatningsrettens udvikling. Her må *ansvarsforsikringen* først nævnes. Når skadevolderen er ansvarsforsikret, er på den ene side skadelidte sikker på at få sit krav betalt, medens skadevolderen på den anden side er sikret mod at skulle udrede erstatningen, og han er derfor normalt ikke fristet til at søge at unddrage sig ansvaret, ligesom domstolene måske vil være mere tilbøjelige til at pålægge ansvar. Ansvarsforsikringen har derfor også haft sin andel i udvidelsen af området for erstatningsreglerne og den skærpelse af culpareglen, som har fundet sted

i det sidste par menneskealdre. En udvikling som også er blevet begunstiget ved, at man på områder, hvor der hyppigt voldes skade, som f.eks. ved motorkørsel, har indført tvungen ansvarsforsikring og skærpede ansvarsregler. Forsikringsvæsenet har i det hele taget givet øgede muligheder for at indføre objektive erstatningsregler.

På den anden side står *skades- og ulykkesforsikringen,* der også dækker skadelidtes tab. Her giver forsikringsinstituttet muligheder for lempelser i skadevolderens ansvar, men i begge tilfælde slipper skadevolderen for et personligt ansvar (bortset fra selvrisiko og lignende).

Herved opstår der et dilemma for erstatningsrettens udvikling. Skal hovedvægten lægges på ansvarsforsikringen eller på skadesforsikringen? Lægges hovedvægten på ansvarsforsikringen vil konsekvensen være, at skadesforsikringen altid skal have regres mod ansvarsforsikringen, og vil man påvirke folk til at tegne ansvarsforsikringer, må man også give skadesforsikringen regres mod skadevoldere, som ikke har nogen ansvarsforsikring. Lægger man omvendt hovedvægten på skadesforsikringen, bør denne forsikring nægtes regres mod skadevolderen. Men hvad enten man gør det ene eller det andet, vil der dog af indlysende grunde stadig være behov for begge forsikringstyper. Man kan derfor ikke undgå en større eller mindre dobbeltdækning, fordi mange skader vil være dækket både af en skadesforsikring og en ansvarsforsikring. Dobbeltdækningen med deraf følgende dobbeltadministration kan derfor ikke undgås, og problemet vil derfor være, hvorledes systemet kan indrettes mest rationelt således, at skaderne dækkes af ansvarsforsikringen, hvor dette er mest hensigtsmæssigt navnlig under hensyn til præventionen og til overvejelser over, hvor risikoen for skaden mest naturligt bør ligge. Og på lignende måde, om skadesforsikringen bør dække skaden uden regres mod den ansvarlige skadevolder, hvad enten denne så har en ansvarsforsikring eller ej.

Dette problem, om *hvor skaderne bør kanaliseres hen,* har været genstand for indgående drøftelser i nordisk og fremmed retslitteratur. I Norden må navnlig henvises til Jan Hellner, Försäkringsgivarens regressrätt, Stockholm 1953. Det har ligeledes været behandlet flere gange i de samarbejdende nordiske lovgivningskomitéer vedrørende forsikring eller erstatningsansvar. I nærværende afhandling skal spørgsmålet søges belyst ved hjælp af den *nye danske lov om erstatningsansvar* (»erstatningsansvarsloven» forkortet til »*EAL*»), som trådte i kraft den 1. oktober 1984. I det følgende behandles først og fremmest reglerne om forsikring af ting (løsøre) og fast ejendom, som findes i lovens kap. 2 og 3 (§§ 19—25). Reglerne har deres basis i det lovforslag, som blev foreslået af de nordiske lovkomitéer 1975—78 om lempelse

af skadesansvar m.v. nemlig dansk Betænkning nr. 829, 1978 om lempelse af erstatningsansvar m.v., norsk NOU 1977: 33 om endringer i erstatningslovgivningen og svensk SOU 1975: 103, Skadestånd VI, Försäkringsgivares regress m.m.

II. Det historiske og legislative perspektiv

Allerede i en artikel i UfR 1901, s. 289 f og 997f gik den danske dommer F. C. Zahlmann ind for, at skadesforsikringen (navnlig brandforsikringen) som hovedregel ikke burde have noget krav mod den ansvarlige skadevolder, hvis skadevolderen kun havde handlet med simpel uagtsomhed. Nogenlunde samme standpunkt indtog N. H. Bache i UfR 1917, s. 269f, medens Henry Ussing, UfR 1920, s. 161f og TfR 1920, s. 19f, indtog en mere forsigtig holdning. Navnlig anførte han, at skadevolderen ikke burde have nogen lempelse, hvor forsikringstageren selv ikke kunne få erstatning af forsikringen, dersom han havde fremkaldt forsikringsbegivenheden ved simpel uagtsomhed, da dette ville være uretfærdigt. Synspunktet bør vel i princippet anerkendes, men det er i nutiden næsten helt upraktisk — i alt fald i dansk forsikringspraksis. Men Ussing var i det hele taget temmelig skeptisk over for den foreslåede hovedregel — ikke mindst ved objektivt ansvar.

I løbet af nittenhundredetyverne forhandlede man på nordisk plan om en forsikringsaftalelov (forkortet: FAL), som blev gennemført i Danmark i 1930. Norge, Finland og Sverige gennemførte ligeledes denne lov, hvis regler om regresspørgsmålet findes i lovens § 25, der samtidig fastslog, at regreskravet kun var et »afledet» og ikke et selvstændigt krav. Ordlyden i § 25 er ikke helt ens i de nordiske love, og praktiseringen udviser også en del forskelligheder. I det følgende vil jeg kun beskæftige mig med den danske, som har følgende formulering:

»§ 25. Er nogen overfor den sikrede erstatningspligtig for en af forsikringen omfattet begivenhed, indtræder selskabet i det omfang, i hvilket det har betalt erstatning til den sikrede, i dennes ret mod den erstatningspligtige. Hvis trediemand har forvoldt skaden ved en uagtsomhed, der ikke kan betegnes som grov, eller hviler hans ansvar udelukkende på reglen i Christian den Femtes Danske Lov 3—19—2 (om arbejdsgivernes ansvar for deres arbejdstageres uagtsomme skadeforvoldelser) kan skadevolderens erstatningspligt nedsættes eller efter omstændighederne helt bortfalde.

Ved livs-, ulykkes- og sygeforsikring har selskabet intet krav mod den, der har fremkaldt forsikringsbegivenheden. At den sikrede har mod-

taget erstatning af selskabet eller af skadevolderen, påvirker ved disse forsikringer ikke hans krav henholdsvis mod skadevolderen eller mod selskabet. Bestemmelserne i stykke 1 finder dog anvendelse ved ulykkes- og sygeforsikring, for så vidt forsikringsydelsen har karakteren af en virkelig skadeserstatning.

Selskabet kan ikke forbeholde sig ret til at indtræde i sikredes ret mod trediemand i videre udstrækning end ovenfor hjemlet.»

Som det vil ses, er ansvarslempelse kun gjort til en undtagelse fra den almindelige regel om forsikringsselskabets regres mod den ansvarlige, når der foreligger en skadesforsikring. Ved livs- ulykkes- og sygeforsikring er der omvendt ingen regres, men dette medfører ingen lempelse af den ansvarliges ansvar. Reglen er i det hele præceptiv i den danske version.

Det følger af reglen, at der ikke kan ske lempelse ved objektivt ansvar, men kun ved culpaansvaret (bortset fra forsæt eller grov uagtsomhed) og ved arbejdsgiveransvaret (principalansvaret) og kun, hvis domstolene finder det rimeligt. Ansvarslempelsen er med andre ord fakultativ.

Reglen gav i Danmark anledning til en meget omfattende domspraksis, og domstolene gav normalt ingen lempelse, hvis der forelå »betydelig simpel» uagtsomhed, eller hvis skaden skyldtes fagfejl ved erhvervsmæssigt arbejde, eller hvis der forelå skader som følge af mangelfuld vedligeholdelse af bygninger samt i en række andre tilfældegrupper.

FAL § 25 blev fra mange sider kritiseret (også af mig), dels fordi den ikke var vidtgående nok, og dels fordi den efterlod så mange tvivlsspørgsmål med deraf følgende usikkerhed i domspraksis.

Hele problematikken blev taget op i de ovenfor nævnte nordiske betænkninger fra 1975—78, og hovedsynspunktet var, at man — modsat FAL's 25 — som *hovedregel ville lade ansvaret bortfalde, hvis skaden er dækket af en skadesforsikring eller en driftstabsforsikring,* hvilket i sin konsekvens vil medføre, at der ikke er plads for noget regreskrav. Fra denne hovedregel ville man så opstille nogle undtagelsestilfælde, hvor ansvaret skulle opretholdes, fordi præventive eller risikofordelingssynspunkter gjorde dette særligt påkrævet. Dette spørgsmål gav anledning til megen debat i erstatningsudvalgene, men man nåede dog frem til væsentlig enighed. Det danske udkast fra 1978 fik følgende formulering:

»§ 6. I det omfang en skade er dækket af en tingsforsikring eller en driftstabsforsikring, er der ikke erstatningspligt, medmindre:

1) den, mod hvem erstatningskravet rettes, selv har forvoldt skaden forsætligt eller ved grov uagtsomhed, eller
2) skaden er opstået som følge af, at der ved planlægningen eller tilrettelæggelsen af offentlig eller erhvervsmæssig virksomhed er valgt arbejdsmetoder eller materiel, som må anses for uforsvarlige.

§ *7.* Staten, en kommune eller en anden offentlig institution eller en erhvervsdrivende virksomhed med betydelige økonomiske interesser, der ikke har tegnet en tingsforsikring, som det for andre ville have været sædvanligt at tegne, er som skadelidt stillet, som om sådan forsikring var tegnet.

§ *8.* §§ 6 og 7 gælder ikke for erstatningsansvar, der følger af:

1) færdselslovens regler om ansvar for motordrevne køretøjer, eller som iøvrigt er dækket af den for køretøjet tegnede lovpligtige ansvarsforsikring.
2) søloven,
3) love om ansvar for skade forvoldt ved jernbanedrift,
4) luftfartsloven,
5) love om fragtaftaler,
6) atomanlægsloven,
7) stærkstrømsloven.

Stk. 2. §§ 6 og 7 gælder endvidere ikke for erstatningsansvar for skade, som i offentlig eller erhvervsmæssig virksomhed er forvoldt:

1) af en defekt ved et leveret produkt,
2) af sprængnings-, udgravnings-, nedramnings- eller lignende arbejde.»

III. Ordningen i erstatningsansvarsloven af 1984 og dens forhold til 1978-udkastet

Ved erstatningsansvarsloven (EAL) skete der forskellige ændringer i 1978-udkastet, idet den fik følgende ordlyd:

»§ *19.* I det omfang en skade er dækket af en tingsforsikring eller en driftstabsforsikring, er der ikke erstatningsansvar.

Stk. 2. Reglen i stk. 1 gælder ikke såfremt:

1) den erstatningsansvarlige har forvoldt skaden forsætligt eller ved grov uagtsomhed, eller

2) skaden er forvoldt ved udøvelse af offentlig eller erhvervsmæssig virksomhed eller virksomhed, der kan ligestilles hermed.

Stk. 3. Har en arbejdstager forvoldt en skade, der er dækket af en tingsforsikring, en driftstabsforsikring eller arbejdsgiverens ansvars-

forsikring, ifalder arbejdstageren ikke erstatningsansvar, medmindre skaden er forvoldt forsætligt eller ved grov uagtsomhed.

§ *20.* Staten, en kommune eller en anden offentlig institution, der i almindelighed er selvforsikrer, er stillet, som om forsikring var tegnet, jfr. § 19.

§ *21.* §§ 19 og 20 gælder ikke for erstatningsansvar, der er omhandlet i

1) færdselslovens regler om ansvar for motordrevne køretøjer, eller som i øvrigt er dækket af den for køretøjet lovpligtige ansvarsforsikring,

2) luftfartsloven eller

3) søloven.

§ *22.* Såfremt der er erstatningsansvar for en skade, der er dækket af en skadesforsikring, indtræder forsikringsselskabet i det omfang, det har betalt erstatning, i den skadelidtes ret mod den erstatningsansvarlige.

Stk. 2. Ved livs-, ulykkes- eller sygeforsikring eller anden personforsikring har selskabet uanset forsikringens karakter intet krav mod den erstatningsansvarlige.»

I det følgende skal der gives en redegørelse for baggrunden for disse regler og for ændringerne i forhold til 1976-udkastet.

Den almindelige regel om bortfald af erstatningsansvar, når skaden er dækket af en tingsforsikring eller en driftstabsforsikring, er begrundet i, at hverken præventionsprincippet eller almene risikofordelingshensyn taler afgørende imod reglen. Det var der enighed om, og fra forsikringsselskabernes side antog man, at reglen ikke ville medføre nogen særlig stigning i forsikringspræmierne.

Derimod var der uenighed på nogle punkter mellem Erstatningsudvalget og de berørte organisationer, såsom Assurandør-Societetet, Industrirådet, Advokatrådet m.fl.

Der var dog enighed om, at der af hensyn til præventionen og til den almindelige retsfølelse ikke burde ske bortfald af erstatningspligten, hvis skadevolderen har forvoldt skaden forsætligt eller ved grov uagtsomhed.

Endvidere var der enighed om, at erstatningsansvaret burde bortfalde også ved objektivt ansvar og ved ansvaret i kontraktsforhold. Og ansvaret skulle også bortfalde, selvom skadevolderen havde tegnet en ansvarsforsikring.

Derimod var der *uenighed om de 2 undtagelser* fra bortfaldsreglen, som følger af 1976-udkastets § 6, nr. 2 og § 8, stk. 2, nemlig:

1) hvor skaden er opstået som følge af, at der ved planlægningen

eller tilrettelæggelsen af offentlig eller erhvervsmæssig virksomhed er valgt arbejdsmetoder eller materiel, som må anses for uforsvarlige.

2) hvor det drejer sig om erstatningsansvar for skade, som i offentlig eller erhvervsmæssig virksomhed er forvoldt:

a) af en defekt ved et leveret produkt, eller

b) af sprængnings-, udgravnings-, nedramnings- eller lignende arbejde.

Flere organisationer og myndigheder havde i deres udtalelse om betænkningen foreslået, at disse undtagelser fra reglerne burde være væsentligt mere videregående.

Assurandør-Societetet fandt således, at der burde være fuld erstatningspligt og dermed også fuld regresret for al uagtsomhed også simpel uagtsomhed for skader, der forvoldes under udøvelse af erhvervsmæssig virksomhed. Societetet fremhævede, at private ansvarsforsikringer stort set er helt standardiserede, og at præmiefastsættelsen for disse forsikringer derfor alligevel ikke vil kunne ske således, at den får en skadesforebyggende effekt. For så vidt angår erhvervsdrivende burde udgangspunktet imidlertid være, at der er fuld regres. Erhvervslivets ansvarsforsikringer tegnes ofte efter en individuel vurdering af risikoen i den enkelte virksomhed. Forsikringsselskabet følger virksomhedens skadesforløb, hvilket har betydning for regulering af præmierne. I visse tilfælde deltager forsikringsselskabernes sagkyndige endog i selve tilrettelæggelsen af arbejdet med henblik på at forebygge, at ansvarspådragende skader opstår. Societetets hensigt var dog ikke, at en fuld regresret nødvendigvis skulle udnyttes fuldt ud. Det burde imidlertid efter societetets opfattelse overlades til forsikringsselskaberne indbyrdes ved regresaftaler at fastlægge, i hvilket omfang og under hvilke omstændigheder tingsforsikringen kan frafalde regres over for ansvarsforsikringen, uden at erstatningsrettens skadesforebyggende effekt forringes.

Industrirådet nævnte i sin udtalelse, at det gennem årtiers påvirkning er opnået, at formentlig samtlige erhvervsvirksomheder har tegnet erhvervsansvarsforsikring, og at det gennem en betydelig standardisering har været muligt i en række tilfælde at etablere denne forsikring uden særlige vanskeligheder for forsikringstageren. Særligt om den foreslåede undtagelse for defekte produkter fremhævedes det, at dette forslag ville betyde, at produktansvaret og det almindelige erhvervsansvar adskilles. I betragtning af, at produkt- og erhvervsansvar — ikke mindst i forsikringsmæssig henseende — behandles i sammenhæng med og i tilknytning til hinanden, måtte et sådant resultat efter rådets opfattelse anses for uønskværdigt. Det nævntes i denne forbin-

delse, at dansk industri og dansk forsikring er enige om, at det for at undgå huller i forsikringsdækningen er vigtigt at sikre, at der tegnes en kombineret produkt- og erhvervsansvarsforsikring — eller i hvert fald, at de to forsikringer tegnes i samme selskab. Med den forskelsbehandling, som lovudkastet i 1976-betænkningen indebar for produktansvar og erhvervsansvar, forventedes det, at den eksisterende tilskyndelse til etablering af en kombineret forsikring for de nævnte to ansvarsarter ville bortfalde. Det ville blive en uheldig konsekvens heraf, at skadevolder og skadelidte blev stillet i en ubehagelig situation som følge at afgrænsningsvanskeligheder vedrørende ansvaret og dækningsområdet for separate produktansvars- og erhvervsansvarspolicer.

Justitsministeriet tiltrådte, at det navnlig af præventive grunde måtte anses for hensigtsmæssigt at fastholde regressen i erhvervsforhold. Det måtte endvidere anses for ønskeligt at undgå de afgrænsningsvanskeligheder mellem produkt- og andet erhvervsansvar, som udvalgets udkast ville medføre. Som følge heraf, og da offentlig virksomhed i denne sammenhæng burde ligestilles med erhvervsmæssig virksomhed, foresloges det, at der skal være fuldt erstatningsansvar, hvis en skade er forvoldt ved udøvelse af offentlig eller erhvervsmæssig virksomhed eller virksomhed, der kan ligestilles hermed, se EAL § 19, stk. 2, nr. 2, sammenholdt med § 19, stk. 1. Dette medførte samtidig, at flere af de særlige undtagelser, som udvalget havde foreslået, kunne udgå. Resultatet ville imidlertid normalt altid blive det samme, selv om disse undtagelser var bevaret i forslaget, idet de skader, som er omfattet af undtagelserne, næsten altid vil være forvoldt ved udøvelse af offentlig eller erhvervsmæssig virksomhed. Dette gælder dog ikke ansvaret efter færdselsloven, luftfartsloven og søloven, og erstatning efter disse loves ansvarsregler blev derfor også undtaget, se EAL § 21.

Udvalget havde foreslået en *særlig regel om lempelse af arbejdstagerens ansvar,* se EAL § 23, som er parallel med reglen i finsk ret. Udvalget havde imidlertid ikke overvejet, om der burde gælde noget særligt i de tilfælde, hvor den skade, som den ansatte har forvoldt, er dækket af tings- eller driftstabsforsikring hos skadelidte eller af arbejdsgiverens ansvarsforsikring. Da der som nævnt efter lovforslaget skulle være fuld regres, hvis en skade er forvoldt ved udøvelse af offentlig eller erhvervsmæssig virksomhed, fandt justitsministeriet, at spørgsmålet burde løses i lovforslaget, således at der blev udformet en særlig regel, der begrænsede arbejdstagerens ansvar. Det foresloges derfor i § 19, stk. 3, at arbejdstagerens ansvar helt bortfalder, såfremt skaden er dækket af en tingsforsikring eller drifttabsforsikring hos skadelidte, eller af arbejdsgiverens ansvarsforsikring. Af præventions-

mæssige årsager fastholdtes den ansattes ansvar dog, hvis der er handlet forsætligt eller udvist grov uagtsomhed.

1976-udkastet havde i betænkningen foreslået, at *en »selvforsikrer» bør være stillet, som om tingsforsikring var tegnet.* Efter udvalgets forslag kunne foruden staten, kommuner og andre offentlige institutioner også større erhvervsvirksomheder være selvforsikrere. De nævnte institutioner og virksomheder var dog kun stillet, om om forsikring var tegnet, såfremt forsikringen var »sædvanlig»; altså en forsikring, som normalt blev tegnet.

Industrirådet anførte, at det ville medføre betydelige retstekniske problemer at afgøre, dels hvilke erhvervsvirksomheder, der var omfattet af bestemmelsen, dels hvilke forsikringer, der var »sædvanlige».

Justitsministeriet var enig i, at den af udvalget foreslåede regel ville medføre betydelige afgrænsningsvanskeligheder. Lovforslaget indeholdt derfor en mindre vidtgående regel om selvforsikring. Således er det alene offentlige institutioner, der er omfattet af bestemmelsen, og det kræves ikke, at forsikring skal være »sædvanlig». Udvalget havde alene foreslået, at en selvforsiker skulle være stillet, som om tingsforsikring var tegnet. Dette forslag hang sammen med, at en drifttabsforsikring er så individuelt tegnet, at der næppe ville kunne forekomme tilfælde, hvor en sådan forsikring kunne anses for at være »sædvanlig». Da det nu ikke kræves, at forsikringen skal være »sædvanlig», foresloges det, at en selvforsikrer i enhver henseende stilles, som om forsikring var tegnet.

Reglen om selvforsikring findes i EAL § 20, se ovenfor.

Ser vi herefter på *personskader,* har man rejst det spørgsmål, om erstatningsretten helt kan afløses af sociale ydelser suppleret med tvungne private ulykkesforsikringer, som f.eks. arbejdsskadeforsikringer eller ansvarsforsikringer, som f.eks. motorkøretøjsforsikringer.

En sådan fuldstændig afløsning af erstatningsnasvaret for personskader vil næppe i en overskuelig fremtid kunne realiseres. Det er dog sket på New Zealand. EAL har imidlertid fortsat den udvikling, som allerede længe har været i gang:

Gratis lægehjælp og hospitalsophold fradrages i erstatningen, uden at det offentlige har ret til regres — ikke engang i de tilfælde, hvor skadevolderen har handlet forsætligt eller groft uagtsomt, EAL § 17, stk. 1. Det samme gælder alle andre sociale ydelser, som f.eks. dagpenge, der fradrages i tabt arbejdsfortjeneste; dog har en arbejdsgiver et afledet krav i h.t. § 17, stk. 2.

Ydelser efter arbejdsskadeforsikringsloven (ASFL) skal også fradrages i godtgørelsen for varigt mén (§4) og i erhvervsevnetabs-

erstatningen (§§ 5—9), men ligeledes uden regresadgang, jfr. EAL § 30, som ændrer ASFL § 55.

Derimod sker der ikke fradrag for andre varige sociale ydelser, som kommer til udbetaling i anledning af skaden, som f.eks. invalidepension. Det samme gælder private ulykkes- eller pensionsforsikringer. Det følger nærmest heraf, at der heller ikke er regres mod skadevolderen for nogen af disse ydelser, men det siges dog udtrykkeligt i § 17.

På den anden side er der taget et vist hensyn til disse ydelser ved fastsættelsen af kapitalisationsfaktoren i § 6, idet denne »kun» er sat til 6 gange det årlige indtægtstab. Det må forøvrigt i denne forbindelse bemærkes, at den renteindtægt, som skadelidte vil få af méngodtgørelsen og af erstatningen for erhvervsevnetab ofte vil medføre nedsættelse af de sociale ydelser. Som et eksempel til illustration kan nævnes en mand med en årsindtægt på 140.000 kr., der bliver 100 % invalid. Han vil normalt efter EAL få 200.000 kr. i méngodtgørelse og 840.000 kr. i erhvervsevnetab. Bliver disse 1.040.000 kr. sat til forrentning med 11 % p.a., får han ca. 115.000 kr. årligt. Til gengæld nedsættes hans invalidepension til ca. 35.000 kr. I alt får han således ca. 150.000 kr. årligt — altså noget mere end indtægtstabet.

Denne videreførelse af den hidtidige udvikling angående regressens bortfald ved personskadeserstatningen har ikke givet anledning til betænkeligheder m.h.t. erstatningsreglens præventive funktion. Synspunktet i betænkningerne har været følgende:

»Ved vurderingen af, om der bør tillægges de sociale sikringsordninger regres mod skadevolderen, må man tage i betragtning, at de fleste af disse ordninger finansieres af det offentlige gennem skattebetalingen. Også ordninger som den lovpligtige arbejdsskadesforsikring af arbejdstagere, bæres vel i sidste ende også af samfundet gennem indregning i priserne. Alle borgere kan derfor siges efter evne at have ydet til de forskellige sociale foranstaltninger, således at bidragene virker som en slags præmiebetaling til en fælles social forsikringsordning. Også skadevolderen vil normalt have bidraget hertil.»

Ved siden af de ovennævnte lempelsesregler har EAL i § 24 indført en *almindelig lempelsesregel* som foreslået i 1976-betænkningen.

Reglen gælder for alle former for erstatningsansvar både for personskade, tab af forsørger, tingsskade og almindelig formueskade. Den finder anvendelse såvel på ansvar efter culpareglen som på ansvar efter strengere regler, og uanset om ansvaret hviler på kontraktsforhold mellem skadevolder og skadelidte. Bestemmelsen gælder også, selv om ansvaret følger af særlige regler i den øvrige lovgivning.

Ved personskade gælder den såvel for erstatning ved økonomisk

skade som for godtgørelse ved ikke-økonomisk skade. Når bestemmelsen kan kaldes en »almindelig» lempelsesregel, er det, fordi den har dette universelle anvendelsesområde. Samtidig er der grund til at understrege, at bestemmelsen er »speciel» i den forstand, at den kun forudsættes anvendt rent undtagelsesvis som en art »sikkerhedsventil» i de tilfælde, hvor de erstatningsretlige regler ville føre til urimelige resultater.

Stk. 1 indeholder to led. Første led er en regel om, at ansvaret kan lempes, hvis betaling af fuld erstatning vil *virke urimeligt tyngende for skadevolder.* Denne regel er tænkt anvendt i tilfælde, hvor betaling af fuld erstatning vil pålægge skadevolderen en byrde, der ud fra sociale og humanitære hensyn virker uacceptabel. Efter dette led er det altså først og fremmest skadevolders økonomiske forhold, som bliver afgørende ved vurderingen af, om lempelse bør ske. De øvrige momenter, der er nævnt i bestemmelsen — skadens størrelse, ansvarets beskaffenhed, skadelidtes interesse og foreliggende forsikringer — har dog betydning ved vurderingen af, om den byrde, der lægges på skadevolder, er urimeligt tyngende. Reglen er næsten parallel til den finske skadeståndslagsregel.

Andet led er en regel om, at ansvaret kan lempes, hvor *ganske særlige omstændigheder i øvrigt gør det rimeligt.* Denne regel kan altså anvendes, selv om erstatningsbyrden ikke er urimeligt tyngende for skadevolderen, hvis det dog forekommer urimeligt, at han skal betale erstatning eller fuld erstatning. Formuleringen »ganske særlige omstændigheder» understreger, at reglen kun er tænkt anvendt i sjældne undtagelsestilfælde.

Der kan efter stk. 2 under tilsvarende betingelser som angivet i stk. 1 ses helt eller delvis bort fra *skadelidtes medvirken* til skaden. Ved krav om erstatning til den, der har mistet en forsørger, gælder det samme om afdødes medvirken (altså identifikation).

Som det følger af gennemgangen af den nye danske erstatningsansvarslov er denne gået en del videre i ansvarslempelse end de nordiske erstatningslovsudvalg foreslog. Dog har den på den anden side helt undtaget offentlig eller erhvervsmæssig virksomhed fra lempelses- eller rettere bortfaldsreglen i § 19. Denne generelle undtagelse må dog anses for velbegrundet, og den har tillige betydelige retstekniske fordele.

For at afrunde redegørelsen for loven må det til sidst nævnes, at loven i kap. 1 har gennemført *faste regler om udmålingen af erstatning og godtgørelse for personskade og tab af forsørger.* Men det er som Kipling sagde en anden historie — bortset fra, at lovens § 17 som nævnt

har ophævet al regres for sociale ydelser, pensionsydelser samt livs- og ulykkesforsikringer.*

Det bliver interessant at se, om de øvrige nordiske lande vil følge de nye danske regler, hvis der igen opstår spørgsmål om reformer, navnlig af forsikringsaftalelovens § 25.

---

* *Af litteratur om loven* må — foruden de ovennævnte betænkninger — navnlig nævnes: *A. Vinding Kruse* og *Jens Møller,* Erstatningsansvarsloven med kommentarer, 1985, *Jens Møller* og *Christian Trønning,* Erstatningsansvarsloven, Juristen 1984, s. 228—250, *Bo von Eyben,* Erstatningsudmåling, personskade, forsørgertab, 1984; samme forfatter har i sin disputats, Kompensation for personskade I, 1983, indgående beskæftiget sig med de legislative spørgsmål vedrørende personskade og tab af forsørger. Den nye lov følger dog ikke forf.s forslag. *Ditlev Wad,* Den nye danske erstatningsansvarslov, Nordisk Forsikringstidsskrift 1985, s. 55—68. *Anders Vinding Kruse, Jens Møller, Christian* Trønning, Ny dansk lov om erstatningsansvar, TfR 1985. 329—358, *Bernhard Gomard* og *Ditlev Wad,* Erstatning og godtgørelse, 1986. *Anders Vinding Kruse,* Erstatningsretten, 1986.

Juhani Wirilander

Myyjän ilmoitusvelvollisuudesta kiinteistön kaupassa

Kiinteistön kaupan sopimusneuvotteluihin kuuluu olennaisena osana tietojen hankkiminen ja esittäminen kaupan kohteesta. Oikeat tiedot ovat ostajaehdokkaalle tärkeitä hänen selvittäessään myynnissä olevan kiinteistön käyttö- ja vaihdantamahdollisuuksia ja kiinteistön arvoa. Mutta tietojen oikeellisuudella on merkitystä myös myyjälle, joka näin voi rakentaa tarjouksensa realistiselle pohjalle. Siitä kenen asiana tietojen hankkiminen ja esittäminen on, ei kuitenkaan ole muodostunut kovin selvää kokonaiskuvaa. Voimassa olevassa lainsäädännössämme asiasta ei ole säädetty mitään myyjän ja ostajan suhdetta silmällä pitäen.

Vaikeudelle muodostaa kysymyksestä kokonaiskuvaa on olemassa tiettyjä periaatteellisia syitä. Niitä voidaan käsitellä tarkastelemalla, millä tavoin kysymys voitaisiin järjestää lainsäädännössä.

Jos lainsäädännössä asetetaan tavoitteeksi se, että ostajalla on oikeat tiedot kaupan kohteesta, voidaan tähän tavoitteeseen pyrkiä eri tavoin. Laissa voidaan positiivisesti säätää neuvotteluosapuolten tietojen hankkimis- ja esittämisvelvollisuudesta ja sen laiminlyönnin seurauksista. Tällöin voidaan nimenomaisin säännöksin määritellä ne tiedot, jotka myyjän tulee esittää ostajalle kaupan kohteesta, ja ottaa samalla kantaa siihen, minkä tietojen hankkiminen jää ostajan omalle vastuulle. Sääntelytapa on samankaltainen kuin kiinteistönvälittäjäasetuksen 23 §:ssä, johon on otettu suhteellisen yksityiskohtainen luettelo niistä asiakirjoista ja muista selvityksistä, jotka kiinteistönvälittäjän on esitettävä ostajalle kaupan kohteena olevasta omaisuudesta.

Mutta sääntelyssä voidaan lähteä toiseltakin pohjalta. Lähtökohdaksi voidaan ottaa periaate, että kiinteistön kaupassa on virhe, ellei kaupan kohde vastaa sitä, mitä ostajan voidaan katsoa kauppaa tehdessään edellyttäneen tai olleen kaupan ehdot ja muut asianhaarat huomioon ottaen oikeutettu edellyttämään. Keskeiseksi ongelmaksi muodostuu tällöin kysymys, kuka vastaa, s.o. kantaa riskin siitä, että osta-

jalla on oikeat tiedot kaupan kohteesta. Sillä millaisiksi erityisesti myyjän virhevastuun edellytykset tällöin muodostuvat, on vaikutusta siihen, mitä sopimusneuvotteluissa tapahtuu. Yleisesti on lähdetty siitä, että antamalla kaupan kohteesta ostajalle oikeat tiedot ennen sopimuksen tekoa myyjä voi välttää virhevastuun.

Kuten sanottu lainsäädäntöömme ei sisälly nimenomaisia säännöksiä siitä, mitä tietoja myyjän tulee sopimusneuvotteluissa esittää ostajalle kaupan kohteesta. Näin on asianlaita sekä irtaimen että kiinteän esineen kaupan osalta. Sensijaan lainsäädännössämme on vanhastaan annettu säännöksiä virheestä irtaimen ja kiinteän esineen kaupassa. Tällaisia ovat irtaimen esineen kaupan osalta säännökset tavaran virheestä (KK 1 luvun 4 §, kuluttajansuojalain 5. luku) ja myyjän kaupanvastuusta (KK 1 luvun 3 §) ja kiinteistön kaupan osalta säännökset myyjän kaupanvastuusta (MK 11 luku). Aihepiiriin liittyvänä voidaan pitää lisäksi säännöstä määräalan luovutuksensaajan oikeudesta purkaa luovutussopimus sillä perusteella, että luovutetun alueen lohkominen jätetään kaavoitusalueiden jakolain 2 luvun säännösten nojalla (kaavoituksesta aiheutuvien rajoitusten vuoksi) sikseen (KaavJL 30 §).

Kun kiinteistön kaupan virhettä koskevat säännökset ovat oikeudessamme niukat ja kasuistiset, on alan normiston kehittyminen jäänyt paljolta oikeuskäytännön varaan. Myös oikeuskäytännössä on lähdetty siitä, että kiinteistön kaupassa on virhe, ellei kaupan kohde vastaa sitä, mitä ostajan voidaan katsoa kauppaa tehdessään edellyttäneen. Kokonaiskuvan muodostamista myyjän vastuusta ostajaan nähden on kuitenkin omiaan vaikeuttamaan se, että myyjän vastuu riippuu lähtökohtaisesti sekä virhetyypistä että siitä, mihin oikeuskeinoon ostaja kussakin tapauksessa turvautuu. Lisäksi eri aikoina annetuissa ratkaisuissa on samankin virhetyypin ja saman oikeuskeinon (samanlaisen kanteen) osalta saatettu lähteä erilaisen teoreettisen ajattelun pohjalta. Sen vuoksi on vaikea antaa suoraviivaista vastausta kysymykseen, kenen asiana on tietojen hankkiminen ja esittäminen myytävästä kiinteistöstä. Osapuolten riski hankkimatta ja esittämättä jättämisestä on edellä viitatuissa eri tilanteissa erilainen.

Virheet kiinteistön kaupassa jaotellaan nykyään varsin yleisesti kolmeen ryhmään sen mukaan, mitä seikkoja ostajan väärä käsitys koskee. *Laatuvirheestä* on puhuttu niissä tapauksissa, joissa se koskee kaupan kohteen fyysisiä ominaisuuksia kuten kiinteistön ulottuvuutta, maapohjan kelvollisuutta rakentamiseen, kiinteistöllä olevan rakennuksen kuntoa jne. *Oikeudellisen virheen* käsitettä on taas käytetty sellaisessa tilanteessa, jossa kaupan kohde kokonaan tai osaksi kuuluu muulle kuin myyjälle tai jossa asianomaiseen kiinteistöön kohdistuu

kolmannen henkilön erityinen oikeus. *Vallintavirheestä* on puhuttu vihdoin niissä tapauksissa, joissa kaupan kohteen vallintaa rajoittaa julkisen viranomaisen päätös tai siihen rinnastettava syy. Tämä jaottelu muodostaa sopivan lähtökohdan oikeuskäytännön tarkastelulle, vaikka jaottelu ei näytä ollenkaan tunnettu vanhimpia ratkaisuja annettaessa.

Myyjän vastuun edellytykset muodostuvat erilaisiksi myös sen mukaan, mitä ostaja myyjään kohdistamassaan kanteessa vaatii. Jos tässä yhteydessä jätetään syrjään ne tilanteet, joissa ostaja vaatii kiinteistön kaupan pätemättömäksi julistamista oikeustoimilain 3 luvun säännösten kuten OikTL 33 §:n nojalla (esim. KKO 1971 II 2) ja keskitytään muihin sopimusoikeudellisiin oikeuskeinoihin, antaa oikeuskäytäntö aiheen kiinnittää huomiota lähinnä ostajan oikeuteen saada kauppahinnan alennusta, pidättyä kauppahinnan suorituksesta, saada kauppa puretuksi ja saada vahingonkorvausta.

Miltä sitten myyjän vastuu oikeuskäytännön valossa näyttää?

Laatuvirheen osalta oikeuskäytäntömme näyttää päässeen kaikkein kiinteimpiin ja johdonmukaisimpiin ratkaisuperiaatteisiin. Vielä 1960-luvulla johtoa näyttää hinnanalennus- ja kaupan purkuriitoja ratkaistaessa haetun niistä näkökohdista, joita mm. *Ussing* (Aftaler, 3. udg. s. 461—472 ja 477—479) on esittänyt käsitellessään oikeustoimen pätemättömäksi julistamista sen edellytysten raukeamisen johdosta eli ns. objektiivisesta edellytysopista (KKO 1961 II 119, KKO 1969 I 2, KKO 1971 II 9), mutta myöhemmin oikeuskäytännön kanta on jossainmäärin muuttunut (jäljempänä esitettävät päätelmät perustuvat seuraavien oikeustapausten analyysiin: hinnanalennuksen osalta KKO 1969 I 2, KKO 1971 II 9, KKO 1982 II 175 ja KKO 1984 II 193 verrattuna osakehuoneiston kaupan pinta-alavirhettä koskevaan ratkaisuun KKO 1984 II 108, kaupan purkamisen osalta KKO 1933 II 37, KKO 1933 II 204, KKO 1937 II 360, KKO 1938 II 20, KKO 1939 II 3, KKO 1961 II 119, KKO 1983 II 79 ja KKO 1985 II 184, vahingonkorvauksen osalta KKO 1980 II 69, KKO 1982 II 78, KKO 1983 II 69, KKO 1983 II 79 ja KKO 1985 II 184). Yleisesti on edellytetty, että ostaja suorittaa myytävänä olevalla kiinteistöllä tavanomaisen ulkoisen ja rakennusten osalta myös sisäisen tarkastuksen. Virheen osalta on edellytetty, ettei sitä ole voitu havaita tällaisessa tarkastuksessa eikä ostaja ole ollut siitä muutoinkaan tietoinen ja että ostajan tietoisuus virheestä olisi yleisen elämänkokemuksen mukaan vaikuttanut kaupan lopputulokseen. Näillä edellytyksillä ostaja on ollut oikeutettu saamaan jo hinnanalennuksen. Jos ostajan erehdys on ollut kaupan syntymiseen olennaisesti vaikuttava, on ostajalle annettu myös oikeus kaupan purkamiseen. Kumpikin oikeusseuraamus on

ollut siitä riippumaton, onko myyjä ollut vilpittömässä vai vilpillisessä mielessä. Vahingonkorvaus on sensijaan tullut kysymykseen vain sillä edellytyksellä, että myyjän syyksi on voitu lukea tuottamus. Tämä on edellyttänyt joko sitä, että myyjä on ollut kauppaa tehtäessä virheestä tietoinen, tai ainakin sitä, että myyjällä on näytetty olleen perusteltua aihetta epäillä virheen olemassaoloa ja että hän on jättänyt virheestä tai epäilystään ostajalle ilmoittamatta. Jos siis myyjä haluaa laatuvirheen osalta välttyä kaikilta edellä mainituilta haitallisilta seurauksilta, hänellä ei ole muuta neuvoa kuin tutkia tarkoin myytävänä oleva kiinteistönsä ja antaa siitä kauppaneuvotteluissa ostajaehdokkaalle todellisuutta vastaava kuva.

Oikeudellisen virheen osalta oikeuskäytäntömme näyttää heterogenisemmalta, mihin on vaikuttamassa mm. se, että osa oikeudellisen virheen tapauksista, myyjän kaupanvastuu, on säännelty vanhastaan laissa (MK 11 luku) kun taas muu osa tapauksista on jäänyt laissa lähemmin sääntelemättä.

Myyjän kaupanvastuun piiriin kuuluvat ne tapaukset, joissa myyjä ei ole omistanut myymäänsä kiinteistöä tai osaa siitä. MK 11 luvun 1 §:ssä lähtötilanne on se, että ostajan saantoa moititaan ja kiinteistö voitetaan ostajalta pois. Myyjän velvollisuus kauppahinnan palauttamiseen ja vahingonkorvauksen suorittamiseen on säädetty tällaista tilannetta silmällä pitäen. Tämä ei kuitenkaan estäne ostajaa vaatimasta kaupan purkamista, kauppahinnan palauttamista ja vahingonkorvausta myyjän kompetenssin puuttumisen perusteella siitä riippumatta, nostaako sivullinen mahdollisen saannonmoitekanteen ostajaa vastaan, jos tällainen kanne vain on menestyksellä ostajaa vastaan ajettavissa (moitemahdollisuus ei ole katkennut) (KKO 1933 II 89 verrattuna irtaimen esineen kauppaa koskevaan ratkaisuun KKO 1928 I 16, kirjallisuuden osalta ks. *Godenhielm,* Sopimusoikeuden oppikirja 1 s. 131—132, *Routamo,* Kaupanvastuu ja oikeudellinen virhe irtaimen kaupassa s. 199—204). Lisäksi lienee edellytettävä, että myyjän omistukseen kuulumaton osa kaupan kohteesta on ylipäänsä merkityksellinen (vrt. KKO 1933 II 89). Myyjän vahingonkorvausvastuun on edellytetty olevan ankaraa vastuuta (KKO 1966 II 130, vrt. myös KK 1 luvun 3 §:n soveltamista valaisevat ratkaisut KKO 1969 II 18 ja 19 sekä *M.M.:n* (Martti Miettisen) kommentti niiden johdosta LM 1969 s. 960—962). Toiselta puolen oikeuskäytännössä on katsottu, että pelkän vahingonkorvauksen vaatiminen ostajalta saannonmoitteesta tai kaupan purusta riippumatta ei voi tulla kysymykseen myyjän väitetyn kompetenssin puuttumisen perusteella (KKO 1940 II 284). Myyjän riskin perusteena on näin ollen se, voitaisiinko ostajaa vastaan ajaa menestyksellä saannonmoitekannet-

ta. Myyjän on aiheellista ennen kaupantekoa varmistua kompetenssistaan ja toimia sen rajoissa. Moitekanteen katkaisemista koskevat säännökset (LhL 21 §, aikaisemmin Knk.Sel. 1805) ovat omiaan pienentämään myyjänkin riskiä.

Kiinteistöön kohdistuvan *sivullisen henkilön rajoitetun oikeuden* osalta lähtökohtana näyttää olleen, että myyjän tulee kauppaa tehtäessä ilmoittaa ostajalle tällaiset oikeudet. Ostajalla ei ole katsottu olevan erityistä selonottovelvollisuutta sanotunlaisten oikeuksien osalta eikä sille, ilmeneekö mainitunlainen oikeus, esimerkiksi velkakiinnitys, julkisista asiakirjoista kuten julkisesta rekisteristä, näytä annetun ratkaisuja tehtäessä merkitystä (KKO 1929 II 50, KKO 1933 II 337, ks. myös *Routamo,* m.t. s. 87). Mikäli ostaja on ollut tietämätön sivullisen oikeudesta, on ostajan erehtyminen ollut perusteena sekä kauppahinnan osan maksusta pidättymiseen, mikä seuraus on lähellä hinnanalennusta, (KKO 1929 II 50) että kaupan purkuun ainakin silloin, kun erehdys on ollut olennainen (KKO 1933 II 337). Toiselta puolen oikeuskäytännössä on katsottu, että jos myyjä kaupasta neuvoteltaessa ilmoittaa ostajalle sivullisen oikeuden, tämä poistaa ostajan vilpittömän mielen ja samalla mahdollisuuden siihen, s.o. erehdykseen vetoamalla saada myyjältä korvausta (KKO 1972 II 78). Useimmissa tapauksissa lähtötilanne on kuitenkin ollut toisenlainen. Se on ollut sellainen, että kauppakirjan mukaan kiinteistö on myyty vapaana rasituksista tai kauppakirjaan on otettu muu vastaava lauseke. Tällaisten lausekkeiden on katsottu aiheuttavan myyjälle velvollisuuden ryhtyä toimenpiteisiin kiinteistön vapauttamiseksi sellaisista kiinnityksistä ja niihin verrattavista rasituksista, joiden sopijapuolet eivät ole edellyttäneet jäävän rasittamaan kiinteistöä kaupan jälkeen. Siinä tapauksessa, että kiinteistöön on kaupan jälkeenkin kohdistunut mainitunlaisia rasituksia, ostajalla on katsottu olevan oikeus sekä pidättyä niitä vastaavan kauppahinnan osan maksamisesta ennenkuin myyjä on osoittanut, että kiinteistö on vapautettu näistä rasituksista (KKO 1963 II 23, KKO 1963 II 97), että saada myyjiltä vahingonkorvausta, mikäli ostaja on maksanut asianomaisen kiinnitysvelan tai muulla tavoin rahoittanut kiinteistön vapauttamisen rasituksista (KKO 1928 I 10, KKO 1978 II 14).

Kuten sanottu myyjän on edellytetty kauppaa tehtäessä ilmoittavan ostajalle kiinteistöön kohdistuvat sivullisten oikeudet. Varsin keskeisiä tähän liittyviä kysymyksiä on kuitenkin jäänyt oikeuskäytännössä avoimeksi. Eräs näistä kysymyksistä on se, mitä myyjän ilmoitukselta on vaadittava. Laatuvirheeksi katsottavan puutteellisuuden ollessa kysymyksessä myyjä voi välttää vastuun ilmoittamalla puutteellisuuden laadun ennen kauppaa ostajalle. Sivullisten kiinteistöön kohdistu-

vien oikeuksien osalta voidaan todeta, että monet näistä oikeuksista on otettu viranomaisten pitämiin julkisiin asiakirjoihin kuten julkisiin rekistereihin, joiden perusteella viranomaiset antavat todistuksia siitä, että kiinteistöön kohdistuu asianomainen oikeus. Rekistereihin tehdyt merkinnät näistä oikeuksista ovat kuitenkin monasti lyhyitä ja viittauksenomaisia sisältämättä tarkempaa kuvausta oikeuden sisällöstä. Esimerkkinä voidaan mainita kiinnitysrekisteriin eläkeoikeudesta tehty merkintä. Onko tällöin pidettävä riittävänä, että myyjä kauppaa tehtäessä antaa ostajalle julkisen viranomaisen antaman sellaisen todistuksen, joka sisältää vain sanotunlaisen viittauksen, tai itse yhtä viittauksenomaisesti ilmoittaa ostajalle mainitunlaisesta oikeudesta? Vai onko vaadittava asianomaisen oikeuden sisällön täsmällistä kuvausta ja dokumentointia lisäasiakirjoilla? Tällaisten kysymysten osalta näyttäisi edelleenkin olevan prejudikaattien tarvetta, sillä tätä koskevilla ratkaisuilla on merkitystä sopimusneuvotteluja ohjaavina kannanottoina.

Kysymys kiinteistön kaupan purkamisesta ja vahingonkorvauksesta on ollut esillä myös tilanteissa, joissa kauppaa rasittaa *vallintavirheeksi* katsottava virhe. Useimmiten kysymys on ollut kaavoituksen aiheuttamista rajoituksista. Kun KaavJL 30 § koskee eräissä suhteissa juuri tällaisia rajoituksia, sitä on aiheellista käsitellä aluksi.

KaavJL 30 §:n 1 momentissa säädetään, että jos tilasta 1. 4. 1960 (KaavJL:n voimaantulopäivä) tai sen jälkeen luovutetun alueen lohkominen jätetään tämän luvun (KaavJL 2 luvun) säännösten nojalla sikseen, on luovutuksensaajalla tai sillä, jolle hänen oikeutensa on siirtynyt, oikeus saada luovutussopimus puretuksi. Pykälän 2 momentin mukaan purkamista koskeva kanne on pantava vireille vuoden kuluessa siitä, kun päätös lohkomisen sikseen jättämisestä on saanut lainvoiman. Säännöksessä lohkomisen on edellytetty estyvän tuolloin voimassa olevien kaavoituksesta johtuvien rajoitusten vuoksi. Näiden rajoitusten ei ole tarvinnut olla voimassa vielä määräalaa luovutettaessa, mutta luonnollisesti ne ovat voineet olla jo tuolloin voimassa. Alunperin kaupungin jakolakikomitean mietinnössä vuodelta 1956 (kom. 1956: 6) lähdettiin siitä, että jos lohkominen sanotusta syystä jätetään sikseen, »pidetään luovutus rauenneena» (28 §). Säännöstä laadittaessa edellytettiin siis, että jos luovutusoikeustoimen tarkoitus, määräalan muodostaminen luovutuksensaajalle kiinteistöksi, jää puheena olevasta syystä saavuttamatta, seurauksena on luovutusoikeustoimen raukeaminen. Ehdotettua säännöstä ei mietinnössä lähemmin perusteltu, mutta epäilemättä raukeamisseuraamus oli omiaan palvelemaan kiinteistöjärjestelmän selvyyttä ehkäistessään »roikkumaan» jäävien erottamattomien määräalojen lisääntymistä. Lähinnä maanmittaushallituksen

12. 9. 1958 antaman lausunnon (kirje 12. 9. 1958 n:o 647/307) vaikutuksesta, jossa kiinnitettiin huomiota niihin käytännön vaikeuksiin, joita automaattinen raukeaminen aiheuttaisi määräalan ostajalle, seurauslausuma kuitenkin muutettiin jo kaupungin jakolain tarkistustoimikunnan mietinnössä n:o 1 vuodelta 1959 (kom. 1959: 55) laista ilmeneväksi purkamisseuraamukseksi. Maanmittaushallituksen viittaamia vaikeuksia olivat mm. ostajalle aiheutuvat taloudelliset menetykset sen johdosta, että hän ehkä oli ehtinyt ruveta rakentamaan ja kunnostamaan määräalaa, ja ostajan toimintavaihtoehtojen kaventuminen mm. lohkomisedellytyksiä parantavien lisäalueostojen estyessä siten, että ostajan ainoaksi vaihtoehdoksi jäisi vain kauppahinnan takaisin periminen välillä ehkä varattomaksi käyneeltä myyjältä. KaavJL 30 §:n 1 momentin lähtökohtana on kuitenkin yhä edelleen se, että jos määräalan lohkominen tuolloin voimassa olevien kaavoituksesta johtuvien rajoitusten vuoksi jätetään sillensä ja määräalan luovutusoikeustoimen tarkoitus näin jää saavuttamatta, luovutuksensaajalla on oikeus purkaa luovutussopimus.

Oikeuskäytäntö on vallintavirheiden osalta niukinta ja arvosteluperiaatteiden hajonta eri aikoina annetuissa ratkaisuissa varsin huomattava. Lainsäädännön osalta tukea arvostelussa näyttää haetun sekä MK 11 luvun säännöksistä että KaavJL 30 §:stä.

Ratkaisussa KKO 1951 II 82 määräalan kauppa julistettiin mitättömäksi (purettiin) ja myyjät velvoitettiin palauttamaan kauppahinta korkoineen, koska kauppakirjalla saatu kiinteistön määräalojen erottamisoikeus oli maanhankintaviranomaisten toimenpiteiden johdosta, jotka perustuivat ennen kaupan tekemistä vallinneisiin olosuhteisiin, rauennut eikä ollut esitetty seikkoja, jotka osoittaisivat ostajan tarkoittaneen vapauttaa myyjät vastaamasta kaupasta myös siinä tapauksessa, että erottamisoikeuden toteuttaminen estyisi mainitusta syystä. MK 11 luvun 1 ja 6 §:n mukaan myyjä vastaa ostajaan nähden siitä, että tämä ei menetä kiinteistön omistajanhallintaa myyjän kompetenssin puuttumisen johdosta, mutta voi kauppakirjaan otettavin ehdoin vapauttaa itsensä vastuusta. Esillä olevan ratkaisun perustelut viittaavat siihen, että myyjän on katsottu olevan ostajaan nähden vastuussa myös siitä, ettei tämä menetä kiinteistön omistajanhallintaa myyjän olosuhteisiin liittyneiden julkisoikeudellisten rajoitusten johdosta, mutta voi tässäkin tapauksessa kauppakirjaan otettavin ehdoin vapauttaa itsensä vastuusta. Ratkaisua tehtäessä johtoa näyttää siten haetun MK 11 luvun 1 ja 6 §:stä.

KaavJL 30 §:n voimaantulon jälkeen annetun ratkaisun KKO 1978 II 11 perustelut osoittavat puolestaan yhdenmukaisuutta viimeksi mai-

nitusta säännöksestä ilmenevien periaatteiden kanssa. Tapauksessa määräalan kauppa julistettiin ostajien kanteesta puretuksi ja myyjä velvoitettiin palauttamaan ostajille kauppahinta korkoineen sillä perusteella, että ostajat eivät olleet aikaisemmin kauppalana olleen kaupungin kaavoitussuunnitelmien muuttumisen johdosta saaneet kauppakirjassa tarkoitetusta alueesta muodostetuksi sellaisia itsenäisiä rakennuskelpoisia kiinteistöyksiköitä kuin he ja myyjä kauppaa tehtäessä olivat kauppakirjan mukaan kauppalanhallituksen aiemmin hyväksymään ns. tonttijakoehdotukseen luottaen edellyttäneet voitavan siitä muodostaa. Sensijaan myyjä vapautettiin korvaamasta ostajille niitä kustannuksia, joita näille oli aiheutunut siitä, että he olivat hakeneet rakennuslupaa varmistumatta ensin alueen rakentamis- ja jakokelpoisuudesta, koska kauppaa tehtäessä vilpittömässä mielessä olleen myyjän ei voitu katsoa olevan vastuussa näistä kustannuksista. KaavJL 30 §:n 1 momentin mukaan luovutuksensaajan purkuoikeuden lähtökohtana on se, että luovutuksen tarkoitus jää kaavoituksesta johtuvien rajoitusten vuoksi saavuttamatta. Samaan ajattelutapaan viittaavat myös yllä mainitun ratkaisun perustelut purun osalta. Vahingonkorvauksen osalta ne taas lähtevät siitä, että myyjän vahingonkorvausvastuu on tuottamusvastuuta. Näiltä osin perustelut ovat edellä viitatuista useista ratkaisuista ilmenevän »yleisen linjan» mukaisia ja perustuvat samalla erilaiseen näkemykseen myyjän vahingonkorvausvastuun edellytyksistä kuin mitkä ne edellä viitatun ratkaisun KKO 1966 II 130 mukaan ovat MK 11 luvun 1 §:ssä.

Toiselta pohjalta on lähdetty sensijaan ratkaisussa KKO 1985 II 188. Siinä oli kysymys ostajan oikeudesta purkaa määräalan kauppa sillä perusteella, että määräalalle rantakaavan tarpeellisuuden vuoksi ei voitu rakentaa ostajien aikomaa kesähuvilaa ilman poikkeuslupaa. KKO katsoi, että ostajilla ei ollut oikeutta saada kauppaa puretuksi ja perusteli ratkaisuaan seuraavilla syillä: 1. Ostajien asiana on ollut ennen kaupan päättämistä ottaa selville asianomaiselta rakennusviranomaiselta, voivatko he rakentaa määräalalle aikomansa kesähuvilan. 2. Ostajat ovat laiminlyöneet tämän selonottovelvollisuutensa, joka olisi vaatinut ainoastaan vähäisen toimenpiteen. 3. Vaikka myyjien emätilan omistajina on täytynyt tietää aluetta koskevasta rakentamisrajoituksesta ja he ovat jättäneet sen kauppaa tehtäessä ilmoittamatta, ostajat eivät tämän takia ole vapautuneet selonottovelvollisuudestaan. 4. Muutoin KO:n mainitsemat perusteet, millä KKO näyttää lähinnä tarkoittaneen sitä KO:n mainitsemaa seikkaa, että ostajilla oli maanomistajina mahdollisuus vaikuttaa rantakaavoituksen puuttumisen korjautumiseen.

Esillä olevan ratkaisun perustelut poikkeavat erityisesti myyjän tie-

toisuuden ja ilmoitusvelvollisuuden osalta siitä, mitä KKO on katsonut olevan voimassa sivullisen kiinteistöön kohdistuvan oikeuden ilmoitusvelvollisuudesta aikaisemmin käsitellyissä oikeudellisen virheen tapauksissa. Nyt tarkastelun kohteena olevan ratkaisun perustelut osoittavatkin tiettyä yhdenmukaisuutta laatuvirhetapauksissa sovellettujen arvosteluperiaatteiden kanssa. Jos kiinteistön rakentamiskelpoisuutta pidetään laatua koskevana ominaisuutena — mikä on tässä tapauksessa ajateltavissa, kun otetaan huomioon, että rantakaavan tarpeellisuus, mistä rakentamisrajoitus johtuu, ei perustu viranomaisen päätökseen vaan olosuhteiden kehitykseen (loma-asutuksen tiivistymiseen) asianomaisella ranta-alueella, vrt. RakL 123 a § —, niin voidaan ajatella, että ostajalle asetetaan myös tämän osalta samantyyppinen selonottovelvollisuus kuin mikä koskee kiinteistön fyysisiä ominaisuuksia. Tähän viittaavat perustelut 1 ja 2 ja viimeksi mainittuun sisältyvä lausuma, että selonotto olisi vaatinut ainoastaan vähäisen toimenpiteen (vrt. tavanomainen ulkoinen ja rakennusten sisäinen tarkastus laatuvirhetapauksissa). Keskeinen purkuperuste laatuvirhetapauksissa on ollut se, että ostaja omatta syyttään ja kaupan syntymisen kannalta olennaisella tavalla on erehtynyt kaupan kohteen ominaisuudesta. KKO:n perustelut viittaavat siihen, että keskeiseksi ongelmaksi esillä olevassa tapauksessa on muodostunut juuri kysymys, oliko ostaja omatta syyttään erehtynyt määräalan rakentamiskelpoisuudesta. Samaan viittaa myös eri mieltä olleiden jäsenten ja esittelijän lausunto. Enemmistö näyttää lähteneen siitä, että ostajien ei voitu katsoa omatta syyttään erehtyneen. Kantaansa enemmistö on perustellut ostajien selonottovelvollisuuden laiminlyönnillä eikä sen, että myyjä oli tiennyt rajoituksista ja niistä vaiennut, katsottu vaikuttaneen asiaan.

Eri asia on kysymys, mihin suuntaan vallintavirhetilanteiden arvosteluperusteita olisi de lege ferenda kehitettävä. Sille seikalle, perustuvatko kiinteistöä koskevat vallinnan rajoitukset julkisen viranomaisen päätökseen vaiko rajoitukset voimaan saattavaan lainsäännökseen ja siihen, että tuon säännöksen soveltamisen edellytykset täyttyvät asianomaisen kiinteistön osalta, on tuskin perusteltua antaa ratkaisevaa merkitystä. Käsitellessään kiinteistön myyjän vastuuta vallintavallan rajoitusten johdosta *Zitting* (Kiinteistön myyjän vastuusta vallintavallan rajoitusten johdosta. Oikeustiede I s. 138—141; ks. samasta aihepiiristä myös *Zitting,* Kiinteistön myyjän vastuusta ostajalle antamistaan tiedoista. Juhlajulkaisu Y. J. Hakulinen s. 292—301) pohtii mm. kysymystä, kumman sopijapuolen, kiinteistön myyjän vai ostajan kannettavaksi riski vallintavallan rajoituksista olisi asetettava. Tällöin hän pitää silmällä ennenkaikkea viranomaisten päätöksistä johtuvia rajoituksia sul-

kematta kuitenkaan pois muuhunkaan perusteeseen perustuvia rajoituksia. Hän toteaa, että useat eri syyt näyttävät puoltavan riskin asettamista objektiivisen vallintavirheen osalta mieluummin kiinteistön myyjän kuin ostajan kannettavaksi. Tämän puolesta puhuu hänen mukaansa vaihdannan edistämispyrkimys samoinkuin sitä seikkaa koskeva vertailu, kummalla osapuolella on paremmat mahdollisuudet tietojen saamiseen ja kummalta rakennuslainsäädännön julkisuusjärjestelmän (mm. rakennuslain kuulemis- ja kuulutussäännökset) mukaan on edellytettävä tarpeellisia tietoja. Vaikka hän toteaakin, että kiinteistön kaupassa yksilölliset piirteet ovat edelleen leimaa-antavia ja että kiinteistön ostajalle on vanhastaan asetettu suhteellisen laaja selonottovelvollisuus, hän toisaalta toteaa kehityksen käyvän siihen suuntaan, että ostajatahoa on suojattava entistä tehokkaammin ja siinä tarkoituksessa myyjälle asetettava tietty vastuu objektiivisista vallintavirheistä. Näin on hänen mukaansa asianlaita erityisesti niissä tapauksissa, joissa myyjä tunsi vallintavallan rajoitukset mutta laiminlöi ilmoittaa niistä.

Edellä esitetty osoittanee, että vallintavirheiksi katsottavien tapausten arvostelussa voidaan lähteä hyvin erilaisten näkökohtien pohjalta. Sen mukaan myös myyjän ja vastaavasti ostajan riski voi muodostua eri arvosteluperusteista lähdettäessä erilaiseksi. Ilmeistä on, että vallintavirhetilanteiden osalta on edelleen tarvetta »kattaa kenttää» prejudikaateilla silloin, kun siihen avautuu tilaisuus.

Mutta virhetilanteiden arvosteluperjaatteita kehitettäessä on yleisemminkin aiheellista kiinnittää huomiota siihen vaikutukseen, mikä kannanotoilla tässä suhteessa on sopimusneuvotteluihin. Kun lakiimme ei sisälly säännöksiä myyjän tiedonantovelvollisuudesta kiinteistön kaupan sopimusneuvotteluissa, jäävät tätä tai paremmin sanoen ilmoittamatta jättämisen riskiä koskevat päätelmät tehtäviksi virhetilanteissa annettujen ratkaisujen pohjalta. *Kivimäen* ja *Ylöstalon* siviilioikeuden oppikirjassa lausutaan, ettei sopimusneuvotteluja ole lupa käydä niin, että toinen tulee harhaanjohdetuksi tai muutoin kärsii vahinkoa. Lausuma korostaa avoimien ja rehellisten sopimusneuvottelujen arvoa. Niin kauan kuin meillä ei ole lainsäädäntöä kiinteistön kaupan sopimusneuvotteluista, niiden kulkuun voidaan vaikuttaa mm. virhetilanteissa annettavilla tuomioistuinten ratkaisuilla.

Simo Zitting

Sopimuksesta sääntelyvälineenä ja sääntelyn kohteena

Sopimus on kaiken inhimillisen toiminnan pääasiallisin oikeudellinen välikappale. Näin todetaan siviilioikeuden yleisten oppien perusteoksessa, *T. M. Kivimäen* ja *Matti Ylöstalon* Suomen siviilioikeuden oppikirjassa, jonka uusittu laitos on ilmestynyt viimeksi mainitun uudistamana. Monilukuisia ja perin erilaisia aloja käsittävänä sopimuksen käsite voidaan teoksen mukaan luonnehtia vain muodollisesti selittämällä se kahden (tai useamman) toisiansa edellyttävän oikeustoimen, so. yksityisen tahdonilmaisun, yhteensulautumaksi (konsensus).[1] Tästä luonnehdinnasta käyvät ilmi perinteisen sopimusajattelun lähtökohdat: formalismi sekä konsensusta ja tahdonilmaisuja koskevat vaatimukset. Tältä perustalta lähtien sopimusjuridiikka on kehittänyt mitä erilaisimpiin tilanteisiin soveltuvan sääntelyvälineen. Monimuotoisen todellisuuden ilmiöt on sen avulla voitu tiivistää harvoihin kaavoihin.

Vastavaikutuksena on ilmennyt huolta siitä, että sopimusjuridiikka on vieraantunut yhteiskuntatodellisuudesta. Muodollinen ajattelu on tahdottu korvata aineellis-sisällöllistä puolta painottavalla tarkastelutavalla. Tällöin ei ole aina rajoituttu kehittämään aikaisempaa ajattelutapaa puutteiden poistamiseksi ja yksipuolisuuden vähentämiseksi vaan on haluttu luopua vanhasta lähestymistavasta ja korvata se toisenlaisella — esim. ns. vaihtoehtoisella — ajattelutavalla.

Juristien perinnäinen ajattelutapa, jolle on ollut ominaista tietty muodollisuus ja abstraktisuus, on osoittautunut käyttökelpoiseksi mutta samalla arvostelulle alttiiksi. Tämä on ymmärrettävää, sillä onhan oikeudellisen sääntelyn kohteena dynaaminen yhteiskuntaelämä moninaisine ilmiöineen. Vaikeus on ennen muuta siinä, että olisi kehitettävä järjestelmä, joka antaisi selkeän ja yhtenäisen kuvan oikeussäännösten sekavasta paljoudesta ja joka samalla tarjoaisi välineet moni-

[1] Suomen siviilioikeuden oppikirja, Yleinen osa, 3. painos, Porvoo 1973, s. 257 verr. s. 238 ja 248.

naisten ongelmatilanteiden hallitsemiseen ja ratkaisemiseen. Molempien tarpeiden tyydyttämiseksi on viime vuosisadan siviilioikeudellinen tutkimus kehittänyt järjestelmän, joka on antanut hyvän systemaattisen yleiskuvan ja jota on voitu menestyksellisesti käyttää apuna myös juridisia ongelmia ratkaistaessa. Tämä ns. käsitelainopillinen järjestelmä ei kuitenkaan ole pystynyt tyydyttämään nykyaikaisen yhteiskunnan tarpeita. Kehityksen myötä on myös käynyt yhä ilmeisemmäksi, ettei molempia mainittuja tehtäviä voida täyttää samanaikaisesti.

Se kritiikki, jota jo viime sotien jälkeen on meillä suunnattu mainittuun ajattelutapaan, kohdistuu nimenomaan sen tapaan käyttää laajoja yleiskäsitteitä ja suorittaa niiden perusteella päättelyä konkreettisten ongelmien ratkaisemiseksi. Erityisesti niillä yksityisoikeuden aloilla, joilla ongelmien luonteesta johtuen erittelyn tarve on ollut suurin, onkin siirrytty laajojen yleiskäsitteiden tasolta normien tasolle mm. tarkasteltaessa vaihdannan ja luottotalouden oikeudellisia ongelmia. Toisaalta voidaan havaita, että juristit suosivat laajoja peruskäsitteitä myös suorittaessaan kysymyksenasetteluja. Hyvän esimerkin tarjoaa sopimuksen käsite. Vaikka tämä käsite viittaa laajaan säännöstöön ja useampivaiheiseen tapahtumasarjaan päätöksenteosta täytäntöönpanoon, niin sitä katsotaan voitavan käyttää juridisen tekniikan työvälineenä. Olipa ongelma minkälainen tahansa, niin yleensä käytetään kysymyksenasettelussa sopimuksen käsitettä: sitooko sopimus, velvoittaako se korvaukseen, onko se kohtuullinen jne. Myös tarkasteltaessa sopimustoimintaan kohdistuvaa sääntelyä on sopimus ollut yhtenä kokonaisuutena tarkastelukohteena. Samoin on sopimusoikeuden perusteiden kritiikkiä suoritettaessa kysytty, onko sopimus kuollut tai ehkä kärsinyt liikakasvusta.[2]

Sopimusdoktriiniin on kohdistettu myös meillä kritiikkiä mm. siinä suhteessa, ettei se tarjoa keinoja erilaisten aineellis-sisällöllisten näkökohtien huomioonottamiselle. On helppo esittää esimerkkejä siitä, miten yksi ja toinen näkökohta jää vaille huomiota. Kritiikki ei useinkaan ole ollut aiheetonta. Vika ei kuitenkaan liene niinkään siinä, että on kehitetty muodollis-abstraktinen systeemi monitahoisen ja laaja-alaisen problematiikan ja materiaalin hallitsemiseksi, vaan pikemmin siinä, että tällaiseen systeemiin kohdistetaan — käsitelainopillisen ajattelutavan mukaisesti — odotuksia siinä suhteessa, että tuon systeemin avulla tulisi voida tuottaa myös aineellis-sisällöllisessä suhteessa perusteltuja ratkaisuja.

Laajoista yleiskäsitteistä luopuminen ja normien tasolle siirtyminen

[2] Ks. *Köndgen,* Selbstbindung ohne Vertrag, Tübingen 1981, s. 418 ss.

on osaltaan auttanut havaitsemaan, ettei aineellisesti perusteltuja ratkaisuja voida tehdä muodollisista lähtökohdista käsin. Tämä on edistänyt avoimmuutta ja reaalisten näkökohtien huomioon ottamista ratkaisuja perusteltaessa. Muodollista struktuuria ja täsmällistä käsitejärjestelmää tarvitaan ongelmien erittelemiseksi sellaisen kysymyksenasettelun suorittamista varten, joka tarjoaa mahdollisuuden moninaisten aineellis-sisällöllisten näkökohtien huomioon ottamiseen oikeissa yhteyksissä. Muodollis-käsitteellinen systeemi palvelee — sikäli kuin pidetään silmällä ratkaisutoimintaa — kysymyksenasettelua eikä tuota valmiita vastauksia.

Tästä näkökulmasta katsottuna on huomiota kiinnittänyt se seikka, että kriittinen tarkastelu ja käytännöllisten epäkohtien esiintuominen ei ole johtanut sopimus-nimikkeellä tunnetun ilmiökokonaisuuden erittelyyn sen selville saamiseksi, millaisia ongelmia sen taakse kätkeytyy ja miten toisaalta yksityisen kansalaisen ja toisaalta lainsäätäjän ja tuomarin toimin tapahtuvan sääntelyn vuorovaikutus tapahtuu erillisten osaongelmien tasolla. Siirtyminen normien tasolle saattaisi auttaa pyrittäessä saamaan selvyyttä paitsi tässä suhteessa myös muodollisten ja aineellisten näkökohtien keskinäisen suhteen osalta. Sopimusoikeudessa ei tulevaisuudessakaan tultane toimeen ilman muodollista struktuuria, jonka avulla ongelmat voidaan eritellä ja saada esille oikeissa asiayhteyksissä. Tältä pohjalta lähtien tarkastelen seuraavassa sopimusnormin normistruktuuria silmällä pitäen ongelmien erottelua ja liittymistä tapahtumasarjan eri vaiheisiin.

Oikeudellinen sääntely tapahtuu oikeusnormeja asettamalla ja soveltamalla. Sopimusnormit ovat yleensä yksittäisnormeja samoin kuin esim. tuomioistuimen ratkaisutoiminnassaan asettamat normit. Lainsäätäjä sen sijaan yleensä asettaa yleisnormeja, joiden soveltaminen edellyttää reaktioviranomaisen toimesta tapahtuvaa konkretisointia. Sopimusnormin osalta voidaan soveltamisesta puhua myös silloin kun sopijapuoli toteaa normisisällön ja päättää seurata sitä (ks. LM 1984 s. 511 s.).

Lainopin tehtäviin on katsottu kuuluvan lainkäytön edistämisen systematisoimalla ja tulkitsemalla voimassa olevaa oikeutta. Kysymys on oikeusjärjestyksen sisällön selvittämisestä. Vastauksen saaminen siihen, millaisia oikeusseuraamuksia erilaisiin sopimusmääräyksiin liittyy — tai millaisia määräyksiä tiettyjen seuraamusten aikaansaamiseksi tarvitaan — edellyttää oikeata ja tarkoituksenmukaista kysymyksenasettelua. Tämän suorittaminen puolestaan edellyttää sopimuksen muodollisen struktuurin, so. sen elementtien ja näiden välisten suhteiden erittelyä. Tällainen erittely tekee mahdolliseksi erilaisten ja eri

tasoilla olevien sopimusta sääntelyaktina ja sääntelyn kohteena koskevien kysymysten esille saamisen.

Muodollisen struktuurin erittely ei ole itsetarkoituksellista vaan muodostaa yhden vaiheen aineellisen sisällön selvittämisprosessissa. Sopimusoikeudellinen problematiikka on nykyään niin monitahoista, että ilman tätä on vaikeata suorittaa täsmällistä kysymyksenasettelua ja hallita laajaa säännösmateriaalia.

Sopimuksen peruselementtejä ovat sopijapuolten tahdonilmaisut. Kuvattaessa sen rakennetta asettamisaktina on tarpeen kuvata aluksi sopijapuolen yksittäistä tahdonilmaisua (dispositiivista lausumaa). Tässä yhteydessä ei ole merkitystä sillä, katsotaanko sitovan vaikutuksen perustuvan konsensukseen vai sopijapuolten tahdonilmaisuihin. Tahtoaktista puhuessani tarkoitan seuraavassa yhtä hyvin tahdonilmaisua kuin sopimusta osapuolten yhteistahdon ilmentymänä.

Tahtoaktin funktiona on normijärjestelmän muotoaminen. Performaatioilmaisuna dispositiivinen lausuma aikaansaa välittömästi muutoksen normijärjestelmässä. Muutoksen tapahtumista voidaan kuvata siten, että tahtoakti aikaansaa (yksittäis-)normin. Esityksen yksinkertaistamiseksi pidän silmällä vain käyttäytymisnormia. Käyttäytymisvaatimuksen asettaminen normaalisti muodostaa välivaiheen pyrittäessä tavoitteeseen, so. reaali-taloudellisen tilan muuttamiseen.

Yksittäisnormin asettamista tarkoittava tahtoakti ei ole vain tiettyä seikkaa koskeva lausuma vaan se säännöllisesti koostuu useammasta dispositiivisesta lausumasta, jotka voidaan antaa yhdessä tai erikseen. Peruselementtinä on kaavamaisen käyttäytymisvaatimuksen asettaminen. Se edellyttää vaatimuksen sisällön eli käyttäytymistavan määrittelyä. Lisäksi on tarpeen käyttäytymisvaatimuksen kohteena olevan henkilötahon (adressaatin) määrittely ja vaatimuksen voimassaolopiirin määrittely eräissä muissakin suhteissa. Näin voidaan erottaa seuraavat elementit:

1. *Peruselementti eli käyttäytymisvaatimuksen asettaminen,* jollainen vaatimus on ilman sisällön eli käyttäytymistavan määrittelyä, mikä voi tapahtua erikseen, pelkkä vaatimuskaava.

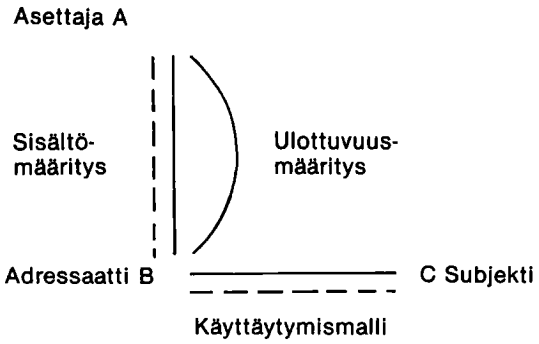
2. *Sisällön- eli käyttäytymistavan määrittely,* joka on tarpeen jotta käyttäytymisvaatimus olisi mielekäs. Sisällön määrittely täydentää peruselementtiä ja on siten siihen nähden epäitsenäinen.

3. *Voimassaolon ulottuvuuden määrittely* lähinnä ajallisessa, asiallisessa ja persoonallisessa suhteessa. Tätä tarkoittava lausuma ei ole samalla tasolla kuin käyttäytymisvaatimuksen asettaminen vaan tarkoittaa siihen kohdistuvaa (meta-)lausumaa. Ulottuvuuden rajoittaminen voi koskea eri seikkoja:

— ajallinen ulottuvuus (voimassaoloaika);
— henkilöllinen ulottuvuus, joka koskee toisaalta adressaattitahon määrittelyä ja toisaalta intressisubjektin osoittamista; ja
— asiallinen ulottuvuus (kohdepiiri).

Edellä olevasta käy ilmi, että käyttäytymisvaatimuksen asettaminen ei yksinään riitä vaan lisäksi on tarpeen voimassaolon ulottuvuuden määrittely eräissä suhteissa, lähinnä ajallisessa, asiallisessa ja persoonallisessa suhteessa. Käyttäytymisnormin aikaansaaminen edellyttää, että asettamisaktin molemmat elementit ovat olemassa. Juuri se asiantila, että adressaattiin nähden on asetettu voimassa oleva käyttäytymisvaatimus, merkitsee, että tämän p i t ä ä käyttäytyä vaaditulla tavalla. Voimassaolo on kytketty tiettyjen edellytysten täyttymiseen (soveltamisedellytykset). Näiden edellytysten avulla ilmaistaan normikuvauksessa normin voimassaolon ulottuvuus eri suhteissa. Normin oikeustosiseikastokuvaukseen sisältyy myös muiden asettamisaktia koskevien tosiseikkojen kuvaus.

Käyttäytymisvaatimuksen ja sen asettamisaktin suhde sekä eri elementtien keskinäinen suhde käynee parhaiten ilmi seuraavasta kaavakuvasta, jossa asettamisaktia on kuvattu pystytasossa ja käyttäytymisvaatimusta vaakatasossa.



Kaavakuva sopimusnormin asettamisesta

— Norminasettaja A
— Normin adressaatti B
— Intressisubjekti C
— Pystytaso kuvaa käyttäytymisnormin asettamisaktia
— Vaakataso kuvaa käyttäytymisvaatimusta (-sääntöä)
— Sisältöä kuvaava katkoviiva osoittaa pystytasossa käyttäytymistavan määrittelyä ja vaakatasossa käyttäytymismallia

Kaavakuvassa edellytetään, että sopijapuoli voi olla vuoroin A:n, B:n ja C:n asemassa. Niinpä esim. myyjä on adressaatin A:n asemassa velvoittauduttuaan luovuttamaan tavaran ostajan haltuun; ostaja on tällöin intressisubjektin C:n asemassa. Kun myyjän vaatimuksenalaisuus perustuu hänen itsensä antamaan määräykseen (Selbstbestimmung) hän on samalla norminasettajan A:n asemassa. Hinnan maksuun velvoittautunut ostaja on vastaavasti samalla kertaa adressaatin ja norminasettajan ominaisuudessa myyjän taas ollessa tältä osalta intressisubjektin asemassa. Suorittaessaan omistusta koskevan dispositiotoimen myyjä toimii ulkopuolisena norminasettajana yleiseen sivullistahoon nähden, joka joutuu vaatimuksenalaisuusasemaan. Tällöin vaatimuksenalaisuus perustuu toisen (ulkopuolisen) antamaan määräykseen (Fremdbestimmung). Tällaisesta »vieraan» määräyksestä on kysymys myös silloin, kun konsensuksen katsotaan tulevan sopijapuolten yksityisten tahdonilmaisujen (lupausten) sijalle.[3]

Tarkasteltaessa sopimusta oikeussääntönä ajatellaan vaakatason osoittamaa henkilösuhdetta B—C. Adressaatti B:n pitää tiettyjen soveltamisedellytysten täyttyessä käyttäytyä normin osoittamalla tavalla. Se että B on vaatimuksenalaisuusasemassa merkitsee, että C:llä on tiettyjä B:n käyttäytymiseen kohdistuvia odotuksia. Tällaisia odotuksia voi syntyä myös muilla tavoin. Henkilö saattaa sosiaalista käyttäytymistä koskevien sääntöjen (mm. vastavuoroisuus) nojalla kiinnittää tietynlaisia odotuksia toisen henkilön käyttäytymiseen. Edellä sanottu ei merkitse, että C:llä olisi aineellinen oikeus (vaade), vaan ainoastaan sitä, että subjekti voi suostumuksellaan vapauttaa adressaatin vaatimuksenalaisuusasemasta. Intressisubjektin »oikeus» ilmenee varsinaisesti siinä, että hänellä on aloitevalta oikeuskoneiston liikkeellepanoon nähden, ts. kannesubjektin ominaisuus.[4]

Normin asettamista ja soveltamista silmällä pitäen tapahtunut rakenne-erittely antaa lähtökohdan kysymysten erittelylle. Ulkonaisen

[3] Sellainen käyttäytymisvelvollisuus (sidonnaisuus), joka perustaa intressisubjektille tiettyjä odotuksia, voi johtua paitsi henkilön itseensä tai toiseen kohdistamasta dispositiotoimesta myös tietynlaisesta sosiaalisesta käyttäytymisestä, jolloin on kysymys sidotuksi tulemisesta ilman sitä tarkoittavaa tahtoaktia (Selbstbindung ohne Vertrag). Tässä tapauksessa ei ole *Köndgenin* mukaan kysymys sopimukseen eikä deliktiin perustuvasta velvollisuudesta (vastuusta) vaan erillisestä ja jossain määrin epäyhtenäisestä kategoriasta, joka on muodostunut lupauskonseption laajenemisen pohjalla ja sijoittuu sopimuksen ja deliktin välimaastoon (m.t. erit. s. 156 s., 280 s. ja 420).

[4] Henkilön odotukset vaatimuksenalaisuusasemassa olevan käyttäytymiseen nähden ei merkitse aineellista oikeutta (vaadetta) vaan kelpoisuutta suostumuksin poistaa vaatimuksenvastaisen käyttäytymisen norminvastaisuus. Tämä ajatustapa (ks. LM 1952 s. 518 ss. ja sen johdosta *Wikström,* Oikeustiede 1980 s. 255 ss.) tarjoaa luontevan selityksen sille, miten »oikeutettuja» odotuksia voi syntyä sekä oikeusnormien että muiden sosiaalisten normien vaikutuksesta.

tapahtumasarjan vaiheiden erittely taas on lähtökohtana tarkasteltaessa, mihin vaiheisiin eri kysymykset liittyvät.

Mainitusta näkökulmasta katsottuna ulkonainen tapahtumasarja käsittää kolme vaihetta: 1) *sopimusnormin asettaminen* (neuvottelu- ja sopimuksentekovaihe), 2) *sopimuksen voimassaolo- eli toteuttamisvaihe* ja 3) *sopimushäiriö- eli reaktiovaihe.* Tilanteet voivat vaihdella suuresti. Sopimus voi olla hetkellinen tapahtuma tai käsittää pitkäaikaisen sääntely- ja toimeenpanoprosessin. Sitä voidaan tarkastella yhtä hyvin tahtoaktina kuin instituutiona, jolle on ominaista funktionaalisuus ja prosessuaalisuus ja jonka sisältö koostuu oikeusnormeista ja -lausumista.[5]

Sopimushäiriövaiheessa esille tulevat konfliktit koskevat sopimusnormien noudattamatta jättämistä ja sen seuraamuksia. Konfliktin kohteena voivat olla myös 1- ja 2-vaiheessa esille tulevat ongelmat. Sopimuksenteossa on kysymys sopimusnormien asettamisesta. Siinä vaiheessa ovat etualalla sitovuutta, ts. kompetenssia ja kompetenssinkäytön pätevyyttä koskevat kysymykset. Sopimuksessa asetettujen käyttäytymisnormien sisältöä koskevien kysymysten esiintulo ajoittuu 2- ja 3-vaiheeseen. Voimassaolon ulottuvuuden määrittely tapahtuu yleensä asettamisvaiheessa. Sen perusteella määräytyvät seuraavissa vaiheissa esille tulevat kysymykset normin ajallisesta, asiallisesta ja henkilöllisestä ulottuvuudesta.

Tavallisimmin esille tulevat kysymykset voidaan ryhmitellä esim. seuraavasti:

— *Sisältökysymykset,* jotka koskevat käyttäytymistavan määrittelyä sekä sen tulkintaa.
— *Sitovuuskysymykset,* jotka koskevat toisaalta kompetenssia eli toimivaltaa ja toisaalta kompetenssinkäytön pätevyyttä.
— *Voimassaolon ulottuvuutta* ajallisessa, asiallisessa ja henkilöllisessä suhteessa koskevat kysymykset.
— *Seuraamuskysymykset.*

Sopimuksen sisältö voi olla monitahoinen ja vaihteleva. Kuten *Aho* on huomauttanut, sopimus viittaa mitä erilaisimpiin tilanteisiin, joissa myös sen sisällön konstruoinnin perustana käytettävien oikeustointen (tahdonilmaisun) sopimusoikeudellinen arviointi vaihtelee.[6] Sopimuk-

[5] *Friedrich Lachmayer* teoksessa *Günther Winkler,* Rechtstheorie und Rechtsinformatik, Wien — New York 1975, s. 102 ss. ja 107 s., erottaa oikeuslausuman (Rechtsaussage), joka on Sollen-neutraali, Sollen-pitoisesta oikeusnormista. Hänen mukaansa sopimus voi näyttäytyä instituutiona, joka koostuu oikeusnormeista ja -lausumista.

[6] *Aho,* Varallisuusoikeudellisen oikeustoimen tulkinnasta, Porvoo 1968, s. 28 ja 30 s.

sin perustettu käyttäytymisnormi saattaa tarjota pelkän käyttäytymis- ja sanktiokaavan, jonka lähempi sisältö on määrättävä ulkopuolisista lähteistä saatavien normien avulla. Näiden normien tehtävänä voi olla yhdessä oikeustoimen kanssa säännellä sopimuksen sisältöä, sopimustyyppijärjestelmää jne.[7]

Sopijapuolten tahdonilmaisujen ja aktioiden perusteella selvitettävän primaarisisällön lisäksi joudutaan ottamaan huomioon lain dispositiiviset ja absoluuttiset normit. Näin muodostuvan normikompleksin perusteella määräytyvä sekundaarisisältö muodostaa lopullisen sopimussisällön.

Käyttäytymisnormin sisältö (laajassa merkityksessä) osoittaa, millaista käyttäytymistä adressaatilta vaaditaan. Sitä yksilöitäessä voitaneen ottaa huomioon a) toiminnan asiallinen liittyminen kohteena olevaan omaisuus- tai asiapiiriin (kohdepiiri), b) liittyminen siihen henkilöön, jonka hyväksi käyttäytyminen tulee ja c) käyttäytymistavan eli käyttäytymismallin määrittely (sisältö rajoitetussa merkityksessä). Kohteen määrittely (a) ja intressisubjektin määrittely (b) tosin eivät koske toiminnan laatua vaan sen kohdetta ja sitä, kenen hyväksi toiminta tapahtuu. Niiden määrittelyssä on kysymys voimassaolon ulottuvuudesta. Tästä on kysymys myös adressaatin määrittelyn osalta, mutta tämä kysymys ei koske vaadittavan käyttäytymisen yksilöintiä. Siten se on pikemmin muodollista struktuuria kuin asiallista sisältöä koskeva kysymys.

Normin tunnistaminen on sen soveltamisalaa koskeva kysymys. Soveltamisala määräytyy normikuvauksen perusteella. Se viittaa todellisuuteen sulkien piiriinsä tietyntyyppisiä soveltamistilanteita. Konkreettiset käyttäytymistilanteet ja -tapaukset voivat olla — kuten ne useimmiten ovatkin — normeerattuja tilanteita. Rajoitetussa merkityksessä soveltamisala tarkoittaa kohteena olevaa omaisuus- ja asiapiiriä. Käsitteen sisältö voi kuitenkin vaihdella, sillä määrittelyssä saatetaan kiinnittää huomiota voimassaolon ulottuvuuteen muissakin suhteissa. Edellä esitetystä seuraa, että normin tunnistaminen on asiallista sisältöä koskeva kysymys, vaikka se onkin syytä pitää erillään sisällönmäärittelystä rajoitetussa merkityksessä.

Tässä yhteydessä ei ole tilaisuutta ryhtyä erittelemään eri kysymyksiin sisältyviä ongelmia ja niiden keskinäisiä suhteita. Tarkoitus on vain viitata siihen, miten ongelmien erittelyssä voitaisiin edetä. Tavoitteena tulisi olla entistä täsmällisempi ja pelkistetympi kysymyksenasettelu, joka edistäisi paitsi systemaattisia tarkoitusperiä myös yhteisymmär-

[7] ib. s. 35, 46 ja 118 ss.

ryksen saavuttamista siihen nähden, mikä kulloinkin on sopimuksenmukaista.

Ongelmien erittelyä tarvitaan paitsi tässä suhteessa myös sopimustoimintaan kohdistuvan sääntelyn kannalta katsottuna. Sielläkin missä yksityisautonomian katsotaan muodostavan lähtökohdan on julkinen vallankäyttö moninaisin rajoituksin ja määräyksin puuttunut sopimustoimintaan. Tästä aiheutuneet epäkohdat ovat tyypillisiä nykyaikaiselle hyvinvointivaltiolle.[8] Jotta tarpeelliseksi osoittautuva sääntely voitaisiin suorittaa aiheuttamatta suurempaa haittaa kuin mikä on välttämätöntä hyväksyttyjen tavoitteiden toteuttamiseksi, on tarpeen saada selko siitä, mitä kaikkea jokin rajoitus- tai ohjailutoimenpide todellisuudessa merkitsee ja mitä se tuo mukanaan.

Juridisen ratkaisun argumentoinnin on katsottu tähtäävän siihen, että ratkaisu tulee hyväksytyksi. Tämä merkitsee yhteisymmärrystä ratkaisun lainmukaisuudesta. Keinona yhteisymmärryksen aikaansaamiseen on erilaisin argumentein tapahtuva todistelu. Ongelmakeskeisyyden ja kokonaisvaltaisuuden painottaminen on osaltaan aiheuttanut, että niin hyvin ratkaisun teko kuin sen argumentointikin pyritään suorittamaan ongelmakokonaisuuksien puitteissa. Sen vastapainona että useammanlaisia ongelmia on näin jouduttu kytkemään yhteen on ratkaisunteossa pyritty käyttämään hyväksi eri alojen asiantuntemusta.

Tämä ei ole ainoa menettelytapa yhteisymmärrykseen pääsemiseksi. Todistamisen tien ohella on puhuttu keksimisen tiestä. Erittelemällä ongelmakokonaisuudet rajoitetuiksi osakysymyksiksi voidaan vähentää valintavaihtoehtojen määrää ja muita erimielisyyden aiheita ja siten edistää yhteisymmärryksen aikaansaamista. Tällöin ei pyritä niinkään yhdenmukaistamaan vastauksia vaan täsmentämään ja pelkistämään kysymyksenasettelua siinä tarkoituksessa että voitaisiin saada selkeämpi ja eritellympi kuva siitä, mistä ratkaisunteossa pohjimmaltaan on kysymys. Lakimiehet ovat vanhastaan suosineet viimeksi mainittua linjaa. Sen sijaan ne, jotka joutuvat käsittelemään poliittisluonteisia ongelmia, suosivat kokonaisvaltaista ongelmankäsittelyä.

Yhteiskunnallisten liityntöjen entistä voimakkaampi painottaminen ei ole voinut olla vaikuttamatta siihen, miten oikeudellisia ongelmia lähestytään. Katsomustavan muuttuminen ei kuitenkaan vähennä ongelmanerittelyn tarvetta. Erityisesti sopimusoikeudellisten ongelmien kanssa askartelemaan joutuva juristi joutuu yhtenään kysymään, mistä oikeastaan on kulloinkin esillä olevassa asiassa kysymys. Vastauksen

[8] Ks. *Gunther Teubner,* Reflexives Recht, Archiv für Recht- und Sozialphilosophie 1982 s. 13 ss., erit. s. 27 s.

saamiseksi on yleensä tarpeen käyttää erittelyn tietä. Mutta sitten kun tämä tie on kuljettu loppuun, so. niin pitkälle kun erittelyssä on tarkoituksenmukaista mennä, joudutaan erilaisin argumentein todistelemaan ratkaisun hyväksyttävyyttä.

Luettelo Matti Ylöstalon julkaisuista

Luettelon laatinut OTL Heikki Halila

1953

Testamentinmoitteesta. Väitöskirja. 308 s. (SLY B 61). Helsinki 1953.
Peruutetun testamentin voimaansaattamisesta. Defensor Legis 1953 s. 17—30 ja 98—114.
Testamentinmoitejuttujen lukuisuudesta. Defensor Legis 1953 s. 359—367.
Testamentinmoitetta koskevia kysymyksiä. Lakimies 1953 s. 570—589.

1954

Testamentin tulkinnasta. XIX + 181 s. (SLY B 63). Helsinki 1954.
Caselius, Ilmari — Rautiala, Martti, Siviilioikeudellisia oikeustapauksia. Helsinki 1953. Ilm.: Matti Ylöstalo, Lakimies 1954 s. 149—151.
Prorogaatiolausekkeiden hylättävää käyttöä. Lakimies 1954 s. 290.
Testamentin valvonnassa annettavasta osoituksesta. Lakimies 1954 s. 422—423.
Onko testamentin toimeenpanijalla valta valvoa testamentti myös testamentinsaajien puolesta? Lakimies 1954 s. 597—606.
Henry Ussing †. Lakimies 1954 s. 623—626.
Pedersen, Axel H.: Refusionsopgørelser. København 1954. Ilm.: Matti Ylöstalo, Lakimies 1954 s. 763—764.

1955

Epäitsenäisestä säätiöstä. Juridiska Föreningens Tidskrift 1955 s. 59—76.
Oikeustapausselostus: Testamentinmoite. Defensor Legis 1955 II s. 53—57.
Perheoikeuden harrastajien huomioon. Lakimies 1955 s. 151.
Lainopin Ylioppilaiden Yhdistys Pykälä r.y. [20 vuotta]. Lakimies 1955 s. 617.
Viehweg, Theodor, Topik und Jurisprudenz, München 1953. Ilm.: Matti Ylöstalo, Lakimies 1955 s. 816—818.
Hajahavaintoja tuomioistuinratkaisujen julkisuuteen saattamisesta. Lakimies 1955 s. 836—837.
Lainvalmistelutyön uudelleen järjestämistä suunnittelemaan asetetun komitean mietintö. Komiteanmietintö 1955: 6. Helsinki 1955. 43 sivua. (Komitean puheenjohtaja *T. M. Kivimäki,* muut jäsenet *Antti Hannikainen* ja *Jalmari Lehtonen,* sihteerinä *Matti Ylöstalo).*

1956

Tutkimuksia vekselioikeuden alalta. 183 s. (SLY B 82). Vammala 1956.
Vekselitakaus. Toivo Mikael Kivimäki 1886. 5. 6. 1956. Juhlajulkaisu (SLY C 4). s. 472—510. Vammala 1956.

Enneccerus — Kipp — Wolff, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. V. Tübingen 1955. Lakimies 1956 s. 295—296.

Oslon yliopistoon [kaksi instituuttia]. Lakimies 1956 s. 524.

1957

Takauksesta. XXII + 312 s. (SLY B 85). Porvoo 1957.

Takausmiehen kuittausoikeudesta. Defensor Legis 1957 s. 71—80.

Muuan vahingonkorvauskysymys rakennustoiminnan alalta. Defensor Legis 1957 s. 198—205.

Testamentin toimeenpanijan oikeudesta palkkioon. Defensor Legis 1957 s. 348—356.

Tidskrift for Rettsvitenskap. Lakimies 1957 s. 103.

Osakeyhtiön hallituksen antamista takaussitoumuksista. Lakimies 1957 s. 310—316.

Lainopillisten tiedekuntien opinto-ohjelmasta Ranskassa. Lakimies 1957 s. 723—726.

Borum, O. A., Lovkonflikter. København 1957. Ilm.: Matti Ylöstalo, Lakimies 1957 s. 846—848.

Halila, Jouko, Todistustaakan jaosta silmällä pitäen erityisesti varallisuusoikeudellisia oikeussuhteita. Porvoo 1955. Ilm.: Matti Ylöstalo, Defensor Legis 1957 s. 357—358.

Ehdotus prekluusiolaiksi perusteluineen. Komiteanmietintö 1957: 3. Helsinki 1957. 43 s. Laatinut oikeusministeriön toimeksiannosta Aarne Rekola sihteerinään Matti Ylöstalo.

Förslag till lag om preklusion jämte motiv. Kommittébetänkande 1957: 3. Helsingfors 1957. 43 s. På justitieministeriets uppdrag utarbetad av Aarne Rekola jämte Matti Ylöstalo som sekretere.

Ehdotus laiksi saamisen vanhentumisesta perusteluineen. Komiteanmietintö 1957: 15. Helsinki 1957. 120 s. Laatinut oikeusministeriön toimeksiannosta Aarne Rekola sihteerinään Matti Ylöstalo.

1958

Takaus ja akordi. Lakimies 1958 s. 233—234.

Muukkonen, P. J., Muotosäännökset. Väitösk. Ilm.: Matti Ylöstalo, Virallisen vastaväittäjän lausunto eräin lyhennyksin. Lakimies 1958 s. 361—378.

Avioehto naimaosan suuruudesta. Lakimies 1958 s. 643—656.

Asianajajan toivomuksia lykkäyspäätöksen kohdalla. Defensor Legis 1958 s. 100—101.

Suomen Asianajajaliiton jäsenyys ja Suomen Lakimiesliitto. Defensor Legis 1958 s. 110—111.

Asianajajatoimistojen henkilökunnan eläkekysymys. Defensor Legis 1958 s. 169—175.

Kirjeellinen kääntyminen muiden henkilöiden kuin vakinaisten asiakkaiden puoleen. Defensor Legis 1958 s. 279—280.

Konkurssipesän selvittäminen ja selvitysilmoituksen tekeminen. Defensor Legis 1958 s. 280—281.

l'Avoué dans la vie moderne. Defensor Legis 1958 s. 281.

Suomen Lakimiesliiton IX lakimiespäivien pöytäkirja 1958. Vammala 1958. Ilm.: Matti Ylöstalo, Defensor Legis 1958 s. 409—411.

Oikeustapausselostus: Testamentinmoite. Defensor Legis 1958 II s. 46—47.

Förslag till lag om fordringspreskription. Kommittébetänkande 1957: 15. 120 s. Helsingfors 1958. På uppdrag av justitieministeriet utarbetad av Aarne Rekola jämte Matti Ylöstalo som sekreterare.

1959

Suomen siviilioikeuden oppikirja. Yleinen osa. XXII + 417 s. (SLY B 91). Porvoo 1959. Kirjoittajina T. M. Kivimäki ja Matti Ylöstalo.

»Lakiasiamies» maallikoiden ammattinimityksenä. Defensor Legis 1959 s. 56—57.

Kiinteistön mustasta kauppahinnasta. Defensor Legis 1959 s. 62—64.

Suomen Asianajajaliitto r.y:n jäsenille. Defensor Legis 1959 s. 185—187.

Muuan takaussitoumuksen tulkintaa koskeva kysymys. Defensor Legis 1959 s. 287—301.

Oikeustapausselostus: Tavallinen velkakirja. Defensor Legis 1959 II s. 34—35.

Källenius, S. o S. Byggnadsjuridik. Stockholm 1959. Ilm.: Matti Ylöstalo, Defensor Legis 1958 s. 56.

Enneccerus — Kipp — Wolff, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. II Band. Tübingen 1958. Ilm.: Matti Ylöstalo. Lakimies 1959 s. 96.

Vapaus ja pakko asianajajalaissa. Lakimies 1959 s. 491—497.

1960

Suomen oikeustiede. Oma maa VII. Tietokirja Suomen kodeille. Toim. Edwin Linkomies. s. 245—256. Porvoo 1960.

Huutavan äänenä korvessa. Defensor Legis 1960 s. 289—294.

Yksin vai yhdessä? Asianajajan pulmia I. Defensor Legis 1960 s. 305—309.

Asianajajan yleiskuluista. Asianajajan pulmia II. Defensor Legis 1960 s. 374—384.

Asianajajalain 3 §:n 2 mom. tulkintaa. Defensor Legis 1960 s. 431—432.

Suomen Lakimiesliiton X lakimiespäivien pöytäkirja 1959. Vammala 1959. Ilm. Matti Ylöstalo. Defensor Legis 1960 s. 86—88.

Hyvästä asianajajatavasta sananen. Lakimies ja yhteiskunta 1960 s. 14 ja 18.

Asianajotoimisto ja lakiasiaintoimisto. Suomen Lakimiesliiton tiedotuksia 1960: 1 s. 1—3.

Huomioita asianajajalain toimeenpanosta. Suomen Lakimiesliiton tiedotuksia 1960: 8 s. 7—12.

Der Zivilrechtliche Persönlichkeits- und Ehrenschutz in Frankreich, der Schweiz, England und den Vereinigten Staaten von Amerika. Tübingen 1960. Ilm.: Matti Ylöstalo, Lakimies 1960 s. 986—988.

Lakimies laissa. Lakimies 1960 s. 1030.

1961

Lärobok i Finlands civilrätt. Allmän del. Övers. av. Per-Erik von Bondsdorff. XXVIII + 437 s. (JFP 28). Vammala 1961. Författad av T. M. Kivimäki och Matti Ylöstalo.

Formkrav och billighet. Juridiska Föreningens Tidskrift 1961 s. 297—304.

Välimiesmenettelystä asianajajalain mukaan. Lakimies 1961 s. 398—407.

Kirjallisuutta asianajajan alalta. Defensor Legis 1961 s. 44—48.

»Asian valvominen». Asianajajan pulmia III. Defensor Legis 1961 s. 61—68.

Nuoren asianajajan alkuunpääsyvaikeuksista. Defensor Legis 1961 s. 124—125.

Ranskan asianajajakunnan juhlapäivä. Defensor Legis 1961 s. 131—132.

Vertailevan oikeustieteen kesäkurssit Suomessa. Defensor Legis 1961 s. 209—210.

Asianajopalkkion määräämisperusteista. Asianajajan pulmia IV. Defensor Legis 1961 s. 293—311.

Vanhan juristimatrikkelin lehdiltä. Defensor Legis 1961 s. 336—337.

Oikeudenkäyntiselostus ja asianajaja. Suomen Lakimiesliiton tiedotuksia 1961: 1 s. 16—17 ja 23.

1962

Vähemmistön oikeuksien turvaamisesta osakeyhtiöissä. 3. uud. painos. 62 s. Porvoo 1962. Kirjoittajina Lauri Cederberg ja Matti Ylöstalo.

Tilannevaltuutus. Lakimies 1962 s. 48—54.

Defensor Legis'in hakemisto. Lakimies 1962 s. 233.

Päällään seisova pyramidi. Lakimies 1962 s. 557—567.

Några spörsmål angående skiljemannaförfarandet enligt lagen om advokater i Finland. Tidskrift for Sveriges advokatsamfund 1962 s. 321—328.

Avoimia ja kommandiittiyhtiöitä koskevan lainsäädännön uudistaminen. Defensor Legis 1962 s. 297—317.

Oikeustapausselostus: Lapsi-ikäisen vahingonvastuu. Defensor Legis 1962 II s. 61—64.

Oikeustapausselostus: Asunto-osakeyhtiö. Defensor Legis 1962 II s. 85—93.

Perintölakitoimikunnan mietintö. Komiteanmietintö 1962: 7. 43 sivua. Komiteaan kuuluivat Lauri Takkunen puheenjohtajana sekä jäseninä Marjos Rapola, Sakari Sohlberg ja Matti Ylöstalo, sihteerinä Martti Miettinen.

1963

Tarjouksesta urakkakilpailussa. Juhlajulkaisu Ilmari Caseliuksen ja Aarne Rekolan 70-vuotispäivänä 29. 4. 1963. (SLY C 7) s. 272—283. Porvoo 1963.

Huttunen, Allan, Yhdenmiehen osakeyhtiöstä. Väitösk. Ilm.: Matti Ylöstalo, Virallisen vastaväittäjän lausunto (lyh.) Lakimies 1963 s. 132—143.

Elfgen, Anno, Die Mejora. Geschichte und Dogmatik im spanischen und südamerikanischen Recht. Berlin 1962. Ilm.: Matti Ylöstalo. Lakimies 1962 s. 656—657.

Portin, Göran, Om köparens dröjsmål med särskild hänsyn till mora accipiendi. Borgå 1962. Ilm.: Matti Ylöstalo, Svensk Juristtidning 1963 s. 215—216.

Hyvä asianajotapa käytännön ratkaisujen valossa. Jatkokurssin »Kysymyksiä asianajajan alalta» pöytäkirja 1962 s. 18—29. Vammala 1963.

Suomen Asianajajaliiton jäsenistö ja sen suhteellinen osuus lakimieskunnasta. Defensor Legis 1963 s. 226—227.

Vuosisatain takaa. Defensor Legis 1963 s. 306—308.

Tidsskrift for Rettsvitenskap. Defensor Legis 1963 s. 308—309.

Lahjanlupauslain 4 §:n tulkintaa. Defensor Legis 1963 s. 324—332.

Muuan ärtymystä herättänyt epäkohta asianajotoiminnassa. Defensor Legis 1963 s. 352—354.

Pari sanaa perintölainsäädännön uudistamisesta. Defensor Legis 1963 s. 410—415.

Oikeustapausselostus: Asianajolasku. Defensor Legis 1963 II s. 32.

1964

Suomen siviilioikeuden oppikirja. Yleinen osa. 2. uud. pain. XXIII + 489 s. (SLY B 91). Porvoo 1964. Kirjoittajina T. M. Kivimäki ja Matti Ylöstalo.

Asianajajan käsikirja. 181 s. Porvoo 1964.

Om inbördes testamente enligt finsk rätt. En kort översikt. Festskrift til O. A. Borum 30. juli 1964. s. 543—552. København 1964.

Eräs aukko säätiöoikeudessamme. Lakimies 1964 s. 379—385.

Pari sanaa kaupanvahvistajamääräyksistä. Lakimies 1964 s. 1013—1017.

Perintöoikeuden uudistus toteutumassa? Defensor Legis 1964 s. 46—48.

Eräs epäkohta verotuslain soveltamisessa. Defensor Legis 1964 s. 48—49.

Maksuton oikeudenkäynti ja palkkio-ohjeiden soveltaminen erityisesti muutoksenhakuasioissa. Defensor Legis 1964 s. 440—441.

Asianajajat Ruotsin korkeimman oikeuden jäseninä. Defensor Legis 1964 s. 441—443.

Lainkäytön julkisuus, de iure ja de facto. Heikki Jokelan ja Matti Ylöstalon kirjoittama johdanto (s. 7—15) teoksessa Kivivuori, Antti, Korkeimman oikeuden ratkaisuja riita-asioissa 1960. Porvoo 1964.

1965

Saamisen lakkaamisesta. 72 s. Helsinki 1965. Kirjoittajina Jouko Halila ja Matti Ylöstalo.

Siviilioikeuden kehityslinjoja. Festskrift utgiven i anledning av juristklubben Codex 25-års jubileum s. 85—96. Borgå 1965.

Huomioita välimiesmenettelystä rakennustoiminnan alalla. Rakentamispäivä 16. 10. 1965 s. 73—85. Vammala 1965.

Oikeusriitojen ennakkotorjuntaa kohti. Alaviite 1965: 2 s. 13.

Oikeussaarnaan liittyvä rukous. Defensor Legis 1965 s. 242—243.

Lisänäkökohtia syytetyn oikeusturvasta. Lakimies 1965 s. 831—834.

Tervettä järkeä rikollisten käsittelyyn? Lakimies 1965 s. 919—920.

Eräiden Korkeimman hallinto-oikeuden päätösten tiedottaminen. Defensor Legis 1965 s. 71—72.

Piirteitä Suomen asianajajaliiton toiminnasta vuosina 1960—1964. Defensor Legis 1965 s. 177—196.

Insinöörin vala ja asianajajan? Defensor Legis 1965 s. 239—241.

Ulkomaalaisten yksityisoikeuksien valvominen Neuvostoliitossa. Defensor Legis 1965 s. 252.

Muuan muutoksenhakemus. Defensor Legis 1965 s. 252.

Asianajajien kesken. Defensor Legis 1965 s. 252.

Korkeimman hallinto-oikeuden uusinta käytäntöä. Defensor Legis 1965 s. 79—84 ja 389—392.

Paavin sana asianajajalle. Defensor Legis 1965 s. 331—334.

Bruno A. Salmialan 75-vuotispäivä. Defensor Legis 1965 s. 380—383.

Asianajajan suhtautuminen lehdistöön, radioon ja televisioon silmällä pitäen tiedotusintressin ja hyvän asianajajatavan vaatimuksia. Defensor Legis 1965 s. 468—470.

Kulttuurihallinto valinkauhassa. Kulttuurimme kehittäminen. Kulttuuripoliittiset neuvottelupäivät Helsingissä 23. 1.—30. 1. 1965 s. 148—151. Helsinki 1965.

Lausunto annettu tammikuun 14. 1965 tapaturmavakuutuslain 61 §:n 2 momentin tulkinnasta. Tapaturmavakuutus 1965: 2—3 s. 47—58. Kirjoittajina Matti Ylöstalo ja K. K. Kalliala.

Vahingonkorvauskomitean mietintö. 1965: A 4. Hki 1965. 75 s. Komiteaan kuuluivat L.-H. Lilius, puheenjohtajana, ja Matti Ylöstalo, sihteerinä Henry Ådahl.

Lainhakukomitean mietintö N:o 1. Lainhaku. Komiteanmietintö 1965. A: 5. 21 sivua. Komiteaan kuuluivat Tauno Ellilä puheenjohtajana sekä Yrjö Lehtonen, K. Riskala, Onni Särökari ja Matti Ylöstalo jäseninä, sihteerinä Erik Svinhufvud.

1966

Vähemmistön oikeuksien turvaamisesta osakeyhtiöissä. 4. pain. 63 s. Porvoo 1966. Kirjoittajina Lauri Cederberg ja Matti Ylöstalo.

Professori T. M. Kivimäki, Suomen siviilioikeuden grand old man, 80-vuotias. Lakimies 1966 s. 399—402.

Korkeimman hallinto-oikeuden uusinta käytäntöä. Defensor Legis 1966 s. 97—100.

»Valokopiosota». Defensor Legis 1966 s. 134—136.

Suomen Asianajajaliiton ulkomaiset suhteet. Defensor Legis 1966 s. 240.

Määräaikaissäännösten yhteensoveltumattomuutta avioliittolainsäädännössä. Defensor Legis 1966 s. 241—242.

Korvaus äänilevymusiikin esittämisestä radiossa ja televisiossa. Defensor Legis 1966 s. 323—332.

Määräaikalain pyhäpäiväsääntö uudistettu. Defensor Legis 1966 s. 377—378.

Oikeustapauskokoelmat ja asianajotoiminta. Defensor Legis 1966 s. 468—469.

Pieniä apuneuvoja asianajajan työssä. Defensor Legis 1966 s. 471.

Oikeustapausselostus: Osakkeiden lunastus. Defensor Legis 1966 II 75—80.

Remarks on the Finnish law of contract and the law of torts. The Finnish legal system. Ed. by Jaakko Uotila s. 145—160. Helsinki 1966.

Sääolosuhteiden poikkeavan kehityksen vaikutuksesta rakennusurakan täyttämisvelvollisuuteen. Rakennustaito 1966 s. 488—490.

Avaussanat. Suomen Lakimiesliiton XVII lakimiespäivien pöytäkirja s. 7—10. Vammala 1966.

Lainhakukomitean mietintö 2. Komiteanmietintö 1966: B 80. Ehdotus maksamismääräyslaiksi komitean valmistelujaoston laatimine perusteluineen. Hki 1966. 4 + 26 s.

1967

Saamisen lakkaamisesta. 2. korj. painos. 116 s. (SLY B 131). Vammala 1967. Kirjoittajina Jouko Halila ja Matti Ylöstalo.

Korkeimman hallinto-oikeuden uusinta käytäntöä. Defensor Legis 1967 s. 20—24 ja 391—395.

Kansainvälinen kielisyöpä. Defensor Legis 1967 s. 58.

Kukkia sihteerille. Defensor Legis 1967 s. 58.

Asianajotoiminta ja verotarkastukset. Defensor Legis 1967 s. 120—123.

Matkakertomus. Defensor Legis 1967 s. 195—197 ja 405—409.

Palkkiosäännön XIV kohdan tulkintaa. Defensor Legis 1967 s. 274.

Sihteerien kokous 1—2. 12. 1966 Oslossa. Defensor Legis 1967 s. 64—67.

Oikeustapausselostus: Oikeudenkäyntiavustajan palkkio. Defensor Legis 1967 II s. 39—41.

Oikeustapausselostus: Lahjan täyttyminen. Defensor Legis 1967 II s. 68—70.

1968

Voimalaitosyhtiön rakenteesta. Lakimies 1968 s. 332—342.

Professori Ilmari Caselius 75-vuotias. Lakimies 1968 s. 343—345.

Till frågan om preskription av negativa förpliktelser enligt 1868 års PreskF. Den 9 november. Jubileumsskrift s. 142—147. Finska vetenskapssocietetens rättshistoriska institut 1868—1968: 2. Helsingfors 1968.

Suomen oikeus- ja yhteiskuntajärjestys. R. A. Wreden saman nimisen teoksen pohjalta toim. Inkeri Anttila — Yrjö Blomstedt — Erik Castrén — Esko Hoppu — Heikki Jokela — Paavo Kastari — Ilmari Melander — V. Merikoski — Arvo Sipilä — Tauno Tirkkonen — Matti Ylöstalo — Simo Zitting. XVI + 472 s. (SLY B 7). Porvoo 1968.

Perustietoja suomalaisten oikeuslaitosta ja lakia koskevista käsityksistä. Lakimiesuutiset 1968: 9 s. 8—9.

Suomen Nimismiesyhdistyksen julkilausuma. Defensor Legis 1968 s. 72—73.

Bertrand Russell kirjoittaa asianajajastaan. Defensor Legis 1968 s. 73.

Maurice Garçon. Defensor Legis 1968 s. 73—74.

Itä-Saksan kansainvälisiä yksityisoikeudellisia asioita hoitava toimisto. Defensor Legis 1968 s. 152—153.

Urheiluoikeuden ensimmäinen kansainvälinen kokous. Defensor Legis 1968 s. 153.
Valtionperintökomitean mietintö. 1968: A 13. Helsinki 1969. 11 s. Puheenjohtaja Matti Ylöstalo, sihteeri Aulis Aarnio.

1969

Takauksesta. 2. uus. painos. XXII + 304 s. (SLY B 85). Porvoo 1969.
Om återkallelse av återkallelse av testamente. Nordisk gjenklang. Festskrift til Carl Jacob Arnholm 18 december 1969. s. 785—794. Oslo 1969.
Kønsrolledebatten og familielovgivningen. Tidsskrift for rettsvitenskap 1969 s. 276—280.
Aho, Matti L., Varallisuusoikeudellisen oikeustoimen tulkinnasta. Väitösk. Ilm.: Matti Ylöstalo. Virallisen vastaväittäjän lausunto. Lakimies 1969 s. 93—103.
Ensimmäinen weekend-kurssi. Defensor Legis 1969 s. 51—53.
Asianajajien työ Suomen lehdistössä v. 1968. Defensor Legis 1969 s. 8—14.
Matkakertomus Pohjoismaiden asianajajajärjestöjen sihteerien kokouksesta, joka pidettiin Tukholmassa joulukuun 2—3 päivinä 1968. Defensor Legis 1969 s. 53—56.
Suomen kansa ja asianajajat. Defensor Legis 1969 s. 61—62.
Asianajajakunnan merkkitapauksen johdosta. Defensor Legis 1969 s. 65—72.
Oikeudenkäymiskaaren 15 luvun 2 §:n muutos. Defensor Legis 1969 s. 148—150.
Suomen asianajajaliiton sääntöjen muutos. Defensor Legis 1969 s. 160—161.
Ennakkopidätys ja asianajaja. Defensor Legis 1969 s. 161.
Asianajajaluettelo vuodelta 1969. Defensor Legis 1969 s. 163.
Asianajaja oikeusfilosofisen teoksen kääntäjänä. Defensor Legis 1969 s. 163.
Kroatian asianajajakunta 100-vuotias. Defensor Legis 1969 s. 163—164.
Mieluisia tietoja asianajajalle. Defensor Legis 1969 s. 407.
Pedersen, Axel H., Det Danske Advokatsamfund 1919—1969. Odense 1969. Ilm.: Matti Ylöstalo, Defensor Legis 1969 s. 486—487.
Lahden hovioikeus? Defensor Legis 1969 s. 488—491.
Asianajaja laamanniksi. Defensor Legis 1969 s. 494—495.
Pro jure civis — Tanskan asianajajien juhlapäivä. Defensor Legis 1969 s. 495—496.
Asianajaja ja valtakirja. Defensor Legis 1969 s. 500.
Oikeustapausselostus: Rakennusurakkasopimuksen tekeminen. Defensor Legis 1969 II s. 1—5.
Oikeustapausselostus: Rakennusurakka. Defensor Legis 1969 II s. 17—20.
Oikeustapausselostus: Asunto-osakeyhtiö. Defensor Legis 1969 II s. 45—47.
Oikeustapausselostus: Perusteettoman edun palauttaminen. Defensor Legis 1969 II s. 55—61.
Korjattu luonnosehdotus laiksi korkeakoulujen sisäisen hallinnon perusteista sekä luonnos lausunnoksi hallinnonuudistuksesta. Helsingin yliopiston Suuren Konsistorin pöytäkirjat 14. 10. 1969 s. 1360—1380 ja 15. 10. 1969 s. 1381—1387. Kirjoittaneet Yrjö Blomstedt ja Matti Ylöstalo.

1970

Tekijänoikeuslaki ja aikaisemmat tekijänoikeudelliset sopimukset. Defensor Legis 1970 s. 52—57.
Yliopistokratia. Defensor Legis 1970 s. 239—241.
Pankkilakimiehet ja asianajajat. Defensor Legis 1970 s. 247—248.
Väärillä jäljillä. Defensor Legis 1970 s. 253—255.

Oikeaa kehitystä. Defensor Legis 1970 s. 356.
International Bar Association. Defensor Legis 1970 s. 360.
Vuossatain takaa. Defensor Legis 1970 s. 487.
Asianajaja eduskunnan oikeusasiamieheksi. Defensor Legis 1970 s. 488—489.
Asianajajan ammattinimitys viranomaiskäytännössä. Defensor Legis 1970 s. 489.
Suomenkieltä suuressa maailmassa. Defensor Legis 1970 s. 489—490.
Luettelo Saksan asianajajista. Defensor Legis 1970 s. 490—491.
Oikeustapauskommentaarit ja oikeuspolitiikka. Defensor Legis 1970 s. 570—571.
The Attorney's Appetite. Ilm.: Matti Ylöstalo, Defensor Legis 1970 s. 227—228.
Oikeustapausselostus: Asunto-osakeyhtiö. Defensor Legis 1970 II s. 1—7.
Oikeustapausselostus: Haaste. Defensor Legis 1970 II s. 49—50.
Oikeustapausselostus: Vahingonkorvaus. Defensor Legis 1970 II s. 81—84.
Oikeustapausselostus: Menetetyn määräajan palauttaminen. Defensor Legis 1970 II s. 84—86.
»The first thing we do; let's kill all the lawyers». Lakimies 1970 s. 1020—1022.

1971

Saamisen lakkaamisesta. Luentojakso. 3. korj. painos. 128 s. (SLY B 131). Vammala 1971. Kirjoittajina Jouko Halila ja Matti Ylöstalo.
Maailman vanhimmasta maailman uusimpaan. Defensor Legis 1971 s. 41—43.
Matkakertomus. Pohjoismaiden asianajajajärjestöjen sihteerien kokous Kööpenhaminassa 1—2. 12.1970. Defensor Legis 1971 s. 51—54.
Uusi oikeustieteellinen julkaisusarja. Defensor Legis 1971 s. 132—133.
Merikoski, V., Julkisen sanan neuvosto. Ilm.: Matti Ylöstalo. Defensor Legis 1971 s. 291—292.
Olli Tulenheimo †. Defensor Legis 1971 s. 293—294.
Oikeustapausselostus: Konkurssi. Defensor Legis 1971 II s. 19—20.
Aro, Pirkko-Liisa, Säätiön tarkoituksesta ja sen toteuttamisen takeista. Väitösk. Ilm.: Matti Ylöstalo. Virallisen vastaväittäjän lausunto. Lakimies 1971 s. 641—652.
Opinnot valinkauhassa, Keskustelua. [Dekaani Matti Ylöstalo:]Lakimiesuutiset 1971: 1 s. 10—15.
Asianajotoiminnan pulmat. Keskustelua. Lakimiesuutiset 1971: 10 s. 10—13.

1972

Maksajan erehdyksestä suorituksen palautuksessa. Ars boni et aequi. Juhlajulkaisu Y. J. Hakulisen 70-vuotispäivänä 21. 1. 1972 (SLY C 9) s. 284—291. Helsinki 1972.
Konkurrenssilausekkeesta yrityksen myynnissä. Liike-elämän sopimusoikeutta (Suomen Lakimiesliiton koulutuskeskuksen julkaisuja 6) s. 144—155. Vammala 1972.
Asianajajatutkimus valmistunut. Defensor Legis 1972 s. 1—10.
Hiukan asianajajien lukumäärästä ym. Defensor Legis 1972 s. 65—68.
Syyttäjäsanomat. Defensor Legis 1972 s. 76.
Eino Lehtonen 60-vuotias. Defensor Legis 1972 s. 268—269.
Pankkien notariaattitoiminta ja sen mainostaminen. Defensor Legis 1972 s. 369—370.
Strömholm, Stig, Sverige 1972. Stockholm 1972. Ilm.: Matti Ylöstalo, Defensor Legis 1972 s. 450.
Liiton tunnusta käytetty väärin. Defensor Legis 1972 s. 458.
Syyttäjä asianomistajan asiamiehenä. Defensor Legis 1972 s. 458—460.
Japanin asianajajakunta. Defensor Legis 1972 s. 532—533.

Oikeustapausselostus: Kotirauhan rikkominen. Defensor Legis 1972 II s. 17—19.
Oikeustapausselostus: Återställande av försutten fatalietid. Defensor Legis 1972 II s. 19—20.
Oikeustapausselostus: Växel. Defensor Legis 1972 II s. 67—69.
Asianajotoiminnan ja sen arvostelijain pulmista. Lakimiesuutiset 1972: 1 s. 24—26.
Hyvää asianajatapaa koskevat ohjeet. Ilm.: Matti Ylöstalo. Lakimiesuutiset 1972: 9 s. 15—16.

1973

Suomen siviilioikeuden oppikirja. Yleinen osa. 3. uud. painos. XXIV + 537 s. (SLY B 91). Porvoo 1973. Kirjoittajina T. M. Kivimäki ja Matti Ylöstalo. Toimittanut Matti Ylöstalo.
Välitystuomion julistamisesta ja antamisesta. Suomalainen Lakimiesyhdistys 75 vuotta. (SLY C 11) s. 362—371. Vammala 1973.
Anteckningar om. s.k. optionsavtal. Juridiska Föreningens Tidsskrift 1973 s. 311—316.
Kurssit Aulangolla 12—13. 1. 1973. Defensor Legis 1973 s. 60—61.
Pohjoismaisten asianajajajärjestöjen sihteerien kokous tammikuun 11 päivänä 1973 Helsingissä. Defensor Legis 1973 s. 61.
Tidskrift for Rettsvitenskap. Defensor Legis 1973 s. 61—62.
Sata vuotta asianajajana. Defensor Legis 1973 s. 210—211.
Muutamia tietoja Saksojen asianajajaoloista. Defensor Legis 1973 s. 212—213.
Oikeustapausselostus: Asunto-osakeyhtiö. Defensor Legis 1973 II s. 49—51.
Oikeustapausselostus: Vekseli. Defensor Legis 1973 II s. 51—53.
Oikeustapausselostus: Välitystuomion kumoaminen. Defensor Legis 1973 II s. 81—83.

1974

Suomen oikeus- ja yhteiskuntajärjestys. R. A. Wreden saman nimisen teoksen pohjalta toim. Inkeri Anttila — Yrjö Blomstedt — Erik Castrén — Esko Hoppu — Heikki Jokela — Paavo Kastari — Ilmari Melander — V. Merikoski — Arvo Sipilä — Tauno Tirkkonen — Matti Ylöstalo — Simo Zitting. 2. painoksesta muuttamaton lisäpain. XVI + 478 s. (SLY B 7). Porvoo 1974.
Valvontaa kerrakseen. Mietteitä oikeusapulain 10 §:n 2 momentin johdosta. Defensor Legis 1974 s. 37—43.
Santeri Alkio ja lakimiehet. Defensor Legis 1974 s. 64.
Kartta ja painovapauslaki. Defensor Legis 1974 s. 166—172.
Ranskan asianajajakunta. Defensor Legis 1974 s. 180—181.
Hiukan avustajan määräämisestä maksuttomasta oikeudenkäynnistä annetun lain 11 §:n mukaan. Defensor Legis 1974 s. 279—281.
Karnovs EF-Samling med kommentarer under redaktion af Ole Due & Ole Lando & W. E. von Eyben. København 1974. Ilm.: Matti Ylöstalo, Defensor Legis 1974 s. 455—456.
Yhteinen toimisto ja asianajajan jäävi. Defensor Legis 1974 s. 503—511.
Kankeutta kauppa- ja teollisuusministeriössä. Defensor Legis 1974 s. 517—518.

1975

Asianajajan käsikirja. Asianajajalaki, Suomen asianajajaliiton säännöt, sekä eräitä muita asianajotoimintaa koskevia sääntömääräyksiä, ohjeita ja ratkaisuja ym. lyhyin selityksin 2. uus. painos. 192 s. Porvoo 1975.

Täyden korvauksen periaate ja uusi vahingonkorvauslaki. Juhlajulkaisu Urho Kaleva Kekkonen 1900—3/9—1975 (SLY C 13) s. 375—382. Vammala 1975.

Kan giltigt skiljeavtal uppstå genom korrespondens eller telegram? Juridiska Föreningens Tidskrift 1975 s. 391—399.

Vahingonkorvauslain 5 luvun 1 §:n tulkintaa. Lakimies 1975 s. 238—243.

Välimiesmenettelystä nykyhetkellä. Suomalainen tiedeakatemia. Esitelmät ja pöytäkirjat 1973 s. 179—190. Helsinki 1975.

Sivuvaikutteista vapaana. Defensor Legis 1975 s. 120—123.

Bolagsbeskattningen i Norden. Stockholm 1974. Ilm.: Matti Ylöstalo, Defensor Legis 1975 s. 225—226.

Huomautus rahalaitokselle sen notariaattitoimintaa esittelevän mainoksen johdosta. Defensor Legis 1975 s. 231—233.

Kavahdettava säännös. Defensor Legis 1975 s. 376—377.

Saamamiehen korvausvastuusta tarpeettoman takavarikon taikka muun virka-avun täytäntöönpanosta. Defensor Legis 1975 s. 402—412.

Oikeusministeriö palkkio-ohjeiden antajaksi maksuttomissa oikeudenkäynneissä? Defensor Legis 1975 s. 432—436.

Hidas oikeuslaitos tasa-arvon este. Keskustelua. Lakimiesuutiset 1975: 11 s. 23—25.

1976

Hakijan korvausvastuusta pakkolunastuksen rauetessa. Defensor Legis 1976 s. 32—37.

Käräjätapa normina. Defensor Legis 1976 s. 52—53.

Aulangon kurssit 8.—9. 1. 1976. Defensor Legis 1976 s. 54—56.

Droit d'accès. Defensor Legis 1976 s. 386—392.

Ihmemies Tanskanmaasta. Defensor Legis 1976 s. 401.

Oikeustapausselostus: Asianajaja. Defensor Legis 1976 II s. 59—60.

Yrjö Juho Hakulinen. Muistopuhe 10. 3. 1975. Suomalainen tiedeakatemia. Esitelmät ja pöytäkirjat 1975 s. 87—90. Helsinki 1976.

Lakimiesten työmarkkinoista hiukan. Lakimiesuutiset 1976: 12 s. 24—26.

1977

Asianajajaluettelo. Defensor Legis 1977 s. 349—350.

Asianajajatutkimus on käynnistynyt. Defensor Legis 1977 s. 350.

Maksuttoman oikeudenkäynnin valtiolle aiheuttamat kustannukset. Defensor Legis 1977 s. 417—418.

Laamannin nimi ja arvo asianajaja Åke Roschier-Holmbergille. Defensor Legis 1977 s. 425—426.

Pohjoismaisten asianajajajärjestöjen edustajiston kokous. Defensor Legis 1977 s. 506—508.

Lakiasiaintoimisto-nimityksen suoja sekä kansalaisten lainopillisen neuvonta- ja avustustoiminnan valvonta. Defensor Legis 1977 s. 547—549.

Oikeustapausselostus: Irtaimen kauppa. Defensor Legis 1977 II s. 68—72.

Heikki Jokela 60-vuotias 14. 5. 1977. Lakimies 1977 s. 454—457.

Tekijänoikeudesta eräisiin kirkolliskokouksen hyväksymiin kirkollisiin kirjoihin. Lakimies 1977 s. 644—664.

1978

Osakeyhtiön jakautumisesta. Lakimies 1978 s. 716—724.

Asianajajan sivutoimisto. Defensor Legis 1978 s. 7—12.

Naisjuristit asianajajina. Defensor Legis 1978 s. 28—30.
Laamannin nimi ja arvo asianajaja Erik Salvénille. Defensor Legis 1978 s. 40—41.
Ilmari Caselius in memoriam. Defensor Legis 1978 s. 116—117.
Maksuttoman oikeudenkäynnin kustannuskehitys aleneva. Defensor Legis 1978 s. 118—119.
Oikeusavustaja peukalonpyörittäjäkö? Defensor Legis 1978 s. 408—409.
Norjan asianajajayhdistyksen edustajiston kokous. Defensor Legis 1978 s. 412—413.
Hovioikeustilastoa. Defensor Legis 1978 s. 417—418.
Hirschberg, Eliyahu, The Impact of Inflation and Devaluation on Private Legal Obligations. Legal Aspects of Contemporary Monetary Problems. Ramat-Gan, Israel 1976. Ilm.: Matti Ylöstalo, Defensor Legis 1978 s. 470—472.
Virhearvioinneista kustannuskehityksen suhteen urakkaa tarjottaessa. Rakennustaito 1978: 16 s. 60—62.
Virhearvioinneista kustannuskehityksen suhteen urakkaa tarjottaessa. Virheet rakentamisessa. 23. rakentamispäivien esitelmät. s. 29—37. Vammala 1978.

1979

Saamisen lakkaamisesta. Luentojakso. 4. korj. painos. 127 s. Helsinki 1979. Kirjoittajina Jouko Halila ja Matti Ylöstalo.
Skiljeförfarandets privata och offentliga drag. Juridiska Föreningens Tidskrift 1979 s. 528—537.
Saksan asianajaja-akatemia. Defensor Legis 1979 s. 59—60.
Verotus-aikakauskirja. Defensor Legis 1979 s. 60.
Säädöstulvaa vastaan. Defensor Legis 1979 s. 60.
Eräitä lisäkommentteja asianajopalkkioiden määräämisperusteisiin. Defensor Legis 1979 s. 134—135.
»Suomen Asianajajain ensimmäinen yleinen kokous» 23—24. 3. 1919. Defensor Legis 1979 s. 136—137.
Suomen Asianajajaliiton säätiö 1959—1979. Defensor Legis 1979 s. 287—292.
Yliopistonopettajan kelpoisuus asianajajaksi. Defensor Legis 1979 s. 300—302.
Gottfried Wilhelm von Leibniz [lakimiehenä]. Defensor Legis 1979 s. 402—403.
Ns. vankikaupan satoa. Defensor Legis 1979 s. 486—488.
Asianajajan laskutuksen kohtuullisuus — asianajaja oli hoitanut tuomioistuimessa useita peräkkäisiä juttuja, jotka olivat liittyneet toisiinsa. Defensor Legis 1979 s. 493—495.
Asianajotoimiston kirjastoon. Defensor Legis 1979 s. 501—502.

1980

Sananen Saksan liittotuomioistuimen asianajajasta. Defensor Legis 1980 s. 94—97.
Suomen asianajajaliiton jäsenyys ja yleinen oikeusaputoiminta. Defensor Legis 1980 s. 211.
Itävallan asianajajalaitoksen 130-vuotispäivää... Defensor Legis 1980 s. 221—222.
Eduskunnan oikeusasiamies toiminut 60 vuotta. Defensor Legis 1980 s. 225—226.
Martindale-Hubbel Law Directory. Defensor Legis 1980 s. 230—231.
Asianajajapäivät Aulangolla. Defensor Legis 1980 s. 305—310.
Puheenjohtajan vaihtuessa. Defensor Legis 1980 s. 321—323.
Ruotsin asianajajajärjestö. Defensor Legis 1980 s. 393—394.
Maksuton oikeusapu Norjassa on uudistumassa. Defensor Legis 1980 s. 394—395.

Väinö Tannerin toiminta asianajajana. Defensor Legis 1980 s. 495—497.
Oikeusneuvo 20 DM:lla. Defensor Legis 1980 s. 497—498.
Defensor Legis 1920—1980. Defensor Legis 1980 s. 508—512.
Om lov om fri rettshjelp i Norge. Defensor Legis 1980 s. 586—588.
Oikeustapausselostus: Takaus. Defensor Legis 1980 II s. 1—4.
Oikeustapausselostus: Osakeyhtiö. Defensor Legis 1980 II s. 17—21.

1981

Suomen siviilioikeuden oppikirja. Yleinen osa. 4. lyhennetty painos. XXIII + 451 s. (SLY B 91). Porvoo 1981. Kirjoittajina T. M. Kivimäki ja Matti Ylöstalo. Toimittanut Matti Ylöstalo.
Verotus-aikakausjulkaisu 30 vuotta. Defensor Legis 1981 s. 92.
Asianajotoiminta-teos. Defensor Legis 1981. 93.
Muuan tutkimustulos. Defensor Legis 1981 s. 93.
Perustamistukea asianajotoimistoille. Defensor Legis 1981 s. 192—193.
Oikeuskanslerin käsitys asianajajakuntaa koskevasta lehtikirjoittelusta. Defensor Legis 1981 s. 465—466.
Asianajajapäivät 8.—9. 1. 1981. Defensor Legis 1981 s. 467—473.
Pohjoismaisten asianajajajärjestöjen edustajiston kokous 1.—2. 10. 1981. Defensor Legis 1981 s. 551—552.
Asianajajien lukumäärästä Englannissa. Defensor Legis 1981 s. 558.
Oikeustapausselostus: Maksuton oikeudenkäynti. Defensor Legis 1981 II s. 17—24.

1982

Asianajajan käsikirja. Kolmas, uudistettu painos. 173 s. (SLY B 190). Juva 1982.
Palveluperiaate lainkäytössä. Suomen Lakimiesliiton XXVII lakimiespäivän pöytäkirja 4. 12. 1981 s. 65—73. Vammala 1982.
Hyvä asianajajatapa. Juhlajulkaisu Aarne Nuorvala 1912•18/4•1982 (SLY C 18) s. 331—339. Vammala 1982.
Immateriaalisia oikeustapauksia. Toimittanut Jukka Kemppinen. Jyväskylä 1981. Ilm. Matti Ylöstalo. Defensor Legis 1982 s. 76—79.
Suomen kuntia tukistaa lakivaliokunta. Defensor Legis 1982 s. 97—98.
Laamannin nimi ja arvo Hans G. Snellmanille. Defensor Legis 1982 s. 189—190.
Asessorin nimi ja arvo Tauno Haavikolle. Defensor Legis 1982 s. 190—191.
Milloin palkkio on maksettava pesänjakajalle? Defensor Legis 1982 s. 281—282.
Suomen Asianajajaliiton 12. varsinainen liittokokous 11. 6. 1982. Defensor Legis 1982 s. 391—403.
Turkin asianajajien tapasäännöt. Defensor Legis 1982 s. 507—508.
Lakimies tavaratalossa. Defensor Legis 1982 s. 508.
Johann Wolfgang von Goethe [asianajajana]. Defensor Legis 1982 s. 587—588.
Kiitollisuuskäyrä. Defensor Legis 1982 s. 595—596.
Intian asianajajat. Defensor Legis 1982 s. 599—601.
Oikeustapausselostus: Asunto-osakeyhtiö. Defensor Legis 1982 II s. 1—6.
Oikeustapausselostus: Vahingonkorvaus. Defensor Legis 1982 II s. 49—53.

1983

Tarton yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta 350-vuotias. Defensor Legis 1983 s. 181—182.

Voidaanko asianajajalle konkurssipesän väliaikaisena hoitajana maksettavaa palkkiota koskeva riita käsitellä AAL:n mukaisessa välimiesmenettelyssä? Defensor Legis 1983 s. 185—187.
Asianajajapäivät 6.—7. 1. 1983. Defensor Legis 1983 s. 188—193.
Oikeushistoriaa korkeimmassa oikeudessa. Defensor Legis 1983 s. 309—310.
Lakimiehettömät lakiasiaintoimistot. Defensor Legis 1983 s. 399—404.
Professional Ethics. Defensor Legis 1983 s. 436—444.
Jäsenhakemusten käsitteleminen. Defensor Legis 1983 s. 501—502.
Den Norske Advokatforening'in 75-vuotisjuhlat. Defensor Legis 1983 s. 503—504.
25 vuotta asianajajalain antamisesta. Defensor Legis 1983 s. 517—526.
Pohjoismaisten asianajajajärjestöjen edustajien kokous 22.—23. 9. 1983. Defensor Legis 1983 s. 620—622.
Vieras Saksan Demokraattisesta tasavallasta. Defensor Legis 1983 s. 644.
Oikeustapausselostus: Asianajaja. Defensor Legis 1983 II s. 1—4.
Oikeustapausselostus: Muutoksenhaku. Defensor Legis 1983 II s. 17—23.
Oikeuskansleri asianajajien toiminnan valvojana. Lakimies 1983 s. 1115—1126.
»Asianajajien palkkioriidat». Lakimiesuutiset 1983: 2 s. 26—27.

1984

Asianajotoiminnan valvonnasta. Suomen Asianajajaliiton julkaisuja 1/1984. 31 s. Hämeenlinna 1984.
Berndt Godenhielm — 70 years. Essays in honour of Berndt Godenhielm 70 years. January 31, 1983, E. J. Manner 70 years July 16, 1983, Sigurd von Numers 80 years March 20, 1983. s. 13—15. Publications of the Finnish Branch of the International Law Association no 4. Helsinki 1984.
Asianajajapäivät Aulangolla. Defensor Legis 1984 s. 96—103.
Heikki Haapaniemen muistorahasto. Defensor Legis 1984 s. 103.
Oikeusapuasiain neuvottelukunta oikeusministeriöön? Defensor Legis 1984 s. 208—211.
Estemuistutuksen käsittelemisestä. Defensor Legis 1984 s. 211—213.
Säästöpankkien notariaattitoimintaa koskeva mainonta. Defensor Legis 1984 s. 224—227.
Asianajajien Eurooppa. Defensor Legis 1984 s. 320—321.
Poul Østergaard. Defensor Legis 1984 s. 322.
Madame Justice. Defensor Legis 1984 s. 333—334.
Asianajaja ihmisoikeuksien seismografina. Defensor Legis 1984 s. 505.
Oikeusministeri vieraili asianajajaliitossa. Defensor Legis 1984 s. 509—510.
Moninkertainen merkkivuosi. Defensor Legis 1984 s. 517—520.
Asianajajan vastuu käyttämänsä ulkomaisen asianajajan kuluista. Defensor Legis 1984 s. 583—584.
Oikeustapausselostus: Asiamiehen korvausvelvollisuus. Defensor Legis 1984 II s. 17—20.

1985

Asianajajaoikeutta. 163 s. (SLY B 199). Juva 1985. Toimittanut Matti Ylöstalo. (Teos sisältää mm. Matti Ylöstalon kirjoitukset 25 vuotta asianajajalain antamisesta, Hyvä asianajajatapa sekä Oikeuskansleri asianajajain toiminnan valvojana).
Oikeus ja kohtuus välimiesmenettelyssä. Juhlajulkaisu Simo Zitting 1915 · 14/2 · 1985 (SLY C 19) s. 329—343. Vammala 1985.
Något om obehöriga förfaranden i samband med »on first demand» — bankgarantier. Festskrift till Henrik Hessler s. 449—460. Stockholm 1985.

Esko Hoppu 50-vuotias. Defensor Legis 1985 s. 62—64.
Tikka, Annikki, Yrityksen hallinnon perusteet. Jyväskylä 1984. Ilm.: Matti Ylöstalo, Defensor Legis 1985 s. 66—67.
Järjestöt ja lainvalmistelu. Defensor Legis 1985 s. 74.
Toimistovastaanotto. Defensor Legis 1985 s. 91.
Asianajajapäivät. Defensor Legis 1985 s. 164—166.
Saksalaiselle lukijakunnalle esitelty Suomen asianajajalaitosta. Defensor Legis 1985. s. 174—175.
Arbetsrätten i Norden — Työoikeus Pohjolassa. NU 1984: 10. Stockholm 1985. Ilm.: Matti Ylöstalo. Defensor Legis 1985 s. 336—337.
Kemppinen, Kullervo, Lakitiedon pikku jättiläinen. Porvoo 1985. Ilm.: Matti Ylöstalo. Defensor Legis 1985 s. 440—442.
Suomen lakimiehet pohjoismaisilla lakimiespäivillä. Defensor Legis 1985 s. 453—454.
Kiitos suomalaiselle asianajajakunnalle. Defensor Legis 1985 s. 462.
»Vain asianajajat vaurastuisivat entisestään». Defensor Legis 1985 s. 462—463.
Lakimiestulvan varjossa. Defensor Legis 1985 s. 579—580.

1986

Eräs TV-näytelmä. Defensor Legis 1986 s. 77—80.
Vaikea tilanne. Defensor Legis 1986 s. 224.
Sata vuotta oikeusapua opiskelijavoimin. Defensor Legis 1986 s. 312—313.
Från fattigsakförare till Helsingfors stads allmänna rättshjälpsbyrå. Defensor Legis 1986 s. 432—434.
Norsk Retstidende. Defensor Legis 1986 s. 533—534.
T. M. Kivimäen syntymästä 100 vuotta. Defensor Legis 1986 s. 539—545.
Uusia asianajajia nimitetty laamanniksi. Defensor Legis 1986 s. 616—617.
Syytekynnys vaihtelee. Lakimiesuutiset 1986: 5 s. 26—27.

Defensor Legis -aikakauskirjan päätoimittaja 1975—1986.
Selostuksia Suomen asianajajaliiton ja sen säätiön toimielinten kokouksista sekä muita katsauksia ja referaatteja säädösehdotuksista annetuista lausunnoista. Defensor Legiksessä vuodesta 1957 alkaen.
Lakimiehen toimitussihteeri 1954—1955.
Aikakauskirjan Tidskrift for Rettsvitenskap (Oslo) toimitusvaliokunnan jäsen 1963—1977, jolloin laatinut vuosittaiset katsaukset Suomessa oikeustieteen tohtorin arvon saavuttaneista sekä oikeustieteellisten tiedekuntien professorin ja apulaisprofessorin virkojen täytöstä.
Vuosikirjan »Scandinavian Studies in Law» (Stockholm) neuvottelukunnan jäsen 1957—1967.
Otavan Ison tietosanakirjan, Encyclopedia Fennica, avustajana 1960—1965 kirjoittanut joukon artikkeleita lähinnä yksityisoikeuden alalta.