ARS BONI ET AEQUI

JUHLAJULKAISU
Y. J. HAKULISEN
70-VUOTISPÄIVÄNÄ
21.1.1972

SUOMALAISEN
LAKIMIESYHDISTYKSEN
JULKAISUJA

C-SARJA N:o 9

ARS BONI ET AEQUI

JUHLAJULKAISU
Y. J. HAKULISEN
70-VUOTISPÄIVÄNÄ
21. 1. 1972





Hovioikeuden presidentti
Y. J. Hakuliselle
hänen täyttäessään 70 vuotta

kunnioittavasti
Helsingin hovioikeuden
tuomariyhdistys –
Helsingfors hovrätts
domareförening r.y.

Yhteiskirjapaino Oy, Helsinki 1972
ISBN — 951 — 26 — 0000 — 5
ISBN 978-951-855-877-7 (PDF)

SISÄLLYS
(INHALT)

Ars boni et aequi: *Halttunen, Uuno*, oik.neuv. — *Poukka Antti*, hovioik.neuv. — *Leistén, Martti*, hovioik.visk. 13
Hovioikeuden presidentti Y. J. Hakulinen 70-vuotias (Präsident des Appellationsgerichts Y. J. Hakulinen 70 Jahre)
Hämäläinen, Erkki, hovioik.neuv. — *Poukka, Antti*, hovioik.neuv. 15
Aalto, Jorma S., oikeustiet.tri, apul.oik.kansleri, Näkökohtia lehtimiehen ja ohjelmatoimittajan anonymiteettisuojasta (Gesichtspunkte zum Anonymitätsschutz des Journalisten und Programmredakteurs) 22
Alkio, Paavo, hovioik.pres, oikeustiet.tri h.c., Tuomioistuinlaitos uudistusten edessä (Gerichtswesen angesichts kommender Reformen) 36
Andersson, Edward, prof., HFD som besvärsmyndighet för beslut av statsrådet (Das Oberste Verwaltungsgericht als Beschwerdeinstanz für Beschlüsse des Staatsrates) 43
Arnholm, Carl Jacob, Dr.jur., prof., Arvelovsrevisjonen i Norge (Die Reform des Erbrechts in Norwegen) 54
Beitzke, Günther, Prof., Dr.jur., Eheschliessungsfreiheit und Eheschliessungsform 60
von Caemmerer, Ernst, Prof. Dr.jur., Dr. h.c., Dr. h.c., Die Produktenhaftpflicht in der neueren deutschen Rechtsprechung 75
Ellilä, Tauno, prof., Hovioikeuksien toimintatilat (Die Räumlichkeiten der Appellationsgerichte) 85
Halila, Jouko, prof., Näkökohtia saamisten etuoikeusjärjestyksestä konkurssissa (Gesichtspunkte zur Rangordnung der Konkursforderungen) 92
Halttunen, Uuno, oik.neuv., Eristämislain uudistamisesta (Zur Reform des Gesetzes über gefährliche Rückfallsverbrecher) 103
Hellner, Jan, prof., jur.dr., Rättvisan mellan säljare och köpare i den uniforma köplagen — teknik och realitet (Gerechtigkeit zwischen Verkäufer und Käufer im einheitlichen Kaufgesetz — Technik und Realität) 125
Helminen, Arvo, kihlak.tuom., laamanni, Yleisten alioikeuksien jäsenten kelpoisuusehdoista ja nimittämisestä (Über

die Befähigungsvoraussetzungen und die Ernennung von Mitgliedern der allgemeinen Untergerichte) 132
Hiltunen, Paavo, hovioik.neuv., Huumausaineiden luvaton käyttö — rangaistus vai ei? (Der unerlaubte Gebrauch von Rauschgiften — Strafe oder nicht?) 140
Jokela, Heikki, prof., Ulkomaisen avioerotuomion tunnustamismenettelystä Suomessa (Über das Anerkennungsverfahren eines ausländischen Ehescheidungsurteils in Finnland) 147
Manner, E. J., lakitiet.tri, oik.neuv., Kansainvälisen merioikeuden kehittäminen ja Suomi Itämeren valtiona (Die Entwicklung des internationalen Seerechts und Finnland als Ostseestaat) 163
Nybergh, Björn, hovrättsråd, Tradition och dynamik inom utlämningsrätten (Tradition und Dynamik im Auslieferungsrecht) 187
Olsson, Curt, lakitiet.tri, oik.neuv., Osuuskuntalaki ja osakeyhtiölain uudistaminen (Das Genossenschaftsgesetz und die Reform des Gesetzes über Aktiengesellschaften) 201
Saarinen, Veli, hallintoneuv., Pitkäaikaisten sopimusten indeksitarkistuksista (Über Indexkorrekturen langfristiger Verträge) 209
Saario, Voitto, hovioik.pres., Meriselityssäännöstöstä (Über das Rechtsinstitut der Verklarung) 227
Soukka, Paavo, hovioik.neuv., Suullisen käsittelyn rappiotilasta (Über den Verfall der mündlichen Verhandlung) 238
Suviranta, Antti, prof., Työsopimuksen pätemättömyyden vaikutuksista (Über die Auswirkungen der Ungültigkeit eines Arbeitsvertrages) 246
Walin, Gösta, justitieråd, jur.dr. h.c., Reflektioner i anslutning till förslag om ny internationell adoptionslag (Gedanken zum Vorschlag eines neuen internationalen Adoptionsgesetzes) 254
Vikatmaa, Juha, oikeustiet.tri., Tuomarin harkinnasta rikosjutuissa (Über das Ermessen des Richters in Strafsachen) 263
Vinding Kruse, A., prof., dr.jur., Har culpareglen udspillet sin rolle i erstatningsretten? (Hat die Kulparegel ihre Rolle im Schadensersatzrecht ausgespielt?) 274
Ylöstalo, Matti, prof., Maksajan erehdyksestä suorituksen palautuksessa (Über den Irrtum des Zahlenden bei der Rückerstattung der Zahlung) 284
Zitting, Simo, prof., Kiinteistön myyjän vastuusta ostajalle antamistaan tiedoista (Über die Haftung des Grundstückverkäufers für Angaben gegenüber dem Käufer) 292
Seppälä, Esa, hovioik.neuv., Presidentti Y. J. Hakulisen kirjallinen toiminta 1927—1971 (Die Publikationen Präsident Y. J. Hakulinens 1927—1971) 302
Lausuntoja ja oikeustapauksia (Gutachten und Rechtsfälle) 310
Tabula gratulatoria 330

LYHENTEIDEN SELITYKSIÄ

Aikakauslehdet

DL	= Defensor Legis
DL II	= Defensor Legis, oikeustapaussivut
JFT	= Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland
JZ	= Juristenzeitung
LM	= Lakimies
NAT	= Nordisk Administrativt Tidskrift
NIR	= Nordiskt immaterielt rättsskydd
NJW	= Neue Juristische Wochenschrift
RabelsZ	= Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, begr. v. Rabel
SvjT	= Svensk Juristtidning
TfR	= Tidskrift for Retsvidenskab
UfR	= Ugeskrift for Retsvæsen
ZfHWR	= Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht

Tuomioistuimet, virastot, lait ja kirjallisuus

ABGB	= Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
AL	= Avioliittolaki
ASO	= Maatalousministeriön asutusasiainosasto
BGB	= Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	= Bundesgerichtshof
BGHZ	= Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
Br = BrB	= Brottsbalk
CC	= Code civile
CC	= Codice civile
DDR	= Deutsche Demokratische Republik
ECOSOC	= Economic and Social Council
EOA	= Etuoikeusasetus
Eristämislaki	= Laki vaarallisten rikoksenuusijain eristämisestä
FAO	= Food and Agriculture Organization of the United Nations
FB	= Föräldrabalk
HD	= Högsta domstolen
HD	= Dom af Højesteret (tanskankielisessä artikkelissa)
HE	= Hallituksen esitys
HFD	= Högsta förvaltningsdomstol
HM	= Hallitusmuoto
HO	= Hovioikeus
HR	= Højesteret
IAEA	= International Atomic Energy Agency
IMCO	= Inter-Governmental Maritime Consultative Organization
InrM	= Ministeriet för inrikesärendena
JB	= Jordabalk
JFP	= Juridiska föreningens i Finland publikationsserie
KHO	= Korkein hallinto-oikeus
KK	= Kauppakaari
KKO = KoO	= Korkein oikeus
KL	= Kansainliitto
KO	= Kihlakunnanoikeus

KPL	= Laki eräistä kansainvälisluontoisista perheoikeudellisista suhteista
KS	= Konkurssisääntö
LahjaL	= Lahjanlupauslaki
LR	= Landsret
LvK	= Lainvalmistelukunta
MeriL	= Merilaki
MK	= Maakaari
MVL	= Maanvuokralaki 29. 4. 1966
NJA	= Nytt Juridiskt Arkiv
NL	= Neuvostoliitto
NRB	= Nya rättegångsbalken
OK	= Oikeudenkäymiskaari
OKL	= Osuuskuntalaki
OR	= Schweizerisches Obligationenrecht
OTL	= Osuustoimintalaki
Ot.prp.	= Odelstingsproposisjon
PitkäaikTarkL	= Laki eräiden pitkäaikaisten sopimusten tarkistamisesta
PK	= Perintökaari
RL	= Rikoslaki
RO	= Raastuvanoikeus
RVA	= Asetus rikoslain voimaanpanemisesta
SIPRI	= International Institute for Peace and Conflict Research (Tukholma)
SLY	= Suomalainen Lakimiesyhdistys
SLY A	= Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja A-sarja
SLY B	= Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja B-sarja
SO	= Senaatin oikeusosasto
SopS	= Suomen asetuskokoelman sopimussarja
SOU	= Statens offentliga utredningar
SR	= Statsrådet
StGB	= Strafgesetzbuch
TarkJärjL	= Laki eräiden sopimusten tarkistamisen järjestelystä
TSL	= Työsopimuslaki 30. 4. 1970
TurvL	= Laki taloudellisen kasvun turvaamisesta vuonna 1970
TurvL 1970	= Laki taloudellisen kasvun turvaamisesta 30. 12. 1970
UK	= Ulosottokaari
UN	= United Nations Organization
UNESCO	= United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization
UPK	= 1955 vuoden perintökaari
UVA	= Asetus uuden ulosottolain voimaanpanemisesta ym.
VakautL	= Laki taloudellisen kehityksen turvaamisesta vuosina 1968—1969
VankO	= Vankilaoikeus
VN	= Vereinten Nationen (saksankielisissä artikkeleissa)
VN	= Valtioneuvosto (suomenkielisissä artikkeleissa)
Vnp.	= Valtioneuvoston päätös
VTSL	= Työsopimuslaki 1. 6. 1922
WHO	= World Health Organization
WährG	= Währungsgesetz
YK	= Yhdistyneet kansakunnat
ÄB	= Ärvdabalk

Hovioikeuden presidentti Y. J. Hakulisen 70-vuotispäivän lähestyessä Helsingin hovioikeuden tuomariyhdistys — Helsingfors hovrätts domareförening r.y:n piirissä syntyi ajatus juhlajulkaisun toimittamisesta presidentti Hakulisen kunniaksi. Tähän antoi aiheen hänen pitkäaikainen ja ansiokas toimintansa Helsingin hovioikeuden ensimmäisenä presidenttinä.

Monet presidentti Hakulisen lakimiesystävät ja oikeustieteen harjoittajat niin kotimaassa kuin ulkomailla ovat kirjoituksin avustaneet juhlajulkaisua. Teoksen *Ars boni et aequi* nyt valmistuessa toimituskunta kiittää kaikkia kirjoittajia.

Juhlakirjan julkaiseminen on ollut mahdollista presidentti Hakulisen kirjojen pitkäaikaisen kustantajan Kirjayhtymä Oy:n teknisen ja taloudellisen tuen turvin. Toimituskunta esittää parhaat kiitoksensa *Kirjayhtymä Oy:lle* erittäin myötämielisestä suhtautumisesta juhlajulkaisu-ajatukseen sekä erikseen kaikille yhtiön toimihenkilöille heidän vaivannäöstään.

Suomalainen Lakimiesyhdistys on hyväksynyt Ars boni et aequi -teoksen julkaisujensa C-sarjaan ja muutoinkin tukenut juhlajulkaisun aikaansaamista, mistä esitämme kunnioittavat kiitoksemme yhdistykselle.

Helsingissä, tammikuun 21. päivänä 1972.

Toimituskunta:

Uuno Halttunen

Antti Poukka

Martti Leistén

HOVIOIKEUDEN PRESIDENTTI Y. J. HAKULINEN 70-VUOTIAS

ERKKI HÄMÄLÄINEN

ANTTI POUKKA

Syksyllä 1912 koulutiensä aloittaneille Joensuun klassillisen lyseon ensimmäisen luokan oppilaille jäi pysyvästi mieleen heidän luokkatoverinsa Yrjö Juho Hakulinen. Jo alusta alkaen hän osoittautui tiedoissaan ja taidoissaan muita etevämmäksi, ja vaikka hän ei juuri osallistunutkaan toisten poikien kujeisiin ja kepposiin, oli hän kuitenkin toverina ja läksyjen auttajana aina yksi heistä — primus inter pares. Alkanut ystävyys päättyi kuitenkin jo seuraavana vuonna. Yrjö Juho muutti perheen mukana — isä oli ollut Kaltimon puuhiomon toimitusjohtaja Enossa — Helsinkiin, jossa pojasta tuli mainehikkaan Normaalilyseon oppilas.

Koulun humanistisesta hengestä ja opetuksesta kai osaltaan johtui, että päästyään ylioppilaaksi vuonna 1920 nuori Hakulinen kirjoittautui Helsingin yliopistossa juuri historiallis-kielitieteelliseen osastoon. Kahdessa lukuvuodessa hän suoritti filosofian kandidaatin tutkinnon, johon kuului arvosanalla erinomaisin tiedoin suoritetut laudaturit käytöllisessä filosofiassa ja kansantaloustieteessä sekä arvosanat Suomen ja Skandinavian historiassa ja Rooman kirjallisuudessa. Näin jälkeenpäin kiinnittyy nuoren ylioppilaan valitsemasta aineyhdistelmästä huomio Rooman kirjallisuudessa eli siis latinan kielessä suoritettuun arvosanaan. Siinä Hakulinen loi vankan perustan myöhemmille kielitieteellisille harrastuksilleen.

Lakimiehen elämänura kiinnosti kuitenkin enemmän nuorta maisteria. Neljän seuraavan vuoden kuluttua hän oli suorittanut ylemmän oikeustutkinnon ja samanaikaisesti sen kanssa nykyistä oikeustieteen lisensiaatin tutkintoa vastaavan lakitieteen kandidaatin tutkinnon. Opiskelut sujuivat muutenkin menestyksellisesti. Tunnustukseksi siitä Hakulinen sai vuonna 1925 Forsmanin palkinnon tutkielmastaan *Juridisen henkilön käsite oikeustieteessä.* Tämän jälkeen seurasivat auskultanttivuodet Mäntsälän tuomiokunnassa ja samanaikaisesti Hakulinen hankki käytännön kokemusta helsinkiläisen Becker & Wesamaan asianajotoimiston lakimiehenä. Ensimmäisen määräyksen tuomarinvirkaan Turun hovioikeus antoi Hakuliselle kesällä 1927 ja myönsi hänelle varatuomarin arvonimen syyskauden viimeisessä täysistunnossaan 1928.

Hakulinen saattoi nyt antautua kokonaan väitöskirjatyölleen. Kahden Ranskassa ja Saksassa vietetyn opintovuoden jälkeen valmistui teos *Perusteettoman edun palautus*, jota Hakulinen julkisesti puolusti helmikuun 11. päivänä 1931 pidetyssä väitöstilaisuudessa, saaden lakitieteen tohtorin arvon seuranneen huhtikuun 11. päivänä. Vielä tämänkin jälkeen hän — ehkä hieman yllättäen — siirtyi asianajajaksi, tällä kertaa tunnetun tamperelaisen Ahlman & Pulkkisen toimiston palvelukseen. Kuitenkin jo seuraavana vuonna, lyhyen viransijaishoidon jälkeen kesäkuun 30. päivänä 1932 nimitettiin hänet vanhemmaksi hallitussihteeriksi oikeusministeriöön. Hakulisen karrieeri maamme oikeushallinnon ja tuomioistuinlaitoksen palveluksessa oli alkanut. Jo seuraavana vuonna 31-vuotias Hakulinen nimitettiin oikeusministeriön lainsäädäntö- ja oikeushallintoasiain osaston esittelijäneuvokseksi ja ministeriön kansliapäälliköksi ja tämän viran ohella hänelle uskottiin monia erityistehtäviä lainvalmistelutyön alalla. Mutta silti hänellä riitti aikaa myös tieteellisille harrastuksille. Näkyvimpänä osoituksena siitä on vuonna 1935 ilmestynyt monografia *Kiinteistön luovutuksen muodosta sekä julkisen kaupanvahvistajan asemasta ja tehtävästä.* Samoihin aikoihin, lukuvuoden 1936—1937 Hakulinen hoiti Helsingin yliopiston siviilioikeuden professorinvirkaa ja toimi senkin jälkeen vuodesta 1938 vuoteen 1949 siviilioikeuden dosenttina.

Korkeimman oikeuden jäsen ja oikeusneuvos Hakulisesta tuli vuonna 1937.

Hakulisen tiedemieskasvatus helpotti varmaankin suuresti hänen siirtymistään hallinnollisista tehtävistä korkeaan tuomarinvirkaan. Työ korkeimmassa oikeudessa oli omalla tavallaan tiedemiehen työtä sekin. Ongelmia oli tarkasteltava eri näkökantoja ja vastakkaisia mielipiteitä keskenään punniten. Varsinkin hänen kannanottonsa prejudikaattiratkaisuissa ja muissa tärkeissä oikeuskysymyksissä ovatkin muodostaneet arvokkaan tuen korkeimman oikeuden toiminnassa oikeuskäytännön ohjaajana.

Lisääntyneet virkatoimet eivät kuitenkaan rajoittaneet hänen monitoimisuuttaan. Vuonna 1937 Hakulisesta, joka jo aikaisemminkin oli ehtinyt hoitaa eräitä huomattavia lainvalmistelutehtäviä, tuli joksikin aikaa lainvalmistelukunnan vanhempi jäsen. Hänen tämän ajanjakson töistään mainittakoon patenttilainsäädännön uudistamista sekä uutta perintölakia koskeneiden ehdotusten valmistaminen. Jo näihin aikoihin Hakulisen nimi tuli tunnetuksi myös kansainvälisessä lakiyhteistyössä.

Kun Helsingin hovioikeus vuonna 1952 perustettiin, nimitettiin Hakulinen sen presidentiksi.

Presidentti Hakulisen lahjakkuus yhtyneenä toimekkuuteen ja vireyteen ilmenee syvällisenä ajatteluna juridiikan eri aloilla. Hänet tunnetaan ehkä parhaiten tiedemiehenä, mutta yhtä hyvin voitaisiin sanoa, että merkittävimmän osan elämäntyöstään hän on tehnyt tuomarina. Tuomarin ja lainvalmistelijan tehtävät ovat siinä

suhteessa samankaltaisia ja epäkiitollisia, että yksityisen henkilön persoonallinen työpanos usein jää huomaamattomaksi. Unohtaa ei pidä myöskään hänen kielimiesansioitaan, olipa sitten kysymys sanakirjan tekemisestä tai yleensä vain lakikielen kehittämisestä. Mikään juridiikan ilmenemismuoto ei ole hänelle vieras.

Oikeustieteen harjoittajana presidentti Hakulinen on tunnustettu tiedemies. Hänet kutsuttiin Suomalaisen Tiedeakatemian jäseneksi vuonna 1946 ja Rooman yksityisoikeuden yhtenäistämisinstituutin kirjeenvaihtajajäseneksi vuonna 1952. Lisäksi hän on ollut Suomalaisen Kirjallisuuden Seuran kielivaliokunnan jäsen vuodesta 1946. Edellä jo mainittiin Hakulisen toiminta Helsingin yliopiston siviilioikeuden vt. professorina ja dosenttina. Lisäksi hän on luennoinut Tukholman ja Oslon yliopistoissa vuosina 1948 ja 1949 sekä julkaissut lukuisia kirjoituksia myös ulkomaisissa aikakauslehdissä ja juhlakirjoissa. Presidentti Hakulisen kirjallisen tuotannon laajuus ja sen monitahoinen aihepiiri ilmenevät tähän juhlajulkaisuun liittyvästä bibliografisesta tutkielmasta. Huomiota herättää monografioiden ja kirjojen lukuisuus. Bibliografiassa mainittujen teosten ja artikkelien lisäksi presidentti Hakulinen on innokkaasti osallistunut päivänpolttaviin oikeuspoliittisiin keskusteluihin. Hän on kirjoittanut lukuisia artikkeleita sanoma- ja aikakauslehtiin, ja lehtien toimitukset puolestaan ovat halukkaasti pyytäneet pääkirjoituksia ajankohtaisista aiheista.

Monografioista ilmestyi ensimmäisenä edellä mainittu väitöskirja *Perusteettoman edun palautus*. Ryhtyessään käsittelemään tutkimusteemaansa tekijä ottaa lähtökohdakseen roomalaisen oikeuden kehittämät kondiktiokäsitteet ja -normit. Teos on osoitus kirjoittajan suuresta lukeneisuudesta, ja pelkästään jo käytetyistä lähdeteoksista kuvastuu myös hänen kielitaitonsa mittavuus. Opintovuodet aikakauden johtavissa eurooppalaisissa sivistyskeskuksissa olivat rikastuttaneet nuoren tiedemiehen ajatusmaailmaa ja kasvattaneet hänestä tutkijan, jonka vankat teoreettiset pohjatiedot tulivat syvästi vaikuttamaan niin hänen myöhempään kirjalliseen tuotantoonsa kuin myös hänen toimintaansa tuomarina ja lainvalmistelijana.

Teoksella *Perusteettoman edun palautus* on pysyvä merkitys myös suomalaisen lakikielen kehittämisessä. Teoksen alussa on selityksin varustettu luettelo siinä käytetyistä uusista suomenkielisistä oppisanoista, joista suurin osa on Hakulisen itsensä muodostamia. Esimerkiksi sana »syyllistyä» esiintyi nyt lakikielessä ensimmäisen kerran aikaisemmin käytettyjen »tehdä itsensä syypääksi» tai »olla syyllinen» sijasta. Hakulinen ei tyytynyt ainoastaan uudissanojen luomiseen, vaan kehitti lakikieltä muutenkin selkeämmäksi ja uudistuvaan suomen kieleen sopeutuvammaksi. Näitä Hakulisen kielimiestaitoja ja -lahjoja tultiin käyttämään hyväksi myös, kun Suomalainen Lakimiesyhdistys vuonna 1938 päätti ryhtyä *Lakikielen sanakirjan* julkaisemiseen. Teoksen laatijaksi pyydettiin Hakulista, joka saattoi tämän noin 21 000 hakusanaa käsittäneen

suurteoksen valmiiksi vuonna 1944. Hakusanojen muunkieliset vastineet on ilmaistu paitsi ruotsin kielellä, myös saksaksi, »jotta edistettäisiin suomalaisen lakikielen tunnetuksi tekemistä pohjoismaisen oikeuspiirin ulkopuolellakin», kuten tekijä itse esipuheessaan lausuu. Sanakirjan tehtävänä oli myös suomalaisen lakikielen käytön ja terminologian sekä eräiden kirjallisuudessa käytettyjen lyhenteiden vakiinnuttaminen. Parhaillaan on tästä teoksesta valmistumassa uusi, entistä laajempi ja perusteellisesti korjattu laitos, joka myös on Hakulisen toimittama.

Hakulisen laajamittaista tieteellistä toimintaa voidaan tässä esitellä vain lyhyin esimerkein. Ennen sotia ilmestyi aikaisemmin mainittujen teosten lisäksi vielä vuonna 1936 Berliinissä, sarjassa Die Zivilgesetze der Gegenwart, velvoiteoikeuttamme koskeva kokonaisesitys *Obligationenrecht*. Tämä esitys muodostaa vieläkin erään oikeustieteemme harvoista yhdyssiteistä eurooppalaiseen oikeustieteeseen. Vuonna 1942 ilmestynyt *Palauttamislainsäädäntö* puolestaan liittyy läheisesti teoksen syntyaikoina vallinneisiin poikkeuksellisiin oloihin. Siinä käsitellään niitä vaikeita yksityisoikeudellisia ongelmia, jotka aiheutuivat talvisodassa menetetyn Karjalan Suomen yhteyteen palauttamisesta. Lainselitysteokset *Velkakirjalaki* siihen liittyvine lakeineen (1947, 2. laajennettu p. 1965), *Osuuskuntalaki selityksineen* (yhdessä Marjos Rapolan kanssa 1954) sekä hänen myöhempään tuotantoonsa kuuluvat *Vuokraoikeus I* (1967) ja *Osamaksukauppa* (yhdessä Huugo Ranisen kanssa 1968) palvelevat lähinnä käytännön lakimiesten tarpeita, mutta samalla niihin sisältyy tulkintoja ja kannanottoja, joilla on myös oikeustieteellistä merkitystä.

Vuonna 1954 ilmestyneen *Tavaramerkkioikeus*-nimisen teoksen jälkeen presidentti Hakulinen ryhtyi kokonaan uudentyyppisen lakikirjan julkaisemiseen. Kun lakikirjojemme haittapuolena aina oli ollut niiden suuri koko, Hakulinen toimitti nyt mannermaisten esikuvien mukaisesti taskukokoisen, mutta sisällöltään sitä tiiviimmän lakikirjan, jonka ensimmäinen painos ilmestyi vuonna 1955. Teoksen arvoa ja käyttökelpoisuutta lisäävät siihen otetut oikeustapausviittaukset. Teoksen saavuttamaa suosiota osoittaa, että siitä on ilmestynyt jo kuusi painosta.

Todellisena suurteoksena voidaan pitää Suomen uudempaan oikeuskehitykseen pohjautuvaa, velvoiteoikeuden koko alan käsittävää systemaattista esitystä, jonka ensimmäinen osa, *Velvoiteoikeus I* ilmestyi vuonna 1958. Vastaavaa teosta ei meillä ole ilmestynyt vuosikymmeniin, eikä yhtä laajamittaista milloinkaan. Tyydyttääkseen myös ruotsinkielistä lakimieskuntaa ja ajatellen ennen kaikkea pohjoismaista yhteistyötä presidentti Hakulinen itse kirjoitti tämän teoksen alkuperäistä laajempana myös ruotsiksi, ja se ilmestyi *Obligationsrätt I*-nimisenä vuonna 1962. Toinen, täysin uudistettu suomenkielinen laitos ilmestyi kolme vuotta myöhemmin. Niin tieteenharjoittajat kuin käytännön lakimiehet toivovat, että presidentti Hakulinen saisi tilaisuuden saattaa tämän tärkeän

kolmiosaiseksi tarkoitetun teoksen jo lähivuosina loppuun. Presidentti Hakulisen myöhemmästä tuotannosta on vielä mainittava vuonna 1964 ilmestynyt *Familjerätt*, jonka hän niin ikään kirjoitti ruotsiksi.

Syvällistä kirjallisuuden tuntemustaan presidentti Hakulinen on voinut käyttää hyväkseen virkatoimissaan; kuuluuhan hovioikeuden presidentin tehtäviin erityisesti valvoa juuri oikeusperiaatteiden soveltamisen ja laintulkinnan yhdenmukaisuutta hovioikeuden ratkaisuissa.

Ne varsin lukuisat lakimiehet, jotka ovat toimineet jäseninä tai virkamiehinä Helsingin hovioikeudessa, tuntevat omakohtaisesti presidentti Hakulisen työn arvon. Hovioikeutta perustettaessa nimitetty tuomari- ja esittelijäkunta oli koulutukseltaan kovin epäyhtenäinen. He olivat aikaisemmin toimineet eri viroissa korkeimmassa oikeudessa, korkeimmassa hallinto-oikeudessa, sotaylioikeudessa, eri hovioikeuksissa ja alioikeuksissa, mutta presidentti Hakulisen onnistui nopeasti yhtenäistää työskentelytavat ja siten luoda edellytykset omaleimaiselle, kehittyvälle hovioikeudelle. Alunperin kolmijaostoiseksi perustettu hovioikeus laajeni niin, että ennen pitkää siinä toimi jo kahdeksan jaostoa.

Hovioikeustoimintaan perehtymättömän on vaikea käsittää presidentti Hakulisen virassaan tekemän työn laajuutta ja merkitystä. Kasvaneesta työtaakasta huolimatta hän on kyennyt tarkastamaan jaostojen ratkaisemat jutut ja perehtymään niiden oikeudellisiin ongelmiin. Kymmenettuhannet hovioikeusratkaisut ovat kulkeneet hänen kauttaan, eikä ole ollut yhtään niin vähäpätöistä juttua tai jutturyhmää, jonka tarkastamista hän ei olisi pitänyt tarpeellisena. Usein presidentti Hakulinen on liittänyt juttuun muistion, jossa hän muutamin pelkistetyin lausein selvittää ratkaistavan ongelman ytimen. Joskus nämä ns. »laput» ovat todellisia pienoistutkielmia ja sellaisina niissä saattaa olla laajoja kirjallisuusviittauksia ja oikeustapauspoimintoja ulkomaita myöten. Niissä neuvotteluissa, joita hän tällaisissa tapauksissa jaoston kanssa käy, hovioikeuden jäsenet ja esittelijät ovat oppineet tuntemaan presidenttinsä parhaimmat avut. Taito paneutua nopeasti ratkaistavaan juttuun ja löytää olennaisin siitä, kyky siirtyä vaivattomasti oikeuskysymyksestä toiseen, harvinainen lukeneisuus yhdistyneenä verrattomaan muistiin ja laaja kielitaito, joka avaa mahdollisuuden tutustua länsimaiseen oikeusjärjestelmään ja sen saavutuksiin, ovat lähtemättömimmin mieleen jääneet piirteet hänestä.

Vielä hovioikeuden presidenttinäkin Hakulinen on voinut vaikuttaa lainvalmistelutyöhön monin tavoin. Erityisesti on mainittava se työ, jonka hän on tehnyt valmisteltaessa hovioikeudelta pyydettyjä lausuntoja lakiesityksistä. Näitä on vuosien mittaan kertynyt suuri määrä, josta pari on esimerkinluontoisesti otettu tämän teoksen loppuun. Presidentti Hakulisen asiantuntemusta on käytetty hyväksi myös eduskunnan valiokunnissa ja komiteoissa. Erityisesti mainittakoon puheenjohtajan tehtävät osuuskuntalakia,

avioliittolain muuttamista, osamaksukauppalakia, oikeudenkäymiskaaren muuttamista, tavaramerkkilakia ja uutta työsopimuslakia valmistelleissa komiteoissa.

Erityisen mainittava presidentti Hakulisen panos on ollut kansainvälisessä lakiyhteistyössä. Jo 1930-luvulla hän edusti maatamme mm. pohjoismaiden välisissä kansainvälistä kauppalakia sekä patenttilainsäädännön yhtenäistyttämistä koskevissa neuvotteluissa. Lakiyhteistyön vilkastuttua hän on ollut mm. pohjoismaisen lakiyhteistyövaliokunnan jäsenenä vuosina 1947—1958 ja Haagin kansainvälisen yksityisoikeuden konferenssin Suomen toimikunnan puheenjohtajana 1956—1966, Suomen valtuutettuna Bernin sopimuksen tarkistamiskonferenssissa Brysselissä 1948, Haagin kansainvälisessä yksityisoikeuden konferenssissa 1951—1964, yleismaailmallisessa tekijänoikeuskonferenssissa Genévessä 1952 ja kansainvälisessä kauppalakikonferenssissa Haagissa 1964. Ollessaan Haagin kansainvälisen yksityisoikeuden konferenssin valtuutettuna presidentti Hakulinen saavutti aseman, johon kukaan muu suomalainen ei valtionsisäistä oikeutta koskevassa kansainvälisessä lakiyhteistyössä ole yltänyt. Käsiteltäessä ehdotusta konventioksi varallisuusoikeudellisissa asioissa annettujen ulkomaisten tuomioiden tunnustamisesta ja täytäntöönpanosta presidentti Hakulinen yksimielisesti valittiin konferenssin puheenjohtajistoon. Hän tuli puheenjohtajaksi myös alakomissioon, joka 1964 asetettiin selvittämään hankalaksi ja konvention voimaan saattamisessa tärkeäksi osoittautunutta ns. bilateralisoimiskysymystä. Tämä tehtävä sai kuitenkin Suomen kannalta ikävän lopun. Kun konferenssi vuonna 1966 uudelleen kokoontui käsittelemään Hakulisen valmistelemaa alakomission ehdotusta, maamme hallitus ei enää nimennytkään häntä konferenssiedustajaksemme. Presidentti Hakulisen nauttima luottamusta ja hallituksemme menettelyn konferenssille aiheuttamaa pettymystä kuvaa se, että valtuutettujen nimeämisen tultua konferenssin järjestäjien tietoon, he voimakkaasti osoittivat mielipahaansa ja diplomaattitiehen turvautuen yrittivät saada muutosta hallituksemme onnettomaan päätökseen.

Presidentti Hakulisen harrastus kansainvälistä lakiyhteistyötä kohtaan ilmenee myös hänen toiminnastaan International Law Associationin piirissä. Tämän arvovaltaisen maailmanlaajuisen järjestön Suomen osaston varapuheenjohtajaksi hän tuli 1946 ja puheenjohtajaksi 1952. Hänen henkilökohtaisista ansioistaan Suomi sai järjestettäväkseen ILA:n yleiskokouksen vuonna 1966, jolloin Hakulinen myös valittiin järjestön puheenjohtajaksi seuraavaksi kaksivuotiskaudeksi.

Järjestötoiminta on presidentti Hakuliselle muutenkin ollut läheistä. Jo vuonna 1937 hänet valittiin Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen hallitukseen, johon hän kuului aina vuoteen 1945. Korkeimpien oikeuksien tuomarien yhdistyksen puheenjohtajana hän oli vuodet 1951 ja 1952, joista jälkimmäisen vuoden hän toimi myös Suomen Lakimiesliiton hallituksen puheenjohtajana. Hovioikeuden

presidentiksi tultuaan Hakulinen on aktiivisesti osallistunut myös Suomen hovioikeuksien tuomarien yhdistyksen ja Helsingin hovioikeuden tuomariyhdistyksen toimintaan. Erityisesti muistetaan hänen osanottonsa yhteisiin opintomatkoihin Svean hovioikeuteen ja Das Hanseatische Oberlandsgericht'iin Hampurissa.

Monitoimisuudestaan huolimatta presidentti Hakulisella riittää aikaa myös vapaa-ajan harrastuksille. Usein hänet nähdään ulkoilemassa Espoon Haukilahdessa, talvella hiihtäjänä, kesällä pyöräilijänä ja vielä myöhäisen syksynkin aikaan kuntouimarina seurassaan usein puolisonsa, jonka ansiosta presidentti Hakulinen on voinut omistautua niin suuressa määrin työhönsä. Monet ystävät ovat olleet hänen mukanaan moottoriveneristeilyillä, jotka joskus ovat ulottuneet Itämerelle saakka. Myös musiikki on ollut presidentti Hakulisen harrastuksen kohteena.

Presidentti Hakulinen kuuluu niihin harvinaisiin henkilöihin, joiden vitaalisuus vain kasvaa vuosien myötä. Uudet tutkimusalueet ja tehtävät kiehtovat häntä jatkuvasti. Mikään jo tehty ei ole hänelle valmista, vaan ainoastaan lähtökohta uutta valloitusretkeä varten.

Ars boni et aequi,[1] taito tuomita oikein ja kohtuullisesti on henkilöitynyt hänessä.

* * *

Helsingin hovioikeuden tuomariyhdistys — Helsingfors hovrätts domareförening esittää kunnioittavat onnittelunsa merkkipäiväänsä viettävälle hovioikeutensa ensimmäiselle presidentille.

Erkki Hämäläinen *Antti Poukka*

[1] Nam, ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi (Ulp., D. 1, 1 pr.).

NÄKÖKOHTIA LEHTIMIEHEN JA OHJELMATOIMITTAJAN ANONYYMITEETTISUOJASTA

JORMA S. AALTO

1. Sekä siviili- että rikosprosessissa pyritään vallitsevan käsityksen mukaan materiaaliseen totuuteen: oikeudenkäynnissä koetetaan selvittää, kuinka oikeusjutun kannalta relevantit seikat todella historiallisesti ovat tapahtuneet. Nykyaikaistettu todistuslainsäädäntömme on *toisaalta* monilta kohdin lisännyt tämän pyrkimyksen intensiteettiä: se on laajasti omaksunut vapaan todistelun ja vapaan todisteiden harkinnan. Samalla se on poistanut monia todistajatodisteluun liittyneitä rajoituksia legaalisen todistusteorian myötä. *Toisaalta* kuitenkin erilaisista lähtökohdista perustellen on saatettu todistajatodistelun osalta voimaan tuntuviakin rajoituksia, jotka joko estävät todistajan kuulemisen kokonaan tai ainakin määrättyjen seikkojen osalta.

Jo todistuslainsäädännön kokonaisuudistuksen yhteydessä syntyivät OK 17: 20:ssä säännöstetty todistajan kokonaiskieltäytymisoikeus, OK 17: 23:ssa normeerattu todistajan vaitiolovelvollisuus sekä OK 17: 24:n todistajan vaitiolo-oikeus,[1] joilla kaikilla on rajoitetusti merkitystä todistajatodistelun kokonaiskäyttöä silmällä pitäen. Mainittuihin erityistapauksiin todistajatodistelun rajoittamisessa liittyy OK 17: 24:n 2—4 momenttiin lisätyt säännökset, joista seikoista on yhteisesti tavallisesti käytetty nimitystä lehdistön ja yleisradiotoiminnan harjoittajan sekä lehtimiehen ja ohjelmatoimittajan *anonymiteettisuoja*.[2]

2. 1. Lähtökohtaisesti on todettava, että viimeksi mainituilla

[1] Käsitteiden osalta ks. esim. *Ellilä*, Oikeudenkäynti ja täytäntöönpano (1965) s. 221 ja s. 223 ss., (lyh. *Ellilä*) ja *Tirkkonen*, Suomen siviiliprosessioikeus II (1966) s. 228 ss. (lyh. Sp II).

[2] Ks. Hallituksen esitys Eduskunnalle laeiksi oikeudenkäymiskaaren 17 luvun ja painovapauslain muuttamisesta 1965 vuoden valtiopäivät N:o 193 s. (lyh. HE). — Vrt. myös *Kaira*, Forhandlinger på det tyvendende nordiske juristmøte i Oslo den 23.—25. August 1954, Oslo 1956, Bilag III s. 5 ss. (Kaira) ja Odelstingsproposisjon nr 28/1950 Om lov om endringer i straffeprosessloven og tvistemålsloven (»Pressens anonymitetsrett») s. 29 ss. (Ot. prp nr 28).

säännöksillä on erään erityistilanteen osalta kavennettu tuomioistuimen mahdollisuutta selvittää ja selvityttää totuus oikeudenkäynnissä. Lienee ilman muuta selvää, että vain erittäin painavat syyt voivat aiheuttaa tällaisen rajoituksen lainsäädännössä. Mikä sitten on luonut tarpeen ajatella kysymystä lehdistön ja radion anonymiteettisuojan järjestämisestä? Oikeuspoliittisesti ratkaisevana seikkana on pidettävä *lehdistön ja radion funktion* toteuttamista. Yleensä on lähdetty siitä, että näiden tehtävänä on tietojen välitys. Tavanomaisen uutistenvälittäjän tehtävän lisäksi on niiden tehtävänä tuoda julki yhteiskunnassa vallitsevia epäkohtia ja asiallisessa mielessä arvostella mm. viranomaisten toimintaa.[3]

Monissa tapauksissa ei tietolähdettä sen paremmin kuin kirjoituksen laatijaakaan salata, vaan se näkyy jo lehden otsikoinneissa tai radion tekstissä. Näin kai lienee yleensä asian laita silloin, kun kysymys on *tavanomaisesta uutistenvälityksestä.* Viimeksi mainitun laatuiseen toimintaan ei lehdistön tai radion kannalta eikä yksityisen toimittajan kannalta sisältynekään suurempia riskejä. Kysymyksellä anonymiteettisuojasta on merkitystä lähinnä lehdistön ja radion *arvostelevan tehtävän toteuttamisessa.*

Tällöin lienee usein sääntönä se, *ettei tiedonantaja halua nimeään julkisuuteen.*[4] Tiedonantaja pelkää, että hän paljastuksen johdosta joutuu repressaalioiden kohteeksi sen puolelta, jota paljastus koskee ja johon hän kuitenkin on usein riippuvuussuhteessa esim. työn tai muun sellaisen seikan vuoksi. Tiedonantaja antaa lehdelle tai radiolle sen vuoksi tiedon *luottamuksellisena* edellyttäen, ettei hänen nimeään mainita.

2. 2. Jotta yleensä voitaisiin ajatella myönteisessä mielessä lehtimiehen ja radiotoimittajan anonymiteettisuojan järjestämistä, on vaadittava, että *lehden ja radion juridinen vastuu* levittämistään tiedoista on järjestetty. Jos ajatellaan esim. että lehdessä kerrotaan X:n olevan Bodom-järven murhaaja, on tietysti mainitun X:n intressin mukaista voida todeta, että esitetty syytös on väärä. Kuka vastaa painetusta sanasta ja radion toiminnasta, ei kuulu tämän esityksen puitteisiin. Joka tapauksessa on toisaalla PainovapausL:n 31—39 §:n sekä RadiovastuuL:n (219/71) säännösten mukaan selvää, että PainovapausL 1 §:n sananvapautta sekä yleisradiotoiminnan harjoittamista on toisaalla vastaamassa juridisen vastuun olemassaolo, johon esimerkissä mainittu X voisi tarvittaessa

---

[3] Ks. myös *Kaira* s. 9 s. ja Komiteanmietintö 1965: B 103 s. 3 sekä HE 1970 vp. n:o 100 s. 4.

Vrt. kuit. Komiteanmietintö 1969: A 8, jossa yksi komitean kolmesta jäsenestä (Matti Anderzén) eriävänä mielipiteenään (s. 12 s.) puolsi nyttemmin lainvahvuista anonymiteettisuojaa.

[4] Ks. *Palmgren,* Hufvudstadsbladet 14. 10. 1961.

Vrt. Painovapauslain 11[3] (Laissa 4. 1. 1919). Mainittu säännös kumottiin lailla 25. 3. 1966.

vedota.[5] Kun lehdistö ja radio täten käyttää massatiedotusvälineinä tuntuvaa valtaa yhteiskunnassa, on ymmärrettävää, että positiivisen oikeuden mukaan valtaa seuraa myös *vastuu vallan* käytöstä, vaikkapa se perustuisi välittäjälle luottamuksellisesti annettuihin tietoihin.

Mikäli yleisesti noudatettava tapa edellyttäisi, että lehdet ilman muuta pyydettäessä antaisivat sivulliselle tiedon sekä tietolähteestä että kirjoittajasta, tuntuisi ilman muuta selvältä, että tällaiset tiedot olisi annettava tarvittaessa myös tuomioistuimelle. Yleinen sääntö on kuitenkin juuri päinvastainen: lehdistö ja radio pyrkivät pitämään varsinkin luottamukselliset tietolähteet omana tietonaan[6] sekä toisaalta painovapauslain määräysten mukaisesti järjestetty vastuu lehdestä sivullissuhteessa asettaa yleensä vastuun pyramidin huipulle, *lehden päätoimittajalle*.[7] Hän kantaa vastuuta myös alaistensa puolesta.[8] Samoin radion vastaavat ohjelmatoimittajat on Radiovastuulain 2 ja 3 §:n nojalla asetettu päätoimittajan asemaa vastaavaan asemaan yleisradiotoiminnan harjoittajan puolesta.

2. 3. Suojaako oikeusjärjestys sitten sitä luottamussuhdetta, mikä edellä on kuvattu ja jota lehtimies- ja toimittajamoraalin sääntöjen mukaan olisi noudatettava.

Alun perin ei 1734 vuoden lakiin sisältynyt määräyksiä siitä, että luottamuksellisesti annettu tieto nauttisi erityistä suojaa oikeudenkäynnissä. Kuten *Bo Palmgren* on todennut, ei tällainen sääntö kuitenkaan ole ollut täysin tuntematon varhemmalle oikeudellemme.[9] Voimassa olevan oikeuden kannalta voidaankin sanoa, että ellei erityismääräystä ole, todistaja on velvollinen ker-

---

[5] Vastuun olemassaoloa painokirjoituksen sisällöstä onkin pidetty anonymiteettisuojan luonnollisena edellytyksenä: Ks. esim. *Palmgren*, Nya Pressen 15. 10. 1962 s. 2 sekä HE s. 1.

Näin myös oikeusvertailevasti: ks. esim. Ot.prp. nr. 28 s. 34.

Tuollaisessa oikeudenkäynnissä lehtimies olisi kuitenkin yleensä syytetyn asemassa ja hänellä olisi myös syytetyn oikeudet, joihin eräänä tärkeimmistä kuuluu se, ettei syytetty ole velvollinen vaikuttamaan syyllisyytensä selvittämiseen. Epäillyllä olisi siten myös asemansa perusteella oikeus kieltäytyä vastaamasta kysymykseen, joka koskisi kirjoituksen tekijää tai sen tietolähdettä.

Vrt. myös esim. *Aalto* LM 1967 s. 8 ss. ja erityisesti s. 17 ss. ja *Kaira* s. 29 s.

Eräiden ulkomaisten oikeusjärjestysten osalta syytetyn oikeuksista ks. *Aalto* LM 1967 s. 19 viite 49 sekä Ot. prp. nr 28 s. 20 s.

[6] Ks. Suomen Sanomalehtimiesliiton v. 1968 hyväksymät »Lehtimiehen ohjeet» s. 6: »Älä paljasta uutislähdettä kun tieto on luottamuksellinen. Älä muulloinkaan paljasta uutislähdettä, ellei sitä vaadi suuri yleinen etu tai vaara, että syytön joutuisi kärsimään. Muista, että sinulla on laillinen oikeus, muttei laillista velvollisuutta uutislähteesi salassapitämiseen.»

[7] Ks. HE s. 1.

Vrt. myös *Palmgren*, Hufvudstadsbladet 14. 10. 1961.

[8] Ks. erityisesti PainovapausL 31 ja 32 §.

[9] Ks. *Palmgren*, Nya Pressen 15. 10. 1962 s. 2 ja siellä mainittu Knk. kirje Turun HO:lle 24. 4. 1754.

tomaan oikeudenkäynnissä OK 17: 29:n nojalla myös sellaiset seikat, jotka on hänelle annettu luottamuksellisesti käydyissä keskusteluissa.[10] Pääsääntöisesti tässä kohdin on siten *oikeudenkäynnin pyrkimys totuuden selvittämiseen* selvästi asetettu mahdollisen yksityisen edun edelle.

OK 17: 24:n mukaan (Laissa 29. 7. 1948) todistajalla on kuitenkin oikeus kieltäytyä antamasta lausumaa, jolla *liike- ja ammattisalaisuus tulisi ilmaistuksi, jolleivät erittäin tärkeät syyt vaadi*, että todistajaa kuulustellaan niistä. Lainkohtaan, joka koskee sekä rikos- että riita-asioita, pyrittiin aikaisemmin lehtimiesten taholta vetoamaan juuri uutislähteen salassapitämisoikeuden tueksi, mutta tällainen vetoaminen ei yleensä *tuomioistuinkäytännön* mukaan oikeuttanut lehtimiestä vaikenemaan tietolähteestään.[11] Todistajana kuultua lehtimiestä vastaan on käytetty niitä sanktioita, jotka OK 17: 36 ja 37:n mukaan ovat mahdollisia. Ainoastaan poikkeuksellisesti, mikäli tietolähteen ilmaiseminen liittyisi toimitusteknillisiin seikkoihin tai kysymyksessä olisi jatkuva pitkäaikainen asiakassuhde lehden ja tietolähteen välillä, voitiin aikaisemman oikeuden kannalta *periaatteessa* tällaista perustellusti ajatella[12], vaikkakaan tiedossani ei ole, millaisella käytännöllisellä menestyksellä.

Mainitut määräykset eivät varsinaisesti luo perustetta, joka vapauttaisi lehtimiehen tai toimittajan todistajalla yleensä olevasta velvollisuudesta kertoa kaikki, mitä hän asiassa tietää, ellei hän olisi rikoksesta epäillyn asemassa[13] tai ellei hän OK 17: 24^1:n mukaisesti kysymykseen vastaamalla saattaisi syytteen vaaraan itseään tai OK 17: 20:ssa mainittuja lähisukulaisiaan. Useimmissa tapauksissa eivät edellä lausutut poikkeusmääräykset siten olisi sovellettavissa lehtimieheen tai toimittajaan.

3.1. Keskustelu lehdistön anonymiteettisuojasta virisi meillä varsin vilkkaana 1950-luvun alussa. Keskustelussa, jota käytiin sekä sanoma- että aikakauslehdissä,[14] ilmeni ainakin se, että silloin voimassa olleen oikeuden kannalta asiasta saatettiin perustellusti esit-

---

[10] Ks. *Palmgren* ib.

[11] Ks. *Kaira* s. 30 ja Komiteanmietintö 1965: B 103 s. 3 ja s. 5.
Aikaisemmin voimassa olleen lain kannalta katsottiin, että jos lehtimies haastettiin todistajaksi oikeudenkäyntiin, jossa A:ta syytetään kunnianloukkauksesta ja edelliseltä tiedustellaan, onko A lehden tiedonantaja, lehtimies, jolle on ilmoitettu, ettei häntä tulla syyttämään rikoksesta, on velvollinen todistamaan jutussa.
Ks. *Viranko* JFT 1953 s. 108 ja *Palmgren* JFT 1955 s. 267.

[12] Ks. esim. *Bruun*, Sanomalehtimies n:o 1 (1969) s. 10, *Palmgren*, Nya Pressen 15. 10. 1962. s 2, *Palme* JFT 1955 s. 267 sekä *Kaira* s. 30. Ks. myös HE s. 1.
Vrt. Ot.prp. nr 28 s. 25.

[13] Ks. esim. *Palmgrenin* haastattelulausunto Hufvudstadsbladet 14. 10. 1961

[14] Ks. *Viranko* JFT 1953 s. 105 ss., *Nybergh* JFT 1953 s. 109 ss. Keskustelukysymyksen käsittelyä JFT 1955 s. 266 s.
Ks. myös haastattelusarjaa Hufvudstadsbladet 14. 10. 1961.

tää huomattavasti toisistaan poikkeavia käsityksiä. Ongelma, joka laadultaan on yleismaailmallinen, sai myös yhteispohjoismaista väriä, kun se v. 1954 oli pohjoismaisen lakimieskokouksen keskusteluaiheena. Tuon ajankohdan jälkeen kysymys näyttää meillä painuneen jälleen melkein kymmeneksi vuodeksi unohduksiin, kunnes se taas pulpahti v. 1965 erään yksityistapauksen nostattamana esille. Tämän perusteella valtioneuvosto asetti 12. 4. 1965 komitean pohtimaan lehdistön anonymiteettisuojaa. Komitea jätti mietintönsä hallitukselle 30. 12. 1965 (1965: B 103) ja sen perusteella hallitus antoi esityksensä eduskunnalle 21. 1. 1966. Nopeasti aikaansaatu ehdotus käsiteltiin yhtä joutuisasti eduskunnassa ja mm. OK 17: 24:n muutos tuli voimaan jo 25. 3. 1966/176.

Tämän lain ulkopuolelle jäivät mm. radion ohjelmatoimittajat. Kun erityisesti 1960-luvun loppupuolella radion kriittinen asenne yhteiskunnassa koettuihin epäkohtiin vahvistui, oli varsin ymmärrettävää, että vaatimuksia OK 17: 24^2:n suojan ulottamisesta radion ohjelmatoimittajiin alettiin esittää. Radiovastuutoimikunnan mietinnössä (Komiteanmietintö 1969: A 8) vain yksi komitean kolmesta jäsenestä katsoi anonymiteettisuojan ulottamisen radioon tarpeelliseksi. Vastoin komitean enemmistön käsitystä radiovastuulakiehdotuksen oheisena annettiin hallituksen esitys eduskunnalle OK 17: 24^2:n ulottamisesta myös radion ohjelmatoimittajiin (HE n:o 100 1970 vp), jonka perusteella 1. 9. 1971 voimaan tullut OK 17: 24:n muutos annettiin 13. 2. 1971 (220/71).

OK 17: 24^2 ja ^{3} kuuluvat seuraavasti:

»Aikakautisen painokirjoituksen julkaisija, päätoimittaja, kustantaja tai kirjanpainaja saa kieltäytyä vastaamasta kysymykseen, kuka on painokirjoitukseen otetun kirjoituksen tai tiedonannon laatija tahi kuka on antanut kirjoituksen tai tiedonannon perusteena olevat tiedot samoin kuin kysymykseen, johon ei voi vastata paljastamatta laatijaa tai tiedonantajaa. Sama koskee soveltuvin osin aikakautiseen painokirjoitukseen otetun kirjoituksen tai tiedonannon laatijaa sekä sitä, joka on saanut tiedon edellä mainituista seikoista, ollessaan asianomaisen kustantajan, toimituksen tai kirjanpainajan palveluksessa.

Milloin kysymys on radiovastuulaissa (219/71) tarkoitetussa yleisradiotoiminnassa lähetettyyn ohjelmaan sisältyneestä tiedonannosta, on vastaavaan ohjelmatoimittajaan ja muuhun yleisradiotoiminnan harjoittajan palveluksessa olevaan henkilöön sekä tiedonannon laatijaan vastaavasti sovellettava, mitä 2 momentissa on säädetty.»

Laki suo siten edellä selostettujen säännösten lisäyksenä lehtimiehelle ja radiotoimittajalle anonymiteettisuojan varsin pitkälle. *Vain harvassa muussa maassa on voimassa yhtä laaja tiedonlähteiden suoja kuin tämän lain mukaan meillä.* On syystä korostettu, että OK 17: 24:n 2—3 momentin periaatteellinen merkitys on *sananvapauden ylläpitämisen* kannalta varsin suuri. Lehtimiehen ja ohjelmatoimittajan eduksi säädetyn normin olemassaolo on aiheutta-

nut, että sen käytännölliset sovellutustapaukset lienevät kuitenkin melko harvinaisia[15] sekä radion puolella peräti tuntemattomia.

Oikeusvertaillen tarkasteltuna havaitaan, että edellä mainittu säännös kuvastaa melko yleistä tendenssiä: lehdistön anonymiteettisuojaa on viime aikoina voimakkaasti lisätty esim. Norjan ja Tanskan prosessilaeissa.[16] Lehdistön anonymiteettisuoja on myös tunnustettu laajempana tai rajoitetumpana esim. Itävallan[17], Saksan ja Englannin prosessijärjestelmien piirissä.[18]

OK 17: 24:n 2- ja 3-momentin johdosta on yleisesti todettava, *ettei siinä muuteta* todistajana olevalle lehtimiehelle tai toimittajalle kuuluvia *todistajan yleisiä velvollisuuksia* saapua oikeuteen sekä antaa lain edellyttämä vala tai vakuutus sekä todistaa muista seikoista kuin niistä, jotka laki expressis verbis sulkee todistusvelvollisuuden ulkopuolelle, milloin anonymiteettisuojaan on vedottu[19]. Samoin on huomattava, että todistaja on velvollinen antaessaan kertomustaan oikeudessa puhumaan totta ja ilmaisemaan kaikki asiaan vaikuttavat seikat. Näin myös edellä mainituissa lainkohdissa mainitut seikat, ellei hän ole vedonnut vaitiolo-oikeuteensa.

3.2. Ketä OK 17: 24:n ja 2 ja 3 momentin anonymiteettisuoja turvaa? Lain mukaan ovat sen suojan piirissä aikakautisen painokirjoituksen julkaisija, päätoimittaja, kustantaja ja kirjanpainaja. Mikäli vaitiolo-oikeus rajoittuisi näihin, jäisi suoja varsin aukolliseksi. Lain mukaan vaitioloon ovat sen puitteissa oikeutettuja myös soveltuvin osin aikakautiseen painokirjoitukseen otetun kirjoituksen laatija sekä se, joka on saanut tiedon ollessaan asianomaisen kustantajan, toimituksen tai kirjanpainajan palveluksessa. Lehdistöä ajatellen voidaan siten sanoa, että anonymiteettisuoja *henkilöllisesti* on varsin laaja, ulottuen lehden lähetistä aina päätoimittajaan ja julkaisijaan asti.[20] Periaatteessa olisi siten lähdettävä siitä, että kaikki lehden palveluksessa olevat ovat lain piiriin kuuluvia

---

[15] Vrt. kuitenkin aikaisemman oikeuden kannalta Hufvudstadsbladetin pääkirjoitus 15. 10. 1961 sekä Nya Pressen 15. 10. 1962 (Bo Palmgrenin radioesitelmälyhennys: Inget rättsskydd för ett förtroende).

[16] Ks. Norjan Straffeprocessloven 177 § ja lov om rettergangsmaaten for tvistemaal 209 § ja Tanskan Lov om rettens pleje 170[4] §.

[17] Itävallan oikeuden kannalta ks. *Gleispach*, Das Österreichische Strafverfahren (1924) s. 201 ja *Roeder*, Lehrbuch des österreichischen Strafverfahrensrechtes (1963) s. 152.

[18] Saksan oikeuden kannalta *Rosenberg*, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts (1961) s. 581 ja Englannin oikeuden kannalta *Phipson*, On Evidence (1963) s. 270.

Myös lainvalmistelutöihin sisältyy oikeusvertailevaa materiaalia ks. HE s. 1 ja Ot. prp nr 28 s. 25 ss.

[19] Todistajan yleisistä velvollisuuksista ks. tarkemmin esim. *Tirkkonen* Sp II s. 224 ss.

[20] Ks. *Kaira* s. 10.
Vrt. myös Ot.prp. nr. s. 34.

henkilöitä ja siten oikeutettuja vetoamaan OK 17: 24²:een. Suoja näyttää ulottuvan sanamuotonsa mukaan myös henkilöön, joka on saanut tiedon ollessaan mainittujen kustantajan, toimituksen tai kirjanpainajan palveluksessa, vaikkei hän enää olisikaan tuossa asemassa.[21]

OK 17: 24³:n mukaan (Laissa 12. 3. 1971; 220/71) koskee myös vastaavaa ohjelmatoimittajaa (vrt. RadiovastuuL 2 §) sekä muuta yleisradiotoimittajan palveluksessa olevaa henkilöä sekä tiedonannon laatijaa, jotka näin on saatettu anonymiteettisuojan piiriin.

3.3. Huomattava kuitenkin on, että laki koskee vain aikakautisia painokirjoituksia.[22] Sen ulkopuolelle jäävät esim. *kertalehdet*.[23] Samoin näyttää ilmeiseltä, että lain ulkopuolelle jäävät *uutistoimistot*[24], jotka saattavat kyllä joutua suojan piiriin, silloin kun kysymyksessä on lehdessä painetusta tai radion välittämästä uutistoimiston toimittajan laatimasta kirjoituksesta.[25]

3.4. Keitä viranomaisia laki koskee? Laki säännöstää vain lehtimiehen vaitiolo-oikeutta suhteessa *tuomioistuimeen*. Suhteessa *kolmanteen henkilöön*[26] esim. lehtimies siten menetellee *hyvän lehtimiestavan* mukaan.[27] OK 17: 24²:n mukaan on anonymiteettisuoja voimassa oikeudenkäynnissä tuomioistuimessa, siis sekä rikos- että siviiliprosessissa. Näiltä osin laki tietysti on selvä ja riidaton.

Kysymys, jolla on ollut ja tulee ilmeisesti vastaisuudessakin olemaan merkitystä, on se, koskevatko mainitut anonymiteettisuojaa koskevat säännökset myös poliisiviranomaisten toimittamaa esitutkintaa. Useimmissa tapauksissa lienee niin, että mikäli lain soveltamisesta on ollut kysymys, käytännössä ovat esiintyneet tavallisesti nimenomaan *esitutkintaan liittyvät ongelmat*.[28] Selvää tietysti tässäkin kohdin on se, että kutsuttu lehtimies ja ohjelmatoimittaja on velvollinen PoliisiL:n 15 §:n mukaan saapumaan kutsusta esitutkintatilaisuuteen noudon uhalla. Toisaalta todistajana kuultava on RL 17: 4:n nojalla esitutkinnassa velvollinen puhumaan rangaistuksen uhalla totta. OK 17: 24²-³:n mukaista säännöstä ei esitutkinnan osalta ole annettu. Mikäli lehtimies tuolloin havait-

---

[21] Henkilökohtaisesti on ohjelmatoimittajien osalta vedetty raja vaitioloon oikeutettujen osalta yhtä laajaksi, jolloin siten suojan piiriin kuuluu sekä vastaava ohjelmatoimittaja että muu yleisradiotoiminnan harjoittajan palveluksessa oleva henkilö sekä tiedonannon laatija.

[22] Aikakautisen painokirjoituksen käsitteestä PainovapausL 18 §. Vrt. myös Ot.prp.nr 28 s. 29.

[23] Vrt. myös *Fahlbeck*, Tryckfrihetsrätt (1959) s. 45.

[24] HE s. 2 ja Ot.prp.nr 28 s. 33.

[25] Ks. HE s. 2 i.f.

[26] Kysymyksenasettelun osalta ks. *Kaira* s. 27 ss.

[27] Ks. edellä viite 7. Aikaisemman oikeuden kannalta ks. PainovapausL 11² § joka osittain oli tässä kohdin eri linjalla. Vrt. tämän osalta HE s. 4. Vrt. lisäksi *Nybergh* JFT 1953 s. 112.

[28] Ks. *Kaira* s. 10.

see, että hän ei voi vastata kysymykseen paljastamatta tietolähdettään, onko hän oikeutettu kieltäytymään vastaamasta kysymykseen.[29]

Kotimaisessa kirjallisuudessa on OK 17 luvun säätämisen yhteydessä katsottu, että esitutkinnassa kuulusteltuihin henkilöihin nähden on pakko soveltaa niitä todistajana oleviin henkilöihin voimassa olevia määräyksiä, jotka sisältyvät OK 17 lukuun. Niinpä ennen nykyisen OK 17: 24^{2} ja ^{3}:n säätämistä on meillä katsottu, että OK 17: 24:n määräyksiä olisi esitutkinnassa sovellettava todistajaan.[30] Pitäisin mielipidettä perusteltuna. Jouduttaisiinkin varsin kestämättömiin tuloksiin, ellei edellä kerrotuin tavoin meneteltäisi. Lähtisin siten periaatteessa siitä, että esitutkinnassa noudatettaisiin vaitiolovelvollisuuden ja vaitiolo-oikeuden osalta samoja sääntöjä, kuin itse oikeudenkäynnissäkin. Jos esitutkija siten tekee kysymyksen, johon todistaja ei edellä olevan perusteella voisi vastata, on todistajan ilmoitettava kieltäytymisensä ja sen peruste. Esitutkinnan suorittaja ei voine lopullisesti ratkaista kysymystä, onko lehtimiehen kieltäytyminen OK 17: 24:n mukainen vai ei, vaan mahdollisuutena on ainoastaan vetoaminen joko RL 17: 4:ään tai asian tutkiminen ja ratkaiseminen pääjutun yhteydessä erillisenä prosessikysymyksenä.[31]

4. 1. Edellä on useassa yhteydessä käytetty nimitystä anonymiteettisuoja. Mitä tämä suoja asiallisesti sitten *esillä olevan lainkohdan mukaan* sisältää? Mainittu suoja ei OK 17: 24^{2-3}:n mukaan ole suinkaan rajaton, vaan osittainen ja koskee ainoastaan määrättyjä kysymyksiä ja asioita:

4. 1.1 Lain mukaan lehtimies ja ohjelmatoimittaja voi kieltäytyä vastaamasta kysymykseen, kuka on painokirjoitukseen otetun kirjoituksen tai tiedonannon laatija.

Aikakautisissa painokirjoituksissa on tavallisesti ainakin kaksi eri osastoa: varsinainen uutisosasto ja ilmoitusosasto, joka suurilevikkisimmissä päivälehdissä voi olla hyvinkin laaja. OK 17: 24^{2}:n ilmaisulla »kirjoitus» tarkoitettaneen yleiskielessä mm. kirjoittamisen tulosta sen sisältöä ajatellen, erilaisia kirjallisia tuotteita: artikkeleita, tutkielmia, kertomuksia, juttuja, novelleja, lyhyitä kuvauksia, haastatteluja jne.[32] Tiedonannolla taas usein julkista tai virallista tiedotusta, tiedotetta, tiedoksiantoa, ilmoitusta, raporttia jne. Pitäisin ilmeisenä, että lehden *toimituksen laatimaa* ja *toimittamaa* osaa olisi yleensä aina pidettävä kokonaisuudessaan suojan piiriin kuuluvana lehden osana. Suojan piiriin kuuluisivat siten myös *yleisönosastossa* nimimerkillä julkaistut kirjoitukset.

Sensijaan joutuu kyllä kysymään, koskevatko OK 17: 24:n

---

[29] Vrt. *Nybergh* JFT 1953 s. 113.

[30] *Tirkkonen* II s. 47.

[31] Ks. tämän osalta OK 17: 24^{4}:n erityistilanteen osalta jäljempänä viite 38 jälkeen.

[32] Nykysuomen sanakirja II s. 397.

määräykset myös esim. lehden *ilmoitusosastoa*. Käytäntöä ajatellen on ensinnäkin havaittavissa, että useimpiin ilmoituksiin liittyy jo tieto ilmoituksen laatijasta, ilmoittajasta. Vain harvoissa poikkeustapauksissa saatettaisiin ajatella, että ilmoittajan nimi on lehden tiedossa, mutta ei ilmene itse ilmoituksesta. Onko lehti oikeutettu suhteessa viranomaisiin, esitutkinta- ja tuomioistuinviranomaisiin vaikenemaan siitä, kuka on lehteen otetun ilmoituksen laatija. *Oikeusvertailevasti* lienee ensinnäkin todettava, että Norjan ja Itävallan oikeudessa olevan nimenomaismääräyksen mukaan ilmoitukset eivät nauti sellaista anonymiteettisuojaa kuin lehden muu osa.[33]

Lehdistön anonymiteettisuoja on säädetty lähinnä *lehdistön kriittisen asenteen* mahdollistajaksi. Nähdäkseni ilmoituksiin, jotka lehti taloudellisen edun saavuttamiseksi ottaa mukaan, ei liittyne sellaisia yhteisiä etuja, jotka olisi asetettava tuomioistuimessa totuuspyrkimyksen edelle, vaikkakin nämä tiedot suhteessa kolmanteen henkilöön ovat lehden kannalta yleisen tavan mukaan ehkä salassapidettäviä. Katsoisinkin siten, että anonymiteettisuojaan voitaneen sisällyttää vain lehtimiehen laatima tai sinne muuten kirjoituksena toimituksen vastuulla otettu kirjoitus tai tiedonanto. Vastaava rajoitus voitaisiin ulottaa koskemaan myös esim. TV:n mainoksia.

4.1.2. Toiseksi lehtimies ja ohjelmatoimittaja on oikeutettu kieltäytymään vastaamasta kysymykseen, kuka on antanut kirjoituksen tai tiedonannon perusteena olevat tiedot. Tässä kohdin on kysymyksessä *tiedon lähteen anonymiteetin* suojaaminen. Säännös pyrkii siten takaamaan ennen muuta uutisten välityksen turvaamisen anonymiteetin.

4.1.3. Lehtimies ja ohjelmatoimittaja on samoin oikeutettu kieltäytymään vastaamasta kysymykseen, johon hän ei voi vastata paljastamatta lähdettä tai tiedonantajaa.

Esitutkinnan tekniikkaan kuuluu myös niiden seikkojen selvittäminen, joiden avulla välillisesti voidaan päästä haluttuun tietoon käsiksi. Laissa on pyritty tässä kohdin turvaamaan lehtimiehen asemaa ja siten oikeutettu hänet kieltäytymään vastaamasta myös sellaisiin kysymyksiin, joihin vastaaminen välillisesti saattaisi aiheuttaa kirjoituksen laatijan tai tietolähteen paljastumisen.

Kun poikkeusmääräyksiä on yleensä tulkittava suppeasti, ei lehtimies tai toimittaja voine yleensä kieltäytyä vastaamasta muihin kysymyksiin, jotka koskevat toimittajan tiedossa olevia asiaa valaisevia seikkoja, ellei näiden ilmaisemista olisi kieltäydyttävä 3-kohdan perusteella.

4.2. Lopuksi on huomautettava erityisesti siitä, että lehtimiehen ja ohjelmatoimittajan harkintaan on jätetty sen seikan ratkaiseminen, milloin hän paljastaa tiedonlähteensä tai mainitsee kirjoituksen tai ohjelman laatijan. Hän joutuu siten kussakin yksittäis-

---

[33] Ks. Ot.prp.nr 28 s. 35 ja *Roeder* s. 152.

tapauksessa harkitsemaan, kuinka annetussa tilanteessa olisi meneteltävä. *Lehtimiehellä ja ohjelmatoimittajalla* ei ole prosessilaissa asetettua vaitiolovelvollisuutta vaan ainoastaan *vaitiolo-oikeus*.[34] Tältä osin laissa ilmaistun harkintavallan puitteissa lehtimiehellä on *valinnainen* mahdollisuus paljastaa tai olla paljastamatta kirjoittaja tai tietolähde. Kuinka käytännössä menetellään jää luonnollisesti *yleisen hyvän lehtimiestavan ja lehtimiesetiikan* mukaan ratkaistavaksi.[35] Huomionarvoista on, että vaitiolo-oikeuskysymystä ei ratkaise tuomioistuin,[36] vaan se jää yleensä lehtimiehen omaan harkintaan.[37]

Voitaisiin siten sanoa, että lehtimiehen ja ohjelmatoimittajan mahdollisuus vedota OK 17: 24:n anonymiteettisuojaa koskeviin säännöksiin, on yleensä varsin selvä suhteessa esitutkintaviranomaisiin ja tuomioistuimeen. Eräs kysymys, jota lainsäädännössä ei ole ratkaistu, on toimituksen ja radion sisäisen organisaation kysymys: mikä merkitys on sillä, että esim. vastaavan toimittajan kieltäydyttyä vastaamasta kysymykseen, joku hänen avustajansa haluaa paljastaa tiedon, taikka lehdessä toimittajan kieltäydyttyä, toimitussihteeri taikka peräti päätoimittaja haluaa paljastaa tiedon, jonka osalta toimittaja on jo kielteisen käsityksensä lausunut. Näihin kysymyksiin ei OK 17: 24 anna suoranaista vastausta. Lienee ehkä katsottava, että jokaisen OK 17: 24:n mainitsemista henkilöistä on omakohtaisesti omaksuttava kanta kieltäytymisoikeuden käytön osalta, jolloin esim. toimitussihteerin ja päätoimittajan näkemykset saattavat heidän kunkin omalta kohdalta poiketa toisistaan.

5.1. Kuten edellä todettiin, todistajan vaitiolovelvollisuuden ja -oikeuden rajat ovat lainsäädännössä viime kädessä intressipunninnan tulosta. Tästä peruslähtökohdasta johtuu, että todistajan vaitiolo-oikeussäännöstöön liittyy tavallisesti enemmän tai vähemmän huomattavia poikkeuksia. Niin myös tässä tilanteessa.[38] Anonymiteettisuoja joutuu väistymään silloin, kun yhteiskunnan tai yksityisen intressit on punnittu niin painaviksi, että suojan poistaminen on lainsäädännöllisesti havaittu tarpeelliseksi.[39]

---

[34] Ks. myös Eduskunnan lakivaliokunnan mietintö 1965 Vp.-V.M.-Esitys 193 s. 1 sekä *Bruun* s. 11. Tämä johtuu ennen muuta siitä, ettei määräystä ole annettu, tiedonantajan intressissä vaan lehdistön intressissä. Ks. myös Komiteanmietintö 1965: B 103 s. 10.

Edellisestä syystä ei voitane pitää edes de lege ferenda puollettavana vaitiolovelvollisuuden säätämistä OK 17: 23:n tapaan lehtimiehelle ja radion ohjelmatoimittajalle. Vrt. kuitenkin *Palmgren*, Forhandlinger på tyvende nordiske juristmøte, s. 102.

[35] Vrt. myös HE s. 4. — Lehtimiehen olisi ratkaisua tehdessään kiinnitettävä erityisesti huomiota siihen, onko uutislähteen paljastaminen *yhteiskunnan etua* silmällä pitäen puollettavissa.

[36] Näin tapahtuu Norjan oikeuden kannalta Ot.prp. nr 28 s. 37 ja HE s. 2

[37] *Bruun* s. 11.

[38] Ks. HE s. 3 vert. Komiteanmietintö 1965: B 103 s. 11 s.

[39] Vrt. myös HE s. 3.

OK 17: 24[4]:ssä on säädetty poikkeuksista, joiden mukaan lehtimies tietyissä yksittäisissä tyyppitilanteissa *voidaan velvoittaa* todistamaan jutussa, myös niistä seikoista, jotka saman lain 2 ja 3 momentissa on mainittu.

5.2.1. Milloin 2 tai 3 momentissa tarkoitettu asia koskee rikosta, josta saattaa tulla kuritushuonetta 6 vuotta tai sitä kovempi rangaistus tai sanotunlaisen rikoksen yritystä tai osallisuutta siihen, voidaan lehtimies velvoittaa vastaamaan 2 momentissa mainittuihin kysymyksiin.

Lainkohdassa puhutaan ns. *törkeistä rikoksista.*[40] Näiden rikosten selvittämisen osalta yhteiskunnan intressi on siinä määrin vahva, että poikkeuksen tekeminen anonymiteettisuojasääntöön tuntuu varsin perustellulta. Jos lehdessä tai radiossa esitetään väite henkilön syyllistymisestä ns. törkeään rikokseen — niin olivatpa tutkimukset sen osalta käynnissä tai ei — lienee täysin selvää, että kirjoittajan ja asiasta vastuussa olevan on lähdettävä siitä, että asianomaiset viranomaiset ovat kiinnostuneita siitä, mistä lehti tai radio on saanut tietonsa ja pyrkivät muiden keinojen ohella myös lehden ja radion välityksellä selvittämään väitetyn törkeän rikoksen.

Se, kuinka vahvaksi meillä lehtimiehen ja ohjelmatoimittajan vaitiolo-oikeus on kuitenkin säädetty, käy osaltaan ilmi juuri tästä säännöksestä. Vaitiolo-oikeuden syrjääntyminen on asetettu tapahtuvaksi periaatteessa vasta yhtä törkeiden rikosten ollessa kysymyksessä kuin esim. lääkärin, apteekkarin ja kätilön vaitiolovelvollisuuden syrjäytyminen.[41]

5.2.2. Jos asia koskee tietoa, joka on annettu vastoin sellaista salassapitovelvollisuutta, jonka rikkomisesta on erikseen säädetty rangaistus, voidaan lehtimies velvoittaa vastaamaan OK 17: 24[2]:ssa tarkoitettuun kysymykseen.

Tämän lainkohdan ulottuvuuden tulkinta lienee osittain epäselvä. Lainvalmistelun mukaan säännös tulisi sovellettavaksi silloin, kun lehtimies on saanut tietoonsa sellaista, josta tiedonantaja on rangaistuksen uhalla salassapitovelvollinen.[42] Milloin tällaisista tilanteista on kysymys, ilmenee lähinnä rikoslain määräyksistä. Hakematta tulevat mieleen sellaiset määräykset kuin RL 38: 3, laki hammaslääkäritoimen harjoittamisesta 3 a § (280/71), laki sairaanhoitotoimen harjoittamisesta 31. 10. 1962/554 3 ja 7[2] § ja RL 40: 19a.[43] Edelliseen liittyen voidaan vain todeta, ettei yksinomaan *yksityisoikeudelliseen sopimukseen* perustuvan salassapitovelvollisuuden rikkominen tiedonantajan puolelta, velvoita lehtimiestä 3 momentin mukaan ilmaisemaan tai vastaamaan 2 momentin mainitsemaan kysymykseen.

---

[40] Vrt. myös Ot.prp. nr 29 s. 30.

[41] Vrt. myös HE s. 3, josta ilmenee, että rajoittamistarpeen johtona on käytetty juuri OK 17: 23:n 4 momentin säännöksiä.

[42] Ks. HE s. 3.

[43] Ks. tarkemmin RL 38:3:n kohdalla mainittua lakiluetteloa (SL I).

Lainvalmistelussa on lähdettu siitä,[44] että muiden asiaryhmien osalta ei olisi syytä rajoittaa vaitiolo-oikeutta. Kun myöhemmässäkään lain käsittelyssä ei tällaisia kohtia lakiin ole lisätty, lienee lakia tulkittava todella siten, että mainittu vaitiolo-oikeus väistyy fakultatiivisesti vain mainituissa kahdessa tyyppitilanteessa, milloin kyseessä ovat OK 17: 24[2]:n tarkoittamat kysymykset.

6.1. Huomionarvoista on kuitenkin korostetusti tässä kohdin todeta, että tuomioistuimen harkintaan on jätetty, onko lehtimies tai radiotoimittaja velvoitettava paljastamaan tietolähteensä ja kirjoituksen tekijän.[45] Oikeusohje on siten fakultatiivinen eikä välttämättä aiheuta säännöksen soveltamista siten, että lehtimies on aina velvoitettava todistamaan, mikäli syyte esim. koskee ns. törkeätä rikosta. Lehtimies voi siten nytkin esittää vaitiolonäkemyksensä. Tuomioistuin voi joko hyväksyä tämän näkemyksen tai sitten velvoittaa todistajan todistamaan asiassa.[46]

Tällaisessa tapauksessa on erikseen kiinnitettävä huomiota *tuomioistuimessa* siihen, onko todistajan lausunto välttämätön asian selvittämiseksi, sekä yksityisten ja julkisten etujen punnitsemismielessä tilannekokonaisuuteen. Esimerkkeinä harkintaan vaikuttavista seikoista on lainvalmistelussa rikoslaissa suojatun salassapitovelvollisuuden rikkomisen osalta kiinnitetty huomiota siihen, onko asian julkisuuteen saattaminen tapahtunut yleiseltä merkitykseltään hyväksyttävässä tarkoituksessa vai onko sillä yleiseltä kannalta katsoen sensaation luonne.[47] Viimeksi mainitussa tapauksessa ei liene syytä sallia lehtimiehen kovinkaan laajalta suojata tietolähdettään, kun taas ensin mainitussa tilanteessa olisi asetettava huomattavasti ankarammat vaatimukset ennen kuin lehtimies velvoitetaan jutussa paljastamaan tietolähteensä. Joka tapauksessa on tässä tilanteessa huomionarvoista se, että *tuomioistuin harkitsee*, onko lehtimies velvoitettava vastaamaan 2 momentissa tarkoitettuun kysymykseen.

6. 2. Milloin todistajaa kuullaan OK 17: 24[4]:n mukaan tuomioistuimessa ja todistaja on velvoitettu vastaamaan siinä tarkoitettuun kysymykseen, on kuuleminen OK 17: 34:n mukaan toimitettava *suljetuin ovin*.[48] Tuomioistuimen puolelta edellytetään siten erityistä velvoittavaa ratkaisua, kuten edellä on jo selostettu.

7.1. Vaikeasti ratkaistavan ongelman muodostaa OK 17: 24[4]:n poikkeussäännösten soveltaminen rikosasian *esitutkinnassa*. Myös-

---

[44] Ks. Komiteanmietintö 1965: B 103 s. 13.

[45] Ks. HE s. 3.

Eräiden lainsäädäntöjen mukaan on kysymyksessä todistamisvelvollisuus. Ks. em. Norjan oikeus Ot.prp. nr 28 s. 37 ja HE s. 2.

[46] HE s. 3 viitataan siihen, ettei tapausten monivivahteisuuden vuoksi ole haluttu lähteä luetteloimaan niitä perusteita, jotka kysymystä ratkaistaessa olisi otettava huomioon.

Ks. myös *Bruun* s. 12.

[47] Ks. Komiteanmietintö 1965: B 103 s. 14.

[48] Ks. tämän osalta esim. *Tirkkonen* II s. s. 331.

kään näiltä osin ei lainsäädäntöömme sisälly erityismääräyksiä.[49] Molemmat poikkeustilanteet tulevat kysymykseen nimenomaan rikosasioissa, joissa poliisiviranomaiset toimittavat esitutkinnan. *Oikeusvertailevasti* on ensinnäkin mielenkiintoista havaita, että NRB 23: 13:n mukaan voi todistuksen antaminen tällaisissa tapauksissa tulla kysymykseen silloin, kun esitutkinta on edennyt niin pitkälle, että jotakuta kohtuudella epäillään rikoksesta.[50]

Mahdollisuutta kuulustella todistajaa rikoksen johdosta ennen jutun vireilletuloa oikeudessa ei kotimainen oikeus tunne. OK 17: 10 kieltää nimenomaan todisteiden esittämisen oikeudessa vastaisen varalle silloin, kun todisteiden esittäminen tulisi kysymykseen näytön esittämiseksi rikoksesta.[51] Mikäli tilanne olisi se, että poliisiviranomainen tietää rikoksen tapahtuneen ja lehti on esittänyt tiedossaan olevan perusteella arveluja epäillystä, ollaan menettelyllisesti umpikujassa: Jos lehtimies vedoten OK 17: 24^2:n määräykseen kieltäytyä vastaamasta 2 momentin tarkoittamaan kysymykseen, voidaan jatkossa ajatella, että todistajaa syytetään RL 17: 4:n mainitsemasta rikoksesta ja tuossa yhteydessä tutkitaan lehtimiehen oikeus kieltäytymiseen.

Jos todistajalla 4 momentin tilanteissa olisi myös 2 ja 3 momentin osalta ehdoton todistamisvelvollisuus, voitaisiin lähteä siitä, että aina kun 4 momentin tilanteista olisi kysymys, tällainen velvollisuus olisi toteutettavissa jo esitutkinnan yhteydessä. Velvollisuuden rikkomisesta olisi rangaistus RL 17: 4:ssä. OK 17: 24^4:n mukaan *ei* lehtimiehellä tai toimittajalla ole *laissa määrättyä* todistamisvelvollisuutta vaan *tuomioistuimen harkinnan varassa oleva todistamisvelvollisuus.* Ainoastaan *tuomioistuin* voi harkintansa mukaan toteuttaa tämän lehtimiehen velvollisuuden, ellei tämä siihen vapaaehtoisesti suostuisi.

7. 2. Saatetaan kysyä, millä tavoin tarkasteltua oikeusohjetta olisi oikeudenkäynnin kannalta arvosteltava. Lienee sinänsä selvää, että lehdistön ja radion kannalta OK 17: 24:n määräykset muodostavat lämpimästi vastaanotetun prosessimuutoksen, joka *eräänä länsimaisen oikeusjärjestyksen laajimpana erivapautena* turvaa lehdistön ja radion toimintaa. Yhteiskunnan toimintoja ajatellen lehdistön ja radion anonymiteettisuojan olemassaoloa on pidettävä epäilemättä myös tarpeellisena ja lainsäädäntötyötä tässä kohdin siten perusteltuna.

Oikeudenkäynnin kannalta, jossa pyrkimys materiaaliseen totuuteen on vallitseva, katsoisin, ettei säännöstä voitane pitää sisällöltään parhaana mahdollisena. Siinähän on varsin laajasti *ratkaisuvalta* todistuskysymyksen osalta siirretty tuomioistuimelta todista-

[49] Vrt. *Tirkkonen* II s. 427.
Vrt. Ot.prp. nr 28 s. 29.
[50] *Fahlbeck* s. 44 s.
[51] Ks. tämän osalta *Tirkkonen* Sp. II s. 168 ss.

jalle itselleen.[52] eikä tuomioistuimelle ole jätetty kuin ainoastaan kaikkein törkeimpien rikosten osalta mahdollisuus ratkaista kysymys vaitiolo-oikeuden vastaisesti. Tavallisissa tapauksissa oikeusohjeen merkitys ja sen vaikutukset eivät ole tuomioistuimen päätettävissä vaan lehtimiehen, jolla on mahdollisuus käyttää oikeuttaan myös väärin tuomioistuimen voimatta puuttua tilanteeseen lain puitteissa. Kun oikeusvertaillen tarkasteltuna kieltäytymisoikeuden lopullista käyttöä ei aina ole uskottu lehtimiehelle itselleen,[53] pitäisin tarpeellisena myös meillä lain muuttamista sikäli, että siinä kieltäytymisoikeuden lopullinen ratkaisu uskottaisiin yleisesti tuomioistuimelle ja samalla annettaisiin täydentävät säännökset lain soveltamisesta esitutkintavaiheeseen, kuten esim. NRB:n mukaan on jo annettu.[54]

---

[52] Ks. *Bruun* s. 11.
[53] Vrt. esim. Norjan oikeuden osalta Komiteanmietintö 1965 Bi 103. s. 65.
[54] Vrt. *Ekelöf*, Rättegång IV (1969) s. 137.

TUOMIOISTUINLAITOS UUDISTUSTEN EDESSÄ

PAAVO ALKIO

Suomen lakimiehet laativat tämän vuosisadan neljän ensimmäisen vuosikymmenen aikana komiteoiden ja lainvalmistelukunnan jäseninä kymmenkunta ehdotusta oikeudenkäyntilaitoksemme kokonaisuudistukseksi. Näitä perusteellisia ja perusteltuja ehdotuksia laadittaessa ilmeisesti tarkoitettiin, että oikeudenkäyntilaitos todella uusitaan. Parhaat voimat, yliopiston opettajat tieteen edustajina sekä kaikkien oikeusasteitten tuomarit käytännön edustajina olivat yhteistyössä vuosikymmenestä toiseen. Sekä kotimaan olot että ulkomailla, erityisesti Pohjoismaissa tapahtunut kehitys otettiin huomioon, ja voitaneen sanoa, että jokainen valmistunut ehdotus oli aikansa tasalla. Viimeinen, luonnoksena painettu ehdotus on vuodelta 1939. On selvää, että vaikka Ruotsissa oikeudenkäyntilaitoksen kokonaisuudistus voitiin saattaa päätökseen toisen maailmansodan aikana, meillä uudistamistöiden jatkaminen ei ollut mahdollisuuksien rajoissa.

On myös selvää, että sotiemme jälkeen on täytynyt kulua aikaa, ennen kuin kokonaisuudistukseen on uudelleen voitu käydä käsiksi. Sotien jälkeisinä vuosikymmeninä on kuitenkin verraten onnistuneesti toteutettu osittaisuudistuksia: oikeudenkäymiskaaren keskeisistä luvuista kahdeksan on kokonaan uudistettu ja yhdeksään lukuun on tehty prosessin uudistamisen kannalta tärkeitä muutoksia. Suurisuuntaisimpana on pidettävä v. 1948 toteutettua todistusoikeuden täydellistä uudistamista. Kaiken uudistusajattelun keskeinen kuvio: oikeudenkäynnin keskittäminen esivalmistelun edeltämään pääkäsittelyyn on sekin jo 1950-luvulla — tosin vaatimattomissa muodoissa — ollut valmisteltavana, mutta jäänyt odottamaan aikaansa. Vahinkona on pidettävä, että tuomiota koskevien säännösten uudistaminen (1966) on sekin jäänyt odottamaan.

Keväällä 1971 eduskunnalle hallituksen toimesta annetun selonteon julkistamisen kautta on päästy selville vuodesta 1968 alkaen oikeusministeriössä vireillä olleen kokonaisuudistuksen suunnittelun nykyvaiheesta ja ministerivaliokunnan uudistukselle vahvistamasta aikataulusta. Tämän mukaan prosessinuudistuksen toteuttamiseksi tarpeelliset lakiesitykset annettaisiin eduskunnalle kulu-

van vuosikymmenen aikana, ja vuosikymmenen loppuun mennessä kaikki tuomioistuinlaitosta ja oikeudenkäyntimenettelyä koskevat uudet säännökset olisivat koottavissa yhtenäiseksi, nykyajan vaatimuksia vastaavaksi uudeksi oikeudenkäymiskaareksi.

Tämä kaikki vaikuttaa hyvältä, suorastaan liian hyvältä ollakseen totta. Jo ennen sotia, puhumattakaan sotien jälkeisistä ajoista, on ollut tapana sanoa, että Suomella ei ole varaa oikeudenkäyntilaitoksen kokonaisuudistukseen. Oikeusministerin eduskunnalle esittämän tiedon mukaan yleisten tuomioistuinten ylläpito ja oikeudenkäynti niissä ovat viime vuosina aiheuttaneet valtiolle kustannuserän, joka on ollut 0,2 % ja vähemmänkin valtion kaikista tulo- ja menoarvioon merkityistä menoista. Alustavien arvioiden mukaan uudistuksen aiheuttamat kustannukset nostaisivat menoerän 3—4 kertaiseksi eli noin 85 000 000 markkaan. Tämä menoerä on samaa luokkaa kuin esim. kaupunkien poliisilaitosten tai verotoimistojen valtiolle aiheuttamat menot.

On ilmeistä, että kokonaisuudistus on meillä toteutettava osittaisuudistusten tietä, kuten selonteossa esitetään. Osittaisuudistuksiin voi kuitenkin kätkeytyä hankaluuksia, kuten presidentti *Hakulinen* on eräiden aikaisempien osittaisuudistusehdotusten yhteydessä esittänyt[1], esim. nimenomaan siinä tapauksessa, että riitajuttujen haastesäännökset uudistetaan muusta siviiliprosessin uudistamisesta erillään.

Toistaiseksi tunnemme uudistuksista vain niiden suuntaviivat. Vain esitutkintalakiehdotus on keväällä 1971 saatu lakiluonnoksen asteelle. Kun tätä luonnosta käsiteltiin Vaasan hovioikeudessa tuomarien, syyttäjien ja poliisiviranomaisten sekä asianajajien yhteisessä kokouksessa, katsoivat sekä syyttäjät ja poliisiviranomaiset että asianajajat, että uudistuksesta ei selvitä, ellei poliisin miesvahvuutta ja välineistöä ja asianajajien lukumäärää voida huomattavasti lisätä. Asianajajat huomauttivat, että heille tulee tuottamaan voittamattomia vaikeuksia saada tuomioistuimissa esiintymisten lisäksi aikansa riittämään epäillyn puolustajina esitutkinnassa saapuvilla olemiseen. — Asianajajia on Vaasan hovioikeuden tuomiopiirissä huomattavasti vähemmän kuin muiden hovioikeuksien alueilla.

Myös vangitsemispäätöksen siirtäminen poliisilta tuomioistuimelle tai tuomarille herätti kokouksessa keskustelua. Mikäli uudistus toteutetaan tuomiokuntien toimiessa nykyisellä pohjalla oikeuden istunto sattuu harvoin kolmen vuorokauden sisään epäillyn pidättämisestä, ja kesäaikaan voi vangitsemispäätöksen tekeminen jäädä jopa sellaisen viranhoitajan asiaksi, joka ei ole kelpoinen toimittamaan käräjiä. Edelleen herätti epäilyksiä säännös, jonka mukaan epäillylle olisi määrättävä puolustaja vastoin hänen tahtoaan, koska luottamuksellisen suhteen aikaansaaminen epäillyn

[1] *Hakulinen*, Aktuellt från lagstiftningsfältet, JFT 1959, s. 268 ss.

ja hänelle pakolla määrätyn puolustajan välille voi jäädä toteutumatta.

Muitakin epäilyjä on esitetty, mutta yksityiskohtiahan joudutaan pohtimaan vielä moneen kertaan ennen kuin päästään uudistusten toteuttamisvaiheeseen. Tuomarinuralle aikovien nuorten lakimiesten koulutuksen järjestäminen ja normaalin tuomarikarriäärin luominen ovat tärkeimpiä mietittävistä asioista.

Hallituksen selonteossa esitetyt uudistussuunnitelmat on yleisesti otettu vastaan myötämielisesti. Tyytymättömiä on ollut verraten harvoja, ja näiden kannalta ei olekaan ollut kysymys tuomioistuinlaitoksen kehittämisestä ja tuomioistuinten toimintaedellytysten parantamisesta, vaan »yhteiskunnan laadullisesta muuttamisesta», tuomioistuinten riippumattomuuden, jonka sisältöä ja arvoa moittijat eivät tunne, heikentämisestä tai poistamisesta, tuomarinvirkojen tekemisestä määräaikaisiksi, näiden virkojen nimittämisjärjestelmän politisoimisesta jne.

Esittäessään hallituksen selonteon oikeusministeri lausui, että tuomioistuinten riippumattomuutta yksittäistapausten ratkaisemisessa ei voida asettaa kysymyksenalaiseksi ja että yhteiskuntajärjestelmämme perusteisiin on edelleenkin katsottava kuuluvan, ettei tuomioistuin ratkaisua tehdessään saa ottaa vastaan ohjeita ulkopuoliselta viranomaiselta, yhteisöltä tai henkilöltä. Lisäksi hän huomautti, että tuomioistuinten riippumattomuus ei saa merkitä niiden eristäytymistä muista oikeusjärjestelmän piirissä toimivista viranomaisista ja yhteisöistä, ja katsoi, että lainsäädännön uudistamisessa vain yhteistoiminta lainvalmistelijoiden, -säätäjien ja -käyttäjien välillä takaa onnistuneen lopputuloksen.

Yhteistoimintaa lainvalmistelijoiden ja tuomioistuinten kesken on vanhastaan ollut sikäli, että hovioikeudet ja myöhemmin myös alituomarien ja asianajajien yhdistykset ovat tilaisuuden saatuaan antaneet lausuntonsa tärkeistä uudistusehdotuksista. Lainsäätäjien kanssa yhteistyötä on tapahtunut siten, että tuomarikunnan jäseniä on kuultu asiantuntijoina eduskunnan valiokunnissa. Näitä yhteistyömuotoja voidaan ilmeisesti kehittää.

Tuomarinvirkojen määräaikaistamista ja korkeimpien oikeuksien jäsenten valitsemisen siirtämistä eduskunnalle koskevat kysymykset oikeusministeri jätti oikeudenkäyntilaitoksen uudistamiseen kuulumattomina syrjään.

Oikeusministerin esittämät hallituksen kannanotot on näissäkin kohdin todettava tyydytyksellä.

On tullut tavaksi sanoa, ja monet tuomioistuinjuristitkin ovat tätä kernaasti myötäilleet, että prosessimenettelyssämme on puutteita, jotka johtuvat vanhentuneesta lainsäädännöstä. Kun sitten on esitetty näitä puutteita, on mainittu oikeudenkäynnin hitaus, joka onkin vakava haitta, tuomioiden puutteellinen perusteleminen, mitä seikkaa lakimiehet ovat viimeisten parinkymmenen vuoden aikana runsaasti selvitelleet esitelmissään ja aikakauskirjoissaan, ja tuomioistuinten käyttämä maallikoille vaikeatajuinen kir-

joitustapa. Viime aikoina on lisäksi esitetty, että tuomioistuimet hoitavat palvelutehtävänsä puutteellisesti sikäli, että ne eivät riittävästi neuvo asiakkaitaan.

Kun vertaillaan niitä tuloksia, joita Ruotsissa on kokonaisuudistuksen kautta saavutettu, ja meidän nykyistä osittaisuudistuksilla nykyaikaistettua oikeudenkäyntiämme, voidaan tehdä eräitä havaintoja.

Valmistava käsittely on Ruotsissa, sikäli kuin tiedän, onnistunut hyvin. Se meiltä puuttuu ja se on edellytyksenä prosessin keskittämiselle, pyrkimykselle siihen, että juttu voidaan ratkaista yhdessä suullisessa pääkäsittelyssä ja vain sen nojalla, mitä tässä käsittelyssä on suullisesti esitetty. Ratkaisu perustuu tällöin tuomioistuimen jäsenten muistiin jääneisiin seikkoihin ja heidän oikeudenkäynnin aikana tekemiinsä huomioihin ja saamiinsa vaikutelmiin. Kaikki tämä toiminee hyvin vähäisissä ja ehkä keskisuurissakin jutuissa, mutta suurissa, joissa pääkäsittely voi kestää päiväkausia, jopa viikkoja, syntyy vaikeuksia. Muisti ei riitä hallitsemaan kaikkia yksityiskohtia. Oikeuden jäsenten tekemät muistiinpanot auttavat tilannetta, todistajanlausumat voidaan kuunnella nauhalta uudelleen, mutta välittömät oivallukset ja vaikutelmat, joilla tällaisessa oikeudenkäynnissä on osuutensa, voivat haihtua.

Valmistava käsittely vie aikansa. Ainakin joissakin suurissa tuomioistuimissa jutut pääsevät siinä vaiheessa kasaantumaan.

Tuomio kirjoitetaan Ruotsissa toisin kuin meillä. Vähäisissäkin jutuissa selostetaan tarkoin tuomion perusteet ja ilmoitetaan, mitä jutussa on katsottu toteennäytetyksi. Meikäläisen maallikon mielestä tällainen, ruotsalaisen käytännön luoman mallin mukainen tuomio näyttänee ihanteelliselta ja täyttää ehkä juuri ne vaatimukset, joita meillä tuomioistuinkeskustelussa on tuomion kirjoittamiselle asetettu. Mutta lakimieslukijalle tuomiosta paljastuu, että näytön osalta siinä yleisesti vain kerrataan, mitä todistajat ovat kertoneet, mikä seikka meillä näkyy alioikeuden pöytäkirjoista ja mitä ei kerrata yhteenvetona tuomiossa. Lisäksi ruotsalaisesta tuomiosta voi havaita, että kun on ratkaistava, millä perusteella joitakin todistajia on uskottu ja toisia ei, ratkaisun perusteleminen tuottaa todellisia vaikeuksia ja jää yleensä vain todistajasta saadun yleisvaikutelman varaan, jota ei voida kuvata kirjallisesti.[2]

---

[2] Vrt. *Tirkkonen*, Uusi todistuslainsäädäntö, Vammala 1949, s. 22: »Myös huomattakoon, ettei oikeudenkäyntiaineistosta saatu pelkkä yleiskäsitys saa olla ratkaisevana, vaan tuomarin on yksityiskohtaisesti selvitettävä itselleen, mihin seikkoihin hänen vakaumuksensa nojautuu.» — »Toisaalta ei ole kiellettävissä, että vapaaseen todisteiden harkintaan samalla — suorastaan asian luonteesta johtuen — sisältyy eräänlainen psykologinen yleisarvostelu, jota on varsin vaikea eritellä alkutekijöihinsä.»
OK 17 :28:n soveltamisen aiheuttamista hankaluuksista ks. *Alkio*, Todistajan luotettavuuden toteamisesta, LM 1964, s. 1027 ss.
Esimerkkejä ruotsalaisten tuomioistuinten muotoilemista uskottavuutta tai uskottavuuden puutetta osoittavista lausumista:

Kun pöytäkirja ei kerro mitään näistä vaikutelmista eikä muutenkaan sanottavasti kuvaa sitä, mitä käsittelyssä on tapahtunut, on todistelu — poikkeustapauksia lukuun ottamatta — uudistettava ylemmässä oikeudessa. Tämä taas tuottaa sekä asianosaisille että valtiolle melkoisia kustannuksia, mihin seikkaan valtiontilintarkastajat Ruotsissa — samoin kuin meilläkin maksuttoman oikeudenkäynnin valtiolle aiheuttamien kustannusten osalta — ovat uudistuvasti kiinnittäneet huomiota.[3]

Ruotsissa toteutettu kokonaisuudistus näyttää tuoneen oikeudenkäyntiin keskitystä ja tiettyä varmuutta siinä suhteessa, että todistelu useimmissa tapauksissa uudistetaan ylemmässä oikeudessa, jolloin välittömyys ylemmässäkin oikeudessa toteutuu. Mutta prosessioikeuden pääperiaatteiden toiset komponentit, oikeudenkäynnin nopeus ja halpuus eivät liene toteutuneet täysin toivomusten mukaisesti. Hallituksen selonteon mukaan Suomenkin uudistuksissa pyritään siihen, että oikeudenkäyntimenettelyn tulisi olla mahdollisimman nopea, varma ja halpa. Näistä päämääristä lienee varmuus asetettava ensimmäiselle sijalle ja nopeus toiselle.

Tuomioistuinten käyttämä kieli on pitkien aikojen kehityksen tulos. Tuomioistuinten kieli on kehittynyt yleisen kielen kehityksen mukana. Sitä tuskin voidaan pitää vanhanaikaisena, mutta se on ammattikieltä ja siksi ehkä maallikoille vaikeatajuista. Perusohjeena kaikissa tuomioistuimissa on sanonnan täydellisyys ja lyhyys: ei mitään, mikä ei ole välttämätöntä, eikä mitään liikaa. Sikäli tämä palvelee asianosaistenkin etuja, että leimamaksut ja lunastukset eivät turhan kirjoittamisen vuoksi nouse. Mutta tuomioistuinten kirjoitustapaa voidaan tietenkin kehittää edelleen, erityisesti voidaan lauseita lyhentää. Uudistaminen merkitsee joka tapauksessa kirjoituksen pidentymistä. Sen sijaan tuskin voidaan luopua vakiintuneesta sanastosta, jossa lainsäädännön ja tuomioistuinkäytännön mukaan jokaisella sanalla on täsmällinen merkityksensä. Rikos-

---

Todistajan osalta: HR:n fann — — — genom J:s uppgifter och vittnesmål av O. vilken gjort ett sådant intryck att anledning saknades att ifrågasätta hans trovärdighet — — —. (SvJ 1966, R s. 9 s.)
Syytetyn osalta: RR:n finner vad A. uppgivit icke förtjäna tilltro utan finner fastmera genom E:s berättelse utrett — — —. (SvJ 1964, R s. 10)
Syytetyn osalta: HR: C:s påstående att han glömt att han tagit räkburkarna och stoppat dem i fickan förtjänar icke avseende. Fastmer måste det hållas för visst att han underlåtit att förete dem i avsikt att undgå att betala dem. (SvJ 1965, R s. 36 s.)

[3] Erittäin valaiseva ja — sanoisinko — opettava on Nytt Juridiskt Arkivissa 1962, s. 244 ss, selostettu, n. 25 000 kruunun määräistä vahingonkorvausta koskeva tapaus, jossa kaikki oikeusasteet perusteellisesti selvittelivät ristiriitaisia lausumia esittäneiden todistajien kertomusten arviointia. Äänestyksiä oli asiaa ratkaistaessa sekä HO:ssa että KKO:ssa. Selostus NJA:ssa on 26 sivun pituinen. Oikeudenkäynti alkoi 27. 12. 1951 ja päättyi 5. 4. 1962. Selostus antaa vakuuttavan kuvan siitä työmäärästä, joka jutun käsittelyyn käytettiin. Mutta prosessin kestoaika ja sen ilmeisesti varsin suuret kustannukset antavat ajattelemisen aihetta.

jutussa teon sanallinen kuvaus sitoo teon tiettyyn rikostunnusmerkistöön; kun rikoksen tunnusmerkistöä lainsäädännöllä muutetaan, muuttuu myös teon kuvaus. Sama pitää analogisesti paikkansa riitajutuissa tapahtuman kuvaamiseen ja sovellettavaan oikeusohjeeseen nähden.

Tuomioistuinten palvelutehtävän kehittämistä on viime aikoina kirjoittelussa painotettu. Oikeusministeri lausui selonteossa: »Periaatteellisesti tärkeänä pidän suunnitelmissa myös tuomioistuimen palvelutehtävän korostamista, mikä käytännössä olisi toteutettava menettelysäännöksiä yksinkertaistamalla ja lisäämällä tuomioistuinten velvollisuuksiin uusia neuvonta- ja ohjaustehtäviä.»

Tätä vastaan ei ole huomautettavaa. Mutta nykyisen oikeudenkäyntijärjestyksemme voimassa ollessa tuomioistuin ei voi eikä sen asiana voi olla ryhtyä neuvomaan kantajaa vastaajaa vastaan eikä vastaajaa kantajaa vastaan. Neuvontatehtävä kuuluu asianajajille. On esitetty sellainen esimerkki, että kun kanne jätetään väärässä tuomioistuimessa ajettuna tutkittavaksi ottamatta, tuomioistuin ei neuvo, mitä kantajan olisi sen jälkeen tehtävä. Tuomioistuin ilmoittaa kuitenkin päätöksensä perusteluissa ne syyt, joiden nojalla kanne ei kuulu sen tuomioistuimen tutkittaviin. Sen sijaan tuomioistuin ei voi antaa kantajalle neuvoa siitä, missä tuomioistuimessa hänen olisi yritettävä panna kanteensa uudelleen vireille, koska kukin tuomioistuin ratkaisee kysymyksen pätevyydestään itsenäisesti. Tämän neuvon antaa asianajaja tai sitten — valtion tukema — kunnallinen oikeusaputoimisto. Mitä taas tulee ilmoitusasioihin ja muihin hakemusasioihin, joissa toista asianosaista ei lainkaan esiinny, niin näissä, nykyään yleensä tuomiokunnan arkistokäsittelyssä hoidettavissa asioissa tuomari on kautta aikojen auliisti antanut neuvojaan, ja suurimmalta osalta maallikkojen hoitamat ilmoitusasiat on juuri tällaisen yhteistyön avulla saatu kuntoon. Testamentin valvonta-asioissa käytäntö on kehittänyt ohjeen, joka valvojalle annetaan siitä, mitä hänen on tehtävä valvonnan jälkeen.

Oikeusministeri lausui selonteossaan: »Johtavana ajatuksena tässä työssä [rikos- ja siviiliprosessia koskevien menettelysäännösten uudistamisessa] on se, että oikeudenkäynti saataisiin niin mutkattomaksi ja vaivattomaksi kuin mahdollista, jolloin kansalaisten pääsy oikeuksiinsa kävisi nykyistä helpommin ja yksinkertaisemmin». Tämä on pyrkimys, jota jokainen tuomari asettuu kannattamaan. Varmaan tällaisen päämäärän saavuttaminen olisi omiaan helpottamaan tuomarinkin asemaa mutkikkaiden säännösten soveltamisessa.

Lienee niin, että niitä seikkoja, joista tuomioistuinlaitostamme lähinnä on moitittu, ei voida uudistuksilla pyyhkiä täysin olemattomiin. Selvää kuitenkin on, että parannuksia voidaan saada aikaan. Täysin valmista mallia vain ei näytä olevan mistään löydettävissä.

Tämä johtaa ajatukseen, että siihen nähden, minkälaisten lakien

pohjalla, kuinka vähäisellä työvoimalla, kuinka vaatimattomin välinein ja kuinka suurelta osalta hankalissa ulkonaisissa olosuhteissa maamme oikeuslaitos on toiminut, sen voidaan katsoa selviytyneen suhteellisen hyvin. Oikeusministeri sanoikin selonteossaan: »Vanhan järjestelmän puitteissa on kyllä pystytty toistaiseksi toimimaan yllättävän hyvin.» — Neljän vuosikymmenen aikana, vuodesta 1926 vuoteen 1966, oli tuomarikunnan lukumäärä noussut vajaalla kolmanneksella ja muiden tuomioistuinlaitoksessa palvelevien lakimiesten luku runsaalla kolmanneksella, mutta käsiteltyjen juttujen ja asioiden luku oli noussut lähes 140:llä prosentilla.

Oikeusjärjestyksemme tuomioistuinlaitoksineen on omamme, sekä historiallisesti että asiallisesti. On todennäköistä, että se lisä, minkä ruotsalaiset toivat maahan 1200 ja 1300-luvuilla, sopeutui hyvin vanhaan, omaperäiseen käräjäjärjestelmäämme ja tapaoikeuteemme. Lisät jotka olemme myöhemmin saaneet lännestä, ovat jatkaneet oikeudellista rakennustyötämme omalla pohjalla. Meillä on siis omaperäinen, kokeiltu länsimainen oikeuslaitos, jonka perusteet ovat terveet ja meille sopivat.

Siksi me tuomarit olemme säilyttäviä voimia; me olemme, samoin kuin muutkin valtion virkamiehet, vannoneet virkavalassamme puolustavamme laillista yhteiskuntajärjestystä maassamme. Ja on erehdys väittää, että me vastustamme uudistuksia ja kehitystä. Kaiken sen oikeudenkäyntilaitoksen uudistamiseksi tämän vuosisadan ensimmäisen kolmanneksen aikana tehdyn työn, josta tämän kirjoituksen alussa mainittiin, tekivät tuomioistuinlakimiehet yhdessä muutamien yliopiston opettajien kanssa. Ja nyt kun työskentelymahdollisuuksiemme uudistaminen jälleen näyttää mahdolliselta, olemme me tukemassa näitä väheksyttyjä teknillisiä uudistuksia. Mutta perustan katsomme kestäväksi.

HFD SOM BESVÄRSMYNDIGHET FÖR BESLUT AV STATSRÅDET

EDWARD ANDERSSON

Allmänt

Det har under de senaste åren talats mycket om domstolarnas politiska makt.[1] De som främst angripit domstolarna härför har dock i allmänhet rört sig med rätt allmänna påståenden och ofta sökt argument från andra länders förhållanden. Detta kan leda till ganska missvisande slutsatser, eftersom domstolarnas funktion i olika länder varierar rätt betydligt. Sålunda är det t.ex. uppenbart, att domstolarnas politiska makt i ett land — såsom USA — där domstolarna både har rätt att tolka konstitutionen och i praktiken också gör det, måste vara större än i ett land, där sådan rätt saknas.

Såvitt jag vet finns det åtminstone i vårt land ingen vetenskaplig undersökning, i vilken man skulle ha försökt på basen av ett mera omfattande studium av domstolarnas verksamhet utreda, i vilken mån och i vilka avseenden domstolarna faktiskt utövar politisk makt. Att så i viss utsträckning sker kan väl de flesta numera acceptera, men detta konstaterande är föga ägnat att föra diskussionen framåt. Den efterlysta undersökningen kan inte utföras här: den vore uppenbarligen synnerligen arbetsdryg och för egen del har jag inte ens klart för mig, hur den borde utföras och hur graden av politisk makt kan mätas. Men det beror antagligen på, att jag inte lyckats tillägna mig den rätta tron eller ett tillräckligt progressivt tänkesätt.

Ändamålet med denna artikel är mycket mera begränsat. Utgångspunkten är, att vi jämte de allmänna domstolarna har även förvaltningsdomstolar, i högsta instans HFD. Inom ramen för en större undersökning av HFD:s praxis har jag bl.a. samlat avgöranden, i vilka HFD fått ta befattning med beslut av statsrådet. Vi har alltså en situation, vari HFD såsom ett organ för den högsta domsrätten prövar beslut av statsrådet såsom kollegialt organ, vilket ju vid sidan av presidenten är ett organ för den högsta verk-

[1] Se t.ex. *Nousiainen*, Jaakko, i Nuet och historien, Festskrift för Sven Lindman (Ekenäs 1970) och *Eriksson*, Lars D., i Kantajana kansalainen, Helsinki 1969.

ställande makten. I princip bör intressanta aspekter kunna uppstå härav, även om HFD:s prövning inskränker sig till den rättsliga sidan av SR:s beslut, medan SR har sista ordet i ändamålsenlighetsfrågor. HFD avgör dock, hur gränsen skall dras mellan lagliget och ändamålsenlighet.

Som bakgrund till den kommande framställningen konstaterar jag i korthet, att rätt för sakägare att på laglighetsgrund överklaga beslut av statsrådet och ministerierna finns stadgad i Förv BesvL 4,1 §, vilken lag gavs 1950 och trädde i kraft från början av 1951. Därförinnan fanns inga motsvarande stadganden och då HFD:s rättspraxis hade intagit den ståndpunkten, att besvär fick anföras blott om besvärsmöjlighet uttryckligen stadgades, var det inte möjligt att utan direkt lagstöd sluta sig till en möjlighet att överklaga beslut av statsrådet och ministerierna. För vissa frågors och för vissa ministeriers del fanns visserligen redan före 1950 uttryckliga regler om besvärsrätt, men någon klart genomtänkt princip byggde de inte på. Som exempel kan nämnas, att beslut i löne- och pensionsfrågor samt (SocM:s) beslut i vissa vårdärenden var överklagbara.[2]

Stadgandet i FörvBesvL 4,1 § har såtillvida en intressant förhistoria, att det tillkom på basen av en lagmotion av rdm. Kannisto och några andra enskilda riksdagsmän. Sedan lagen antagits av riksdagen fanns det i tjänstemannakretsar många som ansåg, att lagen inte borde stadfästas, eftersom möjligheten att överklaga beslut av SR och ministerierna skulle leda till så stor måltillströmning att HFD skulle drunkna i mål. Detta föranledde president Paasikivi att inbegära HFD:s utlåtande om den antagna lagen (se HFD 1950 s. 518). HFD:s majoritet gav ett positivt utlåtande, till följd varav lagen stadfästes. I ett annat sammanhang har jag mera allmänt utrett, hur lagen har tillämpats under de 20 år som förflutit.[3] Här skall blott en begränsad del av denna frågeställning granskas.

Först några ord om vilka beslut besvärsrätten överhuvud kan gälla. I FörvBesvL 3 § talas om beslut, »varigenom ärende avgjorts eller icke upptagits till prövning», dock ej tjänsteorder. Att beslut av förberedande och verkställande natur faller bort är helt klart, liksom även att stadgandet gäller beslut i enskilda konkreta fall, men hur är det med beslut av generell karaktär, sk. normbeslut? Ingenting uttryckligt sägs om att de är uteslutna, men denna slutsats kan möjligen dras på basen av RF 92,2 §, som anger en möjlighet att alltid få dessa normbesluts laglighet prövad i samband med deras tillämpning. Man torde vara överens om, att normbesluten i allmänhet inte kan överklagas, men förklaringarna varierar (i 1962 II 362 har SR:s principbeslut ansetts vara icke över-

[2] Rörande rättsläget före 1951 hänvisas även till *Kuuskoskis* artiklar i Lakimies 1953 och NAT 1954.

[3] (Tillsvidare) opublicerad undersökning.

klagbart). För egen del har jag hävdat att detta beror på, att det vid ett normbesluts tillkomst i allmänhet inte ännu finns någon besvärsberättigad.[4] Skulle någon sådan finnas, bör överklagande tillåtas. Denna slutsats står såtillvida i samklang med praxis, att t.ex. sådana normbeslut som InrM:s beslut rörande stadfästelse av stadsplan eller byggnadsordning alltid ansetts kunna överklagas, beroende på den kommunala besvärsrättens natur av actio popularis. — Jag har berört frågan om normbesluten närmast därför, att en stor del av de beslut statsrådet fattar är av normbesluts natur, vilket naturligtvis minskar besvärsfrekvensen. Men statsrådet avgör även enskilda konkreta ärenden, såsom framgår av 2 § L om ärendenas handläggning i statsrådet och dess ministerier (79/1922) och 12 § Reglementet för statsrådet (995/43). Av dessa ärenden är blott utnämningsärendena uttryckligen uteslutna från överklagande i HFD; det har ansetts att lämplighetsbedömningen är det centrala i ett utnämningsärende och att de förekommande rättsfrågorna är så små, att de kan avgöras slutligt i statsrådet.

Förutom besvär över beslut av statsrådet kan till HFD gå även ansökningar, som innefattar extraordinära rättsmedel. I allmänhet anser man, att extraordinära rättsmedel kan användas gentemot samma slags beslut som kan vara föremål för ordinarie besvär. Men uttryckliga besvärsförbud gäller inte vid användning av extraordinarie rättsmedel, varför t.ex. återbrytning av SR:s utnämningsbeslut är möjlig, fastän samma beslut inte kan överklagas. I det celebra rättsfallet 1956 I 16 uppkom frågan, om HFD hade kompetens att återbryta även beslut av republikens president, trots att dessa aldrig kan överklagas. Denna fråga besvarades jakande (omr. 20—1), ehuru ansökan i det aktuella fallet förkastades (omr. 18—3).

I HFD:s årsböcker ingår statistiska uppgifter bl.a. om inkomna ärenden. Härav framgår det antal besvär och ansökningar rörande SR:s beslut, som årligen inkommit till HFD. De under ett visst år inkomna ärendena avgörs emellertid till stor del inte under samma år och det finns inte några publicerade uppgifter som gör det möjligt att följa de under ett visst år inkomna avgörandena ända till utslaget. Detta kan göras blott via akterna, vilket är ganska arbetsdrygt. En sådan undersökning har gjorts blott beträffande 1966 och 1967 inkomna ärenden.

Det är genast skäl att varna för att dra den slutsatsen, att HFD publicerar blott en så liten del av de avgjorda ärendena som siffrorna ovan skulle antyda. Ett stort antal inkomna besvär kan nämligen gälla samma beslut och bli avgjorda av HFD med ett enda utslag. Sålunda gällde t.ex. hela 24 st. av de 1966 inkomna 48 ärendena SR:s beslut ang. erläggande av kommunernas andel i folkpensionens stöddel. Samtliga 24 kommuners besvär förkasta-

[4] *Andersson*, Överklagbarhet och besvärsrätt i förvaltningsrätten (1964) s. 101-118.

Antalet till HFD inkomna ärenden rörande SR:s beslut och antalet publicerade utslag i sådana ärenden

	Inkommit	Publicerats		Inkommit	Publicerats
1951	14	4	1961	14	8
1952	16	6	1962	8	3
1953	4	12	1963	12	3
1954	—	6	1964	61	3
1955	5	1	1965	11	2
1956	1	7	1966	48	7
1957	12	4	1967	21	2
1958	10	3	1968	26	4
1959	16	2	1969	36	8
1960	11	3	1970	16	2

des medelst ett enda utslag, 1966 liggare 4415 (opublicerat). De inkomna 48 ärendena avgjordes medelst sammanlagt 19 utslag, av vilka 7 utslag i apoteksrättsärenden tillkom samma dag (1967 ligg. 829—835). Av de 19 utslagen har 4 publicerats i HFD:s årsbok. De opublicerade 15 ärendena fördelar sig på 9 apoteksrättsärenden, 2 statsbidragsärenden, 2 ärenden ang. på indragningsstat varande persons skyldighet att mottaga tjänst, en extraordinär klagan rörande expropriationstillstånd och det redan nämnda fallet rörande folkpensionens stöddelar. — För 1967 har 21 inkomna ärenden resulterat i 13 utslag, av vilka 3 publicerats. Av de opublicerade 10 utslagen gäller 4 apoteksrättigheter, 2 är återkallade besvär i expropriationsärende, ett är icke till prövning upptaget, ett gäller ändring av kommunal indelning (inkorporering av Kakskerta med Åbo), ett statsbidrag och ett kommunernas andel i folkpensionens stöddel (6 kommuners besvär).

Man kan givetvis alltid vara av olika åsikt om, vilka rättsfall som bör publiceras av den högsta instansen och hur stor del av de avgjorda fallen som överhuvud borde publiceras. För egen del skulle jag önska att HFD publicerade mera än vad för närvarande är fallet, särskilt inom skattesektorn, där knappast mer än 5 % publicerats de senaste åren och där man ofta träffar på viktiga opublicerade fall. Men de undersökningar jag gjort visar i varje fall klart, att HFD inte »smusslar undan» några väsentliga avgöranden genom att lämna dem opublicerade. De opublicerade fallen är genomsnittligt högst betydelselösa.

Översikt av rättspraxis

Ser vi sedan på de sammanlagt 90 publicerade fallen, vilka utgör underlaget för denna undersökning, kan man lämpligen indela dem i följande 8 grupper: apoteksrättsärenden (10 fall), besvär av

tjänsteman på indragningstat över åläggande att emotta erbjuden tjänst (11 fall), ändring av kommunal indelning (15 fall), statsbidragsärenden (11 fall), expropriationsärenden (9 fall), ärenden rörande extraordinära rättsmedel (6 fall), fall i vilka besvär ej upptagits till prövning (11 fall) och övriga (17 st.) fall. Jag skall nedan något närmare behandla dessa fall.

De 11 fall, i vilka besvär inte prövats, är i detta sammanhang av föga intresse. Avvisningen har berott på försenad inlämning (1953 II 402), uttryckligt besvärsförbud (1952 II 505, 1963 A II 199), bristande subjektiv besvärsrätt (1954 II 270, 1957 II 101, 1966 II 89, 1968 II 163, 1969 II 1), bristande överklagbarhet (1965 II 820; jfr 1961 II 109) och andra formella brister (i 1958 I 3 ansåg HFD ännu, att det överklagade beslutet ej bifogats korrekt då blott ett exemplar av författningssamlingen medföljde). — Dessa fall belyser blott föga frågan om överklagande av statsrådets beslut. De har publicerats av helt andra orsaker, närmast för att belysa de förvaltningsprocessuella principer HFD iakttar.

Ser vi sedan på apoteksrättsärendena, kan det fastslås att totalantalet sådana ärenden är mycket stort och att blott en liten del publiceras. Av de 10 publicerade fallen är 9 från 1951—57. HFD:s praxis i dessa ärenden tycks vara tämligen fast, vilket gör det onödigt att publicera ytterligare fall, om de följer den allmänna regeln. Apoteksrätten står på gränsen mellan ett näringstillstånd och ett utnämningsärende. I sak är den ett näringstillstånd, vilket även HFD ansett genom att pröva besvär, men i ApoteksL (4/1928) 4 § har som grund för avgörandet mellan flera sökande uppställts det i RF 86 § stadgade tjänstemannarättsliga kriteriet skicklighet, förmåga och beprövad medborgerlig dygd. Möjligheten att överklaga SR:s apoteksrättsbeslut tillkom genom FörvBesvL. I det första fallet (1951 II 350) tog HFD ställning till SR:s prövningsrätt i dessa ärenden. HFD:s majoritet (omr. 4—1) var av uppfattningen, att SR utövade bunden prövning och förkastade besvären med motiveringen, att »P ej visat, att han med beaktande av skicklighet, förmåga och beprövad medborgerlig dygd var på så sätt mera förtjänt än K, att apoteksrätten enligt 4 § L om apoteksväsendet bort tilldelas honom . . .». Minoriteten utgjordes av Kuuskoski, som ansåg det ej vara utrett att SR använt sin fria prövningsrätt oriktigt.

Samma motivering som i det nyssnämnda fallet har HFD sedermera använt i andra liknande fall (1951 II 477, 1952 II 11, 1953 II 224 och 532, 1956 II 74 och 1963 A II 174). Då HFD sålunda omfattat SR:s ståndpunkt, har frågan om HFD:s reella makt ej blivit belyst. Mera intresse anknyter sig till de tre övriga fallen, i vilka HFD upphävt SR:s beslut. I 1955 II 810 hade InrM i sitt utlåtande över besvären uppgett, att besväranden ej beaktats, emedan han ej ännu innehaft sitt föregående apotek 5 år. Då denna grund ej kunde beaktas enligt ApotL 4 §, upphävde HFD beslutet såsom kränkande besvärandens rätt. Samma blev resultatet med

samma motivering i 1957 II 66, vari InrM meddelat, att besväranden ej beaktats för att han var 64 år gammal. Frågan är blott, vilket resultatet i dessa fall hade blivit, om InrM inte hade redovisat för denna orsak, men den frågan kan inte besvaras. Man kan också hävda, att uteslutandet av 64-åringen var ett led i den lämplighetsprövning SR trots stadgandet eller tom. inom dess ram bör kunna utöva. — I ett enda fall (1956 II 429) har HFD tydligt ansett, att SR inte givit apoteksrätten åt den mest förtjänta. Motiveringen lydde: »Då V inte med beaktande av skicklighet, förmåga och beprövad medborgerlig dygd kunde anses mest förtjänt av de sökande och SR:s beslut sålunda kränkt N:s rätt . . .». Ej heller i detta fall sade HFD dock, vem man ansåg mest förtjänt, men formuleringen måste antyda, att i varje fall N ansågs mera förtjänt än V.

Också i de fall, som gäller på indragningsstat varande persons åläggande att emotta tjänst, uppkom besvärsmöjligheten först genom FörvBesvL (jfr. tidigare 1947 I 25). Förfarandet bygger på TjänstIndrL (182/31) 5 §. Den på indragningsstat varande är skyldig att mottaga sådan statstjänst eller -befattning med grundlön, som är för honom lämplig, eller jämväl annan för honom lämplig statstjänst eller -befattning, ifall det inte med hänsyn till hans ekonomiska förhållanden bör anses oskäligt. Samtycker han inte till att mottaga erbjuden tjänst, skall SR bestämma om han är skyldig härtill. Fråga är alltså utpräglat om enskild tjänstemans rätt i förhållande till staten. Några stora politiska beslut innefattar dessa frågor inte.

Här är ingen anledning att gå in på förfarandets tjänstemannarättsliga aspekter. Några stora rättsfrågor belyser de publicerade fallen inte. Då besvären förkastats, har detta skett med hänvisning till TjänstIndrL 5 § och ett kort konstaterande att SR:s beslut lagligen kunnat fattas och att hinder ej förelegat, varför kränkning av besvärandens rätt inte skett (t.ex. 1952 II 252, 1953 II 61, 1954 II 701, 1956 II 171, 498). Detta blev avgörandet även i 1960 II 40, som gällde överflyttning av Veikko Vennamo från ASO till TullSt. I 1954 II 702 ansåg HFD med rätta, att person som var över 40 år ej kunde åläggas emottaga fångvaktarbefattning, till vars kompetenskrav hörde högst 40 års ålder. Då SR inte i sitt beslut angivit, om tjänsten var ordinarie eller extraordinarie, ansågs i 1964 II 15 besvärandens (sjuksköterska) rätt ha kränkts, men däremot ansågs i 1969 II 13 skolråd skyldig att mottaga avtalslönetjänst. Dessa två fall, som kanske inte ter sig helt kongruenta, bygger på en tolkning av kravet på tjänst med grundlön i AvlöningsL. Slutligen må nämnas 1953 II 718, vari besvär godkändes på grund av att SR:s beslut delgivits i bristfällig form.

Till kategorin statsbidragsbeslut har jag hänfört varierande ärenden. I fallen 1969 II 73—76 var det fråga om SR:s beslut rörande kommuners bärkraftsklassificering. Det gällde härvid för HFD att tolka de i L om bärkraftsklassificering av kommunerna

(665/67) givna kriterierna för beräkning av ett sk. jämförelsetal. I fallet 1969 II 76 återbröt HFD en kommuns klassificering pga. väsentligt misstag i uträkningarna och i 1969 II 74 fann HFD att ett fel begåtts, vilket kränkte kommunens rätt. I avgörandet 13. 1. 1970/109 förklarade HFD (jfr.lagens 5, 2 §), att kommunen ej var osedvanligt skuldsatt och att ej heller andra särskilda omständigheter utgjorde en väsentligt betungande faktor för kommunens ekonomi.

I 1964 II 104 var det fråga om ett kommunalförbunds statsbidrag för överläkares lön, vilken före tillkomsten av L om grunderna för statsunderstöd för vissa avlöningskostnader vid sjukvårdsinrättningarna (546/60) hade fastställts till högre belopp än lagen förutsatte. HFD förklarade, att SR enligt 4,2 och 5,3 §§ av sagda lag haft rätt att vägra statsbidrag för den överskjutande delen. — Avgörandet 1952 II 254 gällde vissa organisationers besvär över SR:s beslut om fördelning av vissa välgörenhetsmedel. HFD sade blott, att beslutet ej kränkte organisationernas rätt, medan dissenterande Kuuskoski anförde, att SR ej använt sin fria prövningsrätt oriktigt. — I 1959 II 139 var det fråga om privatskolas statsbidrag, varför lagliga förutsättningar inte fanns och i 1961 II 312 sade HFD, att SR ej kränkt kommuns rätt genom att avslå dess ansökan om extra statsbidrag för folkskolväsendet, då lagstadgad rätt till sådant bidrag ej fanns.

I två fall har HFD på närmast formell grund upphävt SR:s statsbidragsbeslut. Sålunda sade HFD i 1961 II 570, att SkolSt ej bort överföra visst statsbidragsärende till SR och att SR genom att avgöra ärendet kränkt kommunens rätt. Intressantare är 1960 II 211, vari SocM på Helsingfors stads ansökan godkänt ritningarna för vissa byggnader på Tervalampi arbetsinrättning, varefter de byggts och staden hos SR sökt statsbidrag enligt SocHjL 60 §. Sedan SR avslagit ansökan och betecknat byggandet som oändamålsenligt och staden anfört besvär, upphävde HFD beslutet med motiveringen, att SR ej bort ånyo pröva fråga som SocM redan avgjort inom ramen för sin kompetens.

Av de sex publicerade fallen rörande extraordinära rättsmedel gäller fyra utnämningsbeslut, vilka ju inte kan medelst besvär föras under HFD:s prövning, och ett återställande av pensionsrätt. Ansökan har förkastats i alla och det enda fallet av allmänt intresse är det redan berörda 1956 I 16, vari HFD prövade men förkastade ansökan om återbrytning av republikens presidents beslut.

Större allmänt och politiskt intresse har de grupper av fall, som rör expropriationstillstånd och ändring av kommunal indelning. I båda fallen saknades besvärsmöjlighet före år 1951. Åtminstone i expropriationsfallen är motiveringen av HFD:s utslag ofta jämförelsevis fyllig. Sålunda uttalades i 1954 II 375, som gällde Åbo stads rätt till expropriation av område för godsbilstation, att området av ett allmänt behov krävdes för ändamålet, för vilket det i stadsplanen avsatts, och att det ej utretts att staden

utan expropriation hade möjlighet att köpa området till högsta gängse eller lägre pris, varför SR:s beslut, med hänsyn till ExprL 1, 3 och 7 §§, ej kränkte markägarens rätt. Liknande rätt fylliga motiveringar av förkastade besvär finns även i 1953 II 115, som gällde av markägare begärd kompletterande expropriation, i 1956 II 784 som gällde expropriation enligt L om Porkalaområdets återförening (341/56), i 1957 II 387 som gällde Replot kommun given rätt att expropriera skoltomt och i 1967 II 150, vari centralsjukhus fick rätt att för sin utvidgning expropriera tomt som enligt stadsplanen var industritomt.

Det finns dock även fall, i vilka av SR givet expropriationstillstånd upphävts. Detta blev avgörandet i 1956 II 75, vari två grova formella fel förelåg: man hade inte hört markägarna och i beslutet angavs inte, vilka lägenheter det gällde. På grund av försummat hörande upphävdes expropriationstillstånd också i 1962 II 165. I saklig prövning av det i tillståndet förutsatta områdets storlek fick HFD gå i 1963 A II 216, som gällde expropriation enligt Porkala-lagen av ett grusområde som sades behövas för skötseln av Porkalaområdets vägar. Här sade HFD, att expropriation enligt sagda lag inte kunde ske för underhåll av de vägar, som fanns 1944, och att det ej visats att området i hela dess vidd behövdes för underhåll av vägar byggda efter 1944 eller för annat i Porkalalagen avsett ändamål. SR:s beslut upphävdes helt och ärendet återförvisades. — I expropriationsfallen prövar HFD i princip, om allmänt behov föreligger, vilket är förutsättningen för tillståndet. HFD har dock ej på denna punkt kommit till annan slutsats än statsrådet.

Ändring av kommunal indelning beslutes enligt L 180/25 av statsrådet med tillämpning av de ytterst elastiska kriterier, som nämns i 2—3 §§ av sagda lag. Motsätter sig berörd kommun ändringen, kan sk. tvångsändring ske »endast ifall den prövas nödig för att förebygga, undanröja eller minska avsevärt missförhållande eller eljest är av ett vägande allmänt intresse påkallad». Besvär i dessa ärenden har anförts dels av kommunerna, dels av enskilda kommunmedlemmar och även av kommunalförbund (1966 II 30). Här må genast sägas, att HFD inte i ett enda fall upphävt själva ändringsbeslutet, även om enskilda ledamöter av HFD i något fall varit av denna mening (t.ex. 1953 II 343, 1965 II 55, 1966 II 53). Däremot har HFD i detaljer, som rört den ekonomiska uppgörelsen i samband med indelningsändring, nog ingripit i SR:s beslut (t.ex. 1966 II 54, Hankasalmi/Konnevesi och 1968 II 64, Strömfors/Lovisa). Vidare har HFD i 1961 I 21 förbjudit verkställighet av SR:s beslut om indelningsändring, troligen på grund av formella brister i beslutet. I 1962 II 341 har HFD förklarat, att SR ej genom nytt beslut kunde ändra sitt tidigare laga kraft vunna beslut om ekonomisk uppgörelse mellan kommunerna, men samtidigt återbröt HFD sagda beslut partiellt.

De tvångsinkorporeringar HFD tagit ställning till i publicerade

utslag är Utajärvi-Säräisniemi, 1953 II 343, vari HFD blott sade, att tvångsändringen grundat sig på skäl avsedda i IndÄndrL 3,1 § och att ej heller förfarandet varit oriktigt; Asikkala-Lammi, 1957 II 289 (då besvär anförts blott av enskilda personer kunde de förkastas med hänvisning till IndÄndrL 3,2 §; enligt min mening försummade HFD att ta ställning till IndÄndrL 2 §); Kimito-Bjärnå, 1960 II 305a (HFD sade att överföringen av vissa områden var påkallad av vägande allmänt intresse, varför den kunnat ske trots Kimito kommuns motstånd); Lauritsala + Lappee-Villmanstrand, 1966 II 53 (i detta synnerligen stora fall kom frågan om tillämpning av IndÄndrL 3,1 § verkligen på sin spets och HFD:s utslag beträffande Lauritsala gavs efter omröstning 3—2 och med åberopande blott av att SR:s beslut grundat sig på skäl som avses i 2 och 3,1 §§); Hankasalmi-Konnevesi, 1966 II 54 och Reso-Åbo, 1966 II 56 (HFD sade blott att förutsättningarna för tvångsändring förelåg) samt Strömfors-Lovisa, 1968 II 64 (Strömfors hade anfört bl.a., att förfarandet varit oriktigt, då ärendet en gång nedlagts och därefter ånyo tagits upp utan att kommunen ånyo hörts; HFD ansåg att kommunen ej behövt ånyo höras och att det planerade atomkraftverket utgjorde ett i 2 och 3,1 §§ förutsatt vägande allmänt intresse).

Till den sista gruppen av fall hör synnerligen blandade avgöranden. Här kan såsom föga intressanta förbigås fall rörande vägrad oms-restitution (OmsL 71 §, 1968 II 646), stämpelskatt på tillstånd för utlänning att inneha fastighet (1967 II 731), vägrad dispens för kvinna till manlig yrkesinspektörstjänst (1961 II 409) och avslagen pensionsansökan (1958 II 241). I ett annat pensionsärende (1959 II 128) godkände HFD entledigad eo. befattningshavares besvär över att han förvägrats pension. Härför behövdes dock inte stöd i FörvBesvL 4,1 §. Tjänstemans enskilda rätt är det också fråga om i 1954 II 91, vari SR enligt TjmL 11 § och AvlöningsL 13 § avhållit en för tjänstefel åtalad person från tjänsteutövning. Då åtal väckts blott enligt SL 40:21, förklarade HFD att beslutet kränkte hans rätt på sådant sätt som i FörvBesvL 4, 1§ avses. I två fall har tjänstemannaföreningars besvär över att de inte beviljats förhandlingsrätt förkastats med motiveringen, att det berodde av SR:s prövning, vilka föreningar man gav sådan rätt (1958 II 229, 1961 II 389).

Större politisk bärvidd har fallet 1952 II 595, vari Kemi stad överklagat SR:s beslut att tillsätta föreståndare för stadens arbetsförmedlingsbyrå. HFD förklarade att SR enligt Maktlagen hade denna befogenhet. I 1953 II 343 hade SR vägrat stadfästa ändring av banks bolagsordning med motiveringen, att den innehåll ett uttalande om att banken bedrev fastighetsförmedling. HFD förkastade besvär, vilket indirekt innebar ett omfattande av SR:s ståndpunkt (Kuuskoski dissenterade och uttalade uttryckligen, att bank fick bedriva fastighetsförmedling). I 1954 II 269 förkastade HFD såsom ostyrkta Korpo kommuns besvär över att SR för-

klarat kommunen tvåspråkig. Frågan gällde närmast riktigheten av mantalsskrivningsresultatet. Ställning till ett sjukhus status fick HFD ta i 1964 II 100. Sedan SR förklarat länssjukhus för centralsjukhus överklagades beslutet av kommuner med motiveringen, att det ej uppfyllde lagstadgade krav. HFD ansåg dock, att kraven var uppfyllda. I 1968 II 137 hade SR ej stadfäst LS:s till SR underställda beslut om skydd för vissa kulturhistoriskt värdefulla byggnader (Hvitträsk). På besvär av vissa föreningar, som anhängiggjort ärendet, förklarade HFD, att föreningarnas rätt ej kränkts, eftersom det berodde av SR:s fria prövning om åtgärd skulle vidtas.

En ny grupp av fall uppkommer för första gången i 1969 års årsbok, nämligen fallen rörande disposition av danaarv, varom stadgas i ÄB 5 kap. Statsrådet skall i regel besluta, att dylikt arv skall tillfalla kommunen, men på särskilda skäl kan det behållas i statens ägo eller överlåtas till arvlåtarens skyldeman, om detta bör anses skäligt. I fallet 1969 II 216 hade SR förkastat kommuns ansökan om att få fastighet, då denna behövdes för fängelses utvidgning. HFD ansåg, att detta var ett i ÄB 5:2 avsett särskilt skäl, varför beslutet ej kränkte kommunens rätt. I 1969 II 217 hade SR förkastat kusins ansökan om arv och HFD förkastade hans besvär med motiveringen, att det med hänsyn till omständigheterna ej var skäligt att överlåta egendomen till honom. — Man noterar även i dessa fall att HFD betraktar prövningen av förutsättningarna som bunden och går in på saklig prövning av de skäl, som motiverat SR:s beslut. Däremot har frågan om det belopp som överläts ansetts vara beroende av fri prövning (25. 5. 1970/2593).

Som sista fall skall här nämnas plenumavgörandet 1966 I 6, som gäller handlingsoffentlighet och som jag kommenterat i DL 1967. SR:s föredragandes promemoria ansågs vara en i 49 § SRRegl avsedd redogörelse, som part hade rätt att få del av. Då fråga var om partsoffentlighet och ej om allmän handlingsoffentlighet, åberopade HFD ej besvärsregeln i HandlOffL 8 § utan FörvBesvL 4,1 §.

Sammanfattning

I denna artikel behandlas ju HFD:s praxis bara såvitt gäller beslut av statsrådet. En genomgång av HFD:s avgöranden på besvär av de olika ministerierna ger mycket intressanta tilläggsaspekter, men skulle spränga ramen för denna artikel. Därför måste den avslutas med vissa slutsatser baserade blott på det här redovisade materialet. Då kan gruppen icke till prövning upptagna besvär genast elimineras, eftersom den inte belyser HFD:s praxis i avseende å de frågor, som här av intresse. Inte heller fallen av extraordinärt ändringssökande är speciellt belysande, ty återbrytningsmöjlig-

het måste oberoende av besvärsinstitutet alltid finnas. De övriga fallen är sedan till en del sådana, i vilka det enskilda intresset är klart starkare än den politiska vilja, som legat bakom beslutet; de är alltså politiskt sett rutinärenden. Till denna kategori hänför jag apoteksärendena, de tjänstemannarättsliga frågorna och vissa andra fall ur diversegruppen. Här är det osannolikt att fallen bedömes på annat sätt än motsvarande beslut (t.ex. näringstillstånd, löne- och pensionsbeslut o.d.) fattade av vilken annan myndighet som helst.

Ett större politiskt intresse anknyter sig till ärendena rörande indelningsändring, expropriation, vissa statsbidragsfrågor (t.ex. kommunklassificeringen) och vissa andra frågor ur diversegruppen. Det är i dessa fall vanligen fråga om tillämpning av synnerligen elastiska lagregler (»allmänt behov» ExprL 1 §, »vägande allmänt intresse» IndÄndrL 3,1 §), vilka dock anses höra till området för bunden prövning. I princip kunde HFD genom att bedöma dessa kriterier mycket annorlunda än statsrådet hindra den politiska makten att förverkliga sin politik. Men de förefintliga rättsfallen ger intet belägg för att så i verkligheten varit fallet. HFD förefaller att ha varit synnerligen återhållsam t.ex. i tvångsinkorporeringsärendena, där dock mot bakgrunden av det snäva lagstadgandet vägande skäl kunnat anföras även emot de verkställda tvångssammanslagningarna. HFD har ej heller i dessa fall gått in på analys av de anförda skälen för ändringen, utan motiverat sina utslag blott med en allmän hänvisning till lagens ordalydelse.

Att förutse framtiden är alltid svårt, men det finns knappast anledning att förmoda, att HFD:s allmänna bedömning av besvären över statsrådets beslut kommer att förändras. Det kan därmed knappast sägas finnas risk för en konflikt mellan den högsta verkställande och högsta dömande makten i dessa frågor. Möjligheten att överklaga statsrådets beslut har visat sig vara befogad ur de enskildas synpunkt, varvid jag tänker även på kommuner och organisationer, vilka ofta uppträder som besvärande. Även i de indelningsändrings- och andra ärenden, vilka ovan betecknats som politiskt betydelsefulla, har ju HFD i flera fall, som visserligen kunnat betecknas som detaljer, partiellt upphävt statsrådets beslut såsom kränkande besvärandes rätt. Och redan möjligheten av att de av beslutet berörda överklagar beslut av statsrådet och ministerierna måste vara ägnad att öka eftertanken vid beslutets fattande. Å andra sidan har jag inte kunnat finna att besvärsmöjligheten utgjort en hämsko för det politiska organets (statsrådets) handlande.

ARVELOVSREVISJONEN I NORGE

CARL JACOB ARNHOLM

I

At et lands lovgivning må formes ut fra samfunnsforholdene som de til enhver tid er, hører til de banale sannheter. Og ikke mindre banal er den sannhet at lovgivningen kan være et middel til å endre bestående samfunnsforhold som man finner utilfredsstillende. Særlig gjelder dette innenfor det område man kan karakterisere som sosiallovgivning i snevrere forstand. Men også lovgivning innenfor det område man tradisjonelt betegner som privatrett, kan gripe sterkt inn i samfunnets struktur. Og en privatrettslig lovgivning som bygger på samfunnsstrukturen i forgangen tid, kan føre mange komplikasjoner med seg.

Man skulle efter dette tro at *arveretten* var et område som stadig var i omformning. Det gjelder regler som griper sterkt inn i den enkeltes liv, og det gjelder et område hvor man kunne vente at strukturendringer i samfunnet ville gi seg sterke utslag. Allikevel har det vist seg at man på dette område har en tung vei å gå hvis man vil gjennomføre en omfattende revisjon — kanskje nettopp fordi disse regler griper så sterkt inn i så mange interessekonflikter. Mens de fire andre nordiske land har fått nye arvelover i løpet av de siste desennier, er revisjonsarbeidet i Norge ennå ikke avsluttet. Men nå ser det ut til at man nærmer seg målet. Efterat en komité fremla sitt utkast i 1962, og Justisdepartementet fremsatte sin proposisjon i 1969, har nå også Stortingets justiskomité avgitt sin innstilling i 1971. På de fleste punkter er den enstemmig. Og selv om det er Stortinget som har det siste ord i saken, tør man regne med at der hvor den enstemmige justiskomité, hvor alle politiske partier er representert, har sluttet seg til proposisjonen, der vil Stortinget neppe foreta endringer av prinsipiell rekkevidde. Bortsett fra enkelte punkter hvor det er dissens i komitéen, skulle man derfor nå med en ganske høy grad av sikkerhet kunne gi en fremstilling av den arvelov Norge vil få. Størst usikkerhet knytter det seg kanskje til tidspunktet. I det øyeblikk dette skrives, håper man at Stortinget vil kunne vedta en ny lov allerede i 1971. Men Stortinget har mange og store problemer liggende foran seg, og nye situasjoner kan slå alle beregninger omkull.

Med disse reservasjoner skal jeg så gå over til å presentere noen hovedpunkter i det som man kan vente vil bli norsk arvelov i en noenlunde nær fremtid — og som kanskje allerede vil være blitt det når denne artikkel foreligger i trykken.

II

Om man foreløbig holder seg til den legale arvefølge, er det et hovedspørsmål hvordan en gjenlevende ektefelle skal stilles i forhold til slektsarvingene.

Både efter den gjeldende lov og efter utkastet får ektefellen sin del av arvemassen gjennom tre kanaler, som arv i egentlig forstand, gjennom adgangen til å beholde et arvebo i uskifte, og ved visse forrettigheter under et skifte. Til dette kommer det som tilfaller den gjenlevende ektefelle i egenskap av loddeier i fellesmassen hvor det har vært formuesfellesskap mellom ektefellene — og dette er det overveiende almindelige.

1. I reglene om ektefellens »skiftefordeler» er det foreslått store endringer. De eldre regler var knyttet sammen med reglene om hva man kunne kreve unntatt fra gjeldsutlegg, og dette varierte efter arten av de gjenstander det gjaldt. Den som hadde husdyr, kunne kreve unntatt et bestemt antall, den som hadde en motorvogn som var nødvendig i hans næring, kunne unnta den osv.; og den som ikke kom inn under noen særregel, kunne unnta verdier inntil 1200 kroner hvis han var familieforsørger — en grense som sto i åpenbart misforhold til verdien av det han kunne kreve unntatt hvis han falt inn under en av særreglene. I utkastet til ny lov er grensen gjort uavhengig av hvilke gjenstander arvemassen består av. Og den er satt vesentlig høyere. I proposisjonen var grensen satt til 15 000 kroner. Efter justiskomitéens innstilling skal den være det dobbelte av folketrygdens grunnbeløp. Med de nåværende trygdesatser representerer ikke dette noen radikal endring i beløpet. Det vesentlige ved justiskomitéens regel er at grensen er gjort elastisk. En fast beløpsgrense kan snart bli foreldet, og det er erfaringsmessig vanskelig å få slike grenser endret. Men folketrygdens grunnbeløp fastsetter Stortinget for hvert år, bl.a. under hensyn til endringer i prisnivå og almindelig levestandard. — I tilfelle av tvist skal verdien av de ting gjenlevende ønsker å overta, fastsettes ved takst. Og når det gjelder almindelige bruksting, er slike takster erfaringsmessig lave. I praksis vil derfor ektefellens uttaksrett føre til at de vanlige arverettsregler settes ut av spillet i de mange små dødsboer og tilmed i endel man vil karakterisere som middelstore. I kraft av skifteregelen får gjenlevende ektefelle alt.

I tillegg til dette foreslås det en rekke nye regler om fordelingen av de enkelte aktiva i boet. De er viktige nok. Men her er det såvidt stor ulikhet mellom de nordiske land, at en fremstilling av

forslagene på dette punkt neppe vil interessere lesere utenfor Norge.

2. Reglene om »uskifte» (»rett til å sitte i uskiftet bo») representerer en institusjon som Norge har felles med Danmark, men som ikke har noen direkte motsvarighet i de andre nordiske land. Men saklig har de nær sammenheng med reglene i den finske Ärvdabalks kap. 3 §§ 2 ff.

Reglene om uskifte har en eiendommelig utvikling bak seg. I tidligere tider kunne man si at de normalt tjente både arvingenes og den gjenlevende ektefelles interesser. Særlig klart var dette når en enke satt igjen med mindreårige barn, og familien skulle leve av en beskjeden formue — og dette var en meget almindelig situasjon i en tid da levealderen var vesentlig lavere, da pensjoner og trygder var uvanlig, og da enkens ervervsmuligheter var minimale. Ved å holde formuen sammen kunne man opprettholde et hjem, og det var barna normalt vel tjent med. Var det enkemannen som satt igjen, ble nok bildet et noe annet; men da kom ofte det moment inn at kapitalen var bundet i en virksomhet som han skulle føre videre.

Idag er jo samfunnsforholdene helt andre. Gjenlevende har oftest et visst inntektsgrunnlag. Og ganske særlig kommer det forhold inn at barna gjennomgående er vesentlig eldre når arven blir aktuell. Oftest er de i 40-årsalderen når den første av foreldrene dør, og så må de oppleve at den gjenlevende blir sittende i uskifte i en årrekke. Det er i slike tilfelle åpenbart at man ikke lenger kan bygge på en felles interesse. Idag representerer uskiftereglene en klar prioritering av ektefellens stilling på bekostning av arvingene. Men om rimeligheten av dette er det bred enighet. Og så har man opplevet at et gammelt institutt har fått ny livskraft på helt andre premisser enn de opprinnelige.

Selv i den tid da man bygget på den felles interesse, var gjenlevende ektefelle vesentlig mer enn en forvalter. Han hadde »en eiers rådighet» over de midler han satt med i uskifte, og kunne om nødvendig bruke dem opp til siste øre. Allikevel insisterte man på at barna var blitt arvinger for sin kvote allerede ved det første dødsfall. Og av dette trakk man viktige konsekvenser: Et barns kreditorer skulle kunne ta utlegg i uskiftelodden, riktignok uten adgang til å realisere utlegget, og den gikk inn i barnets konkursbo. Hvis barnet hadde en ektefelle, gikk den inn i det felleseie som måtte bestå mellom ektefellene. Og hvis barnet døde, ble den en del av den formue som gikk til barnets arvinger — eventuelt i kraft av testament.

Det var almindelig enighet om at disse løsninger var lite lykkelige, og her vil den nye lov rydde radikalt opp. Barnets lodd i uskiftet skal ikke kunne beslaglegges av dets kreditorer, heller ikke gå inn i et felleseie hvor barnets ektefelle i tilfelle av skilsmisse tar sin del; og hvis barnet dør mens uskiftet varer, blir arven i sin tid å fordele mellom dem som e den avdøde ektefelles arvinger på

det tidspunkt da uskiftet blir bragt til opphør — ved den gjenlevende ektefelles død eller ved et skifte i gjenlevendes livstid.

3. Så kommer vi til ektefellens arvelodd i teknisk forstand. Efter någjeldende rett tar gjenlevende ektefelle en fjerdedel av arven efter den avdøde hvis denne efterlater seg livsarvinger, halvparten hvis avdøde efterlater seg foreldre eller avkom efter dem, og ellers det hele. I disse regler er det ikke foreslått noen forandringer.

Denne arverett har også den ektefelle som blir sittende i uskifte. Dermed blir gjenlevendes lodd i uskiftet 5/8 i de typiske tilfelle hvor det er livsarvinger — ektefellen får sin boslodd (en halvdel) og en fjerdedel av resten. Så lenge uskiftet består, har dette forhold ingen realitet. Men det betyr at den lodd som lengstlevende kan testamentere bort, blir å regne efter 5/8 av bomassen — naturligvis med reservasjon for livsarvingenes pliktdel (laglott). Det betyr videre at arvingene i de typiske tilfelle hvor uskiftet varer til den siste av ektefellene dør, får 3/8 efter den første av ektefellene og 5/8 efter den annen; går arven til de felles livsarvinger, skulle man tro at brøkforholdet var likegyldig, men det får virkninger for arveavgiften. Og blir det skiftet i lengstlevendes livstid, får arvingene bare 3/8. Den siste regel er foreslått opprettholdt i den nye arvelov, de to andre er derimot endret — lengstlevende kan bare disponere over halvparten ved testament, og barna tar en halvdel i arv efter hver av foreldrene hvis uskiftet varer til den siste av dem er død.

Den arverett den ene ektefelle har efter den annen, er ikke vernet mot testamentariske disposisjoner. Men et testament som griper inn i ektefellens legale arverett, er bare gyldig hvis det er kommet til ektefellens kunnskap før testators død. Slik er det nå, og denne ordning er foreslått opprettholdt. Spørsmålet om en pliktdel (laglott) for ektefellen hører til dem hvor det kan anføres gode argumenter pro et contra, og løsningen varierer fra land til land. Det ble omhyggelig overveiet under forberedelsen av en ny arvelov. Man fant imidlertid at erfaringene fra den gamle lov stort sett var gode. Man kunne regne med en høy grad av lojalitet i disse forhold, og på den annen side måtte man være oppmerksom på at et ekteskap kan utvikle seg slik at det ikke gir noe naturlig grunnlag for arverett.

III

Også i reglene om slektens arverett er det adskillig som har mer almen interesse.

1. Efter gjeldende lov er arveretten i descendensen og i første sidelinje (avkom efter arvelaterens foreldre) ubegrenset i ledd, mens den i annen sidelinje (besteforeldrenes avkom) ikke går lenger ned enn til arvelaterens fettere og kusiner. I mange land, også innenfor

Norden, får heller ikke de arv — grensen går ved arvelaterens onkler og tanter. Her er man ved et punkt hvor det har stått skarp strid. Både Arvelovkomitéens utkast og proposisjonen opprettholdt fetterklassens arverett. I justiskomitéen er det dissens på dette punkt. Arbeiderpartiets representanter vil stryke fetterklassens arverett, mens representantene for de borgelige partier vil opprettholde den. Stemmetallene står fem mot fem, men da komitéens formann tilhører Arbeiderpartiet, blir altså komitéens flertallsinnstilling at arvelaterens fettere og kusiner ikke skal ha arverett. I Stortinget er det imidlertid et — riktignok knapt — borgerlig flertall (76 mot 74). Blir det en votering efter partilinjer, skulle altså fetterklassen beholde sin arverett. Men her må det nok betegnes som helt usikkert hva resultatet kan bli.

2. Når barn skal dele arven efter foreldrene, er det naturlige utgangspunkt at de skal dele likt. Men denne regel har sine unntagelser. En av dem knytter seg i Norge til åsetesretten, den rett som en bestemt arving (normalt eldste sønn) har til å overta foreldrenes »jord på landet» efter billig takst. Disse regler finnes ikke i selve arveloven, og de berøres ikke av det revisjonsarbeide som pågår. En annen gir foreldrene en viss rett til å dekretere »avkortning i arv» når de i sin levetid har gitt et barn økonomisk hjelp. Her gjør utkastet endel endringer, men dette er et helt underordnet punkt. Disse regler spiller forøvrig en sterkt tilbaketrukket rolle i det daglige rettsliv.

Men i tillegg til dette er det i utkastet foreslått to nye regler på dette område. Den ene skal gi en forlodd til barn hvis oppfostring ikke er avsluttet ved arvelaterens død, og den annen åpner adgang til å gjøre det samme til fordel for hjemmeværende barn som uten rimelig vederlag »har gjort særleg mykje» for arvelateren. Begge regler er særdeles elastisk formet, og først tiden kan vise hvilken betydning de får i praksis.

IV

Innenfor testamentsarveretten er det særlig reglene om livsarvingenes pliktdel (laglott) som har interesse.

I Norge er det bare livsarvingene (descendensen) som har pliktdel. Normalt er den to tredjedeler. Men i tillegg til dette har man beløpsgrenser. Et barn av arvelateren må finne seg i at hans arvelodd reduseres til 200 000 kroner; går arven lenger nedover i descendensen, er grensen 50 000 for hver arving.

Systemet med beløpsgrenser kan ha et fjernt slektskap med den engelske ordning — ingen regulær pliktdel, men ganske rommelige beløp til livsarvinger som antas å ha særlig behov for støtte. Men noen direkte motsvarighet har jeg ikke funnet i de fremmede arveordninger jeg kjenner.

I utkastet til ny lov er systemet med beløpsgrenser opprettholdt. Men med synkende pengeverdier var disse grenser blitt urimelig lave — selv om man tar hensyn til at livsarvingen normalt får en arvelodd fra hver av foreldrene. Den er nå satt til 500 000 kroner for hvert barn eller i tilfelle for hvert barns linje, men slik at den ikke blir lavere en 100 000 kroner for noen arving.

Om selve pliktdelsbrøken har det gjort seg ulike oppfatninger gjeldende. I Arvelovskomitéen ville flertallet beholde to tredjedeler som pliktdel, mens et mindretall ville redusere den til en halvpart, som den er i Danmark, Finland og Sverige. I sin proposisjon fulgte Justisdepartementet mindretallet, mens Stortingets justiskomité enstemmig går inn for å beholde den nåværende grense på to tredjedeler.

EHESCHLIESSUNGSFREIHEIT UND EHESCHLIESSUNGSFORM

GÜNTHER BEITZKE

Die am 10. 12. 1948 von den Vereinten Nationen (VN) beschlossene allgemeine Erklärung der Menschenrechte hat in Art. 16 den Grundsatz der Eheschließungsfreiheit ohne Beschränkung durch Rasse, Staatsangehörigkeit und Religion proklamiert. Eine europäische Menschenrechtskonvention vom 4. November 1950 hat dieses Grundrecht in ihrem Art. 12 erneut bekräftigt, zwar in der Formulierung knapper und blasser, aber wenn man es zusammen mit dem Diskriminierungsverbot des Art. 14 liest, mit insoweit gleichem Inhalt.[1] Das Bonner Grundgezetz von 1949 hat in seinem Art. 6 über den Schutz von Ehe und Familie den Grundsatz der Eheschließungsfreiheit nicht ausdrücklich wiederholt, obwohl dies in den Vorberatungen des Grundgesetzes vorgeschlagen worden war.[2] Aber die herrschende Auslegung nimmt an, daß der Grundsatz der Eheschließungsfreiheit in Art. 6 GG mitenthalten sei.[3]

Von der Proklamierung von Menschenrechten bis zu ihrer genaueren Konkretisierung und Durchführung ist es indessen ein weiter Weg. Davon zeugen nicht nur innerstaatliche Bemühungen um die Konkretisierung der Eheschließungsfreiheit,[4] sondern vor allem auch die Versuche auf internationalem Felde. Die VN haben

---

[1] Vgl. dazu vor allem *Partsch*, Die Rechte und Freiheiten der Europäischen Menschenrechtskonvention, bei *Neumann-Nipperdey-Scheuner*, Die Grundrechte Bd I (1966) S. 234 ff; insbes. S. 446 ff mit S. 323 ff.

[2] Vgl. insoweit zur Entstehungsgeschichte des Art. 6 GG: Jahrbuch des öffentlichen Rechts NF Bd. 1 (1951) S. 93, wo über die 24. Sitzung des Grundsatzausschusses vom 23. 11. 1948 mit den Stellungnahmen der Abgeordneten Dr. Süsterhenn, Dr. von Mangoldt und Dr. Heuß berichtet wird.

[3] Bundesverfassungsgericht Entscheidungen Bd. 29, 166 und NJW 1971, 1509; *Maunz-Dürig*, Grundgesetz (1969) Art. 6 Nr. 17; *Hamann-Lenz*, Grundgesetz 3. Aufl. 1970 Art. 6 B 2; *Scheffler* bei Bettermann- Nipperdey-Scheuner, die Grundrechte Bd. IV 1 (1960) S. 245 ff, S. 255—256. — Anders freilich *Mangoldt-Klein*, Grundgesetz 2. Aufl. 1957 Art. 6 Nr. III 3. — Man vergleiche auch Art. 54 der Schweizer Bundesverfassung: „Das Recht zur Ehe steht unter dem Schutz des Bundes".

[4] So in den Anm. 3 genannten Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts für die Bundesrepublik Deutschland.

bisher nur auf Teilgebieten Konventionen zur Durchführung der von ihnen proklamierten Menschenrechte zustandegebracht.[5] Die Eheschließungsfreiheit ohne Beschränkung von Rasse, Staatsangehörigkeit und Religion ist bisher im Rahmen der VN weder staatsvertraglich besonders abgesichert, noch etwa gar in allen Mitgliedstaaten ohnehin geltendes Recht. Lediglich zur Durchführung des zweiten Absatzes von Art. 16 der VN-Deklaration vom 10. 12. 1948 dient das Übereinkommen vom 10. Dezember 1962 über die Erklärung des Ehewillens, das Heiratsalter und die Registrierung von Eheschließungen.[5a]

Dieses Übereinkommen geht auf eine Entschließung der Generalversammlung vom 17. Dezember 1954 zurück, in der alle Staaten aufgefordert worden waren, die geeigneten Schritte zu unternehmen, um alle für Ehe und Familie noch bestehenden, aber mit der Charta der Vereinten Nationen und der allgemeinen Erklärung der Menschenrechte nicht zu vereinbarenden veralteten Gesetze, Sitten und Bräuche in Ehe und Familie abzuschaffen. Dabei waren die Sicherung der freien Gattenwahl, die Beseitigung des Brautpreises, die Garantie des Rechts der Witwe auf Wiederverheiratung, die Beseitigung von Kinderheiraten und von Verlöbnissen junger Mädchen vor der körperlichen Reife ebenso empfohlen worden wie die Errichtung eines amtlichen Registers, in das alle Eheschließungen und Ehescheidungen einzutragen seien.[6] Der daraufhin von der VN-Frauenrechtskommission erarbeitete Vorentwurf eines internationalen Abkommens wurde dem Wirtschafts u. Sozialrat vorgelegt und schließlich am 7. November 1962 von der Generalversammlung mit 97 Stimmen ohne jede Gegenstimme bei 7 Enthaltungen (vorzugsweise seitens arabischer Staaten) angenommen.[7] Auch der so festgelegte Minimumstandard einer Eheschließung ist recht inhaltsarm ausgefallen — mindestens insofern, als es um den Zweck der Verhütung von Kinderehen geht. Es ist lediglich vorgesehen, daß die Gesetzgebung der Vertragsstaaten ein Heiratsmindestalter vorsehen müsse; es ist aber kein festes

---

[5] Die dem deutschen Bundestag zugeleitete Denkschrift zur Ratifizierung des VN-Übereinkommens vom 10. 12. 1962 über die Erklärung des Ehewillens nennt die Flüchtlingskonvention vom 28. 7. 1951, die Konvention über die politischen Rechte der Frau vom 31. 3. 1953 und über die Staatsangehörigkeit verheirateter Frauen vom 20. 2. 1957 (Bundestagsdrucksache V/1805 vom 29. Mai 1967).

[5a] United Nations, General Assembly, Official Records 17th Session, Annexes 44 p. 8. Deutsches Bundesgesetzblatt 1969 II 161; auch in »Das Standesamt» 1969, 91 ff.

[6] Entschließung 843 (IX), Yearbook on Human Rights for 1954 S. 409.

[7] 1167 Plenar-Sitzung der VN vom 7. November 1962, Resolution Nr. 1763. Zur Vorgeschichte vgl. UN Official Records, 30th Session 1960 Suppl. Nr. 7 IV S. 7 Nr. 43 ff. und 32th Session 1961 Suppl. I und VII. — Zu dem Übereinkommen vgl. die in Anm. 5 genannte deutsche Denkschrift; ferner *Böhmer*, Das Übereinkommen der UN über die Eheschließung, in »Vereinte Nationen» Jhg. 1968 S. 111—113.

Heiratsmindestalter bestimmt. Auch auf das in den Beratungen am meisten diskutierte Heiratsmindestalter von 15 Jahren hat man sich nicht einigen können. Daher liegt das Schwergewicht des Abkommens bei der Regelung der *Form* der Eheschließung und deren Registrierung.

Es mag auf den ersten Blick paradox erscheinen, daß zur Sicherung der Eheschließungs*freiheit* die Eheschließung durch Formvorschriften erschwert und eingeengt wird. Aber das Ziel des Abkommens, die freie Gattenwahl zu gewährleisten und Kinderehen zu verhüten, schien nur durch eine solche Formalisierung der Eheschließung erreichbar, welche eine gewisse Kontrolle der freien Willensentschließung der Verlobten gewährleistet. Dazu wurden die Abgabe der Eheschließungserklärungen vor einer dafür zuständigen Stelle[8] in Anwesenheit von Zeugen nach vorgängigem Aufgebot und eine anschließende Registrierung der Eheschließung vorgesehen.

Das sind Mindesterfordernisse, die ohnehin im größeren Teil der Staaten vorgesehen sein dürften, aber in manchen Entwicklungsstaaten noch der Einführung und vor allem der folgerichtigen Durchführung bedürfen. Manches, was in vielen Rechtsordnungen außerdem noch zu den Notwendigkeiten einer ordnungsmäßigen Eheschließung gehört, ist nicht in den Minimumstandard des Abkommens aufgenommen worden: weder ist verlangt, daß die Eheschließung nur öffentlich oder „bei offenen Türen" oder nur innerhalb der Dienststunden der zuständigen Behörde stattfinden dürfe, noch auch ist vorgesehen, daß die Eheschließungserklärungen unbedingt und unbefristet sein müßten. Vom Erfordernis der *gleichzeitigen Anwesenheit* beider Verlobter ist in Art. 1 Abs. 1 des Abkommens nicht ausdrücklich die Rede; doch wird die gleichzeitige Anwesenheit beider Verlobter als selbstverständlich notwendig unterstellt, da Art. 1 Abs. 2 eine Ausnahme für den Fall vorsieht, daß nicht beide Verlobte gleichzeitig anwesend sind, und damit in begrenztem Umfang die Ferntrauung und die Eheschließung durch Stellvertretung für zulässig erklärt.

I

Es muß auffallen, daß trotz der Beschränkung des Abkommens auf einen Minimumstandard der Eheschließung und trotz der Annahme des Abkommens in der Generalversammlung der VN mit

[8] Die deutsche amtliche Übersetzung spricht von »Behörde»; doch ist das sicherlich zu eng, da nichts dafür spricht, das Übereinkommen habe die Zulässigkeit kirchlicher Eheschließungen ausschließen wollen. Der in den maßgeblichen Texten verwendete Ausdruck »authority» bzw. »autorité» ist weiter als »Behörde».

einer überwältigenden Mehrheit und ohne Gegenstimme das vor nunmehr fast 10 Jahren inhaltlich festgelegte Abkommen nur von rund 1/4 der in der Generalversammlung der VN für das Abkommen stimmenden Staaten ratifiziert worden ist.[9] Dabei ist ein Teil der Ratifikationen auch noch mit Vorbehalten eingeschränkt, obwohl die üblichen Protokollklauseln des Abkommens Vorbehalte nicht vorsehen.[10] Die Ratifikationen stammen zwar von Staaten aus den verschiedensten Teilen der Erde. Wir finden darunter ebensosehr solche von Entwicklungsstaaten, wie auch von Staaten mit einem seit langem bis ins Einzelne kodifizierten Eherecht, das mit dem Abkommen grundsätzlich übereinstimmt, und die es ratifiziert haben, um sich mit dem Minimumstandard des Abkommens einverstanden zu erklären, sich mit den Zielsetzungen der VN zu solidarisieren und den Entwicklungsstaaten einen Anreiz zu geben, den Zielen des Abkommens nachzueifern. Andrerseits muß auffallen, daß eine ganze Anzahl von Staaten das Abkommen zwar alsbald nach seiner textlichen Fixierung durch die Generalversammlung der VN unterzeichnet, das Abkommen dagegen bis heute nicht ratifiziert hat.[11] Dies nötigt dazu, der Frage nachzugehen, welche Gründe etwa eine weitergehende Annahme des Abkommens verhindern.

1. Einer dieser Gründe scheint das Erfordernis eines *Aufgebots* vor der Eheschließung zu sein. Möglicherweise läßt sich in einem Teil der Entwicklungsstaaten das Aufgebot noch nicht in hinreichender Weise durchführen. Andererseits sollte beachtet werden, daß nicht ein förmliches Aufgebotsverfahren in demjenigen Sinne vorgesehen ist, wie es sich in vielen Staaten westlicher Kulturen im Anschluß an das kirchliche Recht und kirchliche Bräuche entwickelt hat. Es wird lediglich eine hinreichende Veröffentlichung der Eheschließungsabsicht verlangt. Zur Sicherung der freien Gattenwahl ist freilich eine derartige Veröffentlichung nicht erforderlich. Hierzu würde eine vorherige Anmeldung der Eheschließungsabsicht vollauf genügen, die den Verlobten bis zum dann festzusetzenden Eheschließungstermin eine letzte Überlegungsfrist gibt und somit die Ernsthaftigkeit ihres Eheschließungswillens sichert. Andererseits soll die Veröffentlichung der Eheschließungs-

---

[9] Ratifiziert haben: Argentinien, Brasilien, Cuba, Dänemark, Dahomey, Deutschland (Bundesrepublik), Dominikanische Republik, Finnland, Jugoslawien, Mali, Neuseeland, Niederlande, Niger, Norwegen, Obervolta, Österreich, Philippinen, Polen, Samoa (Ost), Schweden, Spanien, Trinidad und Tobago, Tschechoslovakei, Tunesien, Vereinigtes Königreich Großbritannien.

[10] Vorbehalte wurden erklärt von Dänemark, Deutschland, der Dominikanischen Republik, Finnland, Großbritannien, Niederlanden, Norwegen, Philippinen, Schweden. Dänemark und Griechenland (das bisher nicht ratifiziert hat), erklärten ihre Vorbehalte bereits bei der Unterzeichnung.

[11] Ceylon, Chile, China, Frankreich, Griechenland, Guinea, Israel, Italien, Rumänien, USA.

absicht etwaigen Mißbräuchen bei der Eheschließung vorbeugen und das Übersehen etwaiger Ehehindernisse verhindern helfen. Doch ist erfahrungsgemäß die vorherige Veröffentlichung der Eheschließungsabsicht in Eilfällen nicht immer durchführbar; man denke etwa an die beabsichtigte Eheschließung eines Schwerkranken. Das Abkommen hat Ausnahmen für solche Fälle nicht vorgesehen. Da es selbst aber nur eine ganz allgemein gehaltene Grundsatzregelung bringen will, dürften innerstaatliche Gesetzgebungen, welche für Einzelfälle eine Befreiung vom Erfordernis des Aufgebotes vorsehen, mit dem Abkommen noch in Einklang sein[12]. Dagegen dürfte eine generelle Abschaffung des Aufgebots mit dem Abkommen nicht mehr in Einklang stehen. Es ist zwar allgemein bekannt, daß das Aufgebot in einer mobilen modernen Industriegesellschaft und vor allem in Großstädten seinen Zweck nur sehr unvollkommen erfüllt, da es nicht einer hinreichenden Anzahl von Personen zur Kenntnis gebracht werden kann und eher von Neugierigen als von wirklich sachlich Interessierten zur Kenntnis genommen wird. Gleichwohl erscheint seine grundsätzliche Beseitigung nicht zulässig. Wenn zum Beispiel innerhalb der CIEC die Beseitigung des Aufgebots erwogen wird, so wird doch berücksichtigt werden müssen, daß das Abkommen irgendeine Form vorheriger Veröffentlichung der Eheschließungsabsicht verlangt[13]. Wenn Staaten einer mobilen Industriegesellschaft das Abkommen ratifiziert haben, um Entwicklungsstaaten ein Beispiel hinsichtlich des Minimumstandards einer ordnungsmäßigen Eheschließung zu geben, würden sie mit einer Wiederabschaffung des Aufgebots das Beispiel, welches sie mit Ratifizierung des Abkommens geben wollten, wieder beseitigen.

Ein anderes, sehr viel ernsteres Bedenken, welches einer weitergehenden Ratifizierung des Abkommens entgegensteht, liegt darin, daß noch in etlichen Staaten des anglo-amerikanischen Rechtskreises die formlose *common law-Ehe* geläufig ist, welche offensichtlich mit dem VN-Abkommen schwer in Übereinstimmung zu bringen ist. Klar erkannt ist dies im Vereinigten Königreich Großbritannien, welches bei der Ratifizierung des Abkommens einen ausdrücklichen Vorbehalt hinsichtlich der schottischen common

---

[12] So auch *Böhmer* (wie Anm. 7).

[13] Die Auffassung, das Abkommen nehme mit Ausdrücken wie »after due publicity» oder »despues la debida publicidad» nur auf im Eheschließungsland bestehende Aufgebotsvorschriften Bezug, dürfte schwerlich haltbar sein. Schon der ebenfalls maßgebliche französische Text »aprés une publicité suffisante» spricht dagegen. Vor allem spricht der Zweck des Abkommens, die Eheschließung mit Formvorschriften besser unter Kontrolle zu bringen, dagegen; es sollten gerade Länder, welche keine ausreichenden Formvorschriften haben, zu deren Einführung angeeifert werden. Wollte man nur auf bestehende Formvorschriften Bezug nehmen, so konnte man von der Nennung des Erfordernisses einer Veröffentlichung der Eheschließungsabsicht im Übereinkommen ganz Abstand nehmen.

law-Ehe erklärt hat.[14] Komplizierter liegen die Dinge hinsichtlich der Vereinigten Staaten von Nordamerika. Dort gehört das Eherecht zur Kompetenz der Einzelstaaten, und die USA haben regelmäßig Schwierigkeiten in der Ratifikation von Staatsverträgen, welche sachlich solche Materien betreffen, die zur Kompetenz der Einzelstaaten gehören. Es mußte daher überraschen, daß in den Vorberatungen des Abkommens die amerikanische Delegierte Mrs. Tillet ausdrücklich erklärte, für die USA werde die Annahme des Abkommens keine Schwierigkeiten bereiten, da das Recht sämtlicher amerikanischer Einzelstaaten dem Inhalt des Abkommens entspreche.[15] Es mußte ebenso überraschen, daß die USA entsprechend dieser Erklärung zu den ersten Zeichnern des Abkommens gehörten. Denn die Ratifizierung des Abkommens mußte selbstverständlich ausbleiben, weil gerade in den USA die common law-Ehe noch in mehr als einem Drittel der Einzelstaaten zugelassen ist und offenbar auch nicht allzu selten vorkommt. Es braucht hier nicht näher darauf eingegangen zu werden, da die Darstellungen dieses Rechtszustandes ebenso zahlreich wie auch die gerichtlichen Entscheidungen darüber sind.[16] Es scheint nun freilich, wenn man Schrifttum und Judikatur der USA zu dieser Frage durchmustert, daß die Zulassung der common law-Ehe kaum eine Beeinträchtigung des Prinzips der freien Gattenwahl befürchten läßt; durchweg geht es hier um Fälle, in denen der Ehepartner frei gewählt, lediglich eine förmliche Eheschließungszeremonie unterlassen worden war. Beeinträchtigt werden also lediglich die vom VN-Übereinkommen auch angestrebten Ziele der öffentlichen vorherigen Ankündigung der Eheschließungsabsicht, der Mitwirkung einer zur Eheschließung förmlich berufenen Stelle und vor allem der Beweissicherung durch Zeugen und Registrierung. Gerade die Schwierigkeiten der Beweissicherung werden durch die zahlreichen Prozesse um den Bestand solcher common law-Ehen bestätigt. Hinsichtlich der freien Gattenwahl erscheinen höchstens die Formen bloß telefonischer oder brieflicher Eheschließungen bedenklich, da es hier zu Irrtümern über die Person des Ehepartners kommen

---

[14] Der Marriage (Scotland) Act 1939 hat in sect. 5 die common-law-Ehe durch Erklärungen de praesenti mit nachfolgender cupula carnalis für ungültig erklärt, aber die Ehe »by habit and reput» aufrechterhalten.

[15] Vgl. dazu UN-Document A/C. 3/SR 1062 vom 5. Oktober 1961 (Protokoll über die 1061. Sitzung vom 3. Oktober 1961 (XVI Session).

[16] Vgl. dazu aus dem deutschen Schrifttum: *Knittel*, Die formlose Ehe (Common Law Marriage) in den USA, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht 1965, 57 ff. (mit reichen Nachweisungen). Vgl. aus dem amerikanischen Schrifttum z.B. *Keezer*, Marriage and Divorce, 2nd ed. Indianapolis 1932 S. 95; *Madden*, Handbook of the law of Persons and Domestic Relations 1931 S. 63 ff.; *Jacobs-Goebel*, Domestic Relations, Cases and Materials, 4th ed. 1961 S. 117 ff; *Ploscoe* and *Freed*, Family Law, Cases and Materials 1963 S. 43 ff.; *Makay*, Marriage and Divorce, 2nd ed. 1959, common law marriage S. 6; *Kuchler*, Law of Engagement and Marriage, 1966, common law marriage S. 1 ff., alle mit weiteren Nachweisungen.

kann.[17] Diese Bedenken entfallen, soweit man zur common law-Ehe nicht die bloße Verabredung der Eheschließung genügen läßt, sondern eheliches Zusammenleben und das Sich-Ausgeben als Ehepartner in der Öffentlichkeit verlangt. Solange aber nicht sämtliche Einzelstaaten der USA die Zulässigkeit der common law-Ehe abgeschafft haben, wird eine Ratifikation des VN-Abkommens durch die USA kaum möglich sein.

3. Wohl die größten Schwierigkeiten für eine verbreitete Ratifizierung des VN-Abkommens bereitet die Frage der Zulassung der *Eheschließung unter Abwesenden.* Sie war im ursprünglichen Abkommenstext nicht vorgesehen; doch wurde schon in den Vorberatungen von Neuseeland und von Spanien der Antrag gestellt, eine die Eheschließung durch *Stellvertretung* zulassende Vorschrift in den Abkommenstext einzuführen.[18] Die Vorschrift ist in den Kommissionsberatungen nach langwierigen Auseinandersetzungen schließlich mit einer Stimme Mehrheit angenommen worden; erst die Gesamtabstimmung in der Generalversammlung hat mit 97 Stimmen für das Abkommen den einschlägigen Art. 1 Abs. 2 des Abkommens bestätigt. Diese Vorschrift läßt aber nur für »außergewöhnliche Umstände» sowohl die Ferntrauung als auch die Eheschließung durch Stellvertretung zu, vorausgesetzt daß der bei der endgültigen Ehsechließungszeremonie abwesende Verlobte vorher in der gesetzlich vorgeschriebenen Form vor einer zuständigen Behörde seinen Ehewillen erklärt und nicht widerrufen hat.

Setzt man diese Vorschrift in die richtige Beziehung zu Art. 1 Abs. 1 des Abkommens, so ergibt sich, daß der Ehewillen vor einer solchen Stelle erklärt sein muß, welche von der für die endgültige Eheschließungszeremonie zuständigen Stelle für zuständig erachtet

---

[17] Liste der Staaten, welche die common-law-Ehe ohne eheliches Zusammenleben zulassen bei *Kuchler*, 55 Yale Law Journal 743 Fn. 48. Zur Telefon-Ehe-Nachweisungen in Yale Law Journal 33 (1923/24) 777 und 55 (1945/46) 735 u. 748; ferner *Jacobs-Goebel* S. 121; *Miller* bei *Ploscoe* and *Freed* S. 43; *Deuchler* in Festschrift Raape 1949 S. 89 u. 92; *Frankenstein*, Internationales Privatrecht Bd. III 1934 S. 152 Fn. 99 erwähnt einen Fall, daß ein Bürger Michigans telefonisch eine in Schweden wohnhafte Braut geheiratet habe, die Hochzeit aber von den schwedischen Behörden mit Recht nicht anerkannt worden sei.

[18] Die Unterschiedlichkeit der beiden antragstellenden Staaten zeigt unterschiedliche Wurzeln und Arten der Eheschließung durch Stellvertretung auf: teils ist sie in Rechtsordnungen vorgesehen, welche dem kanonischen Recht folgen (z.B. Argentinien, Brasilien, Bolivien, Columbien, Costarica, Equador, Guatemala, Honduras, Italien, Mexico, Nicaragua, Österreich bis 1938, Panama, Paraguay, Peru, Portugal, San Salvador, Spanien, Uruguay, Vatikanstadt, auch Einzelstaaten der USA wie Neu-Mexico und Puerto-Rico), teils entspringt sie der Formfreiheit des common law (einzelne Staaten der USA), teils folgt sie aus Bevormundung der Frau und im übrigen auch der Vertragsfreiheit in mohamedanischen Rechten: teils wurde sie aus rein rationalen Gründen in moderne Rechte aufgenommen (Niederlande und einzelne Gesetze in Oststaaten wie Albanien, Jugoslawien, Polen, Tschechoslovakei).

wird. Dabei ist es nicht notwendig, daß es sich um gleichartige Stellen handelt. Findet die endgültige Eheschließung vor einem Standesbeamten statt, so kann die vorgängige Erklärung des jetzt abwesenden Verlobten, wie es anläßlich eines Krieges oder sonstigen militärischen Einsatzes der Fall sein kann, vor einer gesetzlich für zuständig erklärten militärischen Dienststelle abgegeben sein.

Geht es um Eheschließung durch Stellvertretung, so erfolgt die Erklärung des Ehewillens in der Erteilung der Vollmacht an denjenigen, welcher bei der endgültigen Eheschließungszeremonie den Abwesenden vertreten soll. Diese Erklärung des Ehewillens kann auch vor einem Notar oder einem Geistlichen erfolgt sein, wenn das Recht der Stelle der endgültigen Eheschließung eine derartige Bevollmächtigung zuläßt. Ausgeschlossen sind jedoch nach dem Abkommen offenkundig formlos erteilte Vollmachten ebenso wie auch privatschriftliche, ja selbst beglaubigte Vollmachten, weil dann der Ehewille nicht »vor einer zuständigen Stelle» erklärt worden ist.

Entsprechend dem Ziel des Abkommens, die freie Gattenwahl zu gewährleisten, muß sich die von dem bei der endgültigen Eheschließungszeremonie abwesenden Verlobten vorher abgegebene Erklärung über seinen Ehewillen auf die Eheschließung mit einem ganz bestimmten Partner beziehen. Vollmachten zur Auswahl des Ehepartners, wie sie anscheinend in mohammedanisch Rechten möglich sind,[19] entsprechen dem Übereinkommen nicht. Auch muß der Ehewille vom Verlobten selbst erklärt sein. Eine Eheschließung, bei welcher für einen Verlobten der gesetzliche Vertreter auftritt und lediglich kraft seiner gesetzlichen Vertretungsmacht die Eheschließungserklärung für den Vertretenen abgibt,[20] würde ebenfalls dem Übereinkommen nicht entsprechen. Auch bringt das Übereinkommen eine Einschränkung der Zulässigkeit der Eheschließung durch Stellvertretung insofern, als sich — im Gegensatz zu mohammedanischen Rechten,[21] zum kanonischen[22] und ihm folgenden einzelnen staatlichen Rechten[23] — nicht beide Verlobte vertreten lassen können, sondern nur ein Verlobter.[24] Andrerseits

---

[19] Vgl. z.B. *Sethi*, Muslim Marriage and its Dissolution, 2nd ed. Allahabad 1961 S. 62; *Fathieh*, Eheschließung und Ehescheidung im iranischen Recht, Diss. Heidelberg 1960, S. 31; *Linant de Bellefonds*, Traité de Droit Musulman Comparé, 1965, Bd. 2 Nr. 628 ff.

[20] So in mohammedanischen Rechten der »wali» für die Braut, Vgl. dazu *Linant de Bellefonds* Bd. 2 Nr. 616 ff.

[21] Vgl. *Sethi* S. 22 und *Linant de Bellefonds* Bd. 2 Nr. 628 ff.

[22] *Kradepohl*, Stellvertretung und kanonisches Eherecht, 1939, S. 142; *Jone*, Gesetzbuch der lateinischen Kirche, Bd. II Sachenrecht, 2. Aufl. 1952 S. 338 (zu canon 1088 § 1).

[23] Etwa das spanische oder portugiesische Recht für die kanonische Eheschließung. Ausdrücklich z.B. Equador Art. 124 seines Codigo Civil.

[24] So sehen es einzelne Rechtsordnungen vor: z.B. Art. 34 des albanischen Ges. vom 18. Mai 1948; Art. 31 des jugoslawischen Ehegesetzes von 1946.

bestehen für die Eheschließung mit einem Abwesenden keine Beschränkungen hinsichtlich des Geschlechts des bei der Eheschließungszeremonie abwesenden Ehegatten. Es können beliebig entweder der Bräutigam oder die Braut ihren Ehewillen vorher vor einer anderen zuständigen Stelle erklären.[25] Im Falle der Eheschließung durch Stellvertretung ist auch nicht vorgeschrieben, daß der Stellvertreter des gleichen Geschlechts wie der von ihm vertretene Verlobte sein muß.[26]

Wichtig ist auch, daß die zuerst abgegebene Ehewillenserklärung (bzw. Vollmacht) bis zu endgültigen Eheschließungszeremonie nicht widerrufen sein darf. Das Übereinkommen geht also offenbar von einer freien Widerruflichkeit der ersten Erklärung bzw. Vollmacht bis zu endgültigen Eheschließung aus; die Unwiderruflichkeit der ersten Erklärung oder der Vollmacht wäre mit dem Abkommen nicht in Einklang.[27] Auch besondere Förmlichkeiten des Widerrufs sind nicht vorgesehen. Weder wird verlangt, daß der Widerruf dem anderen Verlobten oder dem Stellvertreter gegenüber auch nur ausdrücklich erklärt worden ist; selbst ein stillschweigender Widerruf muß genügen, mag er auch noch so schwer beweisbar sein; entscheidend für das Nichtzustandekommen der Eheschließung ist lediglich, daß der Widerruf überhaupt bewiesen werden kann.[28] Ob es im Falle des Widerrufs der Vollmacht einer förmlichen Nichtigerklärung der gleichwohl geschlossenen Ehe bedarf, hat die Rechtsordnung zu bestimmen, nach der die Eheschließung mit Stellvertretung geschlossen worden ist, regelmäßig die des Eheschließungsorts.

Die gewichtigste Einschränkung der ohnehin nur ausnahmsweise zugelassenen Eheschließung mit einem Abwesenden liegt darin, daß sie im Übereinkommen nur für »*außergewöhnliche Umstände*» vorgesehen ist. Solche Einschränkungen sind in denjeningen Staa-

---

[25] Columbien läßt nach Art. 114 CC eine Vertretung nur des Mannes zu.

[26] Das steht in Übereinstimmung sowohl mit dem kanonischen Recht (vgl. *Jone* aaO. zu canon 1089 § 1) wie auch mit den mohammedanischen Rechten. Nur vereinzelt ist vorgeschrieben, der Stellvertreter müsse des gleichen Geschlechts wie der Vertretene sein (z.B. Honduras Art. 131 CC).

[27] So weist z.B. *Böhmer* aaO. S. 113 mit Recht darauf hin, daß eine neunmonatige unwiderrufliche Bindung des Ersterklärenden, welche für die Ferntrauung nach § 13 Abs. 1 der (inzwischen beseitigten) deutschen Wehrmachts-Personenstands-Verordnung (RGBl. 1942 I 597) vorgesehen war, dem Übereinkommen nicht entsprechen würde. Für die französische Kriegs-Ferntrauung war Widerruflichkeit der Ersterklärung nicht vorgesehen, wurde aber von den Gerichten angenommen, vgl. z.B. Trib. civ.Nancy GP 1944, 52; zustimmend *Aubry et Rau*, Droit Civil Bd. 7 (1962) Nr. 16 Fn. 7 *Ripert-Boulanger* Traité de Droit Civil Bd. 1 (1956) Nr. 1243.

[28] Dies entspricht der Regelung des kanonischen Rechts. Einzelne Rechtsordnungen sind strenger: so verlangt z.B. Art. 132 CC von Honduras, daß der Widerruf dem Bevollmächtigten in öffentlich beglaubigter Form verlangt, daß ein Widerruf der Vollmacht des Bräutigams der Braut vor der Eheschließung zugegangen sein muß.

ten, welche eine Ferntrauung durch zwei voneinander unabhängige Erklärungen beider Verlobten kennen, regelmäßig Voraussetzung. Anders steht es dagegen bei der Eheschließung durch Stellvertretung. Hier haben z.B. von den Staaten, welche das Abkommen gezeichnet oder ratifiziert haben, Italien für die zivile Eheschließung, die Niederlande, Neuseeland und Polen in ihrer Gesetzgebung entweder das Vorliegen außergewöhnlicher Umstände oder eine besondere Bewilligung für erforderlich erklärt, die nur in Ausnahmefällen erteilt wird.[29] Für Staaten, welche die Eheschließung nach kanonischem Recht zulassen, mag die in Canon 1091 verlangte »iusta causa» das Vorliegen außergewöhnlicher Umstände im Sinne des Abkommens gewährleisten. Soweit aber sonst die staatliche Gesetzgebung die Eheschließung durch Stellvertretung ohne spezifische Einschränkungen zuläßt, wird sie von solchen Staaten, welche das Abkommen ratifiziert haben oder zu ratifizieren beabsichtigen, revidiert werden müssen. Auch eine Einschränkung, daß Eheschließung durch Stellvertretung nur dann zulässig ist, wenn der Vertretene seinen Wohnsitz nicht im Bereich der trauenden Stelle hat, dürfte für sich allein den im Abkommen verlangten »außergewöhnlichen Umständen» noch nicht entsprechen.

II

Abgesehen von der Notwendigkeit det Modifizierung und Anpassung der Regelungen über die Eheschließung unter Abwesenden in einzelnen Staaten erhebt sich für andere Staaten, welche eine Eheschließung unter Abwesenden derzeit in ihrer Gesetzgebung überhaupt nicht vorsehen, die Frage, welche Folgerungen sich für sie aus dem Übereinkommen ergeben. Einzelne Staaten haben einen Vorbehalt hinsichtlich der Vorschrift über Eheschließung unter Abwesenden bei der Unterzeichnung bzw. bei der Ratifizierung des Übereinkommens möglicherweise deshalb erklärt, weil sie befürchteten, durch das Übereinkommen zu einer förmlichen Zulassung der Eheschließung unter Abwesenden in ihrer Gesetzgebung genötigt zu werden.[30] Eine solche Befürchtung ist aber gewiß unbegründet. Das Übereinkommen, welches nur einen Minimumstandard für die Förmlichkeiten der Eheschließung einführen will, hindert keinen Staat, strengere Vorschriften in seiner eigenen nationalen Gesetzgebung beizubehalten oder gar noch einzuführen. Ebenso wie etwa Vorschriften darüber unberührt bleiben, daß die Eheschließung öffentlich oder »bei offenen Türen» stattfinden müsse, können auch die Vorschriften darüber, daß unter allen Umständen gleichzeitige persönliche Anwesenheit

[29] Italien Art. 111 CC; Niederlande Art. 66 BWB neuer Fassung; Neuseeland sect. 34 Marriage Act 1955; Jugoslawien Art. 31 Ehegesetz von 1946.

[30] Finnland und Griechenland?

beider Verlobter für die Eheschließung erforderlich sei, weiterhin beibehalten werden. Das Übereinkommen gestattet lediglich, daß von der Anwesenheit eines Verlobten im Falle außergewöhnlicher Umstände abgesehen werden kann. Im Sinne dieser Auslegung des Abkommens haben sowohl die Bundesrepublik Deutschland als auch Großbritannien und die Philippinen anläßlich der Ratifikation erklärt, sie gingen davon aus, daß das Abkommen keine Notwendigkeit schaffe, eine Regelung über die Eheschließung mit einem Abwesenden einzuführen. Andrerseits sollte sicher sein, daß den Staaten, welche das Abkommen ratifiziert haben, aber noch keine Regelung über Eheschließung mit einem Abwesenden kennen, die Möglichkeit offensteht, eine solche Regelung neu einzuführen, sofern sie sich im Rahmen des Abkommens hält.

Fraglich scheint eher zu sein, ob diejenigen Staaten, welche das Abkommen ohnehin nur mit einem Vorbehalt hinsichtlich der Regelung über die Eheschließung mit einem Abwesenden erklärt haben, ungeachtet dieses Vorbehalts eine Regelung über Eheschließung mit einem Abwesenden neu einführen können. Die Frage wird bejaht werden müssen. Ein uneingeschränkter Vorbehalt bedeutet nicht etwa, daß man eine Regelung der Eheschließung mit einem Abwesenden überhaupt nicht einführen oder derartige Eheschließungen nicht anerkennen will. Der Vorbehalt kann ebensogut bedeuten, daß man die Möglichkeit haben will, Eheschließungen mit einem Abwesenden unter weitergehenden Voraussetzungen als denen des Übereinkommens, insbesondere also nicht nur bei »außergewöhnlichen Umständen» zuzulassen. So hat z.B. die Dominikanische Republik ihren Vorbehalt ausdrücklich damit begründet, daß sie die Eheschließung durch Stellvertretung so wie bisher in vollem Umfang aufrechterhalten wolle.

III

Schwierigkeiten bereitet endlich die *kollisionsrechtliche Tragweite* des Übereinkommens, die in den Vorberatungen kaum angesprochen worden ist, aber bei den Ratifikationen offenbar schon eine gewisse Rolle gespielt hat. So haben anscheinend einzelne Staaten einen Vorbehalt hinsichtlich der Vorschrift über die Eheschließung mit Abwesenden nicht deshalb erklärt, weil sie glaubten, durch das Übereinkommen zur Einführung einer Eheschließung mit Abwesenden genötigt zu werden, sondern lediglich weil sie befürchteten, dann Eheschließungen mit einem Abwesenden vielleicht anerkennen zu müssen, möglicherweise sogar dann, wenn ein eigener Staatsangehöriger daran beteiligt war, obwohl das eigene Recht eine solche Eheschließungsmöglichkeit nicht vorsieht.[31] Ferner hat Großbritannien ausdrücklich erklärt,

[31] So anscheinend Dänemark, Norwegen und Schweden.

es gehe bei der Ratifikation davon aus, daß Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Satz 2 des Übereinkommens lediglich die Eheschließung nach den Gesetzen eines Vertragsstaates betreffe und nicht die Anerkennung der Gültigkeit von nach den Gesetzen eines Staates oder Territoriums geschlossenen Ehen nach den Gesetzen eines anderen Staates oder Territoriums. In dieser Formulierung ist eine kollisionsrechtliche Tragweite des Übereinkommens jedenfalls hinsichtlich der ausdrücklich genannten Artikel schlechthin verneint, während andererseits die Bundesrepublik Deutschland von Anfang an eine mögliche kollisionsrechtliche Tragweite des Übereinkommens unterstellt hatte; in ihrem ersten Bericht an die VN hatte sie ausdrücklich darauf hingewiesen, daß durch die deutsche Judikatur Eheschließungen von Deutschen durch Stellvertreter in einem Lande, welches eine solche Stellvertretung zulasse, in der Bundesrepublik anerkannt würden.[32]

Macht man sich klar, daß das Ziel des Übereinkommens auf die Sicherung eines Minimumstandards an Eheschließungsvorschriften ging, welcher in erster Linie eine auf der freien Willenseinigung der künftigen Ehegatten beruhende Ehe sicherstellen sollte, so wird deutlich, daß das Übereinkommen einerseits keine unmittelbare kollisionsrechtliche Wirkung haben, andrerseits strengere Vorschriften zur Sicherung der Eheschließungsfreiheit nicht ausschließen sollte. Daher wird durch das Übereinkommen kein Staat genötigt, eine Eheschließung als wirksam anzuerkennen, die er nach seinem Kollisionsrecht schon bisher nicht als wirksam anzuerkennen brauchte. Insbesondere wird durch das Übereinkommen kein Vertragsstaat genötigt, Ferntrauungen oder Eheschließungen durch Stellvertretung in weiterem Maße anzuerkennen als bisher. Die Aufnahme der Zulassung von Ehen durch Stellvertretung in ein Übereinkommen über die Eheschließungsform entscheidet auch nicht generell die umstrittene Qualifikation der Eheschließung durch Stellvertretung: ob es hierbei um echte Stellvertretung oder um Botenschaft gehe und ob die Zulassung der Eheschließung durch Stellvertretung zu den materiellen Erfordernissen der Eheschließung oder zur Form der Eheschließung zu zählen sei.[33] Indessen zeigt

---

[32] Dies ergibt sich aus dem Memorandum des Generalsekretärs der VN, worin dieser über die Stellungnahmen einzelner Regierungen berichtet (Document E/Cn. 6/376/Add. 4 vom 27. 12. 1961). Der deutsche Regierungsbericht an die VN stützt sich auf die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 19. Dez. 1958 (BGHZ 29, 137).

[33] Vgl. zu dieser Frage *Müller-Freienfels*, Die Vertretung beim Rechtsgeschäft, 1955, S. 54, 72/73, 106, 237. Er nimmt an, regelmäßig liege Botenschaft vor, weil der »Stellvertreter» bei der Eheschließung weder über das »Wie», noch über das »Ob» des Geschäfts zu entscheiden habe. Ebenso BGHZ 29, 137. Auch die englische Entscheidung Apt./. Apt 1947 ALLELR I 260 nimmt das an. Vgl. zu dieser kollisionsrechtlichen Frage den Bericht von *Gamillscheg* bei Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 10/11. Aufl. Einführungsgesetz Nr. 818 ff. zu Art. 13.

die Formulierung des Übereinkommens: daß der vertretene Verlobte selbst seinen Eheschließungswillen vor einer zuständigen Stelle erklärt haben müsse und diese Erklärung nicht widerrufen sein dürfe, daß der »Stellvertreter» — soweit er im Übereinkommen zugelassen ist — nur ein Erklärungsbote sein kann. Dies kann die Zurechnung dieser Botenschaft zur *Form* der Eheschließung und damit die Anerkennung von im Rahmen des Übereinkommens in der Form der lex loci geschlossenen Ehen erleichtern, nötigt aber nicht dazu.[34]

Ebenso trifft wohl auch die vom Vereinigten Königreich Großbritannien bei der Ratifizierung ausdrücklich abgegebene noch weitergehende Erklärung zu, daß es durch die Ratifizierung ganz generell nicht zur Anerkennung ausländischer Eheschließungen genötigt werde. Für Großbritannien war ein einschlägiger Vorbehalt vor allem deshalb angezeigt, weil dort die Abgrenzung zwischen materiellen Voraussetzungen und Form der Eheschließung zum Teil nach anderen Merkmalen erfolgt als in den kontinentalen Rechten. Die Verwahrung gegen eine abweichende Qualifikation in anderen Rechtsordnungen ist daher nur allzu verständlich.

Sind also kollisionsrechtliche Wirkungen des Übereinkommens insofern zu leugnen, als das Übereinkommen nicht zur Anerkennung solcher Ehen nötigt, welche lediglich den im Übereinkommen festgelegten Minimumstandard entsprechen, so ist doch sehr viel ernster die umgekehrte Frage zu stellen, ob die Ratifizierung des Übereinkommens nicht etwa dazu nötigt, solchen Eheschließungen die Anerkennung zu versagen, welche nicht einmal dem Minimumstandard des Übereinkommens entsprechen. Bei der Beantwortung dieser Frage muß man sich verdeutlichen, daß das Übereinkommen der Verwirklichung eines von den VN proklamierten Menschenrechts insoweit dienen soll, als es um die Begründung einer Ehe durch freie Willenseinigung der künftigen Ehegatten geht. Soll das Übereinkommen sich nicht auf eine bloße Deklamation so wie die allgemeine Erklärung der Menschenrechte — beschränken, soll sie vielmehr der Durchsetzung dieses Menschenrechts dienen, so kann eine Verletzung des Übereinkommens auch nicht sanktionslos bleiben, und muß einer solchen Eheschließung die Anerkennung verweigert werden, welche eine grundlegende Regelung zur Sicherung der freien Willenseinigung der Ehegatten mißachtet hatte.

Als solche grundlegende Vorschrift ist jedenfalls die des Art. 1 des Abkommens insoweit anzusehen, als sie verlangt, daß die Willenserklärungen der Verlobten vor der für die Eheschließung zuständigen Stelle abgegeben werden. Öffentliches Aufgebot, Zuziehung zu-

[34] Dazu sei darauf verwiesen, daß *Deuchler*, Festschrift Raape (1949) S. 82, auch bei Annahme einer »Botenschaft» die Erklärung des Auftraggebers für da abgegeben hält, wo der Auftraggeber sich seiner Erklärung entäußert, und nicht am Eheschließungsort, wo der Bote die Erklärung namens des Auftraggebers abgibt.

sätzlicher Zeugen und nachträgliche Registrierung erscheinen demgegenüber weniger wesentlich; die Verletzung dieser Erfordernisse nötigt nicht, einer Eheschließung die Anerkennung zu versagen. Die heimliche, nicht vor der zuständigen Stelle vereinbarte Eheschließung ist im Verhältnis der Vertragstaaten zueinander unwiderleglich dem Verdacht ausgesetzt, nicht auf der wirklich freien Willenseinigung beider Verlobter zu beruhen. Fragwürdig ist auch, ob unter den das Abkommen ratifizierenden Staaten, welche hinsichtlich Art. 1 Abs. 2 keine Vorbehalte gemacht haben, Eheschließungen durch Stellvertretung oder Ferntrauungen außerhalb der dort ausdrücklich genannten Fälle noch anerkannt werden können. Ich neige dazu, die Frage zu verneinen. Bei der Eheschließung durch Stellvertretung ist das Vorliegen der freien Willensentscheidung beider Verlobter nicht in der gleichen Weise gewährleistet, wie bei der Eheschließung unter persönlicher gleichzeitiger Anwesenheit beider Verlobter. Eine erteilte Vollmacht kann widerrufen sein, ohne daß es der für die Eheschließung zuständigen Stelle, dem anderen Verlobten oder selbst dem Stellvertreter bekannt geworden ist. Auch kann der Vollmachtgeber geschäftsunfähig geworden sein; darüber hinaus besteht die Gefahr von Fälschungen der Vollmacht, Täuschungsmanövern oder einer bei persönlicher Anwesenheit nicht ebenso leicht möglichen Umgehung von Ehehindernissen.

Wenn das Übereinkommen gerade aus solchen Gründen die Eheschließung in Abwesenheit eines der Verlobten nur bei »außergewöhnlichen Umständen» zuläßt, so muß zur Durchsetzung der Ziele des Abkommens einer Eheschließung unter Abwesenden durch Ferntrauung oder mittels Stellvertretung, die ohne Vorliegen außergewöhnlicher Umstände vorgenommen worden ist, die Anerkennung versagt werden. Die großzügige Judikatur des deutschen Bundesgerichtshofs über die Anerkennung von im Ausland erfolgten Verehelichungen Deutscher mittels eines Stellvertreters wird einer Einschränkung bedürfen.

Soweit die Rechtsordnung eines Vertragsstaates an die Unterlassung des Aufgebots, die mangelnde Zuziehung von Zeugen oder mangelnde Registrierung besondere Sanktionen anknüpft, richten sich die kollisionsrechtlichen Folgen eines solchen Mangels der Eheschließungsform nach allgemeinen kollisionsrechtlichen Regeln, regelmäßig nach der lex loci celebrationis matrimonii.

Auch die Festsetzung eines Heiratsmindestalters soll die Freiheit der Eheschließung sichern, damit niemand ohne die durch Geschlechtsreife und sonstige Lebenserfahrungen erlangte Einsicht die Ehe schließt. Art. 2 des Übereinkommens bestimmt zwar ausdrücklich, daß Personen, welche das Heiratsmindestalter nicht erreicht haben, rechtmäßig eine Ehe nicht eingehen *können;* er legt aber selbst keine Sanktionen (Nichtehe, Vernichtbarkeit, Anfechtbarkeit, Aufhebbarkeit der Ehe usw.) fest; vielmehr überläßt das Übereinkommen offenbar die Sanktionen ebenso wie

die Festlegung des Heiratsmindestalters den Vertragsstaaten selbst. Soweit diese aber entsprechende Sanktionen an die Verletzung der Vorschriften über das Heiratsmindestalter anknüpfen und die Rechtsordnung eines anderen Staates auf die einschlägige Rechtsordnung verweist, sei es als das Heimatrecht des Verlobten, sei es als das Recht des Eheschließungsortes, müssen im Rahmen der Anwendung des betreffenden Rechts auch dessen Sanktionen gegen die Verletzung des Heiratsmindestalters mit zum Tragen kommen. Insoweit wird das nationale Kollisionsrecht der Vertragsstaaten durch das Übereinkommen auch noch staatsvertraglich verstärkt und abgesichert.

Fraglich ist endlich, ob das Übereinkommen auch kollisionsrechtliche Wirkungen im Verhältnis zu Nichtvertragsstaaten äußert: ob also insbesondere die Vertragsstaaten untereinander verpflichtet sind, solchen in Nicht-Vertragsstaaten geschlossenen Ehen die Anerkennung zu verweigern, welche den Erfordernissen des Abkommens nicht genügen. Ich neige dazu, dies im Grundsatz zu bejahen, soweit das Ziel des Abkommens der Sicherung eines freien Entschlusses zur Eheschließung als Menschenrecht in Frage steht. — Die Anerkennung einer amerikanischen reinen Telefonehe, die nach Ratifizierung des Übereinkommens geschlossen wurde, erschiene selbst dann, wenn man sonst die Eheschließungsform des Eheschließungsortes gelten läßt, als ausgeschlossen. Nicht mit der gleichen Sicherheit ist die in vielen Staaten der USA noch gängige common law-Ehe von der Anerkennung ausgeschlossen; denn mindestens insoweit als ein längeres eheliches Zusammenleben zur Anerkennung solcher Ehen vorausgesetzt wird und stattgefunden hat, und die Beteiligten sich auch nach außen hin als Ehegatten ausgegeben haben, bestätigt dies die freie Willenseinigung beider Partner, die ohne solche Willenseinigung nicht zusammengeblieben wären. Eheschließungen durch Stellvertretung oder Ferntrauungen, die ohne das Vorliegen »außergewöhnlicher Umstände» in Drittstaaten geschlossen wurden, müßte die Anerkennung mindestens dann versagt werden, wenn die Freiheit der Willensentschließung irgendwie zweifelhaft ist; ferner müßte Ehen die Anerkennung versagt werden, die der gesetzliche Vertreter ohne Zustimmung der Braut selbst für die Braut geschlossen hat (»wali» in mohammedanischen Rechten); ebenso stünde es mit Kinderehen aus Staaten, die ein Heiratsmindestalter nicht festgesetzt haben — in allen Fällen vorausgesetzt, daß die Ehe nicht in freier Willensentschließung bestätigt worden ist. Denn mit einem zur Sicherung von Menschenrechten geschlossenen Übereinkommen haben die Vertragsstaaten insoweit, als die unmittelbare Verwirklichung der betreffenden Menschenrechte in Frage steht, den Inhalt des Abkommens zum Bestandteil ihres ordre public gemacht.

DIE PRODUKTENHAFTPFLICHT IN DER NEUEREN DEUTSCHEN RECHTSPRECHUNG

ERNST VON CAEMMERER

Die Haager Konferenz für Internationales Privatrecht, an deren Verhandlungen und Beschlüssen *Yrjö J. Hakulinen*, den diese Blätter ehren wollen, so oft und so wirkungsvoll mitgearbeitet hat, will im Herbst 1972 Regeln über das auf die Produktenhaftpflicht anwendbare Recht beraten. Eine der Hauptschwierigkeiten für die kollisionsrechtliche Behandlung der Produktenhaftpflicht liegt darin, daß man in den verschiedenen Rechtsordnungen nicht darüber einig ist, ob für die Lösung der Probleme an das Deliktsrecht oder an das Vertragsrecht anzuknüpfen ist. Auch können beide Haftungsgrundlagen im Einzelfall ineinandergreifen. Dabei wird die Möglichkeit der Konkurrenz von vertraglicher und außervertraglicher Haftung bekanntermaßen in den einzelnen Rechtsordnungen sehr verschieden beurteilt. Zugleich beobachten wir in zahlreichen Ländern ein rasches Fortschreiten der Rechtsprechung und einen vielfach tiefgreifenden Wandel der Anschauungen. Es sei daher gestattet, nachstehend ein paar Worte über die Entwicklung der letzten Jahre im deutschen Recht[1] zu sagen. Dabei können nur einige Fragen herausgegriffen werden, Einzelheiten müssen beiseite bleiben.

Nach umfänglicher wissenschaftlicher Diskussion und nach der Behandlung der Probleme der Produktenhaftung auf der Kieler Tagung der Gesellschaft für Rechtsvergleichung im Jahre 1965 und auf dem Nürnberger Deutschen Juristentag von 1968 hatte der Bundesgerichtshof im November 1968 Gelegenheit, im „Hühnerpestimpfungsfall" grundsätzlich zu der Frage der Haftungsgrundlagen Stellung zu nehmen.[2] Der Sachverhalt war der folgende:

---

[1] Wegen des neueren deutschen Schrifttums darf verwiesen werden auf die Zusammenstellungen bei *Lorenz:* Einige rechtsvergleichende Bemerkungen zum gegenwärtigen Stand der Produktenhaftpflicht im deutschen Recht, RabelsZ 34 (1970) 14; *von Caemmerer;* „Products Liability", in: Jus privatum gentium. Festschrift für Max Rheinstein, II (1969) 659 und bei *Palandt-Thomas:* BGB, 30. Aufl. 1971, § 823 Anm. 16.

[2] BGH vom 26. November 1968, BGHZ 51, 91 = NJW 1969, 269 = IZ 1969, 387.

Ein Tierarzt hatte von einem Impfstoffwerk Impfstoff gegen Hühnerpest bezogen und damit im Auftrage der Inhaberin einer Hühnerfarm deren Hühner geimpft. Der Impfstoff war jedoch durch bakterielle Verunreinigungen wieder aktiv geworden, so daß mehr als 4000 Hühner einige Tage nach der Impfung an der Hühnerpest verendeten. Die Farminhaberin bezifferte den ihr dadurch entstandenen Schaden auf DM 103.459,—. Außerdem verlangte sie Zahlung einer angemessenen Entschädigung zum Ausgleich der Geschäftsschädigung, die ihr durch den Ausbruch der Pest in ihrer Farm und die behördlich angeordnete Sperre entstanden sei.

Bei anderen Geflügelzüchtern, bei denen der Tierarzt und andere Tierärzte mit Impfstoff derselben Charge geimpft hatten, gingen die Hühner in der gleichen Weise ein. Damit war bewiesen, daß der Ausbruch der Hühnerpest auf die Verwendung dieses Impfstoffs zurückzuführen war. Wie es zu einer bakteriellen Verunreinigung des Impfstoffs gekommen war, blieb dagegen ungeklärt. Verfahrensmängel beim Umfüllen des Impfstoffes, Verschulden der beteiligten Angestellten, nichts davon konnte ausgeschlossen aber auch nichts positiv bewiesen werden. Der Bundesgerichtshof stützte sich auf das Deliktsrecht (§ 823 Abs. 1 und 2 BGB), das an sich den Nachweis eines Verschuldens des auf Schadensersatz in Anspruch Genommenen verlangt. Er half aber mit Beweislastumkehrung und formulierte:

„Wird bei bestimmungsgemäßer Verwendung eines Industrieerzeugnisses eine Person oder eine Sache dadurch geschädigt, daß dieses Produkt fehlerhaft hergestellt war, so ist es Sache des Herstellers, die Vorgänge aufzuklären, die den Fehler verursacht haben, und dabei darzutun, daß ihn hieran kein Verschulden trifft."

Damit erklärte er den Schadenersatzanspruch der Farminhaberin einschließlich des Anspruchs auf angemessene Entschädigung wegen der Geschäftsschädigung dem Grunde nach für gerechtfertigt.

Mit der grundsätzlichen Entscheidung für eine *deliktsrechtliche* Lösung der Produktenhaftung sind wichtige Weichen gestellt. Die Vorschläge, die gemacht worden waren, die Fragen der Produktenhaftpflicht mit einer Anknüpfung an Prinzipien der Vertragshaftung zu lösen oder unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes zu helfen, werden heute überwiegend verworfen. Die Anknüpfung an die Vertragshaftung ist einerseits zu eng, weil sie nur den Abnehmer der Ware und nicht dritte Unfallgeschädigte schützen würde, also zum Beispiel nicht den bei Fehlern in der Halterung eines Baukrans von der herabfallenden Last Getroffenen. Das Problem des Schutzes des sogenannten „bystander" kann mit vertraglichen Haftungsprinzipien nicht sachgerecht gelöst werden. Das gleiche gilt von einer Stützung der Haftung auf Gedanken des Vertrauensschutzes. Jede Anknüpfung an die Vertragshaftung ist überdies von Freizeichnungsklauseln gefährdet. Eine solche Haftung ginge auf der anderen Seite aber zu weit, weil sie nach der Absicht ihrer Verfechter nicht

nur Unfallschäden, sondern allgemeine Vermögensschäden, also auch enttäuschte Verwendungserwartungen miterfassen würde.

Der Bundesgerichtshof hat es im Hühnerpestimpfstoff-Urteil auch abgelehnt, mit Analogien zur Gefährdungshaftung zu arbeiten.[3] Das ist bedauert worden, scheint mir aber insoweit richtig, als eine Heranziehung der im deutschen Recht überwiegend in Spezialgesetzen geordneten Tatbestände der Gefährdungshaftung — übrigens auch im Hinblick auf die hier zumeist vorgesehenen verschiedenartigen Haftungsbegrenzungen — nicht passend wäre. Eine Gefährdungshaftung besteht bei Eisenbahnen, Straßenbahnen, Kraftfahrzeugen, Luftfahrzeugen, Hochspannungs- und Gasleitungen und -behältern, Atomanlagen und radioaktiven Stoffen. Regeln der Gefährdungshaftung greifen ferner ein bei Gewässerverunreinigung und gewissen Fällen der Tierhalterhaftung. Bei der Gefährdungshaftung geht es um die Haftung des Unternehmers, Inhabers oder Halters für gegenständlich verkörperte nicht voll beherrschbare Gefahrenquellen. Eine Analogie zur Haftung für das Inverkehrbringen von Produkten, die Schäden anrichten, läßt sich nicht ziehen. Die Dinge liegen zu verschieden. Auch würde eine Gefährdungshaftung für alle durch fehlerhafte Produkte angerichteten Schäden im Ergebnis auch alle Entwicklungsrisiken mit einbeziehen, was zu weit ginge.

Es erscheint auch rechtspolitisch richtig, wenn der Bundesgerichtshof weiterhin mit der deliktsrechtlichen Haftung arbeitet und an die allgemeinen Sorgfaltspflichten des Warenherstellers und des Händlers, die sogenannten Verkehrssicherungspflichten, anknüpft. Allerdings müssen Elemente einer „objektiven" Haftung, einer „strict liability" eingebaut werden. In dieser Forderung ist man sich weitgehend einig, und die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs enthält dazu wichtige Ansätze, die weiter ausgebaut werden können und müssen.

Die Anknüpfung an die deliktsrechtlichen Sorgfaltspflichten erlaubt eine sachgerechte Herausarbeitung der *Fallgruppen*, in denen eine Haftung geboten ist. Man unterscheidet hierbei nach dem Vorgang der rechtsvergleichenden Forschungen von *Lorenz*[4] Instruktionsfehler, Kontroll- und Fertigungsfehler, Konstruktionsfehler und Entwicklungsrisiken. Hersteller, Importeure und Weiterverkäufer dürfen keine Waren auf den Markt bringen, die nicht sachgerecht zusammengesetzt, konstruiert oder getestet sind oder bei denen Fertigungs- oder Kontrollfehler Mängel verursacht oder nicht aufgedeckt haben, die zu Schäden führen können. Bei Produkten, die bei unvorsichtigem Umgang oder unrichtiger Verwendung gefährlich werden können, muß durch Gebrauchsanweisung, Hinweis oder Warnung hinreichende Vorsorge getroffen werden.

---

[3] BGHZ 51, 91 (98).

[4] vgl. insbesondere *Lorenz* in: Die Haftung des Warenherstellers (Arbeiten zur Rechtsvergleichung Band 28, 1966).

Freilich muß insoweit eine *strikte Haftung* des Unternehmers für das *Funktionieren seines Betriebsbereichs* gefordert werden. Eine besondere Schwierigkeit für die deutsche Rechtsprechung liegt hier in dem Fehlen der Maxime „respondeat superior". Die im angloamerikanischen Recht und den romanischen Rechten selbstverständliche unbedingte Haftung für Gehilfenverschulden war vom deutschen bürgerlichen Gesetzbuch seinerzeit abgelehnt worden. Praktisch ist jedoch der § 831 BGB, welcher dem Unternehmer bei Gehilfenversagen die persönliche Exkulpation erlaubt, auf dem Gebiete der Produktenhaftung heute bereits ganz beiseite geschoben. Ein Markstein in dieser Entwicklung war etwa das Urteil im sogenannten Schubstrebenfall.[5]

Hier ging es um die Haftung einer Zulieferfirma für einen Fabrikationsfehler bei einem Werkstück, der dann Ursache eines Autounfalls wurde. Irgendwo im Betrieb mußte bei der Herstellung oder der Kontrolle des fehlerhaften Teils einwandfrei Verschulden vorgelegen haben. Der Bundesgerichtshof schaltete die Exkulpation nach § 831 BGB damit aus, daß die Möglichkeit des Vorliegens von Organisations- oder Aufsichtsverschulden nicht ausgeräumt sei.

Aus dem Bereich der Konstruktionsfehler ist ein Urteil vom Herbst 1970 zu nennen.[6] Ein Automobilwerk hatte Personenkraftwagen mit einer Bremsenneukonstruktion auf den Markt gebracht, die später als zu fehleranfällig wieder aus der Produktion gezogen wurde. Der Käufer eines Vorführwagens geriet, wie er behauptete, infolge des falschen Angreifens der Bremsen ins Schleudern und erlitt einen Unfall. Die Haftung des Automobilwerks wurde für diesen Fall bejaht, auch wenn der Verunglückte nicht aufklären könne, ob dem Unternehmer und seinen leitenden Angestellten im Zeitpunkt des Unfalls die Fehleranfälligkeit der Bremskonstruktion schon bekannt war oder doch hätte bekannt sein müssen. Bei der Größe des Betriebes, seiner komplizierten, verschachtelten, arbeitsteiligen Organisation und den verwickelten technischen Vorgängen wäre dem Geschädigten jeder Verschuldensbeweis unmöglich. Das Unternehmen müsse also, so führt der Bundesgerichtshof aus, haften, wenn es die Dinge nicht voll aufklären und seine Schuldlosigkeit beweisen könne. Zugleich erleichterte der Bundesgerichtshof den Indizienbeweis für die Unfallursächlichkeit des Fehlers der Bremsvorrichtung, weil der Unfall im Bereich der durch den Fehler begründeten Gefahr lag.

Die Urteile im Schubstreben-, im Hühnerpestimpfungs- und in diesem Bremsenneukonstruktionsfall liegen insoweit parallel. Eine Exkulpation für Gehilfenverschulden wird wegen der Möglichkeit eines Organisationsverschuldens, für das das Unternehmen unbedingt einstehen müsse, beiseite geschoben und dem Unternehmen

[5] BGH vom 17. Oktober 1967, NJW 1968, 247.
[6] BGH vom 28. September 1970, JZ 1971, 29.

das Risiko der Unaufklärbarkeit der in seinem Bereich liegenden Fehlerursache aufgebürdet.

Dieses beweisrechtliche Vorgehen führt der Sache nach bereits zu einer materiell-rechtlichen Haftungsverschärfung. Die Rechtsprechung sollte daran anknüpfend aber weitergehen und die Haftung auch dann bejahen können, wenn die in einer Fehlfunktion des Betriebes liegende Quelle des konkreten Versagens aufgeklärt werden kann. Es genügt nicht, das Unternehmen für Verschulden seiner Leute unbedingt einstehen zu lassen. Auch für menschliches Versagen, das nicht als Verschulden qualifiziert werden kann, und für technisches Versagen muß der Hersteller nach dem so völlig gewandelten Charakter moderner technischer Herstellungsprozesse das Risiko tragen. Diesen Schritt aber sollte die Rechtsprechung in Fortentwicklung der bisherigen Linie der Entscheidungen etwa im Sinne des bekannten Vorschlages des niederländischen Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs[7] tun können. Hier soll die folgende Bestimmung getroffen werden:

„Wer ein Erzeugnis herstellt oder in Verkehr bringt oder bringen läßt, das zu Folge eines ihm unbekannten Mangels Personen oder Sachen gefährdet, haftet, wenn diese Gefahr sich verwirklicht, so, als wäre ihm der Mangel bekannt, es sei denn, er beweist, daß der Mangel weder auf einen eigenen Fehler noch auf den eines Dritten, der in seinem Auftrag in Bezug auf das Erzeugnis tätig war, noch auf ein Versagen von ihm verwendeter Hilfsmittel zurückzuführen ist."

Damit wären wichtige Elemente einer „*strict liability*" in die Produktenhaftung eingebaut. Daß man im übrigen aber an dem Erfordernis der Verletzung deliktsrechtlicher Sorgfaltspflichten festhält, ist von besonderer Wichtigkeit für die Behandlung der sogenannten *Entwicklungsgefahren.* Es geht um die Frage, ob der Hersteller haften soll, wenn ein sorgfältig entwickeltes und getestetes Produkt, das nach dem gegenwärtigen Stande von Wissenschaft und Technik im Zeitpunkt des Inverkehrbringens unschädlich schien, später als schädlich erkannt wird oder nicht vorhersehbare Schadenswirkungen hervorruft.

Eine solche Haftung wird zwar nach dem Urteil des Bundesgerichtshofs im Bremsenneukonstruktionsfall[8] dann bejaht, wenn Zweifel bestehen, ob es sich um einen Konstruktions-, Rezept- oder Entwicklungsfehler handelt, der hätte vorhergesehen und vermieden werden können, und sich das Unternehmen nicht entlasten, den Beweis, daß keinerlei Verschulden vorlag, nicht führen kann. Lag es aber wirklich so, daß bei Entwicklung und Erprobung des neuen Produktes alles Erforderliche geschehen ist und nach dem Stande von Wissenschaft und Technik mit den dann später

[7] Ontwerp voor een nieuw Burgerlijk Wetbook (1961) Art. 6.3.13.
[8] vgl. oben Anm. 6.

aufgetretenen Schadensfolgen in keiner Weise gerechnet werden konnte, dann kommt eine Haftung nicht in Betracht.

Eine Haftung für solche Entwicklungsrisiken wird überwiegend als völlig unkalkulierbar und daher nicht versicherbar auch rechtspolitisch abgelehnt. Wenn heute in den USA an Lungenkrebs Erkrankte Schadenersatzklagen gegen Zigarettenfabriken erheben, deren Marke sie geraucht haben, so hat das mit dem gebotenen Konsumentenschutz nichts mehr zu tun.

Bisweilen wird freilich auch im Schrifttum geltend gemacht, es könne nicht hingenommen werden, daß ein Unternehmen zunächst an einem Medikament verdiene und sich dann, wenn überraschende Schäden auftreten, auf den Standpunkt stellen dürfe, diese Schäden gingen es nichts an. Aber die Haftung für ein gar nicht kalkulierbares Risiko würde jedenfalls die kleinen Betriebe aus dem Wettbewerb ausschalten. Die echten Entwicklungsgefahren müssen als Risiken der Allgemeinheit behandelt werden. Man denke an die „Pille", also an die kontrazeptiven Mittel, im Grunde ein Massenexperiment, denn eine derartige langzeitige Dauerverwendung von Medikamenten solcher Art hat es wohl bisher nie gegeben, und sie kann bisher auch gar nicht in dieser Dauerverwendung getestet sein. Ergeben sich also nach Jahren Schäden ganz unvorhergesehener Art, so kann man das kaum als das Risiko der pharmazeutischen Industrie behandeln. Im übrigen hat nicht nur diese an den Mitteln verdient, sondern ebenso viele andere, etwa Ärzte und Apotheken. Man mag versuchen, für Entwicklungsrisiken in anderer Weise Vorsorge zu treffen, etwa durch die Bildung von Fonds oder Eingreifen der Öffentlichen Hand. Eine haftungsrechtliche Risikobelastung kommt aber nicht in Betracht.

Das Festhalten an der deliktsrechtlichen Grundlage der Produktenhaftung ist zugleich von größter Bedeutung für Art und Umfang der zu ersetzenden Schäden. Die Haftung beschränkt sich nach § 823 Abs. 1 und 2 BGB auf Unfallschäden an Körper, Gesundheit und Eigentum. Vermögensschäden werden nur ersetzt, soweit sie Folgeschäden solcher Verletzungen sind. Ersatz für *primäre Vermögensschäden*, für „commercial loss" und enttäuschte Verwendungserwartungen, kann dagegen unter dem Gesichtspunkt der Produktenhaftpflicht nicht verlangt werden.

In den USA war die drohende Ausdehnung der Produktenhaftpflicht auf „commercial loss" eine zeitlang eine der Hauptsorgen in der Entwicklung der „products liability". Seit dem Dictum von Chief Justice Traynor vom kalifornischen Supreme Court im Seely Case von 1965[9] darf aber wohl als entschieden angesehen werden, daß die Einbeziehung von „loss of the bargain", von „commercial loss" in die Produktenhaftpflicht abzulehnen ist. Der Käufer eines defekten Lastwagens klagte direkt gegen den Hersteller wegen

[9] Seely v. White Motor Co., Supreme Court of California, (1965) 63 Cal. 2d 9, 403 P.2d 145.

Betriebsverlusten durch Unverwendbarkeit des Wagens und wegen der an den Zwischenhändler geleisteten Anzahlung, die nicht wieder zurückzubekommen war. Unter dem Gesichtspunkt von „products liability" konnten derartige Ersatzforderungen nicht geltend gemacht werden. Dies ist reiner Geschäfts- oder Vertragsverlust. In dem Urteil von Traynor heißt es:

„The distinction that the law has drawn between tort recovery for physical injuries and warranty recovery for economic loss is not arbitrary and does not rest on the „luck" of one plaintiff in having an accident causing physical injury. The distinction rests, rather, on an understanding of the nature of the responsibility a manufacturer must undertake in distributing his products. He can appropriately be held liable for physical injuries caused by defects by requiring his goods to match a standard of safety defined in terms of conditions that create unreasonable risks of harm. He cannot be held for the level of performance of his products in the consumer's business unless he agrees that the product was designed to meet the consumer's demands. A consumer should not be charged at the will of the manufacturer with bearing the risk of physical injury when he buys a product on the market. He can, however, be fairly charged with the risk that the product will not match his economic expectations unless the manufacturer agrees that it will. Even in actions for negligence, a manufacturer's liability is limited to damages for physical injuries and there is no recovery for economic loss alone."

Diese Erwägungen sind auch für das deutsche Recht zutreffend.[10] Es geht bei der Herausbildung der Haftung des Warenherstellers als „strict liability" oder als Einstehen für die Verletzung von Verkehrssicherungspflichten um die Regelung des Unfallrisikos aus fehlerhaften Produkten. Dieses Unfallrisiko soll vom Hersteller der Ware getragen und gegebenenfalls versichert werden, es soll Bestandteil der Kosten der Herstellung und des Vertriebes der Ware sein. Ob dieses Risiko auf die Kunden überwälzt und damit auf den großen Kreis der an dem Produkt interessierten Konsumenten verteilt werden kann, hängt von der Marktlage ab. Verneinendenfalls muß die Herstellung dieses Produkts geändert oder eingestellt werden. Jedenfalls aber muß ausgeschlossen werden, daß das Unfallrisiko auf dem einzelnen zufällig von ihm getroffenen Konsumenten hängen bleibt.

Ganz anders liegt es bei enttäuschten Verwendungserwartungen. Welchen Verwendungszwecken die Ware dienen, wofür sie geeignet sein soll und welche Qualitäten sie danach haben muß, ist eine Frage der Festlegung in dem einzelnen Kaufvertrag. Ein Ersatzanspruch wegen Vermögensschadens infolge enttäuschter Verwendungserwartungen ist also allein auf den Kaufvertrag zu stützen. Entstehen Betriebsausfallschäden, weil das Produkt im Herstellungsprozeß

[10] In diesem Sinne insbesondere *Lorenz*, ZfHWR 133 (1970) 299 und RabelsZ 34 (1970) 14 (36, 40).

nicht verwendet werden kann, oder entstehen Gewinnausfälle, weil es sich nicht in der gewünschten Weise verarbeiten und veräussern läßt, so ist das eine Problematik, die sich nur aus den Verhältnissen des Betriebes des Erwerbers beurteilen läßt. Eine Betriebsausfallversicherung, die diese Risiken abdeckt, kann vernünftigerweise nur von der Käuferfirma genommen und über den Preis ihrer Produkte auf deren Kunden überwälzt werden. Betriebsausfall und Gewinnentgang sind Schäden, die sich nach ihrem Umfang und ihrer Berechtigung nur aus dem Vertrage mit dem Vormann beurteilen lassen. Werden die Ergebnisse einer Forschungsexpedition beeinträchtigt oder vereitelt, weil das benutzte Filmmaterial den Anforderungen nicht entsprach, mißraten aktuelle Aufnahmen eines Filmreporters oder Pressephotographen aus entsprechendem Grunde, so geht es um Verwendungsinteressen, für die man sich von seinem Verkäufer entsprechende Garantien geben lassen muß.

Ein unmittelbarer Durchgriff auf die Herstellerfirma mag bei spezieller Form der Werbung und der vom Hersteller mit der Marke verbundenen Garantie einmal möglich sein. Dann mußte diese aber so gestaltet sein, daß man sich auf sie verlassen und deshalb davon absehen durfte, sich von dem Verkäufer der Ware selbst entsprechende Zusicherungen geben zu lassen und dessen Solvenz zu prüfen.[11] Das sind dann aber ausnahmsweise Erstreckungen der Vertragshaftung und keine Fälle der Produktenhaftpflicht in dem hier erörterten Sinn.

Im Hühnerpestimpfstoffurteil[12] hat der deutsche Bundesgerichtshof auch die Forderung einer angemessenen Entschädigung zum Ausgleich der Geschäftsschädigung zugebilligt, die der Farminhaberin durch den Ausbruch der Pest in ihrer Farm und die behördlich angeordnete Sperre entstanden sei. Es ist bedauert worden, daß der Bundesgerichtshof das nicht näher begründet hat.[13] Man befürchtet, daß damit im Bereich der Produktenhaftung auch der Ersatz von Betriebsausfallschaden und sonstigen primären Vermögensschäden angebahnt werde. Wenn ich recht sehe, ist das jedoch nicht der Fall, da hier die Betriebsausfallschäden *Folgeschäden* der Infizierung der Hühner und damit einer Eigentumsver-

---

[11] So vielleicht in den bekannten amerikanischen Entscheidungen über die Haftung des von dem Verkäufer verschiedenen Herstellers für „commercial loss": Randy Knitwear, Inc. v. American Cyanamid Co. (1962) 11 N.Y. 2d 5, 181 N.E. 2d 399, 226 N.Y.S. 2d 363 und Santor v. Karagheusian Inc. (1965) 44 N.J. 52, 207 A. 2d 305. Verwandt ist die Entscheidung des deutschen Bundesgerichtshofs im „Trevira — Fall" (BGH vom 21. Juni 1967, BGHZ 48, 118). Hier wurde die Werbung des Herstellers zwar als Zusicherungsgrundlage angesehen, die Klage richtete sich aber nicht gegen den Hersteller sondern gegen den unmittelbaren Vormann und Vertragspartner des Geschädigten (vgl. zu diesem Fall auch die Stellungnahme in der Hühnerpestimpfstoffentscheidung BGHZ 51, 91 (100)).

[12] oben Anm. 2.

[13] *Deutsch*, JZ 1969, 391 (393); *Lorenz*, RabelsZ 34 (1970) 14 (36).

letzung (§ 823 Abs. 1 BGB) waren. Als solche sind sie aber ohne weiteres ersatzfähig.

Es gibt jedoch zwei andersgeartete Fallgruppen, in denen der Verletzte Vermögensbelastungen im Zusammenhang der Produktenhaftpflicht liquidieren kann, ohne daß mit der Anerkennung dieser Fälle eine Erstreckung der Produktenhaftung auf primäre Vermögensschäden im Sinne von „commercial loss" oder „loss of the bargain" zu befürchten wäre:

Einmal geht es um *Haftpflichtbelastungen,* in die der Benutzer eines fehlerhaften Produktes hineingeraten kann. Der Käufer eines Autos erleidet mit diesem einen Unfall, weil die Bremsen auf Grund eines Konstruktions- oder Fabrikationsfehlers versagen. Dabei wird ein Dritter verletzt, wofür der Käufer auf Grund der Gefährdungshaftung des Autohalters (§ 7 Straßenverkehrsgesetz) haftet. Da aber der Hersteller des Autos dem Dritten als „bystander" kraft „products liability" ebenfalls haftet, kann der Autohalter wegen gesamtschuldnerischen Zusammentreffens der beiden Haftungen gemäß §§ 840, 426, 254 BGB Rückgriff nehmen. Er erlangt auf diese Weise je nach dem Anteil seiner Mitverantwortung ganz oder teilweise Ersatz, ohne daß man die Produktenhaftpflicht auf bloße Vermögensschäden auszudehnen brauchte.

Weiter geht es um *Kosten der Schadensabwehr* oder der Schadensminderung.[14] Soweit sie bei bereits eingetretenen Verletzungen aufgewandt werden, sind sie als Folgeschäden zweifelsfrei zu ersetzen. Werden aber verseuchte Nahrungsmittel oder erkranktes Vieh geliefert, die die gesunden Vorräte oder Viehbestände des Käufers anzustecken drohen, so werden die von diesem für Impfung, Desinfektion oder andere Vorbeugungsmaßnahmen aufgewandten Beträge auch dann zu ersetzen sein, wenn Verderb und Erkrankung damit haben vermieden werden können. Die durch eine konkrete Gefährdung veranlaßten Rettungskosten müssen den Folgeschäden einer Verletzung gleichgestellt werden.

Für die Rechtsprechung allein ohne Eingreifen des Gesetzgebers kaum zu lösen sind die Probleme, die sich aus der Haftung des *Zulieferers* oder eines sonstigen an der Herstellung des Produktes beteiligten *selbständigen Mitarbeiters* ergeben. Die Sorgfaltspflichten und damit die Haftung bei Fehlern in der Zulieferung oder im sonstigen Leistungsbeitrag treffen auch diese. Der Hersteller des Gesamtprodukts („assembler") haftet für die Zulieferfirma als „independent contractor" nicht. Nur wenn ihn selbst ein Verschulden trifft, kann er in Anspruch genommen werden. Prüfungen, die Sache des Zulieferers sind, braucht der Hersteller nicht seinerseits vorzunehmen. Er wird es technisch vielfach auch gar nicht können. Im oben erörterten Schubstrebenfall[15] war der

---

[14] Vgl. zu dieser Problematik *Esser*, Schuldrecht I, 4. Aufl. 1960, § 42 I 3.

[15] Vgl. oben Anm. 5.

Zulieferer in Anspruch genommen worden, da dem Autohersteller selbst offenbar kein Versagen vorzuwerfen war.

Für den Zulieferer bedeutet nun aber eine solche Haftung, daß in einem unter Umständen geringwertigen Werkstück, an dem er kaum etwas verdient, je nach der ihm vielleicht gar nicht bekannten Verwendung im Endprodukt ein unverhältnismäßig hohes Haftungsrisiko stecken kann. Die Marktstellung der Zulieferindustrie ist in aller Regel auch zu schwach, als daß sie vertraglich von dem von ihr belieferten Endhersteller eine angemessene Haftungseinschränkung und eine entsprechende Freistellungszusage zu erlangen vermöchte. Nur der Gesetzgeber könnte eine „Kanalisierung" der Haftung auf den Hersteller des Endproduktes herbeiführen und auf diesem Wege die „Versicherungspyramide", den Zwang zur Mehrfachversicherung des gleichen Risikos durch die verschiedenen in den Produktionsweg eines Erzeugnisses eingeschalteten Firmen, vermeiden.

Die Fragen sind kürzlich in einem etwas ungewöhnlichen Fall der „Produktenhaftpflicht", den der Bundesgerichtshof zu entscheiden hatte, sehr anschaulich geworden. Zu entscheiden war, ob ein Verleger für einen Druckfehler in einem medizinischen Nachschlagewerk haftete, der zu einer ärztlichen Fehlbehandlung geführt hatte.[16] In einem Diagramm für einen Diabetestest mittels Infusion einer Kochsalzlösung war ein Komma vergessen worden. Der behandelnde Arzt hatte daraufhin statt einer 2,5 % igen eine 25 % ige Kochsalzlösung injiziert. Dabei wurde der Patient bewußtlos und konnte nur mit Mühe gerettet werden. Es ging einmal um die Frage, ob ein Arzt, der ein solches Handbuch benutzt, auf die Freiheit von solchen Druckfehlern vertraut und vertrauen darf, ob das Vorhandensein eines einzelnen solchen Druckfehlers also überhaupt als vorwerfbarer Sorgfaltsverstoß gewertet werden kann. Der Bundesgerichtshof hat das verneint. Aber es spricht viel dafür, daß jedenfalls bei bestimmten medizinischen Nachschlagewerken die Genauigkeit und absolute Zuverlässigkeit eines Präzisionsinstruments verlangt werden muß. Das Hauptgewicht der Entscheidung lag aber bei der Frage, ob der Verlag für den Autor, dessen Aufgabe es war, die Korrekturen zu lesen, einstehen muß. Das wurde verneint, weil der Verfasser des Handbuchs als selbständiger Wissenschaftler beim Lesen der Korrekturen nicht als „Gehilfe" des Verlegers angesehen werden dürfe. Zum mindesten rechtspolitisch spricht mehr dafür, den Verleger für den Autor haften zu lassen.[17] Aber die Rechtsprechung ist bei solcher Zurechnung des Versagens von Zulieferern und selbständigen Mitarbeitern wohl überfordert.

---

[16] BGH vom 7. Juli 1970, NJW 1970, 1963 = JZ 1971, 63 mit Anm. von *Deutsch*.

[17] In diesem Sinne auch *Deutsch* a.a.O.

HOVIOIKEUKSIEN TOIMINTATILAT

TAUNO ELLILÄ

Voidakseen toimia kunnolla ja täydellä teholla sekä oikeudenhoidon arvon mukaisesti hovioikeutemme tarvitsevat tarkoituksenmukaisia ja nykyaikaisia *tuomioistuinrakennuksia* ja *sisätiloja.*

Nykyinen olotila on ollut lisääntyvistä työruuhkista huolimatta yleensä vielä siedettävä, mutta eri hovioikeuksien taholta ja äskettäin Suomen hovioikeuksien tuomariyhdistyksen kirjelmässä on oikeusministeriön huomiota kiinnitetty hovioikeuksien toiminnan ulkoisten mahdollisuuksien tuntuvaan parantamiseen, kun oleellisia muutoksia on tapahtunut ja lisää lähiaikoina tullee tapahtumaan.

Vanhimmat hovioikeutemme, Turun ja Vaasan hovioikeudet, toimivat vanhoissa rakennuksissa. Itä-Suomen hovioikeus on aluksi Kuopiossa vanhassa huonekalutehtaan rakennuksessa toimittuaan saanut vuonna 1968 uuden, vartavastaiseksi hovioikeustaloksi rakennetun talonsa. Uusin, Helsingin hovioikeus, toimii Helsingissä Kaivopuiston tyvessä sijaitsevassa, alkujaan yksityisiin tarkoituksiin rakennetussa »marmoripalatsissa».

Hovioikeuksien asioiden käsittely on muutoksenhakuasioissa näihin asti ollut valtaluonteeltaan kirjallista menettelyä, mikä seikka osaltaan on auttanut toimeen tulemista nykyisin rakennuksin ja istuntosalein. Milloin hovioikeudet ovat käsitelleet ensimmäisenä oikeusasteena niille kuuluvia rikosasioita, niin tilan ahtautta on välistä esiintynyt näissä sinänsä harvemmin esiintyvissä jutuissa, erityisesti Helsingin hovioikeudessa, jossa nykyisin voimassa olevien säännösten mukaan käsitellään enin osa korkeampien virkamiesten virkasyytejuttuja.

Ruotsissa on universaaliseen tapaan jo siirrytty hovioikeusmenettelyssä pääsääntöisesti *suulliseen menettelymuotoon,* jossa pääsevät oikeuksiinsa useat muutkin modernin prosessin pääperiaatteet, kuten julkisuus-, välittömyys- ja keskitysperiaatteet. Ruotsista saadut kokemukset — samoin myös muiden sivistysvaltioiden kokemukset — osoittavat, että näin uudenaikaiseksi järjestetty ylioikeusprosessi on omiaan lisäämään kansalaisten luottamusta tuomioistuinlaitosta ja oikeudenhoitotoimintaa kohtaan. Meillä Suomessakin on viime aikoina useilta tahoilta, myös oikeusminis-

terin eduskunnalle antamin ennakkoselostuksin (kevätkaudella 1971), valotettu näkökohtia, linjoja ja pääpiirteittäisiä suunnitelmia hovioikeusmenettelyn uudistamiseksi moderniin tapaan suulliseksi ja julkiseksi, tietyin järkeväsuhtaisin rajoituksin. Omalta kohdaltani olen ollut sitä mieltä, että suullisuus ja julkisuus olisivat lähtökohtasääntöinä ja sitten tarkemmin säädettäisiin ne tapausryhmät, joissa voitaisiin edelleenkin tyytyä kirjalliseen menettelymuotoon. Meillä ei olisi mentävä niin pitkälle kuin Ruotsin uudessa oikeudenkäymiskaaressa on tehty, vaan suullinen olisi käsittely ainoastaan silloin kun lähinnä jutun todistelupuolen kannalta se olisi tarpeellista.

Suullisvaltaiseen hovioikeusmenettelyyn siirryttäessä Suomessa mielestäni tarvitaan ensinnäkin *nykyisten hovioikeuksien ulkoisten toimintamahdollisuuksien tuntuvaa parannusta* ja lisäksi myös *muutaman uuden hovioikeuden perustamista.* Sivuutan tässä yhteydessä ne kysymysryhmät, joita liittyy uusien hovioikeuksien perustamissuunnitteluihin, mutta ohjelmanluontoisesti korostan kuitenkin sitä, että juuri uusia oikeustaloja suunniteltaessa ja rakennettaessa olisi huolellisesti mietittävä, mitä oikeustalolta tarkoituksenmukaisesti vaaditaan. Oikeustalo olisi nimittäin alun perin rakennettava mahdollisimman hyvin nimenomaan oikeudenkäynnillisiä toimintoja palvelevaksi ja tarpeeksi tilavaksi ottamalla huomioon oikeuslaitoksen kehityssuunnitelmat myös rakennuksen toimintatilojen osalta (huoneluvut ja -koot jne).

Nykyisten hovioikeuksien tilan tarve tulisi uudistuksen jälkeen huomattavasti suurentumaan ja sen vaatimiin lisätöihin olisi jo ajoissa ryhdyttävä. On tietysti vaikeaa tarkkaan arvioida, mitä laajennuksia ja lisäyksiä tai uusia rakennuksia tarvitaan. Tarkoituksenani ei tässä ole yksityiskohtaisen suunnitelman esittäminen, vaan ainoastaan käytännön tarpeiden tyydyttämisen korostaminen yleensä. Mutta yhtenä vakavasti otettavana ennusteena saanee pitää hovioikeuksien tuomariyhdistyksen vereksintä ilmoitusta oikeusministeriölle (1971), että lisätiloja tarvittaisiin ottamalla huomioon, että uusia hovioikeuden jaostoja tulisi saada Turun hovioikeuteen kolme, Vaasan ja Itä-Suomen hovioikeuksiin kumpaankin kaksi sekä Helsingin hovioikeuteen neljä. — Itse katson, että vaikka meillä — ehkä perättäisesti — tullaan perustamaan uusiakin hovioikeuksia, niin silti ennestään toiminnassa olevat hovioikeudet tarvitsevat jaostojen vahvennusta. — Tietysti uusien jaostojen perustaminen ja uusien hovioikeuksien aikaansaaminen vaatii lisääntyneitä määrärahoja valtion kannalta. Mutta yksityisten kansalaisten kannalta helpotettu ja nopeutettu pääsy oikeussuojatulokseen on niin tärkeää, että siihen on varoja uhrattava.

Hovioikeustuomarien mielestä — heitä on hovioikeuksissa tätä nykyä yhteensä 170 — hovioikeuden jokainen osasto tarvitsisi oman *istuntosalinsa.* Mitä tulee istuntosalien kokoon, niin olisi vältettävä niiden rakentamista liian pieniksi ja mataliksi. Itä-Suomen hovioikeuden jaostojen istuntohuoneisiin tutustuessa jo ulko-

puolinen havaitsee ja siellä toimivat jäsenet sitäkin paremmin ovat saaneet tuntea, että istuntohuoneet ovat jääneet liian ahtaiksi, ilmatilan ollessa riittämätön jo noin 3 tunnin yhtämittaisen istunnon pidon jälkeen. Yleisötiloja ei sielläkään ole juuri lainkaan. — Itä-Suomen hovioikeuteen on kyllä rakennettu yksi vartavastinen suullisten käsittelyjen istuntohuone. Mutta se on jäänyt pinta-alaltaan liian pieneksi sekä korkeudeltaan kovin matalaksi. Tätä epäkohtaa olisi vältettävä uusia oikeustaloja suunniteltaessa. Tässä tarvitaan paljonkin tuomarillista asiantuntijan silmää eikä ainoastaan arkkitehdin näkemystä: molempien yhteissuunnittelua.

Lisäksi hovioikeustuomarit ovat ehdottaneet, että hovioikeustalossa tulisi olla neuvotteluhuone, syyttäjän huone, asianajajain ja todistajien huoneita sekä yhteisiä sosiaalitiloja, kirjasto-, arkistoja kansliahuoneita ym. Näitä esityksiä on pyrittävä kaikin tavoin tukemaan. — Suullisten käsittelyjen lisääntyessä olisi oltava sopivaa tilaa erityisesti myös vangin tahi useiden vangittujen istunnonaikaisena säilytystilana.

Kohtuuton ei ole vaatimus, että jokaisella hovioikeuden tuomarilla tulisi olla oma työhuoneensa. Esittelijöillä niin ikään pitäisi olla nykyistä paremmat työskentelymahdollisuudet. Sihteeri ja kanneviskaali apulaisineen tarvitsevat tietenkin lisätilaa työmäärien jatkuvasti lisääntyessä. Muullekin virka- ja palveluskunnalle olisi varattava tarkoituksenmukaiset työtilat.

Hovioikeuksilla on jo tätä nykyä suuri merkitys *ennakkotapausten* antajina, kun hyvin monet asiat jäävät joko lain evätessä muutoksenhaun tai asianosaisten tyytyessä päätökseen juuri hovioikeusratkaisujen varaan. Hovioikeuksillamme tulisi olla ei ainostaan juttujen kerta kerralta oikein ratkaisemisen kannalta vaan hyvien prejudikaattien saamisen kannalta ylioikeuden arvon mukaiset *oikeustapauskokoelmansa* ja *kirjastonsa*. Kyllähän meillä on hovioikeuskirjastoja ja niille määrätyt huolehtijansa (tavallisesti joku jäsenistä tai esittelijöistä jonkinlaista lisäpalkkiota vastaan). Mutta yleensä valitetaan kirjojen hankkimiseen tarkoitettujen määrärahojen pienuutta. Sopivia uushankintakohteita hovioikeuden kirjastonhoitaja voi saada oikeusalan ammattilehdistä ja myös Eduskunnan kirjaston perusteelliset hankintaluettelot antavat ohjausta uutuuksien löytämiseen, erityisesti myös ulkomaisten siviili-, rikos- ja prosessioikeudellisten lakiehdotusten käsiinsaamiseen. Kyllähän hovioikeuksien jäsenillä ja esittelijöillä on omia oikeusalan kirjoja ja lakien virallisvalmistelutöitä, mutta on kohtuutonta vaatia, että he aina itse hankkisivat tarvittavaa kirjallisuutta, kun juridiikan alalta ilmestyy niin paljon kirjoja ja kun erikoisteoksia monikaan ei itse usein tarvitse. Jonkin suuren jutun selvittämisessä olisi eduksi saada käyttää hovioikeuden kirjastoon hankittua, juuri jutun alan erikoissäännöksiä valaisevaa kirjallisuutta. Esittelijä voisi esittelymemoriaalissaan tällaiseenkin kirjallisuuteen viitata ja jäsenet voisivat tarvittaessa vielä itsekin tarkistaa viitattuja lähdekohtia. Hovioikeuskirjaston käyttöä ja juttujen oikeudellisen puolen tut-

kintaa mielestäni edistäisi huomattavasti se, että hovioikeuksiin saataisiin erityisiä tutkimussihteerejä (tietysti samaa tarvetta on myös ylimmissä tuomioistuimissamme KKO:ssa ja KHO:ssa).

Hovioikeuksissamme on kyllä ennestäänkin omia prejudikaattikokoelmia. Mutta niitä voitaisiin täydentää ja monipuolistaa ja niiden tulisi olla asiantuntevasti järjestettyjä ja mieluummin erityisiin hakutelineisiin sijoitettuja. Ulkomaisista järjestelyistä saisi meille sopivaa mallia. Näidenkin kokoelmien sijoittamiseen olisi meillä varattava uusissa hovioikeuksissa — ja mahdollisuuksien mukaan myös nykyisissä hovioikeuksissa — tarpeeksi tilaa, mikä lisäisi kokoelmien käytettävyyttä.

Prejudikaattikokoelmien ja kirjastojen lähiyhteyteen olisi järjestettävä tarpeellisia työskentelypöytiä ja istuimia.

Käydessäni hovioikeuskirjastoissa ja saatuani niistä muutoinkin tietoja olen pannut merkille, että niissä on erinäisiä harvinaisia, ehkä maassamme ainutlaatuisiakin teoksia sekä virallisjulkaisuja. Kirjastojen teokset ovat yleensä vankasti sidottuja, ja esim. Helsingin hovioikeuden kirjaston kirjojen ulkoasusta on jopa ulkomaalainen hovioikeudessa kävijä antanut kiittävän lausunnon. Mutta tilanahtautta potevat hovioikeuden kirjastotkin.

Kysellessäni useilta hovioikeuksien jäseniltä ja virkamiehiltä kirjastojen käyttöön kuuluvista seikoista sain sen kuvan, että kommentaarimuotoisista hakuteoksista saa nopeimmin vastauksen haluttuun kysymykseen. Niin ikään pidettiin tärkeänä tutustumismahdollisuutta saman alan ruotsalaisiin teoksiin ja virallisjulkaisuihin (etenkin seikkaperäisiin lakiehdotuksiin ja komiteanmietintöihin).

Suositeltavana pitäisin sitä, että jokaisella hovioikeuden jaostolla olisi pöydällään tai lähikaapissa käsiin saatavissa lakikirjojen lisäksi tietty määrä kaikkein tärkeintä juridista kirjallisuutta, josta nopeasti saisi vaikka istunnon aikana tarkistuksen tai vastauksen johonkin kysymykseen.

Kun ulkomailla suunnitellaan kaikinpuolista tuomioistuinlaitoksen uudistamista, on erityisesti kiinnitetty huomiota tuomioistuinten omien kirjastojen aikaansaamiseen, järjestämiseen ja jatkuvaan täydentämiseen. Tähän puoleen olen Suomenkin osalta edellä tahtonut huomiota kiinnitettäväksi.

Hovioikeustalo on tarkoituksenmukaisin silloin, kun se alun perin on suunniteltu juuri omaan tarkoitukseensa ja suunnittelussa on onnistuttu. Kuopion uutta hovioikeustaloa onkin mielestäni pidettävä saavutuksena tuomioistuinlaitoksemme kehittämisessä. Ja tuon talon yhteydessä toimivat nykyisin myös tuomiokunnan kanslia ja Itä-Suomen vesioikeus. Tosin siinä on ilmennyt myös puutteitakin, joita olisi vastaisuudessa vältettävä. Talon ulkoasu ei mielestäni ole onnistunut. Muutamat kuopiolaiset hovioikeudenneuvokset sanoivat, että talo näyttää ulkoapäin enemmän melkeinpä sotilaalliselta sementtibunkkerilta kuin laaja-alueisen yli-
oikeuden rakennukselta, jolta odottaisi jonkin verran juhlavuuttakin

tarkoituksenmukaisuuden lisäksi. Kun itse olen kaupungilta lähestynyt tuota uutta hovioikeustaloa, niin en ole välttynyt vaikutelmalta, että siinä on pikemminkin suuren liikeyhtymän lujasti rakennettu varastotalo kuin ylioikeuden palatsi. Mutta talon sisätilat ovat uusasialliset ja — sikäli kuin maallikkona olen asioita katsellut — hyvin rakennetut. Sisääntuloaula on kaunis ja uutuutena, hyvin tarpeellisena, on eräitä sellaisia työhuonetiloja — mm. sosiaalitiloja — joita ei vanhemmissa hovioikeustaloissamme ole. Erikoisuutena, mutta toivottavasti myös käytännöllisenä uutuutena, Itä-Suomen hovioikeudessa on siirrettävät arkistohyllyt, joilla ehkä ajatellaan säästettävän tilaakin. Epäkohdilta tuntuu — ja niin ilmoittavat tuntevansa hovioikeustuomarit itsekin — huoneiden ja käytävien liiallinen mataluus. Tässä suhteessa olisi pitänyt kysyä enemmän hovioikeustuomarien mielipidettä, ja tulevaisuudessa on oikeusministeriönkin syytä välttää samaa epäkohtaa uusissa oikeustaloissa. Lisäksi on huomattu, että Itä-Suomen hovioikeudessa on jo nyt tilan ahtaus, ja lisätiloja onkin jo toivottu. Yleisesti ja asiantuntevasti pidetään suullisten käsittelyjen huonetta liian pienenä ja matalana.

Hovioikeustaloissa olisi tulevaisuudessa varattava riittävästi tiloja myös erilaisten nykyaikaisten konttori- ja työskentelykoneiden sekä tarpeellisten välineiden sijoittamiseen. Niiden avulla edistetään hovioikeuden työn rationalisointia ja nopeuttamista.

Hovioikeuksien sisätilojen järjestelyissä olisi meillä kiinnitettävä nykyistä paljon enemmän huomiota siihen, että menettelymuodon kehittyessä suullisvaltaisemmaksi ja julkiseksi myös yleisölle varataan riittävästi tilaa ja tarpeelliset penkit tai tuolit oikeudenkäyntien seuraamista varten. Hyvin järjestetyt yleisön tilat ovat ulkomailla tavallisia. Yleisöjulkisuusperiaate ei toteudu ilman käytännöllisiä mahdollisuuksia. Nyt esim. Itä-Suomen hovioikeuden suullisten käsittelyjen huoneeseen ei mahdu yleisöä juuri lainkaan. Helsingin hovioikeudessa on tämä puoli jo paremmassa järjestyksessä, ja siltä pohjalta olisi sisätilajärjestelyjä kehitettävä uusia hovioikeustaloja rakennettaessa tulevaisuudessa. Kun aikoinaan tutustuin Oslossa toimivaan ylioikeuteen, niin siellä oli yleisötiloja riittävästi ja yleisöä opastettiin istunnon seuraamiseen kohteliaalla ja asianmukaisella tavalla, mikä varmaan osaltaan edistää yleisön käsitysten oikeaan suuntaan kehittymistä tuomioistuinlaitoksen toiminnasta.

Nykyisin toimivien hovioikeuksien kohdalla on edellä korostetusti tullut tilanpuute kaikkein huutavin Helsingin hovioikeudessa. Hovioikeuden tuomarien mielestä siellä joudutaan työskentelemään — jutturuuhkien lisääntyessä ja jättiläisjuttuja käsittelemään jouduttaessa — melkein sietämättömissä ulkoisissa olosuhteissa. Tästä on äskettäin nimenomaan huomautettu hovioikeustuomarien kirjelmässä oikeusministeriölle. Käydessäni Helsingin hovioikeudessa olen itsekin todennut nykytilojen puutteellisuudet. Niinpä esim. on jokin valiokunta työskennellyt rappukäytävän tasanteella, mikä ei ole asianmukaista eikä saata tapahtua ilman ulkoista häiriötä.

Työhuoneiden puute on käsittämätön. Itse hovioikeustalo on kyllä arvokas, jyhkeän kaunis, mutta talolla ei ole tarpeellista kokoa hovioikeuden toiminnan valtavan kasvun johdosta ja sisätilat ovat käyneet armottoman pieniksi. Toivottavaa olisi, että tässä suhteessa valtiovalta yrittäisi aikaansaada parannuksia aivan ensi tilassa.

Vanhimmat hovioikeustalot Turussa ja Vaasassa ovat ulkoisen arvokkuuden puolesta mainittavia. Huoneita ei liika mataluus rasita.

Suomen tuomioistuinten toiminnassa ja ulkoisissa olosuhteissa on tietysti pääasiana tuomioistuinten toiminnan moitteettomasti hoitaminen tuomarien sekä asianosaisten kannalta. Mutta toisaalta olisi tuomioistuinrakennusten ja istuntosalien oltava myös yleisön kannalta tarkoituksenmukaisia ja valtion arvon mukaisia. Ulkomaiset tuomioistuinrakennukset kuuluvat yleensä nähtävyyksien joukkoon. Kun meillä Suomessakin hovioikeuksissa aika ajoin käy ulkomaisia lakimiehiä tai muita asiasta kiinnostuneita, niin meilläkin on kyllä yhtä ja toista heille esiteltävää. Onhan vanhemmilla hovioikeuksillamme jo pitkä historiansakin. Turun hovioikeushan täyttää kohta jo 350 vuotta. Mutta kun uusia hovioikeustaloja ryhdytään suunnittelemaan, niin oikeustalojen ja -salien osalta olisi syytä ottaa huomioon nykyistä vahvasti tilavammat ja »näyttävämmätkin» järjestelyt. Muutoin voi etenkin vieras saada sen käsityksen, ettei Suomi näytä kovinkaan vaalivan oikeuslaitostaan. Valitettavasti meillä Suomessa on tässä suhteessa paljonkin parantamisen varaa. Ehkä ei ole tehty kaikkia tarpeellisia parannusehdotuksiakaan, ja oikeusministeriö, jolle esityksiä on aika ajoin tehty, on monesti valitellut, ettei parannuksiin ole taloudellisia mahdollisuuksia.

Vain melko harvoin on lakimiestenkään keskuudessa puututtu niihin ulkoisiin epäkohtiin, joita tuomioistuinlaitoksemme toiminnassa esiintyy. Tätä taustaa vastaan on mieleeni erityisesti jäänyt se, että hovioikeudenpresidentti *Y. J. Hakulisella*, jolle tämä juhlakirja on omistettu, on ollut silmää ja aikaa havaita parannusta kaipaavia kohtia ja osoittaa linjoja positiiviseen suuntaan. Niinpä hän jo vuosia sitten julkisesti esitti erityisen Helsingin oikeuspalatsin rakentamista. Siihen voitaisiin yhdistää ylimmät helsinkiläiset tuomioistuimemme. Se olisi Hakulisen mukaan oikealla paikallaan, ja kuvastamassa lainkäytön ja lainsäädännön yhteenkuuluvuutta, vastapäätä eduskuntataloamme, nykyisellä aseman alueella. Nykyisin on meillä korkeimmalla oikeudella ja korkeimmalla hallinto-oikeudella kovin ahtaat ja rajoitetut ulkoiset toimintamahdollisuutensa eikä niille kummallekaan ole uutta oikeustaloa aikaansaatu, vaikka muutama vuosi sitten puhuttiin, että KHO saisi oman uudenaikaisen oikeustalonsa. Presidentti Hakulinen on tunnetusti kiinnittänyt huomiotaan myös hovioikeuspiirinsä tuomiokuntien kansliarakennuksiin sekä käräjätiloihin pyrkien aikaansaamaan kohennusta tässäkin suhteessa. Tämä on esimerkillistä toimintaa ja huolehtimista hovioikeuksille kuuluvasta yleisestä

valvonnasta. — Mielestäni myös hovioikeuksien kanneviskaalien sopisi tarkastusmatkojensa yhteydessä kuulostaa tuomarien toivomuksia kansliahuoneistoista ja käräjätaloista sekä aiheen mukaan tehdä omia parannusesityksiään, sillä kaikissa uusimmissa virastotaloissakaan sijaitseville käräjähuoneistoille ei ole täysin onnistuttu aikaansaamaan tarkoituksenmukaisia toimintatiloja.

Valtiovallan olisi tutkittava kaikkia parannusta kaipaavia kohtia sekä suunniteltava asianmukaisia ratkaisuja. Se on valtion arvon mukaista. Se on myös oikeutta hakevien kansalaisten edun mukaista. Se parantaa tuomioistuinten toimintamahdollisuuksia ja lisää kansan luottamusta oikeuslaitosta kohtaan.

Tuomioistuinlaitokselta vaaditaan paljon. Sille on myös annettava mm. parantuneet ulkoiset toiminnan mahdollisuudet.

NÄKÖKOHTIA SAAMISTEN ETUOIKEUSJÄRJESTYKSESTÄ KONKURSSISSA

JOUKO HALILA

Konkurssissa pyritään yleensä noudattamaan velkojien tasa-arvoisuusperiaatetta. Tämän periaatteen mukaisesti olisi konkurssipesän realisoinnista kertyneet varat jaettava konkurssivelkojille suhteellisuusperiaatetta silmällä pitäen silloin, kun varat eivät riitä täyden jako-osuuden maksamiseen kaikille velkojille. Näin ei kuitenkaan ole johdonmukaisesti menetelty. Lukuisille saamistyypeille on näet suotu etuoikeutettu asema konkurssissa tapahtuvassa yleistäytäntöönpanossa.[1]

Myös erityistäytäntöönpanon tietä tapahtuva saamisten pakkoperintä, ulosmittaus, johtaa usein perittävien saamisten väliseen kilpailuun. Kun näin on laita, on myös ulosotto-oikeutta varten ollut säädettävä etuoikeusnormeja.[2] Kun etuoikeussäännöksiä näin ollen on voimassa myös ulosotto-oikeudessa, etuoikeussäännöstö ei ole pelkästään konkurssioikeudellinen vaan yleensä täytäntöönpano-oikeudellinen instituutti.[3] Toiselta puolen voidaan todeta, että etuoikeussäännöstö on kehittynyt parhaasta päästä konkurssimenettelyn sääntelyn yhteydessä. Ja juuri konkurssimenettelyn kannalta etuoikeusjärjestyksen sääntelyn merkitys on erityisen suuri. Seuraavassa esityksessä kiinnitetäänkin päähuomio etuoikeuksiin konkurssissa.[4]

---

[1] Ks. edellisen johdosta esim. *Granfelt*, Suomen konkurssioikeus pääpiirteittäin (1950) s. 61 ss.; *Benckert — Hessler*, Förmånsrättsordningen efter föreläsningar av Benckert. Reviderat och omarbetad av Hessler med tillägg av *Agell* (1968) s. 1 ss.; *Gomard*, Skifteret (1969) s. 151 ss.

[2] Tekstissä lausuttu pitää paikkansa erityisesti silloin, kun kiinteistö on ulosmitattu. Kiinteistön ulosmittausta onkin kuvattu eräänlaiseksi »pienoiskonkurssiksi». Ks. *Tirkkonen*, LM 1954 s. 297.

[3] Täytäntöönpano-oikeudellisena instituuttina on etuoikeussäännöstöä pitänyt mm. *Hakulinen* (Velvoiteoikeus I. Yleiset opit, 1965, s. 41). Ks. myös *Caselius*, DL 1940 s. 141 ss.

[4] Meillä on nimenomaan viime aikoina tähdennetty sitä, ettei konkurssin oikeudenkäyntivaiheessa sovi puuttua ns. separatisteille kuuluviin etuoikeuksiin, koska nämä etuoikeudet ovat erityistäytäntöönpanon piiriin kuuluvia järjestelyitä. Ks. esim. *Tauno Ellilä*, Oikeudenkäynti ja täytäntöönpano (1965) s. 343 s. Separaatio-oikeuksin varmennetun saamisen ja erityistä etuoikeutta konkurssissa nauttivan saamisen välinen raja ei ole irtaimistooikeuden kohdalla täysin selväpiirteinen; tämä seikka ilmenee pidätysoikeuden asemasta etuoikeusjärjestelmässä (KS 32 ja 76 § sekä EOA 3, 5 ja 6 §).

Kun puhutaan etuoikeuden suosimasta saatavasta, lähdetään tavallisesti siitä, että etuoikeudesta olisi hyötyä vain asianomaisen saamisen velkojapuolelle. Tällainen käsitys on kuitenkin yksipuolinen. Etuoikeudet saattavat näet joissakin tapauksissa eräänlaisina vakuuksina helpottaa velallisen luotonsaantimahdollisuuksia. Ja on myös sellaisia etuoikeuksia, joiden perusteeksi on viitattu juuri tähän näkökohtaan.

Etuoikeuksien sääntely on sen varassa, millaisia saamisia lainsäätäjä kussakin maassa ja kunakin ajankohtana haluaa erityisesti turvata. Niinpä onkin ymmärrettävää, että etuoikeusjärjestelmät ovat eri maissa ja eri aikoina huomattavasti poikenneet toisistaan.[5] Roomalaisessa oikeudessa suotiin vuosisatojen kuluessa etuoikeuksia varsin lukuisille saamistyypeille. Tämän johdosta roomalaisen oikeuden etuoikeussäännöstö muodostui myöhempänä keisariaikana sekavaksi ja vaikeakäyttöiseksi viidakoksi. Tämä konkurssin kulkua hankaluuttava ja myös konkurssin tarkoitusta sortava piirre periytyi niihin oikeusjärjestyksiin, joihin roomalainen oikeus ulotti voimakkaimmin vaikutuksensa. Tällaisena oikeusjärjestyksenä on syytä mainita erityisesti vanhempi saksalainen oikeus. Anglosaksilainen oikeus sitä vastoin suhtautui etuoikeuksiin alun pitäen melko vieroksuvasti. Samankaltaisen asenteen omaksui Ranskassa suuren vallankumouksen periaatteisiin soveltuvana Napoleon I:n aikana valmistunut lainsäädäntö, jossa etuoikeusnormit on sijoitettu Code civil'iin. Myöhempinä aikoina ja nimenomaan kuluvalla vuosisadalla näyttää ylimalkaan olleen pyrkimyksenä mahdollisuuksien mukaan supistaa etuoikeuksien piiriä velkojien tasa-arvoisuuden lisäämiseksi.

Viime vuosikymmeninä on kiinnitetty huomiota niihin haitallisiin seuraamuksiin, joita erityisesti konkurssille on runsaista etuoikeuksista.[6] Loukatessaan velkojien tasa-arvoisuutta etuoikeudet tavallisesti pahasti kärjistävät velkojien välisiä ristiriitoja ja siten lisäävät konkurssipesän asioiden hoidossa esille tulevia vaikeuksia. Etuoikeuksista syntyy konkurssin kulkua pitkästyttäviä riitoja ja oikeudenkäyntejäkin. Näitä hankaluuksia on omansa lisäämään etuoikeussäännösten porrastus. Myös akordilainsäädännön kan-

---

[5] Etuoikeuksien historiallisesta kehityksestä ks. erityisesti *Stobbe*, Zur Geschichte des älteren deutschen Konkursprozesses (1888).

[6] Etuoikeuskysymys oli esillä XIV:ssa Pohjoismaisessa lakimieskokouksessa v. 1928, jolloin alustajina olivat professori *Sjöström* Suomesta ja asianajaja *Rørdam* Tanskasta. Alustuksissa ja niiden johdosta käytetyissä puheenvuoroissa kosketeltiin monipuolisesti etuoikeusjärjestelmää. Ks. mainitun kokouksen pöytäkirjaa (Forhandlingerne paa det XIV nordiske Juristmøde) s. 92 ss.

Ks. myös *Erwin Munch-Petersen*, Skifteretten (1956) s. 88 ss.; *Gomard*, mt. s. 151 ss.; *Hagerup — Paulsen*, Konkurs og akkordforhandling (1932) s. 79 ss.; Utsökningsrätt IX. Förmånsrättsordning mm. Förslag av lagberedningen. Statens offentliga utredningar (SOU) 1969: 5, passim, erityisesti s. 39 ss.

nalta etuoikeuksilla on kielteisiä vaikutuksia. Jos näet etuoikeuksia on runsaasti, akordin aikaansaaminen ei ole mielekästä, niin suotava kuin akordi usein saattaisi ollakin. Pakkoakordiin pyrkivä virallismenettely ei näet lainkaan koske sellaisia velkojia, joiden saamisilla on etuoikeus, elleivät he kokonaan tai osaksi luovu tuosta oikeudestaan.[7] — Yhtenä syynä akordien vähäiseen käyttöön maassamme lieneekin etuoikeutettujen saamisten suuri luku meikäläisissä konkursseissa.

Erityisen kiusallisia ja vaarallisiakin ovat kilpaileville velkojille ne saamiset, joilla on yleinen eli kaikkeen velallisen ulosmittauskelpoiseen omaisuuteen ulottuva etuoikeus. Tällainen etuoikeus ei näet ole sivullisten havaittavissa; se muodostaa omalla tavallaan varsin tehokkaan laajalle ulottuvan salaisen vakuuden, joka voi tuottaa muille saamamiehille ikäviä yllätyksiä. Velallisesta on voitu saada kohtalaisen edulliset luottotiedot sen johdosta, ettei yleistä etuoikeutta nauttivista saamisista ole ollut aavistustakaan. Luotonantajat eivät ymmärrettävistä syistä ole olleet suosiollisia etuoikeuksia kohtaan; tämä kriittinen asenne on kohdistunut nimenomaan yleisiin etuoikeuksiin.[8]

Ne etuoikeudet, joiden kohteena on ainoastaan velallisen tietty omaisuus, eli erityiset etuoikeudet eivät yleensä ole velkojien kannalta yhtä ikävän yllätyksellisiä kuin äsken kosketellut yleiset etuoikeudet. Onhan erityisen etuoikeuden perustava tekijä (esim. irtaimistokiinnitys, vuokrasuhde tai ulosmittaus) sentään tavallisesti — ainakin periaatteessa — sivullisen todettavissa jollakin tavoin, joskaan etuoikeuden kohde ei ehkä ole vielä ilman tarvittavia jatkotoimenpiteitä erotettavissa.[9] Omat haittansa on myös erityisillä etuoikeuksilla, joten niidenkin perusteluihin on syytä suhtautua kriittisesti.[10]

Etuoikeuksien vähentämispyrkimys ei kuitenkaan ole kovinkaan helposti toteutettavissa. Totunnaisiksi käyneiden oikeuksien syrjäyttäminen on työlästä, vaikka siihen olisi esitettävissä päteviäkin perusteita. Lisäksi esiintyy jatkuvasti painetta uusien etuoikeuksien perustamiseksi samaan tapaan kuin jo vuosisatojen ajan on ollut. Voidaan myös panna merkille, että etuoikeuden perustaminen samoin kuin jo voimassa olevan etuoikeuden aseman parantaminen

---

[7] Ks. akordilain 16,3, 19,3 ja 33 § sekä KS:n väliaikaisesta muuttamisesta 12. 2. 1932 annetun L:n 93a §:n 4 mom. ja 93c § 1 mom. — Ks. myös *Welamson*, Konkursrätt s. 704 ss.

[8] Ks. *Benckert — Hessler*, mt. s. 4. Vrt. myös *Ripert*, Traité élémentaire de droit commercial II (1961) s. 345.

[9] Ks. *Caselius*, DL 1940 s. 149 s.

[10] Mainittakoon, että useiden maiden konkurssilait ja vastaavasti erilliset etuoikeuslait sääntelevät vain yleisiä etuoikeuksia. Erityisiä etuoikeuksia koskevia säännöksiä on tällöin vain materiaalisoikeudellisissa laeissa. Näin on laita mm. Tanskan konkurssilaissa. Samoin Saksan konkurssijärjestys (Konkursordnung) 61 §.

Ruotsin uusi etuoikeuslaki (förmånsrättslag) vuodelta 1970 sääntelee sekä yleiset että erityiset etuoikeudet.

ovat tavallisesti melko kevyesti toteutettavia lainsäädännöllisiä toimenpiteitä. Uusia etuoikeuksia onkin myös kuluvan vuosisadan aikana syntynyt, ja etuoikeusjärjestyksen muutokset ovat erityisesti viime vuosikymmeninä olleet yleensäkin suhteellisen tavallisia. Tästä tarjoaa esimerkkejä myös Suomen oikeushistoria.[11]

Kansainvälisten kanssakäymisten, erityisesti kaupallisten suhteiden, vilkastuminen on saanut aikaan, että on ryhdytty kiinnittämään huomiota myös pyrkimykseen saada eri maiden etuoikeussäännöstöt mahdollisimman yhdenmukaisiksi. Tämä pyrkimys on saanut konkreettisia muotoja Pohjoismaissa, joissa yhteistoiminta lainvalmistelutyössä eri maiden kesken on muutoinkin tehokkaasti toteutunut.[12] Vaikuttaa kuitenkin jo nyt siltä, ettei Pohjoismaissa onnistuta kovin suurta yhtäläisyyttä etuoikeuksien järjestelyssä saavuttamaan. Yhteisten neuvottelujen pohjalta lähtenyt etuoikeuslainsäädännön uudistustyö on näet kahdessa maassa, Tanskassa ja Ruotsissa, edistynyt jo niin pitkälle, että näissä maissa on voimassa uudet etuoikeussäännöstöt (Tanskassa konkurssilain muutos vuodelta 1969 ja Ruotsissa etuoikeuslaki vuodelta 1970). Nämä säännöstöt poikkeavat kuitenkin melkoisesti toisistaan.[13]

Haettaessa syitä juuri mainittujen lakien erilaisuuteen on ensinnäkin todettava, että erityisten etuoikeuksien sääntely sivuaa huomattavan läheisesti yksityisoikeudellisia järjestelyjä. Kun nämä järjestelyt nimenomaan esineoikeuden piirissä melkoisesti poikkeavat toisistaan, olisi etuoikeuksien yhtenäisen sääntelyn aikaansaamiseksi puututtava myös eräiden materiaalisten instituuttien sisältöön. Näin pitkälle meneviin muutoksiin pelkästään etuoikeuksien yhtenäistämiseksi ei voida hevin mennä.[14] Yleisten etuoikeuksien

---

[11] Ks. esim. etuoikeuslakikomitean mietinnössä I (Komiteanmietintö 1965:b 88) olevaa esitystä (s. 10 ss.).

[12] Pohjoismainen yhteistyö etuoikeuslainsäädännön alalla liittyy pyrkimyksiin Pohjoismaiden konkurssilakien yhtenäistämiseksi, mikä toiminta alkoi v. 1956. Ja jo vuoden 1928 pohjoismaisessa lakimieskokouksessa oli esillä pyrkimys po. yhtenäistämisestä.

[13] Norjassa toimeenpantiin tutkimus vuosina 1948—1959 toteutetuista konkurssimenettelyistä. Tutkimuksessa todettiin konkursseista vain 26,51 % olleen sellaisia, joissa oli jäänyt jotakin jaettavaa myös etuoikeutta vailla oleville velkojille. Useimmissa näistä konkursseista po. velkojille kertyvä osuus oli ollut ainoastaan muutama prosentti saamisen määrästä. (Ks. tutkimuksen johdosta *Braekhus*, Materiel konkurs- og eksekusjonsrett s. 152). Tutkimuksen tulos johti siihen, että Norjassa säädettiin kiireellisesti v. 1963 yhteispohjoismaisen lainvalmistelutyön tulosta odottamatta uusi etuoikeuslaki. Tässä laissa etuoikeuksia supistettiin tuntuvasti. V:n 1963 laki oli tarkoitettu vain väliaikaiseksi; Norjassa on hiljattain valmistunut komiteatyönä ehdotus uudeksi etuoikeuslaiksi. Tämä ehdotus muistuttaa melkoisesti Tanskan v. 1969 valmistunutta etuoikeuslainsäädäntöä.

[14] Täydellisen yhtäläisyyden saavuttaminen Pohjoismaiden kesken etuoikeuksien sääntelyssä kariutuu jo siihen, että Ruotsin voimassa oleva panttioikeusinstituutti erityisesti kiinteistöihin kohdistuvien panttioikeuksien osalta huomattavasti poikkeaa muissa pohjoismaissa omaksutusta järjestelmästä. Ks. sen johdosta SOU 1969: 5 s. 39 ss. ja 112 ss.

osalta vastaavia esteitä ei kylläkään yleensä ole. Etuoikeuksien sääntelyssä ollaan kuitenkin kauttaaltaan tekemisissä siinä määrin moninaisten intressien kanssa, että täysin samanlaisiin tuloksiin on jo tästä syystä perin työlästä päätyä. Niinpä Tanskassa pyrittiin erityisesti supistamaan etuoikeuksien lukua mahdollisimman vähiin, kun taas Ruotsissa oltiin tässä suhteessa varovaisempia.

Etuoikeuksia tulee arvattavasti ainakin jossakin määrin olemaan jatkuvasti voimassa. Sellaisia saamistyyppejä näet lienee kaikissa yhteiskunnissa, joiden pakkoperinnän lainsäätäjä haluaa mahdollisimman hyvin onnistuvan. Ja on sellaisia etuoikeuksia, joiden lakkauttamiseen ei ole aihetta. Niinpä on ilman muuta paikallaan, että työntekijäin työsopimussuhteeseen perustuville palkka- ja muille saamisille suodaan yleinen etuoikeus ja lisäksi hyvä etuoikeus. Tämä etuoikeus perustuu huomattavan voimakkaisiin sosiaalisiin syihin, sillä onhan työntekijän ja hänen perheensä toimeentulo säännönmukaisesti työnteolla ansaittujen etuisuuksien varassa. Työntekijän palkkavaatimuksen etuoikeus onkin konkurssioikeuden etuoikeuksista universaalisin.[15] Todettakoon, että Tanskan edellä mainitun v. 1969 toteutetun lainuudistuksen mukaan puheena oleva etuoikeus on ainoa todella merkittävä etuoikeus.

Sosiaalisten syiden voidaan katsoa puhuvan myös sen puolesta, että holhotin holhoojaltaan oleville holhoussuhteeseen perustuville saamisille jatkuvasti suodaan yleinen etuoikeus siihen tapaan kuin meilläkin EOA 9 §:n mukaan on laita. Tämän etuoikeuden säilyttämisen tarpeellisuutta on kuitenkin syytä epäillä. Holhoustoimen harjoittamisen tehokkaalla valvonnalla käynee näet päinsä riittävästi turvata holhotin asema kilpailevien velkojien asemaa heikentämättä. Tämän näkökohdan perusteella jätettiin mm. Ruotsin uudesta etuoikeuslaista holhotin puheena olevien saamisten etuoikeus pois.[16]

Elatusvelvolliselta henkilöltä olevien elatusapusaamisten luulisi ex ante olevan sellaisia saamisia, joille myös olisi syytä järjestää etuoikeus. Näin ei kuitenkaan ole yleensä menetelty.[17] Meillähän tosin 4. 11. 1966 annetulla lailla liitettiin EOA:een säännös lapselle tulevan elatusavun etuoikeudesta konkurssin alkamisen ja kon-

---

[15] Yksityiskohdissa eri maiden lainsäädännöt myös työntekijän palkkaym. vaatimusten etuoikeuden sääntelyssä poikkeavat toisistaan. Työsopimussuhteen määrittelyssä tulee esille lukuisia detaljikysymyksiä. — Ks. po. etuoikeudesta *Sjöström*, Festskrift för Berndt Julius Grotenfelt s. 322 ss.; *Gedda*, Kommentar till 17 kap. handelsbalken (förmånsrättsordningen) s. 65 ss.; SOU 1969: 5 s. 47 ss.

[16] Ks. sen johdosta SOU 1969: 5 s. 85 ss. — Todettakoon, että *Sjöström* pohjoismaisessa lakimieskokouksessa v. 1928 pitämässään alustuksessa oli kuitenkin taipuvainen po. etuoikeuden pysyttämiseen (edellä alav:ssä 6 mainitun pöytäkirjan s. 100 s.).

[17] Mainittakoon, että Norjan v. 1963 annetussa väliaikaiseksi tarkoitetussa etuoikeuslaissa elatusavuille oli suotu rajoitettu etuoikeus. Hiljattain valmistuneessa komiteanmietinnössä tästä etuoikeudesta on kuitenkin luovuttu.

kurssituomion antamisen väliseltä ajalta (EOA 4 §:n 2 mom.). Tällä ajallisesti varsin rajoitetulla etuoikeudella pyrittiin varmentamaan lapsen toimeentulo sinä aikana, jona ulosmittausta elatusvelvollisen ollessa konkurssissa ei KS 10,2 §:n nojalla voida toimittaa.[18] Juuri mainitulla EOA:n säännöksellä ei liene ollut käytännössä kovinkaan suurta merkitystä. Elatusavun saanti voidaan tarkoituksenmukaisesti turvata tehokkain perimistoimin myös konkurssin aikana, jolloin puheena ollut EOA:een tehty lisä käy päinsä kumota.

Eräistä etuoikeuksista on katsottu olevan sosiaalista hyötyä sikäli, että etuoikeuteen luottaen mennään sopimussuhteisiin myös vähävaraisten ja velkaantuneiden henkilöiden kanssa. Tällä näkökohdalla on puollettu mm. lääkärinpalkkioiden ja vuokranmaksusaatavien etuoikeutta.[19] Joissakin maissa taas on samasta syystä suotu etuoikeus saamisille, jotka perustuvat elintarvikkeiden velaksi myymiseen velalliselle ja hänen perheelleen.[20] Etuoikeus tuskin kuitenkaan mainittavasti motivoi ryhtymään lääkinnällisiin hoitotoimenpiteisiin.[21] Puheena olevalla perusteella tosin voinee joissakin muissa tilanteissa olla jonkin verran merkitystä; etuoikeusnormin ratioksi se ei kuitenkaan yksin riittäne.

Useimmissa konkursseissa valtion ja muiden julkisyhteisöjen verosaamiset näyttelevät tärkeää osaa. Verosaamisten etuoikeutta vastaan onkin viime vuosikymmeninä esitetty kritiikkiä.[22] Tällöin on kiinnitetty huomiota erityisesti siihen, ettei julkisyhteisöjen talous yleensä sanottavasti järkkyisi, vaikkei verosaamisia onnistuttaisikaan konkursseissa täysin perimään. Verosaamisista kertyvät jako-osuudet eivät näet näyttele ainakaan valtion ja suurehkojen kuntien taloudessa mainittavaa osaa.[23] Toisin sitä vastoin saattaa olla yksityisen konkurssivelkojan talouden laita. Hänelle konkurssisaamisen jääminen vaille jako-osuutta voi merkitä suorastaan taloudellista romahdusta. Tokkopa voidaan myöskään katsoa, että verosaamiset olisi »luonteensa» perusteella asetettava muita saamisia edullisempaan asemaan. Periaatteellisia syitä ei käynekään esittäminen verosaamisten etuoikeuden puolesta, kuten jo *Sjöström* XIV:ssä pohjoismaisessa lakimieskokouksessa v. 1928 pitämässään

---

[18] Ks. Hallituksen esitys n:o 38 v:n 1966 valtiopäiville s. 2 ss.

[19] Ks. sen johdosta esim. *Gomard*, mt. s. 151.

[20] Näin mm. Ranskan Code civil'in 2101,5 art.

[21] Suomen voimassa olevan EOA 4,4 §:n säännös on sikäli outo, että sen mukaan lääkärinpalkkiot samoin kuin lääke- ja sairaanhoitokulut saavat etuoikeuden vain hoidon epäonnistuttua, s.o. potilaan kuoltua. Samalla kannalla oli jo 1734 v:n lain KK 17: 4, joka Ruotsissa oli voimassa kuluvan vuoden alkuun asti. Po. rajoitusta ei tee esim. Saksan konkurssijärjestyksen vastaava etuoikeussäännös, 61,4 §.

[22] Ks. edellä alav:ssä 6 mainitun lakimieskokouksen pöytäkirjan s. 102 s. ja 113 ja SOU 1969: 5 s. 62 ss.

[23] Mitä pitemmälle pienten kuntien yhdistäminen toteutuu, sitä pienemmäksi käy kunnille koituva riski verosaamisten perimättä jäämisestä konkursseissa.

alustuksessa huomautti.[24] Sjöström päätyi kuitenkin puoltamaan verosaamisten etuoikeuden säilyttämistä tietyin käytännöllisin perustein. Jos näet verojen etuoikeus poistettaisiin, valtiovalta ryhtyisi todennäköisesti tehostamaan entisestään verojen pakkoperintää erityistäytäntöönpanon tietä. Tällöin jouduttaisiin suunnilleen samaan lopputulokseen kuin verojen etuoikeuden ollessa voimassa. Tähän ajatuksenkulkuun sisältyy tietty annos pessimismiä: kun verojen perijä kuitenkin pitäisi puolensa, ei kannata muu kuin tyytyä verojen etuoikeuteen.

Pyrkimys saada velkojat erityisesti konkurssissa mahdollisimman tasa-arvoisiksi johti Tanskassa siihen, ettei siellä v. 1969 toteutuneesta lainuudistuksesta lähtien verosaamisilla enää ole etuoikeutta. Samana vuonna valmistuneessa mietinnössään myös Ruotsin lainvalmistelukunta asettui verojen etuoikeuden lakkauttamisen kannalle, jonka mielipiteen Norjankin etuoikeuslain uudistamista valmisteleva komitea hiljattain omaksui. Ruotsin hallitus ja valtiopäivät olivat kuitenkin toista mieltä ja pysyttivät verojen etuoikeuden uudessa etuoikeuslaissa. Tähän ratkaisuun johtaneet syyt olivat pääasiallisesti finanssipoliittisia ja perimisteknisiä.[25]

Valtiota ja muitakin julkisyhteisöjä on vanhastaan suosittu etuoikeuksien järjestelyssä myös siten, että niiden eräiltä virkamiehiltään oleville korvaussaamisille on suotu yleinen etuoikeus (Suomessa EOA 10 §). Tälle etuoikeudelle ei nykyoloissa enää löydy perusteita; yhtä pätevästi voitaisiin suositella minkä tahansa yhteisön tai fyysisenkin henkilön korvaussaamisia omilta toimihenkilöiltään tai työntekijöiltään.[26]

Edellä esitetyn pohjalta voitaneen todeta, että myös Suomessa on mahdollista päästä melkoista lähemmäksi saamisten tasa-arvoisuutta etuoikeuksien vähentämisen avulla. Enempiinkin supistuksiin olisi myös mahdollisuuksia.

On kuitenkin otettava huomioon, että saamisten keskinäisessä kilpailussa esiintyy myös vastakkaiseen suuntaan käypää eriarvoisuutta. Tätä ilmenee sillä tavoin, että tietyille saamisille annetaan vielä huonompi sijoitus kuin etuoikeutta vailla olevalla »tavallisella» saamisella on. Jonkin saatavatyypin menestystä saamisten välisessä kilvoittelussa voidaan näet pitää siinä määrin vähämerkityksisenä, että tuo saaminen on tarkoituksenmukaista sijoittaa puheena olevaan erityisasemaan. On selvää, että saamisen jättä-

---

[24] *Sjöström* siteerasi esityksessään tunnetun saksalaisen konkurssioikeuden tutkijan *Ernst Jaeger*in (1869—1944) lausumaa siitä, että verojen etuoikeudelle voitiin löytää perusteita „höchstens in bysantischen Vorstellungen" (Konkursrecht, 1924, s. 45). Mainittakoon, että myöhäisroomalaisena aikana pääsi vallalle myös käsitys, ettei kuittaus valtion verosaamisia vastaan ollut yleensä sallittua.

[25] Ks. Kungl. Maj:ts proposition nr 142 år 1970 s. 60 ss.

[26] Näin *Rørdam* pohjoismaisessa lakimieskokouksessa v. 1928 pitämässään alustuksessa. Ks. alav:ssä 6 mainitun pöytäkirjan s. 111 s. Ks. myös SOU 1969: 5 s. 80 ss.

miseen vallan viimeiselle erityissijalle täytyy olla huomattavan voimakkaat perusteet. Merkitseehän puheena oleva takasijoitus useimmissa konkursseissa sitä, ettei asianomainen velkoja saa penniäkään jako-osuutena.

Merkille pantavaa on, että juuri mainittuun porrastusmahdollisuuteen on turvauduttu nimenomaan Pohjoismaissa. Ja tällaisten eräänlaiseen pariakastiin syrjäytettyjen saamisten luku näyttää olevan pikemminkin lisääntymään päin, vaikka muutoin juuri Pohjoismaissa on ollut selvänä tendenssinä saamisten eriarvoisuuden supistaminen etuoikeuksien vähentämisen tietä mahdollisimman vähiin.[27]

Jo vuoden 1734 laki asettui sille kannalle, että sakoilla oli oleva kaikista huonoin oikeus (KK 17: 16). Tämä säännös pysytettiin EOA:ssa ja siihen lisättiin maininta »sakkokorosta, johon velallinen, sen mukaan kuin erinäisissä tapauksissa on säätty, jonkin maksun laiminlyömisen kautta on itsensä syypääksi saattanut» (EOA 19 §). Sakkojen sijoitus viimeiselle sijalle saa selityksensä lähinnä siitä, että sakkorangaistus saadaan täytäntöönpannuksi muullakin tavoin kuin turvautumalla rahojen pakkoperintään, nimittäin muuntorangaistuksen tietä.[28] Nykyisin voidaan viitata myös 17. 1. 1969 annetulla lailla toteutettuihin sakkojen muuntorangaistuksen määräämistä ja pakkoperintää koskeviin uudistuksiin.[29]

Rikosten muihin taloudellisiin seuraamuksiin ei puheena olevaa takasijasäännöstä ole ulotettu. De lege ferenda on kyllä puollettavissa säännöksen väljentäminen ainakin siten, että myös konfiskaatioon perustuva saaminen (arvon menettäminen) tulisi sen piiriin.[30] Muuntamismahdollisuus ei ole tosin voimassa konfiskaatiota perittäessä. Mutta kun konfiskaatiosaaminen ei ole hyvitystä mistään velkojan menettämästä edusta, vaan pyrkii muihin pää-

---

[27] Todettakoon, että Tanskan v. 1969 toteutetun etuoikeussäännöstön uudistamisen yhteydessä porrastettiin tekstissä mainitut takasijalle jätetyt konkurssisaamiset keskenään kolmeen eriarvoiseen ryhmään. Ks. Tanskan konkurssilain (lov om konkurs) 35a § ja sen johdosta *Gomard* s. 165 ss. — Takasijasäännösten johdosta ks. myös SOU 1969: 5 s. 166 ss. ja *Braekhus*, mt. s. 154 ss.

Aviopuolisolta olevien saamisten erityisasema muiden saamisten jäljessä on kuitenkin useiden maiden oikeusjärjestyksessä voimassa perheoikeudellisena normina, vaikkei asianomaisen maan konkurssilainsäädäntö tuntisikaan tekstissä mainittuja takasijasäännöksiä. Puolisolta olevien saamisten asemasta velallispuolison konkurssissa ks. *Hakulinen*, Familjerätt s. 152 s.

[28] Ks. *Benckert — Hessler*, mt. s. 46. — Aiheellisesti on oltu myös sitä mieltä, ettei sakkosaamisen perusteella voida saada velallista asetetuksi konkurssiin. Ks. *Welamson*, mt. s. 34 ja SOU 1969: 5 s. 167 alav. 8.

[29] Tuomioistuimessa tapahtuva sakkorangaistuksen muuntamismenettely voi johtaa myös eräänlaisen ehdollisen rangaistustuomion julistamiseen. Ks. RTA 6: 9 (L:ssa 17. 1. 1969) ja sen johdosta *Hiltunen*, LM 1969 s. 552 ss.

[30] Näin onkin menetelty Ruotsin ja Tanskan uudessa etuoikeuslainsäädännössä. Ks. Ruotsin etuoikeuslain 20 § ja Tanskan konkurssilain 35a §. Ks. myös SOU 1969: 5 s. 168 s.

määriin, ei ole asianmukaista saattaa kilpailevia velkojia kärsimään arvokonfiskaation seurauksista. Sitä vastoin vahingonkorvaukseen oikeutetun on päästävä tasaveroisesti kilpailemaan toisten saamamiesten kanssa, jotta hänen kärsimänsä menetykset tulisivat hyvitetyiksi. Ja juuri sillä, että sakot on asetettu heikkoon asemaan saamisten välisessä kilvassa, varmennetaan korvausten perimisen menestystä.

Edellä mainittu EOA 19 §:n säännös sakkokoroista saattaa vaikuttaa jossakin määrin komplisoidulta. Sakkokorkohan on sopimussakkoa silloin, kun se perustuu sopimukseen. Sopimussakko taas on nykyisen käsityksen mukaan ytimeltään ensisijaisesti vahingonkorvausta, johon takasijasijoitusta ei ole syytä ulottaa.[31] Puheena oleva EOA:n säännös tarkoittaa kuitenkin vain lakiin perustuvaa sakkokorkoa, jollaista on esim. veronmaksun laiminlyömisen johdosta 30. 12. 1943 annetun lain nojalla suoritettava veronlisäys.[32] Lakiperusteiset sakkokorot ovat ylimalkaan huomattavan korkeita ja sellaisina osittain rangaistuksenomaisia, joten niiden rinnastusta sakkoihin etuoikeuskysymysten järjestelyssä voidaan kyllä perustella. Säännöstä ei kuitenkaan sovi laventaa koskemaan kaikkia sakkokorkoja ja vielä vähemmän sopimussakkoja.

De lege ferenda saattaa olla paikallaan sijoittaa etusijakilvassa heikkoon asemaan myös tiettyjä rangaistuksen ja konfiskaation tapaisia rahanmenetysseuraamuksia, jotka eivät edes pyri vastaamaan asianomaisen saamamiehen taloudellisia menetyksiä. Tällaisia taloudellisia seuraamuksia tavataan etenkin verotuksen yhteydessä puutteellisten tai virheellisten ilmoitusten johdosta määrättävinä tehosteina (esim. verotuslain 77 §:ssä säädetty veronkorotus).[33]

Tietyt saamiset takasijalle jättäviä säännöksiä on meillä myös EOA:n ulkopuolella, nimittäin AL 57,1 § ja LahjaL 1,2 §. Edellinen näistä on jo sanamuodoltaankin selvästi täytäntöönpanooikeudellinen etuoikeussäännös.[34] Jälkimmäinen säännös ei ehkä ensi näkemältä vaikuta konkurssissa valvottavia saatavia koskevalta etuoikeussäännökseltä eikä se tavallisten etuoikeussäännösten kaltainen normi olekaan, sillä kun on laaja sisältö kaikenlaisen irtai-

---

[31] *Vihman* mukaan (Sopimussakko s. 93) sopimussakko olisi sekaluonteisena joissakin tapauksissa rangaistuksena pidettävä, jolloin EOA 20 §:n takasijasäännös olisi voimassa. Vrt. Vihman kannan johdosta *Kivimäki*, LM 1951 s. 511. s

[32] Ks. *Vihma*, mt. s. 92. Vihman mukaan juuri tekstissä mainittu veronlisäys on EOA 19 §:n tarkoittamaa sakkokorkoa. On epävarmaa, missä määrin käytäntö on tällä kannalla ollut.

[33] Tekstissä mainitut veronlisäykset on asetettu takasijalle Norjan väliaikaisessa etuoikeuslaissa v:lta 1963 (7 §) ja Tanskan konkurssilaissa (35 a §, v:lta 1969.).

[34] Ks. po. lainkohdan johdosta *Hakulinen*, Familjerätt s. 152 s.; *Huttunen*, Avioliittolaki (1945) s. 107 ss.; *Rautiala*, Avioliitto-oikeus (1968) s. 336 ss.

men omaisuuden lahjanlupauksia koskevana. Säännös sinetöi konkurssissa valvotun lahjanlupauksen kohtalon: vasta kun muiden (siis myös etuoikeudettomien) saamisten velkojat on tyydytetty, tulee lahjalupauksen vuoro. Kuten *Hakulinen* on katsonut, kyseessä ei ole konkurssivalvontaa estävä normi vaan etuoikeussäännös.[35]

Joissakin maissa on myös konkurssisaatavan korko asetettu etuoikeusjärjestyksessä jollakin tavoin pääomaa huonompaan asemaan. Niinpä on kaikkien konkurssisaamisten korko konkurssin alkamisen jälkeiseltä ajalta Tanskan konkurssilaissa sijoitettu jopa takasijalle jäävien saamisten joukkoon. Täten on kevennetty konkurssipesän hoitajien työtä; koska tällöin korko käytännössä säännönmukaisesti jää jakamatta konkurssin alkamisesta lähtien.[36] Suomessa on de lege lata pääoman ja koron välisenä erona EOA 18 §:stä ilmenevä rajoitus: etuoikeudettomille saamisille ei korkoa makseta velkojainkokouksesta lähtien, jos pesän varat eivät riitä kaikkien näiden saamisten korkoihin.[37] Myös EOA 14 § rajoittaa etuoikeuden saantia säätäessään, että korko saa etuoikeuden vain kolmelta vuodelta ennen konkurssin alkua, ellei velkoja näytä menestyksettä hakeneensa korkoa aikaisemmalta ajalta.

Etuoikeussäännöstö on sikäli absoluuttista oikeutta, ettei uusia, lakiin perustumattomia etuoikeuksia voida sopimuksin saada aikaan. Etuoikeuden tulee perustua voimassa olevaan oikeuteen; tätä edellyttää kilpailevien velkojien oikeusturva. Mutta etuoikeudesta voidaan luopua. (Samaan tulokseen päästään konkurssissa jättämällä etuoikeus pyytämättä.) Ja etuoikeudettoman saamisen velkoja voi etukäteen selittää tyytyvänsä siihen, että hänelle suoritetaan maksu saamisestaan vasta muiden etuoikeudettomien saamisten jälkeen.[38] Täten takasijalle jäävien saamisten luku lisääntyy. Tulkinnan varaan jää, onko saaminen tällöin sijoittuva esim. sakkojenkin jälkeen. Näin pitkälle menevää järjestelyä tuskin voidaan in dubio olettaa.[39]

---

[35] Näin *Hakulinen*, Velkakirjalaki (1965) s. 204 ss. Ks. myös *Muukkonen*, Esisopimus s. 95 s. Vrt. kuitenkin *Tauno Ellilä*, Oikeudenkäynti ja täytäntöönpano (1965) s. 336 s.

Tanskan konkurssilakiin on otettu lahjanlupausta koskeva vastaava säännös »takasijasäännösten» joukkoon kaikista heikoimpaan asemaan (35a §).

[36] Tanskan konkurssilain säännöstä (35a §:n 1 kohtaa) on perusteltu juuri tällä näkökohdalla. Ks. *Gomard*, mt. s. 166 s.

[37] Ks. säännöksen johdosta *Soini*, DL 1960 s. 421 ss.

[38] Ks. edellisen johdosta esim. *Gomard*, mt. s. 40 ja *Mentzel — Kuhn*, Kommentar zur Konkursordnung (1956) s. 394.

Tekstissä kosketellun järjestelyn sallittavuus ilmenee EOA:n 16 §:ään 29. 9. 1969 annetulla L:lla lisätystä 2 momentista.

Varsin epäiltävää kuitenkin on, voidaanko työntekijän palkka- ym. saatavien etuoikeudesta sen sosiaalisen luonteen takia sitovasti luopua. Tähän kysymykseen lienee vastattava kieltävästi. Ks. *Benckert — Hessler*, mt. s. 40 s.

[39] Ks. *Jakhelln*, TfR 1967 s. 456.

Etukäteen tapahtuvien etusijasta luopumisin on joissakin tapauksissa mahdollista torjua pelättävissä oleva konkurssiin asettaminen. Täten toteutuneeseen kylläkin näennäiseen taloudelliseen saneeraukseen luottaen voi näet joku velkoja lykätä tuonnemmaksi hakemuksensa velallisen asettamisesta konkurssiin.[40]

Kilpailua voi syntyä — ainakin periaatteessa — myös niiden saamisten kesken, joille on suotu etuoikeudettomia saamisia heikompi asema. Näidenkin saamisten keskinäinen järjestys voidaan laissa tarkasti säännellä, kuten Tanskan etuoikeussäännöksiä uudistettaessa meneteltiinkin. Ja vaikkei tällaista selvää ja yksityiskohtaista järjestystä olisi lakiin otettukaan, ei siitä välttämättä seuraa, että kaikki etuoikeutta vailla olevia saamisia heikommiksi sijoitetut saamiset olisivat yhdenveroisia. Takasijasäännösten perustana olevat tekijät voivat näet olla siinä määrin erivahvuisia, että säännöksien sijoitus eri asemaan on paikallaan.[41]

---

[40] Ks. *Pestalozzi*, Die schweizerische Aktiengesellschaft 44 (1969) s. 1 ss.

[41] Po. säännösten voimakkuuden punninta voi kuitenkin olla hankala tehtävä. Ks. sen johdosta *Hakulinen*, Velkakirjalaki (1965) s. Vrt. myös SOU 1969:5 s. 170.

ERISTÄMISLAIN UUDISTAMISESTA

UUNO HALTTUNEN

Rikollisuuden vastustamiseksi ja oikeusrauhan turvaamiseksi on käytettävissä kaksi tietä. Nämä ovat rikollisesta teosta seuraukseksi säädetty rangaistuksen uhka, johon sisältyy sovitusajatus, tai erikoiset turvaamis- ja parantamistoimenpiteet, joihin ei sisälly sovitusajatusta, vaan jotka katsotaan rikollisuuden ehkäisytoimenpiteiksi. Nämä kaksi mahdollisuutta, rikosoikeuden „Zweispurigkeit", ovat lainsäätäjän käytettävissä harkittaessa keinoja rikollisuuden vastustamiseksi.[1]

Milloin yhteiskunnassa ilmenee sellaista poikkeuksellista rikollisuutta, jonka torjunnassa tavanomaiset rikollisuuden vastustamisessa käytetyt menettelytavat, kuten rangaistuksen enentämistä koskevat uusimissäännökset, eivät takaa riittävän oikeusturvan ylläpitämistä tai johtavat haitallisiin seurauksiin, on useissa maissa katsottu tarpeelliseksi ottaa rikoslakiin tai siihen liittyviin lakeihin erikoissäännöksiä toimenpiteistä vaarallisena pidettävän rikollisuuden vastustamiseksi.[2]

---

[1] Ks. *Schönke-Schröder*, Strafgesetzbuch, 13 p., s. 101 ss. ja 209; vrt. sama teos, 15 p., s. 104 ss. ja s. 242 s.

[2] Rikoksentekijän eristämistä koskevia lakeja on annettu jo v. 1885 *Ranskassa* (laki «sur les recidivistes») ja vuosikymmeniä kestäneiden valmistelujen jälkeen useissa Euroopan maissa, mm. *Ruotsissa* 22. 4. 1927, uusittu 18. 6. 1937 annetulla 1. 1. 1946 voimaantulleella lailla »om förvaring och internering i säkerhetsanstalt», jonka sijaan ovat tulleet 21. 12. 1962 annettuun 1. 1. 1965 voimaan tulleeseen rikoskaareen, lähinnä sen 30 lukuun, sisältyvät säännökset. *Norjassa* eristämistä, »sikring» ja »forvaring», koskevat säännökset sisältyvät 22. 5. 1902 annettuun rikoslakiin, johon ne on otettu 22. 2. 1929 annetulla sittemmin 11. 5. 1951, 11. 11. 1960 ja 15. 2. 1963 muutetulla lailla. *Tanskassa* eristämissäännökset sisältyvät 15. 4. 1930 annetun 1. 1. 1933 voimaan tulleen rikoslain 8 ja 9 lukuun ja *Saksassa* otettiin 24. 11. 1933 annetulla lailla rikoslakiin (StGB 42 § eri kohtineen) »Massregeln der Sicherung und Besserung» säännökset, jotka on myöhemmin osaksi kumottu ja eräin osin muutettu.

I Vaarallisista rikoksista

Eristämislakia[3] säädettäessä ja muutettaessa on ensin selvitettävä tavoitteet ja harkittava, minkälaatuiset rikokset katsotaan siinä määrin vaarallisiksi, että yhteiskuntaa on suojattava niitä vastaan erikoistoimenpitein. Yhteiskunnan muuttuessa ja sukupolvien vaihtuessa rikollisuus »ajanhengen» mukaan suuntautuu ajoittain määrättyihin rikoslajeihin ja jonkin ajan kuluttua taas toisiin rikoslajeihin. Samoin oikeushyvien ja niihin kohdistuvien rikosten keskinäinen arvostus vaihtelee eri aikoina. Yleinen mielipide paheksuu määrätynlaisia rikoksia enemmän kuin toisia ja jonkin vuosikymmenen kuluttua suurempi paheksuminen kohdistuukin toisenlaisiin rikoksiin. Suhteellisen lyhyenäkin ajanjaksona saattaa syntyä uudenlaista vaarallista rikollisuutta, jota vastaan aikaisemmin ei ole osattu riittävästi varautua, kuten olemme aivan viime aikoina voineet todeta mm. huumausainerikollisuuden ja lentokonekaappausten osalta.

Rikollisuuden vaarallisuutta voidaan arvostella sekä yhteiskunnan näkökulmasta että kansalaisten keskinäisten suhteiden kannalta. Kulloinkin vallalla olevasta oikeuskäsityksestä seuraa, mille arvoille lainsäädännössä pannaan pääpaino. Rikoksentekijän eristämisen perusteena on ensi sijassa sellainen vaarallinen rikollisuus, joka liittyy kansalaisten keskinäisiin suhteisiin. Yhteiskuntaa vaarantavia rikoksia ei käytännössä yleensä esiinny eristämisen perusteina. Rikoksen täytyy kohdistua johonkin kansalaisen perusoikeuteen, jotta rikosta voidaan pitää vaarallisena. Tällaisia perusoikeuksia, joita toinen ei saa loukata, ovat henki, kunnia, henkilökohtainen vapaus ja omaisuus.[4] Näistäkin vain henkeen (henkilöön) ja henkilökohtaiseen vapauteen kohdistuvia törkeimpiä rikoksia pidetään enää vaarallisina nykyisen oikeuskäsityksen mukaan, sikäli kuin se ilmenee lainsäädäntötoimista. Kunniaan ja omaisuuteen kohdistuvia rikoksia ei enää pidetä siinä määrin vaarallisina kuin aikaisemmin. Vaarallisen rikoksen käsitteen ala on supistunut. Eristämisen perusteeksi hyväksytyt rikokset tai ainakin niiden tunnusmerkistöt lainsäätäjän on ilmoitettava eristämislaissa.

---

[3] Vaarallisten rikoksenuusijain eristämisestä annetuista laeista ja niiden perusteella annetuista asetuksista käytetään jäljempänä nimitystä eristämislaki ja -asetus. Vankilaoikeudesta käytetään lyhennystä VankO.

[4] Ks. HM 6 § ja *T. M. Kivimäki*, Persoonallisuuden oikeusturvasta, Oma maa, p. 1958, Osa 2, s. 20 ss.

II Aikaisemmasta eristämislainsäädännöstä

a) Vuoden 1932 eristämislaki

Pakkolaitokseen määrääminen eristämisseuraamuksena tuli maassamme mahdolliseksi 27. 5. 1932 vaarallisista rikoksenuusijoista annetulla ja 1. 6. 1932 voimaan tulleella lailla (180/32), johon sen voimassaoloaikana tehtiin vain eräitä vähäisiä muutoksia. Eristämisen edellytykset asetettiin sanotussa laissa niin ankariksi, että lain käytännöllinen merkitys jäi vähäiseksi. Eristämismenettely säädettiin kaksijakoiseksi. Tuomitessaan syytetyn rangaistukseen tuomioistuin antoi päätöksessään lausunnon, että rikoksentekijä voitiin lisäksi määrätä eristettäväksi pakkolaitokseen. Alioikeuden päätös oli alistettava hovioikeuden tarkastettavaksi. Lopullisesti eristämiskysymyksen ratkaisi VankO, joka perustettiin tällä eristämislailla.[5]

Rangaistuksen rikoksesta tuli olla vähintään kolme vuotta kuritushuonetta ennen kuin tuomioistuin saattoi antaa eristämislausuman. Lisäksi rikoksentekijän oli jo aikaisemmin pitänyt kärsiä ehdotonta vapausrangaistusta kolmesta tai useammasta rikoksesta, niistä ainakin yhdestä kuritushuonetta vähintään yhden vuoden tai ehdotonta vapausrangaistusta yhdessä tai useammassa erässä yhteensä vähintään kymmenen vuotta. Eristämiseen saattoi johtaa vain rikos, joka oli tehty viiden vuoden kuluessa siitä kun edellinen rangaistus oli tullut täysin kärsityksi. Lain oli odotettu antavan suurempaa oikeusturvaa uusintarikollisuutta vastaan kuin mihin sen soveltaminen johti. Nimenomaan omaisuusrikollisuutta vastaan laki osoittautui tehottomaksi.

Rangaistus- ja eristämislaitoksen keskinäisestä suhteesta hallituksen esityksessä turvasäilölaiksi, joka johti v:n 1932 eristämislain säätämiseen, katsottiin, että laitosten välinen ero on vain astero. Esityksessä päädyttiin siihen, että oli mahdollista yhdistää rangaistuksen tuomitseminen ja eristettäväksi määrääminen siten, että kussakin tapauksessa oli in casu harkittava, pannaanko rangaistus täytäntöön rangaistuslaitoksessa vai korvaako turvasäilö rangaistuksen kokonaan tai osaksi.[6]

b) Vuoden 1953 eristämislaki

Vuoden 1932 eristämislaki uusittiin vaarallisten rikoksentekijäin eristämisestä 9. 7. 1953 annetulla lailla (317/1953), joka tuli voimaan 1. 7. 1954. Valmistelutyöt suoritettiin lainvalmistelukunnassa[7]

---

[5] Ensimmäisenä VankO:n sihteerinä ajan 1. 6. 1932 — 31. 12. 1937 toimi lakit.tri Y. J. Hakulinen.

[6] Ks. Hall.es. n:o 91/1931 vp.s. 5.

[7] Lvk:n julk. n:o 8/1951.

ja hallituksen esitys eristämislain uudistamiseksi annettiin lainvalmistelukunnan ehdotuksen pohjalta.[8]

Esityksessä todettiin nimenomaan, että v:n 1932 lain mukaan eristämisen edellytykset olivat liian ankarat ja liiaksi muodolliset (s. 3). Jatkuvasti varkausrikoksiin syyllistyvien eristäminen katsottiin olevan täysin paikallaan. Varkausrikoksesta eristämistä pidettiin silloin tarpeellisena vaikka ei ollut kysymys edes törkeästä varkaudesta vaan tavallisesta varkaudesta (s. 6). Perusteluissa kiinnitettiin myös erityistä huomiota vähentyneesti syyntakeisten ja luonnevikaisten rikoksentekijäin käsittelyyn (s. 7).

Vuoden 1953 eristämislailla lievennettiin eristämisen muodollisia edellytyksiä siten, että rikoksesta, joka saattoi johtaa eristämiseen, rikoksentekijä oli tuomittava rikoksenuusijana rikoslain 6 luvun 2 §:n toista lausetta soveltaen vähintään yhdeksi vuodeksi kuritushuoneeseen ja aikaisemmin kärsityn kuritushuone- tai välittömästi tuomitun vankeusrangaistuksen määrän tuli olla vähintään kolme vuotta. Eristämislausuman antamiseen rikoksensa täyttä ymmärrystä vailla tehneelle rikoksenuusijalle riitti tuomittu yhden vuoden vankeusrangaistus ja aikaisemmin sovitettu samanmääräinen vapausrangaistus. Lisäksi säädettiin eristämislausuman antamisen edellytykseksi, että rikoksentekijää aikaisemman elämänsä, rikoksen vaikutinten tai sen teossa ilmaantuneiden asianhaarain taikka mielentilansa perusteella oli pidettävä yleiselle tai yksityiselle turvallisuudelle vaarallisena. Alioikeuden päätöksen alistaminen ja eristämismenettely VankO:ssa säilyivät ennallaan. Hallituksen esityksen perusteluista (s. 8) ilmenee, että pyrittiin tekemään ero rangaistus- ja eristämislaitoksen välillä sekä periaatteessa että käytännössä. Tähän tulokseen ei kuitenkaan päästy vaan pakkolaitoksessa voitiin v:n 1953 eristämislain mukaan sovittaa rangaistuksia, joten pakkolaitos toimi myös rangaistuslaitoksena.

Näin muutetun eristämislain soveltaminen johti lainsäätäjän tarkoittamaan tulokseen eli entistä useamman omaisuusrikoksiin syyllistyneen eristämiseen vaarallisena rikoksenuusijana pakkolaitokseen. He myös pysyivät pakkolaitosseuraamuksen alaisina suhteellisen pitkään, koska lain 16 §:n 2 mom:n mukaan tuomioistuimen tuli aina tuomitessaan ehdonalaisessa vapaudessa olevan eristetyn uuden rikoksen johdosta määräaikaiseen vapausrangaistukseen samalla peruuttaa ehdonalainen vapaus riippumatta siitä osoittiko uusi rikos tekijässään vaarallisuutta yleiselle tai yksityiselle turvallisuudelle vai ei.

III Rikoksentekijän vaarallisuudesta

Yhteiskunnallisten olojen ja käsityskantojen muututtua on v:n 1953 eristämislain tavoitteiden toteutumista usealla taholla ryhdytty pitämään epäkohtana. Lain oltua voimassa runsaat kymmenen

[8] Hall.es. n:o 101/1952 vp.

vuotta alkoi 1960 luvun puolivälissä julkisuudessa vireä keskustelu pakkolaitoksen tarpeellisuudesta, järjestelmän epäkohdista, eristämisen edellytyksistä sekä lain soveltamisesta ja sen uudistamisesta.[9] Keskustelussa esiintullut kritiikki kohdistui erikoisesti kysymyksiin, ketä on pidettävä yleiselle ja yksityiselle turvallisuudelle vaarallisena rikoksenuusijana ja voiko rangaistus parantaa rikoksentekijän. Kysymysten asettelu oli ymmärrettävä, koska vaarallisuuden toteaminen tuomioistuimen eristämislausumassa (v:n 1953 eristämislain 1 §:n 1 mom:n 3 kohta) ja sen seikan toteaminen, ettei rangaistus paranna vaarallista rikoksenuusijaa, VankO:n päätöksessä (7 §), lain mukaan olivat ratkaisevat kriteeriot eristämismenettelyssä.

Arvosteltaessa rikoksentekijän vaarallisuutta yleiselle tai yksityiselle turvallisuudelle oli v:n 1953 eristämislain mukaan kiinnitettävä huomiota tuomitun aikaisempaan elämään, rikoksen vaikuttimiin, sen tekotavan vaarallisuuteen, teon törkeysasteeseen ja rikoksentekijän mielentilaan. Laissa ei mainittu esimerkkejä eristämisperusteena kysymykseen tulevista rikoksista. Perusteluista ilmenevän lain tarkoituksen mukaan omaisuusrikokset voivat olla eristämisen perusteena. Kun eristämislausuman saaneet rikoksentekijät yleensä eivät ole erikoistuneet yksinomaan omaisuus- tai väkivaltarikosten tekoon, vaan ovat useimmiten tehneet molempia, vaikeuttaa rikoslajien monimuotoisuus usein vaarallisuuden arvostelua ja rikoksentekijäin ryhmittelyä rikoslajien mukaan.

Vaarallisuuden käsite omaisuusrikoksia tekevään rikoksenuusijaan liittyvänä on ollut erikoisen kritiikin kohteena. Tavalliseen varkauteen ei liitykään väkivaltaa eikä vaarallisuutta, mutta jos on kysymys törkeästä varkaudesta tai ryöstöntapaisesta varkaudesta, asia saattaa olla aivan toinen. Väkivallalla kielellisenä ilmaisuna tarkoitetaan myös tosiasiallisen esteen poistamista,[10] esim. lukkojen tai ovien väkivaltaista avaamista, seinien murtamista sekä räjähdysaineiden ja hitsausvälineiden käyttöä esteen murtamiseksi. Näissä tapauksissa rikoksentekijää voidaan hyvin perustein pitää vaarallisena, vaikka väkivalta ei kohdistu toisen ruumiilliseen koskemattomuuteen. Saksalaisessa tieteisopissa katsotaan vaaralliseksi taparikolliseksi rikoksentekijä, jos voidaan pitää todennäköisenä huomioon ottaen hänen tekemiensä rikosten runsaus ja rikoksentekijän sisäinen taipumus (»Hang») rikosten tekoon, että

---

[9] Ks. *Kaarlo L. Ståhlberg*, Kuka on »vaarallinen rikoksenuusija»?, Lakimies 1966 s. 129 ss.; *Jacob Söderman*, Förbrytare på burk, JFT 1967 s. 389 ss.; *Olavi Heinonen—Paul Perovuo*, Vaarallisten rikoksenuusijain valikoituminen, JFT 1969 s. 431 ss.; *Achilles Westling*, Eristämismenettelyn sosiaalinen tarkoituksenmukaisuus ja oikeutus, Lakimies 1970 s. 921 ss., Lukuisista sanomalehtikirjoituksista mainittakoon: *Aimo Aalto*, Rikoksenuusijain eristäminen, Uusi Suomi 9. 3. 1969; *Inkeri Anttila*, Eristettäväksi kaiken varalta, Uusi Suomi 15. 10. 1969 ja *K. J. Lång*, Interneringen borde avskaffas men tiden är ännu inte mogen, Hufvudstadsbladet 2. 12. 1970.

[10] Ks. Nykysuomen sanakirja, VI osa, s. 624.

hän tulevaisuudessakin tekisi melkoisia rikoksia.[11] Rikoslajeille ei määritelmässä ole annettu merkitystä. Valtioneuvoston 8. 6. 1967 eristämissäännöksiä uudistamaan asettama eristämislakikomitea luopui omaisuusrikosten osalta vaarallisuusperusteesta ja asetti mietintöönsä[12] liittyvässä lakiehdotuksessa (2 §:n 2 mom.) sanottujen rikosten osalta eristämisen edellytykseksi sen, että teko on ammattimainen tai tavanomainen.

Vuoden 1953 eristämislaki piti vielä mahdollisena, että rangaistus parantaisi vaarallisen rikoksenuusijan. Parantumismahdollisuudet ovat olleet heikot, kun rangaistuslaitoksessa ei ole ollut sanottavia mahdollisuuksia saada tehokasta hoitoa. Aivan mahdotonta ei sentään liene, että joku olisi rangaistuslaitoksessa parantunut, ainakin siten, että hän on lakannut tekemästä uusia rikoksia, olkootpa syyt sitten mitkä tahansa.

IV Eristämiskäytännöstä ja eristettyjen lukumäärästä

VankO on 1960-luvun viimeisinä vuosina tuntuvasti vähemmän kuin vuosikymmenen seitsemän ensimmäisen vuoden aikana määrännyt vaarallisia rikoksenuusijoita eristettäväksi pakkolaitokseen ja jättänyt yleensä omaisuusrikoksiin syyllistyneet eristämättä. Tilanne 1960-luvulla ilmenee seuraavasta asetelmasta:

Vuosi	Eristettyjen määrä vuoden alussa	Vankilaoikeus määrännyt	
		eristettäväksi pakkolaitokseen	päästettäväksi pakkolaitoksesta ehdonalaiseen vapauteen
1961	300	67	74
1962	326	53	101
1963	312	64	89
1964	327	54	81
1965	348	50	95
1966	369	52	84
1967	389	43	108
1968	378	27	140
1969	325	11	129
1970	254	6	136
1971	206		

Taulukon perusteella voidaan päätellä, kun otetaan huomioon v:na 1968—1970 eristettyjen vähäinen ja ehdonalaisesti vapautettujen suhteellisen suuri vuotuinen luku, että eristettyjen määrä v:n

[11] Ks. *Dalcke*, Strafrecht und Strafverfahren, 37 p. (1961) s. 17.
[12] Komiteanmietintö 1969: B 72.

1970 päättyessä olisi voinut olla noin 100 paikkeilla. Se, että eristettyjen luku ei ole näin paljon vähentynyt, johtuu pääasiassa v:n 1953 eristämislain 16 §:n 2 momentin soveltamisesta ehdonalaisesti vapautettuja eristettyjä uudesta rikoksesta tuomittaessa. VankO on käytösrikkomuksen johdosta peruuttanut eristetyn ehdonalaisen vapauden tai jatkanut koeaikaa seuraavasti:

Vuosi	1961	1962	1963	1964	1965	1966	1967	1968	1969	1970
Ehdonal. vapaus peruutettu	24	31	35	23	34	26	22	24	38	14
Koeaikaa pidennetty	9	10	11	10	12	14	10	20	23	25

Eristettyjen kokonaislukumäärä kohosi v:n 1953 eristämislain voimassa ollessa melkoisesti. Eristettyjä oli v:n 1955 lopussa 96 ja v:n 1970 päättyessä 206. Korkeimmillaan oli eristettyjen luku v:n 1966 päättyessä, jolloin heitä oli 389. Eri maissa voimassa olevat erilaiset eristämisjärjestelmät vaikeuttavat maiden välisten vertailujen suorittamista. Niiden hajatietojen perusteella, joita tämän kirjoittajalla on ollut käytettävissä Ruotsin, Englannin (sittemmin lakkautetun) ja Zürichin kantonin eristämislaitoksiin 1960 luvulla eristettyjen rikoksentekijäin lukumääristä, eivät Suomen vastaavat luvut, asukasmäärät huomioon ottaen, antaneet aihetta epäilyyn, että meillä olisi ollut voimassa muita ankarampi eristämiskäytäntö.

V Pakkolaitoksen arvostelua

Pakkolaitoksen järjestelyssä voidaan havaita olleen puutteellisuuksia. Eristetyille olisi pitänyt jo v:n 1953 eristämislain voimassa ollessa järjestää tehokkaampaa hoitoa, ammattikoulutusta ja sellaista ammattitaitoa vaativaa työtä, josta he olisivat voineet saada palkkaa ainakin sitten kun rangaistus oli tullut täyteen sovitetuksi ja jolla ammatilla he olisivat voineet elättää itsensä vapauduttuaan.

Eristetyt ovat kyllä saaneet lääkärinhoitoa ja tarvittaessa hoitoa vankimielisairaalassa ja jossain määrin ammattikoulutustakin, mutta määrärahojen vähäisyyden ja erikoishenkilökunnan puuttumisen vuoksi ei sittenkään liene voitu tehdä kaikkea, mikä olisi saattanut olla mahdollista. Vankilapsykiatrin virat perustettiin Helsingin keskusvankilaan v. 1935 ja Turun keskusvankilaan v. 1953, mutta psykologin sai viimeksi mainittu vankila vasta 1. 3. 1968 alkaen. Toisaalta on otettava huomioon, kun eristettyjen psyykkinen rakenne usein on melkoisesti normaalista poikkeava

sekä heidän työkykynsä ja -halunsa heikko, että merkittävien tulosten saavuttaminen on ollut jokseenkin toivotonta. Ehkä kuitenkin olisi pitänyt edes kokeiluluontoisesti jo aikaisemmin yrittää tehostaa ammattikoulutusta ja hoitotoimenpiteitä. Vapaaehtoiseen koulutustoimintaan eivät pakkolaitoksesta vapautuneet elokuussa 1971 osoittaneet mielenkiintoa. Ehdonalaisesti vapautuneiden eristettyjen valvonta-aikana olisi heidän huoltoonsa tullut myös kiinnittää enemmän huomiota jo aiemminkin kuin vasta suuremman joukon eristettyjä vapautuessa 1. 8. 1971.

VI Eristämislakikomitean ehdotuksia

Edellä mainittu eristämislakikomitea päätyi mietinnössään (s. 3) ilman yksityiskohtaisempaa perustelua siihen tulokseen, että yhteiskunnan suojelemiseksi vakavalta uusintarikollisuudelta oli rangaistusseuraamusten lisäksi tarpeen olla käytettävänä erityistoimenpiteitä, jotka olisivat toissijaisia rangaistukseen nähden. Komitea piti siis eristämisseuraamuksen ja pakkolaitoksen säilyttämistä tarpeellisena ja laati ehdotuksen v:n 1953 eristämislain uudistamiseksi kokonaisuudessaan.

Rangaistuslaitoksen ja eristämislaitoksen keskinäiseen suhteeseen komitea otti mietinnössään (s. 43 ja 52) sekä laatimassaan lakiehdotuksessa (10 §:n 3 mom. ja 26 §) sen kannan, että rangaistukset on ensin kokonaan sovitettava rangaistuslaitoksessa ja eristäminen pantava toimeen vasta sen jälkeen. Tällainen järjestelmä on ollut puhtaimmassa muodossa toteutettuna Ranskassa ja Australiassa sekä osittain myös Norjassa ja Englannissa. Sen sijaan Ruotsissa ja Tanskassa eristäminen tuomitaan suoraan rangaistuksen asemesta, jollaista järjestelmää meillä ehdotti prof. Allan Serlachius.[13] Eristämislakikomitean kannanotto ei johtanut rajankäyntiin itse laitosten luonteen osalta. Sana »pakkolaitos», jota laissa vieläkin käytetään, antaa sen väärän käsityksen, että laitos olisi rangaistuslaitosta ankarampi, vaikka periaatteessa asia on päinvastainen. Komitea ehdottikin nimen muuttamista eristämislaitokseksi. Ehdotus ei kuitenkaan toteutunut.

Eristämislakikomitea ehdotti, että koevapauden myöntämisen mahdollisuuksia laajennettaisiin, ehdonalaisen vapauden peruuttamissäännökset uudistettaisiin, ehdonalaiseen vapauteen päästämistä koskeva asia määrättäisiin VankO:sta alistettavaksi hovioikeuden ratkaistavaksi, milloin eristetty oli ollut laitoksessa yhtäjaksoisesti kolme vuotta pääsemättä välillä valvontaan. Lisäksi komitean lakiehdotus sisälsi eräitä teknillisiä parannuksia verrattuna v:n

[13] Ks. Hall.es. n:o 91/1931 vp., s. 5 ja *Allan Serlachius*, Ehdotus uudeksi rikoslaiksi, 1922, 4 luv. 2 §.

1953 eristämislakiin. Sen sijaan komitea ei ehdottanut eristämismenettelyn kaksijakoisuuden poistamista eikä muutoksenhakuoikeuden järjestämistä VankO:n päätöksestä.

Komitea kiinnitti erityistä huomiota vaarallisen rikoksenuusijan valvonnan järjestämiseen sen jälkeen kun hänet oli päästetty rangaistus- tai eristämislaitoksesta ehdonalaiseen vapauteen. Valvonnan järjestelyn nykytilaa, suurimman osan valvottavista ollessa muutoinkin työllä ylikuormitetun poliisin muodollisessa valvonnassa, ei voida pitää tyydyttävänä. Valvontatehtävien tulisi kuulua jollekin muulle elimelle kuin poliisille ja valvontaan pitäisi saada enemmän yksilöllisyyttä sekä valvojiksi koulutuksen saaneita päätoimisia valvojia.

VII Eristämisperusteiden uudelleen arviointia

a) Eristämislakikomitean kanta

Eristämisen ja valvontaan asettamisen asiallisia edellytyksiä koskevat periaatteet ilmenevät komitean lakiehdotuksen 1 §:stä. Niiden mukaan vapauden rajoittamistoimenpide oli mahdollinen, »milloin sitä rikoksentekijän rikollisuuden ja rikosten vaikutinten tai niiden yhteydessä ilmenneiden muiden seikkojen tahi hänen luonteenlaatunsa vuoksi on pidettävä tarpeellisena vakavain rikosten estämiseksi hänen taholtaan».

Vapauden rajoittamisen muodolliset edellytykset komitea määritteli lakiehdotuksensa 2 §:ssä. Niiden mukaan rikoksentekijän vapautta voitiin määrätä rajoitettavaksi, jos hänet tuomittiin määräaikaiseen, vähintään yhden vuoden kuuden kuukauden vapausrangaistukseen rikoksesta, jonka hän oli tehnyt kärsittyään vapausrangaistusta vähintään kolme vuotta, tai murhasta, taposta tahi niiden yrityksestä taikka osallisuudesta niihin. Omaisuusrikosten osalta komitea piti vapauden rajoittamista mahdollisena vain, jos rikoksentekijä oli ottanut sanotunlaisten rikosten tekemisen ammatikseen tai tavakseen.

Komitean eristämisedellytyksiä koskevassa ehdotuksessa on luovuttu vaarallisuuskäsitteestä ja otettu sen sijaan arvosteluperusteeksi 'vakavan rikoksen' teon todennäköisyys. Vakavan rikoksen käsitettä ei kuitenkaan ole määritelty tieteisopissa, lainsäädännössä sitä ei ole käytetty eikä oikeuskäytäntö sitä tunne. Käsite lienee lainattu Ruotsin uudesta rikoskaaresta (Br 30:1). Tätäkään kriteeriota ei voida pitää vaarallisuutta onnistuneempana, sillä se johtaisi vain ammattimaisten pikkuvarkaiden ja pettäjien eristämiseen, vaikka näitä rikoksentekijöitä ei voida pitää vaarallisina. Suuriin taloudellisiin tavoitteisiin tähtääviä rikoksia ei yleensä tehdä ammattimaisesti tai tavanomaisesti. Kun eristämisen perusteena on tuomittu määrätyn pituinen rangaistus, soveltuu mittapuuksi edel-

leen rikoksentekijän vaarallisuus,[14] ellei joskus tulevaisuudessa keksitä parempaa kriteeriota. Komitea ehdotti myös, että tuomioistuin voisi antaa eristämislausuman ainoastaan virallisen syyttäjän vaatimuksesta.

b) Lainvalmistelukunnan ehdotus

Osaksi eristämislakikomitean mietinnön pohjalta valmistettiin lainvalmistelukunnassa ehdotus hallituksen esitykseksi vaarallisten rikoksenuusijain eristämisestä annetun lain muuttamiseksi.[15] Siinä luovuttiin v:n 1953 eristämislain kokonaisuudistuksesta ja rajoituttiin lain osittaiseen muuttamiseen. Kokonaisuudistus ei olisi ollutkaan pikaisesti toteutettavissa, mm. siitä syystä, että syyntakeisuutta ja rikoksen uusimista koskevien säännösten uudistaminen ovat erikseen valmisteltavina ja niissä tapahtuvat ratkaisut on otettava huomioon harkittaessa eristämisjärjestelmän tarpeellisuutta ja toteuttamismuotoja.

Esitysehdotuksessa luovuttiin kokonaan omaisuusrikoksiin syyllistyvien eristämisestä. Sen mukaan »eristää voidaan vain säännösehdotuksessa tarkemmin mainituin tavoin toisen hengelle tai terveydelle vaarallisena pidettävä rikoksentekijä» (s. 7). Esimerkkeinä eristämisen perusteeksi soveltuvista rikoksista mainittiin tahallinen henkirikos, törkeä pahoinpitely tai muu törkeää väkivaltaisuutta taikka muunlaista erityistä vaarallisuutta toisen hengelle tai terveydelle osoittava rikos taikka sanotunlaista väkivaltaisuutta tai vaarallisuutta osoittavan rikoksen yritys tai osallisuus siihen, milloin niistä tuomitaan vähintään kahden vuoden vapausrangaistus.

Lisäedellytykseksi eristämiselle asetettiin vielä se, että rikoksentekijää oli aikaisemmin tekemiensä törkeää väkivaltaisuutta tai muunlaista erityistä vaarallisuutta toisen hengelle tai terveydelle osoittavien rikosten, uuteen rikokseen johtaneiden ja siitä ilmenevien seikkojen sekä muun hänen henkilöstään saadun selvityksen perusteella pidettävä vaarallisena toisen hengelle tai terveydelle.

Esitysehdotuksen mukaan poikkeustapauksessa olisi voitu eristää rikoksentekijä, joka ei ollut aikaisemmin tehnyt eristämisen perusteeksi soveltuvaa tai muutakaan rikosta, jos häntä oli muun selvityksen perusteella pidettävä erittäin vaarallisena toisen hengelle tai terveydelle. Tämä säännös olisi tullut sovellettavaksi erittäin harvoin poikkeuksellisen vaarallisen rikoksentekijän kohdalla, esim. sairaalloisesta poikkeavuudesta aiheutuvan aggressiivisuuden purkautuessa törkeänä väkivaltana.

Ehdotuksessa ei enää asetettu eristämisen edellytykseksi sitä, että rikoksentekijä olisi aikaisemmin sovittanut määrätyn vähim-

[14] Samoin StGB § 42 e.
[15] Lvk:n julk. n:o 6/1970.

mäismäärän rangaistusta, eikä vähentyneesti syyntakeisia varten esitetty erikoissäännöksiä. Lisäksi ehdotuksessa luovuttiin rikoslain 6 luvun uusimissäännösten soveltamisen asettamisesta eristämisen edellytykseksi. Rikoksentekijää kutsuttiin kuitenkin »vaaralliseksi rikoksenuusijaksi», vaikka hänen ei tarvitse olla sitä rikoslain 6 luvun uusimissäännösten mukaan.

c) Muita mielipiteitä

Eristämisedellytyksiä koskevien säännösten laatimisen yhteydessä oli päätettävä, onko eristäminen tehtävä mahdolliseksi myös omaisuusrikosten johdosta. Hallitusmuodon 6 §:n mukaan jokainen Suomen kansalainen on lain mukaan turvattu myös omaisuuden puolesta. Eristämislakikomitean mietinnöstä antamassaan lausunnossa useat asiantuntijat asettuivat kannattamaan eristämismahdollisuutta myös törkeisiin varkauksiin syyllistyvien ja järjestäytyneenä rikollisjoukkiona toimivien rikoksentekijäin suhteen. Myös laintarkastuskunta asettui samalle kannalle ja lausui tältä osin:[16]

»Laintarkastuskunnan mielestä omaisuusrikoksia ei tulisi asettaa eristämisen perusteeksi, ellei niihin liity väkivaltaista käyttäytymistä taikka vaarallisuutta toisen hengelle tai terveydelle. Kuitenkin liittyy myös meidän maassamme lisääntymässä olevaan ns. organisoituun rikollisuuteen tällaista vaarallisuutta osoittavia piirteitä. Näin on asianlaita, kun rikoksentekijät toimivat yhteenliittäytyneinä ennakolta laaditun suunnitelman mukaisesti ja päästäkseen käsiksi suuriin saaliisiin murtavat lukkoja ja ovia sekä räjähdysaineita tai muita teknisiä välineitä käyttäen väkivalloin tunkeutuvat postitoimistoihin, pankkeihin, liikkeisiin tai varastoihin ja kuljettavat anastetun omaisuuden rikospaikalta rikoksella käyttöönsä saamillaan moottoriajoneuvoilla. Milloin joku rikoksentekijöistä on varustautunut lyömä- tai ampumaaseella taikka muulla väkivallan käyttöön soveltuvalla rikoksentekovälineellä, tämä osoittaa, että rikoksentekijät hyväksyvät myös toisen henkeen tai terveyteen kohdistuvan väkivallan. Usein johtuu pelkästä sattumasta, ettei teko johda henki- tai pahoinpitelyrikokseen. Laintarkastuskunnan mielestä pitäisi tämäntapaisiin omaisuusrikoksiin syyllistyneet voida eristää ja lakiehdotukseen ottaa tätä tarkoittava nimenomainen säännös.»

d) Hallituksen esitys

Hallituksen esityksessä[17] olivat eristämisen edellytyksiä koskevat säännökset eräitä lakiteknillisiä parannuksia lukuun ottamatta asiallisesti samansisältöiset kuin lainvalmistelukunnassa laaditussa esitysehdotuksessa ja kuului lakiehdotuksen 1 § seuraavasti:

[16] Laintarkastuskunnan lausunto N:o 5/1970, s. 4.
[17] Hall.es. n:o 176/1970 vp.

»Jos rikoksentekijä tuomitaan

1) tahallisesta henkirikoksesta, törkeästä pahoinpitelystä tai muusta törkeää väkivaltaisuutta taikka muunlaista erityistä vaarallisuutta toisen hengelle tai terveydelle osoittavasta rikoksesta tai

2) yhdellä teolla tehdyistä rikoksista tai jatketusta rikoksesta, joihin sisältyy sanotunlaista väkivaltaisuutta tai vaarallisuutta, taikka

3) edellä tarkoitettua väkivaltaisuutta tai vaarallisuutta osoittavasta rikoksen yrityksestä tai osallisuudesta rikokseen

määräaikaiseen, vähintään kahden vuoden vapausrangaistukseen, tuomioistuin voi tässä pykälässä säädetyin edellytyksin virallisen syyttäjän vaatimuksesta rangaistuksen tuomitessaan samalla päättää, että tuomittu voidaan määrätä eristettäväksi pakkolaitokseen, niin kuin tässä laissa säädetään.

Edellytyksenä pakkolaitokseen eristämiselle on lisäksi, että rikoksentekijää aikaisemmin tekemiensä törkeää väkivaltaisuutta tai muunlaista erityistä vaarallisuutta toisen hengelle tai terveydelle osoittavien rikosten, uuteen rikokseen johtaneiden ja siitä ilmenevien seikkojen sekä muun hänen henkilöstään saadun selvityksen perusteella on pidettävä vaarallisena toisen hengelle tai terveydelle. Tässä momentissa tarkoitettua rikoksentekijää sanotaan vaaralliseksi rikoksenuusijaksi.

Jos rikoksentekijä ei ole aikaisemmin tehnyt edellä 2 momentissa tarkoitettuja rikoksia, mutta häntä on muun selvityksen perusteella ilmeisesti pidettävä erittäin vaarallisena toisen hengelle tai terveydelle, hänet voidaan määrätä eristettäväksi pakkolaitokseen, jolloin häneen on sovellettava vastaavasti, mitä vaarallisesta rikoksenuusijasta on säädetty.»

VIII Uusi laki (303/1971)

Hallituksen esitys ei kuitenkaan tullut sellaisenaan hyväksytyksi, vaan lain 1 § sai lakivaliokunnassa hallituksen esityksestä oleellisesti poikkeavan ja osaksi yllättävän sisällön. Lakiesityksen 1 §:n 1 momentin 1 kohta ja 2 momentti kirjoitettiin uudelleen, 3 momentti poistettiin ja sen sijaan otettiin esityksen 2 momentista säännös vaarallisesta rikoksenuusijasta. Lain 1 §:n 1 momentin 1 kohta sekä 2 ja 3 momentti saivat näin kuuluvan sisällön:

»Jos rikoksentekijä tuomitaan 1) murhasta, taposta tai törkeästä pahoinpitelystä, törkeää väkivaltaa käyttäen tehdystä ryöstöstä tai väkisinmakaamisesta, hengenvaaran aiheuttavasta murhapoltosta taikka muusta törkeää väkivaltaisuutta tai erityistä vaarallisuutta toisen hengelle tai terveydelle osoittavasta rikoksesta tai

— — — — — —

Edellytyksenä pakkolaitokseen eristämiselle on lisäksi, että rikoksentekijä on rikosta edeltäneiden kymmenen vuoden aikana syyllistynyt 1 momentissa tarkoitettuun rikokseen sekä että häntä on hänen rikoksistaan ilmenevien seikkojen ja muun hänen henkilöstään saadun selvityksen perusteella ilmeisesti pidettävä erittäin vaarallisena toisen hengelle tai terveydelle.

Edellä tässä pykälässä tarkoitettua rikoksentekijää sanotaan vaaralliseksi rikoksenuusijaksi.»

Lain 1 §:n 1 momentin 1 kohtaan sisältyy määritelmä rikoksista, jotka saattavat johtaa eristämislausuman antamiseen. Säännös kirjoitettiin lakivaliokunnassa siten, että siihen sisältyy eristämisperusteeksi kelpaavista rikoksista esimerkkiluettelo ja lisäksi yleislauseke, jossa yleisesti ilmaistaan kysymykseen tulevien rikosten tunnusmerkit. Yleislausekkeen mukaan tuomioistuin voi antaa eristämislausuman, jos rikoksentekijä tuomitaan »törkeää väkivaltaisuutta tai erityistä vaarallisuutta toisen hengelle tai terveydelle osoittavasta rikoksesta». Esimerkkeinä mainitaan murha, tappo tai törkeä pahoinpitely, törkeää väkivaltaa käyttäen tehty ryöstö tai väkisinmakaaminen ja hengenvaaran aiheuttanut murhapoltto.

Yleislausekkeesta tulisi ilmetä ne periaatteet, jotka on otettava huomioon harkittaessa, soveltuuko kysymyksessä oleva rikos eristämisen perusteeksi. Ryöstössä teon törkeysaste ja vaarallisuus vaihtelevat suuresti samankin tekomuodon rajoissa, eikä teon aina tarvitse osoittaa tekijässä sellaista väkivaltaisuutta tai erityistä vaarallisuutta toisen hengelle tai terveydelle, että se riittäisi eristämisen perusteeksi. Tämän vuoksi on ollut tarpeen antaa ryöstölle lisätunnusmerkki, jonka mukaan sen on oltava törkeää väkivaltaa käyttäen tehty. Väkisinmakaamisessa sen sijaan jo teon olemukseen sisältyvä rikosobjektin vastustuksen murtamiseksi käytetty väkivalta tai pakko on jo sinänsä katsottu riittävän eristämisen perusteeksi. Viimeksi mainittu teko saattaa myös vaarantaa toisen terveyden.

Milloin lain 1 §:n 1 momentin 1) kohdassa tarkoitettu teko on tehty yksin teoin jonkun muunlaisen rikoksen kanssa tai sisältyy osana jatkettuun rikokseen, soveltuu teko silloinkin saman momentin 2) kohdan sekä rikoksen yrityksen tai siihen osallisuuden ollessa kysymyksessä 3) kohdan mukaan eristämisen edellytykseksi.

IX Uusia tulkintakysymyksiä

Eduskunnan hallituksen esityksen eristämisedellytyksiin tekemät muutokset saattavat päällisin puolin katsoen näyttää vähäisiltä. Ne olivat kuitenkin omiaan saamaan aikaan epäselvyyttä ja sekaannusta sekä olisivat voimaan tullessaan ainakin sillä kertaa johtaneet pakkolaitoksen tosiasialliseen lakkaamiseen, vaikka laitoksen lakkauttamista ei ollut hallituksen esityksen enempää kuin lakivaliokunnan perustelujen mukaan tarkoitettu.

Vuoden 1971 eristämislain 1 §:n 2 momenttia säädettäessä on luovuttu periaatteesta, jonka mukaan eristämislausuman antamisen ja eristämisen edellytyksenä olisi aikaisempi sovitettu rangaistus. Rikoksentekijän aikaisemman kriminaliteetin osalta riittää eristämislausuman antamiseen ja eristämispäätökseen, että hän on rikosta edeltäneiden kymmenen vuoden aikana syyllistynyt lain 1 momentissa tarkoitettuun rikokseen ja että häntä lisäksi on pi-

dettävä 2 momentissa mainituilla perusteilla erittäin vaarallisena toisen hengelle tai terveydelle. Puheena olevan 2 momentin sanamuoto ei kuitenkaan ollut yksiselitteinen ja selvä. Tulkinnan varaan jäi, velvoittiko 1 §:n 2 momentti myös yleistä tuomioistuinta vai ainoastaan VankO:tta, mikä ilmenee lain 7 §:n viimeisestä lauseesta.

Epäselväksi jäi myös, mitä 2 momentissa tarkoitetaan viittauksella »syyllistynyt 1 momentissa tarkoitettuun rikokseen». Käytetystä sanonnasta ei ilmennyt, tarkoitettiinko lausua, että sanotunlaisesta rikoksesta piti seurata myös 1 momentissa mainittu kahden vuoden vapausrangaistus vai riittikö, että rikoksentekijä oli syyllistynyt 1 momentin 1) kohdassa mainittujen rikosten tunnusmerkistön toteuttavaan rikokseen riippumatta tuomitun rangaistuksen määrästä. Lisäksi jäi epäselväksi, riittikö 2 momentissa tarkoitetuksi rikosta edeltäneiden kymmenen vuoden aikana tehdyksi toiseksi rikokseksi ajallisesti aikaisemmin tehty rikos, josta rangaistusta ei ole aikaisemmin tuomittu, vaan se tuomittiin samalla kerralla kuin uudesta eristämislausumaan johtavasta rikoksestakin.

Ryöstön osalta ei lain sanamuodosta ilmene, onko väkivallan kohdistuttava henkilöön, vai riittääkö, että se on kohdistunut esineeseen. Lain esitöistä ei voida saada selvitystä tähän kysymykseen. Väkivalta saattaa kohdistua ryöstössä esineeseen, ja eristämislausuman perusteeksi riittänee törkeää väkivaltaa käyttäen tehty ryöstö, josta ei ole aiheutunut erityistä vaaraa toisen hengelle tai terveydelle. Väkivaltaisuuden osoittaminen toisen hengelle ja terveydelle ei ole kielellisestikään oikea ilmaisu, eikä sellaista tunnusmerkkiä liene tarkoitettu liittää eristämisperusteeksi soveltuvan ryöstön kvalifikaatioksi.

Edellä mainituin kohdin ilmeni lain sisällöstä ja tarkoituksesta eri mielipiteitä jo ennen uuden lain vahvistamista. Kun eristämislaki koskee ihmisen vapauden rajoittamista, niin tulisi lain sanamuodon olla siinä määrin selvä, että myös rikoksentekijät, joihin eristämislaki tulee sovellettavaksi, voisivat ymmärtää heille erittäin tärkeän lainkohdan sisällön. Tätä tavoitetta ei 23. 4. 1971 vahvistetun eristämislain (303/1971) 1 §:n 2 momentti täyttänyt. Jos sitä olisi jouduttu soveltamaan käytäntöön, olisi helposti esitetty väitteitä lain mielivaltaisesta soveltamisesta.

X Lain selventäminen

Tarkoituksin selventää lain 1 §:n 2 momentin säännöstä hallitus antoi Eduskunnalle 14. 5. 1971 päivätyn esityksen (n:o 70/1971 vp.) lain 1 §:n muuttamisesta. Eduskunta käsitteli esityksen erittäin nopeasti ja hyväksyi sen muuttamattomana. Laki vahvistettiin 18. 6. 1971 (491/1971) ja määrättiin tulemaan voimaan 1. 8. 1971 eli samana päivänä kuin laki, jota sillä muutettiin. Eristämislain 1 §:n 2 momentti tuli voimaan näin kuuluvana:

»Edellytyksenä 1 momentissa tarkoitetulle tuomioistuimen päätökselle ja pakkolaitokseen eristämiselle on lisäksi, että rikoksentekijä on rikosta edeltäneiden kymmenen vuoden aikana syyllistynyt törkeää väkivaltaisuutta tai erityistä vaarallisuutta toisen hengelle tai terveydelle osoittavaan rikokseen sekä että häntä on hänen rikoksistaan ilmenevien seikkojen ja muun hänen henkilöllisyydestään saadun selvityksen perusteella ilmeisesti pidettävä erittäin vaarallisena toisen hengelle tai terveydelle.»

Tähän lainmuutokseen johtaneen hallituksen esityksen perusteluissa lausutaan, että »2 momentissa olevalla viittauksella 1 momentissa tarkoitettuun rikokseen on ymmärrettävä joko 1 momentissa nimenomaan mainittua tai siihen rinnastettavaa rikosta riippumatta siitä, onko rikoksesta jo tuomittu rangaistus ja mikä seuraamus rikoksesta on ollut».

Lainsäätäjän tarkoitus tuli selväksi. Lain mukaan on nyt mahdollista, että rikoksentekijä, jota ei ole aikaisemmin rikoksesta rangaistukseen tuomittu, voidaan eristää jo ensimmäisen tuomion perusteella, jos hänet silloin tuomitaan vähintään kahdesta lain 1 §:n mukaan eristämisen perusteeksi soveltuvasta rikoksesta, myöhemmin tehdystä vähintään kahden vuoden vapausrangaistukseen, ja hänet lisäksi todetaan ilmeisesti erittäin vaaralliseksi toisen hengelle tai terveydelle.

XI Eristämispäätöksen ajankohdasta

Vuoden 1953 eristämislain 7 §:n mukaan VankO:n oli käsiteltävä eristämistä koskeva asia »ennen kuin rangaistus on täydelleen kärsitty». Käytännössä vankilaoikeus on ratkaissut eristämisasian yleensä ennen kuin kaksi kolmannesta rangaistusajasta oli sovitettu.

Hallituksen esityksessä (176/1970, 7 §) ehdotettiin, että »kun tuomio, jonka mukaan rikoksentekijä voidaan määrätä eristettäväksi pakkolaitokseen, on saanut lainvoiman, kysymys eristämisestä on viipymättä otettava esille ja tarpeellisen selvityksen hankkimisen jälkeen mahdollisimman nopeasti ratkaistava vankilaoikeudessa». Sen aikaisemmin ei eristämiskysymystä todella voitaisikaan ratkaista, joten ehdotuksessa oli menty äärimmäiseen vähimmäisrajaan. Vuoden 1954 eristämisasetuksen (277/1954, 2 §) mukaan vankilan johtokunnan oli annettava lausunto rangaistuksen vaikutuksesta vankiin ennen asian ratkaisua VankO:ssa. Ennenkuin johtokunta voi antaa lausuntonsa on tarkkailuaika välttämätön. Mainitun asetuksen mukaan lausunto oli annettava »viimeistään siihen mennessä, kun vanki on kärsinyt kolmanneksen rangaistuksestaan». Tarkkailuaikaa oli näin varattu. Vuoden 1971 eristämisasetuksen mukaan johtokuntaa ei enää velvoiteta lausunnon antamiseen vangista. Muuttamatta jääneen v:n 1953 eris-

tämislain 8 §:n 1 momentin mukaan VankO:n tai sen määräämän henkilön on tutkittava vanki ennen eristämiskysymyksen ratkaisemista. Myös v:n 1971 eristämislain 1 §:n 2 momentissa edellytetään selvityksen hankkimista tuomitun henkilöstä. Käytännössä vankilapsykiatri ja psykologi suorittavat vangin henkilötutkinnan. Kun vankilan johtokunnalla on vankeinhoitolaitoksesta annetun asetuksen (86/1950, 20 §:n 11 kohta) mukaan velvollisuus antaa ylempien viranomaisten vaatimat lausunnot, VankO voi pyynnöstään saada eristämiskysymyksen ratkaisemista varten vangista johtokunnalta ja myös vankilan johtajalta (25 §:n 24 kohta) tarpeellisen lausunnon vangin henkilöstä ja käytöksestä vankilassa.

Lakivaliokunnassa lain 7 § sai kuitenkin hallituksen esityksestä poikkeavan sisällön. Sen mukaan eristämisasia on otettava käsiteltäväksi, »kun tuomitusta rangaistuksesta on suoritettu, tuomioistuimen rikoslain 3 luvun 11 §:n nojalla tekemää vähennystä lukuunottamatta, vähintään kolmannes, kuitenkin viimeistään vuoden kuluessa tuomion antamisesta, ja viivytyksettä ratkaistava vankilaoikeudessa». Tämän suuntaista ratkaisua oli laintarkastuskunta ehdottanut.[18] Eduskunta hyväksyi lain lakivaliokunnan ehdottamassa muodossa. Selvää on, ettei rikoslain 3 luvun 11 §:n nojalla tehdyn vähennyksen huomioon ottaminen näin säädettäessä ole voinut tulla kysymykseen, koska vähennys saattaa olla yli vuoden pituinen varsinkin milloin syytetty on ollut mielentilatutkimuksessa.

XII Muita vuoden 1971 lain uutuuksia

Eristämisedellytyksissä ei enää ole eroa siinä, onko rikoksentekijä rikoksen tehdessään ollut täydessä ymmärryksessä vai onko hänen syyntakeisuutensa ollut alentunut. Lain 3 §:n mukaan tuomioistuin voi hankkia selvitykseksi syytetyn henkilöstä lääkintöhallituksen lausunnon sellaisissakin tapauksissa, joissa varsinaisen mielentilatutkimuksen toimittamista ei pidetä tarpeellisena. Kun lääkintöhallituksen käytettävänä on tiedot kaikista aikaisemmin toimitetuista mielentilatutkimuksista, tuomioistuin voi pyytää sellaistakin lausuntoa, katsooko lääkintöhallitus, huomioon ottaen aikaisemman mielentilatutkimuksen, uuden tutkimuksen toimittamisen aiheelliseksi. Syytetyn mielentilan tutkimista ei tulisi pyytää, ellei sitä ennen ole hankittu psykiatrin, psykologin tai vankilalääkärin lausuntoa mielentilan tutkimisen tarpeellisuudesta. Muuten joudutaan suorittamaan monia aikaa vaativia ja tarpeettomia tutkimuksia. Oikeudessa toimitetussa suullisessa kuulustelussa, milloin syyttäjä on vaatinut eristämistoimenpiteitä, tulisi syytetyltä

[18] Laintarkastuskunnan lausunto N:o 5/1970, s. 9.

tiedustella, onko hän ollut mielisairaalassa hoidettavana, milloin, missä sairaalassa ja mistä syystä, ja tehdä näistä seikoista merkintä pöytäkirjaan, ellei niitä ole jo esitutkinnassa selvitetty.

Maksuttoman oikeudenkäynnin myöntäminen ja oikeudenkäyntiavustajan määrääminen tuli 1. 8. 1971 alkaen VankO:ssa käsiteltävissä asioissa mahdolliseksi (8 §:n 2 mom.). Kun rikoksentekijöitä, joiden asioita VankO joutuu käsittelemään, voidaan yleensä ilman enempiä selvityksiä pitää varattomina, maksuttoman oikeudenkäynnin myöntämismenettelyä on yksinkertaistettu.

VankO:n päätöksiin ei voida hakea muutosta, mutta eristämispäätöksen itseoikaisu on tullut mahdolliseksi (9 §:n 2 mom.).

Eristetyn ehdonalaiseen vapauteen päästämistä on nyt harkittava ensi kerran, kun rangaistus on tullut kokonaan suoritetuksi, ja ellei häntä ole silloin vapautettu, sen jälkeen vähintään kuuden kuukauden väliajoin (15 §:n 1 mom.).[19] Vuoden 1953 eristämislain mukainen ns. »pyttyvuosi» on poistettu.

Koevapautta VankO voi myöntää eristetylle sitten kun rangaistus on täysin suoritettu enintään neljä viikkoa vuodessa (15 §:n 2 mom.). Vastaava enimmäisaika oli aikaisemmin vain kaksi viikkoa.

Ehdonalaisesti vapautetun koeaika on lyhennetty aikaisemmasta viidestä vuodesta kahteen vuoteen, jota VankO voi erityisistä syistä lyhentää tai pitentää enintään yhdellä vuodella (16 §:n 1 mom.). Ehdonalaisen vapauden peruuttamista koskevat säännökset on uudistettu (16 §:n 1 ja 2 mom.). Vuoden 1953 eristämislain 16 §:n 2 momentin mukainen automaattinen ehdonalaisen vapauden menettäminen uuden rikoksen johdosta, riippumatta siitä osoittiko se tekijässään vaarallisuutta vai ei, on poistettu.

Lain voimaantulosäännökset ovat tavanomaista yksityiskohtaisemmat sen vuoksi, että oli otettava huomioon useita erilaisia tilanteita, joihin lakia oli sovellettava. Ennen lain voimaantuloa VankO:n oli käytävä läpi kaikkia silloin eristettynä olleita koskevat tuomioistuinten päätökset, joihin sisältyi eristämislausuma, ja ratkaistava eristämiskysymys uudelleen ottaen huomioon uuden lain säännökset.

Vuoden 1954 eristämisasetus muutettiin uusitun eristämislain mukaiseksi (asetus 447/1971) ja pakkolaitoksesta annettiin uusi asetus (448/1971). Viimeksi mainitussa asetuksessa määrättiin, että pakkolaitoksessa on aikaisempien viiden osaston sijasta kolme osastoa, nimittäin puoliavoin, avoin ja suljettu osasto. Kolmea osastoa voidaan pitää riittävänä. Eristettyjen lukumäärän suuresti vähennyttyä tulee avoimen osaston uudelleen järjestely ajankohtaiseksi.

Vuoden 1971 pakkolaitosasetuksella on eristettyjen oikeuksia lisätty omien vaatteiden käytön, omasta työstä saatavien tulojen,

[19] Esim. Tanskassa kestää »sikkerhedsforvaring» vähintään 4 v., uusijoille vähintään 8 v. ja enintään 20 v. (Tanskan rikoslain 66 §.)

säästörahan ja laitoksesta johtajan luvalla poistumisen suhteen. Kun eristettyyn on sovellettava, »mitä vangista yleensä ja ylimmässä osastossa vankeusrangaistusta suorittavasta on säädetty» (448/1971, 13 §:n 1 mom.), voidaan eristetylle 1. 9. 1971 jälkeen antaa lupa poistua pakkolaitoksesta sen mukaan kuin oikeusministeriö määrää myös niissä tapauksissa, jotka mainitaan rangaistusten täytäntöönpanosta annetun asetuksen 2 luvun 3 a ja 3 b §:ssä, sellaisina kuin ne ovat 23. 4. 1971 annetussa laissa (302/1971).

XIII Vuoden 1971 eristämislaki käytännössä

Arvosteltaessa, onko rikoksentekijää »hänen rikoksistaan ilmenevien seikkojen ja muun hänen henkilöstään saadun selvityksen perusteella ilmeisesti pidettävä erittäin vaarallisena toisen hengelle tai terveydelle», on huomiota kiinnitettävä hänen tekemiensä eristämisen perusteeksi kelpaavien rikosten vaikuttimiin, tekotapaan, käytetyn väkivallan määrään ja teon vaarallisuuteen toisen hengelle ja terveydelle. Väkivallan on oltava laadultaan törkeää ja vaarallisuuden keskimääräistä suurempaa. Rikoksentekijän henkilöstä saadaan »muuta selvitystä» hänen tekemistään muista rikoksista, lääkärin, psykiatrin, psykologin, vankilan johtokunnan ja johtajan lausunnoista sekä häneltä itseltään.

Lain toimeenpano johti 1. 8. 1971 jälkeen pakkolaitokseen jääneiden valikoitumiseen uuden lain eristämisedellytysten mukaisesti. Eristettyjen osalta lainmuutos johti seuraavaan tulokseen:

VankO käsitteli yhteensä eristettyjen asioita	Määrättiin edelleen eristettäväksi	Asian käsittely siirtyi lisäselvityksen hankkimisen vuoksi	Koevapauteen jääneitä	Pakkolaitoksesta vapautui 1. 8. 1971	Vapautuneista siirtyi rang. laitokseen suoritt. rangaistusta
262	8	15	17	222	124

Eristetyiksi jäi vain kahdeksan vaarallista rikoksenuusijaa. Tähän tulokseen johti lain soveltaminen, ei sen vuoksi, etteikö pakkolaitoksessa olisi ollut useampia toisen hengelle tai terveydelle ilmeisesti erittäin vaarallisia rikoksenuusijoita, vaan sen johdosta, että eristämisedellytykset oli erikoisella tavalla rajoitettu. Pakkolaitoksesta vapautui mm. useita ilmeisesti erittäin vaarallisia rikoksentekijöitä, jotka oli aikanaan eristetty omaisuusrikosten johdosta tai väkivaltarikoksista tuomittujen kahta vuotta lyhyempien vapausrangaistusten perusteella. Merkitystä ei nimittäin ollut sillä seikalla, että heidät oli eristämiseen johtaneiden rikosten tekemisen

jälkeen tuomittu rangaistukseen koevapaudessa tai ehdonalaisessa vapaudessa tehdyistä uusista törkeää väkivaltaisuutta tai erittäin suurta vaarallisuutta osoittavista rikoksista, jopa tapoista, joista annettuihin tuomioihin ei sisältynyt eristämislausumaa. Oikeuskäytäntö on nimittäin jo kauan ollut se, ettei uusia eristämislausumia ole pidetty tarpeellisena antaa rikoksentekijälle, jonka ehdonalaisen vapauden pakkolaitoksesta tuomioistuin on uuden rikoksen johdosta rangaistuksen tuomitessaan samalla määrännyt peruuntumaan. Näin ollen valikoituivat pakkolaitokseen jääneet eristetyt jokseenkin sattumanvaraisiksi jääneiden perusteiden mukaisesti suuremmasta myös uuden lain mukaan vaarallisten rikoksenuusijain joukosta. Tosin monet siirtyivät vain rangaistuslaitokseen sovittamaan jäljellä olevia rangaistuksia.

Eristämisedellytysten muuttuminen tulee tietenkin aikanaan johtamaan eristettyjen johdonmukaiseen valikoitumiseen. Lainmuutoksen pääasiallinen merkitys ilmeneekin tulevaisuudessa. Eristetyt tulevat olemaan pääasiassa taposta, pahoinpitelystä tai ryöstöstä tuomittuja, joukossa jokunen seksuaalirikollinen ja murhapolttaja sekä joku törkeisiin huumausainerikoksiin syyllistynyt.

Aikaisempien eristämislakien voimassa ollessa on jouduttu eristämään vain harvoja naispuolisia rikoksentekijöitä eikä heitä v:n 1971 lainmuutoksen voimaan tullessa ollut yhtään eristettynä.

XIV Lainmuutoksen arvostelua

Valitettavana voidaan pitää sitä, ettei lain kokonaisuudistusta voitu toteuttaa tässä yhteydessä. Kysymys pakkolaitoksen mahdollisesta korvaamisesta psykopaattilaitoksella jäi edelleen avoimeksi. Eristämismenettely katsottiin vielä tarpeelliseksi, mutta vastauksessaan hallituksen esitykseen Eduskunta lausui toivomuksen,

»että Hallitus ryhtyisi kiireellisesti toimenpiteisiin sen selvittämiseksi, voidaanko nykyisestä erillisestä rikoksentekijän eristämisjärjestelmästä luopua esim. pitkäaikaisia vapausrangaistuksia käyttämällä tai hoitomahdollisuuksia järjestämällä, sekä eristämisjärjestelmää koskevan lainsäädännön uudistamiseksi kokonaisuudessaan».

Kun eristämiskysymys nyt ratkaistaan aikaisemmin kuin v:n 1953 eristämislain mukaan, joutuvat eristetyt suorittamaan entistä suuremman osan rangaistuksesta pakkolaitoksessa. Teoriassa voidaan ajatella, että VankO:n tehtyä v:n 1971 eristämislain 9 §:n 1 momentissa tarkoitetun eristämispäätöksen, rangaistus jäljellä olevalta osalta muuttuisi eristämiseksi, joka olisi jotain muuta kuin rangaistuksen suorittamista. Tälle ajatukselle voi saada tukea myös lain 14 §:ään sisältyvästä säännöksestä, jonka mukaan eristetyn katsotaan kokonaan suorittaneen rangaistuksensa, kun vapaudenmenetys rangaistus- ja pakkolaitoksessa on kestänyt »rangaistusta

vastaavan ajan». Sanotut säännökset näyttäisivät viittaavan siihen, että olisi tarkoitettu tehdä selvä ero rangaistuksen suorittamisen ja eristämisen välillä sekä rangaistus- ja eristämislaitoksen välillä myös käytännössä. Tälle tulkinnalle ei kuitenkaan voida saada tukea hallituksen esityksen perusteluista, joista päinvastoin ilmenee, että v:n 1953 eristämislain järjestelmä, jonka mukaan rikoksentekijä suorittaa osan rangaistuksesta pakkolaitoksessa, »tulisi ehdotuksen mukaan säilymään kuitenkin 7 §:stä johtuen sillä erolla, että eristetty tulisi olemaan suurimman osan eristämisen perusteena olevasta rikoksesta tuomitun rangaistuksen ajasta pakkolaitoksessa».[20] Näyttää siltä, että periaatteellinen ero rangaistus- ja eristämislaitoksen välillä sekä rangaistuksen suorittamisen ja eristämisen välillä ei ole kysymyksessä olevalla lainsäädäntötoimella selkiintynyt. Kysymys on edelleen käytännössä vain asteerosta.

Säännöksiä eristämisedellytyksistä ei voida pitää onnistuneina siinä mielessä, että törkeää väkivaltaisuutta tai erityistä vaarallisuutta osoittavien eristämisen perusteeksi soveltuvien rikosten ilmituloaika ja rangaistusten tuomitsemisjärjestys saattavat ratkaista, voidaanko tuomittaessa antaa eristämislausuma ja rikoksentekijä myös eristää pakkolaitokseen. Tosin asian laita on ollut sama v:n 1953 eristämislain mukaan.

Vuoden 1971 eristämislaki on v:n 1953 lakia ankarampi siinä, että ensikertalaiseksi rikoksentekijäksi katsottava rikoksentekijä, jota ei ole aikaisemmin rangaistukseen tuomittu, saattaa joutua eristettäväksi, tosin vain väkivaltarikoksista ja edellytyksin, että hän on ilmeisesti erittäin vaarallinen toisen hengelle ja terveydelle.

Lainmuutoksen voimaan tullessa vapautui pakkolaitoksesta monia vaarallisia rikoksenuusijoita, koska eristämisedellytykset eivät heihin soveltuneet. Oikeusturvallisuus tulee tämän johdosta vaarantumaan. Toisaalta tuli kovin vanhoja rikoksia otettavaksi huomioon eristämisedellytyksinä ja uusia oli jätettävä ottamatta huomioon. Omaisuusrikokset ovat maassamme jatkuvasti lisääntyneet.[21] Lainsäätäjä suhtautui tähän ilmiöön lieventämällä seurauksia poistaen mahdollisuuden heidän eristämiseensä. Tämä saattaa oikeuskäytännössä johtaa omaisuusrikoksista rikoksenuusijoille tuomittavien rangaistusten yleisempään koventamiseen. Muuta keinoahan ei heidän kurissa pitämisekseen jää jäljelle. Rikoksen uusimista koskevien säännösten merkitys onkin eristämislain muuttamisen johdosta oleellisesti korostunut. Jollei uusimissäännöillä selvitä omaisuusrikollisista, saattaa yleinen mielipide aikanaan vaatia eristämistoimenpiteiden palauttamista tai muita erikoistoimenpiteitä.

Vuoden 1971 eristämislain 1 §:n 3 momentin mukaan »edellä tässä pykälässä tarkoitettua rikoksentekijää sanotaan vaaralliseksi

[20] Hall.es. n:o 176/1970 vp., s. 8.

[21] Ks. *Inkeri Anttila—Patrik Törnudd*, Kriminologia s. 118.

rikoksenuusijaksi». Nyt on laissa kaksi erilaista rikoksenuusijan käsitettä, rikoslain 6 luvun mukainen ja eristämislaissa tarkoitettu. Vaarallisen rikoksenuusijan ei tarvitse täyttää rikoslain 6 luvun mukaisia rikoksenuusijan kvalifikaatioita. Vakaantuneen rikosoikeudellisen käsitteen käyttämistä eri laeissa kahdenlaisessa merkityksessä ei voida pitää hyväksyttävänä lainkirjoitustapana, se on omiaan aiheuttamaan käsitteiden sekaannusta.[22]

Arveluttavaa on lainsäätäjän osoittama suuri vapaamielisyys siinä suhteessa, että vaikka eristettyjen vaarallisuusaste lainmuutoksen johdosta suuresti kohosi, samaan aikaan katsottiin mahdolliseksi koevapauden lisääminen kaksinkertaiseksi aikaisempaan lakiin verrattuna.

Lainmuutoksella toteutui myös tuntuvia parannuksia eristämisjärjestelmäämme. Painopiste rikoksentekijän vaarallisuuden arvioimisessa on siirtynyt väkivaltarikoksiin, mitä sinänsä on pidettävä oikeaan osuneena lainsäädäntötoimena. Tuomioistuin voi antaa eristämislausuman vain virallisen syyttäjän vaatimuksesta, mikä säännös poistaa yllätyksen mahdollisuuden tuomiosta. Eristämiskysymys ratkaistaan nyt VankO:ssa entistä aikaisemmin. Sen ratkaisemista varten ja selvityksen hankkimiseksi jää kohtuullinen aika. Tämä on usein myös rikoksentekijän edun mukaista, koska hän saa tilaisuuden osoittaa kykenevänsä sopeutumaan edes vankilayhteisöön, ehtii saavuttaa mielentasapainon, kuntoutua fyysisesti ja psyykkisesti sekä ehkä kokea mielenmuutoksen. Toisaalta tietenkin varmuuden saaminen siitä, eristetäänkö hänet vai ei, on vangille tärkeä ja ratkaisu on tehtävä viivyttelemättä. Säännös poistanee ne vankeinhoidolliset epäkohdat, jotka ovat aiheutuneet siitä, että ratkaisu aikaisemman lain mukaan tehtiin myöhemmin.

Pakkolaitokseen eristämisestä seuraa, että rikoksentekijä joutuu täysin suorittamaan aikaisemmat rangaistusjäännökset, joita saattaa olla jäljellä melkoisesti aikaisemmilta rangaistuskausilta. Rangaistusta useammankin kerran suorittaneet vapautuvat nimittäin rangaistusten täytäntöönpanosta annetun asetuksen 2 luvun 13 §:n säännöksen nojalla yleensä suoritettuaan rangaistuksesta kaksi kolmannesta, yhden kolmanneksen jäädessä kullakin rangaistuskerralla suorittamatta.

Ehdonalaisesti vapautetun eristetyn uudelleen pakkolaitokseen määräämistä koskevien säännösten tiukentaminen on oikeaan osunut toimenpide. Samoin liian pitkäksi osoittautuneen ja joustamattoman viiden vuoden koeajan lyhentäminen on onnistunut ratkaisu; tosin koeajan lyhentämisessä nyt on menty toiseen äärimmäisyyteen, kahteen vuoteen. Käytännön kokemusten mukaan olisi normaaliksi koeajaksi paremmin soveltunut kolme vuotta, kuten hallituksen esityksessä oli ehdotettu.

---

[22] Laintarkastuskunta kiinnitti huomiota tähän seikkaan lausunnossaan (s. 6).

Valvonnan tarkoituksenmukainen järjestäminen ehdollisesti vapautettujen eristettyjen osalta muodostaa vaikean ongelman, kun otetaan huomioon heidän uusimisalttiutensa, alkoholin, lääke- ja huumausaineiden väärinkäyttö, asunnon, ammattitaidon ja työn puute, työhaluttomuus, sairaudet sekä työ-, perhe- ja muiden henkilösuhteiden rikkoutuminen. Lisäksi monet heistä ovat vaikeita psykopaatteja, jotka menestyvät silmälläpidon alaisena laitosoloissa ja tarvitsevat jatkuvaa lääkehoitoa, mikä vapautumisen jälkeen usein lakkaa. Hoidon lakkaaminen taas johtaa reaktiotiloihin ja uusiin rikoksiin. Valvontaa vaikeuttaa lisäksi se, että nykyisin voi helposti siirtyä valvonnan välttämiseksi Pohjoismaissa maasta toiseen. Näihin kysymyksiin lainsäätäjä ei ole toistaiseksi puuttunut.

Kun eristämisjärjestelmää harkitaan aikanaan uudelleen, tulisi samalla harkita säännösten sijoittamista yleiseen rikoslakiin, jonka uudistaminen muutenkin on vireillä.[23]

---

[23] Kun tämä artikkeli oli jo kirjoitettu, on samasta aiheesta julkaistu *Inkeri Anttilan* artikkeli: Vaaralliset vaarattomiksi, Lakimies 1971 s. 438 ss.

RÄTTVISAN MELLAN SÄLJARE OCH KÖPARE I DEN UNIFORMA KÖPLAGEN - TEKNIK OCH REALITET

JAN HELLNER

Den uniforma lagen om internationella köp av lösa saker — i det följande kallad den uniforma köplagen — tillkom vid en diplomatisk konferens i Haag 1964, efter många års förberedelser. I konferensen liksom vid förberedelserna deltog Y. J. Hakulinen med energi och vitalitet såsom representant för Finland. Det faller sig därför naturligt att såsom ämne för ett bidrag till denna festskrift till Hakulinen välja en särskild fråga rörande denna lag. Frågan rör förhållandet mellan lagens allmänna struktur och dess innehåll, och mera speciellt mellan rättvisekraven och det sätt på vilket dessa omsatts i reglerna.

Mellan den uniforma lagens syften och dess struktur föreligger ett slags växelverkan. De rättspolitiska syftena bestämmer huvuddragen i lagens struktur. Ett framträdande syfte är att åstadkomma rättvisa i förhållandet mellan säljare och köpare. Denna strävan har varit desto viktigare som den i viss mån också avspeglar avvägningen av hänsyn till olika länder och rättssystem. I moderna industrialiserade länder är ofta säljarna bättre organiserade än köparna, och ländernas representanter blir därigenom lyhörda för säljarnas önskemål. Detta har i sin tur mött en viss reaktion. Varje koncession åt säljarsidan har ansetts fordra en motsvarande koncession åt köparsidan. Slutresultatet har blivit att lagens upphovsmän strävat efter att i lika mån tillgodose säljares och köpares intressen. Detta har lett till en långt driven symmetri i uppbyggnaden av lagen och till införandet av åtskilliga regler som är gemensamma för säljares och köpares situationer. Förhållandet påverkar formuleringen av reglerna. Man undviker ord och uttryck som direkt hänför sig blott till endera partens situation. Därigenom uppstår en ganska betydande abstraktion. Men det inverkar också på reglernas innehåll, direkt och indirekt. Konsekvensen av att lagen innehåller allmänna, abstrakta formuleringar kan vara antingen, att man ej säkert vet, hur reglerna skall tillämpas i de fall där säljares och köpares situationer sakligt sett är olika, eller att en regel som passar bra på säljarens situation överföres till att också gälla köparens situation, där den passar sämre, eller vice versa. Förhållandet framträder ofta särskilt tyd-

ligt vid en jämförelse med de skandinaviska köplagarna. Dessa är så pass lika den uniforma lagen i begreppsbildning och i principer, att en jämförelse utan svårighet låter sig genomföras.

Strävan att åstadkomma rättvisa mellan säljare och köpare framträder givetvis i all äldre köprättslig lagstiftning, men den har ej fått samma dominerande uttryck som i den uniforma köplagen. Den »klassiska» köprätten, sådan man finner den kodifierad i den engelska Sale of Goods Act från 1893, den tyska Bürgerliches Gesetzbuch från 1896 (samt Handelsgesetzbuch från 1897) och de skandinaviska köplagarna från början av 1900-talet, är präglad av en allmän affärsmässig stränghet i kraven på både säljare och köpare. Strängheten är förklarlig bl.a. därav, att de köp som avsågs i icke ringa utsträckning rörde spannmål, kol, bomull, metaller och andra varor som är föremål för ständiga prisfluktuationer och vid vilka spekulationsmomentet därför är betydande. Vid sådana köp måste man iaktta en viss stränghet, så att det ej finns någon möjlighet för den som spekulerat fel att övervältra sin förlust på motparten. Någon genomförd likformighet råder emellertid ej utan olikheter mellan säljares och köpares situationer uppmärksammas regelbundet.

Även om kraven på båda parter var stora, var det ofta lättare för köparna att foga sig därefter, blott de var solventa och villiga att uppfylla sina förpliktelser. Strängheten i reglerna mot säljaren var därför från början mer kännbar. Den blev ändå mera påfallande, när man i allt större utsträckning började räkna med verkstadsindustriens produkter, och överhuvud med mera individuellt utformat gods, som föremål för köp. Den utveckling som blivit naturlig som en följd härav har emellertid huvudsakligen tilldragit sig inom formulärrättens domäner och mindre inverkat på den köprättsliga lagstiftningen. Som resultat finner man en ganska omfattande differentiering mellan kraven på säljare och kraven på köpare.

Den uniforma köplagen har i viss mån uppmjukat kraven på båda parter, tydligast genom införande av ett allmänt krav på väsentligt kontraktsbrott som förutsättning för hävning, och genom för den skadeståndsskyldige ganska förmånliga principer för skadeståndets beräkning. Av det skäl som nyss nämndes blir lindringen mest märkbar för säljarna. Att hävning av köpet vid säljarens dröjsmål förutsätter väsentligt kontraktsbrott kan betecknas som en naturlig anpassning till att andra varor står i förgrunden för intresset än som var fallet vid exempelvis de skandinaviska köplagarnas tillkomst. Att det gäller ett väsentlighetskrav också när säljaren vill häva köp på grund av köparens dröjsmål är däremåt — åtminstone i förhållande till den skandinaviska köprätten — en klar lindring, vilken ej på samma sätt kan förklaras genom att nya slag av gods kommit i blickpunkten.

I den uniforma köplagen har rättvisekravet blivit ganska for-

mellt. Det är mindre fråga om att på grundval av en analys av de faktiska förhållandena finna regler som i praktiken fungerar väl för resp. säljares och köpares skyldigheter, än om att genomföra så stark likformighet som möjligt i reglerna. De regler som gäller för säljare väntas också skola gälla för köpare. Huruvida de passar lika bra in på köparens som på säljarens förpliktelser analyseras ej alltid så noggrant som varit önskvärt. Ett bidragande skäl är säkerligen också det franska inflytandet och det därur härrörande kravet på konsekvens i principerna. Fransmännen åberopar gärna »la logique» såsom argument för en regel, där andra skulle fordra mera pragmatiska argument.

En jämförelse med de skandinaviska köplagarna visar bl.a., att flera ämnen som dessa lagar behandlar särskilt för vardera partens prestation av den uniforma köplagen behandlas gemensamt. Så är fallet med successiv leverans (art. 75; jfr 22, 29 och 46 §§ i de skandinaviska lagarna), skadeståndets beräkning (art. 82—89; jfr 25, 30 och 45 §§ i de skandinaviska lagarna), samt vård av godset för andra partens räkning (art. 91—95; jfr 33—36, 55—56 §§ köplagarna). Befrielse från förpliktelse på grund av force majeure och liknande omständigheter regleras rättstekniskt åtskilt från förutsättningarna för skadeståndsskyldighet och är föremål för en enda, allmän bestämmelse (art. 74). Härmed kan hänföras att de skandinaviska köplagarna reglerar motsvarande förhållanden i 24 § — som bekant ett stadgande om skadeståndsskyldighet — och till 24 § hänvisar 30 och 43 §§. Konsekvenserna av enhetligheten beträffande successiv leverans, skadeståndets beräkning samt force majeure skall här något kommenteras.

Reglerna om *successiv leverans* ger ett exempel på att vissa nyanser, som man finner i de skandinaviska lagarna, saknas i den uniforma lagen. Om vid successiv leverans säljaren är i dröjsmål med leveransen av en post, föranleder detta visserligen att dröjsmål med leveransen av en senare post anteciperas lättare än enligt allmänna regler om anteciperat dröjsmål (se 22 §). Men denna regel är dock mindre sträng mot säljaren än motsvarande regel om köparens dröjsmål vid successiv leverans är mot denne (se 29 §). Förklaringen är att dröjsmål med betalningen av en post vid successiv leverans anses tyda på insolvens hos köparen och därför risken anses vara stor att dröjsmålet upprepas. Den uniforma köplagen har däremot en gemensam bestämmelse om säljares och köpares kontraktsbrott vid successiv leverans (art. 75). Någon skillnad göres ej mellan säljare och köpare, och eventuella olikheter mellan säljares och köpares dröjsmål får alltså ta sig uttryck i olikheter i tillämpningen, för vilka lagtexten ej ger något stöd.

De skandinaviska köplagarna har mycket få regler om *beräkning av skadestånd* (se 25, 30 och 45 §§), och det finns därför inte något underlag för en jämförelse med den uniforma köplagen, vilken innehåller utförliga bestämmelser härom (art. 82—89). Karakteristiskt för dessa är att nästan ingen skillnad göres mellan

säljares och köpares skadeståndsskyldighet, bortsett från att uttryckssättet på några punkter blir olika (köparens täckningsköp heter i art. 85 »achat de remplacement» medan säljarens nya försäljning heter »vente compensatoire»). Som ett undantag kan måhända betraktas, att den uniforma lagen innehåller en bestämmelse om ränta vid dröjsmål (art. 83). Men hela frågan om en säljare, som lidit förlust genom försenad betalning av köpeskillingen, skall få ytterligare ersättning för förlust utöver vad räntan ger honom, har sjunkit undan i de allmänna, gemensamma principerna, och blott föreskriften att säljaren »en tout cas» är berättigad till ränta (art. 83) fungerar som den topp av isberget som sticker upp över ytan. Även om det är sannolikt, att säljaren kan få ersättning för förlust som han lider genom förändringar i valutakurserna (jfr 7 § 2 st. i de skandinaviska skuldebrevslagarna), saknar man all indikation om förutsättningarna härför och om beräkningen av ersättningen. Just genom att skadeståndsreglerna är så abstrakt formulerade, att de skall kunna täcka såväl köpares som säljares rätt till skadestånd, uteslutes i praktiken möjligheten, att lagen skall kunna ge besked om sådana frågor. Detsamma är, i kanske ännu högre grad, fallet med frågan om en säljare kan få ersättning för att han på grund av försenad betalning varit ur stånd att fullgöra sina egna förpliktelser och därigenom t.ex. nödgats utge skadestånd till tredje man. Vad man än må anse i denna fråga, vore det önskvärt att en lag för internationella köp gav besked på denna punkt, där man ej a priori kan utesluta att nationella rättssystem innehåller starkt divergerande regler.

Om *force majeure* och liknande omständigheter innehåller den uniforma lagen en enda bestämmelse (art. 74), vilken dock ej nämner vare sig detta uttryck eller något liknande. Rubriken är på franska »exonération», på engelska »exemptions». Principen är att om endera parten ej fullgjort någon skyldighet och detta beror på en omständighet vilken denna part ej behövde ta i beräkning eller undvika eller övervinna, han ej är ansvarig därför. Mycket kunde sägas om denna princip, men här skall blott uppmärksamheten fästas vid att den är i lika grad tillämplig på säljares och köpares förpliktelser. Den praktiska skillnaden mellan säljarens och köparens situation är dock betydande. Vad som kan utgöra force majeure är i främsta rummet krig, export- och importförbud, strejk, eldsvåda o.d. som influerar på säljarens möjlighet att leverera godset. Praktiskt sett hänför sig force-majeure-problemen i mycket stor utsträckning till säljarens leveransskyldighet. Köparens motsvarande problem är säkerligen mindre praktiskt betydande, och de är också mera olikartade. Man kan skilja mellan hinder mot betalning, hinder mot att medverka till säljarens prestation (t.ex. på grund av ett importhinder i köparens eget land, för vilket han ansvarar) samt hinder mot att begagna det köpta i köparens rörelse eller sälja det vidare (på grund av eldsvåda, strejk, offentliga förbud osv.). Frågan blir därför också, vilka av

dessa omständigheter man överhuvud kan ta hänsyn till vid tillämpningen av force-majeure-regler. I skandinavisk rätt är saken såtillvida klar, som köpares befrielse från skadeståndsskyldighet förutsätter att betalningen av köpeskillingen har hindrats (29 §), medan intet stadgas om hinder i köparens möjlighet att mottaga eller utnyttja godset. Vad som enligt den uniforma lagen skall gälla i sistnämnda fall måste betecknas såsom mycket osäkert. Även om denna fråga kan man konstatera, att önskan att täcka både säljares och köpares situation med ett och samma stadgande har lett till en abstraktion i uttryckssättet, vilken lämnar oss i ovisshet om vilka regler som skall gälla i den mera ovanliga och svårbedömda situationen, dvs. i detta fall när köparen råkar ut för hinder mot att mottaga eller nyttja godset.

Även inom de särskilda avsnitten återfinner man samma strävan efter formell balans mellan säljares och köpares skyldigheter, stundom med resultat som måste betecknas såsom ganska kuriösa. Detta gäller bl.a. verkan av en parts passivitet när andra parten är i dröjsmål. I art. 25 (st. 1 och 2) ges en regel som till sitt innehåll starkt påminner om den skandinaviska rätten, ehuru den rättstekniska lösningen är en annan. Om säljaren underlåter att avlämna godset, trots att tiden då detta skall ske är förbi, bevarar köparen tills vidare rätten att kräva fullgörande. Säljaren som är i dröjsmål kan emellertid till köparen ställa en fråga, om denne trots dröjsmålet vill kräva fullgörande eller om han vill häva. Om köparen då ej svarar förlorar köparen rätten att kräva fullgörande (eller, såsom uniforma lagen uttrycker saken, avtalet anses hävt utan särskild åtgärd); se art. 26 st. 2. Om emellertid säljaren ej ställer någon sådan fråga och köparen förhåller sig passiv, förlorar den senare rätten att kräva fullgörande efter »un délai raisonnable»; se art. 26 st. 1. Den uniforma lagens regel är i båda sina led i sak ungefär densamma som den skandinaviska rättens, såsom framgår av 26 § köplagen. Skillnaden är blott att sistnämnda stadgande är formulerat som en självständig reklamationsregel. Märkligt är emellertid att den uniforma lagens regel om säljarens dröjsmål har tjänat som direkt förebild för dess motsvarande regel vid köparens dröjsmål. Art. 62 st. 2 innehåller visserligen ingen regel om rätt för köpare, som är i dröjsmål, att interpellera säljaren, men vid ren passivitet hos säljaren är regeln densamma som för säljarens dröjsmål, nämligen att rätten att kräva fullgörande går förlorad efter skälig tid. Den skandinaviska rätten har emellertid en helt annan, och mycket förnuftigare regel. Enligt 31 § köplagen förlorar vid köpares dröjsmål med betalningen säljaren genom passivitet rätten att kräva fullgörande endast om godset ej kommit i köparens besittning, i enlighet med den s.k. status-quo-principen. Den strävan efter absolut likformighet mellan säljares och köpares förpliktelser, som kännetecknar den uniforma lagen, har här på ett markant sätt fått tränga undan analysen av de särskilda situationerna såsom grundval för regleringen.

Såsom ytterligare ett exempel på den formella likformigheten i behandlingen av säljare och köpare må nämnas, att kapitlen om säljares och köpares skyldigheter båda avslutas med allmänna bestämmelser om sådana förpliktelser som ej förut behandlats i lagen. Art. 55 behandlar säljarens skyldigheter, art. 70 behandlar köparens skyldigheter. Stadgandena är ord för ord desamma, blott med de undantag som beror av att det ena rör säljarens skyldigheter, det andra köparens. Vid väsentligt kontraktsbrott kan den förfördelade parten häva och kräva skadestånd, vid annat kontraktsbrott kräva skadestånd men ej häva. Den förfördelade parten kan också kräva att den kontraktsbrytande fullgör avtalet in natura, vad nu detta må åsyfta (art. 55 st. 2, art. 70 st. 2).

Bedömningen av dessa stadganden kan svårligen ske utan att man söker göra klart för sig, vilka förpliktelser som avses. Tänkbara exempel på säljarförpliktelser är skyldighet att skaffa tillstånd av olika slag från offentlig myndighet, skyldighet att försända godset i enlighet med köparens instruktioner, och skyldighet att montera gods hos köparen eller att prestera service under en tid efter leveransen. Som exempel på köparförpliktelser kan nämnas att återställa ritningar, att ställa säkerhet för betalning av köpeskillingen, att icke reexportera godset, att utställa eller begagna godset i enlighet med säljarens anvisningar osv. Redan dessa exempel visar hur stor osäkerheten måste bli, när man lagstiftar in abstracto utan att veta, vilka skyldigheter som kan komma att falla in under bestämmelserna.

Något som i detta sammanhang förtjänar att särskilt uppmärksammas är emellertid konsekvenserna av hävning efter det att köpet redan fullgjorts. Här visar sig en betydande skillnad mellan säljares och köpares situation. Vid hävning skall säljaren återställa köpeskillingen, dvs. återbetala samma belopp i pengar som han erhållit, men köparen skall återställa just den egendom som han mottagit på grund av köpet. Om köparen själv är den som vill häva, kan han givetvis avgöra, om han vill begagna denna rätt, med hänsyn till vad ett återställande skulle innebära för honom personligen. Men om säljaren är den som häver — vilket är fallet då hävningsanledningen är att finna i köparens kontraktsbrott — får köparen finna sig i konsekvensen att nödgas återställa godset, hur obehaglig den än må vara för honom. Härtill kommer att det för säljaren ofta är av ringa värde att återfå gods som köparen brukat och som vanligen endast med förlust kan säljas ånyo. En rätt att återta godset vid köpares dröjsmål med betalningen fungerar ofta som medel för säljaren att förmå köparen att betala köpeskillingen. Men vad skall en sådan påtryckningsmöjlighet ha för funktion när, som i detta fall, det är fråga om andra förpliktelser än den att betala köpeskillingen?

Det är ej blott lagen som här är abstrakt; även den som skall försöka fastställa lagens konsekvenser förlorar sig i abstraktioner när han ej vet vilka förpliktelser som kommer i fråga. Hävnings-

rätten vid köparens underlåtenhet att fullgöra de obestämda förpliktelser som åsyftas med art. 70, kan säkerligen betraktas som ännu ett exempel på vådan av att söka skapa likformiga regler för olika områden, särskilt för säljares och köpares skyldigheter, utan att analysera de praktiska situationer i vilka reglerna skall tillämpas.

YLEISTEN ALIOIKEUKSIEN JÄSENTEN KELPOISUUSEHDOISTA JA NIMITTÄMISESTÄ

ARVO HELMINEN

Maamme yleiset alioikeudet jakautuvat vanhastaan kahteen erilliseen ryhmään: kihlakunnanoikeuksiin, joissa tuomiovaltaa käyttelevät lainoppineet tuomarit ja maallikoista koostunut lautakunta, ja raastuvanoikeuksiin, joissa tuomiovaltaa käyttelevät lainoppineet puheenjohtajat ja joko lainoppineet tai maallikkojäsenet. Kihlakunnanoikeuksien tuomiopiireihin kuuluvat maaseutu ja uudet kaupungit. Tämä osa maatamme, jossa on 2,8 miljoonaa asukasta, on jaettu 73 tuomiokuntaan ja nämä vuorostaan 158 käräjäkuntaan. Kihlakunnanoikeuksissa on 73 valtion palkkaamaa kihlakunnantuomaria ja maallikkojäseninä 2022 kaupunkien ja kuntien palkkaamaa lautamiestä. Erioikeuksien nojalla on 35 vanhalla kaupungilla raastuvanoikeudet, joissa tuomiovaltaa käyttelevät asianosaisten kaupunkien palkkaamat 35 oikeuspormestaria ja 119 oikeusneuvosmiestä ja nelisenkymmentä kunnallisneuvosmiestä. Raastuvanoikeuksien tuomiopiireissä on 1,7 miljoonaa asukasta.

Kihlakunnantuomarit nimittää hallitusmuodon 88 §:n säännöksen perusteella korkein oikeus. Kun kihlakunnantuomarin virka on täytettävä, julistaa asianomainen hovioikeus sen haettavaksi ja tekee hakemusten perusteella ehdollepanon, jossa kolme hakijaa asetetaan ehdolle paremmuusjärjestyksessä. Ehdollepanosta saa valittaa korkeimpaan oikeuteen. Suoranaisia säännöksiä kihlakunnantuomarin virkaan kelpoisuusehdoista ei ole laissa, joskin hallitusmuodon 84 ja 86 §:n määräykset siitä, että virkaan nimitettävän tulee olla Suomen kansalainen ja että hänellä tulee olla virkaan soveltuva taito, kyky ja koeteltu kansalaiskunto, koskevat tietysti myös kihlakunnantuomareiksi nimitettäviä, jota paitsi kielilaissa on säännökset kussakin tuomioistuimessa vaadittavasta kielitaidosta. Kihlakunnantuomari nimitetään pysyvästi, mutta 70-vuotta täyttävän on erottava virasta. Epäilemättä määräys taidosta ja kyvystä edellyttää, että virkaan nimitettävän tulee olla lainoppinut. Tuomiokuntain hoidosta annetussa laissa on tarkat minimivaatimukset tuomarinviran sijaisen kelpoisuudesta. Minimi-ikä on 25 vuotta. Saman lain 2 §:n 1 momentissa, sellaisena kuin tämä lainkohta on 18. 6. 1971 annetussa laissa, säädetään, että käräjätuomariksi nimitettävän tulee olla toiminut vakinaisessa tuomarin tai

tuomioistuimen esittelijän virassa. Koska kihlakunnantuomari ja käräjätuomari toimivat kihlakunnanoikeuden puheenjohtajina rinnakkain itsenäisesti eivätkä yhteisesti tuomiovaltaa käyttäessään, voitanee tästä vetää johtopäätös, että käräjätuomarin kelpoisuusvaatimukset ovat voimassa minimivaatimuksina myös kihlakunnantuomarien osalta.

Vakiintuneen käytännön mukaan on kihlakunnantuomareiksi nimitetty ylempien oikeuksien jäseniä ja esittelijöitä taikka pitkäaikaisen kokemuksen omaavia raastuvanoikeuksien tuomareita, hallinnollisia virkamiehiä aniharvoin ja asianajaja tiettävästi kaksi kertaa (Ahmavaara ja Kauno). Koska kihlakunnantuomari toimii tuomiovaltaa käyttäessään ilman lainoppineita avustajia ja kun hänen velvollisuuksiinsa kuuluu myös nuorten tuomioistuinharjoittelijoiden ohjaaminen, tulee kynnyksen kihlakunnantuomarin virkaan olla korkea.

Kihlakunnantuomarin karrieeri on ollut ja tulee ilmeisesti myös vastaisuudessa olemaan suunnilleen seuraavanlainen: suoritettuaan tutkintonsa noin 23—25 vuotiaana ja kirjoittauduttuaan johonkin hovioikeuteen auskultantiksi, nuori juristi seuraa käräjillä vuoden tai pari, kuitenkin samalla ansaiten leipänsä jossain muussa toimessa. Oltuaan vähintään 3 kuukautta päätoimisena tai notaarina jonkin tuomiokunnan kansliassa ja istuttuaan 30 päivää käräjiä ja hoidettuaan kahden tai kolmen viikon ajan kihlakunnantuomarin viran sijaisuutta, auskultantti saa hovioikeudelta varatuomarin arvonimen. Mikäli hän aikoo tuomarinuralle, hän siirtyy nyt ylimääräiseksi esittelijäksi johonkin hovioikeuteen. Keskimäärin 30—32-vuotiaana hän saavuttaa ensimmäisen vakinaisen virkansa, nuoremman hovioikeudenviskaalin viran. Nuoremman hovioikeudenneuvoksen viran hän saavuttaa keskimäärin vasta 43—45-vuotiaana. Kihlakunnantuomariksi nimitettäessä on keski-ikä 46—47 vuotta. Nimitettävä on silloin palvellut oikeuslaitoksessa lähes neljännesvuosisadan. Raastuvanoikeuksista kihlakunnantuomareiksi siirtyneiden keskimääräinen nimitysikä on vielä korkeampi kuin ylemmistä oikeuksista siirtyvien. Kihlakunnantuomarin virat ovat loppuvirkoja, joista ei yleensä siirrytä muuhun toimintaan, poikkeuksena ovat vain nimitykset korkeimman oikeuden jäseniksi. Siirrot tuomiokunnasta toiseen ovat olleet sallittuja ja varsin tavallisia.

Lähivuosina luovuttaneen varatuomarin arvonimen antamisesta. Tuomioistuinlaitoksen palvelukseen antautuva joutunee kuitenkin alkamaan karrieerinsa hankkimalla entistä varatuomarin arvoa vastaavan pätevyyden. Suunnitelmat ovat vielä keskeneräiset.

Raastuvanoikeuden jäsenet valitsee kaupunginvaltuusto. Pormestarin virkaan asettaa valtuusto kolme ehdokasta, joista korkein oikeus valitsee nimitettävän. Myös kaupunkituomari nimitetään pysyvästi. Kelpoisuusehdoista ei ole säännöksiä. Kielilain säännökset on kuitenkin otettava huomioon myös kaupungeissa. Selvänä on pidetty sitä, että nimitettävien tulee olla lainoppineita. Käytän-

nössä lienee varatuomarin pätevyys ollut edellytyksenä, varsin usein myös sen ohella jonkin valtapuolueen jäsenkirja. Voitanee todeta, että oikeusneuvosmiesten vaalit usein tapahtuvat poliittisin perustein, joskin myös pätevyyteen on ainakin tähän asti kiinnitetty huomiota, ehkäpä vain julkisen arvostelun vaimentamiseksi. Valtuustolla ei kuitenkaan voi olla muuta kuin poikkeustapauksissa ensi käden tietoa taidosta, jota hakija on aikaisemmassa tuomarintoimessaan osoittanut. Suurempien kaupunkien raastuvanoikeuksissa juttuja käsittelee kolme lainoppinutta jäsentä yhteisesti. Virkatovereihinsa turvautuen tottumaton oikeusneuvosmies saavuttaa tarpeellisen taidon ja rutiinin. Pienissä kaupungeissa, joissa tuomiovaltaa käyttelee pormestari ja kaksi maallikkojäsentä, on asia pulmallisempi. Koska kaupunkituomarienkin virat ovat pysyviä, voivat kaupunkituomarit nimittämisjärjestelmästä huolimatta tuntea itsensä riippumattomiksi. Pienemmät kaupungit voivat luopua raastuvanoikeuksistaan, mutta mikään kaupunki ei ole vielä ottanut tätä askelta, kunnianarkuussyyt lienevät olleet esteenä. Kaupunkituomioistuinkomitea ehdottaa, että kaupungit, joiden asukasluku alittaa 10 000, liitettäisiin kihlakunnanoikeuksien tuomiopiireihin. Merioikeusjuttujen vuoksi pari pikkukaupunkia kuitenkin säilyttänee raastuvanoikeutensa.

Kihlakunnanoikeuksien maallikkojäsenten, lautamiesten kelpoisuusehtoina ovat Suomen kansalaisuus, nuhteettomuus, vaalikelpoisuus kunnallisiin toimiin, ainakin 25 vuoden ikä ja se, että nimitettäessä hallitsee itseään ja omaisuuttaan. Jos kunnasta valitaan useampia lautamiehiä, tulee heidän olla kumpaakin sukupuolta. Lautamiehen tulee asua kunnassa. Kielilain säännökset eivät koske lautamiehiä. Lautamiehenä ei saa toimia yleisen tuomioistuimen jäsen tai lainoppinut virkamies eikä virallinen syyttäjä tai rikosten esitutkintaan osallistunut, poliisi tai tullivalvontaan kuuluva tai rangaistusten täytäntöönpanija eikä myöskään asianajaja. Kaupungin- ja kunnanvaltuustot valitsevat lautamiehet yleensä poliittisin perustein, kuitenkin ottaen huomioon puolueiden suhteelliset määrät tuomiopiirissä. Koska kihlakunnanlautakunnan parhaimmillaan on edustettava jonkinlaista läpileikkausta yhteiskunnasta, on poliittinen valintaperuste maallikkojäsenten osalta hyväksyttävissä, mikäli edellä mainittu suhteellisuus on otettu huomioon. Lautamiehen toimintakausi on neljä vuotta. Ainakin tähän asti on entisten lautamiesten uudelleen valitseminen ollut melkeinpä sääntönä. 70 vuotta täyttänyttä ei kuitenkaan saa valita, joten lautamies, joka toimintakautenaan täyttää 70 vuotta, ei voi tulla valituksi uudelleen. Suurehkoissa tuomiokunnissa on lautakunnan jäsenten luku nykyään 40—50 ja lautamiesten lukumäärä on vain poikkeustapauksissa jaollinen lautakunnan tuomionvoivalla määrällä eli seitsemällä. Kun istunnot nykyisen lain mukaan on jaettava tasan ottamatta huomioon sitä, että lykätyissä jutuissa olisi saatava sama lautakunta jatkokäsittelyyn, on lautakunnan vaikutus ja merkitys suurehkoissa tuomiokunnissa vähentynyt.

Lautakunta, jossa ehkä kukaan ei ole ollut läsnä aikaisemmassa käsittelyssä, jää tuomittaessa pakosta melko passiiviseksi sivustakatsojaksi. Kihlakuntaa koskevaa lakia uusittaessa ei tarkoituksena ollut lautakunnan osuuden heikentäminen, vaan laajempien piirien vetäminen tuomiovaltaa käyttelemään. Laki kaipaa korjaamista.

Lautamies on, kuten muutkin tuomarit, toimessaan riippumaton eikä kaupungin- tai kunnanvaltuusto ole oikeutettu vapauttamaan lautamiestä toimestaan hänen toimikautensa aikana.

Kaupunkien kunnallisneuvosmiesten virat ovat pysyviä eivätkä siis lautamiestoimiin verrattavia. Niitä lienee perustettu pääasiassa säästäväisyyssyistä.

Lyhyt katsaus alituomarien kelpoisuusedellytyksiin ja nimittämisjärjestelmiin muissa valtakunnissa lienee paikallaan.

Ruotsin tuomioistuimet on yhtenäistetty kuluvan vuoden alusta lukien, kihlakunnanoikeuksien ja raastuvanoikeuksien sijaan on tullut kaupungeissa ja maaseudulla käräjäoikeudet (tingsrätter). Puheenjohtajina ovat laamannit, jotka siis ovat entisiä kihlakunnantuomareita ja pormestareita, ja entisten käräjätuomarien sijasta ovat kaikkien alituomioistuimien aputuomarit myös maaseudun tuomiokunnissa raatimiehiä. Tuomarien karrieeri lienee suunnilleen ennallaan. Ennen yhtenäistuomioistuimia se oli pääpiirteittäin seuraava: nuori lakimies, joka aikoi tuomarinuralle, palveli ensin valtion palkkaamana harjoittelijana (aspirant) jossakin tuomiokunnassa, tämän jälkeen valtion palkkaamana notaarina tuomiokunnassa ja saavutettuaan n.s. käräjäansioitumisen päättymistodistuksen (tingsmeritering), joka on Suomen tuomioistuinharjoittelua seuraavaan varatuomarin arvonimeen verrannollinen, alkoi palvelu hovioikeudessa ensin viskaaliharjoittelijaa (fiskalsaspirant) ja tämän jälkeen vakinaisena viskaalina. Hän palasi tämän jälkeen tuomiokuntaan käräjäsihteeriksi joksikin vuodeksi. Siirryttyään takaisin hovioikeuteen hän palveli edelleen viskaalina ja sai, palveltuaan 9 kuukautta apujäsenenä, asessorin arvonimen. Tämän jälkeen seurasi palvelu korkeimman oikeuden esittelijänä ja lopulta siirtyminen hovioikeuteen neuvokseksi tai johonkin tuomiokuntaan käräjätuomariksi. Käräjätuomarit ja hovioikeudenneuvokset hakeutuivat usein kihlakunnantuomareiksi, joka virka on paremmin palkattu. Kihlakunnantuomariksi nimitettävän keskimääräinen ikä on ollut 50—53 vuotta. Karrieerin sivuuttavat nimitykset kihlakunnantuomareiksi ovat olleet peräti harvinaisia. Ylempiin oikeuksiin, joissa tuomareilla on apunaan esittelijät, on sitä vastoin nimitetty jäseniä karrieerin ulkopuolelta. Kihlakunnantuomarien virat ovat olleet loppuvirkoja, vain pohjoisista tuomiokunnista on siirtyminen toiseen tuomiokuntaan ollut sallittu. Alituomarit on nimittänyt valtioneuvosto kuultuaan tuomarikolleegiota. Koska edellä selostettu karrieeri on ollut edellytyksenä alituomarin virkaan, eivät poliittiset nimitykset alituomarin virkoihin ole olleet oikeusturvaa vaarantamassa.

Norjassa ja Tanskassa hallitus nimittää alituomarit, ainakin

Tanskassa kuitenkin kuultuaan tuomarikunnan edustajia. Laissa ei ole säädetty pätevyysvaatimuksista, mutta käytännössä on vaadittu lainopillinen pätevyys ja pitkäaikainen palvelu tuomioistuinlaitoksessa tai esim. asianajajana.

Manner-Euroopan demokratioissa on kehitys johtanut tuomarien pätevyysvaatimusten tiukentamiseen ja riippumattomuuden korostamiseen. Useimmissa valtioissa hallitus tosin nimittää tuomarit, mutta tuomarikunnan edustajia kuullaan ratkaisuissa. Italiassa tuomarineuvosto, jonka jäsenistä kaksi kolmasosaa on tuomarikunnan jäseniä, nimittää tuomarit.

Japanissa ovat tuomarien pätevyysvaatimukset korkeat ja hallitus tosin nimittää tuomarit, mutta on sidottu korkeimman oikeuden laatimaan ehdokasluetteloon ja nimitettävä joku tässä ehdotetuista.

Englantilais-amerikkalainen järjestelmä poikkeaa suuresti edellä selostetuista systeemeistä. Englannin tuomarit nimitetään asianajajien (barristers) joukosta. Nimitysikä on keskimäärin 50—60 vuotta. Tuomarinvirka on taitavan asianajajan loppuvirka ja sen yhteiskunnallinen arvonanto on suuri, tuskin muualla saavutettavissa. Tuomarinvirkoja on vain 275. Sitä paitsi on kuitenkin parikymmentätuhatta n.s. rauhantuomaria, jollaiselta ei vaadita lakimiespätevyyttä. Rauhantuomarin tehtävät ovat sivutoimia. Rauhantuomareilla on apunaan entisiä asianajajia (solicitors), joilta vaaditaan vähintään viiden vuoden kokemus asianajajana. Kuningatar nimittää yhdessä Lord Chancellorin kanssa tuomarit. Lord Chancellor on itsekin tuomari, joka nimittäessään toimii virkavastuullaan, mutta ilman poliittista vastuuta. Englannin systeemi on äärimmilleen kehitettyä tuomarien riippumattomuutta, jossa valtion virkamies ei edes ole kelpoinen tuomarin virkaan ja jossa tuomarien nimittäminen tapahtuu kokonaan poliittisesta vallasta ja virkavallasta riippumatta.

Amerikan Yhdysvalloissa on alkuperältään englantilainen järjestelmä kehittynyt siitä poikkeavaksi ja myös kaikista eurooppalaisista järjestelmistä suuresti eroavaksi. Useimmissa valtioissa (36) valitaan tuomarit poliittisin perustein määräajaksi ja he joutuvat käymään vaalitaistelun, mikäli haluavat saada tuomarinviran tai jatkaa tuomareina toimintakauden päätyttyä, eräissä valtioissa (5) senaatti valitsee tuomarit määräajaksi ja eräissä valtioissa (28) nimittää kuvernööri ja hallitus tuomarit niin ikään määräajaksi. Kaliforniassa tuomareista, asianajajista ja parlamentaarikoista koostunut komitea laatii ehdokasluettelon ja kuvernööri nimittää tuomarit toistaiseksi. Vaaleissa nimitys vahvistetaan tai hylätään. — vaalijärjestelmää on erittäin ankarasti arvosteltu myös Yhdysvalloissa. Pätevyysvaatimuksia ei ole, mutta vain asianajajat ilmoittautuvat ehdokkaiksi. Federatiiviset tuomarit nimitetään pysyvästi.

Sveitsin liittotasavallassa on kaikista edellä mainituista systeemeistä poikkeava järjestelmä. Minkäänlaisia pätevyysvaatimuksia

ei ole, jokaisella kansalaisella on mahdollisuus tulla tuomariksi. Tuomarinvirka on sivuvirka. Tuomiopiirin asukkaat valitsevat tuomarinsa 4—6 vuodeksi. Tuomarin uudelleen valinta on melkeinpä sääntönä. Tuomarilla on lainoppinut kirjuri apunaan. Kirjuri ottaa osaa neuvotteluun ja tekee tuomioehdotuksen sekä allekirjoittaa tuomiot yhdessä tuomarin kanssa. Kirjurit nauttivat suurta arvonantoa ja ovat hyvin palkattuja.

Läntisissä demokratioissa ovat tuomarien nimittämis- ja valitsemisjärjestelmät, kuten edellä selostetusta ilmenee, varsin erilaisia. Yhteisenä piirteenä järjestelmissä on kuitenkin, että järjestelmät pohjautuvat Montesquieun oppiin vallan kolmijaosta, johon sisältyy tuomarien riippumattomuus. Yhdistyneiden kansakuntien 10. 12. 1948 vahvistamaan ihmisoikeuksien yleismaailmalliseen julistukseen on myös otettu tuomarin riippumattomuutta koskeva artikla. Kyseenalaista lienee takaavatko Amerikan Yhdysvaltojen osavaltioiden järjestelmät poliittisine kamppailuineen ja määräaikaisine tuomarinvirkoineen tuomarien riippumattomuuden. Sveitsin liittotasavallan nimittämisjärjestelmä on tosin vanhahtava, mutta koska Sveitsillä ei ole voimakasta keskushallitusta, ei tuomarien riippumattomuus liene uhattuna.

Neuvostoliiton perustuslain säännösten mukaan aluepiirien neuvostot valitsevat aluepiirien ja autonomisten alueiden oikeusistuimet viiden vuoden ajaksi ynnä piirien kansalaiset valitsevat välittömän ja yhtäläisen äänioikeuden perusteella kansanoikeudet kolmen vuoden ajaksi. Tuomarit ovat riippumattomia. Kuitenkin tämä riippumattomuus käsitetään toisin kuin läntisissä demokratioissa. Vallan kolmijaon oppia ei hyväksytä. Kansalaisten tasaarvo heidän keskinäisissä ristiriidoissaan on tosin toteutettu tai ainakin päämääränä, mutta tasavertaisuutta ei ole, kun on kysymyksessä ristiriita yksityisen kansalaisen ja valtion välillä. Tuomioistuin on lähinnä verrattavissa hallinnolliseen viranomaiseen, jonka tulee toimia valtion käskyläisenä.

Suomen hallitusmuoto takaa tuomarin riippumattomuuden siinä mielessä kuin läntisissä demokratioissa riippumattomuus käsitetään. Tuomari voidaan vain laillisella tuomiolla erottaa virastaan. Yleisten alioikeuksien tuomarit nimitetään pysyvästi virkoihinsa. Tästä johtuen eivät he, olipa nimittämisjärjestelmä mikä hyvänsä, ole nimittävästä elimestä riippuvaisia.

Määräaikaisuutta ei meillä kuitenkaan ole pidetty riippumattomuuden esteenä. Sivuvirkaiset ylempien oikeuksien sotilasjäsenet ja virkaylioikeuden jäsenet nimitetään määrävuosiksi tehtäviinsä. Selvää kuitenkin lienee, että päävirkoina hoidettaviin tuomarinvirkoihin sovellettuna määräaikaisuus asettaisi tuomarikunnan riippuvaksi nimittävästä elimestä. Määräaikaisuus sitä paitsi edellyttää, että nimitettävällä tuomarilla on toinen vakinaisempi virka, joka nimitettävän määräajaksi uskotaan jonkun sijaisen hoitoon. Näinhän on esim. järjestely määräajaksi nimitettävien lainvalmistelukunnan jäsenten kohdalta.

Erilaisia mielipiteitä on esitetty siitä, takaako nykyinen suljettu tuomarikarrieeri sen, että sopivat miehet nimitetään tuomarinvirkoihin. Epäilemättä avoin kaupunkituomarikarrieeri on tuonut monta kyvykästä miestä kaupunkituomioistuimiin. Kaupunkituomarien nimittämissysteemi, jossa ei edes kuulla lakimieskuntaa, jättää kuitenkin asian sattumanvaraiseksi. Nykyinen monimutkaiseksi kehittynyt yhteiskunta vaatii tuomarilta sellaista ammattipätevyyttä, ettei voimassa oleva kaupunkituomarien nimittämisjärjestelmä enää ole puolustettavissa. Ehkäpä viitataan demokratiaan. Mutta vaatiiko demokratia epäpätevyyden suosimista? Kihlakunnantuomariksi nimitettävien virkamieskarrieerissa sopimattomat tosin karsiutuvat pois, mutta muutoin karrieeri seuraa virkaiän mukaista järjestystä. Mutta karrieeri on liian hidas. Jos virka saavutetaan myöhäisessä vaiheessa, on kyky sopeutua uusiin tehtäviin — kanssakäymiseen yleisön kanssa, suulliseen käsittelyyn oikeudessa ja kansliatyön organisoimiseen — jo vaikeutunut. Lienee todettava kansan sanoilla: Ei tule tuohesta takkia eikä vanhasta pappia! Optimaalinen ikä lienee noin 40 vuotta. Alituomarien virkasivutulojen poistaminen aiheuttanee lähivuosina alituomarikunnan nuorentumisen. Se henkilöpiiri, josta nimitettävät otetaan, on melko ahdas. Asianajajien parhaimmisto on ilmeisesti se ryhmä, josta vaadittava pätevyys myös voitaisiin löytää. Asianajajien parhaimmisto taloudellisista syistä tuskin kuitenkaan vaihtaa osaansa tuomarin asemaan. Poikittaisnimityksiä muista lakimiesryhmistä ei ole ajateltavissa, ellei haluta alentaa alituomarikunnan tasoa. Jos oikoteitä pääsee tuomariksi, esim. puolueen jäsenkirjan nojalla, vaikeutuu ylempien oikeuksien virkamiesten rekrytointi ja paras aines vetäytyy pois oikeuslaitoksesta. Kuka haluaa palvella parikymmentä vuotta, ellei ylenemisen mahdollisuuksia ole? Sitä vastoin nimitettäessä jäseniä korkeimpaan oikeuteen, jossa on esittelijöitä apuna, ei karrieerilla ole samaa merkitystä kuin alioikeudessa.

Lainsäätäjä on jättänyt tuomioistuimille vallan soveltaa laajoja rangaistusasteikkoja ja ottaa huomioon kohtuusnäkökohtia. Kieltämättä tuomarin henkilöllisyys näin ollen vaikuttaa tuomioihin. Sitä vastoin alituomioistuimien poliittinen merkitys ja valta on vähäinen, ellei myös kohtuusnäkökohtien soveltamista pidetä politiikkana. Yhteiskunnan kehittyessä yhä monimutkaisemmaksi alituomarien pätevyysvaatimuksia ei voitane kaventaa. Yliopisto-opetuksen tehtäväksi jää tosin huolehtiminen siitä, että nuorilla juristeilla valmistuessaan on tarpeelliset teoreettiset tiedot yhteiskunnallisista asioista. Mutta yksinomaan teoreettiset tiedot eivät riitä käytännön juristeille, koska pelkästään teoreettisia tietoja omaavat usein ovat elävästä elämästä vieraantuneita. Opiskeluajan eristyneisyys muusta yhteiskunnasta näyttää jopa suorastaan johtavan tällaiseen vieraantuneisuuteen. Toimivalla tuomarilla tulee olla selvä taju kansamme nykyisistä oikeuskäsityksistä. Tuomarin tulee olla aikansa tasolla, ei jäljessä eikä edellä.

Kirjallisuus:

Domarbanan, betänkande avg. av 1955 års domarutredning. Stockholm 1959.

Ellilä, Tauno: Hovioikeusmenettely ja oikeudenkäynnin uudistus. Helsinki 1971.

Erich, Rafael: Suomen valtio-oikeus, Porvoo 1925.

Ersman, Sven: Domarutbildningen efter processreformen, SvJT 1948.

Hakkila, Esko: Suomen tasavallan perustuslait. Porvoo 1939.

Kastari, Paavo: Tuomioistuinten riippumattomuus ja demokraattisuus, LM 1971.

Kaupunkituomioistuinkomitean mietintö, Helsinki 1971.

Kekkonen, Urho: Kansanvallasta ja sen toteutumisesta lainkäytössä. LM 1970.

Nikula, Paavo: Käräjätuomarin pätevyysvaatimuksista, Lakim. uutiset 1971

Petersen-Soukka: Englannin oikeuslaitos, Helsinki 1965.

Prinsippene for dommernes utdannelse og utnevnelse, Förhandlingarna vid 24 nordiska juristmötet i Stockholm 31. 8.—2. 9. 1966. Stockholm 1967.

Tarjanne, Tapio: Tuomarien erottamattomuudesta. LM 1962.

Tirkkonen, Tauno: Eräitä piirteitä Sveitsin oikeuslaitoksesta. LM 1953.

Sama: Tuomarin pätevyysvaatimuksista. LM 1970.

Die Rechtspflege in der Bundesrepublik Deutschland. Hamburg 1969.

Deutsches Richtergesetz.

Ihmisoikeuksien säännöt.

Sosialististen Neuvostotasavaltain perustuslaki.

HUUMAUSAINEIDEN LUVATON KÄYTTÖ — RANGAISTUS VAI EI?*

PAAVO HILTUNEN

Antaessaan eduskunnalle esityksen uudeksi huumausainelaiksi (n:o 128/1970) hallitus on ilmeisesti pyrkinyt siihen, että maassamme yhä suuremmaksi kasvanut huumausaine-epidemia saataisiin loppumaan. Tämä tarkoitus ilmenee erityisesti ns. törkeän huumausainerikoksen käsitteen omaksumisessa korkeine rangaistusminimeineen (1 vuosi) ja maksimeineen (6 vuotta), jotka vastaavat muiden pohjoismaiden huumausainelakien säännöksiä.[1]

Pyrkimys uhkaa kuitenkin vaarantua sen takia, että esityksessä ehdotetaan poistettavaksi rangaistus huumausaineen luvattomasta käyttämisestä. Suomi lienee ainoa maa maailmassa, jossa vakavan huumausaine-epidemian aikana ehdotetaan voimassa olevan lain muuttamista huumausaineiden käyttäjille suosiollisempaan suuntaan kokonaan poistamalla eräs rikostyyppi. Kun oikeuslaitoksen edustajan taholta nyt väitetään, että kysymyksessä on hätiköity esitys, älköön tätä leimattako »rangaistusmentaliteetin» ilmaukseksi, kuten niin helposti nykyisin tehdään, vaan nähtäköön takana kaikkien asiaan vaikuttavien näkökohtien punnitsemista ja huolta huumausaineiden käyttäjistä, joka voi olla yhtä aitoa ja vilpitöntä kuin niidenkin, jotka eivät haluaisi käyttäjiä rangaista. On syytä vakavasti kysyä, onko esitystä annettaessa riittävästi paneuduttu eri näkökohtiin ja eikö kenties ole liikaa kuunneltu väärin käsitetyn vapauden nimissä esitettyjä vaatimuksia, että nuorison tulisi itse saada valita nautintoaineensa.

Tuntuu merkilliseltä, että vajaassa neljässä vuodessa hallituksen käsitys siitä, mihin kansainvälinen huumausaineyleissopimus, jonka

---

* Asiantuntijalausunto eduskunnan lakivaliokunnalle 25. 2. 1971.

[1] Ks. lainsäädännöstä *Hiltunen*, Huumausainerikokset ja niiden rankaiseminen, LM 1970 s. 91 ss ja Pohjoismaiset huumausainelait. Uusi Suomi 10. 11. 1969. Alotteen rangaistuksien koventamiseksi huumausaineiden ammattimaisesta myynnistä teki Helsingin hovioikeus lokakuun 17 päivänä 1969 päivätyllä kirjeellään sosiaali- ja terveysministeriölle huumausainejuttujen alettua tulvia hovioikeuteen. Eduskunnassakin tehtiin tämän jälkeen asiasta kysely. Ks. m.k.s. 101 ss. Norjassa on kuitenkin ehdotettu maksimin nostamista 10 vuoteen (lehtitieto lokak. 1971). Englannissa korkein vankeusrangaistus on 10 v., Ranskassa 20 v.

Suomi on allekirjoittanut 1965, meitä velvoittaa, on huumausaineiden käytön suhteen täysin muuttunut. Joulukuun 1 päivänä 1966 voimaan tulleessa asetuksessa mainitun yleissopimuksen määräysten soveltamisesta hallitus määrää, seuraten tarkoin sopimuksen 2 artiklan b kohtaa, käytön rangaistavaksi. Lokakuun 23 päivänä 1970 antamassaan esityksessä hallitus nyt kuitenkin ehdottaa käytön rangaistavuuden poistamista. Tämä on sitäkin merkillisempää, kun esitys ei voi perustua mihinkään oikeuskäsityksen saati lääkinnöllisen tiedon muuttumiseen. Päinvastoin vuonna 1966 vallinnut rauhan tila on muuttunut vaaralliseksi huumausainesodaksi, joka uhkaa sekä yksilöitä että yhteiskuntaa.

Oltakoonpa mitä mieltä tahansa käytön rangaistavuudesta on vakavasti kysyttävä, onko rangaistuksen poistamiseen syytä nykyisen huumausaine-epidemian aikana. Kansamme suuri enemmistö, varsinkin ne kodit, joita huumausaineiden väärinkäyttö kipeästi koskee, odottavat, että hallitus ja eduskunta käyttäisivät kaikkia mahdollisia keinoja huumausaineiden vyöryn pysäyttämiseksi. Jos rangaistuksilla voidaan korjata tilannetta, kuten uskon, nykyisen huumausainelain rikostyyppejä ei pitäisi poistaa, vaikka rangaistussäännöksiä muotoiltaisiinkin paremmin nykyoloihin soveltuviksi.

Esitys on yllättävä senkin takia, että hallitus asetti huhtikuun 18 päivänä 1968 huumausainekomitean, jossa oli paras saatavissa oleva asiantuntemus ja joka perusteellisen työn jälkeen laajassa yli 200 sivuisessa mietinnössään (Komiteamietintö 1969:B 53) ehdotti huumausaineiden käytön ja kaiken hallussapidon edelleen rankaisemista. Komitean seitsemästä jäsenestä vain dos. Kettil Bruun oli käytön vapauttamisen kannalla. Mitä sellaista selvitystä hallitus on tämän jälkeen saanut, joka on johtanut aivan toisenlaisen ehdotuksen tekemiseen? Esityksen perustelut eivät tarjoa tähän valaistusta. Niissä ei edes mainita komitean nimeä.

Huumausainekomitean kannanotto perustui siihen, että se katsoi maamme olevan sidotun yleissopimukseen, joka velvoittaa rankaisemaan kaiken hallussapidon ja käytön ilman lievennyksiä (2 art. b kohta, 4 art. c kohta ja 36 art. 1 kohta). Hallituskin lähtee esityksen perusteluissa siitä, että »ilman asianmukaista lupaa tapahtuva toiminta on rangaistava. Näin olisi rangaistavaa myös huumausaineiden käyttö, kuten on asianlaita Norjassa». Mitkä ovat ne syyt, joiden nojalla hallitus kuitenkin katsoo voivansa ehdottaa poikkeamista allekirjoittamastamme sopimuksesta? Tehtyjä sopimuksia on kysymyksessä olevan kansainvälisen rikollisuuden suhteen noudatettava. Viittaus siihen, että käyttäjä »useimmissa tapauksissa tulee tuomittavaksi rangaistukseen hallussapidosta», ei ole riittävä.

Esitys perustuu kahteen väittämään: 1) rangaistuksilla ei pystytä vaikuttamaan jo riippuvuustilaan joutuneisiin käyttäjiin ja 2) rangaistuksesta luopumisella edistetään käyttäjien hoitoon hakeutumista.

Mitä tulee ensin mainittuun väitteeseen, niin se on varsinaisiin

narkomaaneihin nähden luultavasti oikea. Mutta miksi jätetään mainitsematta käyttäjien suuri enemmistö? Helsingissä on eräiden tietojen mukaan aineita kokeillut yli 10 000[1] henkilöä, mutta varsinaisia narkomaaneja sanotaan olevan vain 500—600. Noiden 9 500:n suhteen rangaistuksilla voidaan toivoa vaikutettavan motivointiin aineen käyttöä vastaan. Mutta vieläkin suurempi on vaaravyöhykkeessä olevien, potentiaalisten käyttäjien määrä.

Laissa oleva selvä kielto rangaistussanktioin on varmasti omansa ohjaamaan teini-ikäisiä nuoria, jotka tuntevat uteliaisuutta huumausaineita kohtaan, aineista pidättäytymiseen. Huumausainerikosten rangaistuksilla jos millä on yleisestävä vaikutus. Jos käytön rankaisemisella voitaisiin vaikkapa vain muutamia nuoria pelastaa ajautumasta huumausaineiden kurimukseen, lainsäännös on ollut paikallaan. Mutta ottaako eduskunta vastuun päinvastaisista seurauksista, jotka voivat aiheutua rangaistuksen poistamisesta? Vastuu on raskas, ja eduskunnan olisi perusteellisesti harkittava asian tätä puolta.

Huumausainekomitea perusteli käsitystään seuraavasti: »Hallussapidon rangaistavuuden poistaminen saattaisi varsinkin huumausaineiden väärinkäyttäjien ja väärinkäytölle alttiiden ryhmien keskuudessa johtaa käsitykseen, että näiden aineiden hankkiminen, hallussapito ja käyttö olisivat hyväksyttäviä. Tämä saattaisi aiheuttaa väärinkäytön leviämistä yhä laajemmalle».[2]

Juuri tästä on kysymys. On varmaa, että jos esityksen mukainen laki annettaisiin, nuorison keskuuteen leviäisi kulovalkean tavoin sanoma, »että huumausaineiden käyttö on nyt vapaa, valtiovalta ja eduskunta ovat taipuneet nuorison vaatimusten edessä, huumausaineiden käyttö on saavuttanut sellaiset mittasuhteet, että rankaisemisesta on täytynyt luopua, koska se ei enää olisi mielekästä». Näin levitettäisiin sellaista käsitystä, että eduskunta olisi hyväksynyt huumausaineiden käytön.

Jokainen voi kuvitella, millaisiin seurauksiin jouduttaisiin koulujen ja kotien kasvatustyössä. Vanhempien ja opettajien kehotuksilla ei enää olisi sitä selkänojaa, jonka nykyinen laki antaa. Nuoret sanoisivat vanhemmilleen ja opettajilleen: »Älkää saarnatko, eihän käytöstä enää rangaista, laki ei sitä enää kiellä».

Niistä vaikeuksista, joihin poliisin työssä jouduttaisiin, on täällä jo kuultu. Poliisin olisi tämän jälkeen yhä vaikeampi ylläpitää järjestystä kaupungeissa, suorittaa henkilöön käyviä etsintöjä, pidätyksiä jne. Huumausaineiden käyttö tulisi yhä rohkeammaksi ja julkisemmaksi, kunhan vain pidettäisiin huolta siitä, ettei päältä löydy huumausaineita.

---

[1] 1. 12. 1971 huumausaineiden väärinkäyttäjiä oli koko maassa jo 4000 ja Helsingissä 3000 sekä huumausaineita kokeilleita koko maassa 25000—30000. Huumausainerikosten määrä nousee vuonna 1971 Helsingissä yli 5000:n.

[2] Huumausainekomitean mietintö s. 144

Yleisesti ollaan sitä mieltä, kuten käy ilmi ed. Bernerin toivomusaloitteestakin (Toiv. al. n:o 55/1970), että valtiovalta ei ole puuttunut huumausainekysymykseen riittävän tehokkaasti ja näkyvästi. Uskon voivani sanoa, että vaikka jotkut voisivatkin iloita tällaisesta laista, kansan suuri enemmistö ja varsinkin ne, jotka eri tehtävissä taistelevat huumausaineita vastaan, eivät lakia hyväksyisi eivätkä ymmärtäisi. On mahdotonta ymmärtää, että eräs osa suojamuuria revittäisiin alas juuri silloin kun vihollinen on ryntäämässä koteihimme. Jos asetetaan toiseen vaakakuppiin ne näkökohdat, jotka puhuvat kriminalisoinnin poistamisen puolesta, ja toiseen ne, jotka puhuvat sitä vastaan, niin jälkimmäiset ovat selvästi paljon painavammat. Hallituksen esityksen puutteena on, että siinä ei ole suoritettu tällaista vastakkaisten näkökohtien puntarointia, vaan on lähdetty aksiomaattisesti käyttäjien intressistä.

Tosiasiahan on, että Helsingin hovioikeudessa ei niiden 102 joukossa, jotka vuodesta 1969 lähtien on tuomittu, ole ainoatakaan pelkästä käytöstä tuomittua.[3] Kaikki tapaukset, joissa käytöstä on tuomittu, aina hallussapidon kanssa yksitekoisesti, ovat tulleet ilmi huumausaineiden levittämisen yhteydessä. Poliisi on vakuuttanut, että huumausaineiden käytöstä ei syytettä nosteta, ellei asia tule ilmi huumausaineiden levittämisen yhteydessä. Ed. Tuomiojan ym. ei siis tarvitse pelätä, että kovasti rasitettu huumausainepoliisi puuttuisi näihin lieviin tapauksiin.[4] Joka tapauksessa tällaiset tapaukset voidaan, jos aihetta ilmenee, hoitaa rikoslain yleisten syyttämis- ja tuomitsematta jättämissäännöksien nojalla. Ns. vanhat narkomaanit, jotka eivät pyri aineita levittämään, on poliisi jättänyt kokonaan rauhaan.

Vetoaminen siihen, että Ruotsin ja Tanskan laeissa ei käyttöä ole kriminalisoitu, on aiheeton siksi, että nämä maat eivät ole koskaan rankaisseet käyttöä eivätkä sentähden ole rangaistuksesta luopuneetkaan. Kun tutustuu Ruotsin valtiopäivien asiakirjoihin, havaitsee käydyistä keskusteluista, että jos käyttö olisi ollut siellä rangaistavaa, siitä ei epidemian aikana missään tapauksessa olisi luovuttu. Tämä johtopäätös voidaan tehdä siitä, että valtiopäivillä on kahdesti tehty aloite lievän hallussapidon rankaisematta jättämisestä, mutta aloitteet on äänestykseen panematta hylätty.[5]

Kun hallitus mainitsee esityksen perusteluissa Norjan, niin on syytä kertoa Norjan lain esitöistä. Rikoslakineuvosto katsoi lakiehdotuksessaan 1967, että yhteiskunnan estääkseen huumausainei-

---

[3] Ks. *Hiltunen*, m.k. s. 99. Lokakuun 15. päivään 1971 mennessä hovioikeudessa oli jo tuomittu huumausainerikoksista 179 henkilöä, joista oli alle 18 vuotiaita 53 henkilöä eli 30 %. Vuoden 1971 puolella tuomittiin käytöstä 5—10 päiväsakkoa käsittäviin rangaistuksiin 5 henkilöä, jotka olivat liikkuneet huumausainekauppiaitten kanssa.

[4] Ks. Tuomiojan ym. Lak.al. n:o 399/1970.

[5] Ks. Andra lagutskottets utlåtande nr. 61/1966 ja nr. 1/1968 s. 46.

den käytön leviämisen on käytettävä keinoja, jotka voivat vaikuttaa jarruttavasti, ja tällaisiksi keinoiksi katsottiin mm. rikoslain säännökset.[6] Rangaistuskiellon katsottiin muovaavan yleistä mielipidettä suhtautumisessa näihin myrkkyihin. Tällä moraalia ja asenteita muovaavalla vaikutuksella katsottiin olevan erityinen merkityksensä varsinkin nuorisoon aikana, jolloin huumausaineiden käyttöön tunnettiin uteliaisuutta. Sen seikan, että luvaton käyttö on rangaistava, voitiin olettaa vaikuttavan pelottavasti osaan niistä, jotka muutoin ryhtyisivät aineita käyttämään. Norjan sosiaaliministeriö yhtyi tähän käsitykseen ja lausui, että tällaisella kiellolla oli katsottava olevan vaikutusta nuorisoon, koska siten tehtiin selväksi (arvovaltaisella tavalla), että huumausaineiden käyttö on hyvin vakava asia.

Nythän nuorisolle jaetaan maassamme ristiriitaista informaatiota huumausaineiden vaarallisuudesta. Valtiovallan lain muodossa antamalla painavalla huomautuksella, että huumausaineiden käyttö on katsottava yksilölle ja yhteiskunnalle niin vaaralliseksi ja vahingolliseksi, että se on kriminalisoitu, on sentähden mitä suurin merkitys. Ja otettakoon huomioon, että rangaistuksen poistamisella ei vapautettaisi vain kannabista, jonka vapauttamista on eräältä taholta vaadittu, vaan myös amfetamiini, LSD ja heroiini, joiden vaarallisuuden kaikki myöntävät. Näitä vaarallisia myrkkyjä ei meillä vielä käytetty 1966. Nyt tiedetään, että niiden jatkuvista käyttäjistä osa joutuu mielisairashoitoon.[7]

Suomen Sosiaalidemokraatin uutinen mainitsee äskettäin, että neljän viimeisen vuoden aikana huumausaineiden yliannostus on vaatinut yhä enemmän uhreja. New Yorkissa kuoli vuosina 1965—1969 heroiinin käyttöön 2395 henkilöä, kun samana aikana siellä kuoli liikenteessä 1923. Euroopan parlamentin sosiaalivaliokunta, joka tämän on todennut, pitää huumausaineen tukkukauppaa murhaan rinnastettavana.

Norjassa tällaisista syistä päädyttiin 4. 6. 1968 annetulla lailla uudelleen toistamaan laissa jo ollut rangaistussäännös huumausaineiden käytöstä ja sitä vielä selvennettiin. Käsittely kansankäräjillä sujui täysin yksimielisyyden merkeissä. Tästäkö vai Norjan syrjäisemmästä asemasta on johtunut, että huumausaineita käytetään Norjassa vähemmän kuin muissa pohjoismaissa.[8] Siitä huolimatta ehdotetaan Norjassa törkeän huumausainerikoksen katto nostettavaksi 10 vuoteen (lehtitieto lokakuussa 1971).

Mitä sitten tulee hallituksen esityksen toiseen väitteeseen ns. hoitomotiivista, viittaan ap.pääll. Vuonon lakivaliokunnalle antamaan selvitykseen, että poliisi ei toimita ratsioita nuorisoklinikoiden

---

[6] Ks. Innstilling fra straffelovrådet om Endringer i straffebestemmelse for overtredelser av regler i lovgivningen om narkotika m.v. s. 16, 17, 19.

[7] Ks. *Hiltunen*, Huumausaineongelma, Helsinki 1970 s. 35, 47 s.

[8] Ks. *Hiltunen*, m.k. s. 99.

ympäristössä. Poliisiasemalle viedyt huumausaineiden vaikutuksen alaiset nuoret viedään usein sairaaloihin heitä syytteeseen panematta. Poliisi on siten omaksunut humaanin asenteen yrittäen auttaa näitä onnettomia nuoria missä se suinkin voi tarttumatta jokaisessa tapauksessa lain miekkaan.

Ruotsissa lausuttiin hallituksen esityksessä nr. 7/1968 hoitomotiivista: »Kriminalisointia vastaan on sanottu (hallussapito), että se vaikuttaa negatiivisesti hoitomotiiviin sillä tavoin että väärinkäyttäjä ei etsiydy hoitoon pelosta joutua syytteeseen. Tätä vastaan huomautetaan, osaksi, että mitään tukea sellaiselle vaikutukselle ei tiettävästi ole esiintynyt, ja osaksi, että väärinkäyttäjä, joka kääntyy lääkärin puoleen, saa luottaa tämän vaitiolovelvollisuuteen.» Myös meidän huumausainekomiteamme huomauttaa samoista seikoista.[9] Väite on siten perustelematon, yksi niistä väitteistä, jotka usein toistettuina alkavat *tuntua* oikeilta.

Kuten hallituskin toteaa, suurin osa käyttäjistä voitaisiin joka tapauksessa tuomita hallussapitoa koskevan rangaistussäännöksen perusteella. Kysymys on siten niin pienestä ryhmästä, joka jäisi rangaistuksetta, että jää ihmettelemään, mitä käytännöllistä merkitystä hallitus luulee rangaistuksen poistamisella olevan. Kysymys on vain sellaisista tapauksista, joissa hašišta on poltettu seurassa käyttäen esim. kiertävää piippua tai joissa LSD-tabletti on jaettu osiin ja nautittu välittömästi. Säännöksen poistamisen käytännöllinen merkitys on häviävän pieni, mutta rangaistussäännöksen säilyttämisestä aiheutuva yleisestävä hyöty on sensijaan arvioitava varsin suureksi. Mielestäni tässä on jouduttu väärän vapaamielisyyden vaikutuksesta virhearviointiin, joka — jos esitys johtaa sen mukaisen lain laatimiseen — voi olla varsin kohtalokas ja vaikeasti korjattavissa tulevaisuudessa.

Mitä tulee eri alojen asiantuntijoiden mielipiteisiin, voitaneen yleisesti ottaen sanoa, että ne, jotka ovat tutkineet huumausaineita läheltä, viileän objektiivisesti ja tieteellisesti tai joutuneet hoitamaan huumausaineiden uhreja, ovat edustamallani kannalla. Heistä mainittakoon farmakologian prof. Aimo Pekkarinen, saman aineen apul.prof. Pentti Peltola, oikeuslääketieteen prof. Antti Alha, psykiatrian apul. prof. Asser Stenbäck, lääketieteen apul. prof. Juhana Idänpään-Heikkilä, eläintieteen apul. prof. Hannu Suomalainen ja eläintieteen apul. prof. Henrik Wallgren sekä Ruotsista lääketieteen tohtori Nils Bejerot ja Norjasta lääkintöhallituksen pääjohtaja Karl Evang. Vastakkaisella kannalla olevat ovat useimmiten sosiologeja, joiden kannanottoja värittää heidän ideologinen arvomaailmansa.

Kysymys on yksinomaan yksilöiden ja koko yhteiskunnan terveydestä. Huumausainekysymystä ei saisi politisoida, vielä vähemmän pyrkiä vapaamielisyyden varjolla saavuttamaan pisteitä

[9] Ks. Huumausainekomitean mietintö s. 145.

nuorten taholta. Sellaiseen peliin huumausainekysymys on aivan liian vakava.[10]

---

[10] Lakivaliokunta päätti 1. 4. 1971 antamassaan lausunnossa äänin 9—6 säilyttää huumausaineiden luvattoman käytön rangaistavana tekona. Lausunto annettiin talousvaliokunnalle, joka 23. 11. 1971 päätti äänin 11—4, että huumausaineiden käytöstä ei rangaista. Suuri valiokunta päätti kuitenkin äänten ollessa 20—20 ja arvan ratkaistessa, että käytöstä on rangaistava. Eduskunnan toisessa käsittelyssä käyttö tuli rangaistavaksi äänin 92—81. Törkeän huumausainerikoksen maksimirangaistus nousi talousvaliokunnassa hallituksen esittämästä 6 vuodesta kuritushuonetta 10 vuodeksi kuritushuonetta ja eduskunta hyväksyi tämän. Asian kolmas käsittely siirtyi vuoden 1972 puolelle. Ennakkotietojen mukaan uusi huumausainelaki tulee voimaan 1. 3. 1972.

ULKOMAISEN AVIOEROTUOMION TUNNUSTAMISMENETTELYSTÄ SUOMESSA

HEIKKI JOKELA

1. Ulkomailla annettujen avioliiton purkamispäätösten tunnustaminen järjestettiin Suomen lainsäädännössä ensi kerran, kun avioliittolainsäädännön liitännäisenä annettiin 5. joulukuuta 1929 laki eräistä kansainvälisluontoisista perheoikeudellisista suhteista (KPL). Tunnustamisen edellytykset olivat erilaisia sen mukaan, olivatko puretun avioliiton puolisot ulkomaalaisia vai oliko ainakin toinen puolisoista Suomen kansalainen.

Ulkomaalaisia puolisoita koskeva ulkomainen avioliiton purkamispäätös tunnustettiin alkuperäisen KPL 11 §:n mukaan Suomessa ilman erityistä vahvistusta, milloin päätös oli annettu puolisoiden kotimaassa, tai — muissa tapauksissa —, milloin päätös kumpaisenkin puolison kotimaassa myönnettiin päteväksi. Jos päätös koski Suomen kansalaista, oli tunnustamisen edellytysten tutkiminen KPL 12 ja 13 §:n mukaan Turun hovioikeuden asiana. Hovioikeus vahvisti ulkomaan viranomaisen antaman päätöksen, joka täytti kumpaisenkin seuraavista edellytyksistä: 1) päätöksen antaneella viranomaisella oli ollut toimivalta asian käsittelemiseen vastaavasti samoin perustein kuin KPL 8 §:ssä määrättiin Suomen viranomaisten toimivallasta käsitellä ulkomaalaisten välisen avioliiton purkamista; 2) päätös olisi voitu perustaa myös Suomen lakiin.[1]

KPL:n säännösten määrittelemästä yleisestä tunnustamisjärjestyksestä on tehty Pohjoismaiden osalta poikkeus Suomen, Islannin, Norjan, Ruotsin ja Tanskan kesken 6. helmikuuta 1931 tehdyssä sopimuksessa, joka sisältää avioliittoa, lapseksiottamista ja holhousta koskevia kansainvälisyksityisoikeudellisia määräyksiä. Sopimuksen 22 artiklan mukaan lainvoimainen tuomio tai hallinnollisen viranomaisen päätös, joka on jossakin sopimusvaltiossa annettu mm. asumuserosta tai avioliiton purkamisesta, on voimassa muissa sopimusvaltioissa ilman erityisvahvistusta. Edelly-

[1] Tunnustamisesta lähemmin: *Jokela*, Les effets des jugements de divorce étrangers en Finlande (Studia iuridica Helsingiensia 1, 1958) s. 31 ss.; *Id.*, Recognition of foreign divorce decrees in Finland (Recueil des travaux relatifs au droit étranger et droit comparé 4, Beograd 1966) s. 233 ss.

tyksenä kuitenkin on, että tuomion tai päätöksen antanut viranomainen on perustanut toimivaltansa asian tutkimiseksi johonkin sopimuksessa — lähinnä 7 art:ssa — määriteltyyn toimivaltaperusteeseen. Siten voi esim. avioeropäätöksen tunnustaminen pohjoismaisen sopimuksen perusteella tulla kysymykseen, milloin sopimusvaltioiden kansalaisten välistä avioliittoa koskeva ratkaisu on tehty siinä sopimusvaltiossa, jossa kumpaisellakin puolisolla on ollut kotipaikka tai jossa heillä viimeksi samaan aikaan on ollut kotipaikka ja jossa toinen heistä edelleen on asunut. Näiden tapausten lisäksi sopimuksessa on — sen varalta ettei asiaa mainittujen sääntöjen mukaisesti voida ottaa tutkittavaksi missään sopimusvaltiossa — toissijaisesti hyväksytty asian tutkiminen siinä valtiossa, jonka kansalainen jompikumpi puolisoista on.[2]

Muut kuin Pohjoismaiden sopimuksen mukaan tunnustettavat ulkomaiset avioliiton purkamispäätökset kuuluvat sen yleisen tunnustamisjärjestelyn piiriin, joka perustuu KPL:n säännöksiin. Tässä esityksessä keskitytään ensi sijassa näihin säännöksiin; päähuomio kiinnitetään tällöin avioeropäätöksiin.

2. Suomi ei ollut liittynyt niihin avioliittoa koskevien kansainvälisyksityisoikeudellisten säännösten (liittymäsääntöjen) yhtenäistämiseksi tehtyihin kansainvälisiin sopimuksiin, jotka hyväksyttiin Haagin kansainvälisen yksityisoikeuden konferenssin istunnoissa vuosina 1902 ja 1905. Nämä sopimukset, joiden alaan kuuluvien kysymysten ratkaisu yleensä määräytyi kansalaisuusperiaatteen mukaan, olivat saaneet siinä määrin vakiintuneen aseman Euroopan maissa, että KPL:n valmistelu tapahtui johdonmukaisesti Haagin sopimusten hengessä.[3] Siten myös laki lopullisessa muodossaan omaksui kansalaisuuden liittymäperusteeksi, jonka mukaan sovellettava laki määräytyi.

Avioliiton purkamista koskevien asiain kohdalla kansalaisuusperiaate osoittautui aikaa myöten hankalaksi erityisesti niissä tapauksissa, joissa asianosainen oli avioeroon täysin kielteisesti suhtautuvan valtion kansalainen. Niinpä Suomessa ilmaantui toisen maailmansodan jälkeisinä vuosina tapauksia, joissa suomalainen nainen oli, avioliittonsa italialaisen miehen kanssa epäonnistuttua, joutunut toteamaan, ettei hänellä ollut käytettävissä niitä oikeudellisia keinoja umpikujasta pääsemiseksi, jotka Suomen laki muille maan kansalaisille myönsi.

Viitattujen vaikeuksien poistamiseksi hovioikeudenpresidentti

---

[2] Asumuseroon perustuva avioerovaatimus voidaan 7 art:n 3 mom:n mukaan aina tehdä siinä valtiossa, jonka kansalaisia molemmat puolisot ovat. — Sopimuksen 7 artikla on muutettu nykyiseen muotoonsa 26. 3. 1953 tehdyllä sopimuksella.

[3] Ks Lvk 1927:4 (Ehdotus laiksi eräistä kansainvälisluontoisista perheoikeudellisista suhteista ynnä perustelut) s. 10 ss. — Myös Suomen oikeuskäytäntö ja oikeuskirjallisuus oli kääntynyt kansalaisuusperiaatteen kannalle.

Y. J. Hakulisen puheenjohdolla toiminut kansainvälisen yksityisoikeuden komitea teki v. 1962 oikeusministeriölle aloitteen KPL:n muuttamiseksi.[4] Aloitteen pohjalta syntyi ensin lainvalmistelukunnassa mietintö[5] ja sittemmin hallituksen esitys Eduskunnalle.[6] Tämän esityksen mukaisesti säädettiin 28. huhtikuuta 1967 laki (190/67), jolla KPL:n 8—13, 50 ja 51 § muutettiin.

3. Vuosisadan alussa tehdyt Haagin sopimukset ja niiden periaatteille rakentuva KPL olivat avioliiton purkamisen järjestelyssä tavoitelleet mahdollisimman laajaa kansainvälistä yhdenmukaisuutta siinä, että kaikki valtiot samoin perustein ratkaisisivat, onko tietty avioliitto purettu vai edelleen oikeudellisesti katsoen voimassa. Tämä päämäärä johdonmukaisesti toteutettuna oli muuallakin kuin Suomessa joutunut ristiriitaan sen jokaiselle valtiolle luonnostaan läheisen tavoitteen kanssa, että valtion on oikeudenhoidossa turvattava kaikille kansalaisilleen yhdenmukainen kohtelu.[7] Milloin Suomen tapaan asetetaan olosuhteiden paineessa viimeksi mainittu tavoite oikeuspoliittisten ratkaisujen perustaksi, on samalla hyväksyttävä se tosiasia, että ratkaisujen kansainvälinen harmonia tältä osin heikentyy. On siis entistä enemmän odotettavissa tapauksia, joissa avioliitto joidenkin valtioiden kannalta on katsottava puretuksi, toisten kannalta edelleen voimassa olevaksi (ns. ontuvat avioliitot).

Vuonna 1967 tapahtunut KPL:n muutos ei ole muuttanut niitä menettelytapoja, jotka jo aikaisemman lain mukaan olivat olemassa ulkomaisten päätösten tunnustamisessa. Sen sijaan muutos tarkoitti niiden *edellytysten olennaista lieventämistä*, joista ulkomaisen päätöksen tunnustaminen riippui.

Tunnustamismenettely on siten nykyisen lain mukaan kuten aikaisemminkin kaksijakoinen. Ensiksi, yksinomaan ulkomaalaisia koskevien päätösten suurin osa voidaan tunnustaa tiettyjen edellytysten vallitessa ilman erityistä tunnustamismenettelyä (KPL 11_1 §). Toiseksi, jos ainakin toinen puolisoista oli päätöstä annettaessa Suomen kansalainen tai jos vain muukalaisia koskeva päätös ei täytä edellä viitattuja edellytyksiä päätöksen tunnustamiseksi ilman erityistä vahvistamista, on päätös Suomessa pätevä vain, jos

---

[4] Aloite julkaistu: *Y. J. Hakulinen*, Familjerätt, Tammerfors 1964 s. 291 ss.

[5] Lvk 1966:4, Ehdotus Hallituksen esitykseksi Eduskunnalle laiksi eräistä kansainvälisluontoisista perheoikeudellisista suhteista annetun lain muuttamisesta *(Pentti Kurkela)*.

[6] HE 1967 vp. n:o 5. Esitystä valmisteltaessa olivat oikeusministeriön edustajat yhteydessä Ruotsin perheoikeuskomiteaan, jonka valmisteltavana oli kansainvälisen avioliitto-oikeuden ja perintöoikeuden uudistamisesitys (mietintö valmistui 1969 nimellä »Internationell äktenskaps- och arvsrätt», SOU 1969:60). Myös Norjan ja Tanskan asiantuntijoita osallistui neuvotteluihin.

[7] Suomessa ilmenneistä vaikeuksista ks. Lvk 1966:4, s. 5 s. ja HE 1967 vp. n:o 5 s. 1 s.

koko maata varten näissä asioissa toimivaltainen Helsingin hovioikeus on päätöksen vahvistanut. (KPL 11_2 §).

3.1. *Tunnustaminen ilman erityistä vahvistamista* tulee KPL 11_1 §:n mukaan kysymykseen avioliiton purkamispäätösten ja asumuseropäätösten osalta kahdessa tapauksessa: 1) Milloin molemmat puolisot päätöstä annettaessa olivat sen valtion kansalaisia, johon päätöksen antanut viranomainen kuului, tai 2) kumpikaan ei silloin ollut Suomen kansalainen ja ainakin toinen puolisoista oli muun valtion kansalainen kuin sen, johon viranomainen kuului, ja päätös kumpaisenkin puolison kotimaassa katsotaan pätevaksi.

Sellaisissa kaksoiskansalaisuuden tapauksissa, joissa puolisolla on Suomen kansalaisuuden ohella myös jonkin muun maan kansalaisuus, voidaan lainkohdan sanamuodon mukaan tunnustaminen ilman erityistä vahvistamista saada Suomessa vain edellä 1. kohdassa tarkoitetuissa tilanteissa. Jos siis Suomen kansalainen on avioliitossa vieraan valtion kansalaisen kanssa ja on saanut myös tämän vieraan valtion kansalaisuuden, säilyttäen edelleen Suomen kansalaisuutensa, sanotun valtion viranomaisen antama päätös tunnustettaisiin sellaisenaan Suomessa.

Tunnustaminen ilman erityistä vahvistamista merkitsee sitä, ettei Suomessa ole erityisviranomaisia kyseisten päätösten tunnustamisen edellytysten tutkimista varten. Milloin jossakin oikeudellisessa yhteydessä on merkitsevää, onko ulkomainen päätös Suomen kannalta katsoen pätevästi aiheuttanut muutoksen jonkun henkilön avioliittostatuksessa, asia on KPL 11_1 §:n mukaisesti sen viranomaisen ratkaistava, jonka käsiteltäviin kuuluu itse pääasia, toisin sanoen se asiayhteys, jossa on tiedettävä, mikä on asianomaisen avioliittostatus. Tässä mielessä voi ulkomaisen päätöksen pätevyyttä joutua tutkimaan esim. avioliittokuulutuksen antaja, vihkimisviranomainen tai tuomioistuin.

Tämän ryhmän tunnustamistapauksille on ominaista, ettei ulkomaisen päätöksen tunnustaminen yleensä muodosta sellaista pääasiaa, jossa annettu ratkaisu olisi tunnustamisen osalta Suomessa muissa asioissa ja myös muita viranomaisia sitova. Tunnustaminen esiintyy vain johonkin pääasiaan — esim. avioliiton päättämiseen, lapsen oikeusaseman vahvistamiseen, perimysoikeuteen jne. — liittyvänä ennakkokysymyksenä.

Vaikka yleisenä sääntönä onkin, etteivät tässä yhteydessä tarkoitetut tunnustamisasiat joudu viranomaisten käsiteltäviksi itsenäisinä pääasioina, näyttää käytännön valossa kuitenkin mahdolliselta kiertoteitse saada erillinen viranomaisen lausunto myös niissä tapauksissa, joissa päätöstä on lain mukaan »ilman erityistä vahvistamista pidettävä Suomessa pätevänä». Näin on laita, milloin KPL 11_2 §:n edellyttämää vahvistamispäätöstä on pyydetty hovioikeudelta tapauksessa, jossa ulkomainen päätös on pätevä ilman erityistä vahvistamista. Tällaisessa tilanteessa on hovioikeus saattanut lausua, ettei hakemus antanut aihetta toimenpiteeseen, koska päätös

oli voimassa ilman vahvistamista.[8] Tässä ei voida syventyä tutkimaan, onko tuollainen päätös täysin rinnastettavissa varsinaiseen tunnustamispäätökseen. Sen verran voitaneen kuitenkin sanoa, että hovioikeuden lausuma saattaa olla muissakin yhteyksissä käytettynä oikeudellisesti merkitsevä.

3.2. *Erityinen tunnustamispäätös* — ulkomaisen päätöksen vahvistaminen — KPL 11_2 §:ssä tarkoitetuissa tapauksissa haetaan Helsingin hovioikeudelta (13 §), jolle siten on siirretty Turun hovioikeudelle ennen lain muuttamista kuulunut toimivalta näissä asioissa.[9]

Menettelystä vahvistamisen hakemisessa on säädetty vain, että vahvistamista haetaan hovioikeudelta ja että hovioikeuden asiasta antamaan päätökseen ei saa hakea muutosta.

Muutoksenhakuoikeuden epäämistä hallitus on perustellut seuraavasti: »Mainittua oikeutta ei tarvita lainkäytön yhtenäisyyden vuoksi, koska kysymyksessä olevat asiat on keskitetty yhdelle hovioikeudelle. Muutoksenhakuoikeuden puuttumisesta ei myöskään tähän mennessä tiettävästi ole ollut haittaa. Lisäksi on huomattava, että vahvistamisen epääminen ei estä uuden hakemuksen vireille panemista.»

Näin muotoiltu vahvistamismenettely on lähinnä hakemuslainkäyttöön luettava oikeudenhoidon haara. Tutkiessani Turun HO:n asiana ollutta vahvistamismenettelyä[10] ja sen jälkeen samaa asiaryhmää Helsingin HO:ssa olen havainnut, että kaikissa löytämissäni tapauksissa on ollut kysymys avioerosta tai avioliiton peruutumisesta ja hakijana on ollut jompikumpi puretun avioliiton puolisoista. Estettä ei kuitenkaan liene sille, että hakemuksen tekisi joku muu henkilö, jonka oikeus riippuu avioliittoa koskevan päätöksen tunnustamisesta.

Vahvistamisasiat on siis käsitelty entisen puolison hakemuksesta ja ratkaisu on yleensä tehty sen asiakirjaselvityksen perusteella, jonka hakija on hovioikeudelle toimittanut. Verraten usein hovioikeus on kuitenkin hakijan esittämän selvityksen puutteellisuuden vuoksi ryhtynyt toimiin puutteiden korjaamiseksi. Tässä tarkoituksessa hovioikeus on välitoimena antanut hakijalle tilaisuuden esittää tarvittava selvitys. Harvemmin on viran puolesta hankittu selvitystä vieraan valtion lain sisällöstä, kuten asetus KPL:n soveltamisesta (419/29, 13 §) edellyttää tarvittaessa tehtävän.[11]

---

[8] Helsingin HO p. n:o 9/24. 2. 1970. Päätös koski Ruotsissa annettua avioeropäätöstä, joka kuului Pohjoismaiden sopimuksen alaan. Ks. myös Turun HO p. n:o 173/5. 2. 1959 (Alankomaat) ja n:o 40/16. 1. 1961 (Itävalta).

[9] HE 1967 vp n:o 5 s. 5 perustelee siirtämistä sillä, että kun KPL:n »säätämisen jälkeen kuitenkin on perustettu uusi hovioikeus, jonka istuntopaikkana on valtakunnan pääkaupunki, näyttää luonnolliselta, että vahvistamista koskevat asiat siirretään tähän tuomioistuimeen».

[10] Ks. ed. alaviitteessä 1 mainittuja julkaisuja.

[11] Esim. Turun HO p. n:o 700/23. 4. 1964.

Erityinen vahvistamismenettely voi tulla KPL 11_2 §:n mukaan kysymykseen, milloin ainakin toinen puolisoista päätöstä annettaessa oli Suomen kansalainen. Edellä on saman pykälän 1 mom:n yhteydessä todettu lain sanamuoto niin väljäksi, että ilman erityistä vahvistamista päteväksi katsottavien päätösten joukkoon sanamuodon mukaan mahtuisi myös tapaus, jossa Suomen kansalainen on ollut samalla vieraan, aviopuolisonsa kotivaltion kansalainen ja jossa avioliiton purkamispäätös on tämän valtion viranomaisen antama. Toisaalta voidaan todeta, että Helsingin HO on vahvistanut Sveitsin tuomioistuimen avioeropäätöksen, jonka asianosaiset olivat Sveitsin kansalaisia mutta vaimolla oli sen ohessa Suomen kansalaisuus.[12] Ratkaisu tähän suuntaan ei välttämättömästi merkitse sitä, ettei päätöstä sellaisessa tapauksessa voitaisi pitää Suomessa pätevänä *myös* KPL 11 § 1 mom:n perusteella. Tosin 2 mom:n sanamuoto (»on Suomessa pätevä vain») viittaisi erityisen vahvistamispäätöksen välttämättömyyteen, mutta lain sanamuodon tulkinnallisuus antaa kuitenkin mahdollisuuden oikeuspoliittisten argumenttien tuomiseen mukaan keskusteluun. Saattaisi olla aihetta esim. punnita, kumpi tavoite on asetettava ensi sijalle: kaikkien Suomen kansalaisia koskevien päätösten saaminen keskitettyyn käsittelyyn ja siten yhtenäiseen valvontaan vai avioliiton purkamispäätösten kontrollin rajoittaminen yksinomaan niihin tapauksiin, joissa oman yhteiskunnan järjestyksen pelätään häiriintyvän, ellei kontrollivaltaa käytetä. Suomen lainsäädännön viime aikojen kehitys osoittaa selvästi jälkimmäisen tavoitteen suosimista. Samaan suuntaan viittaa kehitys muissa maissa. Käytäntö aikaa myöten ratkaisee, onko vahvistamista kyseisissä tapauksissa pidettävä välttämättömänä.

KPL 11 § 2 mom. 2 kohdan säännös laajentaa aikaisempaan lakiin verrattuna huomattavasti mahdollisuutta Suomessa tunnustaa ulkomaisia päätöksiä. Aikaisemman lain (11 §) mukaan voitiin avioliiton purkamispäätös, jonka molemmat osapuolet olivat ulkomaalaisia, tunnustaa vain silloin, kun päätös oli heidän kotimaansa lain hyväksymä. Nyt on tehty mahdolliseksi täällä tunnustaa ulkomainen päätös asianosaisen kotimaan lain kielteisestä kannasta huolimatta. Tunnustaminen voi tapahtua Helsingin HO:n päätöksin samalla tavoin kuin kyseen ollessa Suomen kansalaisesta. Huomatakseni ei näitä, ulkomaalaisia koskevia vahvistamishakemuksia ole vielä ollut käsiteltävänä.

Vahvistamismenettelyssä tunnustettavien ulkomaisten päätösten piiriä on laajennettu toisessakin suhteessa, nim. lieventämällä tunnustettavan päätöksen perusteiden kontrollia. Aikaisempi laki (12_2 §) edellytti, että päätöksen antajalla oli ollut toimivalta asian käsittelemiseen niitä perusteita vastaavasti soveltaen, joiden mukaan oli ratkaistava Suomen tuomioistuimen toimivalta kansain-

[12] Helsingin HO p. n:o 164/3. 12. 1970.

välisluonteisissa avioliittoasioissa. Edelleen vaadittiin, että toimenpide, jonka päätös sisälsi, oli voitu perustaa myös Suomen lakiin. Hovioikeuden on myös uuden lain mukaan kiinnitettävä huomiota sekä päätöksen antajan yleistoimivaltaan että päätöksen asialliseen sisältöön, mutta kumpaisessakin suhteessa on vahvistavan viranomaisen harkintavaltaa väljennetty.

Yleistoimivallan osalta on nykyisessä KPL 12 §:ssä asetettu vahvistamisen edellytykseksi, että »jommallakummalla puolisolla on kansalaisuuteensa tai kotipaikkaansa nähden ollut sellainen yhteys kysymyksessä olevaan vieraaseen valtioon, että sen viranomaisella on katsottava olleen riittävä aihe ottaa asia tutkittavaksi». Lainvalmisteluasiakirjojen mukaan on säännöstä laadittaessa tarkoitettu vapauttaa ulkomaisen päätöksen vahvistamista käsittelevä viranomainen soveltamasta sitä aikaisemman lain omaksumaa periaatetta, että vahvistaminen voi tulla kysymykseen vain tapauksissa, joissa Suomen tuomioistuimella olisi ollut yleistoimivalta ja joissa avioliitto olisi voitu täällä purkaa. Hallituksen esityksessä näet lausutaan, että uudet KPL 8—10 §:n säännökset edellyttävät ainakin sellaisten asumus- ja avioeropäätösten tunnustamista Suomessa, joita ulkomailla annettaessa on vastaavasti sovellettu sanottujen pykälien ilmaisemia periaatteita. Tämän jälkeen jatketaan: »Kuitenkin on hallituksen mielestä syytä mennä vieläkin pitemmälle. Nykyisin katsotaan nimittäin useissa maissa voitavan tunnustaa sellaisiakin ulkomaan viranomaisen antamia asumuseroa ja avioliiton purkamista koskevia päätöksiä, joiden edellytykset poikkeavat olennaisesti oman maan tuomioistuimen yleistoimivaltaa ja mainituissa asioissa sovellettavaa lakia koskevista periaatteista. Hallituksen mielestä on myös Suomen osalta aihetta olennaisesti laajentaa sellaisten ulkomaan viranomaisten antamien päätösten piiriä, jotka täällä voidaan vahvistusmenettelyä käyttäen tunnustaa, riippumatta siitä, onko kysymys vieraan valtion vai omista kansalaisista.»[13]

Hallituksen esityksessä mainittu kansainvälinen kehityslinja ulkomaisten päätösten tunnustamiskysymyksissä on jatkunut myös sen jälkeen, kun Suomessa oli v. 1967 annettu nyt kysymyksessä olevat KPL:n muutokset sisältävä laki. Puolitoista vuotta myöhemmin, lokakuussa 1968 pidetyssä Haagin kansainvälisen yksityisoikeuden konferenssin 11. istunnossa hyväksyttiin konventio avioerojen ja asumuserojen tunnustamisesta.[14] Konvention keskeinen periaate ilmaistaan 2 art:ssa, jonka mukaan sopimusvaltion on tunnustettava toisessa sopimusvaltiossa annettu päätös, jos

[13] HE 1967 vp. n:o 5 s. 5.

[14] *Conférence de La Haye de droit international privé:* Actes et documents de la Onzième session 7 au 26 octobre 1968, Tome II Divorce, La Haye 1970. — Konventio on painettu julkaisun ss. 201—208 ja konventiota selittävä raportti — tekijöinä *Pierre Bellet & Berthold Goldman* — ss. 210—223. — Konventio on avattu allekirjoitettavaksi 1. 6. 1970, mutta ei vielä ole tullut voimaan.

menettelyn alkaessa tässä valtiossa hakijalla tai vastaajalla on ollut siihen valtioon jokin kyseisessä artiklassa mainittu liittymä. Nämä konvention soveltamisen perustana olevat liittymät määritellään viidessä keskenään vaihtoehtoisessa kohdassa, joissa kussakin käytetään ratkaisevina tunnusmerkkeinä — eri tavoin kombinoituina — kantajan ja vastaajan *kansalaisuutta, kotipaikkaa* (résidence habituelle, habitual residence) ja *domisiilia* (anglosaksien domicile-käsite). Näin monesta muuttujasta syntyy niin monimuotoisia vaihtoehtoisia liittymiä, että konvention asettaman tunnustamisvelvoitteen ulkopuolelle ei jääne paljonkaan sellaisia tapauksia, joissa päätöksen tunnustamattomuutta voitaisiin kansainvälisestä näkökulmasta pitää suurena haittana.

Englannin oikeuskäytännön kehitys noudattaa myös edellä kuvattua linjaa. Aluksi katsottiin voitavan Englannissa tunnustaa vain ne ulkomaiset päätökset, joiden antamiseen oli ollut samanlainen yleistoimivallan peruste kuin vaadittiin avioliiton purkamisasian käsittelemiseksi Englannin tuomioistuimessa, nim. puolisoiden domisiili tuomioistuinmaassa. Tästä lähtökohdasta oikeuskäytäntö asteittain eteni ulkomaisen päätöksen antajan yleistoimivallan kontrollin lieventämistä kohden. Samana vuonna kuin meillä KPL:n säännökset muutettiin nykyiselleen (1967), annettiin Englannissa merkittävä ratkaisu *Indyka v. Indyka* ulkomaisen avioeropäätöksen tunnustamisesta.[15] Tässä ratkaisussa tuotiin domisiilin ja sen rinnalle vähitellen kehittyneiden apukriteerien lisäksi uutena periaatteena päätöksen antajan yleistoimivallan kontrolloimiseksi läheisimmän liittymän (Proper Law) prinsiippi, jota aikaisemmin oli käytetty velvoitestatuutin alueella. Avioeropäätösten tunnustamisessa käytettynä periaate tarkoitti sitä, että ulkomaista päätöstä voitiin pitää tunnustamiskelpoisena, jos asialla oli ollut olennainen yhteys (real and substantial connection) päätöksen antajan toimipiiriin. Olennaisen yhteyden kriteerinä on tällöin erityisesti käytetty asianosaisten asuinpaikkaa ja kansalaisuutta, ei kuitenkaan niin että olisi selvästi osoitettu, missä suhteessa näiden seikkojen tulisi olla asianosaisiin ja muihin tapauksessa esiintyviin, yleistoimivallan määrittelyssä ehkä relevantteihin seikkoihin.[16] Kyseistä tapausta ja

---

[15] (1967) 3 W.L.R. 510 (House of Lords). Selostus tapauksesta esim.: *J. H. C. Morris*, Cases on private international law, 4. p., Oxford 1968, s. 122 ss. — Englannin oikeuskäytännön kehityksestä myös *G. C. Cheshire & P. M. North*, Cheshire's Private international law, 8. p., London 1970, s. 354 ss.

[16] Tapaus *Indyka v. Indyka* oli pääpiirteissään seuraava: Aviomies A oli päättänyt ensimmäisen avioliittonsa B:n kanssa Tšekkoslovakiassa 1938. Molempien kotipaikka (myös domisiili) oli siellä ja he olivat sen valtion kansalaisia. Palveltuaan Tšekkoslovakian ja Puolan armeijoissa sekä oltuaan välillä sotavankeudessa Siperiassa A joutui sodan päättyessä Englantiin, missä hänellä v:sta 1946 oli domisiili. B oli jäänyt Tšekkoslovakiaan ja oli saanut siellä avioeron 1949. Kuultuaan avioerosta ja ilmoituksen mukaan pitäen eroa pätevänä A oli päättänyt Englannissa uuden avioliiton C:n

sen jälkeistä oikeuskäytäntöä kirjallisuudessa analysoitaessa on esitetty, että *a real and substantial connection* on ollut nykyisten tunnustamista koskevien ratkaisujen pohjana oleva periaate.[17]

KPL:n muutosesityksen edellä lainattu perustelu ja uuden 12 §:n väljä sanamuoto oikeuttavat päättelemään, että HO:lla vahvistavana viranomaisena on varsin laaja harkintavalta kysymyksessä, onko vieraan valtion viranomaisella katsottava olleen riittävä aihe ottaa asia tutkittavaksi. Laissa on varmaankin tavoiteltu samantapaista olennaisen yhteyden ideaa kuin selostetussa Englannin oikeuskäytännössä. Eroavuus näyttää olevan lähinnä siinä, että KPL 12 §:ssä nimenomaisesti mainitaan kaksi kriteeriä, kansalaisuus ja kotipaikka, joiden perusteella »riittävä aihe» on arvosteltava.

Pyrittäessä selvittämään vahvistavan viranomaisen harkintavallan laajuutta yleistoimivaltakysymyksessä KPL:n säännösten perusteella näyttää mahdolliselta löytää eräitä kiintopisteitä rajankäyntiä varten. Ensinnäkin on ilmeistä, että Suomen viranomaisen on katsottava ulkomaan viranomaisella olleen riittävä aihe asian käsittelemiseen, milloin Suomen tuomioistuin vastaavasti KPL 8 §:n mukaisesti olisi ollut toimivaltainen. Tätä käsitystä tukee myös KPL:n muutosesityksen perustelu.[18] Sama perustelu ja KPL 12 §:n sanamuoto sallivat kuitenkin ulkomaan viranomaisen toimivallan hyväksymisen myös tapauksissa, joissa Suomen viranomainen ei vastaavasti olisi ollut toimivaltainen. Näitä tapauksia varten on koetettava tulkita kyseisen lainkohdan sanontaa: »mikäli jommallakummalla puolisolla on kansalaisuuteensa tai kotipaikkaansa nähden ollut sellainen yhteys kysymyksessä olevaan vieraaseen valtioon, että sen viranomaisella on katsottava olleen riittävä aihe ottaa asia tutkittavaksi.»

Kansalaisuuskriteeri näyttää selvältä siinä suhteessa, että laki tarkoittaa sen valtion kansalaisuutta, jonka viranomainen on päätöksen antanut. Avoimeksi on sen sijaan jäänyt kysymys, minkä ajankohdan kansalaisuus on merkitsevä, jos kansalaisuus on muuttunut ennen asian käsiteltäväksi ottamista, käsittelyn aikana tai päätöksen antamisen jälkeen. Myös kotipaikan osalta näyttää ilmeiseltä, että lakia valmisteltaessa on pidetty silmällä sellaista

---

kanssa, jolla oli siellä domisiili. C haki avioeroa miehen karkeuden (cruelty) perusteella 1964, jolloin A vastakanteessa vaati peruutumistuomiota sillä perusteella, ettei hänen ensimmäisen avioliittonsa eropäätös ollut tunnustettavissa ja että sen vuoksi hänen osaltaan oli toisessa avioliitossa kysymys kaksinnaimisesta. Ensimmäinen oikeusaste antoi peruutumistuomion (a decree of nullity), The Court of Appeal kumosi tuomion, House of Lords yksimielisesti hylkäsi A:n muutoksenhakemuksen. Lordien lausunnoissa käsitellään laajasti yleistoimivaltakysymystä Tšekkoslovakiassa annetun avioeropäätöksen osalta ja eri vivahtein perustellen päädytään siihen, että yleistoimivaltaa on pidettävä perusteltuna ja avioeropäätöstä siis tunnustettavana. — Ks. lähemmin *Morris* mts. 122 ss.

[17] *G. C. Cheshire & P. M. North* mts. 365 ss.

[18] HE 1967 vp. n:o 5 s. 4 s.

kotipaikkaa, joka on jollakin tavoin yhteydessä päätöksen antajan kanssa. Tämä merkinnee esim. sitä, että kotipaikan tulisi olla ainakin siinä valtiossa tai liittovaltiossa, jonka viranomainen on päätöksen antanut. Kotipaikkaan nähden on huomattava sama ajankohdan harkinnanvaraisuus kuin kansalaisuuden yhteydessä. Vaikeutena kotipaikan suhteen on vielä se, että käsitteellisen monimielisyyden (vrt. *habitual residence* ja *domicile*) lisäksi tulee monesti harkittavaksi näyttökysymyksiä.[19]

Suomen vahvistamiskäytännössä tähän mennessä esiintyneet tapaukset ovat olleet — mikäli olen havainnut — yleistoimivallan osalta suhteellisen ongelmattomia. Asianosaiset ovat yleensä pitkähkön ajan eläneet siinä maassa, jossa päätös on annettu, ja monesti ainakin toinen heistä on ollut sen maan kansalainen. Näin ollen tapauksissa toteutuvat hyvin KPL 8 §:n mukaiset yleistoimivallan perusteet. Sen vuoksi ei oikeuskäytännöstä saada paljonkaan viitteitä harkintavallan käytölle niissä tilanteissa, joissa viranomaisen toimivalta on perustunut muunlaisiin kuin sanotussa lainkohdassa omaksuttuihin liittymiin.

Ilman oikeuskäytännön tukea on tuskin aihetta koettaa ilmaista puheena olevan harkintavallan kriteerejä konkreettisesti. Lain syntyhistorian ja yleisen oikeuskehityksen pohjalta näyttäisi luontevalta selittää harkinnan tehtäväksi olennaisen yhteyden selvittäminen asian ja viranomaisen välillä. Äärimmäisenä harkintavallan rajana voitaneen KPL 12 §:n sanamuodon perusteella pitää tilannetta, jossa täysin puuttuvat molemmat lainkohdan kriteerit, kansalaisuus ja kotipaikka. Jos siis kumpikaan puolisoista ei ole milloinkaan ollut sen valtion kansalainen, jonka viranomainen on päätöksen antanut, eikä ole milloinkaan asunut siinä valtiossa, ei yleistoimivallan edellytyksiä voitaisi katsoa täytetyiksi. Näin asetettu rajoitus on kuitenkin vielä suhteellisen vähän ohjetta antava käytännön tilanteissa.

Ajateltakoon esim. Amerikan mantereen tunnetuissa avioeropaikoissa hankittuja eropäätöksiä, joissa viranomaisen toimivalta on saattanut perustua siihen, että avioeron hakija on yksinomaan eroprosessia varten kirjoittautunut avioerokaupungin asukkaaksi, jolloin hän lyhyessä ajassa on saanut siellä domisiilin paikallisen lain mukaisesti ja siten tullut oikeutetuksi tutkituttamaan avioeroasiansa tuomioistuimessa. Tällaisessakin tapauksessa on hakijalla jossakin mielessä ollut kotipaikka tuomioistuimen alueella, mutta toisaalta on huomattava, että juuri sellaiset tapaukset ovat eri tahoilla maailmaa herättäneet torjuntaa oikeuskäytännössä ja lainsäädännössä. Ymmärtääkseni myös Suomen lainvalmistelussa on sanotunlaisia tapauksia pidetty tunnustamisen ulkopuolelle jätettävinä, ellei yksittäistapauksissa ilmene vahvoja vastasyitä,

[19] Vrt. *Jokela*, Domicile och résidence habituelle (Festskrift til Professor, Dr. juris O. A. Borum 30. juli 1964, København 1964) s. 209 ss.

joiden perusteella tunnustamisen epääminen tässä tilanteessa koettaisiin ehkä molempien asianosaisten kannalta vääryydeksi.

KPL 12 § laajentaa aikaisempaan lakiin verrattuna mahdollisuutta tunnustaa ulkomaisia päätöksiä, sen lisäksi että yleistoimivallan edellytyksistä edellä kuvatuin tavoin on tingitty, myös toisessa suhteessa. Näin on tehty luopumalla vahvistamisen kohteena olevan päätöksen sisällön kontrollista siinä muodossa, että päätöksen tulisi olla perustettavissa myös Suomen lakiin. Uusi suhtautumistapa ilmaistaan lausumalla, että päätös voidaan vahvistaa, »mikäli päätös ei ole olennaisesti ristiriidassa Suomen oikeusjärjestyksen kanssa».

Kyseisen lainkohdan sanamuoto on lähellä kansainvälisissä sopimuksissa käytetyn *ordre public* -artiklan suomenkielistä asua.[20] Näissä sopimuksissa samoin kuin kansainvälisessä yksityisoikeudessa muutoinkin ordre public -periaate on äärimmäinen varokeino tilanteissa, joissa yleisen säännön soveltaminen johtaa koko oikeusjärjestyksen kannalta kestämättömään tulokseen. Kysymys ei siis ole vain ristiriidasta joidenkin erityisten normien kanssa, vaan todella laajemmalti katsoen säännöstöjen perusteita järkyttävästä seikasta. Tältä pohjalta on kyseinen KPL 12 §:n säännös ymmärrettävä niin, ettei ulkomaisen päätöksen vahvistamisasiassa ole tutkittava, onko päätös perusteltavissa avioliiton purkamista koskevien Suomen oikeuden normien mukaisesti. Sen sijaan on harkittava, missä määrin päätös sopeutuu niihin yleisiin tavoitteisiin, jotka ovat pääteltävissä Suomen avioliitto-oikeudesta, muusta lainsäädännöstä ja oikeuspolitiikasta. Lainkohdan sanonta »olennaisesti ristiriidassa» oikeuttaa johtopäätöksen, että tunnustamisen epääminen tällä perusteella voi tulla kysymykseen vain äärimmäisissä tilanteissa.

Turun HO:n vahvistamiskäytäntö ennen vuoden 1967 lainmuutosta näyttää yleisesti katsoen vakiintuneen ulkomaisen päätöksen sisällön kontrollin osalta siten, että päätöstä on pidetty tunnustamiskelpoisena, jos asiakirjoista on voitu havaita sellaisen purkamisperusteen olleen olemassa, joka Suomen avioliittolain mukaan on oikeuttanut purkamiseen. Vaikeuksia ovat aiheuttaneet esim. Yhdysvaltain osavaltioiden purkamisperusteet, jotka ainakin

---

[20] Ordre public'istä (ehdottomuusperiaate) yleensä ks. *Alanen*, Yleinen oikeustiede ja kansainvälinen yksityisoikeus (1965) s. 207 ss. — Esimerkki Haagin sopimusten terminologian kehityksestä: Irtaimen kauppaa koskevan konvention 6 art:n mukaan voidaan sopimuksen määräämä laki jättää soveltamatta »pour un motif d'ordre public» (suomennettuna: »jos soveltaminen olisi vastoin valtion oikeusjärjestyksen perusteita», ks. SopS 28/1964). Avioerojen ja asumuserojen tunnustamisesta v. 1968 hyväksytyn konvention 10 art:n mukaan sopimusvaltio voi evätä päätöksen tunnustamisen, jos tunnustaminen on »manifestement incompatible avec son ordre public». *Bellet & Goldman* esittävät raportissaan, että sanamuodon jyrkentäminen osoittaa sitä henkeä, jossa ordre public-poikkeussääntöä olisi käytettävä (ks. ed. alav. 14 main. julkaisu s. 218).

sanallisesti poikkeavat Suomen lain omaksumista perusteista. Niinpä kun avioero on annettu törkeän velvollisuuksien laiminlyönnin (gross neglect of duty) perusteella, Turun HO on lausunut, että ero on myönnetty syystä, jota ei voida perustaa myös Suomen lakiin, ja hylännyt vahvistamishakemuksen.[21] Eräissä, suhteellisen harvalukuisissa tapauksissa näyttää siltä, että HO olisi hieman väkinäisen tuntuisesti perustellen koettanut saada päätöksen mahtumaan Suomen lain avioeroperusteiden piiriin.[22] Nämä tapaukset valaisevat avioliiton purkamispäätösten tunnustamisen yhteydessä aina toistuvaa ongelmaa: miten saattaa oikeudelliset muodot sopusointuun tosiasiain maailmassa tapahtuneiden muutosten kanssa? Kun avioliitto on jossakin valtiossa, siellä noudatettujen säännösten mukaisesti purettu ja asianosaiset ovat muuttaneet olosuhteitaan tuon oikeudellisen ratkaisun perustalta lähtien, silloin on monesti epärealistista ja myös oikeuspoliittiselta kannalta epätarkoituksenmukaista toisessa valtiossa pyrkiä ylläpitämään asiasta oikeudellista harhakuvaa. Tällaisessa tilanteessa on mielestäni hyvin perusteltavissa, että ulkomaisen päätöksen tunnustamiseen kantaa ottava viranomainen käyttää oikeuspoliittista mielikuvitustaan ja pyrkii mahdollisimman pitkälle suopeasti suhtautumaan ulkomaan viranomaisen toimiin.

Edellä hahmoteltua politiikkaa toteuttaa hyvin jo aikaisemman lain aikana annettu Turun HO:n päätös, jolla vahvistettu ulkomainen avioeropäätös (USA, Floridan osavaltion piirioikeus) oli käyttänyt perusteena vastaajan äärimmäistä kovuutta (extreme cruelty).[23] Avioeroasiassa oli vaimo esittänyt kanteensa perus-

---

[21] Turun HO p. n:o 1023/15. 5. 1952 (USA, Ohio).

[22] Esim. Turun HO p. n:o 954/16. 9. 1958. Vahvistamisen hakijana oli vaimo, joka hakemuksessaan kertoi, että mies oli muuttanut Yhdysvaltoihin ja että vaimo oli haastettu sinne avioero-oikeudenkäyntiin vastaajaksi, mutta vaimo ei ollut pitänyt aiheellisena mennä vastaamaan. Vaimon tietämän mukaan mies oli mennyt uuteen avioliittoon. Vahvistamismenettelyn kohteena oli Kalifornian osavaltion ylioikeuden (The Superior Court) päätös 27. 10. 1948, jota oli edeltänyt välipäätös 16. 9. 1947. Oikeudenkäynnissä oli mies kantajana perustanut vaatimuksensa vastaajan äärimmäiseen kovuuteen (extreme cruelty). HO:n päätöksessä kerrotaan, että puolisoiden — molemmat Suomen kansalaisia — avioliitto oli tuomittu puretuksi sillä perusteella, että heidän avioeroaan koskevasta välipäätöksestä (1947) oli kulunut enemmän kuin vuosi eikä muutosta päätökseen ollut haettu. Sen jälkeen päätöslauselmassa todetaan, että koska toimenpide olisi voitu perustaa myös Suomen lakiin, päätös vahvistetaan.

[23] Turun HO p. n:o 234/19. 2. 1959. Vahvistamisen hakijana oli mies, joka tällöin ilmoitti päätöksen perustuneen hänen tunnustukseensa. HO *(Jaatinen, Saarelainen, Varhiala)* tavanmukaista kaavaa käyttäen lausui, että toimenpide voitiin perustaa myös Suomen lakiin, ja vahvisti päätöksen. Eri mieltä olevat jäsenet *(Selander, Bergroth)* lausuivat: »Koska kysymyksessä olevaa avioeroa ei olisi Suomen lain mukaan voitu myöntää sanotun piirioikeuden päätöksessä tarkoitetuilla edellytyksillä, harkitsen oikeaksi eräistä kansainvälisluontoisista perheoikeudellisista suhteista 5. 12. 1929 annetun lain 12 §:n nojalla hylätä hakemuksen.»

taksi, että mies oli mustasukkaisesti syyttänyt ja sättinyt vaimoaan ja siten aiheuttanut hänelle sielullista kärsimystä. HO:n kannanotto on merkittävä oikeuspoliittinen ratkaisu, huomioon ottaen että tuolloin voimassa olleen KPL 12_2 §:n mukaan tuli vahvistamiskelpoisen päätöksen olla perustettavissa myös Suomen lakiin.

Nykyistä KPL 12 §:ää soveltava Helsingin HO voi luontevasti uuden lain väljemmän sanamuodon pohjalla jatkaa ulkomaisen päätöksen sisällön kontrollissa sitä vapautunutta linjaa, josta alkoi olla merkkejä näkyvissä jo Turun HO:n käytännössä. Tässä hengessä Helsingin HO onkin käsitellyt esim. avioeropäätöstä (USA, Pennsylvanian osavaltion piirikunnan alioikeus), jota hakenut aviomies oli kanteensa perustaksi esittänyt, että vaimo oli avioliiton aikana kohdistanut mieheen loukkauksia, jotka olivat tehneet hänen olonsa sietämättömäksi ja elämänsä raskaaksi. HO katsoi päätöksen olevan sopusoinnussa Suomen oikeusjärjestyksen kanssa ja sen vuoksi vahvisti päätöksen.[24] Nykyisen, väljästi kirjoitetun lain soveltamisessa ei ehkä enää ole odotettavissa kovin vaikeita ongelmia ulkomaisen päätöksen sisällön kontrollissa siinä, että ulkomaan lain omaksumat avioliiton purkamisperusteet tai niiden toteuttamiseksi kussakin tapauksessa esitetyt tosiasiat eivät olisi sopeutettavissa KPL 12 §:n vahvistamisperiaatteisiin. Sen sijaan saattaa vahvistavan viranomaisen kannalta osoittautua joissakin tapauksissa hankalaksi asian käsittelyä varten tarpeellisten tietojen saaminen niistä asiakirjoista, jotka hakija viranomaiselle esittää, tähän luettuna sen seikan valvominen, että menettely ulkomaan viranomaisessa on ollut asianmukainen.

KPL:n säännökset ulkomaisten päätösten tunnustamisesta on laadittu eräänlaisen minimiperiaatteen mukaisesti, niin että lakiin on otettu vain tunnustamisen yleisperiaatteet, kun taas menettelysäännökset, käsittelevän viranomaisen informaation tarpeen tyydyttämiseksi, jopa hovioikeudessa tapahtuvan vahvistamisen osalta, ovat jääneet antamatta. Tämä herättää huomiota sen vuoksi, että ulkomaisten tuomioiden ja päätösten tunnustamisen ja täytäntöönpanon yhteydessä yleensä — sekä kansainvälisissä sopimuksissa että valtioiden sisäisissä laeissa — on varsin seikkaperäisiä menettelysäännöksiä. Esimerkkinä Suomessa voimaan saatetuista muiden alojen tunnustamissopimuksista voidaan mainita lapsen elatusapupäätösten tunnustamista ja täytäntöönpanoa koskeva Haagin sopimus (1958). Tämän voimaan saattamiseksi Suomessa annetussa laissa (339/1967) määrätään mm., mitä asiakirjoja täytäntöönpano-

[24] Helsingin HO p. n:o 103/30. 6. 1970. Asiakirjojen mukaan kantaja oli lausunut, että »the said defendant did offer such indignities to the person of the plaintiff as to render his condition intolerable and life burdensome». Mies oli Yhdysvaltain, vaimo (vahvistuspäätöksen hakija) Suomen kansalainen. HO antoi välitoimena hakijalle tilaisuuden lisäselvityksen esittämiseen, jolloin hakija ilmoitti asuneensa erossa miehestään 2. 6. 1968 lähtien (avioeropäätös annettiin 25. 8. 1969).

hakemukseen on liitettävä.[25] Nämä määräykset osoittavat, että tunnustamisen edellytyksenä on myös sen menettelyn asianmukaisuus — tähän luettuna yleisten prosessiperiaatteiden noudattaminen —, jossa tunnustettava päätös on syntynyt.

Ei voi olla epäilystä siitä, etteikö myös KPL:n mukaisessa vahvistamismenettelyssä hovioikeudessa olisi valvottava ulkomaan viranomaisen menettelyn asianmukaisuutta samoja periaatteita noudattaen kuin yleensä ulkomaisten päätösten tunnustamisessa on vakiintunut. Tämän valvonnan perustana on KPL 12 §:n säännös, jonka mukaan vahvistaminen evätään, mikäli päätös on olennaisesti ristiriidassa Suomen oikeusjärjestyksen kanssa.[26]

Lienee selvää, että esim. avioeropäätöstä, jonka antamiseen kuuluvassa menettelyssä ei toiselle puolisolle ole annettu tyydyttävin ehdoin tilaisuutta tulla vastaamaan hakemukseen, on pidettävä Suomen oikeusjärjestyksen kanssa olennaisesti ristiriidassa olevana ja siis vahvistamatta jätettävänä. Toinen asia on, että edellä viitatut informaation saamisen vaikeudet voivat haitata selvän kuvan saamista siitä, milloin vastapuolen edut on riittävästi turvattu. Avioliiton purkamispäätösten osalta nämä vaikeudet ovat erityisen suuret myös sen vuoksi, että näissä asioissa vastaaja monesti jättää käyttämättä hänelle täysin asianmukaisesti annetun tilaisuuden tulla lausumaan mielensä.[27] Tällaisissa tapauksissa saattaa olla vaikeata asiakirjoista saada selvyyttä kysymykseen, johtuuko vastaajan poissaolo hänen haluttomuudestaan vai siitä, että asian vireille panemisesta ilmoittaminen ei ole ollut moitteeton.

Ulkomaisen menettelyn asianmukaisuuden valvonta ei vahvistamiskäsittelyn yhteydessä saa kuitenkaan mennä niin pitkälle, että vahvistava viranomainen sallisi prosessin alkavan uudelleen, esim. niin että ulkomaisessa menettelyssä jo ratkaistut näyttö- tai oikeuskysymykset otettaisiin uudelleen tutkittaviksi. Ulkomaisten päätösten tunnustamiseen myöntyminen merkitsee erityisesti sitä, että valtio tuntee luottamusta muiden valtioiden viranomaisten toimintaan ja luopuu kontrolloimasta näiden toimia kovin pikkutarkasti. Vain suuret epäsäännöllisyydet ulkomaisen päätöksen yhteydessä oikeuttavat torjuntareaktion KPL 12 §:n nojalla.

---

[25] Lain 2 §:n mukaan on hakemukseen liitettävä: päätös alkuperäisenä tai viranomaisen oikeaksi todistamana jäljennöksenä, todistus siitä että päätös voidaan panna täytäntöön siinä valtiossa, missä se on annettu, ja, kun päätös on annettu, vaikkei vastaaja ole vastannut elatusapuvaatimukseen, todistus asianmukaisesta vaatimuksen tiedoksi antamisesta ennen päätöksen antamista, jne.

[26] *Bellet & Goldman* s. 218 s. mainitsevat avioerojen ja asumuserojen tunnustamista koskevan Haagin konvention yhteydessä ordre public -säännöksestä, että sen piiriin kuuluu myös prosessiperiaatteiden noudattamisen valvonta.

[27] Ks. *Bellet & Goldman* s. 216, jossa ilmoitetaan, että eräissä maissa useimmat avioeropäätökset annetaan vastaajan tulematta saapuville (96 % Englannin avioeroista ja 99 % Skotlannin).

4. *Tunnustamista koskevista yhteisistä kysymyksistä.* — Tapahtuipa tunnustaminen ilman erityistä vahvistamista (KPL 11 §) tai hovioikeuden päätöksin (11_2 §), nousee verraten usein vastattavaksi kysymys siitä, *millainen ulkomainen päätös* voi olla tunnustamisen kohteena. Laki puhuu vieraan valtion viranomaisen antamasta päätöksestä. Avioliiton purkamisen yhteydessä käytettynä tällainen sanonta herättäisi ehkä useimpien maiden käsitystavan pohjalta ajatuksen, että päätös on annettu tuomioistuimessa sellaisen käsittelyn yhteydessä, jossa asianomaisilla on ollut mahdollisuus esittää kaikki asiaan kuuluvat seikat. Lain sanonta kuitenkin käsittää tuomioistuinten lisäksi muut viranomaiset, esim. hallintoviranomaiset, joiden toimivaltaan saattaa kuulua avioliiton purkamisasioita (esim. Norjassa ja Tanskassa). Niin kauan kuin hallintoviranomaisen edessä tapahtuva menettely muistuttaa oikeudenkäyntiä siinä, että kummallakin aviopuolisolla on vaikutusmahdollisuudet prosessissa ja että viranomainen toimii rationaalien periaatteiden mukaisesti, ei hallintoviranomaisen päätös tuottane erityisiä ongelmia tunnustamista harkittaessa.

Suomen vahvistamiskäytännössä on esiintynyt kaksi päätösryhmää, joiden käsittelyssä on erityisesti herännyt kysymys siitä, onko vahvistettavaksi esitetty päätös sellainen kuin laki edellyttää. Nämä ryhmät ovat: toisaalta Neuvostoliitossa ennen vuoden 1944 lainmuutoksia kirjatut avioerot, toisaalta islaminuskoisten avioerot.

Kahdessa Turun HO:n päätöksessä omaksuttiin kielteinen kanta Neuvostoliitossa annettujen päätösten vahvistamiseen. Ensimmäisessä päätöksessä oli perusteluna se, ettei ollut selvitetty että toimenpide olisi voitu perustaa myös Suomen lakiin,[28] toisessa ratkaisussa oli hylkäämisen syynä se, ettei ollut selvitetty, millä perusteella avioero oli myönnetty.[29]

Varsinaisena ongelmana oli mainituissa Neuvostoliiton tapauksissa se, että tuon ajan avioero saattoi olla toisen aviopuolison yksipuolisesti aikaansaama avioliiton lakkaamisen merkitseminen rekisteriin, ilman että tähän olisi vaadittu mitään laissa määriteltyä syytä. Tällöin saattoi olla kyseenalaista sekin, oliko olemassa mitään varsinaista päätöstä. Asia tuli uudelleen esille v. 1945 ilmeisesti täydellisemmin selvitettynä kuin aikaisemmilla kerroilla.[30] HO:n päätöksessä kerrotaan, että Neuvostoliiton sisäasiainkansankomissariaatin siviilirekisteriasiakirjaosasto oli 13. 12. 1935 julistanut J.K:n ja R.M.K:n (hakija) avioliiton lakkautetuksi sillä perusteella, että J.K. oli 1934 jättänyt R.M.K:n yksin, häviten teille tietymättömille. Neuvostoliiton lähetystö Suomessa oli antanut todistuksen siitä, että osasto oli vuoteen 1944 saakka ollut oikea viranomainen toimittamaan avioliiton lakkauttamista koskevat rekisteröinnit.

[28] Turun HO p. n:o 2310/10. 12. 1930.
[29] Turun HO p. n:o 221/21. 2. 1938.
[30] Turun HO p. n:o 1972/17. 12. 1945

HO päätöksessään katsoi, että osastolle, vastaavasti soveltamalla, mitä KPL 8 §:ssä oli säädetty Suomen tuomioistuimen pätevyydestä tutkia kannetta ulkomaalaisen avioliiton purkamisesta, oli kuulunut kyseinen avioliiton lakkauttaminen. Kun myös se toimenpide, jonka osaston antama todistus sisälsi, olisi voitu perustaa myös Suomen lakiin, HO vahvisti avioeropäätöksen.

Islamin maiden erikoisuutena on *talak*-avioero, joka Koraanin mukaisesti tapahtuu aviomiehen yksipuolisesti ilmoittaessa vaimolleen eroamistahtonsa. Nykyisin tämä eromuoto lienee useimmissa islamin piirissä olevissa maissa järjestetty rekisteriviranomaisen luona tapahtuvaksi, sovittelua edellyttäväksi toimenpiteeksi. Kuitenkin edelleen näyttää aviomiehen mielipide olevan pääasiallisesti ratkaiseva.

Turun HO oli talak-avioerojen vahvistamiseen nähden kielteisellä kannalla,[31] mutta Helsingin HO on vahvistanut Iranissa tapahtuneen avioeron.[32] Kysymyksessä oli suomalaisen naisen ja iranilaisen miehen avioliitto, jonka Teheranin avioeroasiain julkinen notaari oli purkanut, sen jälkeen kun tuomioistuin oli todennut sovittelun epäonnistuneeksi.

Näyttää siltä, että termi »viranomaisen päätös» on Suomen vahvistuskäytännössä saanut varsin laajan sisällön. Tunnustamiskelpoisina, jos muut edellytykset ovat olemassa, voidaan pitää niitäkin avioliiton purkamisia, joihin ei tosin liity varsinaista oikeudenkäyntiä avioliiton purkamiseksi, mutta joissa viranomainen kuitenkin on myötävaikuttavana tekijänä. Suomen vahvistamiskäytäntö on tässä suhteessa samoilla linjoilla kuin avioerojen ja asumuserojen tunnustamista koskevan Haagin sopimuksen valmistelijat.[33]

---

[31] Turun HO p:t n:o 700/23. 4. 1964 ja n:o 832/15. 5. 1964.

[32] Helsingin HO p. n:o 27/19. 2. 1971. Vaimo oli HO:lle toimittamassaan lisäselvityksessä ilmoittanut muuttaneensa Suomeen v. 1968.

[33] Ks. *Bellet & Goldman* s. 212, joissa korostetaan sitä, että tulee olla kysymyksessä menettely, joka on virallisesti hyväksytty päätöksen alkuperämaassa.

KANSAINVÄLISEN MERIOIKEUDEN KEHITTÄMINEN JA SUOMI ITÄMEREN VALTIONA

E. J. MANNER

Merten oikeudellisen aseman perinteelliset puitteet ovat järkkymässä. Klassillinen merten vapauden periaate, jonka juuret johtavat jo roomalaiseen oikeuteen[1] ja joka *Grotiuksen* julkilausumana[2] ja hänen seuraajiensa edelleen kehittämänä on merkittävällä tavalla vaikuttanut maailman taloudelliseen ja poliittiseen kehitykseen, on joutunut jatkuvasti lisääntyvien rajoitusten kohteeksi. Sanottu periaate tosin vahvistettiin ja sen sisältö pyrittiin entistä tarkemmin määrittelemään Yhdistyneiden Kansakuntien merioikeuskonferenssissa Genevessä vuonna 1958 tehdyssä aavaa merta koskevassa yleissopimuksessa,[3] mutta samassa konferenssissa hyväksyttiin myös mannermaajalustaa koskeva yleissopimus, jonka säännökset merenpohjan osalta rajoittavat aavan meren vapautta rannikkovaltioiden hyväksi. Viime vuosikymmenien kehitys on tuonut kuvaan myös kalastusvyöhykkeet ja vaatimukset aluemeren leveyden lisäämisestä aina 200 meripeninkulman etäisyydelle saakka. Toisaalta taas on esitetty ehdotuksia, joiden mukaan valtioiden lainkäyttövallan ulkopuolella olevan aavan meren pohjan käyttö rauhanomaisiin tarkoituksiin olisi kansainvälisin sopimuksin turvattava ja näiden merenpohja-alueiden luonnonvarojen tuotto käytettävä koko ihmiskunnan hyväksi. Kun tähän vielä lisätään

---

[1] Ks. lähemmin *Garcia Amador*, The exploitation and conservation of the resources of the sea, Leyden 1963, s. 13 sekä *Manner*, Yleiskäyttö vesioikeudellisena käsitteenä, Vammala 1953, s. 32 ja siinä mainittua kirjallisuutta.

[2] *Grotius* ei suinkaan ollut ensimmäinen, joka puhui merten vapaudesta, vaan espanjalaiset lakimiehet ja teologit olivat esittäneet vastaavia ajatuksia jo 1500-luvulla. *Grotiuksen* teesi oli itse asiassa puheenvuoro kauan jatkuneessa väittelyssä *Mare clausum* ja *Mare liberum* -oppien kannattajien välillä. Se sisältyi v. 1609 julkaistuun Mare liberum-nimiseen teokseen (joka käsittää XII luvun hänen julkaisematta jääneestä teoksestaan »De Jure Praedae»). Mare liberum oli kirjoitettu Hollannin Itä-Intian Komppanian pyynnöstä ja *Grotiuksen* tarkoituksena oli puolustaa hollantilaisten alusten vapaata purjehdusoikeutta Portugalin, Espanjan ja sittemmin myös Englannin sen rajoittamista tarkoittavia vaatimuksia vastaan. Ks. *Garcia Amador*, m.t.s. 16 s. ja *Colombos*, The International Law of the Sea, 6. ed. London 1967, s. 62s.

[3] Erityisesti 2 ja 4 artiklat.

eräät äskettäin toimeenpannut merenkulun vapautta eräillä arktisilla aavan meren alueilla sääntelevät järjestelyt,[4] voidaan todeta, että nykyinen tilanne tosiasiallisesti varsin paljon poikkeaa siitä, mitä kansainvälisen oikeuden oppikirjat ovat tähän mennessä aavan meren vapaudesta esittäneet.

Jo siitä alkaen, kun vuosina 1958 ja 1960 pidetyt YK:n merioikeuskonferenssit epäonnistuivat yrityksissä, jotka tarkoittivat aluemeren leveyden yhdenmukaista määrittelyä ja kalastusvyöhykkeiden perustamista,[5] on voitu puhua kansainvälisen merioikeuden kriisistä. Entistä selvempänä tällaisen kriisin olemassaolo näyttää ilmenevän tänä päivänä.[6] Toisaalta on syytä todeta, että sanottu kriisi ei sisällä vain kielteisiä piirteitä, vaan että se on myös osoituksena kyseisellä oikeudenalalla tapahtuvasta myönteisestä kehityksestä. YK on entistä selvemmin tullut esille tätä kehitystä ohjaavana voimana. Kansainvälisen merioikeuden alaan kuuluvat kysymykset ovat viime vuosien aikana jatkuvasti olleet esillä maailmanjärjestön piirissä ja se valmistelee uutta merioikeuskonferenssia, joka on tarkoitettu pidettäväksi vuonna 1973.

Syitä, jotka ovat johtaneet perinnäisten käsitysten uudelleen arviointiin, voidaan mainita useita. Jos puhtaasti alueelliset ja poliittiset näkökohdat, joiden vaikutusta valtioiden kannanottoihin ei luonnollisestikaan pidä väheksyä, tässä yhteydessä sivuutetaan, voidaan kysymyksessä olevan uudelleenarvioinnin katsoa johtuvan samoista meidän ajallemme ominaisista tekijöistä, jotka voimakkaasti vaikuttavat ihmiskunnan elämään monilla muillakin aloilla. Näitä tekijöitä on ennen muuta nykyajan teknillinen kehitys, jonka saavutukset ovat tehneet mahdolliseksi myös syvällä merenpinnan alla olevien luonnonvarojen hyväksikäytön. Aavan meren pohjan kiinteät ja sedimentteinä esiintyvät mineraalivarat merkitsevät jo nykyisin täysin realistisina pidettävien odotusten mukaan olennaista ja pitkäaikaista täydennystä teollisuuden raaka-aine-

---

[4] Tässä tarkoitetaan Kanadan toimenpiteitä, joista mainitaan lähemmin jäljempänä.

[5] Jo KL:n toimesta v. 1930 pidetty Haagin kodifiointikonferenssi käsitteli aluemeren leveyden määräämistä, mutta sopimusta ei saatu aikaan. Asian käsittelystä siellä ja Genevessä vv. 1958 ja 1960 ks. esim. *Colombos*, m.t.s. 103 ss. ja *Oda*, International control of sea resources, Leyden 1963, s. 26 s. ja 98 ss. On huomattava, ettei International Law Commission (I.L.C.), joka valmisti ehdotukset v. 1958 hyväksytyiksi merioikeussopimuksiksi, tehnyt esitystä siitä, miten leveäksi aluemeri olisi määrättävä. Sitä vastoin se katsoi, ettei se voinut tunnustaa valtiolle oikeutta sellaisen lisävyöhykkeen perustamiseen, jonka alueella sillä olisi yksinomainen kalastusoikeus. Ks. I.L.C. Report, 1956, s. 32.

[6] *Eek*, Världshavens frihet och fred, Stockholm 1971, s. 37 ss. — Teos, jota voi suositella muillekin kuin lakimiehille, sisältää selvästi laaditun katsauksen kansainvälisen merioikeuden ajankohtaisiin ongelmiin.

varastoihin.[7] Puhutaanpa siitäkin, että niiden markkinoille tuleminen voi eräillä aloilla ratkaisevasti heikentää nykyisten tuottajien kilpailukykyä. Myös meren elollisten luonnonvarojen hyväksikäyttö on varsinkin laajentuneen ja kehittyneen valtamerikalastuksen ansiosta saavuttanut lisääntyvää merkitystä. Ihmiskunnan elintarvikehuollon edellytetään tulevaisuudessa entistä enemmän perustuvan meren antimien varaan.[8] Teollisuusmaat uhraavat jo nykyisin suuria summia meren ja merenpohjan luonnonvarojen tutkimiseen ja niiden hyväksikäytön kehittämiseen. Kehitysvaltiot taas näkevät rannikkojensa edustalla alueen, jonka ne mahdollisimman laajalti haluaisivat varata omia kansallisia tarpeitaan varten. Myös merialueiden sotilaallinen merkitys on muuttunut, varsinkin kun teknillinen kehitys on tehnyt mahdolliseksi käyttää merenpohjaakin sotilaallisiin tarkoituksiin.[9]

Samalla, kun eri puolilla maailmaa sijaitsevat merialueet ovat

---

[7] Arviolta noin 80 % valtamerien pohjasta kuuluu syvän meren alueeseen. Tämän alueen mineraalivaroista tiedetään, että pohjalla on suunnattomat määrät (ehkä n. biljoona tonnia) ns. mangaanimöykkyjä (noduleita), jotka runsaan mangaanipitoisuuden lisäksi sisältävät kobolttia, kuparia, nikkeliä ym. Näiden kerrostumien otaksutaan kasvavan nopeammin kuin niitä voitaisiin käyttää. Vastaavanlaisia kerrostumia, jotka käsittävät fosforiittimöykkyjä, on matalammissa vesissä. Lisäksi on merenpohjassa paikoitellen rikkaita fosfaattiesiintymiä, metalleja sisältäviä liejuja ym. Erityisesti mannermaajalustalta saatavien luonnonvarojen joukossa ovat ensi sijalla öljy, luonnonkaasu ja rikki. Luonnonkaasua on runsaasti mm. Pohjanmeren alla. Maailman öljyntuotannosta lasketaan vuoteen 1980 mennessä noin kolmanneksen tulevan merenalaisista esiintymistä. Itämeren alueellakin öljyä on löydetty Puolan ja Saksan rannikoilta.

Mahdollisuudet käyttää hyväksi syvemmällä olevia mineraali-, öljy- ja kaasuesiintymiä ovat tekniikan kehittyessä jatkuvasti kasvaneet. Koeporauksia on suoritettu jo 6 000 metrin syvyisessä vedessä ja tuotannollisessa tarkoituksessa porataan öljyä ym. alueilta, joiden kohdalla veden syvyys lähenee 200 metriä. Nodulikerrostumien »ruoppaamista» varten kehitetään menetelmää, jonka avulla uskotaan päästävän yli 1 200 metrin syvyyteen. Ks. edellä sanotusta lähemmin: Meritieteen tehtävistä, Merentutkimuslaitoksen julkaisu N:o 222, Helsinki 1967, s. 36 ss. ja Report of the Ad hoc Committee to study the peaceful uses of the seabed and the ocean floor beyond the limits of national jurisdiction, General Assembly official records, A/7230, New York 1968, s. 23 ss.

[8] Merenpohjan elollisten luonnonvarojen hyväksikäytöllä lienee merkitystä lähinnä vain mannermaajalustan osalta (sienet, helmenpyynti). Ks. *Oda*, m.t.s. 181 ss. ja *Eek*, m.t.s. 45 ss. Maailman merikalastuksen tuoton lisääntyminen 17 miljoonasta tonnista vuonna 1948 57 miljoonaan tonniin vuonna 1966 on ollut erittäin voimakasta ja alkaneen vuosikymmenen lopulla määrän lasketaan lähenevän 200 miljoonaa tonnia vuodessa. *Eek*, m.t.s. 21 ja edellä mainittu Merentutkimuslaitoksen julkaisu, s. 24 ss. Kalastustoiminnan lisääntymisen ja tehokkaampien pyyntimenetelmien ohella sanottu kehitys on perustunut merentutkimuksen tuloksiin ja meteorologisen tiedotuksen parantumiseen.

[9] *Girard*, Military Uses of the Continental Shelf and the Seabed Beyond, Towards a Better Use of the Ocean, A *Sipri* Monograph, Uppsala 1969, s. 175 ss,; *Eek*, m.t.s. 124 ss.

edellä mainituista syistä saaneet entistä enemmän merkitystä, on niiden jatkuvasti lisääntyvä ja monipuolistuva käyttäminen tuonut mukanaan erilaisia haitallisia ja vahingollisia vaikutuksia ja potentiaalisia vaaroja. Vähitellen etenevä pilaantuminen uhkaa merellisen ympäristömme ekologista tasapainoa. Kysymys merten pilaantumisen ehkäisemisestä onkin muodostumassa erääksi maailman merialueiden käytön tulevan järjestelyn keskeisistä ongelmista.

Meriä koskevat kysymykset ovat viime vuosina usein olleet esillä valtioiden keskisissä suhteissa. Erityisesti YK:n piirissä on havaittu, että meren ja sen pohjan oikeudellisen aseman kehittäminen on yksi aikamme suurista kysymyksistä, johon kaikkien kansojen tulee ottaa kantaa. Tämä koskee myös Suomea. Itämeren valtiona Suomellakin on tiettyjä merellisiä etuja valvottavanaan, vaikka se ei pyrikään pitämään niistä huolta muiden kansojen kustannuksella. Kansainvälistä merioikeutta kehitettäessä on tosin — luonnollisista syistä — lähinnä pidetty silmällä valtameriä ja niiden rannikoita. Sellaiset erikoiskysymykset, jotka ovat ominaisia Itämeren kaltaiselle sisämerialueelle, eivät aina ole saaneet osakseen riittävästi huomiota. Tämän vuoksi on tärkeätä, että tulevassa merioikeuskonferenssissa ja sen valmisteluissa myös sisämeriä koskevat erikoisongelmat tarpeellisessa määrin huomioidaan.[10]

Ennen kuin ryhdymme lähemmin tarkastelemaan eräitä tarkistuksen ja uudelleenarvioinnin kohteeksi joutuneita kansainvälisen merioikeuden alaan kuuluvia kysymyksiä, on syytä luoda lyhyt katsaus tilanteeseen meitä lähinnä olevilla merialueilla. Tällaisen katsauksen

---

[10] Tässä puhutaan nimenomaan sisämeristä eikä siis suljetuista merialueista ns. vapaiden merien vastakohtana. Sisämeren maantieteellis-juridisesta käsitteestä lähemmin: *Manner*, Sisämeriä, erityisesti Itämerta, koskevia kansainvälisoikeudellisia näkökohtia silmällä pitäen erityisesti niiden suojaamista pilaantumista aiheuttavilta aineilta, JFT 1959, s. 246 ss.

Voidaan kuitenkin palauttaa mieleen, että Neuvostoliiton taholla on historiallisiin perusteisiin viitaten aika ajoin (viimeksi v. 1971) tuotu esiin käsitys, että Itämerta olisi pidettävä sotilaallisessa mielessä suljettuna merialueena. Tanskan ja Ruotsin sopimuksen vuodelta 1968, Venäjän ja Ruotsin sopimuksen vuodelta 1759 sekä eräiden aseellista neutraliteettia koskevien sopimusten vuosilta 1780—81 ja 1800 on väitetty tukevan tätä käsitystä. Tältä vuosisadalta voidaan sen sijaan mainita vain yksi sanottua käsitystä vastaava, joskin käytännössä merkityksettömäksi jäänyt sopimusmääräys. Se sisältyy v. 1920 tehdyn Tarton rauhansopimuksen 12 artiklaan, jonka mukaan »Sopimusvaltiot kannattavat periaatteessa Suomenlahden ja koko Itämeren neutralisoimista».

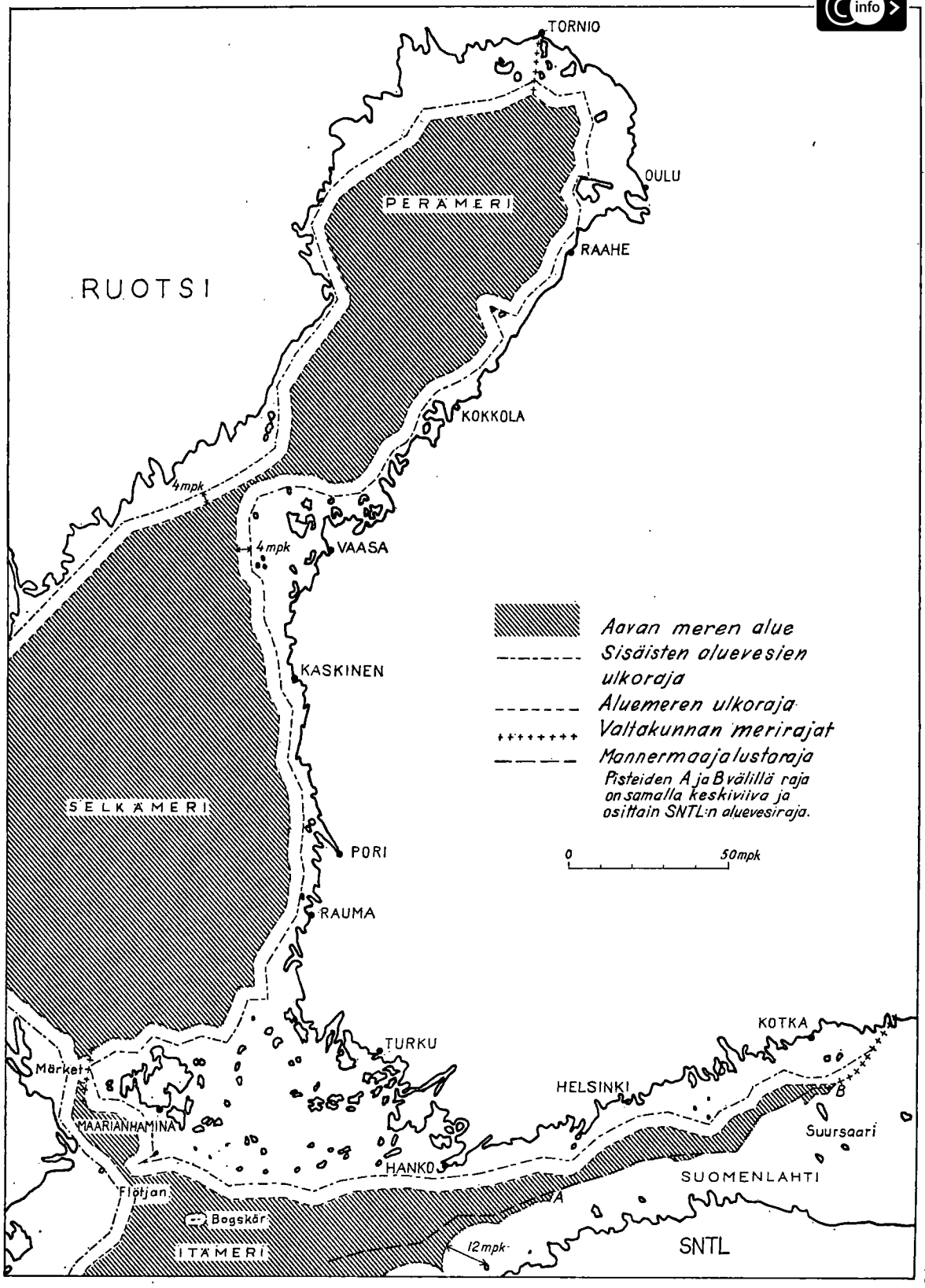
Edellä sanotusta huolimatta Itämeri voidaan lukea ns. vapaisiin meriin kuuluvaksi. Tanska on v. 1857 tehdyn sopimuksen perusteella sitoutunut myöntämään kaikille aluksille vapaan pääsyn Itämerelle ja samaa tarkoittava määräys on myös Versaillesin sopimuksessa vuodelta 1919 (195 art.).

Todettakoon myös, ettei suljettuja meriä koskevaa kysymystä lainkaan otettu käsiteltäväksi vuoden 1958 merioikeuskonferenssissa. Edellä sanotusta ks. myös *Butler*, The Law of Soviet Territorial Waters, New York 1967, s. 22 s., *Verzijl*, International Law in historical perspective, Vol. IV. Leyden 1971, s. 111 ss., *Colombos*, m.t.s. 192 ss. ja *Castrén*, Kansainvälinen oikeus, Porvoo 1947, s. 125.

pohjaksi voidaan ottaa tähän kirjoitukseen liittyvä karttapiirros Suomea ympäröivän merialueen oikeudellisesta jakautumisesta.

Karttapiirrokseen on merkitty Suomen aluemeren ulkoraja eli kansainvälinen aluevesiraja, joka Suomen aluevesien rajoista vuonna 1956 annetun lain (463/1956 myöhempine muutoksineen) mukaan on neljän meripeninkulman eli 7408 metrin etäisyydellä sisäisten aluevesien ulkorajasta, lukuun ottamatta Bogskärin erillistä luotoryhmää, jota ympäröivän aluemeren leveys on kolme meripeninkulmaa. Suomen ja Ruotsin välisenä rajana Perämerellä Tornion saaristossa sekä Ahvenanmerellä Märketin luodon etelä- ja pohjoispuolella on Haminan rauhan jälkeen Torniossa 19 päivänä tammikuuta 1811 allekirjoitetussa topografisessa rajanselityksessä määrätty valtakunnan meriraja, viimeksi mainitussa kohdassa sellaisena, kuin se on sisällytetty 20 päivänä lokakuuta 1921 allekirjoitettuun Ahvenanmaan linnoittamattomuutta ja puolueettomuutta koskevaan sopimukseen. Vuonna 1969 tehdyn lainmuutoksen (781/1969) jälkeen viimeksi mainitussa rajanselityksessä ja sopimuksessa määrätty meriraja rajoittaa Suomen aluemerta myös Ahvenanmerellä Flötjanin saaren lounaispuolella, joskaan Ruotsin aluevedet eivät tällä kohdalla ulotu sanottuun rajaan saakka. Sen sijaan Merenkurkussa aluevetemme ulottuvat yli vuonna 1811 määrätyn rajan, mutta sielläkin on Suomen ja Ruotsin aluevesien välillä aavan meren aluetta. Neuvostoliittoa vastaan meillä on yhteinen meriraja Suomenlahdella Vironlahden saaristossa, jossa raja perustuu Pariisin rauhansopimukseen, sekä Haapasaaren saariston kohdalla, jossa se on määrätty 20 päivänä toukokuuta 1965 Suomen ja Neuvostoliiton kesken merialueiden ja mannermaajalustan rajoista Suomenlahdella tehdyssä sopimuksessa (SopS. 20/1966). Viimeksi mainittu sopimus sisältää myös määräyksiä kummankin valtakunnan aluevesien ulkorajan kulusta itäisellä Suomenlahdella siten, kuin oheinen karttapiirros lähemmin osoittaa. Karttaan on Suursaaren länsipuolelle niin ikään merkitty Suomenlahden keskiviivaa seuraava vuoden 1965 sopimukseen perustuva mannermaajalustan raja Suomen ja Neuvostoliiton välillä. Samalla on sovittu siitä, ettei kumpikaan sopimuspuoli ulota kalastus- tai muita vyöhykkeitään yli sanotun keskiviivan. Tässä yhteydessä Neuvostoliitto on myös pidättäytynyt ulottamasta aluemertaan yli Suomenlahden keskiviivan sellaisissa kohdissa, joissa sanottu viiva on lähempänä kuin 12 meripeninkulman etäisyydellä Neuvostoliiton sisäisten aluevesien ulkorajasta.[11]

[11] Tarton rauhansopimuksen mukaan oli sekä Suomen että silloisen Neuvosto-Venäjän aluemerien leveys Suomenlahdella eräin poikkeuksin neljä meripeninkulmaa. Toisen maailmansodan jälkeen NL on ottanut käyttöön 12 meripeninkulman levyisen aluemeren ja siitä on tullut sanotun leveyden innokkain puolustaja. Aluemeren leventäminen ja sen aiheuttamat toimenpiteet vieraiden kalastusalusten osalta johtivat 1950-luvun taitteessa protesteihin ja noottienvaihtoon NL:n sekä toisaalta Ruotsin ja Tanskan kesken. *Oda*, m.t.s. 15 ja 24 sekä *Butler*, m.t.s. 5 ja 71 ss.



Suomea ympäröivän merialueen oikeudellinen jakautuminen.

Vuonna 1965 tehdyssä sopimuksessa mannermaajalustan raja määrättiin vain varsinaisella Suomenlahdella Hankoniemestä itään. Uudessa vuonna 1967 tehdyssä sopimuksessa (SopS. 11/1968) rajaa jatkettiin myös Itämeren koillisosaan Utön (Grimsöarna) ja Hiidenmaalla olevan Ristnan majakan väliselle linjalle saakka.

Suomen ja Ruotsin välillä käydyt neuvottelut mannermaajalustan rajan määräämisestä Pohjanlahdella, Ahvenanmerellä ja Itämeren pohjoisosassa eivät vielä ole johtaneet sopimukseen. Tällainen raja olisi luonnollisesti tarpeen siellä, missä valtakunnilla ei ole yhteistä merirajaa. Kun Itämeri on suhteellisen matala (keskisyvyys 55 m), se kokonaisuudessaan on sitä ympäröivien valtioiden mannermaajalustaa. Lähtien vuonna 1958 Genevessä tehdyn mannermaajalustasopimuksen pohjalta voitaisiin teoreettisesti määritellä piste, jossa Suomen, Ruotsin ja Neuvostoliiton mannermaajalusta-alueet yhtyvät. Käytännössä tätä pistettä ei kuitenkaan vielä tiedetä, koska sen määrääminen edellyttää kaikkien kolmen kysymyksessä olevan valtion yhdensuuntaisia kannanottoja.

Karttapiirroksesta käy ilmi, että Suomenlahdella aavan meren alue, eli niin sanottu kansainvälinen merialue, on vähäisin poikkeuksin lahden keskiviivan pohjoispuolella, siis sen Suomen puoleisessa osassa. Että näin on laita, toisin sanoen, että Suomenlahdella yleensä on yhtäjaksoinen aavan meren alue, riippuu siitä, että aluemeri ympäröi rannikoitamme vain neljän meripeninkulman levyisenä vyöhykkeenä. Sisäiset aluevetemme sen sijaan ovat eräissä kohdin varsin laajat. Näin on laita erityisesti Lounais-Suomen ja Ahvenanmaan välisellä saaristoalueella, missä ne muodostavat pitkälle kohti Ruotsin rannikkoa ulottuvan kiilan.

Ennen Haminan rauhaa oli Pohjanlahti kokonaisuudessaan Ruotsin valtakunnan sisäinen merialue. Tilanne muuttui, kun Ruotsi menetti Suomen ja siten lakkasi vallitsemasta Pohjanlahden molempia rannikoita. Rajanaapurien kesken vuonna 1811 tehdyn topografisen rajanselityksen karttaan on merkitty raja keskelle Pohjanlahtea. Vaikka Ruotsi Suomen tavoin myös Pohjanlahdella on vanhastaan katsonut aluemerensä leveydeksi neljä meripeninkulmaa sisäisten aluevesien ulkorajasta lukien,[12] se on vielä varsin myöhään edustanut käsitystä, jonka mukaan vuonna 1811 Pohjanlahden karttaan vedettyä viivaa olisi pidettävä muuna kuin pelkkänä demarkaatiolinjana.[13] Tämän tulkinnan, johon Ruotsin ta-

[12] Neljän meripeninkulman raja on Ruotsissa peräisin jo vuodelta 1779, jolloin siitä otettiin (tosin eri mittoja käyttäen) määräys laivastolle sotaa varten annettuihin ohjeisiin. — Ruotsin nykyinen aluevesilaki on vuodelta 1966.

[13] Eri tulkintoja selostaa *Björkstén*, Das Wassergebiet Finnlands in völkerrechtlicher Hinsicht, Helsinki 1925, s. 75 s. *Björkstén* pitää sanottua linjaa intressipiirien rajana, jonka yli kumpikaan valtio ei saisi ulottaa rannikkomertaan, elleivät valtiot yhteisesti selitä tai kauan jatkunut käytäntö osoita, ettei demarkaatiolinjalla ole merkitystä.

holta on nojauduttu muun muassa vuonna 1955 YK:n pääsihteerille annetussa lausunnossa, Suomi on ottanut huomioon toteuttaessaan vuonna 1969 aluevesilakinsa edellä mainitun tarkistuksen merirajan kulkua Ahvenanmerellä koskevalta osin (781/1969). Vaikka vieraiden alusten päästäkseen Pohjanlahden satamiin täytyykin kulkea joko Suomen tai Ruotsin aluevesien lävitse, ne voivat suurimmassa osassa Pohjanlahtea nauttia aavan meren vapauteen sisältyvistä eduista. Kun erityisesti Pohjanlahdella varsin huomattava maan kohoaminen aiheuttaa rantaviivan ja siten myös sisäisten aluevesiemme ulkorajan peruspisteiden muutoksia, on näistä muutoksista, jotka aluevesilain 4 §:n mukaisesti kolmenkymmenen vuoden väliajoin on otettava huomioon, seurauksena aluevesirajamme siirtyminen ulospäin ja siitä johtuva aavan meren alueen kaventuminen. Vaikuttaako sanottu kaventuminen myös mannermaajalustan välirajaan Pohjanlahdella, jää käytännössä ilmeisesti riippumaan siitä, mitä sanotun rajan paikasta Suomen ja Ruotsin kesken sovitaan.

Niin kuin edellä on mainittu, Suomi on sopimuksin Neuvostoliiton kanssa järjestänyt eräät sen aluevesien rajoja Suomenlahden itäosassa koskevat kysymykset sekä niin ikään sopinut mannermaajalustan jakautumisesta Suomenlahdella ja Itämeren koillisosassa. Muista tähän yhteyteen kuuluvista kaksipuolisista sopimuksista voidaan mainita 13. päivänä kesäkuuta 1969 allekirjoitettu sopimus kalastuksesta ja hylkeenpyynnistä eräillä Neuvostoliiton aluevesiin kuuluvilla merialueilla Suomenlahdella (SopS. 24/1970) sekä 7. päivänä joulukuuta 1956 tehty Suomen ja Neuvostoliiton keskinen sopimus yhteistoiminnasta ihmishengen pelastamiseksi Itämerellä (SopS. 35/1956). Elokuun 25. päivänä 1971 on tehty sopimus pelastustöiden suorittamisesta Suomen ja Neuvostoliiton vesillä (SopS. 37/1971).

Ruotsin kanssa tehdyistä sopimuksista kuuluu tähän yhteyteen 16. päivänä syyskuuta 1971 allekirjoitettu rajajokisopimus, joka kalastuksen osalta koskee myös Tornionjoen suun edustalla olevaa merialuetta. Muita kuin Suomen kansalaisia koskevista kalastusoikeudellisista järjestelyistä voidaan todeta, että vuonna 1960 muutetun kalastuslain 2 §:n mukaan Islannin, Norjan, Ruotsin ja Tanskan kansalaisilla on vastavuoroisuuteen perustuen sama oikeus kotitarve- ja virkistyskalastukseen meressä kylänrajan ulkopuolella ja valtiolle kuuluvien saarten ja luotojen äärellä, kuin Suomen kansalaisillakin. Pohjoismaisen yhteistyön piiriin kuuluu niin ikään Suomen, Tanskan, Norjan ja Ruotsin kesken 8. päivänä joulukuuta 1967 allekirjoitettu sopimus öljyn aiheuttaman meren saastunnan ehkäisemiseksi annettujen määräysten noudattamisen valvonnasta (SopS. 69/1967), sekä Pohjoismaiden keskinen jäänmurtajien yhteistoimintaa koskeva sopimus 20. päivältä joulukuuta 1961 (SopS. 36/1961).

Keski-Euroopassa vallitseva poliittinen tilanne on olennaisesti vaikeuttanut Itämeren aluetta koskevien sopimusjärjestelyjen ai-

kaansaamista. Tämä on sitäkin valitettavampaa, kun useimmat Itämeren valtiot ovat suhtautuneet pidättyvästi Genevessä vuonna 1958 tehtyihin merioikeussopimuksiin, Suomen ollessa näistä valtioista ainoa, joka on allekirjoittanut ja ratifioinut ne kaikki.[14] Se seikka, ettei toistaiseksi ole saatu aikaan koko Itämerta koskevia sopimusmääräyksiä ja yhteistoimintaa meren pilaamisen ehkäisemiseksi, merkitsee vakavaa puutetta, jonka vaikutuksesta eri valtioiden sisäiset, merellisen ympäristön turvaamiseksi suorittamat toimenpiteet voivat jäädä vaille tarkoitettua vaikutusta.

Kun Suomen taholta vuonna 1960 eräässä yhteydessä esitettiin Pohjoismaiden yhteisiä toimenpiteitä Itämeren rauhoittamiseksi radioaktiivisten jäteaineiden sijoittamiselta, ajatus sai kylmän vastaanoton. Suomi puolestaan ei katsonut voivansa liittyä Itämeren lohikannan suojelua koskevaan vuonna 1962 tehtyyn sopimukseen, mutta sanotun sopimuksen eräät määräykset on meillä saatettu valtionsisäisesti voimaan kalastuslain säännöksin. Pohjoismaat, Suomi mukaan luettuna, ovat niin ikään suhtautuneet pidättyvästi niille tehtyihin tarjouksiin liittyä Neuvostoliiton, Itä-Saksan ja Puolan 23. päivänä lokakuuta 1968 allekirjoittamaan mannermaajalustaa Itämeressä koskevaan selityskirjaan. Mainittu selityskirja, joka rakentuu vuoden 1958 mannermaajalustasopimuksen periaatteiden varaan, sisältää mm. määräyksen, joka tarkoittaa mannermaajalustan käytön rajoittamista niin, ettei toimilupia saa antaa muille kuin Itämeren valtioiden kansalaisille ja yrityksille. Lisäksi siinä on määräys yhteistoiminnasta mm. merenpohjan käytön aiheuttamaa meren pilaamista koskevissa kysymyksissä.

Saksan kysymykseen liittyvän jännityksen vähittäinen laukeaminen näyttää luovan suotuisammat edellytykset Itämerta koskevien kysymysten käsittelylle. Esimerkkinä vapaammasta suhtautumisesta voidaan mainita Visbyssä vuosina 1969 ja 1970 Itämeren valtioiden kesken viranomaistasolla pidetyt neuvottelut sopimuksesta, joka koskisi yhteistyötä alusten aiheuttamien öljyvahinkojen torjumiseksi Itämeren alueella. Mitään varsinaista sopimusta ei toistaiseksi ole saatu aikaan, mutta käytännöllistä merkitystä viranomaisten yhteydenotolla ilmeisesti on ollut. Meren pilaantumisen ehkäisemistä koskevia kysymyksiä on useaan otteeseen käsitelty myös Pohjoismaiden neuvoston piirissä, Itämeren tutkijain konferensseissa sekä Suomen ja Neuvostoliiton tiedemiesten välisessä yhteistyössä. Tässä yhteydessä voidaan myös mainita Suomen taholta heinäkuussa 1970 muiden Pohjoismaiden hallituksille tekemä ilmoitus, jonka mukaan Suomi on valmis tekemään aloitteen Itä-

[14] Tanska ja Ruotsi ovat ratifioineet vain mannermaajalustaa koskevan yleissopimuksen. Puola on ratifioinut aavaa merta ja mannermaajalustaa koskevat yleissopimukset. Myös NL on ratifioinut molemmat viimeksi mainitut ja niiden lisäksi aluemerta ja lisävyöhykettä koskevan yleissopimuksen. Saksan liittotasavalta on vain allekirjoittanut mannermaajalustaa koskevan sopimuksen. DDR on kaikkien puheena olevien sopimusten ulkopuolella.

meren pilaamisen torjuntaa käsittelevän Itämeren valtioiden kokouksen koolle kutsumiseksi.

Todettakoon, että Suomi on omalta osaltaan pyrkinyt huolehtimaan sitä ympäröivien merialueiden suojaamisesta. Odottamatta Itämeren pilaantumisen ehkäisemistä tarkoittavien kansainvälisoikeudellisten järjestelyjen aikaansaamista, meillä on jo vuonna 1965 annettu erityinen laki meren pilaamisen ehkäisemisestä (146/1965). Sanottu laki, joka täydentää vesilain pilaamissäännöksiä, tarkoittaa aavaa merta koskevan Geneven yleissopimuksen 24 ja 25 artiklassa tarkoitettujen velvoitusten täyttämistä Suomen osalta. Laki kieltää Suomen alueelta tai suomalaiselta alukselta käsin päästämästä tai sijoittamasta mereen jätettä tai muuta ainetta, jos toimenpide voi aiheuttaa aavan meren tai toisen valtion aluevesien haitallista pilaantumista. Sama kielto koskee myös kaivosja muuta siihen verrattavaa toimintaa Suomen alueella tai Suomelle kuuluvalla mannermaajalustalla. Laissa on lisäksi kansainvälisen atomienergiajärjestön, IAEA:n, valmistamiin suosituksiin[15] perustuvia määräyksiä radioaktiivisten jäteaineiden mereen sijoittamisen rajoittamisesta. Niistä käy muun muassa ilmi, että säiliöön pakattua tai kiinteää radioaktiivista ainetta saa sijoittaa mereen vain yli 2000 metrin syvyyteen, jollaista kohtaa ei ole koko Itämeren alueella. Tässä yhteydessä voidaan myös mainita vuonna 1957 annettu ja vuonna 1966 olennaisilta osin muutettu laki toimenpiteistä alusten aiheuttamien öljyvahinkojen estämiseksi (289/1957), joka tarkoittaa öljyn aiheuttaman meren saastunnan ehkäisemistä koskevan Lontoossa vuonna 1954 tehdyn kansainvälisen yleissopimuksen ja siihen vuonna 1962 tehdyn muutossopimuksen määräysten täyttämistä.

Kun tämän jälkeen ryhdytään tarkastelemaan YK:n pyrkimyksiä kansainvälisen merioikeuden kehittämiseksi, voidaan todeta, että jo muutamia vuosia sen jälkeen, kun toisessakaan, vuonna 1960 järjestetyssä merioikeuskonferenssissa ei ollut päästy sopimukseen vuonna 1958 avoimiksi jääneistä aluemeren yhdenmukaista määrittämistä ja kalastusvyöhykkeitä koskevista kysymyksistä, alettiin eräiden valtioiden taholta esittää tunnusteluja, jotka koskivat kolmannen merioikeuskonferenssin järjestämisen mahdollisuutta. YK:n yleiskokouksen istuntosaleissa ja käytävillä käytyjen keskustelujen kohteeksi kysymys meriä koskevan kansainvälisoikeudellisen järjestelmän kehittämisestä kuitenkin tuli varsinaisesti vasta Maltan vuonna 1967 tekemän meren pohjaa koskevan aloitteen johdosta.[16] Tämä merkittävä aloite tarkoitti valtioiden lainkäyttövallan ulkopuolella olevan aavan meren pohjan varaamista vain rauhanomaisiin tarkoituksiin ja sieltä saatavien luonnonvarojen

[15] IAEA; DG/WDS/L. 19. The legal implications of disposal of radioactive waste into the sea, April 1963.

[16] UN General Assembly. Twenty-second Session, A/6695, 18 August 1967. Asiakirja sisältää Maltan pysyvän edustuston nootin ja siihen liittyvän muistion.

käyttämistä koko ihmiskunnan ja erityisesti kehitysmaiden hyväksi. Aloitteeseen liittyvässä muistiossa mainitaan ensi kerran aavan meren pohjan olevan ihmiskunnan yhteistä perintöä. Ehdotettu järjestely tähtäsi siihen, että mikään valtio ei saisi pysyvästi vallata osia aavan meren pohjasta omaan käyttöönsä, vaan noilta alueilta saatavien luonnonvarojen hyväksikäytön tulisi tapahtua YK:n valvonnassa ja sen toimesta järjestetyn kansainvälisen hallinnon alaisena. Aloite sai osakseen laajaa kannatusta ja siihen sisältyvien kysymysten selvittämistä ja kehittelyä varten asetettiin erikoiskomitea, jonka työn tuloksia on käsitelty kaikissa sen jälkeen pidetyissä yleiskokouksen istunnoissa.

Yleiskokouksen päätöslauselmalla 2750/C(XXV) 17. päivältä joulukuuta 1970 komitean tehtäväksi, samalla kun sen jäsenluku kaksinkertaistettiin ja tehtiin päätös kolmannen merioikeuskonferenssin järjestämisestä vuonna 1973, annettiin myös merioikeuskonferenssin asialistalle tulevien kysymysten valmistelu.[17] Tällaisina kysymyksinä päätöslauselmassa mainitaan merenpohjan käyttöä varten perustettavan kansainvälisen hallinnon suunnittelun lisäksi, sen alueen tarkempi määrittely, jolla mainittu hallinto olisi toimivaltainen. Lisäksi luetellaan kysymykset, jotka koskevat aavaa merta, mannermaajalustaa, aluemerta ja läpikulkuoikeutta kansainvälisissä salmissa, lisävyöhykettä, kalastusta ja aavan meren luonnonvarojen säilyttämistä sekä merten pilaantumisen ehkäisemistä ja tieteellistä tutkimusta.[18] Päätöslauselman B-osassa

---

[17] Suomi on toistaiseksi seurannut nykyisin 85-jäsenisen komitean työtä huomioitsijana, mutta tulee komitean jäseneksi vuonna 1972.

[18] Paitsi lukuisia jäsenmaiden laatimia ehdotuksia ja luonnoksia, jotka on liitetty komitean raportteihin, on YK:n Pääsihteerin toimesta valmistettu ja hankittu komiteaa varten mm. seuraavat erikoisselvitykset:

Survey of existing international agreements concerning the seabed and the ocean floor, and the subsoil thereof, underlying the high seas beyond the limits of present national jurisdiction. A/AC. 135/10/Rev. 1, 12. August 1968.

Survey of national legislation concerning the sea-bed etc. A/AC. 135/11/Add. 1, 13 August 1968.

Scientific aspects of peaceful uses of the ocean floor. A/AC. 135/17, 18 June 1968.

Legal aspects of the question of the reservation exclusively for peaceful purposes of the sea-bed and the ocean floor, and the subsoil thereof underlying the high seas beyond the limits of present national jurisdiction, and the uses of their resources in the interests of mankind. A/AC. 135/19/Add. 2, 25 June 1968.

Study on the question of establishing in due time appropriate machinery for the promotion of the exploration and exploitation of the resources of the sea-bed and the ocean floor beyond the limits of national jurisdiction, nad the use of these resources in the interests of mankind. A/AC. 138/12/Add. 1, 30 June 1969.

Draft, Comprehensive outline of the scope of the long-term and expanded programme of oceanic exploration and research. Prepared by the Special Working Group of the IOC. A/AC. 138/14, 29 July 1969.

The Sea. Prevention and control of marine pollution. Report of the Secretary-General. E/5003, 7 May 1971 (ECOSOC fifty-first session).

korostetaan erityisesti sisämaan valtioiden (land-locked countries) etujen ja niitä koskevien erikoiskysymysten selvittämistä ja huomioon ottamista merenpohjan käyttöä järjestettäessä.

Kansainvälistä merioikeutta ja merenpohja-alueiden oikeudellisen aseman järjestelyä koskevien kysymysten käsittely YK:n piirissä on jo johtanut tuloksiin, joita eräiltä osin voidaan pitää suuntaa antavina. Niinpä yleiskokous 24. istunnossaan joulukuussa vuonna 1969 hyväksyi muiden aavan meren pohjan käytön järjestelyä koskevien kehotusten ja suositusten lisäksi päätöslauselman 2574/D (XXIV), jossa lausutaan, että ennen kansallisen lainkäyttövallan rajojen ulkopuolella olevan merenpohja-alueen saattamista kansainvälisen hallinnon alaiseksi valtioiden sekä fyysisten ja juridisten henkilöiden tuli pidättäytyä kaikista kyseisen alueen luonnonvarojen hyväksikäyttöä tarkoittavista toimenpiteistä. Niin ikään selitetään, ettei mitään vaatimusta, joka kohdistuu osaan syvän meren pohjasta tai sen luonnonvaroista, ollut toistaiseksi hyväksyttävä. Tämän, ns. moratorio-päätöslauselman merkityksestä on oltu eri mieltä. YK:n jäsenvaltioita yleisesti sitovana sanottua päätöslauselmaa ei voida pitää, vaan lähinnä on kysymys suosituksesta, jonka sisältöä päätöslauselman puolesta äänestäneiden valtioiden edellytetään noudattavan.[19] Lisäksi on huomautettu, että päätöslauselma tuskin on edistänyt siinä tarkoitettua asiaa, koska siihen sisältyvä kielto on omansa yllyttämään valtioita laajentamaan niiden lainkäyttövallan alaisen meri- ja merenpohja-alueen rajoja, mikä pyrkimys voi johtaa mm. aluemeren leveyden kohtuutonta lisäämistä koskeviin vaatimuksiin. Lisäksi sen on katsottu jarruttavan kehitystä merentutkimuksen alalla.[20]

Vuotta myöhemmin yleiskokous, samalla kun se teki edellä mainitun päätöksen kolmannen merioikeuskonferenssin koolle kutsumisesta, hyväksyi päätöslauselman 2749 (XXV), joka sisältää kansallisen lainkäyttövallan rajojen ulkopuolella olevaa meren ja valtameren pohjaa ja sen sisustaa vallitsevia periaatteita koskevan julistuksen. Tässä julistuksessa, jota YK-käytännön mukaan voidaan pitää esivaiheena kansainvälistä yleissopimusta valmisteltaessa, on haluttu vahvistaa ne periaatteet, joita noudattaen kysymyksessä olevien merenpohja-alueiden oikeudellinen asema ja käyttö pyritään järjestämään. Julistuksessa selitetään »juhlallisesti», että usein mainitut merenpohja-alueet ovat ihmiskunnan yhteistä perintöä, ettei mitään osaa niistä saa vallata tai saattaa jonkin valtion suvereniteetin alaiseksi ja että niiltä saatavien luonnonvarojen käytön tulee tapahtua koko ihmiskunnan hyväksi, tekemättä eroa rannikolla ja sisämaassa sijaitsevien valtioiden välillä sekä ottamalla erityisesti huomioon kehitysmaiden tarpeet. Julistuksen mukaan aavan meren pohjan ja sen luonnonvarojen käytön tulee

[19] Päätöslauselmaa kannatti vain 62 jäsenmaata (mm. Suomi ja Ruotsi), joten se tuli hyväksytyksi varsin pienellä äänimäärällä.

[20] Sanotusta syystä mm. Norja ja Tanska vastustivat päätöslauselmaa.

edistää maailman talouden tervettä kehitystä ja kansainvälisen kaupan tasapuolista kasvua. Epäedulliset vaikutukset raaka-aineiden hintoihin on pyrittävä estämään. Kaiken toiminnan, mitä alueella harjoitetaan, tulee tapahtua perustettavan kansainvälisen hallinnon alaisena ja kansainvälisen oikeuden sääntöjä noudattaen. Julistuksessa puhutaan lisäksi valtioiden välisestä yhteistoiminnasta merentutkimuksen ja meren pilaantumisen ehkäisemisen alalla. Aavan meren vapauden periaatetta julistuksessa ei mainita, mutta selitetään, että merenpohja-alueiden oikeudellisen aseman järjestely ja näiden alueiden käyttäminen ei saa vaikuttaa yläpuolella olevan vesialueen ja ilmatilan oikeudelliseen asemaan eikä loukata rannikkovaltioiden oikeutta torjua niiden alueilla ilmeneviä merenpohjan käytöstä johtuvia pilaantumishaittoja. Milloin merenpohjan ja sen luonnonvarojen käyttäminen aiheuttaa valtioiden välisiä erimielisyyksiä, ne on ratkaistava YK:n peruskirjan 33 artiklan mukaisesti sellaista menettelyä noudattaen, josta merenpohjan kansainvälistä asemaa järjestettäessä sovitaan.

Julistuksessa korostetaan niin ikään, että kysymyksessä olevat merenpohja-alueet on varattava yksinomaan rauhanomaisiin tarkoituksiin. Valtioiden tulee pyrkiä aikaansaamaan sopimuksia, joiden avulla merenpohja voitaisiin pysyttää varustelukilvan ulkopuolella. Ensimmäinen tavoite tällä tiellä onkin jo saavutettu, yleiskokouksen samassa istunnossa hyväksyessä ja esittäessä valtioiden allekirjoitettavaksi sopimuksen, joka kieltää sijoittamasta ydinaseita ja muita joukkotuhoaseita meren tai valtameren pohjaan ja sen sisustaan.[21] Sopimus, joka kuten tunnettua on valmisteltu Geneven aseriisuntakonferenssissa Neuvostoliiton ja Yhdysvaltojen yhteistyön tuloksena, ei koske muita kuin siinä mainittuja aseita. Merenpohjan täydellisestä demilitarisoinnista ei siis vielä ole kysymys, varsinkin, kun sopimukseen sisältyvän kiellon ulkopuolelle on jätetty rannikoita ympäröivä vyöhyke, joka ulottuu 12 meripeninkulman etäisyydelle kunkin ao. valtion sisäisten aluevesien ulkorajasta. Vaikka sopimusta, siitä huolimatta, että se jättää edelleen runsaasti tilaa sotilaalliselle toiminnalle merenpohjassa, voidaankin Moskovan ydinkoekieltosopimuksen ja ydinaseiden leviämisen estämistä tarkoittavan sopimuksen rinnalla pitää merkittävänä askeleena kohti kaukaisena tavoitteena olevaa täydellistä aseriisuntaa, ei merenpohjan demilitarisointi suinkaan muodosta, kuten *Eek* huomauttaa,[22] merenpohjan rauhanomaisen käytön järjestelyn koko sisältöä, vaan se on ainoastaan yksi tärkeä edellytys sanottujen alueiden ja niiden luonnonvarojen kansainvälistämiselle.

---

[21] YK:n yleiskokouksen päätöslauselma 2660 (XXV). Treaty on the Prohibition of the Emplacement of Nuclear Weapons and other Weapons of Mass Destruction on the Sea-Bed and the Ocean Floor and in the Subsoil Thereof.

[22] M.t.s. 136 s.

YK:n kolmannen merioikeuskonferenssin valmistelut ovat siis tätä kirjoitettaessa edelleen kesken ja asiaa on viimeksi käsitelty yleiskokouksen 26. istunnossa.[23] Kun konferenssin asialuetteloa ei vielä ole vahvistettu, ei toistaiseksi tiedetä, mitkä kysymykset tulevat siinä käsiteltäviksi. Eräät tärkeimmistä käsiteltävistä aiheista on lueteltu konferenssia valmistelevan komitean toimeksiantoa koskevassa päätöslauselmassa. Itse asiassa sanottu luettelo peittää kansainvälisen merioikeuden koko alan ja kysymys näyttääkin olevan siitä, miten laajalti ja miltä osin eri ongelmat otetaan konferenssissa keskustelun alaisiksi.[24] Voidaan sanoa, että useat käsiteltäviksi ehdotetut kysymykset ovat siinä määrin toisistaan riippuvaisia, ettei olisi asianmukaista ottaa niitä erillisinä ratkaistaviksi. Viimeksi sanottu koskee mm. aluemeren leveyden määräämistä, joka vaikuttaa kalastusvyöhykkeiden perustamista koskevien vaatimusten käsittelyyn ja tuo toisaalta mukanaan kysymyksen kulkuoikeuden turvaamisesta kansainvälisissä salmissa. Siitä taas, päästäänkö merioikeuskonferenssissa sopimukseen aluemeren leveydestä ja mannermaajalustan rajan määräämisperusteiden tarkistamisesta, tulee viime kädessä riippumaan, miltä osin aavan meren pohja on saatettavissa kansainvälisen hallinnon alaiseksi. Ilmeisesti myös kysymys kansainvälisen merenpohjahallinnon organisaatiosta ja toimivaltuuksista tulee vaikuttamaan konferenssissa käsiteltävien muiden erityiskysymysten ratkaisemiseen. Tässä yhteydessä on vielä liian aikaista esittää mitään arviointia konferenssin onnistumisen mahdollisuuksista enempää kuin yksityiskohtaisemmin puuttua asiain käsittelyssä ehkä esille tuleviin vaikeuksiin. Pitäen taustana sitä mitä edellä on esitetty maatamme ympäröivien merialueiden oikeudellisesta asemasta, kosketellaan seuraavassa eräitä niistä pääkysymyksistä, jotka on aiottu saattaa YK:n kolmannen merioikeuskonferenssin käsiteltäviksi.

Aavan meren pohjan hyväksikäytön saattaminen kansainvälisen hallinnon alaiseksi ei välittömästi koske Itämeren valtioita, koska Itämeren alueella ei ole valtioiden lainkäyttövallan ulkopuolella olevaa merenpohja-aluetta. Kun näet kysymys on merenpohjasta, eivät valtion lainkäyttövallan rajat määräydy vain aluemeren leveyden, vaan myös valtiolle kuuluvan mannermaajalustan ulottuvaisuuden mukaisesti. Tämä kriteeri sulkee Itämeren, joka kokonaisuudessaan on sitä ympäröivien valtioiden mannermaajalustaa, ehdotetun uuden järjestelyn ulkopuolelle.

Edellä sanottuun liittyen voidaan todeta, että mannermaajalus-

---

[23] Merenpohjakomitean työstä laadittu selonteko vuodelta 1970 sisältyy yleiskokousasiakirjaan A/8021. Komitean jakauduttua sen tehtävän laajentamisen johdosta kolmeen alakomiteaan se on antanut vuoden 1971 yleiskokoukselle kolme raporttia, A/AC. 138/60, 61 ja 62.

[24] Jäsenvaltioiden laatimia ehdotuksia konferenssin käsiteltävistä asioista sisältyy yleiskokousasiakirjaan A/AC. 138/61, 26 August 1971. Eräät niistä sisältävät kymmeniä kohtia ja alakohtia.

tan ulkorajan tarkalla määrittämisellä siellä, missä vastassa ei ole toisen valtion mannermaajalustaa, on tärkeä merkitys, paitsi sanotun alueen käytön kannalta, myös sen vuoksi, että mainittu raja määrää, miten pitkälle rannikkovaltion lainkäyttövalta merenpohjan osalta ulottuu. Tähän seikkaan on usein viitattu perusteluna vaatimuksille, jotka tarkoittavat mannermaajalustaa koskevan yleissopimuksen 1 artiklassa olevan määritelmän tarkistamista. Sanotun määritelmän mukaan mannermaajalustalla tarkoitetaan »rannikon edustalla, mutta aluemeren ulkopuolella olevaa merenpohjaa sisustoineen 200 metrin syvyyteen asti, tai tätä rajaa kauemmaksikin, missä veden syvyys sallii tällaisten alueiden luonnonvarojen hyväksikäytön». Tämä liukuva, hyväksikäyttömahdollisuuteen (exploitability) perustuva raja, jonka ottamista sopimustekstiin jo vuoden 1958 merioikeuskonferenssissa vastustettiin, antaa rannikkovaltioille mahdollisuuden varsin epämääräisin teknillistaloudellisin perustein lukea mannermaajalustansa piiriin paljon laajempia merenpohja-alueita kuin mihin pelkkä 200 metrin syvyysrajan noudattaminen oikeuttaisi. Eräät tutkijat ovatkin katsoneet, että yleissopimukseen sisältyvä liukuva rajanmääritys itse asiassa jo merkitsee eräänlaista maailman merenpohja-alueiden potentiaalista jakamista rannikkovaltioiden kesken.[25] On huomattava, ettei mahdollisuus edellä mainitulla tavalla laajentaa mannermaajalustan aluetta rajoitu vain niihin valtioihin, joilla on riittävät taloudelliset ja teknilliset mahdollisuudet merenpohjan hyväksikäyttöön myös 200 metrin syvyysrajan ulkopuolella. Yleissopimus edellyttää näet, että valtio, joka itse on vailla sanottuja mahdollisuuksia, voi myöntää toimiluvan muuta kansallisuutta olevalle yritykselle ja siten vieraan pääoman avulla osoittaa omaavansa oikeuden mannermaajalustansa laajentamiseen.

Edellä sanotun perusteella näyttää ilmeiseltä, että kysymys mannermaajalustan ulkorajaa koskevan määritelmän tarkistamisesta tulee konferenssissa saamaan osakseen erityistä huomiota. Hyväksikäyttömahdollisuuteen perustuva liukuva raja haluttaneen korvata täsmällisemmällä, joko syvyys- tai etäisyysmittoihin sidotulla rajanmäärityksellä. Miten pitkälle raja tällöin on vietävä, on kysymys, josta valtiot tuskin vielä ovat yksimielisiä. Kun kysymys kytkeytyy merenpohjan luonnonvarojen hyväksikäytön kansainväliseen järjestelyyn, voitaneen olettaa, että samalla kun rannikkovaltiot mielellään näkevät, että niiden täysivaltaisuuden alaisen merenpohjan osan raja määrätään mahdollisimman etäälle rantaviivasta, tulevat toisaalta sisämaan valtiot, joiden merenpohjaan kohdistuvat intressit lähinnä tyydytettäisiin perustettavan kansainvälisen hallinnon toimesta, ilmeisesti vaatimaan, että tuo hallinto käsittäisi mahdollisimman suuren osan maailman merenpohja-alueista. Vaikka kyseinen intressiristiriita tuskin on pelkästään oikeudellisin perustein

[25] *Oda*, m.t.s. 167.

ratkaistavissa, voitaneen kuitenkin sanoa, että oikeudelliset näkökohdat puoltavat mannermaajalustan pysyttämistä suhteellisen rajoitettuna. On näet lähdettävä siitä, että valtion oikeus mannermaajalustaan ei perustu, kuten myös kansainvälisen oikeuden toimikunta ko. säännöstöä valmistellessaan totesi, valtaukseen, jonka kohteena olisi merenpohjan isännätön alue.[26] Sen sijaan oikeus mannermaajalustaan on johdettavissa valtion maa- ja merialueeseen kohdistuvasta oikeudesta, jonka tavallaan liitännäisenä katsotaan ulottuvan maantieteellisesti tai geologisesti lähinnä mannermaahan liittyvään osaan merenpohjasta. Tämä merkitsee, ettei mannermaajalustan rajaa tulisi periaatteessa viedä pitemmälle kuin sanottu maantieteellinen tai geologinen liitännäisyys ulottuu.

Rannikkovaltio voi pyrkiä turvaamaan oikeutensa merenpohjaan myös aluemerensä laajuutta lisäämällä. Näin on eräissä tapauksissa tehtykin. Tavallisimpana aiheena aluemeren leventämiseen on kuitenkin ollut pyrkimys turvata omien kansalaisten kalastusmahdollisuudet ja kalakannan säilyminen sellaisilla rannikkoa lähellä olevilla merialueilla, joilla myös muiden valtioiden kalastusalukset tahtoisivat harjoittaa kalastusta. Rannikkovaltioiden yritykset pitää tunkeilijat pois laajennetuilta aluevesiltään ovat aiheuttaneet lukuisia erimielisyyksiä ja välikohtauksia. Kun mm. Yhdysvallat ja Iso-Britannia olivat toisen maailmansodan jälkeisinä vuosina vastustaneet eräiden Etelä-Amerikan valtioiden vaatimuksia, jotka tarkoittivat niiden kalastusalueiden laajentamista, hyväksyivät Chile, Ecuador ja Peru Santiagossa vuonna 1952 pidetyssä konferenssissa julistuksen, jossa ne selittivät tulevansa ulottamaan täysivaltaisuutensa ja lainkäyttövaltansa niiden rannikoita ympäröivällä merialueella aina 200 mailin etäisyydelle saakka.[27] Tämä julistus, vaikka se saikin ankaraa vastustusta osakseen, on muodostunut esikuvaksi, jota eräät muut valtiot ovat seuranneet. Nykyisin on jo kymmenkunta valtiota ulottanut aluemerensä pitkälle yli 12 meripeninkulman rajan,[28] ja eräät muut ovat vaatineet itselleen sadan tai kahdensadan meripeninkulman levyisen kalastuksen suojavyöhykkeen. Nämä toimenpiteet ovat aiheuttaneet vastalauseita, koska niiden on katsottu merkitsevän mielivaltaista poikkeamista aavan meren vapauden periaatteesta. Toisaalta on kuitenkin sanottava, että kun yritykset saada aikaan sopimus aluemeren yhtenäisestä leveydestä molemmissa aikaisemmissa merioikeuskonferensseissa epäonnistuivat, ei toistaiseksi ole olemassa

[26] *Oda*, m.t.s. 162 ja siinä mainitut lähteet.

[27] *Oda*, m.t.s. 21 ss.

[28] Tällaisia valtioita ovat Argentiina (200 mpnk. v. 1966), Chile (50 km. v. 1941), Ecuador (200 mpnk. v. 1966), El Salvador (200 mpnk. v. 1950), Guinea (130 mpnk. v. 1964), Panama (200 mpnk. v. 1967), Brasilia (200 mpnk. v. 1970), Uruguay (200 mpnk. v. 1970), Gabon (25 mpnk. v. 1970) ja Nigeria (30 mpnk. v. 1971). Peru on Santiagon julistuksesta huolimatta tyytynyt 200 mpnk:n levyiseen kalastusvyöhykkeeseen.

mitään määräystä, joka nimenomaan kieltäisi ulottamasta aluemerta yli tietyn enimmäisleveyden. Kohtuuttoman suurta poikkeamista valtioiden enemmistön noudattamasta käytännöstä ei kuitenkaan voida pitää hyväksyttävänä.

Jos etsitään todellista syytä aluemeren leveyden määräämistä koskevien yritysten epäonnistumiseen vuosina 1958 ja 1960, voitaneen sanoa, että aluemeren yleiseen laajentamiseen johtanut murroskausi oli tuolloin jo alkanut, mutta että useat valtiot, pitäen kiinni perinnäisistä käsityksistä, eivät halunneet tätä seikkaa vielä tunnustaa. Lähinnä läntisten merivaltojen ja Japanin vastustuksen vuoksi ehdotukset, jotka tarkoittivat aluemeren (tai aluemeren ja kalastusvyöhykkeen) leveyden määräämistä enintään 12 meripeninkulmaksi, eivät saavuttaneet riittävää kannatusta.

Kun aluemeren leveyden yhdenmukaista määräämistä koskeva kysymys nyt on aiottu ottaa käsiteltäväksi kolmannessa merioikeuskonferenssissa, on olosuhteiden katsottu siinä määrin muuttuneen, että on olemassa toiveita myönteiseen ratkaisuun pääsemisestä. Tätä käsitystä puoltavat seuraavat syyt. Suurvaltojen väliset ristiriidat ovat lieventyneet ja yhteisymmärrykseen pääsy on siten helpompaa. Vuonna 1958 merioikeuskonferenssiin osallistui 86 valtiota. Sen jälkeen YK:n jäsenmäärä on huomattavasti lisääntynyt, ollen nykyisin jo 131. Monet uusista valtioista ovat omaksuneet aluemerensä leveydeksi 12 meripeninkulmaa, jota mittaa voidaan pitää vallitsevana. Kun näet vuonna 1960 vain puolitoistakymmentä valtiota oli rohjennut ulottaa aluevetensä 12 meripeninkulman rajaan saakka, on valtioita, joiden aluemeren leveys on 12 meripeninkulmaa, nykyisin jo yli 40. Näyttää todennäköiseltä, että tällä kansainvälisoikeudellisessa käytännössä jatkuvasti lisää kannatusta saaneella periaatteella on mahdollisuuksia tulla myös tulevan merioikeuskonferenssin hyväksymäksi. Vailla vaikeuksia ei sanotunlaisen ratkaisun saavuttaminen kuitenkaan liene, kun otetaan huomioon erityisesti useiden Latinalaisen Amerikan valtioiden tässä asiassa omaksuma kanta.

Jo ennen ensimmäistä merioikeuskonferenssia eräät valtiot olivat, haluamatta laajentaa aluevesiään, ottaneet käyttöön niiden ulkopuolella olevia erityisiä kalastusvyöhykkeitä.[29] Nämä vyöhykkeet voidaan jakaa kahteen ryhmään. Ensimmäinen ryhmä käsittää ne tapaukset, joissa rannikkovaltio pidättää kansalaisilleen yksinomaisen kalastusoikeuden sen aluemereen liittyvällä vyöhykkeellä, joka muissa suhteissa on aavaa merta koskevien sääntöjen alainen. Toiseen edellä mainituista ryhmistä kuuluvat ne vyöhykkeet, joiden alueella asianomainen valtio vaatii noudattamaan sen antamia kalastuksen harjoittamista koskevia määräyksiä, mutta sallii myös muiden kuin omien kansalaistensa siellä kalastaa. Jälkimmäisessä tapauksessa voidaan puhua kalastuksen suojavyöhykkeistä.

[29] Luettelo ennen v. 1958 perustetuista kalastusvyöhykkeistä on *Oda*:n e.m. teoksessa s. 16 s.

Ehdotukset em. käytännön laillistamiseksi kansainvälisin sopimuksin eivät, kuten jo on mainittu, kummassakaan merioikeuskonferenssissa tulleet hyväksytyiksi. Geneven vuoden 1958 merioikeussopimuksiin ei siten sisälly mitään määräystä, joka oikeuttaisi rannikkovaltion ulottamaan yksinomaisen kalastusoikeutensa sen aluemeren ulkopuolelle. Tästä huolimatta yhä useammat valtiot ovat perustaneet sanotunlaisia vyöhykkeitä, joiden määrä on jo noussut lähes neljäänkymmeneen. Useimmat näistä vyöhykkeistä eivät kuitenkaan ylitä 12 meripeninkulman rajaa.[30] Tässä tarkoitettujen valtioiden joukossa ovat myös Tanska ja Ruotsi, jotka liityttyään vuonna 1964 tehtyyn Länsi-Euroopan maiden kalastussopimukseen, ovat osaltaan saattaneet voimaan kalastusvyöhykkeen perustamista tarkoittavia määräyksiä. Ruotsin kalastuslaki sisältää vuodesta 1967 alkaen säännöksen kalastusvyöhykkeestä, jonka leveydeksi, tosin vain länsirannikon edustalla, on määrätty 8 meripeninkulmaa aluemeren ulkorajasta lukien.

Pidetään selvänä, että kysymys kalastusvyöhykkeistä, niiden perustamisen edellytyksistä ja rajoista tulee käsiteltäväksi kolmannessa merioikeuskonferenssissa. Valtioiden välillä käydyt valmistavat keskustelut näyttävät viittaavan siihen, että myös kalastusvyöhykkeen ulkorajaksi määrättäisiin 12 meripeninkulmaa, mikä tarkoittaa, että tällaisen vyöhykkeen voisi perustaa vain sellainen valtio, jonka aluevedet eivät ulotu sanottuun rajaan saakka. Vastaava ehdotus ei aikaisemmissa merioikeuskonferensseissa saanut riittävää kannatusta, mutta nyt katsotaan olosuhteiden muuttuneen edullisemmiksi myös tällaiselle ratkaisulle. On muun ohella huomautettu, että valtioiden oikeuden kalastusvyöhykkeen perustamiseen voidaan jo nykyisin katsoa pohjautuvan yleiseksi muodostuneen käytännön luomaan tavanomaiseen oikeusperiaatteeseen.[31] Enää ei siis olisi kysymys itse oikeuden myöntämisestä, vaan ainoastaan sen rajojen ja käyttämisen edellytysten tarkemmasta määrittelystä. Kysymykset, jotka koskevat aluemeren leveyttä ja kalastusvyöhykkeiden perustamista kuuluvat siksi läheisesti yhteen, ettei niiden erikseen ratkaisemista voida pitää todennäköisenä. On myös ajateltavissa, että jos yhtenäisestä ratkaisusta sopiminen aluemeren leveyttä koskevassa kysymyksessä tuottaa vaikeuksia, yhteisymmärrys voitaneen helpommin saavuttaa sallimalla valtioiden, joiden talous on olennaisesti riippuvainen kalastuselinkeinon har-

---

[30] Ks. luetteloa julkaisussa Limits and status of the territorial sea, exclusive fishing zones, fishery conservation zones and the continental shelf. F.A.O. Rome 1969 (Luettelo on eräiden maiden kohdalta jo vanhentunut).

[31] Näin mm. *Eek*, m.t.s. 62, joka kuitenkin huomauttaa, että kun kysymys kalastusvyöhykkeiden käyttöön ottamisesta tuli harkittavaksi Tanskassa, Ruotsissa ja Norjassa, näiden maiden käyttämät asiantuntijat, *Sørensen*, *Gihl* ja *Castberg*, olivat olleet sillä kannalla, ettei yksinomaisten kalastusvyöhykkeiden perustaminen ollut kansainvälisen oikeuden mukaista.

joittamisesta, ulottaa kalastusvyöhykkeensä pitemmällekin kuin 12 meripeninkulman päähän rannikon perusviivasta.[32]

Jos edellä mainittuja kysymyksiä tarkastellaan Itämeren näkökulmasta, voidaan sanoa, että ehdotusten toteutuminen tuskin aikaansaisi suuriakaan muutoksia vallitseviin olosuhteisiin. On huomattava, että Neuvostoliiton aluevedet jo nykyisin ulottuvat 12 meripeninkulman etäisyydelle, ja että vaikka mainittu raja tulisi yleisesti määrätyksi, tällainen määräys ei suinkaan pakottaisi niitä valtioita, jotka syystä tai toisesta haluavat pysyttää aluemerensä kapeampana, sen laajentamiseen. Aluemeren suurempi leveys ei näet kaikissa olosuhteissa suinkaan tuo mukanaan vain etuja asianomaiselle valtiolle, vaan siitä saattaa olla seurauksena myös käytännöllisiä hankaluuksia ja enemmän vastuuta erityisesti puolueettomuusvalvonnan järjestämisen osalta.[33] Laajempi aluemeri tuo myös mukanaan enemmän mahdollisuuksia konfliktitilanteiden syntymiseen poliittisen jännityksen aikoina. Myöskään ei voitaisi pitää pelkästään etuna, jos aavan meren alueet Pohjanlahdella ja erityisesti Suomenlahdella olennaisesti pienenisivät, mikä olisi seurauksena, jos 12 meripeninkulman aluevesiraja tulisi Itämeren alueella yleisesti käytäntöön.

Mitä taas kalastusvyöhykkeiden perustamismahdollisuuteen tulee, tarvinnee tuskin pelätä, että näitä vyöhykkeitä koskevan yleissopimuksen aikaansaaminen vaikuttaisi kovinkaan paljon Itämeren olosuhteisiin. Puola on jo vuonna 1970 päättänyt perustaa 12 meripeninkulman levyisen kalastusvyöhykkeen rannikkonsa edustalle. Sitä koskevassa laissa on kuitenkin edellytetty, että oikeus kalastukseen sanotulla alueella voidaan sopimusteitse antaa myös vieraan valtion kansalaisille. Mitä tulee Ruotsiin ja Tanskaan, ne eivät ole toistaiseksi ulottaneet Skagerrakissa ja Kattegatissa olevia 12 meripeninkulman levyisiä kalastusvyöhykkeitään Itämeren alueelle. Neuvostoliitto taas ei kalastusvyöhykettä tarvinne, koska sen aluemeren leveys vastaa ehdotettua kalastusvyöhykkeen ja aluemeren yhteistä enimmäisleveyttä, ja se on mm. Suomen kanssa sopinut, että se ei ulota kalastusvyöhykettään yli Suomenlahden keskiviivan.

Ehdotus aluemeren suurimman leveyden määräämisestä 12 meripeninkulmaksi on tuonut mukanaan kysymyksen kansainvälisen meri- ja ilmaliikenteen turvaamisesta sellaisissa aavan meren osia yhdistävissä salmissa, jotka ehdotuksen toteutumisen johdosta voi-

---

[32] Eräs tällainen valtio on Islanti, joka vuonna 1958 on ottanut käyttöön 12 meripeninkulman levyisen kalastusvyöhykkeen. Se vaatii kuitenkin oikeutta laajemman vyöhykkeen perustamiseen. Vyöhykkeen leveyden tulisi riippua ao. valtion tarpeista ja paikallisista olosuhteista.

[33] Valtion katsotaan kuitenkin sodan aikana voivan rajoittaa toimenpiteensä puolueettomuuden loukkauksia vastaan vain osaan aluemerestä. Tähän perustui Ruotsin kummankin maailmansodan aikana ylläpitämä vain kolmen meripeninkulman levyinen puolueettomuusvyöhyke. *Eek*, m.t.s. 117.

sivat tulla kokonaisuudessaan kuulumaan rannikkovaltioiden aluevesien piiriin. Kysymys mainitaan erikseen merioikeuskonferenssin valmistelua koskevassa päätöslauselmassa, minkä voi katsoa osoittavan, että sen käsittelemistä ainakin eräiden valtioiden taholla pidetään tärkeänä. On kuitenkin syytä kysyä, eikö tämäntapaisia ongelmia voida sopivammin ratkaista oikeutta viattomaan kauttakulkuun koskevien sopimusmääräysten avulla tai niitä tarpeen mukaan kehittämällä. Mikäli konferenssissa kuitenkin päädyttäisiin ratkaisuun, joka merkitsisi kansainvälisissä salmissa olevien meri- ja ilmaliikenneväylien jättämistä asianomaisten rantavaltioiden alueherruuden ulkopuolelle, olisi syytä harkita tällaisen järjestelyn rajoittamista vain niihin tapauksiin, joissa aluemeren laajentaminen aiheuttaa muutoksen vallitseviin olosuhteisiin. Mikäli tällaista varausta ei tehtäisi, saattaisivat ehdotetut uudet määräykset Itämeren kohdalla tulla koskemaan mm. Ahvenanmaan ja Ruotsin rannikon välillä olevaa Ahvenanraumaa, jonka lävitse Pohjanlahdelle suuntautuva meriliikenne nykyisin kulkee Ruotsin aluevesien kautta.

Tulevan merioikeuskonferenssin keskeisenä tavoitteena on kuitenkin pidettävä jo edellä usein mainittua aavan meren pohjan kansainvälistämistä ja sen luonnonvarojen hyväksikäytön saattamista kansainvälisen hallinnon alaiseksi. Konferenssin valmistelun aikana on esitetty eräitä varsin yksityiskohtaisiakin ehdotuksia siitä, millä tavalla sanottu hallinto olisi järjestettävä.[34] Kun asia on edelleen käsiteltävänä YK:n merenpohjakomiteassa, ei eri ehdotuksia ole syytä tässä yhteydessä lähemmin selostaa. Riittänee todeta, että jo kysymys perustettavan kansainvälisen hallintoelimen toimivallasta voi antaa aihetta erimielisyyteen. On näet ratkaistava, tuleeko sanotun elimen, kuten eräät kehitysmaat ovat esittäneet, myös itse ryhtyä merenpohjan luonnonvarojen hyväksi käyttöä tarkoittaviin toimenpiteisiin[35], vai olisiko hyväksyttävä lähinnä teollisuusmaiden etuja vastaava mielipide, jonka mukaan kansainvälinen hallintokoneisto olisi perustettava vain myöntämään toimilupia ja suorittamaan tarvittavaa valvontaa. Odottamatta näiden kysymysten ratkaisua ja konferenssin työn mahdollisia tuloksia, presidentti *Richard Nixon* on keväällä 1970 esittänyt Yhdysvaltojen ehdotuksen merenpohjan käytön järjestämiseksi. Ehdotuksen mukaan kansainvälisen hallinnon tulisi kohdistua vain niihin osiin syvän meren pohjaa, jotka ovat ns. mantereen reunuksen (continental margin) ulkopuolella. Sanotun reunuksen ja 200 metrin

---

[34] Paitsi viitteessä 18 mainittua YK:n Pääsihteerin toimesta laadittua selvitystä merenpohjahallinnon järjestelyn eri vaihtoehdoista, ovat ainakin Yhdysvallat, Englanti, Ranska ja Tanzania esittäneet omat ehdotuksensa. Kolme ensiksi mainittua sisältyy merenpohjakomitean raporttiin vuodelta 1970 (A/8021). Tanzanian ehdotus on julkaistu erikseen; A/AC. 138/33, 24 March 1971.

[35] Tätä tarkoittava kohta sisältyy Tanzanian ehdotukseen.

syvyysrajan välisellä alueella, joka ilmeisesti vielä moniksi vuosikymmeniksi eteenpäin tulisi muodostamaan merenpohjan luonnonvarojen hyväksikäytön uloimman hyötyalueen, toimisivat ehdotuksen mukaan rannikkovaltiot eräänlaisina ihmiskunnan uskottuina miehinä. Ne myöntäisivät kukin osaltaan toimilupia merenpohjan luonnonvarojen hyväksikäyttöä sanotulla alueella tarkoittaville yrityksille, mutta osa hyväksikäytön tuotosta olisi varattava kansainvälisiin tarkoituksiin. Ehdotus, jota sen esittäjän mukaan olisi ryhdyttävä toteuttamaan jo ennen kuin kysymys merenpohjan kansainvälisen hallinnon järjestämisestä on lopullisesti ratkaistu, on saanut osakseen arvostelua, koska se poikkeaa YK:n yleiskokouksen moratorio-suosituksesta, eikä ole sopusoinnussa voimassa olevan kansainvälisen oikeuden periaatteiden kanssa.

Ne kysymykset, joita edellä on kosketeltu, muodostavat ilmeisesti vain osan tulevan merioikeuskonferenssin laajasta asialuettelosta. Asioita, joiden osalta uusia tai täydentäviä määräyksiä pidetään tarpeellisina, ovat mm. mannermaajalustan käytön ja siihen kohdistuvien oikeuksien tarkempi määrittely, merentutkimuksen toimintaedellytysten ja vapauden turvaaminen, meren elollisten luonnonvarojen säilyttämistä tarkoittavien järjestelyjen edelleen kehittäminen sekä nykyajan suuriin kysymyksiin kuuluva meren pilaantumisen ehkäiseminen. Kaikilla näillä kysymyksillä ja niiden kohdalta tehtävillä ratkaisuilla on ilmeisesti vaikutusta merioikeusolojen tulevaan kehitykseen myös Itämeren piirissä.

Mitä erityisesti tulee meren pilaamisen ehkäisemiseen, voidaan todeta, että vaikka tästä kysymyksestä nimenomaan viimeisen vuosikymmenen aikana on paljon puhuttu ja kirjoitettu, käytännölliset tulokset ovat jääneet varsin vähäisiksi. Lukuun ottamatta aavaa merta koskevan Geneven yleissopimuksen 24 ja 25 artiklassa olevia, varsin ylimalkaisia määräyksiä sekä Lontoossa vuonna 1954[36] ja Brysselissä vuonna 1969 tehtyjä alusten aiheuttamien öljyvahinkojen ehkäisemistä ja torjuntaa sekä eräiden vastuukysymysten ratkaisemista koskevia kansainvälisiä sopimuksia,[37] on meren pilaamisen ehkäisemistä tarkoittavien kansainvälisen oikeuden sääntöjen ja niiden toimeenpanoa varten ehkä tarvittavien hallinnollisten järjestelyjen kehittäminen vasta alussa. Tämä tilanne on johtanut siihen, että eräät valtiot ovat yksipuolisesti ryhtyneet toimenpiteisiin, jotka tarkoittavat niiden alueisiin liittyvien aavan meren osien suojaamista pilaantumiselta. Laajaa huomiota ovat

---

[36] Lontoossa vuonna 1954 solmittua öljyvahinkoja koskevaa yleissopimusta, Convention for the Prevention of Pollution of the Sea by Oil, on muutettu ja täydennetty vuosina 1960 ja 1969.

[37] Tässä tarkoitetaan IMCO:n toimesta valmisteltuja sopimuksia: International Convention relating to Intervention on the High Seas in Cases of Oil Pollution Casualties sekä International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage. Molemmat on tehty Brysselissä v. 1969 ja mm. Suomi on ne allekirjoittanut.

herättäneet Kanadan vuonna 1970 toimeenpanemat arktisten merialueiden pilaantumisen ehkäisemistä tarkoittavat järjestelyt, joihin muun ohella sisältyy 100 meripeninkulman levyisen pilaantumissuojavyöhykkeen perustaminen ja tämän vyöhykkeen alueella tapahtuvan meriliikenteen sääntöleminen vyöhykkeen tarkoitusta vastaavalla tavalla. Kanadan toimenpiteet, joita sen taholta on perusteltu mm. viittaamalla kysymyksessä olevaa alaa koskevien kansainvälisen oikeuden sääntöjen kehittymättömyyteen, aiheuttivat ankaran vastalauseen Yhdysvaltojen taholta. Toimenpidettä on, ilmeisesti täysin perustellusti, pidetty ainakin osaksi voimassa olevan kansainvälisen oikeuden vastaisena. Toisaalta taas on valtioita, jotka mielellään näkisivät, että kansainvälinen oikeus laillistaisi sanotunlaisen menettelyn.

Paitsi valtioiden yksipuolisia toimenpiteitä, on syytä panna merkille pilaantumisen torjuntaa tarkoittavat alueelliset järjestelyt. Tällaisiahan tunnetaan varsin paljon sisävesistöjen osalta. Merta koskevista sopimuksista on erityisesti mainittava Pohjanmeren suojaamista öljyvahingoilta tarkoittavaa yhteistoimintaa koskeva sopimus vuodelta 1969. Muun muassa Ruotsi, Norja ja Tanska ovat liittyneet tähän sopimukseen. Niin ikään on äskettäin valmistettu sopimus, jonka tarkoituksena on estää myrkyllisten teollisuusjätteiden laskeminen Pohjanmereen. Suomikin on ollut mukana näissä sopimusneuvotteluissa. Olisi syytä toivoa, että ne vaikeudet, jotka tähän mennessä ovat estäneet Itämeren valtioita ryhtymästä yhteistoimintaan oman merensä pilaamisen ehkäisemiseksi, vähitellen väistyvät. Siinäkään tapauksessa, että nyt vireillä olevat pyrkimykset meren pilaamisen ehkäisemistä tarkoittavien yleisten kansainvälisoikeudellisten sääntöjen kehittämiseksi johtavat tulokseen, eivät alueelliset järjestelyt, joita valmisteltaessa paikalliset erikoisolosuhteet ja tarpeet on otettu huomioon, suinkaan käy tarpeettomiksi.

Puheena olevan kysymyksen osalta riippuu käytännöllisesti merkittävien tulosten saavuttaminen tulevassa merioikeuskonferenssissa lähinnä siitä, miten perusteellisesti asiaa ehditään siihen mennessä valmistella. Näyttää siltä, että tässä kohdin on ehkä liiaksi luotettu Tukholmassa vuonna 1972 järjestettävän ympäristönsuojelukonferenssin tuloksiin. Mikäli tällaisia tuloksia nimenomaan merien osalta aikanaan on käytettävissä, ne tietenkin edistävät asian käsittelyä, mutta tärkeätä on käyttää hyväksi myös muuta kansainvälisiltä järjestöiltä saatavissa olevaa aineistoa. Tässä kohdin voidaan viitata muun muassa IAEA:n, FAO:n, WHO:n sekä IMCO:n toimesta laadittuihin selvityksiin ja ehdotuksiin. Myös International Law Association on ottanut kysymyksen työohjelmaansa. Sen toimesta on valmistumassa ehdotus mannermaista alkuperää olevan meren pilaamisen ehkäisemistä tarkoittaviksi kansainvälisen oikeuden säännöiksi.

Niin hidasta kuin kehitys on ollutkin, periaatteessa tuskin kukaan enää rohkenee kieltää, että meren pilaamisen ehkäisemistä tarkoit-

tavien kansainvälisen oikeuden sääntöjen ja niihin liittyvän kansainvälisen valvontajärjestelmän kehittämistä on pidettävä ensiarvoisen tärkeänä tehtävänä. Tässä kohdin ei mikään moratorio enää ole paikallaan. Valtamerillä on ratkaiseva merkitys maapallon happitaloudessa, jonka häiriintymätön jatkuminen kuuluu ihmiskunnan elinehtoihin. Merialueiden sietoraja on jo monessa kohdin saavutettu ja arvaamattomia vahinkoja voi seurata, jollei torjuntatoimiin ajoissa ryhdytä. Valitettavasti eivät nykyisin käytettävissä olevat tiedot kuitenkaan kaikilta kohdin riitä pysyvien ja tehokkaiden ratkaisujen tekemiseen, joten merentutkimuksella on pilaantumiskysymyksen selvittämisessä vielä laaja työkenttä edessään.

Se kehitys, joka kansainvälisen merioikeuden alalla viime vuosikymmeninä on tapahtunut, ja ne toimenpiteet, joita meren ja merenpohjan oikeudellisen aseman ja hyväksikäytön kehittämiseksi on suunniteltu, sisältävät erään yhteisen piirteen: tavalla tai toisella ne kaikki supistavat aavan meren vapautta. Merkitseehän aluevesien laajentaminen aavan meren alueen kaventamista; eräät muut järjestelyt taas, kuten mannermaajalustaan kohdistuvien oikeuksien käyttäminen, kalastusvyöhykkeiden perustaminen sekä merenpohjan saattaminen kansainvälisen hallinnon alaiseksi, supistavat aavan meren vapauden aineellista sisältöä. Vaikka sanottu periaate, siltä osin kuin se edelleen on voimassa, täyttää tärkeätä tehtävää muun muassa kansainvälisen meri- ja ilmaliikenteen sekä avomerikalastuksen vapauden turvana, ja sillä nimenomaan Itämeren oloissa on keskeinen merkitys, on viimeaikainen kehitys toisaalta osoittanut, ettei kyseisellä periaatteella katsota olevan sellaista itseisarvoa, joka vaatisi sen koskemattomuutta sille vastakkaisista kehitystendensseistä huolimatta. Joskin aavan meren vapaus on periaatteellisesti sulkenut piiriinsä myös merenpohjan, ei pelkästään sanotun käsitteen avulla ole ollut mahdollista ratkaista niitä erilaisia ongelmia, joita merenpohjan laajentunut käyttömahdollisuus on tuonut mukanaan. Se, että merenpohjan on aavan meren vapaudesta johdetuin perustein katsottu olevan *terra nullius*, eli siis isännättömän esineen tapaan kaikkien vallattavissa,[38] ei ole riittänyt oikeusperusteeksi enempää rannikkovaltioiden mannermaajalustaan kohdistuville oikeuksille kuin aavan meren pohjan kansainvälistämiseen tähtääville pyrkimyksillekään. Myöskään tässä yhteydessä usein mainittu, roomalaisesta oikeudesta peräisin oleva käsite *res communis*, jonka varsinkin aikaisemmin katsottiin kuvaavan aavan meren oikeudellista asemaa,[39] ei sovellu perusteeksi, kun kysymys on aavan meren pohjaan kohdistuvien pysyvien oikeuksien perustamisesta. Niinpä YK:n piirissä valtioiden lainkäyttövallan ulkopuolella olevan aavan meren pohjan asemaa kuvattaessa on,

[38] Ks. *Oda*, m.t.s. 154.

[39] Tämä käsitys on saanut kannatusta vielä YK:n merenpohjakomiteassakin. Ks. viitteessä 7 mainittu raportti (A 7230), s. 44 sekä viitteessä 9 mainittu *SIPRI* Monograph, s. 184 s. *(Manner)*.

joskaan ei ilman vastaväitteitä, otettu käyttöön jo Maltan aloitteessa esiintyvä sanonta *common heritage of mankind*,[40] ihmiskunnan yhteinen perintö. YK:n tulevan merioikeuskonferenssin yhtenä tehtävänä tuleekin olemaan aineellisen sisällön antaminen tälle hieman romanttissävyiselle uudelle käsitteelle.

[40] Mm. eräät ns. sosialistiset valtiot vastustivat sanotun käsitteen käyttöön ottamista, koska sillä ei ole mitään täsmällistä oikeudellista sisältöä.

TRADITION OCH DYNAMIK INOM UTLÄMNINGSRÄTTEN

BJÖRN NYBERGH

Det år som nyss gått till ända kan för Finlands del sägas utgöra en milstolpe i vad angår den internationella rättshjälpen, närmast den straffprocessuella. Den 1 januari 1971 trädde nämligen den nya lagen om utlämning för brott[1] i kraft, och den 12 därpå följande maj anslöts Finland till den europeiska utlämningskonventionen.[2] Dessa händelser markerar samtidigt upptakten till en dynamisk utveckling inom den övriga internationella rättshjälpens område. Emedan hithörande frågor endast sällan behandlats inom den juridiska litteraturen hos oss, torde de vara förtjänta av att här ägnas någon uppmärksamhet.

I Allmänt

a) Definition och avgränsning

Utlämning för brott (extradition) innebär utlämning av för brott misstänkt eller dömd person från en stat till en annan för att åtalas eller avtjäna straff eller liknande påföljd.[3] För att undvika för-

[1] L 7. 7. 1970/456 (cit. utlämningslagen); Regeringens proposition nr 3/1970 Rd. (cit. Reg.prop.).

[2] Denna multilaterala konvention antogs den 13 december 1957 i Paris och trädde för Finlands del i kraft den 10. 8. 1971 (F 5. 8. 1971/640 och Fördr. Ser. nr 32/71).

Ang. ett tidigare försök att få till stånd en multilateral utlämningskonvention (*Harvard Law School's* förslag), se *Soukka* i Defensor Legis 1935 s. 421.

[3] Jfr. Rapport général provisoire sur la question IV pour le X[e] Congrès international de droit pénal du 29 septembre au 5 octobre 1969 à Rome (cit. Rapport général) I: «L'extradition est un acte d'assistance judiciaire interétatique en matière pénale qui vise à transférer un individu pénalement poursuivi ou condamné du domaine de la souveraineté judiciaire d'un Etat à celui d'un autre Etat» (Revue Internationale de Droit Pénal, Paris 1968, cit. Revue Internationale, s. 788).

växling med ett annat rättsinstitut, nämligen överförande av verkställighet av straffdomar, bör väl tilläggas, att sagda avtjänande avser i mottagarstaten[3a] ådömd påföljd.[4]

Från utlämningsinstitutet bör ytterligare särskiljas förpassning eller utvisning av utlänning eller avvisande av utlänning vid gränsen, ävensom återförande av förrymda sjömän.[5]

b) Historisk översikt

Under äldre tider ansågs det i allmänhet icke behövligt att kräva utlämning av förbrytare. Genom att de lämnat landet hade man ju blivit av med dem, och samtidigt hade de straffat sig själva med ett särskilt under då rådande förhållanden strängt straff nämligen landsförvisning. I vissa fall utlämnades likväl förbrytare redan under antiken och medeltiden, men detta skedde icke i stöd av rättsregler utan av statspolitiska skäl.[6] Föremål för utlämning var huvudsakligen politiska flyktingar, som intrigerat mot härskaren i sitt hemland.

I och med att samfärdseln började utvecklas på 1700-talet blev det klart, att även reglerna för utlämning måste ändras. Det kunde ju icke anses vara förenligt med rationell rättsvård, att en förbrytare genom överskridande av en statsgräns kunde undandraga sig påföljderna av brott. Ungefär samtidigt började den uppfattningen göra sig gällande, att utlämning icke borde beviljas för politiskt brott. Ett i egentlig mening rättsligt institut blev utlämning för brott först på 1800-talet.[7]

[3a] Med termen 'mottagarstat' avses stat som mottager utlämnad person.

[4] Reg.prop. s 2. Betr. definitionen av utlämning för brott har man internationellt sett icke kunnat nå enighet i alla detaljer (se Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 1969, cit. ZStrW, s. 202—206, jfr *Vogler* i samma tidskrift s. 164). Klart synes dock vara, att man icke önskar hänföra överförande av verkställighet av straffdomar ('transfer of enforcement') till extraditionsinstitutet (se Explanatory Report on the European Convention on the International Validity of Criminal Judgments, Strasbourg 1970, cit. Expl.Rep.II. Se även under III vid not 40).

[5] Utlänningsförordningen 25. 4. 1958/187 23, 34 och 35 §§; sjömanslagen 30. 6. 1955/341 52 §.

[6] *Grützner*, ZStrW s. 121. I texten ovan avses närmast den västerländska utvecklingen. Kaldéerna, egyptierna och kineserna utvecklade redan under gamla tiden utlämning till ett komplicerat institut, som byggde på mellanstatliga avtal. I överensstämmelse därmed ansåg tidigare västerländska auktoriteter på området, bland dem *Grotius*, att det förelåg en verklig förpliktelse för staterna att utlämna förbrytare. Denna åsikt vann likväl icke insteg inom samtidens praxis (se *Bassiouni* i Wayne Law Review 1969, cit. WLR, s. 733 f.).

[7] Se NJA 1913 II s. 322.

c) Utlämningsrättens ratio

I våra dagar anses utlämningsrättens ratio vara densamma som för rättshjälp överhuvud, nämligen staternas gemensamma intresse av att *undertrycka brottsligheten.*[8] Detta syftemål skulle bäst uppnås genom ett möjligast effektivt förfarande, genom vilket utlämning i vidast möjliga mån skulle beviljas. Mot förenämnda intresse bryter sig emellertid ett annat, som delvis verkar i motsatt riktning, nämligen *rättsskyddsintresset.* Av allmänmänskliga skäl anses, att en stat icke bör medverka till att någon i en främmande stat utsättes för ett straffprocessuellt förfarande av väsentligt lägre standard än straffprocessen i det egna landet. Dessutom blir den sistnämnda staten vanligen tvungen att för säkerställande av utlämningen själv vidtaga en straffprocessuell åtgärd av ingripande natur, nämligen häktning eller motsvarande frihetsberövande. Detta understryker ytterligare kravet på rättsskydd.[9] Avfattandet av regler för utlämning och deras tillämpning blir sålunda i hög grad en kryssning mellan Scylla och Charybdis.[10]

d) Förhållandet mellan utlämningslagen och -avtal

I utlämningslagen fastställes förutsättningarna för utlämning. Om dessa föreligger, kan utlämning alltså ske. Någon förpliktelse att utlämna föreligger likväl icke i dessa fall. Utlämningsmyndigheten, hos oss justitieministeriet, är bunden av de i lagen uppställda förutsättningarna men, om dessa föreligger, har myndigheten fri prövningsrätt att antingen bifalla eller avslå en utlämningsbegäran (*diskretionär prövningsrätt*).[11]

---

[8] Reg.prop. s. 2; Kungl.Maj:ts prop. nr 156/1957, Stockholm (cit. Sv. prop.) s. 15 och 29; Explanatory Report on the European Convention on Extradition, Strasbourg 1969 (cit. Expl. Rep. I) s. 10; *Bassiouni* i WLR s. 734 f.

Förekomsten av ett dylikt gemensamt intresse har dock även bestritts, se *Wise* i WLR s. 710. Enligt Wise skulle staterna ha intresse av att utlämna förbrytare för att i utbyte kunna ernå överenskommelse om att i motsvarande fall få brottslingar utlämnade till sig.

Mest uppenbart är staternas gemensamma intresse av att undertrycka brottsligheten i fråga om de s.k. v ä r l d s b r o t t e n. Traditionella världsbrott är myntbrott (se utlämningslagens 4,4 §) och vit slavhandel. Från senare tid åter kan nämnas folkmord ('genocide'). I våra dagar har världsbrotten erhållit förnyad aktualitet till följd av den tilltagande terrorismen (flygplanskapningar, kidnappning av diplomater) och narkotikabrotten. Angående världsbrott i övrigt, se *Hakulinen* i Defensor Legis 1963 s. 254 ff.

[9] Se *Schultz* i Legal Aspects of Extradition among European States, Strasbourg 1970 (cit. Legal Aspects) s. 13.

[10] Reg.prop. s. 2; Sv.prop. s. 15.

[11] Utlämningslagens 1—11 och 14 §§; Reg.prop. s. 1.

Utlämningsmyndigheten är bunden av HD:s utlåtande därom, huruvida utlämning lagligen kan ske, om utlåtande på begäran av vederbörande person eller ex officio inbegärts (utlämningslagens 16 och 17 §§).

Enligt nordisk rättsuppfattning vore det önskvärt, att samtliga utlämningsärenden skulle avgöras enbart med stöd av staternas interna lagar[12] på samma sätt som de nordiska länderna reglerat utlämningsväsendet sinsemellan.[13] Utlämningsärendena skulle då kunna handläggas som rena kriminalfall, vilket de ju i själva verket är. Därvid skulle endast ändamålsenlighets- och rättsskyddssynpunkter tillerkännas relevans. Man skulle i princip ställa sig välvillig till en begäran om utlämning men skulle likväl ha rätt att i det enskilda fallet efter fri prövning avslå densamma.

I motsats härtill anses ännu allmänt, att den utlämnande statens suveränitet skulle otillbörligt åsidosättas, om denna icke av den mottagande staten kan påräkna bifall till egna utlämningsframställningar i motsvarande fall. Man kräver renodlad reciprocitet, man utlämnar för att få utlämnat till sig (»*do ut des*»).[14]

Trots omvärldens krav på reciprocitet skulle man självfallet kunna sköta de fall, där fråga är om utlämning *från* vårt land, enbart med stöd av utlämningslagen. Vår interna lag kan likväl ej ge några garantier för att andra stater i sin tur till Finland utlämnar förbrytare som flytt härifrån. För att möjliggöra detta har även Finland sett sig nödsakat att komplettera lagen med utlämningsavtal. Därvid kräves enligt internationell praxis, att parterna förbinder sig att iakttaga reciprocitet. Detta har genomförts sålunda, att avtalsparterna avstått från sin diskretionära prövningsrätt och förpliktat sig att utlämna, för den händelse de i avtalet nämnda förutsättningarna är förhanden. Dessa åter kan sägas utgöra en sammansmältning av de förutsättningar för utlämning som uppställts i avtalsparternas interna lagar.[14a]

---

[12] Reg.prop. s. 2; Sv.prop. s. 19.

[13] För Finlands del: se L om utlämning för brott Finland och de övriga nordiska länderna emellan 3. 6. 1960/270. De internordiska utlämningsärendena skall fortfarande regleras av de särskilda internordiska lagarna.

[14] Se Rapport général II A. 1: »La principe de la réciprocité consiste pour l'Etat requis à exiger, avant de se prononcer sur la demande d'extradition, un engagement formel de l'Etat requérant garantissant qu'il est disposé à accueillir favorablement une demande d'extradition du même genre.» Betydelsen av uttrycket 'même genre' har av *Schultz* i vad angår utlämning för anställande av åtal preciserats sålunda, att överensstämmelsen bör avse brottet och de personliga förhållandena ('the same offences' 'the same personal qualities') (Legal Aspects s. 10).

[14a] Utlämningsavtalen har såväl under den tidigare som tillsvidare under den nya utlämningslagens giltighetstid försatts i kraft inom Finland medelst förordning. Avtalen har icke ansetts höra till lagstiftningens område (RF 33 §), emedan man i dem icke överträtt de gränser, inom vilka utlämning enligt lagen *får* ske. Man har visserligen därvid avstått från de ovan nämnda möjligheterna till fri prövning. Denna har emellertid icke uppfattats som en rättsfråga utan har ansetts vara av administrativ och politisk natur (Lagutskottets betänkade nr 6/1921 Rd.). Ehuru skyldighet att utlämna enligt traktat sålunda icke utgör en i lag fastställd förpliktelse, innebure dess underlåtande likväl kränkning av internationell rätt (Reg.prop. nr 3/1921 Rd.; jfr *Kaira*, Suomen valtiosopimukset, Helsingfors 1932. s. 150 f.).

Utlämningslagen har sålunda tvenne funktioner. *Dels* innehåller den fullständiga regler för avgörandet av enskilda utlämningsfall då avtal icke föreligger, *dels* utgör den en bindande ram för myndigheterna vid ingående av utlämningsavtal.

De utlämningsavtal, som Finland ingått under den tidigare utlämningslagens giltighetstid, utgöres av bilaterala traktater, vilka enligt den nya lagens bestämmelser förblir i kraft tills de förnyas.[15] Under den nya utlämningslagens giltighetstid har Finland tillsvidare blott anslutit sig till den europeiska utlämningskonventionen.

Den europeiska konventionen är uppbyggd huvudsakligen på samma sätt som utlämningslagen. Den inledes sålunda med en generell bestämmelse om möjligheterna att utlämna för brott. I motsats till vad som är förhållandet enligt lagen ålägges emellertid parterna skyldighet att utlämna, såvida annat icke framgår av de efterföljande artiklarna. I dessa uppräknas de fall, i vilka parterna har rätt att avslå en begäran om utlämning. Till den del dessa bestämmelser avviker från stadgandena i utlämningslagen, har Finland medelst förbehåll bringat konventionen i harmoni med sin interna lagstiftning. Därigenom har de i konventionen uppräknade utlämningsförutsättningarna till nödiga delar modifierats så att de dels gjorts överensstämmande med, dels snävare än vad som gäller enligt lagen. I det sistnämnda fallet kan finsk myndighet, ifall utlämningsskyldighet icke föreligger enligt konventionen men möjlighet att utlämna likväl är förhanden enligt lagen, genom fri prövning antingen bifalla eller avslå utlämningsbegäran.[16]

e) Reciprocitetsprincipens uppluckring

Gentemot ett fasthållande vid reciprocitetsprincipen i dess extrema form[17] har framhållits, att reciprocitetskravet borde lindras åtminstone i så måtto, att en stat, som bifaller en begäran om utlämning, skulle åtnöja sig med att mottagarstaten — i stället för att i sin tur i motsvarande fall utlämna till den först nämnda staten — skulle förplikta sig till en ekvivalent prestation. Detta skulle närmast innebära förpliktelse att inleda ett straffprocessuellt förfarande mot den vars utlämning begärts.[18]

En ännu bättre lösning vore enligt vårt förmenande, att de stater,

---

[15] En uppräkning av dessa avtal ingår i Reg.prop. s. 1. Avsikten är, att de avtal, som anses behövliga, förnyas så snart som möjligt så att de överensstämmer med den nya utlämningslagens bestämmelser. Särskilt med de anglosaxiska länderna bör nya avtal ingås, emedan dessa länder icke utlämnar för brott, om icke avtal föreligger.

[16] Se även *Riben*, Om utlämning för brott. Stockholm 1968 (stencilerad) s. 8 ff.

[17] Se ovan under I. d vid not 14.

[18] Se *Schultz* i Legal Aspects s. 11: »... the principle of reciprocity must be maintained, although in modified form, for extradition treaties as this

vilka vidhåller kravet på reciprocitet, som sådan skulle godtaga, att mottagarstaten i princip vore beredd att utlämna i motsvarande fall men därvid likväl skulle förbehålla sig rätt att efter fri prövning i det enskilda fallet vägra utlämning.

Den nya finska utlämningslagen uppställer ej något reciprocitetskrav. Detta överensstämmer med finsk utlämningspraxis före den nya lagens tillkomst[19] samt med uppfattningen i de övriga nordiska länderna.

II Centrala frågor inom utlämningsrätten

a) Översikt av utlämningsförutsättningarna

Utlämningslagen är uppbyggd så, att utlämning för brott är tillåten, ifall icke i lagen särskilt nämnt förbud föreligger. Utlämningshindren kan hänföra sig A) till den *person* vars utlämning begärs, B) till *brottet*,[20] C) till *straffet* samt D) till *processuella* och slutligen E) till *övriga* omständigheter.

Till gruppen A hör förbud att utlämna finsk medborgare (lagens 2 §) samt i vissa ömmande fall unga, åldringar och svårt sjuka samt även andra personer (8 §).

Gruppen B innefattar förbud att utlämna, ifall icke gärningen

---

is the only way of ensuring recognition of the principle of the states' mutual right to equality. As the fundamental basis of the contractual law of extradition, reciprocity must be taken to have the meaning of equivalence in substance and not the formal equality of facilities. Thus the obligation to take proceedings against a national whose extradition has been refused is considered as equivalent to the extradition of that national». Regeln kan anses ha sitt ursprung i den av *Grotius* rekommenderade maximen »*aut dedere aut punire*» (»antingen utlämna eller bestraffa»).

Tendensen i riktning mot en försiktig uppluckring av den stränga reciprocitetsregeln var även märkbar vid den internationella straffrättskongressen i Rom 1969. I den därvid uppgjorda sammanfattningen sägs bl.a.: »Reciprocity is not imposed by the exigences of justice. It is desirable that reciprocity should cease to be a rigid rule in the law of extradition» (Conclusions of the Tenth Congress of International Criminal Law, Rome 1969, cit. Conclusions, s. 8).

Den nyss nämnda modifierade reciprocitetsprincipen har i begränsad omfattning kommit till uttryck i bl.a. den europeiska utlämningskonventionens 6 art. och i 7 art. konventionen om förhindrande av olagligt besittningstagande av luftfartyg (intagen i Reg.prop. nr 71/1971 Rd.).

[19] 1922 års utlämningslag (43/22), som tidigare var gällande, innehåller icke heller något uttryckligt reciprocitetskrav. Man synes likväl i enlighet med tidens krav ha förutsatt att reciprocitet skulle iakttagas. Utförligare härom, se *Heinonen* i Revue Internationale s. 536 samt s. 792 och 793, not 38 samt Reg.prop. nr 3/1921 Rd. s. 2.

[20] Att brottet begåtts på den utlämnande statens område utgör icke längre något absolut hinder för utlämning (utlämningslagens 3 §).

är straffbelagd i såväl den utlämnande som den mottagande staten (1 och 4 §§), och om icke ifrågavarande persons skuld till brottet är åtminstone sannolik (9 §). Vidare hör hit förbud mot utlämning för militära (5 §) och politiska brott (6 §).[20a]

Till gruppen C hänföres förbud mot utlämning för brott som icke är av viss svårhetsgrad (4 §) och för verkställighet av dödsstraff (12 §)[21] eller annat omänskligt straff (8 §).

Till de under D nämnda hindren räknas preskription av åtalsrätten eller av straffverkställigheten eller given dom för gärningen (10 §) samt här anhängig rättegång för annat brott eller pågående straffverkställighet (11 §).

Övriga utlämningshinder (E) är, att den som begärs utlämnad löper risk att efter utlämningen utsättas för förföljelse (7 §) eller att utlämning i andra än de redan omnämnda fallen av humanitära orsaker vore oskälig (8 §).

I anslutning till den givna översikten skall några huvudprinciper, som hänför sig till utlämningsförutsättningarna, upptas till behandling.

b) Kravet på ömsesidig kriminalisering

En av huvudförutsättningarna för utlämning har sedan gammalt varit, att den gärning, för vilket åtgärden begäres, är kriminaliserad i såväl den begärande som den utlämnande staten. Även den nya utlämningslagen intar denna ståndpunkt (1 och 4 §§). Att gärningen bör vara straffbelagd *in concreto* i den begärande staten följer av sakens natur. Detta innebär, att förutsättningar för väckande av åtal och dömande till påföljd för det brott, som avses i utlämningsframställningen, bör föreligga. Ifall allvarligt tvivel härom icke uppstår, får den utlämnande staten förlita sig på den begärande statens bedömning av fallet och på den utredning som medföljer framställningen, om den uppfyller i utlämningslagen 13 § uppställda krav. [21a]

[20a] Den gällande uppfattningen har varit, att endast brott, vilka enligt en *objektiv* måttstock kan bedömas som politiska, utesluter utlämning (*Sjöström* i Lakimies 1934 s. 65). Numera kan emellertid iakttagas en tendens att i vissa fall såsom politiska brott anse även förbrytelser, där endast motivet är politiskt. Utförligare om sådana *subjektivt* politiska brott, se *Foighel* i festskrift til Stephan Hurwitz, Köpenhamn 1971, s. 248.

[21] Detta utlämningshinder är enligt lagens systematik intaget i stadgandet om till utlämningsbeslut anknutna villkor och icke bland de egentliga utlämningsförutsättningarna.

[21a] Se Conclusions s. 8, *Schultz* i Legal Aspects s. 13 och Sv.prop. s. 45 och 115. — Kravet på ömsesidig kriminalisering är en allmän princip inom internationell straffrätt. Den har kommit till uttryck i de rättshjälpskonventioner, som åsyftar allvarligare ingrepp i individens rättssfär. Sådana är bl.a. de europeiska konventionerna om domars rättsverkan och överförande av åtal (förslag). Se vidare om dessa nedan under III vid not 43.

Kravet på att gärningstypen, alltså icke nödvändigtvis gärningen som sådan, skall vara kriminaliserad i den utlämnande staten motiveras åter med de synpunkter som nämnts under punkt I.c. Att gärningstypen skall vara kriminaliserad har i utlämningslagen. uttryckts så att gärningen, om den under motsvarande förhållanden begåtts i Finland, skall vara att betrakta som brott (4 §).[22]

Gärningen bör i Finland betraktas som brott även i den bemärkelsen, att någon allmän straffrihetsgrund icke får föreligga. För gärning begången av uppenbart sinnessjuk person, som enligt SL 3:3 vore straffri, kan utlämning t.ex. icke komma i fråga.[23] Även härvid bör man nöja sig med ett summariskt förfarande och i regel stöda sig på de handlingar som medföljer utlämningsframställningen, möjligen kompletterade med införskaffad tilläggsutredning (utlämningslagens 15,4 §). Det är icke förenligt med lagens mening att i detta sammanhang inleda en omfattande procedur för att t.ex. utreda, huruvida brottet begåtts i sådant nödvärn som föranleder straffrihet (jfr II.c. 2 st.).

c) Brottets svårhetsgrad

Utlämningsförfarandet är både komplicerat och kostsamt. För den som skall utlämnas medför det även lidanden närmast i form av frihetsberövande. Därför anses det ej heller vare sig ändamålsenligt eller skäligt att utlämna för bagatellartade förbrytelser. Sålunda utgör enligt utlämningslagens 4 § en förutsättning för utlämning, att gärningen motsvarar brott, för vilket enligt finsk lag kan följa strängare straff än frihetsstraff i ett år.

Det straff som här avses är *straffmaximum in abstracto*.[24] Orsaken härtill står att finna i utlämningsförfarandets karaktär av förprocessuell åtgärd. Den egentliga processen äger ju rum i mottagarstaten, där all bevisning förebringas och påföljden fastställes, ifall svaranden icke helt frikännes. Under det förprocessuella skedet kan man därför s.a.s. nöja sig med en grövre sikt. Det är inte heller önskvärt att föregripa huvudförhandlingen. Ofta vore det dessutom inte ens praktiskt genomförbart att få hit vittnen och annan bevisning från mottagarstaten, där brottet i regel begåtts.

---

[22] Jfr Sv.prop. s. 44. Se även *Karle* i Legal Aspects s. 54 f. Ett brott mot valutabestämmelserna i den begärande staten kan exvis föranleda utlämning, om motsvarande gärning riktad mot den utlämnande statens valutabestämmelser är kriminaliserad.

[23] Jfr NJA 1913 II s. 333; den nya finska utlämningslagen överensstämmer på denna punkt med 1922 års utlämningslag, vilken åter byggde på den då gällande svenska utlämningslagen. Se även *Karle* i Legal Aspects s. 55 och *Riben* a.a. s. 38 ff. Jfr *Grützner* i ZStrW s. 126 och Conclusions s. 9.

[24] Utlämningslagens 4 §, jfr *Heinonen* i Revue Internationale s. 538. Den nya utlämningslagen avser icke att på denna punkt åstadkomma någon förändring i den tidigare rätten. Se även NJA 1913 II s. 333.

d) Framställande av bevisning i skuldfrågan

Utgående från vad som nyss sagts om utlämningsförfarandets förprocessuella natur förbjuder den kontinentala rätten framställande av bevis i den utlämnande staten rörande skuldfrågan.[25] Den tidigare lagstiftningen i Norden intog samma ståndpunkt. Därvid förutsattes att det avgörande, som låg till grund för begäran om utlämning (dom eller häktningsbeslut), givits av judiciell myndighet, om icke genom avtal annorlunda överenskommits.

I de anglosaxiska länderna däremot föregås avgörandet i ett utlämningsärende av ett rätt fullständigt rättsligt förfarande, i vilket den vars utlämning begärs kan prestera motbevisning. För att utlämning skall kunna beviljas måste utredning ha förebragts om, att personen i fråga på sannolika skäl misstänkes för brottet.[26]

Den nya finska utlämningslagen står i huvudsak på samma ståndpunkt som den kontinentala rätten men har dessutom, i likhet med de övriga nya nordiska utlämningslagarna, upptagit element från anglosaxisk rätt. Jämlikt utlämningslagen bör man sålunda i allmänhet godtaga det beslut av behörig myndighet i den begärande staten som åtföljer utlämningsframställningen. Detta gäller särskilt avgörande av judiciell myndighet. Enligt beslutet skall åtminstone sannolik skuld till gärningen föreligga. Internationellt sett varierar likväl trovärdigheten även av domstolsavgöranden avsevärt. Man kan därför icke helt utesluta möjligheten av att ett kritiklöst accepterande av dylika beslut kan leda till, att en uppenbart oskyldig person utlämnas och som följd därav bestraffas för ett brott som han icke begått. Den vars utlämning begärs skall därför ha möjlighet att prestera bevis i skuldfrågan. Utredning får även införskaffas av finsk myndighet. Om den avsedda personens skuld därefter icke framstår såsom åtminstone sannolik, bör utlämning vägras (se även under punkt II.e vid not 36 a).[27]

e) Humanitetsklausul

Delvis som en följd av rasförföljelserna under andra världskriget har i nyare utlämningslagar och -avtal intagits förbud mot utlämning, om vederbörande löper risk att i mottagarstaten utsättas för förföljelse. En sådan bestämmelse ingår även i de nya

[25] Se *Grützner* i ZStrW s. 126.

[26] Se *Wise* i WLR s. 726: „The underlying idea is that there must be 'such reasonable ground to suppose him guilty as to make it proper that he should be tried' ".

[27] Reg.prop. s. 5; utlämningslagens 9 och 15, 4 §§ jfd m. 8 §. Möjligheten att i vissa fall införskaffa utredning i skuldfrågan förutsättes även i förarbetena till den europeiska utlämningskonventionen (Expl.Rep. I s. 10 f.). Finland har gjort förbehåll härom.

nordiska utlämningslagarna och i den europeiska utlämningskonventionen.[28]

Då Sverige som första nordiska land stiftade sin nya utlämningslag år 1957 beslöts det, att nämnda förföljelseklausul skulle kompletteras med förbud mot utlämning, när denna åtgärd på grund av personliga omständigheter såsom hög ålder eller svår sjukdom enligt svensk rättsuppfattning skulle framstå som särskilt inhuman.[29]

Under de samnordiska överläggningar, som föregick stiftandet av Danmarks och Finlands nya utlämningslagar[30] ansågs det, att möjligheten att av humanitära skäl vägra utlämning borde utvidgas till att omfatta även andra än rent personliga faktorer hos den som begärs utlämnad. Stadgandet i den finska lagen erhöll sedan ett sådant vidare innehåll. Utlämning får sålunda ej beviljas, om den på grund av vederbörandes personliga förhållanden eller till följd av särskilda omständigheter av humanitära skäl vore oskälig.[31] Ehuru avsikten är, att klausulen skall komma till användning endast i särskilt ömmande undantagsfall, kan den å andra sidan på grund av sin allmänt hållna formulering tillämpas i de mest skiftande situationer. Sin största betydelse torde klausulen komma att få då utlämningsavtal ingåtts. I sådana fall kan klausulen sägas utgöra ett surrogat för den diskretionära prövningsrätt, som man sett sig nödsakad att avstå ifrån.[32] Finland har även förbehållit sig rätt att åberopa klausulen vid tillämpning av den europeiska utlämningskonventionen.[33]

Humanitetsklausulen kan först och främst tillämpas i de kasuistiska fall som uppräknas i utlämningslagens 8 §. Även andra situationer kan hänföras hit, såsom att den avsedda personen här ingått äktenskap, förhållit sig väl och möjligen grundat någon liten

---

[28] Utlämningslagens 7 § och konventionens 3 art. Klausulen har även sin motsvarighet i utlänningsförordningens stadganden om asylrätt (24 §).

[29] Stadgandet därom innebär i viss mån beaktande av *l'ordre public* inom utlämningsrätten (se svenska lagrådets yttrande i Sv. prop. s. 118).

[30] Överläggningarna ägde rum efter det den svenska lagen tillkommit. Danmark fick sin nya utlämningslag år 1967. Motsvarande norska lag har ännu icke färdigställts.

[31] Den svenska utlämningslagen har här lokutionen »uppenbart oförenlig med humanitetens krav». Den finska lokutionen kan möjligen ge intryck av att kravet på oskälighet vore lägre än i den svenska lagen. Detta torde icke ha varit avsikten. I det tidigare finska lagförslaget (lagberedningens publ. nr 8/1968) var lokutionen på denna punkt nära nog likalydande med den svenska lagens, men i ett senare skede valdes på inrådan av laggranskningsrådet, närmast av stilistiska skäl, en annan formulering (laggranskningsrådets utlåtande nr 1/1970 s. 11; stencilerat).

[32] Se Expl.Rep. I s. 10 f.

[33] Utom de nordiska länderna har även Nederländerna förbehållit sig rätt att beakta humanitära omständigheter (se Legal Aspects s. 77) Den nederländska utlämningslagen innehåller även motsvarande stadgande (se *Grützner*, Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, Bonn (lösbladssystem) Sign. IV N 6 art. 10,2.

rörelse, vilket allt skulle spolieras i fall av utlämning. Självfallet bör vid dessa avvägningsfrågor även brottets art och grovhet beaktas. Uttryckligen bör framhållas att åldersfaktorer, sjukdom, välförhållande etc. icke i och för sig utgör utlämningshinder. Fallet måste vara så ömmande, att utlämning av personen framstår som oförenlig med humanitära synpunkter.[34]

Klausulen kan även komma till användning, då den begärande statens rättsordning icke anses uppfylla humanitära krav. En sådan förtroendekris kan uppkomma t.ex. om förhållandena i den begärande staten genom statskupp ändrats, efter det avtal ingåtts.[35]

En tillämpning av klausulen kan aktualiseras även i något enstaka fall, där Finland medelst avtal förbundit sig att godta av den begärande staten tillsända domar eller häktningsbeslut som sådana.[36] Skulle det härvid uppstå allvarligt tvivel om den avsedda personens skuld, kunde utlämning förvägras jämlikt utlämningslagens 8 §.[36a]

Medan utlämning för politiskt brott icke är tillåten, skulle däremot jämlikt utlämningslagen 6 § utlämning av den som gjort sig skyldig till attentat i regel vara möjlig, oberoende av om gärningsmannens bevekelsegrunder varit politiska eller ej (*attentatsklausul*). Om nu en sådan gärning i något undantagsfall kan »försvaras i mänskligheten eller frihetens namn»[37], kan även utlämning av en attentatsman med stöd av humanitetsklausulen vägras.

De nämnda fallen utgör endast en exempelsamling. Utlämningslagens 8 § kan tillämpas även i övriga fall, då utlämning på grund av särskilda omständigheter av humanitära skäl skulle framstå såsom oskälig.[38]

---

[34] Jfr *Riben* a.a. s. 22 ff.

[35] Det behöver dock icke vara fråga om så extrema fall som utlämningsframställningar av allehanda 'militärjuntor' el. dyl. Belysande för situationer, där klausulen kan tillämpas, utgör följande interamerikanska utlämningsfall relaterat i Harvard Law Review 1970 s. 456 ff. Delstaten Oregon i U.S.A. vägrade år 1967 att utlämna en person till Arkansas för avtjänande av frihetsstraff, emedan förhållandena i den straffanstalt som det var fråga om ansågs omänskliga. Ordningen upprätthölls av fångar, s.k. 'trusties', vilka brutalt terroriserade sina medfångar. Förhållandena i fängelset har väckt stor uppmärksamhet (se Time 18. 1. 1971 s. 29) och ansågs utgöra ett brott mot konstitutionen.

[36] Utlämningslagens 9, 2 §.

[36a] Reg.prop. s. 5.

[37] Cit. ur riksdagens lagutskotts betänkande nr 2/1970 Rd.

[38] Enligt motiven till motsvarande stadgande i den danska utlämningslagen kan klausulen tillämpas i »tilfaelde, hvor de følger, som en udlevering ville medføre for den pågaeldende, ville stå i et sådant misforhold til lovovertraedelsens beskaffenhed og den fremmede stats rimelige interesse i udleveringen, at det måtte anses for uforeneligt med humanitaere hensyn at tillade udlevering» (Lovforslag, Folketingsåret 1966—67.2 samling). *Unmack-Larsen*, Juristen, Köpenhamn 1968 s. 46, understryker att bestämmelsen »må have et snaevert anvendelsesområde.»

På grund av det begränsade utrymme, som stått till förfogande, har endast några aspekter på utlämningsinstitutet kunnat behandlas. Tyngdpunkten har härvid lagts vid den materiella sidan, den som hänför sig till den internationella straffrätten. Utlämningsrättens procedurregler har endast flyktigt berörts.

III Utlämningsinstitutets förhållande till annan internationell rättshjälp

Utlämningsinstitutet utgjorde länge den nära nog enda formen av internationell rättshjälp inom straffprocessen och är ännu den viktigaste. Detta förhållande torde likväl icke fortgå länge. Under nutidens dynamiska förhållanden har den internationella rättshjälpen nämligen på allvar börjat expandera.

Nära utlämningsinstitutet står *överförande av verkställighet av straffdomar*. Efter att ha varit närmast ett internordiskt 'monopol',[39] infördes överföringsinstitutet bland europarådsländerna år 1970 genom en multilateral konvention. Huvudprincipen i denna är, att den överförande staten avgör skuldfrågan och utsätter straffet, varefter den dömde överförs till mottagarstaten, vanligen hans hemland, för verkställighet av straffet. I den sistnämnda staten dömes han på nytt enligt denna stats lag. Domstolen i mottagarstaten är vid detta s.k. *exekvaturförfarande* bunden, väl av tillräknandet men ej av den tidigare utsatta påföljden. Den dömdes situation med avseende å straffet får genom exekvaturförfarandet likväl icke försämras.[40]

Medan bestämmelserna om *utlämning* huvudsakligen utnyttjas för att återfå förbrytare, som för att undgå påföljderna av brott flytt från sitt hemland, kommer *överföringsinstitutet* att få sin största betydelse i fråga om brott, som personer, vilka tillfälligt vistas utomlands (t.ex. turister och s.k. gästarbetare), begått på sin tillfälliga vistelseort. En annan olikhet är, att det vid *utlämning* är den mottagande staten som framställer begäran om åtgärden, medan vid *överföring* den överförande staten anhåller om, att den mottagande staten övertar verkställigheten.[41] Den till vilken begäran riktats, kan enligt 1970 års konvention endast i undantagsfall vägra verkställighet.[42]

En annan rättshjälpsform, som i betydelse kanske kommer att överflygla utlämningsinstitutet, är *överförande av åtal* från en stat till en annan. Även detta institut har utgjort en internordisk specialitet. Den 6 februari 1970 ingicks mellan de högsta åklagarmyndig-

[39] Se L 20. 6. 1963/326.
[40] Expl.Rep. II s. 18 och 97 f. (42 och 44 art.).
[41] 5 art. i 1970 års konvention.
[42] 6 art.

heterna i Norden ett avtal härom, vartill 1 kap. strafflagen erbjöd möjlighet. Inom europarådet åter uppgjordes år 1971 ett utkast till en multilateral konvention om sådant överförande.

Även inom området för *mindre ingripande rättshjälp* i brottmål såsom delgivning av stämning, vittnesförhör etc. har ett nyskapande arbete skett i europarådets regi. Redan år 1959 ingicks en multilateral konvention, som reglerar dessa frågor.

När ovan nämnda jämte vissa till dem anslutna konventioner[43] blivit ratificerade av ett större antal stater, har den internationella straffprocessrätten i Europa helt nydanats. Konturerna av detta nya rättssystem kan redan skönjas. Formerna för internationell rättshjälp inom straffprocessens område kommer att kunna indelas i tvenne huvudgrupper, primär och sekundär rättshjälp.[44] Genom *primär* rättshjälp överförs hela processen eller en väsentlig del därav till den stat som blivit anmodad därtill. Den *sekundära* rättshjälpen åter innebär att den anmodade staten endast ger nödigt bistånd för genomförande av processen i den stat som gjort framställningen.

Primär rättshjälp kommer att ges genom överförande av *åtal* och överförande av *verkställighet*. Sekundär rättshjälp åter möjliggöres med stöd av *rättshjälps-* och *utlämningskonventionerna*.

Genom att tillämpa konventionerna kommer man i varje skede av ett brottmålsförfarande att kunna välja den ändamålsenligaste och skäligaste lösningen. Detta gäller såväl efterspaning och förundersökning som rättegång och verkställande av dom.

Vid tillämpning av de nya reglerna bör man sträva till att den som blir föremål för ett straffprocessuellt förfarande icke försättes i en sämre ställning på den grund att däri ingår ett internationellt-rättsligt element. Sålunda är det t.ex. inte alltid givet, att rättegången och verkställigheten bör äga rum i samma stat. Rättegången sker ofta lämpligast i den stat där brottet begåtts, emedan bevis-

---

[43] De här nämnda 'centrala' rättshjälpskonventionerna är (jämte nr i europarådets fördragsserie): *utlämningskonventionen* (Convention on Extradition, nr 24); konventionen om straffdoms internationella *rättsverkan* (Convention on the International Validity of Criminal Judgments, nr 70), vars 2. huvudavsnitt reglerar överföring av verkställighet; förslag till konvention om överförande av *åtal* (Draft Convention on Transfer of Proceedings); *rättshjälpskonventionen* (Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters, nr 30). Kring dessa grupperar sig följande mera 'perifera' konventioner: *trafikbrottskonventionen* (Convention on the Punishment of Road Traffic Offences, nr 52); konventionen om *övervakning* av villkorligt dömda eller frigivna (Convention on the Supervision of conditionally sentenced or conditionally released Offenders, nr 51); konventionen om *repatriering* av minderåriga (Convention on the Repatriation of Minors, nr 71). Endast konventionerna n:ris 24 och 30 har än så länge ratificerats av ett större antal stater. Finland är t.v. anslutet endast till utlämningskonventionen.

[44] Denna indelning har rekommenderats av prof. *Hulsman*, Rotterdam.

ningen lättast kan förebringas där. Verkställigheten av frihetsstraff åter bör helst ske i den miljö, där den dömde hör hemma och där han även under verkställighetsskedet har möjlighet att umgås med sina anhöriga genom att mottaga besök och under permission.

Avståndens 'krympning' samt de ekonomiska och politiska integrationssträvandena i dagens värld har lett till ett allt livligare internationellt umgänge mellan såväl staterna som de enskilda medborgarna. Allt angelägnare framstår därför kravet på snabba och följsamma åtgärder för den rättsliga regleringen av alla de frågor som sammanhänger därmed. Ovan har antytts huru man inom den internationella straffprocessrätten tänkt möta dessa krav. I denna smältdegel skulle utlämningsinstitutet 'degraderas' till en i dubbel mening sekundär form av rättshjälp. Samtidigt kan man likväl konstatera, att detta gamla rättsinstitut genom de allmängiltiga principer, som utkristalliserats vid dess tillämpning, fortfarande utgör en fast grund att bygga vidare på.

OSUUSKUNTALAKI JA OSAKEYHTIÖLAIN UUDISTAMINEN

CURT OLSSON

I. Suomen ensimmäinen osuuskuntia koskeva laki, heinäkuun 10 päivänä 1901 annettu osuustoimintalaki (OTL) oli muodollisesti muista yhteisölaeista riippumaton sikäli, ettei siihen sisältynyt mitään yleistä, toiseen lakiin viittaavaa säännöstä. Itse asiassa OTL oli kuitenkin varsin läheisesti sidottu toukokuun 2 päivänä 1895 annettuun osakeyhtiölakiin (OYL), toisaalta OTL:iin sisältyvin OYL:n säännöksiä vastaavin säännöksin, toisaalta nimenomaisin vaikkapa rajoitetuin viittaussäännöksin. OTL:n 21 §:ssä viitattiin tiettyihin yhtiökokousta koskeviin OYL:n pykälien säännöksiin; ne koskivat lähinnä kokouskutsua, kokouksessa käsiteltäviä asioita, kokouksen pöytäkirjaa sekä virheellisiä kokouspäätöksiä. Seuraavassa pykälässä (22 §:n 2 mom.) OTL viittasi OYL:n yhtiön hallitusta koskeviin säännöksiin »soveltuvissa kohdin».

Nyt mainitusta riippuvaisuudesta aiheutui kuitenkin OTL:n soveltamisessa hankaluutta[1] ja Pellervo-Seura huomautti tästä Senaatille jo vuonna 1908 pyytäen samalla ryhdyttäväksi tarpeellisiin lainsäädäntötoimenpiteisiin, jotta osuustoimintalaki saisi muista laeista riippumattoman muodon.[2] Osuustoimintalainsäädännön uudistamista ja »itsenäistymistä» saatiin kuitenkin odottaa vuosikymmeniä ja ne toteutuivat vasta toukokuun 28 päivänä 1954 annetulla ja seuranneen vuoden tammikuun 1 päivänä voimaan tulleella osuuskuntalailla (OKL).

Presidentti *Y. J. Hakulisen* puheenjohdolla toiminut osuuskuntalakikomitea lausui mietinnössään[3] laadittavan uuden osuuskuntalain ja osakeyhtiölainsäädännön välisestä suhteesta mm., että »uuden lain laatiminen huomattavasti vaikeutuu erityisesti siitä syystä, että sellaisille kysymyksille, jotka ovat yhteisiä sekä osakeyhtiöitä että osuuskuntia koskeville laeille, on koetettava löytää ratkaisu, jonka voidaan olettaa saavuttavan ainakin periaatteellinen hyväksyminen myös osakeyhtiölakia uudistettaessa. Voimassa oleva osakeyhtiölaki on siinä määrin puutteellinen ja uudistamista

[1] *Hakulinen—Rapola*, Osuuskuntalaki, Helsinki 1954 s. 66
[2] Osuuskuntalakikomitean mietintö, Kom.miet. 1952: 14 s. 31.
[3] Kom.miet. 1952: 14 s. 32.

kaipaava, ettei saata olla mahdollista osuuskuntia koskevaa lainsäädäntöä uudistettaessa ilman muuta panna perusteeksi niitä säännöksiä, jotka nykyisin sisältyvät osakeyhtiölakiin, taikka olla antamatta säännöksiä sellaisista asioista, jotka myös osakeyhtiölaissa ovat säännöstämättä. Tästä johtuen komitea on joutunut laajalti ehdottamaan säännöksiä, jotka oikeastaan pitäisi samanaikaisesti tai ainakin suuretta aikaerotta saattaa voimaan myös osakeyhtiöihin nähden, mikäli niiden muutoin katsotaan siihen tarkoitukseen soveltuvan. Erityisesti on tässä kohden viitattava osuuskunnan kokousta ja hallitusta, tilintarkastajia, vastuuvapautta ja vahingonkorvausvelvollisuutta, selvitystilaa ja osuuskuntien sulautumista koskeviin säännöksiin. Tietenkään ei ole ehdottoman välttämätöntä, että nämä yhtiöoikeuden yleisiä periaatteita koskevat säännökset ovat tarkalleen samansisältöiset sekä osuuskuntia että osakeyhtiöitä koskevissa laeissa, sillä yhteisömuotojen luonteen erilaisuudesta johtuu pakostakin eroavaisuuksia, jotka eivät ole vältettävissä. Mutta periaatteellinen yhtäläisyys olisi toivottavaa.»

Hallituksen esityksessä osuuskuntia koskevan lainsäädännön uudistamiseksi[4] lausuttiin, että lakiehdotuksessa oli pyritty sellaisille kysymyksille, jotka ovat yhteisiä osuuskunta- ja osakeyhtiölaeille, löytämään ratkaisu, »jonka voidaan katsoa saavuttavan ainakin periaatteellinen hyväksyminen myös osakeyhtiölakia uudistettaessa». Myös lakivaliokunta kiinnitti tähän huomiota.[5]

II. Vaikka osakeyhtiölainsäädännön uudistamista ei ole voitu toteuttaa niin nopeassa tahdissa kuin OKL:n voimaantulon aikaan ehkä odotettiin, ja olot siten ovat ehtineet eräissä kohdin huomattavastikin muuttua, on kuitenkin myös OYL:n uudistamistyössä hyväksytty edellä mainittu periaatteellinen kanta ja siten pyritty edistämään yhtäläisyyttä osuuskuntaoikeuden ja osakeyhtiöoikeuden välillä.[6] On voitu todeta, että OKL ainakin osuuskuntiin sovellettuna on useimmissa kohdin toiminut hyvin ja sen detaljiratkaisutkin ovat monessa tapauksessa voineet muodostaa esikuvan osakeyhtiölain vastaaville säännöksille. Tosin jatkunut oikeuskehitys on vienyt siihen, ettei OKL:n ratkaisuista aina ole voitu pitää kiinni. Tähän tulokseen on myös saattanut johtaa se, että OYL-ehdotus on laadittu yhteistyössä muiden Pohjoismaiden kanssa pyrkimyksenä aikaansaada mikäli mahdollista yhteispohjoismainen osakeyhtiölaki; tällöin jokaisen maan yksityiskohtiin meneviä toivomuksia ei luonnollisestikaan aina ole voitu täysin toteuttaa. On myös syytä toistaa, että osuuskuntien ja osakeyhtiöiden reaaliset erot monessa kohdin johtavat erilaisiin oikeuskysymysten ratkai-

[4] Hall.es. n:o 12 1953 s. 1.

[5] Miet. n:o 6 1953.

[6] Ehdotus uudeksi osakeyhtiölaiksi, Kom.miet. 1969: 20a (lyh. OYL-ehdotus) ss. 46, 54.

suihin. Niinpä jo osuuskunnan tarkoitus (vrt. OKL 1 §) eroaa osakeyhtiön tarkoituksesta. Henkilöstruktuuri on aivan erilainen, joten esim. määräämisvalta yhteisön kokouksessa ei voi olla samojen sääntöjen alainen osuuskunnassa ja osakeyhtiössä. Tästä johtuu myös, että vähemmistösuojan alalla tilanne osuuskunnassa ja osakeyhtiössä reaalisesti ei ole sama. Osuuskunnissa ei ole osakkeita, eikä jäsenyys ole siirrettävissä siten kuin osakeyhtiöissä; tästäkin johtuu huomattavia lainsäädännöllisiä eroavaisuuksia. Huomion arvoista on lisäksi että, vaikka osuuskuntia on monta eri lajia, ne kuitenkin keskenään muodostavat homogeenisemman ryhmän kuin osakeyhtiöt mitä toimintaan ja organisaatioon tulee, ja että useimmat osuuskunnat kuuluvat sellaisiin osuuskuntien yhteisistä intresseistä huolehtiviin keskusjärjestöihin, joilla ei osakeyhtiöiden alalla ole vastinetta.

Osakeyhtiölakiehdotuksen remissikierroksen aikana on eräiltä tahoilta kiinnitetty huomiota osuuskuntalain ja osakeyhtiölain yhdenmukaistamiseen ja katsottu, että joko OYL-ehdotusta eräissä kohdin olisi muutettava OKL:n suuntaan taikka että OKL:a olisi muutettava uuden osakeyhtiölain säätämisen yhteydessä.[7]

Tässä kirjoituksessa kiinnitän huomiota eräisiin sellaisiin OYL-ehdotuksen säännöksiin, jotka saattavat antaa aiheen vastaaviin uudistuksiin osuuskuntaoikeuden alalla. Esitykseni ei ole tarkoitettu täydelliseksi; sivuutan mm. useimmat puhtaasti muodolliset eroavaisuudet OKL:n ja OYL-ehdotuksen välillä. Seuraan esityksessäni lakiehdotuksen pykäläjärjestystä ainakin pääpiirteittäin.

III. 1. Osakeyhtiölakiehdotuksen *yleiset säännökset* (1 luku) ovat sisällöltään sellaiset, että ne nimenomaan koskevat osakeyhtiöitä, eikä niillä näin ollen ole suoranaista merkitystä osuuskunnille. Tämä koskee myös 2 §:ssä olevaa *konsernin* määritelmää. Osuuskuntia koskevia konsernisäännöksiä ei missään tapauksessa voida laatia OYL-ehdotuksen 2 §:n pohjalta; tämä pykälä perustuu lähinnä osakeomistussuhteisiin. Mikäli halutaan antaa myös muita kuin osakeyhtiöitä koskevia konsernisäännöksiä esim. nimenomaan osuuskuntia koskevia säännöksiä, on tämä — monessa suhteessa sekä asiallisesti että lakiteknillisesti erittäin vaikea — erillinen tehtävä, jonka ratkaisu ei ole riippuvainen em. lakiehdotuksen kohtalosta. Voidaan mainita, että Ruotsissa, jossa on ollut osakeyhtiöitä koskevia konsernisäännöksiä jo pitemmän aikaa, ei ole annettu osuuskuntia (»ekonomiska föreningar») koskevia vastaavia säännöksiä.[8]

2. Myös OYL-ehdotuksen *yhtiön perustamista* koskevat säännökset (3 luku) liittyvät nimenomaan osakeyhtiöihin eivätkä herättäne tarvetta muuttaa OKL:a. Ainoa säännös, jolla on suoranainen vastine OKL:ssa (14 §), on ennen rekisteröintiä tehtyjä sitoumuksia

[7] Ks. esim. Suomen Asianajajaliiton lausunto, DL 1970 s. 557 s.
[8] Ks. esim. *Rodhe*, Föreningslagen, Malmö 1963 s. 192 ss.

koskeva säännös (12 §). Ehdotus ja OKL vastaavat tosin toisiaan pääperiaatteiltaan, mutta ne eroavat kuitenkin mm. siinä, että OYL-ehdotuksen mukaan vastuu rekisteröinnin jälkeen siirtyy yhtiölle, kun taas OKL:n mukaan vastuu siirtyy osuuskunnalle vain, mikäli osuuskunta ottaa siitä vastatakseen. Käytännölliset syyt eivät kuitenkaan vaatine täyttä yhdenmukaisuutta po. suhteessa; kysymyshän on suhteellisen harvoin esiintyvistä tapauksista.

3. Yhteisön *organisaation* osalta OYL-ehdotus monessa kohden eroaa nykyisestä OYL:stä sekä myös eräissä tärkeissä kohdin OKL:sta.

Huomattavimpiin ehdotuksen uutuuksiin kuuluvat *toimitusjohtajaa* koskevat melko perusteelliset säännökset. Toimitusjohtaja on siten ehdotuksen mukaan pakollinen suurissa yhtiöissä ja voidaan valita pienemmissäkin; valitsemisen suorittaa aina yhtiön hallitus (51 §). Kun OKL säädettiin, ei oikeudessamme vielä ollut vastaavia säännöksiä. Siten oli luonnollista, ettei sellaisia säännöksiä otettu OKL:iinkaan (vrt. kuitenkin OKL 80 § 1 mom.), vaikka osuuskunnissakin yrityksen johtajalla tavallisesti on suunnilleen sama asema kuin osakeyhtiön toimitusjohtajalla; nimitys ei sitä vastoin aina osuuskunnissa ole toimitusjohtaja vaan se on usein liikkeenhoitaja, isännöitsijä tai vastaava. Toimitusjohtaja on tavallisesti liikkeen johdossa keskeinen henkilö. On ilmeinen puute, jos tätä liikkeen johtajaa koskevat säännökset puuttuvat OKL:sta.

OYL-ehdotuksen mukaan *hallintoneuvostolla* ei enää voisi olla yhtä laajoja hallintoon kuuluvia tehtäviä kuin tähän saakka; siten hallintoneuvostolle ei enää voitaisi siirtää päättämisvaltaa yksityisissä hallintoon kuuluvissa asioissa vaan ainoastaan eräänlainen rajoitettu veto-oikeus (59 §). Remissikierroksen aikana tätäkin valtaa on ehdotettu rajoitettavaksi. Koska hallintoneuvoston ja hallituksen välinen suhde yleensä muodostuu samanlaiseksi osuuskunnissa kuin osakeyhtiöissä, olisi ilmeisesti syytä näiden osalta yhdenmukaistaa hallintoneuvoston toimivaltaa koskevia säännöksiä.

Varsinaisten *hallintoelinten ja yhtiökokouksen välistä toimivallan jakoa* ehdotetaan OYL-ehdotuksessa muutettavaksi siten, että hallintoelinten valta jossain määrin lisääntyisi. Muutokset koskevat kuitenkin ainakin osaksi puhtaasti osakeyhtiöoikeudellisia asioita, esim. osakepääoman korottamista, tai muuten osuuskuntien kannalta vähemmän keskeisiä kysymyksiä, esim. voitonjakoa. Toimitusjohtajan vaalista on edellä jo ollut puhe. Tämän kysymyksen ohella voidaan ehkä harkita osuuskuntienkin osalta säädettäväksi, ettei osuuskunnalle kuuluvan kiinteistön myymiseen tai kiinnittämiseen enää tarvittaisi osuuskunnan kokouksen lupaa. Kun kuitenkin tätä koskevaa säännöstä OKL:a säädettäessä huomattavasti lievennettiin siten, että toimivalta tässä suhteessa sääntöjen määräyksellä tai kokouksen päätöksellä saatetaan siirtää hallitukselle (83 §), ei käytännöllinen ero OKL:n ja OYL-ehdotuksen välillä ole suuri.

OYL-ehdotuksen mukaan toimitusjohtajan ja vähintään puolen

hallituksen jäsenistä on oltava Suomessa asuvia henkilöitä, ellei poikkeusta myönnetä (52 §). Suomen *kansalaisuutta* ei siis vaadita ja erivapaus voidaan myöntää *domisiilivaatimuksestakin*. Verrattuna nykyiseen OYL:iin ja OKL:iin ehdotus siis sisältää melkoisen lievennyksen. Myös perustajien, hallintoneuvoston jäsenten, selvitysmiesten sekä tilintarkastajien osalta kansalaisuus- ja domisiilivaatimukset ovat huomattavasti lievemmät kuin OKL:n vastaavien säännösten mukaan. Osakeyhtiöiden toiminta on kuitenkin suuremmassa määrin kansainvälistä kuin keskimäärin osuuskuntien. Näin ollen ei lievennys tässä suhteessa osakeyhtiöiden osalta ehdottomasti vaadi vastaavaa lievennystä osuuskuntien osalta. Asian periaatteellisen tärkeyden vuoksi sitä olisi kuitenkin harkittava mahdollisen OKL:n muutoksen yhteydessä.

Yhtiön *nimen kirjoittamiseen* nähden OYL-ehdotus (60 §) on periaatteellisesti samalla kannalla kuin OKL (76 §) sikäli, että hallitus ensi kädessä määrää, kenelle tällainen oikeus annetaan; tämä on luonnollista jo siitä syystä, että hallitus on se yhtiön elin, joka johtaa yhtiön toimintaa ja kantaa siitä vastuun. OKL:n mukaan nimenkirjoitusoikeuden antaminen voidaan kuitenkin sääntöjen määräyksellä siirtää osuuskunnan kokoukselle. Vastaavaa siirtämistä ei voisi tapahtua OYL-ehdotuksen mukaan, joka sallii vain sen, että hallituksen oikeutta antaa nimenkirjoitusoikeus rajoitetaan yhtiöjärjestyksen määräyksellä. OKL:ia on moitittu siitä, ettei se salli yleistä nimenkirjoitusoikeuden antamista määrätyssä asemassa olevalle henkilölle, esim. hallituksen puheenjohtajalle, mistä puutteesta on väitetty aiheutuneen haittaa sekä osuuskuntien että rekisteriviranomaisten toiminnassa. Osakeyhtiölakikomitean tarkoituksena on ollut, että yhtiön hallitus voisi myöntää toiminimenkirjoitusoikeuden myös tällaisena yleisenä valtuutuksena; remissikierroksen aikana on kuitenkin väitetty, ettei tämä tarkoitus ilmenisi itse lakitekstistä. On ilmeistä, että OYL-ehdotusta on tässä kohden vielä selvennettävä ja ehkä jossain määrin tarkistettava, ja olisi luonnollista, jos asia ratkaistaisiin samalla tavalla kummankin ko. yhteisötyypin osalta.

Kun on ilmeistä, että OYL-ehdotus aiheuttaa useita muutoksia OKL 9 lukuun (»Hallitus ja hallintoneuvosto»), olisi ehkä syytä uusia koko tämä luku, jolloin voitaisiin yhdenmukaistaa po. lakeja myös sellaisilta kohdin, joiden muuttamiseen ei muutoin olisi aihetta.

4. Oikeudellinen tilanne osuuskunnissa ja osakeyhtiöissä on melkein samanlainen, kun on kysymys varsinaisten hallintoelinten toiminnasta, mutta erot ovat jo melko suuret, kun tullaan yhteisöjen korkeimpiin elimiin, *osuuskunnan kokoukseen ja yhtiökokoukseen*. Määräämisvalta on nimittäin pääsääntöisesti säännelty eri tavoin osuuskunnissa, joissa yleensä jokaisella kokouksessa läsnä olevalla jäsenellä on vain yksi ääni, kuin osakeyhtiössä, missä äänimäärä periaatteessa määräytyy osakeomistuksen suhteessa. Näin ollen OYL-ehdotuksen sääntöjä ei ilman muuta voida siirtää

OKL:iin. Lähinnä tulevat OKL:n kannalta kysymykseen menettelytapasäännöt, eli säännökset kokouspaikasta (68 §), ylimääräisen kokouksen koolle kutsumisesta — ehdotuksen 70 §:n mukaan myös tilintarkastajalla on oikeus vaatia kokouksen pitämistä — jäsenen oikeudesta saada asia kokouksen käsiteltäväksi (71 §), kokouksen koolle kutsumisesta (72 ja 73 §) sekä varsinaisesta kokousmenettelystä (75 §). Ilmeisesti olisi käytännössä eduksi, jos osuuskunnat eivät tässä suhteessa eroaisi osakeyhtiöstä ainakaan suuremmassa määrin. Mitä enemmän erilaisia menettelysääntöjä esiintyy, sitä suurempi on menettelyvirheen vaara; tässä yhteydessä voidaan myös viitata siihen, että suuret osuuskuntamme varsin yleisesti omistavat osakeyhtiömuotoisia yrityksiä ja ovat osallisia sellaisissa yrityksissä. Varsinaisiin menettelytapasääntöihin ei voitane lukea hallituksen tiedonantovelvollisuutta koskevaa OYL-ehdotuksen 76 §:ää. Vaikka tällä säännöksellä ei ehkä käytännössä tulisi olemaan kovin suurta suoranaista merkitystä, olisi kuitenkin harkittava, eikö vastaava säännös sen periaatteellisen merkityksen takia olisi otettava myös OKL:iin.

Yhtiökokouksen päätöksen pätemättömyyttä koskeva OYL-ehdotuksen säännös (81 §) noudattaa periaatteessa samoja linjoja kuin OKL:n vastaavat säännökset (92 ja 93 §). Ehdotus ja OKL eroavat toisistaan lähinnä siinä, että raja mitättömän ja moitteenvaraisen päätöksen välille on vedetty eri tavoin. Lainkäytön samoin kuin yritystenkin kannalta olisi ilmeisesti eduksi, jos lakeja näissä suhteissa yhdenmukaistettaisiin; asialla on myös periaatteellista merkitystä.

5. Yrityksen *tilintarkastukseen* on vuosien mittaan ruvettu kiinnittämään yhä enemmän huomiota ja voidaan syystä sanoa, että ajatukset tällä alalla ovat melkoisesti kehittyneet sen jälkeen kun OKL laadittiin. Tilintarkastusta koskevia OKL:n säännöksiä olisi ilmeisesti täydennettävä ja tarkistettava tapahtuneen kehityksen valossa ja olisi näin ollen luonnollista, että muutokset olisivat samansuuntaisia kuin OYL:ssä. Tilintarkastuksen osalta eivät nimittäin osuuskunnan ja osakeyhtiön eroavaisuudet aiheuttane kovin suuria lainsäädännöllisiä eroja. OKL:n tilintarkastuslukua olisi ilmeisesti täydennettävä ainakin ammattitilintarkastuksen ja vähemmistösuojan osalta. Jos tilintarkastusyhtiö, kuten OYL-komitea ehdottaa, voidaan valita osakeyhtiön tilintarkastajaksi, olisi se voitava valita tilintarkastajaksi myös osuuskunnassa. Mitä tulee tilintarkastuskertomuksen sisältöön ja tilintarkastajan oikeuteen ja velvollisuuteen osallistua kokoukseen ja antaa siinä tietoja, olisi säännöksissä ilmeisesti myös yhdenmukaistamisen tarvetta. Ehkä tässäkin tapauksessa olisi syytä uusia koko luku (OKL 10 luku).

6. OYL-ehdotus sisältää täydelliset osakeyhtiön *tilinpäätöstä* ja *vuosikertomusta* (vuositilitystä) koskevat säännökset (12 luku). Vastaavia säännöksiä ei sisälly OKL:iin. Ilmeistä on kuitenkin, että, jos yleinen kirjanpitolaki tulee sisältämään vain yleisiä, kaikkia yritysmuotoja koskevia säännöksiä, OKL:iin olisi otettava ainakin

eräitä sellaisia tilinpäätössäännöksiä, jotka liittyvät osuuskunnan omaa pääomaa ja sen varojen jakoa koskeviin säännöksiin. Tällöin olisi tosin asianmukaista käyttää osakeyhtiön vastaavia säännöksiä esikuvina, mutta huomioon ottaen osuuskunnan ja osakeyhtiön erilaisuus mm. viimeksi mainitussa suhteessa täydelliseen yhtäläisyyteen ei liene syytä edes pyrkiä. OKL:iin mahdollisesti otettavista konsernia koskevista säännöksistä on jo edellä 1 kohdassa ollut puhe.

OYL-ehdotuksen varsinaista *voitonjakoa* koskevia säännöksiä (13 luku) ei voitane suuremmassa määrin käyttää esikuvina osuuskuntaoikeuden alalla. Sen sijaan olisi syytä harkita, olisiko sanotun ehdotuksen 13 lukuun sisältyvät, yhtiön antamia *lahjoja* ja *lainoja* koskevat rajoitukset otettava huomioon OKL:a muutettaessa.

7. OYL-ehdotuksen yhtiön *purkamista* ja *selvitystilaa* koskevat säännökset (14 luku) ovat kaikissa olennaisissa kohdin, missä tämä on mahdollista, yhdenmukaiset OKL:n vastaavien säännösten kanssa. Suurimmat eroavaisuudet koskevat purkamisedellytyksiä, mutta niitä koskevat säännökset voidaankin vain rajoitetusti säätää samanlaisiksi osuuskunnille ja osakeyhtiöille. Mikäli uusi osakeyhtiölaki vastaa osakeyhtiölakikomitean ehdotusta, siitä ei aiheudu suuria muutoksia OKL:iin.

Samaa voidaan sanoa myös *sulautumissäännöksistä* (15 luku). Tässäkin suhteessa OYL-ehdotus vastaa OKL:ia niin pitkälle kuin käytännöllisistä ja oikeudellisista syistä on mahdollista. OKL eroaa kuitenkin OYL-ehdotuksesta sikäli, ettei fuusioon vaadita vastaanottavan osuuskunnan kokouksen päätöstä. OYL-ehdotukseen sisältyy muodollisesti uusi fuusiomuoto ns. kombinaatio (kaksi tai useampia osakeyhtiöitä purkautuu muodostaen samalla uuden yhtiön), mutta tällä uudella säännöksellä ei ole mainittavaa käytännöllistä merkitystä, koska suunnilleen sama reaalinen tulos voidaan suuremmitta vaikeuksitta saavuttaa OKL:ssa jo olevien säännösten nojalla. Käytännössä on silloin tällöin kiinnitetty huomiota osuuskunnan ja osakeyhtiön välisen sulautumisen tarpeeseen. Kun tällaista fuusiota ei voida de lege lata suorittaa, saattaa olla aiheellista kiinnittää huomiota asiaan OKL:ia muutettaessa. Tehtävä lienee kuitenkin lakiteknillisesti vaikea.

8. Mitä vihdoin OYL-ehdotukseen otettuihin *sanktioihin* tulee, niin voidaan todeta, että vahingonkorvaussäännökset (16 luku) suuresti muistuttavat OKL:n vastaavia säännöksiä (17 luku, vrt. 12 luku), mutta että rangaistussäännökset kokonaan puuttuvat OKL:sta. Vahingonkorvaussäännösten suuren periaatteellisen ja oikeudellisen merkityksen vuoksi ja etenkin, jos toimitusjohtajaa koskevia säännöksiä lisätään OKL:iin, voisi olla aiheellista saattaa OYL:n ja OKL:n säännökset yhdenmukaiseen muotoon. Tässä yhteydessä olisi myös harkittava, olisiko osuuskuntienkin osalta siirryttävä siihen, ettei vastuuvapaus ole pakollinen asia varsinaisessa kokouksessa ellei säännöissä ole siitä määräystä. Tälläkin kysymyksellä on kuitenkin ensi sijassa teoreettinen merkitys. OYL-

ehdotuksen rangaistussäännökset koskevat ensi sijassa nimenomaan osakeyhtiöoikeudellisia rikkomuksia. Ainoastaan 153 §:n 1 momentin viimeisen kohdan säännös vuositilityksen ja tilintarkastuskertomuksen laatimista koskevien säännösten rikkomisesta on sellainen, että se vaatisi vastinetta myös OKL:ssa. Ehdotuksen 154 §:ssä oleva uhkasakkosäännös on myös luonteeltaan sellainen, että se yhtä hyvin soveltuu osuuskuntiin kuin osakeyhtiöihin.

IV. Yhteenvetona voidaan todeta, että uuden osakeyhtiölain säätäminen antaa aiheen muuttaa myös osuuskuntia koskevaa lakia, mutta ettei OKL:n kokonaisuudistus ainakaan tästä syystä — eikä tiettävästi muustakaan syystä — tunnu aiheelliselta. Suurimmat muutokset ja lisäykset tulevat kysymykseen osuuskunnan johdon, tilintarkastuksen ja tilinpäätöksen osalta, kun taas suurin osa muista OYL-ehdotuksen säännöksistä ei aiheuta muutoksia OKL:iin. Välttämätöntä ei liene kiirehtiä OKL:n muuttamista niin, että uudet säännökset voisivat astua voimaan samana päivänä kuin uusi osakeyhtiölaki. Toisaalta ei muutosta myöskään pitäisi turhaan viivyttää; silloin uhkaa nimittäin taas, kehityksen tuodessa mukanaan uusia ongelmia ja ratkaisuja, vaara että toivottu yhtäläisyys osuuskuntaoikeuden ja osakeyhtiöoikeuden välillä jää saavuttamatta.

PITKÄAIKAISTEN SOPIMUSTEN INDEKSITARKISTUKSISTA

VELI SAARINEN

Vuosina 1968—1971 annettuja taloudellisen kehityksen ja kasvun turvaamista koskevia lakeja säädettäessä on kysymys indeksisidonnaisuuden rajoittamisesta ollut lainsäätäjän erityisen huomion kohteena. Lait sisältävät säännöksiä toisaalta indeksiehtojen ja muiden indeksisidonnaisuuksien kieltämisestä, toisaalta niiden jälleen sallimisesta. Pyrittäessä esittämään tulkintoja ja ajatuksia, joista voisi olla apua näiden säännösten soveltamiselle käytännössä, on syytä todeta, että eräs tähän ryhmään kuuluvista tärkeimmistä laeista, laki eräiden pitkäaikaisten sopimusten tarkistamisesta, ei tähän mennessä ole vielä aiheuttanut käytännössä indeksikorotuksia, joten kokemukset siltä osin kokonaan puuttuvat. Lisäksi on odotettavissa, että hallitus ja eduskunta joutuvat harkitsemaan vakauttamisen jälkihoitoa tarkoittavia jatkotoimenpiteitä vielä ennen kuin muutkaan indeksisidonnaisuuden sallimissäännökset ehtivät käytännössä sanottavasti vaikuttaa.[1]

Indeksiehtojen poistamis- ja kieltämissäännökset

Vakauttamislailla, joka hyväksyttiin perustuslain säätämisjärjestyksessä, poistettiin lain 3 §:ssä säädettyjä poikkeuksia lukuun ottamatta sitoumuksissa, sopimuksissa ja muissa välipuheissa ole-

[1] Laeista, joihin jäljempänä joudutaan useita kertoja viittaamaan, käytetään seuraavia nimityksiä ja lyhennyksiä:
Laki taloudellisen kehityksen turvaamisesta vuosina 1968—1969 (207/68, muutos 413/68) = *vakauttamislaki* (VakautL);
Laki taloudellisen kasvun turvaamisesta vuonna 1970 (754/69) = *vuoden 1970 turvaamislaki* (TurvL 1970);
Laki taloudellisen kasvun turvaamisesta 30. 12. 1970 (868/70) = *turvaamislaki* (TurvL);
Laki eräiden pitkäaikaisten sopimusten tarkistamisesta (378/71) = *pitkäaikaisten sopimusten tarkistamislaki* (PitkäaikTarkL);
Laki eräiden sopimusten tarkistamisen järjestelystä (869/70) = *tarkistamisen järjestelylaki* (TarkJärjL).

vat elinkustannus-, tukkuhinta-, rakennuskustannus- tai muuhun niihin verrattavan indeksin muutoksiin perustuvat indeksiehdot siltä osin kuin ne kohdistuivat lain voimaantulon jälkeiseen aikaan (1 § 1 mom.). Samalla kumottiin laissa, asetuksessa tai muussa säädöksessä taikka viranomaisen päätöksessä olevat säännökset ja määräykset, joilla vastaavanlainen indeksisidonnaisuus oli saatettu voimaan. VakautL:n voimaantulon tai, milloin erikseen oli säädetty muu ajankohta, tuon ajankohdan jälkeen tapahtunutta indeksin muutosta ei saanut ottaa lukuun tarvikkeen tai kiinteän omaisuuden hintaa, maksua, palkkaa tai muuta työstä suoritettavaa korvausta, talletuksesta maksettavaa tai velaksiannosta perittävää korkoa tai muuta hyvitystä, vuokraa eikä urakka-, hankinta- tai tavarantoimitussopimusten johdosta tahi muullakaan perusteella maksettavaa suoritusta eikä myöskään indeksiin sidotun pääoman suuruutta korottavana perusteena (1 § 2 mom.).

Edelleen säädettiin VakautL 11 §:ssä, että lain voimassa ollessa tehtyyn sitoumukseen tai sopimukseen perustuva ehto tai erityinen välipuhe, joka oli mainitun lain tai sen nojalla annettujen ja voimassa olevien määräysten vastainen, sekä sellainen sitoumus, sopimus tai muu välipuhe, jonka tarkoituksena oli edellä mainittujen säännösten tai määräysten kiertäminen, on mitätön.

Sittemmin kiellettiin indeksiehdon ottaminen sitoumuksiin, sopimuksiin ja muihin välipuheisiin, jotka on tehty vuoden 1970 turvaamislain tai nykyisen turvaamislain voimassa ollessa, milloin sitä ei laissa erikseen sallittu (TurvL 1970 1 §:n 1 mom., TurvL 1 §). Myös näiden lakien ja niiden nojalla annettujen ja voimassa olevien määräysten vastaiset ehdot ja välipuheet sekä sellaiset sitoumukset, sopimukset tai muut välipuheet, joiden tarkoituksena on mainittujen säännösten tai määräysten kiertäminen, ovat mitättömät (TurvL 1970 13 §, TurvL 14 §).

Vakauttamislaki ja turvaamislait ovat säädetyt määräajaksi. Lainsäätäjän tarkoituksena vakauttamislakia säädettäessä oli kuitenkin indeksiehtojen poistaminen ja indeksisäännösten kumoaminen lopullisesti.[2] Tämä on sittemmin tullut vahvistetuksi niillä

[2] Hallituksen esityksen N:o 33/1968 vp. perusteluissa (s. 2) lausuttiin mm.:

»Lakiehdotuksen mukaan merkitsee indeksiehtojen poistaminen lopullista toimenpidettä. Ennen lain voimaantuloa tehtyyn sopimukseen sisältyvään indeksiehtoon ei siis voitaisi vedota lain voimassaoloajan päätyttyäkään».

Sen mukaisesti perusteluissa lisäksi todettiin (s. 2), että indeksilausekkeen liittäminen ennen vakauttamislain voimaantuloa tehtyihin sopimuksiin edellytti uutta sopimusta sopijapuolten välillä ja että kohtuuttomuuden välttämiseksi oli erityisesti pitkäaikaisissa maanvuokra- ja tontinvuokrasopimuksissa vuokranantajalle varattava lain voimassaolon päättymisen jälkeen mahdollisuus uudistaa indeksiehto. Samalla ehdotettiin lakiin otettavaksi säännös, jonka nojalla tarkistamisesta näissä tapauksissa voitiin säätää tavallisella lailla.

Myös VakautL 11 §:ssä, joka koskee lain voimassa ollessa tehtyihin si-

TurvL 1970:n, TurvL:n ja PitkäaikTarkL:n säännöksillä, joilla poistettujen indeksiehtojen uudelleen voimaan saattaminen ja uusien indeksiehtojen sopimukseen ottaminen on sallittu vain näissä laeissa säädetyissä tapauksissa.[3]

TurvL 1970 13 §:ssä ja TurvL 14 §:ssä olevat mitättömyyssäännökset vastaavat VakautL 11 §:n säännöstä.

Indeksisäännöstelyn tarve ja haittavaikutukset

Indeksirajoitusten tarkoituksena on vähentää elinkustannusten ja muuhun hintojen nousuun johtavaa kustannuspainetta. Sopimuksia ja sitoumuksia koskevaa yleistä indeksikieltoa on muiden säännöstelykeinojen täydennyksenä maassamme ensi kerran käytetty hinta- ja kustannuskehityksen säätelemiseen vuonna 1968 alkaneen vakauttamiskauden aikana.[4]

Tärkeimmät esimerkit muista maista, joissa indeksiehtojen käyttöä on rajoitettu, ovat Saksan liittotasavalta ja Ranska. Saksan liittotasavallassa ovat laissa määritellyt sidonnaisuusehdot sallit-

---

toumuksiin ja sopimuksiin sisältyviä indeksiehtoja, tarkoitettiin, niin kuin sanamuoto osoittaa, ehdon lopullista mitättömyyttä. Tämä on todettu myös VakautL:n muuttamista koskevassa hallituksen esityksessä (N:o 61/1968 vp.), jossa lausuttiin mm.: »Vaikka taloudellisen kehityksen turvaamisesta vuosina 1968—1969 annetun lain voimassaoloaika päättyykin vuoden 1969 lopussa, on niihin sopimuksiin, jotka on tehty lain voimassa ollessa, sovellettava sanotun lain sopimusehtojen mitättömyyttä koskevia määräyksiä. Näin ollen on tänä aikana tehtyyn sopimukseen sisältyvä indeksiehto mitätön myös vuoden 1969 päättymisen jälkeen, eikä sitä voida saattaa voimaan ilman sopijapuolten uutta sopimusta tai erityistä taannehtivaa lainsäädäntöä. Tarkoituksena on ollut myös, ettei sellaista lain voimassaoloaikana tehtyyn sopimukseen sisältyvää ehtoa, jonka mukaan suoritus on sidottu indeksiin lain voimassaolon päättymisen jälkeen alkavasta ajankohdasta lukien, pidetä pätevänä.»

[3] Hallituksen esityksessä n:o 186/1969 vp. sanottiin (s. 1): »Lakiehdotuksen 1 §:ään sisältyy säännös, joka kieltää elinkustannus-, tukkuhinta-, rakennuskustannus- tai muuhun niihin verrattavan indeksin muutoksiin perustuvan indeksiehdon ottamisen lain voimassa ollessa tehtävään sitoumukseen, sopimukseen ja muuhun välipuheeseen. Ennen vakauttamislain voimaantuloa tehtyjen sitoumusten, sopimusten tai muiden välipuheiden aikaisempi indeksisidonnaisuus taas on lopullisesti poistettu vakauttamislailla siltä osin kuin se on kohdistunut lain voimaantulon jälkeiseen aikaan. Jotta näihin, samoin kuin vakauttamislain voimassa ollessa tehtyihin sitoumuksiin, sopimuksiin tai muihin välipuheisiin ei voitaisi ottaa tai palauttaa indeksiehtoa uudella sitoumuksella, sopimuksella tai muulla välipuheella, on lainkohtaan otettu myös tämän kieltävä säännös.» Samalla tavoin on indeksiehtojen poistamisen lopullisuutta ja niitä koskevien uusien sopimusten mitättömyyttä selitetty hallituksen esityksessä n:o 183/1970 vp. s. 1. Ks. lisäksi hallituksen esitystä n:o 8/1971 vp. s. 1.

[4] Ks. pitkäaikaisten sopimusten tarkistamiskomitean mietintö I (1970: B 68) s. 11 ss.

tuja vain valvontaviranomaisen luvalla. Ranskassa on annettu indeksiehtojen käytön edellytyksiä ja indeksiehtojen sisältöä koskevia rajoitussäännöksiä. Sitä vastoin indeksiehtojen käyttöä ei ole rajoitettu esim. Belgiassa ja Israelissa. Myös Skandinavian maissa vallitsee indeksiehtojen suhteen periaatteessa sopimusvapaus.[5]

Tietyillä sopimusaloilla, jotka eri maissa ovat jokseenkin samat, indeksikieltoa ei kuitenkaan ole pidetty tarkoituksenmukaisena siitä aiheutuvien haittojen vuoksi. Tällaisia sopimuksia ovat pitkäksi ajaksi ilman irtisanomismahdollisuutta tehdyt maan- ja huoneenvuokrasopimukset, soran, kiven ym. substanssihyödykkeiden ottosopimukset sekä useiden vuosien pituisia suorituksia edellyttävät urakka- ja hankintasopimukset. Myös sähkövoiman toimitus- ja tariffisopimuksissa on indeksisidonnaisuus voimassa Länsi-Euroopan maissa, lukuun ottamatta Sveitsiä, jossa rahan arvo on vakaa ja vesivoimalla on poikkeuksellisen suuri osuus sähkön tuotannossa, ja Itävaltaa. Viimeksi mainituissa maissakin kuitenkin käytetään ulkomaisia asiakkaita koskevassa tariffissa indeksiehtoa.[6]

Henkivakuutussumman ja eläkkeiden sitominen indeksiin on kaikkialla yleistä.

Lainlaatijalle antoisana esimerkkinä säännöksistä ja soveltamisohjeista, joilla on sallittu poikkeuksia indeksikiellosta, ovat *Saksan liittotasavallan* rahalain säännökset täytäntöönpanomääräyksineen.[7] Saksan liittotasavallassa on kiellettyä ilman asianomaisen viranomaisen hyväksymistä käyttää sopimusehtoja, joiden mukaan Saksan markoissa ilmaistu saaminen sidotaan toisen valuutan kurssiin, kullan hintaan tai joidenkin tavaroiden tai palvelusten hintaan tai arvoon.[8]

Valvontaviranomaisena, jolle hyväksymisen antaminen kuuluu, toimii Saksan Liittopankki. Hyväksyminen ei ole tarpeen jokaiselle sopimukselle tai sitoumukselle, jonka ehtojen mukaan tavaran hinnan tai arvon taikka muiden suoritusten kehitys voi vaikuttaa

---

[5] Indeksisidonnaisuudesta ja indeksikielloista ulkomailla ks. pitkäaikaisten sopimusten tarkistamiskomitean mietintö II (1970: B 80). Ks. myös Werner *Dürkes*, Wertsicherungsklauseln, Heidelberg 1966, s. 41—46.

[6] Komiteanmietintö 1970: B 80 s. 5 ja 61—67.

[7] Komiteanmietintö 1970: B 80 s. 18—27.

[8] Tämä säännös, joka edelleen on voimassa, annettiin siirryttäessä nykyiseen rahakantaan ns. ensimmäisessä rahakannan uudelleen järjestelyä koskevassa laissa (Währungsgesetz 20. 6. 1948, jäljempänä WährG). WährG:n 3 § kuuluu: »Geldschulden dürfen nur mit Genehmigung der für die Erteilung von Devisengenehmigungen zuständigen Stelle in einer anderen Währung als in Deutscher Mark eingegangen werden. Das gleiche gilt für Geldschulden, deren Betrag in Deutscher Mark durch den Kurs einer solchen anderen Währung oder durch den Preis oder eine Menge von Feingold oder von anderen Gütern oder Leistungen bestimmt werden soll». — Ensimmäistä lausetta ei sovelleta kotimaisen ja ulkomaisen sopijapuolen väliseen oikeustoimeen.

maksuun. Hyväksymistä vaativien (genehmigungspflichtig, genehmigungsbedürftig) ja hyväksymisestä vapaiden (genehmigungsfrei) sopimusehtojen välisen rajan määrittely on aiheuttanut paljon tulkintakysymyksiä. Viime kädessä tuomioistuimen asia on riitaisessa tapauksessa ratkaista, edellyttääkö jokin sopimusehto liittopankin hyväksymistä.[9]

Liittopankki noudattaa WährG:n 3 §:ään perustuvia hakemuksia ratkaistessaan määrättyjä yleisesti tiedoksiantamiaan periaatteita.[10] Niiden mukaan arvonturvaamisehtoa (Wertsicherungsklausel) ei voida hyväksyä mm., milloin Saksan markoissa ilmaistu suoritusvelvollisuus perustuu velaksiantoon, joksi katsotaan myös muulla tavalla syntynyt velaksiannoksi muuttunut velkasuhde, tai obligaatioon taikka yleensä sopimukseen, jonka kohteena on rahasumman takaisinmaksu (maksuvelvoitteet raha- ja pääomamarkkinoilla).

Maanvuokrasopimusten sitomiseen indeksiin Saksan Liittopankki yleensä suostuu. Sidonnaisuutta maan arvon nousuun ei kuitenkaan hyväksytä. Sähköntoimitussopimusten osalta on vuonna 1952 annettu erillinen ohje, jonka mukaan sidonnaisuus hiilen hintaan ja palkkakehitykseen on sallittu suurtilaajien kanssa tehtävissä sopimuksissa. Rakennusten ja huoneiden vuokrasopimuksissa ei hyväksytä arvonturvaamisehtoja, paitsi kun sopimus on solmittu vuokramiehen eliniäksi, vähintään 10 vuodeksi tai niin, että sopimus voidaan vuokranantajan puolelta irtisanoa aikaisintaan 10 vuoden kuluttua. Kymmenen vuoden voimassaoloaikaa edellytetään eräiden muidenkin sopimusten osalta.

---

[9] Ks. *Friedrich Karl Willms*, Zur Abgrenzung genehmigungsfreier »Leistungsvorbehalte» von genehmigungsbedürftigen Wertsicherungsklauseln, Der Betriebs-Berater, Verlagsgesellschaft Recht und Wirtschaft, Heidelberg 20. 2. 1970, s. 10 ss.; *Dürkes* s. 29—38 ja 98—216. Näissä on selostettu lukuisia Bundesgerichtshofin ratkaisuja.

[10] Komiteanmietinnössä 1970 B 80, s. 20 ss., aliv. 1, on selostettu liittopankin 26. 8. 1964 antama ja 9. 9. 1969 osittain täydentämä yleisohje. Tarkemmin on WährG 3 §:n soveltamisessa noudatettavia periaatteita käsitelty mm. seuraavissa artikkeleissa:

Herman Fögen, Anwendungsbereich und Handhabung des § 3 des Währungsgesetzes, Neue Juristische Wochenschrift, Heft 36/37—1953, ss. 1321—1326;

Sama, Bedeutung. Anwendungsbereich und Grundsätze für die Anwendung von § 3 Satz 2 des Währungsgesetzes (»Sachwertklauseln»), Der Betriebs-Berater, Heft 35/36—1958 ss. 1259—1267;

Sama, Einzelfragen und neue Genehmigungsgrundsätze zu § 3 des Währungsgesetzes (Wertischerungsklauseln), Der Betriebs-Berater, Heft 25/1964 ss. 1015—1018;

Günther Jahr, Implikationen eines anhaltenden Geldwertschwundes in der Rechtsordnung der Bundesrepublik Deutschland; Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Lage, Jahresgutachten 1966/67, Expansion und Stabilität. Anhang V, A.2.g: Sogenannte »Geldwertsicherung» durch Rechtsgeschäft.

Ks. myös *Dürkes* s. 47—97.

Ranskassa on joulukuusta 1958 alkaen ollut voimassa sopimuksia ja sitoumuksia koskeva indeksisidonnaisuuskielto. Helmikuussa 1959 sitä tarkistettiin. Sidonnaisuudet yleiseen minimipalkkatasoon, yleiseen hinta- tai palkkatasoon taikka omaisuuden tahi palvelusten hintoihin ovat kiellettyjä, ellei sidonnaisuus suoranaisesti johdu sopimusten luonteesta tai suoranaisesti liity toisen sopimuspuolen toimintaan.[11] Erityissäännöksiä on annettu vuokrasopimusten, tietyt ehdot täyttävien urakka- ja hankintasopimusten sekä sähköntoimitussopimusten osalta.

Ruotsissa ja *Tanskassa* on sähköntoimitussopimukset yleisesti sidottu indeksiin. Myös maanvuokrasopimuksissa sallitaan näissä maissa sidonnaisuusehdot. Ruotsissa tulee asuintalotonttien vuokran kuitenkin pysyä muuttumatta tietyn ajan. Huoneenvuokran alalla esiintyy indeksiehtoja yleensä vain pitkäaikaisissa liike-, toimisto- ja varastotilojen vuokrasopimuksissa.

Suomessa on vastaavasti kuin muualla todettavissa vakauttamiskausien aikana esiintyneen indeksikiellon johdosta haittavaikutuksia tietyissä sopimusryhmissä. Erityisesti on kaikkein pitkäaikaisimpien sopimuslajien kuten maanvuokran kohdalla sopimusriski indeksiehdon ollessa kielletty usein noussut niin suureksi, että tällaisia sopimuksia ei ole katsottu voitavan lainkaan solmia. Tästä syystä rakennustonttien vuokraustoiminta tyrehtyi vakauttamislain voimaantulon jälkeen lähes täysin.

Vakauttamisen alkaessa voimassa olleet pitkäaikaiset huoneenvuokrasopimukset, joissa ei ollut irtisanomismahdollisuutta, koskivat pääosaltaan liike- ja toimistohuoneistoja sekä muuta tuotannollista toimintaa varten vuokrattuja huoneistoja ja rakennuksia. Vakauttamisen aikana vastaavat sopimukset on yleensä tehty lyhytaikaisina.

Maanvuokramaksujen ja pitkäaikaisten huoneenvuokrasopimusten vuokramaksujen kustannuspainetta lisäävä vaikutus on selvitysten mukaan kokonaisuutena vähäinen, joten niiden indeksisidonnaisuudella ei ole sanottavaa merkitystä hintatason nousun kannalta. Toisaalta voidaan sitomalla vuokra indeksiin välttyä lyhytaikaisiin sopimuksiin liittyvästä mahdollisuudesta korottaa vuokria usein ja ilman perustetta. Vuokrasäännöstelyyn kohdistuva paine jää täten pienemmäksi. Samalla tämä merkitsee vuokramiehelle tietynlaista varmuutta hänen arvioidessaan mahdollisuuksiaan selvitä vuokramaksuista.

Kustannuskehitykseltään ja tarkistamistarpeeltaan maanvuokrasopimuksiin verrattavia ovat pitkäaikaiset saven, kiven ym. substanssihyödykkeiden ottamista koskevat sopimukset.

Eräs niistä sopimusaloista, joilla indeksikiellon haittavaikutuksia on selvimmin tullut näkyviin, on sähköenergian tukku-

[11] Komiteanmietintö 1970: B 80 s. 9—17. *Jean-Paul Doucet*, L'indexation, Paris 1965, s. 94—96.

myynti. Tukkumyyjien pääomakustannusten nousu ja indeksiehdon kieltäminen ovat vakauttamiskausien aikana aiheuttaneet sen, että uusia pitkäaikaisia toimitussopimuksia ei tukkumyyjien taholta ole katsottu voitavan tehdä. Tämä on vaikeuttanut tulevan tuotantotarpeen tyydyttämiseksi tarvittavien investointien suunnittelua ja toisaalta aiheuttanut, että sähkövoiman käyttötarpeen tyydyttämistä ei ole voitu turvata pitkällä tähtäimellä tehdyillä sopimuksilla. Lisäksi on tariffien jälkeenjääneisyys kustannuskehityksestä estänyt suunnitellun tilaajille edullisemman tariffijärjestelmän käytäntöönoton.[12]

Indeksikiellosta johtuvia haittavaikutuksia on ilmennyt myös urakkasopimusten alalla. Hintariskin huomioon ottaminen pitkäaikaisissa aluerakennussopimuksissa, suuria tuotantolaitoksia koskevissa urakkasopimuksissa sekä suurissa maa- ja vesirakennustöissä on ollut omiaan nostamaan urakka- ja investointihintoja useasti enemmän kuin indeksisidonnaisuutta käytettäessä.[13]

Indeksikiellosta johtuvia haittavaikutuksia esiintyy edellä mainittujen lisäksi muissakin lukumääräisesti pienemmissä sopimusryhmissä.

Indeksirajoitusten lievennykset nykyisessä turvaamislaissa

Toisen vakauttamiskauden lähestyessä loppuaan indeksikieltojen haittavaikutusten toteaminen johti siihen, että ryhdyttiin valmistelemaan vuoden 1971 alusta voimaan saatettavaan turvaamislakiin säännöksiä, joiden tarkoituksena oli indeksiehdon salliminen määrätyissä tapauksissa poikkeuksena yleisestä indeksikiellosta. Eduskunta hyväksyi nuo säännökset hallituksen esityksen mukaisina. Ne sisältyvät TurvL:n 1—6 §:ään. Niiden mukaan joulukuun 31 päivän 1970 jälkeen tehdyissä sopimuksissa sallitaan sidonnaisuus *elinkustannusindeksiin* ilman erityistä lupaa seuraavissa tapauksissa:

— tontinvuokrasopimuksessa (joka maanvuokralain mukaan aina on pitkäaikainen),

— muussa maanvuokrasopimuksessa, joka on tehty määräajaksi, vähintään 10 vuodeksi ja jota ei voida irtisanoa päättymään ennen sanotun ajan loppuun kulumista muulla kuin maanvuokralaissa säädetyllä perusteella,[14] ja

---

[12] Komiteanmietintö 1970: B 68, s. 60—67.

[13] Komiteanmietintö 1970: B 68, s. 31—37, 98—100.

[14] Ks. MVL:n 4 §:ää, jonka mukaan sopimussuhteen katkaiseminen irtisanomisella kesken vuokrakauden on sallittu vain laissa mainituissa tapauksissa. Tämän säännöksen tulkinnasta ks. *Y. J. Hakulinen*, Vuokraoikeus I s. 123 ss.

— huoneenvuokrasopimuksessa, joka on sovittu päättyväksi ilman irtisanomista aikaisintaan 10 vuoden kuluttua ja jossa ei ole sovittu oikeudesta irtisanoa sopimus päättymään ennen sanottua ajankohtaa.

Edelleen sallitaan *tukkuhintaindeksiin* perustuva indeksiehto sähköntoimitussopimuksessa, joka on tehty lain voimaan tulon jälkeen määräajaksi, vähintään kymmeneksi vuodeksi, ja jota ei voida irtisanoa päättymään ennen sanotun määräajan loppuun kulumista.

Kaikissa näissä tapauksissa saadaan indeksin muutoksesta kuitenkin viitenä ensimmäisenä vuotena sopimuksen tekemisestä ottaa huomioon enintään puolet. Tätä koskevan 2 §:n 3 momentin sanamuoto ja momenttia koskeva perustelu (hall.esitys 183/1970 vp. s. 2), eivät aseta indeksitarkistusta koskevan sopimusehdon pätevyyden edellytykseksi, että korotuksen määrää viiden vuoden aikana koskeva rajoituskin olisi sopimuksessa nimenomaan mainittava. Tämän seikan toteamisella saattaa olla merkitystä ratkaistaessa, onko indeksiehdo, jossa tuosta rajoituksesta ei ole puhuttu, lain 14 §:n mukaan sallittu vai lopullisesti mitätön.

Muissakin kuin edellä mainituissa tapauksissa valtiovarainministeriö voi päätöksellään sallia hyväksymänsä indeksiehdon ottamisen määrätynlaisiin TurvL:n voimaantulon jälkeen vähintään kymmeneksi vuodeksi tehtäviin sitoumuksiin, sopimuksiin tai muihin välipuheisiin, joita ei voida irtisanoa päättymään sitä aikaisemmin, ministeriön antamien ohjeiden mukaisesti. Erittäin painavan syyn niin vaatiessa lupa voidaan yksittäistapauksessa myöntää, vaikka sopimuksen voimassaoloaika on kymmentä vuotta lyhyempi.

Lupaa ei saa myöntää indeksiehdon käyttämiseen velkasuhteessa, joka perustuu velaksiantoon tai sopimuksesta johtuvan vastikkeen velaksi jättämiseen.

Lain 5 §:n 1 momentin säännöksellä on lisäksi sopijapuolille varattu mahdollisuus ottaa, jos he siitä sopivat, vastaavissa tapauksissa indeksiehto sellaiseen sopimukseen, sitoumukseen tai muuhun välipuheeseen, joka on tehty ennen TurvL:n voimaantuloa. Tämä ei kuitenkaan ole sallittua, jos sopimus, sitoumus tai välipuhe päättyy ennen 1 päivää huhtikuuta 1972. Säännöksen tarkoituksena ei ole, että yksinomaan sillä korvattaisiin ne säännökset, joita tarvitaan ennen vakauttamista voimassa olleiden pitkäaikaisten sopimusten indeksiehtojen voimaansaattamiseksi tai indeksiehdon liittämiseksi vakauttamisen aikana tehtyihin pitkäaikaisiin maanvuokrasopimuksiin, vaan säännökset siitä, miten ja millä edellytyksillä indeksiehto liitetään näihin sopimuksiin, silloin kun TurvL:n säätämää sopimusmahdollisuutta ei ole käytetty, on annettu erityisessä pitkäaikaisten sopimusten tarkistamislaissa.

Veli Saarinen

Eräiden pitkäaikaisten sopimusten tarkistamista koskevat säännökset

Vakauttamislakia säädettäessä otettiin indeksiehtojen poistamisesta johtuvien haittavaikutusten lieventämiseksi lain 2 §:ään säännös, jonka mukaan tavallisella lailla voitiin säätää sellaisten ennen vakauttamislain voimaantuloa tehtyjen sopimusten tarkistamisesta, joihin oli sisältynyt lain 1 §:ssä tarkoitettu indeksiehto ja joita ei ole voitu irtisanoa päättymään yhden vuoden kuluessa sen jälkeen, kun laki on lakannut olemasta voimassa. Myöhemmin valtuutta indeksirajoituksista poikkeamiseen vielä laajennettiin VakautL:n 2 §:ään 28. 6. 1968 lisätyllä 2 momentilla (413/68), jonka mukaan lailla säädetään sellaisten vakauttamislain voimassa ollessa tehtyjen maanvuokrasopimusten tarkistamisesta, joissa vuokra-aika on sovittu 25 vuodeksi tai sitä pitemmäksi ajaksi ja joita ei voida irtisanoa muulla kuin maanvuokralaissa säädetyllä perusteella. Samalla 3 momentiksi otetulla uudella säännöksellä ulotettiin 1 ja 2 momentin säännökset koskemaan myös vuokra-alueiden järjestelystä kaupungeissa ja kauppaloissa annetun lain 17 §:n 1 momentissa tarkoitettuja vuokrasuhteita. Lisätyt 2 ja 3 momentti tulivat taannehtivasti voimaan 10. 4. 1968 lukien.

Vuoden 1970 turvaamislakiin (754/69) otettiin edellä mainitut pitkäaikaisia sopimuksia ja vuokrasuhteita koskevat valtuussäännökset sisällöltään muuttamattomina. Samalla annettiin valtuus säätää lailla TurvL 1970 voimassaoloaikana tehtyjen edellä mainitun ehdon täyttävien maanvuokrasopimusten ja määrätynlaisten muidenkin sopimusten tarkistamisesta. Edelleen voitiin lailla säätää suoritettavasta tarkistamisesta, milloin vakauttamislailla oli kumottu säädöksessä tai viranomaisen päätöksessä oleva indeksisidonnaisuuden noudattamista koskeva säännös tai määräys (3 § 4 mom.).

Kun valtuuksissa edellytettyä pitkäaikaisten sopimusten tarkistamislakia, josta sitä valmistamaan asetettu komitea oli laatinut ehdotuksen, ei säädetty ennen kuin nykyinen turvaamislaki oli saanut lopullisen sisältönsä ja vahvistettu, annettiin viimeksi mainitun lain yhteydessä TarkJärjL, jolla uudistettiin valtuus mainittujen tarkistamissäännösten lailla antamiseen. Lakiin otettiin lisäksi säännös sellaisten vuokra-alueiden järjestelystä kaupungeissa ja kauppaloissa annetun lain 17 §:n 1 momentissa tarkoitettujen vuokramaksujen tarkistamisesta, joita oli määrätty joulukuun 31 päivän 1970 jälkeen päättyneissä järjestelytoimituksissa.

Selvitettäessä, mitä ennen VakautL:n voimaantuloa indeksiehdoin tehtyjä sopimuksia olisi voimassa vielä indeksiehdon palauttamisen tullessa sallituksi, todettiin, että kaupungeilla ja kauppaloilla oli 1 päivänä tammikuuta 1969 voimassa noin 48 000 maanvuokrasopimusta, joista suurin osa oli vakauttamislain 2 §:n 2 momentissa tarkoitettuja. Pitkäaikaisia maanvuokrasopimuksia olivat tehneet melkoisessa määrin myös valtio, maalaiskunnat,

seurakunnat sekä yksityiset maanomistajat. Tähän ryhmään oli lisäksi luettava metsästys- ja kalastusoikeutta, oikeutta sähkö- tai puhelinlinjan pitämiseen toisen maalla sekä vesivoiman käyttöoikeutta koskevat sopimukset. Pitkäaikaisina on tehty myös metsänhakkuuoikeutta ja erilaisia muita hyödykkeiden otto-oikeuksia koskevia sopimuksia. Lisäksi on voimassa teollisuus-, varasto- ym. huoneiden vuokrasopimuksia, sähkövoiman toimitus- ja hankintasopimuksia, sähkön siirtosopimuksia, sähkölämmityssopimuksia, kaukolämpösopimuksia, kustannussopimuksia, lainasopimuksia ja mahdollisesti myös jonkin verran koneita ja tarveaineita ym. koskevia hankinta-, toimitus-, ja huoltosopimuksia, joihin on sisältynyt indeksiehto ja joita ei ole voitu irtisanoa vuoden 1970 loppuun mennessä.[15]

Edellä mainituissa sopimuksissa on esiintynyt sidonnaisuuksia mm. elinkustannusindeksiin, tukkuhintaindeksiin alaindekseineen, rakennuskustannusindeksiin, metallityöväen palkkatilastoihin, viljatuotteiden hintaan, raaka- ja tarveaineiden ja sähkövoiman hintaan, työpalkkoihin sekä Imatran Voima Osakeyhtiön tukkutariffin energiamaksuun ja tuontipolttoaineen hintaan. Sidonnaisuustekijöistä on myös käytetty erilaisia yhdistelmiä.

PitkäaikTarkL koskee toisaalta ennen vakauttamislakia voimassa olleita indeksiehtoisia sopimuksia, toisaalta sellaisia vakauttamislain ja vuoden 1970 turvaamislain voimassa ollessa tehtyjä maanvuokrasopimuksia, joiden tarkistamisesta edellä mainittujen valtuuttamissäännösten mukaan säädetään lailla. Lakia ei kuitenkaan sovelleta velkasuhteeseen, joka perustuu velaksiantoon tai sopimuksesta johtuvan vastikkeen velaksi jättämiseen (1 § 2 mom.).

a) Ennen vakauttamista voimaan tulleiden pitkäaikaisten sopimusten tarkistaminen

PitkäaikTarkL 2 §:n säännösten mukaan vakauttamislain 1 §:n poistamat indeksiehdot ovat tulleet voimaan siten, että indeksin nousu saadaan ottaa huomioon 1 päivästä tammikuuta 1971 alkaen. Tuon ajankohdan jälkeen tapahtuvaan indeksin nousuun perustuvia korotuksia ei kuitenkaan saa ensimmäisten viiden vuoden aikana toimeenpanna suurempina kuin enintään indeksin nousun puolta määrää vastaavina. Indeksitarkistuksia ei saa toimeenpanna vuoden 1972 maaliskuun loppuun kestävän siirtymäkauden aikana, joten korotuksia saa lisätä vasta niihin maksueriin, jotka erääntyvät maksettaviksi 1 päivänä huhtikuuta 1972 tai sen

[15] Hankittaessa vuoden 1968 lopussa selvityksiä ennen VakautL:n voimaantuloa tehdyistä voimassa olevista sopimuksista niiden joukossa oli vielä myös urakka- ja aluerakentamissopimuksia. Näitä lienee kuitenkin vain harvoissa tapauksissa tehty niin pitkäaikaisina, että pitkäaikaisten sopimusten tarkistamislaki tulisi niihin vaikuttamaan.

jälkeen. Maan- tai huoneenvuokraa tai muuta tietyltä ajalta maksettavaa suoritusta saa periä 1 päivästä tammikuuta 1971 alkaen laskettavan indeksin nousun perusteella korotettuna vasta siltä osin kuin suoritus kohdistuu maaliskuun 31 päivän 1972 jälkeiseen aikaan. Mikäli sopimuksen voimassaolo päättyy ennen 1 päivää huhtikuuta 1972, ei indeksin nousuun perustuvia tarkistuksia saa lainkaan suorittaa.

Tarkistuksissa ei vakauttamislain eikä vuoden 1970 turvaamislain voimassaoloaikana tapahtunutta indeksin muutosta saa ottaa lukuun suoritusta korottavana perusteena.

Lain 2 §:n 1 momentin säännöstä sovelletaan, kuten edellä on mainittu, myös vuokra-alueiden järjestelylain mukaisessa toimituksessa määrättyyn vuokramaksuun. Sopimuksena, jota 2 §:ssä tarkoitetaan, pidetään myös vuosina 1953 ja 1966 annettujen asuntotuotantolakien mukaan lainoitettujen asunto-osakeyhtiöiden yhtiösopimuksia, joiden mukaisesti yhtiöjärjestykseen on otettu osakkeen lunastushinnan määräämisessä sovellettava indeksiehto. Näiden indeksiehtojen voimaan saattamisesta on pykälän 3 momenttiin otettu erityissäännös. Sen perusteella 1 päivästä tammikuuta 1971 lukien tapahtunut indeksin muutos saadaan, poiketen siitä mitä 1 momentissa on muiden sopimusten osalta säädetty, ottaa huomioon yhtiöjärjestyksen määräyksen mukaisesti eli täysimääräisenä heti sen jälkeen, kun laki on tullut voimaan. Erityissäännös vastaa lakia asuntotuotantolain 15 a §:n saattamisesta uudelleen voimaan (379/71).[16]

b) Vakauttamisen aikana tehtyjen pitkäaikaisten maanvuokrasopimusten tarkistaminen

Lain 3 §:n säännöksillä on sidottu indeksiin sellaiset vakauttamislain ja vuoden 1970 turvaamislain voimassa ollessa tehdyt maanvuokrasopimukset, joissa vuokra-aika on sovittu 25 vuodeksi tai sitä pitemmäksi ajaksi ja joita ei voida irtisanoa muulla kuin maanvuokralaissa säädetyllä perusteella. Indeksisidonnaisuus on voimassa 1 päivästä tammikuuta 1971 lukien, milloin jompikumpi sopijapuoli sitä vaatii. Indeksin nousu otetaan kuitenkin aluksi huomioon vain sen puolta määrää vastaavana. Viiden vuoden kuluttua indeksiturva muuttuu 100-prosenttiseksi. Indeksinä on virallinen

[16] Kysymyksessä oleva 2 §:n 3 momentti lisättiin lakiin eduskunnan perustuslakivaliokunnassa, koska havaittiin, että indeksitarkistuksen huomioon ottaminen lunastushintaa määrättäessä olisi muuten tullut sallituksi eri ajankohdista alkaen siitä riippuen, kumpaa voimaansaattamissäännöstä tapaukseen sovellettaisiin, ja koska pitkäaikaisten sopimusten tarkistamislain mukaan vuosina 1971—1975 tapahtuneesta indeksin muutoksesta muuten olisi saatu ottaa huomioon enintään puolet. Samalla valiokunta vielä kiinnitti huomiota erääseen vakauttamislain voimaantulon jälkeen tehtyjen ja vahvistettujen yhtiöjärjestysten indeksiehtojen soveltamisessa ilmenneeseen epäselvyyteen (perustuslakivaliokunnan mietintö n:o 10/1971 vp.)

elinkustannusindeksi (lokakuu 1951 = 100). Vuokramaksu riippuu indeksistä siten, että perusindeksinä on vuoden 1971 tammikuun indeksiluku ja että indeksin muutokset todetaan vertaamalla kulloinkin edellisen kalenterivuoden keskimääräistä elinkustannusindeksiä perusindeksiin. Kuten ennen vakauttamislain voimaantuloa solmittujen sopimusten osalta saa ensimmäinen tarkistus kuitenkin tapahtua vasta vuoden 1972 maaliskuun 31 päivän jälkeiseen aikaan kohdistuvien vuokramaksujen osalta. Sen jälkeen tarkistetaan vuokramaksut vuosittain, jos edellisen vuoden keskimääräinen indeksiluku on edellisestä tarkistuksesta lukien muuttunut vähintään 10 prosenttia perusindeksistä. Uuden korotuksen suuruus lasketaan myös aina alunperin sovitusta vuokramaksusta. Tarkistusmenettelyä sovelletaan vastaavasti vakauttamislain voimaantulon jälkeen vuokra-alueiden järjestelytoimituksissa syntyneisiin vuokrasuhteisiin.

Jos asianosainen tahtoo 3 §:ssä tarkoitetussa tapauksessa saada tarkistuksen voimaan vuoden 1972 huhtikuun alusta lukien, on hänen vaadittava sitä viimeistään 30 päivänä syyskuuta 1972. Muussa tapauksessa toimitetaan vuokramaksun ensimmäinen tarkistaminen vasta vaatimuksen tiedoksiantoa ensiksi seuraavan vuokramaksukauden alusta lukien. Vaatimus vuokramaksun sitomisesta indeksiin on tehtävä kirjallisesti.

Maanvuokrauksella on mainitussa 3 §:ssä katsottava tarkoitetun samaa kuin maanvuokralaissa. Näin ollen pykälää on sovellettava mm. sopimuksiin, jotka koskevat metsästys- ja kalastusoikeutta,[17] oikeutta sähkö- tai puhelinlinjan pitämiseen toisen maalla[18] sekä vesivoiman käyttöoikeutta.[19] Sitä vastoin on syytä katsoa, ettei po. säännöksessä ole maanvuokrasopimuksiksi katsottu metsänhakkuu- eikä muita substanssihyödykkeiden otto-oikeutta koskevia sopimuksia.[20]

c) PitkäaikTarkL:n muut säännökset

Lakia säädettäessä ei ole ollut mahdollista kiinnittää riittävästi huomiota olosuhteisiin, jotka yksittäistapauksessa tulisi tarkistuk-

[17] *Hakulinen*, Vuokraoikeus I s. 13—15. Metsästys- ja kalastusoikeuden vuokraamista tarkoittavia sopimuksia PitkäaikTarkL 3 § koskee vain, milloin sopimus on tehty lain sallimaksi enimmäisajaksi 25 vuodeksi (MetsästysL 6 §, A. metsästyksen ja riistanhoidon järjestämisestä valtion omistamilla alueilla 9. 11. 1962/566. 7 §, KalastusL 8 §).

[18] *Hakulinen*, Vuokraoikeus I s. 19.

[19] *Hakulinen*, Vuokraoikeus I s. 16—18.

[20] Tämä on ilmeistä, koska sellaisista sopimuksista ei nostettu kysymystä valmistettaessa hallituksen esitystä, jonka perusteella VakautL 3 §:n täydentämistä tarkoittava laki (413/68) säädettiin, vaikka toimikuntavaiheessa maanvuokran käsitettä selvitettiin. Ks. Maanvuokran indeksiehtotoimikunnan mietintö (komiteanmietintö 1968: B 37) ja hallituksen esitys n:o 61/1968 vp. Ks. myös *Hakulinen*, Vuokraoikeus I s. 10—12.

sessa ottaa huomioon. Lain 2 §:n mukaan käyttöön tulevat indeksiehdot tosin ovat sopijapuolten itsensä hyväksymät, mutta silti saattaa olla olemassa syitä, jotka vaatisivat sopimaan tarkistamisesta toisin. Lain 3 §:ään otettu yleinen säännös, jolla sallitaan vuokramaksun sitominen sopijapuolen vaatimuksesta elinkustannusindeksiin, saattaa vielä suuremmassa määrin johtaa kohtuuttomuuteen. Sen vuoksi on lain 5 §:n 1 momentissa annettu sopijapuolille valta sopia 2 §:n 1 momentissa tarkoitetun suorituksen ja 3 §:n 1 momentissa tarkoitetun vuokramaksun tarkistamisesta toisin kuin näissä lainkohdissa on säädetty. Suoritus ja vuokramaksu ei kuitenkaan saa olla sanotuissa lainkohdissa säädetyin tavoin korotettua määrää suurempi. Suoritusta ja vuokramaksua ei myöskään ole sallittua korottaa niissä mainittua ajankohtaa aikaisemmalta ajalta.

Määrätyissä tapauksissa sopijapuolet voivat PitkäaikTarkL 5 §:n 1 momentissa säädetyn sopimismahdollisuuden sijasta käyttää hyväkseen TurvL:n 5 §:n 1 momenttiin perustuvaa sopimismahdollisuutta. Tämä oikeus heillä on, milloin ennen VakautL:n voimaantuloa taikka sen tai TurvL 1970:n voimassa ollessa tehty sopimus sen tekemisestä laskettavaan voimassaoloaikaan nähden ja muutoinkin täyttää TurvL:n 2—5 §:ssä säädetyt edellytykset. VakautL:n ja TurvL 1970:n voimassaolon aikana tehtyihin maanvuokrasopimuksiin, milloin ne täyttävät TurvL:ssa säädetyt ehdot, voidaan tämän perusteella ottaa indeksiehto silloinkin, kun sopimus on tehty 25 vuotta lyhyemmäksi ajaksi.

Milloin on tehty sopimus PitkäaikTarkL:ssa tarkoitetun sopimuksen sitomisesta TurvL:n 5 §:n 1 momentin nojalla indeksiin, ei indeksitarkistuksessa sen jälkeen voida soveltaa PitkäaikTarkL:n säännöksiä. Tämän johdosta sellaiseen sopimukseen ei sovellu mm. viimeksi mainitun lain 8 §, joka koskee oikeutta saada uusien säännösten antamisen johdosta muuttaa indeksitarkistusten määrää.

Suorituksen indeksitarkistuksesta ei voida pätevästi sopia silloin, kun kysymyksessä on velaksiantoon tai sopimuksesta johtuvan suorituksen velaksi jättämiseen perustuva velkasuhde.

PitkäaikTarkL:n sisältämistä vapaaehtoisista sopimismahdollisuuksista huolimatta suorituksen tai vuokramaksun tarkistaminen saattaa joissakin tapauksissa johtaa toisen sopijapuolen kannalta ilmeiseen kohtuuttomuuteen. Lain 2 §:ssä tarkoitetuissa tapauksissa esim. saattaa indeksikiellon aikana olla tullut voimaan muita sopimuksia tai uusia järjestelyjä, jotka tulisi ottaa huomioon ryhdyttäessä uudelleen käyttämään indeksitarkistusta. Lain 3 §:ssä tarkoitetuissa tapauksissa taas saattaa kohtuuton lopputulos aiheutua mm. siitä, että vakauttamislain tai vuoden 1970 turvaamislain voimassa ollessa sovittua vuokramaksua määrättäessä on vuokratason nousu pyritty ottamaan huomioon jo ennakolta. Toisaalta saattaa joissakin tilanteissa siitäkin, ettei tarkistusta saada laissa säädettyä laajemmalti toimittaa, aiheutua sopijapuolelle ilmeistä kohtuutto-

muutta. Sen vuoksi on tähän lakiin otettu säännös, jonka perusteella asianosainen voi 2 §:n 1 momentissa ja 3 §:n 1 momentissa tarkoitetuissa tapauksissa vaatia suorituksen ja vuokramaksun tarkistamista, tarkistamatta jättämistä tai tarkistamista toisin kuin edellä on sanottu. Vanhojen, ennen vakauttamista voimassa olleiden sopimusten osalta ei suoritus kuitenkaan saa tämän perusteella nousta sopimusehtojen mukaisesti tarkistettua määrää suuremmaksi.

Suorituksen ja vuokramaksun tarkistamista tai tarkistamatta jättämistä ilmeisen kohtuuttomuuden perusteella on vaadittava haasteen nojalla yleisessä tuomioistuimessa. Haaste on annettava vastapuolelle tiedoksi ennen vakauttamislain voimaan tuloa tehtyjen sopimusten osalta viimeistään 30 päivänä syyskuuta 1972 sekä vakauttamislain ja vuoden 1970 turvaamislain aikana tehtyjen maanvuokrasopimusten osalta viimeistään kolmen kuukauden kuluessa siitä, kun sopijapuolen vaatimus vuokramaksun sitomisesta indeksiin on annettu tiedoksi toiselle osapuolelle.

Milloin osapuolet ovat sopineet tai tarkistamisen osalta erikseen sopivat erimielisyyksien ratkaisemisesta välimiesmenettelyllä, noudatetaan sitä myös edellä mainitun tarkistamista tai tarkistamatta jättämistä koskevan vaatimuksen osalta. Vaatimus on myös tällöin tehtävä edellä mainitussa ajassa.

Mikäli PitkäaikTarkL:ssa säädettyä suuremmat indeksitarkistukset tulisivat vastaavissa tapauksissa olemaan myöhemmin sallittuja, olisi ne kohtuussyistä sallittava myös nyt kysymyksessä olevissa tapauksissa. Tämän vuoksi on lain 8 §:ssä säädetty, että, milloin vuoden 1970 päättymisen jälkeen tehtyyn tai tehtävään määrätynlaiseen sopimukseen on sallittua ottaa indeksiehto, jonka mukaan suoritusta tai vuokramaksua saa vuotta 1976 aikaisemmalta ajalta korottaa suuremmalla kuin indeksin nousun puolella määrällä, indeksin perusteella vastaavasti laskettu korotus sallitaan samasta ajankohdasta alkaen tässä laissa tarkoitettujen vastaavien sopimusten osalta. Suoritusta tai vuokramaksua ei tämän perusteella kuitenkaan saa ennen vakauttamislain voimaantuloa tehtyjen sopimusten osalta korottaa suurempaan määrään kuin mihin se nousisi sopimusehtojen mukaisesti tarkistettuna. Korottaminen sallitaan vastaavasti myös ennen vuoden 1970 loppua päättyneissä, vuokra-alueiden järjestelystä kaupungeissa ja kauppaloissa annetun lain mukaisissa järjestelytoimituksissa määrättyjen vuokramaksujen osalta.

PitkäaikTarkL:n 8 §:ssä tarkoitetuissa tapauksissa sopijapuolilla on myös oikeus, vastaavasti kuin lain voimaan tullessa, saattaa korotuksen kohtuullisuus tuomioistuimen tai, milloin niin on sovittu, välimiesten tutkittavaksi. Oikeudenkäynti tai välimiesmenettely ei kuitenkaan tule kysymykseen vuokra-alueiden järjestelytoimituksessa määrättyjen vuokramaksujen osalta.

Sallittujen indeksiehtojen huomioon ottaminen hintojen ja huoneenvuokrien säännöstelyssä

Hintaneuvostolle, jonka valtioneuvosto on asettanut käsittelemään ja ratkaisemaan nykyisessä turvaamislaissa tarkoitettuja huoneenvuokria ja hintoja koskevia asioita,[21] tai määrätyissä tapauksissa sen jaostolle, kuuluu ratkaista, oikeuttaako tietyssä sopimuksessa olevan indeksiehdon soveltaminen toimeenpanemaan hyödykkeen tai vuokran korotuksen. Säännöstelytoimenpiteet on sovitettava niihin rajoihin, jotka käyvät ilmi valtuuttavasta laista tai siinä edellytetystä muusta sallimissäännöksestä.[22] Kysymyksessä olevat indeksisidonnaisuuden sallimissäännökset on annettu osittain siinä valtuuttamislaissa, TurvL:ssa, johon hintojen ja huoneenvuokrien säännöstely perustuu. Osittain ne ovat tuon lain 5 §:n 3 momentissa edellytetyssä, erikseen säädettäväksi jääneessä PitkäaikTarkL:ssa.

TurvL:n ja PitkäaikTarkL:n indeksisäännökset eroavat toisistaan sikäli, että edellisessä laissa puhutaan vain sopimuksiin otettavista indeksiehdoista, kun taas PitkäaikTarkL:ssa säädetään paitsi sopimusten myös niihin perustuvien maksuerien ja muiden suoritusten tarkistamisesta indeksin muutosten perusteella. Jälkimmäisen lain eri kohdissa olevat sanamuodot huomioon ottaen olisi vaikeaa katsoa, etteivät indeksiin perustuvat tarkistukset niissä tapauksissa todella myös oikeuttaisi korotukseen silloinkin, kun kyseessä on säännöstelty hinta tai vuokra.[23] Sama merkitys kuitenkin lienee indeksiehtojen sallimisella säännösten erilaisuudesta huolimatta myös TurvL:ssa säännellyissä tapauksissa. Muuten ne, jotka ovat tehneet pitkäaikaisia sopimuksia katsoen TurvL:n 2 §:n riittävästi turvaavan saamisen realiarvon säilymisen, joutuisivat toteamaan tuon pykälän toistaiseksi ja ehkä pitkäksikin ajaksi merkityksettömäksi. Sekin, joka on saanut indeksiehdon sopimukseen ottamiseen lain 3 §:ssä tarkoitetun erityisen luvan, joutuisi toteamaan sen merkitsevän vain epävarmaa korotusmahdollisuutta.[23a]

---

[21] TurvL 11 § 2 mom.; Vnp. hintaneuvostosta 30. 12. 1970/876.

[22] Kuten mm. *Kauko Sipponen* on kirjassaan »Lainsäädäntövallan delegoiminen» selostanut, säännöstelyn on meidän maassamme yleisesti katsottu edellyttävän perustuslain säätämisjärjestyksessä annettua valtuutta. Ks. s. 537—548; 583—586. Tätä periaatetta on noudatettu myös taloudellisen kehityksen ja kasvun turvaamista koskevia säädöksiä annettaessa.

[23] PitkäaikTarkL:ssa puhutaan indeksin muutoksen ottamisesta lukuun suoritusta tai lunastushintaa korottavana perusteena, maksuerien, maantai huoneenvuokran tai muun suorituksen korottamisesta indeksin nousun perusteella, vuokramaksun tarkistamisesta indeksin osoittamassa suhteessa, perittävästä indeksikorotuksesta, korotetusta määrästä ja indeksitarkistuksessa korotettavasta hinnasta (2 § 1 ja 3 mom., 3 § 1 mom., 5 § 1 mom., 6 § 1 ja 2 mom., 8 § 1 ja 3 mom., 10 § 2 ja 3 mom.).

[23a] Myös lainsäätäjän lähtökohtana on ollut ajatus, että indeksiehtojen salliminen sinänsä voi aiheuttaa hintojen ja kustannusten nousua. Tämä käy ilmi hallituksen esityksen no 183/1970 vp. seuraavasta kohdasta: »Voimassa

Edellä mainitulla perusteella olisi sekä TurvL:n että PitkäaikTarkL:n perusteella sallitut indeksikorotukset, laskettuna korottamattomasta säännöstelyhinnasta tai -vuokrasta, hyväksyttävä hinnan ja vuokran korotuksissa indeksiehdon voimaantulosta alkaen. Oikeus indeksikorotuksiin tulisi ottaa huomioon myös annettaessa TurvL:n nojalla säännöksiä, jotka lain 15 §:n mukaan on saatettava eduskunnan tietoon tarkastamista varten. Jollei näin menetellä, merkitsee se delegoivan lain säännösten ja niihin perustuvien oikeuksien tekemistä merkityksettömiksi alemmanasteisilla säännöksillä.[24]

Kysymykseen TurvL:n ja PitkäaikTarkL:n sallimissäännösten merkityksestä säännöstelyviranomaisten toimivallan rajoituksina ei tätä kirjoitettaessa liene olemassa selvää ratkaisua.[25]

---

olevan turvaamislain voimassaolo päättyy tämän vuoden lopussa. Koska myös sanotun ajankohdan jälkeen on välttämätöntä pitää huolta siitä, ettei *indeksiehtojen laajalla käyttöön ottamisella* eikä muutoinkaan *päästä aiheuttamaan hintojen ja kustannusten yleistä nousua* — — —, hallitus katsoo, että vielä 1. 1. 1971—31. 3. 1972 väliseksi ajaksi olisi annettava indeksiehdon käyttämisen rajoittamista tarkoittavia sekä hintavalvontavaltuudet sisältäviä säännöksiä.»

[24] Alemmanasteinen säädös ei muutu laiksi eikä sen hierarkkinen korkeus muutoinkaan muutu sen perusteella, että eduskunta päättää olla kumoamatta sitä. Ks. tästä *Sipponen* s. 647—650.

[25] Vrt. *Antero Oksanen*, Taloudellista vakauttamista koskevista tämänhetkisistä määräyksistä, Suomen kunnat 12—1971 s. 715, jossa on ohimennen mainittu hintasäännöstelyn vaikutuksesta indeksikorotukseen. Kannanottoa po. oikeuskysymykseen ei kuitenkaan liene tarkoitettu.

Mainittakoon, että esim. Norjassa ja Saksan liittotasavallassa ne säännökset, joista voidaan etsiä johtoa selvitettäessä, mikä merkitys arvonturvaamisehdoilla on hintasäännöstelyssä ja missä menettelyssä ne otetaan huomioon, ovat erilaiset kuin Suomessa.

Norjassa, jossa on voimassa kohtuullisuuden hintasäännöstelyn ohjeeksi säätävä hintalaki (Lov om kontroll och regulering av priser, utbytte og konkurranseforhold 26. 6. 1953), indeksiehdot ovat sallitut ja niitä pidetään hintalain kannalta samanveroisina muiden sopimusehtojen kanssa. Lakiin ei niin ollen sisälly säännöksiä indeksiehtojen kieltämisestä tai sallimisesta. Sopimus tai sopimusehto ei saa olla ristiriidassa lain 18 §:n kanssa, jonka mukaan on kiellettyä ottaa tai vaatia kohtuutonta hintaa tai tehdä sellaisesta sopimusta sekä kiellettyä sopia ehdosta taikka noudattaa ehtoa, joka aiheuttaa kohtuuttomuutta toiselle sopijapuolelle tai on ilmeisesti ristiriidassa yleisten etujen kanssa. Hallituksella on valta indeksi- ja muista sopimusehdoista riippumatta säännöstellä hintoja ja antaa säädöksiä laissa luetelluista muista asioista (24 §). Ks. tarkemmin: *Knut Blom*, Prisloven med kommentar, Oslo 1954, s. 73—81 ja 93—106; *Torsten Eckhoff* og *Öystein Gjelsvik*, Prisloven av 26. juni 1953 med kommentarer, Oslo 1955, 100—115, s. 148 ss. Ks. myös midlertidig lov om regulering av leie for husrom m.v. 20. 6. 1964.

Saksan liittotasavallassa ottanee arvonturvaamisehtoja valvova liittopankki lupahakemusta ratkaistessaan käytännössä huomioon myös säännöstelymääräykset. Liittopankki on pitkäaikaisten sopimusten tarkistamiskomitean tiedustelun johdosta 17. 3. 1970 antamassaan selostuksessa mm. lausunut energiantoimitussopimuksissa käytetyn hinnanliukumisehdon osalta:

Eräissä tapauksissa sopimukseen perustuvaa suoritusta saadaan korottaa sekä indeksikorotuksen että valtioneuvoston valtuuttamislain nojalla antaman päätöksen perusteella. Tästä on otettu säännökset PitkäaikTarkL 10 §:n 2 ja 3 momenttiin.[26]

Eräiden vakauttamislailla kumottujen säännösten voimaansaattaminen

PitkäaikTarkL:n säätämisen yhteydessä on saatettu voimaan eräät indeksisäännökset, jotka vakauttamislain 1 §:ssä kumottiin niiltä osin kuin ne kohdistuivat vakauttamisen voimaantulon jälkeiseen aikaan.

VakautL:lla oli kumottu mainitulta osaltaan asuntotuotantolain 15 a §:n (33/68) säännös rakennuksen hankintakustannuksissa sen valmistumisen jälkeen tapahtuneiden, rakennuskustannusindeksin mukaan laskettujen muutosten huomioon ottamisesta asuntolainaa

---

»In Stromlieferungsverträgen für Sonderabnehmer sind durch eine Preisverordnung (PR 18/52) vom 26. 3. 1952 (Bundesanzeiger Nr. 62 vom 28. 3. 1952) Preisgleitklauseln *preisrechtlich* zugelassen, die den Strompreis vom Kohlenpreis und von Löhnen abhängig machen, insoweit wird auch die *währungsrechtliche Genehmigung durch die Bundesbank erteilt.*» Tämän erikoistapauksen johdosta on kuitenkin syytä mainita, että sähkövoiman hinnan sidonnaisuutta hiilen hintaan ja työpalkkoihin ei yleensä näytä pidetyn oikeudelliselta luonteeltaankaan sellaisena ehtona, johon vaadittaisiin liittopankin hyväksyminen. Päinvastoin on kirjallisuudessa ollut vallitsevana se mielipide, jonka mukaan tämä ehto ei ole hyväksymistä vaativa ainakaan silloin, kun se on voimassa kummankin sopimuspuolen hyväksi. Myös Bundesgerichtshofin ratkaisuissa on oltu tällä kannalla; *Dürkes* s. 130 ja 132—133 sekä aliv. 86, 102—105.

Ks. myös edellä aliv. 10 mainittua *Fögen*'in kirjoitusta Bedeutung, Anwendungsbereich und Grundsätze jne. Kuten siinä on esitetty (s. 6), liittopankin hyväksyminen ei korvaa muun oikeusperusteen nojalla vaadittavaa hyväksymistä, jonka antaminen kuuluu jollekin toiselle viranomaiselle.

[26] Vakauttamislain 6 §:n 2 momentin nojalla järjestettiin eräiden urakka-, hankinta- ja tavarantoimitussopimusten perusteella määräytyvien hintojen erityinen tarkistusmenettely, jota koskevat määräykset VN antoi päätöksellään 27. 6. 1968 (379/68). Vastaava päätös TurvL 1970:n nojalla annettiin 30. 12. 1969 (883/69). Huoneenvuokrien säännöstelystä ja valvonnasta on annettu VN:n päätöksiä 9. 4. 1968 (211/68), 31. 12. 1968 (773/68), 30. 12. 1969 (852/69), 4. 3. 1970 (210/70) ja 30. 12. 1970 (878/70). Näiden päätösten nojalla on hintoja ja vuokria tarkistettu antamalla osittaista hyvitystä vakauttamiskausien aikana tapahtuneesta kustannusten noususta. Tarkoituksena on, että näissä tapauksissa, samalla kun sopimukset on vastaisen indeksikehityksen osalta saatettu samaan asemaan kuin muutkin pitkäaikaiset sopimukset, edelleenkin on ollut oikeus periä myös se korotus, johon erityispäätöksellä on annettu oikeus. Ks. lisäksi TurvL 5 § 2 mom. ja A.urakka-, hankinta- tai tavarantoimitussopimuksen perusteella määräytyvän hinnan tarkistamista tarkoittavaa hakemusta jätettäessä noudatettavasta määräajasta 15. 1. 1971 (22/71).

saaneen yhtiön osakkeiden lunastushintaa määrättäessä. Kumotun säännöksen voimaan saattamista koskevan erillisen lain (379/71) nojalla sallitaan rakennuskustannusindeksin muutoksiin perustuva korotus jälleen 1. 7. 1971 lukien. Säännös soveltuu niihin tapauksiin, joissa kunnalle on syntynyt lunastusoikeus tuon päivän jälkeen. Pykälän mukaan on myös omakotitalon lunastushinta määrättävä noudattaen soveltuvin osin, mitä yhtiön omistaman kiinteistön arvon arvioimisesta on sanottu. Indeksisidonnaisuus sallitaan näissä tapauksissa lain voimaantulosta alkaen täysimääräisenä. VakautL:n ja TurvL 1970:n aikana tapahtunutta indeksin muutosta ei näissäkään tapauksissa oteta huomioon.

PitkäaikTarkL:n voimaan tullessa saatettiin erillisellä lailla (380/71) uudelleen voimaan myös VakautL:lla edellä mainitulta osalta kumottu vuokra-alueiden järjestelystä kaupungeissa ja kauppaloissa annetun lain (218/62) 17 §:n 2 momentti. Indeksin muutokset otetaan huomioon järjestelytoimituksissa määrättävissä vuokrissa vastaavasti kuin PitkäaikTarkL:n 2 §:n 1 momentissa mainituissa tapauksissa. Voimaansaattamislakiin sisältyy myös PitkäaikTarkL:n 8 §:n 2 momenttiin viittaava säännös, jonka mukaan indeksitarkistus siinä mainitun edellytyksen tulevaisuudessa ehkä toteutuessa sallitaan indeksin nousun puolta määrää suurempana jo ennen vuotta 1976.

PitkäaikTarkL:n voimaantulon yhteydessä on vielä saatettu uudelleen voimaan VakautL:n kumoama rakennuslain 91 §:n 3 momentti. Kadun ja viemärilaitoksen rakentamiskustannusten korotusta sen mukaan laskettaessa jäävät VakautL:n ja TurvL 1970:n aikana tapahtuneet muutokset huomioon ottamatta ja korotettua vuotuismaksua saadaan periä vasta vuoden 1972 ensimmäisen neljänneksen päättymisestä lukien.

MERISELITYSSÄÄNNÖSTÖSTÄ

VOITTO SAARIO

Merenkulku on kautta aikojen monessa suhteessa poikennut maalla harjoitetuista elinkeinoista. Tämä on johtunut mm. aluksen navigointiin ja käsittelyyn liittyvistä vaaroista, sen erityisestä alttiudesta luonnonvoimien vaikutukselle sekä liikkumisesta kaukaisilla vesillä maan rajojen ulkopuolella. Sen vuoksi on ollut aihetta luoda erityinen merilainsäädäntö, jossa merenkulun erikoisluonne on otettu huomioon. Myös merionnettomuuksien selvittämiseksi on pyritty luomaan sanottuun erikoisluonteeseen soveltuvia menettelytapoja. Tunnusomaista näille on ollut tilaisuuden järjestäminen laivanisännälle ja aluksen päällikölle välittömästi puhdistautua syyllisyydestä tapahtuneeseen onnettomuuteen ja siten ennakolta ehkäistä aiheettomien syytteiden ja korvauskanteiden nostaminen, mikä puolestaan on suonut alukselle ja sen laivaväelle mahdollisuuden jatkaa säännönmukaista kulkuaan ilman tarpeettomia viivyttelyjä.

Nykyinen meriselityssäännöstömme periytyy jo keskiajalta. Pohjois-Euroopassa noudatettu Wisbyn merioikeus sisälsi näet eräitä säännöksiä, joita voidaan pitää alkuna meriselitysinstituutille.[1] Niinpä aluksen päällikkö, milloin viinilastissa oli sattunut vahinko ja lastinomistaja väitti vahingon johtuneen lastin virheellisestä ahtauksesta, saattoi vapautua vastuusta, jos hän sekä kolme tai neljä lastinomistajan valitsemaa miehistön jäsentä vannoivat, ettei viini ollut joutunut hukkaan virheellisen ahtauksen vuoksi. Milloin taas alus oli kiinnitettynä satamaan ja virran mukana saapuva toinen alus törmäsi siihen niin, että lastina olleet viiniastiat särkyivät, oli vahinko jaettava kummankin aluksen lastin kesken, edellyttäen että viimeksi mainitun aluksen päällikkö ja hänen miehistönsä vannoivat, etteivät he olleet aiheuttaneet yhteentörmäystä tahallaan. Samantapaisia säännöksiä oli keskiajan muissa eurooppalaisissa merilaeissa (Rôles d'Oleron, Consolata del Mare).

Vannomalla puhdistautumisesta kehittyi aikaa myöten nk. meriprotesti, joka esiintyi mm. Ruotsin merilaissa vuodelta 1667.[2]

[1] Wisby Stadslag och Sjörätt, utg. år 1853 av C. J. Schlyter, s. 209, 215 ss.

[2] Lain esitöistä ks. *Bo Palmgren*, Återfunna förarbeten till 1667 års sjölag, SvJT 1960 s. 25 ss. ja siinä viitattu kirjallisuus.

Sanotun lain mukaan aluksen päälliköllä, joka ei ollut saanut täytettä lastia, oli kuitenkin oikeus saada sovittu rahti, jos hän protestilla näytti, että lastin vajavuus johtui rahdinantajasta. Niin ikään saattoi aluksen päällikkö, jota syytettiin siitä, että hän oli joko satamassa tai merellä tahallaan aiheuttanut toiselle alukselle vahinkoa, vapautua vastuusta, jos kuusi laivaväkeen kuuluvaa henkilöä valallisesti vahvisti oikeaksi hänen väitteensä, ettei vahinkoa ollut aiheutettu tahallisesti. Edelleen oli mainitun lain mukaan mahdollista vastaisen oikeudenkäynnin varalta kuulla oikeudessa todistajia, milloin sitä todistajan vanhuuden, paikkakunnalta poistumisen tai muun syyn takia pidettiin tarpeellisena.

Meriprotesti säilyi edelleen kehitettynä Ruotsin merilaissa vuodelta 1864. Sen mukaan aluksen päällikön tuli merionnettomuuden tapahduttua antaa asianomaiselle viranomaiselle meriprotesti sekä sen ohella lyhyt selonteko onnettomuudesta. Lisäksi päällikön tuli antaa tuomioistuimelle kirjallinen meriselitys, joka oli valalla vahvistettava. Toimituksessa oli kuulusteltava myös muita laivaväkeen kuuluvia henkilöitä, joiden tuli niin ikään valalla vahvistaa kertomuksensa, sekä esitettävä laivapäiväkirja. Vasta vuoden 1891 merilaissa protestista luovuttiin ja jäljelle jäi vain meriselitys.

Norjassa ja Tanskassa kehitys oli suunnilleen samanlainen kuin Ruotsissakin. Niinpä Norjan merilaissa vuodelta 1687 (Chr. V's Norske Lov) oli säännös, jonka mukaan laivaväen, milloin aluksesta oli heitetty lastia mereen tai alus oli ohjattu matalikolle ihmishengen, aluksen tai lastin pelastamiseksi, tuli valalla vahvistaa, että toimenpide oli ollut välttämätön. Vuoden 1860 merilaissa oli toteutettu sekä meriprotesti että meriselitys. Seuraavassa merilaissa vuodelta 1893 oli protestista luovuttu ja säilytetty vain meriselitys, johon liittyi ns. merikuulustelu.

Myös Saksan merioikeus on vanhastaan tuntenut meriselityksen.[3] Sen ohella on merionnettomuuden syitä voitu tutkia tuomioistuimen ulkopuolella tapahtuvassa tutkinnassa. Saksan meriselityssäännöstö vastaa suurin piirtein Pohjoismaiden vastaavaa säännöstöä.[4] Sen mukaan annetaan meriselitys alukselle tai lastille sattuneen vahingon johdosta ensimmäisen määräsatamapaikkakunnan yleisessä alioikeudessa (Amtsgericht). Tilaisuudessa saavat olla läsnä kaikki ne, joiden etu liittyy alukseen tai lastiin. Sekä päällikön että muiden laivaväkeen kuuluvien, joita tilaisuudessa kuulustellaan todistajina, on valalla vahvistettava kertomuksensa. Oikeuden puheenjohtajalla on valta kutsuttaa kuulusteltaviksi myös muita kuin aluksen päällikön esittämiä henkilöitä.

Tuomioistuimen ulkopuolella tapahtuva hallinnollisen viran-

---

[3] Ks. tästä esim. *Grapengeter-von Wegerer*, Hafen- und Schiffartsrecht (Hampurg 1955) ja *von Laun-Lindenmaier*. Schiffartsrecht I—II (München-Berlin 1953—56).

[4] HGB 524, 525 §; Verordnung zur Vereinfachung des Verfahrens über Verklagungen vom 16. 8. 1944.

omaisen (Seeamt) toimittama tutkinta palvelee julkisoikeudellisia tarkoitusperiä.[5] Siinä pyritään saamaan selville, onko merionnettomuus johtunut aluksen virheellisestä navigoinnista tai käsittelystä, meriteiden sääntöjen rikkomisesta, virheellisestä ahtauksesta, aluksen puutteellisista varusteista tai riittämättömästä miehityksestä taikka majakkalaitoksen puutteellisuudesta, merimerkkien virheellisyydestä tai luotsin tai muun virkamiehen huolimattomuudesta tai laiminlyönnistä. Tutkinta on pakollinen, milloin alus on tuhoutunut, hylätty tai kadonnut taikka joku on onnettomuuden yhteydessä kuollut. Muissa tapauksissa tutkinnan toimittaminen on valinnanvarainen. Asianomainen departementti voi kuitenkin aina määrätä tutkinnan toimitettavaksi. Tutkintaa ei tarvitse toimittaa, jos jo etukäteen on täysin selvää, että tutkinta ei voi tuottaa mitään tulosta. Tutkinnan päätyttyä Seeamt antaa päätöksen (Spruch), joka sisältää kuvauksen onnettomuudesta ja sen syistä sekä toteamuksen mahdollisesta syyllisyydestä. Lisäksi se voi sisältää esityksiä toimenpiteiksi samantapaisten onnettomuuksien estämiseksi vastaisuudessa. Seeamt'illa ei ole valtaa langettaa rangaistuksia, mutta se voi väliaikaisesti peruuttaa aluksen päällikön, perämiehen tai konepäällikön lupakirjan. Viimeksi mainitusta toimenpiteestä asianomainen saa valittaa ylempään instanssiin (Bundesoberseeamt).[6]

Ranskan merioikeus ei tunne meriselitysinstituuttia samassa merkityksessä kuin Pohjoismaissa ja Saksassa, vaan siellä on käytännössä meriprotestia muistuttava säännöstö (rapport de mer).[7] Sen mukaan aluksen päällikön tulee merionnettomuuden tapahduttua antaa asianomaisen kauppatuomioistuimen (tribunal de commerce) puheenjohtajalle lyhyt selostus siitä matkasta, jonka aikana onnettomuus on tapahtunut, sekä onnettomuuteen liittyvistä seikoista. Myös hätäsatamaan poikkeamisesta annetaan suppea selostus siihen johtaneista olosuhteista (déclaration de relâche). Selostus voidaan antaa suullisestikin, mutta tavallisimmin se annetaan kirjallisesti. Aluksen päällikkö vahvistaa selostuksen valallaan ja, mikäli se on annettu kirjallisesti, oikeudenpuheenjohtaja merkitsee siihen todistuksen sen antamisesta. Milloin alus on tuhoutunut, on päällikön näytettävä selostuksensa toteen siten, että haaksirikosta pelastuneet vahvistavat sen oikeaksi (vérification). Käytännössä aluksen päällikkö tavallisesti ottaa muiden laivaväkeen kuuluvien vahvistuksen selostukseensa myös muissa tapauksissa. Toimitus on kuitenkin jäänyt pelkäksi muodollisuudeksi.

---

[5] Gesetz über die Untersuchung von Seeunfällen vom 28. 9. 1935.

[6] Tekstissä kuvattu järjestelmä on edelleen voimassa Saksan Liittotasavallassa. Saksan Demokraattisessa tasavallassa on merionnettomuuksien selvittelystä voimassa Verfahrensordnung für die Untersuchung von Havarien vom 20. 11. 1953.

[7] Code de Commerce (Livre II, Titre IV). Kirjallisuudesta ks. esim. *Ripeet*, Droit maritime I (Paris 1950); *Dor — Choteau*, Rôle probatoire du rapport de mer, Revue de droit maritime comparé XX, 1929, s. 1 ss.

Koko laivaväen asemesta päällikkö useimmiten ottaa mukaansa vain pari laivaväkeen kuuluvaa, jotka valallaan vahvistavat selostuksen oikeaksi ilman enempiä kuulusteluja. Selostuksen antamisen laiminlyömisestä ei ole säädetty mitään sanktiota, mutta se synnyttää olettamuksen aluksen päällikön syyllisyydestä mahdollisessa korvausoikeudenkäynnissä ja vaikuttaa siten todistustaakan jakautumiseen.

Englannissa on omaksuttu meriprotestijärjestelmä (sea-protest), joka on siellä puhtaasti käytännön luoma instituutti.[8] Meriprotesti annetaan julkiselle notaarille. Se sisältää ylimalkaisen selostuksen onnettomuudesta ja sitä voidaan kuuden kuukauden aikana tarvittaessa täydentää (extension of protest). Meriprotestia ei voida käyttää tuomioistuimessa todisteena laivanisännän tai aluksen päällikön hyväksi mahdollisessa korvausoikeudenkäynnissä ilman vastapuolen suostumusta. Meriprotestin pääasiallisin merkitys on siinä, että sitä voidaan käyttää alustavana selvityksenä onnettomuudesta merivahingonlaskijan ja vakuutuksenantajan tehdessä päätöksiään. Missään onnettomuustapauksessa meriprotesti ei ole pakollinen, mutta tavallisesti aluksen päällikkö katsoo etunsa vaativan sen antamista hälventääkseen mahdolliset häneen kohdistuvat epäluulot. Varmemmaksi vakuudeksi päällikkö voi liittää meriprotestiinsa muun laivaväen valaehtoisen todistuksen.

Amerikan Yhdysvalloissa ei ole meriprotesti- eikä meriselitys-säännöstöä. Sen sijaan siellä merionnettomuuden tapahduttua toimitetaan poliisitutkintaa muistuttava tutkinta, jonka suorittaa erityinen rannikkoviranomainen (Coast Guard).[9] Milloin merionnettomuus on aiheuttanut ihmishengen menetyksen, jollekin henkilölle yli 72 tunnin työkyvyttömyyden tai yli 1 500 dollarin omaisuusvahingon taikka vahingoittanut aluksen merikelpoisuutta tai alus on ajautunut karille, laivanisännän tai hänen edustajansa on viipymättä ilmoitettava siitä Coast Guard'in lähimmälle tarkastusasemalle. Sen lisäksi aluksen päällikön tulee ilmoittaa tapahtumasta lähimmän sataman tarkastusviraston hoitajalle.

Coast Guard'in toimittaman tutkinnan tarkoituksena on selvittää onnettomuuden syy, ennen kaikkea onko onnettomuuden aiheuttanut jokin tekninen vika taikka jonkun henkilön virhe tai laiminlyönti. Laivanisännällä, lastinomistajalla ja vakuutuksenantajalla on oikeus olla tutkintatilaisuudessa edustettuna, esittää kysymyksiä kuulusteltaville henkilöille sekä nimetä todistajia.

Tutkinnasta laaditaan raportti, joka sisältää selostuksen onnet-

---

[8] Ks. tästä esim. *Abbot*, Merchant Ship and Seamen (London 1881) s. 325; *Holman*, A Handy Book for Shipowners and Masters (London) 1948) s. 95—97; *Marsden*, Collisions at Sea, Tenth Edition (London 1953) s. 294.

[9] Code of Federal Regulations, Title 46; Reorganization Plan No. 3/1946. Kirjallisuudesta ks. esim. *Arzt*, Marine Laws (New York 1953, Supplement 1956); *Benedict*, The Law of American Admiralty (New York 1940).

tomuudesta sekä tutkinnan toimittajan oman käsityksen onnettomuuden syistä ja hänen esityksensä mahdollisista jatkotoimenpiteistä. Asianomainen piiripäällikkö (District Commander) tarkastaa raportin ja merkitsee siihen oman mielipiteensä sekä huolehtii tarpeellisiin jatkotoimenpiteisiin ryhtymisestä. Mikäli tutkinnassa on käynyt ilmi, että joku on syyllistynyt rangaistavaan menettelyyn, asiakirjat toimitetaan asianomaiselle syyttäjäviranomaiselle.

Jos onnettomuudella on ollut laajat mittasuhteet tai sen yhteydessä on tullut esiin vaikeasti selvitettäviä kysymyksiä, tutkinnan toimittaminen voidaan uskoa erityiselle tutkintaelimelle (Marine Board of Investigation).

Coast Guard voi myös järjestää erityisen kurinpitoprosessin (disciplinary proceedings), jonka yhteydessä voidaan väliaikaisesti peruuttaa lupakirja sellaiselta aluksen päällystöön kuuluvalta henkilöltä, joka on syyllistynyt pätemättömyyttä tai taitamattomuutta osoittavaan tai muutoin virheelliseen menettelyyn, laiminlyöntiin tai ihmishengen vaarantamiseen taikka rikkonut merenkulku- tai huumausainelainsäädäntöä vastaan.

Suomessa on merilainsäädännön alalla seurattu samoja uria kuin muissa Pohjoismaissa. Vuoden 1873 merilain mukaan aluksen päällikön oli 24 tunnin kuluessa merionnettomuuden tapahduttua tai, mikäli onnettomuus oli sattunut matkalla, satamaan tulon jälkeen tehtävä kaupungissa julkiselle notaarille ja maalla tullikamarille tai kruununpalvelijalle suullinen meriprotesti, jonka tuli sisältää lyhyt selostus vahingon laadusta sekä siitä, miten se oli tullut ja mihin toimenpiteisiin sitä vastaan oli ryhdytty. Sen jälkeen hänen oli kahdeksan päivän kuluessa annettava tuomioistuimelle tai järjestysoikeudelle kirjallinen merivahingonselitys, minkä yhteydessä oli laivapäiväkirjalla ja muilla asiakirjoilla sekä päällikön ja muiden laivaväkeen kuuluvien taikka muiden henkilöiden valalla vahvistetuilla kertomuksilla näytettävä toteen, mitä merivahingonselityksessä oli esitetty. Näiden toimenpiteiden tarkoituksena oli lähinnä antaa päällikölle tilaisuus osoittaa, ettei hän eikä muu laivaväki ollut vahinkoon syypää, ja siten suojautua aiheettomia korvausvaatimuksia vastaan. Mitä näin oli esitetty ja todistuksilla vahvistettu, pidettiin täytenä todistuksena hänen ja muun laivaväen hyväksi, kunnes vastakohta mahdollisessa oikeudenkäynnissä näytettiin toteen.[10]

Vuoden 1939 merilaissa meriprotesti ja merivahingonselitys korvattiin asianomaiselle raastuvanoikeudelle annettavalla kirjallisella meriselityksellä. Samalla tehostettiin raastuvanoikeuden osuutta meriselityksen vastaanottamisessa säätämällä, että sen tuli aktiivisesti pyrkiä selvittämään onnettomuuden syitä tekemällä kysymyksiä, kutsumalla tilaisuuteen muitakin kuin päällikön ni-

[10] Ks. tästä *Lang*, Finlands sjörätt III uppl. utgiven av *A. V. Lindberg* och *Rudolf Beckman* (Helsingfors 1932) s. 312—320.

meämiä henkilöitä, toimittamalla tarvittaessa katselmuksen aluksessa tai onnettomuuspaikalla sekä hankkimalla asiantuntijain lausuntoja. Näin tuli meriselityksen antamiseen liittymään ns. merikuulustelu.[11]

Meriprotestille oli ja on edelleen siellä, missä se on käytännössä, tunnusomaista sen defensiivinen luonne. Siihen liittyvän, puhdistusvalaksi luonnehdittavan valanteon tarkoituksena oli vapauttaa aluksen päällikkö siviilioikeudellisesta vastuusta merionnettomuuden aiheuttamasta vahingosta. Käytännössä meriprotestista muodostui eräänlainen prosessuaalinen rituaali, jolla vahinkoa aiheuttanut tapahtuma saatiin mukavasti pois päiväjärjestyksestä. Asiallisesti sen merkitys oli jokseenkin olematon ja sen uskottavuus melko kyseenalainen. Olihan selvää, että aluksen päällikkö yritti vapautua vastuusta sellaisissakin tapauksissa, joissa onnettomuus oli johtunut hänen tai jonkun hänen alaisensa virheestä tai laiminlyönnistä. Mahdollisessa korvausoikeudenkäynnissä vastanäytön esittäminen olikin sallittua, joten meriprotesti ei lopullisesti vapauttanut päällikköä vastuusta. Vastanäytön hankkiminen saattoi kuitenkin olla varsin vaikeata, mikäli aluksen miehistö, niin kuin on helposti kuviteltavissa, piti päällikkönsä puolta.

Meriprotestilla on ollut voimakas vaikutus yleiseen asennoitumiseen merioikeuskäytännössä. Senkin jälkeen kun oli siirrytty puhtaaseen meriselitysjärjestelmään siihen liittyvine merikuulusteluineen, eräänlainen rituaalinomaisuus ja protestiasenne säilyi meriselityksen antamistilaisuuksissa. Raastuvanoikeudet suhtautuivat asiaan enemmän tai vähemmän passiivisesti tyytyen vain kirjaamaan meriselityksen vastaanotetuksi ryhtymättä omasta puolestaan sen tarkemmin onnettomuuden syitä tutkimaan, vaikka niillä lain mukaan olisi ollut siihen velvollisuus.[12] Monessa tapauksessa raastuvanoikeuden jäseniltä saattoi sitä paitsi puuttua tarvittava merioikeudellinen ja tekninen asiantuntemus, joten kysymysten teko olisi tuottanut vaikeuksiakin. Tämä asiantila antoi meillä ja muissa Pohjoismaissa aiheen ryhtyä yhteistoimin uudistamaan meriselityssäännöstöä, mikä sitten johti niissä suunnilleen samanaikaisesti tapahtuneisiin lainmuutoksiin, joilla meriselityssäännöstö samalla yhdenmukaistettiin kaikissa Pohjoismaissa Islantia lukuunottamatta. Meillä tämä tapahtui 26. 5. 1967 annetulla lailla merilain muuttamisesta (237/67).

Lainmuutosta valmisteltaessa oli aluksi voimakkaana esillä mielipide, että meriselityssäännöstöstä olisi kokonaan luovuttava ja korvattava se jollakin tehokkaammalla tutkintamenetelmällä.

---

[11] Meriselityksestä vuoden 1939 merilain mukaan ks. esim. *Beckman*, Suomen merioikeus (Helsinki 1940) s. 109—112; *Sama*, Några ord om sjörättsmål och sjöförklaringar, JFT 1940 s. 274 ss; *Sama*, Handbok i sjörätt, 5 uppl. (Helsingfors 1961) s. 84—88.

[12] *Beckman*, Merioikeuden käsikirja 3 pain. (Helsinki 1968) s. 289; *Rein*, Sjøforklaringer (Göteborg 1956) s. 7 ss.

Instituutin säilyttämistä puolsivat kuitenkin sellaiset näkökohdat kuin että se ei edellyttänyt minkään uuden elimen perustamista, koska tehtävä voitiin edelleen uskoa raastuvanoikeuksille, sekä että itse menettely oli yksinkertainen, nopea ja halpa. Lopputulokseksi jäi, että sanotussa lainmuutoksessa meriselityssäännöstö säilytettiin, mutta samalla korostettiin raastuvanoikeuksien aktiivisen osuuden tärkeyttä merionnettomuuden syiden selville saamiseksi sekä täsmennettiin niitä edellytyksiä, joiden vallitessa meriselityksen antaminen oli oleva pakollinen. Merilain meriselitystä koskevien säännösten soveltamisesta 14. 7. 1967 annetussa asetuksessa sekä meriselityksen käsittelyssä huomioon otettavista seikoista 28. 9. 1967 annetussa kauppa- ja teollisuusministeriön päätöksessä siihen kuuluvine liitteineen on yksityiskohtaisesti määrätty, miten meriselitystä vastaanotettaessa on meneteltävä ja mitkä seikat on siinä yhteydessä pyrittävä selvittämään. Näiden ohjeiden tarkoituksena on helpottaa raastuvanoikeuksien suoriutumista niille uskotusta tehtävästä.

Meriselityssäännöstön uudistamisen jälkeen meriselityksen antaminen tuli edelleen olemaan pakollinen tietyissä MeriL 57 §:ssä luetelluissa tapauksissa. Muissa tapauksissa se jäi riippumaan siitä, vaatiiko merenkulkuhallitus tai joku asiapuolista meriselityksen antamista. Tämä onnettomuustapausten jako kahteen ryhmään perustuu lähinnä siihen, onko merionnettomuuden selvittämisellä merkitystä yleisen vaiko pelkästään yksityisen edun kannalta. Lastinomistaja saa kuitenkin vaatia meriselityksen antamista vain silloin kun lastia kohdannut vahinko on huomattava, koska tavalliset lastivahingot voidaan käytännöllisemmin selvittää muulla tavoin. Aluksen päälliköllä sen sijaan on oikeus antaa meriselitys aina, milloin hän katsoo etunsa sitä vaativan. Tässä on vielä selvästi jäljellä meriprotestin tuntua.

Voimassa olevan lain mukaan meriselitys ei ole pelkkä prosessuaalinen muodollisuus, vaan se on eräs tapa merionnettomuuksien selvittämiseksi. Tietyissä tapauksissa se voidaan korvata jollakin muulla menettelyllä tai siitä voidaan muulla perusteella jopa kokonaan luopua. MeriL 258 §:n 2 momentin mukaan näet merenkulkuhallitus voi sallia, että meriselitys jätetään antamatta tai että sen antaminen lykätään, jos tapahtumasta, josta muutoin olisi annettava meriselitys, on tai voidaan olettaa olevan saatavissa tyydyttävä selvitys muulla tavoin, esim. ulkomaan viranomaisen toimittaman tutkinnan perusteella. MeriL 255 §:n 2 momentin mukaan taas meriselitys voidaan jättää kokonaan antamatta, jollei merenkulkuhallitus toisin määrää, milloin suomalainen alus on törmännyt ulkomaiseen alukseen, jonka osalta sen kansallisen oikeuden mukaan ei ole annettava meriselitystä tai toimitettava muuta vastaavanlaista selvitystä.

Viimeksi mainittu säännös on yksi meriselitysinstituutin omalaatuisuuksia ja perusteluiltaan melko arveluttava, sen tarkoituksena kun on estää ulkomaisen aluksen laivanisäntää saamasta tietoonsa

sellaisia meriselityksessä ehkä esille tulevia seikkoja, joista hänellä saattaisi olla hyötyä mahdollisessa korvausoikeudenkäynnissä yhteentörmäyksessä osallisena olleen kotimaisen aluksen laivanisäntää vastaan. Kun toisaalta korostetaan merionnettomuuden syiden selvittämisen tärkeyttä, laki tässä tapauksessa sallii merionnettomuuden syiden diskriminoivan salaamisen puhtaasti yksityisen edun suojelemiseksi, mikä etu sitä paitsi saattaa olla täysin kuviteltu.[13]

MeriL 58 §:n mukaan meriselitys annetaan ensisijaisesti sen paikkakunnan raastuvanoikeudelle, missä tapahtuma on sattunut tai mihin alus tai sen päällikkö ensin saapuu. Jollei näissä paikoissa ole raastuvanoikeutta, on meriselitys annettava lähimmän kaupungin raastuvanoikeudelle. Meriselityksen antaminen voidaan myös lykätä kunnes alus saapuu toiseen satamaan, jos sillä meriselityksen tarkoitusta syrjäyttämättä voidaan saavuttaa huomattavaa kustannusten säästöä alukselle tai muita olennaisia etuja. Suomalaisen aluksen osalta voidaan meriselitys antaa myös Norjassa, Ruotsissa ja Tanskassa sille tuomioistuimelle, joka asianomaisen maan lain mukaan on siihen toimivaltainen. Muualla ulkomailla meriselitys annetaan sen vastaanottamiseen oikeutetulle Suomen konsulille tai, missä sellaista Suomen konsulia ei ole, sille Norjan, Ruotsin tai Tanskan konsulille, jolla kotimaansa lain mukaan on oikeus vastaanottaa meriselitys. Nämä eri mahdollisuudet merkitsevät tietenkin joustavuutta säännöstön soveltamisessa mutta samalla myös sen varsinaisen tarkoituksen kannalta tiettyä epätasaisuutta. Varsinkin konsulille annettu meriselitys saattaa helposti olosuhteista riippuen jäädä pelkäksi lain kirjaimen täyttäväksi muodollisuudeksi, joskaan näin ei suinkaan aina tarvitse olla laita.

Meriselityssäännöstöllä nykyisessä muodossaan on kahdenlainen tehtävä.[14] Ensiksikin se palvelee yksityisiä etuja suomalla eri edunhaltijoille, myös vakuutuksenantajalle, tilaisuuden saada kulloinkin kysymyksessä olevasta merionnettomuudesta ensikäden tietoja mahdollista korvauskanteen nostamista silmällä pitäen. Toiseksi sillä on julkisoikeudellinen tehtävä antaa asianomaisille merenkulku- ja syyttäjäviranomaisille aineistoa mahdollisia hallinnollisia tai syytetoimenpiteitä varten. Tätä puolta täydentää vielä uutuutena puheena olevan lainmuutoksen yhteydessä MeriL 59 §:ään otettu säännös aluksen päällikön ilmoitusvelvollisuudesta, joka koskee sekä niitä tapauksia, joissa meriselityksen antaminen on pakollinen, että lisäksi eräitä muita sanotun lainkohdan 2 momentissa lueteltuja tapauksia. Ilmoitus on laadittava erityiselle kauppa- ja teollisuusministeriön vahvistamalle lomakkeelle ja toimitettava viipymättä merenkulkuhallitukselle.[15]

---

[13] Säännöksen tarkoitusperästä ks. *Beckman*, vmt.s. 290—292.

[14] *Beckman*, vmt. s. 86; *Rein* mt.s. 3.

[15] Ilmoitusvelvollisuuden perusteluista ks. *Beckman*, vmt.s. 91—93.

Kun siviilioikeudellinen meriselitys ja julkisoikeudellinen merikuulustelu näin ovat sulautuneet yhdeksi toimitukseksi, on tuloksena eräissä suhteissa ainutlaatuinen prosessuaalinen menettely, jossa tuomioistuimelle on uskottu inkvisitorinen tutkintatehtävä osaksi siviilioikeudellisin, osaksi julkisoikeudellisin tarkoitusperin. Alun perin defensiivisestä meriprotestista on siten kehittynyt offensiivinen meriselityksen antamistilaisuus, jonka yhteydessä toimitetaan meriselityksestä aikaisemmin käsitteellisesti erotettu merikuulustelu.[16]

Siviilioikeudellinen aines meriselityssäännöstöstä käsittää varsinaisesti todisteiden esittämisen vastaisen varalta (vrt. OK 17: 10). Erikoista sille on, että se on laissa luetelluissa tapauksissa pakollinen ja että siihen tuomioistuimen taholta liittyy inkvisitorinen menettely. Toisaalta tätä menettelyä vaikeuttaa se, etteivät oikeuden puheenjohtaja enempää kuin läsnä olevat edunhaltijatkaan vielä sillä hetkellä tarkoin tiedä, mikä asiassa myöhemmin ehkä syntyvän korvausoikeudenkäynnin kannalta tulee olemaan relevanttista.

Meriselityssäännöstön julkisoikeudellisen aineksen osalta taas on erikoista se, että sen yhtenä tarkoituksena on saada selville, onko merionnettomuuden syynä ollut aluksen päällikön tai jonkun muun henkilön virhe tai laiminlyönti, ja siten antaa asianomaiselle syyttäjäviranomaiselle aineistoa mahdollisia syytetoimenpiteitä varten. Kuitenkin OK 17: 10 sisältää nimenomaisen kiellon siitä, ettei tuomioistuimessa saa esittää näyttöä vastaisen varalta selvityksen hankkimista varten rikoksesta.[17] Meriselityksen antamistilaisuudessa tapahtuva kuulustelu on erikoinen myös siinä mielessä, että aluksen päällikkö ja muut laivaväkeen kuuluvat, joita tilaisuudessa kuulustellaan, joutuvat antamaan kertomuksensa ja jopa valalla sen vahvistamaan tietämättä vielä siinä vaiheessa, joutuvatko he ehkä tutkittavana olevan tapahtuman johdosta syytteeseen.

Suunniteltaessa vuoden 1967 lainmuutosta haluttiin meriselityssäännöstön rinnalle luoda vaihtoehtoinen mahdollisuus selvittää merionnettomuuden syyt tehokkaita nykyaikaisia tutkintamenetelmiä sekä tieteellisiä ja teknisiä apuvälineitä käyttäen, koska meri-

---

[16] *Rein*, mt.s. 5. Suomenkielinen termi »meriselitys» ei enää täysin vastaa instituutin luonnetta kokonaisuudessaan meriselityksen antamistilaisuudessa tapahtuvine kuulusteluineen. Sen sijaan skandinaavinen termi »sjöförklaring» laajemmassa merkityksessä edelleen sopii instituutin nimeksi. Kuvaavaa tälle merkityksen muuttumiselle on että, kun aikaisemmin käytettiin skandinaavisissa lakiteksteissä pääasiassa sanontaa »sjöförklaring avgives», nykyisin useissa yhteyksissä käytetään sanontaa »sjöförklaring äger rum», »sjöförklaring sker» ja »sjöförklaring hålles».

[17] Samanlainen ristiriita oli RVA 16 §:n 3 momenttiin sisältyneessä kuolemansyyn tutkimista koskeneessa säännöksessä, kunnes se kumottiin (Laki 368/5. 6. 1970). Kumotun lainkohdan osalta. ks. *Tirkkonen*, Suomen rikosprosessioikeus II (Helsinki 1953) s. 424 alav. 12.

selityssäännöstöä uudistetussa muodossaankin pidettiin arkaistisena ja puutteellisena selvityskeinona. Siinä tarkoituksessa lisättiin merilakiin sen nykyiseen 259 §:ään sisältyvä säännös, jonka mukaan kauppa- ja teollisuusministeriö voi asettaa erityisen tutkintatoimikunnan selvittämään tapahtunutta merionnettomuutta ja sen syitä, milloin tapahtumasta on aiheutunut suuria henkilö- tai omaisuusvahinkoja tai milloin tapahtuman selvityksen muutoin voidaan odottaa tulevan erityisen laajaksi tai monimutkaiseksi. Menetelmästä kaavailtiin suurin piirtein samanlaista kuin mitä noudatetaan lento-onnettomuuksia selvitettäessä. Vertailun vuoksi todettakoon, että merivaurioiden tarkastuslautakunnasta 10. 5. 1962 annetussa valtioneuvoston päätöksessä on annettu erinäisiä määräyksiä merivaurioiden tutkinnasta erityisen sitä varten asetettavan tarkastuslautakunnan toimesta sellaisissa tapauksissa, että merivaurion aiheuttaja ja se, jota vaurio tai vahinko on kohdannut, ovat puolustuslaitokseen tai muuhun valtion laitokseen kuuluvia ja merivauriosta on aiheutunut huomattavan suuria vahinkoja.

Mainitussa MeriL 259 §:ssä on tutkintatoimikunnan kokoonpanosta säädetty vain, että siinä tulee olla henkilöitä, jotka edustavat tarpeellista lainopillista, merenkulullista ja teknistä asiantuntemusta. Lainkohdan 2 momentissa on kauppa- ja teollisuusministeriö valtuutettu antamaan tarkemmat määräykset siitä, miten toimikunnan on tehtävässään meneteltävä. Toistaiseksi ei ole annettu mitään pysyviä yleisohjeita vastaisuudessa ehkä asetettavien toimikuntien noudatettavaksi. Niinä parina kertana, joina toimikunnan asettamiseen on turvauduttu, on soveltuvin osin noudatettu, mitä edellä mainitun valtioneuvoston päätöksen 5 §:ssä ja 23. 8. 1968 annetun ilmailuasetuksen 122 §:ssä on määrätty niissä tarkoitettujen tutkintaelinten velvollisuuksista. Yhteistä näille määräyksille on mm., että niiden mukaan asianomaisen tutkintaelimen on onnettomuudesta laatimaansa selontekoon sisällytettävä oma käsityksensä onnettomuuden syistä. Tämä on mainitussa valtioneuvoston päätöksessä lausuttu julki vielä yksityiskohtaisemmin velvoittamalla siinä tarkoitettu tarkastuslautakunta antamaan lausuntonsa mm. siitä, onko jonkun henkilön katsottava syyllistyneen sellaiseen tekoon, toimintaan tai laiminlyöntiin, joka on ilmeisesti aiheuttanut merivaurion tai myötävaikuttanut sen syntymiseen, ja onko asia tästä taikka muista syistä saatettava tuomioistuimen tutkittavaksi. MeriL 259 §:n sanamuodosta ja esitöistä päätellen lainsäätäjän tarkoituksena on ilmeisesti ollut, että myös siinä tarkoitetun tutkintatoimikunnan tulisi näin menetellä. Siinä suhteessa se voisi siis mennä pitemmälle kuin raastuvanoikeus, joka meriselitystä vastaanottaessaan ja sen yhteydessä todistajia kuulustellessaan vain merkitsee pöytäkirjaan, mitä tilaisuudessa on kerrottu tai esitetty, lausumatta onnettomuuden syistä omaa käsitystään.

Selvää on, että tutkintatoimikunnan enempää kuin muidenkaan

edellä mainittujen tutkintaelinten kulloinkin tutkittavana olevan onnettomuuden syistä lausuma käsitys ei sido tuomioistuinta mahdollisessa oikeudenkäynnissä, johon tapahtuma ehkä antaa aihetta, mutta se tarjonnee kuitenkin konkreettisemman pohjan asianomaisille viranomaisille ja eri edunhaltijoille niiden harkitessa kukin omalta kohdaltaan mahdollisten jatkotoimenpiteiden aiheellisuutta.

SUULLISEN KÄSITTELYN RAPPIOTILASTA

PAAVO SOUKKA

»Oikeudenkäynnin kokonaisuudistus on meillä ollut vireillä suurin piirtein sadan vuoden ajan. Vuosisadan vaihteessa, likipitäen kaksi miespolvea sitten, valmistui ensimmäinen täydellinen muutosehdotus laajoine perusteluineen ja yksityiskohtaisine arviointeineen. Työ oli ollut hyvin tarkkaa. Niinpä kihlakunnantuomaria oli muistettu omalla talolla 359 neliömetrin suuruisine virka-asuntoineen ja erillisine piharakennuksineen, joka käsitti renkituvan sekä leipoma- ja pesuhuoneet. Sen lisäksi tuomarille oli käräjätalon ulkohuoneista varattu vaunuliiteri, talli, navetta ja halkovaja. Miten ajat ovatkaan muuttuneet! Tämän suurehdotuksen jälkeen seurasi uusia ehdotuksia toinen toisensa perään, niin että toisen maailmansodan kynnyksellä meillä oli paperilla kymmenkunta oikeudenkäyntijärjestyksen uudistusehdotusta, jotka olivat nähneet päivänvalon neljän vuosikymmenen kuluessa. Kerrassaan mahtava saavutus!

Mitä vastaavaa seuranneilla neljällä vuosikymmenellä on esitettävänä? Missä, tänä päivänä, ovat nähtävissä tuon jättiläistyön tulokset? Missä olennaisissa kohdissa nykyinen oikeudenkäyntimenettely poikkeaa vuosisadan vaihteen oikeudenkäynnistä? Kysyn vain, sillä vastauksen etsiminen näihin kysymyksiin ei kuulu tämän kirjoituksen puitteisiin. Nyt on tarkoitus liikkua varsin kapealla sektorilla. Kysymys on ns. suullisen kuulustelun toimittamisesta ylioikeudessa. Onpa kysymys[1] muotoiltu siten, että se koskee vain tapaa, jolla ylioikeus tekee päätöksensä suulliseen käsittelyyn ryhtymisestä. Tulee näin ollen helposti mieleen, että samalla tavoin kuin tuomarin asumatila on kahden sukupolven aikana supistunut omasta talosta ja ulkorakennuksista kerrostalon matalakattoiseksi huoneistoksi, hänen henkinen liikkuma-alansa on ehkä vastaavasti kutistunut.

Aluksi pieni lingvistinen huomautus. Kielenilmaisun kannalta

[1] Viittaus koskee Suomen Lainopillisen Yhdistyksen keskustelukysymystä n:o 7 vuodelta 1969. Tämä artikkeli on samanotsikkoisena ja suunnilleen samansisältöisenä julkaistu JFT:ssä v. 1970 s. 363—372.

käsite *suullinen kuulustelu*, samaten kuin vastaava ruotsinkielinen termi *muntligt förhör*, on tarpeettomasti kaksikerroksinen, jonkinlainen tårta på tårta! Eihän oikeudenkäynnissä tapahtuvaa kuulustelua voida muulla tavoin toimittaa kuin suullisesti. Yliopistossa suoritetut kuulustelut eli tentit voivat tietenkin olla suullisia tai kirjallisia tai molempia, mutta en ole kuullut puhuttavan kirjallisesta todistajankuulustelusta tai asianosaisen kuulustelemisesta kirjallisesti. Heitä voidaan käytössä olevan terminologian mukaan kuulla kirjallisesti, mutta kuulustelu toimitetaan aina suullisesti. Helsingin hovioikeudessa ei enää puhutakaan suullisesta kuulustelusta vaan *suullisesta käsittelystä* (*muntlig förhandling*), jota on pidettävä parempana ilmaisuna.

Oikeustieteellisessä[2] kirjallisuudessamme, nimenomaan oppikirjoissa, on hovioikeuksien muutoksenhakumenettelyssä toimitettaville suullisille käsittelyille omistettu melko vähän huomiota. Vaikka esityksiä rasittaakin jonkinlainen stereotypia, otettakoon tähän näytteiksi pari lainausta *Wredeltä* ja *Tirkkoselta:*

»— — — den omständigheten, att parterna till följd av de stora avstånden allmänt nödgades där anlita sakförare, har verkat att även de element av muntlighet, som till en början kännetecknade vadeförfarandet i hovrätten, småningom därifrån utträngts och förfarandet utvecklats till så gott som rent skriftligt. S.k. muntligt förhör förekommer visserligen ännu, men det har väsentligen förlorat sin betydelse såsom muntlig förhandling och begagnas i regeln såsom tillfälle för inlämnande av nya skrifter.»[3]

»Att hovrätten kan ålägga part att personligen inställa sig till förhöret följer av RB 15: 1. Men sådant brukas icke. Det muntliga förhöret har, såsom redan nämndes, väsentligen förlorat sin egentliga betydelse samt begagnas numera huvudsakligen för ingivande av nya rättegångsskrifter och skriftliga bevis.»

»OK 15: 1:n (A:ssa 7. 9. 1901) nojalla olisi mahdollista velvoittaa asianosainen tulemaan henkilökohtaisesti sanottuun kuulusteluun. Käytännössä ei sellaista kuitenkaan yleensä tapahdu:[4] kehitys on johtanut siihen, että suullinen kuulustelu on menettänyt varsinaisen merkityksensä ja muodostunut tilaisuudeksi uusien oikeudenkäyntikirjelmien vaihtamiseen asianosaisten kesken ja uusien kirjallisten todisteiden esittämiseen.»[5]

---

[2] Tosin koko oikeustieteen olemassaolo on tahdottu saattaa epäilyksen alaiseksi. Ks. *Urho Kaleva Kekkonen*, Kansanvallasta ja sen toteutumisesta lainkäytössä, LM. 1970.

[3] *R. A. Wrede*, Finlands gällande civilprocessrätt II, 3. painos 1923, s. 276 ss.

[4] Juridisesti huvittavana piirteenä ja muutoinkin, ettei totuus unohtuisi, tulkoon tässä mainituksi, että mahdollisuus tällaisen määräyksen antamiseen saattaa joskus olla hyvin tehokas ase tuomarin kädessä. Muistan erään tapauksen hovioikeudesta, taisi olla testamenttiriita, jolloin pelkkä asianosaisten kutsuminen saapumaan oikeuteen henkilökohtaisesti, pani heidät oitis sopimaan juttunsa.

[5] *Tauno Tirkkonen*, Suomen siviiliprosessioikeus II, s. 427.

»OK 15: 1:n (A:ssa 7. 9. 1901) nojalla on pidetty mahdollisena sitäkin, että asianosainen velvoitetaan tulemaan henkilökohtaisesti sanottuun kuulusteluun. Käytännössä ei tällaista kuitenkaan yleisesti tapahdu. Kehitys on näet johtanut siihen, että suullinen kuulustelu on yleensä menettänyt varsinaisen merkityksensä: siitä on muodostunut tilaisuus uusien oikeudenkäyntikirjelmien vaihtamiseen asianosaisten kesken ja uusien kirjallisten todisteiden esittämiseen.»[7]

Kirjallisuuden antama kuva, niin kuin näemme, on siis jokseenkin lohduton. Valitettavasti se on myös suurin piirtein todenmukainen. Mutta kun aiemmin luultiin pitkien välimatkojen olevan suurimpana esteenä suullisten käsittelyjen toimittamiselle, niin ei tällä seikalla nykyisin ole samaa merkitystä. Liikenneolomme ovat toisen maailmansodan päättymisen jälkeen niin täydellisesti mullistuneet, että vain kaukaisimmasta Lapista tai jostakin rikkinäisen järviseudun etäisimmästä sopukasta voidaan sanoa olevan pitkä matka hovioikeuskaupunkiin. Siitä huolimatta suullisten käsittelyjen lukumäärä ei ole sanottavasti lisääntynyt. Ainakin Helsingin hovioikeudessa odottaisi suullisia käsittelyjä toimitettavan tuhka tiheään. Tuleehan valtaosa tämän hovioikeuden jutuista pääkaupungista itsestään ja sen lähimmästä ympäristöstä, jolloin välimatkavaikeuden on katsottava kokonaan eliminoituneen. Ja kuitenkin, myös Helsingin hovioikeudessa on suullisia käsittelyjä muutoksenhakujutuissa melko harvoin. Kun sieltä expedioidaan 2000—3000 toisen asteen juttua vuodessa, on suullisten käsittelyjen lukumäärä pysytellyt puolen tusinan paikkeilla vuotta kohti.[8] Mistä tämä johtuu?

Kysymys olisi todella pohtimisen arvoinen. Tässä ei siihen ole mahdollisuutta. Joitakin seikkoja tahtoisin kuitenkin ohimennen mainita. Yhtenä ilmeisenä syynä on muutoksenhakujen runsaus ja siitä aiheutuva suuri työtaakka. Toinen huomionarvoinen näkökohta on se, että muutoksenhakemuksista hyvin suuri osa on kerta kaikkiaan aiheettomia tai sitten sellaisia, että ratkaisun tiedetään olevan »ei syytä», toimitettiinpa jutussa suullinen käsittely vai ei. Näin ollen voidaan hyvällä syyllä sanoa, että valtaosassa juttuja ei ole tarvetta suullisen käsittelyn toimittamiselle. Tämä seikka on tähdellistä muistaa, jos ryhdytään muuttamaan lakia siihen suuntaan, että suullinen käsittely määrätään pakolliseksi määrätynlaisissa jutuissa sinänsä.

Yhtenä esteenä suullisten käsittelyjen toimittamiselle on mainittu

---

[6] Näin varovainen sanonta tuntuu oudolta. Kai sellainen valta ilman muuta kuuluu hovioikeudelle, ellei sitä nimenomaan ole siltä evätty. Se taas olisi takaperoista.

[7] *Sama*, Suomen rikosprosessioikeus II, s. 636.

[8] Häthätää suoritetun summaarisen tutkimuksen tuloksena sain seuraavat luvut vuosilta 1962—1969: 1, 4, 4, 7, 9, 10, 5 ja 10 eli yhteensä 50 ja siis keskimäärin kuusi suullista käsittelyä vuodessa. Luvut ovat todennäköisesti epätarkat, mutta tuskin siinä määrin väärät, että kuva sen johdosta muuttuisi.

asianmukaisten huonetilojen puute ylioikeuksissa.[9] Mutta Helsingin hovioikeuden kohdalla ei tämäkään huomautus pidä paikkaansa. Siellä on ollut koko ajan käytettävissä asianmukainen istuntohuone tähän tarkoitukseen.[10]

Olisiko kukaties yhtenä suullisten käsittelyjen vähälukuisuuteen myötävaikuttavana tekijänä se, että ylituomarit käytännön oikeudenkäynneistä vieraannuttuaan eivät ole erikoisemman halukkaita toimeenpanemaan suullisia käsittelyjä? Saattaa olla. Mutta voi olla niinkin, että myöskään asianosaiset ja heidän asiamiehensä tai oikeudenkäyntiavustajansa eivät hekään ole todella innokkaita vaatimaan jutuissa suullista käsittelyä. Miten asianlaita lieneekin, se kuitenkin on varmaa, että jos suullisten käsittelyjen lukumäärää yhtäkkiä huomattavasti lisätään, niin ainakin Helsingin hovioikeudessa, jossa jo nyt suurten juttujen käsittely *in camera* aiheuttaa ruuhkaa, työ kerta kaikkiaan pysähtyisi suullisten käsittelyjen sumaan ja siten jouduttaisiin ojasta allikkoon.»

Edellä oleva esitys on sitaateissa sen vuoksi, että se muodostaa — jonkin verran täydennettynä — alkuosan siitä kirjoitelmasta, jonka pohjalta Suomen Lainopillisen Yhdistyksen kokouksessa 3. 10. 1969 pidin vapaamuotoisen alustuksen keskustelukysymyksestä N:o 7. Kysymys kuului seuraavasti: »Jos asiapuoli on ylioikeudessa pyytänyt suullista kuulustelua, olisiko silloin a) kysymys kuulusteluun suostumisesta ratkaistava välittömästi, b) vastapuolelle varattava tilaisuus lausuman antamiseen tästä pyynnöstä?»

En kuitenkaan puutu enemmälti suullisen käsittelyn toimittamiseen sinänsä,[11] vaan siirryn tarkastelemaan tälle instituutiolle osoitettua huomiota oikeudenkäynnin uudistamista koskeneissa keskusteluissa.

Viime aikoina on tullut muotiin puhua, paitsi suullisten käsittelyjen *lisäämisestä* hovioikeusasteessa, myös koko muutoksenhakumenettelyn määräämisestä *»pääsääntöisesti suulliseksi»*, selittämättä sen tarkemmin, missä laajuudessa ja millä tavoin suullisuus tulisi toteuttaa. Tätä käsityskantaa ovat puolustaneet mm. Hel-

---

[9] *Veikko Reinikainen*, Jutun palauttamisesta, 1956, s. 256. Reinikaisen esityksessä on paljon muutakin varteen otettavaa.

[10] Helsingin hovioikeudessa tällainen istuntosali on välttämätön ensiasteen sotilasrikosjuttujen käsittelyä varten. — Itä-Suomen hovioikeudelle hiljakkoin rakennettuun uuteen taloon ei valitettavasti suullisten käsittelyjen toimeenpanemiseen soveliasta istuntosalia tehty. Siinä heijastuu osaltaan se lapsipuolen asema, jossa oikeuslaitos edelleenkin on maamme hallinnossa.

[11] Viittaan *Marita Eerikäisen* erittäin ansiokkaaseen artikkeliin »Muntligt förhör i hovrätt i rättshistorik belysning», JFT 1970 s. 84—102, sekä *Bo Palmgrenin* loistavaan esitykseen »En väg till muntlighet i överrätt» hänelle omistetussa juhlakirjassa »För individen och rätten», 1969 s. 203—211 (sama myös JFT:ssä 1965 s. 80 ss.). — On korvaamaton vahinko, jos tällaiset tyyliltään, tasoltaan ja asiapitoisuudeltaan etevät kirjoitukset eivät enää nykyisin saavuta suomenkielistä lukijakuntaa, edes kunkin oikeusalan oppineistoa. Näin valitettavasti näyttää tapahtuvan.

singin Yliopiston prosessioikeuden professori *Tauno Ellilä*[12] ja Korkeimman Oikeuden presidentti *Antti Hannikainen*,[13] vain kaksi nimekästä auktoriteettia mainitakseni. Kieltämättä ajatus on kaunis ja ehkä päämääränä kannatettava, mutta toinen asia on sen toteuttaminen käytännössä. Omasta puolestani olisin valmis kallistamaan korvani asianajaja *Matti Olavi Norrin* Lakimiesuutisissa (kesä-heinäkuu 1970, s. 37) esittämille repäisevän terveille ajatuksille, joihin sisältyviin oivalluksiin toivoisin toistenkin tutustuvan:

»Kun vaaditaan suullisen menettelyn käyttöönottoa hovioikeudessa lähdetään tietenkin siitä, että sellainen jo vallitsisi alioikeuksissa. Tämä käsitys on saatu tutkimalla asiaa lakikirjasta. Nyt on kuitenkin niin, että tässä nimenomaisessa kohdassa tuomioistuimet eivät pääasiallisesti noudata lakia.

Tavallinen alioikeusmenettely on vaihtelevalla taidolla harjoitettua erilaisten asiakirjojen[14] sisälukua. Papereitten lukeminen — tapahtuipa se hiljaa tai ääneen — ei ole suullista menettelyä. Se ei ole edes suullispöytäkirjallista menettelyä.»

Norrin resepti on sen vuoksi selvä. On turhaa ryhtyä suuriin remontteihin hovioikeustasolla ennen kuin oikeudenkäynti alioikeuksissa on saatettu edes suurin piirtein vastaamaan nykymaailman kohtuullisia vaatimuksia. Mistä sitten johtuu, että oikeudenkäyntimenettely alioikeuksissa ei meillä ole edes suullispöytäkirjallista, saatikka suullista ja välitöntä? Tähänkin on olemassa selvä vastaus. Suullisen käsittelyn *conditio sine qua non* on juttujen perusteellinen esivalmistelu. Se puuttuu meiltä kokonaan.[15]

---

[12] »Nykyisin *menettelymuoto hovioikeusprosessissa* hovioikeuden käsitellessä toisena oikeusasteena muutoksenhakuja on *kirjallinen*. Vain sangen harvoin hovioikeuksissa muutoksenhakuasioissa pidetään suullisia kuulusteluja. Nykyaikaisen oikeudenkäynnin perustavoitteiden kannalta tähän käsittelymuotoon ei meillä Suomessakaan olisi enää varaa tyytyä, vaan *hovioikeuskäsittely olisi tehtävä pääsääntöisesti suulliseksi menettelyksi*. ... Omalta kohdaltani olen esittänyt, että *hovioikeusprosessin olisi oltava pääsääntöisesti suullista ja välitöntä*. ... meillä Suomessa on välttämätöntä uudistaa itse hovioikeusmenettelyn muoto nykyisestä kirjallisesta pääsääntöisesti suulliseksi.» (LM 1969 s. 489—491). — »Mikäli lähiaikoina hovioikeuksissa toivottavasti aikaansaadaan *suullinen käsittely pääsääntöiseksi* ...» (DL 1970 s. 263).

[13] »Nähdäkseni on selvää, että nykyaikaisen oikeudenkäynnin perustavoitteiden kannalta on vaadittava, että myös meillä menettely hovioikeuksissa muuttuu pääsääntöisesti suulliseksi ja välittömäksi.» (»Mihin suuntaan korkeinta oikeutta olisi kehitettävä», LM 1970 s. 655). — »Hovioikeudessa olisi saatava nykyisen kirjallisen menettelyn tilalle suullinen käsittely.» (Uuden Suomen haastattelussa 18. 7. 1970).

[14] Olen omin valloin muuttanut *Norrin* käyttämän sanan »pöytäkirjojen» käsitykseni mukaan tähän kohtaan paremmin soveltuvaksi sanaksi »asiakirjojen» ja toivon, että hän ei pane tätä pahakseen.

[15] Kun juttu pannaan vireille ilman edellä käypää esivalmistelua, on tuomioistuimen kypsyteltävä sitä lykkäyksin istunnosta toiseen. Tilanne vain pahenee tästä. Sen sijaan että riitakysymys saataisiin pelkistetyksi, se päinvastoin paisumistaan paisuu niin, että asiakirjoissa lopulta on 90 prosenttia silkkaa hölynpölyä. Mikä rasitus tästä aiheutuu kaikille oikeusasteille sen jokainen sanomattakin käsittää.

Tietenkin asia on niin, ettei esivalmistelu vielä sinänsä ole mikään viisasten kivi. Mutta se edesauttaa ainoan autuaaksi tekevän tilanteen luomista oikeussaliin: pelkistettyyn riitakysymykseen oikeata vastausta etsimässä puolueeton tuomari ja kaksi kantaansa puolustavaa asianajajaa, jotka molemmat hallitsevat jutun asiaaineiston ja ovat perehtyneet siinä esille tuleviin oikeuskysymyksiin. Vain sellaiset oikeudenkäyntiavustajat, asiamiehet ja asianosaiset, jotka täysin hallitsevat jutun asiasisällön, voivat menestyksellä esittää asiansa suullisesti ja kuulustella todistajia. Vasta silloin suullisuus, välittömyys ja julkisuus[16] voivat päästä vallitseviksi oikeudenkäynnissä.

Edellä mainitussa kirjoituksessaan *Norri* tuomitsee jyrkästi alioikeusprosessissa vallalla olevan inkvisitorisen menettelytavan. Kieltämättä sitä vastaan voidaan tehdä vakavia muistutuksia. Mutta niin kauan kuin asianajajalaitoksemme ei ole luvultaan ja laadultaan kasvanut sille tasolle, jota suullinen käsittely tuomioistuimissa edellyttää, niin kauan meidän on toivottava, että hyvä tuomari on parempi kuin tehtävään perehtymätön asianajaja. Hyvän tuomarin käsitteeseen tahdon tällöin sisällyttää ikioman *ceterum censeoni:* Auskultanttisysteemi on aikansa elänyt![17]

Sitten kun suullinen oikeudenkäyntimenettely ja päätösten perusteleminen saadaan toteutetuiksi alioikeuksissa, on ehkä toivoa myös siitä, että pääsemme eroon yhdestä oikeudenhoitomme pahimmista rasituksista, tarpeettomien muutoksenhakujen runsaudesta. Suomen Asianajajaliiton jäsenkunnalle tarjoutuu tässä kohden tilaisuus uraauurtavan työn suorittamiseen maamme oikeudenhoidon hyväksi. Asianajajilla on muita paremmin mahdollisuus tehdä oikeutta hakevalle yleisölle selväksi, että useimmissa jutuissa muutoksenhaulla saavutettava hyöty on itse asiassa näennäinen. Asianajajakuntamme on siten avainasemassa ja yleisen edun nimessä on toivottava, että se käyttää oikein etsikkoaikansa.[18]

---

[16] Julkisuuden merkityksestä oikeudenkäynnissä ks. *Bo Palmgrenin* artikkeleita em. juhlakirjassa »Offentligheten i överrätterna» (s. 187—193) ja »Ett par synpunkter på offentlighetsprincipen» (s. 194—202) sekä allekirjoittaneen kirjoitusta »Oikeudenkäynnin julkisuus Englannissa ja Suomessa», LM 1966 s. 39—59. — Mitä Palmgrenin mielipiteisiin tulee, viittaan edellä lausumaani (alaviite 10).

[17] Olen kirjoittanut näistä asioista aikaisemminkin. Ks. »Auskultanttisysteemi on aikansa elänyt», LM 1965 s. 1022—1025, ja »Oikeuslaitos polkee paikallaan», Uuden Suomen juhlanumero 12. 1. 1967.

[18] Yhtä vakavasti on toivottava, että asianajajakunnan taholla ilmaantunut maksuttoman oikeudenkäynnin ylläpitoon myönnettyjen yleisten varojen väärinkäyttö jää tilapäiseksi ilmiöksi (Ks. *Matti Ylöstalo*, Väärillä jäljillä, DL 1970 s. 253—255).

Tässä todellakin ilmeni annos irvokasta kohtalonivaa. Tuskin oli saatu asianajajien ja papiston kiitettävällä yhteistoiminnalla oikeussaarnan rukouksesta poistetuksi sanat »asianajajat välttämään oikeuden vääntelemistä ja riitojen pitentämistä», kun Liiton täytyi ryhtyä nuhtelemaan jäseniään samoista epäkohdista. Uudistus oli tietenkin hyvää tarkoittava,

Ja vasta sitten kun muutoksenhaut saadaan vähenemään voidaan hovioikeuksissa entistä huomattavasti laajemmassa määrin ruveta toimittamaan suullisia käsittelyjä, lähinnä kuitenkin tarpeen niin vaatiessa, ei välttämättä pääsääntöisesti. Silloin myös Korkein Oikeus voidaan lopultakin vapauttaa sille kuuluvaan tehtävään eli lujin ottein valvomaan oikeudenhoitoa sen sijaan että se muiden tuomioistuinten tavoin näpertelee pikkuasioissa.

Viimeksi mainittu seikka pakottaa minut lausumaan julki erään niistä ajatuksista, jotka silloin tällöin putkahtavat esiin, kun joskus istunnon alussa pidän virkatovereilleni jonkinlaisen *lectio precursorian*. Korkein Oikeus, niin olen väittänyt, ei meillä ole saavuttanut sellaista auktoriteetin asemaa, joka sille luonnostaan kuuluu. On vaikea mennä sanomaan mistä se johtuu. Mutta hyvin luultavaa on, että suurpiirteisyys ja lujuus eivät ole Suomen kansan huomenlahjoja. Olemme myös pitkähkön aikaa eläneet jonkinlaista interregnumin kautta sekä globaalisesti että omassa maassamme. Ilmeisesti vie vielä monen sukupolven ajan, ennen kuin tavat vakiintuvat ja sivistys tämän sanan parhaassa merkityksessä voittaa alaa ja tulee vallitsevaksi niin hyvin yksityiselämässä kuin julkisessa hallinnossa.[19]

Kaikkein viimeisimpänä esimerkkinä lakimiestemme ajattelu-

---

mutta ilmeisesti ennenaikainen. Olisi pitänyt odottaa kunniakäsitteiden kehittymistä ja vakiintumista asianajajakunnan keskuudessa. Akateemisuus ja järjestäytyminen eivät vielä muuta ihmismateriaalia toiseksi. Ja kuinka olisi Suomessa yhtäkkiä pystytty kuromaan umpeen ikuinen ristiriita ideaaliseen olotilan ja todellisuuden välillä. Vrt. *Matti Ylöstalo*, Oikeussaarnaan liittyvä rukous, DL 1965 s. 242—243; ja *Erkki Kansanaho*, Oikeussaarna, DL 1966 s. 83—87.

[19] Viittaan tässä kohden niihin ajatuksiin, jotka olen tuonut esiin Finsk Tidskriftissä julkaistussa kirjoituksessa »J. V. Snellman och det svenska kulturarvet», 1966 s. 87—91. Artikkeli pohjautuu puheeseen, jonka Helsingin hovioikeudessa jouduin pitämään eläkkeelle siirtyvän hovioikeudenneuvos *K. G. Gyllströmin* kunniaksi järjestetyssä jäähyväistilaisuudessa 6. 10. 1965. Siinä lausutaan mm. seuraavaa:

»Snellmans avsikt var att med introducerandet av ett tvåspråkigt undervisningssystem i landets läroverk bredda basen för kulturlivet i vårt land. — — — *Det var endast genom tvåspråkig gemensam skolgång bildningen i landet efter hand kunde överflyttas till den del av den så kallade bildade klassen, vars härkomst var finsk.*

Ödet ville det annorlunda. Svenskar och finnar förblev i sina egna läger, och den kulturella basen har smalnat, i stället för att den kunde ha vidgats. Och, värst av allt, den relativt höga bildning vi hade i landet gick förlorad för det finska elementet. Vi behöver inga bevis för det. »*Si monumentum requiris, circumspice.*» Frågan gäller nu, om inte också svenskarna snart förlorar den. Sedan förestår oss alla, att genom långvarig och mödosam ansträngning av nya generationer vinna tillbaka det vi låtit gå förlorat.

Åt det som skedde för hundra år sedan kan ingenting mera göras. Men jag tror, att det som skett i hovrätterna under de senaste hundra åren visar att Snellman hade rätt. Och det är vi, hovrätternas män och kvinnor, och kanske endast vi, som kan bära vittne om, att Snellmans syn på saken var berättigad. Det dagliga umgänget med våra svenskspråkiga arbetskamrater

tavasta tahdon siteerata Korkeimman Oikeuden presidentin edellä mainittua Lakimiehessä julkaistua artikkelia. Sen päätesanat kuuluvat näin:

»Nykyään, jolloin suullis- ja välittömyysperiaatetta ei ole saatettu pääsääntöisenä voimaan muutoksenhakujutuissa edes hovioikeusasteessa, ei ole mahdollista eikä oikein asiallistakaan toteuttaa sitä pääsääntöisesti ylimmässä oikeusasteessa. Nähdäkseni riittää ja on aiheellistakin, että korkeimmalle oikeudelle annetaan valta, milloin se pitää tarpeellisena, myös muutoksenhakujutuissa toimittaa asianosaisen suullinen kuulustelu ja kuulustella valallisesti todistajia.»

Kuinka voidaan edes mainita sellaista mahdollisuutta, että oikeudenkäyntimenettely Korkeimmassa Oikeudessa olisi suullista, välitöntä ja julkista, kun voimamme eivät ole riittäneet sellaisen aikaansaamiseksi alioikeuksissa? Ja onko oikeudenhoidon tila maassamme sellainen ja lakia todella niin tulkittava, että *Korkeimmalla Oikeudella ei ole valtaa toimittaa suullista käsittelyä* jutussa, vaikka se pitäisi sitä tarpeellisena? Ei kai laki sitä kielläkään? Vai onko niin, että latinan taidon heiketessä eurooppalaisten oikeusperiaatteiden juridista näkemystä avartava voimavirta on meillä tyrehtynyt? Miten onkaan sanottu suulla suuremmalla: *Cui licet quod majus non debet quod minus est non licere?* (Kenellä on valta suorittaa jokin tärkeämpi tehtävä, häntä älköön estettäkö suorittamasta vähemmän tärkeätä.)

Jos Korkeimman Oikeuden valta on lailla rajoitettu tai jos se itse kaventaa toimivaltansa sellaiseksi, ettei sillä ole oikeutta suorittaa oikeudenhoidon kaikkein alkeellisimpia tehtäviä, vaikka sille muutoin kuuluu suurin valta oikeuslaitoksessa, niin kuinka voidaan odottaa sellaisen viraston ylläpitävän auktoriteettiaan ja varjelevan oikeuslaitoksen itsenäisyyttä ja riippumattomuutta? Kyynikko vastaa tähän, ettei sellaista voi varjella mitä ei ole olemassa, ja viittaa Tasavallan Presidentin haastattelulausuntoon Lakimieslehdessä 3. 9. 1970.

On sanottu, että meidän suomalaisten suurin vika on se, että meitä on niin vähän. Ja niinhän se kai onkin. Ja kun meitä kaiken kaikkiaankin on vähän, niin mistäpä meille riittäisi runsaasti jämeriä tuomareita.

---

i hovrätternas intima atmosfär, för många en hel livstid, har gjort det möjligt för oss finnar att uppta det svenska kulturarvet i rättskipningen. Här är endast frågan om det yrkesmässiga livet. Men hur mycket kraftigare, bredare och djupare hade inflytandet inte blivit, om vi inlett umgänget vid tio eller elva års ålder i stället för att börja det som unga tjänstemän, det kan var och en inse.»

TYÖSOPIMUKSEN PÄTEMÄTTÖMYYDEN VAIKUTUKSISTA

ANTTI SUVIRANTA

I

Uuden, vuoden 1971 alusta voimaan tulleen työsopimuslain (TSL) tärkeimpänä perusteena on presidentti *Y. J. Hakulisen* puheenjohdolla toimineen työsopimuslakikomitean mietintö (Komiteanmietintö 1969: A 25). Tosin komitean lakiehdotusta muutettiin eduskunnassa melkoisesti, ja suurimmat tulkintaongelmat aiheutuvat juuri näistä muutoksista. Tämän juhlakirjoituksen aiheeksi olen kuitenkin valinnut työsopimuksen pätemättömyyttä koskevat uuden lain säännökset, jotka tulivat lakiin miltei sellaisinaan työsopimuslakikomitean mietinnöstä.

Uusi työsopimuslaki tuli vanhan, vuonna 1922 annetun työsopimuslain (VTSL) tilalle. Uuden ja vanhan lain pätemättömyyssäännöksillä on sekä yhtäläisyyksiä että eroja. Huomattavin yhtäläisyys liittyy siihen, että kummassakin laissa on lukuisia pakottavia säännöksiä. Pakottavuus on yleensä ilmaistu sanonnalla »muu sopimus on mitätön». Jo vanhan työsopimuslain aikana pidettiin selvänä, että työsopimuslain jonkin pakottavan säännöksen vastainen sopimusehto ei ainakaan yleensä aiheuttanut koko työsopimuksen pätemättömyyttä, vaan lainvastaisen sopimusehdon sijasta oli sovellettava ko. pakottavaa säännöstä sopimuksen pysyessä muutoin voimassa. Uudessa työsopimuslaissa on sama kanta pyritty sanomaan nimenomaisesti TSL 50 §:ssä.[1]

Erot vanhan ja uuden lain välillä liittyvät lähinnä koko työsopimuksen pätemättömyyteen. Vanhassa laissa oli muutamia säännöksiä pätemättömyysperusteista (3_2, 12_1, 16_2 §), mutta vain hyvin niukat säännökset pätemättömyyden oikeusvaikutuksista (lähinnä 12_2 §). Uudessa laissa ei ole ainoatakaan säännöstä, jossa koko työsopimus olisi nimenomaisesti säädetty pätemättömäksi, vaikkakin lain oikeustoimikelpoisuutta koskevat säännökset (5 §) samoin kuin vanhankin lain vastaavat säännökset (9 §) asiallisesti merkitsevät sitä, että vastoin niitä solmittu työsopimus on pätemätön.

Koko työsopimuksen pätemättömäksi säätävien säännösten pois jättäminen johtui kahdesta eri syystä. Eräissä tapauksissa on aikai-

[1] Ks. Km. 1969: A 25 s. 60.

sempien pätemättömyyssäännösten tavoitteet katsottu voitavan saavuttaa tarkoituksenmukaisemmin muilla keinoin. Siten ei sopimus yli vuoden kuluttua aloitettavasta työstä ole enää sinänsä pätemätön, vaan työntekijän irtisanottavissa ennen työn alkamista (VTSL 3_2 §; TSL 2_4 §). Ja jos joku tekee kahden työnantajan kanssa sellaiset työsopimukset, ettei hän voi niitä kumpaakin täyttää, ei kumpikaan ole enää sinänsä pätemätön, vaan työntekijä joutuu vastaamaan jommallekummalle sopimuskumppanilleen (tai mahdollisesti heille molemmille) pätevän työsopimuksen täyttämättä jättämisestä (VTSL 16_2 §; TSL 16_3 §).[2]

Pätemättömyyttä kiskonnan perusteella koskevan säännöksen (VTSL 12_1 §) jättämiselle pois uudesta laista oli toinen syy. Vanhaa työsopimuslakia säädettäessä ei meillä vielä ollut yleisiä säännöksiä kiskonnan yms. syiden vaikutuksesta sopimusten pätevyyteen, mutta nyt tästä on säännökset vuoden 1929 oikeustoimilaissa. Tämän lain 31 §:n pätemättömyysperusteet ovat ehkä suppeampia kuin VTSL 12 §:n. Toisaalta ovat oikeustoimilain säännökset täsmällisempiä ja niiden tulkinta vakiintuneempaa kuin vanhan työsopimuslain vastaavien säännösten. Uuteen työsopimuslakiin ei katsottukaan tarpeelliseksi enää ottaa säännöstä työsopimuksen pätemättömyydestä kiskonnan ja siihen verrattavien syiden perusteella, vaan kysymys sopimuksen pätemättömyydestä kiskonnan perusteella määräytyy nyt myös työsopimussuhteissa oikeustoimilain mukaan.[3]

Jos siis säännökset koko työsopimuksen pätemättömyysperusteista on jätetty laista pois, on lakiin otettu paljon entistä laajemmat säännökset työsopimuksen pätemättömyyden oikeusvaikutuksista. Pätemättömyyden vaikutusten osalta ei sopimuksia yleensä koskevien oikeustoimilakiin tai muuhun lainsäädäntöön sisältyvien taikka oikeuskäytännön tai -tieteen tietä muodostuneiden sääntöjen ole katsottu sellaisinaan soveltuvan työsopimuksiin. Tähän on eri syitä. Jo aikaisemmin on oikeustieteessämme ja -käytännössämme kiinnitetty huomiota siihen, että työsopimusta koskevilla säännöksillä pyritään ennen kaikkea turvaamaan toisen sopimuskumppanin, työntekijän etua ja ettei työntekijän suojaksi tarkoitettu pätemättömyys siis saisi tosiasiassa koitua hänen vahingokseen.[4] Vähemmälle huomiolle on sen sijaan jäänyt se, että työsopimuksella perustetaan kestovelkasuhde ja että sopimuksen pätemättömyyteen näin ollen voidaan vedota paitsi ennen sopimuksen täyttämistä ja sen jälkeen myös kesken sopimuksen täyttämisen.[5]

---

[2] Ks. Km. 1969: A 25 s. 22, 33—34.

[3] Ks. Km. 1969: A 25 s. 59.

[4] Ks. *Arvo Sipilä*, Suomen työoikeuden käsite ja järjestelmä (1938) s. 193—197, 202—203; *sama*, Suomen työoikeuden pääasiat (1968) s. 4; *Jorma Vuorio*, Työsuhteen ehtojen määrääminen (1955) s. 134.

[5] Ks. *Antti Suviranta*, Työsopimuslain pakottavat säännökset työsopimuskaudesta (Helsingin yliopiston yksityisoikeuden laitoksen tiedonantoja B 1, 1966) s. 1—2.

Erityissääntelyn ovat koko työsopimuksen pätemättömyyden oikeusvaikutukset saaneet kahta tapausryhmää, oikeustoimilaissa tarkoitettua tahto- ja ilmaisuvirhettä (TSL 48 §) sekä vajaavaltaisuusvirhettä (TSL 49 §) silmällä pitäen. Kummassakin ryhmässä koskee nimenomainen sääntely vain niitä tapauksia, joissa virhe on työntekijän puolella.

Tahto- tai ilmaisuvirheen aiheuttama pätemättömyys on oikeustoimilain mukaan relatiivista. Siihen voi vedota vain se sopimuskumppani, jonka tahtoa tai sen ilmaisemista virhe rasittaa. VTSL 12 § olisi ankaran sananmukaisesti tulkittuna ehkä johtanut päinvastaiseen tulokseen, mutta nyt koskee oikeustoimilain sääntö selvästi myös työsopimuksen pätemättömyyttä kiskonnan perusteella.

Jos työntekijä voisi oikeustoimilain nojalla vedota työsopimuksen pätemättömyyteen, hän voi TSL 48_1 §:n mukaan pätemättömyyden voimaan saattamisen sijasta irtisanoa työsopimuksen heti lakkaamaan, edellyttäen että hän oli jo tehnyt sopimuksen tarkoittamaa työtä. Tällainen irtisanominen kohdistuu vain tulevaisuuteen eli vaikuttaa ex nunc: työsuhteen katsotaan olleen pätevänä voimassa irtisanomiseen asti, ja työntekijällä on siis siltä ajalta oikeus sopimuksen ja lain mukaisiin etuihin, niin kuin palkkaan, ylityö- ja vuosilomakorvaukseen, eläke- ja tapaturmaturvaan jne. Työntekijä voi kuitenkin 48_2 §:n mukaan irtisanomisen rinnalla vedota sopimuksen palkkamääräysten pätemättömyyteen, jolloin hänen palkkansa jo suoritetusta työstä määräytyy TSL 17 §:n mukaan, mutta sopimusta muuten pidetään pätevänä.[6] Oikeudella tällä tavoin vedota irtisanomisen rinnalla palkkaa koskevan sopimusehdon pätemättömyyteen ei TSL 17 §:ään eduskunnassa tehtyjen muutosten johdosta kuitenkaan ole sanottavaa merkitystä, sillä TSL 17 §:n mukaisiin palkkaetuihinhan työntekijällä olisi oikeus oikeustoimilain mukaiseen pätemättömyyteen vetoamattakin. Vain siinä tapauksessa, että asianomaiseen työsuhteeseen sovellettavaa yleissitovaa työehtosopimusta ei ole, saattaa oikeudella vedota työsopimuksen palkkamääräysten pätemättömyyteen oikeustoimilain nojalla olla itsenäistä merkitystä.[7]

Voidakseen vedota palkkaa koskevan sopimusehdon pätemättömyyteen työntekijän ei tarvitse käyttää TSL 48_1 §:n mukaista irtisanomisoikeuttaan. Tällöin hänellä on, työsuhteen edelleen jatkuessa, sekä menneeltä että tulevalta ajalta oikeus TSL 17 §:n mukaan määräytyvään palkkaan. Tässäkään tapauksessa ei oikeudella vedota palkkasopimuksen pätemättömyyteen oikeustoimilain nojalla ole itsenäistä merkitystä, paitsi sikäli kuin yleissitovaa työehtosopimusta ei ole.

---

[6] Ks. Km. 1969: A 25 s. 59—60.

[7] Ks. *Suviranta*, Den nya lagen om arbetsavtal, Codex 30 år (1970) s. 51—52.

Työsopimuksen irtisanominen pätemättömyyden voimaan saattamisen sijasta on työntekijän käytettäväksi annettu uusi vaihtoehto. Tämän vaihtoehdon käyttämisen sijasta työntekijä voi edelleen saattaa pätemättömyyden koko sopimukseen nähden voimaan. Irtisanominen on oikeustoimi, joka saa tarkoitetut vaikutukset vasta kun se on pätevästi toimitettu työnantajalle. Jos irtisanominen olisi jätetty ainoaksi mahdollisuudeksi, olisi työntekijä siis ollut velvollinen pätemättömyysperusteen olemassaolosta huolimatta jatkamaan työntekoa pätevästi toimitettuun irtisanomiseen saakka. Pätemättömyyden voimaansaattamismahdollisuuden säilyttäminen sen sijaan merkitsee sitä, että työntekijä voi yksinkertaisesti jäädä pois työstä; jos työnantaja sitten esittää hänelle vaatimuksia sopimuksen täyttämättä jäämisen perusteella, voi työntekijä puolustautua vetoamalla sopimuksen pätemättömyyteen. Saman puolustuksen työntekijä voi esittää, jos häneltä (työnteon edelleen jatkuessa tai sen päätyttyä sopimuksen edellyttämällä tavalla) vaaditaan vahingonkorvausta sopimukseen perustuvien velvollisuuksien rikkomisesta muulla tavoin kuin jäämällä kerta kaikkiaan pois työstä.[8]

Laki ei vastaa kysymykseen, vaikuttaako tällainen koko sopimuksen pätemättömyyteen vetoaminen ex nunc niin kuin irtisanominen vai ex tunc (sopimuksen teosta lukien). Jo vanhan työsopimuslain aikana katsottiin, että sopimuksen pätemättömyydestä huolimatta työsuhde oli olemassa niin kauan kuin sopimuksen perusteella tehtiin työtä ja että työntekijällä oli tältä ajalta oikeus kaikkiin lakisääteisiin etuihin. Pelkästään sopimukseen perustuviin etuihin, niin kuin sovittuun palkkaan, hänellä ei sen sijaan katsottu olevan oikeutta, vaan palkan sijasta hän voi vaatia omien suoritustensa (tekemänsä työn) arvon palauttamista.[9] Lakisääteisten etujen osalta ei saattane olla mitään perustetta luopua tähänastisesta kannasta; uuden lain tarkoituksena ei ollut työntekijän aseman huonontaminen. Mutta omasta puolestani rinnastaisin sopimukseen

---

[8] Työsopimuslakikomitean mietinnön perusteluissa käytetään tosin sanontoja, jotka viittaavat siihen, että pätemättömyysperusteen olemassaolosta huolimatta työsopimus tulisi työn alettua työntekijää sitovaksi. Työntekijän reaktiomuotoina olisivat tällöin vain sopimuksen irtisanominen TSL 48_1 §:n mukaisesti sekä vetoaminen palkkaa koskevan sopimusehdon pätemättömyyteen (48_2 §) tai muu sopimusehdon kohtuuttomuuteen (48_3 §). Ks. Km. 1969: A 25 s. 59—60. Lain sanamuoto ei minusta kuitenkaan oikeuta tällaiseen reaktiomuotojen rajoittamiseen, eikä se myöskään ole säännösten tarkoituksen mukaista. Perustelujen sanonta vastaa erästä työsopimuslakikomiteassa esillä ollutta vaihtoehtoa ko. säännökseksi, ja komitean työn kiireisessä loppuvaiheessa jäivät perustelut muuttamatta säännöksen hyväksytyn sisällyksen mukaisiksi. Perusteluissa esitetyistä näkökohdista saadaan mielestäni kuitenkin tukea sille, mitä seuraavassa kappaleessa sanotaan pätemättömyyden voimaan saattamisen rajoittamisesta vaikuttamaan vain ex nunc.

[9] Ks. *Sipilä*, Suomen työoikeuden käsite ja järjestelmä s. 193—197; *sama*, Suomen työoikeus I (1947) s. 88—89; *Vuorio*, m.t.s. 133—137, 188; *Raimo Pekkanen*, Sekatyyppinen työsopimus (1966) s. 83—85.

perustuvat edut lakisääteisiin ainakin silloin, kun on kysymys työn kertakaikkisesta lopettamisesta. Tosin olisi suotavaa, että asianosaiset saisivat välinsä mahdollisimman pikaisesti selviksi, ja tähän irtisanominen tietysti antaa paremmat mahdollisuudet kuin työstä pois jääminen muitta mutkitta. En kuitenkaan pitäisi tätä riittävänä syynä työntekijän jättämiseksi huonompaan asemaan sillä perusteella, että hän esim. pelosta, vastenmielisyydestä tai tietämättömyydestä jättää työstä pois jäämisensä ilmoittamatta työnantajalle. Tätä tukee mielestäni myös jäljempänä käsiteltävä uuden lain kanta vajaavaltaisuudesta johtuvan pätemättömyyden vaikutuksista (49 §). Mutta jos sovittu palkka on huonompi kuin TSL 17 §:n edellyttämä, on työntekijällä tietysti myös tässä tapauksessa oikeus 17 §:n mukaisiin etuihin.

Vaikeammin ratkaistavissa on se tilanne, että työntekijä, joka on rikkonut sopimuksen mukaisia velvollisuuksiaan ennen työn päättymistä, vetoaa sopimuksen pätemättömyyteen. Jos hän on ollut osan sopimuksen mukaisesta työajasta poissa työstä, ei hän tältä ajalta saa sen enempää palkkaa ex nunc -ratkaisun mukaisesti kuin työn arvon palautustakaan ex tunc -vaihtoehtoa noudattaen. Urakkatyössä alenee hänen ansionsa kummankin vaihtoehdon mukaisesti myös työn vähäisen tuloksen ja TSL 20 §:n puitteissa työn heikon laadun perusteella. Deliktiperusteella, esim. työnantajan omaisuuden tuottamuksellisen vahingoittamisen johdosta työntekijä vastaa sopimuksen pätevyydestä riippumatta. Kaikissa edellä mainituissa tapauksissa johtaa ex nunc- vaihtoehto (palkan maksaminen sopimuksen mukaan) minusta oikeimpaan tulokseen. Jäljellä ovat ne tapaukset, joissa työnantajalle on työntekijän poissaolosta aiheutunut vahinkoa, jota suhteellinen palkan alentaminen ei korvaa, tai joissa työn heikko tulos tms. seikka ei aiheuta sen enempää urakka-ansion alenemista kuin deliktivastuutakaan. Nämäkään tapaukset eivät minusta ole perusteena ex nunc -vaihtoehdon hylkäämiselle työnantajan velvollisuuksien osalta, sillä se seikka, omaksutaanko työnantajan velvollisuuksiin nähden ex nunc- vai ex tunc -linja, ei nähdäkseni ratkaise sitä ongelmaa, missä määrin työnantajan maksuvelvollisuutta, olipa se palkkaa tai työntekijän suorituksen palautusta, vastaa työntekijän velvollisuus korvata ennen työn päättymistä aiheuttamansa vahinko sopimusperusteista vastuuta koskevien sääntöjen mukaan.

TSL 48_1 §:n viimeisten sanojen mukaan ei säännöksessä tarkoitettu irtisanominen tule kysymykseen, jos pätemättömyysperuste on menettänyt merkityksensä, ts. jos työntekijä ei enää voisi saattaa pätemättömyyttä voimaan myöskään jäämällä muitta mutkitta pois työstä. Merkityksensä pätemättömyysperuste on menettänyt ensinnäkin oikeustoimilain 28_2 §:n edellyttämässä tapauksessa: jos työsopimus on työntekijäpuoleen kohdistetun törkeän pakon johdosta pätemätön, mutta työnantajapuoli on vilpittömässä mielessä, voidaan pätemättömyyteen vedota vain jos se tapahtuu ilman aiheetonta viivytystä pakon lakattua. Mutta niissäkin tapauksissa, joita

tämä säännös ei koske, voi työntekijä nimenomaisella tai konkludenttisella toimella osoittaa hyväksyvänsä sopimuksen pätemättömyysperusteen olemassaolosta huolimatta; ja jos tämä hyväksyminen on tapahtunut pätevästi, ei hän voi enää muuttaa mieltään ja vapautua sopimuksesta sen pätemättömyyteen vetoamalla.[10]

III

Oikeustoimilain 3 luvun sääntelemä pätemättömyys on relatiivista, vain toisen sopimuskumppanin hyväksi voimassa olevaa. Jos tämä ei tahdo vedota pätemättömyyteen, ei toinen voi vapautua sopimuksen mukaisista velvoitteistaan samaan pätemättömyysperusteeseen vetoamalla. Vajaavaltaisuuteen perustuva pätemättömyys on osittain toisessa asemassa. Siihen voi vedota paitsi vajaavaltainen itse useissa tapauksissa myös hänen sopimuskumppaninsa.[11]

Työsopimuksen pätemättömyyden työntekijän vajaavaltaisuuden perusteella on uusi työsopimuslaki (49 §) tehnyt kokonaan relatiiviseksi. Työnantaja on sopimukseen sidottu niin kauan kuin työntekijä sen täyttää. Jos taas työntekijä saattaa pätemättömyyden voimaan, pääsee työnantaja velvoituksistaan vain ex nunc: ajalta ennen pätemättömyyden voimaan saattamista kuuluvat työntekijälle kaikki sopimuksen mukaiset palkka- ja muut edut.

Laki ei edellytä vajaavaltaisen samalla tavoin kuin pakon, kiskomisen tms. kohteeksi joutuneen voivan pätemättömyyden voimaan saattamisen sijasta irtisanoa työsopimuksen heti lakkaamaan. Irtisanominen on oikeustoimi, ja joka ei voi pätevästi solmia työsopimusta, ei voi sitä pätevästi irtisanoakaan (TSL 5 §). Normaalina pätemättömyyden voimaansaattamistapana on siis se, että vajaavaltainen yksinkertaisesti jää pois työstä. Jos vajaavaltainen kuitenkin on työsopimuksen tekemisen jälkeen saavuttanut työsopimuksen solmimiseen ja irtisanomiseen riittävän oikeustoimikelpoisuuden (esim. 15 vuoden iän), voi hän saattaa pätemättömyyden voimaan oikeustoimella, myös vain ex nunc vaikuttavalla ilmoituksella sopimuskumppanilleen eli irtisanomisella.

TSL 49_1 §:n sanamuoto näyttää johtavan siihen, että jos vajaavaltainen ei omalta osaltaan täytä sopimusta, saa työnantajakin peräytyä siitä sopimuskumppaninsa vajaavaltaisuuden perusteella. Mihin työnantaja tarvitsee tällaista peräytymisoikeutta? Sopimus ei velvoita vajaavaltaista mihinkään; mutta olisi ilmeisen kohtuutonta, jos työnantajan olisi pidettävä sopimussuhde voimassa vaikka vajaavaltainen jättäisi sopimuksen edellyttämän työn suurelta osalta tekemättä. Sopimuksesta peräytyäkseen työnantajan ei tarvitse sitä purkaa eikä irtisanoa, mikä voisi pätevästi tapahtua vain

[10] Ks. Km. 1969: A 25 s. 59.

[11] Ks. *Martti Rautiala*, Holhousoikeus (1952) s. 233—235.

vajaavaltaisen holhoojalle, vaan hän voi nähdäkseni yksinkertaisesti estää vajaavaltaisen työnteon ja sitten mahdollisessa prosessissa puolustautua peräytymisoikeudellaan. Mikä tahansa pieni sopimusrikkomus ei minusta kuitenkaan oikeuta peräytymiseen. Toisaalta jättäisin tässä yhteydessä avoimeksi sen kysymyksen, onko sopimuksen rikkomisen oltava niin törkeää, että se TSL 43 §:n mukaan kävisi purkamisperusteesta. Peräytyminenkin vaikuttaa tietysti vain ex nunc.

Edellä todettiin, ettei vajaavaltainen itse voi pätevästi irtisanoa oman vajaavaltaisuutensa vuoksi pätemätöntä työsopimusta. Työnantaja saanee kuitenkin pitää »irtisanomista» ilmauksena siitä, ettei vajaavaltainen enää täytä sopimusta omalta puoleltaan, ja siis katsoa työsuhteen päättyvän »irtisanomisen» mukaisesti. Ehkä hieman konstruktiivisesti tätä voisi perustella siten, että jos vajaavaltainen ei sitten annakaan suorittamalleen irtisanomiselle sen normaalia vaikutusta, vaan yrittää jatkaa työntekoaan, hän ei täytä sopimusta omalta osaltaan, ja niin työnantaja saa peräytyä siitä. Mutta jos sopimus on holhoojan solmima ja sen takia pätevä, ei vajaavaltaisen itse tekemälle irtisanomiselle voida antaa tuollaista merkitystä, vaan se jää vaikutuksettomaksi.

Niin kauan kuin vajaavaltaiselta puuttuu TSL 5 §:n mukainen rajoitettu toimikelpoisuus, holhooja voi hänen puolestaan saattaa sopimuksen pätemättömyyden voimaan. Työnantaja voi tällöin katkaista työsuhteen, vaikka vajaavaltainen itse yrittäisi jatkaa sopimuksen täyttämistä. Mutta jos työnantaja holhoojan ilmoituksesta huolimatta sallii holhotin jatkaa työskentelyä, jatkuu myös työsuhde ja työntekijän oikeus kaikkiin lain ja sopimuksen mukaisiin etuihin.

TSL 49 §:ssä ei ole niin kuin 48 §:ssä erikoismainintaa siitä tapauksesta, että pätemättömyysperuste on ennen pätemättömyyteen vetoamista menettänyt merkityksensä. Kuitenkin voi myös vajaavaltaisuuteen perustuva pätemättömyys korjautua, siten että holhooja tai toimikelpoisuuden saavuttanut vajaavaltainen hyväksyy sopimuksen.[12] Hyväksyminen voi tapahtua myös konkludenttisesti, esim. siten että vajaavaltainen 15 vuotta täytettyään, tietoisena alle 15-vuotiaana tekemänsä työsopimuksen pätemättömyydestä ja mahdollisuuksistaan pätemättömyyden voimaan saattamiseen, jatkaa työn tekemistä sopimuksen mukaan. Hyväksymisen jälkeen ei työnantajakaan enää voi vastapuolen sopimusrikkomusten perusteella peräytyä sopimuksesta, vaan hän voi nyt käyttää normaaleja vastatoimia, kuten sopimuksen purkamista ja vahingonkorvauksen vaatimista. In dubio vaikuttanee hyväksyminen — toisin kuin yleensä muunlaisten sopimusten osalta [13] — kuitenkin vain ex nunc, niin ettei työnantaja voi tehdä ennen hyväksymistä sattuneiden tapausten perusteella mitään sellaisia vaatimuksia, mitä hän ei olisi

[12] Ks. *Rautiala*, m.t. s. 226.
[13] Ks. *Rautiala*, m.t. s. 226.

voinut tehdä ilman hyväksymistäkin. Ex tunc vaikuttavasti ei TSL 5 §:n mukaan rajoitetusti toimikelpoinen voinekaan sopimusta hyväksyä, sillä taannehtivalta osalta ei hyväksymisessä ole kysymys sitoutumisesta työhön, vaan vastuuseen jo sattuneista tapahtumista.

IV

Koko työsopimus saattaa olla pätemätön muistakin kuin TSL 48 ja 49 §:ssä edellytetyistä syistä. Pätemättömyysperusteena voi olla esim. työnantajan vajaavaltaisuus tai häntä koskeva tahto- tai ilmaisuvirhe. Näiden pätemättömyystapausten käytännöllinen merkitys on melkoisesti vähäisempi kuin TSL 48 ja 49 §:ssä käsiteltyjen. Toisaalta ne ovat vaikeammin säänneltäviä, sillä niissä joutuu pätemättömyyden tarjoama suoja ristiriitaan työoikeudellisten säännösten tavallisen tarkoituksen, työntekijän edun suojaamisen kanssa. Asianmukaisten säännösten laatiminen olisi vaatinut erilaisten kysymykseen tulevien tilanteiden yksityiskohtaista analysointia — eikä kaikkia näitä tilanteita ehkä vuosikymmeniin esiintyisi käytännössä. Siksi oli mielestäni perusteltua jättää nämä tapaukset laissa sääntelemättä. Tässäkään en voi niistä esittää kuin muutamia näkökohtia.

Ensinnäkin täytynee työnantajalla aina olla oikeus halutessaan saattaa pätemättömyys voimaan vain ex nunc. Minkään hyväksyttävän intressin mukaista ei olisi pakottaa häntä valitsemaan vain ex tunc vaikutuksen ja pätemättömyyteen vetoamisesta luopumisen välillä.

Sen sijaan ei ole niinkään selvää, että työnantajan tulisi aina voida saattaa pätemättömyys voimaan myös ex tunc.[14] Tämä koskee varsinkin tapauksia, joissa työntekijä ei ole tiennyt pätemättömyysperusteesta, esim. työnantajan alaikäisyydestä. Vaikka pätemättömyys vaikuttaisi ex tunc, olisi työnantajan palautettava saamansa suoritus, työn arvo. Molempien osapuolten intressit turvaisi varmaan useissa tapauksissa parhaiten TSL 48 §:n periaatteiden mukainen ratkaisu: pätemättömyys vaikuttaisi vain sopimuksen palkkalausekkeeseen ex tunc, mutta muutoin ex nunc. Palkka siis alennettaisiin TSL 17 §:n mukaiseksi, mutta työsuhteen katsottaisiin olleen olemassa niin kauan kuin sopimuksen perusteella tehtiin työtä.

---

[14] Vrt. toisaalta *Sipilä*, Suomen työoikeuden käsite ja järjestelmä s. 197—198.

REFLEKTIONER I ANSLUTNING TILL FÖRSLAG OM NY INTERNATIONELL ADOPTIONSLAG

GÖSTA WALIN

Den internationella familjerätten får efter hand allt större praktisk betydelse. Antalet utlänningar i Sverige är betydande. En stor del stannar för livet, andra återvänder till hemlandet. Detta har föranlett ett livligt lagstiftningsarbete, som inte bara är till lyst, och förslag har avlämnats såväl till Internationell adoptionsrätt (SOU 1969: 11) som till Internationell äktenskaps- och arvsrätt (1969: 60). Båda förslagen har vid remissbehandlingen fått ett gynnsamt mottagande och det förra har blivit föremål för proposition (1971: 113) till riksdagen med förslag till lag om internationella rättsförhållanden rörande adoption som skall träda i kraft 1 jan. 1972. Här bör även nämnas, att tidigare avlämnats ett betänkande om Adoption av utländska barn (1969: 57) som behandlar praktiska synpunkter vid handhavandet av internationella adoptionsfrågor.

Båda de förstnämnda betänkandena har stort principiellt intresse och ger utrymme åt sådana kompromisser mellan nationalitets- och domicilprinciperna som haft så stor framgång i internordisk lagstiftning liksom inom konventionsarbetet i vidare sammanhang.

Sverige har tidigare inom Haagkonferensen för internationell privaträtt deltagit i utarbetandet av en den 15 nov. 1965 dagteckнad konvention om behörig myndighet, tillämplig lag och erkännande av beslut rörande adoption.[1] Konventionen har ännu inte trätt i kraft och har hittills (aug. 1971) ratificerats endast av Österrike. Det nu aktuella svenska lagförslaget har utarbetats under beaktande av konventionen. Den föreslagna lagen är emellertid generell och förutsätter inte konvention eller reciprocitet. Om Sverige ansluter sig till konventionen, får i särskild författning göras vissa undantag från den generella lagen. Nu gällande internordiska lagstiftning innehåller också undantag från den generella lagen och dessa undantag förutsätts skola bestå t.v.

En första fråga är, när inhemsk myndighet skall vara behörig att ta upp ansökan om adoption. Redan här möter i den föreslagna lagen en kompromiss mellan nationalitet och domicil. Ansökan

[1] Se bil. till SOU 1969: 11 och Dennemark i SvJT 1967: 1 ff.

om adoption får upptas av svensk domstol, om den eller de sökande har svenskt *medborgarskap* eller har *hemvist* i Sverige. Med hemvist åsyftas hemvist i svensk internationellrättslig mening, däremot t.ex. inte vad som enligt anglosachsisk uppfattning betecknas som domicil — ett begrepp som f.ö. inte är enhetligt inom den anglosachsiska rätten.[2] Med tanke på ströfall av olika slag, såsom då endast den ena av adoptionssökande makar är svensk medborgare, har dessutom Kungl. Maj:t fått befogenhet medge, att ansökan prövas här.

Det kan synas i och för sig vara av mindre betydelse, hur behörighetsfrågan besvaras. Enligt lagen skall emellertid ansökan som görs vid svensk domstol också prövas enligt *svensk lag*. Den kompromiss som 1 § innehåller får alltså grundläggande materiell betydelse och ger en fingervisning varthän utvecklingen sannolikt går. Som det emellanåt kan vara betydelsefullt för barnet om ett svenskt beslut kommer att respekteras i annat land till vilket adoptanten eller barnet har anknytning, föreskriver lagen en diskretionär prövning, om barnet är under 18 år. I så fall skall särskilt beaktas, huruvida det skulle medföra avsevärd olägenhet för barnet, om adoptionen inte blir gällande där. I motsats till hittills gällande bestämmelser blir främmande lag inte något ovillkorligt hinder. Även på annat sätt lättas villkoren genom den nya regleringen. En i princip konform lösning har mutatis mutandis tidigare godtagits i lag 27 nov. 1964 om svensk domstols prövning av äktenskapsmål i vissa fall.

Att lex fori skall användas innebär en uppenbar lättnad. Det diskretionära beaktandet av hänsyn till främmande lag kan anpassas efter förhållandena. Domstolen och sökandena slipper införskaffa utredning om främmande rätt när det har endast underordnat intresse, t.ex. om barnet kommer från ett avlägset land till vilket det inte kan antas återvända.

Lagen utgår från att *rättsverkningarna* av svensk adoption skall i Sverige i första hand bedömas enligt svensk lag. Detta innebär numera, att s.k. stark adoption inträder, och sökandena kan inte på grund av anknytning till främmande land göra något förbehåll som gör avsteg från den svenska rättens regler. Stark adoption innebär hos oss, att barnet i familjerättsligt hänseende helt jämställs med barn i äktenskap. Det föreligger förslag om att likställigheten skall generellt bekräftas i en ny 8 § i 4 kap. föräldrabalken, ett tillägg som dock inte inom familjerätten innebär någon saklig nyhet.

I detta sammanhang bör uppmärksammas, att de möjligheter att häva adoption som tidigare funnits har avskaffats hos oss genom lag 17 dec. 1970. Till tröst för den adoptant som önskar gifta sig

[2] Ang. hemvistbegreppet se SOU 1969: 60 s. 13 och 194 ff.

med adoptivbarnet kan emellertid meddelas, att detta går för sig och att då enligt 4 kap. 7 § FB all verkan av adoptionen upphör. Vidare kan adoptivbarn adopteras av ny adoptant. Även då förfaller all verkan av den förra adoptionen för framtiden. Bl.a. kan den som adopterats utomlands adopteras på nytt.

Att rättsverkningarna av adoption skall bedömas enligt svensk lag betyder inte utan vidare, att svensk lag blir tillämplig på arvsrätt i adoptivförhållande. Principen är som bekant hos oss — frånsett internordiska förhållanden — att tillämplig arvslag bestäms av arvlåtarens nationella lag i dödsögonblicket. Lagen utsäger emellertid nu i 4 §, att om adoptionen skett här i riket, skall adoptivbarnet alltid anses som adoptantens barn i äktenskap. Detta innebär, att vi i Sverige även vid tillämpning av utländskt arvsstatut skall jämställa adoptivbarnet med och ge barnet samma lott som barn i äktenskap, alldeles oavsett om arvsstatutet förvägrar adoptivbarn arvsrätt eller ger barnet en mindre lott än barn i äktenskap.

Adoption brukar förutsätta vissa samtycken från olika sidor, dvs. viljeförklaringar som antas vara bindande omedelbart eller i och med myndighets konfirmation. Hos oss är myndighets beslut det konstitutiva. Detta förhållande hindrar emellertid inte, att adoption kan efter användning av extraordinärt rättsmedel undanröjas om något väsentligt fel vidlåder samtycke som lagen förutsätter. Intill 1958 års omläggning av adoptionsinstitutet hade vi i Sverige en adoptionsform som man numera brukar beteckna som svag. Det gavs 1958 möjlighet att inom viss tid omföra äldre svag adoption till ny stark adoption. Genom 1970 års lagstiftning har man tagit ett ytterligare, mycket radikalare steg och utan vidare omfört alla äldre kvarstående svaga adoptioner till starka adoptioner. Därmed har man helt satt sig över de förutsättningar från vilka förutnämnda viljeförklaringar utgått. Barnet har gått miste om arvsrätt efter sin biologiska släkt osv. Även den möjlighet att häva svag adoption som förut fanns har upphävts. Det gäller f.ö. också om de starka adoptioner som tillkommit under tiden mellan 1958 års och 1970 års lagstiftning. Förenämnda betänkande om Internationell adoptionsrätt som avlämnats före 1970 (och för vilket förf. svarade som utredningsman) utgick från den då gällande svenska interna adoptionslagstiftningen och var mera nyanserat. Man får hoppas och har kanske anledning tro, att den förenkling som skett skall visa sig vara av godo. En följd av de nya interna reglerna kombinerade med den internationella adoptionslagen är, att även barn som i Sverige adopterats före 1 juli 1959 skall vid tillämpning av 4 § i lagen jämställas med barn i äktenskap.

Teoretiskt kan man kanske ställa frågan, om en äldre adoption skulle kunna upprivas med användning av extraordinärt rättsmedel därför att adoptanten eller annan utgått från förutsättningar i fråga om barnets ställning som ändrats väsentligt genom lagen. Samtyckets giltighet för den nya situationen skulle alltså kunna

sättas i fråga. Men man får nog utesluta möjligheten.[3] Den använda lagstiftningsmetoden är av stor principiell betydelse. I fråga om radikal förenkling överträffas den dock av övergångsbestämmelserna till 1969 års svenska lagstiftning om barn utom äktenskap (jfr nedan).

Den nya lagen om internationella rättsförhållanden rörande adoption reglerar inte endast svensk adoption i internationella sammanhang utan behandlar också *verkan av utländska beslut*. Även här gör lagen — i 3 § — en kompromiss mellan nationalitets- och domicilprinciperna. Utländskt beslut om adoption skall sålunda som regel gälla här i riket, om den eller de sökande var medborgare eller hade hemvist i den främmande staten när beslutet meddelades. Med hemvist åsyftas alltjämt hemvist i internationellrättslig mening. Här torde man emellertid böra så långt möjligt respektera adoptionslandets uppfattning om vad som menas med hemvist. Anglosachsiskt domicil bör t.ex. godtas. Detta kan grundas på lagens strävan att acceptera beslut som meddelats i land till vilket sökande hade viss fastare anknytning. Även denna tillämpningsfråga har principiellt intresse. Syftet med varje särskild bestämmelse måste f.ö. sätta sina spår i tillämpningen även när hemvist förekommer i andra sammanhang.[4]

Lagen är reciprok såtillvida, att utländska beslut i princip godkänns under samma förutsättningar som tagits upp för svensk domstols behörighet att pröva ansökan om adoption. Lagen innehåller emellertid en reservation, enligt vilken giltigheten av utländskt adoptionsbeslut ibland förutsätter godkännande av Kungl. Maj:t eller myndighet som Kungl. Maj:t bestämmer. Detta är fallet, när adoptivbarnet var svensk medborgare eller hade hemvist i Sverige. Motiven utgår från, att godkännande skall ha retroaktiv verkan liksom att domstol undantagsvis kan i hithörande fall pröva om adoption skall respekteras utan att den godkänts av Kungl. Maj:t.[5] — I konformitet med 1 § innehåller lagen en tilläggsbestämmelse, att Kungl. Maj:t eller den Kungl. Maj:t bemyndigar kan förordna, att utländskt adoptionsbeslut i andra fall än förut nämnts skall gälla här i riket. Bestämmelsen har i dagens läge avsevärt större praktisk betydelse än motsvarande regel i 1 §. Det är vanligt, att svenska medborgare adopterar barn genom ett förfarande i barnets hemland (t.ex. Korea).

Något försök har inte gjorts att i lagen ange vad som förutsätts för att det skall anses vara fråga om adoption. Detta kvalifikationsproblem står sålunda öppet. Adoption kan vara av ganska olika slag och vissa minimikrav måste uppställas med tanke bl.a. på de rättsverkningar som godkännande av utländsk adoption kan med-

[3] Jfr not 11 i det följande.
[4] Prop. s. 43.
[5] Bet. s. 41 f och prop. s. 45 f.

föra.[6] I detta sammanhang kan böra understrykas, att lagen endast talar om »beslut om adoption». Faktisk adoption utan medverkan av myndighet torde inte rymmas under uttrycket. Liknande kvalifikationsproblem förekommer inom äktenskapsrätten, och man kan helt visst inte ställa sig helt likgiltig t.ex. om främmande stat betraktar faktisk adoption — eller privat adoption om man vill kalla den så — som en rättsligt verksam åtgärd.[7]

Det är utan betydelse vilken lag som tillämpats av den utländska myndigheten, dvs. om den tillämpat lex fori eller adoptants nationella lag eller hans hemvistlands lag. Här kan emellertid nämnas, att enligt 6 § utländskt beslut om adoption som strider mot svensk ordre public inte får tilläggas giltighet i Sverige. Det kan måhända tänkas tvångsadoption eller annat uppenbart åsidosättande av biologiska föräldrars eller barnets elementära rätt, skenadoption osv.

Rättsverkningarna av utländsk adoption regleras i 4 § i lagen. Paragrafen har emellertid, i motsats till betänkandet, kommit att något förvillande reglera även verkningar av svensk adoption i arvsrättsligt hänseende (jfr ovan). Frågan hur rättsverkningarna av en adoption skall bedömas hör till de mera omstridda och har inom litteraturen varit föremål för intressanta teoretiska utläggningar. Den som betonar att adoption förutsätter viljeförklaringar är benägen att fästa viss vikt vid de förutsättningar från vilka de handlande utgick. Den som åter ser myndighetens beslut som det helt dominerande kan lättare acceptera adoptionen som ett neutralt faktum och låta rättsverkningarna växla — på samma sätt som äktenskapets rättsverkningar med avseende å barnen inte stelt regleras av det statut som gällde för äktenskapets ingående.

Lagen reglerar först de mindre svårlösta frågorna om vårdnad, förmynderskap och underhåll. I denna del sägs kategoriskt, att när utländskt beslut om adoption skall gälla här i riket, anses barnet som adoptantens barn i äktenskap. Beträffande innebörden behöver här knappast tilläggas mer än det kan bli aktuellt att pröva huruvida adoptionen verkligen åsyftar att barnet skall omhändertas av adoptanten.[8] Kvalifikationsproblemet dyker alltså upp. Lagen innebär i övrigt, att man får göra klart för sig vilken lag som skolat tillämpas om barnet verkligen vore barn i äktenskap. Det är inte sagt, att svensk lag då skall tillämpas som lex fori. I fråga om förmynderskap finns t.ex. särskilda regler för internationellrättsliga förhållanden. Beträffande vårdnad och underhåll drar utvecklingen i riktning mot lex fori, se t.ex. 3 § i 1964 års lag om svensk domstols prövning av äktenskapsmål i vissa fall.

I andra stycket av 4 § reglerar lagen den mera kontroversiella

[6] Bet. s. 41 och prop. s. 45.
[7] Jfr betr. skilsmässa SOU 1969: 60 s. 179.
[8] Jfr bl.a. prop. s. 45.

frågan om arvsrätt i adoptivförhållanden. Härvid bortses i lagen helt från vad adoptant och andra kan ha tänkt sig när de samtyckte till adoption. I betänkandet hade intagits en mera modest ståndpunkt och angetts, att adoptivbarnet och dess skyldemän inte skulle genom tillämpning av arvsstatutet gå förlustiga rätt till arv som var förutsatt vid adoptionen. Att arvsrätt i förhållande till den biologiska släkten består är ju inte något ovanligt. Och i dansk rätt t.ex. kan vid adoption göras direkt förbehåll i den riktningen. Nämnda finkänslighet är nu bortsopad i lagen. I stället sägs kategoriskt, att i fråga om arvsrätt i adoptivförhållanden gäller vad som i allmänhet är föreskrivet om tillämplig lag beträffande rätten till arv, oavsett vilken lag som tillämpats vid adoptionen. Enligt svensk rätt skall — frånsett nordiska förhållanden — tillämpas arvlåtarens nationella lag i dödsögonblicket. Det kan inträffa, att arvsstatutet överhuvud inte erkänner arvsrätt i adoptivförhållanden. Barnet skulle då kunna gå miste om arvsrätt såväl efter den biologiska släkten som efter adoptanten och dennes släkt. När adoptionen skett i Sverige, skall emellertid som förut nämnts adoptivbarnet alltid anses som adoptantens barn i äktenskap. Anmärkningsvärt är, att lagen bl.a. inte uppmärksammar stark adoption som ägt rum i nordiskt grannland. Förmodligen bör man här som ofta annars inom internationell rätt akta sig för motsatsslut och i stället utgå från att lagen har luckor som får utfyllas efter övervägande av adoptionens beskaffenhet samt bedöma rimligheten av att jämställa utländsk adoption med svensk i det särskilda fallet. I motiven understryks i annat sammanhang, att lagen inte är uttömmande.

Den summariska lösning som lagen bjuder har påverkats av det sätt på vilket man behandlat övergångsfrågorna vid 1970 års interna svenska adoptionslagstiftning.[9] Men dessutom är av intresse att jämföra med övergångsregleringen vid 1969 års lagstiftning om utomäktenskapliga barns arvsrätt. Man slopade då alla undantagsregler beträffande arvsrätt för eller efter barn utom äktenskap. Principen hälsas med glädje. För egen del har jag också för länge sedan uttalat mig för att de nya reglerna skulle tillämpas även när faderskap fastställts enligt äldre lag men med viss reservation.[10] 1969 års lagstiftning godtar över lag alla äldre domar eller erkännanden som förklarar vederbörande vara fader, oaktat de i realiteten endast innebar underhållsplikt. När man gått så svepande fram i fråga om utomäktenskapliga barn, skulle det naturligtvis ha varit att sila mygg, om man i fråga om adoption tagit hänsyn till förutsättningarna för samtycke till adoption och för rättens beslut. Märkligt nog lär man inte från dansk sida ha gjort några allvarliga invändningar mot den bristande respekten för danska beslut med förbehåll för arvsrätt på biologisk skyldskaps grund. Det synes vara en stor principiell fråga för lagstiftaren i vad mån

[9] Prop. s. 36.

[10] SOU 1954: 6 s. 217 ff.

man i fortsättningen skall på traditionellt vis göra förbehåll som förebygger att nya regler känns stötande, tillämpade på redan uppkomna förhållanden, eller sätta sig över berättigad indignation i en del fall för att få enkla regler. Så mycket kan nog sägas som att den nya vinden inte lämpligen bör blåsa fullt lika friskt i alla familjerättsliga sammanhang.[11]

Lagen räknar — som redan antytts — med att adoptivbarn enligt tillämpligt arvsstatut inte alltid har arvsrätt efter adoptanten. I 4 § tredje stycket tas därför upp en skyddsregel som är oberoende av tillämpligt arvsstatut. Där sägs, att om arvsrätt efter adoptanten inte föreligger, kan efter vad som finnes skäligt bestämmas att bidrag till barnets underhåll skall utgå av behållningen i adoptantens dödsbo. Man är alltså inte beredd att utan vidare acceptera arvsstatutets reglering. Några närmare normer ges inte men motiven utgår från att hänsyn skall tas till bl.a. andra barn som arvlåtaren har.

Beträffande ikraftträdandet kan noteras, att lagen inte blir tillämplig i fråga om rätt till arv i adoptivförhållande, om arvlåtaren avlidit före ikraftträdandet.

Betänkandet innehöll även regler om behörighet för svensk domstol att uppta ansökan om hävande av adoptivförhållande. Däremot innehöll förslaget inte något om verkan av utländsk myndighets beslut om adoptivförhållandes hävande. Tydligt är emellertid, att sådant beslut inte kan utan vidare lämnas å sido. Frågan om dess erkännande får bedömas enligt lagstiftningens grunder. Ganska stränga krav bör med hänsyn till ordre public ställas för att beslut om adoptivförhållandes hävande skall anses godtagbart från barnets synpunkt.[12]

Med hänsyn till innehållet i den nu gällande svenska interna adoptionslagstiftningen har i propositionen inte tagits upp någon bestämmelse om hävande. I princip skall utländsk adoption inte kunna hävas i Sverige. Detta gäller till följd av regleringen i 1931 års nordiska familjerättskonvention (tillämpning av lex fori) även för internordiska förhållanden. Man har emellertid inte vågat ta

---

[11] Ändrade föreskrifter om hävande av adoption meddelades senast år 1958 utan att några övergångsbestämmelser gavs. Lagstiftaren utgick (enligt vad mig är bekant) som självklart från att de nya föreskrifterna skulle tillämpas även på äldre adoptionsförhållanden liksom nya bestämmelser om äktenskapsskillnad m.m. tillämpas på äldre äktenskap osv. I NJA 1967 s. 186 tog HD överraskande avstånd från principen. Den avvikande mening som JR Regner (led. av lagrådet vid granskning av förslaget till ändringarna) uttalade stämde em. otvivelaktigt med vad som åsyftats och synes ändamålsenligt. Nämnda princip godtogs senare uttryckligen av lagrådet vid granskning av 1970 års ändringar (prop. 186 s. 62). Det senare måste blixtra för ögonen på dem som i 1967 års rättsfall så behjärtade adoptantens förutsättningar för adoptionen.

[12] Bet. s. 48.

ut steget riktigt fullt utan i motiven inskjutit en brasklapp. Det framhålls, att i utländsk rätt finns former av adoption som både med hänsyn till att den kan hävas och i andra hänseenden har svaga rättsverkningar.[13] Det utesluts därför inte, att svensk domstol skulle kunna besluta om hävning av sådan adoption. Här dyker alltså upp ett andra gradens kvalifikationsproblem. Vid tillämpning av 3 § skall ju prövas, om utländsk adoption överhuvud kan jämställas med svensk. När det gäller hävande, skall ytterligare prövas om adoption, som visserligen förtjänar att betraktas som adoption, likväl skiljer sig så mycket från svensk adoption att den får hävas. Vilken lag som därvid skall tillämpas svävar i det blå. — Propositionen utgår vidare från att frågan om verkan av utländskt besluts hävande får bedömas efter omständigheterna.[14]

Som förut nämnts är lagen generell. Den förutsätter alltså ingen konvention eller reciprocitet e.l. Lagen avses skola bestå även om Sverige ratificerar 1965 års Haagkonvention, eftersom den senare inte kan förutsättas få annat än begränsad anslutning och f.ö. inte tar upp alla problem som behandlas i lagen. 7 § i lagen innehåller, att i den mån det påkallas till uppfyllande av Sveriges förpliktelser enligt avtal med främmande stat kan Kungl. Maj:t ge föreskrifter som avviker från bestämmelserna i lagen. Denna metod att lösa konflikten mellan en generell lag och konventionsförpliktelser är traditionell i svensk lagstiftning och synes svår att undvika, om man överhuvud vill kodifiera internationellrättsliga regler utanför konventioners tillämpningsområden.

Man har skäl hoppas på att även betänkandet om internationell äktenskaps- och arvsrätt skall leda till lagstiftning. Vår nu gällande internationella äktenskapsrätt är trots vissa pålappningar i ett bedrövligt föråldrat tillstånd. Med genomförande av framlagda förslag skulle enligt förf:s (ej fullt opartiska) uppfattning ett stort steg tas mot en mera praktisk syn på behandlingen av internationellrättsliga frågor. Bl.a. skulle den ominösa regeln om mannens lag som bestämmande för »familjens lag» alldeles försvinna ur bilden. Den bedömningen av internationella äktenskapsförhållanden är minst sagt föråldrad. Fläcken måste bort och därvid kan hemvistet komma in som ett utslagsgivande anknytningsfaktum, när makar eller andra berörda parter har olika nationalitet. Ivriga anhängare av nationalitetsprincipen talar med indignation om vådorna av individualiserande metod. Hänsyn till både nationalitet och hemvist har emellertid redan i många sammanhang tagits i konventioner, i vår egen lagstiftning och i rättspraxis. Om man begränsar sig till att beakta nationalitet resp. hemvist och inte för in andra godtyckliga anknytningsfakta i bilden, leder inte metoden

[13] Prop. s. 39.
[14] Prop. s. 39 f.

till rättsupplösning utan till en mera adekvat behandling av komplicerade förhållanden. Hos oss bör i nuvarande läge nationaliteten t.v. vara det primära faktum som man skall beakta och hemvistet användas som hjälpfaktum, bl.a. för att det skall bli möjligt välja mellan två konkurrerande nationaliteter. Jag bortser här från de statslösas problem, liksom från den särskilda behandling som kan böra komma politiska flyktingar till del. Även dessa frågor uppmärksammas i betänkandet om Internationell äktenskaps- och arvsrätt.[15]

Samråd med representanter för Danmark, Finland och Norge har föregått betänkandena. Förslag kan så småningom väntas från norsk sida i fråga om internationell adoptionsrätt.

---

[15] Bet. s. 12 och 185 ff.

TUOMARIN HARKINNASTA RIKOSJUTUISSA

JUHA VIKATMAA

I

Yleensä on todettu, että tuomari on rikosjutussa mahdollisimman tiukasti sidottu lakiin. Tämä oikeusvarmuuden idean vaatima laki-sidonnaisuus ei kuitenkaan kokonaisuudessaan poista rikos-tuomarin harkinnan mahdollisuutta ja merkitystä. Mainittu seikka ilmenee oikeusjärjestelmässämme sekä eksplisiittisesti että implisiittisesti.

Rikoslainsäädännöstä löytyy monia seikkoja, jotka edellyttävät tuomarin jatkavan lainsäätäjän työtä. Selvästi esiintyvää tuomarin harkintaroolin korostusta edustavat monet yleisten oppien säännökset. Esimerkkinä näistä mainittakoon rangaistusjärjestelmämme monesti sangen väljine asteikkoineen.

Oikeastaan rikosoikeudellinen laintulkinta edellyttää lähes kaikissa tapauksissa tuomarin harkintaa. Vain aivan selvissä isomorfiatilanteissa voidaan puhua sidotusta, mekaanisesta soveltamisesta, jossa lainsäätäjä on suorittanut työn loppuun tuomion tasolle. Suurimmassa osassa tapauksia normin ja käytännön tilanteen välisen riittävän samuuden määrääminen kuitenkin jää riippuvaksi tuomarin harkinnasta.

Lainsäädännön ja sen soveltamistoiminnan hyväksyminen saman prosessin eri vaiheiksi avaa hedelmällisiä näkökulmia tuomarin asemaa ja harkintakapasiteetin käyttöä selviteltäessä. Olennaista on, että lainsäätäjä voi ohjata tuomarin harkintaa. Lait määräävät tuon harkinnan kulloisenkin painopistesuunnan. Se voidaan sijoittaa lainsäädännössä itse soveltamisvaiheeseen tai toisaalta seuraamuksen valitsemisen sisältävään kohtaan tuomitsemisessa. Viimeksi mainitussa vaiheessa voidaan painotusta edelleen vaihdella.

Lain säätämisen ja soveltamisen mieltäminen samaksi prosessiksi johtaa siihen, että lainsäätäjän on syytä suorittaa edellä mainittu painotus tietoisesti. Lainsäätäjän tarkoittama painotus olisi mielestäni hyvä panna näkyviin sopivaan kohtaan lainvalmistelutyössä (esim. eduskunnan valiokunnan mietinnöt) ja tiedottaa laajasti soveltajille.

Ajatusmalli edellyttää myös painotusajatuksen toteutumisen seuraamista. Kaikkia sovellutusongelmia tuskin voidaan paikallistaa lainsäädäntötyön kuluessa. Virheellisen syötön sattuessa tämän

johdosta toiminnan jatkuva tarkkailu mahdollistaa riittävän nopean oikaisun.

Hyvän oikeuden syntyminen edellyttää tuomarilta oman aseman syvällistä ymmärtämistä edellä mainitun prosessin osana. Tuomarin pitää pystyä ymmärtämään lainsäätäjää. Jo tuomarinohjeissa on selkein sanakääntein todettu liiallisen lakiin tuijottamisen turmiollisuus, mikäli tämä tapahtuu lainsäätäjää väärin ymmärtäen.[1] Toisaalta on mielivaltaisesti omia näkemyksiään päätöksissään heijasteleva tuomari todellinen oikeusvaara.

Tuomarin vastuullisuus ja häneen kohdistuvat vaatimukset korostuvat erityisesti yhden juristin tuomioistuimissa. Meikäläinen kihlakunnanoikeushan on tällainen tuomioistuin. Muodollisesti mukana olevan lautakunnan merkitys tuskin on riittävän vahva kontrollitekijänä.

Juuri rikostuomarin vastuu on poikkeuksellisen suuri. Hän vastaa tuomittavan tulevaisuudesta. Hän ei voi missään olosuhteissa siirtää vastuuta kokonaan lainsäätäjälle. Näin on siitä huolimatta, että esiintyy selviä sovellutustapauksia ja että lainsäätäjä onkin suorittanut harkinnan peruspainotuksen. Tilanne kärjistyy vastuun kannalta niissä tapauksissa, joissa vanhentunut laki uhkaa kirjaimellisesti sovellettuna johtaa selviin kohtuuttomuuksiin.[2]

Kollegiotuomioistuimissa tuomarin vastuulla on ilmeinen taipumus hajaantua tai joissakin tapauksissa jopa hävitä. Kihlakunnanoikeudessa ei puheenjohtajan kohdalla näin tapahdu. Yksi tuomari on kovan paineen alla. Kun meikäläisissä tuomioistuimissa vallitsee jatkuva kiire, ei tuomarin tehtävä rikosasioissa suinkaan ole helppo. Tämän vuoksi pitäisi myös oikeustieteen ja koulutuksen pyrkiä auttamaan häntä mahdollisimman pitkälle.

Hyvästä tuomarista on lausuttu monia määritelmiä. Näistä huonoimpia ei liene *Otto Brusiinin* tuomarin aukkoharkintaa silmällä pitäen esittämä:

»*hyvältä tuomarilta* vaaditaan, että hän on *avarakatseinen aktiivinen p e r s o o n a l l i s u u s*, joka historiallisesta näkökulmasta käsin syvällisesti ymmärtää nykyisen yhteiskunnan realiteetit, ja tälle perustalle rakentaa kestävän tulevaisuuden.»[3]

II

Kun suomalainen oikeudenkäyntijärjestys ei tunne esivalmistelua rikosasioissa, joutuu tuomari rikosjutun kanssa ensi kertaa tekemisiin vasta sen tullessa varsinaiseen käsittelyyn. Tällöin muodos-

---

[1] Ks. tuomarinohjeet 8, 10 ja 12.

[2] Näin saattaa nykyisen lain mukaan olla esim. RL 28 luvun 2 §:n törkeän varkauden kohdalla. Hyvinkin lievä tapaus voi muodollisesti toteuttaa tunnusmerkistön, josta minimirangaistuksena seuraisi 6 kk kuristushuonetta.

[3] *Brusiin* s. 253.

taa prosessuaalisen harkinnan ensimmäisen vaiheen näyttökysymysten selvittely. Tämä vaihe ei ole pelkästään ulkonaisten tosiasioiden etsimistä. Niitä pyritään kaiken aikaa selvittämään nimenomaan mahdollisesti sovellettaviksi tulevien normien kannalta. Tästä huolimatta voidaan tosiasioiden etsiminen erottaa varsinaisesta sovellutusvaiheesta, joka alkaa vasta näytön tultua tarkistetuksi.

Nimenomaan todistelulainsäädäntömme peruslinja OK 17 luvussa tunnustaa sen, että näyttöongelmat ovat harkintakysymyksiä. Rikosjutuissa tällä linjalla on menty niin pitkälle, ettei vastaajan tunnustuskaan muodosta sitovaa näyttöä (OK 17: 4).

Rikosasiassa on esitutkinnalla ratkaiseva merkitys näytön hankkimisessa. Tuomioistuinkäsittelyssä vain arvioidaan esitutkinnan tuloksia. Esitutkinta ei ole meillä tyydyttävästi järjestetty. Ensinnäkin esitutkintalainsäädäntö yhä puuttuu. Toiseksi ovat syyttäjä ja esitutkintaviranomainen usein samoja henkilöitä. Kolmanneksi ovat tutkintaviranomaisen voimavarat monissa tapauksissa riittämättömät. Viimeksi mainittu seikka koskee erityisesti monimutkaista rikollisuutta. Esimerkkinä voidaan mainita ympäristön saastuttamiseen liittyvä rikollisuus, jonka selvittäminen vaatisi tutkintaviranomaiselta erityistä asiantuntemusta tullakseen kunnolla suoritetuksi.[4]

Edellä sanotusta johtuu, ettei tuomarilla aina suinkaan ole käytettävissä parasta mahdollista materiaalia näyttökysymysten harkintapohjana. Aineisto tietenkin kasvaa ja joissakin tapauksissa paraneekin prosessin jatkuessa.

Näyttöharkinnan empiirinen tutkiminen olisi käsitykseni mukaan tärkeä tehtävä edettäessä oikeudenkäyntimenettelyn uudistamisen tiellä. Se ei nykyisin kuitenkaan ole kaikilta osin mahdollista, koska näytön lopulliseen arviointiin johtanutta ajatuskulkua ei päätökseen kirjata. Siinä vain yleensä todetaan, että »raastuvanoikeus on tutkinut jutun ja katsoo siinä selvitetyksi . . .». Syitä tähän katsomiseen ei ole tapana mainita. Perustelujen kirjoittamista näkyviin myös tältä osin on useissa yhteyksissä pidetty suotavana. Tässäkin kohdin olisi aika tulossa olevan prosessiuudistuksen myötä siirtyä sanoista tekoihin.

Näyttökysymysten selvittelyä seuraa soveltamisvaihe, jossa varsinaisesti etsitään tapaukseen soveltuvaa tunnusmerkistöä laista. Tämän toiminnan laadusta rikosjutuissa on viime vuosina kirjallisuudessa lausuttu hieman aikaisemmasta ajattelusta poikkeavia käsityksiä. Koska itsekin olen kosketellut tätä ongelmaa muussa yhteydessä, tyydyn vain viittaamaan siihen.[5] Olennaista tämän kir-

---

[4] Esim. laajaan vesistönlikaamisjuttuun perehtyminen nykyisen poliisiorganisaation ja sen voimavarojen puitteissa vaikuttaa melkoisen työläältä. Kun alan paraskin asiantuntemus on vaikeuksissa näiden kysymysten selvittämisen kanssa, on poliisi puutteellisine mahdollisuuksineen lähes ylivoimaisen tehtävän edessä.

[5] *Vikatmaa* s. 5 ja siinä viitattu.

joitelman kannalta on se, että tässäkin vaiheessa ollaan tekemisissä harkinnan eikä puhtaasti logiikan sääntöjä seuraavan soveltamisen kanssa. Näin korostuu tuomarin vastuullisen harkinnan osuus soveltamisvaiheessa enemmän kuin ehkä aikaisemmin on nähty. Inhimillinen panos tuomitsemisessa tulee esiin.

Soveltamisvaiheen osalta on syytä viitata niihin pohdiskeluihin, joita lähinnä ulkomailla on suoritettu ATK:n soveltamismahdollisuuksista itse ratkaisemistoimintaan oikeuslaitoksen piirissä.[6] Meillä ei tällaista pohdintaa tähän mennessä juuri ole harjoitettu. Varmaa kuitenkin on, että sitä tullaan harjoittamaan.

III

a) Jos teko sovellutusharkinnassa katsotaan rikokseksi, ryhdytään etsimään seuraamusta. Teoriassa tämä siis tapahtuu vasta tunnusmerkistön löytymisen jälkeen. Käytännössä vaikuttaa seuraamuksen järkevä suhteuttaminen tekoon epäilemättä useissa tapauksissa myös tunnusmerkistön etsimiseen. Vanhentuneiden normien kohdalla joudutaan jopa joskus tekemään niille väkivaltaa tulkinnallisesti kohtuulliseen lopputulokseen pääsemiseksi.

Rikoksen seuraamuksista saa rangaistus osakseen useimmissa tapauksissa suurimman mielenkiinnon harkinnassa. Rangaistuksen valinnassa voidaan erottaa kaksi vaihetta: 1) rangaistusasteikon etsiminen ja 2) konkreettisen rangaistuksen mittaaminen.

Muiden rikoksen seuraamusten kohdalla ei tällaista kaksivaiheisuutta voida havaita yhtä selvänä. Esim. konfiskaationkin määräämiseen sisältyy kuitenkin harkintaa, vaikka RL:n 2 luvun 16 §:n mukaan hyödyn konfiskoiminen itsessään on pakollinen.[7] Vastaavasti on vahingonkorvauksen määrä mitä suurimmassa määrin tuomarin harkintaa edellyttävä asia.

b) Rangaistusasteikon löytyminen ei ole ongelmallinen asia silloin, kun on kysymys yhteen tekoon syyllistyneestä, syyntakeisesta, täysi-ikäisestä ja ensikertalaisesta rikoksentekijästä. Asia selviää jo soveltamisvaiheessa, ellei lainkohdassa ole useita eri asteikkoja. Syyntakeisuuden vajavaisuuden tai puuttumisen sekä iän tässä suhteessa aiheuttamat ongelmat eivät nekään ole asteikon löytämisen kannalta erityisen vaikeita.

Ratkaisujen löytyminen alkaa sen sijaan heti vaikeutua, jos tekijällä on aikaisempaa rikollisuutta tai jos hän on syyllistynyt moniin samalla kertaa tuomittaviksi tuleviin tekoihin. Tämäntyyppisiä ongelmia on totuttu sekä käytännön sovellutuksissa että rikosoikeuden opetuksessa pitämään ensiarvoisen tärkeinä. Ne ovatkin huomattavan tärkeitä, mikäli tuijotetaan vain ongelmien ratkaisemisen vaikeuteen.

---

[6] Ks. esim. *Seipel*, SvJT 1970 s. 257 ss. ja s. 772 ss.

[7] Tämän tarkoituksenmukaisuudesta *Saarni-Rytkölä*, LM 1966 s. 173 ss.

Edetäkseni rikoslain lukujen mukaisessa järjestyksessä aloitan kerän purkamisen uusimisesta. Meillä on uhrattu paljon aikaa ja paperia RL:n 6 luvun laatimiseen. Vielä enemmän on uhrattu sen tulkitsemiseen. Kirjoitusten, oikeustapausten ja virkavirheiden pitkä jono osoittaa ainakin sen, että 6 luku on vaikea ja monimutkainen.

Vaikeus ja monimutkaisuus voidaan sallia, mikäli ne edistävät jotakin positiivista päämäärää. 1970-luvun rikosoikeudellisessa keskustelussa on syytä jälleen kerran vakavasti kysyä, mitä tällaisia tavoitteita nykyinen rikoslain 6 luku todella edistää.

Uusimissäännöstöhän heijastelee alun perin rikosoikeudellista sovitusajattelua siinä mielessä, että sen mukaan rikosten jatkuva tekeminen vaatii yhä kovemmat reaktiot yhteiskunnan taholta. Tämän säännöstön yleisestävää vaikutusta lienee käytännössä hyvin vaikea mitata. Se tuskin kuitenkaan on kovin merkittävä, koska uusimissäännöstö kohdistaa kärkensä tottuneisiin rikollisiin. Näihin tällainen uhka vaikuttanee heikosti. Tutkimus on osoittanut, että uusintarikollisuuteen yleisesti ottaen voidaan vaikuttaa huonosti 6 luvun tapaisilla järjestelyillä.[8]

Tuomarin harkintakapasiteetin käytön kannalta on selvää, että huomattava osa hänen ajastaan ja henkisistä voimavaroistaan kuluu 6 luvun ongelmien ratkaisemiseen. Tämä koskee erityisesti auskultantteja ja vähäisessä määrin rikosjuttujen kanssa tekemisiin joutuvia tuomareita.

Tilanteen ollessa tällaisen on vakavasti harkittava 6 luvun muuttamista tai kumoamista kokonaan. Näin on sitäkin suuremmalla syyllä, kun muistetaan, että ajatus on heitetty esiin jo monesti aikaisemmin julkisuudessa.[9] Kun omat kriminologiset ja lainlaadinnalliset voimavarat näyttävät tässäkin asiassa ohuilta, pätee 6 luvunkin kohdalla vanha hyvä sääntö ulkomaisen opin hyödyllisyydestä.

Asteikon valinnassa tuottavat seuraavaksi 7 luvun säätelemät konkurenssiongelmat huomattavia vaikeuksia. Tuomarin on selvitettävä, minkälaisen kokonaisuuden teot muodostavat. Kysymykseen tulevat lainkonkurenssi, ideaalikonkurenssi, jatkettu rikos, reaalikonkurenssi ja rikosten täydellinen erillisyys.

Tutustuttaessa oikeuskäytäntöön ja kirjallisuuteen käy ilmi, että nämä ongelmat eivät suinkaan ole helppoja ratkaistaviksi niiden yleisluontoisten säännösten pohjalta, joita RL:n 7 luku sisältää. Ongelmat ovat saaneet käytännön ja teorian hiomia ratkaisumalleja lähes jokaisen rikostyypin kohdalla erikseen. Tällaisen käytännön tunteminen on näin ollen rikostuomarin toiminnan kannalta ratkaisevaa.[10]

Erityisen valaiseva käytännön kannalta on reaalikonkurenssin

---

[8] *Anttila-Törnudd* s. 215 ss.

[9] Esim. *Heinonen*, LM 1969 s. 314.

[10] Nimenomaan erinäisiä rikoksia koskevat oppikirjat ja oikeuskäytäntö paljastavat konkurenssiongelmien hajaantuneisuuden in casu.

ja RL:n 7 luvun 2 §:n säätelemän jatketun 1. pitkitetyn rikoksen keskinäinen suhde käytännössä. Traditionaalisesti on 7 luvun 2 §:ää tulkittu hyvin suppeasti. Tällainen tulkinta on vieläkin vallitseva. *Honkasalo* esittää v. 1967 ilmestyneessä oppikirjassaan hyvin selväpiirteisesti tiukan tulkinnan soveltamista.[11] Samoin menettelee *Hiltunen* v. 1968 julkaisemassaan artikkelissa.[12] Hänen mukaansa jatketun rikoksen käsitettä on käytettävä varoen ja tarkoin punniten, eikö reaalikonkurenssia soveltamalla useissa tapauksissa päästäisi rikospoliittisesti oikeampaan lopputulokseen.[13]

Käytännössä on KKO ollut melkoisen tiukasti suppean tulkinnan kannalla, joskin kannanotot eräissä kysymyksissä ovat vuosien varrella lieventyneet.[14] Sen sijaan alioikeuksissa ja eräissä hovioikeuksissa on ainakin aika ajoin sovellettu varsin laajaa tulkintaa. Tällöin ei ole tiukasti pidetty kiinni perustunnusmerkistön samuuden, kohdeoikeushyvän samanlaisuuden, ajallisen sidonnaisuuden tai paikallisen läheisyyden vaatimuksista. Koska KKO kuitenkin näyttää pysyneen tiukalla kannalla, on oikeuskäytäntö jossakin määrin epämääräisessä tilassa.

Vallitsevasta poikkeava ali- ja hovioikeuskäytäntö on lähtenyt liikkeelle ilmeisesti siitä tarpeesta, jonka pitkien rikossarjojen joustava käsittely aiheuttaa käytännössä. Pitää päästä eroon hankalasta reaalikonkurenssista ja yhdistämisestä. Nähtäväksi jää, mikä linja vakiintuu käytäntöön. Ennustaisin pikemminkin laajemman tulkinnan menestyvän tulevaisuudessa aina lainsäädäntötasolle asti.

Jo nyt päästään pitkitetyn rikoksen käsitteen laajan sovellutuksen omaksuvassa tulkinnassa meikäläisen rikoslainsäädännön sisältämien väljien asteikkojen vuoksi kriminaalipoliittisesti tyydyttävään lopputulokseen, jos vain käytetään kaikkia asteikon tarjoamia mahdollisuuksia. Tietysti tällainen käytäntö ainakin teoreettisesti näyttää lisäävän tuomarin harkintavaltaa. Yhdistämismääräykset tunteva henkilö kuitenkin tietää, että myös reaalikonkurenssia käytettäessä harkintavalta jää laajaksi.

Modernissa rikoslainsäädännössä näyttää esiintyvän pyrkimys mahdollistaa tuomarille kokonaisharkinta rangaistuspuolella, kun on kysymyksessä monien rikosten samanaikainen käsitteleminen. Tällöin ei asteikon valinta tuottaisi periaatteessa suurempia ongelmia kuin yhden rikoksen ollessa kysymyksessä. Tämäntapaiset järjestelyt on omaksuttu esim. Ruotsin ja DDR:n uusissa rikoslakikoonnoksissa.

---

[11] *Honkasalo*, Yleiset opit II s. 265 ss.

[12] *Hiltunen*, LM 1968 s. 346 ss.

[13] *Hiltunen*, LM 1968 s. 359.

[14] Käytännön kehittymisestä *Hiltunen*, LM 1968 s. 348 s. Kuvaava tässä suhteessa on tuore ratkaisu KKO 1970 II 58. Tässä tapauksessa KKO ei katsonut voivansa tuomita syytettyä jatketusta rattijuoppoudesta, koska tekojen välillä oli kulunut liian pitkä aika. Teot oli suoritettu samana vuonna helmikuun 3 päivänä ja maaliskuun 17 päivänä. Vaasan HO oli tuominnut syytetyn jatketusta rikoksesta.

Ruotsin BrB:ssa on perussäännös tältä osin 1 luvun 6 §:ssä. Sen 1 momentissa sanotaan: »Skall någon dömas för flera brott, ådömes gemensam påföljd för brotten, om ej annat är stadgat.» Tämä säännös, jota teknisesti täydennetään lain rangaistuksia koskevassa osassa, ratkaisee itse asiassa konkurenssiongelmat käytännössä varsin pitkälle. Asteikon valinta ei enää muodostakaan niin vaikeaa ongelmaa kuin meidän lakimme mukaan on laita.[15]

DDR:n StGB:n 63 ja 64 §§:ssä löytyy vastaavat säännökset. Useiden oikeudenloukkausten tapauksissa tuomitaan vain yksi päärangaistus. Sen alarajan määrää ankarimman minimin sisältävä asteikko ja ylärajan vastaavasti ankarin maksimi. Erityistapauksissa tuomioistuin voi ylittää tämän maksimin (64[3]).

Selostettujen järjestelyjen pyrkimys kokonaisuuteen käsittelyssä on ilmeisen yhdensuuntainen sen tulkintapyrkimyksen kanssa, jota olen edellä selostanut pitkitetyn rikoksen osalta. Kummassakin teknisessä järjestelyssä tähdätään siihen, että tuomari voisi monimutkaisesta rangaistusmatematiikasta vapaana harkita lopputulosta rikollisuuden kokonaiskuvan taustaa vasten.

Näyttää siltä, että suomalainen järjestelmä sisältää suuren määrän näennäispohdintaa, joka on vaikeaa mutta joka tuskin edistää mitään positiivisia päämääriä sen paremmin rikosten ehkäisemisen kuin syytetyn oikeusturvankaan kannalta. Tuomarin harkintakapasiteetista kuluu suuri osa sovellutusongelmien ratkaisemisen jälkeen asteikon etsimiseen. Jos lähitulevaisuuden lainsäädäntöuudistusten puitteissa pystyttäisiin toteuttamaan esim. ohjelma, jonka *Olavi E. Heinonen* on tältä osin esittänyt v. 1969, voitaisiin tuomarin kapasiteettia vapauttaa ilmeisesti todellisempien ja merkitsevämpien ongelmien ratkaisemiseen.[16]

Vielä on huomattava, etteivät edellä lyhyesti luonnehditut pääongelmat ole suinkaan ainoita vaikeuksia asteikon etsimisessä. Kokonaiskuva sisältää mainittujen lisäksi joukon yksityiskohtia, jotka saattavat monissa tapauksissa olla hyvinkin hankalia.

Vasta asteikon löydyttyä alkaa tekijän kannalta oleellinen harkinta, kun tuomarin on valittava asteikolta rangaistus. Asteikon löytyminen sinänsä ei siis ratkaise lopputulosta kovinkaan paljon. Tämä johtuu ensi sijassa asteikkojen väljyydestä.

c) Rikoslaissamme ei ole määräystä rangaistuksen mittaamisesta. Myös käytännön kartoittaminen on jäänyt puutteelliseksi huolimatta *Nousiaisen* 1950-luvun lopulla tekemistä tutkimuksista.

---

[15] Lähemmät määräykset käytännön tilanteista löytyvät BrB:n 34 luvusta. Ks. 1 luvun 6 §:n tulkinnasta tarkemmin *Beckman — Holmberg — Hult Strahl* I s. 46 ss.

[16] Ohjelma sisältää pääosina: 1) Konkurenssitilanteiden jako ideaaliseen ja reaaliseen poistetaan, 2) Kaikissa konkurenssitilanteissa siirrytään yhtenäisrangaistuksen käyttöön ja 3) RL:n 6 luku kumotaan. Ks. *Heinonen*, LM 1969 s. 314.

Mainituille tutkimuksille olisi syytä saada mitä pikimmin jatkoa koko rikoskentän leveydeltä, jotta päästäisiin luomaan pohjaa suuremmalle yhtenäisyydelle ja samalla entistä tasavertaisemmalle oikeuskäytännölle.[17]

Mittaamisessa on säännösten puuttuessa mahdollisuus tuomarin henkilökohtaisten arvostusten ja näkemysten laajaan heijastamiseen. Huolimatta siitä, että juristien ajattelumaailma yhtenäisen koulutuksen vuoksi lienee melkoisen homogeeninen, löytyy rangaistusarvostuksissa huomattavaa variaatiota. Tämä puolestaan johtaa käytäntöön sovellettuna oikeutettuihin moitteisiin tuomitsemisen epätasaisuudesta. Vaikka monet lausumat tässä suhteessa ovat tuomitun kannalta peräti subjektiivisia, lienee osassa niitä vahva pohja. Hajontaa on. Sen laajuus pitäisi selvittää tutkimuksin.

Mittaamisen hajonnasta johtuen on useissa yhteyksissä esitetty erilaisia järjestelmiä tämän haitan poistamiseksi. Historian kuluessa on sovellettu myös kiinteän rangaistuksen järjestelmää. Yhdenmukaisuuden edistämiseksi tehtyjen ehdotusten päälinja on tietysti ollut mittaamisen kytkeminen joihinkin ainakin osittain matemaattisesti todettavissa oleviin tekijöihin.

Meillä näyttää taksatiivirangaistussysteemi saaneen viime aikoina kannatusta osakseen. Erityisesti suosittavat *Anttila-Törnudd* uudessa kriminologian oppikirjassaan takseerausjärjestelmän soveltamista eräin muunnelmin ja lisäyksin. Heidän mukaansa järjestelmän avulla voidaan turvata sekä yhtenäinen linjakkuus että tarpeellinen yksilöllisyys.[18]

Takseerausjärjestelmän soveltaminen käytäntöön ei suinkaan merkitsisi tuomarin harkinnan rajaamista pois rangaistuksen mittaamisesta. Järjestelmä antaisi harkinnalle vain toivottavaa kiinteyttä. Tuomari voisi täysin yksilöllistä ja avointa systeemiä paremmin ottaa huomioon kunkin tapauksen erikoislaadun, kun hänellä olisi selvä kuva kunkin rikostyypin rangaistuksen yleistraditiosta. Tässä suhteessa näyttää takseerausjärjestelmän peruslinja hyväksyttävältä.

Erittäin mielenkiintoinen on *Karl Haagin* äskettäin julkaisema yritys rakentaa rationaalinen rangaistusten mittaamisjärjestelmä. Tutkimuksessaan vuodelta 1970 Haag lähtee siitä, että on luotavissa loogisiin mittaamisperusteisiin perustuva mittaamismalli, joka perustuu erityisesti taloustieteen piirissä laadittuihin operaatiomalleihin (Operation Research).[19] Tällaisen mallin kehittelyn tarvetta Haag perustelee jo monissa aikaisemmissa yhteyksissä esitetyillä mittaamisjärjestelmän virheillä.

Selviteltyään monipuolisesti rangaistuksen eri tarkoitusperiä ja

---

[17] Joitakin yksityiskohtia on toki selvitelty tässä suhteessa sitten *Nousiaisen* tutkimusten. Ks. lähemmin *Anttila — Törnudd* s. 235. Ks. *Nousiainen* s. 150 ss.

[18] *Anttila — Törnudd* s. 233 ss.

[19] *Haag* s. 15.

mittaamiseen liittyviä tekijöitä Haag onkin saanut syntymään tällaisen kokonaiskuvan. Hänen mukaansa rationaalinen mittaaminen on mahdollista huolimatta siitä, että empiirinen tieto ratkaisun perusasioista toistaiseksi on riittämätöntä. Hän on esittänyt mallit myös toistaiseksi puuttuvan tiedon hankkimiseksi.[20]

Vaikka Haagin yritys näyttää mielenkiintoiselta, lienee siitä vielä melkoinen matka käytännön jokapäiväisiin sovellutuksiin. Tarvitaan toisaalta enemmän tietoa monista mittaamiseen liittyvistä asioista ja toisaalta pitää harkita mittaamisen suorittajan koulutuspohjaa. Nykypäivän juristi tuskin pystyy Haagin mallia soveltamaan, vaikka sitä pystyttäisiin paljonkin yksinkertaistamaan. Tietokoneen tunkeutuessa tuomitsemistoimintaan saattaa nyt mainittu ratkaisumalli kuitenkin tulla meilläkin vakavan pohdinnan kohteeksi.

Inhimillisen harkinnan poistaminen mittaamisharkinnasta tuskin on kokonaisuudessaan mahdollista, vaikka tapahtumalle pystyttäisiinkin antamaan tiukat muodolliset raamit. Saattaa hyvinkin olla, että mittaamisesta aikanaan tulee kaksijakoinen tapahtuma: 1) matemaattisempi vaihe, jonka kuluessa rajoitetaan perusasteikkoa (vrt. jo nykyiset alatunnusmerkistöt ja tyypit) ja 2) varsinainen rangaistuksen valinta mainitulla tavalla rajoitetulta asteikolta. Toinen vaihe voitaisiin näin suorittaa vain melkoisen suppeissa puitteissa.

IV

a) Rikostuomarin harkinta kohdistuu tapaukseen kokonaisuudessaan. Tuskin edes voidaan perustellusti vaatia harkinnan jakamista moneen vaiheeseen tiukkoja rajoja vetäen. Tästä huolimatta on painotusta tarkasteltaessa erotettavissa erilaisia vaiheita esim. edellä kaavaillulla tavalla.

Vaikka tutkimusten puuttuessa tällä hetkellä ei voidakaan lausua tarkkoja käsityksiä harkinnan nykyisistä painotuksista, näyttää kuitenkin selvältä, että kaikki asiat eivät ole kunnossa. Jos sovellutusharkinnassa hyväksytään ajatus aikaisempaa avoimemmasta argumentoinnista, ei sillä puolen ole mielestäni syytä antaa muutossuosituksia.

Sen sijaan seuraamuksen valinnassa erityisesti rangaistuksen kohdalla on painopiste eittämättä väärin kohdistettu. Monimutkaisen asteikon valinnan suhteeton painottaminen ei mielestäni anna oikeaa kuvaa rangaistuksen valitsemisen todellisesta painotustarpeesta. Monessa tapauksessa monimutkaisten kysymysten ratkaisuun uhrattu harkinta on turhaa työtä. Tämä seikka on yleisesti oivallettu sekä ulkomaisessa lainsäädännössä että myös koti-

[20] Ks. *Haagin* loppupäätelmiä s. 217 s.

maisessa rikosoikeuskentässä. Perustavanlaatuiset uudistukset lähinnä rikoslain 6 ja 7 lukujen kohdalla olisi mitä nopeimmin saatava toimeen.

b) Tuomarin harkinnan painopistettä voidaan rangaistuksen valinnassa siirtää lainmuutoksilla oikeampaan suuntaan. Yhtä ratkaiseva on kuitenkin tuomarien koulutus. Rikosoikeuden tentissä oikeustieteen opiskelijoiden ratkaistavaksi traditionaalisesti esitetty ns. yhdistämistapaus ohjaa harkintaa aivan väärään suuntaan. Samaa suuntaa heijastelee *Honkasalon* asianomaisen oppikirjan epäsuhtainen painotus.[21] Tyydytyksellä on todettava, että Helsingin Yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan tenteissä on viime vuosina siirrytty käyttämään myös mittaamisongelmia mainitussa oikeustapauksessa. Turussa sen sijaan ajetaan edelleen vanhaa latua.

Yliopistoissa annettavan juristikoulutuksen ollessa parhaillaan valinkauhassa olisi nyt hyvä tilaisuus ottaa huomioon rikostuomarin harkintaongelmiin liittyviä asioita. Hyvällä teoreettisella koulutuksella on näissä asioissa varmasti suuri merkitys. Rikostuomarin harkinnan tarkoituksenmukaisella painottamisella puolestaan on huomattava merkitys rikollisuuden käytännöllisten haittojen minimoimiseksi käytävässä yhteiskunnallisessa taistelussa.

Keväällä 1971 pantiin alulle selvittely juristien auskultoinnin uudistamiseksi. Myös tässä työssä on syytä ottaa huomioon hyvän rikostuomarin harkintaan liittyvät ongelmat. Ellei näin tapahdu, ei tuomioistuinlaitos saa käyttöönsä hyviä rikostuomareita. Ellei se niitä saa, on jätetty käyttämättä eräs tehokas ase suomalaisessa kriminaalipolitiikassa.

Kirjallisuus:

Anttila, Inkeri — Törnudd, Patrik: Kriminologia. Porvoo 1970.

Beckman, Nils — Holmberg, Carl — Hult, Bengt — Strahl, Ivar: Brottsbalken jämte förklaringar. Band I. Andra upplagan. Stockholm 1968.

Brusiin, Otto: Tuomarin harkinta normin puuttuessa. Vammala 1938.

Haag, Karl: Rationale Strafzumessung. Saarbrücken 1970.

Heinonen, Olavi E.: Tuomitsemisen ja tekemisen ajankohta RL 7 luv. 8 §:ää sovellettaessa. LM 1969 s. 277—316.

Hiltunen, Paavo: Pitkitetty rikos oikeuskäytännössä. LM 1968 s. 346—359.

Honkasalo, Brynolf: Suomen rikosoikeus. Yleiset opit. Toinen osa. Toinen painos. Oppikirjana käyttämistä varten tarkastanut Reino Ellilä. Helsinki 1967.

Kolmas osa. Toinen painos. (Sama tark.) Helsinki 1969.

Nousiainen, Tapio: Rangaistuksen tuomitsemisesta. 2. painos. Helsinki 1965.

[21] Voidaan todeta, että *Honkasalo*, Yleiset opit III jakaantuu tässä suhteessa niin, että asteikon etsintää koskee 94 sivua ja mittaamista 7 sivua. Edelliseen on laskettu mukaan 60—65 §§ ja jälkimmäisestä asiasta puhutaan 66 §:ssa.

Saarni-Rytkölä, Maarit: Vielä rikoslain 2 luvun 16 §:n 1 momentin tulkinnasta. LM 1966 s. 173—178.

Seipel, Peter: Om användning av automatisk databehandlingsteknik inom juridiken. I: Tillämpning och analys av rättsregler. SvJT 1970 s. 257—292.

Vikatmaa, Juha: Erehdyksestä. Rikosoikeudellinen tutkimus. Turku 1970.

HAR CULPAREGLEN UDSPILLET SIN ROLLE I ERSTATNINGSRETTEN?

A. VINDING KRUSE

Skyldprincippet i erstatningsretten eller culpareglen blev født i den gamle romerske republik, og man kan faktisk tidsfæste begivenheden til ca. år 300 f.Kr., da lex aquilia — loven om tingsbeskadigelser, herunder slaver — blev vedtaget ved et plebiscit. Loven, der var foreslået af almuetribunen Aquilius og derfor fik hans navn, var meget langt fra at være en erstatningsretslov i moderne forstand, men den anvendte udtrykket »injuria» ved beskrivelsen af deliktet, og dette blev i realiteten anledningen til skyldreglens opkomst, idet udtryksmåden snart blev fortolket som et krav om, at der skulle foreligge skyld — culpa — førend ansvar kunne pålægges. Et andet betydningsfuldt moment ved loven var, at den fastsatte boden til tingens værdi.

Disse to grundprincipper i erstatningsretten har haft en fuldkommen fantastisk succes, som savner ethvert sidestykke i retshistorien, der kulminerede i Iherings berømte erklæring for 100 år siden, hvor han tillagde culpareglen absolut, universel og evig gyldighed. Men så stor en succes kan ikke vare ved. Og reaktionen var allerede på Iherings tid indtrådt, og den har vokset sig stedse stærkere i de forløbne hundrede år. De objektive erstatningsregler og forsikingsordninger er kommet til i stigende antal og i mange former, men de har endnu langt fra fortrængt culpareglen. Den er fremdeles det almindelige erstatningsprincip i de vestlige retsordninger, og de objektive erstatningsregler har stort set karakteren af undtagelser fra dette generelle erstatningsprincip.

Derimod kan man skelne mellem flere udviklingslinier indenfor det objektive ansvar. Den ene karakteriserer sig ved, at den søger at opstille det objektive ansvar som et slags generelt princip jævnsides med eller som et supplement til culpaprincippet. Man taler om, at der gælder, eller bør gælde, en almindelig regel om objektivt ansvar for »farlig bedrift» eller lignende generelle karakteristika, uden at det på forhånd præcist angives i hvilke tilfældegrupper det skal gælde. Dette overlades til retsanvendelsen. Som et nærliggende eksempel kan nævnes Norge. Og det bør også nævnes, at denne ide var Henry Ussings kongstanke gennem hele hans liv.

Den anden fremgangsmåde går derimod ud på efterhånden at

udpege de forskellige virksomhedsområder, hvor et objektivt ansvar anses for påkrævet. Er nærliggende eksempel er stillingen i dansk ret. Begge fremgangsmåder kan i nordisk ret tænkes gennemført såvel ved lovgivning som gennem domstolenes praksis. Men efter min mening er lovgivningsvejen den mest rationelle. En tredie — endnu uprøvet — metode er i principielt helt at lade culpareglen blive afløst af en objektiv erstatningsregel.

Lad det være sagt indledningsvis, at der næppe kan rejses tvivl om, at den moderne tekniske udvikling med dens voldsomme industrialisering og motorisering i forbindelse med nutidens forsikringsmuligheder må medføre, at objektive erstatningsregler i stedse stigende omfang vil føles som det rimeligste og retfærdigste på en række områder. Argumenterne herfor har så ofte været endevendt, at jeg ikke skal trætte med at gentage dem. Jeg skal indskrænke mig til at henvise til min: »Erstatningsretten» 2. udg. København 1971, hvor den vigtigste litteratur er nævnt, se navnlig §§ 12—17. Nej, hovedproblemet er efter min mening et andet, nemlig hvilken af de lige nævnte 3 fremgangsmåder man fra retsvidenskabens side bør anbefale lovgivningsmagten og retsanvendelsen at vælge ved gennemførelsen af det objektive ansvar.

Personligt er jeg tilhænger af, hvad man kunne kalde »enkeltgruppemetoden», hvor man går fra tilfældegruppe til tilfældegruppe inden for det praktiske liv og overvejer betimeligheden af at indføre et objektivt ansvar. Når mit valg er faldet på denne metode, er det ikke af veneration for traditionen i dansk eller anden nordisk ret, eller fordi metoden er den, som vel har de største praktiske muligheder, men simpelthen fordi jeg anser den for den rigtigste.

Det skal erkendes, at det er en brydsom og besværlig metode i sammenligning med blot at instituere en generel regel, men til gengæld har metoden andre fortrin i forhold til en generel regel, som efter min opfattelse opvejer disse ulemper.

Almindelig objektive ansvarsregler, som bygger på kriterier så som »farlig bedrift», »ekstraordinær virksomhed» eller eventuelt helt »frie risikobetragtninger», kan tage sig besnærende og tilforladelige ud. I realiteten er de intetsigende blanketregler, som overlader hele afgørelsen til domstolenes frie skøn. Ja, men er det da nogen større ulykke at forlade sig på domstolenes frie skøn? Det gør vi jo nu om dage på så mange områder. Det er selvfølgelig rigtigt, at vi forlængst her i Norden har forladt den gamle opfattelse, der anså det principielt forkert at overlade regeldannelsen til domstolenes skøn. Og den frihed domstolene har fået i vore dage, har ikke i nævneværdig grad ført til misbrug eller utålelig vilkårlighed. Dette til trods forekommer det mig ikke nogen idealtilstand at overlade det til domstolene at afgøre, på hvilke områder der bør gælde objektivt ansvar. Det fører til stor usikkerhed i det praktiske retsliv — ja, måste efter omstændigheder til afgørelser, som menigmand slet ikke vil kunne forstå. Meningerne i dommerkolle-

gierne vil netop vedrørende spørgsmålet om objektivt ansvar ofte være meget forskellige. Jeg skal blot som eksempel nævne, at det var en ren tilfældighed med hensyn til sammensætningen af det pågældene dommerkollegium i Højesteret, der i 1960 (UfR 1960, s. 576) førte til, at der ikke blev statueret objektivt ansvar for en funktionsfejl ved et narkoseapparat på et hospital.

Man hører ofte den påstand fremsat, at der knytter sig lige så store usikkerhedsmomenter til domstolenes administration af culpareglen. Efter min opfattelse er denne påstand helt forkert. i de fleste dagligdags tilfælde volder det ikke større besvær at afgøre om en skadeforvoldende adfærd har været uagtsom eller ej. En opfattelse jeg har fået bekræftet af mange forsikringsjurister, som daglig må tage stilling til talrige skadestilfælde. At der kan opstå usikkerhed i mere egenartede tilfælde, er en anden sag.

Ser man deimod på de tilfældegrupper, hvor man i tidens løb har anbefalet at gennemføre eller har gennemført objektive ansvarsregler, er det slående, hvor forskelligartede livsforhold det drejer sig om. Det turde derfor også være klart, at en almen formel selv om man gjorde den nok så vid og luftig, ikke ville være i stand til at dække hele området. Personlig forekommer det mig således helt umuligt at opstille en regel, som bygger på almene kriterier som farlig bedrift, ekstraordinær virksomhed eller lignende, der på naturlig måde kunne omfatte f.eks. skader forvoldt af jernbaner og fly eller industrielle anlæg, alle mulige former for forurening, skadeforvoldelse ved brug af fast ejendom, ved husdyrhold, skader forvoldt af salgsgenstande med farlige egenskaber o.s.v. Men er dette rigtigt, måtte den generelle regel suppleres med specialregler, og så er der ikke opnået ret meget.

Skulle der virkelig opnås en forenkling, måtte man tage skridtet helt ud og *lade culpareglen afløses af en altomfattende objektiv ansvarsregel for skader på personer og ting* (*integritetskrænkelser*).

Det er betegnende for udviklingen, at da man for godt 30 år siden havde det objektive ansvar på dagsordenen for Det 16. nordiske Juristmøde, fandt man det slet ikke umagen værd at diskutere denne mulighed. Tværtimod blev tanken skarpt afvist både af indlederen Emil Sandström og af Henry Ussing.

Sådan er situationen ikke i dag. I den forløbne tid har der både i og uden for Norden meldt sig mange talsmænd for denne tanke, og vi kommer næppe uden om en drøftelse af dette spørgsmål. Spørgsmålet er vanskeligt at besvare, og vanskelighederne akcentueres yderligere af den skærpelse af selve den nedarvede culparegel, som også har fundet sted. Realitetsforskellen mellem en tilstand, hvor culpareglen gælder som almindelig regel suppleret med vidtgående objektive ansvarsregler og en generel objektiv ansvarsregel kan forekomme minimal, og den sidste løsning må vel have åbenbare retstekniske fordele i henseende til enkelthed og klarhed. Således skulle man jo helt slippe for besværlighederne ved i de konkrete sager at afgøre, om der har været handlet culpøst eller

ej. Som positive argumenter plejer man at anføre dem, som anføres i forbindelse med et ansvar for »farlig bedrift», navnlig at den, som har sluppet skadegørende kræfter løs, også må være den nærmeste fremfor den helt uskyldige trediemand. Den, som har været årsag til skaden, kunne have undgået den ved at undlade handlingen, og det er ham alene, som har mulighed for at opnå gevinst ved handlingen. Men denne gevinst bør ikke kunne opnås på en udenforstående trediemands bekostning. En objektiv ansvarsordning harmonerer også bedre med vor tids sociale og humanistiske syn i modsætning til tidligere tiders liberale og individualistiske tankegange. Ordningen svarer også bedst til vor tids upersonlige stordrift i modsætning til tidligere tiders personlige småbedrifter, og ansvaret vil som oftest kunne indgå som en permanent og beregnelig driftsudgift, hvis man ikke ønsker at dække risikoen gennem nutidens udviklede forsikringsvæsen. Alt dette lyder så overbevisende, at man må undre sig højligen over, at ordningen ikke for længst er gennemført i alle fornuftige retsforfatninger. Når det imidlertid ikke er sket, tror jeg ikke, det blot skyldes retsmaskineriets sædvanlige træghed. Tværtimod mener jeg, at der er gode grunde til at stille sig skeptisk. Efter min opfattelse indeholder løsningen en grov og farlig overforenkling af problemerne.

Det lyder så tillokkende og beroligende, at forskellen mellem den nugældende retstilstand og den generelle regel ikke er særlig stor. Det er jeg langt fra overbevist om. Var påstanden for øvrigt rigtig, kunne man spørge, om der da var større grund til at gøre forandring.

Men i virkeligheden er det i nutidens stærkt udviklede samfund yderst vanskeligt at overskue, hvilke konsekvenser en generel objektiv ansvarsregel vil kunne få, selv om man indskrænkede dens virkeområde til skade på personer og ting. Blot for at nævne et eksempel: En cyklist viger på en smal vej tilside for en modgående bil og kommer til at køre ind i en parkeret bil. Både cyklisten og den parkerede bil lider skade. Hvem skal betale erstatning for disse skader under en almindelig ansvarsregel? Er den modgående bil ansvarlig for skaderne? Er vejvæsenet? Er cyklisten ansvarlig over for den parkerede bil og vice versa? Besvarelserne er ikke lette under en erstatningsregel, hvis eneste betingelse er forårsagelsen. Der vil let kunne opstå betydelig usikkerhed og vilkårlighed. Og hvordan ville borgernes retsfølelse reagere på de forskellige løsningsmuligheder. En afgørelse af sagen under culpareglen ville give langt færre tvivlsspørgsmål. Eksemplet viser også, at man næppe vil kunne undgå culpaproblemet, nemlig ved spørgsmålet om egen skyld f.eks. fra cyklistens side. For øvrigt er det givet, at man ikke kan nøjes med en årsagsbetingelse for ansvaret. Thi i så fald ville den intetanende købmand, som sælger en kniv til en morder, blive ansvarlig over for ofrets efterladte. Der må altså opstilles en eller anden yderligere begrænsning i ansvaret. Men

hvilken? Adækvansbetingelsen duer ikke i denne forbindelse, da ansvaret ikke er knyttet til en særegen fare eller til en særlig høj faregrad, som skaden skal være en adækvat følge af. Men jeg er ude af stand til at forestille mig en anden rimelig begrænsningsregel.

Det er heller ikke let at få overblik over, hvilken virkning reglen vil få på foriskringsproblemerne. Ville den medføre, at en betydelig del af forsikringsdækningerne vil holde flyttedag fra den almindelige skadesforsikring over til ansvarsforsikringen, og i givet fald er det så den heldigste løsning? Problemerne i forbindelse med reglen belyser også de mange vanskeligheder, som er forbundet med ideen om at lade forsikringsordninger overtage erstatningsretten.

Disse betragtninger har gjort mig yderst betænkelig ved den radikale løsning og overbevist mig om, at man ved overvejelserne m.h.t. det objektive ansvar bliver nødt til at gå den besværlige vej fra tilfældegruppe til tilfældegruppe og her så at sige hen ad vejen søge at få belyst problemerne og søge dem løst. Hellere den forsigtige og trygge vej end det store spring ud i det tomme rum. Dette lyder hverken dristigt eller meget moderne. Men jeg får så trøste mig med sentensen, at den, der gerne vil være meget moderne, hurtigt bliver meget umoderne.

Der er imidlertid to mere generelle objektive ansvarsregler, som frembyder færre betænkeligheder end den diskuterede almene, og hvor stærke risiko og præventionshensyn taler for deres gennemførelse.

Det første ansvarsområde, jeg sigter til, er det såkaldte »*arbejdsgiver*» — *eller* »*husbondansvar*», hvorefter enhver arbejdsgiver, herunder offentlige myndigheder, ifalder *objektivt erstatningsansvar for skader, som virksomhedens arbejdstagere culpøst forvolder under udførelsen af deres arbejde*. Reglen har som bekendt længe været gældende i dansk og norsk ret, og der er fornylig på fællesnordisk grundlag rejst forslag om at indføre den i sit fulde omfang i svensk og finsk ret. Dette reformkrav står for mig som ganske oplagt, og jeg vil samtidigt understrege, at når principalansvaret er gennemført som en almen erstatningsregel, mindskes behovet for andre objektive erstatningsregler væsentligt.

Det store flertal af skader har også i nutidens industrialiserede samfund fremdeles deres udspring i menneskelige fejl og forsømmelser. Og når arbejdsgiveren er ansvarlig for sine ansattes culpøse skadeforvoldelser, vil de skadelidte som regel være sikre på at få erstatning. I denne forbindelse må det også fremhæves, at den nedarvede culparegel i de senere årtier i alle lande har undergået en væsentlig skærpelse. Uagtsomhedsbetingelsen er i betydelig grad blevet objektiveret. Og bevisbyrdefordelingen samt domstolenes krav til beviset for uagtsomhed er ændret på en sådan måde, at dette også har ført til en skærpelse.

Den anden ansvarsregel, der tænkes på, er en almindelig regel om *ansvar for maskiner, driftsmateriel og industrielle anlæg*. Forslag

herom er blevet fremført adskillige gange i tidens løb; den blev anbefalet af Gösta Walin på Juristmødet i 1960, og selv har jeg foreslået, at spørgsmålet blev taget op til overvejelse på nordisk plan. Det er indlysende, at der her er tale om en temmelig omfattende ansvarsregel, hvis rækkevidde det kan være lidt svært at overskue.

Et almindeligt objektivt ansvar for skader forvoldt ved brugen af maskiner og industrielle anlæg, herunder anvendelsen af elektricitet, gasflasker, kemikalier etc., er dog næppe anbefalelsesværdigt. Det ville efter mit skøn føre til den ovenfor kritiserede uklare og flydende retstilstand, hvor den eneste grænse for ansvaret vil blive reglen om egen skyld hos skadelidte — muligvis nødtørftigt suppleret med princippet om accept af risiko. En begrænsning af ansvaret til den »påregnelige maskinfare» eller lignende adækvanskriterier ville næppe hjælpe stort i retning af at gøre ansvaret mere håndterligt. En udvidelse af ansvaret fra culpaprincippet til et ansvar som det skitserede ville næppe heller have synderlig præventiv betydning, og en blot og bar henvisning til genoprettelseshensynet kan ikke yde nogen selvstændig begrundelse for udvidelsen. Man kan selvfølgelig sige, at den almindelige tryghedsfølelse øges noget ved et så vidtrækkende ansvar. Men den almindelige utryghedsfølelse hos de potentielle skadevoldere øges i takt hermed, og en henvisning til at folk jo bare kan tegne ansvarsforsikring, er et argument af tvivlsom værdi. Thi der vil intet kunne siges med sikkerhed om, hvor store præmierne ville blive under en sådan ansvarsordning, eller hvilke undtagelsesklausuler (eller selvrisici) selskaberne ville finde det nødvendigt at forlange indføjet i policerne. Det vil også være vanskeligt at plædere for ansvaret ud fra risikobetragtninger. Ansvaret ville i nutidens industrialiserede samfund praktisk talt omfatte alle — helt ned til husmoderen, der sysler med en elektrisk røremaskine i sit køkken. Muligheden for at sprede risikoen ville derfor — bortset fra forsikringsmuligheden, som efter det anførte er tvivlsom — ikke foreligge. Tværtimod ville risikoen ramme i blinde. Og nogen synderlig forbedring heraf ville opnås ved at indskrænke ansvaret til kun at omfatte erhvervsdrivende personer eller selskaber.

Derimod er der efter min opfattelse betydelig mere ræson i en regel om objektivt ansvar for skader, hvis opståen skyldes *fejl eller brist i maskiner, materialer og andre tekniske hjælpemidler*. For det første ville en ansvarsregel med dette indhold ikke give nær de samme afgrænsningsvanskeligheder, som en almen, objektiv ansvarsregel. Endvidere ville reglen præventionsmæssigt også ramme bedre, da der i disse tilfælde ofte vil foreligge skjult skyld, navnlig i form af manglende påpasselighed og omhu. Endvidere taler risikohensyn stærkere for ansvar i disse tilfælde end i de øvrige, og formentlig vil spørgsmålet om ansvarsforsikring lettere kunne lade sig ordne her. Alligevel ville der efter mit skøn være nogen betænkelighed ved at gennemføre ansvarsreglen som et

alment princip, altså også i helt private forhold. Man kunne derfor tænke sig at indskrænke dens område til *udøvelse af erhvervsvirksomhed.* Dette ville dog på den anden side føre til store afgrænsningsvanskeligheder og dermed gøre reglen uhåndterlig.

Ved bedømmelsen af den foreslåede ansvarsregel må det understreges, at der i første række kun tænkes på at lade det objektive ansvar gælde for egentligt *materialesvigt*, derimod er det mere betænkeligt også at lade ansvaret gælde for selve *brugen og benyttelsen* af maskinerne eller anlægget. Thi et objektivt ansvar for brugen og benyttelsen ville kunne føre til et sådant udvidet ansvar, som der ovenfor er taget afstand fra. Skal der indføres et objektivt ansvar også for brugen og benyttelsen, må det stærkt pointeres, at ansvaret kun bør gælde, hvis skadeforvoldelsen skyldes en *objektivt set urigtig eller forkert anvendelse.*

Der er allerede ved anvendelsen af culpareglen en klar tendens i dansk retspraksis til at skærpe kravene til agtpågivenheden ved benyttelsen af maskiner, tekniske anlæg og dritsmateriel, ligesom når benyttelsen må forudsætte en særlig fagkundskab. Og man aner tillige ikke sjældent en tendens til at vende bevisbyrden om, eller dog til at slække på kravet til bevisernes vægt ved spørgsmålet, om der har foreligget culpa. Det kan siges, at springet herfra og til et rent objektivt ansvar ikke er så stort, men det er der dog. Og her må det igen fremhæves, at forlader vi helt culpasynspunkterne, mister domstolene en meget vigtig rettesnor for bedømmelsen af erstatningssager.

Derfor er det efter min opfattelse så vigtigt at fastholde, at hvis man ønsker at indføre et objektivt ansvar i de anførte tilfælde, *bør det sikkert kun omfatte selve materialesvigten eller maskinfejlen, men ikke anvendelsen eller brugen.* I de sidste tilfælde bør culpareglen efter min mening i princippet fastholdes som den retfærdigste og mest håndterlige regel, selv om muligheden for at medtage forkert brug vel nok bør holdes åben — også af hensyn til grænsetilfælde. Det må også pointeres, at den foreslåede objektive ansvarsregel ved at lægge vægt på brist eller svigt (og eventuelt objektiv forkert brug) har bevaret en vis forbindelse med culpaprincippet, hvilket skulle lette dens anvendelse og forhindre, at ansvaret flyder ud over alle grænser. Kriteriet er så at sige en »forlængelse» af culpaprincippet i pagt med den objektiveringsproces af culpareglen, som allerede længe har været i gang. Ja man kan endog sige, at det har en vis forbindelse med den klassiske retsstridighedslæres objektive »optimus vir-skøn». Et sådant pust fra juraens klunketid vil dog muligvis gøre nogle ilde tilpas. Men kriteriet har dog under alle omstændigheder den fordel, at man slipper for den vanskelige sondring mellem mere og mindre farlige ting, eller mellem farearterne, eller mellem ordinære og ekstraordinære virksomheder. Disse betragtninger skal søges belyst ved hjælp af nogle domme fra nyere tid.

Indledningsvis skal nævnes HD i UfR 1955.992. I denne sag var

en arbejder A på en ilt- og acetylenfabrik kommet til skade ved en gasflaskes eksplosion. A havde været beskæftiget med at flytte fyldte stålflasker og havde stillet den pågældende flaske fra sig på gulvet, som var temmelig ujævnt. Lidt efter væltede flasken som følge af gulvets tilstand og eksploderede, hvilket antoges at skyldes dårlig svejsning af flasken, eventuelt i forbindelse med svejsespændinger. Under sagen blev det oplyst, at der tidligere var sket lignende uheld med fabrikkens gasflasker som følge af mangler ved fabrikationen. Medens LR frifandt, domfældte HR under henvisning dels til de tidligere uheld og dels til gulvets tilstand, idet det udtaltes, at der under hensyn til virksomhedens farlige art måtte kræves særlig omhu. Efter min opfattelse, byggede dommen principielt på en hård, men næppe for hård, culpabedømmelse (modsat Trolle, UfR 1964 B 192, som anser den for at pålægge objektivt ansvar). Når den nævnes i nærværende sammenhæng, skyldes det, at den belyser forskellen mellem brug og fremgangsmåde contra egentlig materialesvigt.

Der findes kun ganske enkelte danske højesteretsdomme, som kan siges at have statueret objektivt erstatningsansvar ud fra forholdets natur. Det må derfor vække til eftertanke, at de praktisk talt alle kan henføres til området for den her diskuterede regel. Dermed skal det langt fra være sagt, at reglen er klart anerkendt af praksis. Der er kun tale om en vis tendens.

Den første dom, der skal nævnes, er UfR 1942.355: Under kørsel med et af ejeren A's chauffør ført lastautomobil løb det ene baghjul som følge af brud i navet af vognen og knuste en rude. Iflg. den motorsagkyndiges erklæring ville det for en ikke faglært være praktisk talt umuligt ved sædvanemæssig benyttelse af køretøjet i tide at opdage den begyndende revnedannelse, og selv for en faglært ville rene tilfældigheder være afgørende. Det var oplyst, at A havde været ejer af vognen i flere år, og at revnedannelsen var foregået gennem længere tid. Ikke desto mindre domfældte HR på grundlag af færdselslovens regel om omvendt bevisbyrde, hvilket vist må siges at føre denne regel ud i overdrivelsen. I sin kommentar til dommen (TfR 1943.535) medgiver Drachmann Bentzon da også, at »skridtet fra et ansvar i et sådant tilfælde til et rent objektivt ansvar for materialefejl formentlig må siges at være meget lille». Se også UfR 1961.754 H.

Dernæst kan anføres to HD om ulykker som følge af materialesvigt ved offentlige forlystelsesindretninger. Den første findes i UfR 1946.267 og drejede sig om et tilfælde, hvor en passager, der befandt sig i en vogn på en karrusel på Dyrehavsbakken, faldt ned og kom til skade som følge af, at bærearmen til den pågældende vogn pludselig knækkede. Karrusellens ejer blev dømt til at betale erstatning under hensyn til, at det drejede sig om en grov konstruktionsfejl, som burde have været opdaget under de periodevise eftersyn. Dommen holder sig således inden for culpasynspunktet. Dette kan man derimod ikke påstå om dommen i UfR 1957.109.

I denne sag faldt en 14-årig pige ud af en luftgynge i et tivoli, idet vognens ryglæn pludselig gav efter. Den motorsagkyndige udtalte i en erklæring, at materiellet, som han havde undersøgt før uheldet, var i god stand, og at specielt ryglænets bolte og nitter var ordentligt fastgjort. Han betegnede uheldet som hændeligt. Landsretten mente ikke, at det var bevist, at materiellet ikke havde været i forsvarlig stand eller for svagt dimensioneret og frifandt derfor tivoliejeren.

HR bemærkede, at det måtte antages, dels at ulykken var forårsaget af, at ryglænet svigtede, dels at pigen ikke selv ved sin adfærd havde belastet det udover, havavd der måtte påregnes. Det måtte derfor lægges til grund, at det benyttede materiel ikke havde opfyldt de krav til styrke, som i betragtning af dets brug med føje kunne stilles til det, og at tivoliejeren som følge heraf måtte anses erstatningspligtig.

Som det vil ses, blev der ikke henvist til noget uforsvarligt forhold, men ansvaret pålagdes blot ud fra en konstatering af, at materiellet ikke var tilstrækkeligt holdbart. Dette bekræftes også af J. L. Frosts kommentar til dommen i TfR 1957.318, der dog også fremhæver, at det drejede sig om en ikke helt ufarlig forlystelsesindretning, som erhvervsmæssigt mod betaling stilledes til disposition for offentligheden, hvorfor der måtte stilles strenge krav til materiellet. Det er vel herefter sandsynligt, at dette kontraktsprægede moment har været tillagt betydelig vægt, selv om det ikke er kommet til orde i præmisserne.

I UfR 1959.90 var HR inde på problemet igen, men på grund af forskellige omstændigheder ved sagens oplysning forelå spørgsmålet dog ikke til påkendelse i sin renhed. Sagen drejede sig om en nedstyrtningsulykke fra et stillads som følge af, at et afstivningsbræt var for skrøbeligt på grund af store knaster i træet, men HR fandt ikke anledning til at domfælde alene på dette grundlag. Sml. UfR 1952.981 H og 1937.96 (der dog begge domfældte ud fra en culpabetragtning). Flere landsretsdomme har derimod været mere strenge. HD i UfR 1962.11 drejede sig om en arbejdsulykke forårsaget af, at løftestangen på en løftevogn knækkede, men her afstod sagsøgeren udtrykkeligt fra at påberåbe sig et »rent objektivt grundlag» for ansvaret, men han henviste til, at den sagsøgte arbejdsgiver ikke havde gjort tilstrækkeligt i henseende til at undersøge materialets holdbarhed. Det hedder bl.a. i præmisserne: »Efter det oplyste kan det ikke antages, at ulykken skyldes en fejlagtig konstruktion af løftevognen. Når henses til, at benyttelsen af et redskab, som det omhandlede ikke kunne påregnes at frembyde fare af betydning, findes det ikke at have påhvilet indstævnte at foranstalte særlige eftersyn til konstatering af fejl, som ikke opdages af arbejderne under disses daglige benyttelse af vognen, eller at meddele særlig instruktion om vognens betjening. Der findes herefter ikke grundlag for at pålægge indstævnte ansvar.»

En anden HD, som må nævnes i denne forbindelse, er UfR

1967.630: Under arbejde ved en stansemaskine på en automatfabrik F fik arbejdsmand A knust fire fingre, der måtte amputeres. Den lovpligtige ulykkesforsikring U, som havde udbetalt ca 35.000 kr. i erstatning til A, sagsøgte F til betaling af dette beløb, og henviste særlig til, at A ikke var blevet instrueret om benyttelsen af en særlig sikkerhedsanordning (»mellemstop»), og at der ikke var foretaget de foreskrevne maskineftersyn. Efter det også ved udtalelser fra sagkyndige oplyste måtte ulykken antages forårsaget ved at et fra et hændeligt materialebrud hidrørende stykke støbegods var faldet ned i en fordybning i sikkerhedsanordningens konsol og her havde udløst et utilsigtet ekstra slag af maskinen. Da det ikke kunne antages, at de konstaterede overtrædelser af sikkerhedsforskrifterne havde haft nogen indflydelse på ulykken, hvorved bemærkedes, at det efter de sagkyndiges udtalelser ikke kunne antages, at brudstykket ville være blevet opdaget ved et sædvanligt eftersyn, og da det ikke fandtes at kunne bebrejdes F, at fordybningen i konsollen først efter ulykken var blevet lukket med en plastikprop, blev F frifundet. (Dissens, som ville anse forholdet for culpøst).[1]

De anførte domme illustrerer efter min opfattelse med tydelighed to ting:

1. En sympati eller tendens hos domstolene til at objektivere ansvaret i disse tilfælde.

2. Et vidnesbyrd om at den foreslåede objektive erstatningsregel for maskiner, tekniske anlæg etc., ville kunne føre til en tiltrængt forenkling i disse sager samtidig med, at der ville blive pålagt objektiv erstatningspligt i et rimeligt omfang.

Efter det planlagte samarbejde i de nordiske erstatningskomiteer burde man snart tage fat på arbejdet med at udarbejde forslag til fællesnordiske regler om erstatningsgrundlaget. Den foreslåede regel kunne danne et af punkterne under de kommende forhandlinger. Danmarks og Norges sandsynlige tilslutning til Fællesmarkedet skulle meget nødigt slå skår i det fortsatte arbejde med at skabe nordisk retsenhed, selv om også Fællesmarkedet arbejder med en harmonisering af formueretten. Bedst ville det være, dersom disse bestræbelser samlet kunne føre frem mod et omfattende fælleseuropæisk retssystem. Ingen ville glæde sig mere end den, som dette festskrift tilegnes. Få har så utrætteligt og så energisk virket for det europæiske retsfællesskab som Y. J. Hakulinen. Norden og Europa skylder ham megen tak for, at han samtidig med sin dommergerning og sit omfattende retsvidenskabelige forfatterskab også har haft styrke til at yde en betydningsfuld international indsats, der har udbredt kendskabet til nordisk ret.

---

[1] Hvor det drejer sig om ansvar for skader forvoldt ved *brugen af fast ejendom*, går udviklingen i nyere domspraksis mod objektivt ansvar, men praksis er dog langt fra afklaret; jeg må nøjes med at henvise til min: Erstatningsretten § 18 og W. E. von Eyben: Fast ejendomsregulering, 3. udg. § 14.

MAKSAJAN EREHDYKSESTÄ SUORITUKSEN PALAUTUKSESSA

MATTI YLÖSTALO

Kun Y. J. Hakulisen siviilioikeudellinen tutkimus Perusteettoman edun palautus ilmestyi vuonna 1931, tuli kondiktiosäännöstö kokonaisuudessaan ensimmäisen kerran maassamme seikkaperäisen selvittelyn kohteeksi. Tekijä otaksui, että säännöstöä koskeva yhtenäinen esitys olisi omiaan virittämään mielenkiintoa säännöstöä kohtaan ja siten saattamaan sen uusien täydentävien tutkimusten ja myös intensiivisemmän käytännöllisen kehittelyn kohteeksi. Tutkimuksen osalta toive on vain vähäisessä määrässä toteutunut, mutta epäilyksittä on perusteettoman edun palautus Y. J. Hakulisen uraa uurtavien tutkimusten johdosta saanut olennaisesti entistään merkittävämmän sijan lakimiestemme ajatuksissa ja myös käytännön oikeuselämässä.

Edunpalautussäännöstö näyttää olevan kehittyneen oikeusjärjestelmän tunnusomaisia osia, eräänlainen oikeuskoneiston hienosäätömekanismi. Sen avulla saadaan aikaan tarpeelliseksi katsottuja oikaisuja, kun varallisuusetuja tavalla tai toisella siirtyy varallisuuspiiristä toiseen, vaikka oikeuttavaa tai siirrynnän hyväksyttäväksi tekevää perustetta ei ole. Tällä tavoin voidaan oikaista hyödyn saanti, joka on tapahtunut tietyn toisen kustannuksella. Yleisenä edellytyksenä on varallisuussiirrynnän perusteettomuus, mitä sillä kulloinkin tarkoitettaneenkin. Toisaalta palautusvastuu on yleensä riippumaton siitä seikasta, mikä on aikaansaanut varallisuusedun syntymisen toisen kustannuksella, eikä edellytä esim. edun saaneen puolella erityistä, moitittavaa suhtautumistapaa, tuottamusta yms.

Niissä tapauksissa, joissa edun saanti johtuu tappion kärsineen suoritustoimesta, on, niin kuin tiedetään, klassisen roomalaisoikeuden ajoista alkaen useasti asetettu perusteettoman maksusuorituksen palauttamisen yleiseksi lisäedellytykseksi, että suoritus oli tapahtunut *maksajan erehdyksestä*. Palautus estyi, jos suorituksen tekijä oli ollut selvillä siitä, ettei velkaa ollut olemassa tai ettei velka ollut sen suuruinen kuin maksu osoitti.[1] Periaate on useissa maissa ni-

[1] Tästä ks. *Hakulinen*, Perusteettoman edun palautus (1931) 39 § lähteineen sekä lisäksi esim. *Kaser*, Das römische Privatrecht II (1959) s. 304 ss.

menomaisin lainsäännöksin julki lausuttu. Niinpä erehdyksen puute estää maksun palauttamisen mm. Saksan, Sveitsin ja Itävallan siviililain mukaan.[2] Sitä vastoin esim. Ranskan ja Italian oikeudessa ei tätä vaatimusta ole asetettu.[3] Pohjoismaiden oikeudessa ei asiasta ole yleisiä säännöksiä.[4]

Suomen oikeuden osalta on kirjallisuudessamme sangen yleisesti katsottu, että milloin maksaja on ollut selvillä seikoista, jotka kaventavat hänen maksuvelvollisuuttaan, ei hän maksun tapahduttua voi niihin nojautuen vaatia suoritusta palautettavaksi. Tämän suuntaisia käsityksiä ovat esittäneet mm. *Wrede*,[5] *Ekström*,[6] *Ignatius*,[7] *Wasastjerna*,[8] *Halila*[9] ja *Kivimäki*.[10] Samansuuntaisen käsitystavan on todennut oikeuskäytännössämme olevan vallitsevana *Hakulinen*,[11] joka kuitenkin on asettanut käsitystavan teoreettiset perusteet seikkaperäisen kritiikin alaisiksi ja omasta puolestaan katsonut, että olemattoman velan maksuksi tapahtuneen suorituksen sillensä jääminen voidaan yleisistä siviilioikeudellisista periaatteista johtaa vain edellytyksin, että suoritukseen liittyy sellainen oikeusperuste, joka tekee varallisuussiirron oikeutetuksi siitäkin huolimatta, ettei velkaa ole olemassa. Samalla hän on todennut, että tällaisen perusteen olemassaolo on mahdollinen ennen kaikkea silloin, kun suorittaja tiesi, ettei velkaa ollut olemassa.[12]

Seuraavassa otetaan lähemmin tarkasteltavaksi, miten oikeuskäytäntömme, joka maksusuorituksen palauttamista koskevissa asioissa ei ole ylen runsas, jos kohta ei aivan vähäinenkään, on suhtautunut puheena olevaan palautuksen esteeseen erilaisissa

---

[2] BGB § 814, OR art. 63 ja ABGB 1431—1432 §.

[3] Ranskan CC art. 1376 ja 1377 sekä Italian CC (1942) art. 2033.

Englannin oikeudessa on katsottu erehdyssäännön olevan voimassa: »Were money is paid voluntarily with full knowledge of the facts, and there is no mala fides, it cannot be recovered», *Halsbury*'s Laws of England, third edition, volume 26 (1959) s. 922.

[4] Uudemmasta pohjoismaisesta kirjallisuudesta ja oikeuskäytännöstä esim. Norjasta *Arnholm*, Privatrett III (1966) 18 §, Ruotsista *Hult*, Condictio indebiti, Juridisk debatt (1952) s. 42 ss. ja *Rodhe*, Obligationsrätt (1956) s. 85—86 ja 193 ja Tanskasta esim. *Ussing*, Condictio indebiti, JFT 1953 s. 1—26 ja *A. Vinding Kruse*, Restitutioner (1950) s. 201—298.

[5] *Wrede*, Om concictio indebiti och den inhemska lagstiftningens ståndpunkt i samma ämne, JFT 1878—1879 s. 352 ss.

[6] *Ekström*, Privaträttens allmänna läror (1921—1925) s. 720.

[7] *Ignatius*, Vakuutussopimuslaki (1933) s. 24—26. Ks. myös 3 p. (1970) s. 23.

[8] *Wasastjerna*, JFT 1930 s. 286—287.

[9] *Halila*, Todistustaakan jaosta (1955) s. 124 m. 11.

[10] *Kivimäki*, Muutama sana perusteettoman edun palautuksesta, Alaviite 1957 s. 6: »Se nojautuu useimmiten maksajan erehdykseen, esim. hän maksaa B:lle luullen häntä velkojaksi vaikka oikea velkoja oli C, tai maksaa korkoja, vaikka velka oli koroton jne.»

[11] *Hakulinen*, m.t.s. 169.

[12] *Hakulinen*, m.t.s. 173 ja Velvoiteoikeus I (1965) s. 282. Ks. myös *Rekola*, Saamisoikeuden vanhentuminen (1938) s. 432—433.

tilanteissa. Tarkastelu kohdistetaan lähinnä korkeimman oikeuden käytäntöön, ja korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisut, joita on eräässä tutkielmassa erikseen selvitelty,[13] jätetään tässä yhteydessä pääasiassa esittelemättä. Vaikka esiteltävä aineisto ei ole täydellinen, lienee se kuitenkin suhteellisen edustava ja kattaa liki sadan vuoden pituisen jakson. Ratkaisujen perustelujen niukkuudesta johtuen on niiden käsitteleminen ja eri vivahdusten esille saaminen verraten hankalaa.

1. *SO t. 13. 5. 1876*, (JFT 1876 s. 356—366) on otsikoitu seuraavasti:

En skuldsedel lydande å ett i Riksdaler banko specie uttryckt kapital, och hvarå de årliga räntorna en längre tid, äfven efter bankosedelmyntets sjunkande i värde, erlagts till de belopp, hvartill desamma skulle uppgått, om skulden utgjort den förskrifna summan i bankosedelmynt, förklaras böra inlösas efter bankospeciemyntets inre silfvervärde. — Är fordringsegaren, som i utfärdade qvittenser erkänt de sålunda erlagda räntorna vara till fullo guldna, derefter, på grund af 8 § 4 kap. U.B., berättigad att utfå skilnaden emellan de belopp, hvartill räntorna rätteligen skulle uppgått, och de i verkligheten erlagda? Turun HO ja SO katsoivat, ettei sopimuksen virheelliseen tulkintaan nojautunut koronmaksu ollut sellainen *laskuvirhe*, jota tarkoitettiin UK 4: 8 säännöksessä (= UVA 15 §), minkä vuoksi aikaisemmalta ajalta vaadittua lisäkorkoa koskeva kanne hylättiin.

2. *SO t. 12. 2. 1903*, (JFT 1903 s. 225—228): Yhteistakaaja oli tietämättä siitä, että hänen takauskumppaninsa oli velkojan laiminlyötyä valvoa tämän konkurssissa velan päässyt velkaa maksamasta, suorittanut koko saamisen määrän. Kun velkojalla ei ollut oikeutta vaatia yhteistakaajalta enempää kuin tämän osalle tuli velasta eikä ollut näytetty yhteistakaajan maksaessaan *tienneen* velkojan kerrotusta laiminlyönnistä, tuomittiin velkoja maksamaan takaisin, mitä hän oli perusteettomasti saanut takaajalta.

3. *KKO 1927 II 370:* Vaatimus sakkokoron palauttamisesta hylättiin, vaikkei maksaja ollut siihen lain tai velkasopimuksen mukaan velvollinen, koska velallinen oli tehnyt suorituksen velkojapankin vaatimuksesta suorittaessaan korkoa lainastaan ja oli ollut asiasta *tietoinen ja vapaaehtoisesti maksanut* pankille sakkokoron sen johdosta, ettei koronmaksu ollut tapahtunut määräajassa.

4. *KKO 1929 I 37:* Säästöpankin hallituksen jäsen oli suorittanut pankille sen vaatimuksesta erään tappion peittämiseksi määräsumman. Koska maksaja ei ollut näyttänyt todennäköiseksi, että hän tehdessään suorituksensa olisi ollut *erehdyksessä* siitä, oliko hän suoritukseen velvollinen, jätti KKO pysyvästi alempien oikeuksien hylkäävän ratkaisun.

5. *KKO 1934 II 169:* Koska ei takaajan sen perusteella, mitä jutussa oli käynyt ilmi, voitu katsoa tehdessään velkojan kanssa sopimuksen takausvelan maksamisesta, olleen *erehdyksessä* takausvastuunsa laajuudesta, edunpalautuskanne hylättiin.

---

[13] *Westerlund*, Om condictio indebiti i förvaltningsförhållanden, JFT 1955 s. 227 ss.

6. *KKO 1935 II 142:* Takaajan palautuskanne hylättiin, kun hän maksaessaan velan kokonaan oli ollut *tietoinen* siitä, että toinen takaaja oli kiistänyt nimikirjoituksensa.

7. *KKO 1935 II 145:* R oli mennyt takaukseen erään henkilön osakeyhtiön nimissä pankista saamasta lainasta. Yhtiötä ei oltu merkitty kaupparekisteriin. Kun selvitystä puuttui siitä, että takaaja maksaessaan velan olisi ollut *tietoinen* siitä, että velallisosakeyhtiötä ei ollut asianmukaisesti rekisteröity, ja että takaus siis takaajan tieten oli annettu pätemättömästä päävelasta, velvoitettiin pankki maksamaan takaisin saamansa suoritus.

8. *KKO 1936 II 427:* Koskei ollut näytetty, että A maksaessaan osuuskunnan konkurssipesän toimitsijamiehen ositteluohjelman mukaisesti lisämaksuja olisi ollut *tietoinen*, ettei hän ollutkaan velvollinen suorittamaan maksuja, velvoitettiin osuuskunta palauttamaan maksut.

9. *KKO 1936 II 474:* Koskei H, joka estääkseen ostamansa määräalan joutumisen myytäväksi pakkohuutokaupalla tilaa tosin muodollisesti rasittaneen mutta asiallisesti erinäisten muiden tilojen pakkohuutokaupassa jo maksetuksi tulleen velkakirjan nojalla oli maksanut sen haltijalle 20.000 markkaa korvaukseksi siitä, että velkakirjan haltija vapautti määräalan kiinnitysvastuusta, ollut näyttänyt suorituksen tehdessään olleen *sellaisessa erehdyksessä*, että suoritus sen perusteella olisi peräytyvä, kanne hylättiin. HO olisi tyytynyt todennäköisyysnäyttöön erehdyksen suhteen.

10. *KKO 1937 II 362:* H vaati antamansa velkakirjan julistamista mitättömäksi ilmoittaen antaneensa sen *luulossa, että* hän takauksen nojalla oli suoritusvelvollinen, vaikka takaus oli päävelan uudistamisen yhteydessä rauennut. Kun H ei ollut saanut todennäköiseksi, että hän antaessaan velkakirjan oli tehnyt sen *ainoastaan* täyttääkseen takauksensa vaan asianhaaroista voitiin päättää, että H, joka oli kuulunut velallisyhtiön hallitukseen, oli antanut velkakirjan maksaakseen sillä yhtiön velkoja, hylättiin palautuskanne.

11. *KKO 1939 I 29:* Koska S. ilman oikeudellista pätevää perustetta osaksi *etumaksuna* ja osaksi sellaisen vakuutusneuvoston *päätöksen nojalla, jonka KKO oli sittemmin kumonnut*, oli saanut nostaa Valtion tapaturmatoimistolta jutussa mainitut elinkorkoerät eikä S. ollut edes väittänyt menettäneensä näitä varoja omatta syyttään vaan päinvastoin myöntänyt käyttäneensä ne omaksi ja perheensä hyödyksi ja elatukseksi, velvoitti KKO S:n palauttamaan tapaturmatoimistolle kysymyksessä olleet 8.032 markkaa 50 penniä.

12. *KKO 1940 II 321:* Tilan omistaja oli suorittanut myllylle jauhatusmaksuja vaikka tilalla oli katsottava olleen jauhatusoikeus myllyssä. Kun ei ollut näytetty, että tilan omistaja olisi kanteessa tarkoitettuna aikana *tietoisena* jauhatusoikeudesta suorittanut jauhatusmaksut, hyväksyttiin palautusvaatimus.

13. *KKO 1944 II 144:* Osuuskaupan kassanhoitaja, joka oli korvannut liikkeen kassassa todetun vajauksen, vaati sen jälkeen kun häntä vastaan ajetussa kavallusjutussa oli vahvistettu kavalluksen määrä pienemmäksi kuin kassassa todettu vajaus, osuuskassan velvoittamista maksamaan hänelle takaisin maksetun korvausmäärän ja kavalletuksi tuomitun määrän välisen erotuksen. Koskei hän ollut saattanut todennäköiseksi, että hän tehdessään po. suorituksen olisi ollut *erehdyksessä* siitä, olisiko hän suoritukseen velvollinen, kanne hylättiin.

14. *KKO 1950 II 435:* Jauhatusmaksujen palauttamista koskeva kanne hylätty, kun kantajat, vaikka heillä tilojensa omistajina oli ollut oikeus vapaasti jauhattaa myllyssä tilojensa jauhotarpeet, olivat useiden vuosien aikana *vapaaehtoisesti* suorittaneet jauhatuksesta vaaditut maksut *varaamatta oikeutta* vaatia niiden perusteettomina palauttamista.

15. *KKO 1957 II 13:* Velkoja vaati As. OY:ltä korotettua lainankorkoa, mihin yhtiön isännöitsijä ja hallituksen puheenjohtaja antoi suostumuksensa vaikka hänellä ei ollut oikeutta kirjoittaa toiminimeä eikä erityistä valtuutta suostumuksen antamiseen. Neljä vuotta myöhemmin yhtiön hallitus saatuaan tiedon isännöitsijän antamasta suostumuksesta ja havaittuaan korkovaatimuksen perusteettomaksi vaati liikakorkoa palautettavaksi. KKO katsoi asianhaarojen osoittavan, että suoritukset oli tehty *erehdyksestä, jonka velkoja oli aiheuttanut,* ja hyväksyi kanteen.

16. *KKO 1964 II 60:* takausmiehen vaatimus saada takaisin takauksen sitovuutta koskevien oikeudenkäyntien aikana suorittamansa rahamäärä hylätty. KKO:n perusteluissa sanottiin, että koska P oli oikeudenkäyntien ollessa KO:ssa vireillä *sopiakseen asianosaisten riidat* huhtikuussa 1953 kirjallisesti sitoutunut suorittamaan osuuskassalle puheena olleet 1.200.000 vmk sitoumuksessa mainittuine korkoineen ja sitten seuranneen marraskuun 13 päivänä maksanut sanotun rahamäärän luvattuine korkoineen sekä velkoja oli puolestaan luopunut P:tä vastaan ajamastaan kanteesta ja siten täyttänyt P:n suorituksen edellytyksenä olleen velvollisuutensa ja kun P oli *tehnyt suorituksensa varauksetta,* ei hänellä katsottu olleen oikeutta saada maksuaan takaisin sillä perusteella, että maksu ehkä oli ollut oikeudellista perustetta vailla.

17. *KKO 1967 II 99:* sitten kun A:n avioliiton ulkopuolella synnyttämän lapsen elatusapua koskevassa jutussa B oli avio-oikeuden päätöksellä tuomittu maksuvelvolliseksi ja sanottu *päätös,* koska oli erittäin epätodennäköistä, että B olisi saattanut A:n raskaaksi, *oli sittemmin purettu,* asian uudessa käsittelyssä hylättiin A:n B:tä vastaan tuossa jutussa ajama kanne. B:n kanteesta A velvoitettiin palauttamaan B:lle tämän suorittamat elatusapumaksut *(ään. 3—2).* Vähemmistö hyväksyen Turun HO:n ratkaisun katsoi, ettei B, joka oli maannut A:n lapsen siittymisen aikana ja joka oli RO:n lainvoiman saaneen päätöksen perusteella lastenvalvojalle suorittanut ko. elatusapumaksun, ja oli pidettävä ilmeisenä, että maksut oli käytetty lapsen elatukseen ja kasvatukseen, ollut velvollinen palauttamaan A:lle RO:n maksettavaksi tuomitsemaa määrää.

18. *KKO 1967 II 114:* Rautatievirkailijan virheellinen *ennakkoilmoitus* lopullisesta rahdin määrästä ei sitonut rautateitä. VR:n liikennesäännön sisältävän asetuksen 26. 4. 1929 75 §:n 1 kohdan mukaan on, milloin rahtimaksu on määrätty virheellisesti, puuttuva erä vaadittaessa suoritettava jälkeenpäin.

Katsaus ratkaisuihin osoittaa, että oikeuskäytäntömme tavallisissa tapauksissa, seuraten roomalaisoikeudellista perinnettä, epää palautusmahdollisuuden siltä, joka ei ole näyttänyt taikka ainakin tehnyt todennäköiseksi, että hän on *erehtynyt* maksuvelvollisuutensa suhteen suoritusta tehdessään. Toisinaan on vaa-

dittu jopa erityistä kvalifioitua erehtymistä *(1936 II 474)*, minkälainen vaatimus ei muuallakaan ole tuntematon.[14]

Erehdyksen merkitystä condictio indebitin edellytyksenä korostavat toisaalta ne ratkaisut, joissa suorituksen tehneen *tieto* maksuvelvollisuuden poistavasta taikka sitä ehkä supistavasta perusteesta on johtanut edunpalautuskanteen hylkäämiseen *(9927 II 370, 1935 II 142)*.

Toisinaan on huomiota kiinnitetty maksun saajan erehdyksen syntytekijöihin ja palautuksen hyväksyvässä ratkaisussa todettu erehdyksen johtuneen maksun saaneen aiheutuksesta.[15] Niinpä ratkaisussa *1957 II 13*, joka koski velalliselta perityn liikakoron palautusta, toisaalta todettiin jatkuvien korkosuoritusten tapahtuneen erehdyksestä, jonka velkoja oli aiheuttanut, ja toisaalta huomiota kiinnitettiin siihen, ettei maksajalla ollut ollut valtuutta kirjoittaa maksajayhtiön toiminimeä eikä muutoinkaan antaa suostumusta korotetun lainankoron perimiseen. Eräässä ratkaisussa on korostettu sitä, että maksuvelvollisuuden supistumiseen johtaneena seikkana on ollut velkojapuolen oma laiminlyönti, jonka olemassaolosta maksaja ei ole tietänyt *(SO t. 12. 2. 1903)*.

Erinäisiä muitakin havaintoja voidaan selostetun aineiston nojalla tehdä. Niinpä on lainkäytössä hylätty kanne, joka on nojautunut UK 4 luvun 8 §:n (UVA 15 §) laskuvirhettä koskevan säännöksen varaan,[16] kun oli pitkähkön ajan virheellisen tulkinnan varassa maksettu ja täytenä korkosuorituksena otettu vastaan koron maksuja (SO t. 13. 5. 1876). Muutoinkin on käytännössä torjuvasti suhtauduttu toistuvaissuoritusten palautusvaatimuksiin, kun suoritusta on jatkunut pitkähkön ajan ja se on ollut varauksetonta (1950 II 435); palautus on edellyttänyt lisäseikkoja, niin kuin velkojan erityistä aiheutusta maksajan erehdyksen suhteen (1957 II 13). Tällaisissa tapauksissa maksun saajan suoja tai suojan tarve korostuu sekä toistuvaissuorituksien kumuloituvan vaikutuksen että aikatekijän[16] johdosta.

Vaikka suoritusta ei voida ilman muuta käsittää sen tarkoittaman velan vahvistamiseksi, saattaa juuri toistuvaissuorituksiin helposti liittyä vahvistusmomentti, joka puhuu palautuksen epäämisen puolesta. Senkin vuoksi on ymmärrettävää, että tällaisissa tapauksissa on viitattu palautuskanteen hyväksyvässä tuomiossa lisäseikkoihin, niin kuin maksun saajan aiheutukseen *(1957 II 13)* tai siihen, että kysymyksessä on ollut ennakkosuoritus taikka vailla

---

[14] Jo roomalaisoikeudessa tehtiin ero viaksi jäävän ja anteeksi annettavissa olevan erehdyksen välillä ja sallittiin palautus vain jälkimmäisen edellytyksen vallitessa.

[15] Törkein tapaus tällaista aiheutusta on maksun saajan vilppi, jolloin maksua voidaan pitää »pätemättömänä» OikTL:n säännökseen viitaten.

[16] Tällä lainkohdalla on aikaisemmin katsottu toisinaan olleen merkitystä condictio indebiti-säännöstön perusteena ruotsalais-suomalaiselle oikeudelle, esim. *Julian Serlachius*, Stadganden om oberättigat riktande i finsk rätt, TfR 1903 s. 142 ss.

lain voimaa olevan päätöksen varassa tapahtunut maksu (*1939 I 29*).

Erinäiset ratkaisut koskevat tilanteita, joissa suoritus on tapahtunut maksajan tunteman tosiseikkoja koskevan tahi oikeudellisen epätietoisuuden vallitessa ja siis maksuvelvollisuuteen vaikuttavien tekijöiden ollessa tavalla tai toisella epäselvät (*1927 II 370, 1929 I 37, 1936 II 474, 1937 II 362, 1944 II 144, 1964 II 60*). Näissä tapauksissa on suorituksen palauttamista koskeva vaade säännöllisesti hylätty. Vaikka ratkaisuja ei ole perusteltu muutoin kuin nojautumalla maksajan erehdyksen puutteeseen, voitaisiin tämänkaltaisissa tilanteissa varauksetonta suoritusta useasti pitää lopullisena selvityksenä velasta.[17] Kirjallisuudessa on kiinnitetty vanhastaan huomiota siihen, että milloin maksaja olisi voinut torjua maksuvaatimuksen käyttämällä väiteoikeutta, voi suorituksen saaja olla oikeutettu päättelemään, että ehdoton suoritus käsittää luopumisen tuollaisesta oikeussuojakeinosta.[18].

Erikoislaatuisena palautuksen esteenä on eräissä ratkaisuissa viitattu siihen, että maksu oli tapahtunut *vapaaehtoisesti*[19] (*1927 II 370, 1950 II 435*). Selvää ei ole, mitä tällaisella perustelulla on tahdottu ilmaista. Maksu ei ole koskaan »vapaaehtoinen» siinä mielessä, että velallinen voisi haitatta jättää sen suorittamatta. Kenties on korostamalla suorituksen »vapaaehtoisuutta» tahdottu kiinnittää huomiota siihen, ettei maksun saajan viaksi ole jäänyt mitään ja kenties siihenkin, että suorittajalla olisi ollut tilaisuus ottaa selko suorituksensa oikeudellisista edellytyksistä. Todennäköisesti on kuitenkin lausuma käsitettävä yleisviittaukseksi oikeusvarmuusnäkökohtiin, jotka vaativat pitämään tieten tahtoen tapahtuneita maksusuorituksia toisinaan järkkymättöminä, vaikka suorituksen oikeudelliset perusteet ovat ehkä olleet osin heikot. Käsillä olleissa tilanteissa ei liene ollut tarvetta korostaa sitä, että maksua ei ollut suoritettu välittömän pakkoperinnän uhan alaisena (vrt. *KKO 1939 I 29, 1967 II 99*).

Esitetty lyhyt selostus maksun palautusta koskevista ratkaisuista riittänee osoittamaan, että palautusvastuukysymykset ovat käytännössä melkoista monivivahteisempia kuin kirjallisuudessa usein esitetyistä lyhykäisistä maininnoista taikka tuomioistuinten suppeista perusteluista voitaisiin päätellä. Erehdys maksun palauttamisen edellytyksenä osoittautuu seikaksi, jonka puuttuminen saattaa johtaa palautusvaateen epäämiseen, mutta toisinaan maksajan erehtymiseen ei ole tarpeen kiinnittää huomiota, kun muut tekijät sanelevat ratkaisun (1967 II 99 ja 114). Palautussäännöstön synty

---

[17] *Ussing*, m.t.s. 10.

[18] *Hakulinen*, Perusteettoman edun palautus, s. 174—175.

[19] Samanlainen perustelutapa tavataan myös sangen yleisenä Ruotsin oikeuskäytännössä (esim. *NJA 1878 s. 229, 1891 s. 374, 1920 s. 500*). *Hult* on arvellut perustelutavan osoittavan mm. käytännön yleistä pidättyvyyttä edunpalautuksen suhteen.

on johtunut useiden erilaisten lainsäädännöllisten perusteiden yhteisvaikutuksesta, niin kuin *Dawson* tunnetussa oikeusvertailevassa teoksessa toteaa,[20] ja pyrkimys perusteettoman rikastumisen estämiseen on tärkeä vaan ei ainoa ratkaisuihin vaikuttava näkökohta. Laissa olevia edunpalautussääntöjä on toisinaan verrattu yleislausekkeisiin, joita ei voida ilman täydentävää harkintaa sokeasti soveltaa elämän luomissa vaihtelevissa tilanteissa.[21] Sitä suuremmalla syyllä voidaan sanoa tuomarilla olevan harkintavapautta etsiessään oikeata ratkaisua maassa, jossa ei ole säädännäisiä edunpalautusnormeja.

---

[20] *Dawson*, Unjust Enrichment (1951) s. 145.

[21] *von Caemmerer*, Bereicherung und unerlaubte Handlung, Rabel-Festschrift (1954) s. 334.

KIINTEISTÖN MYYJÄN VASTUUSTA OSTAJALLE ANTAMISTAAN TIEDOISTA

SIMO ZITTING

Kiinteistön ostajaa normaalisti kiinnostaa kiinteistön käyttömahdollisuus. Kaupan kohdistuessa asemakaava- tai rakennuskaava-alueella olevaan maahan tulee tavallisesti ensinnä esille kysymys, saadaanko alueelle rakentaa ja mikä on rakennusoikeuden määrä. Kaupanteon yhteydessä myyjä säännöllisesti antaa ostajalle tietoja mainituista seikoista joko omasta aloitteestaan tai ostajan tiedustelun johdosta. Jos myyjän antamat tiedot osoittautuvat virheellisiksi ja ostajan havaitaan näin ollen toimineen virheellisten edellytysten vallitessa, joudutaan selvittämään, vastaako myyjä ostajaan nähden antamistaan tiedoista.

Koska rakennusoikeutta yms. seikkoja koskevat tiedot ovat kaupan edullisuuden kannalta tärkeitä, ostajan on syytä virallislähteistä tarkistaa tiedot, kuten usein tapahtuukin. Tämä saattaa olla ostajan kannalta aiheellista siinäkin tapauksessa, että myyjällä on oikeudellinen vastuu antamistaan tiedoista. Myyjän vastuuseen vetoaminen usein aiheuttaa oikeusriidan eikä aina ole takeita siitä, välttyykö ostaja vahingolta tätäkään tietä. Näin siinäkin tapauksessa, että korvausta tuomitaan, sillä sen periminen saattaa olla käytännössä vaikeata.

Rakentaminen kaavoitusalueilla, joilla tapahtuneita kauppoja seuraavassa pidämme silmällä, on tarkoin säännelty. Sitä koskevat säännökset ja määräykset rajoittavat maanomistajan vallintavaltaa. Ostajan erehtyessä tällaisen vallintavallan laajuuteen nähden on kysymyksessä ns. *vallintavirhe*. Tällaisesta virheestä laajassa merkityksessä on kysymys silloin, kun ostaja lain tai asetuksen säännöksen tai viranomaisen määräyksen — mihin voidaan rinnastaa monopoliluonteisen organisaation määräys — johdosta menettää kaupan kohteen tai osan siitä taikka hänen valtansa käyttää sitä on mainitusta syystä rajoitettu.[1] Vallintavirhe muistuttaa oikeudellista virhettä siinä, että kummankaanlaista virhettä ei voida havaita kaupan kohteen tarkastelun perusteella. Tyypillisinä val-

[1] Ks. *Vahlén*, Formkravet vid fastighetsköp, Stockholm 1951, s. 277 s. ja 301 ss.; *Routamo*, Kaupanvastuu ja oikeudellinen virhe irtaimen kaupassa, Porvoo 1969, s. 28 s. ja 212 s.

lintavirheinä on mainittu sellainen tapaus, että rakentaminen on tapahtunut ilman rakennuslautakunnan lupaa tai että alueella, jolla kaupan kohde sijaitsee, on voimassa rakennuskielto.[2]

Vapautuakseen suoritusvelvollisuudestaan myyjän on tehtävä oikea suoritus. Suoritushäiriö voi aiheuttaa myyjälle tiettyjä haitallisia seuraamuksia, sillä myyjä on jatkuvasti sidottu sopimukseen. Sopijapuolten molemminpuoliseen suoritusvelvollisuuteen perustuvat yleiset seuraamukset — luontaistäytäntö, hinnanalennus ja purku — tulevat kysymykseen tuottamuksesta riippumatta. Sen sijaan vahingonkorvausseuraamus edellyttää säännön mukaan tuottamusta. Ilman tuottamustakin vastaa myyjä, joka on taannut kaupan kohteen virheettömyyden. Myyjällä voi olla edellä mainittujen suoritusvelvoitteiden (täyttämisvelvoitteiden) ohella erilaisia vastuuvelvoitteita. Tällainen *vastuuvelvoite* on kysymyksessä silloin, kun suoritusvelvollinen — ilman että on olemassa täyttämisvelvoitetta — vastaa siitä, että tietyt tosiasiat ovat olemassa vissinä ajankohtana.[3] Myyjän takuu- eli garantiavelvoite, jolla tavallisesti tarkoitetaan tuottamuksesta riippumatonta vahingonvastuuta, kuuluu vastuuvelvoitteiden ryhmään.[4]

Milloin kaupan kohteen poikkeama koskee sen normaalia standardia, on kysymyksessä *objektiivinen* (abstraktinen) *virhe*. Kun poikkeama kohdistuu yksilöllisesti määrättyyn standardiin tai kun ei ylipäänsä ole olemassa mitään normaalina pidettävää standardia, virhe on *subjektiivinen* (konkreettinen). Tämä kahtiajako, joka koskee paitsi vallintavirhettä myös muunlaisia virheitä, on merkityksellinen kiinteistön myyjän vastuun kannalta katsottuna. Tämä johtuu osaltaan siitä, että muotomääräisyyden asettamien rajoitusten kannalta katsottuna objektiivinen virhe on eri asemassa kuin subjektiivinen virhe.

Myyjän vastuuta tarkasteltaessa on lähdetty sen säännön pohjalta, että kiinteistö myydään sellaisena kuin se on ja että ostajan on oman etunsa nimessä otettava selkoa kaupan kohteesta. Sellainen myyjä, joka ei ole tietoisesti antanut vääriä tietoja tai vilpillisesti vaiennut virheestä, vastaa vain antamansa takuusitoumuksen nojalla. Muotomääräisyydestä taas on katsottu johtuvan, että tällaisen sitoumuksen ollakseen pätevä tulee olla kauppakirjassa tai että sen ainakin tulee liittyä kauppakirjaan. Tällaista rajoitusta ei ole asetettu objektiivisen virheen osalta, sillä vastuu

---

[2] *Vahlén*, Fastighetsköp, Stockholm 1965, s. 179.

[3] *Rodhe*, Obligationsrätt, Stockholm 1956, s. 14 ja 214 ss. verr. Lärobok i obligationsrätt, Stockholm 1966, s. 18 ss.

[4] Myyjän takuu- eli garantiavelvoite perustuu tavallisesti sopimukseen. Silloin kun vastuu johtuu suoranaisesti laista eikä asianosaisten tekemäksi oletetusta sopimuksesta, puhutaan lakimääräisestä garantiasta. Ks. *Hakulinen* LM 1961 s. 24 ss. verr. Velvoiteoikeus I, Helsinki 1965, s. 164. — Tekstissä mainitulla vastuuvelvoitteen käsitteellä on laajempi sisältö. Vastuuvelvoitteen rikkomiseen voi näet liittyä muukin haitallinen seuraamus kuin vahingonkorvaus.

normaalista standardista voidaan selittää kaupan luonnolliseksi osaksi (naturalia negotii). Kun tällainen vastuu kuuluu myyjälle ilman erillistä sitoumustakin, ei muotomääräisyys aseta estettä myyjän vastuun laajentamiselle.[5]

Edellä sanotusta seuraa, että myyjän vastuu subjektiivisten virheiden osalta määräytyy osittain erilaisin perustein kuin objektiivisten virheiden osalta. Viimeksi mainituista virheistä passiivisena ollut myyjä voi joutua vastuuseen. Subjektiivisten virheiden osalta myyjän vastuun on katsottu edellyttävän tietojen antamista.[6] Tarkastellessamme seuraavassa myyjän vastuuta hänen antamiensa tietojen johdosta joudumme selvittelemään vastuun edellytyksiä subjektiivisten virheiden osalta. Vastuuta objektiivisten vallintavirheiden osalta olemme tarkastelleet eri yhteydessä.[7]

Aina ei ole helppoa sanoa, onko kysymyksessä objektiivinen vai subjektiivinen vallintavirhe.[8] Ensiksi mainitusta on kysymys, kun

---

[5] Ks. *Karlgren* Svensk Juristtidning 1950 s. 872 s.

[6] *Vahlén* on Ruotsin oikeuden osalta lausunut: »Subjektivt fel kan (sålunda) enligt gällande rätt icke bliva relevant vid fastighetsköp, såvitt säljaren icke genom positiva åtgärder påverkat köparens föreställningar angående fastighetens värde och användbarhet.» Formkravet s. 327 verr. s. 313ja 322.

[7] Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen vuosikirja Oikeustiede, Vammala 1971.

[8] Ks. *KoO t. 9. 2. 1971* (DL 1971 II s. 68 ss.): Asemakaavoitetulla alueella olevan tilan myynnin yhteydessä esitettiin myyjän edustajan ostajan pyynnöstä hankkima tonttijakokartta, jonka mukaan tila käsitti kaavatontin mutta joka osoittautui sikäli virheelliseksi, että ko. kaavatonttiin tarvittiin ostetun maan (1.284,8 m²) lisäksi maata (253,3 m²) toisesta tilasta. Kauppa tehtiin 9. 7. 1965 ja tonttijako vahvistettiin 26. 7. 1965. Ostajan hinnanalennuskanne hylättiin mm. sillä perusteella, että kaupan kohteena oli ollut tietty tila eikä kaavatontin käsittämä maa-ala, eikä myyjien tai heidän edustajansa ollut näytetty tienneen tai pitäneen tietää kartan virheellisyydestä.

Ostajan erehdys koski rajoja ja pinta-alaa. Kun puuttuva maa-ala oli välttämätön rekisteritontin muodostamiseksi, mikä puolestaan on rakentamisluvan saamisen edellytyksenä, voidaan sanoa, että erehdys kohdistui välillisesti vallintavallan laajuuteen. Kysymyksen ollessa tontin ostosta rakennustarkoitukseen asemakaava-alueella voidaan normaalisti edellyttää, että maa-alue käsittää rekisteritontin tai että siitä voidaan muodostaa rakennuskelpoinen tontti. Tältä kannalta katsottuna ostajan erehdyksen voidaan katsoa kohdistuneen objektiiviseen seikkaan. Perusteluissa on lähdetty toiselta pohjalta katsoen, että kaupan kohteena oli tietty tila. Annettaessa merkitystä sille, mitä myyjä tiesi tai mitä hänen piti tietää, on myyjältä edellytetty tiettyä varovaisuutta, mutta riski kartan virheellisyydestä on asetettu ostajalle. Tapauksen johdosta on vielä todettava, että hinnanalennus on periaatteessa katsottu mahdolliseksi.

Vrt. *NJA 1949 s. 640*, jossa ostaja vaati purkua sillä perusteella, että eräät rakennukset olivat rajan ulkopuolella, vaikka myyjä oli näyttänyt rajan siten, että rakennukset jäivät sisäpuolelle. Kanne hylättiin, koska sopimusta sen mukaisesti mitä kauppaneuvotteluissa oli tapahtunut ja ottaen huomioon, että asianhaarat muutoin eivät puhuneet tätä vastaan, voitiin tulkita siten, että kauppa sisälsi sitoumuksen rakennusten kuulumisesta kiinteistön rajojen sisäpuolelle (ään. 3:2). *Vahlén* katsoo, että kysymyksessä oli poikkeama siitä, mitä kiinteistön ostaja normaalisti saattoi odottaa eikä normaali pinta-alaa koskeva virhe, ja luokittelee tapauksen objektiiviseksi (abstraktiseksi) oikeudelliseksi virheeksi (Fastighetsköp s. 201 ss.).

liikettä harjoitetaan ilman lupaa tai sellaisessa huoneistossa, joka ei ole määräysten mukainen, taikka kun rakennus on rakennettu voimassa olevien määräysten vastaisesti. Sen sijaan esim. se seikka, että kiinteistölle ei saa rakentaa enemmän kuin jo on tapahtunut, ei muodosta objektiivista virhettä.[9] Rakennetun tontin ostaja ei ole oikeutettu olettamaan, että rakennusoikeutta on jätetty käyttämättä, vaikka se on esim. omakotitonttien osalta käytännössä varsin yleistä.

Vanhemmassa oikeudessa on lähdetty siitä, että kiinteistö myytiin sellaisena kuin se oli ja että ostajan tuli omalla riskillään ottaa siitä selko. Lukuun ottamatta niitä tapauksia, joissa myyjälle oli asetettu erityinen vastuu (kuten MK 11:1), vilpittömästi toiminut myyjä vastasi vain, jos hän oli kauppakirjassa sitoutunut siihen. Tämä lähtökohta oli sopusoinnussa sen kanssa, että yksilölliset seikat olivat ennen säännöllisesti määrääviä kiinteistön ostossa. Vaatimus kauppakirjassa annettavasta takuusitoumuksesta on kuitenkin osoittautunut liian ankaraksi ostajaan nähden. Tästä syystä on oikeuskäytännössä eri tavoin pyritty laajentamaan ostajan oikeussuojaa. Ensinnäkin on tässä tarkoituksessa katsottu voitavan nojautua yleisiin erehdystä koskeviin sääntöihin ja säännöksiin. Tämän ohella on muotomääräistä takuusitoumusta koskevaa vaatimusta modifioitu siten, että edellytys on tulkinnallisesti selitetty muotomääräiseksi sopimusmääräykseksi, ts. edellytys on fiktiivisesti muutettu kauppakirjan ehdoksi.[10]

Useimmiten vastuu subjektiivisesta virheestä syntyy sen kautta, että suoritusvelvollinen antaa omaisuutta koskevia tietoja.[11] Aiheuttaakseen oikeusvaikutuksia näiden tietojen tulee olla esineen yleistä ylistelyä täsmällisempiä.[12] Tietojen antaminen voi tapahtua joko tiedotusmielessä (*enuntiatiivinen vakuuttelu*) tai sitoutumistarkoituksessa (*takuu* eli *garantia*). Vaikka eron tekeminen saattaakin olla käytännössä vaikeata, on syytä erottaa varsinainen

---

[9] *Rodhe*, Obligationsrätt s. 224.

[10] Ks. *Karlgren* Svensk Juristtidning 1950 s. 868; *Vahlén*, Fastighetsköp s. 206.

[11] Rajoitetussa laajuudessa saattaa vastuu syntyä pelkästään sen perusteella, että myyjä — antamatta nimenomaisia tietoja — havaitsi toisen edellyttäneen tiettyä omaisuutta. Esim. jos ostaja myyjän tieten aikoi käyttää esinettä tiettyyn tarkoitukseen, myyjä voi joutua vastuuseen siitä, että esinettä ei voida tai ei saada käyttää tähän tarkoitukseen, vaikkei myyjä lausunutkaan asiasta mitään. Tällainen vastuu, joka voi ainakin tietyssä laajuudessa esiintyä irtaimen kaupassa, tuskin tulee *Rodhen* mukaan kysymykseen kiinteistön kaupassa (Obligationsrätt s. 225). *Almén* mainitsee esimerkkinä tapauksen, kun on tilattu koneita tai muuta, joka on erityisesti valmistettava tiettyyn tilaajan ilmoittamaan tarkoitukseen käytettäväksi (Om köp och byte av lös egendom II, 1934, s. 5 s.; vrt. *Chydenius*, Kontraktsrätt I, Helsingfors 1923, s. 126 s.).

[12] *Kivimäen* mukaan tietojen annon tuli olla sellaista, että se olisi voitu ottaa sopimukseen kauppaehtona (LM 1955 s. 16 s.).

takuu, jossa myyjä sitoutuu vastaamaan kohteen virheettömyydestä, pelkästään tiedotusmielessä tapahtuvasta vakuuttelusta.

Takuusitoumuksella myyjä laajentaa normaalia vastuutaan. Tämä voi koskea myös vallintavallan laajuutta. Takuun ei tarvitse olla nimenomainen, mutta sopijapuolten sitoutumistarkoituksen on käytävä ilmi. Pelkkä enuntiatiivinen vakuuttelu ei sisällä erityistä sitoumusta eikä se perusta sopimusperäistä suoritusvelvollisuutta kuten varsinainen takuusitoumus.[13] Eri asia on, että tällainen vakuuttelu saattaa saada oikeudellista merkitystä erehdystä koskevien sääntöjen mukaan. Myyjä on vastuussa vilpillisesti antamistaan tiedoista, mutta epäselvempi on vastuukysymys vilpittömässä mielessä annettujen tietojen osalta.

Vaatimusta takuusitoumuksen tarpeellisuudesta myyjän vastuun edellytyksenä on lievennetty tulkinnallista tietä selittämällä ilmoitus sitoumustahdonilmaisuksi (*epävarsinainen garantia*). Myös on katsottu myyjän voivan joutua vastuuseen pelkästään sen perusteella, että hän on antanut ostajalle tietoja, jotka ovat vaikuttaneet ostopäätöksen tekoon. Täsmennettyjen tietojen antaminen ostajalle voi aiheuttaa vastuun paitsi silloin, kun sen voidaan katsoa tapahtuneen sitoutumistarkoituksessa, myös silloin, kun tietojen antaminen tapahtuu tiedotustarkoituksessa. Käytännössä rajanveto on vaikeata, varsinkin kun oikeuskäytännössä on ilmennyt pyrkimystä tulkita pelkkä enuntiatiivinen lausuma tahdonilmaisuksi, eräänlaiseksi hiljaiseksi takuusitoumukseksi.[14]

---

[13] Ks. *Karlgren*, Avtalsrättsliga spörsmål, Stockholm 1954, s. 85. s

[14] *Rodhe*, Obligationsrätt s. 226 s. — Ks. *KoO t. 2074/29. 8. 1960* (LM 1961 s. 83): Kaupunki oli maakaaren 1 luvun 2 §:ssä säädettyä muotoa noudattaen sitoutunut myymään pankille sen suunnittelemaa toimitaloa varten rajoiltaan määrätyn, eri tontiksi muodostettavan alueen. Koska kaupunki, jonka oli katsottava sitoutuneen toimimaan sellaisen asemakaavan ja tonttijaon aikaansaamiseksi, että pankille luovutettavan tontin muodostuminen toteutuisi, oli jättänyt sanotun sitoumuksensa täyttämättä eikä se seikka, että alueen käyttäminen katumaaksi oli havaittu välttämättömäksi liikenteen vuoksi, voinut siihen nähden, että liikenteen nopea kasvaminen oli ollut odotettavissa jo sopimuksen tekohetkellä ja kaupungin siis sitoumuksen antaessaan oli ollut otettava tämä seikka huomioon, vapauttaa kaupunkia vahingonkorvausvelvollisuudesta, niin se on velvoitettu suorittamaan pankille korvausta sopimuksen rikkomisesta aiheutuneesta vahingosta. Korvaus käsitti väliaikana tapahtuneen arvonnousun.

Tässä ratkaisussa on *Hakulisen* mukaan edellytetty kaupungin laiminlyöneen hiljaiseen garantiaan perustuvan toimimisvelvollisuuden (LM 1961 s. 30 ss.).

Vrt. *KoO t. 1325/10. 4. 1953*, jossa ostajan sellaiseen vallintavirheeseen perustuva hinnanalennusvaatimus, ettei ostaja ollut saanut huoneistoa hallintaansa, hylättiin, koska ei voitu katsoa, että ostaja oli tehnyt kaupan myyjän sitä koskevan nimenomaisen sitoumuksen perusteella, että huoneisto olisi vapaa tiettynä ajankohtana, mikä ei ollut myyjän määrättävissä, ja myyjä ei ollut menetellyt vilpillisesti sekä koska kauppahinta ei ollut kohtuuton.

Epävarsinainen garantia on kysymyksessä silloin, kun sopijapuolen, joka itse asiassa ei ole antanut takuusitoumusta, »on katsottava sitoutuneen» takuuseen esineen ominaisuuksista tms. seikasta. Sopijapuolen enuntiatiivisen ilmoituksen katsotaan tällöin sisältävän konkludenttisen takuusitoumuksen. Myyjän vastuu on *sopimusperäinen;* se käsittää positiivisen sopimusedun korvaamisvelvollisuuden eikä se edellytä tuottamusta. Muotomääräisen oikeustoimen ollessa kysymyksessä esitetynlainen fiktio voi tulla sovellettavaksi periaatteessa vain siinä tapauksessa, että enuntiatiiviset tiedot otetaan muotomääräiseen sopimukseen tai voidaan tulkinnallisesti johtaa siitä.[15]

Ruotsin uuden maakaaren valmistelussa on lähdetty voimassa olevan oikeuden pohjalta sikäli, että myyjän vastuu kiinteistön kunnosta ja laadusta periaatteessa edellyttää myyjän erityistä sitoumusta kauppakirjassa ja että ostajalla näin ollen on selonottovelvollisuus. Tälle pohjalle rakentuivat aikaisemmat ehdotukset, joissa myyjän vastuuta oli laajennettu objektiivisen muttei subjektiivisen virheen osalta. Myöhemmässä vaiheessa tapahtui viimeksi mainitussa suhteessa periaatteellinen muutos. Lagrådet näet ehdotuksessaan lievensi muotovaatimuksia siinä suhteessa, että myyjän kiinteistöä koskevan sitoumuksen ei enää tarvinnut sisältyä kauppakirjaan. Tästä on katsottu seuraavan, että myös sellaiset seikat, joiden ei ole katsottava sisältyvän myyjän sitoumukseen, voidaan ottaa huomioon.[16]

Maakaaren valmistelun loppuvaiheessa tapahtui muutos toisessakin suhteessa. Aikaisemmassa ehdotuksessa myyjän takuusitoumusta koskeva säännös oli rajoitettu koskemaan faktillista virhettä. Departementin ehdotuksen perusteluissa on kiinnitetty huomiota siihen, että takuu voi koskea myös oikeudellista seikkaa kuten rasituksia ja vallintavallan rajoituksia.[17] Tämän johdosta uudelleen muotoiltu säännös kuului seuraavasti: »Innehåller köpehandlingen utfästelse av säljaren i fråga om fastigheten och motsvarar fastigheten icke utfästelsen äger 12 § motsvarande tillämpning» (JB 4:20). Samalla kun Lagrådet poisti kauppakirjaa koskevan vaatimuksen takuuta koskevasta säännöksestä se yhdisti tämän ja faktillista virhettä koskevan säännöksen.[18] Lopullisessa muodossaan säännös (JB 4:19) kuuluu seuraavasti:

»Avviker fastigheten från vad som kan anses utfäst eller från vad som köparen eljest, utan att fall som avses i 16—18 § föreligger, med hänsyn till omständigheterna haft anledning räkna med vid köpet, äger 12 § motsvarande tillämpning. Ersättning för skada skall dock

---

[15] *Karlgren*, Avtalsrättsliga spörsmål s. 89 ss.

[16] *Kung.maj:ts proposition 1970:20* med förslag till Jordabalk A s. 218 ss. ja B 1 s. 206.

[17] *Proposition 1970:20* B s. 210.

[18] *Proposition 1970:20* B s. 221.

utgå endast om avvikelsen avser egenskap som kan anses utfäst eller säljaren förfarit svikligt».[19]

On luonnollista, että Ruotsin uudessa maakaaressa omaksutut vastuusäännökset eivät sovellu sellaiseen järjestelmään, jossa sivusopimusten muotovaatimuksesta pidetään tiukasti kiinni. Tämä käy ilmi seuraavasta perustelusta:

»Om, mot vad lagrådet förut anfört, formkravet bibehålles i fråga om utfästelser, synes den vid förevarande paragrafer här förordade metoden att genom tolkning och eventuell utfyllnad bestämma avtalets innehåll icke praktikabel. Innebörden i formkravet är nämligen, att ehuru man t.o.m. vet att visst förhållande varit bestämmande för kontrahenternas handlande, detta förhållande likväl — frånsett undantagfall enligt 3 kap. avtalslagen — skall betraktas såsom icke existerande. Möjlighet att ändock taga hänsyn till förhållandet måste då grundas direkt på en i lagen given regel.»[20]

Suomessa on sekä oikeuskirjallisuudessa että oikeuskäytännössä suhtauduttu tietyssä mielessä vapaamielisemmin ostajan oikeuteen vedota myyjän antamien tietojen virheellisyyteen. Tällöin on lähdetty erehdystä koskevien säännösten ja pätemättömyysopin kannalta, jolloin muotomääräisyys ei ole estänyt vetoamista virheellisyyteen ja jolloin kiinteistön kauppaa ei ole tarvinnut asettaa eri asemaan irtaimen kauppaan verrattuna. Selostettuaan joukon oikeustapauksia, joissa enuntiatiivisen vakuuttelun merkitys ilmenee, *Kivimäki* on lausunut esityksen osoittavan, että vaatimukset ei-vilpillisen erehdyttämisen intensiteetin suhteen ovat heikentymistään heikentyneet. Alkaen kauppaehdosta ja takuusta sekä erikoisesta vakuutuksesta esineen ominaisuuksien suhteen, ne ovat päättyneet »ilmoittamisen» eli enuntiatiivisen vakuuttelun riittävyyteen kaupan pätemättömyyden syynä. Vakuuttelun on hänen mukaansa katsottu, olipa se annettu tuottamuksesta tai vilpittömässä mielessä, aiheuttavan kaupan tehottomuuden sen vuoksi, että edellytyskontrahentti oli vakuuttelun johdosta erehtynyt[21]

---

[19] JB 4:12, johon JB 4:19 viittaa, kuuluu seuraavasti: »Har fastigheten efter köpet skadats eller försämrats genom säljarens vanvård eller vållande, får köparen göra avdrag på köpeskillingen eller häva köpet. Han har dessutom rätt till ersättning för skada. Om skadan är av ringa betydelse, får köpet hävas endast om säljaren förfarit svikligt.

Väckes ej talan om hävning inom ett år från det tillträdet skedde, är rätten till sådan talan förlorad, om ej säljaren förfarit svikligt».

JB 4:16—18 sisältävät säännöksiä myyjän vastuusta eräiden oikeudellisten virheiden (vastuu kiinnityksistä ja muista kiinteistöä rasittavista oikeuksista) ja vallintavirheen osalta.

[20] *Proposition 1970:20* A s. 222.

[21] *Kivimäki* (LM 1955 s. 18 ss). Esityksessä on tarkasteltu sekä irtainta että kiinteätä koskevia tapauksia tekemättä eroa sen enempää omaisuuslajien kuin virheen laadunkaan perusteella. Vallintavirheestä on kysymys ratkaisussa *KoO 1934 II 102.*

Myyjän rakennusoikeudesta yms. antamille tiedoille voidaan antaa merkitystä kahdessa eri mielessä. Ensiksikin tietojen antamiseen voidaan katsoa sisältyvän hiljaisen takuun, jolloin myyjän vastuu on sopimusperäinen. Toiseksi voidaan lähteä siitä, että myyjän — tuottamuksellisesti tai tuottamuksetta — antamat tiedot ovat erehdyttäneet ostajan, ja selittää tilanne erehdystä koskevien sääntöjen pohjalla. Tällöin tulevat kysymykseen samat oikeusseuraamukset kuin yleensä erehdyksen saadessa relevanssin. Vahingonkorvaus ei tule kysymykseen ilman myyjän tuottamusta.

Ensiksi mainittu vaihtoehto tarjoaa perustan vahingonkorvausvaateelle ilman myyjän tuottamustakin. Sen sijaan toisen vaihtoehdon mukaan katsotaan, että ostaja, joka on erehtynyt ei-vilpillisen myyjän antamien tietojen perusteella, voi saada kaupan purkautumaan ja kauppahinnan palautetuksi muttei vahingonkorvausta. Eroa on myös virheeseen vetoamisen edellytyksissä. Takuusitoumukseen perustuva vastuu ei edellytä, että myyjä on havainnut ostajan erehtyneen. Sen sijaan erehdyksen relevanssia koskevien sääntöjen mukaan havaittavuudella on merkitystä. Vielä voisi erokohtana mainita, että kiinteistön kaupan muotomääräisyys rajoittaa mahdollisuuksia vedota kauppakirjaan sisältymättömään sitoumukseen, kun taas erehdykseen voidaan vedota tehottomuusperusteena kiinteistön kaupassa yhtä hyvin kuin irtaimen esineen kaupassa.

Se korostettu merkitys, mikä Ruotsissa on asetettu muotovaatimusnäkökohdalle esillä olevassa suhteessa, saanee selityksensä ainakin osittain siitä, että Ruotsissa on pyritty seuraamaan ensimmäistä edellä kosketeltua vaihtoehtoa ja näkemään tietojen antaminen eräänlaisena hiljaisena (epävarsinaisena) takuusitoumuksena.[22] Meillä sen sijaan on suhtauduttu tietyllä pidättyväisyydellä hiljaiseen garantiaan myyjän vastuun perustana.[23] Ostajan mahdollisuuksia vedota myyjän antamien tietojen virheellisyyteen on pyritty laajentamaan erityisesti erehdystä koskevien sääntöjen pohjalta lähtien.[24]

Suomessa ovat kiinteistön luovutuksen muotoa koskevat vaatimukset suuremmat ja niitä on tulkittu ankarammin kuin Ruotsissa. Meillä ei myöskään liene lähitulevaisuudessa odotettavissa vastaavanlaista muotovaatimusten lievennystä kuin mikä Ruotsissa on toteutettu maakaaren uudistamisen yhteydessä. Tämän ei tarvitse estää antamasta suhteellisen tehokasta suojaa ostajalle esillä olevassa suhteessa. Voimassa olevan oikeuden kannalta on jo katsottu, että ostaja on oikeutettu luottamaan vastapuolen posi-

---

[22] Ks. *Karlgren* Svensk Juristtidning 1950 s. 871 ss.; *Vahlén*, Fastighetsköp s. 192 ss.

[23] Ks. *Hakulinen*, Velvoiteoikeus I s. 164; *Godenhielm*, Lärobok i kontraktsrätt, Borgå 1965, s. 106 s. ja 132 s.; *Erma*, Työurakka s. 340 s. Vrt. *Kivimäki* LM 1955 s. 20 s.

[24] Ks. erit. *Kivimäki* (LM 1955 s. 18 ss).

tiiviseen lausumaan esineen ominaisuuksista.[25] Vastaavasti lienee katsottava, että kiinteistön ostaja on oikeutettu luottamaan vastapuolen ilmoitukseen esim. siitä, onko vallintavaltaa rajoitettu rakennuslain mukaisin toimenpitein. Ostaja tosin ei voi vedota erehdykseen, jos hän tiesi tai hänen piti tietää myyjän antaman tiedon virheellisyydestä, mutta hän ei ole ilman erityistä aihetta velvollinen ottamaan selkoa asiasta.

Myyjän vastuun sisältö voi vaihdella. Ensinnäkin myyjä voi joutua poikkeaman johdosta useammanlaisten haitallisten seuraamusten kohteeksi. Ja erilaiset seuraamukset riippuvat eri edellytyksistä. Takuuta sisältämättömän ilmoituksen perusteella tulee yleensä kysymykseen vain kaupan purkaminen tai hinnanalennus, sillä vahingonkorvausseuraamus edellyttää tuottamusta.[26] Edellä on puhuttu myyjän vastuusta ja vastuuvelvoitteista tekemättä eroa sen perusteella, millaisten haitallisten seuraamusten kohteeksi myyjä joutuu. Se että vahingonvastuuta tarkastellaan muiden vastuuvelvoitteiden rinnalla on omiaan auttamaan oikean kokonaiskuvan saamisessa. Tämä on tarpeen jo siitä syystä, että eron tekeminen hinnanalennuksen ja vahingonkorvauksen välillä voi olla käytännössä vaikeata,[27] minkä lisäksi sen tarkoituksenmukaisuuskin voidaan asettaa kysymyksen alaiseksi.[28]

Edellä olevan perusteella voidaan todeta, että kiinteistön myyjällä on varsin laaja vastuu rakennusoikeudesta yms. seikoista antamistaan tiedoista. Edellytyksenä kuitenkin on, että annetut tiedot ovat riittävästi täsmennettyjä. Ellei tietojen antamista voida tulkinnallisesti selittää kauppakirjaan liittyväksi takuusitoumukseksi, myyjän vastuu rajoittuu siihen, että hänen on alistuttava kaupan purkautumiseen (tehottomuuteen) ja suoritusten palaut-

---

[25] *Kivimäki* LM 1955 s. 17, jossa viitataan esimerkkeinä asunto-osakkeen kauppaan (vallintavirhe) ja tilan kauppaan.

[26] *Hakulisen* mukaan julkisen edun vuoksi asetettua rakennuskieltoa yms. voidaan arvostella samoin kuin ylivoimaista estettä, joka vapauttaa myyjän korvausvastuusta mutta ei kauppahinnan palautusvelvollisuudesta (LM 1961 s. 25). Takuuta sisältämättömän laatuilmoituksen perusteella tulee hänen mukaansa kysymykseen vain kaupan purkaminen, vaikka myyjän viaksi jäisi culpa in contrahendo (Velvoiteoikeus I s. 113).

[27] *KoO 1936 I 14:* Maatilan myyjän oli näytetty vakuuttaneen pellon pinta-alan suuremmaksi kuin mitä se todellisuudessa oli. Ostajan vaatimus puuttuvan peltomäärän raivauskustannusten ja puhtaan tuoton menetyksen korvaamisesta hylättiin, koskei myyjän ollut väitettykään tahallaan erehdyttäneen ostajaa ja koskei ostaja ollut sitoutunut suorittamaan tuollaista korvausta. Perusteluista ilmenevä vaatimus myyjän tahallisuudesta tai sitoutumisesta on ymmärrettävissä sikäli kuin vaatimus kohdistuu saamatta jääneen edun korvaamiseen. Muulta osalta korvausvaatimus olisi voitu käsittää myös hinnanalennusvaatimukseksi, jolloin sitä ilmeisesti olisi ollut harkittava toiselta pohjalta. Kaupanpurun vaihtoehtona kysymykseen tulevan hinnanalennuksen, joka on oikeuskäytännössä hyväksytty kiinteistön ostajan suojakeinona (*KoO 1969 I 2* ja alav. 8 main. ratkaisu), ei näet katsota vaativan myyjän tuottamusta tahallisuudesta puhumattakaan.

[28] *Ks. Routamo* m.t.s. 183 ss.

tamiseen tai mahdollisesti hinnanalennukseen. Vahingonkorvausvelvolliseksi tulee myyjä, joka ei ole syypää tuottamukseen, vain sikäli kuin hän on sitoutunut tai hänen on katsottava sitoutuneen. Tällainen takuusitoumus perustaa sopimusvastuun, joka ei edellytä myyjän vilpillistä mieltä eikä tuottamusta. Tuottamuksesta aiheutunut väärien tietojen antaminen voi aiheuttaa vahingonkorvausvelvollisuuden. Positiivisen sopimusedun mukaisen korvauksen on kuitenkin katsottu edellyttävän petollista menettelyä.[29]

---

[29] *Kivimäki* LM 1955 s. 63 s. — Ruotsin uudessa maakaaressa (JB 4:19) on myyjän vahingonvastuu edellytyksenä, että tämä voidaan katsoa sitoutuneen tai hän on menetellyt petollisesti (svikligt).[6]

PRESIDENTTI Y. J. HAKULISEN KIRJALLINEN TOIMINTA 1927–1971

ESA SEPPÄLÄ

1927

Retentio-oikeuden suhde kolmanteen mieheen. — LM s. 65—113.
Tertiuksen tavara konfiskatio-objektina. Onko kieltolain 15 c § perustuslain vastainen? — DL s. 215—240.

1928

N.s. juomarahoja edellyttävät työsopimukset. — LM s. 51—77.

1931

Perusteettoman edun palautus. Siviilioikeudellinen tutkimus. Väitöskirja. Helsinki. XXXV + 363 s.
Edun tasoituksesta. — LM s. 65—72.
Kuolinpesän velkojain oikeus jäämistöön. — DL s. 115—130, 213—233.
Maksun oikeudellisesta luonteesta. — Kunniajäsenelleen tasavallan presidentille *P. E. Svinhufvudille* hänen täyttäessään 70 vuotta. Suomalainen lakimiesten yhdistys. Porvoo. S. 63—71. Myös LM s. 239—247.
Oikeustapausselostuksia: Velvoiteoikeuden alalta. — DL II s. 95—99; Forum domicilii. — DL II s. 80—84.

1932

Oikeustapausselostuksia:
Lainajyvästön oikeudellinen luonne. — DL II s. 58—63.
Omavelkaisen takausmiehen vastuu, kun velalliselle on myönnetty maksuajan pidennystä. — DL II s. 33—40.
Puolison oikeudesta määrätä jälkisäädöksellä omaisuudesta, johon toisella puolisolla on naimaosa. — DL II s. 83—90.
Takaussitoumuksissa esiintyvät erilaiset solidaarisuuskaavat ja niiden tulkinta. — DL II s. 1—6.
Tolkning av kontraktsbestämmelse angående tantiem. — DL II s. 104—107.

1933

Avioliittolainsäädäntö kiinteistön luovutusta ja maanmittaustoimitusta silmälläpitäen. — Maanmittaushallituksen julkaisuja 24 s. 26—44. Myös Maanmittaus s. 78—96.
Oikeustapausselostus: Ratsastusseuran vastuu tapaturmasta, joka on kohdannut sen käytettäväksi ja kasvatettavaksi annettua hevosta. — DL II s. 1—7.

1934

Gesetzgebung in Finnland in den Jahren 1932 und 1933. — Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht s. 846—850, Berlin — Leipzig.

Julkisoikeudelliset säätiöt. Lausunto eduskunnan perustuslakivaliokunnalle kysymyksestä, voidaanko Åbo Akademi säätiönä velvoittaa täyttämään eräitä valtion tehtäviä edellytyksellä, että se saa tästä valtiolta korvauksen. — LM s. 272—286.

Les règles générales de la responsabilité délictuelle dans le droit civil finlandais. — Rapports relatifs à la Finlande. Helsinki. S. 15—21. (Annales academiae scientiarum fennicae B 28.)

Virheellisen lakitekstin oikaisemisesta. — LM s. 251—271.

1935

Kiinteistön luovutuksen muodosta sekä julkisen kaupanvahvistajan asemasta ja tehtävistä. Helsinki. XII + 244 s. (SLY A 3.)

Actio quanti minoris. — JFT s. 187—198.

Avio-oikeus ja puolison perintöoikeus. Eräistä epäkohdista perheoikeudellisessa lainsäädännössä perintö- ja testamenttilainsäädännön uudistusehdotusta silmälläpitäen. — DL s. 277—298.

Koneista rakennuksen osina tai tarpeistona. — DL s. 209—223.

Toiminimiasetuksen 11 §:n 2 momentti. — LM s. 41—54.

1936

Obligationenrecht. Finnland. Berlin. VIII + 114 s. (Die Zivilgesetze der Gegenwart 10:1. Lieferung 2a.)

Die finnische Aktiennovelle vom 15. November 1935. — Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht s. 97—100, Berlin—Leipzig.

Kielilain uudet säännökset. — Suomalainen Suomi s. 6—7.

Kuittaus siirronsaajaa vastaan. — DL s. 351—362.

Pakkomyynnissä omaisuutta menettäneen kolmannen miehen kondiktio. — LM s. 313—320.

Ilm.: *Lauri Cederberg*, Osakeyhtiölain uudet määräykset osakkeenomistajien ja osakkeenomistajien vähemmistön oikeuksien turvaamisesta osakeyhtiössä. — LM s. 304—306.

1937

Ehdotus patenttilainsäädännön uudistamiseksi. Helsinki. 65 s. (Komiteanmietintö 1937:5.)

Förslag till revision av patentlagstiftningen. Helsingfors. 67 s. (Kommittébetänkande 1937:5.)

Eräiden saamamiesten asemasta velallisen tai hänen kuolinpesänsä konkurssissa. — DL s. 1—14, 83—96.

Förslag till ny finsk patentlag. Några huvudpunkter i förslaget. — NIR s. 116—125.

Hallinnansaannin merkityksestä, kun sama esine on vuokrattu kahdelle. — LM s. 399—411.

Pääkohtia Suomen uudesta patenttilakiehdotuksesta. — NIR Suomenkielinen liite s. 37—53.

Ilm.: *A. W. Gadolin*, Suomen holhousoikeuden pääpiirteet. — LM s. 206—224.

1938

Ilm.: *A. R. Heikonen*, Perinnönyhteydestä Suomen oikeudessa. — LM s. 269—276.
Huugo Raninen, Vahvistuskirje sopimuksen tekemisessä. — LM s. 276—281.

1939

Edunpalautuskysymyksiä. — LM s. 323—352.
Gesetzgebung in Finnland in den Jahren 1936 und 1937. — Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht s. 133—138, Berlin.
Perillisten yhteisomistusoikeudesta ja jäämistön osakkuudesta. Reunahuomautuksia erääseen samannimiseen kirjoitukseen. — LM s. 54—75.

1940

Pohjoismaista velvoiteoikeutta. — LM s. 319—346.
Tuomioistuinten yleistoimivallasta esinekohtaisissa riitajutuissa. — LM s. 227—262.

Ilm.: *Aarne Rekola*, Saamisoikeuden vanhentuminen Suomen lain mukaan. — LM s. 134—157.

1941

Konkurssioikeudellisia kysymyksiä. — DL s. 329—350.
Panttioikeuden kohteen muutoksesta maanjaossa. — LM s. 38—62.
Perillisen lakiosa. — LM s. 227—252.
Puolison oikeudesta määrätä perintönä saadusta omaisuudesta. — DL s. 225—239.
Saaliinottoon perustuvasta omistusoikeuden siirtymisestä. — LM s. 684—692.
Väärennetyn vekselin tai shekin maksusta. — DL s. 17—26.

1942

Palauttamislainsäädäntö. Porvoo. 141 s.
Metsänhakkuu- ja nautintaoikeuksien ennalleen palauttamisesta ns. erikoispalautuslain mukaan. — LM s. 458—465.
Metsänhakkuusopimusten voimassaolosta valtakunnan yhteyteen palautetulla alueella. — LM s. 323—334.
Oikeustapausselostus perintö- ja testamenttioikeuden alalta. — DL II s. 4—10.

1943

Huvuddragen i den nya finska patentlagen. — NIR s. 1—21.
Korvauslakiin perustuvan velanvähennyksen vaikutuksesta yhteisvelka- ja vekselisuhteissa. — LM s. 137—150.
Suomen uuden patenttilain pääpiirteet. — NIR Suomenkielinen liite s. 1—18.
Uuden patenttilain säännökset maanpuolustukselle merkityksellisistä keksinnöistä. — LM s. 253—262.

Ilm.: *O. A. Borum*, Familieretten II. — LM s. 186—191.
Erik af Hällström, Verkan av ägareförbehåll på rättsförhållandet mellan säljaren och köparen. — LM s. 415—420.
R. A. Wrede, Velvoiteoikeuden yleinen osa luentojen mukaan. — LM s. 532—535.

1944

Suomalais-ruotsalais-saksalainen lakikielen sanakirja hakemistoineen. Helsinki. XII + 729 s. (SLY B 1.)

Arbetsgivares rätt till uppfinningar, som gjorts av person i hans arbete eller tjänst. Helsingfors. 16 s.
Työnantajan oikeudesta hänen työssään tai palveluksessaan olevan henkilön tekemiin keksintöihin. Helsinki. 15 s.

1945

Ehdotus tavaramerkkilainsäädännön uudistamiseksi. Helsinki. 116 s. (Komiteanmietintö 1945:2.)
Förslag till revision av varumärkeslagstiftningen. Helsingfors. 117 s. (Kommittèbetänkande 1945:2.)
Keksijän oikeussuojasta. — Juhlajulkaisu *Kaarlo Juho Ståhlberg* 1865—28.1.—1945. Vammala. S. 383—421.
Några huvudpunkter i förslaget till ny finsk lag om varumärken. — NIR s. 153—166.
Osakeyhtiölain yleislauseke ja hallituksen vastuu. — LM s. 432—443.
Sovintojako ja perintöosuuden luovutus. — LM s. 31—45.
Suomalaisen lakikielen kehittämisestä. — LM s. 157—175.
Oikeustapausselostuksia: Velvoiteoikeuden alalta. — DL II s. 85—86; Testamenttioikeuden alalta. — DL II s. 87—90.

1946

Kauppalakireformi. — DL s. 154—171.
Kuolinpesän osakkaan kannevallasta. — JFT s. 165—177.
Nytt system för handläggning av lagfarts- och inteckningsärenden i Finland. — SvJT s. 301—303.
Om formkravet vid fastighetsöverlåtelse enligt finsk rätt. — SvJT s. 737—754.
Sukunimi tavaramerkkinä. — DL s. 239—249.
Yhdenmiehen yhtiön purkautumisesta ja toiseen yhtiöön sulautumisesta. — LM s. 333—352.
Yhteisön oikeusturva hallitusmuodon mukaan. — LM s. 567—595.

1947

Velkakirjalaki siihen liittyvine lakeineen. Porvoo. 292 s. (SLY B 24.)
Eräs takaussitoumuksen raukeamistapaus. — JFT s. 173—178.
Kaupunkikiinteistöä koskeva lahja. — LM s. 580—592.
Lag om skuldebrev i Finland. — SvJT s. 690—691.
Lisämietteitä yhteisöjen oikeusturva-asiassa. — LM s. 230—240.
Ns. korvausosakkeiden lunastamisesta. — LM s. 241—248.
Något om rättsskyddet för tekniska ritningar. — NIR s. 159—167.
Patentin loukkaajan korvausvelvollisuudesta erityisesti n.s. patenttikollisiotapauksissa. — DL s. 15—24.
Puolison suostumus sovintojakoon lähinnä Chydeniuksen mukaan. — DL s. 286—298.
Päätös osakeyhtiön purkamisesta. — LM s. 109—117.
Eräs katteettoman shekin luovuttamista koskeva oikeustapaus. — DL II s. 17—20.

1948

Abstraktisen velkasitoumuksen käsitteestä. — Juhlajulkaisu Suomalainen lakimiesyhdistys 1898 — 22.10. — 1948. Vammala. S. 554—561.
Jurisdiction in sale of goods contracts. — Report of the forty-second conference. (Published by) The international law association.

Cambridge. S. 158—159.
Mitkä vakuutussopimuslain säännökset ovat pakottavia. — DL s. 132—139.
Muutettu avioliittolaki. — DL s. 300—321, 333—371.
Osuustoimintalain uudistamisen suuntaviivoja. — Suomen osuustoimintalehti s. 75—77.
Pari huomautusta hyödyn konfiskatiosta. — DL s. 263—267.

Ilm.: *A. R. Heikonen*, Avoin yhtiö Suomen oikeuden mukaan. — JFT s. 213—226, 305—308.

1949

Kiinteistön luovutuksen muodosta sekä julkisen kaupanvahvistajan asemasta ja tehtävistä. 2. uusittu painos. Vammala. 188 s.
Eräät Julian Serlachiuksen kannanvaihtelut. — DL s. 369—378.
Kysymys konkurssituomion oikeusvoimasta OK 17 luvun soveltamista silmällä pitäen. — LM s. 440—447.
Latinankieli ja lainoppi. — LM s. 341—344.
Milloin on vekseli protestoitava erääntymispäivän sattuessa pyhäpäiväksi? — JFT s. 144—150.
Omistusoikeudesta palvelurahaan. — LM s. 117—126.
Partiell revision av den finska äktenskapslagen. — Tidsskrift for rettsvitenskap s. 176—180, Oslo.
Perimysmaan käsite oikeustieteessämme. — DL s. 260—263.
Puolisoiden omaisuuden ositus ja leimaverovelvollisuus. — LM s. 216—221.
Tekijänoikeuden ulottuminen tekniikan alalle. — LM s. 629—658.
Verkställighet av förbudsdom mot bolag enligt finsk rätt. — JFT s. 269—274.
Oikeustapausselostuksia: Kysymys ns. putatiivisesta hätävarjelusta. — DL II s. 88—90; Vapausrangaistuksia yhdistettäessä ei aikaisemmin tuomittu sakkorangaistus katkaise konkurrenssia. — LM s. 607.

Ilm.: *Josef Esser*, Lehrbuch des Schuldrechts. — LM s. 713—717.

1950

Doit-on accorder à l'inventeur un droit de priorité en cas de divulgation de l'objet de l'invention avant le dépôt du brevet? — Annuaire de l'Association internationale pour la protection de la propriété industrielle s. 428—431, Paris.
En blick på den nya engelska patentlagen. — NIR s. 93—100.
Konstruktionsspörsmål kring skuldebrevslagarna. — Festskrift tillägnad *Birger Ekeberg* 10. 8. 1950. Stockholm. S. 210—229.
Oikeudenkäynnin aikana annettu määräys puolisoiden yhteiselämän lopettamisesta. — DL s. 16—25.
Om tvungen upplösning av aktiebolag enligt finsk rätt. — Festskrift tillägnad *Gösta Eberstein* 4. 12. 1950. Stockholm. S. 56—61.
Frans Albert Pehkonen 80-vuotias. — LM s. 3—5.
Presumtiivisestä isyydestä. — LM s. 115—123.

Ilm.: *Fr. Vinding Kruse*, En nordisk lagbok. — SvJT s. 896—897.
T. M. Kivimäki, Tekijänoikeus. — DL s. 37—42.

1951

Avioliittolain muutosten voimaantulosta ja soveltamisesta. — DL s. 381—395.

Korkein oikeus muutoksenhakuasteena. — LM s. 5—36.
Om styrelsens skyldigheter och befogenheter enligt ABL 40 §. — JFT s. 60—65.
Succession i rätten till ersättning för ideell skada. — Festskrift til *Henry Ussing* 5. 5. 1951. København. S. 141—149.
Oikeustapausselostus kauppaoikeuden alalta. — DL II s. 65—70.

1952

La divulgation de l'objet de l'invention avant le dépôt de la demande de brevet est-elle opposable à la délivrance et à la validité du brevet? — Annuaire de l'Association internationale pour la protection de la propriété industrielle s. 193—195, Paris.
Oikeudentunto. — DL s. 225—229.

1953

Konkurssipesän uskottujen miesten oikeudesta myydä pesän omaisuutta. — DL s. 138—146.

1954

Osuuskuntalaki selityksineen. (Yhdessä *Marjos Rapolan* kanssa.) Helsinki. 462 s. (SLY B 67.)
Tavaramerkkioikeus. Helsinki. 184 s. (SLY B 65.)
Lakikirjan systematisoiminen. — LM s. 887—889.
Uusi osuuskuntalaki. — Osuusliike s. 165—170.
Oikeustapausselostus: Sovintojako ja perimysmaa. — DL II s. 15—20.

1955

Lakikirja. 21. 10. 1698—21. 1. 1955. Helsinki. XXI + 1131 s.
Finland — Records of the intergovernmental copyright conference Geneva, 18 August—6 September 1952. Publ. by UNESCO. Geneva. S. 223.
Kuolinpesäkö juridinen henkilö? — LM s. 357—384.
J. K. Paasikiven oikeustieteellisestä tuotannosta. — LM s. 839—847.
Perintöosuuden luovutukseen liittyvä legitimatiosäännös lainvalmistelukunnan perintölakiehdotuksessa. — LM s. 213—217.
Saamistakavarikon käyttämisala. — LM s. 66—72, 751—757.
Henry Ussing † — JFT s. 1—4.

1956

Lakikirja. 2. laajennettu painos. 21. 10. 1698—3. 2. 1956. Helsinki. XX + 1319 s.
T. M. Kivimäki 70-vuotias. — LM s. 315—318.
Lain tai hyvän tavan vastainen ehto testamentissa. — Juhlajulkaisu *Toivo Mikael Kivimäki* 1886 — 5.6. — 1956. Vammala. S. 104—112.
Oikeudenkäymiskaaren 30 luvun tulkintaa. — LM s. 329—347.
Valtion alueen luovutus ja yksityiset omistusoikeudet. — LM s. 1—12.
Über die Aussenwirkung der Obligation in einigen Kollisionsfällen. — Liber amicorum of congratulations to *Algot Bagge*. Stockholm. S. 101—107.

1957

Lakikirja. 3. täydennetty painos. 21. 10. 1698 — 21. 3. 1957. Helsinki. XX + 1366 s.

1958

Velvoiteoikeus. I. Yleiset opit. Helsinki. XVI + 379 s.

1959

Lakikirja. 4. täydennetty painos. 21. 10. 1698 — 30. 1. 1959. Helsinki. XX + 1526 s.
Aktuellt från lagstiftningsfältet. Rättegångsbalken. — JFT s. 268—273.
Konventionellt föryttringsförbud. — JFT s. 288—298.
Onko salainen äänestystapa osuuskunnissa sallittua? — Suomen Osuustoimintalehti s. 248—251.
Uusi liikennevakuutuslaki perustuslain valossa. — DL s. 281—286.

Ilm.: *Tauno Tirkkonen*, Das Zivilprozessrecht Finnlands. — DL s. 340—344.

1960

Betraktelser kring frågan om inhibering av verkställighet. — JFT s. 195—201.
Kansalaisuusperiaatteen soveltamisesta avioerosasioissa. — LM s. 187—204.
Perinnönjaon ja osituksen toimitusmiehet. — DL s. 4—21.
Upphovsmannarätt och giftorätt. — NIR s. 183—188.
Syyttäjän muutoksenhakuoikeutta koskeva oikeustapausselostus. — DL II s. 17—18.

1961

Avoimen yhtiön muuttamisesta kommandiitti- tai osakeyhtiöksi. — LM s. 283—290.
Eräitä kaupanvastuuta koskevia kysymyksiä. — LM s. 22—33.
Uniform commercial code. — DL s. 1—9.
Oikeustapausselostus: Sivuväliintulo lapsen aviollisen syntyperän kieltämistä koskevassa jutussa. — LM s. 94—96.

1962

Obligationsrätt. I. Allmänna läror. Tammerfors. XX + 413 s. (JFP 62.)
Paavo Ant-Wuorinen. In memoriam. — LM s. 385—386.
Näkökohtia kansanedustajan lakialoitteen sallittavuudesta. — DL s. 434—437.
Observations sur les conflits de lois en matière de divorce d'après le droit finlandais. — De conflictu legum. (Nederlands Tijdschrift voor international Recht.) Leyden. S 194—197.
Oikeustapausselostus avioliittolain 37 §:n ja oikeustoimilain 33 §:n tulkinnasta. — DL II s. 1—4.

1963

Lakikirja. 5. täydennetty painos. 21. 10. 1698 — 15. 2. 1963. Helsinki. XXIV + 1696 s.
Kiinnitysluottojärjestelmän horjuttamista. — LM s. 693—700.
Kritik av förslaget till ny 40 a § äktenskapslagen. — JFT s. 320—331.
Näkökohtia perintölainsäädännön uudistamisesta. — DL s. 403—409.
Oikeudenkäymiskaaren 30 luvun 13 §:n 4 momentin tulkinta. — DL s. 87—91.
Prisets återbäring då köp med flere säljare häves. — JFT s. 143—148.
Rikoslain uuden 1 luvun oikeudellista arviointia. — DL s. 239—260.
Yhdenmiehenyhtiöistä ja muista yhtiöoikeudellisista kysymyksistä. — LM s. 219—239, 627—634.

Zur ungerechtfertigten Bereicherung im finnischen Recht. — Vom deutschen zum europäischen Recht. Festschrift für *Hans Dölle*. Band II. Tübingen. S. 401—413.

1964

Familjerätt. Tammerfors. XI + 301 s. (JFP 34.)
Das Eherecht Finnlands. — Rechtsverfolgung im internationalen Verkehr. Berlin. S. 337—368.
Lopputoteamuksia yhtiöoikeudellisessa keskustelussa. — LM s. 447—451.
Tillämplig lag vid köp av internationell karaktär. — Festskrift til *O. A. Borum*. København. S. 169—175.

1965

Velkakirjalaki siihen liittyvine lakeineen. 2. täydennetty painos. Porvoo. XV + 251 s. (SLY B 24.)
Velvoiteoikeus. I. Yleiset opit. 2. laajennettu painos. Helsinki. XVI + 431 s.

1966

Lakikirja. 6. täydennetty painos. 21. 10. 1698—18. 2. 1966. Helsinki. XX + 1754 s.

1967

Vuokraoikeus. I. Maanvuokra. Helsinki. XIV + 259 s. (SLY B 136.)

1968

Osamaksukauppa. (Yhdessä *Huugo Ranisen* kanssa.) Tampere. XII + 154 s. (SLY B 144.)
Konkurssihakemuksen siirtäminen lailliseen oikeuspaikkaan. — Juhlajulkaisu *Tauno Tirkkosen* 70-vuotispäivänä 2. 8. 1968. Vammala. S. 72—75.

1969

Sakoista ja veneistä uusien lakien valossa. — LM s. 540—551.

1970

Huomautus erään kirjoituksen johdosta. (Till frågan om SL 16: 8 och 16: 9.) — JFT s. 35—37.

1971

Osamaksukaupan luottoehdot ja omistuksenpidätys. — LM s. 403—411.
Rikosprosessin johtavat periaatteet. LM s. 657—659.
Luottoehtolakia koskeva keskustelu. — Eräitä välihuomautuksia. — LM s. 664—666.

Presidentti Y. J. Hakulinen on Helsingin hovioikeuden presidenttinä aktiivisesti osallistunut hovioikeudelta lainsäädäntöasioissa pyydettyjen lausuntojen valmistamiseen. Tähän hänellä on koulutuksensa ja kokemuksensa perusteella ollut erinomaiset edellytykset. Lukuisista lausunnoista on tähän otettu näytteeksi lausunnot saantosuojakomitean mietinnöstä ja ehdotuksesta yksityiselämän suojaamista koskevaksi lainsäädännöksi.

Lausuntoja

Oikeusministeriölle

Oikeusministeriön helmikuun 5 päivälle 1966 päivätyssä kirjeessä n:o LsD N:o 2/196 pyydettynä lausuntona saantosuojakomitean mietinnöstä (komit. miet. 1965:A 3), joka sisältää ehdotuksen laiksi irtaimen esineen saajan vilpittömän mielen suojasta, hovioikeus kunnioittaen esittää seuraavaa:

Irtaimen esineen oikeudettomaan luovutukseen liittyvän saantosuojan edellytyksenä voimassa olevan oikeuden mukaan on, että esineen on vilpittömässä mielessä olevalle luovuttanut henkilö, jonka käytettäväksi tai muutoin ilman omistusoikeutta hallittavaksi omistaja oli uskonut esineen. Omistaja, joka on pannut luottamuksensa haltijaan, saa väistyä, jos viimeksi mainittu luottamusta väärinkäyttäen luovuttaa esineen omanaan kolmannelle, joka on vilpittömässä mielessä. Suojatakseen yleisen vaihdannan etua laki oikeuttaa kolmannen, joka ei ole tiennyt tai jonka ei ole pitänytkään tietää luovuttajan oikeuden puuttumisesta, pitämään saamansa esineen, vaikka luovutus siten tulee loukkaamaan omistajan oikeutta. Sitä vastoin ei kolmatta henkilöä suojata hänen vilpittömän mielensä perusteella siinä tapauksessa, että luovuttaja on varastamalla tai muutoin omin valloin ottanut esineen omistajan hallusta ja luovuttanut sen edelleen. Omistaja voi tällöin aina saada esineen takaisin siltä, jolle se on siten luovutettu. Sanotut oikeussäännökset ilmenevät kauppakaaren 11 luvun 4 §:stä ja 12 luvun 4 §:stä sekä rikoslain voimaanpanoasetuksen 11 §:stä.

Tätä voimassa olevan siviilioikeuden perusteisiin kuuluvaa järjestelyä ehdotetaan tarkastettavana olevassa komiteanmietinnössä — 1 § 2 mom. — muutettavaksi siten, että ero toisaalta haltuun uskotun esineen ja toisaalta varastetun tai muutoin omavaltaisesti omistajalta otetun esineen kolmannelle tapahtuvan luovutuksen välillä tulisi käytännöllisesti katsoen häviämään. Myöskin jälkimmäisissä tapauksissa kolmas saisi vilpittömän mielensä perusteella pitää oikeudettomasti luovutetun esineen ja varastetun tavaran luovutus tulisi siten rinnastetuksi niihin tapauksiin, joissa joku saatuaan

oikeustoimen nojalla hallittavakseen esineen omistajalta on hallintaoikeuttaan väärinkäyttäen luovuttanut esineen kolmannelle. Ehdotetussa säännöksessä tosin tehdään sanottujen tapausten välillä se ero, että lakiin otettavan nimenomaisen määräyksen mukaan kolmannen olisi, milloin luovutus on koskenut varastettua tavaraa, toteennäytettävä vilpitön mielensä, jota vastoin, jos luovutus on koskenut luovuttajan haltuun uskottua tavaraa, laki ei tarkemmin osoittaisi asianosaisten todistamisvelvollisuutta. Erotuksen käytännöllinen merkitys on kuitenkin vähäinen, koska kummassakin tapauksessa vilpittömän mielen edellytyksenä on, että kolmas on tarpeellista varovaisuutta noudattaen tutkinut sopimuskumppaninsa oikeutta esineen luovuttamiseen ja tuomarin on kummassakin tapauksessa asianhaarojen nojalla vapaasti harkiten pääteltävä, onko kolmas täyttänyt sanotun tutkimisvelvollisuutensa.

Ehdotuksensa lain muuttamiseksi komitea on tehnyt epäilyksin. Mietinnössä todetaan, että »tuskin on olemassa syitä, jotka välttämättä vaatisivat lainmuutosta tässä suhteessa» sekä että varastetun tavaran osalta säädettyä omistajan suojaa koskevan oikeusperiaatteen »voidaan katsoa juurtuneen kansan oikeustajuntaan». Muutosta voidaan, toteaa komitea, perustella vain yhtenäisen pohjoismaisen lainsäädännön aikaansaamisella (miet. s. 44). Komitean mietintöön on otettu säännösehdotus sen varalta, että lainmuutosta ei katsottaisi voitavan hyväksyä.

Niinkuin komitean mietinnön liitteestä havaitaan, ei yhtenäisen pohjoismaisen lainsäädännön tavoite tulisi sanotunlaisella lainmuutoksella toteutetuksi. Norjan lakiehdotuksessa, joka on mietinnössä sivulla 64, näet lausutaan, että omistaja voi vilpittömässä mielessä olevaltakin kolmannelta vaatia takaisin esineen, joka on varastettu (2 §). Lienee myös aihetta huomauttaa, että tämä Norjan lakiehdotuksessa omaksuttu, Suomen voimassa olevaa oikeutta vastaava kanta on sopusoinnussa sen kanssa, mitä laki säätää mm. Saksassa, Hollannissa ja Englannissa.

Hovioikeus katsoo kuten komiteakin, että voimassa olevassa laissa säädettyyn varastetun tavaran omistajan suojaan ei voida kohdistaa asiallista arvostelua ja että voimassa olevassa laissa omaksuttu periaate on juurtunut kansan oikeuskäsitykseen. Ehdotettua lainmuutosta olisi pidettävä arveluttavana. Lain muuttaminen kerrotuin tavoin tietäisi sellaista omistusoikeuden suojan vähentämistä, joka ei olisi hyvässä sopusoinnussa hallitusmuodon 6 §:ssä lausutun, omistusoikeuden suojaa koskevan periaatteen kanssa. Suunnitellusta lainmuutoksesta olisi niin ollen luovuttava.

Kysymystä siitä, olisiko voimassa olevassa laissa varastetun tavaran suhteen omaksuttua kantaa ehkä muutettava vilpittömässä mielessä olevan kolmannen suojaamiseksi sellaisissa tapauksissa, jotka mainitaan 1 § 4 mom:ssa, taikka säätämällä varastetun tavaran omistajan oikeuden toteuttamiselle määräaika, kosketellaan tuonnempana.

Hovioikeus ei voi nähdä hyväksyttävää syytä siihen, että ryhdyttäisiin, kuten mietinnössä on ehdotettu, antamaan kolmannelle miehelle yleisistä periaatteista poikkeavaa saantosuojaa, kun omavaltaisesti valtuutettuna (tai yhtiön edustuskelpoisena toimihenkilönä) esiintyvä on suorittanut omistajan oikeutta loukkaavan luovutustoimen. Lakiehdotuksen mukaan kolmas olisi vilpittömän mielensä nojalla suojattu myös silloin, kun joku on luovuttanut kolmannelle esineen, josta hän ei ollut oikeutettu »omistajan puolesta määräämään» (1 § 1 mom.). Mitään mainintaa siitä, millä tavoin valtuutettuna esiintynyt on saanut omistajalta haltuunsa esineen, ei lakitekstiin ole otettu ja koskisi säännös siis sellaisiakin tapauksia, joissa joku on anastanut esineen omistajalta ja väärentäminsä valtakirjoin luovuttanut sen edelleen kolmannelle. Tällaista järjestelyä ei voida mitenkään pitää hyväksyttävänä. Tuollaisiin tuloksiin johtavasta säännöksestä on luovuttava jo sen vuoksi, että ehdotusta varkauden kohteeksi joutuneen omistajan suojan vähentämisestä ei voida pitää hyväksyttävänä. Mutta niin-

kään supistettuna, että valtuutusta koskeva säännös rajoitettaisiin vain tapauksiin, joissa esine on omistajan vapaaehtoisin toimin annettu valtuutettuna esiintyneen haltuun, säännös olisi arveluttava. Yleinen periaate on, että valtuutuksen olemassaolo on sen tutkittava, jota kohtaan valtuutettuna esiintyvä ryhtyy oikeustoimeen, eikä tästä periaatteesta, jonka varaan oikeustoimilaki perustuu, ole syytä poiketa silloin, kun valtuutukseen viitataan irtainta omaisuutta toiselle luovutettaessa. Velkakirjalakiin juoksevien velkakirjojen negotiabiliteettiä ja velallisen maksusuojaa silmällä pitäen otettu toisenlainen periaate ei ole ulotettavissa yleiseen irtaimen omaisuuden kauppaan.

Valtuutusta koskevan säännöksen perustelemiseksi on mietinnössä viitattu siihen, että saattaisi olla keinotekoista jättää vilpittömän mielen suojan myöntäminen siitä riippuvaksi, onko luovuttaja esittänyt väärennetyn maksukuitin osoitukseksi saannostaan vai väärennetyn valtakirjan todisteeksi edustusvallastaan (s. 52). Jos ajatellaan niitä tapauksia, joissa luovuttaja on saanut esineen haltuunsa varastamalla sen omistajalta, saattaa todellakin tuollaisen eron tekeminen tuntua keinotekoiselta. Varastettuun tavaraan ei kuitenkaan valtuutussäännöstä missään tapauksessa olisi ulotettava. Jos taas valtuutussäännös rajoitettaisiin vain omistajan vapaaehtoisen luovutuksen nojalla haltuunsaadun esineen edelleenluovutuksiin, ei ole unohdettava sitä oikeussääntöä, että omistaja, joka on luovuttanut myymänsä esineen ostajalle, ei voi yleensä saada sitä takaisin tältä tai kolmannelta, vaikka kauppahinta olisi maksamatta, aivan riippumatta siitä, onko ostaja esinettä kolmannelle luovuttaessaan esittänyt väärennetyn maksukuitin vai ei, jota vastoin jos mitään kauppaa ja hallinnanluovutusta ei ole tapahtunut, ei ole mitään aihetta olla suojaamatta omistajaa, jos tämä esim. vastaista kauppaa varten on luovuttanut esineen ostajan kokeiltavaksi ja tämä luottamuksen rikkoen myykin esineen kolmannelle tekaisemansa valtuutuksen nojalla.

Ainoastaan sen erikoistapauksen varalta, että esine on ostettu kauppiaalta, jota huolellinen ostaja saattoi pitää myyntikomissionäärinä, saattaisi olla aihetta nimenomaan säätää laissa, että kolmas henkilö, joka vilpittömässä mielessä on ostanut esineen, on turvattu myyntivaltuutuksen puuttumista koskevilta väitteiltä. Tällainen säännös olisi kohtuullinen ja saisi selityksensä siitä, että omistaja on vapaaehtoisin luovutustoimin uskonut esineen kauppaliikettä harjoittavan haltuun. Lakiehdotukseen ei ole otettu erikoissäännöstä komissiotilannetta varten ja perusteluna on esitetty, että komissiolain valmistelu on parhaillaan vireillä (s. 52). On siis katsottu, että yleinen valtuutusta koskeva saantosuojasäännös saisi peittää komissiotapaukset. Mutta tällaisesta lainlaatimistavasta olisi seurauksena, että komissiokauppaan tulisi sovellettavaksi myös lunastusoikeutta koskeva säännös (2 §), mitä ei voitaisi pitää hyväksyttävänä. Erikoissäännös komissiokaupasta ei siis olisi vältettävissä, jos valtuutusta koskeva saantosuojasäännös otetaan lakiin.

Saantosuojaa koskevien säännösten varsinaisena tehtävänä on yleiseen vaihdantaan sisältyvien kaupallisten oikeustointen turvaaminen sen hyväksi, joka on vilpittömässä mielessä ostanut toiselta irtainta tavaraa. Siitä säännöstä, että kukaan ei voi toiselle luovuttaa parempaa oikeutta kuin mikä hänellä itsellään on, luodaan siten poikkeus sen hyväksi, joka vilpittömässä mielessä ostaa esineen, johon muulla henkilöllä kuin luovuttajalla on omistusoikeus. Tämän mukaisesti suojan pitäisi tulla vain sen hyväksi, jolle esine on luovutettu vastiketta vastaan. Vanhemmissa säännöksissä on suojaa kuitenkin annettu myös kolmannelle henkilölle, jolle esine on omistajan oikeutta loukaten luovutettu vastikkeetta. Mutta uudemmissa lainsäännöksissä kolmannen suoja on nimenomaan rajoitettu vain niitä tapauksia koskevaksi, joissa luovutus on tapahtunut vastiketta vastaan. Tällainen säännös sisältyy merilain 6 §:ään, joka koskee kaksoisluovutusta mutta josta ilmenevä periaate luonnollisesti soveltuu siihenkin tapaukseen, että joku, joka ei ole aluksen omistaja vaikka hänet ehkä on alusrekisteriin omistajaksi

merkitty, omistajana esiintyen luovuttaa aluksen kolmannelle. Jos kolmannen saanto on vastikkeeton, hän väistyy oikean omistajan tieltä vaikka hallinnan luovutusta vastaava luovutuksen merkitseminen alusrekisteriin olisikin tapahtunut. Epäilemättä soveltuu sääntö myös siihen tapaukseen, että alus on omistajan oikeutta loukaten luovutettu kolmannelle ennen kuin se oli merkitty alusrekisteriin, jossa tapauksessa siis tosiasiallinen hallinnan luovuttaminen vilpittömässä mielessä olevalle kolmannelle ei suojaa tätä oikeaa omistajaa vastaan, jos luovutus oli vastikkeeton. Säännön ulottumista niihinkin tapauksiin, joissa luovutus koskee alusta, jota ei ole merkittävä alusrekisteriin, tuskin tarvitsee epäillä, joten tällöinkään hallinnan luovutus ei turvaa vilpittömässä mielessä toiminutta kolmatta, jolle alus on omistajan oikeutta loukaten luovutettu ilman vastiketta. Muina säännöksinä, joissa saantosuojan syntyminen kolmannelle on tehty riippuvaiseksi siitä, että tämän saanto on tapahtunut vastiketta vastaan, on mainittava avioliittolain 58 § ja patenttilain 69 § 2 mom.

Näihin uudemman lainsäädännön kannanottoihin ei ole kiinnitetty tarpeellista huomiota lakiehdotusta valmisteltaessa. Ehdotus on laadittu vanhempien lainsäännösten mukaisesti niiden tapausten osalta, joissa kolmannen saanto on vastikkeeton. Ehdotus menee näin ollen pitemmälle kuin mitä vilpittömässä mielessä toimineen hyväksi säädettävän saantosuojan perusajatuksesta on johdettavissa. Tällä tavoin laadittu laki, joka jättäisi erikoissäännöksinä voimaan toisenlaisen periaatteen varaan rakentuvat lainsäännökset, loisi lainsäädäntöön kirjavuutta, joka pitäisi voida välttää. Samalla laki tulisi, huomioon ottaen myös ehdotuksen lunastusoikeutta koskevat säännökset, olennaisesti poikkeamaan ulkomaisissa oikeusjärjestelmissä yleensä vallitsevasta käsityksestä.

Suositeltavimpana olisi pidettävä sitä mainituissa uudemmissa lainsäännöksissä omaksuttua järjestelyä, jonka mukaan saantosuoja nimenomaan rajoitetaan vain niitä tapauksia koskevaksi, joissa kolmas on oikeudettomalta luovuttajalta saanut esineen vastiketta vastaan. Tämä on myös Englannin oikeudessa omaksuttu kanta (bona fide purchaser for value).

Toinen ratkaisutapa olisi, että annetaan saantosuojan tosin koitua lahjansaajan hyväksi, joka on toiminut vilpittömässä mielessä, mutta selitetään tämä oikeudettoman luovuttajan sijasta, joka ei ole saanut mitään vastiketta ja johon loukkauskondiktioksi nimitetty edunpalautusvaade ei ole kohdistettavissa, sanotun luovuttajan sijasta velvolliseksi palauttamaan loukatulle omistajalle lahjan arvo perusteettomana etuna. Tällä kannalla on mm. Saksan laki (BGB 816 §).

Viimeksi mainittua periaatetta, jota KuolJulL 16 § 2 mom. näyttää edellyttävän, on Suomen oikeudessa sovellettu myös perillisen lakiosaa loukkaavaan lahjaan, kun loukattu perillinen kohdistaa lahjansaajaan lakiosan täydennysvaatimuksen. Lain mukaan on tällöin lahjan arvo palautettava, luonnossa tai rahassa, käsittäen palautus vain lahjan jäljellä olevan arvon, jos lahjaksi saatu omaisuus on saajan tuottamuksetta hukkaantunut (PK 17:9, UPK 7:8). Vastaavanlaisia säännöksiä ei tiettävästi ole toisten pohjoismaiden perintölaeissa.

Vaikka sanotut ratkaisutavat käsitteellisesti eroavat toisistaan, ne käytännössä yleensä johtanevat samanlaisiin tuloksiin. Ensiksi mainitun ratkaisutavan mukaan kantajan palautusvaatimuksella tosin on lähinnä esineoikeudellinen luonne, minkä seikan merkitys saattaa ilmetä lahjansaajan ollessa konkurssissa, mutta siinä tapauksessa, että lahjansaaja on hukannut esineen, arvonpalautusta voidaan häneltä vaatia perusteettoman edun palautusta koskevien periaatteiden mukaisesti.

Muutoin edellä mainittu lakiosaa loukkaavan lahjan palautuksen järjestely näyttää edellyttävän, että lahjansaajaan on voitava kohdistaa palautusvaatimus silloinkin, kun kysymys ei ole vain perillisen perintöoikeuden vaan hänen omistusoikeutensa loukkauksesta. Kun perillinen voi, jos perittävä on

omaisuutensa lahjoittamisella loukannut perillisen lakiosaa, vaatia laissa mainitulta lahjansaajalta lahjan arvon palautusta, vaikka tämä on toiminut vilpittömässä mielessä, niin silloin ei voitane evätä perilliseltä palautusvaadetta siinäkään tapauksessa, että perittävä on lahjoittanut kolmannelle hallussaan ollutta perillisen omaisuutta. Lakiehdotuksen mukaan palautusvaade mainitussa tapauksessa saataisiin toteuttaa vain siten, että perillinen saadessaan esineen takaisin korvaa kolmannelle lahjan arvon.

Jos niiden kahden vaihtoehdon sijasta, jotka edellä on mainittu, loukatun omistajan suoja kolmatta kohtaan, joka on saanut esineen lahjaksi, järjestettäisiin lunastusvaateen muodossa, tietäisi tämä sitä, että lahjansaajaan kohdistettava kanne olisi esineoikeudellinen, mutta samalla myös sitä, että kanne olisi kohdistettavissa saajaan vain edellytyksin, että esine on sellaisenaan tallella. Loukatun omistajan suoja olisi siis olennaisesti huonompi kuin sanottujen vaihtoehtojen mukaan. Mutta suoja vieläkin huonontuisi, jos lunastusoikeuden edellytykseksi samalla määrättäisiin, että lunastuksena on suoritettava täysi korvaus esineen arvosta eikä ainoastaan korvaus lahjansaajan kärsimistä kustannuksista. Niin on kuitenkin asia lakiehdotuksessa ehdotettu järjestettäväksi (2 §). Tämä merkitsisi Suomen oikeuden asettamista täysin poikkeukselliseen asemaan huomattaviin ulkomaisiin oikeusjärjestelmiin verrattuna ja myös, niinkuin edellä on nähty, sovittamattomien ristiriitojen luomista oman oikeusjärjestyksemme piiriin. Ehdotettua järjestelyä hovioikeus ei katso voivansa puoltaa. Sellainenkaan ratkaisu, että lunastusoikeus yksinomaiseksi palautuskeinoksi käsitettynä saataisiin toteuttaa korvaamalla vain lahjansaajan kärsimät kustannukset, ei olisi tyydyttävä, koska lahjansaaja tällöinkin välttäisi kaiken vastuun pelkästään sen johdosta, ettei esine ole enää tallella, ja siis huolimatta siitä, että hän luovuttaessaan esineen edelleen on saanut siitä rahavastikkeen.

Määriteltäessä niissä puitteissa, jotka uudelle laille edellä sanotun mukaisesti olisi asetettava, sen oikeustoimen luonnetta, jolla esineen haltija on omistajan oikeutta loukaten luovuttanut esineen kolmannelle, ei olisi tyydyttävä, kuten lakiehdotuksen 1 §:ssä kuitenkin on tehty, käyttämään pelkkää »luovuttaa» termiä. Olisi puhuttava omaksi luovuttamisesta tai omistusoikeuden luovuttamisesta tai käytettävä muuta vastaavaa sanontaa, joka selvästi osoittaa, että joku, joka ei ollut omistaja, on omistajana esiintyen luovuttanut esineen kolmannelle omistettavaksi siirtäen samalla tälle esineen hallinnan. Niin ikään tulisi säännöksestä käydä ilmi, että laki koskee vain sellaisia tapauksia, joissa omistaja oli uskonut esineen luovuttajan haltuun.

Siitä kysymyksestä, voidaanko saantosuojan edellyttämä hallinnan siirto aikaansaada myös ns. ilmoituksenvaraisella hallinnan luovutuksella, kun esine on muun kuin oikeudettoman luovuttajan hallussa, ei ole otettu nimenomaista säännöstä lakiehdotukseen. Perusteluissa, joissa tuollaista hallinnan luovutusta on kuvattu virheellisellä termillä longa manu traditio, on kysymystä käsitelty ja on siihen eräin varauksin vastattu myöntävästi (s. 29). Periaatteellisesti lieneekin kysymykseen näin vastattava. Jos A, joka on lainannut omistajalta esineen käyttöönsä ja tallettanut sen B:n haltuun säilytettäväksi, luvattomasti myy esineen C:lle ilmoittaen tästä luovutuksesta B:lle, on tämä ilmoituksin tapahtunut hallinnan siirto yhtä pätevä kuin olisi A, jos esine olisi ollut hänen välittömässä hallinnassaan, luovuttanut sen C:n haltuun. Jos C:llä olisi perusteltua aihetta pitää A:ta omistajana, hänen saantonsa on voimassa oikeaa omistajaa kohtaan. Vastaavasti on arvosteltava panttaustilanteita. Jos A on pantannut lainaesineen B:lle ja myöntänyt sen jälkeen B:lle tekeminsä ilmoituksin panttioikeuden C:lle (toiskertainen panttaus), pätevä panttioikeus on syntynyt C:lle, mikäli tämä ilmoituksen saadessaan oli vilpittömässä mielessä A:n oikeuden suhteen. Näille tapauksille on tunnusomaista, että A ilmoittaessaan luovutuksesta tai panttauksesta C:lle oli esineen välillinen haltija suhteessaan B:hen, joka

oli sen välitön haltija. Sitä vastoin on ilmeistä, ettei saantosuojaa synny, jos lainansaaja tai esineen osamaksukaupoin ostanut A pidättäen hallinnan toistaiseksi itselleen myy esineen B:lle ja tämä vuorostaan myy sen edelleen C:lle B:n samalla siirtäessä tälle oikeutensa esineen haltuunsaamiseen A:lta. Tämä hallinnansiirtoilmoitus on tehoton, sillä B:llä ei ollut esineen välillistä hallintaa, jollaista ei ollut voinut syntyä hänelle sen johdosta, että A oli pidättänyt hallinnan itselleen olkoonkin sitoumuksin hallita esinettä B:n lukuun (constitutum possessorium). C:lle ei siis kuulu saantosuojaa oikeaa omistajaa kohtaan, ei edes siinä tapauksessa, ettei A:n voitaisi katsoa toimineen varsinaisessa vilpillisessä mielessä. Suojatuksi voi C tulla vain siinä tapauksessa, että hän saa esineen haltuunsa A:lta hänen vielä silloin ollessa vilpittömässä mielessä tämän omistusoikeuden suhteen. Lakiehdotuksen perusteluissa ei näitä kysymyksiä ole tyydyttävällä tavalla käsitelty. Aihetta olisi myös lakitekstin täydentämiseen (vrt. BGB 934 §).

1 § 3 mom. sisältää erikoissäännöksen luovuttajan saantoon kohdistuvasta tutkimisvelvollisuudesta siinä tapauksessa, että luovutus koskee esinettä, jonka hankkiminen yleensä tapahtuu osamaksukaupoin. Mietinnön mukaan säännös on tarkoitettu lisäämään näissä tapauksissa selonottovelvollisuutta 1 momentin yleissäännökseen verrattuna (s. 54). Kun säännös ei kuitenkaan sisällä muuta kuin määräyksen siitä, että kolmannen henkilön, jolle osamaksuostaja on luovuttanut esineen omistuksenpidätysehdon vielä ollessa voimassa, on vaatimalla nähtäväksi sopimus tai kuitti tai muulla tavoin »koetettava varmistautua» siitä, ettei omistuksenpidätysehto ollut luovutuksen esteenä, jää kyseenalaiseksi, sisältääkö säännös mitään selonottovelvollisuuden tiukennusta siihen nähden, mikä yleissäännöksestä jo johtuu. Yleissäännös sisältää sen, että luovuttajan saantoa on tutkittava kohtuullista varovaisuutta noudattaen, jotta luovutuksensaaja voisi vedota vilpittömään mieleen. Pikemminkin voidaan säännös edellä lainausmerkkeihin pantujen sanojen johdosta käsittää niin, että tässä tapauksessa tyydytään vähempään kuin mitä yleissäännöksestä seuraa.

Selonottovelvollisuutta ei mainituissa tapauksissa, »ellei siihen ole erityistä aihetta», olisi, kun esine myydään julkisessa huutokaupassa (1 § 4 mom.). Säännöksen piiriin kuuluisivat pakkohuutokaupat, konkurssihuutokaupat ja muut julkiset huutokaupat. Näin laajan poikkeuksen säätämistä, joka voi houkutella väärinkäytöksiin, tuskin voidaan osamaksukaupan intressiä silmällä pitäen puoltaa.

Lakiehdotuksen mukaan koskisi julkisen huutokaupan erikoisasema myös niitä tapauksia, joissa huutokaupalla myydään varastettua tavaraa huutajan tietämättä tai voimatta varoa esinettä varastetuksi. Koska vilpittömään mieleen perustuvaa saantosuojaa ei olisi, kuten edellä on huomautettu, ulotettava varastettuun tavaraan, on epäilyttävää ulottaa sitä sellaiseen tavaraan silloinkaan, kun esine myydään kolmannelle julkisin huutokaupoin, joiden kuuluttamista koskevia säännöksiä ei ole laadittu tällaisia tapauksia silmällä pitäen.

Erikoisasemassa olisivat lakiehdotuksen mukaan myöskin ne tapaukset, joissa varastetuksi osoittautuvaa tavaraa on ostettu kiinteässä liikepaikassa toimivalta kauppiaalta taikka vastaavanlaisissa olosuhteissa (4 mom.). Voitaneen olettaa, että lain valmistelussa on tällöin ensi sijassa pidetty silmällä Englannin oikeuden market overt-säännöksiä, joihin liittyviä rajoituksia ei kuitenkaan näytä riittävästi huomioidun. Niinpä olisi ollut otettava huomioon, paitsi muuta, se seikka, että sanotut suojasäännökset Englannin lain mukaan menettävät merkityksensä, jos varas tuomitaan rangaistukseen rikoksestaan (Sale of Goods Act sect. 24, Chalmer-Sieghart, Sale of Goods, 14 p., 1963, s. 94 s.). Ilman tällaista varausta ei tälläkään voitaisi kiinteää liikepaikkaa koskevaa erikoissäännöstä hyväksyä. Arveluttavaa olisi, jos kiinteään liikepaikkaan lakiehdotuksen mukaan rinnastettaisiin muissa »vastaavanlaisissa olosuhteissa» tapahtuneet ostot. Näin epämääräi-

sin sanonnoin laadittu laki ulottaisi saantosuojan liikepaikkoihin, joissa poliisin tietojen mukaan yleisesti myydään varastettua tavaraa asian kuitenkaan olematta siinä määrin yleisölle tunnettu, että yksityisellä ostajalla voitaisiin katsoa olevan erityinen aihe varoa myyjän saantoa laittomaksi. Puheena olevan säännöksen soveltamisalaa olisi niin ollen olennaisesti supistettava, mikäli kiinteää liikepaikkaa koskeva säännös ylipäätään halutaan lakiin ottaa.

Muutoin saattaisi olla aihetta harkita, eikö laissa olisi omistajan palautusvaateen toteuttamiselle säädettävä määräaika sen kannevallan rajoittamiseksi, mikä varastetun tavaran omistajalle yleensä on kuuluva, jolloin sekä vindikatiokanne että loukkauskondiktio nähtävästi olisi sisällytettävä saman määräajan piiriin.

2 §:ssä olevassa lunastussäännöksessä, jota on lahjatapauksien osalta kosketeltu jo edellä, määrätään, että lunastus tapahtuu ensisijaisesti kauppahinnan mukaan, milloin esine on saatu ostamalla. Säännöksestä seuraisi, että oikeudettomasti luovutetun esineen arvo olisi määräävä, jos vastikkeena on saatu muuta omaisuutta kuin käypää rahaa taikka jos työpalkka on maksettu luvattomasti luovutetulla tavaralla. Tällöinkin pitäisi kuitenkin lunastussumman lähinnä vastata tavarasta annetun vastikkeen arvoa.

Koska nykyistä lakia, joka oikeuttaa omistajan saamaan varastetun tavaran lunastuksetta takaisin kolmannelta tämän vilpittömästä mielestä huolimatta, ei olisi, kuten edellä on huomautettu, muutettava, jäisi lunastussäännös koskemaan vain niitä tapauksia, joissa kysymys on toisen haltuun uskotun tavaran luvattomasta edelleen luovuttamisesta. Toisaalta ei viimeksi mainituissa tapauksissa olisi lunastamista sallittava niissä tilanteissa, joissa se nykyisenkään lain mukaan ei tule kysymykseen (esim. kuolleeksi julistamisen johdosta perintönä haltuun otetun tavaran luovutus kolmannelle).

Lakiteknillisessä suhteessa lienee pidettävä selvänä, että varastettua ja siihen rinnastettavaa tavaraa koskeva säännös on huolimatta siitä, että nykyisen lain kanta olisi edelleen säilytettävä, siirrettävä rikoslain voimaanpanoasetuksesta saantosuojalain yhteyteen. Säännös olisi tällöin muodosteltava uudelleen niin, että siinä omistajan suoja ilmaistaisiin yleisluontoisella säännöksellä eikä luettelemalla tiettyjä rikoslain mukaan rangaistavia toisen omaisuuden anastamisia, jollaisina nykyinen laki mainitsee näpistämisen, varkauden, ryöstön ja kiristämisen sekä lakiehdotus varkauden, näpistyksen, ryöstön ja ryöstöntapaisen kiristyksen. Tällainen luettelointi on sitä paitsi liiaksi säännöksen soveltamisalaa rajoittava. Tuskin on pätevää aihetta jättää säännöksen ulkopuolelle sellaisia toisen omaisuuden luvattomia haltuunottamisia, jotka olematta varkautta sanan varsinaisessa mielessä sisältävät rikoslain 38 luvun 6 a §:n mukaan (L 8. 5. 1964) rangaistavan teon. Samalla olisi selvitettävä kysymys omistajan oikeudesta saada takaisin löytäjän kolmannelle luovuttama löytötavara, jonka suhteen ei ole omistusoikeuden saamiseksi menetelty siten kuin löytötavaralaissa on säädetty.

Lakiehdotuksessa on järjestelty vain loukatun omistajan ja kolmannen henkilön välistä suhdetta. Niitä oikeusvaateita, jotka ovat omistajan käytettävinä luvattoman luovutuksen tehnyttä kohtaan, ei ehdotuksessa ole käsitelty. Näistä seikoista on voimassa olevassa laissa eräitä säännöksiä, jotka kuitenkin, varsinkin mikäli kysymys on perusteettoman edun palauttamisesta, ovat puutteellisia ja tulkinnanvaraisia. Näyttää siltä, että saantosuojaa järjestettäessä olisi kiinnitettävä huomiota myös sanottuihin oikeusvaateisiin, sillä tuskin on ajateltavissa, että annettaisiin erityinen laki, joka rajoittuisi vain niitä koskevaan kokonaisohjelman osaan.

(2. 8. 1966)

Pohjoismaiden neuvosto
Suomen valtuuskunta

Valtuuskunnan pyydettyä joulukuun 27 päivälle 1966 päivätyssä kirjeessä hovioikeuden lausuntoa ehdotuksesta yksityiselämän suojaamista koskevaa lainsäädäntöä tarkoittavassa asiassa hovioikeus esittää kunnioittavasti seuraavaa.

Kysymyksessä oleva aloite tarkoittaa sellaisten yhteispohjoismaisten lainsäännösten aikaansaamista, joilla laajennettaisiin yksityiselämän loukkaamattomuuden suojaa. Erityisesti mainitaan aloitteen perusteluissa, että olisi suojattava oikeutta omaan kuvaan nykyisten fototeknillisten välineiden käytöstä johtuvilta loukkauksilta.

Hovioikeus tahtoo tämän johdosta kiinnittää huomiota siihen, että Suomen lainsäädäntöön liitettiin jo vuonna 1927 yleisnormi, jolla kiellettiin paitsi tilauksesta valmistetun muotokuvan julkaiseminen ilman kuvatun suostumusta myös jokaisen muun muotokuvan julkaiseminen, jos se loukkaisi kuvatun tai hänen oikeudenomistajansa oikeutettua etua. Yleisnormi sisällytettiin 3. 6. 1927 annetun tekijänoikeuslain 20 §:ään lainvalmistelukunnan v. 1920 julkaistun mietinnön ja siinä olevien laajojen perustelujen pohjalta. Tämä säännös on ilman perusteluja jätetty ottamatta vuoden 1961 tekijänoikeuslakiin. Vaikka nimenomainen säännös asiasta siis tätä nykyä puuttuukin, on epäilyksetöntä, että sanotun yleisnormin mukainen yleinen oikeussääntö on edelleenkin voimassa eron aikaisempaan lakiin nähden ollessa vain siinä, että loukkaukseen ei enää liity rangaistusseuraamusta vaan pelkästään siviilioikeudellinen, kielto- ja vahingonkorvauskanteena ilmenevä sanktio.[1] Täten muodostunut tilanne on ollut huomion kohteena myös oikeustieteellisessä kirjallisuudessa (ks. Hakulinen, Obligationsrätt I 1962 s. 245, sama, Velvoiteoikeus I 2 p. 1965 s. 256 s.). Lakia säädettäessä tapahtunut virhe olisi ollut vältettävissä jättämällä sanottu aikaisemman lain säännös — niinkuin vastaavassa tapauksessa meneteltiin Saksan 1965 vuoden tekijänoikeuslakia säädettäessä — voimaan henkilöllisyyden suojaa koskevan erityisen lain säätämistä odoteltaessa. Kun virhe kuitenkin on sattunut, on välttämätöntä saada se oikaistuksi lainsäädäntöteitse. Tällainen oikaiseminen voi tapahtua yhteispohjoismaisen lainsäädännön yhteydessä. Kysyä voidaan vain, eikö tämä menettelytapa ole liian hidas ja eikö Suomen pikemminkin olisi viipymättä korjattava sanottu lainsäädännöllinen erehdyksensä.

Kun yhteispohjoismaisessa lainsäädännössä ensisijainen huomio tulisi kohdistettavaksi juuri oman kuvan oikeussuojaan, hovioikeus edellä sanottuun viitaten puolestaan toivoo, että tällaiset säännökset saataisiin aikaan pitäen esikuvana Suomen 1927 vuoden lain edellä mainittua säännöstä.

(7. 2. 1967.)

---

[1] Oikeustilannetta valaisee seuraava HO:n päätös (1. 4. 1971 n:o 298, jossa muutoksenhakulupaa pyydetty OK 30: 3,2 kohdan nojalla).

Hovioikeus on asiakirjoista saanut tietää seuraavaa:

Virallisen syyttäjän ja asianomistajan G:n syytteestä RO on päätöksessään lausunut selvitetyn, että V. oli vv. 1967 ja 1968 Helsingissä useita kertoja kiinnittämällä varta vasten rakentamiaan teknisiä laitteita asuntonsa seinään päässyt tunkeutumaan viereiseen G:n huoneistoon siten, että hän oli selvästi voinut kuunnella G:n huoneistossa tapahtuneita muutoin kuultavaksi mahdottomia G:n yksityiselämään liittyneitä toimintoja, joita V. oli nauhoittanut esittäen nauhoituksia myöhemmin muille henkilöille ajanvietteeksi.

Sen vuoksi ja kun V. ryhtymällä tahallaan erityistoimiin kerrotun kuuntelun toteuttamiseksi oli ilman otollista ja laillista aihetta tunkeutunut G:n yksityiselämään ja siten loukannut G:n sellaista yksityistä oikeussuojaa, joka sisältyi kansalaiselle turvattuun kotirauhaan, RO on RL 24:1[1] ja 7:2 nojalla tuominnut V:n jatketusta kotirauhan rikkomisesta 40:een

Presidentti Y. J. Hakulinen on osallistunut lukuisten hovioikeuden ratkaisemien juttujen käsittelyyn ja oikeuskysymysten selvittelyyn. Tällaisista jutuista on tähän otettu eräitä, joissa oikeuskysymyksen ratkaisulla on ollut keskeinen merkitys.

Oikeustapauksia

Tavaramerkkioikeuden loukkaus. Auton varaosien myyjän katsottu loukanneen autoja valmistaneen yhtiön tavaramerkkioikeutta, kun varaosien myyntipäällyksissä olevasta viittauksesta yhtiön tavaramerkkiin ei käynyt selvästi ilmi, että siten oli tarkoitettu ainoastaan osoittaa varaosien käyttötarkoitus.

Volkswagenwerk G.m.b.H. oli Helsingin kaupungista olevalle Atoy OY:lle toimituttamansa haasteen nojalla *Helsingin RO:ssa* kertonut, että Atoy OY oli v:n 1953 aikana tuottanut Suomeen sekä täällä pitänyt kaupan ja myynyt Volkswagenwerk G.m.b.H:n valmistamiin »Volkswagen» merkkisiin autoihin käytettäviksi tarkoitettuja, Hannoverin kaupungista Länsi-Saksassa olevan Atlantis Export-Import GMBH nimisen yhtiön valmistamia varaosia ja tarvikkeita sellaisen tilausluettelon perusteella ja sellaisissa päällyksissä, joissa oli käytetty sanaa »Volkswagen» ja Volkswagenwerk G.m.b.H:n luettelonumeroita siten, että pakkausten ostajat saattoivat erehtyä luulemaan nuo osat ja tarvikkeet Volkswagenwerk G.m.b.H:n valmistamiksi tai hyväksymiksi. Koska Atoy OY:n menettely, siihen nähden että Volkswagenwerk G.m.b.H:lle oli 23. 2. 1952 Suomessa rekisteröity tavaramerkki »Volkswagen» muun muassa sanotunlaisten autovarusteiden tavaramerkkinä, loukkasi Volkswagenwerk G.m.b.H:n oikeutta sanottuun tavaramerkkiin ja muutoinkin oli hyvän tavan vastaista elinkeinotoimintaa, Volkswagenwerk G.m.b.H. oli vaatinut, että Atoy OY:tä kiellettäisiin tuomasta maahan sekä pitämästä täällä kaupan ja myymästä autojen varaosia ja tarvikkeita tavaramerkillä »Volkswagen» varustetuissa päällyksissä ja niin ikään pitämästä kaupan ja myyntitarjouksissaan esittämästä »Volkswagen» merkkisiin autoihin sopivia sanotunlaisia valmisteita siten, että ostajissa saattoi syntyä erheellinen käsitys niiden valmistajasta, sekä että yhtiö velvoitettaisiin poistamaan mainittu tavaramerkki sen hallussa olevien pakkausten päällyksistä tahi, ellei se ollut mahdollista, hävittämään päällykset.

Atoy OY:n vastustettua kannetta, tavaramerkkiä koskevalta osalta sillä perusteella, että sanaa »Volkswagen» oli käytetty ainoastaan varaosien ja tarvikkeiden käyttötarkoitusta osoittavana tavaranimityksenä puheena olevissa Atlantis Export-Import GMBH:n nimellä ja merkillä varustetuissa päällyksissä, RO oli 24. 5. 1954 julistamallaan päätöksellä, koska kysymyksessä oleviin, »Volkswagen» merkkisiin autoihin tarkoitettuja varaosia ja tarvikkeita sisältäviin pakkauksiin tehty merkintä ei ollut sellainen, että se loukkasi Volkswagenwerk G.m.b.H:n Suomessa rekisteröityä tava-

---

2 markan määräiseen päiväsakkoon sekä velvoittanut hänet suorittamaan G:lle korvausta oikeudenkäyntikuluista.

Virallinen syyttäjä ja V. ovat muutoksenhakemuksissaan pyytäneet, syyttäjä V:lle tuomitun rangaistuksen korottamista ja V:n käyttämien teknisten laitteiden julistamista valtiolle menetetyksi ja V. syytteen hylkäämistä ym.

Hovioikeus katsoi tosin selvitetyksi, että V. on käyttänyt huoneistossaan vahvistinlaitteita kuullakseen naapurinaan asuneen G:n huoneistosta kantautuneita ääniä, joiden kuuleminen ei muuten ollut mahdollista, sekä tallentanut vahvistimien kautta kuuntelemansa äänet ääninauhalle ja sallinut muiden henkilöiden kuunnella noita ääninauhoja sekä siten loukannut G:n oikeutta saada suojaa yksityiselämälleen, mutta koska V:n kerrottua menettelyä ei voida pitää sellaisena tekona, josta raastuvanoikeuden mainitsemassa lainkohdassa tai muualla laissa olisi säädetty rangaistus, hovioikeus harkitsi oikeaksi, kumoten RO:n päätöksen, hylätä syytteen ja vapauttaa V:n tuomitusta rangaistuksesta ja korvausvelvollisuudesta.

ramerkkiä, eikä ollut näytetty Atoy OY:n menetelleen hyvän tavan vastaisesti, hylännyt kanteen.

Volkswagenwerk G.m.b.H. haki muutosta.

Helsingin HO antoi jutussa tuomion 17. 2. 1955, ja koska Atoy OY oli esitetyn selvityksen mukaan v:n 1953 aikana tuottanut maahan sekä täällä pitänyt kaupan ja myynyt kanteessa mainittuja varaosia ja tarvikkeita päällyksissä, joihin oli ollut painettuna, toiselle sivulle Volkswagenwerk G.m.b.H:n täällä tavaramerkkinä rekisteröimä sana »Volkswagen» ja toiselle sivulle Atlantis Export-Import GMBH:n toiminimi ja merkki, eikä näistä merkinnöistä sinänsä yhtä vähän kuin päällyksistä teksteineen muutoinkaan käynyt selvästi ilmi, että sana »Volkswagen» oli merkitty päällyksiin ainoastaan niiden sisällön käyttötarkoituksen osoittamiseksi Atlantis Export-Import GMBH:n ollessa varaosien valmistaja, ja pakkausten ostajat niin ollen saattoivat erheellisesti käsittää pakkaukset Volkswagenwerk G.m.b.H:n valmistamiksi tai ainakin sen myyntiin hyväksymiksi, niin ja kun Atoy OY siis oli loukannut Volkswagenwerk G.m.b.H:n oikeutta tavaramerkkiin »Volkswagen», HO harkitsi oikeaksi, kumoten RO:n päätöksen tältä osin, 11. 2. 1889 tavaraleimain suojelemisesta annetun asetuksen säännösten nojalla kieltää Atoy OY:n maahan tuomasta sekä täällä kaupan pitämästä ja myymästä sanottuja »Volkswagen» merkkisiin autoihin käytettäviä varaosia ja tarvikkeita kerrotuin tavoin harhaan johtavalla tekstillä varustetuissa päällyksissä kuin myös velvoittaa Atoy OY:n poistamaan puheena oleva tavaramerkki sanotunlaisista sen hallussa olevista pakkauksista tahi, ellei se ollut mahdollista, hävittämään päällykset. Vilpillistä kilpailua koskevilta osin RO:n päätös jäi voimaan.

Tuomio sai lainvoiman.

Puolisoiden omaisuussuhteisiin sovellettava laki. Avioliittoa päätettäessä puolisot olivat Saksan kansalaisia, mutta miehellä ei kuitenkaan ollut vakinaista asuinpaikkaa sanotussa maassa. Kohta vihkimisen jälkeen puolisot olivat muuttaneet Suomeen asettuen tänne pysyvästi asumaan. Miehellä oli jo silloin ollut aikomus hankkia Suomen kansalaisuus, minkä hän sitten yhdessä vaimonsa kanssa oli saanutkin. Asianhaarat huomioon ottaen katsottu, että puolisoiden pesää miehen kuoltua jaettaessa oli sovellettava Suomen eikä sen maan lakia, jonka kansalainen mies avioliittoa päätettäessä oli ollut (vrt. L eräistä kansainvälisluontoisista perheoikeudellisista suhteista 5. 12. 1929, 14, 16 §).

På talan av M. W-K. hade *Helsingfors RR* i d. 30. 10. 1961 avkunnat utslag förklarat utrett, att sedan A. W:s make direktören A. C. W. d. 24. 1. 1960 avlidit efterlämnande såsom rättsinnehavare änkan A. W. och döttrarna L. S. och M. W-K, hade efter A. C. W. d. 15. 10. 1960 i Helsingfors förrättats bo- och arvskifte, varvid skiftesmännen ansett A. W. vara berättigad att såsom fördel ur boet taga av den delbara egendomens värde 1/20 del eller 117 199,23 mark och att A. W. på grund härav såsom fördel tagit aktierna n:ris 171—290 i Asunto Oy Museokatu 28, den i den avlidnes hem befintliga lösegendomen, andelsbeviset n:o 9286 i Helsingfors Telefonförening, en Mercedes-Benz personbil, en paketbil av samma märke, W:s Maskinaffär benämnda firmas arbetsredskap och andra tekniska föremål, firmans inventarier och kontorsmaskiner samt den avlidnes personliga i firmans lokal befintliga lösegendom. Enär A. C. W. och A. W., vilka sammanvigt d. 3. 1. 1921 i Augsburg i Tyskland och snart efter vigseln flyttat till Finland, där de erhållit finskt medborgarskap d. 12. 3. 1926, vid äktenskapet ingående varit tyska medborgare samt enligt stadgandet i 14 § 2 mom. lagen angående vissa familjerättsliga förhållanden av internationell natur äktenskaps rättsverkningar i fråga om makars förmögenhetsförhållanden bestäm-

mes av lagen i den stat mannen vid äktenskapets ingående tillhört, ty och då tysk lag ej kände till rättsinstitutet »fördel av bo oskifto» sådan det förekommer i 17 kap. 1 § giftermålsbalken, hade RR, med beaktande av att erhållandet av finskt medborgarskap och den omständigheten, att den delbara egendomen förvärvats och befunnit sig i Finland, icke inverkade på förmögenhetsordningen, som efter avslutat äktenskap blivit gällande mellan makarna W, rättat förenämnda bo- och arvskifte sålunda, att A. W. ålades att återbära den av henne såsom fördel i boet omhändertagna egendomen och upplåta den till sådant nytt skifte, att M. W-K. finge sin andel i densamma sig lagligen tillskiftad.

A. W. och L. S. sökte ändring.

Helsingfors HovR i dom d. 21. 10. 1964 fann utrett, att makarna W sedan år 1926 varit finska medborgare och redan därförinnan alltifrån år 1921 eller snart efter deras vigsel bosatt sig i Finland, där deras egendom jämväl anskaffats, och att A. C. W., som icke haft fast boningsort i Tyskland, redan då haft för avsikt att förvärva sig finskt medborgarskap och livnära sig i Finland. I överensstämmelse med denna avsikt hava makarna W icke gjort bruk av den i 16 § 1 mom. lagen angående vissa familjerättsliga förhållanden av internationell natur medgivna möjligheten att göra utländsk lag tillämplig på deras förmögenhetsförhållanden, varav följden blivit, att makarnas ansvarighet för civila och offentligrättsliga skulder varit i förhållandet till borgenärerna att bedöma enligt finsk lag, vilket sakförhållande bör beaktas även vid bo- och arvskifte. Med hänsyn till dessa omständigheter ansåg HovR anknytningsfakta beträffande makarna W:s förmögenhetsförhållanden övervägande påkalla tillämpning av finsk lag och att sålunda 14 § 2 mom. sistnämnda lag i detta fall icke var tillämpligt. På grund härav prövade HovR rättvist, med upphävande av RR:ns utslag, ogilla käromålet.

Skiljaktigt utlåtande:

Hovrättsrådet Gyllström: jag finner skäl icke föreligga till ändring i rr:ns utslag i övrigt utom att, emedan tysk lag, vilken såsom rådstuvurätten utsagt här skall tillämpas, medgiver efterlevande make, som är samarvinge med den avlidne makens bröstarvingar, rätt att ur boet utöver sin arvsandel utfå såsom fördel de till det äktenskapliga hushållet hörande föremålen, som ej utgöra tillbehör till fastighet, ävensom makarnas bröllopsgåvor, för såvitt den efterlevande behöver dem för hållande av ett tillbörligt hushåll, A. W. berättigas att från den av rr till nytt skifte förordnade egendomen undantaga henne enligt nämnda grunder och villkor möjligen tillkommande fördel ur dödsboet.

HO:n selostettu tuomio on ollut huomion kohteena pohjoismaiden oikeustieteellisessä kirjallisuudessa. *Josef Fischler* on kommentoinut sitä kirjoituksessaan »En finsk dom om egendomsstatutet», SvJT 1966 s. 368 ss. lausuen mm:

"Även 1929 års finska lag angående vissa familjerättsliga förhållanden av internationell natur vilar i sina grundläggande principer på 1905 års Haagkonvention, som Finland dock aldrig tillträdde. Även i Finland bestämmes egendomsstatutet sålunda efter mannens medborgarskap vid äktenskapets ingående och även där gäller i detta hänseende oföränderlighetsprincipen.

Däremot är makarnas personalstatut i både Sverige och Finland i fråga om äktenskapets övriga rättsverkningar föränderligt på så sätt att, om de under äktenskapet förvärva medborgarätt i annan stat än den de förut tillhört, lagen i deras nya hemland skall gälla (1 § 9 mom. i 1912 års lag). Även arvsstatutet ändras genom nationalitetsväxling (1 kap. 1 § i 1937 års svenska lag om internationella förhållanden rörande dödsbo).

Egendomsordningens oföränderlighet — som f.ö. även anses gälla i Danmark och Norge, låt vara att statutet i dessa länder bestämmes efter domicilprincipen — har emellertid visat sig leda till tillämpningssvårigheter och obilliga resultat och därför ställts under debatt. Särskilt betänkliga konsekvenser kunna uppstå, när samspelet mellan egendomsstatut och arvsstatut sönderbrytes till följd av att det förra förblir oföränderligt, medan det se-

nare ändras genom en växling av nationaliteten, som i Sverige och Finland, eller av domicilet, som i Danmark och Norge.

Makes rättsställning regleras ju hos oss och i andra rättsordningar genom skilda institut, som dock komplettera varandra och bilda en enhet i regelsystemet. Reglerna om makes arvsrätt enligt ärvdabalken sammanhänga sålunda organiskt med giftermålsbalkens legala giftorättsgemenskap. Att efterlevande make icke ärver, när den avlidne efterlämnat bröstarvinge, kan endast förstås och försvaras mot bakgrunden av giftorätten.

När nu en strikt tillämpning av gällande regler i internationell äktenskapsrätt leda till att egendomsstatut och arvsstatut utgöras av skilda lagar, kan enheten i regelsystemet brista och det naturliga samspelet mellan statuten sättas ur funktion. Detta kan medföra icke avsedda och orimliga resultat i det att efterlevande make blir lottlös eller erhåller en oskälig förmånsbehandling.

— — —

Familjerättskommittén har sin uppmärksamhet riktad på spörsmålet och torde i sinom tid komma att framlägga ett förslag till en legislativ lösning. Sådan lösning synes även önskvärd med hänsyn till vanskligheten av en rättskipning, som strider mot eller saknar stöd i skriven lag. Däri torde också ligga förklaringen till att något svenskt prejudikat trots frågans stora principiella och praktiska betydelse hittills veterligen icke kommit till stånd.

Av så mycket större intresse är därför följande av Helsingfors hovrätt den 21/10 1964 meddelade dom (V 1961/613), som vunnit laga kraft.

— — —

Domen innebär förvisso ett originellt och djärvt grepp och torde även leda till ett för rättskänslan tillfredsställande resultat i saken.

Det kunde synas, som om hovrättens majoritet härvid velat sätta sig över och döma strid mot skriven lag, enligt vilken mannens tyska nationalitet vid äktenskapets ingående bort bestämma egendomsstatutet. I själva verket har hovrätten dock utryckligen fastslagit, att lagen icke kunde vara tillämplig i den situation, som förelåg till bedömning, och sålunda ansett sig böra utfylla luckan genom en ny norm, måhända efter förebild av regeln i schweiziska civillagen (1 §), att domaren i brist på tillämplig lag eller sedvanerätt skall döma efter den regel, han själv skulle uppställa, om han vore lagstiftare.

Denna regel har hovrätten ansett vara »the proper law», alltså den lag, vars tillämpning med hänsyn till omständigheterna påkallas av övervägande skäl. Härvid synes hovrätten icke i princip ha övergivit oföränderlighetsregeln utan alltjämt ha utgått från förhållandena vid äktenskapets ingående, låt vara från en retrospektiv syn, och samtidigt tillämpat en i finsk familjerätt antagligen ny kombination av nationalitets- och domicilprinciperna. Ur nationalitetssynpunkt fästes sålunda vikt vid, att mannen redan vid äktenskapets ingående haft för avsikt att förvärva finskt medborgarskap och makarna några år därefter faktiskt också blivit finska medborgare, och ur domicilsynpunkt, att mannen saknat fast boningsort i Tyskland och makarna kort efter vigseln tagit hemvist, livnärt sig och förvärvat egendom i Finland.

Hovrätten har ytterligare grundat domen på det förhållandet, att makarna icke gjort bruk av möjligheten att (genom registrering) göra tysk lag tillämplig mot tredje man (jfr 2 § 1 mom. i 1912 års svenska lag). Det kan dock diskuteras, huruvida sådan underlåtenhet i allmänhet kan anses tyda på en avsikt att godtaga lagen i hemvistlandet.

Det må här även lämnas därhän, om »the proper law» är en lämplig norm eller om andra regler skulle vara att föredraga i sammanhanget. Så länge frågan icke är löst genom lagstiftning, utgör domen i vart fall ett bidrag till rättsutvecklingen, värt att uppmärksammas även i Sverige.»

Alioikeus oli hylännyt menetelmäpatentin loukkausta koskevan kanteen sillä perusteella, ettei vastaaja ollut valmistusmenetelmässään käyttänyt kaikkia kantajan patentin, joka kohdistui ns. yhdistelmäkeksintöön, tunnusmerkkiosassa määriteltyjä työvaiheita. HO muuttaen perusteluja lausui, että vastaajan menetelmä patentoituun menetelmään verrattuna käsitti sellaisen teknillis-taloudellisen edistysaskeleen, ettei sitä voitu pitää olennaisesti samanlaisena kuin patentilla suojattua menetelmää.

Oy W. Ab oli Helsingistä olevalle tehtailija L:lle 14. 6. 1961 tiedoksi toimitetun haasteen nojalla *Helsingin RO:ssa* kertonut että, sitten kun patenttija rekisterihallitus oli sinne 19. 9. 1946 annetusta hakemuksesta 10. 8. 1948 myöntänyt Lontoon kaupungista Iso-Britannian kuningaskunnasta olevalle liikemiehelle L. R:lle patentin n:o 23127 menetelmään nesteellä tai tahnalla täytettyjen säiliöiden valmistamiseksi taipuisasta, ei metallisesta, luonteeltaan lämmöllä muovailtavasta aineesta, mille menetelmälle oli tunnusomaista sellainen yhdistelmä, että tietyn säiliömäärän valmistukseen

riittävä pätkä putkea täytettiin asianomaisella aineella, että sen jälkeen putken seiniin kohdistettiin poikittaissuunnassa paine kohdissa, joiden välinen etäisyys vastasi yksityisen säiliön pituutta, niin että putken sisältö siirtyi sivulle niissä kohdissa, joihin paine kohdistui, ja putken seinämät painautuivat vastakkain, että sen jälkeen näitä kohtia kuumennettiin niin että yhteen painautuneet seinät hitsaantuivat kiinni toisiinsa, jolloin muodostui molemmista päistään suljettu putkimainen säiliö, ja että tämä irroitettiin muusta putkesta leikkaamalla se irti pitkin hitsatun kohdan keskiviivaa, niin että myös koko käytetyn putkenpätkän irroituskohdassa oleva pää jäi suljetuksi, sekä R. oli 14. 12. 1954 ja 10. 1. 1955 tehdyillä sopimuksilla luovuttanut yhtiölle yksinomaisen oikeuden keksinnön käyttöön Suomessa, josta luovutuksesta oli julkaistu kuulutus patenttilehdessä 28. 2. 1955, L. oli ainakin vuodesta 1959 alkaen Helsingissä harjoittamassaan liikkeessä edellä kerrottua patentilla n:o 23127 suojattua menetelmää käyttäen myyntiä varten valmistanut rakenteeltaan ja ulkonäöltään samanlaisia säiliöitä kuin yhtiön valmistamat ja siten tahallansa loukannut yhtiölle kuuluvaa patenttioikeutta. Sen vuoksi yhtiö oli vaatinut, että L. tuomittaisiin rangaistukseen patenttioikeuden loukkaamisesta, L. kiellettäisiin jatkamasta tuota patenttia loukkaavaa säiliöiden valmistamista, yhtiön luvatta valmistetut esineet ja niiden valmistusvälineet määrättäisiin luovutettaviksi yhtiölle tai otettaviksi takavarikkoon patentin jäljellä olevaksi voimassaoloajaksi, L. velvoitettaisiin suorittamaan yhtiölle vahingonkorvaukseksi 5 000 000 vanhaa markkaa korkoineen ja jutussa annettava päätös määrättäisiin L:n kustannuksella julkaistavaksi sanomalehdissä.

Kanteesta kuultuna L. oli vastustanut sitä, koska hänen käyttämänsä valmistusmenetelmä olennaisesti erosi patentilla n:o 23127 suojatusta menetelmästä sekä kun menetelmä nesteellä täytettyjen säiliöiden valmistamiseksi lämmöllä muovailtavasta aineesta oli sanotun patentin etuoikeusajankohtana jo ennestään tunnettu ulkomaisista patenttijulkaisuista, joten patenttia n:o 23127 ei olisi pitänyt Suomessa lainkaan myöntää.

RO oli 19. 12. 1963 julistamassaan päätöksessä lausunut selvitetyn, että L. oli v:sta 1959 alkaen valmistanut muovista tai sen tapaisesta aineesta tehdystä putkesta nestettä tai tahnaa sisältäviä, ulkonäöltään yhtiön valmistamien säiliöiden kaltaisia pakkauksia siten, että hieman kaltevassa asennossa olevan ohjauspöydän toisen pään yläpuolelle vartaan varaan asetetusta rullasta putkea oli vedetty pitkin ohjauspöytää lähelle sen toisessa päässä olevaa painesäiliötä, putken pää oli yhdistetty painesäiliöön ja siitä oli laskettu putkeen mielivaltainen määrä ainetta sekä sen jälkeen putken pää oli suljettu väliaikaisesti ja irroitettu painesäiliöstä ja näin saadusta pakattavaa ainetta sisältävästä putkesta oli hitsattu erillisiä pakkauksia, jotka oli erotettu toisistaan joko käsin repimällä hitsattaessa muodostunutta uraa pitkin tai leikkaamalla, että L:n käyttämään valmistusmenetelmään kuuluivat samat neljä työvaihetta kuin patentilla n:o 23127 suojattuun menetelmään eli täyttövaihe, puristusvaihe, hitsausvaihe ja irroitusvaihe sekä että kummassakin menetelmässä puristus- ja hitsausvaiheet olivat samanlaiset ja irroitusvaiheet, käsin repimälläkin suoritettu mukaanlukien, olivat toisiaan vastaavat, mutta että L. ei ollut ensimmäisessä eli täyttövaiheessa käyttänyt, kuten patenttiin n:o 23127 perustuva valmistusmenetelmä edellytti, määrämittaista irrallista putken pätkää, vaan mielivaltaista pituutta putkea, johon kerrallaan johdettiin mielivaltainen määrä pakattavaa ainetta. Koska L. siten pakkauksia valmistaessaan ei ollut käyttänyt kaikkia patentin n:o 23127, joka oli niin sanottu yhdistelmäkeksintö, tunnusmerkkiosassa määriteltyjä työvaiheita eikä sillä seikalla, että säiliöt olivat ulkonäöltään samanlaisia, ollut asiassa merkitystä, koska valmistusmenetelmät erosivat toisistaan, L. ei ollut loukannut sanottuun patenttiin perustuvaa yhtiön yksinomaista käyttöoikeutta. RO oli sen vuoksi hylännyt kanteen.

Yhtiö haki muutosta.

Helsingin HO antoi jutussa päätöksen 1. 12. 1966. Poistaen RO:n antaman lausunnon yhtiön kanteesta, siltä osin kuin siinä oli vaadittu L:n kieltämistä jatkamasta säiliöiden valmistamista patentilla n:o 23127 suojattua menetelmää käyttäen sekä L:n valmistamien säiliöiden ja niiden valmistusvälineiden ottamista takavarikkoon patentin jäljellä olevaksi voimassaoloajaksi, koska patentin voimassaoloaika oli 7. 5. 1943 annetun patenttilain 13 §:n mukaan päättynyt jo ennen RO:n päätöksen julistamista, HO tutki muutoin jutun; ja koska L:n valmistusmenetelmän ensimmäinen vaihe eli täyttövaihe RO:n päätöksessä kerrotuin tavoin erosi patentilla n:o 23127 suojatun menetelmän vastaavasta työvaiheesta eikä L:n menetelmä siten käsittäessään patentilla suojattuun menetelmään verrattuna teknillis-taloudellisen edistysaskeleen ollut olennaisesti samanlainen kuin patentilla suojattu menetelmä, HO, huomioon ottaen myös että L:n käyttämä menetelmä nesteellä täytettyjen säiliöiden valmistamiseksi lämmöllä muovailtavasta aineesta samoin kuin hänen käyttämänsä tarveaineet ja teknilliset apuvälineet olivat patentin n:o 23127 etuoikeusajankohtana olleet jutussa esitetyn selvityksen mukaan jo ennestään tunnettuja, katsoi, ettei ollut syytä muuttaa RO:n päätöstä.

(Yhtiö anoi KoO:lta muutoksenhakulupaa OK 30 luv. 3 § 1 kohdan nojalla. Päätöksessään 11. 3. 1968 KoO katsoi, ettei ollut syytä suostua anomukseen, joten HO:n päätös jäi pysyväksi).

Vekselitakaus. VeksL 31 § 4 mom:ssa oleva, vekselitakausta koskeva presumtio on katsottu kumoamattomaksi.

B. W. Co S.A:n kanteesta *Helsingin RO* oli 12. 7. 1965 julistamallaan päätöksellä, koska O. ja A. L. olivat, kirjoitettuaan nimensä Oy S. Ab:n hyväksymiin kanteen perusteeksi esitettyihin sanotun sveitsiläisen yhtiön 7. 9. 1964 asettamiin ja sen hallussa oleviin kolmeen 28. 2. 1965 maksettavaksi erääntyneeseen yhteensä 60 000 Sveitsin frangin määräiseen maksamatta jättämisen vuoksi protestoituun vekseliin välittömästi hyväksyjän nimen alle ja sanojen »per Aval» jälkeen, antaneet vekselitakauksen Oy S. Ab:n puolesta, vekselilain säännösten nojalla velvoittanut O. ja A. L:n yhteisvastuullisesti Oy S. Ab:n kanssa, saadessaan alkuperäiset vekselit kuitattuina, suorittamaan B.W. Co S.A.:lle vekselien yhteismäärän 60 000 Sveitsin frangia joko sanottuna rahalajina taikka Suomen rahassa erääntymispäivän virallisen kurssin mukaan korkoineen.

O. ja A.L. hakivat muutosta.

Helsingin HO antoi jutussa tuomion 15. 2. 1967; ja koska O. ja A. L. eivät olleet vekselissä ilmoittaneet kenen puolesta he olivat menneet puheena olevaan vekselitakaukseen ja vekselilain 31 §:n 4 mom:n mukaan takausta niin ollen oli pidettävä asettajan hyväksi annettuna, HO kumosi RO:n päätöksen kysymyksessä olleilta kohdin ja vapautti O. ja A. L:n suorittamasta B.W. Co S.A:lle vekselien määriä.

Tuomio sai lainvoiman.

Niiden muistioiden lisäksi, jotka juttua ratkaistaessa on liitetty asiakirjavihkoon, presidentti *Hakulinen* on myöhemmin laatinut hovioikeudessa säilytettäväksi seuraavan katsauksen eräiden maiden uudempaan lainkäyttöön vekselitakausasioissa.

VeksL 31 § 4 mom:ssa säädetään, että vekselitakauksesta pitää ilmetä, kenen hyväksi se on annettu. Jos tätä ei ole ilmaistu, takausta pidetään asettajan hyväksi annettuna. Säännös on tarkoitettu vastaamaan Genevessä v. 1930 tehdyn kansainvälisen vekselikonvention 31 art. 4 kappaletta. Teksti on sikäli hieman epätarkka, että siinä on käytetty 'ilmetä' ja 'ilmaista' verbejä vekselikonvention tekstissä olevan 'ilmoittaa' verbin asemesta (L 'aval

doit *indiquer* pour le compte de qui il est donné. A défaut de cette indication, il est réputé donné pour le tireur).

Vekselikonventiomaissa ei lainkäyttö ole ollut yhdenmukainen sen kysymyksen suhteen, voidaanko vastatodistuksin kumota lain presumtio siitä, että vekselitakausta, jollei takauksen hyväkseensaajaa ole ilmoitettu vekselissä, pidetään asettajan hyväksi annettuna. Vrt. selostuksia HO:n tuomiota 15. 2. 1967 (V 1965/505) annettaessa käytettävissä olleessa kokoelmassa *v. Caemmerer*, Internationale Rechtsprechung zum Genfer einheitlichen Wechsel- und Scheckrecht, 1954.

Tämän oikeustapauskokoelman sanotussa painoksessa selostettujen ratkaisujen lisäksi mainittakoon seuraavaa. Saksan liittotuomioistuin (Bundesgerichtshof) on 15. 11. 1956 antamassaan tuomiossa (BGHZ 22. 148 ss.) katsonut presumtion kumottavissa olevaksi (prosessi oli alkuperäisten vekseliosakkaiden välinen). Tämän tuomion perusteluissa on viitattu eräisiin Ranskan lainkäytön ratkaisuihin, joissa niinikään oli katsottu, että presumtio on kumottavissa. Liittotuomioistuimen tarkoituksena oli aikaansaada naapurimaiden lainkäytön välille yhdenmukaisuus. Ranskan kassaatio-oikeuden kanta ei kuitenkaan näytä olleen sen tiedossa. Kassaatio-oikeus oli viidellä samansisältöisellä tuomiolla, jotka oli annettu 23. 1. 1956 ja siis ennen liittotuomioistuimen tuomiota, palauttanut asianomaisiin apellioikeuksiin vekselitakausjutut, joissa apellioikeudet olivat katsoneet, että k.o. presumtio oli kumottavissa. Kun Rouen'in apellioikeus ei palautuksen johdosta taipunut muuttamaan kantaansa, asia joutui toistamiseen kassaatio-oikeuteen, joka 8. 3. 1960 antamallaan yhdistyneiden siviilisenaattien tuomiolla palautti asian uudelleen apellioikeuteen. Ranskan prosessilain sääntöjen mukaan apellioikeuden oli tällöin jutussa mukauduttava kassaatio-oikeuden kantaan. Siten tuli Ranskan lainkäytössä lopullisesti vahvistetuksi, että puheena olevaa presumtiota on pidettävä kumoamattomana. Ks. Rec. Dalloz 1956 s. 304, 1957 s. 385, 1961 s. 308, *v. Caemmerer* m.t. 2 p. 1967 s. 172, 182 s., sekä oikeusvertailun kannalta prof., tri *Ernst E. Hirsch'in* artikkelia Einheitliches Wechselgesetz oder einheitliches Wechselrecht, Neue Juristische Wochenschrift 1961 s. 1089 ss. Avoimeksi jää kysymys, miten Saksan liittotuomioistuin olisi muovaillut tuomionsa, jos kassaatio-oikeuden kanta olisi tuomiota annettaessa ollut sen tiedossa.

HO:n edellä mainitussa tuomiossa (V 1965/505) VeksL 31 § 4 mom:ssa oleva presumtio on katsottu kumoamattomaksi. Kanta on siis sama minkä kassaatio-oikeus on omaksunut edellä mainituissa hovioikeuden tietoon sen tuomion antamisen jälkeen tulleissa ratkaisuissaan.

Ulosmittausvelkojien kilpailu. Velkoja ei voi ns. yleisen etuoikeuden nojalla syrjäyttää toisen velkojan aikaisemmalla ulosmittauksella saavuttamaa ulosmittauspanttioikeutta (EOA 20 § 2 mom.).

Sitten kun Helsingistä olevilta kauppiaalta R:ltä ja tämän vaimolta L. R:ltä oli heidän F:lle Helsingin RO:n 14. 4. 1965 julistamalla yksipuolisella tuomiolla maksettavakseen tuomitun 16 454 markan 75 pennin määräisen saatavan korkoineen ja oikeudenkäyntikuluineen suorittamiseksi seuranneen kesäkuun 8 päivänä Helsingissä ulosmitattu erinäistä irtainta omaisuutta, sanottu omaisuus oli 21. 4. 1966 ulosmitattu myös L. R:n maksettavaksi pantujen, maksamatta jääneiden, työnantajana pidättämättä jätettyjen veron ennakoiden vuodelta 1964 veronlisäyksineen yhteensä 258 markan 3 pennin, veron ennakoiden vuodelta 1963 veronlisäyksineen yhteensä 1 022 markan 88 pennin ja liikevaihtoverojen vuodelta 1964 veronlisäyksineen yhteensä 357 markan 71 pennin suorittamiseksi ja Helsingin ulosottoviraston avustavan kaupunginvoudin toimeksiannosta huhtikuun 25 päivänä 1966 myyty pakkohuutokaupalla. Ulosottoviraston tilittävä kaupunginvouti oli, koska puheena olevilla veroilla oli parempi oikeus kuin mitä ulosmittaus tuotti eivätkä omaisuuden myynnistä kertyneet varat 330 markkaa 12 penniä, joista oli vähennettävä ulosottokuluina ja -palkkiona 32 markkaa 20 penniä, riittäneet maksuksi kaikille velkojille, ulosottolain 6 luvun 3 §:n nojalla kertyneiden varojen jakamista varten 20. 5. 1966 laatimaansa jakoluetteloon merkinnyt, paitsi ulosottomiehen jakopalkkion sekä ulosottoapulaisen perimis- ja toimituspalkkion ensimmäiselle etuoikeussijalle, mainitut verosaamiset toiselle etuoikeussijalle ja siten paremmalla etuoikeudella kuin F:n kolmannelle etuoikeussijalle asetetun saatavan jäännösmäärän korkoineen ja kuluineen 15 574 markkaa 41 penniä. Tämän johdosta F. oli 26. 5. 1966 *maistraattiin* annetussa kirjoituksessa vaatinut, että, koska mainituilla verosaamisilla, kun ulosmittausta niiden suorittamiseksi ei ollut toimitettu sa-

manaikaisesti hänen saatavansa suorittamiseksi toimitetun ulosmittauksen kanssa, ei ollut etuoikeutta irtaimen omaisuuden ulosmittauksessa eikä etuoikeutta ollut edes vaadittu sekä koska hänen saatavastaan ulosmitattua omaisuutta ei olisi enää saanut mainituista verosaamisista ulosmitata, kun mitään hänen saatavaansa ja täytäntöönpanokulujen määrää ylittävää jäännöstä ei ollut odotettavissa, ulosottomiehen laatima jakoluettelo kumottaisiin ja kertyneet varat määrättäisiin suoritettavaksi F:lle hänen saatavansa maksuksi.

Helsingin maistraatti oli 2. 4. 1968 antamallaan päätöksellä, koska F. ei ollut esittänyt laillista perustetta, jonka mukaan hänen saatavansa sen suorittamiseksi 8. 6. 1965 toimitetun ulosmittauksen johdosta nauttisi ulosmittauksessa parempaa oikeutta kuin jakoluettelossa toiselle etuoikeussijalle merkityt työnantajan suoritukset, veroennakko- ja liikevaihtoverosaamiset, joiden suorittamiseksi ulosmittaus oli toimitettu 21. 4. 1966, eikä F. ollut muutoinkaan näyttänyt, että jakotoimituksessa olisi menetelty virheellisesti, ja kun velkojalla myös ulosmittauksessa, joka toimitettiin toisen velkojan hakemuksesta oli oikeus maksun saamiseen ulosmitatusta omaisuudesta samalla etuoikeudella kuin mikä hänellä etuoikeusasetuksen säännösten mukaan olisi konkurssissa, ulosottolain 4 luvun 13 §:n ja 6 luvun 3 §:n, etuoikeusasetuksen 4, 7, 8 ja 20 §:n sekä verojen ja maksujen perimisestä ulosottotoimin kesäkuun 29 päivänä 1961 annetun lain 2 §:n säännöksiin nojautuen hylännyt valituksen.

F. valitti päätöksestä.

Helsingin HO ratkaisi asian 26. 6. 1969 antamallaan päätöksellä. Koska puheena olevilla verosaamisilla ei ulosmittauksessa ollut muuta etuoikeutta kuin minkä ulosmittauksella perustettu panttioikeus tuotti ja F:llä, jonka saatavan suorittamiseksi ulosmittaus oli toimitettu aikaisemmin kuin mainittujen verosaamisten suorittamiseksi, niin ollen oli ulosmittauksessa kertyneisiin varoihin parempi oikeus kuin valtiolla, HO kumosi maistraatin päätöksen ja ulosottomiehen laatiman jakoluettelon, ulosottolain 4 luvun 30 §:n 1 momentin sekä etuoikeusasetuksen 8 §:n 1 momentin ja 20 §:n 2 momentin nojalla määräsi, että sanotut varat, kun niistä oli vähennetty ulosottokulut ja -palkkiot, oli, mikäli siihen ei ollut laillista estettä, tilitettävä F:lle.

Päätös sai lainvoiman.

Asia käsiteltiin viisijäsenisessä jaostossa. Päätöslauselma on presidentti *Hakulisen* ja hovioikeudenneuvos *Tigerstedtin* mielipiteen mukainen. Hovioikeudenneuvokset *Eskola* ja *Arlander* päätyivät samaan lopputulokseen, koska ulosmittauksessa ei ollut tehty vaatimusta paremman etuoikeuden saamiseksi kuin minkä ulosmittaus tuotti ja kun F:lla, jonka saatavan suorittamiseksi oli toimitettu ulosmittaus aikaisemmin kuin verosaamisten suorittamiseksi, ulosmittausten aikajärjestyksen perusteella oli omaisuuden myynnistä kertyneisiin varoihin parempi oikeus kuin valtiolla. Apujäsen, viskaali *Erik Svinhufvud* katsoi, ettei ollut syytä muuttaa maistraatin päätöstä.

Presidentti lausui jutun asiakirjoihin liitetyissä muistioissaan mm.:

Caselius on tutkielmassaan Etuoikeusjärjestyksestä, DL 1940 s. 141 ss. esittänyt varteenotettavia näkökohtia EOA 20 § 2 mom:n perustetta selvitellessään. Hän viittaa EOA 15 §:n ja sanotun säännöksen väliseen suhteeseen., ks s. 153 s.

Jos joitakin esineitä erotetaan velallisen varallisuudesta siten, että ne ulosmitataan erikseen, niin 15 §:stä ilmenevän periaatteen mukaan niiden velkojien, joilla on yleinen, velallisen kaikkeen omaisuuteen ulottuva etuoikeus, pitäisi voida näyttää, etteivät he saa saatavaansa velallisen muusta omaisuudesta, koska 15 § ei muutoin salli heidän käyttää etuoikeuttaan juuri ulosmitattuun omaisuuteen nähden. Sanotulla periaatteella laki tahtoo suojata erityistä, tiettyyn omaisuuteen kohdistuvaa etuoikeutta, jottei tätä etuoikeutta voitaisi hävittää yleisen, paremmalla sijalla olevan velkojan hyväksi silloin, kun tämä olisi voinut saada saatavastaan maksun velallisen muusta omaisuudesta. Käytännössä sanottu näyttö on vaikea, jopa mahdotonkin muulloin kuin konkurssin yhteydessä. Sen takia lainsäätäjä on, huomauttaa Caselius, ottanut EOA 20 §:ään säännöksen, joka kieltää useimpiin

saamisoikeuksiin liittyvän etuoikeuden käyttämisen ulosmittauksessa, ellei omaisuus ole siitäkin saatavasta jo ulosmitattu. Kielto merkitsee sitä, ettei velkoja voi esim. 4 tai 7 §:ään perustuvan yleisen etuoikeutensa nojalla hävittää toisen velkojan ulosmittauksella saavuttamaa etuoikeutta (8 §), vaan hän voi tätä kohtaan vedota vain siihen oikeuteen, minkä hän on saavuttanut oman ulosmittauksensa perusteella. Laki on kiellollaan tarkoittanut turvata velkojan ulosmittauksella saavuttamaa erityistä etuoikeutta eikä suinkaan sitä hävittää toisen velkojan yleisen etuoikeuden hyväksi. Ilman tätä kieltoa velkojan ulosmittaukseen perustuva, ulosmittausobjektiin kohdistuva etuoikeus olisi huonommin turvattu konkurssin ulkopuolella kuin konkurssissa, koska 15 §:ssä mainittu näyttövelvollisuus puuttuu ulosmittauksen yhteydessä ja velkoja siis voisi yleisen etuoikeutensa perusteella siitä riippumatta, mitä omaisuutta velallisella muutoin on, syrjäyttää toisen velkojan ulosmittauksella saavuttaman oikeuden.

Sellainen yleisen ja erityisen etuoikeuden suhdetta koskeva tilanne, jota 15 §:ssä tarkoitetaan, voi esiintyä myös laivan (7 a §, 8 §) mutta ei kiinteistön ulosmittauksen yhteydessä. Kuitenkin koskee kiinteistönkin ulosmittausta 20 § 2 mom:n kielto vedota yleiseen etuoikeuteen vastoin sitä oikeutta, jonka ulosmittaus sinänsä tuottaa (KoO 1935 I 40).

Kaikki ne saamiset, joihin liittyy *yleinen*, velallisen kaikkeen omaisuuteen kohdistuva etuoikeus, ovat sellaisia, että ne voidaan pakkotäytännössä ottaa huomioon ainoastaan toimitetun ulosmittauksen perusteella (4, 7, 9—13 §). Niitä ei siis voida, kuten erityisen etuoikeuden tuottavia panttisaamisia (UL 4:12) ja vuokranantajan vuokrasaamisia (EOA 5, 6 § verr. 20 § 2 mom.), ottaa huomioon pelkän ilmoituksen perusteella (vrt. UL 6:3). Jos ulosmittaus puuttuu, yleisen etuoikeuden turvaama saaminen jää kokonaan menettelyn ulkopuolelle eikä kysymystä sen etuoikeussijasta ulosmittausmenettelyssä edes voi herätä. EOA 20 § 2 mom. ensimm. lauseessa olevaa viittausta ulosmittaukseen ei lakiin ole otettu tämän elementäärisen seikan toteamiseksi, vaan sillä on tarkoitettu kieltää yleiseen etuoikeuteen vetoaminen ulosmittaustilanteessa ja rajoittaa velkojan oikeus siihen etuun, minkä ulosmittaus sinänsä hänelle tuottaa.

— — —

Eräät komparatiiviset toteamukset ovat paikallaan.

Vaikka EOA 20 §:n uudelleen muodostelu samoin kuin ulosottolainsäädännön uudistaminen yleensäkin on tapahtunut pitäen esikuvana Saksan siviiliprosessilakia, ei tämä merkitse sitä, ettei 20 §:ssä omaksutulla uudella kannalla olisi yhtymäkohtia toisten pohjoismaiden oikeuskäsitykseen. Tosin pykälän uudelleen laatiminen erotti lain Ruotsin oikeudesta, jonka mukainen lakimme aikaisemmin oli ollut, mutta sen sijaan uusi laki tuli yhdenmukaiseksi Tanskan ja Norjan lakien kanssa. Näiden maiden lakien mukaan ei samaan esineeseen kohdistunut myöhempi ulosmittaus syrjäytä aikaisempaan ulosmittaukseen perustuvaa pantti- ja etuoikeutta pelkästään sen perusteella, että myöhempi ulosmittaus koskee saatavaa, jolla on konkurssissa korkeampi etuoikeussija kuin sillä saatavalla, jonka maksuksi aikaisempi ulosmittaus on toimitettu. Ulosmittausten aikajärjestys on ratkaiseva velkojien kilpailussa. Myöhemmän ulosmittauksen hakija tai muu velkoja voi kuitenkin lyhyessä määräajassa vaatia velallisen omaisuuden luovuttamista konkurssiin saadakseen aikaan sen, että ulosmittaukset raukeavat.

Torp — Grundtvig, Dansk Tingsret, 1923, s. 719 s.:

»I Ejerens Konkursbo eller Arvs- og Gaelds-Fragaaelsesbo staar Udlaegshaveren (5.01 ulosmittauksenhakija) som Separatist — Konkursloven 25. 3. 1972 § 10; Skifteloven 30. 11. 1874 § 35. Som Følge deraf bliver der ikke Spørsmaal om, at han skal vige for de *privilegerade Fordringer*, der fyldestgöres gennem Boet; og der kan *ikke* i Pl. 14. Maj 1834 *findes Hjemmel for, at han undenfors Konkurstilfaelde skulde vige for disse.* — Om Udlaegs Afkraftelse ved paafolgende Konkurs markes Bestemmelsen i K.L. (Konkursloven) 25. Marts 1872 § 23.» (Viimeksi mainitun säännöksen mukaan ulosmittaus peräytyy, jos konkurssia haetaan 3 viikon kuluessa ulosmittauksesta).

Teoksessa todetaan myös että ulosmittauksella perustetaan velkojalle panttioikeus (Retspant) ulosmitattuun omaisuuteen. Ks. s. 590, 716.

Norjan oikeuden kannalta lausutaan teoksessa *Arnholm*, Privatret III, 1966, s. 312: »*Selv om et krav har fortrinsrett i konkurs, løper den prioriterte kreditor den risiko at en konkurrerende kreditor tar utlegg, og at på den måte debitors aktiva blir beslaglagt i en slik utstrekning at fortrinsretten blir illusorisk* — det er ikke engång dekning til de prioriterte kreditorer. Men faktisk ståe allikevel den prioriterte kreditor ganske sterkt i denne konflikt. Hvis utleggshaveren kommer i vejen for ham, kan han true med å slå debitor konkurs. Hvis dette skjer innen den tremånedersfrist krsl. § 46 setter, gir utlegget ingen ret i konkursen, og den prioriterte kreditor får full nytte av sin fortrinsret.»

Suomen lainsäädännölliset yhteydet toisiin pohjoismaihin eivät siis puheena olevan kysymyksen kohdalta ole vähentyneet sen johdosta, että EOA 20 §:ää uudistettaessa luovuttiin Ruotsin lain kannasta. Aikaisemman yhden kontaktin sijaan on tullut kaksi uutta, joten voidaan sanoa, että vuonna 1895 uudistetulla lailla on varsin laaja kaikupohja pohjoismaisessa oikeustietoisuudessa.

EOA 20 § 2 mom:n sanamuodon johdosta vielä seuraava huomautus.

Pykäläluettelossa »mutta ei kuitenkaan» sanojen jäljessä mainitaan sekä pykäliä, jotka antavat ulosmittausta paremman (yleisen) etuoikeuden konkurssissa, että sellaisia, joiden (yleinen) etuoikeus on ulosmittauksen tuottamaa etuoikeutta huonompi (10, 13 §). Jos sanonta, »jos ei omaisuus ole siitäkin saamisesta ulosmitattu», tarkoittaisi sitä, että ulos-

mittauksen johdosta saamiselle sen luonteen mukaisesti kuuluva yleinen etuoikeus tulee noudatettavaksi, sanotut huonommat etuoikeudet eivät ulosmittauksesta huolimatta saisi yleistä etuoikeuttaan parempaa asemaa. Lainsäätäjä ei ole voinut sitä tarkoittaa. Vaatimus, että omaisuuden pitää olla saamisesta *ulosmitattu*, sisältää samalla sen, että ulosmittaus määrää tuottamansa panttioikeuden voimalla *etuoikeuden*. Laissa ei ole mitään viittaustä siihen, että kysymyksen ollessa saamisesta, jolla on parempi etuoikeus kuin minkä ulosmittaus tuottaa, etuoikeus — eikä ulosmittaus — määräisikin saamisen aseman velkojien kilpailussa konkurssin ulkopuolella.

Tasinkovelan maksamista tarkoittava kanne. Osituksessa oli otettu puolison varoina huomioon hänellä avioliiton purkautuessa ollut omaisuus, jonka hän ennen ositusta oli lahjoittanut tyttärelleen. Tämä puoliso velvoitettu suorittamaan toiselle puolisolle tuleva tasinko rahassa.

A. E:n kanteesta *Helsingin RO* oli 4. 10. 1967 julistamassaan päätöksessä lausunut selvitetyn, että A. E:n ja S. E:n kesken, joiden v. 1936 päätetty avioliitto oli 19. 9. 1955 purettu, oli 10. 6. 1966 toimitettu sittemmin lainvoiman saanut omaisuuden ositus, jossa A. E:lle suoritettavan tasingon määräksi oli todettu 18 310 markkaa. Sen vuoksi ja kun S. E. osituksen yhteydessä oli ilmoittanut lahjoittaneensa hänellä avioliiton purkautuessa olleen omaisuuden tyttärelleen, mikä ilmoitus oli niin ymmärrettävä, että hän oli halunnut suorittaa tasingon rahassa, RO oli velvoittanut S. E:n heti kuitin saadessaan suorittamaan A. E:lle 18 310 markkaa korkoineen.

Helsingin HO, johon S. E. vetosi, ratkaisi jutun 25. 3. 1970 antamallaan tuomiolla; ja koska puheena olevassa osituksessa, jossa oli otettu huomioon S. E:n ilman puolisonsa A. E:n suostumusta tyttärelleen lahjoittaman omaisuuden arvo, oli A. E:lle tulevaksi tasingoksi lainvoimaisesti vahvistettu RO:n mainitsema määrä eikä se seikka, että S. E. oli omilla toimenpiteillään aiheuttanut, ettei hän enää voinut käyttää sanottua hänelle avioliiton purkautuessa kuulunutta omaisuutta tasinkovelkansa maksamiseen, vapauttanut häntä maksuvelvollisuudesta, joka niin ollen, kun S. E. ei edes ollut maininnut olevan jäljellä muuta omaisuutta, joka osituksessa arvioituna olisi voitu laissa tasinkovelalliselle myönnetyn valintaoikeuden nojalla vaihtoehtoisesti käyttää tasingon antamiseen A. E:lle, oli täytettävä suorittamalla tasingon määrä rahassa, HO katsoi, ettei ollut syytä muuttaa sitä lopputulosta, johon RO oli päätöksessään johtunut.

Tuomio sai lainvoiman.

Selostetulla HO:n tuomiolla ratkaistun jutun asiakirjoihin liittyy seuraava presidentti *Hakulisen* muistio.

Jutussa on kysymys avioeron saaneen puolison velvoittamisesta suorittamaan osituksessa hänen maksettavakseen pantu tasinko, kun hän oli ennen ositusta luovuttanut omaisuutensa, johon toisella puolisolla oli avio-oikeus, lahjaksi tyttärelleen.

Puoliso on avioeron jälkeenkin velvollinen vallitsemaan omaisuuttaan niin, ettei se aiheettomasti vähene toisen puolison vahingoksi, jolla on siihen avio-oikeus (AL 86 § 3 mom. verr. 37 §).

Avioliittolakia säädettäessä on pidetty itsestään selvänä, ettei puoliso voi lahjoittamalla toisen puolison suostumuksetta omaisuuttaan kolmannelle hävittää viimeksi mainitulle puolisolle avio-oikeuden nojalla kuuluvia oikeuksia. Grönvall lausuu, että puoliso joutuu tällöin velvolliseksi korvaamaan loukatulle puolisolle tulleen vahingon. Tämän hän johtaa AL 86 §:ssä olevasta tilintekovelvollisuutta koskevasta säännöksestä. Samalla hän esittää käsityksenään, että tällaisessa tapauksessa »syntyy toiselle puolisolle tavallisen saatavan luontoinen korvausvaatimus, joka on pidettävä erillään siitä vastikeoikeudesta, mikä puolisolla voi eräissä tapauksissa olla toisen puolison avioliitonaikaisen omaisuushallinnon perusteella» (Uusi avioliittolainsäädäntö, 2 p., s. 94). Samaan tapaan Rautiala, Ositus, s. 145 s.

Eri mieltä voidaan kuitenkin olla siitä, onko tällöin kysymys tavallisesta sivuinsaatavasta, joka olisi pidettävä erillään vastikeoikeudesta. Tällainen doktriini olisi ajateltavissa, jos asia koskisi omaisuuden vallintaa yhteisomistajan vahingoksi, mutta sellainenhan ei tilanne ole, kun puoliso vallitsee *omaa* omaisuuttaan tavalla, jolla loukataan toisen puolison avio-oikeuden toteuttamista. Grönvall on saanut ajatuksensa Ruotsista, jossa avio-oikeuden (giftorätt) luonne ei ole sama kuin meillä (Hakulinen, Familjerätt s. 213). Sen vahingon selvittäminen, jonka puoliso sanotunlaisella vallinnalla tuottaa toiselle puolisolle, ei Suomen avioliittolain mukaan ole mahdollista, ellei ensin toimiteta ositusta ja lasketa sitä tasinkoa, joka puolisolle lain mukaan on tuleva. Tässä laskelmassa otetaan lahjaksi luovutettu omaisuus huomioon täysimääräisenä niin kuin ei lahjoitusta olisi tapahtunutkaan. Muutkin osituksessa varteen otettavat seikat (mahdollinen muu omaisuus, velat ym.) on huomioitava. Vasta siten selville saatu tasinko, joka lahjoittajan on maksettava, osoittaa vahingon määrän.

Laskelman ei tarvitse olla niin yksinkertainen kuin esillä olevassa tapauksessa, jossa osituskirja itse asiassa mainitsee vain sen omaisuuden, joka oli lahjoitettu. Milloin puolisolla tai puolisoilla on erilaista omaisuutta ja velkoja, tasingon määrä ja saaja ei ole ensi silmäyksellä nähtävissä. Jos tasinkoa maksamaan joutuvalla puolisolla on jäljellä omaisuutta, joka kattaa osan hänen tasinkovelastaan, tuntuisi oudolta, että vain tämä osa tasingosta olisi maksettava osituskirjan nojalla ja muu osa siitä erillään pidettävänä korvaussaamisena, vaikka tämä saaminen on lahjoitetun omaisuuden arvon muodossa otettu huomioon osituslaskelmassa.

Koska osituksessa otetaan huomioon se omaisuus, joka puolisoilla oli avioliiton purkautuessa, ei sillä seikalla ole sanottavaa merkitystä, nimitetäänkö osituksessa sen omaisuuden arvoa, jonka puoliso oli avioliiton purkamisen jälkeen lahjoittanut kolmannelle, tämän omaisuuden »vastikkeeksi» vaiko pelkästään sen »arvoksi». Missään tapauksessa ei siitä seikasta, että omaisuuden arvoa olisi nimitetty »vastikkeeksi», olisi seurauksena, että vastikkeeseen oikeutettu puoliso ei saisi vaatia tasingon maksamista muusta kuin siitä omaisuudesta, jonka toinen puoliso omisti osituksen hetkellä. Puoliso ei voi vapautua vastikevelkansa maksamisesta ilmoittamalla hävittäneensä sen omaisuuden, joka hänelle avioliiton purkautuessa kuuluvana oli otettu osituksessa huomioon tasingon määräämiseksi.

AL 96 §:n säännöksellä, jonka mukaan puolisolla ei ole »saamisoikeutta» *vastikkeesta*, jota ei ole voitu suorittaa osituksessa, ei tietenkään tarkoiteta sitä, ettei puolisolla ole saamisoikeutta *tasingostakaan*, joka on osituksessa vastikesääntöjä noudattaen määrätty maksettavaksi. Säännös sisältää vain sen, etteivät osituksessa huomioidut vastikkeet ole itsenäisiä saamisia, vaan pelkästään laskelmaeriä, joiden avulla tasinko on selvitetty. Lainvalmistelukunta lausui mietinnössään 1938: 2 AL 96 §:stä mm. seuraavaa:

»Esitysehdotusta laadittaessa on otettu huomioon, että avioliittolain mukaisessa varallisuusjärjestelmässä vastikevaatimukset eivät muodosta erityistä omaisuuden jaon rinnalla toteutettavaa korvausvaadetta, kuten oli laita aikaisemman avioliittolainsäädännön mukaan, vaan vastikkeet ovat *ainoastaan eriä siinä laskutoimituksessa, jolla avio-osat ja tasingon määrä vahvistetaan.* Avioliittolain järjestelmästä näin ollen ilman muuta seuraa, ettei vastike ole itsenäinen uloshakukelpoinen saaminen, vaan vastikkeella on uloshaun perusteena merkitystä ainoastaan sikäli, kuin sen mukaan laskemisella on saatu vastikevelvollisen puolison omaisuuden »arvo» niin lisääntymään, että toiselle puolelle on sen johdosta syntynyt tasinkosaaminen.»

Sanottua mietintöä sitä nimenomaan mainitsematta lainaten sanoo myös Rautiala, Ositus, s. 245, että »vastike ei näin ollen osituksessakaan ole mikään itsenäinen saamis- tai korvausvaatimus, vaan vastikkeet ovat *vain eriä siinä laskutoimituksessa, jolla avio-osat ja tasingon määrä vahvistetaan.*» Samoin myös ibid. s. 247.

AL 96 §:stä ei siis suinkaan seuraa, ettei puoliso voisi tasingonkaan muodossa saada toiselta puolelta perityksi hyvitystä siitä avio-oikeutensa loukkauksesta, jonka vastikevelvollinen puoliso on omaisuutensa hävittämisellä aiheuttanut. Vaikka tasinkolaskelmassa olisi ollut ainoana aktiivana hävitetyn omaisuuden arvo eikä tasinkovelvollisella puolisolla siis olisi ollut mitään muuta osituksessa lukuun otettavaa omaisuutta, vahvistettu tasinko on laillinen saaminen, joka tasinkovelvollisen on maksettava. Koska muuta AL 103 §:ssä tarkoitettua omaisuutta ei ole, ei tasinkovelvollinen voi käyttää tässä säännöksessä myönnettyä valintaoikeutta (tavaraa tai rahaa), mutta siitä ei seuraa, että tasinkosaaminen olisi menettänyt oikeudellisen tehonsa. Tasinkovelvollinen on omalla menettelyllään aikaansaanut, ettei hänellä ole lain suomaa valintamahdollisuutta. *Tähän itse aiheutettuun valintamahdollisuuden menetykseen vedoten hän ei tietenkään voi päästä vapaaksi tasinkovelastaan, vaan on velvollinen maksamaan sen rahassa.* Alternatiivisista velvoitteista on voimassa yleisenä sääntönä, että velvoite keskittyy jäljellä olevaan suoritusmuotoon, jos valintaoikeus on velallisella ja tämä on omilla toimenpiteillään tehnyt toisen alternatiivisista suorituksista mahdottomaksi (Hakulinen, Velvoiteoikeus I s. 71). Vastaavaa sääntöä on sovellettava siihen tasinkovelallisen valintaoikeuteen, josta säädetään AL 103 §:ssä. Avioliittolain tasinkojärjestelmä muutoin romuttuisi.

Jakamattoman kuolinpesän osakkaat olivat myyneet pesään kuuluvan kiinteistön. Kun kaksi myyjistä oli naimisissa eikä kauppaan ollut hankittu heidän puolisoidensa suostumusta, lainhuuto evättiin (AL 38 §).

Sitten kun P. oli 28. 7. 1969 tehdyllä ja seuranneena päivänä vahvistetulla kauppakirjalla ostanut L.L:ltä, V.L:ltä ja E.A:lta 8 000 markan kauppahinnasta ja muutoin kauppakirjasta ilmenevin ehdoin Hyvinkään kaupungin Hyvinkään kylässä sijaitsevan Kuusisto nimisen tilan RN:o 1194, mikä tila oli 7. 3. 1961 maarekisteriin merkityssä lohkomistoimituksessa muodostettu O.L:n 1. 9. 1951 ostamasta määräalasta L.L:lle, V.L:lle ja E.A:lle 14. 4. 1957 kuolleen O.L:n kuolinpesän osakkaina, P. oli muun muassa tuon kauppakirjan nojalla anonut *Hyvinkään tuomiokunnan tuomarilta* lainhuutoa mainittuun Kuusisto nimiseen tilaan.

Tuomiokunnan tuomari oli arkistokäsittelyssä 30. 9. 1969 tekemällään päätöksellä, koska P. ei ollut esittänyt selvitystä siitä, että L.L:n vaimo I.L. ja V.L:n vaimo A.L. olisivat antaneet suostumuksensa mainitun Kuusiston tilan kauppaan, lainhuudatuksesta ja kiinteistönsaannon moittimisajasta 28. 2. 1930 annetun lain ja lainhuudatus- ja kiinnitysasiain käsittelystä tuomiokunnan arkistossa 1. 11. 1945 annetun lain säännösten sekä avioliittolain 38 §:n nojalla hylännyt hakemuksen.

P. valitti päätöksestä.

Helsingin HO ratkaisi asian 28. 9. 1971 antamallaan päätöksellä ja katsoi, ettei ollut esitetty syytä muuttaa tuomiokunnan tuomarin päätöstä.

Päätös sai lainvoiman.

TABULA GRATULATORIA

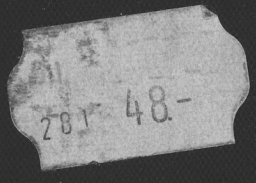
Erkki Aalto
Jorma S. Aalto
Aimo Aarikka
Eero J. Aarnio
Martti Airaksinen
Aatos Alanen
Paavo Alkio
Asianajotoimisto Alopaeus & Eränen
Edward Andersson
Inkeri Anttila
Aarno Anttonen
Carl Jacob Arnholm
Pirkko-Liisa Aro
Pekka Asanti
Kalervo Auerma
Peter Backström
Rudolf Beckman
Günther Beitzke
Nils af Björksten
Gustaf Björnström
Yrjö Blomstedt
O. A. Borum
Maarten Bos
Harald Brunou
Stig Brunow
Asianajotoimisto Kurt Bützow
Bo Bäckström
Ernst von Caemmerer
Birger Candolin
Erik Castrén
Martti Castrén
Henri Cochaux
Asianajotoimisto Crohns & Reims
Carl-Eric Dahlström
Kai Dunder
J. B. S. Edwards
Vilho Ebeling
Gunnar Edelman
Georg C. Ehrnrooth
Klaus Ekholm
Östen Elfving
Reino Ellilä
Tauno Ellilä
Enegren & Co, Juridisk Byrå
Jaakko Enäjärvi
Bo Eriksson
Reino Erma
Torsti Ertman
Aja Eskola
Sten Finne
Erik Finnilä
E. Galle
Berndt Godenhielm
Kaj Gylling
Konrad Gyllström
Henrik Grönqvist
Väinö Haaksiluoto
Ritva Haapalainen
Asianajotoimisto Heikki Haapaniemi Ky
Erik Hagbergh
Aarne Hakala
Lauri Hakulinen
Jouko Halila
Jaakko Haltia
Heikki Halttunen
Jaakko Halttunen
Uuno Halttunen

Haminan raastuvanoikeus
Antti Hannikainen
Ann-Britt Harju
Sven Harling
Inkeri Harmaja
Hannes Hartikainen
Taavi Heikkilä
Keijo Heikola
Reijo Heinonen
Juhani Heiskanen
Ensio Helaniemi
Jan Hellner
Kurt Hellstén
Arvo Helminen
Klaus Helminen
Helsingin hovioikeus
Helsingin kaupungin oikeusaputoimisto
Helsingin yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan kirjasto
Weio Henriksson
Henry Herlin
L. R. Hertzberg
Henning von Hertzen
Olli Herva
Risto Hiekka
Jouko Hiidensalo
Paavo Hiltunen
Lord Hodson
Olavi Honka
M. H. van Hoogstraaten
Sirkka-Liisa Hytönen
Veikko O. Hyvönen
Veikko Hyytiäinen
Ritva Hyöky
Leif Häggblom
H. E. af Hällström
Eeva Hämäläinen
Erkki Hämäläinen
Veijo Hämäläinen
Olavi Iirola
Aake Ilomäki
Heikki Immonen
Asianajotoimisto Ingerttilä & Peltonen Ky
Into Inkiö
Aarre Isopuro
Itä-Suomen hovioikeus
Jouko T. Jaakkola
Heikki Jaatinen
Einar Jacobsen
Helge Jalanko
Antti O. Jalonen
K. Jansma
Lennart Johansson
Heikki Jokela
Juridiska Föreningen i Finland — Suomen Lainopillinen Yhdistys r.f.
Ulf Juth
Kalevi Järveläinen
Erkki Järvenpää
P. Olavi Järvinen
Eino Kahanpää
Martti Kajander
Jalmari Kalha
Kaarlo Kalliala
K. K. Kankaanranta
Ismo Kannisto
Kansallis-Osake-Pankki, Asiamiesosasto
Matti Karhunen
Aaro E. Kari
Armo Karkaus
Heikki Katajarinne
Orvokki Kauppila
Heimo Kekki
Paavo Kekomäki
Ilkka Kemppainen
Toivo Keränen
Keskinäinen Henkivakuutusyhtiö Suomi-Salama
Jouko-Matti Kesä
Pentti Ketola
Kirjayhtymä Oy
Korkeimpien oikeuksien tuomarien yhdistys r.y.
Korkeimpien oikeuksien virkamiehet r.y.
U. Kivi-Koskinen
Eero Kivimäki
Åke Kolster
Esko Koponen
Asianajotoimisto Onni Kora
Raili Korhonen
Wilhelm Korhonen

Yrjö Korhonen
Aili Koskenkylä
Kai A. J. Koskinen
Pekka U. Koskinen
Pirkko ja N. Seppo Koskinen
Jaakko Krogerus
Åke Kuhlefelt
Kauko Kuisma
Asianajotoimisto J. Kurki-Suonio
Aarne Kurola
Anna-Liisa ja Pekka Kurvinen
Juhani Kyläkallio
Tove-Maj Kyrklund
Kirsti Käki
Usko Kärki
Antero Laakso
Akseli Laanterä
Timo Laatunen
Julius Lagus
Lahden raastuvanoikeus
Kauko Lahia
Arvo Lakovaara
Birgitta Landgrén
Otto Larma
Heikki Lasola
Jussi Laurila
Olli Laurila
Rolf Lax
Onni Lehti
Antti Lehtinen
Tauno Lehtinen
Veikko Lehtinen
Jorma K. Lehtonen
Seppo Lehtonen
Tuomo Lehtonen
Kullervo Leinonen
Martti Leistén
Johannes Leivonen
Arvo Lepistö
Ingemo ja Pekka Leppäsaajo
Risto Leskinen
Pekka Lind
Karl G. O. Lindgren
Reino Lindström
Viljo Linnankivi
Matti Liukko
Tellervo Lohivesi
Erkki Loire
Aarno Lounasmaa
Olavi Lounasmeri
Y. von Loussouarn
Kari Lund
Väinö Luomanmäki
Martti Luova
Helmi ja Niilo Luukanen
K. J. Lång
Nils-Gunnar Löfgren
Henry Lönnfors
M. V. Mandelin
Magnus Mangs
E. J. Manner
Pauli Mannonen
G. Maridakis
Markus Markkula
Marjatta ja Ilmari Melander
Tapio Metsä-Vähälä
Mikkelin raastuvanoikeus
Aarno Mikola
Viking Modeen
Ole Molin
P. J. Muukkonen
Eero Mäkinen
Heikki Mälkki
Yrjö Määttä
Matti Mölsä
Gustaf Möller
Kalervo Mörä
Håkan Nial
Lasse Nieminen
Lasse Nikkarinen
Olli Nikkola
Sulo Niskanen
Ilmari Niverä
Matti Olavi Norri
Sigurd von Numers
Yrjö Numminen
Jarkko Nurmi
Pentti Nurmio
Björn Nybergh
Gunnar Nybergh
Gunnar Nyman
Nils-Erik Nyman
Per-Erik Oskar Nyman
Tobias Obstbaum
Antero Ojala

Jorma Olli
Martti Ollikainen
Curt Olsson
Harry Olsson
Sakari Ojantakanen
Osuuspankkien Keskuspankki Oy
Alfred von Overbeck
Bo Palmgren
B. J. Palme
Carl-Olof Planting
Erkki Pasanen
Jukka Pasanen
Vilho Pekkarinen
Lars Pelin
Kullervo Pellinen
Jorma T. Penttinen
Olli Pesonen
Kaarlo Pettinen
Jaakko Pietilä
Tauno Piisi
Pohjois-Karjalan lääninhallitus
Pohjoismaiden Yhdyspankki Oy
Göran Portin
Antti Poukka
Olli Puntila
Reino Pursiainen
Seppo J. Pylkkänen
Einari Pyykkö
Martti Pöyhönen
Huugo ja Mili Raninen
Harry Raula
Simo Juhani Raula
Eevert Raunetsalo
Viljo Rauno
Timo Olavi Rautio
Paavo Rautkallio
Leo Reijonen
Erkki Reiniö
Matti Reinola
E. J. Relander
Eero Rewell
Olof Riska
Åke Roschier-Holmberg
Marjatta Ronkainen
Kaj Rosendahl
Jaakko Rosokivi
Einar Rotkirch
Sten Rudholm
Aulis Rydman
Asko Räisänen
Eero Rönkä
Ruben Rönning
Timo P. Saarela
Veli Saarinen
Voitto Saario
Ilmo Saarnio
Matti Sadeniemi
Toivo Sainio
Juhani Salmenkylä
Lauri Salmio
Eino Salomaa
Arvi Salonen
Martti Salonen
Salon Seudun Osuuspankki
Pekka Santala
Satu ja Olavi Santalahti
Ilmari Sarva
Hans Saxén
Helinä Schaffter
Folke Schmidt
Fritz Schwind
Bertel Schwindt
Leif Schultz
Esa Seppälä
Toivo Seppälä
Martti Setälä
Leif Sevón
Olli Siikonen
Bertel Silvennoinen
Arvo Sipilä
Eero Sipilä
Helvi ja Sauli Sipilä
Päivikki ja Sakari Sohlberg
Onni Ilmari Sorsa
Paavo Soukka
Eimert Spoof
Pentti Suojanen
Suomalainen Lakimiesyhdistys r.y.
Suomen Asianajajaliitto — Finlands Advokatförbund
Suomen hovioikeuksien tuomarien yhdistys — Finlands hovrätters domareförening r.y.

Suomen kaupunkituomarien yhdistys — Finlands stadsdomareförening r.y.
Suomen Kihlakunnantuomarien Yhdistys — Häradshövdingarnas i Finland Förening r.y.
Suomen Kunnallisliitto
Suomen Lakimiesliitto — Finlands Juristförbund r.y.
Suomen Tuomarien Liitto — Finlands Domareförbund r.y.
Erkki Suotsalo
Pentti Surakka
Antti Suviranta
Erik Svinhufvud
Pehr Svinhufvud
Armas Syrén
Tapio T. J. Takki
Jarl Takolander
Tarmo Tamminen
Toivo Tarjanne
L. E. Taxell
Bo Tennberg
Bo Therman
Gustav Thulé
E. J. Toivanen
Toimi Tulikoura
Timo Tuominen
Kari Tuovinen
Meri Turkulainen
Erkki Turpeinen
Claes Uggla
Uusi Suomi
Eino J. Wahlström
Gösta Walin
Sir Francis Vallat
Kurt Walldén
Jyrki Wangell
Paul Vanharanta
Aatos Varheenmaa
Arne A. Waselius
K. A. Vepsäläinen
Erkki Viita
Juha Vikatmaa
Lord Wilberforce
Kaarlo Vilkama
Reko Vilpas
A. Vinding Kruse
Göran Winqvist
Matti Virkkunen
Kirsti Virtamo
Sirkka-Liisa Virtamo
George Worsley
Unto Voutilainen
Kenneth Wrede
Pekka Vuorinen
Leo Väliaho
Matti Ylöstalo
Simo Zitting
Åke von Zweigbergk



33

ISBN - 951 - 26 - 0000 - 5