

OIKEUSTIEDE

JURISPRUDENTIA

XLIV

2011

SUOMALAISEN LAKIMIESYHDISTYKSEN VUOSIKIRJA

Toimitusneuvosto

Eva Tammi-Salminen, puheenjohtaja
Tatu Leppänen
Tapio Määttä
Seppo Villa

Toimittaja

Tapani Lohi

Tilausosoite

Suomalainen Lakimiesyhdistys
Kasarmikatu 23 A 17
00130 Helsinki
p. (09) 6120 300, f. (09) 604 668
www.lakimiesyhdistys.fi
toimisto@lakimiesyhdistys.fi

© 2011 kirjoittajat ja Suomalainen Lakimiesyhdistys

ISSN-L 0355-8215

ISSN 0355-8215

ISBN 978-951-855-308-6

ISBN 978-951-855-727-5 (verkkokirja)

Vammalan Kirjapaino Oy, Sastamala 2011

Sisällys

<i>Antti Aine</i>	Urheiluoikeuden kantavat periaatteet	1
<i>Kaijus Ervasti</i>	Oikeussosiologia ja oikeuspoliittinen tutkimus osana oikeustiedettä	61
<i>Kaarlo Hakamies</i>	Maksukyvyttömyydestä ja hyötymis- tarkoituksesta rikosoikeudellisena ongelmana...	133
<i>Mia Hoffrén</i>	Kuntotarkastetun asuinkiinteistön laatuvirhe – voidaanko virhesäännösten tulkinnalla pienentää epäonnistuneiden kauppojen ongelmaa?	235
<i>Antti Kolehmainen</i>	Suosiolahja – suosimistarkoitus ja sen toteennäyttäminen.....	279
<i>Anne Nenonen</i>	Hallinto-oikeudellinen valitus ja tuomio- istuimeen pääsy hankintalakien ulkopuolelle jäävissä hankinnoissa	331
Kirjoittajat		406

Antti Aine

URHEILUOIKEUDEN
KANTAVAT PERIAATTEET

Sisällys

1	YLEISTÄ.....	5
2	YLEISET OPIT	8
	2.1 Rakenne.....	8
	2.2 Urheilu-oikeuden yleisten oppien kehittäminen.....	13
3	KANTAVAT PERIAATTEET	19
	3.1 Yleistä	19
	3.2 Vapausperiaate	23
	3.2.1 Toimintavapauden oikeudellinen suoja.....	23
	3.2.2 Yksilön toimintavapauden suojaamisen perustelu	26
	3.2.3 Yhdistysautonomia urheilussa	28
	3.3 Reilun pelin periaate	31
	3.3.1 Yleistä	31
	3.3.2 Sisällöllinen perustelu	32
	3.3.3 Soveltaminen	35
	3.4 Urheilukilpailujen sujuvusperiaate	39
	3.4.1 Yleistä	39
	3.4.2 Urheilun erityispiirteet EU-oikeudessa	40
	3.4.3 Sisällöllinen perustelu	46
4	KANTAVIEN PERIAATTEIDEN SOVELTAMINEN	49
	4.1 Yleistä	49
	4.2 Sisäinen ulottuvuus	49
	4.3 Ulkoinen ulottuvuus.....	52
5	YHTEENVETO.....	53
	LÄHTEET.....	55
	OIKEUSTAPAUKSET	57
	THE GENERAL PRINCIPLES OF SPORTS LAW.....	59

Urheilu oikeuden kantavat periaatteet

1 YLEISTÄ

Urheilu oikeus on mielenkiintoisessa kehitysvaiheessa. Urheilu oikeudellinen tutkimus on voimistunut sekä kansallisesti että kansainvälisesti. Tutkimusteemat ovat koskeneet varsin laajaa joukkoa erilaisia urheiluun ja sen oikeudelliseen sääntelyyn liittyviä kysymyksiä.¹ Tutkimusteemojen moninaisuus on johtanut jopa vaikutelmaan urheilu oikeudellisen keskustelun osittaisesta hajaantumisesta: temaattisia kokonaisuuksia on muodostunut rajallisesti, ja tutkimus on kohdistunut yksittäisten, sinällään merkityksellisten aiheiden käsittelyyn.

Asetelma on luonteva seuraus urheilu oikeuden kehitysvaiheesta. Kyse on varsin uudesta tutkimusalueesta, jolloin tarve monien yksittäisten tutkimuskysymysten tarkasteluun on ilmeinen. Tutkimuksessa on edetty ongelmakeskeisesti ja usein käytännöllisiä tiedonintressejä tyydyttäen. Valinta on ollut vallinneessa tilanteessa perusteltu, mutta jatkossa nousevat aiempaa voimakkaammin esille mahdollisuudet ja edellytykset jäsentää urheilu oikeuden yleistä rakennetta. Tutkimusintressi kohdistuu tällöin erityisesti urheilu oikeuden yleisiin oppeihin.

Keskustelu yleisistä opeista ei ole toissijaista urheilu oikeuden kehityksen kannalta. Useissa yhteyksissä on luonnehdittu, että yleiset opit muodostavat perustan itsenäiselle oikeudenalalle.² Yleiset opit ankkuroivat eräällä tavalla oikeudenalan perusrakenteen ja tekevät sen vertailukelpoiseksi muiden oikeudenalojen kanssa. Vasta yleisten oppien kautta syntyvät puitteet, jotka oikeuttavat pitämään määrättyä elämänaluetta koskevaa oikeudellista sääntelyä itsenäisenä oikeudenalana. Tilanne voidaan nähdä eräänlaisena uusien kehittyvien oikeudellisten sääntely-

¹ Ks. esim. *Rauste*, jossa käsitellään kattavasti urheilu oikeuden kenttään liittyviä kysymyksiä. Rausteen tarkastelussa on kuitenkin havaittavissa selvästi urheilun taloudellista ulottuvuutta painottava ote. Ks. tuoreesta urheilu oikeudellisesta tutkimuksesta esim. *Norros 2011*.

² Ks. tarkemmin esim. *Tuori 2004*, s. 1201.

ja tutkimusalueiden välisenä kamppailuna: vain vahvimmat sääntely- ja tutkimusalueet kykenevät vakiinnuttamaan asemansa sekä kehittymään itsenäisiksi oikeudenaloiksi, mikä vaikuttaa niiden institutionaaliseen asemaan yksittäisillä sektoreilla, kuten esimerkiksi yliopistolaitoksessa, ja yleisesti yhteiskunnassa. Tätä taustaa vasten on jossain määrin yllättävää, että urheilu-oikeuden yleisistä opeista on käyty kansallisesti vain vähän keskustelua.³ Toisaalta on muistettava, että yleisiä oppeja ei ole mahdollista kehittää ilman kantavaa oikeudellista perustaa. Tarvitaan eri teemoja koskevaa urheilu-oikeudellista tutkimusta, johon yleisten oppien muodostaminen on mahdollista kiinnittää. Vaikuttaa siltä, että edellytykset urheilu-oikeuden yleisten oppien jäsentyneelle tarkastelulle ovat kypsymässä myös kansallisesti.⁴

Urheilu-oikeuden yleisiä oppeja voidaan lähestyä eri tavoin. Joissakin yhteyksissä on korostettu, että urheilu-oikeudellista teorianmuodostusta vaikeuttaa urheilua sääntelevän normiston niukkuus.⁵ Urheilu-oikeuden itsenäinen oikeudellinen perusta nähdään ohuena, vaikka urheilu-oikeudelliseen teorianmuodostukseen voidaan saada tukea myös erilaisista oikeudellisista ratkaisukäytännöistä. Urheilu-oikeus ei näin arvioituna täyttäisi itsenäiselle oikeudenalalle asetettuja vaatimuksia. Se olisi pikemminkin määriteltävä yksittäistä elämänaluetta eli urheilua koskevaksi normien kokoelmaksi. Urheilu-oikeudellisen tutkimuksen tulisi palvella urheiluelämässä ilmenevää käytännöllistä tiedontarvetta, mutta alalla ei olisi muodostettavissa yleistä metodologiaa tai teoriaa oikeudellisen taustan hajaantumisen vuoksi.⁶ Tutkimusongelmat ratkaistaisiin kulloinkin soveltuvan perinteisen oikeudenalain keinoin, ja urheilu näyttäytyisi vain näiden säännösten soveltamisen erityisenä toimintaympäristönä. Urheilu-oikeudelliselle tutkimukselle olisi tyypillistä ongelmakeskeisyys, joka ilmenisi erityisesti pyrkimyksenä muodostaa erilaisia käytännön ongelmia koskevia tulkintasuosituksia.

Urheilu-oikeuden rakennetta koskevaan keskusteluun voidaan liittää yhtenä juonteena arviointi urheilun ja oikeusjärjestyksen keskinäisistä suhteista. Yleiset opit määrittävät yhdeltä osin urheilun ja oikeuden välistä suhdetta. On mahdollista ajatella, että urheilussa on ydinalue, jossa ratkaisut tehdään urheilun sisäisin perustein.⁷ Oikeudellinen puuttuminen tälle

³ Ks. tästä keskustelusta esim. *Halila 2006*, s. 3–4.

⁴ Ks. aiemmasta keskustelusta kuitenkin *Timonen 2004*, s. 294–295.

⁵ Ks. *Halila 2006*, s. 2. Toisaalta joissakin yhteyksissä on esitetty näkemyksiä, joiden mukaan erityisesti EU-tasolla tulisi omaksua nimenomaista urheilu-oikeudellista sääntelyä esim. direktiivien muodossa. Ks. tarkemmin *Arnaut 2006*, s. 102.

⁶ Ks. urheilu-oikeuden taustan pirstaloitumisesta esim. *Kinnunen 2004*, s. 56–58, ja *Timonen 2004*, s. 281.

⁷ Ks. *Halila 2006*, s. 8.

alueelle voidaan nähdä ongelmalliseksi viime kädessä urheilun autonomian kannalta. Mikäli oikeusjärjestystä sovelletaan kokonaisuutenaan urheiluun, voidaan katsoa eräällä tavalla putoavan pohja pois urheilu oikeudelta. Urheilu oikeuden rajat on määriteltävä siten, että urheilun erityispiirteet voidaan ottaa arvioinnissa asianmukaisesti huomioon. Osin rinnakkaisen katsantotavan mukaan urheilu ja oikeus kietoutuvat toisiinsa: urheilu toimii oikeudellisesti määrittäneissä puitteissa. Näkökulma on voimistunut erityisesti urheilun markkinaistumis- ja oikeudellistumiskehityksen myötä. Oikeudellisista puitteista ei kuitenkaan seuraa sitä, että oikeudellinen sääntely rajaisi tarpeettomasti mahdollisuuksia urheilun toteuttamiseen sen eri muodoissa. Päinvastoin oikeudellinen sääntely voidaan nähdä myös urheilun autonomian turvaajana.

Urheilu oikeuden kehityksen kannalta yleisillä opeilla on keskeinen merkitys. Perustava näkökulmaero liittyy siihen, jäsennetäänkö urheilu oikeus vain yksittäisten ongelmatilanteiden ratkaisukehikoksi vai voidaanko urheilu oikeudella katsoa olevan itsenäistä, kokonaisvaltaista kantavuutta. Yleisten oppien avulla voidaan muodostaa perusta, johon yksittäisten ongelmatilanteiden systemaattinen arvioiminen on mahdollista kiinnittää. Yleisten oppien kehittäminen on vaativa tehtävä, koska urheilu oikeuden yleisiä oppeja koskevat keskustelunavaukset ovat olleet kansallisesti rajattuja. Toisaalta kehitys on nähtävä prosessina, joka rakentuu vaiheittain ja jota yksittäiset puheenvuorot vievät osaltaan eteenpäin.

Yleisiä oppeja koskevan tutkimuksen tehtävien voidaan katsoa jakaantuvan kahtaalle. Yleiset opit luovat perustan urheilu oikeuden sisäisen systematiikan kehittämiseksi. Samalla voidaan jäsentää urheilu oikeuden asemaa oikeusjärjestyksessä. Yleisten oppien avulla voidaan luoda edellytyksiä urheilu oikeuden ja muiden oikeudenalojen välisten yhteensovittamiskysymysten ratkaisemiselle. Kyse on keskeisiltä osin oikeusjärjestyksen systemaattisuuden edistämisestä.

Yleisten oppien kenttä on laaja. Seuraavassa luvussa on hahmotettava yleisten oppien ominaispiirteet, minkä jälkeen voidaan arvioida tapaa, jolla urheilu oikeuden yleisiä oppeja on syytä lähteä kehittämään. Kehittäminen etenee usein asteittain. On määriteltävä, millainen lähestymistapa urheilu oikeuden yleisten oppien kehittämiseen on vallitsevassa tilanteessa perustelluin.

2 YLEISET OPIT

2.1 Rakenne

Oikeusjärjestyksen ja samalla yksittäisten oikeudenalojen yleisistä opeista voidaan esittää erilaisia näkemyksiä.⁸ Yleisten oppien keskeisiksi osiksi on vakiintuneesti luettu kuuluvan oikeuskäsitteet, oikeusperiaatteet ja niitä koskevat oikeudelliset teoriat.⁹ On mahdollista puhua yleisten oppien ydinalueesta, joka luo puitteet oikeusjärjestyksen systemaattiselle jäsentämiselle ja arvioimiselle.

Oikeuskäsitteet määrittävät yhteyden oikeusjärjestyksen ja yhteiskunnallisten tosiasioiden välille. Oikeuskäsitteet auttavat näin hahmottamaan oikeudellisia ongelmia. Niiden voidaan katsoa muodostavan eräänlaisen linssin, jonka lävitse oikeuden sääntelykohdetta arvioidaan. Kysymys on keskeisesti siitä, mitä seikkoja pidetään kulloinkin oikeudellisesti merkityksellisinä. Olennaiset seikat erotetaan epäolennaisista seikoista. Käsitteillä on siten oikeudellisia ongelmia paikantava ja määrittävä tehtävä.

Oikeuskäsitteitä voidaan arvioida eri tavoin suhteessa oikeuden ja moraalien väliseen jaotteluun. Oikeuskäsitteet voivat osaltaan auttaa hahmottamaan oikeusjärjestystä loogisena kokonaisuutena. Oikeustieteellisen tutkimuksen tehtävänä on luoda käsitteiden avulla muodollista johdonmukaisuutta oikeusjärjestykseen. Oikeuskäsitteet näyttäytyvät normatiivisesti neutraaleina oikeustositseikkojen ja oikeusvaikutusten välittäjinä.¹⁰ Näkökulma on jalostunut oikeustieteellisen keskustelun seurauksena: oikeuskäsitteillä on nykyään katsottu olevan ilmeinen normatiivinen ulottuvuutensa. Oikeudelliset käsitteet eivät voi leijua ilmassa vailla yhteyttä oikeusjärjestyksen taustalla oleviin arvoihin ja tavoitteisiin.

Oikeuskäsitteiden normatiivisuuden tunnistaminen merkitsee sitä, että oikeudellisiin ongelmiin annettavien ratkaisujen kentän rajaaminen on riippuvainen oikeudesta ja sen sääntelykohteesta omaksutuista yhteiskunnallisista käsityksistä. Kyse ei ole arvo- ja tavoiteneutraalista, loogisesta päättelyoperaatiosta, vaan käsitteiden määrittämisellä ja niiden soveltamisella on normatiivisia vaikutuksia. Asetelmasta seuraa vaatimuksia myös oikeuskäsitteiden muodostamiseen. Oikeuskäsitteiden on läpäistävä normatiivien seula: niiden on oltava yhdenmukaisia oikeusjärjestyksen arvo- ja tavoiteperustan kanssa. Oikeuskäsitteille voidaan tällöin asettaa myös systematisointitehtävä.¹¹ Oikeuskäsitteet muodostavat osaltaan yhteyksiä

⁸ Tolonen 1988, s. 177.

⁹ Ks. esim. Tolonen 1988, s. 177–178. Ks. myös Tuori 2000, s. 192.

¹⁰ Ks. esim. Tuori 2000, s. 195.

¹¹ Ks. Tuori 2002b, s. 1314.

oikeusjärjestyksen sekä sen taustalla olevien arvojen ja tavoiteiden välille.

Urheilu-oikeudessa on tarkasteltu tähän mennessä vain rajallisesti mahdollisuutta omien urheilu-oikeudellisten käsitteiden määrittämiseen. Keskustelutraditio on ainakin kansallisessa viitekehyksessä lyhyt. Halila on pitänyt urheilu-oikeudellisten käsitteiden muodostamista haasteellisena tehtävänä.¹² Hän on maininnut mahdollisina urheilu-oikeudellisina käsitteinä *pelaajaoikeuden*, *siirtokorvauksen* ja *toimintakiellon*. Näillä käsitteillä voitaisiin katsoa olevan sillä tavoin luontainen yhteys urheilu-oikeuden ytimeen ja muiden oikeudenalojen käsitteistä poikkeava sisältö, että itsenäisen urheilu-oikeudellisen käsitteen muodostamiskynnys ylittyisi.

Urheilu-oikeudellisessa keskustelussa omaksuttu kanta heijastuu osaltaan tapaan, jolla urheilu-oikeutta hahmotetaan. Urheilu-oikeus on mielletty tutkimusalueeksi, jossa yhdistyvät monet perinteiset oikeudenalat. Urheiluun liittyvien kysymysten käytännön arvioinnissa päästään eteenpäin perinteisillä oikeudenaloilla muodostettuja käsitteitä soveltamalla. Urheilu-oikeuden tutkimuksen ensisijainen tiedonintressi ei siten suuntaudu itsenäisten käsitteiden määrittämiseen. Omaksuttu lähestymistapa on sinällään ymmärrettävä, kun otetaan huomioon urheilu-oikeuden materiaalsen perustan osittainen kapeus. Tutkimuksellinen valinta vaikuttaa vääjäämättä mahdollisuuksiin kehittää urheilu-oikeutta itsenäisenä oikeudenalana.

Oikeusperiaatteet muodostavat yleisten oppien toisen keskeisen osaluheen. Oikeusperiaatteita on käsitelty suomalaisessa oikeustieteessä viimeisten vuosikymmenten aikana laajasti.¹³ Arviointi on jatkunut edelleen tiiviinä.¹⁴ Oikeusperiaatteita voidaan tarkastella eri tavoin. Perustava kysymys koskee oikeusnormien pätevyyttä. On tutkittava, millä tavoin pätevät oikeusperiaatteet ovat tunnistettavissa. Oikeusperiaatteiden pätevyyden tarkastelussa on vakiintuneesti hyödynnetty jaottelua yhtäältä oikeusperiaatteisiin ja toisaalta oikeussääntöihin. Oikeussääntöjen pätevyyden tunnistaminen perustuu muodollisiin seikkoihin. Ratkaisevaa ei ole oikeussäännön sisältö, vaan huomio kiinnittyy oikeussäännön asettamiseen, sen alkuperään liittyvään muodolliseen korrektiuteen.¹⁵ Oikeusperiaatteiden pätevyyden tunnistaminen edellyttää sitä vastoin arviota niiden sisällöstä, arvosta tai merkityksestä.¹⁶ Oikeusperiaatteiden

¹² Halila 2006, s. 11.

¹³ Ks. tarkemmin esim. Tolonen 1989, s. 337–365, Pöyhönen 1988, s. 13–79, ja Tuori 2000, s. 196–202. Keskustelun perusta on voimakkaasti kansainvälinen. Ks. esim. Dworkin 1997, s. 22–28. On mahdollista arvioida, että kansainvälistä keskustelua on jalostettu kansallisiin puitteisiin soveltuvaksi. Erot liittyvät mm. oikeusjärjestyksen taustoihin (mannermainen oikeusjärjestys / common law).

¹⁴ Ks. tältä osin esim. Mielityinen 2006, s. 61–175.

¹⁵ Ks. myös Tolonen 1996, s. 347–348.

¹⁶ Ks. tarkemmin esimerkiksi Tolonen 1988, s. 187–188.

pätevyys kytkeytyy siten niiden hyväksyttävyyteen.

Oikeusperiaatteet luovat edellytyksiä oikeusjärjestyksen sisällölliseen perustelemiseen. Ne muodostavat yhteyden oikeusjärjestyksen sekä sen taustalla olevien yhteiskunnallisten arvojen ja tavoitteiden välille. Oikeusperiaatteet tuovat niiden taustalla olevat arvot ja tavoitteet oikeusjärjestyksen osaksi ja siten oikeudellisesti merkityksellisiksi. Ne edellyttävät taustarvonsa tai -tavoitteensa mahdollisimman laajaa soveltamista (maksimi).¹⁷ Oikeusperiaatteiden soveltaminen vaatii kannanottoa niiden perustana oleviin arvoihin ja tavoitteisiin. Oikeudellinen harkinta on välttämättä yhteiskunnallisesti väritynyttä: oikeutta ei ole mahdollista soveltaa vain loogisena toimituksena. Oikeusjärjestyksen materiaallinen sisältö ei kuitenkaan sulje pois mahdollisuutta oikeusjärjestyksen johdonmukaisuuteen. Oikeusperiaatteet mahdollistavat oikeusjärjestyksen näkemisen sisällöllisesti johdonmukaisena kokonaisuutena ja luovat puitteet oikeusjärjestyksen sisällölliselle johdonmukaisuudelle.¹⁸

Oikeusperiaatteita koskevassa keskustelussa on esitetty erilaisia näkemyksiä siitä, millaisiin seikkoihin periaatteiden sisällöllinen merkitys voidaan kiinnittää. On mahdollista lähteä siitä, että periaatteet samastuvat yksilöllisiin oikeuksiin.¹⁹ Oikeusperiaatteiden hyväksyttävyyden perustana nähdään olevan yksinomaan yhteiskunnalliset arvot, jotka luovat yksilöille oikeuksia. Tällöin perustava jaottelu tehdään arvojen ja tavoitteiden välille.

Ajattelutavassa on oma viehättävyytensä. Sen perusta on sinällään johdonmukainen: yksilön oikeuksilla on etusija suhteessa kollektiivisiin yhteiskunnallisiin päämääriin. Omaksuttua lähestymistapaa on kuitenkin mahdollista arvioida myös kriittisesti. Hannu Tolonen on tuotannossaan vakuuttavasti osoittanut, että tavoitteiden ja periaatteiden välistä erottelua ei ole perusteltua tehdä individualististen oikeuksien teesin mukaisesti.²⁰ Periaatteiden ja tavoitteiden eroa pidetään merkittävänä mutta samalla relatiivisena. Periaatteiden olemassaolo riippuu institutionaalisista puitteista, eivätkä periaatteet ole ennalta annettuja. Kyse on institutionaalisista arvovatkaisuista, joiden tekemiseen osallistuvat lainsäätäjät, lainsoveltajat ja oikeustiede.

¹⁷ Ks. myös *Tolonen 1988*, s. 188.

¹⁸ Asetelmaa voidaan lähestyä oikeuden tasotelluidean avulla. Oikeuskulttuurin tasolle sijoittuvat oikeusperiaatteet luovat mahdollisuuden pintatason oikeusnormien sisällölliselle pätevyydelle. Ks. tarkemmin *Tuori 2000*, s. 263.

¹⁹ Dworkin käyttää periaatteita laajassa ja suppeassa merkityksessä. Dworkin tarkoittaa periaatteilla laajassa merkityksessä kaikkia toimintaohjeita, jotka eivät ole sääntöjä. Periaatteet ja tavoitteet muodostavat tässä merkityksessä yhteisen luokan. Suppeassa merkityksessä periaatteet kytkeytyvät Dworkinin teoriassa oikeudenmukaisuuteen ja muuhun sosiaaliseen moraalisiin. Yhteiskunnalliset tavoitteet ja periaatteet jäsennetään omiksi erillisiksi ryhmikseen. Ks. tarkemmin *Tolonen 1989*, s. 340–345.

²⁰ Ks. tarkemmin *Tolonen 1989*, s. 362–365.

Merkityksellisen aseman periaatteiden pätevyuden arvioinnissa saa *yleistettävyysvaatimus*. Yhteiskunnallista tavoitteistakin voidaan muodostaa periaatteita, mikäli ne ovat yleispätevästi voimassa ja sovellettavissa omalla alueellaan. Kyse ei ole vain sattumanvaraisesta päämäärästä vaan vakiintuneesta toimintalinjasta. Tavoitteiden ja tarkemmin ottaen niistä muodostettavien periaatteiden osalta voidaan tällöin puhua loogisesta ristiriidattomuudesta ja sisällöllisestä johdonmukaisuudesta.

Oikeusperiaatteiden pätevyydelle on hyväksyttävyyden lisäksi vakiintuneesti asetettu myös toinen vaatimus, joka koskee *institutionaalista tukea*. Oikeusperiaatteet on kyettävä yhdistämään oikeusjärjestykseen.²¹ Oikeusperiaatteen liittyvä sisällöllinen kriteeri ei voi olla pelkkä esittäjänsä subjektiivinen mielipide, vaan sen tulee olla institutionalisoitunut. Institutionaalisen tuen vaatimus erottaa moraaliperiaatteet oikeusjärjestyksen osana olevista periaatteista.²² Oikeusperiaate voi saada institutionaalista tukea lainsäädännössä, sen esitöissä, oikeuskäytännössä tai vakiintuneissa sosiaalisissa käytännöissä.

Vaatimus institutionaalista tuesta on perusteltu. Oikeusperiaatteiden pelkkä yhdistäminen esimerkiksi yhteiskunnallisia arvoja ja tavoitteita koskeviin käsityksiin ei ole yksin riittävää käsitysten mahdollisesta sisällöllisestä hyväksyttävyydestä riippumatta, vaan oikeusperiaatteilla on oltava yhteys oikeusjärjestykseen ja siihen liittyviin oikeudellisiin käytäntöihin. Institutionaalisen tuen osalta olennaista on sen selvittäminen, mitä sillä käytännössä tarkoitetaan erityisesti oikeustieteellisen tutkimuksen kannalta. On selvää, että vaatimus institutionaalista tuesta rajoittaa liikkumavaraa yleisten oppien muodostamisessa.²³ Oikeustieteilijän on otettava huomioon institutionaalinen tausta oikeusperiaatteita ja muita yleisten oppien osia muotoillessaan. Toisaalta on muistettava, että oikeustieteelliseen tutkimukseen sisältyy kriittinen ulottuvuus. Oikeustieteellisen tutkimuksen ei tule yksinomaan pyrkiä justifioimaan vallitsevia käytäntöjä, vaan vaatimus normatiivisuudesta edellyttää, että oikeustieteellisessä tutkimuksessa osoitetaan tavoiteltavina pidettäviä kehityskulkuja ja asiantiloja. Tämä voi edellyttää vallitsevan oikeustilan kriittistä arviointia. Vaatimus institutionaalista tuesta ei saa poistaa oikeustieteen kriittistä potentiaalia.

Urheilu oikeuden yleisten oppien varhainen kehitysvaihe on heijastunut myös urheilu oikeuden periaatteista käytyyn keskusteluun. Urheilu oikeudellisina periaatteina on mainittu *urheilun ja urheilijan etu*.²⁴ Urheilun

²¹ Institutionaalinen tuki ei yksin ratkaise periaatteen kuulumista oikeusjärjestykseen. Ks. tarkemmin *Tolonen 1996*, s. 3.

²² Ks. tarkemmin *Tuori 2000*, s. 293.

²³ Ks. *Tuori 2000*, s. 311.

²⁴ *Halila 2006*, s. 15.

edulla on viitattu tässä yhteydessä erityisesti urheilun autonomiaan ja siihen liittyviin mahdollisuuksiin järjestää urheilun oikeudelliset kysymykset lajiliiton tai muun vastaavan toimijan harkinnan mukaan. Urheilijan etu puolestaan liittyy urheilijan oikeudellisesti suojattuun asemaan. Urheilijan on voitava toteuttaa oikeusjärjestyksessä suojattuja toimintavapauksiaan myös urheilun alueella. Urheiluoikeudellisten periaatteiden tarkastelu on ainakin kansallisesti ollut rajallista siten, että arvioinnin laajentaminen ja edelleen syventäminen on tutkimuksellisesti mahdollista. Käytetyt puheenvuorot voidaan nähdä eräänlaisina keskustelunavauksina, joilla on sinällään oma tärkeä merkityksensä, mutta ne eivät rajaa pelikenttää tulevilta pohdintoilta.

Yleisten oppien kolmannen osan muodostavat oikeudelliset teoriat. Niiden asemaa voidaan tarkastella yhteydessä oikeuskäsitteisiin ja oikeusperiaatteisiin. Oikeudelliset teoriat nivoutuvat tältä osin keskusteluun oikeussääntöjen ja oikeusperiaatteiden keskinäisten ristiriitojen ratkaisemisesta. Oikeussääntöjen ja oikeusperiaatteiden välinen suhde jäsennetään tasoittain rakentuvaksi kokonaisuudeksi, kun painotetaan oikeuden sisällöllistä luonnetta.²⁵ Tämä tarkoittaa sitä, että kullakin tasolla ilmenevät ristiriidat ratkaistaan aina seuraavalla, ylemmällä tasolla. Ensimmäisen tason muodostavat oikeussäännöt. Rakenteen idean mukaisesti sääntöjen väliset ristiriidat ratkaistaan seuraavalle tasolle sijoittuvien oikeusperiaatteiden avulla.²⁶ Oikeussäännöistä on hypättävä oikeusperiaatteisiin, jotta oikeusjärjestyksen koherenssi voidaan taata. Ratkaisu edellyttää oikeusnormien välisen rajan ylittämistä. Tällöin vertailtavina ovat oikeussäännön taustalla olevia arvoja tai tavoitteita edustavat ja niiden toteuttamista edellyttävät oikeusperiaatteet.²⁷ Ristiriita ratkeaa oikeusperiaatteiden välisiä painoarvoja punnitsemalla.

Oikeusperiaatteiden väliset ristiriidat ratkaistaan vastaavasti mallinnuksen seuraavalla tasolla, joka muodostuu oikeudellisista teorioista. Teoriat muodostavat perustan periaatteiden välisten kollisioiden ratkaisemiselle. Kyse ei ole kiinteistä ratkaisulinjoista vaan *prima facie* -ratkaisumalleista, jotka konstruoivat kokonaisnäkömyksen oikeusperiaatteiden keskinäisistä suhteista. *Prima facie* -mallit ovat suuntaviivaluonteisia. Ne ohjaavat lähtökohtaisesti ratkaisuharkintaa, mutta ne eivät poista tarvetta määrittää oikeusperiaatteiden painoarvot tapauskohtaisesti.²⁸

²⁵ Ks. esim. Tolonen 1988, s. 191.

²⁶ Ks. myös Tuori 2000, s. 338, ja Pöyhönen 1988, s. 51–52.

²⁷ Ks. myös Pöyhönen 1988, s. 52–53.

²⁸ Esimerkkinä voidaan mainita Karhun väitöskirjassaan muotoilemat sopimusmallit. Ks. tarkemmin Pöyhönen 1988, s. 79–80, 91–94 ja 101–103.

Urheilu oikeudellisessa tutkimuksessa ei ole käsitelty nimenomaisesti oikeudellisia teorioita edellä tarkoitettussa muodossa. Tämä on sinällään ymmärrettävää, koska teorioiden muodostaminen edellyttää vakiintunutta käsitystä urheilu oikeuden kantavista periaatteista. Teorianmuodostuksen erityiskysymyksiin palataan jäljempänä, kun arvioidaan mahdollisuutta sovittaa yhteen urheilu oikeuden ja muiden oikeudenalojen materiaalisia lähtökohtia.²⁹

2.2 Urheilu oikeuden yleisten oppien kehittäminen

Urheilu oikeuden yleisten oppien kehittämisessä voidaan omaksua vaihtoehtoisia reittejä. Yleisiä oppeja voidaan lähteä kehittämään kokonaisuudessaan tai painottamalla niiden yksittäistä osa-aluetta. Jaottelu ei tältä osin ole kategorinen: yleisten oppien kehittäminen voidaan nähdä prosessina, jossa on eri osa-alueista rakentuvia vaiheita. Harkinnassa on otettava huomioon se tutkimuksellinen tausta, johon yleisten oppien arvioiminen sijoittuu. Tältä osin kansallinen pelikenttä on varsin avoin. Aiempi tutkimus ei juuri rajoita urheilu oikeuden yleisten oppien tarkastelua, mikä voi olla sinällään hyvä asia. Toisaalta taustan avoimuudesta voi seurata haasteita urheilu oikeuden yleisten oppien kehittämiselle. Oikeustieteelliselle tutkimukselle on tyypillistä traditiosidonnaisuus: tutkimus rakentuu aiempien kerrostensa päälle. Jostain on kuitenkin lähdettävä liikkeelle ja luotava pohjaa urheilu oikeudellisen keskustelun tuleville vaiheille.

Urheilu oikeuden yleisten oppien muodostamiseen vaikuttaa olennaisesti, miten oikeustiede ja oikeusjärjestys jäsennetään. Oikeustieteen keskeinen mahdollisuus tutkimusongelmien ratkaisemisessa liittyy oikeudellisen aineiston jäsentämiseen. Oikeustiede kykenee parhaimmillaan muodostamaan systemaattisen kokonaiskuvan siitä taustasta, johon oikeudelliset ongelmat sijoittuvat. Systematisointi on yksi oikeustieteen perustehtävistä.³⁰ Systematisointi kytkeytyy tiiviisti myös oikeustieteen ratkaisu- ja tulkintatehtävään: systematisointi sekä ratkaisu- ja tulkintatehtävä ovat vuorovaikutussuhteessa keskenään. Systemaattinen kehys muodostaa olennaisen edellytyksen ratkaisu- ja tulkintatehtävän onnistumiselle. Systematisoinnin merkitys korostuu erityisesti silloin, kun ratkaistavat ongelmat ovat moniulotteisia. Vastaavasti ratkaisu- ja tulkintatoiminnassa syntyy impulsseja, joita voidaan hyödyntää systematisoinnissa.

Systematisointi luo edellytykset oikeusjärjestyksen johdonmukaisuuden toteuttamiselle. Johdonmukaisuutta voidaan tarkastella ainakin kahdessa

²⁹ Ks. luku 4.

³⁰ Ks. oikeustieteen tehtävistä esim. *Tuori 2000*, s. 303 ja 309–310.

eri merkityksessä. On mahdollista puhua oikeusjärjestyksen konsistenssista ja koherenssista.³¹ Konsistenssilla tarkoitetaan oikeusjärjestyksen loogista ristiriidattomuutta, kun koherenssilla puolestaan viitataan oikeusjärjestyksen sisällölliseen johdonmukaisuuteen.

Konsistenssilla ymmärretään oikeusnormien keskinäistä muodollista ristiriidattomuutta. Oikeusjärjestyksestä ja oikeusnormien suhteita tarkastellaan lähtökohtaisesti formaalissa viitekehyksessä, jossa ei erikseen oteta kantaa oikeuden sekä sen taustalla olevien arvojen ja tavoitteiden välisiin yhteyksiin. Konsistenssi on kytkettävissä ajatukseen, jonka mukaan oikeusjärjestyksen nähdään koostuvan soveltamisalueeltaan ja sisällöltään tarkkarajaisesti määriteltävissä olevista oikeussäännöistä.³² Oikeusnormien keskinäiset ristiriitatilanteet ratkaistaan soveltamalla erilaisia standardeja (kuten *lex superior*, *lex posterior*, *lex specialis*), jotka ylläpitävät oikeusjärjestyksen loogista johdonmukaisuutta.³³

Koherenssiin sisältyy konsistenssista poikkeava näkemys oikeusjärjestyksen rakenteesta: oikeus nähdään sisällöllisenä järjestelmänä.³⁴ Pelkkä muodollinen ristiriidattomuus ei ole riittävää, vaan oikeusjärjestyksen johdonmukaisuus edellyttää oikeusnormien sekä niiden taustalla olevien arvojen ja tavoitteiden välisten suhteiden jäsentämistä. Oikeusjärjestys on hahmotettava sisällöllisesti mielekkäänä kokonaisuutena.³⁵ Oikeusjärjestyksen ristiriidattomuus ilmenee oikeusnormien arvo- ja tavoite-sisällön johdonmukaisuutena. Oikeusnormien keskinäisten suhteiden jäsentäminen vaatii, että kunkin oikeusnormin sisällöllinen merkitys konkretisoidaan yksittäistapauksessa ja näitä merkityssisältöjä (painoarvoja) verrataan keskenään. Johdonmukaisuutta ylläpidetään jäsentämällä oikeusjärjestyksen ja sen osa-alueiden yhteistä arvo- ja tavoiteperustaa sekä järjestämällä oikeusjärjestyksen kantavia rakenteita materiaalisesta näkökulmasta.

³¹ Tämän laajasti omaksutun käsiteparin oikeusperiaatteita koskevaan keskusteluun on tuonut Neil MacCormick. Ks. tarkemmin *MacCormick 1978*, s. 107–108 ja 152–154, ja *MacCormick 1982*, s. 137–138.

³² Ks. sääntö- ja periaatediskurssista yleisesti *Tolonen 1996*, s. 2–3.

³³ Tässä yhteydessä on syytä huomata, että standardien keskinäisen etusijajärjestyksen määrittämisen voidaan perustellusti katsoa edellyttävän sisällöllisiä perusteluita. Ks. tarkemmin *Tuori 2000*, s. 293.

³⁴ Sisällöllisyyden taustalta voidaan löytää ajatus siitä, että oikeuden normativiteetti edellyttää sisällöllisiä perusteita. Näkökulma poikkeaa joltain osin puhtaaksi viljellystä oikeuspositivistisesta kannasta. Esimerkiksi Hans Kelsen perusti oikeuden normatiivisuuden viime kädessä puhtaan muodolliseen perusnormin olemassaoloon. Toisaalta näkökulma eriytyy myös Hartin esittämistä pätevien oikeusnormien tunnistamista koskevista ajatuksista. Hart kytkee oikeuden normativiteetin oikeudellisiin käytäntöihin, joista voidaan paikantaa erityisen tunnistamissäännön avulla pätevät oikeusnormit ja todeta oikeusnormien legitimitetti. Ks. tästä keskustelusta esim. *Tuori 2001*, s. 316–318.

³⁵ Ks. tältä osin esim. *Tolonen 1988*, s. 190–192.

Oikeustieteellisessä tutkimuksessa on pyrittävä edistämään oikeusjärjestyksen systemaattisuutta. Oikeustieteellisen tutkimuksen kannalta sekä muodollisen että materiaalisen johdonmukaisuuden edistäminen ovat tärkeitä tavoitteita. Viimeaikaisessa oikeustieteellisessä tutkimuksessa on korostunut voimakkaasti materiaalisen johdonmukaisuuden asema. Asetelma liittyy kiinteästi oikeusjärjestyksen hahmottamisen tapaan. Oikeus jäsennetään kokonaisuutena, jossa sisällöllisillä seikoilla on keskeinen merkitys.³⁶ Oikeustiede voi omien keinojensa avulla tuoda esille ja jäsentää oikeudellisen sääntelyn sekä sen taustalla olevien arvojen ja tavoitteiden välisiä yhteyksiä. Nämä yhteydet muodostavat perustan oikeudellisen sääntelyn normatiivisuudelle. Oikeustiede luo edellytyksiä oikeudellisen sääntelyn hyväksyttävyyden ylläpitämiselle. Samalla se parantaa oikeudellisen sääntelyn ongelmanratkaisuvoimaa.³⁷ Oikeudellisen sääntelyn kyky ratkaista yksittäisiä ongelmia on keskeisesti riippuvainen johdonmukaisesta yhteydestä sääntelyn taustalla oleviin arvoihin ja tavoitteisiin.³⁸

Oikeusjärjestyksen systematisoinnin merkitystä voidaan arvioida eri tavoin. Oikeusjärjestyksen systemaattisuus edistää sekä muodollisten että materiaalisten näkökohtien toteutumista oikeudellisen sääntelyn asettamis- ja soveltamistoiminnassa.³⁹ Systematisointi on ensinnäkin edellytys oikeusvarmuuden ja oikeusjärjestyksen ennustettavuuden toteutumiselle.⁴⁰ Se luo puitteet, joissa oikeudellisia ongelmia voidaan vakiintuneella tavalla käsitellä ja ratkaista. Systematisoinnilla on kiinteä yhteys yhdenvertaisuuden toteutumiseen: systematisointi varmistaa osaltaan sen, että samanlaisia tapauksia käsitellään yhdenmukaisesti. Kyse on ennen kaikkea oikeudellisten ongelmien hahmottamistavasta sekä oikeusjärjestyksen arvo- ja tavoiteperustan asianmukaisesta huomioon ottamisesta. Systematisointi vaikuttaa koko oikeusjärjestyksen toiminnan lisäksi myös yksilöiden oikeusasemiin. Oikeusjärjestyksen ennakoitavuus on merkityksellistä yksilöille, jotta he voivat suunnitella oman toimintansa tulevaa järjestämistä.

³⁶ Ks. oikeudesta sisällöllisenä systeeminä tarkemmin *Tolonen 1988*, s. 190.

³⁷ Ks. tarkemmin *Pöyhönen 2000*, s. 68–69.

³⁸ Näkemyksen taustalla on ajatus, jonka mukaan oikeudellista ratkaisua edellyttävät riitakysymykset perustuvat olennaisesti osapuolten erisuuntaisiin intresseihin. Oikeudellinen ratkaisu on aina osaltaan osapuolten intressien arvottamista suhteessa joihinkin arvoihin ja tavoitteisiin – oikeudellisen ratkaisun osalta institutionaalista tukea saaviin arvoihin ja tavoitteisiin.

³⁹ Ks. muodollisesta ja materiaalisesta oikeusturvasta yleisesti tarkemmin esim. *Pöyhönen 1988*, s. 281.

⁴⁰ Systematisoinnilla voidaan katsoa olevan oikeudellisen aineiston käsittelyä ja jäsentämistä helpottavia vaikutuksia. Systematisoinnin vaikutukset liittyvät niin harkintaan, argumentointiin ja ratkaisun tekemiseen kuin oikeusnormien luomiseen. Ks. tältä osin *Taxell 1997*, s. 102–103. Ks. myös *Tuori 2004*, s. 1203.

Systematisoinnin vaikutukset eivät tyhjene yksin muodollisiin seikkoihin. Oikeusjärjestyksen systematisointi antaa mahdollisuuksia materiaalisen oikeussuojan toteutumiselle. Koherenssin saavuttaminen edellyttää oikeudellisen sääntelyn sekä sen arvo- ja tavoiteperustan välisten yhteyksien luomista ja ylläpitämistä. Materiaaliset näkökohdat tulevat tällä tavoin yhdistetyiksi oikeudellisen sääntelyn asettamis- ja soveltamistoimintaan.⁴¹ Näin varmistetaan osaltaan sisällöllisesti oikeiden ratkaisujen toteutuminen. Viime kädessä kyse on oikeusjärjestyksen normatiivisuuden luomisesta ja ylläpitämisestä.

Mahdollisuuksia oikeusjärjestyksen systematisointiin on arvioitu kriittisesti monilla perusteilla. Keskeinen havainto koskee yhteiskunnallisen arvopohjan fragmentoitumista. Asetelmasta on käyty keskustelua eri yhteyksissä.⁴² Kotimaisessa tutkimuksessa Thomas Wilhelmsson on mielenkiintoisella tavalla käsitellyt jälkiteollisen yhteiskunnan muutosta ja sen heijastuksia oikeudellisiin toimintamekanismeihin. Wilhelmssonin mukaan postmodernille yhteiskunnalle on tyypillistä perustavia arvoja koskevien käsitysten eriytyminen ja niiden nopea muutostahti. Yhteiskunnan eettinen perusta hajaantuu, jolloin yhteisymmärrystä yhteiskunnan kehittämisen hyväksyttävistä suunnista on aikaisempaa vaikeampi saavuttaa.⁴³ Voidaan jopa puhua ideologioiden kaaoksesta. Oikeudelle yhteiskunnan ohjaamisen keinona arvopohjan fragmentoituminen merkitsee siirtymistä suurista suunnitelmista pieniin hyviin kertomuksiin. Laajojen systematisointien sijaan tarvitaan käytännönläheistä moraalista kommunikointia.⁴⁴

Keskustelu yhteiskunnallisen arvopohjan hajautumisesta on merkityksellinen myös urheilu-oikeuden kannalta. Urheilun sateenvarjon alle sijoittuu hyvin monenlaisia toimintoja omaehtoisesta liikuntaharrastamisesta ja

⁴¹ Oikeuden asettamistoiminnassa materiaaliset näkökohdat vaikuttavat lainsäädännön synnyssä ja auttavat siksi ymmärtämään sääntelyyn sisältyviä arvoja ja tavoitteita sekä antamaan näin sääntelystä sisällöllisemmän kuvan kuin pelkkä muodollinen (kieellinen) lukeminen. Tällaista taustaymmärrystä tarvitaan erityisesti silloin, kun oikeuskäytäntö ikään kuin jatkaa lainsäätäjän työtä.

⁴² Kansainvälisesti erityisesti CLS-tutkimussuuntauksessa on painotettu yhteiskunnallisen arvopohjan peruuttamatonta hajautumista ja tarvetta yhteiskunnan arvopohjan kriittiseen arviointiin. Oikeus hahmotetaan tällöin perustaltaan ristiriitaiseksi kokonaisuudeksi. Ks. tarkemmin *Unger 1983*, passim.

⁴³ On huomattava, että Wilhelmssonin käyttämä terminologia poikkeaa etiikan ja moraalien osalta Tuorin terminologiasta. Tuori viittaa moraalilla yhteiskunnassa yleisesti hyväksytyihin (jaettuihin) hyvää elämää koskeviin ratkaisuihin, kun etiikka puolestaan liittyy yksilöiden omiin käsityksiin hyvästä elämästä. Ks. tarkemmin *Tuori 2002a*, s. 909. Wilhelmsson puolestaan puhuu moraalista ilman etiikkaa. Wilhelmsson näkee mahdollisuuden moraalien toteuttamiseen yksittäistapauksissa, vaikka yhteiskunnan yleinen eettinen perusta on hajautunut. Ks. tarkemmin *Wilhelmsson 2001*, s. 103–104.

⁴⁴ Tämä merkitsee jokaisen yksilön omien valintojen merkityksen korostumista. Yksilöiden on otettava omilla ratkaisuillaan vastuu elämästään, kun mahdollisuus tukeutua laajoihin moraalilähteisiin vähenee. Ks. *Wilhelmsson 2001*, s. 108.

vapaasta kansalaistoiminnasta aina ammattilaisurheiluun saakka. On mahdollista kysyä, voidaanko näin laajaa kenttää arvioida johdonmukaisena kokonaisuutena.⁴⁵ Tehtävä on epäilemättä haastava. Sen toteuttamisen kannalta merkityksellisiä seikkoja liittyy niin systemaattisen arviointiperustan laajuuteen kuin systematisoinnin tarkkuuteen.

Sisällöllisen systematisoinnin edellyttämän arvo- ja tavoiteperustan yhtenäisyyden laajuus riippuu kulloisenkin systematisoinnin alasta. Systematisointien laajuus voi tältä osin vaihdella tapauksittain suuresti. Tällä seikalla on vääjäämätön vaikutuksensa systematisoinnin vaatiman arvo- ja tavoiteperustan kattavuuteen. Tuori on käyttänyt termiä *lokaalinen koherenssi* viittamaan oikeusjärjestyksen osia käsittävään systematisointiin.⁴⁶ Tällöin koko oikeusjärjestyksen näkeminen materiaalisesti johdonmukaisena kokonaisuutena ei ole välttämätöntä ennakoitavuuden ja oikeusvarmuuden kannalta, vaan systematisoinnin keinoin voidaan luoda paikallista koherenssia esimerkiksi oikeudenoittain.⁴⁷ Paikallisen koherenssin edellytyksenä olevan arvo- ja tavoiteperustan laajuudelle asetettavat vaatimukset ovat pienemmät verrattuna ratkaisumalliin, jossa koko oikeusjärjestys pyritään hahmottamaan yhtenäisenä kokonaisuutena.

Systematisoinnin taso ja samalla sen tarkkuus voivat vaihdella. On mahdollista puhua esimerkiksi kokonais- ja osittaissysteemeistä.⁴⁸ Systematisoinnin laajuuden voidaan nähdä vaikuttavan sen tarkkuuteen: mitä laajemman alueen systematisointi kattaa, sitä yleisempi systematisoinnin sisältö lähtökohtaisesti on. Vastaavasti systematisoinnin sektorin pienentämisellä on annettavien suuntaviivojen sisältöä täsmentävä vaikutus. Tämä näkökulma on syytä ottaa huomioon systematisoinnin edellytyksiä ja vaikutuksia pohdittaessa. Systematisoinnin tuloksena syntyvien suuntaviivojen sisältöön vaikuttaa sekä oikeudellisen arvo- ja tavoiteperustan yhtenäisyyden aste että sääntelykohteen jäsentämisen yksityiskohtaisuus.

Systematisoinnin toteuttamismahdollisuuksia ohjaa olennaisesti sen luonne. Oikeusjärjestys ja samalla sen systematisointi on alati muuttuvien impulssien alainen. Nämä impulssit kumpuavat oikeusjärjestyksen yhteiskunnallisesta taustasta ja sääntelykohteesta. Tarve oikeusjärjestyksen

⁴⁵ Ks. *Hagman 2004*, s. 5–6, jossa arvioidaan kriittisesti urheiluoikeudellisen tutkimuksen keskittymistä huippu-urheiluun. Ks. myös *Timonen 2004*, s. 283.

⁴⁶ Lokaalisen koherenssin vastinparina voidaan pitää totaalista koherenssia, jossa kaikilla normeilla on käsittepuussa oma paikkansa ja jossa osien välillä vallitsevat deduktiiviset suhteet. Ks. tarkemmin *Tuori 2004*, s. 1213–1214 ja 1220.

⁴⁷ Näkökulma poikkeaa jossain määrin perusoikeuskeskustelussa esiintyneistä ajatuksista perusoikeusjärjestelmästä oikeusjärjestyksen yhteisenä perustana: perusoikeusjärjestelmän katsotaan voivan muodostaa yhteisen arvo- ja tavoiteperustan oikeusjärjestyksen hahmottamiselle sekä systematisoinnille. Eron merkitystä ei kuitenkaan tule ylikorostaa. Kysymys on aste-erosta, jonka taustalta löytyy varsin pitkälle yhteinen perusnäkemys.

⁴⁸ Ks. tarkemmin *Taxell 1997*, s. 103.

systematisointiin on jatkuva, joten systematisointi on perusteltua nähdä prosessina eikä pistemäisenä toimenpiteenä.⁴⁹ Avoimuus ja joustavuus ovat systematisoinnille ominaisia piirteitä, eikä systematisointia voida pitää itse-tarkoituksena. Dynaamisuuden vaatimus kuuluu systematisoinnin ytimeen.

Oikeustieteen keinot oikeusjärjestyksen systematisointiin perustuvat olennaisilta osin yleisiin oppeihin.⁵⁰ Yleiset opit edustavat oikeustieteen muuttumattominta osaa. Ne voidaan nähdä selkärankana, johon oikeusjärjestyksen jäsentäminen on kiinnitettävissä.⁵¹ Yleisillä opeilla voidaan katsoa olevan useita tehtäviä, joista oikeusjärjestyksen systematisointi on keskeinen.⁵² Systematisoinnin sisältö ja samalla sen mahdollisuudet voidaan ymmärtää eri tavoin: ääritilanteissa systematisoinnilla voidaan joko pyrkiä oikeusjärjestyksen sisällöllisen johdonmukaisuuden ylläpitämiseen tai ainoastaan hahmottamaan oikeusjärjestyksen sisältöä (pedagoginen tehtävä). Näkemuserot liittyvät tältä osin kiinteästi toisistaan poikkeaviin käsityksiin oikeusjärjestyksen arvo- ja tavoitepohjan yhtenäisyydestä.⁵³ Käsitys oikeusjärjestyksen arvo- ja tavoiteperustan hajaantumisesta tyypistää yleisten oppien tehtävän esitystekniseksi, jolloin oikeuden normativiteetin edistäminen jää muiden keinojen varaan.⁵⁴ Näkemys oikeusjärjestyksen arvo- ja tavoiteperustan (riittävästä) yhtenäisyydestä avaa yleisille opeille mahdollisuuden koherenssin luomiseen ja ylläpitämiseen.

Oikeusperiaatteilla on johtava asema, kun pyritään toteuttamaan ja edistämään oikeusjärjestyksen koherenssia.⁵⁵ Tämä on sinällään luontevaa, kun muistetaan oikeusperiaatteiden kiinteä yhteys oikeusjärjestyksen arvo- ja tavoitetaustaan. On mahdollista luonnehtia, että oikeusperiaatteet muodostavat avaimen oikeusjärjestyksen koherenssiin.⁵⁶ Yhteiskunnallisten arvojen ja tavoitteiden keskinäinen punninta käy mahdolliseksi, kun käytetään oikeusperiaatteita arvioinnin välineinä. Oikeusperiaatteiden kautta löytyy tällä tavoin linkki oikeudelliseen ratkaisutoimintaan: oikeusperiaatteet

⁴⁹ Ks. oikeuden systematisointitarpeen jatkuvuudesta *Tuori 2000*, s. 337.

⁵⁰ Ks. esim. *Tuori 2000*, s. 187–188.

⁵¹ Tuori on puhunut tältä osin yleisistä opeista esiyymmärryksenä, jonka avulla lakimiehet paikantavat oikeudellisia ongelmia. Ks. tältä osin *Tuori 2004*, s. 1219–1220.

⁵² Lisäksi yleisillä opeilla on katsottu voivan olevan konstitutiivis-epistemologisia, heuristisia sekä argumentatiivis-normatiivisia tehtäviä. Ks. tarkemmin *Tuori 2002a*, s. 906.

⁵³ Ks. tarkemmin *Tuori 2002a*, s. 904. Ks. myös *Tuori 2004*, s. 1216.

⁵⁴ Wilhelmsson on suhtautunut epäillen mahdollisuuteen yleisten oppien avulla pitää yllä ja edistää oikeusjärjestyksen systemaattisuutta. Wilhelmssonin mielenkiinto on kiinnittynyt pieniin hyviin kertomuksiin oikeusjärjestyksen normatiivisuuden airueina. Ks. tarkemmin *Tuori 2002a*, s. 904.

⁴⁹ Ks. esim. *Tuori 2002b*, s. 1313. Ks. myös *Tolonen 1988*, s. 192.

⁵⁶ Käsitteiden ja periaatteiden suhteet tulee nähdä dynaamisina. Keskeiset periaatteet heijastuvat peruskäsitteisiin siten, että nämä periaatteet tukevat omalta osaltaan oikeusjärjestyksen koherenssin muodostumista.

muodostavat kestävä perustan oikeudellisten ongelmien jäsentämiselle ja ratkaisemiselle. Oikeusperiaatteiden yhteydet yhtäältä oikeusjärjestyksen arvo- ja tavoiteperustaan sekä toisaalta oikeudelliseen ratkaisutoimintaan selittävät osaltaan sen, miksi urheilu oikeuden yleisten oppien jäsentämisessä oikeusperiaatteille on annettu keskeinen sija. Seuraavaksi on perusteltua siirtyä arvioimaan oikeusperiaatteisiin liittyviä näkökohtia ja niitä seikkoja, jotka on otettava huomioon käytettäessä oikeusperiaatteita urheilu oikeudellisessa tutkimuksessa.

3 KANTAVAT PERIAATTEET

3.1 Yleistä

Urheilu oikeuden kantavien periaatteiden määrittäminen edellyttää yleisten oikeusperiaatteita koskevien kriteerien arvioimista. Oikeusperiaatteiden pätevyyden perustana on niiden sisällöllinen hyväksyttävyyys. Oikeusperiaatteiden pätevyys riippuu niiden taustalla olevasta yhteiskunnallisesta arvosta tai tavoitteesta. Tämän lisäksi oikeusperiaatteilla tulee olla yhteys oikeusjärjestykseen. Institutionaalisen tuen vaatimus on olennainen oikeusperiaatteiden muodostamisen kannalta. Oikeusperiaate ei voi olla vain esittäjänsä mielipide, vaan oikeusperiaatteen taustalla olevan arvon tai tavoitteen tulee ilmetä jollain tavoin oikeusjärjestyksessä.

Kantavien periaatteiden muodostamiseksi on olennaista löytää urheilu oikeudesta sellaisia sisällöllisiä lähtökohtia, jotka antavat materiaalisien perusteiden urheilu oikeudelliselle sääntelylle. On mahdollista puhua urheilu oikeuden syväjustifikaatiosta.⁵⁷ Syväjustifikaatio luo viimekätisen perustan urheilun oikeudelliselle sääntelylle. Vaihtoehtona on urheilu oikeuden aseman jäsentäminen perustavasti toisenlaisella tavalla. Urheilu muodostaa ainoastaan yhden toimintaympäristön, jossa sovelletaan oikeusjärjestyksen muita vakiintuneita osia. Tällöin edellytykset urheilu oikeuden muodostumiselle itsenäiseksi oikeudenalaksi ovat rajalliset.

Urheilu oikeuden sisällöllisiä kiinne kohtia voidaan etsiä sekä oikeusjärjestyksestä että oikeudellisen ajattelun perustana olevista teorioista. Sisällölliset kiinne kohdat voivat ilmetä osin toisistaan poikkeavin tavoin. Olennaista on kuitenkin se, että institutionaalisen tuen vaatimus täyttyy. Oikeusjärjestys on nähtävä kokonaisuutena. Kantavien periaatteiden osalta urheilu oikeudella voi olla leikkauspisteitä muiden oikeudenalojen kanssa.

⁵⁷ Ks. syväjustifikaatiosta tarkemmin *Pöyhönen 1988*, s. 94–101.

Kyse on eräänlaisista oikeusjärjestyksen läpi kulkevista yleisistä sääntelyideoista, jotka ovat tyypillisiä länsimaisille oikeuskulttuureille. Yhteiset sääntelyideat edistävät osaltaan oikeusjärjestyksen kokonaisvaltaista systemaattisuutta. Lisäksi sääntelyideoita voi siirtyä oikeudenalalta toiselle. Oikeudellisten sääntelyideoiden yhteisen taustan ja niiden siirtymismahdollisuuden tunnistaminen ei tarkoita kuitenkaan sitä, että oikeudenalojen perustavat lähtökohdat olisivat identtisiä. Päinvastoin kunkin oikeudenalan erityispiirteet ohjaavat kantavien periaatteiden muodostamista. Mahdollisia samansuuntaisia sääntelyideoita on arvioitava kunkin oikeudenalan ominaispiirteiden mukaisesti.

Urheilu-oikeuden kantavat periaatteet määrittävät, millaiset seikat ovat urheilu-oikeudellisessa arvioinnissa keskeisiä. Kantavien periaatteiden kautta välittyvä oikeudelliseen harkintaan kuva urheilutoiminnan yhteiskunnallisesti hyväksyttäväksi katsottavasta sisällöstä. Lisäksi kantavat periaatteet asettavat näkökulman, josta urheilua arvioidaan oikeudellisesti. Kyse on tältä osin urheilun perustavasta hahmottamistavasta.

Urheilu-oikeuden arvo- ja tavoiteperustan on hahmotettu rakentuvan kolmen kantavan periaatteen varaan. *Vapausperiaatteen* mukaisessa tarkastelussa korostuu yksilön toimintavapauden perustava merkitys urheilun kannalta. Yksilö voi käyttää vapauttaan osallistumalla erilaisiin kilpailuihin tai harrastamalla urheilua vapaamuotoisesti eri yhteyksissä. Lisäksi yksilöt voivat järjestäytyä ja perustaa erilaisia yhteenliittymiä urheilutoiminnan järjestämiseksi. Urheiluseurat ovat keskeisiä toimijoita urheilun organisoijina ja puitteiden järjestäjinä. Urheilu-oikeuden tehtävä on osaltaan varmistaa, että yksilöt voivat käyttää heille oikeusjärjestyksessä annettuja vapauksia urheilemiseen mielekkäällä tavalla. Lisäksi urheilu-oikeuden kannalta on merkityksellistä, että yksilöiden perustamat yhteenliittymät kykenevät toimimaan itsenäisesti ja niille asetettujen perustavien päämäärien mukaisesti.

Urheiluun liittyy erilaisia perustavia arvoja. Reilu peli on urheilun arvoista keskeisin. Urheilussa on annettava jokaiselle lähtökohtaisesti reilut mahdollisuudet osallistumiseen. Omaa kilpailuasemaa ei saa pyrkiä keino-tekoisesti parantamaan. *Reilun pelin periaate* kuuluu urheilun ja samalla urheilu-oikeuden ytimeen. Reilun pelin periaatteen syväjustifikaationa on mahdollista pitää oikeudenmukaisuutta yhteiskunnallisena arvona. Oikeudenmukaisuus on moniulotteinen käsite. Reilun pelin periaatteen osalta on määriteltävä, mitä oikeudenmukaisuudella urheilu-oikeudellisessa kontekstissa tarkoitetaan.

Urheilulla on monia ilmenemismuotoja. Kilpaurheilu muodostaa ehkä näkyvimmän urheilun osa-alueen. Urheilukilpailujen järjestämiseen liittyvät erityiset näkökohdat on sisällytettävä oikeudelliseen harkintaan. Nämä näkökohdat voivat liittyä esimerkiksi kilpailujen lopputulosten

ennakoimattomuuden varmistamiseen tai sarjatoimintaan osallistuvien joukkueiden keskinäisten riippuvuussuhteiden tunnistamiseen. *Urheilukilpailujen sujuvuus* voidaan määrittää kantavaksi urheiluoikeudelliseksi periaatteeksi. Tällä periaatteella on ilmeinen taloudellinen perustelunsa, joka liittyy urheilumarkkinoiden toimintaan ja edelleen siitä seuraaviin hyvinvointivaikutuksiin. Toisaalta urheilukilpailujen toimivuus on keskeinen edellytys sille, että yksilöt voivat käyttää oikeuksiaan mielekkäällä tavalla urheilukilpailuissa ja reilu peli voi toteutua näissä kilpailuissa. Urheilukilpailujen toimivuudella on oikeusperiaatteena siten yhteys vaupausperiaatteeseen ja reilun pelin periaatteeseen.

Urheiluoikeuden kantavat periaatteet avaavat moniulotteisen näkymän urheiluun ja sen oikeudelliseen arviointiin. Asetelmaa voidaan täsmentää osaltaan oikeusperiaatteille yleisesti asetettujen tehtävien avulla. Oikeusperiaatteille tunnusomaisena piirteenä voidaan pitää niiden yhteyttä oikeusjärjestyksen arvo- ja tavoiteperustaan. Urheiluoikeuden kantavat periaatteet luovat edellytyksiä oikeusjärjestyksen materiaalisuudelle ja materiaaliseen johdonmukaisuudelle. Toisaalta on muistettava, että urheiluoikeuden kantavilla periaatteilla on oma sijansa oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa. Tätä taustaa vasten on mahdollista luonnehtia, että oikeusperiaatteet tai niiden tehtävät näyttäytyvät toisistaan poikkeavin tavoin eri soveltamistilanteissa. Oikeusperiaatteista keskusteltaessa on täsmennettävä, missä merkityksessä periaatteista kulloinkin puhutaan.

Kantavat periaatteet ilmentävät urheiluoikeuden ja viime kädessä myös koko oikeusjärjestyksen arvo- ja tavoiteperustaa. Voidaan nähdä, että urheiluoikeus on juuri oikeusperiaatteiden kautta yhteydessä arvo- ja tavoiteperustansa. Tässä mielessä oikeusperiaatteet luovat edellytyksiä yksittäisten oikeusnormien justifikaatiolle ja niiden normativiteetille. Kaarlo Tuorin terminologiaa käyttäen oikeuskulttuurin tasolla olevat oikeusperiaatteet perustelevat pintatason oikeudellisen aineksen.⁵⁸ Voidaan puhua oikeusperiaatteiden kautta välittyvästä oikeuden syväjustifikaatiosta. Samalla oikeusperiaatteet rajoittavat konkreettisempien oikeusnormien sisältöä. Oikeusperiaatteista kumpuaa siemen normatiiviselle kritiikille.⁵⁹ Oikeusperiaatteilla on tällöin *oikeuslähdetehtävä*.⁶⁰ Urheiluoikeuden kantavat periaatteet välittävät urheiluoikeuden keskeisiä ideoita toimiessaan oikeuslähdetehtävässä. Nämä ideat voivat olla sisällöltään osin hyvin

⁵⁸ Ks. tarkemmin *Tuori 2000*, s. 263.

⁵⁹ On myös mahdollista puhua oikeuden itserajoitusfunktion toteutumisesta. Ks. tarkemmin *Tuori 2000*, s. 250.

⁶⁰ Tuori ei alun perin tunnustanut periaatteille oikeuslähdetehtävää. Ks. tarkemmin *Tuori 2000*, s. 198. Tuori on sittemmin muuttanut kantaansa. Ks. *Tuori 2001*, s. 322. Ks. myös *Tuori 2007*, s. 150. Ks. asiaa koskevasta keskustelusta esim. *Tolonen 2000*, s. 523.

yleisiä ja saattavat siten vaatia konkretisointia soveltamistoiminnassa. Oikeusperiaatteet tuovat esille sen, mitä urheiluoikeuden kohdalla on pidettävä normatiivisesti olennaisena.

Oikeusjärjestyksen systematisoinnissa on viime vuosina korostunut materiaalisen johdonmukaisuuden merkitys. Oikeusperiaatteilla on koherenssein toteuttamisessa merkittävä sijansa. Kun oikeusperiaatteet luovat yhteyksiä oikeusjärjestyksen arvo- ja tavoiteperustaan, mahdollistavat ne samalla oikeusjärjestyksen sisällöllisen johdonmukaisuuden luomisen ja ylläpitämisen. *Systematisointitehtävä* kytkeytyy tiiviisti oikeusperiaatteiden oikeuslähde tehtävään.⁶¹

Oikeusperiaatteita tarvitaan oikeudellisessa soveltamis- ja ratkaisutoiminnassa. Oikeusperiaatteilla on siten *ratkaisu- ja tulkintatehtävä*.⁶² Oikeusperiaatteet voivat toimia oikeusnormeina, joita sovelletaan itsenäisesti oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa. Niitä voidaan myös hyödyntää muiden oikeusnormien tulkinnassa. Oikeusperiaatteet muodostavat oikeuslähteiden tulkinnassa huomioon otettavan argumentin. Periaatteet voivat tällöin ohjata esimerkiksi yksittäisen säännön soveltamista. Vaikutus voi ulottua yksittäisen oikeudenalan ulkopuolelle. Urheiluoikeuden kantavilla periaatteilla voi olla vaikutuksia esimerkiksi sovellettaessa kilpailuoikeudellista normistoa urheilun alueella.

Ratkaisu- ja tulkintatehtävät poikkeavat joiltakin osin oikeusperiaatteiden oikeuslähde- ja systematisointitehtävistä. Ilmeinen ero liittyy konkreettisuuden asteeseen. On selvää, että ratkaisu- ja tulkintaperiaatteet ovat lähtökohtaisesti sisällöltään konkreettisempia kuin oikeuslähde- ja systematisointiperiaatteet. Oikeudellinen ratkaisutoiminta edellyttää sovellettavilta oikeusnormeilta käytettävyyttä. Toiseksi voidaan ajatella, että oikeuslähde- ja systematisointiperiaatteiden ala on lähtökohtaisesti ratkaisu- ja tulkintaperiaatteita laajempi. Kyse ei tällöin ole yksittäiseen tilanteeseen sovellettavasta oikeusnormista, vaan koko oikeusjärjestyksen tai yksittäisen oikeudenalan normatiivista sisältöä kuvaavasta periaatteesta.

Oikeusperiaatteiden eri funktioiden ja tehtävien erilaisuutta ei tule ylikorostaa. Päinvastoin oikeuslähde- ja systematisointitehtävillä sekä ratkaisu- ja tulkintatehtävillä on keskenään kiinteä yhteys. Se muodostuu yhteisestä arvo- ja tavoiteperustasta: sisällölliset seikat luovat kantavan pohjan kullekin tehtävälle ja oikeusperiaatteiden ilmenemismuodolle. Oikeusperiaatteiden tehtävien väliset yhteydet voivat jäsentyä eri tavoin. Periaatetyyppien välillä voi muodostua erilaisia konstellatioita. Joissakin yhteyksissä yksittäisen oikeuslähdeperiaatteen alle voi sijoittua spektri erilaisia ratkaisu- ja tulkintaperiaatteita. Toisissa tilanteissa yksittäinen

⁶¹ Ks. *Tuori 2007*, s. 150.

⁶² Ks. *Tuori 2007*, s. 151–152.

oikeuslähdeperiaate täsmentyy erikseen rajatuksi ratkaisuperiaatteeksi. Erilaiset kombinaatiot ovat mahdollisia. Oikeusperiaatteiden konstellaatiot vaikuttavat oikeusperiaatteiden jäsentämiseen: oikeusperiaatteiden systematisointi ei saa olla kaavamaista, vaan siinä on otettava huomioon oikeusperiaatteiden erityispiirteet.

3.2 Vapausperiaate

3.2.1 Toimintavapauden oikeudellinen suoja

Urheilulla on monet kasvot. Urheilun eri ulottuvuuksia voidaan kuvata tarkastelemalla yksilöiden motiiveja urheilla ja osallistua urheilutoimintaan. Perinteisesti urheilu on mielletty fyysiseksi kamppailuksi, jossa yksilöt kilvoittelevat keskenään ja pyrkivät voittamaan paitsi itsensä myös vastustajansa.⁶³ Näkökulma korostaa urheilun kilpailullista luonnetta. On mahdollista luonnehtia, että urheilun kilpailullinen ulottuvuus sijoittuu vakiintuneesti urheiluoikeuden ytimeen.

Urheilukilpailujen ja -aktiviteettien järjestäminen edellyttää usein toiminnan organisoitumista. Yksilöt liittyvät yhteen ja perustavat seuran, jossa urheileminen on mahdollista. Seura on samalla harjoittelupaikka ja kilpailutoiminnan perusyksikkö. Lajien organisaatiot rakentuvat perustetaan seurojen yhteistoiminnan varaan. Lajiliitot organisoivat kansallisen kilpailutoiminnan ja päättävät siihen liittyvien käytännön kysymysten ratkaisemisesta. Kansallisten lajiliittojen yhteistoiminta muodostaa perustan lajien kansainväliselle järjestäytymiselle. Urheilun organisoituminen muistuttaa eräänlaista pyramidia, jonka perustassa ovat yksittäiset urheilijat sekä niiden yhteenliittyminä seurat ja joka kohoaa kansallisten lajiliittojen kautta kohti kunkin lajin kansainvälistä liittoa.⁶⁴

Yksilön urheilemisen motiivina ei tarvitse olla kilpaileminen. Urheilun harrastaminen voi perustua esimerkiksi pyrkimykseen kohottaa omaa kuntoa ja toteuttaa terveitä elämäntapoja taikka saavuttaa urheilun avulla erilaisia elämyksiä.⁶⁵ Urheileminen on tällöin yksilölähtöistä eikä se edellytä välttämättä tuekseen järjestöorganisaatiota. Urheilun terveysvaikutukset ovat merkityksellisiä myös yhteiskunnan tasolla kokonaisuudessaan. Julkisen vallan intressissä on osaltaan edistää liikuntamahdollisuuksia niiden kansanterveydellisten vaikutusten vuoksi.⁶⁶ Kilpaurheilu näyttäytyy tässä

⁶³ Ks. esim. *Steenbergen – Tamboer 1998*, s. 36.

⁶⁴ Ks. tarkemmin esim. Commission Staff Working Document, *The EU and Sport: Background and Context*, s. 40.

⁶⁵ Ks. esim. *Steenbergen – Tamboer 1998*, s. 47.

⁶⁶ Ks. esim. Urheilun valkoinen kirja (KOM (2007) 391 lopullinen), s. 3–5.

asetelmassa ainoastaan eräänlaisena mahdollisia esikuvia luovana taustaelementtinä, jonka toimintaedellytysten parantaminen ei ole yhteiskunnallisen päätöksenteon kannalta ensisijaista.

Yksilön motiivi urheilla voi olla välineellinen eli urheilu näyttäytyy yksilöille ensisijaisesti keinona saavuttaa urheiluun nähden ulkopuolisia päämääriä.⁶⁷ Urheilun kaupallistuminen on hyvä merkki tästä kehityksestä. Urheilu muodostaa joillekin yksilöille elinkeinon, jota kuitenkin harjoitetaan monesta muusta taloudellisen toiminnan muodosta poikkeavissa olosuhteissa. Urheilemisen motiivit ovat tällöin muuttuneet kilpailemisesta ja itsensä kehittämisestä kohti ammatin ja toimeentulon hankkimista. Urheilun kehitykselle leimallisena piirteenä voidaan viimeisten vuosikymmenten aikana pitää juuri kaupallisten näkökohtien voimistumista sekä yksilöiden että oikeushenkilöiden osalta. Kyse ei ole yksinomaan kilpaurheilun ammattimaistumisesta, vaan merkityksellisiä ovat olleet erilaiset urheilun harrastamiseen liittyvät palvelut, joita tuotetaan enenevässä määrin kaupallisin perustein.

Urheilun kattaman alueen moninaisuus merkitsee haastetta urheilu oikeudelliselle tutkimukselle. Perustavana havaintona voidaan pitää sitä, että yksilöllä ja hänen toimintamahdollisuuksillaan on keskeinen sija urheilussa. Urheilu voidaan mieltää niin yksilöiden kilvoitteluksi, harrastamiseksi, keskinäiseksi yhteenliittymiseksi kuin elinkeinonharjoittamiseksi. Urheilun perustana olevaa yksilön toimintavapautta voidaan jäsentää eri tavoin. Oikeudellisessa viitekehityksessä on syytä arvioida, millaista suojaa yksilön urheilun eri sektoreilla ilmenevä toimintavapaus saa oikeusjärjestyksessä.

Oikeusjärjestyksen perusteisiin kuuluu ajatus yksilön ihmisarvosta sekä hänen vapauksistaan ja oikeuksistaan. Ajatus on saanut institutionaalisen ilmauksensa perustuslain 1.2 §:ssä. Yksilön mahdollisuus urheilla ja siten toteuttaa itseään voidaan oikeudellisessa taustassa palauttaa viime kädessä näihin keskeisiin oikeusjärjestyksemme taustaideoihin. Yksilön toimintavapauden suojaa on mahdollista tarkastella edellä mainittua taustaa konkreettisemmin yksittäisten perusoikeuksien kannalta. Perusoikeudet muodostavat kokonaisuuden, jonka osien merkitykset voivat vaihdella arviointitilanteittain.

Urheilun ja yksilön toimintamahdollisuuksia turvaavien perusoikeuksien rajapinnassa voidaan tehdä perustava jaottelu ei-taloudellisten ja taloudellisten vapauksien välille. Urheiluun liittyvät muut kuin taloudelliset itsemääräämisoikeudet peilautuvat perustuslain 7 §:n henkilökohtaista vapautta ja 10 §:n yksityiselämää yleisesti turvaavan säännöksen kautta. Säännökset muodostavat keskeisen oikeudellisen taustan yksilön

⁶⁷ Ks. esim. *Steenbergen – Tamboer 1998*, s. 44.

mahdollisuuksille päättää oman elämänsä suuntaamisesta ja siten myös erilaiseen harrastustoimintaan ryhtymisestä. Joissakin yhteyksissä voi myös olla perusteltua viitata nimenomaisesti perustuslain 16 §:ssä turvattuihin sivistyksellisiin oikeuksiin. Kyse on tyypillisesti yksilön mahdollisuudesta kouluttautua urheilun saralla ja täten kehittää samalla itseään.

Perusoikeusjärjestelmästä seuraa julkiselle vallalle erilaisia velvollisuuksia. Eräänlaisena taustajaotteluna voidaan pitää julkiselle vallalle asetettuja perusoikeuksien kunnioittamis-, suojaamis- ja toteuttamisvelvollisuuksia.⁶⁸ Julkisen vallan on pidättäydyttävä sellaisista perusoikeusrajoituksista, joille ei ole hyväksyttävää perustetta ja jotka eivät ole oikeassa suhteessa tavoiteltavaan päämäärään nähden. Perusoikeuksien toteutumisen kannalta ei ole kuitenkaan riittävää, että julkinen valta kunnioittaa yksilöiden perusoikeussuojan piiriin kuuluvia oikeuksia. Julkisen vallan on omilla toimillaan pyrittävä edistämään perusoikeuksien toteutumista. Suojaamisvelvollisuus koskee julkiselle vallalle annettua tehtävää estää yksilöiden toiminnasta seuraavat perusoikeusrajoitukset. Tämä voi tarkoittaa puuttumista sellaisiin yksilöiden menettelyihin, jotka estävät perusteettomasti toisia yksilöitä toimimasta urheilussa. Lisäksi julkisella vallalla on velvollisuus omilla toimillaan edistää perusoikeuksien toteutumista. Urheilun osalta tällainen velvollisuus voidaan kiinnittää esimerkiksi perustuslain 19 §:ään, jossa julkiselle vallalle asetetaan nimenomainen velvollisuus edistää väestön terveyttä. Tämä voi tapahtua esimerkiksi kuntoliikunnan edellytyksiä turvaamalla.⁶⁹

Oikeusjärjestyksessä on turvattu tärkeällä tavalla yksilöiden mahdollisuus liittyä yhteen ja perustaa yhdistyksiä. Yhdistymisen vapaudella on olennainen asema urheilussa.⁷⁰ Kysymys on ensisijaisesti yksilöiden vapaudesta perustaa yhdistys ja kuulua sen jäsenistöön (positiivinen yhdistymisvapaus). Toisaalta perustuslaissa turvataan myös yksilöiden oikeus olla kuulumatta yhdistykseen ja tarvittaessa erota siitä (negatiivinen yhdistymisvapaus).⁷¹ Yksilötason lisäksi yhdistymisvapauden vaikutukset ulottuvat järjestelmätasolle. Yhdistyksille on vakiintuneesti tunnustettu oikeusjärjestyksessä autonomia oman toimintansa järjestämiseen.⁷² Yhdistysautonomia suojaa

⁶⁸ Ks. esim. *Karapuu 1999*, s. 82–83, ja *Jyränki 2000*, s. 286–288.

⁶⁹ Julkisen vallan toiminnan kansallisen oikeudellisen perustan muodostaa liikuntalaki, jonka 1 §:ssä todetaan, että lain tarkoituksena on edistää liikuntaa, kilpa- ja huippu-urheilua sekä niihin liittyvää kansalaistoimintaa, edistää väestön hyvinvointia ja terveyttä sekä tukea lasten ja nuorten kasvua ja kehitystä liikunnan avulla. Ks. EU-tasoisista päämääristä tältä osin *Urheilun valkoinen kirja (KOM (2007) 391 lopullinen)*, s. 3–4.

⁷⁰ Ks. urheilun merkityksestä vapaaehtoistoiminnan ja aktiivisen kansalaisuuden kannalta *Urheilun valkoinen kirja (KOM (2007) 391 lopullinen)*, s. 6–7.

⁷¹ Ks. negatiivisen ja positiivisen yhdistymisvapauden suhteesta *Muukkonen – Sajama 2009*, s. 54–55. Ks. myös *Halila – Tarasti 2011*, s. 42–46.

⁷² Ks. esim. *Halila 1993*, s. 245–252.

yhdistyksen taustalla olevia yksilöitä, mutta sillä on samalla yksittäisistä jäsenistä riippumaton ulottuvuutensa.⁷³ Yhdistysautonomia suojaa yhdistyksen toimintapiiriä sellaisenaan muun muassa suhteessa julkiseen sääntelyyn.

Urheiluun liittyvien taloudellisten toimintojen suoja voidaan luontevasti palauttaa perustuslain elinkeinovapautta ja omaisuutta suojaaviin säännöksiin.⁷⁴ Yksilö voi vedota niihin oman toimintansa suojaksi niin suhteessa julkiseen valtaan kuin toisiin yksilöihin. Perusoikeussuojalla on siten vertikaalinen ja horisontaalinen ulottuvuutensa. Suojan toteuttamisessa on otettava huomioon kunkin toimintaympäristön erityispiirteet. Modernissa perusoikeusajattelussa ei tehdä kategorista jaottelua yksilöiden ja oikeushenkilöiden nauttiman perusoikeussuojan välille. Täten urheilu- ja järjestöjen tai muiden urheiluun liittyvien oikeushenkilöiden harjoittama elinkeinotoiminta kuuluu suoraan perusoikeussuojan piiriin eikä perusoikeussuojaa tarvitse perustella toiminnan yksilövaikutuksien kautta.⁷⁵ Yksilön urheilussa harjoittama elinkeinotoiminta sijoittuu useimmiten lähelle suojan ydinaluetta.⁷⁶ Tilanne on monesti toinen oikeushenkilöiden harjoittaman elinkeinotoiminnan osalta.

Urheilu-oikeuden vapausperiaatteen tarkastelussa ei voida pysähtyä yksinomaan jäsentämään periaatteen oikeudellisia puitteita. On kyettävä siirtymään yksilön toimintavapauden suojan materiaalisiin perusteluihin. Vain näin voidaan ymmärtää kokonaisvaltaisesti yksilön toimintavapauden suojaamisen merkitys urheilu-oikeudessa.

3.2.2 Yksilön toimintavapauden suojaamisen perustelu

Yksilön toimintavapaudella on keskeinen asema urheilu-oikeudessa. Yksilön toimintavapaus on monessakin suhteessa se voima, johon urheilu eri muodoissaan perustuu. Yksilön toimintavapauden merkityksen oikeudellinen arviointi rakentuu perustavalla tavalla yksilön asemaa ja toimintaedellytyksiä koskevista käsityksistä. Ne asettavat keskeiset puitteet yksilön ja yhteiskunnan välisen suhteen tarkastelulle. Arvioinnissa voivat osin kerrostua rinnakkaiset teoreettiset lähestymistavat.

Urheilu-oikeuden vapausperiaatteeseen sisältyy keskeinen näkemys yksilön perustavasta asemasta ja yksilöiden keskinäisestä yhdenvertaisuudesta yhteiskunnassa. Yksilö ei ole vain keino joidenkin tavoitteiden, kuten yhteiskunnallisen hyvinvoinnin lisäämisen, toteuttamiseksi. Ajattelussa

⁷³ Ks. myös *Halila 1993*, s. 244 av. 12.

⁷⁴ Ks. kansainvälisestä keskustelusta tältä osin *Krogmann 1998*, s. 33–38.

⁷⁵ Ks. esim. *Länsineva 2002*, s. 108–111.

⁷⁶ Ks. perusoikeussuojan tasoon vaikuttavista seikoista tältä osin *Länsineva 2002*, s. 196–197.

korostuu yksilön itseisarvoinen asema. Ajattelun juuret voidaan palauttaa tältä osin aina Immanuel Kantiin saakka.⁷⁷ Yksilö on arvokas itsessään eikä vain hyvinvoinnin lisäämiseen tähtäävän prosessin osatekijänä.⁷⁸ Näkökulma on rinnakkainen utilitarististen teorioiden kanssa.

Tarkastelussa korostuu yhteiskunnallisten arvojen merkitys. Yhteiskunnassa on olemassa arvoja, jotka ovat sellaisenaan merkityksellisiä riippumatta siitä, millaisia hyvinvointivaikutuksia arvojen noudattamisella on. Yksilön toimintavapaus nähdään merkitykselliseksi yhteiskunnalliseksi arvoksi, jonka toteutumista tulee oikeudellisin keinoin suojata. Yksilön mahdollisuutta toteuttaa itseään urheilussa ja samalla kehittää taitojaan pidetään yhteiskunnallisesti merkityksellisenä asiana. Yksilön toimintavapauden suojaaminen ei tarvitse tuekseen mitään taloudellista perustetta, vaan näkemys muodostuu yksilön perustavan yhteiskunnallisen aseman varaan.

Yksilön toimintavapauden suoja kiinnittyy liberalistisen yhteiskunnanäkemysten ytimeen.⁷⁹ Näkemukseen voidaan liittää joitakin perustavia yksilön toimintavapautta koskevia olettamia. Yksilö muodostaa ne päämäärät, joiden toteuttamiseksi hän osallistuu urheilutoimintaan. Perusteet päätöksenteolle rakentuvat yksilöstä itsestään käsin. Kyse voi olla esimerkiksi valinnasta kilpa- ja harrasteturheilun välillä. Yksilön valinnat perustuvat hänen oman etunsa edistämiseen. Yksilön toimintavapauden suojaamiseen nivoutuu ajatus siitä, että yksilö tietää parhaiten, mikä on hänelle hyväksi. Kyse on eräänlaisesta arvosubjektivismista.

Yksilön toimintavapauden ideaan voidaan liittää ajatus, että yksilöillä on mahdollisuudet käyttää tahdonvapautta omaksi edukseen. Oletetaan, että yksilöillä on edellytykset käyttää toimintavapauttaan mielekkäällä tavalla. Rationaalisen harkinnan edellytykset asettavat vaatimuksia sekä yksilön ominaisuuksille että niille olosuhteille, joissa yksilö käyttää oikeuksiaan. Edellytysten täyttyminen luo perusteen vastuun syntymiselle. Yksilön toimintavapauden käänköpuolena on siihen liittyvä vastuu. Yksilö vastaa tekemistään valinnoista: yksilön on kannettava valintojensa seuraukset.

Vapausperiaatteen ytimestä voidaan johtaa julkiselle vallalle velvollisuus kunnioittaa yksilön toimintavapautta. Julkisen vallan keinoin ei saada tarpeettomasti puuttua yksilön mahdollisuuksiin urheilla ja järjestää keskinäiset suhteensa urheilussa. Toisaalta julkisella vallalla on velvollisuus suojata perusoikeuksia ja luoda edellytyksiä niiden toteutumiselle. Perusoikeuksien suojaamisvelvollisuudella on erityinen asema silloin, kun vapausperiaatteeeseen liittyvät olettamat eivät toteudu täysimääräisesti

⁷⁷ Ks. myös *Tuxill – Wigmore 1998*, s. 104–105.

⁷⁸ Ks. myös *McNamee 1998*, s. 152–153.

⁷⁹ Ks. tältä osin liberalistisen ajattelun lähtökohdista taloudellisessa kontekstissa esim. *Atiyah 1979*, s. 324–325.

tai yksilön toimintavapauden käyttämisellä on vahingollisia vaikutuksia toisten yksilöiden perusoikeusasemiin. Yksilön toimintavapauden ja sen sääntelyn välille voidaan katsoa muodostuvan ainakin potentiaalinen jännite urheiluoikeudessa. Seuraavassa asetelmaa arvioidaan erään tyypillisen soveltamistilanteen, urheilujärjestöjen yhdistysautonomian, kannalta.

3.2.3 Yhdistysautonomia urheilussa

Yhdistymisvapaus kuuluu oikeusjärjestyksen perusteisiin. Yhdistymisvapaudella on erilaisia funktioita yhteiskunnassamme. Yhdistymisvapauden voidaan katsoa muodostavan keskeisen taustaelementin poliittiselle järjestelmällemme ja yleisemmin yhteiskunnallisiin asioihin vaikuttamiselle. Urheilussa yhdistymisvapaus konkretisoituu erityisesti sen positiivisessa merkityksessä. Yksilöillä on oikeudellisesti suojattu mahdollisuus perustaa urheiluseuroja ja muita yhdistyksiä urheilutoiminnan harjoittamiseksi sekä liittyä niiden jäseniksi ja toimia niissä. Vastaavasti yksilöille on turvattu ainakin lähtökohtaisesti negatiivinen yhdistymisvapaus eli yksilöillä ei ole velvollisuutta kuulua urheiluseuraan tai muuhun yhdistykseen urheilutoiminnan harjoittamiseksi.⁸⁰

Yhdistysautonomia on oikeudellisesti monitahoinen käsite. Sen avulla voidaan katsoa suojattavan yksilöiden toimintamahdollisuuksia ja itsemääräämisoikeutta keskinäisten yhteenliittymiensä osalta. Yhdistysautonomian juuret johtavat siten yksilöiden oikeusasemiin. Toisaalta sitä ei voida jäsentää yksinomaan yksilöiden oikeusasemien kautta. Yhdistysautonomialla on yksilötason ylittävä perustansa. Sillä ei suojata vain yhdistyksen taustalla olevia yksilöitä, vaan suoja kohdistuu myös yhdistykseen itseensä.⁸¹ Lähestymistapa on modernin perusoikeusnäkökuvan mukainen.⁸²

Yhdistysautonomiata on tarkasteltu perinteisesti yhdistyksen ja julkisen vallan välisessä suhteessa.⁸³ Yhdistysautonomian on katsottava takaavan yhdistykselle vapauspiirin, johon julkinen valta ei voi ilman erityistä

⁸⁰ Tämä oikeus voi olla tosiasiaa rajoitettu, koska urheilun harrastaminen ainakin kilpailumielessä edellyttää monesti urheiluseuran jäsenyyttä ja sitä kautta yhteyttä lajin katto-organisaatioon. Ks. tältä osin esim. Urheilun oikeusturvalautakunnan päätös 3/2009, jossa käsiteltiin veteraanuurheilijan mahdollisuutta osallistua tenniksen sarjamuotoiseen joukkuekilpailutoimintaan ilman jäsenyyttä sarjan organisoineessa Suomen Senioritennis ry:ssä. Urheilun oikeusturvalautakunta päätyi ratkaisuihinsa siihen, että pelkkä Suomen Tennisliitto ry:n kilpajäsenyys ei oikeuttanut osallistumaan senioreiden sarjatennikseen, koska sarjan järjestäjä oli Suomen Tennisliitto ry:stä erillinen taho. Kyse oli Suomen Senioritennis ry:n jäsenille tarkoitetusta toiminnasta, johon osallistumisen edellytykseksi voitiin asettaa edellä mainitun yhdistyksen jäsenyys.

⁸¹ Ks. myös *Halila 1993*, s. 244 av. 12.

⁸² Ks. esim. *Länsineva 2002*, s. 196–197.

⁸³ Ks. esim. *Halila 1993*, s. 239–241.

perustetta puuttua. Joissakin yhteyksissä on tehty jaottelu oikeudellisen harkinnan ja tarkoituksenmukaisuusharkinnan välille.⁸⁴ Yhdistyksen päätökseen voidaan puuttua tuomioistuinteitse lähtökohtaisesti vain nimenomaan lainsäädännössä mainitulla perusteella. Perusoikeuskeskustelun avautuminen johtaa pohtimaan, tulisiko yhdistysautonomian oikeudellista asemaa tarkastella aiempaa voimallisemmin myös sen horisontaalivaikutusten kannalta.⁸⁵ Yhdistysautonomian käyttämisellä voi olla vaikutuksia yksilöiden oikeusasemiin ja erilaisiin kollektiivisiin hyviin.⁸⁶ Samalla on arvioitava yhdistysautonomian laajuutta.⁸⁷ On selvitettävä, millaiset tekijät vaikuttavat tyypillisesti yhdistysautonomian muodostumisen tasoon yksittäistapauksissa.

Oikeudellisessa viitekehyksessä on perusteltua lähteä siitä, että toiminnan sisältö ja sen vaikutukset heijastuvat yhdistysautonomian laajuuteen. Perusoikeuskeskustelusta on mahdollista saada tältä osin impulseja tarkasteluun. Urheilujärjestöillä ja muille urheiluun sijoittuneilla yhdistyksillä on usein mahdollisuus säännellä kollektiivisesti jäsentensä oikeusasemia. Kyse on tyypillisesti lajiliiton hyväksymistä kilpailusäännöistä, jotka ohjaavat kilpailujen toteuttamista esimerkiksi pelaajasiirtojen osalta. Lajiliittojen säännöt vaikuttavat välittömästi yksilöiden oikeusasemiin. Perusoikeusvaikutusten toteutumista korostaa urheilun hierarkkinen järjestäytymistapa: yksittäisellä urheilijalla ei ole käytännössä muita vaihtoehtoja kuin toimia lajiliiton asettamien puitteiden mukaisesti, mikäli hän haluaa kilpailla. Mitä voimakkaammin urheilujärjestön tekemät päätökset kohdistuvat yksilöiden oikeusasemiin, sitä tarkemmin on tarkasteltava yhdistysautonomian rajoja.

Arviointiasetelma avautuu tyypillisesti punnintana, jossa yhdistymisvapauden osana turvattua yksityisautonomiia verrataan yksilön oikeusasemaan. Olennaista on päästä harkinnan sisällöllisten perusteiden lähteille. Tukea harkintaan voidaan tältä osin saada vapausperiaatteen ohella urheilu-oikeuden muista kantavista periaatteista. Lisäksi on huomattava, että oikeusjärjestys muodostaa kokonaisuuden. Urheilu-oikeuden vapausperiaatetta on tarvittaessa arvioitava yhteydessä muiden oikeudenalojen

⁸⁴ Ks. *Halila – Tarasti 2011*, s. 47. Ks. myös *Halila 2006*, s. 73.

⁸⁵ Ks. myös *Muukkonen 2010*, s. 409.

⁸⁶ Ks. myös KKO 1998:122, jossa yhdistysautonomiaan kuuluvaa yhdistyksen päätöksen kanneperusteiden tarkkarajaista määrittelyä laajennettiin yksilön keskeisen oikeussuojan tarpeen toteuttamiseksi. Arviointi kiinnitettiin tältä osin yhdistyksen päätöksen vaikutuksiin urheilijan perusoikeussuojan kannalta.

⁸⁷ Tarkastelu voidaan palauttaa yhdeltä osin keskusteluun siitä, millainen asema urheilussa tehtäville arvovalinnoille annetaan suhteessa ympäröivän yhteiskunnan arvoperustaan. Ks. tältä osin esim. *Steenbergen – Tamboer 1998*, s. 38. Urheilujärjestöjen päätösten oikeudellinen arviointi voidaan nähdä tällöin yhteiskunnan ja urheilun arvojen välisenä ristiriitana. Ks. urheilun omalakisuudesta myös *Tuxill – Wigmore 1998*, s. 113.

kantaviin periaatteisiin. Tällöin urheiluun liittyvän toimintavapauden merkitys on suhteutettava muihin oikeusjärjestyksessä tunnustettuihin arvoihin ja tavoitteisiin. Periaatteiden välinen punninta jää yksittäistapa-uksessa suoritettavaksi. Oikeustieteen keinoin ei ole mahdollista asettaa harkinnalle yksiselitteisen rajaavia puitteita, vaan kysymys on eräänlaisesta suuntaviivojen määrittämisestä.

Oikeustieteessä voidaan kuitenkin jäsentää asetelmaa kuvaavaa harkintarakennetta. Keskeisen vaihtoehdon urheilijan ja urheilujärjestön välisen oikeudellisen relaation arvioinnille tarjoavat perusoikeuksien yleisistä rajoitusedellytyksistä kumpuavat arviointiperusteet.⁸⁸ Kyse ei ole perusoikeuksien yleisten rajoitusedellytysten suorasta soveltamisesta, vaikka urheilujärjestöillä usein oleva mahdollisuus tosiasiaa säännellä päätöksillään kollektiivisesti urheilijoiden perusoikeusasemia voisi sinäl- lään puoltaa edellytysdoktriinin perinteisen soveltamisalan laajentamista.⁸⁹ Keskeisiä ovat sitä vastoin yleisistä rajoitusedellytyksistä välittyvät ideat harkinnan toteuttamiseen.

Urheilu-oikeuden vapausperiaatteen kannalta merkityksellisiä näkökohtia liittyy niin yksilön toimintavapauden rajoittamisen perusteisiin, suhteelli- suusperiaatteeseen kuin yksilön oikeusturvan toteuttamiseen. Yhdistysauto- nomian piirissä tehdylle päätökselle on kyettävä esittämään hyväksyttävät perusteet. Päätöksen perusteet voidaan kiinnittää yhdistysautonomian lisäksi urheilu-oikeuden muihin kantaviin periaatteisiin ja oikeusjärjestyk- sen sisällöllisiä lähtökohtia ilmentäviin muiden oikeudenalojen keskeisiin periaatteisiin. Velvollisuus perusteiden esittämiseen on nimenomaisesti päätöksentekijällä. Toiseksi päätöksen oikeudellisessa arvioinnissa on kiinnitettävä huomiota käytettyjen keinojen oikeasuhtaisuuteen. Yksilön toimintavapauden rajoittamisessa ei saada mennä pidemmälle kuin on tarpeen hyväksyttävän päämäärän saavuttamiseksi. Valittujen keinojen tulee myös olla välttämättömiä hyväksyttävän päämäärän toteuttamiseksi. Kolmanneksi päätöksen kohteella tulee olla tosiasiaa mahdollisuudet saada asiassa oikeussuojaa. Vaatimus ei lähtökohtaisesti täyty urheilujärjestön sisäisin muutoksenhakukeinoin, vaan asia on voitava viedä riippumattoman lainkäyttöelimen tai vastaavan orgaanin ratkaistavaksi.⁹⁰

⁸⁸ Ks. myös *Muukkonen 2010*, s. 410.

⁸⁹ Ks. urheilun eurooppalaisesta organisointitavasta seuraavasta monopolisoitumiskehi- tyksestä *Parrish – Miittinen 2008*, s. 17–19.

⁹⁰ Tämä voi merkitä tosiasiaa haasteita nykyisille urheiluorganisaatioille. Ks. tarkemmin esim. *Arnaut 2006*, s. 68.

3.3 Reilun pelin periaate

3.3.1 Yleistä

Reilulla pelillä on urheilussa keskeinen asema. On jopa luonnehdittu, että reilu peli muodostaa urheilun ylimmän eettisen periaatteen.⁹¹ Reilun pelin periaatteessa yhdistyy urheiluoikeudessa tärkeällä tavalla eettis-moraalinen ja oikeudellinen arviointi.⁹² Reilulla pelillä on ilmeinen eettinen ja moraalinen perustansa, mutta reilua peliä voidaan arvioida myös urheiluoikeuden kantavana periaatteena. Tarkastelu edellyttää yhteyden luomista yhteiskunnan perustavien arvojen ja oikeuden välille. Arviointi palautuu yhteiskunnan perusrakenteiden tasolle: moraalien ja oikeuden voidaan katsoa muodostavan yhteiskunnan perusrakenteen yhdessä talouden ja politiikan kanssa.⁹³ Perusrakenteen osat voivat olla keskenään vuorovaikutussuhteessa. Moraalista voi välittyä impulseja oikeuden suuntaan. Välittäjinä moraalien ja oikeuden välillä toimivat tyypillisesti oikeusperiaatteet. Reilun pelin periaatteella on osaltaan tällainen tehtävä urheiluoikeudessa.

Reilulle pelille voidaan antaa erilaisia merkityssisältöjä.⁹⁴ Tämä käy kuvaavasti ilmi sekä kansallisesti että kansainvälisesti niistä yhteyksistä, joissa on viitattu reilun pelin toteuttamiseen urheilussa.⁹⁵ Kansallisena esimerkkinä voidaan ottaa esille Suomen Liikunta ja Urheilu (SLU) -yhteisön reilun pelin ihanteet ja tavoitteet, jotka SLU:n syyskokous on hyväksynyt vuonna 2010.⁹⁶ Ne kuvastavat keskeisellä tavalla suomalaisessa urheilussa omaksuttua käsitystä reilun pelin lähtökohdista. Ihanteiden perustaksi on otettu käsitys jokaisen yhtäläisestä ihmisarvosta. Ajattelutapa voidaan yhdistää niin sanottuun kultaiseen sääntöön, jonka mukaan toisia on kohdeltava siten, kuin haluamme toisten kohtelevan meitä. Tämän lisäksi SLU:n reilun pelin ihanteet ja tavoitteet sisältävät laajan joukon urheilun arvoperustaa kuvaavia seikkoja:

⁹¹ Halila 2006, s. 48 ja 399.

⁹² Ks. etiikan ja moraalien välisestä jaottelusta Tuori 2007, s. 130, jossa etiikalla viitataan hyvää elämää koskeviin yksilöllisiin ja ryhmäkohtaisiin määrittelyihin sekä moraalilla kaikkien tosiasiallisten tai potentiaalisten asianosaisten näkökannat yhdistäviin yhteiskunnallisiin arvopohdintoihin. Käsitteillä on keskinäisiä leikkauspisteitä. Oikeustieteellisessä tutkimuksessa ei voida pysähtyä yksinomaan terminologisiin tarkasteluihin, vaan on pyrittävä tunnistamaan oikeusjärjestyksen taustalla olevien perustavien arvokäsitysten keskeisiä sisältöjä ja niiden välisiä rajapintoja.

⁹³ Ks. tarkemmin Aine 2011, s. 41–44.

⁹⁴ Ks. esim. Taxell 1979, s. 487, jossa tarkastellaan sopimussuhteiden moraalista ulottuvuutta reilun pelin käsitteen avulla.

⁹⁵ Ks. reilua peliä koskevasta kansainvälisestä keskustelusta esim. Tuxill – Wigmore 1998, passim.

⁹⁶ Tietoisemmin, vastuullisemmin, kestävämmiin, SLU-yhteisön reilun pelin ihanteet ja tavoitteet, SLU-julkaisusarja 5/2010.

- jokaisen tasavertainen mahdollisuus liikuntaan ja urheiluun
- vastuu kasvatuksesta
- terveyden, turvallisuuden ja hyvinvoinnin edistäminen
- luonnon kunnioittaminen ja kestäväan kehitykseen pyrkiminen
- avoimuus, demokraattisuus ja oikeudenmukaisuus.

Vastaavia periaatteita on määritetty urheilun eri sektoreilla. Esimerkkinä näistä alakohtaisista periaatteista voidaan mainita erotuomarin eettiset periaatteet, joiden valmistelussa on hyödynnetty SLU:n eettistä valmistelutyötä.⁹⁷ Erotuomaritoiminnan eettiseen perustaan kuuluvat oikeudenmukaisuus, rehellisyys, puolueettomuus, riippumattomuus, vastuullisuus, avoimuus, suvaitsevaisuus sekä kasvun tukeminen.

Urheilussa omaksuttujen eettisten periaatteiden kenttää leimaa jonkinasteinen hajautuneisuus. Eettisiin periaatteisiin on sisällytetty hyvin monenlaisia sinällään tärkeitä asioita ja näkökohtia. Kokonaisuudesta löytyy yhteisiä tekijöitä, mutta käsitykset urheilun eettisestä perustasta hajautuvat monelta osin. Tämä asettaa haasteita reilun pelin sisällölliselle määrittämiselle. Urheiluoikeudellisessa tutkimuksessa on pyrittävä löytämään yhteinen sisällöllinen perusta reilun pelin periaatteelle. Kyse on reilun pelin periaatteen syväjustifikaatiosta. Tämän lisäksi on kyettävä arvioimaan reilun pelin periaatteen soveltamiseen liittyviä kysymyksiä.

3.3.2 Sisällöllinen perustelu

Reilun pelin periaatteen materiaallisen sisällön arvioinnissa on jäsennettävä, millaiseen yhteiskunnalliseen taustaan reilun pelin periaate kiinnittyy. Reilun pelin periaatteen justifikaationa voidaan pitää oikeudenmukaisuutta yhteiskunnallisena arvona. Tällä tarkoitetaan sitä, että reilun pelin periaatteen avulla pyritään löytämään ratkaisuja, jotka ovat yhdenmukaisia yhteiskunnallisten oikeudenmukaisuuskäsitysten kanssa.

Oikeudenmukaisuuden käsite on varsin laaja ja sitä voidaan lähestyä useista eri suunnista. Reilun pelin periaatteen merkitykseen urheiluoikeudellisessa arvioinnissa vaikuttaa keskeisesti se, millainen sisältö oikeudenmukaisuudelle annetaan. Oikeudenmukaisuuskäsitteen perustavia ulottuvuuksia voidaan käsitellä sekä oikeudelliselta että oikeudenmukaisuusteorioiden kannalta. Tarkastelu ei ole tältä osin tyhjentävä, vaan se muodostaa eräänlaisen taustakehikon reilun pelin periaatteen urheiluoikeudelliselle arvioinnille.

Oikeudenmukaisuuteen on viitattu valtiojärjestyksemme perusteita koskevassa perustuslain ensimmäisessä luvussa. Perustuslain 1.2 §:n mukaan

⁹⁷ Erotuomarin eettiset periaatteet, Suomen Erotuomarien Liitto ry, Helsinki 2005.

valtiosääntö turvaa ihmisarvon loukkaamattomuuden ja yksilön vapaudet ja oikeudet sekä edistää oikeudenmukaisuutta yhteiskunnassa. Näkökulma on ollut aiemmin esille myös urheiluoikeudellisen vapausperiaatteen osalta. Perustuslain 1.2 §:n viittaus oikeudenmukaisuuteen on yhdistetty erityisesti perustuslain 6 §:n yhdenvertaisuussäännökseen sekä taloudellisia, sosiaalisia ja sivistyksellisiä oikeuksia koskeviin säännöksiin.⁹⁸

Perustuslain 1.2 § antaa eräänlaisen taustan oikeudenmukaisuuden merkitykselle oikeusjärjestyksessämme. Säännöksestä ei kuitenkaan ole saatavissa kovinkaan paljon tukea oikeudenmukaisuuden tarkemman sisällön määrittämiseen. Oikeudenmukaisuuden arviointikriteereinä perustuslain 1.2 §:ssä ovat tasa-arvon sekä taloudellisten, sosiaalisten ja sivistyksellisten oikeuksien toteutuminen. Muilta osin oikeudenmukaisuuskäsityksen sisältö jää yleiseksi. Tämä on sinällään ymmärrettävää, kun otetaan huomioon perustuslain asema oikeusjärjestyksemme yleisenä taustana. Reilun pelin periaatteen yhteiskunnallisen taustan määrittämiseksi on kuitenkin voitava tarkastella oikeudenmukaisuuskäsitettä edellä mainittua yksityiskohtaisemmin. Mahdollisuuden tähän tarjoavat oikeudenmukaisuuskäsitteen perusjaottelut ja oikeudenmukaisuusteoriat.

Oikeudenmukaisuuskäsite voidaan jakaa muodolliseen ja materiaaliseen osaan. *Muodollisella oikeudenmukaisuudella* viitataan ennen kaikkea yksilöiden väliseen yhdenvertaisuuteen.⁹⁹ Samanlaisia tapauksia on kohdeltava samalla tavoin ja erilaisia tapauksia eri tavoin. Hyödyt ja haitat tulee jakaa yksilöiden kesken tasan, ellei hyväksyttäviä, esimerkiksi yksittäistapauksellisiin olosuhteisiin liittyviä perusteita päätyä toisenlaiseen lopputulokseen ole olemassa. Muodollisen oikeudenmukaisuuskäsityksen taustalta voidaan löytää ajatus yksilöiden itseisarvosta ja ennen kaikkea yksilöiden yhtäläisestä itseisarvosta. Muodollinen oikeudenmukaisuustulkinta voidaan kiinnittää oikeusjärjestyksessämme viime kädessä perustuslain 6 §:n yhdenvertaisuussäännökseen.

Muodolliseen oikeudenmukaisuuteen voidaan liittää ajatus yksilöiden toimintamahdollisuuksien yhtäläisyydestä.¹⁰⁰ Oikeusjärjestyksen keinoin pyritään takaamaan yksilöille yhdenvertaiset toimintaedellytykset. Tällaisessa tilanteessa on jokaisen yksilön asiana päättää itsenäisesti, miten hän toimintamahdollisuuksiaan käyttää. Oikeudellisen sääntelyn keinoin ei puututa toimintamahdollisuuksien käyttämisen lopputulokseen, vaan pyritään ainoastaan mahdollistamaan toimintaympäristön reiluus.¹⁰¹ Kun menettelylliset edellytykset ovat kunnossa, saavutetaan hyväksyttäviä

⁹⁸ Ks. tarkemmin HE 309/1993 vp, s. 42.

⁹⁹ Ks. esim. *Taxell 1976*, s. 45.

¹⁰⁰ Ks. urheilun osalta myös *Kinnunen 2004*, s. 63–64.

¹⁰¹ Ks. tarkemmin esim. *Rawls 1988*, s. 60.

lopputuloksia. Muodollisella ja menettelyllisellä oikeudenmukaisuudella on siten selkeitä keskinäisiä leikkauspisteitä.

Materiaaliseen oikeudenmukaisuuteen sisältyy sisällöllinen kannanotto siihen, millaista ratkaisua voidaan pitää oikeana. Kyse on ratkaisun sisällöllisestä hyväksyttävyydestä. Käytännössä sisällöllistä hyväksyttävyyttä koskevat näkökannat voivat poiketa toisistaan hyvinkin paljon. Erilaisten oikeudenmukaisuuskäsitysten avulla joudutaan ottamaan kantaa yksilön vapauksien ja oikeuksien suojaan. Oikeudellisesta näkökulmasta katsoen kyse on yksilöiden perusteltujen oikeusasemien suojasta. Perustava jaottelu voidaan tehdä tältä osin utilitarististen ja arvoperustaisten arviointitapojen välillä. Reilun pelin periaatteen kannalta perustelluin lähestymistapa liittyy oikeudenmukaisuuden arvoperustaiseen arviointiin, josta esille otetaan John Rawlsin käsitys oikeudenmukaisuudesta reiluna pelinä.¹⁰² Teoriaa on hyödynnetty myös urheilua koskevassa keskustelussa.¹⁰³

Reiluksi peliksi ymmärretty oikeudenmukaisuuskäsitys muodostaa utilitarismin verrattuna selvästi rinnakkaisen tavan käsitellä perustavia yhteiskunnallisia arvokysymyksiä. Utilitarismin peruspostulaatin mukaan arvokysymykset tulee ratkaista siten, että yhteiskunnan hyvinvoinnin kokonaismäärä on mahdollisimman suuri. Reiluksi peliksi mielletty oikeudenmukaisuuskäsitys sijoittuu osaksi teorioita, joiden taustalla on käsitys oikeasta. Oikealle asetettavia kriteereitä voidaan etsiä esimerkiksi erilaisista eettisistä teorioista tai yhteiskuntasopimusta koskevista konstruktioista. Näissä teorioissa saa yksilöllä itsellään oleva arvo tyypillisesti olennaisen aseman. Keskeistä on joka tapauksessa oikean erottaminen hyvästä.

John Rawlsin oikeudenmukaisuusteorialla on ollut merkittävä vaikutus oikeudenmukaisuuskäsitteen sisällöstä käytyyn keskusteluun. Rawls rakentaa teoriansa olettamaan alkutilasta, jossa olevien ihmisten tulisi sopia yhteiskunnan instituutioita koskevista oikeudenmukaisuuskriteereistä. Rawlsin teoria on siten yhteydessä erilaisiin yhteiskuntasopimus-teorioihin. Rawls määrittää oikeudenmukaisuuden kriteerit alkutilassa tehtävien rationaalisten valintojen kautta.

Rawlsin teorian selkeänä lähtökohtana on se, että yksilöllä ja samalla hänen oikeuksillaan on keskeinen asema yhteiskunnassa. Yksilön oikeuksia ei saa uhrata hyvinvoinnin kokonaismäärän kasvattamiseksi. Yksilön oikeuksien rajoittaminen on kuitenkin mahdollista toisten yksilöiden oikeuksien suojaamiseksi. Toiseksi Rawls ottaa kantaa hyvinvoinnin yhteiskunnalliseen jakautumiseen. Perusajatuksena on tällöin, että hyvinvointierojen kasvaminen on hyväksyttävää, mikäli kaikki

¹⁰² Ks. arvioinnin lähtökohdista *Rawls 1988*, s. 15–22.

¹⁰³ Ks. tarkemmin esim. *Loland 2000*, s. 158–159. Ks. Rawlsin teorian kriittisestä arvioinnista *Eassom 1998*, s. 66–67 ja 74.

yhteiskuntaluokat hyötyvät erojen lisääntymisestä. Hyvinvointierojen lisääminen ei saa koitua vain kaikkein hyväosaisimpien yhteiskuntaluokkien hyväksi, koska heidän asemansa saattaa useinkin perustua sattumanvaraisiin tekijöihin.

Rawlsin tarkastelussa yhdistyy monia perustavia yhteiskunnallisia näkökulmia. Yksilöt nähdään vapaina ja yksilöllisinä toimijoina, jotka hyötyvät keskinäisestä yhteistoiminnastaan. Yhteistoiminta edellyttää yksilöiltä vastavuoroisuutta: omien oikeuksien toteuttamiseen liittyy velvollisuus tunnustaa vastavuoroisesti toisten yksilöiden vastaavat oikeudet. Yhteistoiminnan taustalta välittyy oletama yksilöiden välisestä implisiittisestä sopimusjärjestelystä.¹⁰⁴

Urheilun ytimeen voidaan yhdistää ainakin kilpaurheilun osalta ajatus otteluvoittoihin pyrkimisestä. Kyse on velvollisuudesta parhaansa yrittämiseen. Tällä on oma merkityksensä urheilukilpailujen kannalta kokonaisuudessaan. Voittamista ei kuitenkaan voida tavoitella keinolla millä hyvänsä. Reilun pelin periaatteeseen nivoutuu velvollisuus käyttää kilpailuissa rehellisiä keinoja. Näin toteutuu osaltaan vaatimus olosuhteiden ja mahdollisuuksien yhdenmukaisuudesta, mikä kuvastaa vastavuoroisuuden ideaa.

Urheilun kannalta ajatus vastavuoroisuudesta on tärkeä. Näkökulma korostuu erityisesti yksilön toimintamahdollisuuksien yhtäläisyyden osalta. Reilun pelin periaatteen mukaisena ajatuksena on taata kaikille yksilöille lähtökohtaisesti yhtäläiset mahdollisuudet kilpailla ja osallistua urheilutoimintaan yhdenmukaisista asemista. Samalla yksilöt voivat käyttää heille oikeusjärjestyksessä turvattuja oikeuksia mielekkäissä olosuhteissa. Idea toimintamahdollisuuksien yhtäläisyydestä kantaa urheilussa pitkälle. Idea on kuitenkin vielä tarkasteltava hienosyisemmin, jotta reilun pelin periaatteen merkitys voidaan hahmottaa asianmukaisesti.

3.3.3 *Soveltaminen*

Reilun pelin toteutumista on mahdollista arvioida eri tavoin. Keskeinen jaottelu voidaan tehdä muodollisen ja epämuodollisen reilun pelin välille. *Muodollisella reilulla pelillä* tarkoitetaan toimimista kunkin lajin virallisesti asetettujen peli- ja muiden sääntöjen mukaisesti.¹⁰⁵ Muodolliset säännöt voidaan nähdä tältä osin konstitutiivisina normeina, jotka asettavat yleiset puitteet pelin pelaamiselle ja urheilemiselle. Reilun pelin toteutumisen arviointikriteereitä ei haeta näiden sääntöjen ulkopuolelta, vaan hyväksyttävyyden perusteet ovat sääntöjärjestelmän sisäisiä.

¹⁰⁴ Ks. esim. *Eassom 1998*, s. 58.

¹⁰⁵ Ks. esim. *Steenbergen – Tamboer 1998*, s. 39, ja *Loland 1998*, s. 83.

Reilun pelin muodollisen arviointitavan ongelmaksi saattaa muodostua se, että urheilun säännöt eivät aina anna vastauksia urheilussa ilmeneviin reilun pelin kannalta merkityksellisiin tilanteisiin.¹⁰⁶ Säännöt voivat olla aukollisia; niissä ei esimerkiksi ole otettu lainkaan huomioon yksittäistä soveltamistilannetta. Sääntöjen sisältö voi myös olla tulkinnanvarainen, jolloin ne eivät kykene määrittämään yksiselitteistä vastausta syntyneeseen kysymykseen. Sääntöjä voi olla siten tarvetta tulkita tai täsmentää. Tällöin on käytettävä pelisääntöjen ulkopuolisia materiaalisia arviointitapoja.

Konstitutiivisten sääntöjen lisäksi urheiluun voi sisältyä erilaisia regulatiivisia normeja, jotka ohjaavat yksilöiden toimintaa ja pelin etenemistä pelin kirjoitettujen, muodollisten sääntöjen asettamassa taustassa.¹⁰⁷ Regulatiiviset normit perustuvat urheilussa muodostuneisiin käytäntöihin ja tapoihin. Ne syntyvät ja kehittyvät usein yhteisöllisten käytäntöjen seurauksena. Urheilun sisällöllinen ulottuvuus liittyy juuri regulatiivisten normien noudattamiseen. On mahdollista puhua eräänlaisesta *epämuodollisesta reilusta pelistä*, jota arvioidaan toiminnan sisällön kautta.

Urheiluun osallistuminen edellyttää sitoutumista sekä muodollisiin pelisääntöihin että muodostuneisiin yhteisöllisiin käytäntöihin.¹⁰⁸ Reilu peli voidaan nähdä tätä taustaa vasten eräänlaisena muodollisten sääntöjen ja epämuodollisten käytäntöjen yhdistelmänä. Reilun pelin sisältöä ei voida siten lukea yksinomaan muodollisista säännöistä, vaan sen sisältöön vaikuttavat osaltaan myös urheilun sisäiset käytännöt. Käsite *pelin henki* kuvaa hyvin näin ymmärrettyä reilua peliä.¹⁰⁹

Pelin henki muodostuu ja hioutuu yksilöiden välisissä vakiintuneissa käytännöissä. Niitä voidaan kutsua myös erilaisiksi lajikulttuureiksi.¹¹⁰ Käytäntöjen sisällöt voivat vaihdella lajista riippuen. Pelin henki muodostaa puitteet sille, millaista pelaamista ja urheilemista voidaan pitää kulloinkin hyväksyttävänä. Sen vastaista voi olla menettely, joka sinällään täyttää sääntöjen kirjaimen vaatimukset. Pelaajien kesken muodostuneiden käytäntöjen kannalta hylättävää voi olla esimerkiksi pelaaminen sääntöjen aukkotilanteessa tavalla, joka vie vastustajalta reilun mahdollisuuden menestyä pelissä.¹¹¹ Pelin hengen taustalla on hiljainen, jaettu käsitys tällaisen pelitavan hylättävyydestä. Näkemys voi vaihdella ajan kulussa. Pelin henki tulee siten hahmottaa dynaamisena käsitteenä.

¹⁰⁶ Ks. *Loland 2000*, s. 161.

¹⁰⁷ Ks. *Steenbergen – Tamboer 1998*, s. 39.

¹⁰⁸ Ks. myös *Steenbergen – Tamboer 1998*, s. 40.

¹⁰⁹ Ks. *McFee 2000*, s. 172. Ks. myös *Loland 1998*, s. 87.

¹¹⁰ Ks. myös *Loland 1998*, s. 91.

¹¹¹ Joissakin yhteyksissä on tältä osin käytetty termiä pelin pilaaminen. Ks. tarkemmin *McFee 2000*, s. 174. Ks. myös *Eassom 1998*, s. 63.

Pelin hengen sisältöön vaikuttavat kunkin lajin ominaispiirteet. Tämä heijastuu osaltaan pelin hengen soveltamiseen oikeudellisessa harkinnassa. Sen taustalta voidaan kuitenkin löytää yleisiä sisällöllisiä, ihmisten välistä yhteistoimintaa kuvaavia perustavia ideoita. Pelin henkeen voidaan liittää pyrkimys varmistaa kaikille osapuolille yhdenmukaiset edellytykset osallistua peliin tai urheilukilpailuun. Kaikilla tulee olla reilut edellytykset menestyä urheilussa.¹¹² Yksilö ei saa omilla toimillaan vaarantaa toisten reiluja kilpailuedellytyksiä. Lähestymistapaan voidaan liittää ajatus vastustajan kunnioittamisesta yksilönä.¹¹³ Kunnioittamalla vastustajan kilpailuedellytyksiä yksilö varmistaa osaltaan itselleen vastaavat toimintaedellytykset urheilussa. Kyse on vastavuoroisuuden toteutumisesta urheilussa.¹¹⁴ Vastustajan kunnioittamisen lisäksi pelin henkeen voidaan liittää myös muita urheilemiseen liittyviä vaatimuksia. Tällainen vaatimus voi koskea esimerkiksi velvollisuutta yrittää parhaansa urheilukilpailussa.

Reilun pelin periaatteen sisällöllisen arvioinnin osalta nousee esille tärkeä kysymys urheilun arvopohjan yhtenäisyydestä.¹¹⁵ On pohdittava, voidaanko reilun pelin periaatetta ja siihen liittyvää pelin hengen noudattamisen vaatimusta tarkastella yleisesti vai onko syytä siirtyä asetelman toimintaympäristösidonnaiseen arviointiin. Vaikuttaa siltä, että reilun pelin yleisistä lähtökohdista on mahdollista muodostaa yhtenäinen käsitys. Tämän jälkeen yksityiskohtaiset näkemykset reilun pelin sisällöstä vaihtelevat. Jakolinjat voivat kulkea eri lajikulttuurien mukaisesti, mutta yhtä lailla merkityksellistä voi olla toiminnan arvopohjaa koskevien käsitysten eriytyminen lajien sisäisesti esimerkiksi ammattilais-, nuoriso- ja harrasteurheilun välillä.¹¹⁶ Toimintaympäristöjen eriytymiskehityksen tunnistaminen ei ole sinällään ongelmallista, koska se johtaa tarkastelemaan yksityiskohtaisesti eri sektoreilla muotoutuneita käytäntöjä, mikä on omiaan parantamaan oikeudellisen arvioinnin tarkkuutta. Haasteeksi voidaan kuitenkin nähdä urheilun yhteiskunnallinen sirpaloituminen: urheilun eri sektorit ja niihin sisältyvät maailmankuvat etäännyvät toisistaan, jolloin vaarana on urheilun fragmentoituminen.

Reilun pelin periaatteen soveltaminen näyttäytyy eräänlaisena tasapainoiluna toimintaympäristösidonnaisuuden ja oikeusjärjestyksen muodostaman kokonaisuuden välillä. Reilun pelin periaatteen soveltamisessa

¹¹² Arviointiin voidaan liittää kysymys sattuman ja hyvän onnen kaltaisten tekijöiden merkityksestä menestymisen kannalta. Ks. tarkemmin *Brevik 2000*, s. 143–144.

¹¹³ Ks. esim. *Eassom 1998*, s. 73. Ks. myös *McFee 2000*, s. 172–173.

¹¹⁴ Ks. myös *Loland 2000*, s. 158.

¹¹⁵ Ks. myös *Loland 1998*, s. 79–81.

¹¹⁶ Ks. ammattilaisurheilua koskevien sisäisten koodistojen syntymisestä *McNamee 1998*, s. 148–150.

on otettava huomioon kunkin toimintaympäristön erityispiirteet.¹¹⁷ Merkityksellisiä seikkoja ovat tältä osin urheilussa muodostuneet käytännöt ja niihin sisältyneet näkemykset toiminnan hyväksyttävästä sisällöstä.¹¹⁸ Tällä tavoin varmistetaan, että oikeudellinen sääntely ei etäänny liiaksi kohteestaan ja muodostu utopiaksi. Toisaalta on huomattava, että urheilun ja ympäröivän yhteiskunnan arvot saattavat joutua keskinäiseen jännitteeseen.¹¹⁹ Oikeudellisella sääntelyllä on normatiivinen tehtävänsä eli sen avulla pyritään ohjaamaan urheilua yhteiskunnallisesti hyväksyttäväksi katsottavaan suuntaan. Oikeudellinen sääntely ei saa jäädä vain urheilussa vallitsevien käytäntöjen kuvaajaksi, vaan urheiluoikeuden on säilytettävä normatiivinen tehtävänsä.

Asetelmaa voidaan kuvata eräänlaisena dialogina, jossa urheilussa muodostuneet moraalikäsitteet ja yhteiskunnan perustana olevat yleiset moraalinormit kohtaavat. Dialogi voidaan nähdä urheilun eräänlaisen kaksoskansalaisuuden ilmentymänä: urheilussa vaikuttavat sekä sen sisällä muodostuneet moraalikäsitteet että ympäröivästä yhteiskunnasta kumpuavat moraalimpulssit.¹²⁰ Kyse on vuorovaikutussuhteesta. Impulssit voivat kulkea molempiin suuntiin. Reilun pelin sisällön määrittäminen edellyttää tapauskohtaista harkintaa. Oikeustieteellisen tutkimuksen tehtävänä on asettaa harkinnalle suuntaviivoja, jotka luovat osaltaan edellytyksiä harkinnan systemaattiselle toteuttamiselle.

Reilun pelin periaate näyttäytyy oikeudellisessa harkinnassa instrumenttina, jonka avulla muodostuu yhteys urheiluoikeuden ja urheilun arvoperustan välille. Reilun pelin periaate mahdollistaa osaltaan oikeusjärjestyksen näkemisen systemaattisena kokonaisuutena. Reilun pelin periaatteella on siten oikeuslähde- ja systematisointitehtävät. Reilun pelin periaate voi konkretisoida oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa.¹²¹ Se voi ohjata olemassa olevien säännösten soveltamista. Tällöin reilun pelin periaate näyttäytyy tulkintatehtävässä. Reilun pelin periaatteeseen voidaan myös vedota itsenäisenä oikeusperiaatteena. Reilun pelin periaatteen soveltaminen ratkaisuperiaatteena on toteutunut jossain määrin oikeuskäytännössä. Urheiluoikeuden yleisten oppien systemaattisen tarkastelun eteneminen vahvistanee osaltaan reilun pelin periaatteen ratkaisutehtävää jatkossa.¹²²

¹¹⁷ Ks. myös *McFee 2000*, s. 174.

¹¹⁸ Ks. myös *Eassom 1998*, s. 66. Ks. myös *Loland 2000*, s. 160–161.

¹¹⁹ *Steenbergen – Tamboer 1998*, s. 42–43. Ks. myös *Tuxill – Wigmore 1998*, s. 113.

¹²⁰ Ks. myös *Steenbergen – Tamboer 1998*, s. 38 ja 43.

¹²¹ Ks. esim. Urheilun oikeusturvalautakunnan päätös 16/2011, jossa arvioitiin urheilujärjestöjen edun vahingoittamiseen osaltaan perustuneen kurinpitopäätöksen asianmukaisuutta reilun pelin periaatteen kannalta. Ks. myös *Halila 2006*, s. 137.

¹²² Ks. myös *Halila 2006*, s. 76.

3.4 Urheilukilpailujen sujuvusperiaate

3.4.1 Yleistä

Urheilu on laaja yhteiskunnallinen ilmiö, jota voidaan lähestyä useasta suunnasta. Aiemmin tässä esityksessä on määritetty urheilu oikeuden kantaviksi periaatteiksi vapausperiaate ja reilun pelin periaate. Ne kuvaavat urheilu oikeuden materiaalista perustaa. Vapausperiaatteen mukainen tarkastelu lähtee liikkeelle yksilön toimintamahdollisuuksista ja -vapauksista urheilussa. Yksilö on arvioinnin keskiössä. Reilun pelin periaate ohjaa puolestaan kiinnittämään huomiota urheilun moraaliseen sisältöön. Urheilua tarkastellaan yhteiskunnan arvojen suunnasta. Vapausperiaate ja reilun pelin periaate muodostavat kestävän sisällöllisen perustan urheilu oikeudelle. Vaikuttaa kuitenkin siltä, että tätä perustaa on vielä täydennettävä urheilun järjestelmätasoisista ulottuvuutta kuvaavalla periaatteella.

Urheilua voidaan harjoittaa eri tavoin ja erilaisissa toimintaympäristöissä. Yksilöt voivat urheilla omaehtoisesti ja korkeintaan erilaisia urheilupalveluita markkinoilta hankkien. Tällöin urheilemisen vaatimukset organisaatoriselle taustalleen ovat rajalliset. Monesti urheiluun kuitenkin liittyy kilpailullinen elementti eri muodoissaan. Kilpaileminen ei ole mahdollista ilman yhteyttä toisiin urheilijoihin ja joukkueisiin. Yhteys voi muodostua suoraan yksilöiden välille, mutta useimmiten taustalla on lajiliiton organisaatio, joka asettaa puitteet toiminnalle.

Kilpailemista voidaan pitää urheilun keskeisenä piirteenä. Kilpailemisen asema on urheilussa niin olennainen, että on mahdollista argumentoida kilpailutoiminnan järjestämiseen liittyvien seikkojen muodostavan osan urheilu oikeuden arvo- ja tavoiteperustaa. Kyse on urheilukilpailujen sujuvuuteen liittyvästä ulottuvuudesta, joka luo materiaalsen perusteen urheilu oikeudellisen sääntelyn olemassaololle. Ulottuvuus on ensisijaisesti urheilua järjestelmätasolla kuvaava ominaispiirre. Järjestelmätason lähtökohta ei poista mahdollisuutta, että urheilukilpailujen sujuvuudella voi olla vaikutuksia vapausperiaatteen ja reilun pelin periaatteen toteutumiseen.

Urheilukilpailujen sujuvuuteen liittyvät sääntelyideat voivat saada erilaisia ilmenemismuotoja oikeusjärjestyksessä. Lähestymistavalla voidaan nähdä olevan yleisiä yhtymäkohtia esimerkiksi markkinoiden toimivuutta koskevien sopimusoikeudellisten ja kilpailuoikeudellisten näkökohtien kanssa. Urheilukilpailujen sujuvuuteen liittyviä kysymyksiä on tarkasteltu nimenomaisesti sisämarkkinaoikeudessa ja kilpailuoikeudessa, minkä vuoksi on luontevaa hakea impulsseja urheilu oikeuden kehittämiseen

juuri näiltä oikeudellisilta sääntelylohkoilta. Arviointi kohdistuu vapaan liikkuvuuden säännösten ja EU:n kilpailuoikeuden kieltojen soveltamiseen urheilun saralla. Oikeuskäytännöstä voidaan löytää materiaalisia kiinne-kohtia urheilukilpailujen sujuvusperiaatteen muodostamiseen. Perustavat lähestymistavat voivat poiketa jossain määrin toisistaan: vapaan liikkuvuuden säännösten ja kilpailuoikeuden kannalta urheilukilpailujen toimivuus nähdään soveltamisympäristön erityispiirteisiin kuuluvana seikkana, kun taas urheiluoikeudessa urheilukilpailujen toimivuuteen kytkeytyvät seikat muodostavat itsenäisen perusteen oikeudelliselle sääntelylle. Näkökulmaero liittyy osaltaan urheilun erilaiseen asemaan yhtäältä sisämarkkinaoikeudessa ja kilpailuoikeudessa sekä toisaalta urheiluoikeudessa. Olennaista on kuitenkin näkökulmaerosta huolimatta urheilukilpailujen sujuvuudelle annetun sisällöllisen merkityksen tunnistaminen.

Sisämarkkinaoikeudellisen ja kilpailuoikeudellisen oikeuskäytännön tarkastelun jälkeen on syytä pysähtyä ja arvioida, voidaanko siitä löytää sellaisia materiaalisia näkökohtia, jotka voivat luoda itsenäisen perustelun urheiluoikeudelle. On pyrittävä määrittämään urheilukilpailujen sujuvusperiaatteen syväjustifikaatio. Lisäksi on arvioitava urheilukilpailujen sujuvusperiaatteen suhdetta urheiluoikeuden muihin kantaviin periaatteisiin.

3.4.2 Urheilun erityispiirteet EU-oikeudessa

Vapaan liikkuvuuden säännöksillä ja kilpailuoikeudella on perinteisesti ollut keskeinen asema EU-oikeudessa.¹²³ Sisämarkkinat ovat muodostaneet Euroopan integraatioprosessin ytimen, vaikka integraation kattama ala on jatkuvasti laajentunut ja sisämarkkinoiden lisäksi myös moni muu sektori on tullut integraation piiriin. Sisämarkkinoiden historiallisesti katsottuna vahvasta taustasta on seurannut, että vapaan liikkuvuuden säännöksiä ja kilpailuoikeutta koskeva oikeuskäytäntö on varsin laaja. Siinä on käsitelty kummankin oikeudellisen sääntelykokonaisuuden osalta urheilun ja EU-oikeuden välistä suhdetta. Oikeuskäytännöstä voidaan löytää joitakin sellaisia piirteitä, joilla on yleistä kantavuutta urheilun ja oikeuden rajapinnassa. Samalla voidaan määrittää materiaalisia kiinnekohtia urheilukilpailujen sujuvusperiaatteen jäsentämiseen.

EU-oikeudessa on vakiintuneesti tarkasteltu urheilun asemaa taloudellisen toiminnan käsitteen avulla. Käsite liittyi aiemmin EY:n perustamissopimuksen 2 artiklaan, joka on sittemmin korvattu EUT-sopimuksen 3–6 artiklalla. Lähtökohdaksi on omaksuttu, että urheilu kuuluu EU-oikeuden piiriin,

¹²³ Seuraavan tarkastelun kannalta merkityksellisiä ovat erityisesti työvoiman ja palveluiden vapaata liikkuvuutta sekä vapaata sijoittautumisoikeutta koskevat Euroopan unionin toiminnasta annetun sopimuksen (EUT-sopimus) säännökset.

mikäli se täyttää taloudellisen toiminnan kriteerit.¹²⁴ Rajanveto taloudellisen ja ei-taloudellisen urheilutoiminnan sekä puhtaasti urheilullisten ja taloudellisten kysymysten välillä ei välttämättä ole helposti suoritettavissa. Ajatuksena on, että EU-oikeutta ei sovelleta silloin, kun järjestelyiden perusteet ovat muita kuin taloudellisia ja liittyvät urheilutapahtumien erityisiin puitteisiin. EU-oikeuden soveltamisalaa ei kuitenkaan tule rajata enempää kuin soveltamisalan rajoituksen varsinainen tavoite edellyttää.

Urheilun taloudellisen ja ei-taloudellisen osan välinen rajanveto on tullut esille useissa vapaan liikkuvuuden säännöksiä koskevissa tapauksissa. Asiassa *Walrave v. Koch* tarkasteltiin mahdollisuutta soveltaa EUT-sopimuksen 18 artiklan syrjäntäkieltoa sekä työvoiman vapaata liikkuvuutta koskevaa EUT-sopimuksen 45 artiklaa ja palveluiden vapaata liikkuvuutta koskevaa 56 artiklaa kansainväliseen yksityisoikeudelliseen urheilujärjestöön.¹²⁵ Tapaus on oikeuskehityksen kannalta merkityksellinen siltä osin, että vapaan liikkuvuuden säännöksiä katsottiin voitavan soveltaa mihin tahansa sääntöihin niiden alkuperästä riippumatta, mikäli näillä säännöillä voidaan säännellä kollektiivisesti palkkatyötä ja palveluiden tarjontaa. Kansallisuuteen perustuvan syrjinnän kiellon soveltamiseen ei vaikuta se, millaisessa oikeudellisessa suhteessa toimintaa harjoitetaan. Kansallisuuteen perustuva syrjäntäkielto ei kuitenkaan sovellu urheilujoukkueiden, erityisesti maajoukkueiden, kokoonpanon muodostamiseen, koska kysymys on puhtaasti urheilullisista seikoista eikä taloudellisesta toiminnasta. Tällaiset kysymykset jäävät sellaisenaan EU-oikeuden soveltamisalan ulkopuolelle.

Asetelma on myöhemmin ollut esillä oikeuskäytännössä. *Doná*-tapauksessa arvioitiin ammattilais- ja puoliammattilaisjalkapalloilun luonnetta taloudellisena toimintana.¹²⁶ Tapauksessa katsottiin aiemman oikeuskäytännön mukaisesti, että kansallisuuteen perustuvaa syrjintää koskevia säännöksiä voidaan soveltaa julkisen vallan ohella urheilujärjestöjen sääntöihin, mikäli näillä säännöillä voidaan kollektiivisesti säännellä palkkatyötä ja palveluiden tarjontaa. EU:n tuomioistuin totesi, että vapaan liikkuvuuden säännökset eivät estä ulkomaisten pelaajien sulkemista kansallisen lajiliiton päätöksellä määrättyjen otteluiden ulkopuolelle. Perusteiden tulee olla ei-taloudellisia ja niiden tulee liittyä urheilutoiminnan luonteeseen sellaisenaan. Kyse on tyypillisesti osallistumisoikeudesta maaotteluihin.

Kolmantena merkittävänä oikeustapauksena voidaan ottaa esille EU:n tuomioistuimen päätös laajaa yhteiskunnallista huomiota saaneessa *Bos-*

¹²⁴ Asia 36/74 *Walrave and Koch v. Association Union cycliste internationale*, (1974) ECR 1405.

¹²⁵ Asia 36/74 *Walrave and Koch v. Association Union cycliste internationale*, (1974) ECR 1405.

¹²⁶ Asia 13/76 *Gaetano Doná v. Mario Mantero*, (1976) ECR 1333.

man-asiassa.¹²⁷ Tapauksessa käsiteltiin eurooppalaisten jalkapalloliittojen silloisia siirtokorvausjärjestelmiä ja niistä seuranneita rajoituksia työvoiman vapaaseen liikkuvuuteen sekä ulkomaisten pelaajien lukumääriä koskeneita rajoituksia. Mainitun EU-oikeudellisen säännöksen katsottiin ulottuvan vapaan liikkuvuuden esteenä oleviin erotuksetta soveltuviin säännöksiin eikä ainoastaan säännöksiin, jotka syrjivät kansallisuuden perusteella. Lisäksi katsottiin kielletyksi voimassa ollut siirtokorvausjärjestelmä, vaikka se ei syrjinyt pelaajia kansallisuuden perusteella. Siirtokorvausjärjestelmällä todettiin olevan epäsuotuisa vaikutus työntekijöiden siirtymiseen jäsenvaltiosta toiseen.

Tapauksessa tarkasteltiin yhtenä kysymyksenä EUT-sopimuksen 45 artiklan soveltumista yksityisoikeudellisen järjestöjen sääntöihin. Aiemman oikeuskäytännön mukaisesti soveltamista pidettiin mahdollisena. Tämä avasi puolestaan yksittäisille toimijoille mahdollisuuden vedota 45 artiklaa koskeviin oikeuttamisperusteisiin. Ne liittyvät lähinnä yleistä järjestystä, yleistä turvallisuutta ja kansanterveyttä koskeviin syihin. Urheilujärjestön itsesääntely yleistä etua edustavien päämäärien suojaamiseksi todettiin sallituksi. Relevantteja päämääriä voivat tältä osin olla esimerkiksi taloudellisen ja urheilullisen tasapainon säilyttäminen seurojen välillä, ammattilaisarjan elinkelpoisuuden ylläpitäminen, amatööriurheilun intressit sekä nuorten pelaajien koulutuksen ja rekrytoinnin edistäminen. Yleiseen etuun perustuvat vapaan liikkuvuuden rajoitukset eivät kuitenkaan saa olla liiallisia. Käytettyjen keinojen tulee toisin sanoen olla oikeassa suhteessa tavoiteltavaan päämäärään nähden. Lisäksi rajoitusten on oltava välttämättömiä hyväksyttävän päämäärän toteuttamiseksi. Hyväksyttävän rajoitusperusteen soveltamisessa on siten otettava huomioon suhteellisuusperiaatteen vaatimukset.

Bosman-tapauksella on ollut moninaisia vaikutuksia urheilun oikeudelliseen ja yhteiskunnalliseen asemaan. On mahdollista luonnehtia, että jalkapalloilijat asetettiin tapauksessa samaan asemaan muiden alojen työntekijöiden kanssa. Urheilulla ei ole muista taloudellisen toiminnan sektoreista poikkeavaa asemaa. Urheilun erityispiirteet voidaan ottaa huomioon vapaan liikkuvuuden säännösten soveltamisessa. Tämä ei kuitenkaan oikeuta poikkeamaan vapaan liikkuvuuden säännöksistä ehdottomasti ja yleisesti.

Deliège-tapauksessa käsiteltiin osallistujien valintaa Atlantan olympialaisten judokilpailuihin.¹²⁸ Osallistujamäärää oli rajoitettu siten, että osallistuminen edellytti kansallisen lajiliiton lupaa tai valintapäätöstä. Urheilija katsoi tapauksessa, että osallistujamäärän rajausta rajoitti hänen

¹²⁷ Asia C-415/93 ASBL v. Bosman, Royal club de liégeois SA v. Bosman and others, UEFA v. Bosman, (1995) ECR I 4921.

¹²⁸ Yhdistetyt asiat C-51/96 ja C-191/97 *Deliège v. Ligue francophone de judo et disciplines associées, Ligue belge de judo, Union européenne de judo*, (2000) ECR I 2549.

mahdollisuuksiaan taloudellisen toiminnan harjoittamiseen. Asetelmaa arvioitiin EUT-sopimuksen 56 artiklassa tarkoitettujen palveluiden tarjoamisen vapauden kannalta. Keskeiseen asemaan nousivat taloudellisen ja ei-taloudellisen toiminnan arviointikriteerit, joita tulkittiin ratkaisussa laajasti. Urheilutoiminta ja erityisesti huippu-urheilijan osallistuminen kansainväliseen kilpailuun sisältävät EUT-sopimuksen 56 artiklassa tarkoitettuja palveluita, vaikka palveluiden vastaanottajat eivät välttämättä maksa näistä palveluista. Toiminnan taloudellinen ulottuvuus ei ole niin vähäistä, että sitä voitaisiin pitää toiminnan kannalta toisarvoisena tai epäoleellisena. Taloudellinen ulottuvuus voi liittyä esimerkiksi urheilijan mahdollisuuksiin hankkia yhteistyökumppaneita.

Tapauksessa tunnistettiin mahdollisuus ottaa huomioon kilpailujen toimivuuteen liittyviä näkökohtia, kun päätetään osallistujien valinnasta. Kansainvälisen urheiluturnauksen valintajärjestelmä perustuu urheilulajin luonteeseen, organisointiin ja rahoittamistapaan eikä se kiinnity suoraan yksittäisten urheilijoiden tilanteeseen. Näiden urheiluun liittyvien syiden vuoksi voidaan yksilön toimintamahdollisuuksia rajoittaa. Rajoitusten tulee kuitenkin olla välttämättömiä hyväksyttävän päämäärän saavuttamiseksi.

Tapauksessa päädyttiin siihen, että turnaukseen osallistuvien henkilöiden lukumäärän rajoittaminen liittyy erottamattomasti huipputason kansainvälisen kilpailun kulkuun, joka edellyttää määrättyjä valintasääntöjä tai -määräyksiä. Yksilön toimintavapauden rajoittamiselle on siten olemassa hyväksyttävä peruste. Tällainen valintajärjestelmä ei sellaisenaan rajoita palveluiden tarjoamisen vapautta. Kilpailujen toimivuuden vaatiman valintajärjestelmän toteuttaminen voidaan antaa kansallisten lajiliittojen tehtäväksi, koska niillä on riittävät tiedolliset ja taidolliset resurssit valintojen suorittamiseksi. Lisäksi valintajärjestelmän kuvatunlainen toteuttaminen vastaa useimpien urheilulajien yleistä organisointitapaa.

Lehtonen-tapauksessa käsiteltiin koripalloilijan siirtymistä pelaamaan toiseen jäsenvaltioon Kansainvälisen koripalloliiton asettaman aikarajan jälkeen.¹²⁹ Tilannetta arvioitiin EUT-sopimuksen 18 artiklan kansallisuuteen perustuvan syrjintäkiellon ja 45 artiklan työntekijöiden vapaata liikkuvuutta koskevan säännöksen kannalta. Ammattilaiskoripalloilijan katsottiin voivan täyttää 45 artiklassa tarkoitettujen työntekijän kriteerit ja toiminnan olevan luonteeltaan taloudellista. Pelaajasiirtojen suorittamiselle asetettuja määräaikoja voidaan tätä taustaa vasten tarkastella työntekijöiden vapaan liikkuvuuden rajoituksena.

Pelaajasiirroille määritettyjä aikarajoja voidaan perustella urheiluun liittyvillä syillä. Määräaikojen jälkeen tehdyt siirrot saattaisivat merkittävästi

¹²⁹ Asia C-176/96 *Lehtonen and Castors v. FRBSB*, (2000) ECR I 2681.

muuttaa joukkueiden urheilullisia painoarvoja sarjakauden aikana, jolloin eri joukkueiden sarjakauden aikana pelaamien otteluiden vertailukelpoisuus ja sarjakauden normaali eteneminen vaarantuisivat kokonaisuutenaan. Kyse voi olla joukkueiden keinotekoisesta vahvistamisesta pudotuspeliotteluihin. Työntekijöiden vapaan liikkuvuuden rajoittamiselle on siten asetettavissa urheiluun liittyvä hyväksyttävä syy. Rajoitukset eivät kuitenkaan saa olla laajempia kuin tavoitteiden saavuttaminen edellyttää. Lisäksi siirtoaikojen erilaisuudelle yhtäältä Euroopasta ja toisaalta sen ulkopuolelta tuleville pelaajille on oltava objektiivinen urheilutoiminnan luonteeseen liittyvä peruste.

Vapaan liikkuvuuden säännösten alueella on muodostunut vakiintunut lähestymistapa urheilun erityispiirteiden oikeudelliseen jäsentämiseen. Arvioinnin perustana on pidetty jaottelua taloudellisen ja ei-taloudellisen toiminnan välillä. Puhtaat urheiluun liittyvät säännöt ja järjestelyt jäävät vapaan liikkuvuuden säännösten soveltamisalan ulkopuolelle. Tällöin näillä säännöillä ei saa olla lähtökohtaisesti tekemistä taloudellisen toiminnan kanssa. Tulkinta on vakiintunut suppeaksi. Poikkeuksen piiriin ovat kuulleet lähinnä maajoukkueiden kokoamista määrittävät säännöt. Lisäksi on muistettava, että puhtaita urheiluun liittyviä tavoitteita saadaan toteuttaa vain oikeasuhtaisilla keinoilla.

Omaksuttua tiukkaa lähestymistapaa voidaan pitää perusteltuna, koska siinä rajataan asetetut kriteerit täyttävä toiminta kokonaisuudessaan EU-oikeuden soveltamisalan ulkopuolelle. Tämä on tärkeä ero pakottavia vaatimuksia koskevaan oikeuskäytäntöön nähden. Kyse ei ole tapauskohtaisesta poikkeamisesta, vaan määrättyjen toimien rajaamisesta kokonaisuudessaan EU-oikeuden soveltamisalan ulkopuolelle.¹³⁰ On lähdettävä siitä, että oikeuskäytännössä ilmenevää rinnakkaista yksittäistapauksellisiin oikeuttamisperusteisiin liittyvää harkintamallia tulisi vahvistaa jatkossa entisestään. Näin voitaisiin lisätä mahdollisuuksia arvioida riittävän tarkasti urheiluun liittyvien yleistä etua toteuttavien seikkojen merkitystä yksittäistapauksissa ja suhteuttaa näiden näkökohtien merkitys yksilöille turvattuihin vapauksiin.

Oikeuskäytännössä on käsitelty omana kysymyksenään urheilun ja EU:n kilpailuoikeuden suhdetta. On ilmeistä, että vapaan liikkuvuuden säännöksiä koskevalla oikeuskäytännöllä on ollut merkitystä myös kilpailuoikeuden soveltamiseen. Keskeisenä oikeustapauksena voidaan pitää asiaa *Meca-Medina ja Majcen v. komissio*, jossa oli kysymys yksittäisten urheilijoiden tekemän valituksen perusteella siitä, oliko kansainvälinen antidopingsäännöstö yhdenmukainen EU:n kilpailuoikeuden kanssa.¹³¹

¹³⁰ Ks. myös Parrish – Miettinen 2008, s. 233–235.

¹³¹ Asia C-519/04 P *Meca-Medina ja Majcen v. komissio*, (2006) ECR I 699.

Säännöstön mahdolliset kilpailua rajoittavat vaikutukset liittyivät erityisesti urheilijoille dopingrikkomuksen seurauksena perusteettomasti määrättyihin toimintakieltoihin. Käsillä olevassa tapauksessa urheilijat katsoivat antidopingsäännöstön olevan kilpailuoikeuden vastainen erityisesti siksi, että joillekin dopingrikkomuksille saattoi olla olemassa muukin selittävä tekijä kuin kielletyn aineen nauttiminen suorituskyvyn parantamiseksi.

EU:n yleinen tuomioistuin totesi, että perustamissopimuksen kilpailusäännökset eivät soveltuneet asiassa, koska antidopingsäännöstö liittyy puhtaasti urheiluun eikä sillä ole tekemistä taloudellisen toiminnan kanssa.¹³² Arviointi perustui siten toiminnan luonnetta koskevaan jaotteluun. EU:n tuomioistuin sitä vastoin katsoi, että perustamissopimuksen kilpailuoikeudellisia säännöksiä voidaan soveltaa antidopingsäännöstöön, vaikka tämä säännöstö sinällään liittyy urheilutapahtumien erityiseen luonteeseen tai sen erityisiin puitteisiin. EU:n tuomioistuin perusteli kantaansa sillä, että säännöstö tosiasiaissa vaikuttaa tai ohjaa taloudellisen toiminnan järjestämistä.¹³³ EU:n tuomioistuin avasi kilpailuoikeuden soveltamisharkinnan määrittelemällä antidopingsäännöstön tavoitteet (dopingin käytön torjunta kilpailun toteuttamiseksi, yhdenmukaisten kilpailuedellytysten takaaminen, urheilijoiden terveyden suojaaminen ja urheilun eettisten arvojen toteuttaminen), joita on pidettävä yleisesti hyväksyttävänä.

Hyväksyttävien tavoitteiden toteuttamiseksi käytettävien keinojen tulee olla oikeasuhtaisia. Säännökset on rajattava siihen, mikä on välttämätöntä urheilukilpailujen asianmukaisen toteuttamisen varmistamiseksi. Oikeasuhtaisuutta voidaan arvioida sekä dopingrikkomuksen määritelmän että sen sanktioiden osalta. Tässä yhteydessä harkinta rajoittui ainoastaan dopingrikkomuksen määritelmään, koska kantajina toimineet urheilijat eivät olleet esittäneet muita väitteitä.¹³⁴ Dopingrikkomuksen määritelmän osalta ei asiassa ollut esitetty riittävästi näyttöä sovellettujen raja-arvojen epäsuhtaisuudesta. EU:n tuomioistuin totesi, että kansainvälistä antidopingsäännöstöä ei voida pitää EUT-sopimuksen 101(1) artiklassa tarkoitettuna kiellettynä kilpailunrajoituksena.

Meca-Medina-tapaus on monella tavalla mielenkiintoinen. Ratkaisussa pyykitetään uudella tavalla kilpailuoikeuden ja urheilun välistä rajapintaa. Arviointi muodostuu aiempaa hienojakoisemmaksi, kun kilpailuoikeuden ja urheilun välisen rajapinnan määrittäminen ei perustu yksinomaan toiminnan luonnetta koskeviin arvioihin (taloudellinen / ei-taloudellinen toiminta).¹³⁵

¹³² Ks. tarkemmin asia 313/02 David Meca-Medina ja Igor Majcen v. komissio, (2004) ECR II 3291, k. 37–48.

¹³³ Asia C-519/04 P Meca-Medina ja Majcen v. komissio, (2006) ECR I 699, k 22–27.

¹³⁴ Ks. tuomion kohta 50–54.

¹³⁵ Ks. esim. *Aine 2007*, s. 82–83.

Ratkaisu nosti *Wouters*-tapauksen jälkeen esille keskustelun julkisoikeudellisesta *rule of reason* -harkinnasta.¹³⁶ Ratkaisu vahvistaa osaltaan *Wouters*-tapauksessa omaksuttua mahdollisuutta punnita erilaisia järjestelmätasoiisiin seikkoihin liittyviä perusteita suhteessa EUT-sopimuksen 101(1) artiklan kannalta merkityksellisiin kilpailua rajoittaviin vaikutuksiin. Ratkaisut ovat niiden osittain erilaisesta taloudellisesta taustasta huolimatta vahvassa yhteydessä keskenään.

Meca-Medina-tapaus osoittaa, että urheilun ja EU-oikeuden suhde on dynaaminen. Kilpailuoikeudessa ei vain seurata vapaan liikkuvuuden säännösten osalta omaksuttuja ratkaisulinjoja. Oikeuskäytännön kehitys tuskin pysähtyy *Meca-Medina*-tapaukseen. On mielenkiintoista seurata, millä tavoin *Meca-Medina*-tapauksessa omaksuttua arviointitapaa sovelletaan tulevissa tapauksissa.

3.4.3 Sisällöllinen perustelu

Vapaan liikkuvuuden säännösten ja kilpailuoikeuden soveltamiskäytännöistä välittyy vahvasti kuva, että urheilukilpailujen sujuvuuteen liittyvien näkökohtien tai seikkojen merkitys on tunnustettu EU-oikeudessa. Nämä näkökohdat ohjaavat omalta osaltaan EU-oikeuden soveltamista. Urheilutoiminnan erityispiirteiden arviointi voi perustua taloudellisen ja ei-taloudellisen toiminnan väliseen jaotteluun. Erityisesti kilpailuoikeudessa on kuitenkin pyritty viemään urheilutoiminnan erityispiirteet osaksi säännösten normaalia soveltamisharkintaa. Merkityksellisiä ovat tällöin urheilusta seuraavat yhtäältä markkinoiden toimintaa edistävät ja toisaalta niiden toimintaa rajoittavat vaikutukset. Kysymys on tässä viitekehyksessä erilaisten hyötyjen ja haittojen välisestä punninnasta.

Oikeuskäytännön perusteella voidaan tiivistää joitakin merkityksellisiä urheilukilpailujen ominaispiirteitä.¹³⁷ Ensimmäisen ryhmän muodostavat *urheilukilpailujen asianmukaiseen toimivuuteen* liittyvät näkökohdat. Niillä on olennainen merkitys urheilun sujuvuuden kannalta. Niiden toteutuminen luo kaikille toimijoille lähtökohtaisesti yhtäläiset mahdollisuudet osallistua kilpailuihin. Näkökohdat kuuluvat urheilun organisoimisen ytimeen. Oikeuskäytännön perusteella tällaisina seikkoina on pidetty erityisesti maajoukkueiden koostumusta määritteleviä sääntöjä.¹³⁸ Samaan luokkaan voidaan katsoa kuuluvan erilaiset peli- ja kilpailusäännöt, jotka asettavat puitteet

¹³⁶ Asia C-309/99 J. C. J. Wouters v. Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten, (2002) ECR I 1577.

¹³⁷ Ks. myös *Arnaut 2006*, s. 31–32.

¹³⁸ Ks. myös T. M. C. Asser Institut, Study on the Equal Treatment of Non-Nationals in Individual Sports Competitions, s. 7.

kilpailutoiminnan järjestämiselle. Urheilun kilpailutoiminnan sujuvuuden kannalta olennaisia ovat myös antidopingsäännökset. Urheilun eurooppalainen organisointitapa liittyy osaltaan urheilukilpailujen toimivuuteen: urheilu on organisoitunut pyramidimaisesti, jolloin jäsenvaltioiden alueella toimii lähtökohtaisesti vain yksi katto-organisaatio ja kansalliset lajiliitot muodostavat yhdessä kansainvälisen lajiorganisaation. Tässä yhteydessä on huomattava, ettei pyramidimainen organisaatorakenne voi oikeuttaa lajiliittoja toimimaan kaiken alaisensa toiminnan sääntelijänä. On usein perusteltua esimerkiksi vaatia, että lajiliiton sääntelytehtävät ja kaupalliset toiminnot eriytetään.¹³⁹

Toisena urheilukilpailujen ominaispiirteenä voidaan pitää pyrkimystä *urheilun integriteetin* turvaamiseen. Kyse on yhdeltä osin urheilun itsenäisyydestä ja riippumattomuudesta suhteessa ulkopuolisiin voimiin. Tätä tavoitetta voidaan toteuttaa esimerkiksi rajoittamalla joukkueiden ristikkäisiä omistussuhteita. Asetelmaan liittyy myös toinen ulottuvuus. Urheilutoiminta on järjestettävä taloudellisesti kestäväällä tavalla. Taloudellisten panostusten tulee olla järkevissä suhteissa saavutettavissa olevaan hyötyyn nähden, jotta urheilutoiminnan itseohjautuvuus ja itsenäisyys voidaan taata lyhyttä pidemmällä aikajänteellä. Tätä tavoitetta on pyritty turvamaan erilaisilla lisenssijärjestelyillä, joilla asetetaan rajoja esimerkiksi joukkueiden velkämäärille ja vaatimuksia seurojen taloudelliselle toimintakyvyille.

Kolmanneksi urheilukilpailujen sujuvuuteen voidaan liittää ajatus *kilpailullisesta tasapainosta*. Päämäärän taustalla on osaltaan pyrkimys lopputulosten ennakoimattomuuteen. Urheilulle on tyypillistä, että toimijat ovat keskenään riippuvuussuhteessa. Mielekästä kilpailua ei synny ilman uskottavia vastustajia. Toimijoiden keskinäinen riippuvuus on otettava huomioon urheilua koskevan oikeudellisen sääntelyn soveltamisessa. Osallistujien keskinäinen riippuvuus on urheilukilpailuille ominainen piirre. Kilpailullista tasapainoa voidaan pyrkiä edistämään esimerkiksi tuottojen jakamista koskevilla säännöillä. Tämä voi tapahtua käytännössä myymällä mediaoikeuksia keskitetysti ja kohdentamalla tuotot kaikille osallistujille riippumatta niiden markkinoinnillisesta potentiaalista. Samaan päämäärään voidaan pyrkiä myös jakamalla uusien pelaajien varausoikeuksia käännetyin sarjasijoituksen mukaisesti. Järjestelmissä on kysymys eräänlaisesta toimijoiden välisestä solidaarisuudesta, jolla on ilmeinen taloudellinen perustelunsa.

¹³⁹ Komission ratkaisukäytännöstä voidaan mainita esim. Kansainvälisen autoliiton (FIA) asemaa F1-kilpailuiden osalta koskenut tapaus, jossa FIA:n asemaa kilpailujen organisoijana ja kilpailujen kaupallisten oikeuksien hallinnoijana pidettiin ongelmallisena. Ks. komission lehdistötiedote 30.10.2001 IP/01/1523, jossa komissio ilmoitti päättäneensä asian käsittelyn sen jälkeen, kun FIA oli ilmoittanut luopuvansa kaksoisroolistaan.

Urheilukilpailujen sujuvuudelle voidaan määrittää mielekäs, vaikka osin erilaisiin seikkoihin perustuva sisältö. Urheilukilpailujen sujuvuus muodostaa keskeisen päämäärän urheilu oikeudessa. Urheilukilpailujen sujuvuusperiaatteen materiaalsen perustelun voidaan katsoa rakentuvan osin rinnakkaisista ulottuvuuksista. Itsenäisenä justifikaatioperustana on pidettävä urheilukilpailujen sujuvuuden taloudellisia vaikutuksia. Urheilumarkkinoiden toimivuus edellyttää, että urheilukilpailujen perusta on kestävä, urheilun integriteetistä pidetään huolta ja kilpailullinen tasapaino säilyy toimijoiden kesken. Nämä seikat muodostavat keskeiset reunaehdot urheilumarkkinoiden toiminnalle. Urheilumarkkinoiden toiminnan taustalta voidaan löytää hyvinvointiin liittyviä tavoitteita. Markkinoiden toimivuus varmistaa osaltaan, että hyvinvoinnin määrä lisääntyy yhteiskunnassa ja hyvinvointi jakaantuu markkinamekanismin mukaisesti. Nämä tavoitteet asettavat osaltaan itsenäisen sisällöllisen perustelun urheilukilpailujen sujuvuusperiaatteelle.

Urheilukilpailujen sujuvuusperiaatetta ei tule lukea yksinomaan taloudellisessa kontekstissa. Urheilukilpailujen sujuvuus vaikuttaa osaltaan vapausperiaatteen ja reilun pelin periaatteen edustamien arvonäkökohtien toteutumiseen. Yksilön kannalta on olennaista, että urheilun kilpailujärjestelmä toimii. Yksilö ei käytä oikeuksiaan tyhjiössä vaan yhteydessä muihin yksilöihin ja toimijoihin. Kyse on yksilön toimintavapauksien käyttämisen mielekkäistä olosuhteista. Reilun pelin kantavana ideana voidaan puolestaan pitää kilpailullisten toimintamahdollisuuksien yhtäläisyyttä. Kaikilla toimijoilla tulee lähtökohtaisesti olla yhdenmukaiset mahdollisuudet menestyä urheilukilpailuissa. Tämän päämäärän toteutumisessa urheilukilpailujen sujuvuudella on keskeinen asema. Reilun pelin periaate ja urheilukilpailujen sujuvuusperiaate leikkaavat tärkeällä tavalla toisiaan.

Urheilukilpailujen sujuvuusperiaate näyttäytyy oikeudellisesti useassa tehtävässä. Periaate luo yhteyden urheilu oikeuden ja sen tavoitetaustan välille. Tällä tavoin periaate auttaa yhdeltä osin määrittämään sitä, mitä voidaan pitää urheilu oikeuden kannalta olennaisena. Periaatteen avulla voidaan osaltaan edistää johdonmukaisuutta urheilu oikeudessa ja koko oikeusjärjestyksessä. Periaatetta voidaan myös hyödyntää oikeudellisissa ratkaisutoiminnassa. Se avaa yhden tärkeän näkökulman urheilua sääntelvien oikeusnormien tulkintaan. Näkökulma voi olla merkityksellinen esimerkiksi pohdittaessa urheiluseurojen välisen yhteistoiminnan kilpailu-oikeudellisia rajoja. Periaatteella voi olla itsenäistä merkitystä harkittaessa tarpeita ja mahdollisuuksia asettaa erityistä urheilua koskevaa oikeudellista sääntelyä. Tällainen tarve voi aktualisoitua esimerkiksi tarkasteltaessa joukkueiden ristikkäistä omistusta koskevan sääntelyn merkitystä urheilun integriteetin kannalta.

4 KANTAVIEN PERIAATTEIDEN SOVELTAMINEN

4.1 Yleistä

Urheilu oikeuden kantavat periaatteet auttavat jäsentämään urheilua koskevia harkintatilanteita systemaattisesti. Kantavien periaatteiden avaama systemaattinen arviointimahdollisuus koskee sekä urheilu oikeuden sisäisiä että sen rajat ylittäviä harkintatilanteita. Kummassakin tilanteessa on olennaista muodostaa mielekäs kokonaiskuva, jonka avulla voidaan paikallistaa oikeudellisia ongelmia ja tunnistaa harkintaan vaikuttavia materiaalisia lähtökohtia.

Oikeusperiaatteiden vahvuus oikeudellisten ongelmien arvioinnissa liittyy erityisesti koherenssin toteuttamisen mahdollisuuteen. Ratkaistava oikeudellinen ongelma voidaan nähdä yhteydessä materiaaliseen taustaansa. Viime kädessä kysymys on rinnakkaisten sääntelyideoiden vertaamisesta ja sovittamisesta yhteen. Oikeusperiaatteilla on erityinen merkitys oikeudellisen harkinnan lopputulosten hyväksyttävyyden kannalta. Kyse ei ole vain pistemäisistä ratkaisuista vaan sisällöllisesti kestäväällä perustalla olevista päätelmistä.

4.2 Sisäinen ulottuvuus

Kantavat periaatteet tuovat kokonaisvaltaisesti esille urheilu oikeuden keskeisiä sääntelyideoita. Urheilu oikeuden ei voida katsoa rakentuvan vain yhden ainoan sääntelyidean varaan. Urheilu oikeudessa on olemassa rinnakkain erilaisia arvoja ja tavoitteita, jotka luovat perustan kantaville periaatteille. Ne tuovat taustallaan olevat arvot ja tavoitteet oikeusjärjestyksen osaksi ja oikeudellisesti merkityksellisiksi. Kantavat periaatteet edellyttävät tausta-arvonsa tai -tavoitteensa mahdollisimman laajaa soveltamista.

Urheilu oikeuden keskeisten arvo- ja tavoitelähtökohtien välille voi muodostua jännitteitä, jotka ilmenevät urheilua koskevissa konkreettisisä soveltamistilanteissa. Tällöin on otettava kantaa sääntelyideoiden keskinäiseen suhteeseen. Oikeusperiaatteet tarjoavat mahdollisuuden jäsentää ja arvioida oikeudenalan taustalla olevia perustavia sääntelyideoita keskenään. Asetelma näyttäytyy kantavien periaatteiden välisenä punnintana. Näin voidaan muodostaa kestävä perusta oikeudelliselle harkinnalle.

Oikeusperiaatteiden keskinäisten suhteiden jäsentäminen ei ole yksin oikeusjärjestyksen sisäinen asia. Oikeustieteellisessä tutkimuksessa ei tule

sivuuttaa oikeuden ja sen sääntelykohteen välisiä yhteyksiä.¹⁴⁰ Sääntelykohteen erityispiirteet on otettava huomioon oikeusperiaatteiden tarkastelussa. Erityispiirteet voivat vaikuttaa periaatteiden keskinäisten suhteiden järjestymiseen. Urheilu-oikeuden kantavia periaatteita on arvioitava siten suhteessa urheilutoiminnan erityispiirteisiin.

Yksilön toimintavapaudella voidaan katsoa olevan perustava merkitys kaikessa urheilutoiminnassa. Urheilu rakentuu keskeisin osin yksilöiden toimintavapauksien varaan. Toiminnan sisältö voi tosin vaikuttaa vapausperiaatteen soveltamiseen. Keskeinen jaottelu voidaan tehdä puhtaasti harrastustoiminnan ja urheilun taloudellisen ulottuvuuden välillä. Puhdas harrastustoiminta liittyy yksilön henkilökohtaisen vapauden käyttämiseen, kun urheilun taloudellinen ulottuvuus kiinnittyy läheisesti elinkeinonharjoittamiseen ja pyrkimykseen taloudellisen voiton saavuttamisesta.

Virikkeitä arvioinnin suuntaamiseen voidaan saada esimerkiksi perusoikeuskeskustelusta. Yksilöt on vakiintuneesti sijoitettu perusoikeussuojan ytimeen ja vastaavasti oikeushenkilöiden saaman perusoikeussuojan on katsottu olevan lähtökohtaisesti jossain määrin rajallisempaa.¹⁴¹ Näin arvioituna yksilön henkilökohtainen vapauspiiri urheilussa kuuluisi perusoikeussuojan keskiöön ja oikeushenkilömuodossa harjoitettavan elinkeinotoiminnan suoja olisi edellä mainittua välillisempää. Vapausperiaatteen soveltamisessa ei kuitenkaan saada jäädä lähtökohtaisten oletettujen kahlitsemiksi. Olennaista on se, miten vapausperiaatteen ytimessä oleva ajatus yksilön toimintavapaudesta kulloinkin toteutuu urheilussa. Yksilöiden todellisia toimintaedellytyksiä on voitava arvioida urheilun kaikissa toimintaympäristöissä.

Reilun pelin periaatteella on koko urheilun läpäisevä vaikutus. Reilulle pelille voidaan määrittää yhteinen arvoperusta urheilussa. Tämä arvooperausta ohjaa reilun pelin periaatteen soveltamista. Toisaalta on kuitenkin huomattava, että reilun pelin periaatteen sisältöön vaikuttaa kulloinkin toimintaympäristö. Kyse on urheilussa muodostuneista käytännöistä, jotka heijastavat toimintaympäristösidonnaisesti urheiluun osallistuvien käsityksiä toiminnan hyväksyttävästä luonteesta. Näitä käsityksiä ei tule sivuuttaa reilun pelin periaatteen soveltamisessa.

Urheilun kurinpidossa on keskeisesti kysymys yksilön toimintavapauden ja reilun pelin välisestä suhteesta.¹⁴² Yksilön toimintavapaudelle asetetaan rajoja, jotta reilun pelin toteutuminen on mahdollista. Urheilu-oikeuden kantavat periaatteet auttavat jäsentämään tätä harkintaa. Soveltamistilanteissa on määriteltävä konkreettiset painoarvot yhtäältä vapausperiaatteelle

¹⁴⁰ Ks. tältä osin *Pöyhönen 2000*, s. 198–201, ja *Taxell 1997*, s. 115–117.

¹⁴¹ *Länsineva 2002*, s. 197.

¹⁴² Ks. myös *Halila 2006*, s. 71.

ja toisaalta reilun pelin periaatteelle. Periaatteiden jäsentäminen ja keskinäinen arvioiminen auttaa osaltaan hahmottamaan harkinnan kannalta keskeisiä tekijöitä.

Urheileminen on perustaltaan yhteisöllistä toimintaa. Yksilöt ovat urheilussa keskenään vuorovaikutussuhteessa. Tämä vuorovaikutussuhde näytetään tyypillisesti yksilöiden välisenä kilpailemisena. Urheilukilpailujen sujuvuusperiaatteen omin soveltamisalue sijoittuu juuri tähän perinteiseen urheilun osa-alueeseen. Urheilukilpailujen sujuvuusperiaatteella on vankka taloudellinen perustelunsa. Periaatteella on siten ilmeinen yhteys urheilun taloudelliseen ulottuvuuteen. On kuitenkin muistettava, että kilpaileminen voi liittyä myös harrastuspohjaiseen urheiluun. Urheilukilpailujen sujuvuusperiaatteella on siten oma asemansa harrasteurheilun oikeudellisessa arvioinnissa.

Urheilukilpailujen sujuvuuden varmistaminen voi merkitä puuttumista yksilön mahdollisuuksiin osallistua kilpailuihin ja käyttää omaa toimintavapauttaan urheilussa. Urheilukilpailuja ei voida järjestää vain yksilöiden ehdoilla, vaan kilpailujen järjestelmätasoinen ulottuvuus on otettava huomioon harkinnassa. Vapausperiaatteen ja urheilukilpailujen sujuvuusperiaatteen yhteensovittamisessa on määriteltävä kumpaakin periaatetta ilmentävien ristikkäisten arvo- ja tavoitenäkökohtien voimakkuus. Yksilön toimintavapauden suojan asemaan voi vaikuttaa esimerkiksi kilpailamisen yhteys elinkeinotoimintaan sekä rajoituksen syvällekyvyys. Vastaavasti on tarkasteltava, kuinka olennainen rajoitus on kilpailun järjestämisen turvaamisen kannalta ja onko vaihtoehtoisia, yksilön toimintavapautta vähemmän rajoittavia tapoja kilpailun järjestämiseksi olemassa.

Oikeustieteen mahdollisuudet ottaa ennalta kantaa yksityiskohtaisesti oikeusperiaatteiden keskinäiseen soveltamiseen ovat rajalliset, koska soveltaminen edellyttää niiden painoarvojen määrittämistä kussakin yksittäisessä tilanteessa. Oikeustieteen tehtävänä on kuitenkin määrittää oikeusperiaatteiden suhteita koskevia suuntaviivoja. Suuntaviivojen osalta palataan kysymykseen oikeudellisten teorioiden hahmottamisesta. Oikeudellisia teorioita voidaan muodostaa eri tavoin. Erään vaihtoehdon tarjoavat mallit, jotka rakentuvat yhden johtavan oikeusperiaatteen varaan. Tällaisen ratkaisun on valinnut Juha Karhu omassa väitöskirjatutkimuksessaan.¹⁴³ Hän on peilannut sopimusoikeudellisia tutkimusongelmia lähtökohtaisesti yhden johtavan periaatteen suunnasta. Tässä esityksessä omaksuttu

¹⁴³ Ks. tarkemmin *Pöyhönen 1988*, s. 79–80, 91–94 ja 101–103. Sopimusmallit tarjoavat sisällöllisen perustelun sopimusten sitovuudelle. Sopimusten sitovuutta ei oteta tällöin vain *pacta sunt servanda* -maksimiin kytkeytyvänä lähtökohtana, vaan sopimusmallien avulla selvitetään, miksi sopimuksen sitovuutta on pidettävä yllä. Karhun muodostamissa sopimusmalleissa tehdään valinta eri sopimusoikeudellisten periaatteiden välillä.

lähestymistapa poikkeaa keskitetyistä malleista. Urheilu oikeuden kantavia periaatteita punnitaan rinnakkain ilman, että määritetään ennakolta tarkkoja periaatteiden välisiä etusijajärjestyksiä.¹⁴⁴ Esityksessä on avattu suunta mallin muodostamiseen. Mallin yksityiskohtien kehittäminen jää tulevien urheilu oikeudellisten tutkimusten varaan.

4.3 Ulkoinen ulottuvuus

Urheilu oikeudellisessa keskustelussa on perinteisesti omaksuttu näkökulma, jonka mukaan urheiluun liittyvät seikat näyttäytyvät oikeudellisessa harkinnassa lähinnä toimintaympäristön ominaispiirteinä. Harkinta sijoittuu edelleen perinteisten oikeudenalojen mukaiseen kehikkoon. Omaksuttu lähestymistapa on omiaan typistämään urheilu oikeuden itsenäistä merkitystä. Urheilu oikeus hahmottuu pikantiksi osaksi perinteisten oikeudenalojen kehitystä. Urheilu oikeuden kantavat periaatteet luovat edellytyksiä arviointikulman laajentamiseen.

Kantavat periaatteet kuvaavat urheilu oikeuden arvo- ja tavoiteperustaa. Niiden tehtävät vastaavat muiden oikeudenalojen kantavia periaatteita. Avain oikeusjärjestyksen koherenssiin löytyy kantavien periaatteiden puninnan kautta. Harkintatilanteessa on määriteltävä kulloinkin soveltuville periaatteille painoarvot, jotta harkinnassa päästään kestävään oikeudelliseen ratkaisuun.

Oikeudenalojen kantaville periaatteille ei voida ennalta määrittää keskinäisiä etusijajärjestyksiä.¹⁴⁵ Harkinta-asetelma on tältä osin avoin. Tämä merkitsee käytännössä sitä, että esimerkiksi kilpailu oikeudellisia näkökohtia ei voida asettaa harkinnassa *prima facie* -asemaan suhteessa urheilu oikeuden kantavien periaatteiden edustamiin seikkoihin. Punninta periaatteiden välillä on mahdollista vasta sitten, kun periaatteille on määritelty tapauskohtaiset painoarvot. Harkinta ei kuitenkaan ole täysin vapaata. Oikeusperiaatteen merkitykseen harkinnassa vaikuttaa osaltaan sen oikeusjärjestyksessä saama institutionaalinen tuki. Tällöin voi oikeusjärjestyksessä tehdyillä ratkaisuilla olla oma merkityksensä harkinnassa.

Tarve kantavien periaatteiden välisen punnintaan voi aktualisoitua erilaisissa yhteyksissä. Esimerkkinä voidaan ottaa esille tässä esityksessä aiemmin käsitelty antidoping-säännösten mahdollisia kilpailua rajoittavia vaikutuksia koskeva tarkastelu.¹⁴⁶ *Meca-Medina*-tapauksen kannalta keskeinen kysymys näyttäytyy kantavien periaatteiden suunnasta arvioiden

¹⁴⁴ Ks. yleisesti *Aine 2011*, s. 445–447.

¹⁴⁵ Ks. myös yleisesti *Aine 2011*, s. 446.

¹⁴⁶ Asia C-519/04 P *Meca-Medina* ja *Majcen v. komissio*, (2006) ECR I 699.

niiden välisenä punnintana eikä yksinomaan EUT-sopimuksen 101 artiklan soveltamisena. Oikeusperiaatteiden kautta voidaan muodostaa kestävä perusta kilpailuoikeuden säännösten soveltamiselle. Tällöin periaatteiden avulla hahmotetaan asian ratkaisemisen kannalta keskeiset arvot ja tavoitteet, mikä on edellytys niiden keskinäiselle yhteensovittamiselle.

Oikeusperiaatteet auttavat osaltaan sijoittamaan harkittavat kysymykset oikeudelliseen ja yhteiskunnalliseen taustaansa. Kyse ei siten ole lähtökohtaisesti yksinomaan kilpailuoikeudellisista soveltamisongelmista, vaan harkinnassa on otettava asianmukaisella tavalla huomioon antidopingtoiminnan keskeiset ominaispiirteet urheilussa. Harkinta voi saada erilaisia oikeudellisia ilmenemismuotoja. Viimeaikaisen oikeuskäytännön perusteella olennaista ei ole urheilun ja kilpailuoikeuden soveltamisalan rajapinnan yleinen määrittäminen, vaan pyrkimyksenä on ollut asetelman sisällöllinen arvioiminen osana kilpailuoikeuden kieltoja. Urheilu oikeuden kantavat periaatteet tuovat tähän harkintaan keskeisen materiaallisen ulottuvuuden.

5 YHTEENVETO

Urheilu oikeuteen kohdistuu sekä sisäisesti että oikeusjärjestyksen muodostamasta taustasta erilaisia jännitteitä. Nämä jännitteet liittyvät urheilu oikeuden asemaan voimistuvana oikeudenalana. Sisäiset jännitteet koskevat erityisesti urheilu oikeuden kykyä hahmottaa urheiluun liittyviä ongelmia ja muodostaa perusteltuja tulkintakannanottoja. Jännitteet nivoutuvat siten urheilu oikeuden ongelmanratkaisukykyyn. Oikeusjärjestyksen muodostamasta kokonaisuudesta voi puolestaan kummuta erilaisia jännitteitä, jotka koskevat urheilu oikeuden ja muiden oikeudenalojen keskinäisiä suhteita. Urheilu oikeuden ja rinnakkaisten oikeudenalojen välisiä jännitteitä on pystyttävä arvioimaan kokonaisvaltaisesti, mutta samalla on annettava perusteltuja vastauksia konkreettisiin yhteensovittamisongelmiin.

Urheilu oikeuden tulevan kehityksen kannalta on keskeistä, miten edellä mainitut sisäiset ja ulkoiset jännitteet voidaan purkaa sekä kääntää urheilu oikeudellisen teorianmuodostuksen voimavaraksi. Vaihtoehtona on kaksi osin rinnakkaista strategiaa. Urheilu oikeudellinen tutkimus voi suuntautua pääosin konkreettisen ongelmatilanteiden ratkaisemiseen, jolloin voidaan tyydyttää käytännön urheiluelämässä syntynyt tiedonintressi. Välineitä tähän työhön voidaan hakea ensisijaisesti vakiintuneiden oikeudenalojen käsitteistä ja periaatteista. Tällöin urheilu muodostaa erityisen ympäristön, jossa vakiintuneiden oikeudenalojen yleisiä oppeja sovelletaan. Urheiluoi-

keuden tehtävänä on kuvata urheilun ominaispiirteitä ja pyrkiä välittämään tätä kuvaa oikeudelliseen harkintaan.

Strategisesti rinnakkainen vaihtoehto liittyy urheilu oikeuden yleisten oppien jäsentämiseen ja systemaattiseen hahmottamiseen. Yleisestä ponnistetaan erityisen suuntaan. Tämä ei tarkoita sitä, että konkreettiset soveltamistilanteet unohdettaisiin urheilu oikeudellisessa tutkimuksessa. Lähtökohtana on kuitenkin ajatus siitä, että soveltamistilanteiden systemaattinen tarkastelu edellyttää kestävä yleistä perustan muodostamista urheilu oikeudelle.

Rinnakkaisten strategisten kehittämissuuntien eroja ei pidä ylikorostaa. Lähestymistavoilla on keskinäisiä leikkauspisteitä ja ne voivat tukea toisiaan. Urheilu oikeuden kohtaamien jännitteiden kannalta on kuitenkin olennaista, että urheilu oikeutta voidaan tarkastella sekä sisäisesti että suhteessa oikeusjärjestyksen muihin osiin systemaattisesti. Yhden mahdollisuuden systemaattiseen tarkasteluun tarjoavat oikeusperiaatteet.

Oikeusperiaatteilla on keskeinen asema oikeusjärjestyksen systemaattisuuden luomisessa ja ylläpitämisessä. Yksittäiset oikeudenalat ja mahdollisesti tätä laajemmat oikeusjärjestyksen osat pyritään hahmottamaan sisällöllisesti johdonmukaisina kokonaisuuksina. Tehtävä on vaativa, mutta toisaalta sen avaamat mahdollisuudet ovat laajoja. Urheilu oikeuden osalta ensimmäisenä askeleena on sen arvo- ja tavoite pohjan perusteiden hahmottaminen. Tämän jälkeen voidaan siirtyä tarkastelemaan tarkemmin näiden arvo- ja tavoitelähtökohdienten keskinäisiä suhteita. Tätä taustaa vasten voidaan arvioida systemaattisesti myös urheilu oikeuden ja sille rinnakkaisten oikeudenalojen välisiä suhteita.

Urheilu oikeuden kehitys voidaan nähdä eräänlaisena prosessina, jossa on useita vaiheita. Kantavia periaatteita koskeva keskustelu liittyy urheilu oikeuden perustan muodostamiseen. Keskustelun etenemiseksi on välttämätöntä, että siinä käytetään erilaisia puheenvuoroja. Urheilu oikeuden yleisten oppien rakentuminen näyttäytyy siten tyypillisenä oikeustieteellisenä ilmiönä: käytettävät puheenvuorot lähtevät aina jossain määrin liikkeelle aiemmista puheenvuoroista, vaikka käytettävien puheenvuorojen sisältö ei ole suoraan sidottu aiempaan keskusteluun.¹⁴⁷ Vain tällä tavoin urheilu oikeus voi kehittyä oikeudenalana.

¹⁴⁷ *Tuori 2000*, s. 321.

LÄHTEET

- Aine, Antti*: Competition Law and Sport, teoksessa Halila, Heikki (toim.), Nordiskt seminarium i idrottsjuridik 2006, Helsingfors 2007, s. 79–95.
- Aine, Antti*: Kilpailu ja sopimus, Helsinki 2011.
- Arnaut, José Luis*: Independent European Sport Review, Final Version October 2006. <http://www.independentfootballreview.com/>, vierailtu 6.6.2011.
- Atiyah, P. S.*: The Rise and Fall of Freedom of Contract, Oxford 1979.
- Blom, K. Arne – Lindroth, Jan*: Idrottens Historia, Malmö 2002.
- Breivik, Gunnar*: Against chance. A causal theory of winning in sport, teoksessa Tännsjö, Torbjörn – Tamburrini, Claudio Marcello (eds.), Values in Sport, London 2000, s. 141–156.
- Carr, David*: What moral educational significance has physical education? A question in need of disambiguation, teoksessa McNamee, M. J. – Parry, S. J. (eds.), Ethics and Sport, London 1998, s. 119–133.
- Commission Staff Working Document, Action Plan “Pierre de Coubertin”. Accompanying document to the White Paper on Sport, COM (2007) 391 final, Brussels 2007.
- Commission Staff Working Document, The EU and Sport: Background and Context. Accompanying document to the White Paper on Sport, COM (2007) 391 final, Brussels 2007.
- Cozzillio, Michael J. – Levinstein, Mark S.*: Sports Law, Cases and Materials, Durham 1997.
- Dworkin, Ronald*: Taking Rights Seriously, Sixteenth Printing, Cambridge 1997.
- Eassom, Simon*: Games, rules, and contracts, teoksessa McNamee, M. J. – Parry, S. J. (eds.), Ethics and Sport, London 1998, s. 57–78.
- EG-rätten och svensk idrott, Rapport från en arbetsgrupp, Ds 1997:27.
- Erotuomarin eettiset periaatteet, Suomen Erotuomarien Liitto ry, Helsinki 2005.
- Grayson, Edward*: Sport and the Law, Second Edition, London 1994.
- Hagman, Jarmo*: Urheiluoikeus harrasteurheilijan näkökulmasta, Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisuja, Urheiluoikeuden sarja 6, Turku 2004.
- Halila, Heikki*: Toimivaltajako yhdistyksissä, Helsinki 1993.
- Halila, Heikki*: Oikeudellistuva urheilu, Helsinki 2006.
- Halila, Heikki – Tarasti, Lauri*: Yhdistysoikeus, neljäs, uudistettu painos, Helsinki 2011. HE 309/1993 vp, Hallituksen esitys Eduskunnalle perustuslakien perusoikeussäännösten muuttamisesta.
- Healey, Deborah*: Sport and the Law, Second Edition, Sydney 1996.
- Jyränki, Antero*: Uusi perustuslakimme, Turku 2000.
- Karapuu, Heikki*: Perusoikeuksien tausta ja yleinen sisältö, teoksessa Hallberg, Pekka – Karapuu, Heikki – Scheinin, Martin – Tuori, Kaarlo – Viljanen, Veli-Pekka (toim.), Perusoikeudet, Helsinki 1999, s. 61–85.
- Kinnunen, Essi*: Mitä etuliite urheilu merkitsee oikeudessa?, teoksessa Halila, Heikki (toim.), Urheiluoikeuden yhdistys 10 vuotta, Urheilu ja oikeus 2004, Jyväskylä 2004, s. 54–71.
- Komission lehdistötiedote 30.10.2001 IP/01/1523.
- Krogmann, Mario*: Grundrechte im Sport, Berlin 1998.
- Loland, Sigmund*: Fair play: historical anachronism or topical ideal?, teoksessa McNamee, M. J. – Parry, S. J. (eds.), Ethics and Sport, London 1998, s. 79–103.

- Loland, Sigmund*: Justice and game advantage in sporting games, teoksessa Tännsjö, Torbjörn – Tamburrini, Claudio Marcello (eds.), *Values in Sport*, London 2000, s. 157–171.
- Länsineva, Pekka*: Perusoikeudet ja varallisuussuhteet, Helsinki 2002.
- MacCormick, Neil*: *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford 1978.
- MacCormick, Neil*: *Legal Rights and Social Democracy. Essays in Legal and Political Philosophy*, Oxford 1982.
- McFee, Graham*: Spoiling. An indirect reflection of sport's moral imperative, teoksessa Tännsjö, Torbjörn – Tamburrini, Claudio Marcello (eds.), *Values in Sport*, London 2000, s. 172–182.
- McNamee, Mike*: Celebrating trust: virtues and rules in the ethical conduct of sports coaches, teoksessa McNamee, M. J. – Parry, S. J. (eds.), *Ethics and Sport*, London 1998, s. 148–168.
- Malmsten, Krister*: *Idrottens bestraffningsregler och Föreningsrätt*, Andra upplagan, Stockholm 1994.
- Mielityinen, Sampo*: *Vahingonkorvausoikeuden periaatteet*, Helsinki 2006.
- Muukkonen, Matti*: *Yhdistymisvapauden alkuperä ja sisältö*, Oikeus 2010, s. 396–417.
- Muukkonen, Matti – Sajama, Seppo*: Seuraako negatiivinen yhdistymisvapaus loogisesti positiivisesta yhdistymisvapaudesta?, Oikeus 2009, s. 49–55.
- Nafziger, James A. R.*: *International Sports Law*, New York 1988.
- Norros, Olli*: *Urheiluliigan organisointi*, Helsinki 2011.
- Parrish, Richard – Miettinen, Samuli*: *The Sporting Exception in European Union Law*, The Hague 2008.
- Pöyhönen, Juha*: *Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu*, Helsinki 1988.
- Pöyhönen, Juha*: *Uusi varallisuus oikeus*, Helsinki 2000.
- Rauste, Olli*: *Urheiluoikeus*, Helsinki 1997.
- Rawls, John*: *Oikeudenmukaisuusteoria*, Porvoo 1988.
- Steenbergen, Johan – Tamboer, Jan*: Ethics and the double character of sport, teoksessa McNamee, M. J. – Parry, S. J. (eds.), *Ethics and Sport*, London 1998, s. 35–53.
- Taxell, Lars Erik*: *Rätt och demokrati*, Åbo 1976.
- Taxell, Lars Erik*: *Om avtalsetik*, JFT 1979, s. 487–498.
- Taxell, Lars Erik*: *Avtalsrätt*, Stockholm 1997.
- Tietoisemmin, vastuullisemmin, kestävämmän, SLU-yhteisön reilun pelin ihanteet ja tavoitteet, SLU-julkaisusarja 5/2010.
- Timonen, Pekka*: *Urheilun oikeudellistumisesta urheiluoikeuteen oikeudenalana*, teoksessa Halila, Heikki (toim.), *Urheiluoikeuden yhdistys 10 vuotta, Urheilu ja oikeus 2004*, Jyväskylä 2004, s. 280–295.
- T. M. C. Asser Institut, *Study on the Equal Treatment of Non-Nationals in Individual Sports Competitions*, December 2010.
- Tolonen, Hannu*: *Yleisten oppien rakenteesta ja merkityksestä*, teoksessa Saarnilehto, Ari (toim.), *Juhlajulkaisu Allan Huttunen 1928 – 5/11 – 1988*, Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisuja A. Juhlajulkaisut N:o 2, Turku 1988, s. 177–194.
- Tolonen, Hannu*: *Säännöt, periaatteet ja tavoitteet: Oikeuden, moraalin ja politiikan suhteesta*, Oikeustiede–Jurisprudentia 1989, s. 337–384.
- Tolonen, Hannu*: *Oikeudelliset teoriat ja oikeustiede: esimerkkinä sopimusoikeus*, Oikeus 1996, s. 2–16.

- Tolonen, Hannu:* Oikeuden tasot ja toiminnot. Tuorin kriittisen oikeuspositivismin tarkastelua, *Oikeus* 2000, s. 509–523.
- Tuori, Kaarlo:* Kriittinen oikeuspositivismi, Helsinki 2000.
- Tuori, Kaarlo:* Opetuksia ja väärinkäsityksiä, *Oikeus* 2001, s. 314–326.
- Tuori, Kaarlo:* Sosiaalisesta siviilioikeudesta myöhäismoderniin vastuuoikeuteen, *LM* 2002, s. 902–913. (Tuori 2002a)
- Tuori, Kaarlo:* Käsiteläinopin itsepuolustus, *LM* 2002, s. 1295–1320. (Tuori 2002b)
- Tuori, Kaarlo:* Oikeudenalajaotus – strategista valtapeliä ja normatiivista argumentaatiota, *LM* 2004, s. 1196–1224.
- Tuori, Kaarlo:* Oikeuden ratio ja voluntas, Helsinki 2007.
- Tuxill, Cei – Wigmore, Sheila:* ”Merely Meat”? Respect for persons in sport and games, teoksessa McNamee, M. J. – Parry, S. J. (eds.), *Ethics and Sport*, London 1998, s. 104–115.
- Unger, Roberto Mangabeira:* The Critical Legal Studies Movement, *Harvard Law Journal* Vol. 96 1983, s. 561–675.
- Urheilun valkoinen kirja (KOM (2007) 391 lopullinen), Bryssel 2007.
- Weiler, Paul C. – Roberts, Gary R.:* Sports and the Law. Text, Cases, Problems, Second Edition, St. Paul 1998.
- Wilhelmsson, Thomas:* Senmodern ansvarsrätt. Privaträtt som redskap för mikropolitik, Helsingfors 2001.
- Woxholth, Geir:* Idrettens Sponsoravtaler, Otta 1993.

OIKEUSTAPAUKSET

EU:n tuomioistuin

- Asia 36/74 Walrave and Koch v. Association Union cycliste internationale, (1974) ECR 1405.
- Asia 13/76 Gaetano Doná v. Mario Mantero, (1976) ECR 1333.
- Asia C-415/93 ASBL v. Bosman, Royal club de liégeois SA v. Bosman and others, UEFA v. Bosman, (1995) I 4921.
- Yhdistetyt asiat C-51/96 ja C-191/97 Deliége v. Ligue francophone de judo et disciplines associées, Ligue belge de judo, Union européenne de judo, (2000) ECR I 2549.
- Asia C-176/96 Lehtonen and Castors v. FRBSB, (2000) ECR I 2681.
- Asia C-309/99 J. C. J. Wouters v. Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten, (2002) ECR I 1577
- Asia C-519/04 P Meca-Medina ja Majcen v. komissio, (2006) ECR I 699.

EU:n yleinen tuomioistuin

- Asia 313/02 David Meca-Medina ja Igor Majcen v. komissio, (2004) ECR II 3291

Korkein oikeus

- KKO 1998:122

Urheilun oikeusturvalautakunta

Urheilun oikeusturvalautakunnan päätös 3/2009 Petersen-Dyggve; osallistumisoikeus.

Urheilun oikeusturvalautakunnan päätös 16/2011 Tampere United; kurinpito, kauden 2011 kilpailutoiminnasta sulkeminen.

THE GENERAL PRINCIPLES OF SPORTS LAW

The present study examines the general principles of sports law. These principles define the fundamental values and aims of sports law, and therefore, form a solid normative basis for sports law. On the other hand, these general principles provide a perspective for an evaluation of concrete legal issues dealing with sports law. They can be used when applying legal norms and solving legal problems in the field of sports law. Here the question is one of the interplay of different legal norms.

Sports law has three general principles. The first is the freedom principle which is based on the idea of an individual's central role in sports law. Individuals can use their freedom by participating in different competitions and sporting activities. Furthermore, individuals can organize and form different organizations in order to support sporting activities. Sports clubs and federations have an essential role when organizing sporting activities. A central task for sports law is to ensure that individuals can use freedoms guaranteed under the legal order in an appropriate way in sport. It is also important from a legal perspective that sports clubs and federations can actually function independently and according to their internal goals.

The second principle is the one of fair play. Sport and sports law are based on certain core values. Fair play is the most important value in sport. Everybody should have an equal opportunity to participate in sporting activities. Gaining an advantage in sporting competition by using artificial or unethical methods is forbidden. The fair play principle belongs to the core area of sport and sports law. The material justification of the fair play principle is based on fairness as a fundamental value in a democratic society. Since fairness is a multi-dimensional concept, the relevant content of the fair play principle in the current context has to be defined. This principle can be divided into two aspects. First, formal fair play can be defined as a necessary condition for actions in accordance with formal rules. However, these rules have to be interpreted for games to be realized in practice. Second, informal fair play deals with the fact that sport is embedded within in a wider network of more general values and norms. This is a question of the spirit in which the game is played.

The third principle involves the functioning of sports competitions. There are many forms of sporting activities. Competition and leagues form the most visible part of sport. The specific features concerning competitions and their organization have to be taken into legal consideration. These features deal with, for example, the uncertainty of results, the integrity of sport and the competitive balance between different clubs. The functioning

of sports competitions can be defined as one of the general principles of sports law. This principle has an economic basis which is related to sports markets and efficiency factors. On the other hand, the proper functioning of sports competitions is a precondition for individual freedom and fair play in sports. Therefore, there is an interface between the functioning of sports competitions principle, the freedom principle and the fair play principle.

The general principles of sports law open up a broad perspective for sports and sports law. These principles form a starting point for evaluating the relationship between sports law and other branches of law. These relationships should be evaluated in a systematic way, and this is a question of consistency and coherency. The evaluation may be based on balancing different legal principles.

Kaijus Ervasti

**OIKEUSSOSIOLOGIA JA
OIKEUSPOLIITTINEN TUTKIMUS
OSANA OIKEUSTIEDETTÄ**

Sisällys

1	JOHDANTO	65
2	OIKEUSSOSIOLOGIA.....	67
	2.1 Oikeussosiologia tutkimusalana ja oppiaineena	67
	2.2 Oikeussosiologian tehtävät	75
	2.3 Oikeussosiologian asema oikeustieteessä.....	80
3	OIKEUSPOLIITTINEN TUTKIMUS	85
	3.1 Lähtökohtia	85
	3.2 Arviointitutkimus ja tutkimuksen suhde päätöksentekoon	88
4	OIKEUSSOSIOLOGINEN JA OIKEUSPOLIITTINEN TUTKIMUS YLIOPISTOISSA JA SEKTORITUTKIMUKSESSA	94
5	OIKEUSSOSIOLOGIA JA JURISTIKOULUTUS.....	99
	5.1 Juristikoulutuksen taustaa	99
	5.2 Suomalaisen juristikoulutuksen peruspiirteitä	102
	5.3 Oikeussosiologian anti juristeille	105
6	OIKEUSSOSIOLOGIA OSANA OIKEUSTIEDETTÄ – ESI-MERKKINÄ VAIHTOEHTOINEN KONFLIKTINRATKAISU	108
	6.1 Vaihtoehtoinen konfliktinratkaisun ja sovittelu.....	108
	6.2 Tutkimus ja opetus	113
7	JOHTOPÄÄTÖKSIÄ JA KESKUSTELUA	116
	LÄHTEET.....	118
	SOCIOLOGY OF LAW AS A PART OF JURISPRUDENCE	132

Oikeussosiologia ja oikeuspoliittinen tutkimus osana oikeustiedettä

1 JOHDANTO

Vuonna 2010 julkaistussa kirjoituksessaan juuri eläkkeelle jäänyt oikeussosiologian professori Jørgen Dalberg-Larsen Århusin yliopistosta arvioi, että oikeussosiologia voi tällä hetkellä Pohjoismaissa hyvin, ja hän suhtautuu optimistisesti oikeussosiologian tulevaisuuteen. Ongelmana hän tosin pitää virkojen vähäisyyttä alalla.¹

Dalberg-Larsen pohtii myös, millaisia tulevaisuuden haasteita oikeussosiologisella tutkimuksella on edessään. Hänen mukaansa tutkimuksen tulee olla teoreettisesti ja metodisesti korkeatasoista. Hän korostaa kuitenkin sitä, että tutkimuksen pitäisi olla myös yhteiskunnallisesti relevanttia. Ei ole hyvä, jos keskitytään vain rakentamaan suuria täydellisesti muotoiltuja teoreettisia rakennelmia, joilla ei ole mitään yhteyttä todellisuuteen. Samalla hän tunnustaa kannattavansa pragmaattista näkökulmaa oikeuteen, oikeustieteeseen ja oikeussosiologiaan. Dalberg-Larsen mainitsee erityisesti seuraavia alueita, joilla tarvittaisiin lisää oikeussosiologista tutkimusta: globalisaatio, hyvinvointivaltion oikeus, individualisointumiskehitys, sovittelu vaihtoehtoisena konfliktinratkaisutapana, oikeudelliset instituutiot, kuten tuomioistuimet, sekä juridinen professio. Hänen mukaansa oikeussosiologian pitää olla pluralistista niin kohteiltaan kuin teorioiltaan.

Suomessa Turun yliopiston kriminologian ja oikeussosiologian professori Ahti Laitinen on niin ikään jäänyt juuri eläkkeelle ja pohtii Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan juhlakirjassa oppiainetta ja sen tulevaisuutta.² Laitisen näkemys oikeussosiologiasta on varovaisen optimistinen. Hänenkin pitää kuitenkin ongelmallisena virkatilannetta. Laitisen mukaan oikeussosiologista tutkimusta tarvitaan etenkin yhteiskuntapoliittisen päätöksenteon tueksi. Hänen mukaansa tutkimusta tarvitaan erityisesti lainvalmistelusta,

¹ Dalberg-Larsen 2010.

² Laitinen 2011.

lakien vaikutuksista, hallintokoneiston toiminnasta lakien toimeenpanijana, oikeuksien toetutumisesta, rikollisuuden tasosta, rikosentekijöistä, uhreista ja rikosten ehkäisystä.

Sekä Dalberg-Larsenin että Laitisen näkemyksiin on helppo yhtyä. Yleensä tutkimusongelman valinnassa keskeisimpinä kriteereinä pidetään tutkimuksen teoreettista ja yhteiskunnallista merkitystä. Professorien esiin tuomat tutkimusalueet ovat myös tärkeitä ja ajankohtaisia.

Oikeussosiologinen tutkimusperinne on ollut suomalaisissa yliopistoissa pitkään heikko ja systemaattinen tutkimus on puuttunut. Kuitenkin monilla eri alojen tutkimuksilla on yhteyksiä oikeussosiologiaan niin yhteiskuntatieteiden kuin oikeustieteenkin puolella. Oikeustieteen puolella esimerkiksi vaihtoehdoisen konfliktinratkaisun, naisoikeuden, ympäristöoikeuden, rikosoikeuden ja kuluttajaoikeuden tutkimuksissa empiiristä tutkimusta on tehty aiempaa enemmän ja samalla on lähestytty oikeussosiologista tutkimusperinnettä.

Viime vuosina keskustelu oikeussosiologian ja empiirisen oikeustutkimuksen tarpeesta on myös alkanut voimistua. Samalla Itä-Suomen yliopistoon on perustettu uusi empiirisen oikeustieteen tutkimus- ja kehittämissyksikkö. Voikin sanoa, että oikeussosiologinen ja empiirinen tutkimus ja näkökulma ovat vahvistumassa suomalaisessa oikeustutkimuksessa. Määttä kuvaa esimerkiksi kehitystä ympäristöoikeudessa seuraavasti:

”Myös ympäristöoikeus voidaan nykyisin lukea empiriamyönteisten oikeudenalojen joukkoon: alan tutkimuksessa empiiristen aineistojen käyttöön suhtaudutaan myönteisesti ja alalla tehdään runsaasti empiiristä tutkimusta. Erilaisten empiiristen aineistojen monipuolinen käyttäminen on ympäristöoikeudessa nykyisin tavanomaista varsinkin silloin, kun tutkimus on orientaatioltaan monitieteinen.”³

Tässä artikkelissa tarkastellaan oikeussosiologista ja oikeuspoliittista tutkimusta. Aihetta tarkastellaan etenkin oikeustieteen ja juristikoulutuksen näkökulmasta. Oikeustieteen tutkijoiden suhtautuminen oikeussosiologiaan ja muihin ”oikeuden yleistieteisiin” on vaihdellut eri aikoina. Usein oikeustieteen valtavirtatutkijat ovat kuitenkin katsoneet, että oikeuden yhteiskunnalliset tarkastelutavat voivat sinänsä olla hyödyllisiä, mutta ne eivät kuulu varsinaisesti oikeustieteeseen tai ainakaan sen ytimeen. Tässä artikkelissa pyritään problematisoimaan tätä käsitystä ja analysoimaan, mikä merkitys oikeussosiologialla voisi olla oikeustieteessä ja juristikoulutuksessa. Viime vuosina onkin ollut nähtävissä eri tutkimusalojen lähentymistä ja raja-aitojen liudentumista.

³ Määttä 2010, s. 189.

Tässä kirjoituksessa oikeussosiologia-termiä ei ole käytetty kovin ahtaassa merkityksessä. Monelta osin artikkelissa käsitellään yleisemminkin oikeuden yhteiskuntatieteellisiä lähestymistapoja. Artikkelissa on korostettu etenkin empiiristä näkökulmaa oikeuteen. Empiirinen oikeustutkimus on paljon muutakin kuin oikeussosiologiaa.⁴ Tässä on kuitenkin pikemminkin korostettu oikeussosiologian yhteyttä muihin monitieteisiin tutkimusaloihin kuin pyritty hakemaan eroja.

2 OIKEUSSOSIOLOGIA

2.1 Oikeussosiologia tutkimusalana ja oppiaineena

Suomessa on esiintynyt erilaisia näkemyksiä siitä, *mitä oikeussosiologia on* tai mitä sen pitäisi tieteenalana ja yliopistollisena oppiaineena olla. Jotkut ovat nähneet oikeussosiologian osana yleistä sosiologiaa, kun taas toiset ovat painottaneet oikeussosiologiaa osana oikeustieteitten kokonaisuutta. Tätä keskustelua käytiin jo 1970-luvun puolivälissä, kun Helsinkiin perustettiin oikeussosiologian professuuri, ja se on jatkunut edelleen. Toinen keskustelunaihe on ollut se, *mikä suhde oikeussosiologialla ja kriminologialla on toisiinsa* ja miten ne pitäisi organisoida yliopistollisina oppiaineina. Kolmanneksi on käyty keskustelua *yliopistotutkimuksen ja sektoritutkimuksen merkityksestä* ja suhteesta toisiinsa. Neljänneksi on keskusteltu siitä, *mikä merkitys oikeussosiologialla* tai muilla oikeuden yleistieteillä pitäisi olla *oikeustieteessä*.

Keskustelu on voimistunut usein silloin, kun yliopistoissa on ollut jokin virka määriteltävänä tai täytettävänä. Kiista oikeussosiologian sisällöstä ja asemasta voidaan nähdä yhtäältä intellektuaalisena ja toisaalta tiedepoliittisena kamppailuna sekä kamppailuna eri professioiden välillä. Tämä kiistely ei kuitenkaan ole vain suomalainen ilmiö, vaan sitä esiintyy laajemminkin länsimaisessa tiedemaailmassa.

Oikeussosiologiasta on esitetty eri aikoina monenlaisia luonnehdintoja ja määritelmiä. Ne ovat vaihdelleet kulloisenkin yleisen tiedekäsityksen mukaan sekä sen mukaan, mistä tieteenalasta ja teoriaperinteestä käsin määrittely on tehty. Oikeuden yhteiskunnallista tutkimusta on kansainvälisesti kuvattu myös useilla eri termeillä kuten *Sociology of Law*, *Law and Society Studies*, *Sociolegal Studies* ja *Empirical Studies of Law*.⁵

⁴ Laitinen 2010, s. 1.

⁵ Ks. niiden keskinäisestä suhteesta Campbell – Wiles 1976, s. 549–555, Cotterrell 1994, s. xi–xiii, Galanter – Edwards 1997, s. 375–376, Mather 2003, s. 276, Brockman 2003, s. 286–287.

Suomessa ne kaikki on yleensä vakiintuneesti mahdutettu käsitteeseen oikeussosiologia.⁶ Suomessa on kuitenkin myös käytetty termiä *empiirinen oikeustutkimus* kuvamaan oikeustieteen piirissä tehtävää empiirispainotteista oikeussosiologista tutkimusta. Lisäksi termillä oikeustilastotiede on kuvattu empiiristä oikeustutkimusta, joka käyttää tilastollisia apuvälineitä analyysissaan.⁷ Toisaalta varsinaisesta oikeussosiologiasta on toisinaan pyritty teoreettisesti erottamaan mm. sosiologinen oikeustiede ja sosiologinen oikeusteoria.⁸

Oikeussosiologiaa voidaan tarkastella institutionalisoituneena yliopistollisena *oppiaineena*. Monissa länsimaisissa yliopistoissa on oikeussosiologian virkoja ja oikeussosiologia kuuluu vakiintuneisiin yliopistollisiin opetusaloihin. Eri maissa oikeussosiologian tutkimus ja opetus on organisoitu eri tavoin. Joissakin maissa oikeussosiologia on organisoitu osaksi yhteiskuntatieteellistä tutkimusta ja opetusta ja toisissa maissa taas osaksi oikeustieteellistä tutkimusta ja opetusta. Usein kuitenkin on esitetty, että oikeussosiologia on marginaalissa molemmilla tieteenaloilla.⁹ Oikeussosiologian professorien taustakoulutus myös vaihtelee eri maissa. Esimerkiksi pohjoismaissa oikeussosiologian professoreina on ollut sekä juristi- että sosiologitaustaisia tutkijoita. Toisinaan oikeussosiologia on yhdistetty organisatorisesti kriminologiaan ja toisinaan se esiintyy taas omana oppiaineenaan. Näin ollen oikeussosiologian tutkimuksella ja opetuksella ei ole mitään yksiselitteistä ”luonnollista” paikkaa tiedeyhteisössä, vaan sen organisointi voidaan järjestää monin tavoin.

Yleensä oikeussosiologiaa tarkastellaan *tieteellisenä tutkimussuuntauksena*. Oikeussosiologia on monitieteinen tutkimussuuntaus, joka sijoittuu oikeustieteen ja yleisen yhteiskuntatieteen, sosiologian välimaastoon. Eri-laisiin käsityksiin oikeussosiologiasta tieteellisenä tutkimussuuntauksena ja oikeussosiologian tehtävistä vaikuttavat mm. se, tarkastellaanko sitä sosiologiasta vai oikeustieteestä käsin, minkälaisesta (yhteiskuntatieteen) teoriaperinteestä sitä lähestytään ja minkälainen käsitys tarkastelijalla on todellisuuden ja tiedon luonteesta.¹⁰ Näkemykset siitä, kuinka oikeustiede ja yhteiskuntatieteet ylipäänsä suhtautuvat toisiinsa, riippuvat keskeisesti kolmesta lähtökohdasta eli kuinka jäsennetään 1) oikeus ja yhteiskunta, 2) oikeustiede ja yhteiskuntatieteet ja 3) kuinka jäsennetään oikeuden ja yhteiskunnan välinen suhde.

Yhteiskuntatieteilijät ovat usein nähneet oikeussosiologian yhtenä *sosiologian erityisalueena* kuten perhesosiologian, organisaatiososiologian,

⁶ Vrt. Kyntäjä 2000, s. 14–15.

⁷ Keinänen 2005.

⁸ Lahti 1970, s. 61–62, Backman 1992, s. 12, Frerichs 2010, s. 16–18.

⁹ Luhman 1985, s. 1–2, Tomasic 1985, s. 126, Friedman 1986, s. 773–780.

¹⁰ Aubert 1968, s. 20–22, Backman 1992, s. 11–12. Ks. myös Kangas 1998, s. 193.

terveys sosiologian tai uskontososiologian.¹¹ Tällöin oikeussosiologia, sen tehtävät ja metodit on hahmotettu samalla tavoin kuin sosiologia yleensäkin. Tästä näkökulmasta on korostettu oikeus- ja yhteiskuntatieteiden eroavuutta toisistaan. Samalla oikeussosiologia on haluttu pitää ”puhtaana” oikeustieteellisistä vaikutuksista ja tutkijoiden taustassa on painotettu yhteiskuntatieteellistä koulutusta. Usein tästä näkökulmasta on myös painotettu, että oikeussosiologia pitäisi organisoida valtiotieteitten yhteyteen.

Voimakkaimmin oikeussosiologian puhtautta sosiologiasta käsin on vaalinut Black.¹² Hänen mielestään normatiiviset väitteet tai säännöt, joita lakimiehet käsittelevät sitovina määräyksinä, eivät ole faktoja, joita oikeussosiologiassa voitaisiin tutkia. Hän on myös korostanut, ettei ”puhdas” sosiologia voi tutkia esimerkiksi oikeussäännösten vaikuttavuutta, koska silloin se sotkeutuu ”epätieteelliseen” arviointiin. Black hylkää teleologian sosiologiassa, koska hän pitää sitä ”huonona tieteenä”. Tiivistetysti hän toteaa: ”Minun sosiologiassani sosiaalisella elämällä ei ole tavoitteita, tarkoituksia, arvoja, tarpeita, funktioita, kiinnostuksia, aikomuksia tai mitään, mikä ei ole suoraan havaittavissa.” Blackin teoreettisia lähtökohtia on kritisoitu hyvin paljon.¹³

Toiset ovat olleet sitä mieltä, että tarvitaan myös sellaista oikeussosiologista tutkimusta, jossa ymmärretään oikeuden sisäistä maailmaa ja jolla on *oikeudellista ja oikeuspoliittista relevanssia*. Tästä näkökulmasta oikeussosiologiaa ei voi hahmottaa vain sosiologian teoriaperinteestä käsin, vaan tarvitaan myös oikeudellista oppineisuutta. Esimerkiksi Eckhoffin mukaan juristien pitäisi ottaa empiiriset tutkimukset ”omiin käsiinsä”. Heidän ei pitäisi luottaa siihen, että yhteiskuntatieteilijät tekevät sellaista empiiristä tutkimusta, jolla on myös oikeudellista ja oikeuspoliittista merkitystä.¹⁴ Oikeussosiologia voidaan siis nähdä yhtenä *oikeustieteen osa-alueena*. Tästä näkökulmasta on myös usein painotettu, että oikeustieteellisissä tiedekunnissa tulisi olla oikeussosiologian virkoja ja opetusta. Tässä kirjoituksessa oikeussosiologiaa ja oikeuspoliittista tutkimusta on tarkasteltu nimenomaisesti osana oikeustiedettä. Sosiologian näkökulmasta tutkimusalaa voisi jäsentää myös toisin.

Oikeustieteellisestä näkökulmasta oikeussosiologista tutkimusta on perusteltu etenkin sillä, että juristeilta puuttuu välineitä käsitellä todellisuutta koskevaa tietoa. Usein todellisuus ja sen kuvaaminen nähdään juristien

¹¹ Mathiesen 1980, s. 9, Dalberg-Larsen 1990, s. 18–19, Uusitalo 1999, s. 818, Kyntäjä 2000, s. 16, Laitinen 2002, s. 7–8.

¹² Black 1995, s. 862–864.

¹³ Ks. esim. Nonet 1976, s. 525–534.

¹⁴ Eckhoff 1985, s. 32–36.

piirissä ongelmattomana.¹⁵ Toisaalta juristeja on myös syytetty siitä, että he näkevät usein sosiaaliset faktat manipuloitavina kohteina ja keinoina ajaa tiettyä toimintapolitiikkaa, eikä niinkään aineistona, joka voisi antaa heille syytä muuttaa omaa näkökulmaansa.¹⁶ Perinteiset oikeustieteen edustajat ja oikeusteoreetikot ovat usein kiistäneet käsityksen, jonka mukaan juristeille olisi hyötyä todellisuutta koskevasta tiedosta.¹⁷

Oikeustieteilijöiden ja juristien piirissä törmää usein todellisuutta koskeviin väitteisiin, jotka helposti muodostuvat yleisiksi käsityksiksi, vaikka niiden todellisuusphoja olisi melko kyseenalainen. Yksi tällainen käsitys on esimerkiksi väite, että Suomessa on paljon hovioikeusjuttuja ja että suomalaiset ovat erityisen riitelevää kansaa. Samanlainen väite on usein esitetty myös muissa länsimaissa. Vertailtaessa eri maiden siviiliasioiden määriä näyttäisi siltä, ettei riittäviä asioita ole alioikeuksissa tai hovioikeuksissa ollut erityisen paljon muihin Euroopan maihin verrattuna.¹⁸

Dalberg-Larsen on erotellut neljä eri käsitystä oikeussosiologiasta.¹⁹ Etenkin oikeustieteilijät ovat luonnehtineet oikeussosiologiaa katsomalla, että siinä käytetään tietynlaisia *metodeja*, joiden avulla voidaan selvittää oikeudellisia kysymyksenasetteluita. Oikeussosiologiassa käytetään yhteiskuntatieteiden yleisiä menetelmiä. Yhteiskuntatieteissä tutkimusmenotit jaetaan tavallisesti *laadullisiin eli kvalitatiivisiin ja määrällisiin eli kvantitatiivisiin*. Määrällisissä tutkimuksissa käsitellään tyypillisesti suuria tilastollisia aineistoja, josta saatavat tulokset on yleistettävissä. Tavanomainen menetelmä kvantitatiivisissa tutkimuksissa on kysely. Laadullisissa tutkimuksissa taas käsitellään suppeampia aineistoja, jotka edustavat tutkimuskohteen olennaisia piirteitä. Tyypillisiä tutkimustapoja laadullisessa tutkimuksessa ovat esimerkiksi haastattelu, havainnointi ja erilaisten kirjallisten aineistojen analyysit. Tutkimuksissa on varsin yleistä kuitenkin *triangulaatio*, jolla tarkoitetaan kvalitatiivisen ja kvantitatiivisen lähestymistavan yhdistämistä samassa tutkimuksessa.²⁰

Toiseksi oikeussosiologiaa on luonnehdittu siten, että siinä tutkitaan oikeudellisia ilmiöitä *sosiologisesta näkökulmasta*. Sillä on tarkoitettu sekä sosiologisten metodien että sosiologisten teorioiden hyväksikäyttöä. Tunnettuja ja usein viitattuja sosiologisia teoreetikkoja ovat esimerkiksi Marx, Weber, Durkheim, Parsons, Habermass ja Bourdieu. On huomattava,

¹⁵ Tolonen, J. 1997, s. 300–308. Ks. myös Alvesalo 2010, s. 177.

¹⁶ Munger 1998, s. 26–27.

¹⁷ Aarnio 1996, s. 223–226, Tuori 2000, s. 6.

¹⁸ Ks. Ervasti 1999, s. 646–648.

¹⁹ Dalberg-Larsen 1990, s. 41–43.

²⁰ Ks. esim. Uusitalo 1991, Hirsjärvi – Hurme 2001, s. 26–33.

että myös oikeusteoreetikot ovat käyttäneet sosiologian klassikoita varsin paljon hyväkseen tutkimuksissaan. Sosiologialle tyypillisiä teemoja ja näkökulmia ovat esimerkiksi vallankäyttö, kontrolli, sosiaaliset suhteet, roolit, normit, arvot ja instituutiot.²¹

Kolmanneksi oikeussosiologia on nähty rajatummissa merkityksessä, jonka mukaan siinä tulisi keskittyä keskeisten *oikeudellisten instituutioiden tai orgaanien* kuten tuomioistuinten, lainsäädännön ja hallinnon tutkimukseen. Oikeutta määrittävät monenlaiset instituutiot ja toimijat yhteiskunnassa.²² Tällöin oikeussosiologia on määritelty kohteidensa kautta. Oikeussosiologisessa tutkimuksessa oikeudellisia instituutioita on tarkasteltu esimerkiksi vallankäytön, kontrollin ja oikeudensaantimahdollisuuksien näkökulmasta.

Neljänneksi etenkin USA:ssa on pitkä perinne *oikeussääntöjen tosiasiallisen yhteiskunnallisen merkityksen* tutkimisessa. Tästä näkökulmasta on kritisoitu muodollisiin sääntöihin keskittyvää oikeustiedettä ja korostettu eroa formaalin oikeuden (Law in Books) ja tosiasiallisten oikeudellisten käytäntöjen (Law in Action) välillä.²³ Etenkin Law and Society -tutkimuksen piirissä on tutkittu muun muassa tuomioistuimia, vaihtoehtoista konfliktinratkaisua, prosessikynnystä, luottamusta oikeuslaitokseen, oikeuden mobilisaatiota ja juristiprofessiota.

Eri näkökulmien välillä on ollut kiistaa. Oikeustieteilijät ovat katsoneet, etteivät sosiologit ymmärrä tai kunnioita oikeuden sisältöä. Heidän mukaansa sosiologit horjuttavat oikeutta professionaalisenä toimintana. Nähdään, että yhteiskuntatieteilijät ovat keskittyneet epäviralliseen sosiaaliseen kontrolliin ohittaen virallisen kontrollin ja oikeusjärjestyksen yhteiskunnallisen merkityksen. Sosiologit taas ovat valittaneet, että oikeustieteilijöiden tarkastelut ”oikeudesta kontekstissa” tai Law and Society -liikkeen innoittamat tutkimukset eivät ole kyllin sosiologisia. Monissa maissa sosiologien perustutkintoon ei kuulu oikeuteen liittyviä opintoja muutoin kuin ehkä osana joitain kriminologian kursseja. Toisaalta sosiologiaa – siinä mielessä kuin sosiologit sen ymmärtävät – ei yleensä opeteta oikeustieteellisissä tiedekunnissa.²⁴ Sittemmin on tehty erotteluja ”Law and”-, ”Law in”- ja Law as” -lähestymistapojen välillä riippuen siitä, millaisena oikeuden ja yhteiskunnan välinen suhde nähdään.²⁵

Oikeuden ja yhteiskunnan välisiin suhteisiin keskittyneen Law and Society -liikkeen synty ajoitetaan yleensä 1960-luvun puoliväliin. Suuntauksen

²¹ Ks. Laitinen 2002 ja Kytäjä 2000 eri kohdin.

²² Ks. Alvesalo 2010, s. 178–180.

²³ Ks. Pound 1910.

²⁴ Banakar – Travers 2002, s. 1.

²⁵ Ks. Frerichs 2010, s. 14–16.

synty oli yhteydessä yleiseen yhteiskunnan muutokseen Yhdysvalloissa sekä kritiikkiin vallitsevia yhteiskunnallisia käytäntöjä vastaan. Oikeus nähtiin tärkeänä yhteiskunnan muutoksen apuvälineenä ja taustalla oli ajatus hyödyntää yhteiskuntatieteiden tarjoamaa tietoa todellisuudesta toimintapolitiikassa. Law and Society -suuntaus institutionalisointiin vuonna 1964 perustetun yhdistyksen, Law and Society Associationin ja vuodesta 1966 lähtien ilmestyneen lehden Law and Society Review'n myötä. Liikkeessä kiinnitettiin huomiota erilaisiin yhteiskunnallisiin ongelmiin sekä pyrittiin parantamaan eri väestöryhmien asemaa sekä edistämään tasa-arvoa.²⁶

Law and Society -liike kritisoi perinteistä muodollisiin sääntöihin keskittyvää oikeustiedettä ja korosti eroa formaalin oikeuden (Law in Books) ja tosiasiallisten oikeudellisten käytäntöjen (Law in Action) välillä. Yhtenä keskeisenä tavoitteena olikin valaista prosessia, jossa Law in Books muuttui Law in Action'iksi.²⁷ Vaadittiin empiiristä tutkimusta oikeuden vaikutuksista yhteiskunnassa sekä analyysijä oikeuden roolista sosiaalisen kontrollin ja ohjauksen välineinä. Teoreettisesti Law and Society -liikkeen juuret olivat 1900-luvun alkupuolen amerikkalaisessa oikeudellisessä realismissa.

Kuitenkaan USA:ssa enempää kuin muuallakaan oikeussosiologinen tutkimus ei ole saavuttanut järin vahvaa tai vakiintunutta asemaa suhteessa perinteiseen lainoppiin.²⁸ On myös väitetty, että Law and Society -suuntaus on ajautunut viimeisten vuosikymmenien aikana kriiseihin ja että uudet suuntaukset – muun muassa oikeustaloustiede, Critical Legal Studies ja feministinen ajattelu – olisivat syrjäyttäneet Law and Society -suuntauksen oikeuden ja yhteiskunnan välisiä suhteita käsittelevänä edelläkävijäliikkeenä.²⁹ Galanter ja Edwards puolestaan ovat katsoneet, että Law and Society -suuntaus on kyllä vaikuttanut oikeustieteen valtavirtaan, joka on aikaisempaa vastaanottavaisempi kontekstuaalisille argumenteille ja empiiriselle aineistolle Heidän mukaansa suuntauksen vähäinen näkyvyys – esim. verrattuna Law and Economics -tutkimukseen – ei heijasta vain suuntauksen tappiota, vaan myös sen hyväksymistä valtavirran piirissä.³⁰

Tamanahan mukaan vain harvat oikeutta tutkivat yhteiskuntatieteilijät ovat opiskelleet oikeustiedettä. Toisaalta taas harvoilla oikeustieteen tutkijoilla on laajaa yhteiskuntatieteellistä oppineisuutta. Hänen mukaansa molempien suuntausten edustajat ovat osittain sokeita toistensa näkemyksille, kuuroja toistensa keskustelutavoille ja tietämättömiä toistensa intresseistä ja mie-

²⁶ Ewick – Kagan – Sarat 1999 s. 5–6, Cotterrell 1994 s. xii, Houtsonen 2001.

²⁷ White 1986 s. 819–843.

²⁸ Friedman 1986, s. 773–779, Hydén 1997, s. 109.

²⁹ Trubek – Esser 1989, s. 106–108. Ks. myös Frerichs 2010, s. 38–40.

³⁰ Galanter – Edwards 1997, s. 380–381.

lenkiinnon kohteista. Tilanne on johtanut myös siihen, että oikeussosiologinen tutkimus on toisinaan saanut toisen luokan statuksen molemmilla tieteenaloilla. Yhteiskuntatieteellisissä tiedekunnissa väitetään, että oikeussosiologeilta puuttuu tieteellinen kehittyneisyys, ja oikeustieteellisissä tiedekunnissa väitetään vuorostaan, että yhteiskuntatieteilijöiden työ on irrelevanttia oikeudellisten kysymysten kannalta.³¹

Monet ovat kuitenkin olleet sitä mieltä, että oikeussosiologian pitäisi olla avoin niin erilaisille yhteiskuntatieteille kuin oikeustieteellekin.³² Samalla on tuotu esiin, ettei oikeussosiologiaa tarvitse välttämättä nähdä vain osana akateemista sosiologiaa. Sen sijaan oikeussosiologia olisi syytä nähdä aidosti *monitieteisenä tutkimusalana*. On myös huomattava, että oikeussosiologia-nimikkeen alla tehdään nykyisin tutkimusta hyvin monenlaisista näkökulmista.³³ Pohjoismaissa oikeussosiologialla on ollut voimakas yhteys oikeusteoriaan ja -filosofiaan ja monilla oikeussosiologeilla on juristin koulutus. Oikeussosiologisia tutkimuksia ovat tehneet myös muun muassa antropologit ja politiikan tutkijat.³⁴ Suomessa melko suuri osa oikeussosiologiseksi luokiteltavista julkaisuista on oikeusteoreetikkojen ja oikeusfilosofien julkaisuja. Empiiristen töiden osuus oikeussosiologiassa onkin melko pieni.³⁵ Esimerkiksi oikeustieteilijöiden antologia ”Yhteiskuntateorioiden oikeus” edustaa teoreettisesti painottunutta oikeussosiologiaa. Kirjassa on keskitytty tunnettujen yhteiskuntateoreetikkojen ajatteluun ja suhdetta oikeuteen.³⁶

Vakiintunut tieteenalajaottelu sekä yliopistojen oppiainejaot ovat nähtävissä *sosiaalisina konstruktioina*, jotka perustuvat pikemminkin tiedepoliittikkaan ja tieteen sisäiseen työnjakoon kuin puhtaasti intellektuaalisiin syihin. Cotterrellin mukaan niin oikeustiede kuin sosiologiakin oppisuuntina pitäisi ymmärtää pikemminkin sosiaalisena kuin intellektuaalisena ilmiönä. Tällöin ne ovat ymmärrettävissä vain historiallisessa kontekstissaan. Niiden olemassaoloa ei siis määritä ”puhdas” intellektuaalinen välttämättömyys vaan tietyt sosiaaliset, poliittiset ja taloudelliset olosuhteet.³⁷ Kiinnostavaa ei yleensä olekaan se, mihin tieteenalaan tai oppiaineeseen yksittäinen tutkimus kuuluu, vaan tutkimusaiheen mielekkyys ja sen yhteiskunnallinen relevanssi.

Oikeussosiologisina voidaan hyvin pitää moniakin eri alojen tutkimuksia. Esimerkiksi Anssi Keinäsen (YTM, KTT, HTT) lukuisia ”oikeustilastotie-

³¹ Tamanaha 1997, s. 12–14. Ks. myös Alvesalo 2010, s. 176–177.

³² Esim. Dalberg-Larsen 2000, s. 36–38, Cotterrell 1998, Raiser 1999, s. 30–31.

³³ Cotterrell 1984, s. 6–7.

³⁴ Ks. Laitinen 1996, s. 50–519, Mathiesen 1998, s. 72, Dalberg-Larsen 2000, s. 26–28.

³⁵ Laitinen 2010, s. 11.

³⁶ Yhteiskuntateorioiden oikeus 2010.

³⁷ Cotterrell 1986, s. 10. Ks. myös Rubin 1997, s. 543–544.

teellisiä” tutkimuksia yksin ja yhdessä muiden kanssa³⁸, Vaula Haaviston (KT) kasvatustieteellistä väitöskirjaa tuomioistuentyön muutoksesta³⁹, Antu Soraisen (FT) antropologista väitöskirjaa naisten keskinäisestä haureudesta⁴⁰, Vesa Muttilaisen (YTT) yhteiskuntatieteellistä väitöskirjaa velkaongelmien ja niiden hallinnan kehityksestä⁴¹, Marjukka Litmalan (MMT) kuluttajaekonomista väitöskirjaa avioehtosopimuksista⁴² sekä Jyrki Talan (OTT) lainsäädäntöteoreettista väitöskirjaa lakien vaikutuksista⁴³ voidaan aivan hyvin pitää myös oikeussosiologisina tutkimuksina.

Kokonaisuudessaan näyttää siltä, että ainakin oikeudellisesta näkökulmasta relevantti empiirinen oikeussosiologinen tutkimus on Suomessa jäänyt tietynlaiseen professioiden väliseen kuiluun. Oikeustieteilijät ovat katsoneet, että yhteiskuntatieteellinen lähestymistapa oikeuteen kuuluu yhteiskuntatieteilijöille. Samalla on katsottu, että juristien pitää keskittyä siihen, minkä parhaiten osaavat eli sääntöjen tulkintaan ja systematisointiin. Yhteiskuntatieteilijät taas ovat vieroksuneet oikeudellisia ajattelutapoja ja oikeudelliseen maailmaan kuuluvia aineistoja.⁴⁴ He ovat katsoneet, että lait, lainvalmistelumateriaali ja viranomaisten tuottamat asiakirjat kuuluvat enemmänkin juristien kuin yhteiskuntatieteilijöiden tutkimuskohteeksi. Usein yhteiskuntatieteilijät ovatkin keskittyneet epäviralliseen sosiaaliseen kontrolliin ja unohtaneet virallisen kontrollin ja oikeusjärjestyksen yhteiskunnallisen merkityksen.

Viimeksi kuluneen vuosikymmenen aikana tässä vastakkainasettelussa on kuitenkin tapahtunut muutosta. Voikin sanoa, että oikeuden yhteiskuntatieteelliset lähestymistavat ovat saaneet uutta nostetta. Esimerkiksi oikeustieteelliseen tutkijakoulutukseen on jo vuosia kuulunut yhtenä osana myös luennot empiirisestä oikeustutkimuksesta. Itä-Suomen yliopistoon on myös perustettu uusi empiirisen oikeustieteen tutkimus- ja kehittämissyksikkö.⁴⁵ Muun muassa Steven Vago on huomauttanut, että yhteistyö oikeustieteilijöiden ja sosiologien välillä on lisääntynyt 2000-luvulla kansainvälisestikin.⁴⁶

Oikeussosiologian merkitys on korostunut myös syystä, jota ei aivan ensimmäiseksi yhdistäisi empiiriseen oikeussosiologiseen tutkimukseen. Viimeisen vuosikymmenen aikana perusoikeudet ovat saaneet yhä suurem-

³⁸ Esim. Keinänen 2008, Keinänen – Pakarinen 2009, Lundström – Miettinen – Keinänen – Airaksinen – Korhonen 2008.

³⁹ Haavisto 2002.

⁴⁰ Sorainen 2005.

⁴¹ Muttilainen 2002.

⁴² Litmala 1998.

⁴³ Tala 2001.

⁴⁴ Ks. Alvesalo 2010, s. 176–177.

⁴⁵ Ks. Keinänen 2010.

⁴⁶ Vago 2003, s. 28–29.

paa merkitystä oikeudessa. Samalla tarve empiiriseen tietoon järjestelmän toiminnasta on kasvanut. Oikeudensaantimahdollisuudet ja oikeudenmukainen oikeudenkäynti ovat perusoikeuksia, jotka on turvattu Euroopan ihmisoikeussopimuksessa ja Suomen perustuslaissa.⁴⁷ Myös ihmisoikeuksien kansainvälisen julistuksen mukaan kaikilla täytyy olla tehokkaat oikeussuojakeinot perusoikeuksiensa suojaksi. On korostettu, että perusoikeuksien ja oikeudensaantimahdollisuuksien tulee toteutua todellisuudessa ja siitä puolestaan tarvitaan empiiristä tietoa ja tutkimusta. Euroopan perusoikeusvirasto (FRA) on esimerkiksi pyrkinyt empiirisesti selvittämään oikeudensaantimahdollisuuksia EU-maissa. Perusoikeusvirastossa ollaan myös kehittämässä indikaattoreita oikeudensaantimahdollisuuksien seuraamiseksi eri maissa.⁴⁸ Mahdollisia indikaattoreita ovat esimerkiksi prosessin kesto, oikeudenkäyntikulujen määrä, koettu menettelyllinen oikeudenmukaisuus, oikeudelliset tarpeet tai oikeudelliset ongelmat, oikeusapu ja vaihtoehdoisen konfliktinratkaisun käyttökelpoisuus ja toimivuus. Myös muita perusoikeusindikaattoreita pyritään kehittämään.

2.2 Oikeussosiologian tehtävät

Yleisesti oikeussosiologia voidaan määritellä tutkimussuuntaukseksi, jossa tutkitaan *oikeudellisten käytäntöjen, instituutioiden, oikeudellisen doktriinin ja niihin liittyvän yhteiskunnallisen kontekstin välisiä suhteita*.⁴⁹ Oikeutta tutkitaan siis yhteiskuntatieteellisestä näkökulmasta. Aikaisemmin oli tapana katsoa, että oikeussosiologia tutkii oikeuden ja yhteiskunnan välistä vuorovaikutusta.⁵⁰ Nykyisin on kuitenkin suhteellisen laajasti hyväksytty kritiikki käsitystä kohtaan, jonka mukaan oikeus ja yhteiskunta olisivat toisistaan erillään olevia ilmiöitä, joiden välistä vuorovaikutusta voitaisiin tutkia. Sen sijaan usein katsotaan, että oikeussosiologiassa tutkitaan *oikeutta yhteiskunnassa tai yhteiskunnallisessa kontekstissa*. Tämän näkemyksen mukaan siis oikeus ja yhteiskunta ovat kietoutuneet monella tasolla toisiinsa, eikä niitä voida aina selkeästi erottaa toisistaan.

Oikeuden ja yhteiskunnan väliset suhteet voidaan jäsentää kolmella eri tavalla. Oikeus voidaan ensiksikin käsittää *autonomiseksi* järjestelmäksi, jolloin oikeutta tulisi ymmärtää sen omilla termeillä riippumatta

⁴⁷ Smith 1997 s. 4–5, Access to Justice in Europe, s. 14–15. Ks. myös Letto-Vanamo 2005.

⁴⁸ Ks. Access to Justice in Europe. Euroopan perusoikeusvirasto piti keväällä 2011 symposiumin indikaattorien käytöstä perusoikeuksien toteutumisen mittaamisessa. Yksi työryhmä käsitteli Access to Justice -indikaattoreita.

⁴⁹ Cotterrell 1994, s. xi–xiii.

⁵⁰ Esim. Ross 1953, s. 30, Kyntäjä – Laitinen 1983, s. 9.

sosiaalisesta kontekstista. Toiseksi oikeuden ja yhteiskunnan välinen suhde voidaan ymmärtää *interaktiiviseksi*. Tämän käsityksen mukaan oikeus ja yhteiskunta ovat erillisiä ilmiöitä, mutta ne ovat monella tasolla vuorovaikutuksessa keskenään. Kolmanneksi oikeus ja yhteiskunta voidaan nähdä *homologisina*, jolloin niiden rakenne ja synty ovat niin kietoutuneet toisiinsa, ettei niitä voi erottaa toisistaan.⁵¹

Oikeussosiologian tehtäväksi on nähty kehittää yleisiä *teorioita*, jotka selittävät oikeuteen liittyviä sosiaalisia prosesseja. Toiseksi tehtäväksi on nähty oikeudellisten ja yhteiskunnallisten sosiaalisten tekijöiden sekä muuttujien keskinäisten suhteiden *empiirinen tutkimus ja analyysi*.⁵² Oikeussosiologiassa on kehitetty teorioita esimerkiksi rikollisuudesta, oikeuden mobilisaatiosta ja konfliktinratkaisusta, kontrollista sekä luottamuksesta instituutioihin. Kaikkia näitä teemoja on myös tutkittu empiirisesti.

Oikeussosiologia voi ottaa tutkimuskohteekseen käytännöt, joissa oikeutta tuotetaan ja uusinnetaan. Tällöin oikeussosiologisen tutkimuksen tiedonintressi ei varsinaisesti kohdistu oikeuden ja yhteiskunnan väliseen vuorovaikutukseen, vaan siihen, miten ja millaiseksi oikeus oikeudellisissa käytännöissä rakentuu. Oikeusdogmatiikka taas on osa oikeutta sosiaalisena käytäntönä. Oikeussosiologisessa tutkimuksessa onkin tunnettava menetelmät, joilla oikeutta tuotetaan ja perustellaan.⁵³ On esimerkiksi tutkittu oikeudellisia tekstejä diskursseina.⁵⁴

Trubek on tarkastellut ”empirismiä” ja siitä käytyä keskustelua ”Critical Legal Studies” -liikkeessä ja havainnut, että empirismiä on käytetty useassa eri merkityksessä. Jotkut samaistavat empirismin suoraan positivismiin ja determinismiin. Toiset taas samaistavat empirismin ja ei-dogmaattisen oikeustieteen. Arkisessa kielenkäytössä empirismillä taas viitataan usein tietynlaisiin tutkimustekniikoihin kuten haastattelu-tutkimuksiin tai monimuuttuja-analyyseihin. Pragmaattisesti suhtautuvat tutkijat taas ovat korostaneet, että heidän mielenkiintonsa ”faktojen” tutkimiseen johtuu pikemminkin käytännöllisestä mielenkiinnosta kuin epistemologisesta sitoutumisesta positivismiin tai uskosta determinismiin.⁵⁵ Suomessa muun muassa Tolonen on korostanut termin ”empiirinen” ongelmallisuutta.⁵⁶

⁵¹ Friedrichs 2001, s. 5–6.

⁵² Friedrichs 2001, s. 118.

⁵³ Ks. myös Ylhäinen 2004, s. 43.

⁵⁴ Niemi-Kiesiläinen – Honkatukia – Karma – Ruuskanen 2006, Niemi 2010, Pakarinen 2011c.

⁵⁵ Trubek 1984, s. 575–622, Ks. myös Alvesalo 1997, s. 50.

⁵⁶ Tolonen 1988, s. 175.

Oikeussosiologiassa keskeisellä sijalla on ilmiöiden *syiden* ja *seurausten* selittäminen sekä oikeudellisten ilmiöiden ja vuorovaikutussuhteiden *ymmärtäminen*. Oikeusdogmatiikka taas ei ole kiinnostunut syistä ja seurauksista, vaan ottaa voimassa olevan oikeuden ikään kuin annettuna ilmiönä. Onkin sanottu, että oikeusdogmatiikka on käsitteellinen ja ohjaileva, ja oikeussosiologia kuvaileva ja selittävä tutkimusala.⁵⁷ Oikeusdogmatiikan näkökulma rakentuu päättelylle periaatteista ja säännöistä toimenpiteisiin tai käyttäytymiseen. Oikeussosiologiassa taas kiinnitetään huomiota yhtäältä yhteiskunnallisiin syihin ja seurauksiin sekä toisaalta oikeudellisiin ilmiöihin.⁵⁸

Oikeussosiologia tutkii oikeudellisia ilmiöitä käyttäen hyväksi *yhteiskuntatieteiden metodeja ja teorioita*. Yhteiskuntatieteellisten menetelmien käyttö sisältää kaksi keskeistä elementtiä: 1) sen tunnistamisen, että kaikki näkökulmat ja havainnot ovat väistämättä jossain määrin yksipuolisia ja epätäydellisiä, koska havainnot eivät koskaan ole riippumattomia havainnoitsijasta, mutta myös 2) vakavan yrityksen ylittää vajavaisen näkökulman rajoitukset käyttämällä empiiristen aineistojen systemaattista keräämistä, analysointia ja tulkintaa.⁵⁹ Toisin sanoen yhteiskuntatieteellisessä tutkimuksessa ei voida koskaan päästä mihinkään absoluuttiseen tai yksiselitteiseen ”totuuteen”, vaan joudutaan tyytymään mahdollisimman ”totuudenkaltaiseen” kuvaan maailmasta, mihin voi pyrkiä systemaattisilla aineistonkeruu- ja analyysimenetelmillä.⁶⁰

Edellä esitetty käsitys edustaa maltillista *realismia*. Realismi edustaa käsitystä, että maailmassa on olemassa todellisia kausaalisuhteita ymmärryksestämme, kielestämme ja teoreettisista käsityksistämme riippumatta, vaikka niiden tunnistaminen onkin riippuvainen yhteiskunnallisesta kontekstista.⁶¹ Äärimmillen viedyn *positivismin* tai *empirismän* mukaan kaikki tieteellinen tieto pohjautuu mitattavissa oleviin havaintoihin ja kaikki havaintoihin perustumattomat väitteet ovat spekulatiota.

Sosiaalisessa konstruktionismissa lähdetään siitä, että tieto on sosiaalisesti kielen avulla rakentunutta.⁶² Äärimmillen viedyissä konstruktionistisissa suuntauksissa on kiistetty todellisuuden olemassaolo tai mahdollisuus, että todellisuudesta voisi saada tietoa. Tämän ajattelutavan mukaan ei ole olemassa kielen ulkopuolisia kriteereitä, joiden avulla

⁵⁷ Sutton 2001, s. 14.

⁵⁸ Hydén 1997, s. 112–115, Dalberg-Larsen 1990, s. 44–48.

⁵⁹ Cotterrell 1984, s. 4–5.

⁶⁰ Ks. Niiniluoto 2003, s. 7–11. Jo C. Wright Mills on esimerkiksi kritisoinut yhtä hyvin yleiselle teorialle ominaista ”käsitetefetisismiä” kuin ”abstraktille empirismille” tyypillistä metodologista estyneisyyttä. Mills 1982, s. 28–74.

⁶¹ Ks. Kumpula – Määttä 2002, s. 216–217.

⁶² Berger – Luckmann 1994.

jotain diskurssia voisi pitää toista ”pätevämpänä” tai ”todellisempana” tai ”objektiivisempana”.⁶³ Tällöin on nähty, että kielenkäyttö ja muu todellisuus ovat erottamattomasti kietoutuneet yhteen eikä niitä voi erottaa toisistaan.⁶⁴

Etenkin jotkut sosiaalisten ongelmien tutkijat ovat nähneet ongelmalliseksi käsityksen, ettei kielen takaa ole löydettävissä minkäänlaista todellisuutta.⁶⁵ On lisäksi ”totuksia”, jotka ovat niin laajalti hyväksytyjä ja riidattomia, että vain harvat ihmiset kyseenalaistavat ne – kuten luonnontieteelliset kausaliitteit. Hillyard mainitsee esimerkkinä kuoleman. Hänen mukaansa useimmat eivät kyseenalaista näkemystä, jonka mukaan rikkaat elävät selvästi pitempään kuin köyhät.⁶⁶ Best on taas ottanut esimerkiksi AIDSin. Hänen mukaansa ”jyrkkä” konstruktionalisti ei voi omista teoreettisista lähtökohdistaan käsin olettaa, että AIDS todellisuudessa on olemassa, vaikka jotkut tutkijat ja lehdistö ovat huolestuneita taudin leviämisestä.⁶⁷

Tavallisimmin yhteiskuntatieteellisissä tutkimuksissa on kuitenkin hyväksytty ajatus, että todellisuudesta voidaan saada jonkinlaista tietoa, vaikka tiedon tuottamiseen, käsittelyyn ja tulkitsemiseen onkin nähty sisältyvän monia ongelmia. Esimerkiksi Cotterrellin mukaan oikeus-sosiologisessa tutkimuksessa täytyy projektien luonteen vuoksi ottaa lähtökohdaksi, että tieto on mahdollista, että se on kommunikoitavissa ja että sen perusteella on mahdollista tehdä luotettavia arvioita.⁶⁸

Oikeussosiologia ja muut oikeuden yhteiskunnalliset lähestymistavat eivät yleensä hyväksy ajatusta oikeudesta autonomisena järjestelmänä. Esimerkiksi Hydénin mukaan käytännön juristikkaan eivät vain tulkitse lakia, vaan käyttävät laajasti hyväkseen nimenomaan oikeussosiologista (horisontaalista) näkökulmaa. Kuitenkin se jää vain vähäiselle huomiolle juridisessa koulutuksessa ja tutkimuksessa. Hän perustelee kantaansa viittaamalla muun muassa sopimukseen, jotka ovat tavallisin oikeudellinen instrumentti. Sopimuksia laadittaessa käytännön juristin on tarkasteltava sekä valittavien ratkaisujen syitä että niiden seurauksia.⁶⁹

Oikeussosiologia *täydentää* oikeusdogmatiikkaa oikeustieteen sisällä asettamalla toisenlaisia kysymyksiä oikeusjärjestykselle. Toisaalta oikeussosiologia myös *kilpailee* oikeusdogmatiikan kanssa oikeuden tulkinnassa. Lainopin lähtökohtana on se, että oikeus määrää soveltamisen. Oikeussosio-

⁶³ Burr 1995, s. 160–164, Heiskala 2000, s. 197–206.

⁶⁴ Jokinen – Juhila – Suoninen 1993, s. 9, 21.

⁶⁵ Miller – Holstein 1993, s. 2–8, Best 1993, s. 137.

⁶⁶ Hillyard 2002, s. 655. Ks. myös Niiniluoto 2003, s. 31–38.

⁶⁷ Best 1993, s. 137.

⁶⁸ Cotterrell 1994, s. xxi.

⁶⁹ Hydén 1997, s. 112–115.

logia haastaa lainopin väittämällä, että voi olla myös oikeuden ulkopuolisia tekijöitä, jotka määräävät soveltamisen yksittäisessä tapauksessa.⁷⁰ Näin ollen oikeussosiologia hylkää ajatuksen oikeudesta autonomisena järjestelmänä, jota voitaisiin tulkita vain sen omilla sisäisillä säännöillään.⁷¹ Oikeudellinen systematisointi ja tulkinnat muuttuvat koko ajan ja ovat yhteiskunnallisessa kontekstissa.

Jos ajatellaan yhteiskunnallisesti merkittäviä oikeudellisia päätöksiä – Suomessa esimerkiksi oikeudenkäyntiä, joka koski SYP:n ja KOP:n fuusiota Meritaksi tai tupakka-oikeudenkäyntiä – oikeussosiologisesta näkökulmasta herää epäily, voiko näissä tapauksissa kyse olla sellaisesta autonomisesta oikeuden soveltamisesta, joka olisi riippumaton yhteiskunnallisesta kontekstista. Esimerkiksi molemmissa edellä mainituissa tapauksissa olisi suorastaan erikoista, jos tuomari ei lainkaan pohtisi päätösten yhteiskunnallisia vaikutuksia ja jos tämä harkinta ei vaikuttaisi päätökseen.

Oikeussosiologisessa tutkimuksessa *oikeutta ei yleensä ole rajoitettu voimassa olevaan viralliseen oikeuteen*, vaan se on ulotettu myös erilaisiin epävirallisiin menettelyihin ja käytäntöihin viralliskoneiston ulkopuolella. Etenkin alkuperäiskansojen oikeuteen keskittyvän oikeusantropologian on ollut vaikea hyväksyä positivistista oikeusteoriaa ja länsimaisen oikeuden käsitteistöä. Tällöin on kritisoitu sitä, että oikeus määritellään keskusvallan, tuomioistuinten, poliisin tai suvereenin lainsäätäjän positiivisesti antaman oikeuden avulla.⁷² Suomessa esimerkiksi Grönfors on tutkinut romanien epävirallista normijärjestelmää osallistuvalla havainnoinnilla.⁷³

Myös teollistuneiden maiden tuomioistuimissa ja muissa oikeudellisissa instituutioissa konkreettiset toimintatavat kuten sopiminen, kompromissit, painostus ja poliittisen tuen hyväksikäyttäminen eroavat niin vähän epävirallisesta sosiaalisesta järjestyksestä, että näitä järjestelmiä on vaikea erottaa toisistaan. Oikeuden yhteiskunnallinen tutkimus onkin osittain häivyttänyt eroa oikeudellisen ja ei-oikeudellisen sosiaalisen järjestyksen välillä.⁷⁴

Oikeussosiologialle ominaista on myös se, ettei siinä sitouduta *oikeudellisiin käsitteisiin* tai oikeudelliseen tapaan hahmottaa maailmaa.⁷⁵ Oikeussosiologian tiedonintressi ja käytetyt käsitteet eivät siis rajoitu vain oikeudellisesti kiinnostaviin tai relevantteihin kysymyksenasetteluihin. Oikeussosiologiassa käytetään usein esimerkiksi käsitettä konflikti, joka

⁷⁰ Hydén 1997, s. 112–115.

⁷¹ Ks. Galanter – Edwards 1997, s. 375–376, Munger 1998, s. 53–54, Laitinen 2002, s. 13, Milovanovic 2003, s. 5.

⁷² Nousiainen 1985, s. 2.

⁷³ Grönfors 1981.

⁷⁴ Kidder 1997, s. 198.

⁷⁵ Rottleuthner 1987, s. 4–5.

on laajempi kuin juridiikan riita-käsite. Vastaavasti käytetään usein termiä poikkeava käyttäytyminen legaalisesti määritellyn rikos-käsitteen sijaan. Tosin on pyritty rakentamaan myös sosiologista rikos-käsitettä.⁷⁶

Kokonaisuudessaan oikeussosiologiasta ja sen asemasta oikeustieteessä on esitetty erilaisia näkemyksiä. On esitetty myös erilaisia käsityksiä siitä, minkälaisiin aiheisiin ja teemoihin oikeussosiologisen tutkimuksen tulisi keskittyä. Erilaisissa oikeussosiologian oppikirjoissa käsitellään usein mm. seuraavanlaisia teemoja: 1) oikeussosiologian teoreettiset lähtökohdat, 2) oikeuden funktiot, 3) lainsäädäntö ja sen vaikutukset, 4) konfliktit ja konfliktinratkaisu, 5) sosiaalinen kontrolli, 6) oikeudelliset instituutiot (tuomioistuimet, lainsäätäjät, hallinto), 7) oikeus ja yhteiskunnan muutos, 8) juridinen professio, ja 9) oikeuskulttuuri.⁷⁷ Painotukset oppikirjoissa vaihtelevat, mutta luettelo antaa kuvaa siitä, millaisia teemoja oikeussosiologiassa on pidetty keskeisinä.

Tiivistetysti oikeussosiologia on vaativa monitieteinen tutkimusala, joka edellyttää yhtäältä yhteiskuntatieteellisten metodien hallintaa, mutta toisaalta myös ymmärrystä oikeudellisesta ajattelusta ja tavasta, jolla juridisessa maailmassa oikeuden sisältö määritellään ja päätökset perustellaan. Oikeussosiologia voi auttaa ymmärtämään oikeudellisia ilmiöitä tavalla, jota perinteinen oikeustiede ei tee. Samalla se voi myös tarjota yhteiskuntatieteelle uusia näkökulmia.

Oikeussosiologia pitäisi myös hyväksyä aidosti tutkimusalaksi, jonka sisällä on monia erilaisia alasuuntauksia ja monenlaisia toimijoita. Ei ole siis mielekasta ryhtyä rajaamaan tai määrittelemään oikeussosiologiaa ahtaasti jostain tieteenalaperinteestä tai professiosta käsin. Pikemminkin pitäisi hyväksyä teoreettinen pluralismi ja nähdä oikeussosiologia kenttänä, jossa eri perinteistä tulevat tutkijat voivat käydä keskenään keskustelua.

2.3 Oikeussosiologian asema oikeustieteessä

Oikeustieteellisessä tutkimuksessa on perinteisesti korostettu oikeusdogmatiikkaa eli lainoppia oikeustieteen ydinalueena, johon oikeustieteen tulee keskittyä tieteenalojen välisessä tehtävänjaossa. Lainopin keskeisiksi tehtäviksi taas on katsottu oikeussäännösten tulkinta ja systematisointi. Oikeustieteilijän työ on rinnastettu tuomarin työhön ja on korostettu oikeuslähdeoppia keskeisenä lähtökohtana. Samalla on painotettu oikeustieteilijälle

⁷⁶ Laitinen – Aromaa 2005, s. 12–17.

⁷⁷ Ks. esim. Aubert 1976, Tomasic 1985, Rottleuthner 1987, Röhl 1987, Dalberg-Larsen 1989, Raiser 1999, Friedrichs 2001, Anleu 2003, Vago 2003, Alvesalo – Ervasti 2006.

ominaista oikeuden ”sisäistä” näkökulmaa suhteessa muiden tieteenalojen edustajien ”ulkoiseen” näkökulmaan. On katsottu, että oikeustiede tutkii sääntöjä ja yhteiskuntatiede säännönmukaisuuksia. Esimerkiksi Aarnio on pitkään yliopistojen tutkintovaatimuksissa olleessa ja myös keskeisessä yleisen oikeustieteen oppikirjassaan ”Laintulkinnan teoria” korostanut näitä eroja.⁷⁸

Oikeusdogmatiikka on vieroksunut oikeussosiologian empiiristä lähestymistapaa oikeuteen. Keskeiseksi näkökohdaksi on tällöin nostettu olemisen ja pitämisen välinen raja. Tämä näkemys tulee hyvin esille Aarnion ja Riepulan vastaväittäjien lausunnossa Kultalahden väitöskirjasta. Siinä he pohtivat, miksi oikeustiede vierastaa empiirisiä lähestymistapoja:

”Analyyttisen oikeustieteen osalta vastaus on yksiselitteinen. Se seuraa sanotun suuntauksen perusasettamuksista. Koska Sein ja Sollen on leikattava toisistaan eroon Humen giljotiinin vaatimalla tavalla, ei Sollenin maailmaa voida tutkia Seinin maailman metodein eikä päinvastoin. Oikeusdogmatiikka on *väistämättä* analyyttistä luonteeltaan. Kirkkaimmillaan tämä perusteesi on luonnollisesti Hans Kelsenin ’Puhtaassa oikeusopissa’, mutta se liittyy tavalla taikka toisella myös kaikkiin muihin ’lakipositivistisiin’ lähestymistapoihin.”⁷⁹

Suomessa on esitetty etenkin 1960-luvun lopusta lähtien *kritiikkiä* lainopillisen tutkimuksen metodeja, lähtökohtia ja teoreettisia taustaoletuksia vastaan empiirisen lähestymistavan näkökulmasta – vaikka vastaavanlaista kritiikkiä esitti jo Otto Brusiiin 1930- ja 1940-luvuilla.⁸⁰ Kritiikki liittyi 1960- ja 1970-luvuilla pitkälti yhteiskunnalliseen radikalisoitumiseen, jossa vasemmistolaisista lähtökohdista kritisoiitiin konservatiiviseksi nähtyä oikeustiedettä. Kivivuori esimerkiksi oli sitä mieltä vuonna 1969 julkaistussa väitöskirjassaan, ettei hän pysty antamaan ”Suomen oikeustieteen perinteelliselle ydinkysymykselle – mikä on Suomen voimassaolevan oikeuden kanta tietyssä kysymyksessä? – mielekkään tieteellisen tehtävänasettelun arvoa”. Hänen mukaansa oikeustieteessä voidaan tutkia lainsäätäjän tai tuomioistuimen käyttäytymistä tai lakien ja tuomioiden vaikutuksia kansalaisiin, mutta oikeustieteen tehtävänä ei ole julistaa ”yli tutkimustulostensa meneviä käyttäytymisneuvoja”.⁸¹

Riepula taas toi vuonna 1973 julkaistussa väitöskirjassaan esiin, ettei oikeustieteen ja oikeussosiologian välistä rajanvetoa voida pitää pelkkänä konventionaalisenä määritelmäkysymyksenä niiden yhteiskunnallisten

⁷⁸ Aarnio 1989, s. 46–61.

⁷⁹ Aarnio – Riepula 1991, s. 448.

⁸⁰ Ks. keskustelusta myös Kultalahti 2010, Niemi 2010.

⁸¹ Kivivuori 1969, s. 26.

seurausten vuoksi, joita määrittelystä aiheutuu. Hänen mukaansa ei ole toisaalta mitään teoreettista tai käytännön vaatimaa syytä rajanvetoon oikeussosiologian ja oikeustieteen välillä. Riepula toteaaakin: ”Jos oikeustieteen tehtävänä pidetään – – kaikkien sellaisten yhteiskunnallisten ilmiöiden välisten vuorovaikutussuhteiden tutkimista, joilla on tavalla tai toisella oikeudellista relevanssia, jokainen tämän kaltainen oikeudellinen tutkimus on samalla ’sosiologinen’.”⁸² Esimerkiksi Dalberg-Larsen on puolestaan esittänyt, että oikeustieteessä pitäisi olla yhden paradigman sijasta kaksi paradigmaa: oikeusdogmaattinen ja yhteiskuntatieteellisesti suuntautunut.⁸³

Tämän jälkeen on esitetty useita erilaisia näkemyksiä siitä, millä tavoin empiiristä tutkimusta voi tai pitää harjoittaa oikeustieteessä. Osa näkemyksistä lähtee siitä, että oikeustiede on ”yhteiskuntatieteellistettävä” ja osa siitä, että lainopin metodeja tulee käyttää yhdessä yhteiskuntatieteissä kehitettyjen empiiristen metodien kanssa. Jotkut taas ovat korostaneet lukuisten erilaisten metodien ja lähestymistapojen mahdollisuutta asettamatta mitään niistä ensisijaiseen asemaan. Siltala on eritellyt näitä lähestymistapoja. Hänen mukaansa lainopin ja ”yhteiskuntatieteiden” metodit tulee pitää tiukasti erillään, mutta korostaa, että eri metodeilla saatuja tuloksia voidaan käyttää hyväksi yli tieteiden välisten raja-aitojen.⁸⁴ Husa taas on jakanut oikeusdogmatiikkaa kohtaan esitetyn kritiikin neljään pääryhmään:

- 1) Oikeustieteen *metodit* ovat riittämättömät selvittämään yhteiskunnallisesti merkittäviä ongelmia.
- 2) Oikeustiede painottaa liiaksi *sisäistä näkökulmaa* oikeuteen.
- 3) Oikeustieteen tutkimuskohteena pitäisi olla kaikki *oikeudelliset ilmiöt* eivätkä vain oikeusnormit ja oikeudelliset päätökset.
- 4) Oikeustieteestä on tehtävä todellinen *tiede* ja sitä on lähennettävä muihin yhteiskuntatieteisiin.⁸⁵

Nykyään keskeisimmät erimielisyydet eivät liity siihen, etteikö oikeudellista maailmaa olisi tarpeen tai ainakin mahdollista tutkia myös yhteiskuntatieteen

⁸² Riepula 1973, s. 59.

⁸³ Dalberg-Larsen 1977, s. 540.

⁸⁴ Siltala 1997, s. 279–290. Hän on jakanut erilaiset lainopin ja ”yhteiskuntatieteiden” suhdetta jäsentävät mallit neljään eri ryhmään: 1) metodinen reduktiomalli, 2) metodinen yhdistelmämalli, 3) metodinen synkretismi, 4) metodinen paralleelimalli. Rubin on korostanut erilaisten ”law and” -tutkimusten tarpeellisuutta ja tuonut esiin, että perinteisen oikeustieteen tulisi kääntyä yhteiskuntatieteiden suuntaan. Hänen mukaansa ”yhteiskuntatieteiden” metodit eivät kuitenkaan voi korvata oikeusdogmatiikan metodeita, koska disiplinaarin asettamat kysymykset ovat erilaisia. Rubin 1997, s. 553–555, 565.

⁸⁵ Husa 1995, s. 141–142.

menetelmin. Sen sijaan keskeiseksi on muodostunut kysymys siitä, mihin tieteenalaan tällainen tutkimus pitäisi lukea, mikä on sen painoarvo oikeustieteen sisällä ja mikä sen suhde lainoppiin pitäisi olla. Lainopin piirissä on vanhastaan ollut pyrkimyksenä luokitella metodeiltaan perinteisestä lainopista poikkeava tutkimus ns. oikeuden yleistieteiden piiriin, esimerkiksi oikeussosiologiaksi, oikeuspoliittiseksi tutkimukseksi, oikeushistoriaksi, vertailevaksi oikeustieteeksi tai oikeustaloustieteeksi.

Aarnio on muun muassa korostanut kirjoituksissaan lainopin asemaa oikeustieteessä ja pitänyt oikeuden yleistieteitä ”aputieteinä” suhteessa siihen.⁸⁶ Jyränki on ollut sitä mieltä, että erillisinä oppiaineina oikeuden yleistieteet puoltavat paikkaansa vain ”metodiaineina”, mutta sinänsä niitä ei tarvitse pitää itsenäisinä oikeudenlohkoina tai jonkinlaisina aputieteinä. Hänen mukaansa voidaan puhua esimerkiksi valtiosääntöoikeudellisesta tutkimuksesta, joka käyttää historiallista tai vertailevaa näkökulmaa.⁸⁷ Myös Backman on huomauttanut, ettei tutkimuksen kannalta ole mielekästä paloittaa yhteiskunnallista tietoa moniin erilaisiin lohkoihin ja korostaa näiden lohkojen välisiä eroja.⁸⁸ Nousiainen mukaan on epätydyttävää tulkita oikeuden yleistieteet lainopin aputieteiksi ja käsittää lainoppi oikeuden tutkimiseksi aksiologisesta ”sisäisestä näkökulmasta”, jossa korostuu tuomarin näkökulma. Hänen mukaansa tällöin teoreettisesti kiinnostavimmat sekä poliittisesti ja moraalisesti painavimmat oikeutta koskevat kysymykset jäävät oikeustieteen ulkopuolelle.⁸⁹

Oikeustieteen eri oppialojen suhtautuminen ”reaalimaailmaa” koskeviin tietoihin poikkeaa toisistaan. Rikosoikeudessa esimerkiksi hyväksytään empiirisen tiedon tarve ja käyttökelpoisuus – kriminologian muodossa – huomattavasti laajemmin kuin monilla muilla oikeuden aloilla.⁹⁰ Vaikka oikeusteoreettisissa kannanotoissa on esitetty lukuisia erilaisia lähestymistapoja oikeuteen, valtavirtana olevassa oikeusdogmatiikassa suhtaudutaan usein vieroksuvasti ”reaalimaailmaa” koskevan tiedon systemaattiseen hyväksikäyttämiseen ja empiiriseen lähestymistapaan.

⁸⁶ Aarnio 1993, s. 698 ja 709.

⁸⁷ Jyränki 1996, s. 41–49.

⁸⁸ Backman 1977, s. 220.

⁸⁹ Nousiainen 1997, s. 220–221. Myös muilla tieteenaloilla kuten mm. sosiologiassa on viime aikoina kyseenalaistettu perinteiset oppiainerajat. Heiskala on esim. katsonut, että ihmistieteiden perinteisen tieteenalajaon tekee ongelmalliseksi mm. seuraavat seikat: 1) Uusien ongelmakeskeisten tutkimusalojen jatkuva kehittyminen, jotka eivät mahdu perinteisiin tieteenalajakoihin ja vaativat monitieteistä otetta. 2) Miltei kaikkien ihmis- ja yhteiskuntatieteiden alalla harjoitetaan nykyisin lähes kaikkia ihmis- ja yhteiskuntatieteitä. 3) Erityisesti sosiologiassa monet viime aikoina laajaa kiinnostusta herättäneet lähestymistavat eivät perinteisessä mielessä kuulu sosiologian alaan lainkaan. Heiskala 1994, s. 34–35.

⁹⁰ Ks. esim. Lappi-Seppälä 1997.

Kuuluisan norjalaisen oikeussosiologian Wilhelm Aubertin mukaan voidaan puhua kahdenlaisesta oikeussosiologiasta eli ”juristien oikeussosiologiasta” ja ”sosiologien oikeussosiologiasta”. Hänen mukaansa siinä missä juristien oikeussosiologia haluaa käyttää sosiologiaa oikeustieteen aputieteenä, haluaa sosiologien oikeussosiologia käyttää oikeustiedettä sosiologian aputieteenä.⁹¹ Suomessa Backman on erottanut toisistaan oikeussosiologian ”sosiologisessa” mielessä sekä oikeussosiologian ”juristisessa” mielessä sekä sosiologisen oikeusteorian ja oikeustieteen.⁹²

Monet kirjoittajat ovat nähneet, että oikeussosiologialla on annettavaa sekä käytännön juristeille että oikeustieteen tutkimukselle.⁹³ Itse näen, että reaalia maailmaa koskeva tieto on aina mukana myös oikeusdogmaattisessa tutkimuksessa niin teorianmuodostuksessa, systematiikan rakentamisessa kuin tulkinnassakin. Kaikessa oikeutta koskevassa tutkimuksessa on väistämättä mukana niin normatiivisia kuin faktuaalisiakin ja arvoihin liittyviä elementtejä.⁹⁴ Usein todellisuutta koskeva tieto ei kuitenkaan ole systemaattista ja tunnistettua.

Määttä mukaan oikeustieteen pitäisi uudistua ja eri oikeudenalojen tulisi siirtyä enemmän *monitieteiseen* ja *yhteyshakuiseseen* suuntaan. Yhtenä tällaisena suuntana on nimenomaan (oikeussosiologinen) empiirinen tutkimus. Hän on perustellut tätä seuraavilla seikoilla: 1) Sääntelyteoreettisen tiedon kysyntä on kasvanut. 2) On yhä vaikeampi havaita milloin politiikka lakkaa ja oikeus alkaa. Tätä kuvastaa mm. ns. pehmeän sääntelyn (soft law) kasvu. 3) Oikeustieteen tiedonintressiä on lavennettava oikeuden soveltamista koskevista kysymyksistä oikeuden syntyyn liittyviin seikkoihin. 4) Oikeudellisen sääntelyn lähtökohtana olevien tavoitteiden kannalta normatiivinen ”pitämisen” maailmaan pitäytyvät tarkastelu ei ole riittävää, vaan tarvitaan myös empiiristä tietoa. 5) Normien tehokkuusarviointiin liittyy oikeudellisesta näkökulmasta erityisiä ongelmia talouden, moraalin ja oikeuden lomittumisen vuoksi.⁹⁵

Määttä käsityksiin on helppo yhtyä. Oikeustiedettä tehdään nykyisin hyvin monista erilaisista *teoreettisista* ja *ideologisista* lähtökohdista ja sen on menettänyt yhtenäisen luonteensa. Erityisesti 1990-luvun taitteesta lähtien keskustelua oikeudesta on käyty monilla tasoilla. Väitöskirjoja on esimerkiksi tehty tai niitä on tekeillä oikeustaloustieteellisestä, oikeusekologisesta, empiirisestä, dekonstruktiivisesta, feministisestä, lainsäädäntö-

⁹¹ Aubert 1968, s. 20–22.

⁹² Backman 1992, s. 12.

⁹³ Esim. Hellner 1969, s. 209–210, Eckhoff 1985, s. 32–36, Ervasti 2004, s. 12–20, Keinänen 2010.

⁹⁴ Ks. Tolonen, H. 1997, s. 280–287.

⁹⁵ Määttä 2000, s. 337–340.

teoreettisesta, diskurssieettisestä ja kriittistä oikeusteoriaa korostavista lähtökohdista. Samalla on kehitetty jatkuvasti uusia oikeudenaloja kuten lääkintäoikeus, informaatio-oikeus, EU-oikeus ja urheiluoikeus.⁹⁶ Oikeus ja oikeustiede ovatkin muuttuneet aikaisempaa *pluralistisemmiksi*.

Dalberg-Larsen on esittänyt viisi argumenttia, joiden perusteella oikeutta voidaan pitää pluralistisena. Ensiksikin oikeusjärjestelmän historia tekee siitä pluralistisen. Toiseksi oikeutta muotoillaan useassa eri paikassa yhteiskunnassa eikä keskitetysti. Kolmanneksi oikeus on ilmaus useista erilaisista arvoista. Neljänneksi oikeudellista pluralismia kuvastavat erilaiset rationaliteetti-tyypit, jotka liittyvät oikeusjärjestelmän tapaan ratkoa konflikteja. Viidenneksi oikeusjärjestelmä koostuu useista eri osajärjestelmistä, jotka eroavat toisistaan ajattelutavaltaan, systematiikaltaan ja tulkintametoiltaan.⁹⁷ Määttä on korostanut myös, että esimerkiksi ympäristöoikeustutkimusta leimaa metodinen pluralismi.⁹⁸

Tutkimus on myös aiempaa *monitieteisempää*. Sääntelyn laajetessa ja tihentyessä myös oikeustiede on jatkuvasti joutunut levittäytymään uusille lohkoille. Oikeustieteellisen tutkimuksen määrä on myös lisääntynyt runsaasti. Samalla oikeustiede on kansainvälistynyt ja lähestynyt yhteiskuntatieteitä.⁹⁹ Tässä tilanteessa oikeussosiologialle on ollut aikaisempaa enemmän tilausta ja siihen on alettu suhtautua aiempaa yhteyshakuisemmin positiivisoikeudellisten oppiaineiden piirissä. Vaihtoehtoinen konfliktinratkaisu on esimerkiksi tyypillisesti alue, jossa prosessioikeuden tutkijat ja oikeussosiologit ovat tehneet yhteistyötä. Myös lainsäädäntötutkimus yhdistää yhteiskuntatieteellistä lähestymistapaa perinteiseen oikeustieteen. Voikin sanoa, että 2000-luvulla perinteinen oikeustiede on saanut aiempaa enemmän vaikutteita yhteiskuntatieteistä.

3 OIKEUSPOLIITTINEN TUTKIMUS

3.1 Lähtökohtia

Oikeuden yhteiskunnallisessa lähestymistavassa on monia eri suuntauksia, joiden väliset rajat eivät aina ole yksiselitteisiä. Omiksi tutkimusaloikseen ovat vakiintuneet oikeussosiologian lisäksi mm. oikeusantropologia, oikeus-

⁹⁶ Ks. Kangas 1998.

⁹⁷ Dalberg-Larsen 1994. Ks. myös Hydén 2010.

⁹⁸ Määttä 2010, s. 192–195.

⁹⁹ Pihlajamäki – Lindblom-Ylänne 2001, Ervo 2011, s. 33.

historia, oikeuspsykiatria ja oikeustaloustiede. Tyypillistä näille kaikille tutkimusaloille on monitieteinen tutkimusote. Monissa tapauksissa eri suuntaukset myös lomittuvat toisiinsa. Erityisen lähellä oikeussosiologista tutkimusta ovat oikeuspoliittinen, kriminologinen ja kriminaalipoliittinen tutkimus.

Kriminologian tutkimuskohteena on rikollisuus yhteiskunnallisena ilmiönä. Kriminologiassa on pyritty selittämään etenkin rikollisuuden syytä sekä tarkastelemaan kontrollijärjestelmän toimintaa.¹⁰⁰ Kriminologiassa rikoksia voidaan lähestyä monen eri tieteenperinteen näkökulmasta, kuten psykologisesta, biologisesta, antropologisesta tai psykiatrisesta. Sosiologista osaa kriminologiasta on toisinaan kutsuttu kriminaalisosiologiaksi.¹⁰¹ Kriminologialla ja oikeussosiologialla on paljon yhtymäkohtia. Käytännössä suurin osa kriminologisesta tutkimuksesta voidaan lukea myös oikeussosiologiaan.¹⁰² *Kriminaalipoliittisella tutkimuksella* taas on tarkoitettu tutkimusta, jolla on ”pyrkimys tai kyky osallistua ja vaikuttaa rikollisuutta ja sen kontrollointia koskevaan yhteiskunnalliseen päätöksentekoon, suunnitteluun, linjausten muotoiluun tai käytäntöihin”.¹⁰³

Oikeuspolitiikka on samanlainen vastinepari oikeussosiologialle kuin kriminaalipoliitiikka kriminologialle. *Oikeuspoliittinen tutkimus* voidaan määritellä tutkimukseksi, jolla on pyrkimys tai kyky vaikuttaa oikeuspoliittiseen päätöksentekoon, lainvalmisteluun, suunnitteluun, linjausten muotoiluun tai käytäntöihin.¹⁰⁴ Oikeuspoliittinen tutkimus ei kuitenkaan eroa selkeästi oikeussosiologisesta tutkimuksesta. Monissa tapauksissa oikeuspoliittinen tutkimus onkin soveltavaa oikeussosiologista tutkimusta. Sille on ominaista nimenomaan tutkimuksen yhteiskunnallisen relevanssin korostaminen. On kuitenkin huomattava, että soveltava tutkimus tarvitsee taustalleen aina myös vankkaa perustutkimusta.

Oikeuspoliittisen *tutkimuksen tarvetta* voidaan perustella monin eri tavoin. On esimerkiksi viitattu oikeuden ja oikeusjärjestyksen tiiviiseen suhteeseen julkiseen valtaan ja poliittiseen päätöksentekoon, oikeuden mahdollisuuden puuttua ihmisten perusoikeuksiin, oikeuden erilaisiin teoreettisiin ulottuvuuksiin sekä oikeuden viimekätiseen käytännölliseen tehtävään yhteiskuntarauhan ylläpitäjänä ja yhteiskunnallisten suhteiden järjestäjänä. Oikeustiede ei voi typistää tehtävänsä vain normien syste-

¹⁰⁰ Lappi-Seppälä 1997, s. 190–194. Kivivuori on korostanut, että kriminologiaa määrittelee tutkimuskohde, eikä tieteenalajaottelu, koska kyse on monitieteisestä tutkimuksesta. Kivivuori 2008, s. 15–19.

¹⁰¹ Christie 1965, s. 15.

¹⁰² Anttila – Törnudd 1983, s. 20, Laitinen – Aromaa 2005, s. 20–21.

¹⁰³ Lappi-Seppälä 1997, s. 194. Ks. myös Lahti 1995, s. 193–194, Tolvanen 2010.

¹⁰⁴ Ks. myös Anttila – Törnudd 1973, Törnudd 1992 ja Arviointityöryhmän raportti oikeuspoliittisesta tutkimuslaitoksesta 1997, s. 4, Laitinen 1999, s. 796–797.

matsointiin ja tulkintaan, koska oikeuden avulla ihmisiin kohdistetaan yhteiskunnallista valtaa ja oikeudellisilla ratkaisuilla puututaan ihmisten elämään ja perusoikeuksiin. Oikeuspoliittinen päätöksenteko tarvitseekin tuekseen niin teoreettista kuin empiiristäkin tietoa voidakseen oikeuttaa toimintansa.¹⁰⁵ Toisaalta kriittistä oikeuspoliittista tutkimusta tarvitaan myös tämän oikeuspoliittisen päätöksenteon ja vallankäytön kontrolloimiseen. Tällöin korostuvat perusoikeusnäkökulma ja oikeuksien toetutuminen todellisuudessa.

Oikeuspoliittisen tutkimuksen *kohteet* voivat vaihdella hyvin paljon. Jos katsoo esimerkiksi Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen julkaisuja, saa hyvän kuvan oikeuspoliittisen tutkimuksen luonteesta. Tutkimuksissa on arvioitu muun muassa lakiuudistusten vaikutuksia (esim. valvottu koevapaus, perheen sisäinen lähestymiskielto, velkajärjestely, nuorisorangaistus), oikeudellisten instituutioiden toimintaa (käräjäoikeuksien riitaprosessi, rikosprosessi, hallinto-oikeusprosessi) sekä lainvalmistelun laatua. Oikeustieteellistä *de lege ferenda* -tutkimusta eli säädettävään lakiin kohdistuvaa tutkimusta voidaan pitää yhtenä oikeuspoliittisen tutkimuksen alalajina.¹⁰⁶

Aarnion mukaan oikeuspoliittinen tutkimus voidaan määritellä kolmella eri tavalla. Ensiksikin on mahdollista määritellä oikeuspoliittinen tutkimus *tehtäviensä tai tarkoituksensa* avulla. Tällöin tutkimus on oikeuspoliittista vain, jos sen tarkoituksena on tuottaa suunnittelussa tarvittavaa tietoa. Toiseksi oikeuspoliittinen tutkimus voidaan määritellä tutkimustulosten *tosiasiallisen käytön* avulla. Tutkimus on oikeuspoliittista, jos sitä tosiasiassa *käytetään* oikeuspoliittisessa suunnittelussa ja *päätöksenteossa*. Kolmanneksi tutkimus voidaan määritellä oikeuspoliittiseksi, jos sitä *on mahdollista käyttää* yhteiskunnallisessa suunnittelutyössä.¹⁰⁷

Oikeussosiologista tutkimusta lähellä ovat myös muun muassa sellaiset tutkimusalat kuin lainsäädäntötutkimus ja hallintotiede.¹⁰⁸ Laitinen on myös käsitellyt oikeussosiologiaa lähellä olevina ajattelutapoina oikeuden autopoiesis-teoriaa, Critical Legal Studies -liikettä sekä feminististä oikeusteoriaa.¹⁰⁹ Monissa tapauksissa yksittäinen tutkimus voikin edustaa yhtä aikaa useita tutkimusperinteitä.

Oikeussosiologia on hyvin lähellä monia muita monitieteisiä tutkimusaloja, eikä ole syytä lähteä tarkkaan erottamaan oikeussosiologiaa muista

¹⁰⁵ Ks. Lappi-Seppälä 1997, s. 189–190.

¹⁰⁶ Linna 1987, s. 5–9, Timonen 1996, s. 134–135. Ks. myös Siltala 2003, s. 131–132.

¹⁰⁷ Aarnio 1983, s. 233–236.

¹⁰⁸ Rottleuthner 1987, s. 4–5, Tala 2004.

¹⁰⁹ Laitinen 1996, s. 171–180.

tutkimusperinteistä. Ei ole esimerkiksi mieltä tehdä tiukkaa eroa oikeus-sosiologian ja kriminologian välillä tai toisaalta tehdä rajauksia esim. oikeuspoliittiseen tutkimukseen tai muihin oikeuden ja yhteiskuntatieteiden välisiin tutkimusperinteisiin. Yleensä tällaisessa rajaamisessa onkin kyse pikemminkin oppiaineiden organisointiin liittyvistä ja tiedepoliittisista motiiveista tai eri professioiden välisestä kamppailusta kuin intellektuaalisista kysymyksistä.

3.2 Arviointitutkimus ja tutkimuksen suhde päätöksentekoon

Viimeisen kahdenkymmenen vuoden aikana hallinnossa ja tutkimuksessa on ryhdytty laajamittaisesti puhumaan vaikuttavuudesta, arvioinnista, tuottavuudesta, taloudellisuudesta, suorituskyvystä, kustannustehokkuudesta, tietoon tai näyttöön perustuvasta toimintapolitiikasta. On arvioitu, että lainsäädännössäkkin on yli kahdeksankymmentä erilaista vaikuttavuuden arviointiin liittyvää säädöstä. On jopa ryhdytty kuvaamaan kehitystä puhumalla *vaikuttavuusyhteiskunnasta*.¹¹⁰ Oikeudelliset instrumentit ovat keskeisiä yhteiskunnan ohjausvälineitä ja vaikuttavuutta arvioitaessa arvioidaan usein myös oikeudellisten toimien vaikuttavuutta.

Vaikuttavuudesta on tullut merkittävä diskursiivinen ja retorinen hallinnan väline. Vaikuttavuuden käsite ja käytännöt levisivät hyvin nopeasti hyvinvointivaltion hallinnointiin 1990-luvulla. Käsitteitä ei kuitenkaan ole käytetty yhtenäisesti, vaan vaikuttavuuden rinnalla on puhuttu vaikutuksista, muutoksista, seurauksista, merkityksistä, hyödyistä ja onnistumisista. Vaikuttavuudella on kuitenkin teleologinen vivahde eli se on pyrittävään päämäärään viittaava käsite.¹¹¹

Lainsäädännössä ja normeissa siis ministeriöiltä ja valtion virastoilta edellytetään varsin laajasti toimintansa vaikutusten ja vaikuttavuuden seuraamista. Siitä miten, kuinka laajasti, syvällisesti, monipuolisesti ja eritellysti vaikuttavuuden arviointia edellytetään, ei kuitenkaan ole erityisiä määräyksiä tai standardeja. Eri yhteyksissä vaikutuksia ja vaikuttavuutta arvioidaankin monilla eri tavoilla ja monenkirjavasti. Käytetään valistuneita virkamiesarvioita, työryhmiä, konsultointia, tutkimuksia, selvityksiä, paneeleita sekä erilaisia asiantuntija-arvioita.

Vaikuttavuuden korostumisen myötä hallinto on yhä enenevässä määrin ryhtynyt käyttämään länsimaissa tutkimustietoa suunnittelunsa ja päätöksentekonsa tueksi. *Tietoon tai näyttöön perustuvasta toimintapolitiikasta (evidence based policy)* on tullut suunnittelun ja päätöksenteon keskeinen

¹¹⁰ Rajavaara 2007, 11–14. Ks. myös Keinänen 2010 ja Ahonen – Tala – Hämäläinen 2009.

¹¹¹ Rajavaara 2007, s. 15–17.

lähtökohta. Sen mukaan toiminnan tulisi käsitellä todellisia ongelmia, olla eteenpäin katsovaa ja perustua tiedolle, eikä vain vastata lyhyen aikavälin paineisiin. Keskeisinä keinoina tällaisessa toimintapolitiikassa ovat olemassa olevan tutkimuksen hyväksikäyttö, uusien tutkimusten teettäminen sekä asiantuntijoiden hyödyntäminen päätöksenteossa. Tämä on johtanut arviointi- eli evaluaatiotutkimuksen voimakkaaseen lisääntymiseen. Tietoon perustuvan toimintapolitiikan taustalla on rationaalisen päätöksenteon malli, jossa tutkimukseen ja arviointiin suhtaudutaan instrumentalistisesti. Tätä ajattelumallia on kritisoitu mm. sosiaalisen konstruktionismin näkökulmasta.¹¹²

Vaikuttavuustutkimus on arviointitutkimuksen osa-alue.¹¹³ *Arviointia* ja *arviointitutkimusta* on käsitelty tutkimuskirjallisuudessa monesta eri näkökulmasta. Tavallisesti arvioinnilla ja arviointitutkimuksella tarkoitetaan toimenpideohjelmien tai toimintapolitiikoiden arvon määrittämistä julkilauttujen kriteerien mukaan.¹¹⁴ Rossi ja Freeman ovat esimerkiksi määritelleet arviointitutkimuksen seuraavasti: ”Arviointitutkimus on yhteiskuntatutkimuksen menetelmien systemaattista soveltamista arvioitaessa yhteiskunnallisten ohjelmien käsitteellistämistä, suunnittelua, toimeenpanoa ja hyödyllisyyttä.”¹¹⁵

Usein on katsottu, että arvottaminen erottaa arvioinnin ja arviointitutkimuksen muusta yhteiskuntatieteellisestä tutkimuksesta. Oma arviointitutkimuksen alalajinsa on myös lainsäädännön arviointitutkimus.¹¹⁶ Tutkimuksen piirissä on myös korostettu, että arvioinnin kentällä on syytä erottaa toisistaan tutkimus, hallinnollinen seuranta sekä muut tutkimukselliset arvioinnin tarkoituksiperät.¹¹⁷ Arviointitutkimusta voidaan tehdä metodisesti monin tavoin, ja kirjallisuudessa on eroteltu toisistaan esimerkiksi prosessiarviointi ja vaikuttavuusarviointi.¹¹⁸

Premfors on katsonut, että uudistusten jälkikäteisarviointit koostuvat kahdesta osasta, yhtäältä kaikkien olennaisten vaikutusten kuvaamisesta – sekä ennakoitujen että ennakoimattomien – ja toisaalta näiden vaikutusten arvioinnista suhteessa asetettuihin kriteereihin. Julkisten toimenpiteiden epäonnistumista hän on kuvannut *teoriaepäonnistumisen* ja *toimeenpanoepäonnistumisen* käsitteillä. Edellisestä on kyse silloin, kun uudistus perustuu väärille käsityksille syistä ja vaikutuksista. Jälkimmäisissä tapauksissa lähtökohdat ovat oikeat, mutta toimeenpano epäonnistuu.¹¹⁹ Vedung on

¹¹² Sanderson 2002, 1–22. Ks. myös Vedung 1991.

¹¹³ Ks. Kivivuori 2010, s. 51.

¹¹⁴ Rajavaara 1999, s. 31–53, Rajavaara 2006, s. 16–21.

¹¹⁵ Rossi – Freeman 1993, s. 5.

¹¹⁶ Tala 2001.

¹¹⁷ Rantala – Sulkunen 2006, s. 63.

¹¹⁸ Kivivuori 2010, s. 51.

¹¹⁹ Premfors 1989, s. 132–134.

jaotellut selitysmalleja, joilla voidaan selittää yhdenmukaisuutta tai eroja virallisten tavoitteiden ja todellisen lopputuloksen välillä erilaisissa julkisen hallinnon uudistuksissa: 1) uudistuksen tai ohjelman historiallinen tausta, 2) ohjelma tai uudistus itsessään, 3) uudistuksen toimeenpano, 4) kohteet ja heidän suhtautumisensa, 5) muut ohjelmat ja uudistukset tai muut viranomaiset, 6) toimintaympäristö ja sen muutokset.¹²⁰

Arviointitutkimus on siis lisääntynyt viime vuosikymmeninä. Ensimmäisessä aallossa 1960- ja 1970-luvuilla evaluointeja alettiin käyttää Yhdysvalloissa, Kanadassa ja Isossa-Britanniassa. Toisessa aallossa 1990-luvulla arviointitutkimus yleistyi nopeasti mm. Hollannissa ja Pohjoismaissa. Tällä hetkellä on meneillään kolmas vaihe, jossa arviointitutkimus etenee Etelä-Euroopassa sekä länsimaiden ulkopuolella. Yksi varhaisimmista arviointikohteista tässä kehityksessä on ollut oikeus ja rikollisuus sekä niihin liittyvät toimenpiteet.¹²¹

Arviointitutkimuksen suosiolle on esitetty neljä keskeistä syytä: 1) uudessa tulosohtausjärjestelmässä arviointitiedon merkitys on kasvanut, 2) hallinto on kansainvälistynyt ja sitä kautta on syntynyt kansainvälisiä sidoksia, joiden kautta Suomi on velvoittautunut aiempaa laajempaan arviointitutkimuksen hyväksikäyttöön, 3) päätöksentekijät ovat aikaisempaa kiinnostuneempia arviointitiedon hyväksikäytöstä politiikan ja hallinnon avoimuuden lisääntyessä ja median merkityksen kasvaessa, 4) yhteiskuntatieteet ovat professionalisoituneet, hallinto ja politiikka tieteellistyneet sekä asiantuntijavalta kasvanut.¹²² Myös yhteisten resurssien kasvun pyyhäytymisen, markkinaehtoiseen toimintaan siirtymisen julkisella sektorilla sekä vaikuttavuustutkimuksen metodologista kehityksen on katsottu olevan kehityksen taustalla.¹²³ On ryhdytty puhumaan *projektiyhteiskunnasta*, jossa uudenlaisena hallintasuhteen muotona käytetään sopimusta. Sen valvomiseksi taas tarvitaan toista hallintamuotoa, arviointia.¹²⁴

Suomalaisessa hallinnossa vaaditaan yhä enemmän tietoja toiminnan tuloksellisuudesta ja vaikuttavuudesta. Tällä hetkellä esimerkiksi tuottavuusohjelma ja tulosohtaus edellyttävät runsaasti arviointitietoa toiminnasta. *Tulosohtaus* on käytössä laajasti julkisessa hallinnossa, ja siinä lähtökohtina ovat kaksi peruskäsitettä eli *yhteiskunnallinen vaikuttavuus* ja *toiminnallinen tehokkuus*.¹²⁵

¹²⁰ Vedung 1991, s. 90–105.

¹²¹ Leeuw 2005, s. 233–258.

¹²² Uusikylä 1999, s. 18–19.

¹²³ Keinänen 2010, s. 4.

¹²⁴ Sulkunen 2006, s. 17.

¹²⁵ VM, julkaisu 2/2005, s. 10.

Rantalan ja Sulkusen mukaan käytännössä vaikuttavuudella on tarkoitettu usein neljää erityyppistä asiaa. Ensiksikin sillä on viitattu *tilivelvollisuuteen*. Tällöin ajatuksena on se, että hallinnon voimavarat käytetään siihen tarkoitukseen, johon ne poliittisessa päätöksenteossa on suunnattu. Toiseksi vaikuttavuuteen on suhtauduttu pragmaattisesti. Tällöin tarkka tavoitteiden saavuttaminen ei ole niinkään tärkeää, vaan pääasiana on se, että lisäpanostuksella *saavutetaan edes joitain hyötyjä*. Kolmanneksi vaikuttavuudella on viitattu *vaikutusten tutkimiseen*. Tällöin ollaan kiinnostuneita siitä, tehoaako jokin menetelmä tai toimintatapa vai ei. Neljänneksi vaikuttavuudella on viitattu siihen, *toteutuvatko asetetut tavoitteet*.¹²⁶

Tutkimustoiminnan ja toimintapoliittisen suunnittelun ja päätöksenteon suhde on monin tavoin ongelmallinen. Joskus niitä on kutsuttu tutkimuksessa ”rinnakkaismaailmoiksi”, joiden kohtaamisessa on vaikeuksia.¹²⁷ Vaikka (post)moderni hallinto vaatii runsaasti arviointeja tutkimuksia päätöksentekonsa ja suunnittelunsa tueksi, monissa arvioissa onkin päädytty tulokseen, jonka mukaan tieteellisillä tutkimustuloksilla saattaa tosiasiasa olla vain suhteellisen *vähän vaikutusta* hallinnon toimintapolitiikkaan.¹²⁸ Esimerkiksi Osmo Soininvaara on kertonut hämmästyneensä ministerinä, kuinka syrjässä sosiaalitieteet ovat päätöksenteosta. Hänen mukaansa ”pätöksenteosta syrjään joutuneet sosiaalitieteilijät ovat eristäytyneet kirjoittamaan tutkimuksia toisilleen aiheista, joilla on kovin vähän tekemistä päätöksenteon tarpeiden kanssa”.¹²⁹

Young ym. ovat erotelleet viisi eri mallia toimintapolitiikan suhteesta tietoon: 1) tieto-ohjausmalli, 2) ongelmanratkaisumalli, 3) vuorovaihtusmalli, 4) poliittis-taktinen malli ja 5) ymmärrystä lisäävä malli.¹³⁰

Samaan aikaan tieteen piirissä on käyty keskustelua *haitoista*, joita hallinnon lisääntynyt kiinnostus tutkimusta kohtaan mahdollisesti aiheuttaa. Kun päätöksenteko on alkanut käyttää tutkimusta yhä enemmän hyväkseen, on väitetty tieteen altistuvan voimille, jotka pyrkivät politisoimaan tai vaientamaan tieteellistä tutkimusta. Tutkimusta saatetaan painostaa oikeuttamaan poliittisia tavoitteita. Tieto saatetaan myös alistaa aseeksi intressikamppailuihin, jolloin tieteelliset epävarmuudet sivuutetaan ja

¹²⁶ Rantala – Sulkunen 2006, s. 52–54.

¹²⁷ Brownson – Royer – Ewing – McBride 2006. Ks. myös VM, julkaisuja 29/2008, s. 171–175, Ervasti 2009a.

¹²⁸ Black 2001, s. 275–279. Ks. myös Sanderson 2002, s. 6–7.

¹²⁹ Soininvaara 2007, s. 62–63.

¹³⁰ Young ym. 2002, s. 215–224.

tutkimuksista tehdään johtopäätöksiä, jotka eivät ole kestäviä.¹³¹ On esimerkiksi kritisoitu sitä, että erilaisten kehittämisprojektien toiminta-ajatus heikentää kokeellisen vaikutusarvioinnin mahdollisuuksia. Vaikuttavuuden arviointia on tarkasteltu myös hallinnan välineenä. Tällöin vaikuttavuuden arvioinnin on kritisoitu vahvistavan yhteiskunnallista vallankäyttöä jättäen vähäosaisten äänet sivuun.¹³²

Käytännössä suuri osa oikeuspoliittisesta tutkimuksesta voidaan mieltää oikeussosiologiseksi arviointitutkimukseksi. Tällöin arvioinnin kohteena ovat erilaiset lainsäädäntöuudistukset tai muut oikeudelliset uudistukset, ohjelmat tai kokeilut. Hyvän lainvalmistelun periaatteisiin kuuluu myös se, että uudistusten vaikutuksia arvioidaan sekä etukäteen että jälkikäteen. Lakien vaikutus- tai evaluaatiotutkimukset ovat yksi tapa arvioida uudistusten onnistumista.

Perushavaintona *lainsäädännön vaikutustutkimuksissa* on ollut se, että laeilla saavutetaan yleensä vain puutteellisesti niille asetetut tavoitteet. Lisäksi laeilla on usein odottamattomia sivu- ja haittavaikutuksia. Puutteelliseen tavoitteiden saavuttamiseen ja sivuvaikutuksiin voidaan hakea monenlaisia syitä riippuen siitä, painotetaanko esimerkiksi sääntelijän tai sääntelyn kohdetahojen näkökulmaa.¹³³ Esimerkiksi alioikeus uudistuksessa (1993) näiden vaikutusongelmien syinä olivat muun muassa lainvalmistelun ohuus, valmistelun pitkä aikajänne, toimeenpanoon liittyvät ongelmat, toimintaympäristön muutos, uudistuksen tekninen toteutus ja uudistuksen suuruus.¹³⁴

Suomessa *lainsäädäntötutkimus* on vahvistunut 2000-luvulla. Alan tutkimusta on tehty jo pitkään Oikeuspoliittisessa tutkimuslaitoksessa, jossa se on edelleen voimistunut. Turun yliopistossa oli 2000-luvun alkupuolella määräaikainen lainsäädäntötutkimuksen professuuri. Tällä hetkellä puolestaan Itä-Suomen yliopistossa on lainsäädäntötutkimuksen professuuri. Lainsäädännön vaikutusten tutkimisen ohella etenkin lainvalmistelun laatua koskevaa tutkimusta on tehty aiempaa enemmän.¹³⁵

Lainsäädännön vaikutustutkimuksissa yksi keskeinen ongelma on se, mistä saadaan *kriteerit*, joiden perusteella vaikutuksia arvioidaan. Usein mittapuuna on käytetty lakiuudistuksille esitettyjä tavoitteita, jotka ilmenevät

¹³¹ Rosenstock – Lee 2002, s. 14–18.

¹³² Warpenius 2006, s. 143–160.

¹³³ Ks. Tala 2001.

¹³⁴ Ervasti 2002.

¹³⁵ Ks. Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen osalta esim. Ervasti – Tala 1996, Ervasti – Tala – Castrén 2000, Tala 2007, Hyvärinen 2009, Pakarinen – Tala – Hämynen 2010, Sääntelytarkkuuden ongelmia 2010, Hämynen 2011, Pakarinen 2011a, Rantala 2011.

lainvalmistelumateriaalista tai muista suunnitteluasiakirjoista. Tosiasiassa lainsäädännön tavoitteet määräytyvät usein eri tahoilla ja eriaikaisesti, ja tällöin tavoitteet voivat olla ristiriitaisia ja erisuuntaisia.¹³⁶ Tavoitteet näyttäytyvät usein myös hyvin abstrakteina lainvalmisteluasiakirjoissa ja niiden suhde keinoihin ja vaikutuksiin on monesti epäselvästi kerrottu. Tällöin tavoitteenasettelu voi olla ongelmallinen lähtökohta pyrittäessä jälkikäteen arvioimaan, vastaavatko vaikutukset tai tulokset asetettuja tavoitteita.¹³⁷ Esimerkiksi Rottleuthner on korostanut, että sääntelyn tehokkuutta selvittäessä ongelmana on se, ettei lainsäätäjällä ole muotoillut täsmällisesti tavoitteita tai edellytyksiä, joiden täyttyessä toimenpiteen on katsottava epäonnistuneen. Laeilla voi myös olla piilofunktioita, joita ei ole kirjattu virallisiin dokumentteihin.¹³⁸

Lainsäädännön arviointitutkimuksia on myös kritisoitu muun muassa siitä, että niissä keskitytään usein tapauksiin, joissa lainsäädäntö ei toimi, eikä tapauksiin, joissa lait ovat vaikuttavia. Suuntauksen on katsottu sen vuoksi antavan harhaanjohtavan kuvan oikeudellisen järjestelmän sosiaalisesta merkittävydestä.¹³⁹ Toisaalta suuntausta on kritisoitu siitä, että tutkimuksissa ehdotetaan usein uutta ja parempaa sääntelyä, vaikka niiden perushavaintona on ollut lakien toimimattomuus.¹⁴⁰

Suomessa lakien ja lainvalmistelun laatua sekä vaikutusten arviointia on pyritty kehittämään useiden vuosikymmenien aikana. Kehittämistyö alkoi 1970-luvulla ja jatkuu edelleen valtioneuvostossa. Myös tätä kehittämistyötä on kritisoitu samojen asioiden toistamisesta sekä liiallisesta hierarkkisuudesta, konsensushakuisuudesta ja luovien ajatusten suitsimisesta.¹⁴¹

Tällä hetkellä lainsäädännön arviointitutkimusta tehdään suhteellisen vähän oikeustieteen piirissä. Sitä tarvittaisiinkin runsaasti lisää. Lainsäädäntö on keskeinen yhteiskunnallinen ohjauskeino, jolla vaikutetaan monilla tavoin ihmisten elämään. On tärkeää tietää, kuinka oikeus toteutuu yhteiskunnassa.¹⁴²

¹³⁶ Uusikylä 1999, s. 24–29.

¹³⁷ Vedung 1991, s. 21, Sinkkonen – Kinnunen 1994, s. 27 ja 83–85, Ervasti – Tala 1996, s. 199–200, Tala 2001, s. 87–104.

¹³⁸ Rottleuthner 1987, s. 74–75.

¹³⁹ Trubek – Esser 1989, s. 119–121. Ks. myös Alvesalo 1997, s. 47–51.

¹⁴⁰ Sarat 1985, s. 28.

¹⁴¹ Pakarinen 2011b.

¹⁴² Ks. Keinänen 2010.

4 OIKEUSSOSIOLOGINEN JA OIKEUSPOLIITTINEN TUTKIMUS YLIOPISTOISSA JA SEKTORITUTKIMUKSESSA

Suomessa oikeussosiologinen tutkimusperinne on ollut suhteellisen *heikko ja hajanainen*. Helsingin yliopiston ja Turun yliopiston oikeustieteellisissä tiedekunnissa on oikeussosiologian professuurit, joissa toisena alana tällä hetkellä on myös kriminologia. Viime vuosina Itä-Suomen yliopistossa on voimistettu empiiristä oikeustutkimusta. Toisen maailmansodan jälkeen empiirinen oikeussosiologinen ja kriminologinen tutkimus on kuitenkin keskittynyt vahvasti sektoritutkimuslaitoksiin kuten Oikeuspoliittiseen tutkimuslaitokseen ja lisäksi osin myös Poliisiammattikorkeakouluun.¹⁴³ Myös esimerkiksi Terveyden ja hyvinvoinnin laitoksella on tehty sellaista perheisiin, sosiaaliin ongelmiin, päihteisiin ja sovitteluun liittyvää tutkimusta, jota voidaan luonnehtia oikeussosiologiseksi.

Esimerkiksi vuonna 1992 valmistuneessa arviointiraportissa oikeustieteellisestä tutkimuksesta Suomessa todetaan, että ”oikeussosiologian henkilöresurssit oikeustieteellisissä tiedekunnissa ovat kuitenkin olleet niin rajoitetut, ettei edellytyksiä systemaattiseen ja kattavaan tutkimustoimintaan ole niissä oikeastaan ollut olemassa”. Raportin mukaan myös oikeustieteen ja muiden tieteiden välinen vuorovaikutus on ollut vähäistä. Oikeustieteessä on keskitytty lähinnä oikeusdogmaattiseen tutkimukseen. Tutkimuksen määrä ja suuntautuminen onkin ollut kiinni lähinnä yksittäisten ihmisten henkilökohtaisesta suuntautumisesta. Laitisen mukaan suomalaisesta juridisesta kirjallisuudesta noin yksi prosentti voidaan luokitella oikeussosiologiseksi. Niistäkin vain pieni osa on empiiristä tutkimusta.¹⁴⁴

Helsingin yliopiston tutkimustoiminnan arvioinnissa vuonna 2005 arvioitsijat katsoivat, että niin oikeussosiologialla kuin oikeustaloustieteelläkin tutkimusaloina on merkittäviä heikkouksia. Sama näkyy myös vertailtaessa opinnäytetöitä. Esimerkiksi vuonna 2004 suoritettiin Helsingin yliopistossa 242 oikeustieteen kandidaatin tutkintoa, 19 oikeustieteen lisensiaatin tutkintoa ja 17 oikeustieteen tohtorin tutkintoa. Opinnäytetöissä oli vain kaksi oikeussosiologian oppiaineeseen tehtyä kandidaattitutkielmaa.

Oikeustieteen teoreettisesta ja metodologisesta perustasta ja oikeustieteen tehtävästä on käyty aika-ajoin keskustelua, kiihvaimmin 1960- ja 1970-luvun taitteessa.¹⁴⁵ Tällöin esitettiin, että oikeustiede tarvitsee

¹⁴³ Laitinen 1996, s. 49–51, Ervasti 1998, s. 371, Kangas 1998, s. 194–200, Haavisto 2002, s. 6.

¹⁴⁴ Laitinen 2010, s. 11.

¹⁴⁵ Ks. esim. Kultalahti 2010.

myös yhteiskuntatieteen metodeja. Vaikka keskustelua on käyty pitkään, oikeussosiologialla on edelleen heikko asema oikeustieteellisissä tiedekunnissa. Tämä on nähtävissä alan oppitulojen vähäisessä määrässä ja tarjolla olevien kurssien vähäisyydessä. Suomessa kaikki oikeussosiologian ja kriminologian virat yliopistoissa ovat oikeustieteellisissä tiedekunnissa. Yhteiskuntatieteellisissä tiedekunnissa niitä ei ole lainkaan. Helsingin ja Turun oikeustieteellisten tiedekuntien virat ovat siis ainoat näihin aloihin keskittyneet professorit Suomessa. Helsingin virka on ollut useita vuosia täyttämättä. Turun yliopiston virkaa taas rahoittaa sisäasiainministeriö.¹⁴⁶ Turussa oli 2000-luvun alkupuolella myös lainsäädäntötutkimuksen määräaikainen professori. Aiemmin Kuopion yliopistossa oli sosiologian professori, jossa painopistealueena oli poikkeava käyttäytyminen, mutta viran ala on muutettu sittemmin. Näin ollen myös yhteiskuntatieteellisissä tiedekunnissa kriminologinen ja oikeussosiologinen traditio on hyvin heikko.

Yliopistojen eri tutkimusyksiköissä on siis tehty lähinnä yksittäisiä oikeussosiologian tai kriminologian alaan liittyviä tutkimuksia, mutta varsinaista tutkimusperinnettä niissä ei ole syntynyt. Myös tohtoriksi väittelemineen oikeussosiologian oppiaineesta on ollut hyvin harvinaista. Ero on huomattava, kun vertaa tilannetta esimerkiksi toiseen monitieteiseen tutkimusalaan, oikeushistoriaan, josta on väitellyt huomattava määrä tutkijoita viimeisen kahdenkymmenen vuoden aikana. Tilanne onkin johtanut siihen, että oikeussosiologinen perustutkimus on jäänyt suhteellisen vähäiseksi verrattuna soveltavaan tutkimukseen.¹⁴⁷

Yhtenä indikaattorina tutkimuksen laajuudesta voidaan käyttää oikeussosiologisten kirjoitusten määrää keskeisissä tieteellisissä lehdissä.¹⁴⁸ Tässä tarkasteltavaksi on valittu *Defensor Legis* (DL), *Lakimies* (LM), *Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland* (JFT), *Oikeus* sekä *Sosiologia*. JFT:ssä julkaistiin vuonna 2005 kaikkiaan 27 artikkelia. Niistä yhdessäkään ei ollut empiiristä oikeussosiologista tai kriminologista näkökulmaa. DL:ssä julkaistiin vuonna 2005 yhteensä 50 artikkelia, joista yhdessä oli selkeä empiirinen oikeussosiologinen lähestymistapa. Kirjoitus oli tuomarin kirjoittama. Lakimiehessä puolestaan julkaistiin vuonna 2005 kaikkiaan 33 artikkelia, joista kolmessa oli oikeussosiologinen näkökulma. Kaksi kirjoitusta oli Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen tutkijoiden kirjoittamia ja yksi Turun yliopiston tutkijan, joka hänkin oli entinen OPTL:n tutkija. *Oikeus*-lehdessä julkaistiin vuonna 2005 kaikkiaan 14 artikkelia, joista viittä voi luonnehtia selkeästi oikeussosiologiseksi lähestymistavaltaan.

¹⁴⁶ Ks. Turun viran kehityksestä Laitinen 2011.

¹⁴⁷ Ks. Oikeustieteellinen tutkimus Suomessa, s. 64–65.

¹⁴⁸ Ks. Ervasti 2007.

Kolme artikkeleista oli Joensuun yliopiston tutkijoiden kirjoituksia, yksi Helsingin yliopiston tutkijan ja yksi OPTL:n tutkijan kirjoittama. Kaikkiaan siis oikeussosiologisiksi lähestymistavaltaan tai metodeiltaan oli kahdeksan kirjoitusta 124 kirjoituksesta. Sosiologia-lehdessä julkaistiin vuonna 2005 yhteensä 14 artikkelia ja vuonna 2004 yhteensä 17 artikkelia. Yhtäkään niistä ei voi luonnehtia oikeussosiologiseksi.

Jos tarkastellaan samoista juridisista lehdistä artikkeleiden jakautumista eri oikeudenlaioille, havaitaan, että eniten esiintyi prosessioikeudellisia artikkeleita (21 %). Tämä johtuu siitä, että Suomen Asianajajaliiton lehdessä, DL:ssä, niitä esiintyy hyvin paljon ja mukana oli myös mm. teemanumero konkurssioikeudesta. Seuraavaksi eniten kirjoituksia oli velvoiteoikeudesta (13 %), kauppaoikeudesta (10 %), rikosoikeudesta (9 %), eurooppaoikeudesta (8 %), valtiosääntöoikeudesta (6 %) ja oikeushistoriasta (6 %). Osan artikkeleista olisi voinut luokitella monillakin tavoin.

Kattavia selvityksiä oikeussosiologisen tai kriminologisen tutkimuksen määrästä ei ole tehty Suomessa. Vuonna 2005 arvioitiin kuitenkin rikosseuraamusalan tutkimusta Suomessa.¹⁴⁹ Selvityksen mukaan rikosseuraamukseen kohdistuvaa tutkimusta on Suomessa tehty niukasti. Tutkimustoiminta on pääosin opinnäytteiden varassa, kun taas laajempien pitkäjänteisten tutkimushankkeiden määrä on vähäinen. Eniten tutkimusta on tehty yliopistojen yhteiskuntatieteiden oppiaineissa ja ammattikorkeakoulujen sosiaalialan koulutusohjelmissa. Suuri osa tutkimuksista on myös keskittynyt laitostutkimukseen. Tiivistetysti rikosseuraamusten tutkimustoiminnalle on ominaista:

- 1) Opinnäytteiden suuri osuus kokonaistutkimuksesta.
- 2) Ilman erillistä rahoitusta muun työn ohessa tehtävien tutkimusten runsaus.
- 3) Tutkimusta toteuttavien tehojen institutionaalinen moninaisuus.
- 4) Samojen aihepiirien tutkimuksen jakautuminen useille tieteen- ja tutkimusaloille.
- 5) Laajojen tutkimushankkeiden vähäisyys.
- 6) Monitieteisten tutkimushankkeiden vähäisyys.
- 7) Pitkäjänteisen tiedonkeruun ja pitkittäistutkimusten vähäisyys.
- 8) Tiettyihin teemoihin ja ryhmiin kohdistuvan tutkimuksen puute.
- 9) Rahoituskanavien puute.

Vaikka selvityksen kohteena oli vain rikosseuraamuksia koskeva tutkimus, samantyyppiset piirteet leimaavat suurelta osin laajemminkin kriminolo-

¹⁴⁹ Smolej 2005.

gista ja oikeussosiologista sekä oikeuspoliittista tutkimusta. Pitkäjänteistä systemaattista tutkimusta tehdään vain parissa tutkimusyksikössä. Muutoin tutkimus on lähinnä satunnaisten oppinäytetöiden ja yksittäisten tutkijoiden henkilökohtaisen mielenkiinnon varassa.

Usein yliopistojen ajatellaan keskittyvän pääosin perustutkimukseen ja sektoritutkimuslaitosten soveltavaan tutkimukseen, vaikka käytännössä tällainen raja ei ole selvä.¹⁵⁰ Nykyisin tällaiseen jaotteluun on ryhdytty suhtautumaan yhä kriittisemmin ja on alettu puhumaan esimerkiksi ”strategisesta perustutkimuksesta”. Tällä hetkellä alan sektoritutkimuslaitokset joutuvat myös tosiasiansa tuottamaan melko paljon myös perustutkimusta aloilla, joissa yliopistotutkimus on hyvin vähäistä. Lisäksi sektoritutkimuslaitokset tekevät paljon yhteistyötä yliopistojen kanssa. Toisaalta yliopistoissa on ryhdytty tekemään myös enenevässä määrin soveltavaa tutkimusta ulkopuolisella rahoituksella.

Suomalaisessa tutkimusjärjestelmässä tutkimusta tehdään yliopistoissa, sektoritutkimuslaitoksissa sekä ammattikorkeakouluissa. Sektoritutkimuslaitokset ovat ministeriöiden alaisuudessa toimivia tutkimuslaitoksia. Osalla niistä on tutkimuksen ohella erilaisia viranomais- ja tilastointi- ja valvontatehtäviä. Kaikkiaan sektoritutkimuslaitoksia on kaksikymmentä. Suurimmat niistä ovat Metsäntutkimuslaitos (METLA), Maa- ja elintarviketalouden tutkimuskeskus (MTT), Terveiden ja hyvinvoinnin laitos (THL), sekä Riista- ja kalatalouden tutkimuslaitos (RKTL). Oikeuspoliittinen tutkimuslaitos (OPTULA) on pienin sektoritutkimuslaitos. Sen budjettirahoitus on noin 1,5 miljoonaa ja henkilötyövuosia laitoksella on 25. On arvioitu, että sektoritutkimusvaroista (noin 300 miljoonaa) 5–10 prosenttia käytetään yhteiskuntatieteelliseen tutkimukseen mukaan lukien oikeus- ja taloustieteet. Valtaosaltaan resurssit käytetään maatalous- ja ympäristötieteelliseen sekä tekniseen tutkimukseen.

Monissa länsimaissa empiirinen oikeussosiologinen tutkimus laajeni voimakkaasti 1960- ja 1970-luvulla. Tutkimus oli hyvin kriittistä vallitsevaa järjestelmää kohtaan ja se liittyi yleiseen radikaaliin liikehdintään. Empiiristä tutkimusta käytettiin usein erilaisten reformivaatimusten tukena. Tutkimuksissa tuotiin esimerkiksi esille, että köyhien ihmisten on todellisuudessa vaikea päästä oikeuksiinsa ja vaadittiin sen pohjalta muutosta oikeusjärjestykseen. Voi kysyä, miksi vastaavaa tutkimusperinnettä ei syntynyt suomalaisissa yliopistoissa. Yksi syy tutkimuksen vähäisyyteen lienee Suomen pienuus. Toisaalta vaikuttaa siltä, että intellektuaalinen liikehdintä kanavoitui enemmän teoreettiseen suuntaan kuin empiirisiin tutkimuksiin. Dalberg-Larsen näkemyksen mukaan pohjoismainen oikeus-

¹⁵⁰ Ks. esim. Lappi-Seppälä 1987, s. 211–213.

sosiologia kääntyi ylipäänsä enemmän marxilaisen teorian kuin empiirisen tutkimuksen suuntaan tuohon aikaan.¹⁵¹ Suomessa empiirinen tutkimus ei saanut oikeustieteen piirissä juuri minkäänlaista jalansijaa. Sen sijaan oikeusteoria sai poikkeuksellisen vahvan aseman. Muissa pohjoismaissa suomalainen oikeusteoria onkin saanut paljon suosiota.

Vuonna 1974 Kriminologinen tutkimuslaitos laajennettiin Oikeuspoliittiseksi tutkimuslaitokseksi. Taustalla oli ajatus, että tarvittiin sellaista oikeuspoliittista tutkimusta, joka voisi hyödyntää lainvalmistelua ja päätöksentekoa.¹⁵² Laitos aloitti melko pienillä resursseilla ja se on tälläkin hetkellä valtion pienin sektoritutkimuslaitos. Alkuvaiheessa suuri osa tutkimuksista oli lähinnä selvityksenomaisia. Etenkin 1990- ja 2000-luvulla laitoksella on ollut varsin voimakkaat yhteydet akateemiseen tutkimukseen ja suurin osa laitoksen nykyisistä tutkijoista on väitelleitä. Vakinaisia tutkimusvirkoja johtajien (johtaja ja kaksi tutkimusjohtajaa) lisäksi laitoksella on yhdeksän, joista viisi sijoittuu kriminologiseen tutkimusyksikköön ja neljä yleiseen tutkimusyksikköön. Laitoksen tutkijat edustavat myös hyvin monia tieteenaloja. Tutkijoilla on esimerkiksi ollut seuraavanlaisia loppitutkintoja: VTT, Ph.D, KT, MMT, YTT, OTT, HTM.

YK:n alainen Euroopan kriminaalipoliittinen instituutti (HEUNI) toimii Helsingissä. Instituutin tehtävä on edistää kansainvälistä tietojenvaihtoa rikoksista ja niiden kontrollista Euroopan maiden välillä. Sen päätehtäviä ovat kokousten järjestäminen, tutkimusten johtaminen ja avun tarjoaminen hallituksille mm. raportoimalla rikollisuuskehityksestä ja rikosoikeusjärjestelmän muutoksista ja rajat ylittävästä rikollisuudesta. HEUNI:ssa työskentelee 6–9 henkeä. Se ei ole tutkimuslaitos, mutta se välittää runsaasti tutkimustietoa ja on osallisena myös joissain tutkimushankkeissa.

Kriminologian ja oikeussosiologian alalla Oikeuspoliittinen tutkimuslaitos on Suomen oloissa varsin suuri tiedon tuottaja. Pienen kokonsa vuoksi se joutuu kuitenkin keskittymään suhteellisen harvoin painopistealueisiin. 2000-luvun puolen välin jälkeen laitoksen tutkijat ovat julkaisseet noin 15–20 tutkimusta vuosittain ja noin 100 artikkelia. Noin kaksi kolmasosaa laitoksen tutkimuksista on kriminologisia ja noin yksi kolmasosa muita oikeussosiologisia tai oikeuspoliittisia tutkimuksia. Laitoksen kriminologisessa yksikössä tutkimuksen painopistealueina ovat viime vuosina olleet mm. yleinen rikollisuuskehitys ja sen mittarit, uhritutkimukset, väkivalta- ja henkirikokset, huumausainerikokset, nuoret rikoksen tekijöinä ja kohteina

¹⁵¹ Dalberg-Larsen 2000, s. 28.

¹⁵² Ks. Törnudd 1992.

sekä rikoksen uhrin. Laitoksen yleisessä tutkimusyksikössä painopiste-alueina taas ovat olleet velkaongelmat ja niiden hallinta, riitaprosessi ja alioikeusuudistus, lainvalmistelun laatu, oikeusapu sekä perheoikeudellinen kehitys ja sääntely.

Poliisiammattikorkeakoulun tutkimustoiminta alkoi 1990-luvulla. Erilinen tutkimusyksikkö sinne perustettiin vuonna 1998. Poliisiammattikorkeakoulun tutkijoilla on tutkimuksen lisäksi myös asiantuntija-, kehitys- ja opetustehtäviä. Myös poliisiammattikorkeakoulun tutkijoilla on hyvin monipuolinen tausta. Tutkijoilla on esim. seuraavanlaisia loppututkintoja: VTT, PsT, OTT, Ph.D, YTL, KL, KTM. Laitoksella on viisi tutkimus-alueita: poliisitoiminta, poliisihallinto, talousrikollisuus, huumausainerikollisuus ja kokonaisrikollisuus.

Kokonaisuudessaan oikeussosiologista tai kriminologista tutkimusta tehdään Suomessa suhteellisen vähän verrattuna muihin Euroopan maihin ja tutkimus on vahvasti keskittynyt sektoritutkimuslaitoksiin. Esimerkiksi kriminologisen tutkimuksen osalta tehtiin 2000-luvun alussa vertailu tutkimusyksiköistä eri maissa.¹⁵³ Sen mukaan Saksassa on kaikkiaan 29 kriminologista tutkimusyksikköä, Isossa-Britanniassa 23, Ranskassa ja Espanjassa 13 sekä Hollannissa 11. Suomessa laskutavasta riippuen tällaisia tutkimusyksiköitä olisi 2–3 ja nekin suhteellisen pieniä.

5 OIKEUSSOSIOLOGIA JA JURISTIKOULUTUS

5.1 Juristikoulutuksen taustaa

Moderni yhteiskunta rakentuu keskeisesti modernille oikeudelle. Sille on ominaista myös koulutettu lakimieskunta, *juridinen professio*, joka on erikoistunut oikeudellisten kysymysten käsittelyyn. Professionaalilla viitataan yleensä sosiologiassa erityiseen *ammattiryhmään*, joilla on pitkä *korkean asteen koulutus*, *monopoliasema* tiettyjen ammattitehtävien hoitamiseen sekä sisäinen ammatillisten normien noudattamisen *kontrolli*. Lisäksi profession tunnusmerkkeihin voidaan lukea *erikoistuneet ammatilliset toimintatavat* sekä *yhteisön tunnustama asema* erityisenä ammattiryhmänä.¹⁵⁴

Perinteisinä ”arkkityyppisinä” professioina on pidetty etenkin lakimiehiä ja lääkäreitä.¹⁵⁵ Professioita ylipäänsä ja lakimiesprofессиota on jäsennetty

¹⁵³ Baars-Schuyt 2001 ja http://www.wodc.nl/eng/informatiedesk/Other_sites/index.asp. Ks. myös Ervasti 2007.

¹⁵⁴ Dalberg-Larsen 1990, s. 92–93.

¹⁵⁵ Vago 2003, s. 341.

erilaisista teoreettisista ja käsitteellisistä lähtökohdista.¹⁵⁶ Ammatillinen professio perustuu ammatillisen pätevyysperiaatteen varaan. Sille on ominaista pyrkimys markkinoitavissa olevan erityisosaamisen – kuten oikeudellisen asiantuntemuksen – luomiseen. Professio voi vaatia etuoikeuksia vetoamalla muilta puuttuvaan erityisharjaannukseen. Tällöin etuoikeudet pyritään rajoittamaan vain niille, joilla on tämä erityisosaaminen.¹⁵⁷

Yhdysvalloissa professioiden kehittymiselle on ollut ominaista markkinakeskeisyys, kun taas Euroopassa on korostunut niiden yhteys byrokraatiaan. Common law -maissa tyypillinen lakimiesten edustaja on käytännön tuomioistuinjuristi, kun taas Manner-Euroopan maissa se on hallinnon palveluksessa oleva lakimies.¹⁵⁸ Erikoistuneella juristien ammattikunnalla on ollut keskeinen asema koko länsimaisen oikeuden modernisoitumisessa.¹⁵⁹

Lakimieskoulutuksen voi nähdä *sosiaalistumisprosessina*, jota koulutuksen yhtenäisyys korostaa. Juristiopinnot koostuvat pääosin voimassa olevan oikeuden opiskelusta. Tällöin juristit oppivat ”oikeudellisen ajattelutavan”. Tällä tarkoitetaan suurin piirtein sitä, että oppii erottamaan ”olennaisen” ”epäolennaisesta” oikeudellisia tekstejä tulkittaessa ja systematisoitaessa. Opiskelu koostuu paljolti auktoriteettien ajatusten sisäistämisestä ja seuraamisesta. Opiskelu suuntautuu hermeneuttiseen tekstitulkiintaan ja yhteiskuntatodellisuus jää ajattelussa taka-alalle. Kriitikoiden mukaan oikeudellinen ajattelutapa sisältää piilofunktiona ajatuksen siitä, että säädökset ovat pääosin hyviä, että todellisuus on oikeudellisesti ohjailtua ja että juridiset auktoriteetit tulee hyväksyä. Oikeudellista ajattelua myös usein pidetty luonteeltaan konservatiivisena.¹⁶⁰

Oikeustiede ja oikeudellinen koulutus ovat voimakkaassa sidoksissa *traditioon ja yhteisöllisyyteen*. Oikeusoppineen tehtäväksi nähdään oman alan tradition säilyttäminen ja kehittäminen. Tämän on todennut osuvasti Helin: ”Suuri osa lainopillisten esitysten sisällöstä onkin sen toistamista, mitä muut ovat aiemmin sanoneet ja niin täytyy ollakin.”¹⁶¹

Oikeustiede tieteenalana on ollut myös hyvin tarkka rajoistaan. Tällöin on pyritty tekemään selkeä *ero oikeustieteen ja yhteiskuntatieteiden välille*. On siis pyritty erottamaan muut kuin tekstihermeneuttiset lähestymistavat oikeustieteen ydinalueeksi katsotusta oikeusdogmatiikasta. Cotterrell on

¹⁵⁶ Ks. Cotterrell 1984, s. 191–194, Konttinen 1991, s. 11–28, Blomquist 2000, s. 36–38, Sutton 2001, s. 224–230.

¹⁵⁷ Konttinen 1991, s. 22–25, 226–227.

¹⁵⁸ Konttinen 1991, s. 11–70, Blomquist 2000, s. 54–56.

¹⁵⁹ Nousiainen 1993, s. 408.

¹⁶⁰ Dalberg-Larsen 1990, s. 105–109.

¹⁶¹ Helin 1998, s. 1035.

pohtinut sitä, miksi oikeustiede pyrkii eristäytymään paljon voimakkaammin kuin muut tieteenalat omalle alueelleen. Hänen mukaansa vastaus saattaisi löytyä oikeudellisen tietämyksen ja vallan välisestä kiinteästä, suorasta ja fundamentaalisesta suhteesta, mikä johtaa pyrkimykseen taata oikeudellisen disiplinaarin autonomia.¹⁶² Yleensä professioille on ominaista juuri oman erityisasiantuntemuksensa markkinoiden kontrollointi.¹⁶³

Vielä ennen vuotta 1894 kirjoittautuminen oikeustieteen opiskelijaksi edellytti filosofisen oppiarvon suorittamista ensin. Muutos heijasteli oikeustieteen itsenäistymistä omaksi tieteenalaksi Suomessa. Opetus tarkoitti massaluentoja sekä lainsäädännön ja auktoriteettien kirjoitusten ulkoa opettelua. Vallitsevana oikeustieteen suuntauksena oli ns. käsitelainoppi. Pihlajamäki onkin todennut 1900-luvun taitteen oikeustieteen opetuksesta seuraavasti: ”Käsitelainoppineen oikeuspositivistin – yhtä lailla kuin aikoinaan keskiaikaisen skolastikon – korvissa mikään ei olisi kuulostanut oudommalta kuin korostaa omaehtoisen, kriittisen ajattelun herättämisen tärkeyttä opiskelussa.”¹⁶⁴ Oltiin myös sitä mieltä, että juristeilla oli heikko yleissivistys sekä huono suullinen ja kirjallinen esitystaito.

Hyvinvointivaltiollisen murroksen myötä alettiin oikeustieteen opetusta kritisoida niin sisällöllisesti kuin opetustavoiltaan. Hyvinvointivaltiokehityksen myötä tuli instrumentalistinen ajattelutapa. Tällöin korostettiin ongelmakohtaista oppimista yhteiskunnallisten ilmiöiden pohjalta. Korostettiin myös sitä, että juristien tulisi ymmärtää yhteiskuntatieteitä ja niiden menetelmiä. Luento-opetuksen ja tentteihin lukemisen lisäksi alettiin vaatia seminaari- ja pienryhmätyöskentelyä. Vuonna 1973 oikeustieteellinen koulutus uudistettiin ja samalla opinnot jaettiin yleisopintoihin, aineopintoihin ja syventäviin opintoihin. Osin muutosten taustalla oli se, että virkamieskunta kasvoi ja juristit sijoituivat yhä harvemmin perinteisiin juristiammatteihin eli tuomariksi tai asianajajaksi.¹⁶⁵

Opetusta on yritetty kehittää etenkin 1990-luvulta lähtien monipuolisempaan suuntaan. Nykyisin pyritään antamaan neuvottelu- ja vuorovaikutuskoulutusta, lisäämään vuorovaikutteista ja ongelmalähtöistä opetusta ja käyttöön on otettu mm. oppimispäiväkirjat. Myös rooliharjoituksia ja oikeudenkäyntisimulaatioita on ryhdytty käyttämään. Esimerkiksi Yhdysvalloissa ne ovat olleet jo pitkään yleinen opetusmuoto.

Oikeustieteellistä koulutusta, joka johdattaa ”oikeudelliseen ajatteluun”, on syytetty siitä, että samalla se tukahduttaa idealismin, tiedostavuuden ja

¹⁶² Cotterrell 1986, s. 16–17.

¹⁶³ Ks. Vago 2003, s. 341–343.

¹⁶⁴ Pihlajamäki 2002, s. 173.

¹⁶⁵ Letto-Vanamo 2001.

luovuuden.¹⁶⁶ Oikeutta myös opetetaan usein koherenttina ja yhtenäisenä järjestelmänä. Jos säädöksiä ylipäänsä kritisoidaan, se tehdään yleensä epäpoliittisin ilmaisin viittaamalla esimerkiksi perustuslakiin.¹⁶⁷ Toisaalta on syytetty, että oikeustieteen opiskelu kääntää opiskelijoiden orientaation konservatiiviseen suuntaan.¹⁶⁸ Critical Legal Studies -liike on esimerkiksi kritisoinut yhdysvaltalaista oikeustieteen opetusta siitä, että opiskelijat koulutetaan sisäistämään tietyt hierarkkiset järjestelmät. Tämä tapahtuu siten, että painotetaan – joko nimenomaisesti tai rivien välissä – tietynlaisia ajattelutapoja esimerkiksi yhteiskunnasta ja taloudesta.¹⁶⁹

Kokonaisuudessaan voi sanoa, että juristit ovat hyvin perinteinen professio, joka sosiaalistaa jäsenensä ”juridiseen ajatteluun”. Samalla tehdään erottelu ”ei-juridiseen ajatteluun”. Oikeustieteessä ja sen opetuksessa halutaan nähdä selvä ero ”oikeuden” ja ”ei-oikeuden” sekä oikeustieteen ja yhteiskuntatieteiden välillä.¹⁷⁰ Kyse on tyypillisestä tavasta, jolla professio pyrkii erottumaan muista toimijoista yhteiskunnassa.

5.2 Suomalaisen juristikoulutuksen peruspiirteitä

Vaikka juristikoulutusta on pyritty viime vuosikymmeninä kehittämään, koulutuksen peruspiirteet ovat kuitenkin joiltain osin pysyneet näihin päiviin asti melko *muuttumattomina*. Tässä on pyritty analysoimaan näitä koulutuksen peruspiirteitä, koska ne ovat myös olennaisia pohdittaessa, mitä annettavaa oikeussosiologialla voisi olla juristeille.

Lakimiehiä koulutetaan kolmessa oikeustieteellisessä tiedekunnassa Suomessa. Koulutusjärjestelmä on suhteellisen yhtenäinen ja kaikki juristit opiskelevat pääosin samoja oppiaineita, kuten rikosoikeutta, prosessioikeutta, esine- ja velvoiteoikeutta, varallisuusoikeutta, ympäristöoikeutta, työoikeutta, hallinto-oikeutta, vero-oikeutta ja valtiosääntöoikeutta. Valinnanmahdollisuudet opinnoissa ovat suhteellisen rajalliset, vaikka valinnaisuutta onkin viime vuosina lisätty. Käytössä ei ole esimerkiksi pää- ja sivuainejärjestelmää.

Myös joissain muissa koulutusohjelmissä kuten Itä-Suomen yliopiston hallintotieteen koulutuksessa on melko vahva juridinen painotus. Itä-Suomen yliopistoon on yritetty saada neljättä oikeustieteellistä tiede-

¹⁶⁶ Friedrichs 2001, s. 187–188.

¹⁶⁷ Abel 1989, s. 212–214.

¹⁶⁸ Vago 2003, s. 383–385.

¹⁶⁹ Ks. Alvesalo – Ervasti 2006, s. 177–180.

¹⁷⁰ Ks. Houtsonen 2002.

kuntaa, mutta hanke ei ole onnistunut. Tyypillisesti juuri hallintotieteen koulutusohjelmissä sekä joissain kaupallisissa koulutuskokonaisuuksissa annetaan myös oikeudellista koulutusta.

Suomalaisen juristikoulutuksen taustalla elää vahvasti ajatus *yleisjuristista*, jolla on vahva yleisjuridinen koulutus ja eri oikeudenalojen tuntemus. Juristikoulutus antaa kompetenssin tuomarin tehtäviin ja monilta osin koulusta leimaakin tuomarin rooli ja ajatus, että tutkinnon täytyy antaa yleinen juridinen pätevyys. Valtaosa opinnoista on opiskelijoille yhteisiä ja erikoistumiseen on suhtauduttu vieroksuvasti.¹⁷¹

Oikeustieteen tutkinto onkin hyvin *ammattitutkintomainen*.¹⁷² Oikeustieteen opetuksessa yleiset tieteeseen liittyvät kysymykset kuten tieteen ja tutkimustoiminnan lähtökohdat, tutkimusetiikka, tutkimusmenetelmät ja tutkimuksen raportointiin liittyvät kysymykset jäävät hyvin vähäiselle huomiolle. Oikeustieteellisessä opetuksessa korostuukin enemmän asiantuntijuus ja kouluttaminen asiantuntijaprofessioon kuin tieteellisyys ja kouluttaminen tutkimusyhteisön jäseneksi. Myös monilla oikeustieteen professoreilla on pikemminkin asiantuntijaidentiteetti kuin tutkijan identiteetti.¹⁷³

Tässä tilanteessa oikeustieteen opiskelijoilla on melko heikko tieteellinen yleissivistys ja huonot valmiudet käsitellä todellisuutta koskevaa tietoa. Opiskelijoilla ei ole siis käsitystä tieteen yleisistä metodeista eikä empiirisen tiedon hankintamenetelmistä ja aineistoista sekä niiden rajoitteista. On myös puhuttu uudesta opiskelijatyypistä, jonka suhde yliopistoon on hyvin välineellinen sekä suoritus- ja ammattisuuntautunut. Tällöin sitoutumisaste yliopistoon on myös aiempaa alhaisempi.¹⁷⁴

Käytäntöön suuntautuvilla oppialoilla kuten hallintotieteessä, tietojenkäsittelytieteessä sekä kirjasto- ja informaatiotieteessä akateemisella yhteisöllä ei ole yhtä merkittävää osaa opiskelijoiden identiteetin rakentumisessa kuin akateemisemmin suuntautuneilla oppialoilla kuten sosiologiassa ja sosiaalipsykologiassa.¹⁷⁵ Sama koskee mitä ilmeisimmin myös oikeustiedettä, joka on hyvin käytäntöön suuntautunut.

Opetus painottuu myös pitkälti eri *oikeudenalojen sisältökysymyksiin oikeusdogmaattisesta näkökulmasta*. Juristikoulutus keskittyy nimenomaan oikeussääntöjen tulkintaan ja systematisointiin. Sen sijaan lainvalmistelu ja oikeusjärjestelmän oikeuspoliittinen tarkastelu jäävät suhteellisen vähäiselle

¹⁷¹ Ks. Niemi-Kiesiläinen – Lindblom-Yläne 2003.

¹⁷² Ks. Nieminen 2006.

¹⁷³ Latto-Vanamo 2002, s. 1085. Ks. asiantuntijuudesta Kinnunen – Kumpula 2011.

¹⁷⁴ Korpiola 2010, s. 356.

¹⁷⁵ Ylijoki 2000, s. 339–36.

huomiolle, mikä on ongelmallista monien juristiammattien kannalta. Suuri osa juristeista joutuu käytännön työssä suoraan tai välillisesti tekemisiin lainvalmistelun kanssa. Siihen ei kuitenkaan juurikaan ole tarjolla koulutusta.

Oikeustieteen opetusta leimaa hyvin paljon *opettajakeskeisyys ja sisältökeskeisyys*. Pääasialliset oppimisen muodot ovat kirjojen opiskelu tentteihin sekä massaluennot luentokuulusteluineen. Vaihtoehtoisia, oppilas- ja oppimiskeskeisiä opetusmuotoja käytetään vain suhteellisen harvoin. Oikeustieteen opetus on edelleen monilta osin myös hyvin *auktoriteettipainoista ja opettajalähtöistä*. Tällöin lähtökohtana on se, että professori tai muu luennoitsija tietää asiat ja välittää oikean tiedon opiskelijoille. Opiskelijoi- ta ei siis kannusteta kriittiseen itsenäiseen ajatteluun. Opinnäytetöissä ei myöskään välttämättä kannusteta aitoon uuteen tutkimukselliseen työhön, vaan pikemminkin sen osoittamiseen, että opiskelija osaa käyttää korrektisti oikeuslähteitä ja hallitsee oikeusdogmaattisen tavan hahmottaa ja tulkita oikeusongelmia.¹⁷⁶

Oikeustieteen opetuksesta on käyty runsaasti keskustelua Suomessa 2000-luvulla. On tarkasteltu oikeustieteen opetuksen kehittymistä suhteessa yhteiskunnan ja oikeustieteen kehitykseen.¹⁷⁷ Lisäksi on pohdittu oikeustieteen opetusta ongelmalähtöisen oppimisen¹⁷⁸, erilaisten opetusmenetelmien¹⁷⁹ ja vuorovaikutustaitojen¹⁸⁰ näkökulmista sekä muista näkökulmista¹⁸¹. Erikseen on tarkasteltu myös kokemuksia massaluennoista¹⁸² ja oppimispäiväkirjoista¹⁸³ sekä oikeustieteellisestä täydennyskoulutuksesta.¹⁸⁴

Vuonna 2009 toteutetussa Helsingin yliopiston opiskelijoiden hyvinvointitutkimuksessa kävi ilmi, että oikeustieteellisen tiedekunnan opiskelijat ovat selvästi tyytymättömämpiä saamaansa opetukseen kuin muiden tiedekuntien opiskelijat. Oikeustieteen opiskelijoista vain 31 prosenttia oli sitä mieltä, että opetus edisti heidän oppimistaan, kun muissa tiedekunnissa 55–76 prosenttia opiskelijoista oli tätä mieltä. Puolet oikeustieteen opiskelijoista katsoi, että opetus ei edistä heidän oppimistaan. Oikeustieteellisen tiedekunnan opiskelijat katsoivat myös saavansa vähiten ohjausta ja tukea opintoihinsa kaikkien tiedekuntien

¹⁷⁶ Ervasti – Ervasti – Manninen 2010.

¹⁷⁷ Letto-Vanamo 2001, Pihlajamäki – Lindblom-Yläne 2001.

¹⁷⁸ Korpiola – Kotkas 2001, Nystén-Haarala – Zykina 2001.

¹⁷⁹ Niemi-Kiesiläinen 2001.

¹⁸⁰ Lindblom-Yläne 2001.

¹⁸¹ Boucht 2001, Hakalehto-Wainio 2009, Lindblom-Yläne 2001, Myrsky 2001, Niemi 2001, Pylkkänen 2003, Turunen 2004, Nieminen 2006, Matikkala 2009, Määttä – Lukkarinen – Malin – Uski 2009, Haarala-Muhonen 2011, Ervo 2011.

¹⁸² Hakalehto-Wainio 2008.

¹⁸³ Määttä 2001.

¹⁸⁴ Malin 2010.

opiskelijoista.¹⁸⁵ Empiirisiä tutkimuksia erityisesti oikeustieteen opetuksesta ja sen vaikuttavuudesta Suomessa ei kuitenkaan ole paljon tehty.¹⁸⁶ Vuonna 2010 tehtiin kuitenkin tutkimus oikeussosiologian opetuksen vaikutuksista oikeustieteen opiskelijoiden käsityksiin. Tutkimuksen mukaan myös massaluennot voivat olla tehokas keino oppimisessa. Olennaista oli etenkin se, että teoreettinen tieto kytkettiin käytäntöön.¹⁸⁷

Eri yhteyksissä on tuotu esiin, ettei nykyinen juristikoulutus anna riittävästi valmiuksia nykyaikaisen juristin tehtäviin. Pihlajamäen ja Lindblom-Ylänteen mukaan oikeustiede on kansainvälistynyt ja yhä useampi oikeustieteilijä katsoo tekevänsä kriittistä yhteiskuntatutkimusta. Tällöin ”perinteinen, tiukkoihin oppiainerajoihin sidottu opetus on alkanut vastata sekä opiskelijoiden että opettajien odotuksia yhä huonommin”.¹⁸⁸ Ervo taas on tuonut esiin, että nykyajan monikulttuurisessa ympäristössä ”opettaja ei voi paeta monotonisen monologinsa taakse miettien samalla, miten jatkaisi kesken jäänyttä tutkimustaan, kunhan opetusvelvollisuus on tältäkin päivältä onnellisesti ohi”.¹⁸⁹ Määttä on korostanut, että juridiikan opetusmuotoja tulisi kehittää, koska nykyiset opetusmuodot eivät anna riittävästi valmiuksia kirjalliseen ja suulliseen esiintymiseen, mitkä ovat juristin perustaitoja.¹⁹⁰ Opiskelijat ovat myös eri yhteyksissä toivoneet käytännönläheisempää koulutusta.¹⁹¹

5.3 Oikeussosiologian anti juristeille

Vielä 1960- ja 1970-luvuilla suomalaista oikeustieteellistä koulutusta koskevassa keskustelussa korostettiin hyvin paljon sitä, että juristit tarvitsevat myös ei-juridista yhteiskuntatieteellistä ja metodologista koulutusta. Nykyisin tällaisia painotuksia ei esiinny enää samassa määrin juristien koulutuspoliittisissa tavoitteissa.¹⁹² Kuitenkin oikeussosiologisella koulutuksella voi nähdä olevan nykyaikanakin monia hyötyjä juristikoulutuksessa.

¹⁸⁵ Lavikainen – Nokso-Koivisto 2009, s. 50–53.

¹⁸⁶ On kuitenkin tutkittu oikeustieteen opettajien käsitystä omista kyvyistään (self-efficacy) opetuksessa. Verrattuna muihin aloihin käsitykset kyvyistä ovat keskimääräistä alhaisemmat. Luonnontieteilijöillä käsitykset ovat korkeimmat. Lindblom-Yläntee – Trigwell – Nevgi – Ashwin 2006.

¹⁸⁷ Ervasti – Ervasti – Manninen 2010.

¹⁸⁸ Pihlajamäki – Lindblom-Yläntee 2001, s. 170.

¹⁸⁹ Ervo 2001, s. 31–33.

¹⁹⁰ Määttä 2001, s. 219.

¹⁹¹ Nieminen 2006, Ervasti – Ervasti – Manninen 2010.

¹⁹² Letto-Vanamo 2001, Kinnunen – Kumpula 2011, s. 44–47.

Ensiksikin oikeussosiologiassa käsitellään yhteiskuntatieteiden yleisiä teorioita ja metodeja. Näin oikeussosiologia lisää juristien *tieteellistä yleissivistystä*. Vaikka juristin tutkinto on hyvin ammattitutkintomainen, sitä opetetaan yliopistossa tieteellisenä tutkintona eikä ammattikorkeakoulussa ammattitutkintona. Kaikkien yliopistotutkinnon suorittaneiden voi edellyttää tuntevan tieteen yleiset teoreettiset ja metodiset lähtökohdat. Oikeusdogmatiikan tekstihermeneuttinen lähestymistapa poikkeaa monin tavoin muista ihmistieteissä käytetyistä lähestymistavoista, ja juristit tarvitsevatkin erikseen yleistä yhteiskuntatieteisiin liittyvää koulutusta.

Toiseksi oikeussosiologia antaa *valmiuksia opinnäytteiden tekoon*. Tuomalla esiin tieteellisen tutkimuksen peruspiirteitä, tutkimuksen rakentumista, erilaisia tieteellisiä lähestymistapoja sekä tutkimusten tuloksia oikeussosiologia on omiaan antamaan valmiuksia opinnäytteiden kirjoittamiseen. Myös opiskelijat ovat kokeneet saaneensa tällaisia valmiuksia oikeussosiologian opetusta koskeneessa tutkimuksessa.¹⁹³

Kolmanneksi oikeussosiologia voi kasvattaa opiskelijoille *kriittistä asennetta*. Oikeustieteen opiskelu on hyvin auktoriteettipainotteista ja perinteitä korostavaa. Oikeussosiologiselle tutkimukselle on puolestaan ominaista oikeudellisten ilmiöiden, käytänteiden ja instituutioiden kriittinen tarkastelu. Hyvän juristin tulee kyetä tarkastelemaan, vertaamaan ja analysoimaan asioita kriittisesti ja monipuolisesti.

Neljänneksi oikeussosiologia antaa opiskelijoille kuvan *oikeudellisten ilmiöiden ja instituutioiden toiminnasta yhteiskunnassa*. Pelkkä oikeusdogmatiikan antama kuva oikeudesta ei anna riittäviä valmiuksia käytännön toimintaan. Empiirisessä oikeussosiologiassa on tehty tutkimuksia monista keskeisistä oikeudellisista ilmiöistä ja instituutioista kuten tuomioistuinten toiminnasta, kontrollikoneistosta, lakien valmistelusta ja lainsäädännön laadusta, oikeudellisesta avusta ja vaihtoehtoisesta konfliktinratkaisusta. Juristin on hyödyllistä saada tällaista ”todellisuutta” koskevaa tietoa. Etenkin perusoikeuksien korostumisen myötä tarvitaan tietoa siitä, kuinka nämä oikeudet toteutuvat käytännössä.

Viidenneksi oikeussosiologia antaa juristeille *käytännön valmiuksia työnteekoon*. Kuten aiemmin on käynyt ilmi, nykyaikaisessa ”vaikuttavuus-yhteiskunnassa” kaikilla yhteiskunnan sektoreilla joudutaan arvioimaan toiminnan vaikutuksia. Juristeilla on kuitenkin huonot valmiudet kouluksensa perusteella käsitellä empiiristä arviointitietoa. Juristit sijoittuvat merkittäviin asemiin yhteiskunnassa ja heidän tulisi myös osata käsitellä, hankkia ja tulkita empiiristä tietoa. Ruotsalaisen tutkimuksen mukaan jopa asianajajien ja muiden perinteisten juristien työstä vain alle viidennes

¹⁹³ Ervasti – Ervasti – Manninen 2010.

on varsinaista juridista työtä.¹⁹⁴ Lisäksi on huomattava, että työelämässä tehdään yhä enemmän moniammatillista tiimityötä. Tällöin juristien tulee kyetä toimimaan muiden alojen edustajien kanssa ja ymmärtämään myös muiden akateemisen koulutuksen saaneiden lähtökohtia ja ajattelutapoja.

Kuudenneksi erityisesti oikeussosiologia antaa valmiuksia *lainvalmisteluun ja oikeusjärjestyksen oikeuspoliittiseen tarkasteluun*. Lainvalmistelussa on keskeistä selvittää yhteiskunnan olemassa olevaa tilaa, pohtia korjauskeinoja ongelmiin, kehittää erilaisia vaihtoehtoisia ratkaisutapoja, arvioida muutosten seurauksia sekä laatia tarpeellisia säädöksiä. Monissa muissakin juristiammateissa kuin varsinaisissa lainvalmistelutehtävissä joutuu tekemisiin lainvalmistelun kanssa esimerkiksi valmisteluelimen jäsenenä, asiantuntijana, intressiryhmän edustajana tai lausunnon antajana. On oikeastaan hämmästyttävää, kuinka pieni rooli lainvalmistelulla ja lakien syntyprosessilla on juridisessa koulutuksessa.

Seitsemänneksi oikeussosiologiasta on hyötyä *itse oikeustieteelle*. Perinteinen oikeustiedekin tarvitsee impulsseja yhteiskuntateoriasta, empiirisistä tutkimuksista ja kriittisistä tarkasteluista. Perinteisessä oikeustieteessä pyrkimyksenä on koherentti ja ennustettava oikeusjärjestelmä. Todellisuudessa lakeja kuitenkin sovelletaan hyvin heterogeenisesti niin tuomioistuimissa kuin hallinnossakin. Empiirinen tutkimus auttaa havaitsemaan lainsoveltamiseen liittyviä ongelmia ja epäkoherenssia oikeusjärjestelmässä. Näin saadaan pohjaa oikeusjärjestelmän kehittämiseksi.

Nykyisin tieteessä ja tieteen rahoituksessa korostetaan yhä enemmän monitieteisyyttä. Metodisesti ja sisällöllisesti ahtaasti määriteltyä puhtaan kansallista tutkimusta ei pidetä kovin suuressa arvossa. Oikeustieteen pitäisi pikemminkin avautua aikaisempaa enemmän muiden tieteenalojen suuntaan kuin sulkea niitä ulkopuolelle. Oikeussosiologia on yksi keskeinen alue, jossa oikeustiede voi harjoittaa monitieteisyyttä. Oikeustieteessä kannustetaan nykyisin kyllä monitieteiseen toimintaan, mutta kriitikoiden mukaan se jää usein vain retoriikan tasolle. Kun ryhdytään puhumaan konkreettisista tutkimuksista, monitieteiset lähestymistavat saavat usein osakseen kritiikkiä.¹⁹⁵

¹⁹⁴ Sandgren 1999–2000.

¹⁹⁵ Alvesalo 2010, s. 176.

6 OIKEUSSOSIOLOGIA OSANA OIKEUSTIEDETTÄ – ESIMERKKINÄ VAIHTOEHTOINEN KONFLIKTINRATKAISU

6.1 Vaihtoehtoinen konfliktinratkaisun ja sovittelu

Kuten aiemmin on käynyt ilmi, näyttää siltä, että perinteinen oikeustiede ja oikeussosiologia ovat monin tavoin lähestymässä toisiaan sekä yhteiskunnan että oikeustieteen muutoksen myötä. Yksi alue, jossa tällainen kehitys on käynnissä, on vaihtoehtoista konfliktinratkaisua koskeva tutkimus ja keskustelu.

Suomessa samoin kuin muissa länsimaissa erilaiset *vaihtoehtoiset konfliktinratkaisutavat ja -instituutiot ovat lisääntyneet* runsaasti viimeisten vuosikymmenien aikana.¹⁹⁶ Arkkityyppisin vaihtoehtoisen konfliktinratkaisun muoto on sovittelu. Suomessa erilaiset sovittelujärjestelmät kuten rikossovittelu, koulusovittelu, työyhteisösovittelu, asianajajasovittelu, perhesovittelu ja ympäristösovittelu ovat levinneet ja saaneet uusia muotoja viimeisen kahdenkymmenen vuoden aikana.

Suuressa osassa länsimaita on luotu myös erilaisia *tuomioistuinliitännäisiä sovittelujärjestelmiä*. Suomessa, Norjassa ja Tanskassakin on otettu käyttöön tuomioistuinsovittelu yleisissä tuomioistuimissa.¹⁹⁷ Suomessa tuomioistuinten työ- ja toimintatavat samoin kuin koko tuomioistuin kulttuuri ovat muuttuneet viimeisen kahdenkymmenen vuoden aikana. Vuonna 1993 käyttöön otettu tuomioistuinten sovintomenettely sekä vuonna 2005 käyttöön otettu tuomioistuinsovittelu ovat keskeisiä tuomioistuin kulttuurin muutostekijöitä. Enää ei voi ajatella, että tuomioistuinten tehtävänä on vain käyttäytymisen ohjaaminen tai oikeussuojan antaminen. Konfliktinratkaisu on noussut yhä keskeisempään asemaan tuomioistuintoiminnassa näiden perinteisten tehtävien rinnalle. Tuomioistuimet eivät ainoastaan ratko oikeudellisia riitoja, vaan pyrkivät yhä laajemmassa määrin myös sovinnollisiin lopputuloksiin, joilla osapuolten konflikti saadaan kokonaisvaltaisesti ja lopullisesti ratkaistua.¹⁹⁸

Kehitystä on kuvattu puhumalla oikeuden *privatisoitumisesta*. Oikeuden privatisoituminen sisältää kaksi elementtiä: julkisten tehtävien siirron yksityisille tahoille ja yksityisten tehtävien tai niiden käsittelytapojen vaikutuksen julkiseen sektoriin. Konfliktien ratkaisemisen osalta tämä merkitsee sitä, että asioita siirretään tuomioistuimesta muille foorumeille sekä sitä, että tuomioistuimen konfliktinratkaisu saa vaikutteita yksityiseltä

¹⁹⁶ Ks. esim. Ervasti 2004, Ervasti 2005b, Ervasti 2009b, Koulu 2005a, 2005b, Koulu 2007.

¹⁹⁷ Ks. esim. Bernt 2010, Mykland 2011, Knuts 2006, Ervasti 2005a, Ervasti 2011.

¹⁹⁸ Ks. Haavisto 2002.

sektorilta.¹⁹⁹ Esimerkiksi Landen mukaan samalla kun sovittelusta on tullut rutiiniaskelma käräjöinnissä (USA:ssa), oikeudenkäynnin dynamiikka on alkanut vaikuttaa sovitteluun ja vastaavasti sovittelun dynamiikka oikeudenkäynteihin.²⁰⁰

Lakimieskoulutus ja perinteinen tuomarin työ ovat perustuneet aivan toisenlaiselle ajattelutavalle ja logiikalle, mitä sovittelu vaatii. Perinteinen oikeudenkäyttö on perustunut menettelyllisten muotojen tuottamaan oikeudenmukaisuuteen. Sovittelussa taas korostuu omaan *kokemukseen ja osallistumiseen perustuva oikeudenmukaisuus*. Perinteisessä oikeudenkäytössä keskiössä on ”ylhäältä” annettu autoritaarinen ratkaisu, joka pannaan täytäntöön tarpeen vaatiessa pakolla. Sovittelussa taas tavoitteena on osapuolten oma ratkaisu, jota he sitoutuvat myös noudattamaan. Sovittelussa katse käännetään oikeuksista ja velvollisuuksista ihmisten tarpeisiin ja intresseihin. Keskeistä ei ole se, kuka on oikeassa ja kuka väärässä, vaan se miten saadaan aikaan ratkaisu, johon kaikki osapuolet voivat tyytyä. Tuomioistuinten täytyykin nykyaikana ottaa yhä enemmän huomioon osapuolten näkemykset toiminnan laadusta ja prosessin reiluudesta etenkin uusissa menettelymuodoissa, mutta myös perinteisessä toiminnassaan.²⁰¹

Voi sanoa, että suomalainen oikeudenkäyttö on siirtymässä materiaalisen oikeuden ja sisällöllisesti oikean ratkaisun ideasta kohti ideaa neuvotellusta oikeudesta ja pragmaattisesta kompromissista.²⁰² Tällöin riittävää ei ole se, että menettely täyttää muodollisen oikeudenmukaisuuden vaatimukset, vaan menettelyn on täytettävä myös koetun menettelyllisen oikeudenmukaisuuden vaatimukset. Samalla tuomareiden rooli on muuttumassa merkittävästi aikaisempaan nähden.

Wilhelmsson on monissa eri yhteyksissä kirjoittanut oikeuden fragmentoitumisesta sekä oikeudenkäynneistä mikropolitiikkana ja arvokeskusteluna jälkimodernissa yhteiskunnassa. On alettu puhua ”postmodernista juristiroolista”, jossa juristin on tultava ulos piilopaikastaan oikeudellisen systeemin takaa eli tuomari ei voi vaikeissa tapauksissa piiloutua abstraktin oikeudellisen järjestelmän taakse, vaan hänen on kohdattava moraaliset ongelmat avoimesti ja otettava moraalinen vastuu ratkaisuisiaan. Tällaisessa järjestelmässä tuomarin henkilökohtainen persoona ja vastuu korostuvat.²⁰³

¹⁹⁹ Ks. Vindeløv 1995, s. 28–33.

²⁰⁰ Lande 1997, s. 879.

²⁰¹ Ks. Ervasti 2009b.

²⁰² Haavisto 2002, s. 131–133. Ks. myös Ervo 2005, s. 450–452.

²⁰³ Ks. Wilhelmsson 2001.

Dalberg-Larsen on erottanut kolme eri juristiroolia. Klassista juristin mallia edustaa *oikeusvaltion juristirooli*, jossa lakimies toimii perinteisissä juristin tehtävissä kuten tuomioistuimessa. Toinen rooli on *hyvinvointivaltion juristirooli*, jossa juristi nähdään ”sosiaalisena insinöörinä”. Yhteys klassisiin valtiosääntöoikeudellisiin arvoihin ja käsitteisiin ei tässä roolissa ole yhtä ilmeistä kuin oikeusvaltion juristiroolissa. Kolmas rooli on *postmoderni juristirooli*, jossa kompleksisuus sekä yhteiskunnallisten ja oikeudellisten arvojen pluralismi on määräävää. Hänen roolissaan eivät välttämättä korostu yksiselitteisesti vain valtion tai tradition arvot, vaan sen sijaan aikaisempaa enemmän hänen itse valitsemansa arvot ja roolit. Kun oikeudesta on tullut joustavaa ja kontekstuaalista, lakien soveltaminen on muuttunut myös luovemmaksi ja konstruktivisemmaksi. Tässä tilanteessa juristi ei voi odottaa valtiolta yksiselitteistä ohjausta toiminnalleen yksityiskohtaisten sääntöjen avulla.²⁰⁴

Kaikilta osin tuomareilla ei ole riittävästi välineitä ja taitoja – kuten viestintä- ja kommunikaatiotaitoja – uudessa tilanteessa. Haaviston mukaan onkin kehitettävä välineitä asiakkaiden mobilisoimiseksi mukaan ammattilaisten keskusteluun, välineitä tarttua asiakkaan tarjoamiin tapoihin hahmottaa konflikti sekä välineitä hallita puheliaita asiakkaita riidan käsittelyä ja oikeudenmukaisuuden kokemuksen syntymistä edistävin keinoin. Tällöin ”erilaiset välineet ja mallit uudenlaisen kommunikaatio- ja neuvottelusuhteen synnyttämiseksi ja jutun käsittelyn hallitsemiseksi näyttävätkin nousevan keskeisiksi alioikeuksien riidanratkaisua kehitettäessä”.²⁰⁵ Olisikin syytä lisätä juristien peruskoulutukseen sovittelu- ja neuvottelutaitojen opetusta ja koulutusta sekä käytännön harjoituksia. Sovittelukoulutus vaatii opetuskokonaisuuden, joka sisältää teoriaa, kirjallisuuden lukemista, käytännön harjoittelua, roolipelejä sekä perehtymistä sovittelun standardeihin ja etiikkaan.

Vaihtoehtoinen konfliktinratkaisu ja erilaiset sovintomenettelyt ovat siis nousseet yhä keskeisempään asemaan viimeisten vuosikymmenien aikana kaikissa länsimaissa. Suomessa tämä kehitys on voimistunut vasta 2000-luvulle tultaessa. On puhuttu jopa ”sovintomenettelyn renessanssista, joka tuottaa menetelmän sovelluksia aina vain uusille sosiaalisen ongelman alueille”.²⁰⁶ Kehitys heijastaa osaltaan muutosta koko länsimaaisessa kulttuurissa ja sen oikeudessa.

Vaihtoehtoisen konfliktinratkaisun yleistyminen on monissa puheen- vuoroissa liitetty oikeuden yksityistymiseen, oikeudelliseen pluralismiin, polysentriaan, valtioiden rajat ylittävien oikeussuhteiden lisääntymiseen ja

²⁰⁴ Dalberg-Larsen 1999, s. 108–113.

²⁰⁵ Haavisto 2000, s. 1150–1153.

²⁰⁶ Iivari 2004, s. 177.

yhteiskunnan murrokseen ja postmoderniin oikeuteen. Ilmiö liittyy myös keskusteluun oikeudellistumisesta ja prosessitulvasta, ”kaupankäynnistä oikeuden varjossa”, oikeuden saantimahdollisuuksista ja refleksiivisestä oikeudesta.²⁰⁷ Usein on katsottu, että länsimainen oikeudenkäyttö on kriisissä. Tapausmäärät ovat lisääntyneet tuomioistuimissa, mutta samalla oikeudenkäyntien kesto ja kalleus ovat estäneet ihmisiä saamasta oikeutta tuomioistuinten kautta. Tällöin katseet on käännetty tuomioistuinmenettelyn vaihtoehtojen suuntaan. On esitetty, että postmodernissa yhteiskunnassa oikeudesta on tullut joustavaa, monifunktioista ja kontekstuaalista, jolloin se on menettänyt yhdenmukaisen luonteensa.²⁰⁸

Kun uusissa vaihtoehtoisissa menettelytavoissa on pyritty käsittelemään ja ratkaisemaan aiempaa enemmän konflikteja, jotka on perinteisesti käsitelty tuomioistuinmenettelyssä, keskustelua on käyty etenkin erilaisten konfliktin käsittely- ja ratkaisumenetelmien keskinäisestä suhteesta ja niiden eduista ja haitoista. Tällöin on nostettu esiin kysymyksiä muun muassa ratkaisujen oikeudenmukaisuudesta ja tasapuolisuudesta, menettelyn reiluudesta, ratkaisijan neutraalisuudesta, asianosaisten osallistumis- ja vaikutusmahdollisuuksista sekä menettelyiden kestosta ja kustannuksista.

Empiirisissä tutkimuksissa, joissa on verrattu perinteistä oikeudenkäyntiä ja vaihtoehtoisia menettelyitä, tulokset ovat vaihdelleet. Monien tutkimusten mukaan ihmiset kokevat sovintoratkaisun oikeudenmukaisempana ja tyydyttävämpänä kuin tuomion sekä myös noudattavat niitä paremmin.²⁰⁹ Joidenkin tutkimusten mukaan osapuolet ovat kuitenkin tyytyväisempiä tuomioistuinmenettelyyn kuin sovitteluun tai välimiesmenettelyyn. Joissain tutkimuksissa taas ei ole havaittu mitään eroa tyytyväisyydessä eri menettelyissä.²¹⁰

Tämä johtuu siitä että vaihtoehtoisten menettelyiden lisäksi myös ”perinteinen” oikeudenkäynti vaihtelee hyvin paljon niin tuomioistuinmenettelyjen sisällä kuin niiden välilläkin. Näin ollen ”kontrolliryhmäkään” vaihtoehtoisille menettelyille ei ole kiinteä. Vertailun tekee vaikeaksi myös se, ettei ole yksimielisyyttä vaihtoehtoisen konfliktinratkaisun tavoitteista eli muuttujista, joita olisi syytä vertailla. Neljä asiaryhmää tutkimuksissa näyttää kuitenkin nousseen erityisesti esiin: prosessin kustannukset, osapuolten väliset suhteet, lopputuloksen laatu sekä yhteisöllisyys. Niiden avulla on pyritty tekemään vertailua eri menettelyiden välillä.²¹¹

²⁰⁷ Ks. Nuotio 1999.

²⁰⁸ Dalberg-Larsen 1999, s. 111.

²⁰⁹ Tyler 1997, s. 877–881, McEwen – Maiman 1981, s. 255–257, Pearson – Thoennes 1989, s. 26–29, Roehl – Cook 1989, s. 33–34.

²¹⁰ Vidmar 1997, s. 122.

²¹¹ Tyler 1989, s. 422.

Amerikkalainen tutkija Menkel-Meadow on esittänyt teesin, ettei länsimainen riitelevä tuomioistuinjärjestelmä ole enää nykyajan jälkimodernissa, monikulttuurisessa maailmassa paras menetelmä riitaisuuksien ratkaisemiseksi. Hänen mukaansa 1900-luvun lopun oppi on tehnyt meille selväksi, että totuus on illusorinen, vaillinainen, tulkinnanvarainen, riippuvainen tietäjästä ja tiedosta ja että totuus on ennen kaikkea monimutkainen.²¹²

Niin modernien oikeudenkäyntien kuin ylipäänsä modernin elämänkin monimutkaistuminen ovat johtaneet siihen, että konflikteissa on usein enemmän kuin kaksi osapuolta. Asioiden yhtyminen ja kumuloituminen sekä ryhmäkanne tekevät mahdolliseksi sallia enemmän kuin vain yhden kantajan ja vastaajan äänen esiin tuomisen. Moniosapuolinen ja moninkertainen oikeudenkäynti tai konflikti vääristyy, jos vain kaksi osapuolta ovat mahdollisia. Tuomioistuimet käsittelevät esimerkiksi ympäristön saastumiseen liittyviä kysymyksiä, työmarkkinaosapuolten riitoja, kuluttajakysymyksiä, massarikkomuksia ja julkisten palveluiden rahoitukseen liittyviä kysymyksiä.

Menkel-Meadow pitää riitelevää järjestelmää riittämättömänä ja jopa vaarallisena pyrittäessä saavuttamaan oikeudellisen järjestelmän tai konfliktinratkaisujärjestelmän tavoitteita. Hänen mukaansa binaariset vastakkaiset esitykset tosiasioista konfliktissa eivät ole paras tapa saada totuutta selville. Sen sijaan polarisoitu keskustelu vääristää todellisuuden, jättää pois tärkeää informaatiota, yksinkertaistaa asioiden monimutkaisuutta ja pikemminkin monimutkaistaa kuin selventää asioita. Hän on myös tuonut esiin sen, että monimutkaisessa monikulttuurisessa maailmassa ihmiset tulkitsevat ”todellisuutta” eri tavoin. Tutkijat ovatkin kyseenalaistaneet riitelevään järjestelmään sisältyvät oletukset objektiivisuudesta, neutraaliudesta sekä reiluudesta.

Kokonaisuudessaan konfliktinratkaisujärjestelmässä on käynnissä seuraavat muutokset: 1) tuomioistuinten ulkopuolisten konfliktinratkaisumenetelmien merkitys tulee lisääntymään, 2) vaihtoehtojen toimintatapojen – kuten sovittelun – merkitys korostuu jatkossa tuomioistuintoiminnassa, 3) tuomarien henkilökohtainen persoona ja ammattiosaaminen sekä heidän henkilökohtainen vastuunottonsa tekemistään ratkaisuista korostuu, ja 4) koettu proseduraalinen oikeudenmukaisuus nousee keskiöön aikaisempaa enemmän. Kaikki nämä muutokset heijastavat osaltaan tuomioistuimen ja siviiliprosessin tehtävän muuttumista. Jälkimodernissa maailmassa konfliktinratkaisu nousee yhä tärkeämmäksi siviiliprosessin tehtäväksi.

²¹² Menkel-Meadow 1996, s. 5–9.

6.2 Tutkimus ja opetus

Konflikteja ja riitoja on lähestytty hyvin monista eri tieteenaloista ja teoria-perinteistä käsin. Erilaisiin tutkimuksellisiin lähestymistapoihin on liittynyt erilaisia ideologisia, teoreettisia ja käsitteellisiä lähtökohtia. Konflikteja ja riitoja on lähestytty mm. legalistisesta (oikeustieteellisestä) näkökulmasta sekä oikeussosiologisesta, oikeusantropologisesta, oikeushistoriallisesta, oikeustaloustieteellisestä, oikeuspoliittisesta ja vertailevasta näkökulmasta.

Matemaatikot ja taloustieteilijät ovat tarkastelleet konflikteja ja riitoja peliteorian ja hyötyteorian avulla. Poliitiikan tutkijat ovat puolestaan kiinnittäneet huomiota valtaan, sosiologit ryhmien ja organisaatioiden rakentamiseen. Psykologit taas ovat käyttäneet päätöksentekoteoriaa. Kansainvälisten suhteiden tutkijat ovat lähteneet analyysissään valtion käsitteestä. Esitettyjen teorioiden yleisyysaste ja abstraktiotaso on vaihdellut hyvin paljon. Konflikteja on saatettu lähestyä makrotason teorioiden avulla – esimerkiksi Weberin tai Marxin yhteiskuntateorioista käsin – tai konkreettisimmilla mikrotason teorioilla. Sovitteluteorioita on osin rakennettu hyvin paljon taloustieteellisen neuvotteluteorian ja erityisesti peliteorian pohjalta.

Konfliktinratkaisututkimuksessa kyse onkin monitieteisestä alasta, jossa eri alojen asiantuntijat käyvät keskustelua keskenään. Juristit ovat nimenomaisesti konfliktinratkaisuun keskittynyt professio, eikä ammattikunta voi jättäytyä konfliktinratkaisua koskevan kehityksen ja keskustelun ulkopuolelle. Käytännön juristit joutuvat yhä enemmän toimimaan vaihtohtoisen konfliktinratkaisun parissa. Erityisesti neuvottelutaidot ovat korostuneet viime vuosikymmenenä juristien työssä. Neuvottelu onkin sovittelun ohella keskeisimpiä konfliktinratkaisun vaihtoehtoja.

Konfliktinratkaisua koskevalle tutkimukselle on niin teoreettista kuin käytännön tarvettakin. Oikeustieteellinen tutkimus ja koulutus on kuitenkin toistaiseksi vasta herännyt huomaamaan tilanteen. Esimerkiksi sovittelu- ja neuvotteluteorioista ei juristeille anneta systemaattista koulutusta.

Suomalaisissa oikeustieteellisissä tiedekunnissa koulutusta sovittelusta ja konfliktinratkaisusta on vain pistemäisesti. Helsingin yliopiston oikeustieteellisessä tiedekunnassa lukuvuonna 2010–2011 uusille opiskelijoille järjestetty ”Oikeudellisen ajattelun perusteet”-opintokokonaisuus sisälsi myös moduulin ”Juristi kokonaisvaltaisena konfliktinratkaisijana”, jossa oli luennot oikeudenkäynnistä, oikeudenkäynnistä käytännön toimijan näkökulmasta, konfliktinratkaisun teoriasta ja sovittelusta. Lisäksi Helsingin yliopistossa järjestettiin prosessioikeuden vaihtoehtoinen opintokokonaisuus (6 op) konfliktinratkaisusta ja sovittelusta.²¹³ Oikeus-

²¹³ Ks. Ervasti 2010.

tieteellisissä tiedekunnissa on myös ollut opetusta rikossovittelusta ja välimiesmenettelystä. Lisäksi syventävien opintojen projekteja on järjestetty vaihtoehtoisesta konfliktinratkaisusta.

Kööpenhaminan yliopiston oikeustieteellisessä tiedekunnassa on erityinen konfliktinratkaisun professuuri, jonka haltija Vibeke Vindeløv johtaa erityistä konfliktinratkaisun maisteriohjelmää. Se on jatkokoulutusohjelma ja suunnattu henkilöille, joilla on jo yliopistotutkinto. Koulutus kestää neljä lukukautta ja koulutus sisältää viisi eri kokonaisuutta: konfliktien sovittelu (konfliktmægling), konfliktien ymmärtäminen (konfliktførsøelse), neuvotteleminen (forhandling), tieteenteoria ja yhteiskuntateoria (videnskaps- og samfundsteori) sekä lopputyö (masterafhandling).²¹⁴

Keskustelu ja tutkimus vaihtoehtoisesta konfliktinratkaisusta ja sovittelusta on vilkasta Pohjoismaissa. Suomessa, Norjassa ja Tanskassa on julkaistu lukuisia tutkimuksia ja kirjoituksia näistä aiheista. Jos otetaan esimerkiksi pelkästään *tuomioistuinsovittelu*, Norjassa on tehty kaksi väitöskirjaa aiheesta²¹⁵ ja käyty runsaasti keskustelua.²¹⁶ Myös Tanskassa aiheesta on julkaistu runsaasti kirjoituksia²¹⁷, ja vireillä on yksi väitöskirja, joka valmistuu elokuussa 2011.²¹⁸ Ruotsissa keskustelua on käyty vähemmän.²¹⁹

Suomessa tuomioistuinliitännäisestä sovittelusta on julkaistu yksi väitöskirja²²⁰ samoin kuin sovinnon edistämisestä.²²¹ Lisäksi tuomioistuinsovittelusta on kirjoitettu kommentaari.²²² Aiheesta on myös muita julkaisuja ja siitä on käyty runsaasti keskustelua.²²³ Tuomioistuinsovittelua on selvitetty empiirisesti Suomessa²²⁴, Norjassa²²⁵ ja Tanskassa²²⁶. Hyvin suuri osa keskustelijoista on nimenomaan oikeustieteilijöitä tai käytännön juristeja. Pohjoismaiset tutkijat ja käytännön toimijat ovat perustaneet myös erityisen Pohjoismaisen tuomioistuinsovitteluverkoston ja pohjoismainen yhteistyö

²¹⁴ Ks. <http://jura.ku.dk/uddannelser/efterogvidereuddannelse/master>.

²¹⁵ Bernt 2010, Mykland 2011.

²¹⁶ Esim. Austbø – Engebretsen 2003, Guttorm 2006, Kjellan-Mørdre ym. 2008, Nylund 2010a.

²¹⁷ Ks. esim. Vindeløv 2007, Vindeløv 2008. Ks. myös Vindeløv 1997, Boserup – Humle 2001, Boserup 2007, Dalberg-Larsen 2009.

²¹⁸ Lin Adrian, Kööpenhaminan yliopisto.

²¹⁹ Ks. Lindell 2006, Ficks 2007. Ks. myös Norman 1999.

²²⁰ Knuts 2006.

²²¹ Ervasti 2004.

²²² Ervasti 2005.

²²³ Esim. Liukkonen 2002, Knuts 2003, Ervasti 2005, Haapasalo 2007, Heikinheimo 2007, Hirvonen 2007, Tuominen 2008, Ervasti 2009b, Nylund 2010b, Aaltonen – Auvinen 2010. Ks. myös Haavisto 2002, Koulu 2003, Ervasti 2004, Koulu 2005a.

²²⁴ Ervasti 2011.

²²⁵ Knoff 2001, Mykland 2011.

²²⁶ Roepstorff – Kyvsgaard 2005.

vaihtoehtoisen konfliktinratkaisun alueella on muutoinkin vilkasta. Verkostossa on muun muassa tuomareita, asianajajia ja oikeustieteen tutkijoita.

Jos katsotaan suomalaista *empiiristä tutkimusta* vaihtoehtoisesta konfliktinratkaisusta, eniten empiirisiä on tehty rikossovittelusta. Tutkimuksissa on pyritty valottamaan muun muassa rikossovittelun yleisyyttä, keskeisiä piirteitä, vaikutuksia, hyötyjä ja haittoja, tavoitteiden toteutumista sekä vuorovaikutusta prosessissa.²²⁷ Yksittäisiä tutkimuksia ja selvityksiä on tehty muun muassa kuluttajaneuvonnasta²²⁸, kuluttajavalituslautakunnasta²²⁹, oikeusasiamiesinstituution vaikuttavuudesta²³⁰, perhesovittelusta²³¹, läheisneuvonpidosta²³² lääkemarkkinoiden valvontalautakunnasta²³³ sekä täytäntöönpanosovittelusta²³⁴. Myös maankäytön konflikteista ja niiden (vaihtoehtoisista) ratkaisumahdollisuuksista on tehty empiirinen tutkimus.²³⁵

Vaikka Suomessakin on käyty keskustelua vaihtoehtoisesta konfliktinratkaisusta, oikeustieteen valtavirtaan se on vaikuttanut toistaiseksi melko rajallisesti. Oikeustiede ja erityisesti prosessioikeus ovat tuomioistuimia koskevissa tarkasteluissaan keskittyneet perinteisesti oikeudenkäyntimenettelyn *muodollisjuridiseen* tarkasteluun. Kun yhä suurempi osa konflikteista ratkaistaan tuomioistuinten ulkopuolella, oikeustieteen tulee *laajentaa myös tutkimuskohteitaan sekä kehittää lähestymistapojaan*.²³⁶ On selvää, ettei pelkällä säännösten tulkintaan ja systematisointiin liittyvällä lähestymistavalla saada otetta nykyisestä konfliktinratkaisusta koskevasta kehityksestä. Sen sijaan tarvitaan monitieteistä tutkimusta, jossa myös oikeussosiologisella tutkimuksella on paljon annettavaa.

Tuomioistuinten toimintaakin on oikeustieteessä tarkasteltu pääasiassa oikeusdogmaattisesta näkökulmasta keskittyen oikeudenkäyntiprosessiin, joka alkaa haasteesta ja päättyy tuomioon. Tällaiset tarkastelut tavoittavat kuitenkin vain vajavaisesti tuomioistuinten muuttuvan toimintakentän, jossa käytetään nykyisin monia erilaisia menettelyvaihtoehtoja ja toimintatapoja konfliktien ratkaisussa. Perinteisellä prosessioikeudellisella lähes-

²²⁷ Ks. Iivari 1991, Järvinen 1993, Takala 1998, Mielityinen 1999, Flinck – Iivari 2004, Elonheimo 2004, Korkala 2004, Salonen 2004, Eskelinen 2005.

²²⁸ Teittinen 1999.

²²⁹ Hakalehto 1992, Viitanen 2003.

²³⁰ Keinänen – Määttä 2007.

²³¹ Valkama 1991.

²³² Reinikainen 2007.

²³³ Kyttä – Tala 2008.

²³⁴ Jaakkola 2002.

²³⁵ Peltonen – Hirvonen – Manninen – Linjama – Savikko 2006.

²³⁶ Ks. myös Koulu 2005a.

tymistavalla ei nyky muodossaan ole välineitä tarkastella tuomioistuinten konfliktinratkaisujärjestelmän kehittymistä tai vaikuttaa sen kehitykseen, ellei prosessioikeudellista teoriaa, metodiikkaa ja orientaatiota kehitetä uuteen suuntaan.

Tarvitaan siis aikaisempaa enemmän monitieteistä tutkimusta tuomioistuinten ja muiden *konfliktinratkaisuinstituutioiden* eri toimintatavoista. Lisäksi tarvitaan tutkimusta erilaisista *konfliktinratkaisumenetelmistä* kyseisissä instituutioissa. Näiden instituutioiden, toimintavaihtoehtojen ja menetelmien tarkastelu edellyttää uudenlaista *konfliktiteoreettista* sekä *empiiristä* tutkimusta. Tuomioistuintoiminnan tarkastelu pelkästään muodollisjuridisena sääntöjärjestelmänä ei ole riittävä lähestymistapa, vaan tarvitaan myös tutkimusta, jossa konfliktit ja niiden ratkaiseminen nähdään selkeämmin osana *inhimillistä vuorovaikutusta*.

Kokonaisuudessaan oikeustieteilijöiden on siis laajennettava tutkimusintressejään ja tutkimuskohteitaan. Jos oikeustiede jättää vaihtoehdoisen konfliktinratkaisun kehityksen ja tutkimisen muille tieteenaloille ja professioille, vaarana on, että oikeudellisesti ja oikeuspoliittisesti relevantti tutkimus jää tekemättä. Tässä työssä myös oikeussosiologian ja perinteisen oikeustieteen yhteistyö voi olla hedelmällistä. Monitieteistä vuoropuhelua onkin käyty esimerkiksi Helsingin yliopistossa toimivan Conflict Management Institutin (COMI) ja Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen välillä. Monitieteisessä ympäristössä pelkästään yhteisen termistön ja kielen löytäminen vie paljon aikaa. Yhteistyötä tarvitaankin edelleen aikaisempaa enemmän ja laajemmin esimerkiksi monitieteisten tutkimushankkeiden kautta.

7 JOHTOPÄÄTÖKSIÄ JA KESKUSTELUA

Oikeussosiologiaa voidaan tarkastella monesta eri näkökulmasta. Tässä artikkelissa oikeussosiologiaa ja oikeuspoliittista tutkimusta on tarkasteltu osana oikeustiedettä. Vielä 1960- ja 1970-luvuilla oikeuden yhteiskunnallisia lähestymistapoja korostettiin voimakkaasti oikeustieteellisessä keskustelussa. Sitten tällaiset painotukset ovat vähentyneet. Kuitenkin 2000-luvulla tilanne näyttäisi olevan jälleen muuttumassa.

Suomessa on pitkään ollut suhteellisen heikko oikeussosiologisen tutkimuksen perinne ja tutkimus on painottunut sektoritutkimuksen puolelle. Oikeustieteen piirissä oikeussosiologiaan ja empiiriseen tutkimukseen on myös pitkään suhtauduttu melko vieroksuvasti. Yhteiskunnan ja tutkimusympäristön muutosten myötä monitieteisyyden merkitys on kuitenkin

kasvanut viime vuosikymmenen aikana. Oikeustieteellinen tutkimus ei voi olla enää metodisesti ja sisällöllisesti ahtaasti määriteltyä kansallista tutkimusta. Tutkimus on muuttunut teoreettisesti, sisällöllisesti ja metodisesti aikaisempaa pluralistisemmaksi. Samalla oikeussosiologialle ja muille oikeuden yhteiskuntatieteellisille lähestymistavoille on tullut aiempaa enemmän tarvetta.

Oikeustieteen onkin avauduttava aikaisempaa enemmän muiden tieteenalojen suuntaan säilyttääkseen relevanssin muuttuvassa jälkimodernissa yhteiskunnassa. Tällaista muutosta onkin havaittavissa mm. rikosoikeudessa, ympäristöoikeudessa, naisoikeudessa ja vaihtoehtoisen konfliktinratkaisun tutkimuksessa. Oikeussosiologialle tyypillisiä kysymyksenasetteluita ei enää ole pidetty oikeustieteessä yhtä vieraina kuin aiemmin. Moni oikeustieteen tutkija katsookin nykyisin tekevänsä kriittistä yhteiskuntatutkimusta. Etenkin perusoikeuksien korostumisen myötä tarvitaan empiiristä tietoa siitä, kuinka perusoikeudet toteutuvat todellisuudessa.

Ylipäänsä näyttää siltä, etteivät oikeustieteelliset oppiaineet voi nykyisin rajautua ahtaasti sisällöllisesti ja metodologisesti omille autonomisille alueilleen. Tarvitaan sen sijaan aikaisempaa enemmän oppiainerajat ja tieteiden väliset rajat ylittävää tutkimusta, joka on sekä teoreettisesti että yhteiskunnallisesti relevanttia. Samalla oikeustieteellistä opetusta on kehitettävä vastaamaan muuttuneita yhteiskunnallisia tarpeita. Tentteihin lukeminen ja massaluennot opiskelumuotoina antavat vain vähän valmiuksia juristin ammattiin, jossa suullinen ja kirjallinen esiintymistaito korostuvat. Tarvitaan lisää vuorovaikutteista ja oppilaskeskeistä opetusta, joka kannustaa opiskelijoita itsenäiseen kriittiseen ajatteluun.

Oikeustieteellisen tutkimuksen ja opetuksen konkreettisessa kehittämisessä pitäisi pohtia, kuinka kriminologinen ja oikeussosiologinen tutkimus samoin kuin lainsäädäntötutkimus saataisiin paremmin integroitua oikeustieteellisiin opintoihin. Epäilemättä oikeuden yhteiskunnallisiin tarkastelutapoihin tarvitaan omia oppituoleja, mutta yhteiskuntatieteellinen tutkimustieto pitäisi sitoa käsiteltäviin teemoihin myös positiivisoikeudellisten oppiaineiden sisällä. Monitieteisiä tutkimusryhmiä tarvitaan myös aiempaa enemmän. Joka tapauksessa juristien täytyy myös itse huolehtia oikeuspoliittisesti ja oikeudellisesti relevantin yhteiskunnallisen tiedon tuottamisesta, eikä luottaa siihen, että yhteiskuntatieteilijät tekevät sen. Tämä edellyttää sitä, että oikeussosiologinen ja oikeuspoliittinen tutkimus nähdään keskeisenä osana oikeustiedettä.

On tarvetta pohtia myös oikeustieteellisiin tutkintoihin sisällytettävien pakollisten oppiainekokonaisuuksien sisältöjä. Olisi syytä harkita esimerkiksi tieteellisen ajattelun ja tieteen etiikan, kriminologian, lainsäädä-

däntötutkimuksen, konfliktinratkaisun, neuvottelun ja sovittelun sekä johtamisen sisällyttämistä aikaisempaa laajemmin osaksi oikeustieteen pakollisia opintoja.

Kokonaisuudessaan uskon siis vahvasti siihen, että oikeussosiologialla voi olla paljon annettavaa oikeustieteellisen tutkimuksen kentällä. Oikeustieteellinen tutkimus kaipaa ylipäänsä monenlaisia eri perinteistä kumpuavia kriittisiä näkemyksiä ja pluralismia pysyäkseen dynaamisena ja kehittyvänä tieteenalana.

LÄHTEET

- Aaltonen, Anna-Kaisa – Auvinen, Maija:* Lapsiriitojen sovittelusta yleisissä tuomioistuimissa. Lakimies 2010, s. 1149–1165.
- Aarnio, Aulis:* Philosophical Perspectives in Jurisprudence. Acta Philosophica Fennica. Vol 36. Helsinki 1983.
- Aarnio, Aulis:* Laintulkinnan teoria. WSOY. Juva 1989.
- Aarnio, Aulis:* Onko oikeustiede yhteiskuntatiede? Lakimies 1993, s. 695–710.
- Aarnio, Aulis:* Oikeustieteen muuttuminen. Onko sitä ja pitäisikö sitä olla? Oikeus 1996, s. 223–226.
- Aarnio, Aulis – Rieppula Esko:* Virallisten vastaväittäjien lausunto Jukka Kultalahden väitöskirjasta ”Omaisuuksensuojelu ympäristönsuojelussa”. Lakimies 1991, s. 445–469.
- Abel, Richard, L.:* American Lawyers. Oxford University Press. New York, Oxford 1989.
- Access to Justice in Europe: An Overview of Challenges and Opportunities. FRA, European Agency for Fundamental Rights. Luxembourg 2011.
- Ahonen, Pertti – Tala, Jyrki – Hämäläinen, Kari:* Poliittikkatoimen vaikuttavuusarvioinnin menetelmien ja toimintatapojen kehittäminen: esiselvitys. Sektoritutkimuksen neuvottelukunta 8/2009.
- Alvesalo, Anne:* Critical Legal Studies. Kriittinen lähestymistapa oikeuteen. Helsinki 1997.
- Alvesalo, Anne:* Oikeudellinen toimija empiirisen tutkimuksen kohteena. Empiirisen oikeustutkimuksen kokemukset, haasteet ja tulevaisuus (toim. Anssi Keinänen – Mia Kilpeläinen – Ulla Väätänen). Itä-Suomen yliopiston oikeustieteellisiä julkaisuja 26. Joensuu 2010, s. 175–188.
- Alvesalo, Anne – Ervasti Kaijus:* Oikeus yhteiskunnassa – näkökulmia oikeussosiologiaan. Edita. Helsinki 2006.
- Anttila, Inkeri – Törnudd, Patrik:* Optulaa kohti. Katsaus Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen syntyvaiheisiin ja tutkimuksen tavoitteenasetteluihin. Kriminologinen tutkimuslaitos. Sarja M. Helsinki 1973.
- Anttila, Inkeri – Törnudd Patrik:* Kriminologia ja kriminaalipolitiikka. Suomalainen Lakimiesyhdistys, Helsinki 1983.
- Aubert, Vilhelm:* Rettssosiologi. Universitetsforlaget. Oslo 1968.

- Aubert, Vilhelm*: Rettens sosiale fuksjon. Universitetsforlaget. Oslo 1976.
- Austbø, Anne – Engebretsen, Geir*: Mekling i rettskonflikter. Rettsmekling, mekling ved advokater og mekling i forliksrådene og konfliktrådene. Cappelen Akademisk Forlag. Oslo 2003.
- Baars-Schuyt, A. H.*: Overview of Criminology in Europe. *European Journal on Criminal Policy and Research*. Vol 9 (2001).
- Backman, Eero*: Mietteitä analyttisen oikeusteorian johdosta. Suomalaista oikeusteoriaa. Osa I. Toim. Juha Pöyhönen. Helsinki 1977, s. 200–224.
- Backman, Eero*: Oikeustiede yhteiskuntatieteenä. Lakimiesliiton Kustannus. Helsinki 1992.
- Banakar, Reza – Travers, Max*: Introduction. Teoksessa *An Introduction to Law and Social Theory* (ed. Reza Banakar – Max Travers). Hart Publishing. Oxford 2002, s. 1–7.
- Berger, Peter, L. – Luckmann, Thomas*: Todellisuuden sosiaalinen rakentuminen. 2. painos. Gaudeamus. Helsinki 1995.
- Bernt, Camilla*: Meklerrollen ved mekling i domstolene. Universitetet i Bergen 2010.
- Best, Joel*: But Seriously Folks: The Limitations of the Strict Constructionist Interpretation of Social Problems. *Reconsidering Social Constructionism. Reconsidering Social Constructionism. Debates in Social Problem Theory* (ed. James A. Holstein – Gale Miller). New York 1993, 129–150.
- Black, Donald*: Sociological Justice. Oxford University Press. New York, Oxford 1989.
- Black, Donald*: The Epistemology of Pure Sociology. *Law & Social Inquiry*. Vol 20 (1995), s. 829–870.
- Black, Nick*: Evidence Based Policy: Proceed with Care. *British Medical Journal*. Vol 323 (2001), s. 275–279.
- Blomquist, Helle*: Lawyers' Ethics. The Social Construction of Lawyers' Professionalism Danish Practicing Lawyers and Some Pre-Conditions for Their Ethics. Copenhagen 2000.
- Boucht, Johan*: Teaching Legal Theory in Universities of Helsinki and Warwick – a Comparative Reflection. *Oikeus* 2001, s. 241–250.
- Boserup, Hans*: Mediation. Six Ways in Seven Days. Special Part of the Mediation Process. DJØF Publishing. Copenhagen 2007.
- Boserup, Hans – Humle, Susse*: Mediationsprocessen. København 2001.
- Brockman, Joan*: The Impact of Institutional Structure and Power on Law and Society: Is It Time for a Reawakening? *Law and Society Review* Vol 37 (2003), s. 283–293.
- Browson, Ross C. – Royer, Charles – Ewing, Reid*: Researchers and Policymakers. Travellers in Parallel Universes. *American Journal of Preventive Medicine* 2006;30 (2), s. 163–171.
- Burr, Vivien*: An Introduction to Social Constructionism. London 1995.
- Campbell, C. M. – Wiles, Paul*: The Study of Law in Society in Britain. *Law and Society Review*. Vol 10, no 4 (1976), s. 548–578.
- Christie, Nils*: Kriminalsosiologi. Universitetsforlaget 1965.
- Cotterrell, Roger*: The Sociology of Law. An Introduction. London 1984.
- Cotterrell, Roger*: Law and Sociology. *Journal of Law and Society*. Vol. 13 (1986), s. 9–34.
- Cotterrell, Roger*: Introduction: The Law and Society Tradition. *Law and Society. The International Library of Essays in Law & Legal Theory. Schools 13*. Aldershot 1994, s. xi–xxii.
- Cotterrell, Roger*: Why Must Legal Ideas Be Interpreted Sociologically? *Journal of Law and Society*. Vol 25 (1998), s. 171–192.

- Dalberg-Larsen, Jørgen*: Retsvidenskabens som samfundsvidenskab. Et retsteoretisk tema i historisk og aktuel belysning. København 1977.
- Dalberg-Larsen Jørgen*: Lovene & Livet. En Rettsociologisk grundbog. 2 udgave. Akademisk Forlag. Odense 1990.
- Dalberg-Larsen, Jørgen*: Rettens enhed – en illusion? Om retlig pluralisme i teorien og praksis. Akademisk Forlag. København 1994.
- Dalberg-Larsen, Jørgen*: The Legal Profession in a Changing World. From Dissonance to Sense: Welfare State Expectations, Privatisation and Privat Law (ed. Thomas Wilhelmsson – Samuli Hurri). Aldershot 1999, s. 99–114.
- Dalberg-Larsen Jørgen*: Sociology of Law from a Legal Point of View. Retfærd 2000, s. 26–39.
- Dalberg-Larsen, Jørgen*: Mægling, ret og samfund. Perspektiver på mægling. Jurist- og Økonomforbundets Forlag. København 2009.
- Dalberg-Larsen, Jørgen*: Status og perpektiver i nordisk Rettsociologi. Nordisk rettsociologi. Status – aktuelle udfordringer – visioner (red. Bettina Lemann Kristiansen – Anette Storgaard). Jurist- og Økonomforbundets Forlag. København 2010, s. 15–32.
- Eckhoff, Torstein*: Empiriske metoder i retsvitenskapen. Rationalitet och empiri i rättsvetenskapen. Juridiska fakulteten i Stockholm; skriftserien 6. Stockholm 1985, s. 30–36.
- Elonheimo, Henrik*: Restoratiivinen oikeus ja suomalainen sovittelu. Oikeus 2004, s. 179–199.
- Ervasti Kaijus*: Eräitä näkökohtia empiirisen tiedon hyväksikäytöstä oikeustieteessä. Lakimies 1998, s. 364–388.
- Ervasti, Kaijus*: Riitojen ratkaiseminen Suomessa Access to Justice -näkökulmasta. Defensor Legis 1999, s. 640–660.
- Ervasti, Kaijus*: Lakien vaikutukset ja niiden arviointi alioikeusuudistuksen valossa. III oikeustieteen tutki- ja jatkokoulutuspäivät 6.–8.6.2002 Savonlinna (toim. Tarmo Miettinen – Tapio Määttä). Joensuun yliopiston oikeustieteellisiä julkaisuja 2. Joensuu 2002, s. 79–101.
- Ervasti, Kaijus*: Käräjäoikeuksien sovintomenettely. Empiirinen tutkimus sovinnon edistämisestä riitaprosessissa. Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen julkaisuja 207. Helsinki 2004.
- Ervasti, Kaijus*: Sovittelu tuomioistuimissa. WSOY. Vantaa 2005a.
- Ervasti, Kaijus*: Konfliktinratkaisua vai riidanratkaisua – kaksi käsitystä konfliktienhallinnasta. Vaihtoehtoista riidanratkaisua vai vaihtoehtoista konfliktinratkaisua? (toim. Heidi Lindfors). COMI. Saarijärvi 2005b, s. 57–80.
- Ervasti, Kaijus*: Tutkimustoiminta oikeusministeriön hallinnonalalla. Oikeusministeriön tutkimusstrategian 2007–2012 taustaselvitys. Oikeusministeriö, toiminta ja hallinto 2007:33.
- Ervasti, Kaijus*: Oikeusministeriön toimintapolitiikan vaikuttavuuden arviointi. Teoksessa Monta tietä vaikuttavuuteen. Käytäntöjä, kokemuksia ja haasteita eri hallinnaloilta. Valtiovarainministeriön julkaisuja 5/2009. Helsinki 2009a, s. 23–42. – [Http://www.vu.fi/vu/fi/04_julkaisut_ja_asiakirjat/01_julkaisut/08_muut_julkaisut/20090318Montat/name.jsp](http://www.vu.fi/vu/fi/04_julkaisut_ja_asiakirjat/01_julkaisut/08_muut_julkaisut/20090318Montat/name.jsp).
- Ervasti, Kaijus*: Kohti sovintoratkaisuja ja pragmaattisia kompromisseja. Lakimies 2009b, s. 1071–1093.
- Ervasti, Kaijus*: Pienryhmäopetuksen mahdollisuudet – kokemuksia prosessioikeuden opetuksesta. Oikeus 2010, s. 418–430.

- Ervasti, Kaijus*: Tuomioistuinsovittelu Suomessa. Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen tutkimuksia 256. Helsinki 2011.
- Ervasti, Kaijus – Ervasti, Jenni – Manninen, Elina*: Luento-opetuksen vaikutukset opiskelijoiden käsityksiin – esimerkkinä oikeussosiologia. *Lakimies* 2010, s. 379–409.
- Ervasti, Kaijus – Tala, Jyrki*: Lainvalmistelu ja vaikutusten ennakointi. Valtiovarainministeriö, hallinnon kehittämisosasto. Oikeuspoliittinen tutkimuslaitos. Helsinki 1996.
- Ervasti, Kaijus – Tala, Jyrki – Castrén, Elina*: Lainvalmistelun laatu ja eduskunnan valio-kuntatyö. Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen julkaisuja 172. Helsinki 2000.
- Ervo, Laura*: Oikeudenmukainen oikeudenkäynti. WSOY. Helsinki 2005.
- Ervo, Laura*: Oikeustieteen opetus murroksessa – Turku Law Schoolin mahdollisuudet. Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisuja. Porvoo 2011, s. 24–42.
- Eskelinen, Ossi*: ”Hermost vapautu ja tuli puhdas olo”. Alle 15-vuotiaiden rikosten sovittelun käytännöt ja vaikutukset. Lapset rikoksen sovittelussa -tutkimusprojektin loppuraportti. Sosiaali- ja terveysministeriön julkaisuja 2005:3. Helsinki 2005.
- Ewick, Patricia – Kagan, Robert A. – Sarat, Austin*: Introduction: Legacies of Legal Realism: Social Science, Social Policy, and the Law. *Social Science, Social Policy, and the Law*. (ed. Patricia Ewick – Robert A. Kagan – Austin Sarat) New York 1999 s. 1–38.
- Ficks, Erik*: ”Alternativ tvistlösning” för allmän domstol i Sverige. Utredningens förslag och en jämförelse med Finland. *Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland* 2007, s. 306–323.
- Flinck, Aune – Iivari, Juhani*: Lähisuhdeväkivalta sovittelussa. Tutkimus- ja kehittämis-hankkeen realistinen arviointi STAKESin sosiaalipalveluiden evaluaatioryhmä Finsoc, arviointiraportteja 5/2004.
- Frerichs, Sabine*: Oikeus yhteiskuntateoreettisessa ajattelussa. Lyhyt historia. Yhteiskunta-teorioiden oikeus (toim. Toomas Kotkas – Susanna Lindroos-Hovinheimo). *Episteme*. Tutkijaliitto. Helsinki 2010, s. 9–44.
- Friedman, Lawrence M.*: The Law and Society Movement. *Stanford Law Review* Vol. 38 (1986), s. 763–780.
- Friedrichs, David O.*: Law in Our Lives. An Introduction. Roxbury Publishing Company. Los Angeles 2001.
- Galanter, Marc – Edwards, Mark Alan*: The Path of Law *And*s. *Wisconsin Law Review* 1997, s. 375–387.
- Guttorm, Aimo*: Norjan laki sovittelusta ja riita-asioiden oikeudenkäyntimenettelystä (tvisteloven av 2005) – riita-asioiden sovinto- ja sovittelujärjestelmät. Versio 1.0. Huhtikuu 2006. – [Http://www.edilex.fi/lakikirjasto/3230.pdf](http://www.edilex.fi/lakikirjasto/3230.pdf).
- Haapasalo, Elina*: Genmål till Juhani Hirvonen. *JTF* 2007, s. 340–344.
- Haarala-Muhonen, Anne*: Oikeustieteen ensimmäisen vuoden opiskelijoiden haasteet opiskelussa. Helsingin yliopisto. Käyttätymistieteiden laitos. Kasvatustieteellisiä tutkimuksia 237. Helsinki 2011.
- Haavisto, Vaula*: Asianosaisten osallistuminen riita-asian käsittelyyn – nykykäytäntöä ja kehityssuuntia. *Lakimies* 2000, 1138–1154.
- Haavisto, Vaula*: Court Work in Transition. An Activity-Theoretical Study of Changing Work Practices in a Finnish District Court. Helsinki 2002.
- Hakalehto, Suvianna*: Kuluttajavalituslautakunta kuluttajasuojaviranomaisena – tutkimus kuluttajavalituslautakunnan toiminnasta ja asiakaskunnasta. Helsinki 1992.

- Hakalehto-Wainio, Suviana*: Massaluennon mahdollisuudet – kokemuksia vahingonkorvausoikeuden kurssilta Helsingin yliopistossa. *Oikeus* 2008, s. 227–239.
- Hakalehto-Wainio, Suviana*: The Challenges in Teaching Law – Tort Law as an Example. *Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland* 2009, s. 269–282.
- Helin, Markku*: Kieli oikeustodellisuuden rakentajana. *Lakimies* 1998, s. 1027–1036.
- Heikinheimo, Antti*: Domaren som främjare av förlikning. *JFT* 2007, s. 324–339.
- Heiskala, Risto*: Toiminta, tapa ja rakenne. Kohti konstruktionistista synteesiä yhteiskuntateoriassa. Tampere 2000.
- Hellner, Jan*: Syften och uppgifter för rättsvetenskaplig forskning. *Festskrift til Alf Ross*. København 1969, s. 205–229.
- Hillyard, Paddy*: Invoking Indignation: Reflections on Future Directions of Socio-Legal Studies. *Journal of Law and Society* 2002, 645–656.
- Hirsjärvi, Sirkka – Hurme, Helena*: Tutkimushaastattelu: teemahaastattelun teoria ja käytäntö. Helsinki 2001.
- Hirvonen, Juhani*: Hur passar de nya regler om domstolsanknuten medling i domstolsverksamheten? *JFT* 2007, s. 132–141.
- Houtsonen, Jarmo*: ”Oikeus” ja ”yhteiskunta” Law and Society -tutkimuksessa: instrumentaalista oikeuskäsityksestä ja vaikutustutkimuksista tulkinnalliseen oikeussosiologiaan. *Oikeus* 2001, s. 437–459.
- Husa, Jaakko*: Julkisoikeudellinen tutkimus. Tutkimus julkisoikeudessa harjoitettavan oikeusdogmatiikan metodologiasta. Jyväskylä 1995.
- Hydén, Håkan*: Vad är rättssociologi? Om rättssociologins forskningsuppgifter nu och i framtiden. Rättssociologi då och nu. En jubileumskrift med anledningen av rättssociologins 25 år som självständig ämne i Sverige (red. Håkan Hydén). *Lund Studies in Sociology of Law* 1. Lund 1997, s. 105–136.
- Hydén, Håkan*: Rättslig pluralism ur ett normvetenskapligt perspektiv. *Nordisk rettsociologi. Status – aktuella utfordringar – visioner* (red. Bettina Lemann Kristiansen – Anette Storgaard). Jurist- og Økonomforbundets Forlag. København 2010, s. 55–82.
- Hyvärinen, Anna*: Suomen mahdollisuudet vaikuttaa valmisteilla olevaan EU-lainsäädäntöön. Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen tutkimuksia 241. Helsinki 2009.
- Hämynen, Laura*: Suomen vaikuttaminen Euroopan unionin lainvalmisteluun ja direktiivien kansallinen täytäntöönpano. Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen tutkimustiedonantoja 108. Helsinki 2011.
- Iivari, Juhani*: Rikosten ja riitojen vaihtoehtosovittelu refleksiivisen oikeuden konseptiossa. Sosiaali- ja terveyshallitus. Tutkimuksia 12/1991. Helsinki 1991.
- Iivari, Juhani*: Rikosten sovittelua modernissa yhteiskunnassa – miksi? *Yhteiskuntapolitiikka* 2004, s. 177–185.
- Jaakkola, Risto*: Lapsen huolto- ja tapaamispäätösten täytäntöönpano vuosina 1996–2001. *Lakimies* 2002, s. 879–901.
- Jokinen, Arja – Juhila, Kirsi – Suoninen, Eero*: Diskurssianalyysin aakkoset. Tampere 1993.
- Jyränki, Antero*: Valtiosääntöoikeudellisesta tutkimuksesta Suomessa. *Oikeus* 1996, s. 41–49.
- Järvinen, Saija*: Rikosten sovittelu Suomessa. Sovittelukäytännöt ja vaihtoehtoisuuden arviointi. *Stakes*. Tutkimuksia 21. Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen julkaisuja 116. Jyväskylä 1993.

- Kangas, Urpo*: Oikeussosiologia. Teoksessa Oikeustiede Suomessa 1900–2000 (toim. Urpo Kangas). WSLT. Juva 1998, s. 193–200.
- Kantorowicz, Hermann*: Rechtswissenschaft und Soziologie. Verlag C.F. Müller. Karlsruhe 1962 (julkaistu alun perin vuonna 1911).
- Keinänen, Anssi*: Yhdyskuntapalvelu empiirisen kriminologisen tutkimuksen kohteena. Joensuun yliopisto, kauppa- ja oikeustieteiden tiedekunta. Joensuu 2008.
- Keinänen, Anssi*: Empiirisen oikeustutkimuksen tarpeellisuudesta ja sen nykytilasta. Oikeus 2010, s. 465–470.
- Keinänen, Anssi – Pakarinen, Auri*: Palkkasyrjinnän todistaminen tilastollisesti. Edilex 2009/5. – [Http://www.edilex.fi/lakikirjasto/5798.pdf](http://www.edilex.fi/lakikirjasto/5798.pdf).
- Kelsen, Hans*: Eine Grundlegung der Rechtssoziologie. Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik, Vol 39 (1915), s. 839–876.
- Kidder, Robert L.*: Justice and Power in Studies of Legal Pluralism. Justice and Power in Sociolegal Studies (ed. Bryant G. Garth – Austin Sarat). Northwestern University Press. Illinois 1997, s. 194–207.
- Kivivuori, Antti*: Suomen vahingonkorvauslainsäädännön kehitys. I Rikoslainsäädäntö 1809–1875. Joensuu 1969.
- Kivivuori, Janne*: Rikollisuuden syyt. Nemo. Jyväskylä 2008.
- Kivivuori, Janne*: Näkökohtia kriminologisen tutkimuksen hyödynnettävyydestä. Empiirisen oikeustutkimuksen kokemukset, haasteet ja tulevaisuus (toim. Anssi Keinänen – Mia Kilpeläinen – Ulla Väättänen). Itä-Suomen yliopiston oikeustieteellisiä julkaisuja 26. Joensuu 2010, s. 45–62.
- Kjellan-Mordre, Kristin – Rolland, Anne-Lise H. – Steen, Karen Sophie – Gammelgård, Per – Anker, Carsten*: Konflikt, megling og rettsmegling. Universitetsforlaget. Oslo 2008.
- Knoff, R. H.*: Rapport for justisdepartementet. Raskere? Billigere? Vennligere? Evaluering av prøveordningen med rettsmekling. Oslo 2001.
- Knuts, Gisela*: Tuomioistuinsovittelu – vaihtoehtoinen riidanratkaisu osaksi riidanratkaisun virallisjärjestelmää Suomessa? Defensor Legis 2003, s. 747–760.
- Knuts, Gisela*: Förfarandegarantier vid domstolsanknuten medling. Suomalaisen lakimiesyhdistyksen julkaisuja A-sarja N:o 270. Helsinki 2006.
- Konttinen, Esa*: Perinteisesti moderniin. Profioiden yhteiskunnallinen synty Suomessa. Vastapaino. Tampere 1991.
- Korkala, Salme*: Rikos- ja riita-asioiden sovitteluprosessi. Puheviestinnän pro gradu -tutkielma. Jyväskylän yliopisto. Viestintätieteiden laitos. Syksy 2004. (painamaton)
- Korpiola, Mia*: Ystäviä, politiikkaa ja oikeustieteen opintoja. Pykälä ry 1935–2010. Helsinki 2010.
- Korpiola, Mia – Kotkas, Toomas*: Ongelmalähtöinen oppiminen – raportti käytännön kekeilusta. Oikeus 2001, s. 237–240.
- Koulu, Risto*: Vaihtoehtoinen riidanratkaisu. Prosessioikeus (Lappalainen, Frände, Koulu, Niemi-Kiesiläinen, Rautio, Sihto, Virolainen). WSOY lakitieto. Juva 2003, s. 1037–1047.
- Koulu, Risto*: Vaihtoehtoisen riidanratkaisun teoriaa ja tutkimusta. Riidanratkaisun uusi maailma (toim. Santtu Turunen). COMI. Helsinki 2005a, s. 19–64
- Koulu, Risto*: Mitä vaihtoehtoja vaihtoehtoisen riidanratkaisun tutkimukselle. Teoksessa Vaihtoehtoista riidanratkaisua vai vaihtoehtoista konfliktinratkaisua? (toim. Heidi Lindfors). COMI. Helsinki 2005b, s. 27–55.

- Koulu, Risto*: Tuomitsemisesta konfliktienhallintaan – prosessioikeus murroksessa. Kiinteistöjä, vaihdantaa ja sivullissuhteita. Juhlakirja Jarno Tepora 60 vuotta. COMI. Helsinki 2007, s. 225–246.
- Kultalahti, Jukka*: Empiirinen metodi oikeudellisen tulkinnan apuvälineenä. Empiirisen oikeustutkimuksen kokemukset, haasteet ja tulevaisuus (toim. Anssi Keinänen – Mia Kilpeläinen – Ulla Väättänen). Itä-Suomen yliopiston oikeustieteellisiä julkaisuja 26. Joensuu 2010, s. 15–44.
- Kumpula, Anne – Määttä, Tapio*: Ekologia, yhteiskunta ja oikeus: Konstruktionistinen tulkinta luonnontieteellisen tiedon ja oikeuden suhteesta. Oikeuden tuolla puolen (toim. Kaijus Ervasti – Nina Meincke). Helsinki 2002, s. 207–233.
- Kyntäjä, Timo*: Muurahaisia oikeussosiologian pesästä. Forum Iuris. Helsinki 2000.
- Kyntäjä, Timo – Laitinen, Ahti*: Oikeussosiologia. WSOY. Juva 1983.
- Kyttä, Kaisa – Tala, Jyrki*: Selvitys lääkemarkkinoinnin itsesääntelyjärjestelmästä. Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen tutkimustiedonantoja 88. Helsinki 2008.
- Lahti, Raimo*: Mitä on oikeussosiologia? Kriminaalilubi 1920–1970. Oulu 1970, s. 55–72.
- Lahti, Raimo*: Kriminaalipoliittikka. Teoksessa *Encyclopædia Iuridica Fennica*. IV Rikos- ja prosessioikeus. Suomalainen Lakimiesyhdistys. Helsinki 1995, s. 194–203.
- Laitinen, Ahti*: Johdatus oikeussosiologiaan. Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisuja. Rikos- ja prosessioikeuden julkaisusarja A:23. Turku 1996.
- Laitinen, Ahti*: Oikeuspolitiikka. *Encyclopædia Iuridica Fennica*. VII. Oikeuden yleistieteet. Suomalainen Lakimiesyhdistys. Helsinki 1999, s. 795–800.
- Laitinen, Ahti*: Oikeussosiologian perusteet. Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisuja. Rikos- ja prosessioikeuden sarja A N:o 27. Turku 2002.
- Laitinen, Ahti*: Katsaus empiirisen oikeustutkimuksen kehitykseen oikeussosiologian ja kriminologian näkökulmasta. Empiirisen oikeustutkimuksen kokemukset, haasteet ja tulevaisuus (toim. Anssi Keinänen – Mia Kilpeläinen – Ulla Väättänen). Itä-Suomen yliopiston oikeustieteellisiä julkaisuja 26. Joensuu 2010, s. 1–14.
- Laitinen Ahti – Aromaa, Kauko*: Rikollisuus ja kriminologia. Vastapaino. Tampere 2005.
- Lande, John*: How Will Lawyering and Mediation Practices Transform Each Other? *Florida State University Law Review*. Vol 24 (1997), s. 839–100.
- Lappi-Seppälä, Tapio*: Rikosoikeustutkimus, kriminaalipoliittinen orientaatio – ja metodi. Minun metodini (toim. Juha Häyhä). WSOY. Helsinki 1997, s. 189–218.
- Leeuw, Frans, L.*: Trends and Developments in Program Evaluation in General and Criminal Justice Programs in Particular. *European Journal on Criminal Policy and Research*. Vol 11 (2005), s. 233–258.
- Lavikainen, Elina – Nokso-Koivisto, Aleksis*: ”Pitää vain yrittää pärjätä”. Selvitys Helsingin yliopiston opiskelijoiden taloudellisesta tilanteesta ja hyvinvoinnista keväällä 2009. Helsingin yliopiston ylioppilaskunta. Kerava 2009.
- Letto-Vanamo, Pia*: Hyvinvointivaltion virkamiehet ja ”hyvät tyypit” – juristikoulutuksen tavoitteiden muutokset. *Oikeus* 2001, s. 184–191.
- Letto-Vanamo, Pia*: Muutosten ja perinteen Lakimies-lehti. *Lakimies* 2002, s. 1071–1087.
- Letto-Vanamo, Pia*: Access to Justice: A Conceptual and Practical Analysis with Implications for Justice Reforms. IDLO (International Development Law Organization). IDLO Voices of Development Jurists Paper Series, Vol 2, No. 1, 2005.

- Lindblom-Yläne, Sari*: Opetuksen ja tutkintojen kansainvälinen arviointi Helsingin yliopistossa: Oikeustieteellisen tiedekunnan opetus ja tutkimus arvioinnin kohteena. *Oikeus* 2001, s. 519–520.
- Lindblom-Yläne, Sari – Nevgi, Anne* (toim.): Yliopisto- ja korkeakouluopettajan käsikirja. WSOY. Helsinki 2003.
- Lindblom-Yläne, Sari – Nevgi, Anne*: Oppimisympäristöt. Yliopisto- ja korkeakouluopettajan käsikirja (toim. Sari Lindblom-Yläne – Anne Nevgi). WSOY. Helsinki 2003, s. 54–66.
- Lindblom-Yläne, Sari – Niemi-Kiesiläinen, Johanna*: Success in the examination of procedural law. *Retfærd* nr. 101 (2003), s.59–70.
- Lindblom-Yläne, Sari – Pohjonen, Soile*: Vuorovaikutustaidot – menestyvän juristin salaisuus? *Oikeus* 2001, s. 192–201.
- Lindblom-Yläne, Sari – Trigwell, Keith – Nevgi, Anne – Ashwin, Paul*: How Approaches to Teaching are Affected by Discipline and Teaching Context. *Studies in Higher Education*, vol 31 (2006), s. 285–298.
- Lindell, Bengt*: Alternativ rättskipning eller alternativ till rättskipning? Iustus Förlag. Uppsala 2006.
- Linna, Tuula*: Ulosottorealisoinnista de lege ferenda. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja A-sarja N:o 175. Vammala 1987.
- Litmila, Marjukka*: Avioehto ja taloudellinen turvallisuus. WSLT. Porvoo 1998.
- Liukkonen, Iiro*: Tuomioistuintie vai vaihtoehtoismenettely: asioiden valikoituminen. *Defensor Legis* 2002, s. 647–658.
- Luhman, Niklas*: A Sociological Theory of Law. Routledge & Kegan, Paul. London, Boston, Melbourne and Henley 1985.
- Lundström, Birgitta – Miettinen, Tarmo – Keinänen, Anssi – Airaksinen, Jenni – Korhonen, Anne*: Yhdenvertaisuuslain toimivuus. Tutkimusraportti viranomaisten käsityksistä sekä oikeus- ja laillisuusvalvonta- ja lainvalvontakäytännöstä. Työ- ja elinkeinoministeriön julkaisuja 11/2008.
- Malin, Kimmo*: Oikeudellisen täydennyskoulutuksen pedagogisia haasteita – Prosessinjohto hallintolainkäytössä – koulutusohjelman arviointia. *Lakimies* 2010, s. 75–85.
- Mather, Lynn*: Reflections on the Reach of Law (and Society) Post 9/11: An American Superhero? *Law and Society Review* Vol 37 (2003), s. 263–281.
- Mathiesen, Thomas*: Rätt, samhälle och politisk handling. Ett bidrag till en politisk strategi under senkapitalismen. Norstedts. Lund 1980.
- Mathiesen, Thomas*: Is it all that bad to be a stepchild? Comments on the state of sociology of law. *Retfærd* Nr. 83 (1998), s. 67–76.
- Matikkala, Jussi*: Oikeustieteen opiskelijoiden vaihto-opiskelukokemukset. *Oikeus* 2009, s. 380–401.
- McEwen, Craig A. – Maiman, Richard J.*: Small Claims Mediation in Maine: An Empirical Assessment. *Meine Law Review*, Vol 33 (1981), s. 237–268.
- Menkel-Meadow, Carrie*: The Trouble with the Adversary System in a Postmodern, Multicultural World. *William and Mary Law Review*. Vol. 38 (1996), s. 5–44.
- Mielityinen, Ida*: Rikos ja sovittelu. Valikoituminen, merkitys ja uusintarikollisuus. Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen julkaisuja 167. Helsinki 1999.
- Miller, Gale – Holstein, James A.*: Reconsidering Social Constructionism. *Debates in Social Problem Theory* (ed. James A. Holstein – Gale Miller). New York 1993, s. 5–24.

- Mills, C. Wright*: Sosiologinen mielikuviutus. Helsinki 1982.
- Milovanovic, Dragan*: An Introduction to the Sociology of Law. Third edition. Criminal Justice Press. Monsey, New York 2003.
- Munger, Frank*: Mapping Law and Society. Teoksessa Crossing Boundaries. Traditions and Transformations in Law and Society Research (ed. Austin Sarat – Marianne Constable – David Engel – Valerie Hans – Susan Lawrence). Northwestern University Press. Illinois 1998, s. 21–80.
- Mutttilainen, Vesa*: Luottoyhteiskunta. Kotitalouksien velkaongelmat ja niiden hallinnan muodonmuutos luottojen säännöstelystä velkojen järjestelyyn 1980- ja 1990-luvun Suomessa. Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen julkaisuja 189. Helsinki 2002.
- Mykland, Solfrid*: En studie av mekleratferd i norske rettsmeklinger. NHH, PH.D. thesis No. 2011/02. Institutt for strategi og ledelse. Bergen 2010.
- Myrsky, Matti*: Oikeustieteiden opetuksen kysymyksiä. Oikeus 2001, s. 208–214.
- Määttä, Tapio*: Monitieteisyys ympäristöoikeudessa – oikeustieteen sisäiset ja ulkoiset yhteydet oikeustieteellisen tutkimuksen haasteina. Oikeus 2000, s. 333–355.
- Määttä, Tapio*: Opitun kontrolloimisesta oppimiseen innostamiseen: kokemuksia oppimis-päiväkirjasta ympäristöoikeuden opetuksessa. Oikeus 2001, s. 219–235.
- Määttä, Tapio*: Empiirisesti orientoituneen ympäristöoikeuden nykysuuntaukset ja menettelmät. Empiirisen oikeustutkimuksen kokemukset, haasteet ja tulevaisuus (toim. Anssi Keinänen – Mia Kilpeläinen – Ulla Väätänen). Itä-Suomen yliopiston oikeustieteellisiä julkaisuja 26. Joensuu 2010, s. 189–228.
- Määttä, Tapio – Lukkarinen, Tuomo – Malin Kimmo – Uski, Veli-Matti*: Kokemuksia ”Oikeustieteen tieteenteoriasta” oikeusteorian oppikirjana. Edilex, asiantuntijakirjoitukset 12.3.2009. – [Http://www.edilex.fi](http://www.edilex.fi).
- Niemi, Johanna*: Oikeuden tekstit empiirisen tutkimuksen kohteena. Empiirisen oikeustutkimuksen kokemukset, haasteet ja tulevaisuus (toim. Anssi Keinänen – Mia Kilpeläinen – Ulla Väätänen). Itä-Suomen yliopiston oikeustieteellisiä julkaisuja 26. Joensuu 2010, s. 97–118.
- Niemi, Matti Ilmari*: Tietoja ja taitoja oikeuden ehdoilla. Oikeus 2001, s. 303–313.
- Niemi-Kiesiläinen, Johanna*: Oikeustieteen opetuksen menetelmästä. Oikeus 2001, s. 215.
- Niemi-Kiesiläinen, Johanna – Honkatukia, Päivi – Ruuskanen, Minna*: Diskurssianalyysi ja oikeuden tekstit. Teoksessa Oikeuden tekstit diskursseina (toim. Niemi-Kiesiläinen – Honkatukia – Karma – Ruuskanen). Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja E-sarja N:o 13. Helsinki 2006, s. 21–42.
- Niemi-Kiesiläinen, Johanna – Lindblom-Ylänne, Sari*: Undervisning i Juridik. Retfærd, nr. 101 (2003), s. 1–4.
- Nieminen, Liisa*: Monitieteisyys ja kriittisyys oikeustieteen opinnoissa: opetuksen kehittämismahdollisuuksien pohdintaa. Oikeus 2006, s. 413–424.
- Niiniluoto, Ilkka*: Totuuden rakastaminen. Tieteenfilosofisia esseitä. Helsinki 2003.
- Nonet, Philippe*: For Jurisprudential Sociology. Law and Society Review. Vol 10, no 4 (1976), s. 525–546.
- Norman, Jan*: Medling och andra typer av ADR – alternativ konfliktlösning – introduktion och handbok. Iustus Förlag. Uppsala 1999.
- Nousiainen, Kevät*: Tuomio ja sovittelu. Alioikeuksien riidanratkaisun historiallisia ulottuuksia. Oikeushistorian lisensiaattityö. Helsinki 1985 (julkaisematon).

- Nousiainen, Kevät*: Prosessin herruus. Länsimaisen oikeudenkäytön ”modernille” ominais-
ten piirteiden tarkastelua ja alueellista vertailua. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen
julkaisuja A-sarja N:o 191. Helsinki 1993.
- Nousiainen, Kevät*: Metodin? Esitys? Minun metodini (toim. Juha Häyhä). WSOY. Hel-
sinki 1997, s. 219–244.
- Nuotio, Kimmo*: Mihin enää tuomaria tarvitaan? Oikeus 1999, 198–215.
- Nylund, Anna*: Meklingsmodeller i tvisteloven: terapi, tvekamp eller kreativ problemløsning.
Lov og Rett 2010a, s. 272–284.
- Nylund, Anna*: Medling och jurister: att lära gamla hundar sitta. Juristklubben Codex 70
år: Festskrift (eds. Frände, D. – Helenius, D. – Parviainen, K.). Edita Publishing Oy.
Helsingfors 2010b, s. 182–194.
- Nystén-Haarala, Soili – Zykina, Tatjana A.*: Kokemuksia opetus- ja oppimismenetelmistä
eräässä tempus/tacis-projektissa. Oikeus 2001, s. 202–207.
- Oikeustieteellinen tutkimus Suomessa. Suomen Akatemian julkaisuja 1/93. Helsinki 1993.
- Pakarinen, Auri*: Lainvalmistelu vuorovaikutuksena. Analyysi keskeisten etujärjestöjen
näköyksistä lainvalmisteluun osallistumisesta. Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen
tutkimuksia 253. Helsinki 2011a.
- Pakarinen, Auri*: Lainvalmistelun kehittämisprojektien historia ja historiattomuus. Hallinnon
tutkimus 2011b, s. 129–142.
- Pakarinen, Auri*: Lainsäädännön vaikutusten arviointi diskursseina – analyysi ministeriöiden
säädospoliittisista asiakirjoista. Oikeus 2011c, s. 45–65.
- Pakarinen, Auri – Tala, Jyrki – Hämynen, Laura*: Vaikutusten arviointi vuoden 2009 hal-
lituksen esityksissä. Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen tutkimustiedonantoja 104.
Helsinki 2010.
- Pearson, Jessica – Thoennes, Nancy*: Divorce Mediation: Reflections on a Decade of
Research. In Mediation Research. The Process and Effectiveness of Third-Party Inter-
vention (eds. Kenneth Kressel – Dean G. Pruitt). Jossey-Bass. San Francisco – London
1989, s. 9–30.
- Peltonen, Lasse – Villanen, Sampo*: Maankäytön konfliktit ja niiden ratkaisumahdollisuudet.
Osa 1. Katsaus käsitteisiin ja kirjallisuuteen. Suomen ympäristö 723. Ympäristömi-
nisteriö. Helsinki 2004.
- Pihlajamäki, Heikki*: Ylioikeus yhteiskunnan peilissä: Helsingin hovioikeus 1952–2002.
Helsinki 2002.
- Pihlajamäki, Heikki – Lindblom-Ylänne, Sari*: Langdellin ja Deweyn ongelmat: oikeustieteen
opetuksen uudet haasteet. Oikeus 2001, s. 169–183.
- Pylkkänen, Anu*: Att studera juridik i Finland och i Sverige – personliga reflektioner om
utbildningen och inläringen. Retfærd, nr. 101 (2003), s. 39–45.
- Poliisiammattikorkeakoulu. Tutkimusyksikkö. Toimintakertomus 2004. Helsinki 2005.
- Pound, Roscoe*: Law in Books and Law in Action. American Law Review vol. 44 (1910),
s. 12–36.
- Premfors, Rune*: Policyanalys: Kunskap, praktik och etik i offentlig verksamhet. **Student-**
litteratur. Lund 1989.
- Raiser, Thomas*: Das Lebende Recht. Rechtssoziologie in Deutschland. 3. Auflage. Nomos
Verlagsgesellschaft. Baden-Baden 1999.

- Rajavaara, Marketta*: Arviointitutkimuksen hyödynnettävyys. Arviointi ja asiantuntijuus (toim. Eräsaari – Lindqvist – Mäntysaari – Rajavaara). Arviointi ja asiantuntijuus. Gaudeamus 1999, s. 31–53.
- Rajavaara, Marketta*: Yhteiskuntaan vaikuttava KELA–Katsaus vaikuttavuuden käsitteisiin ja arviointiin. KELA:n tutkimusosasto. Helsinki 2006.
- Rajavaara, Marketta*: Vaikuttavuusyhteiskunta. Sosiaalisten olojen arvostelusta vaikutusten todentamiseen. Sosiaali- ja terveysturvan tutkimuksia 84. Vammala 2007.
- Rantala, Kati*: Lainvalmistelun laatu hallituksen kärkihankkeissa. Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen tutkimuksia 255. Helsinki 2011.
- Rantala, Kati – Sulkunen, Pekka*: Vaikuttavuuden arviointi – faktaa vai fiktiota? Tieto – mahdollisuus, uhka vai turva? (toim. Kati Rantala – Sirpa Virta). Poliisiammattikorkeakoulun tiedotteita 47. Helsinki 2006, s. 46–65.
- Reinikainen, Sarianna*: Läheisneuvonpito lapsinäkökulmasta. STAKESin raportteja 7/2007.
- Rieppula, Esko*: Eduskunnan perustuslakivaliokunta perustuslakien tulkitsijana. Vammala 1973.
- Roehl, Janice A. – Cook, Royer R.*: Mediation in Interpersonal Disputes: Effectiveness and Limitations. Mediation Research. The Process and Effectiveness of Third-Party Intervention (eds. Kenneth Kressel – Dean G. Pruitt). Jossey-Bass. San Francisco 1989, s.31–52.
- Roepstorff, Jacob – Kyvsgaard, Britta*: Forsøg med retsmægling – en evalueringsrapport. København 2005.
- Rosenstock, Linda – Lore, Jackson Lee*: Attack on Science: The Risks to Evidence-Based Policy. Ethics and Public Health. Vol 92 (2002), s. 14–18.
- Ross, Alf*: Om ret og retfærdighed. En indførelse i den analytiske retsfilosofi. København 1953.
- Rossi, Peter H. – Freeman, Howard E.*: Evaluation. A Systematic Approach 5. 5th ed. Newbury Park, London, New Delhi 1993.
- Rottleuthner, Hubert*: Einführung in die Rechtssoziologie. Wissenschaftliche Buchgesellschaft. Darmstadt 1987.
- Rubin, Edward L.*: Law And and the Methodology of Law. Wisconsin Law Review 3/1997, s. 521–526.
- Salonen, Jari*: Rikos- ja riita-asioiden sovittelu Suomessa. Vuoden 2004 kuntakyselyn tulokset. STAKES 2004.
- Sanderson, Ian*: Evaluation, Policy Learning and Evidence-Based Policy Making. Public Administration. Vol 80 (2002), s. 1–22.
- Sandgren, Claes*: Vad gör juristen? Och hur? – del I. Juridisk Tidskrift vid Stockholms universitet 3/1999–2000, s. 591–611.
- Sarat, Austin*: Legal Effectiveness and Social Studies of Law: On the Unfortunate Persistence of a Research Tradition. Legal Studies Forum. Vol. IX, no. 1 (1985), s. 23–31.
- Siltala, Raimo*: Empirismin haaste – ajatuksia yhteiskuntatieteellisen metodin soveltamisesta lainopissa. Oikeustiede – Jurisprudentia XXX:1997. Helsinki 1997, s. 279–290.
- Siltala, Raimo*: Oikeustieteen tieteenteoria. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja A-sarja N:o 234. Vammala 2003.
- Sinkkonen, Sirkka – Kinnunen, Juha*: Arviointi ja seuranta julkisella sektorilla. Kuopion yliopiston julkaisuja E. Yhteiskuntatieteet 22. Kuopio 1994.

- Smith, Roger*: Access to Justice: Innovation in North America. Achieving Civil Justice. Appropriate Dispute Resolution for the 1990s (ed. Roger Smith). London 1996, s. 33–62.
- Smolej, Mirka*: Rikosseuraamusalan tutkimus Suomessa. Katsaus tutkimuksen painopisteisiin ja resursseihin. Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen tutkimustiedonantoja 66. Helsinki 2005.
- Soininvaara, Osmo*: Tiede valjastettava sosiaalipäättäjien tueksi. Suomen Kuvalehti 22/2007, s. 62–63.
- Sorainen, Antu*: Rikollisia sattumalta? Naisten keskinäistä haureutta koskevat oikeudenkäynnit 1950-luvun Itä-Suomessa. Yliopistopaino. Helsinki 2005.
- Sulkunen, Pekka*: Projektityhteiskunta ja uusi yhteiskuntasopimus. Projektityhteiskunnan kääntöpuolia (toim. Kati Rantala – Pekka Sulkunen). Gaudeamus. Helsinki 2006, s. 17–38.
- Sutton, John R.*: Law/Society. Origins, Interactions, and Change. Pine Forge Press. Thousand Oaks, London, New Delhi 2001.
- Sääntelytarkkuuden ongelmia (toim. Jyrki Tala). Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen tutkimuksia 251. Helsinki 2010.
- Takala, Jukka-Pekka*: Moraalitunteet rikosten sovittelussa. Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen julkaisuja 151. Helsinki 1998.
- Tala, Jyrki*: Lakien vaikutukset. Lakiuudistusten tavoitteet ja niiden toteutuminen lainsäädäntöteoreettisessa tarkastelussa. Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen julkaisuja 177. Helsinki 2001.
- Tala, Jyrki*: Lainsäädäntötutkimus – turhaa vai tarpeellista? Oikeus 2004, s. 378–397.
- Tala, Jyrki*: Selvitys vaihtoehtojen hyödyntämisestä erityisesti yrityksiin vaikuttavan lainsäädännön valmistelussa. Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen tutkimustiedonantoja 82. Helsinki 2007.
- Tamanaha, Brian Z.*: Realistic Socio-Legal Theory. Pragmatism and a Social Theory of Law. Clarendon Press. Oxford 1997.
- Teittinen, Sampo*: Kuluttajaneuvonta ja kuluttajien valitukset. Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen julkaisuja 158. Helsinki 1999.
- Timonen, Pekka*: Taloustieteen ja sen tulosten käyttö oikeustutkimuksessa. Teoksessa Näkökulmia oikeustaloustieteeseen (toim. Vesa Kanninen – Kalle Määttä). Gaudeamus. Tampere 1996, s. 129–159.
- Toimintakertomus 2004. Oikeuspoliittinen tutkimuslaitos. Helsinki 2005.
- Tolonen, Juha*: Empiirisen tiedon käytöstä oikeustieteessä. Lakimies 1976, s. 593–609.
- Tolonen, Juha*: Oikeustiede tieteenä. Minun metodini (toim. Juha Häyhä). WSOY 1997, s. 298–310.
- Tomasic, Roman*: Sociology of Law. SAGE Publications. London 1985.
- Trubek, David M.*: Where the Action Is: Critical Legal Studies and Empiricism. Stanford Law Review. Vol 36 (1984), s. 575–622.
- Trubek David M. – Esser John P.*: ”Critical Empiricism in American Legal Studies: Paradox, Program or Pandoras Box?” Critical Legal Thought: An American – German Debate (eds. Christian Joerges – David M. Trubek). Baden-Baden 1989, s. 105–156.
- Tuominen, Jussi*: Sovinnon vahvistamisen edellytykset tuomioistuinsovittelussa. Defensor Legis 2008, s. 924–947.
- Tuori, Kaarlo*: Kriittinen oikeuspositivismi. WSLT. Vantaa 2000.

- Turunen, Santtu*: Projekti opetusmuotona – pedagogiikan teoriaa ja opetuksen käytäntöä. Immateriaalioikeudet insolvenssimenettelyssä (toim. Santtu Turunen). Helsinki 2004, s. 59–80.
- Tyler, Tom*: The Quality of Dispute Resolution Processes and Outcomes: Measurement Problems and Possibilities. *University of Denver Law Review*. Vol. 66 (1989), 419–436.
- Tyler, Tom*: Justice and Power in Civil Dispute Processing. *Justice and Power in Sociolegal Studies* (eds. Bryant G. Garth – Austin Sarat). *Fundamental Issues in Law and Society Research*. Volume I. Northwestern University Press. Illinois 1997, s. 309–345.
- Törnudd, Patrik*: Rättspolitisk forskning med mångtydigt mandat. *Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland* 1992, s. 295–306.
- Uusikylä, Petri*: Poliitiikan ja hallinnon arviointi. Arviointi ja asiantuntijuus (toim. Risto Eräsaari – Tuija Lindqvist – Mikko Mäntysaari – Marketta Rajavaara). Gaudeamus. Tampere 1999, s. 17–30.
- Uusitalo, Hannu*: Tiede, tutkimus, tutkielma. Johdatus tutkielman maailmaan. WSOY. Porvoo 1991.
- Uusitalo, Paavo*: Oikeussosiologia. Teoksessa *Encyclopædia Iuridica Fennica*. VII. Oikeuden yleistiheet. Suomalainen Lakimiesyhdistys. Helsinki 1999, s. 817–827.
- Vago, Steven*: *Law and Society*. Seventh Edition. Upper Saddle River, New Jersey 2003.
- Valkama, Ulla*: Perheasioiden sovittelu – jääne vai uusi mahdollisuus. Sosiaali- ja terveyshallitus. Raportteja 4/1991. Helsinki 1991.
- Vedung, Evert*: *Utvärdering i politik och förvaltning*. Lund 1991.
- Vidmar, Neil*: *Procedural Justice and Alternative Dispute Resolution*. *Procedural Justice* (ed. Klaus F. Röhl – Stefan Machura). Aldershot 1997, s. 121–136.
- Viitanen, Klaus*: Lautakuntamenettely kuluttajariitojen ratkaisukeinona. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja. A-sarja N:o 240. Jyväskylä 2003.
- Vindeløv, Vibeke*: Civil konfliktløsning i Danmark et privatiseringsprojekt. *Ret och privatisering*. København 1995, s. 19–42.
- Vindeløv, Vibeke*: Konflikt, tvist og mægling – konfliktløsning ved forhandling. Akademisk Forlag. København 1997.
- Vindeløv, Vibeke*: Retsmægling i Danmark. *Juristen* 2007, s. 150–155.
- Vindeløv, Vibeke*: Konfliktmægling. En reflexiv model. 2 udgave. Jurist- og Økonomforbundets Forlag. København 2008.
- VM, julkaisuja 2/2005. Tulohajauksen käsikirja.
- VM, julkaisuja 29/2008. Monta tietä vaikuttavuuteen. Näkökulmia tutkimusorganisaatioiden tulohajaukseen ja vaikuttavuuden arviointiin kolmella hallinnonalalla (toim. Kirsi Hyytinen – Kaisa Lähteenmäki-Smith – Katri Kallio – Eveliina Saari).
- Warpenius, Katariina*: Näkymätön näyttö – vaikuttavuusarvioinnin pulmat paikallisprojekteissa. *Projektityhteiskunnan kääntöpuolia*. (toim. Kati Rantala – Pekka Sulkunen). Gaudeamus. Helsinki 2006, s. 143–160.
- White, G. Edward*: From Realism to Critical Legal Studies: A Truncated Intellectual History. *Southwestern Law Journal* 1986, s. 819–843.
- Wilhelmsson, Thomas*: *Senmodern ansvarsrätt. Privaträtt som redskap för mikropolitik*. Helsingfors 2001.
- Yhteiskuntateorioiden oikeus (toim. Toomas Kotkas – Susanna Lindroos-Hovinheimo). *Episteme*. Tutkijaliitto. Helsinki 2010.

Ylhäinen, Marjo: Oikeussosiologia lainopin tutkimuksessa. Teoksessa *Empiirinen tutkimus oikeustieteessä* (toim. Heidi Lindfors). Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen tutkimustiedonantoja 64. Helsinki 2004, s. 41–52.

Ylijoki, Oili-Helena: Disciplinary Cultures and the Moral Order. A case-study of four Finnish university departments. *Higher Education* 39, 3, s. 339–362.

Young, Ken – Ashby, Deborah – Boaz, Annette – Grayson, Lesley: Social Science and the Evidence-Based Policy Movement. *Social Policy & Society* 2002, s. 215–224.

SOCIOLOGY OF LAW AS A PART OF JURISPRUDENCE

Sociology of law has during different periods of time been given a variety of characterisations and definitions. They have varied according to any dominant perception of science, and also according to the discipline and theoretical tradition, within which the definition has been formulated. A societal perspective on law has also at an international level been depicted through a variety of terms, such as, Sociology of Law, Law and Society Studies, Socio-Legal Studies and Empirical Studies of Law. In Finland all these depictions have generally been covered by the concept sociology of law.

As a research tradition, sociology of law has been fairly weak and scattered in Finland. There are, though, chairs in sociology of law in the law faculties at the University of Helsinki and the University of Turku. However, after World War II, empirical research in the sociology of law has been firmly concentrated to sectoral research institutions, the National Research Institute of Legal Policy and the Police College of Finland.

The sociology of law should also be recognised as a genuine field of research that encompasses many different sub-orientations and a variety of actors. It is thus not meaningful to narrowly delimit or define the sociology of law out of the tradition of a specific research discipline or profession. One should instead rather accept theoretical pluralism and see the sociology of law as a field where researchers from different traditions can discuss together. In a small country it also requires networking and cooperation among different research entities. It appears that in the sociology of law cooperation has during past years increased among different universities and sectoral research institutions. There also appears to be increasing cooperation among different research orientations such as criminology, sociology of law, legal policy research, legislative research and evaluative research.

Kaarlo Hakamies

**MAKSUKYVYTTÖMYYDESTÄ
JA HYÖTYMISTARKOITUKSESTA
RIKOSOIKEUDELLISENA
ONGELMANA**

Sisällys

1	JOHDANTO	137
1.1	Kysymyksenasettelu ja rakenne.....	137
1.2	Metodit ja aikaisempi tutkimus	138
2	MAKSUKYVYTTÖMYYDESTÄ JA HYÖTYMIS- TARKOITUKSESTA VERORIKKOMUKSESSA	140
2.1	Verorikkomuksen taustaa	140
2.2	Verorikkomusta koskeva aikaisempi oikeuskäytäntö	143
2.3	Ratkaisut KKO 2007:29 ja KKO 2008:11–13 linjan lieventäjinä.....	150
2.4	Ratkaisujen KKO 2007:29 sekä KKO 2008:11–13 merkitys verorikkomuksen rangaistavuuden arvioinnissa	159
2.4.1	Maksukyvyttömyyden ja hyötymistarkoituksen sisältö verorikkomuksessa	159
2.4.2	Verotilijärjestelmä: verorikkomuksen dekriminointi?	164
3	TYÖELÄKEVAKUUTUSMAKSUJEN TILITTÄMÄTTÄ JÄTTÄMINEN – VERORIKKOMUKSEN ”SISARKRIMINALISOINTI”?	167
3.1	Työeläkevakuutusmaksupetos osana velkojia suojaavaa normistoa.....	167
4	MAKSUKYVYTTÖMYYDESTÄ JA TAPPIOLLISEN LIIKETOIMINNAN JATKAMISESTA VELALLISEN EPÄREHELLISYYDESSÄ	178
4.1	Tarkastelun taustaa	178
4.2	Maksukyvyttömyyden ajallinen ulottuvuus velallisen epärehellisydessä	180
4.3	Maksukyvyttömyyden määrällinen ulottuvuus velallisen epärehellisydessä	183
4.4	Maksukyvyttömän yrityksen liiketoiminnan jatkaminen: rikollista toimintaa vai sallittua riskinottoa?	186

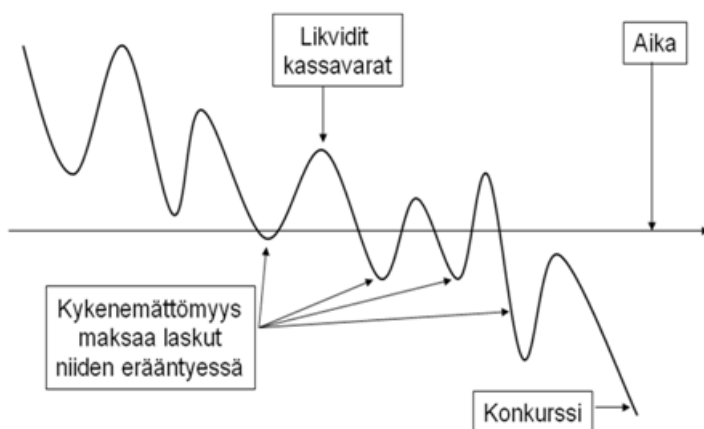
5	MAKSUKYVYTTÖMYYDESTÄ OSAKEYHTIÖLAISSA.....	197
5.1	Maksukyvyttömyys osakeyhtiön varojenjako rajaavana elementtinä.....	197
5.1.1	Maksukyvyyn säilyminen varojenjaon edellytykseksi ...	197
5.1.2	OYL:n maksukyvyttömyyden arviointia oikeuskirjallisuudessa.....	201
5.1.3	Maksukykyksääntelyn ongelmat: tarve selkeyttää osakeyhtiölakia	209
5.1.4	OYL:n maksukyvyttömyys – koherenssia korostava näkökulma	210
5.2	Osakeyhtiörikoksen ja velallisen epärehellisyuden suhteesta ..	214
6	JOHTOPÄÄTÖKSET.....	219
6.1	Maksukyvyttömyyttä koskevien normien jäsentäminen koherentiksi kokonaisuudeksi	219
	LÄHTEET	226
	OIKEUSTAPAUKSET	230
	LYHENTEET	232
	ON INSOLVENCY AND INTENTION TO GAIN FINANCIAL BENEFIT IN CRIMINAL LAW	233

Maksukyvyttömyydestä ja hyötymis- tarkoituksesta rikosoikeudellisena ongelmana

1 JOHDANTO¹

1.1 Kysymyksenasettelu ja rakenne

Yrityksen maksukyvyttömyys on usein seurausta pidemmän ajan prosessista, jossa yrityksen kannattavuus ja rahoitusasema on heikentynyt mahdollisesti myös sellaisten ulkoisten seikkojen vuoksi, joihin yrityksen toimiva johto ei ole voinut vaikuttaa.² Toisaalta yrityksen toimintaympäristön nopeat muutokset saattavat aiheuttaa maksukyvyttömyyden yllättävän nopeastikin, mikäli yrityksen rahoituksen hankkimiseen käytettävissä olevat resurssit eivät ole riittävän vahvat. Yrityksen maksukyvyttömyyden kehittymistä voidaan kuvata esimerkiksi seuraavalla kuvalla:



Kuvio 1. Maksukyvyttömyyden kehittyminen.

¹ Artikkelin laatimista ovat tukeneet Helsingin yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta sekä Aalto-yliopiston kauppakorkeakoulun ja Vaasan yliopiston TEKES-rahoitteinen projekti ”Yrityksen maksukyky ja strateginen johtaminen”, mistä esitän näille parhaat kiitokseni.

² Maksukyvyttömyysprosessista ks. mm. Laakso et al. 2010 s. 49–61 ja Blummé et al. 2010 s. 45–47.

Esimerkkiyrityksen rahoitustilanne heikkenee vähitellen ja liiketoimintaan kuuluvien, yritystoiminnan luonteesta riippuen hyvinkin vaihtelevien pituisten syklien vuoksi yritys ei välttämättä kykene tiettyinä aikoina suoriutumaan täysimääräisesti velvoitteistaan niiden erääntyessä. Lopulta rahoitustilanne heikkenee niin paljon, että yritys asetetaan konkurssiin. Rikosoikeudellisen vastuun kannalta on usein merkitystä sillä, oliko maksukyvyttömyys yritysjohton ennakoitavissa silloin, kun yritysjohto tekee mm. velkojien asemaan vaikuttavia ratkaisuja.

Yrityksen maksukyvyttömyystilan johdosta eri rikosoikeudelliset säännökset asettavat rajoja yrityksen toimivan johdon toimintamahdollisuuksille. Likviditeetin heikentyessä ja rahoitustilanteen kiristytessä yritystoimintaa pyritään ylläpitämään lykkäämällä niiden maksujen suorittamista, joiden laiminlyönti ei johda välittömästi tulovirran heikentymiseen. Tällaisia maksuja ovat tyypillisesti mm. verot, vakuutusmaksut sekä erilaiset vuokrat.

Tässä artikkelissa pyrin hahmottamaan yrityksen maksukyvyttömyyteen keskeisesti liittyvien rikosoikeudellisten normien keskinäistä suhdetta kahden yksittäistä velkojaa suojaavan tunnusmerkistön (verorikkomus ja työeläkevakuutusmaksupetos) sekä kahden velkojakollektiivisiä suojaavan normin (velallisen epärehellisyys ja osakeyhtiörikos) analysoinnin avulla. Näistä normeista muiden kuin velallisen epärehellisyyssoveltamisalat ovat lainsäädäntö- ja osin oikeuskäytännön muutosten vuoksi olleet muutostilassa. Verorikkomusta ja velallisen epärehellisyyttä koskevaa soveltamiskäytäntöä on laajasti, kun taas työeläkevakuutusmaksupetoksen ja uuden OYL:n osakeyhtiörikkoksen osalta ratkaisukäytäntöä ei juuri ole.

1.2 Metodit ja aikaisempi tutkimus

Artikkelin tutkimusote on oikeusdogmaattinen. Artikkelissa pyritään tulkitsemaan ja systematisoimaan maksukyvyttömyyteen liittyvien rangaistussäännösten keskinäistä suhdetta ja soveltamisalaa. Tutkimuksen taustalla on näkemys, että mikäli yksittäisen säännöksen tulkinnassa syntyy ongelmia, on säännös aina nähtävä oikeussäännöksiä muodostamassa systeemiä vasten. Jokainen yksittäinen oikeussäännös on tiettyssä suhteessa muihin säännöksiin. Tämä suhde voi olla löyhempi tai kiinteämpi, mutta säännöstä ei voi koskaan kokonaan irrottaa ympäristöstään. Tämän vuoksi lain tulkinnassa on otettava huomioon säännösten systeemiyhteys. Kuitenkin jotta systeemillä olisi jotain todellista arvoa tulkintaperusteena, on tulkinnan tekijän tiedettävä, millainen systeemin sisältö on. Systeemiä

ei myöskään pidä nähdä yhdellä kertaa valmiiksi annettuna, vaan se on dynaaminen kokonaisuus, joka vaikuttaa tulkintoihin ja johon vastavuoroisesti tulkinnat vaikuttavat.³

Kokonaisuuden dynaamisuuden vuoksi artikkelissa huomattava merkitys on KKO:n ratkaisujen analysoinnilla ja koherentin systeemikokonaisuuden rakentamisella niiden avulla⁴. Artikkelissa pyritään siten analysoimaan, millainen systeemi eräistä yrityksen velkojia suojaavista normeista olisi rakennettavissa KKO:n ratkaisujen näkökulmasta. Analyysissa erityistä merkitystä annetaan sille, miten ratkaisuja tulisi arvioida, jotta niiden taustalle voitaisiin rekonstruoida mahdollisimman yhtenäinen ja eheä kokonaisuusjärjestelmä. Yksittäisen prejudikaatin painoarvoa ja merkitystä arvioidaan siltä kannalta, miten se soveltuu muuhun toteutuneeseen prejudikaatioikeuden kokonaisuuteen.⁵ Artikkelissa pyritäänkin rekonstruoidaan oikeudellisesti eheä systeemi yrityksen maksukyvyttömyyteen liittyvien rikosoikeudellisten normien kannalta. KKO:n verorikkomusta ja velallisen epärehellisyttä koskevaa ratkaisukäytäntöä analysoidaan siinä tarkoituksessa, mitä tulkintavaihtoehtoja osakeyhtiörikoksen ja työeläkevakuutusmaksupetoksen soveltamisessa voitaisiin pitää perusteltuina.

Talusrikosoikeutta koskevia akateemisia opinnäytetöitä on julkaistu viime vuosina varsin paljon⁶. Lisäksi myös muuta talusrikollisuutta koskevaa oikeustieteellistä kirjallisuutta on julkaistu varsin aktiivisesti⁷. Kirjallisuudessa on kuitenkin keskitytty pitkälti rikosoikeuden yleisiin oppeihin talusrikosten kannalta tai yksittäisten rikostunnusmerkistöjen analysointiin. Sitä vastoin talusrikosten muodostaman systeemitason analysointi on jäänyt viime vuosina vähemmälle huomiolle⁸. Systeemitason analyysille voidaan katsoa olevan edelleen tarve. Tällaisen analyysin puutteet

³ Aarnio 1989 s. 223–224.

⁴ KKO:n tapausten analysoinnissa käytetyn lähdeaineiston osalta todettakoon, että analysointi perustuu julkiseen oikeudenkäyntimateriaaliin. Ratkaisussa KKO 2005:68 kirjallisena todisteena ollut ekonomirikostarkastajan tarkastusmuistio on merkitty salassa pidettäväksi, joten kyseisestä muistiosta Päijät-Hämeen poliisilaitos luovutti kirjoittajalle version, josta salassa pidettävät tiedot oli poistettu.

⁵ Siltala 2003 s. 348–351.

⁶ Mainittakoon esimerkiksi useat talusrikoksia koskevat väitöskirjat, kuten Alvesalo 2003, Kurenmaa 2003, Koponen 2004, Tapani 2004a, Häyrynen 2006, Sahavirta 2008 ja Knuts 2010.

⁷ Tärkeimpänä muun talusrikoskirjallisuuden edustajana mainittakoon Lahden ja Kopsen toimittama Talusrikokset (2007), jossa on laajasti käsitelty keskeisten talusrikostunnusmerkistöjen tulkintaongelmia.

⁸ Tätä systeemitason analysointia edustavat lähinnä Markku Salmisen lisensiaattityö ”Velallisen rikos” (1998), Kari Tolosen lisensiaattityö ”Talusrikossäännösten tulkinta – erityisesti velallisen rikoksissa” (2000), Jussi Tapanin artikkeli ”Mitä rikoslaki kieltää maksukyvyttömyyden uhatessa?” (2000) sekä myös Kaisa Mäkelän kriisitilayhtiöissä tehtyjä rikoksia kriminaalipoliittiselta lähestymiskannalta koskeva lisensiaattityö ”Talouselämän rikokset, rikosoikeus ja kriminaalipolitiikka” (2001).

näkyvät nähdäkseni mm. työeläkevakuutusmaksupetosta ja osakeyhtiölain maksukyvyttömyyttä koskevassa lainsäädännössä ja oikeustieteellisessä keskustelussa. Tällä artikkelilla pyritään paikkaamaan tätä puutetta.

2 MAKSUKYVYTTÖMYYDESTÄ JA HYÖTYMISTARKOITUKSESTA VERORIKKOMUKSESSA

Eräiden oma-aloitteisesti maksettavien verojen sekä työnantajan sosiaaliturvamaksun oikea-aikaista maksamista turvataan rikoslain (RL) 29:4:n verorikkomusta koskevalla säännöksellä, jonka mukaan rangaistavaa on muun muassa ennakonpidätyksen, työnantajan sosiaaliturvamaksun ja arvonnlisäveron hyötymistarkoituksessa tapahtunut suorittamatta jättäminen määrääjassa muun syyn kuin maksukyvyttömyyden vuoksi. Hyötymistarkoituksen puuttuminen ja maksukyvyttömyystila toimivat siis rangaistavuutta rajaavina elementteinä. Korkein oikeus on ratkaisuisaan KKO 2007:29 ja 2008:11–13 merkittävällä tavalla tarkentanut ja tosiasiaassa myös muuttanut aikaisempaa verorikkomuksen maksukyvyttömyyden ja hyötymistarkoituksen täyttymistä koskevaa linjaansa. Tästä syystä analysoin näitä tapauksia ja teen johtopäätöksiä sallitun ja kielletyn toiminnan rajankäynnistä, kun elinkeinotoiminnassa ei syystä tai toisesta makseta kaikkia vero- tai muitakaan velvoitteita.

2.1 Verorikkomuksen taustaa

Verorikkomus säädettiin rangaistavaksi rikoslain kokonaisuudistuksen I-vaiheen yhteydessä⁹. HE 66/1988:n mukaan säännöksellä oli tarkoitus koota yhteen hajanaisesti eri laeissa olleita kriminalisointeja. Säännöksen tarvetta perusteltiin sillä, että veronsaajalla ei olisi oma-aloitteisesti maksettavien verojen kohdalla samanlaisia mahdollisuuksia valvoa etujaan kuin muilla liikekumppaneilla, koska veron määrä tulee veronsaajan tietoon vain verovelvollisen omilla toimenpiteillä eikä verottajalla ole mahdollisuuksia painostaa maksuun myöskään esimerkiksi keskeyttämällä omat vastasuorituksensa velalliselle. Myöskään hallinnollisten korko- ja

⁹ Verorikkomus-kriminalisointi nousi eduskuntakäsittelyssä niin merkittäväksi poliittiseksi kysymykseksi, että säännöksen vuoksi koko rikoslain kokonaisuudistuksen I-vaihe oli vaarassa kaatua; asia edellytti pää- ja oikeusministerin keskinäisiä neuvotteluja kesken lakivaliokunnan käsittelyn. Lakivaliokunnan kokousptk. N:o 35/1990 vp. 25.5.1990. EA. – Verorikkomuksen säätämisvaiheessa käydystä keskustelusta ja lakivaliokunnan toiminnasta laajemmin ks. Hakamies 2005 s. 167–170 alaviitteineen.

veronkorotusseuraamusten ei katsottu olevan riittäviä. Rikosvastuu johtaa myös tekijän henkilökohtaiseen vahingonkorvausvelvollisuuteen.¹⁰ HE 66/1988:ssa lähdettiin siitä, että maksukyvyttömyys olisi ollut rangaistusvastausta rajaava elementti muiden verojen ja maksujen paitsi työnantajan tekemien ennakonpidätysten kohdalla. Ennakonpidätysten katsottiin olevan luonteeltaan läpikulkueria, joiden maksamiseen työnantajan on varauduttava samalla kun hän maksaa palkkaa työntekijöilleen, joten niiden laiminlyönnin kannalta maksukyvyttömyydellä ei katsottu olevan merkitystä. Maksukyvyttömyyttä verorikkomuksessa ei määriteltä HE 66/1988:ssa, vaan tältä osin viitattiin aikaisempaan työnantajan sosiaaliturvamaksun laiminlyöntiä koskevaan rangaistussäännökseen ja sitä koskevaan oikeuskäytäntöön.¹¹

Lakivaliokunta katsoi, että hallituksen esittämä verorikkomussäännös olisi johtanut kriminalisoinnin alan huomattavaan laajenemiseen ja että säännöksen todellisena tarkoituksena oli laajentaa rikosperusteella vahingonkorvausvastausta veroista niihin henkilöihin, joihin itse verotus ei ollut kohdistunut. Lakivaliokunta punnitsi vastakkain veronsaajan asemaa ja yksilön oikeusturvaa, ja päätyi lopulta siihen, että yksilön oikeusturvan parantamiseksi rangaistavuuden alaa rajattiin hyötymistar-koitus- ja maksukyvyttömyystunnusmerkkien avulla riippumatta siitä, mikä säännöksessä tarkoitettu vero tai maksu oli kyseessä.¹² Mietinnössään lakivaliokunta pyrki myös täsmentämään maksukyvyttömyyden sisältöä: Maksukyvyttömyydellä ei verorikkomuksessa tarkoiteta pelkästään sitä tilannetta, jossa velallinen on täysin varaton. Valiokunnan kuulemien asiantuntijoiden mukaan oikeuskäytännössä maksukyvyttömyyden oli katsottu usein ulottuvan 3–6 kuukauden ajanjaksoon ennen konkurssia. Valiokunta totesi, ettei konkurssi ole maksukyvyttömyyden arvioinnin edellytys, vaan myös esimerkiksi ulosmittauksen yhteydessä on voitu todeta velallisen maksukyvyttömyys.¹³

Hyväksyessään rikoslain kokonaisuudistuksen I-vaiheeseen sisältyvät lait eduskunnan täysistunto hyväksyi myös harvinaisen ponsilauseلمان, jossa verorikkomuksen maksukyvyttömyyttä määriteltiin vielä uudelleen: maksukyvyttömyytenä on pidettävä esimerkiksi tilannetta, jossa verovelvollinen olisi tilapäisen likviditeettikriisin vuoksi pakotettu myymään yritystoiminnan jatkuvuuden kannalta välttämätöntä omaisuuttaan tai laiminlyömään palkkojen maksun kyetäkseen suoriutumaan veron mak-susta. Edelleen hallituksen tuli seurata RL 29:4:n soveltamiskäytäntöä ja ryhtyä tarvittaviin toimenpiteisiin, jos soveltamisessa tapahtuisi ilmeisiä

¹⁰ HE 66/1988 s. 54–57.

¹¹ HE 66/1988 s. 65.

¹² LaVM 6/1990 s. 9–10.

¹³ LaVM 6/1990 s. 10.

kohtuuttomuuksia.¹⁴

Verorikkomuksen ongelmallisuuteen on kiinnittänyt oikeuskirjallisuudessa huomiota Lahti, joka on todennut kriminaalipoliittisesti olevan hyvin ongelmallista, jos jokin rikossäännös – kuten verorikkomus – on korostuneesti tehostekriminalisointi joidenkin yhteiskuntapoliittisten tai hallinnollisten tarkoituserien saavuttamiseksi ja jos säännöstä sovellettaessa rangaistus koetaan muuta saman teon johdosta tuomittavaa seuraamusta selvästi lievemmäksi.¹⁵

Verorikkomuksessa tarkoitettua maksukyvyttömyyttä on määritellyt oikeuskirjallisuudessa Lehtonen, joka on katsonut säännöksessä olevan kyse lähinnä maksuvalmiuden arviointiin liittyvistä seikoista. Lehtonen on määritellyt verorikkomuksen maksukyvyttömyyden siten, että verovelvollinen ei pysty suoriutumaan veloistaan, erityisesti verovelvoistaan niiden erääntyessä, mutta hänen ei tarvitse kuitenkaan realisoida elinkeinotoiminnassa tarvittavaa käyttöomaisuutta. Maksukyvyttömyystila voi muodostua myös niin, että käytettävissä olevat likvidit varat hupenevat verojen kanssa samanaikaisesti erääntyvien palkkojen maksuun. Verorikkomuksen maksukyvyttömyydessä voi olla kyse tilapäisestä tai pidempiaikaisesta maksukyvyttömyydestä.¹⁶

Verorikkomuksen maksukyvyttömyyttä on analysoinut myös Niemi, joka on katsonut eduskunnan vastauksen merkitsevän sitä, että verovelvollinen voi suunnata varoja palkkojen maksuun, muttei enää veroihin. Tällöin työnantaja voisi esim. maksaa palkat kuukauden viimeisenä päivänä mutta jättää seuraavan kuun 10. päivä verot maksamatta, mikäli tuolloin ei ole enää varoja palkkojen maksamisesta johtuen. Vastaavasti verot voi jättää maksamatta myös kuukauden 10. päivä, jos palkat erääntyvät maksettavaksi esim. 15. päivä eivätkä rahat riitä sekä palkkojen että verojen maksuun. Sitä vastoin verot on maksettava ennen tavarantoimittajien laskuja tai vuokria. Jos maksukyvyttömyys aiheutui vuokrien tms. maksamisesta, maksukyvyttömyys on itse aiheutettua, mikä ei poistaisi rangaistavuutta.¹⁷

Lainsäädäntöprosessissa syntyneet lausumat maksukyvyttömyydestä olivat keskenään osin ristiriitaisia. Eduskuntakäsittelyssä tehdyillä maksukyvyttömyyden määritelmillä ei pystytty myöskään ratkaisemaan ongelmakenttää, vaan se olisi nähdäkseni edellyttänyt huomattavasti syvällisempää tarkastelua. Oikeuskirjallisuudessa näistä lainsäädäntöprosessin lausumista oli tehty johtopäätöksiä, joiden mukaan verorikkomuksen maksukyvyttö-

¹⁴ Eduskunnan vastaus 12.6.1990 vp hallituksen esitykseen 66/1988.

¹⁵ Lahti 1991 s. 268. – Lahti tosin toteaa, että eduskuntakäsittelyssä verorikkomuksen tehostekriminalisoinnin piirteet heikkenivät.

¹⁶ Lehtonen 1991 s. 944.

¹⁷ Niemi 1994 s. 102–104.

myys olisi hyvin tiukasti sidoksissa verojen maksupäivien likviditeetin arviointiin, mikä mahdollistaisi myös monenlaiset väärinkäytökset. Nähdäkseni tästä syystä oli erityinen tarve ohjata soveltamiskäytäntöä KKO:n prejudikaatuurilla, joka sittemmin muodostuikin hyvin laajaksi.

2.2 Verorikkomusta koskeva aikaisempi oikeuskäytäntö

Korkein oikeus on antanut RL 29:4:n verorikkomusta koskien vuosina 1993–2010 kaikkiaan 12 julkaistua prejudikaattia¹⁸ ja viisi julkaisematonta¹⁹ ratkaisua. Verorikkomuksessa tarkoitettun maksukyvyttömyyden ja hyötymistarkoituksen tulkintakäytäntö perustui pitkään erityisesti ratkaisuissa KKO 1994:67, KKO 1995:137 ja KKO 1996:35 omaksutulle linjalle.²⁰ Näissä kolmessa tapauksessa KKO totesi, että RL 29:4:ssä tarkoitettujen verojen ja maksujen laiminlyönti oli tapahtunut hyötymistarkoituksessa, kun yhtiön liiketoimintaa oli jatkettu samanaikaisista laiminlyönneistä huolimatta. Ensimmäisessä tapauksessa KKO 1994:67 hyötymistarkoituksen olemassaolon arvioinnissa otettiin huomioon paitsi liiketoiminnan jatkaminen, myös palkkojen maksu yhtiön johdolle sekä varallisuuden siirtoon läheisyhtiölle viittaavat toimet²¹. Sen sijaan ratkaisuissa KKO 1995:137 ja KKO 1996:35 hyötymistarkoituksen arviointi perustuu puhtaammin sille ajatukselle, että liiketoimintaa ylipäänsä harjoitetaan taloudellisen hyödyn hankkimistarkoituksessa ja mikäli liiketoimintaa onnistutaan jatkamaan kanavoimalla verojen maksuun käytettävät varat muihin menoihin, toiminta täyttää verorikkomuksessa tarkoitettun hyötymistarkoituksen kriteerit²². Maksukyvyttömyyden arviointi tapahtui ratkaisuissa velallisen taloudellisesta tilanteesta tehtävän kokonaisarvioinnin perusteella, joskin erityistä merkitystä on ollut sillä, onko – ainakin kirjanpidon mukaan – verovelvollisella ollut likvidejä varoja sekä tulovirtaa, jota on sitten kohdennettu muihin kuluihin kuin veroihin.²³

Jutussa KKO 1996:35 oli kysymys tapauksesta, jossa RL 29:4:ssä tarkoitettujen verojen ja maksujen suorittamisessa oli ollut ongelmia lähes vuoden

¹⁸ Ratkaisut KKO 1993:93, KKO 1994:67, KKO 1995:137, KKO 1996:35, KKO 2001:87, KKO 2002:117, KKO 2004:46, KKO 2005:111, KKO 2007:29 ja KKO 2008:11–13.

¹⁹ Ratkaisut 648/2003, 1074/2005, 1749/2008, 2862/2008 ja 1033/2009 (taltionumerot).

²⁰ Tapauksen KKO 1996:35 merkitystä korostaa, että se oli käsitelty vahvennetussa jaostossa ratkaisusta äänestettiin (8–3). Vähemmistöön jääneet jäsenet olivat eri mieltä ainoastaan maksukyvyttömyyden arvioinnista; sen sijaan hyötymistarkoituksen osalta ei esitetty poikkeavia perusteluja. Tapaukset KKO 1994:67 ja KKO 1995:137 ratkaistiin normaalissa viisijäsenisessä kokoupanossa yksimielisesti.

²¹ Ks. KKO 1994:67 kpl 3.

²² Ks. KKO 1995:137 kpl 7. Ks. KKO 1996:35 kpl 16.

²³ Ks. KKO 1994:67 kpl 2–3, KKO 1995:137 kpl 4–6.

pituisena ajanjaksona, mutta lopullisesti verot ja maksut olivat jääneet suorittamatta viiden kuukauden ajalta ennen konkurssia. Yhtiön johtaja A:n mukaan yhtiö oli taloudellisissa vaikeuksissa, mutta sen toimintaa oli pyritty tervehdyttämään ja sen myynti oli käynnissä, kun pankki yllättäen jätti konkurssihakemuksen joulukuussa 1990. Laiminlyötyjen verojen ja maksujen määrä oli n. 460.000 mk. Viimeisen tilikauden aikana yhtiö oli verottajan mukaan kuitenkin mm. luottanut intressiyhtiötään n. 500.000 mk:lla. Yhtiön viimeisen tilikauden liikevaihto ja taseen loppusumma olivat huomattavan korkeat verrattuna laiminlyötyjen verojen määrään. Yhtiön kirjanpidossa olevat varsin likvideiksi katsottavat omaisuuserät ylittivät myös moninkertaisesti laiminlyötyjen verojen määrän. Toisaalta yhtiöllä oli velkaa muille velkojille huomattavasti verottajaa enemmän, mikä ilmenee vähemmistön perusteluista (mm. ostovelkoja n. 4 mmk).

KKO:n enemmistö katsoi, ettei verovelvollisen voida yleensä katsoa olevan maksukyvytön verorikkomuksessa edellytetyin tavoin, mikäli tämä jättää pitkän aikaa maksamatta RL 29:4:ssä tarkoitetut verot ja maksut jatkaen samanaikaisesti toimintaansa ja maksaen muiden velkojien saamia. KKO antoi myös merkitystä sille, että RL 29:4:ssä tarkoitetut verot ja maksut ovat luonteeltaan läpikulkueriä eivätkä sellaisinaan yhtiön vapaasti käytettävissä olevaa varallisuutta. Kokonaisharkinnan perusteella tapauksessa ei ollut kyse maksukyvyttömyydestä eikä myöskään tilapäisestä maksuvalmiuden häiriöstä.²⁴ Yksi vähemmistöön jäänyt jäsen katsoi, ettei yhtiö kyennyt maksamaan kaikkia erääntyneitä velkojaan syytteessä tarkoitetulta ajalta ja ettei yhtiö ollut velvollinen maksamaan ensisijaisesti valtion saatavia katsoen siten syytteen tulevan hylätyksi²⁵. Kaksi muuta vähemmistöön jäänyttä jäsentä olisivat hylänneet syytteen sillä perusteella, ettei asiassa ollut näyttöä, että yhtiöllä olisi ollut varoja maksaa syytteessä kuvattuna aikana erääntyneet verot ja maksut²⁶.

Ratkaisussa KKO 1996:35 korostui nimenomaan se seikka, ettei verojen ja maksujen suorittamisen laiminlyöminen ole huonossakaan taloudellisessa tilanteessa sallittua, jos varoja samanaikaisesti kohdennetaan muihin maksuihin. KKO:n 1990-luvulla verorikkomuksista antamat edellä mainitut ratkaisut ja niistä erityisesti KKO 1996:35, jossa painoa annettiin RL 29:4:n kriminalisoinnin tarkoitukselle veronsaajan aseman vahvistamiseksi²⁷, edustivat varsin tiukkaa linjaa. RL 29:4:ssä tarkoitettuja veroja ja maksuja ei tuomioiden mukaan saanut jättää suorittamatta, jos liiketoimintaa jatkettiin muita velvoitteita (lähinnä ostovelkoja) maksaen,

²⁴ KKO 1996:35 kpl 10–14.

²⁵ Ks. KKO 1996:35 eri mieltä ollut jäsenen äänestyslausuma.

²⁶ Ks. KKO 1996:35 eri mieltä olleiden kahden jäsenen yhteinen äänestyslausuma.

²⁷ KKO 1996:35 kpl 8.

vaikka verovelvollinen ei kyennytkään suorittamaan kaikkia velkojaan. Verottajan saamiset asetettiin käytännössä rikosoikeudellisen sanktion uhalla muita velkojia parempaan asemaan.

Oma merkityksensä tämän tulkintatavan hyväksyttävyydelle on saattanut olla sillä, että kaikissa edellä mainituissa kolmessa ratkaisussa tekoajat ajoittuivat vuosille 1989–1991, jolloin tuolloin voimassa olleen etuoikeusasetuksen 4a §:n mukaan mm. verot ja eläkevakuutusmaksut maksettiin konkurssissa ennen tavallisia velkoja. Verottajan saamiset asetettiin insolvenssimenettelyssä muiden vakuudettomien velkojien kanssa tasaveroiseen asemaan 1.1.1993 voimaan tulleella velkojen maksunsaantijärjestyksestä annetulla lailla²⁸. Ratkaisujen perusteluissa ei kuitenkaan viitata tekoaihana vallinneeseen verottajan parempaan maksunsaantioikeuteen, vaan tapauksen KKO 1996:35 enemmistön perusteluissa kysymystä on perusteltu sillä, ettei verottajaa saanut asettaa muita velkojia huonompaan asemaan²⁹: mikäli verovelvollisen sallittaisiin maksaa muita velkoja ennen RL 29:4:ssä tarkoitettuja veroja ja maksuja, mahdollistaisi tällainen tulkintatapa monenlaisia julkisen talouden kannalta haitallisia järjestelyjä, joissa yritystoiminnan loppuvaiheessa toiminnan jatkumista uuden veroveloista vapaan yrityksen nimissä pyritään turvaamaan suorittamalla tulevaisuuden kannalta tärkeiden liikekumppaneiden saamiset ennen verottajaa. Viitteitä tällaisesta pyrkimyksestä liiketoiminnan jatkamiseen uuden yrityksen nimissä on esimerkiksi ratkaisussa KKO 1994:67³⁰.

KKO:n tiukan verorikkomuslinjan muodostumiseen 1990-luvun puolivälissä on saattanut olla syynä myös se, että verorikkomusjuttuina käsiteltiin tuolloin terveen taloudellisen toiminnan kannalta hyvinkin vahingollisia tapauksia, joissa ei piitattu mistään yhteiskunnallisista vero- tai vakuutusmaksuvelvoitteista. Veropetoksen tarjoama rikosoikeudellinen suoja verottajalle oli 1990-luvun puolivälissä tosiasiallisesti nykyistä heikompi, kun RL 29:1.2:ssa säädetyn passiivisen veropetoksen rangaistavuuden edellytyksenä oli veroviranomaisen kehoitus ilmoitusvelvollisuuden täyttämiseksi³¹. Harmaan talouden torjunnan tehostamiseksi lakia kuitenkin muutettiin, ja 1.2.1998 voimaan tulleen nykyisen RL 29:1:n (1228/1997) passiivisen veropetoksen tekotapa ei enää edellytä viranomaisen kehoitusta³².

²⁸ Velkojien maksunsaantijärjestyksestä annettu laki (1578/1992) säädettiin samanaikaisesti yrityssaneeraus- ja velkajärjestelylakien kanssa.

²⁹ KKO 1996:35 kpl 10.

³⁰ KKO 1994:67 kpl 3.

³¹ RL 29:1.2 (769/1990): Veropetoksesta tuomitaan myös se, joka veroa välttääkseen viranomaisen kehoituksesta huolimatta jättää antamatta veroilmoituksen tai muun verotusta varten säädetyn tai vaaditun ilmoituksen ja siten aiheuttaa veron määräämättä jättämisen tai sen määräämisen liian alhaiseksi.

³² RL 29:1:n uudistustarpeesta ks. tarkemmin HE 16/1997 s. 1. – Käytännössä passiivisesta

Kokonaan viranomaisvalvonnan ulkopuolella tapahtuneeseen toimintaan voitiin kuitenkin soveltaa joissakin tapauksissa verorikkomusta koskevia säännöksiä: kun mitään valvontailmoituksia ei annettu, laiminlyötiin luonnollisesti myös RL 29:4:ssä tarkoitettujen arvonlisäverojen, ennakonpidätysten ja sosiaaliturvamaksujen suorittaminen verottajalle. Näiden suoraan ao. lainsäädäntöön perustuvien verojen ja maksujen maksuvelvollisuus verovelvollisella on ilmoitusvelvollisuuden laiminlyönnistä huolimatta. RL 29:4:ää sovellettaessa tunnusmerkistötasolla teon moitittavuudessa ei ole kuitenkaan eroa, jätetäänkö verot ja maksut suorittamatta verottajalle täysin avoimesti (=ilmoitusvelvollisuus sinänsä asianmukaisesti täyttäen) vai tapahtuuko koko liiketoiminta verottajalta salassa. Tästä syystä verorikkomusjuttuina saatettiin 1990-luvun puolivälissä käsitellä hyvinkin törkeitä harmaan talouden tapauksia. Toisaalta verorikkomuksesta rangaistiin myös yritystoiminnassa epäonnistuneita, liiketoimintaa lähtökohtaisesti muutoin asianmukaisesti harjoittaneita henkilöitä, jotka olivat jättäneet verot maksamatta riittävän pitkältä ajanjaksolta.

KKO:n 1990-luvun verorikkomusta koskevan maksukyvyttömyyttä koskevan tulkintalinjan muotoutumiseen on mahdollisesti voinut ainakin jossain määrin vaikuttaa myös se, ettei omaksuttu tulkintalinja ollut tuossa vaiheessa ristiriidassa velallisen epärehellisyysmaksukyvyttömyyttä koskevan KKO:n julkaistun tulkintakäytännön kanssa. Ensimmäinen 1.1.1991 voimaan tullutta RL 39:1:n velallisen epärehellisyysmaksu-merkistön täyttymistä koskeva KKO:n prejudikaatti annettiin nimittäin v. 1998³³.

Myös sellaisista takaisinsaantilain mukaisista tilanteista, joissa takaisinsaannin perusteena oli peräytettävän oikeustoimen kytkeytyminen velallisen maksukyvyttömyyteen, oli annettu 1990-luvun puolivälissä vain niukalti KKO:n julkaistuja ratkaisuja.³⁴ Lisäksi peräytettävän oikeustoimen ja konkurssin välinen ajallinen yhteys saattoi olla hyvinkin lyhyt³⁵. Ennakonpidätysten, työnantajan sosiaaliturvamaksun ja liikevaihtoveron eli RL 29:4:ssä tarkoitettujen verojen ja maksujen suhde takaisinsaantilain säännöksiin oli kuitenkin jo tuolloin noussut esiin tapauksessa KKO

veropetoksesta on v:n 1998 uudistuksen jälkeen tullut merkittävin veropetoksen tekotapa. (Sahavirta 2007 s. 210.)

³³ Ratkaisu KKO 1998:10, joka koski ky:n vastuunalaisen yhtiömiehen yksityiskäyttöön tekemiensä rahanostojen hyväksyttävyyttä ky:n velkojien kannalta. – Jo aikaisemmin oli annettu ratkaisu KKO 1997:171, jossa oikeuskysymyksenä oli konkurssipesän puhevallan käyttö velallisen rikoksissa (RL 39:9:n soveltaminen).

³⁴ Takaisinsaantilain soveltamiskäytäntöä ohjattiin laajasti KKO:n ratkaisukäytännöllä v. 1997–1998, jolloin annettiin yhteensä peräti 21 takaisinsaantia koskevaa ratkaisua.

³⁵ Esimerkiksi TakSL 5 §:n mukaisen takaisinsaantiperusteen soveltamisesta mainittakoon ratkaisu KKO 1995:87, jossa yhtiö oli KKO:n mukaan sopimattomasti suosinut yhtä velkojaansa maksamalla eräänntyneen velan päivää ennen konkurssiin asettamista.

1995:106, jossa kolme kuukautta ennen konkurssia verottajalle suoritettavat maksut määrättiin palautettavaksi konkurssipesään. Verojen maksun peräytyminen ei kuitenkaan perustunut suoranaisesti maksukyvyttömyystilasta tehtyyn arvioon vaan siihen, että suoritettavat maksut olivat pesän varoihin nähden TakSL 10 §:ssä tarkoitettulla tavalla huomattavia ja ne sisälsivät osin vanhoja erääntyneitä veroja, joista oli tehty maksusuunnitelma. Maksusuunnitelman johdosta verojen ja maksujen suorittamista ei voitu pitää myöskään tavanomaisena.³⁶

Ratkaisuja KKO 1994:67, KKO 1995:137, KKO 1996:35 ja toisaalta ratkaisua KKO 1995:106 voidaan lukea kokonaisuutena niin, että verovelvollisen on lähtökohtaisesti aina suoritettava määräaikana RL 29:4:ssä tarkoitettavat verot ja maksut, mutta muiden velkojien oikeudet turvataan sillä, että verottaja voidaan velvoittaa palauttamaan konkurssitilanteessa mahdolliset muiden velkojien kannalta liialliset suoritukset takaisinsaantilain nojalla konkurssipesään. Tällaista tulkintatapaa voidaan pitää lähtökohtaisesti hyväksyttävänä: valtion kannalta verovelvollisen hallussa olevat ”läpikulkuerät” pyritään saamaan mahdollisimman nopeasti valtion kassaan, jolloin mahdollisten väärinkäytösten riski (esim. tosiasiallinen pääoman siirto tappiollisesta yrityksestä jatkajayrityksen hyväksi) pienenee ja toisaalta mikäli muiden velkojien oikeuksia loukataan, voidaan näiden intressit turvata tasapuolisesti ja ulkopuolisen henkilön (esim. pesänhoitaja) valvomana takaisinsaantimenettelyn avulla. Tällaisen tulkintatavan kannalta ongelmallista on kuitenkin se, että RL 39:6:n velkojansuosintaa koskeva säännös ei – ainakaan tunnusmerkistötasolla – tee eroa verottajan ja muiden velkojien välillä, vaan myös pesän varoihin nähden suuren verovelan maksaminen juuri ennen konkurssia saattaisi tulla arvioitavaksi velkojansuosintana³⁷.

Maksukyvyttömyys verorikkomuksen tunnusmerkistössä nousi seuraavan kerran esille prejudikaatissa KKO 2004:46³⁸, jossa otettiin selkeästi kantaa siihen, että verorikkomuksessa maksukyvyttömyyttä on arvioitava eri tavalla kuin esimerkiksi velallisen epärehellisyydessä.³⁹ Ratkaisun KKO 2004:46 perusteluissa käsitellään – jopa poikkeuksellisen – laajasti vero-

³⁶ KKO 1995:106 kpl 4–5.

³⁷ Vrt. kuitenkin KKO 2009:70, jonka mukaan erääntyneen velan maksaminen rahalla ei ollut kyseisessä tapauksessa rangaistavaa.

³⁸ KKO 2004:46:n otsikkotekstin mukaan asiassa oli kysymys siitä, mitä maksukyvyttömyys merkitsee rikoslain 29 luvun 4 §:n tunnusmerkistössä. – Myös KKO:n julkaisemattomassa ratkaisussa 648/2003 oli käsillä tilanne, jossa henkilön katsottiin syyllistyneen velallisen epärehellisyyteen tehdessään vararikkoteon yrityksen ollessa maksukyvytön, mutta samanaikaisesti myös verorikkomukseen tämän laiminlyödessä RL 29:4:ssä tarkoitettujen verojen ja maksujen suorittamisen.

³⁹ Olen käsitellyt ratkaisua KKO 2004:46 yksityiskohtaisesti artikkelissani ”Maksukyvytön vai ei? Legaliteettiperiaate ja KKO 2004:46” (Hakamies 2005).

rikkomuksen suhdetta osana velkojia suojaavaa normistoa⁴⁰. Myös esityöt ja aikaisempi oikeuskäytäntö käydään ratkaisussa analyttisesti läpi⁴¹. Perusteluissa tuodaan myös avoimesti esiin ongelmat, jotka aiheutuvat saman käsitteen tulkittamisesta eri tavoin rikoslain sisällä. Ratkaisussa kuitenkin katsottiin erilaisen tulkinnan olevan mahdollista ilman, että se rikkoo laillisuusperiaatteen vaatimuksia.⁴² KKO:n enemmistö katsoi siten, että vaikka tapauksen faktojen perusteella verovelvollista olisi pidettävä maksukyvyttömänä, mikäli tapausta arvioitaisiin velallisen epärehellisyyden tunnusmerkistön valossa⁴³, ei verorikkomuksen maksukyvyttömyyttä kuitenkaan voida arvioida samalla tavoin, vaan tällöin tulkinnassa on painotettava enemmän kriminalisoinnin tarkoitusta veronsaajan aseman turvaajana. Eri mieltä ollut jäsen kiinnitti huomiota siihen, oliko maksukyvyttömyys ollut tapauksessa motiivina verojen maksun laiminlyönnille. Hänen johtopäätöksensä oli kuitenkin, ettei maksukyvyttömyydellä ollut tapauksessa rangaistusvastuuta poistavaa vaikutusta, kun samanaikaisesti verojen maksuun käytettävissä olleita varoja ohjattiin sellaisten velkojen maksuun, jotka olivat välttämättömiä toisessa yhtiössä tapahtuneen liiketoiminnan jatkamisen kannalta⁴⁴.

KKO:n tulkintatavan kannalta erityisen ongelmallista on nähdäkseni kuitenkin se, että tapauksessa verovelvollisen taloudellista asemaa kuvaavat faktat osoittivat, ettei verovelvollinen olisi millään tavoin enää tapauksen vanhentumisen kannalta kriittisenä aikana kyennyt suoriutumaan verovelvoistaan.⁴⁵ Toisaalta useat verorikkomussäännöksen esitöistä ilmenevät argumentit, joilla KKO perusteli verorikkomuksen maksukyvyttömyyden velallisen epärehellisyydestä poikkeavaa tulkintatapaa, olivat mielestäni teknisen kehityksen ja lainsäädännön muutosten myötä menettäneet merkitystään⁴⁶. Ratkaisun KKO 2004:46 myötä maksukyvyttömyys – vastoin

⁴⁰ KKO 2004:46 erityisesti kohdat 7 sekä 10–14.

⁴¹ KKO 2004:46 erityisesti kohdat 6 ja 8.

⁴² KKO 2004:46 kohta 9.

⁴³ KKO 2004:46 kohta 7. – Kohdassa käytetään ilmaisua ”yhtiö olisi – – haasteiden tiedoksiantohetkellä maksukyvyttön”. Ilmaisulla tarkoitettaneen sitä, että yhtiö olisi ollut rikosoikeudellisen vanhentumisen kannalta kriittisenä rikoksen tekoaikana eli kaksi vuotta ennen haasteiden tiedoksiantohetkeä maksukyvyttön.

⁴⁴ KKO 2004:46 eri mieltä olleen jäsenen lausunto. Myös eri mieltä ollut jäsen olisi tuominnut vastaajat rangaistukseen verorikkomuksesta, erimielisyys koski lähinnä maksukyvyttömyyden ja hyötymistarkoituksen arviointia.

⁴⁵ Ks. Hakamies 2005 s. 225–226. Tapauksessa erääntyneiden verovelkojen määrä suhteessa liikevaihtoon ja yhtiön varallisuuteen oli niin suuri, ettei verovelkoja olisi pystytty suorittamaan ilman erittäin suurta ulkopuolista lisärahoitusta.

⁴⁶ Ks. Hakamies 2005 s. 228–237. Esitöissä kiinnitettiin huomiota siihen, että veronsaajan mahdollisuudet valvoa saataviaan olivat heikot. Verottajan tietojärjestelmät olivat kuitenkin kehittyneet 1980-luvun lopusta. Verottajan saamisten etuoikeusaseman muutoksen vuoksi ei verottajan aseman vahventaminen muihin velkoihin nähden ollut puolestaan samalla

lainsäätäjän tarkoitusta⁴⁷ – nähdäkseni tosiasiaassa menetti mahdollisuutensa toimia rangaistusvastuuta rajaavana tekijänä verorikkomuksessa.

Oikeuskirjallisuudessa myös Tapani kehitti KKO:n verorikkomusratkaisujen myötä kriteereitä sille, millaisissa olosuhteissa maksukyvyttömyys ja hyötymistarkoitus voisivat toimia rangaistusvastuuta rajaavina tekijöinä verorikkomuksessa. Tapani arvioi maksukyvyttömyyden ja hyötymistarkoituksen kriteereitä seuraavilla seikoilla: a) laiminlyöntien ajallinen kesto⁴⁸, b) rahankäyttö laiminlyöntien aikana⁴⁹, c) liiketoiminnan avoimuus⁵⁰, d) aktiivinen yhteydenpito eri sidosryhmiin⁵¹ ja e) maksusuunnitelman laatiminen ja maksuohjelman toteuttaminen⁵². Lisäksi kriteerinä voisi olla myös se, että yhtiö on varautunut kriisitilanteeseen mm. miettimällä erilaisia toimintavaihtoehtoja, kuten yrityssaneerausta. Tapani katsoi, että mikäli verovelvollinen toimii näiden arviointikriteerien mukaisesti lojalilla tavalla verottajaa kohtaan, syntyy presumptio siitä, että yrityksellä on ollut vakaa aikomus selvittää taloudellisesta kriisitilanteesta. Tällöin verojen ja maksujen suorittamisen laiminlyönti olisi lähtökohtaisesti tapahtunut maksukyvyttömyydestä johtuen eikä hyötymistarkoituksessa. Syyttäjän olisi tällöin esitettävä painavaa lisänäyttöä, joka kumoaa tällaisen presumption. ⁵³

Aikaisemmasta KKO:n verorikkomuksia koskevasta ratkaisukäytännöstä ei ilmennyt, että Tapanin esittämille kriteereille olisi annettu merkitystä. ⁵⁴

tavoin perusteltua kuin HE 66/1988:n laatimisen aikaan.

⁴⁷ Ks. LaVM 6/1990 s. 9–10, Eduskunnan vastaus 12.6.1990 hallituksen esitykseen 66/1988.

⁴⁸ Tapani määrittelee ”hyväksyttäväksi” laiminlyöntien ajalliseksi kestoksi kaksi–kolme kuukautta.

⁴⁹ Onko maksettu todellisia velvoitteita vai onko kyse perusteettomista varallisuuden siirroista pois verovelvollisen varallisuuspieristä.

⁵⁰ Onko yritys pyrkinyt hoitamaan velvoitteensa tasapuolisesti eli onko laiminlyöntien aikana maksettu kuitenkin myös veroja.

⁵¹ Oma-aloitteinen yhteydenpito verojen laiminlyönneistä ja yrityksen taloudellisesta tilanteesta esimerkiksi verottajaan, tavarantoimittajiin ja rahoittajiin.

⁵² Yritys tekee verottajan kanssa realistisen maksuaikataulun verovelkojen hoitamisesta ja myös noudattaa tätä sopimusta eikä keinotekoisesti ”osta” lisääikää.

⁵³ Tapani 2004b s. 934–938, vrt. jossain määrin toisin Tapani 2010a s. 424–428.

⁵⁴ Esimerkiksi ratkaisu KKO 2005:111, jossa oli kysymys yksityisen elinkeinonharjoittajan saneerausohjelmaan sisältyneen arvonlisäverovelan järjestelyn vaikutuksesta veroviraston vaatiessa samojen verojen suorittamatta jättämiseen perustuvassa verorikkomusasiassa vahingonkorvausta viittä pikeminkin päivästaiseen tilanteeseen; yrityssaneerauksella ei ollut merkitystä rikosprosessin kannalta. Tapauksessa yksityisenä elinkeinonharjoittajana toimineen henkilön kohdalla oli aloitettu yrityssaneeraus, jolloin saneerausohjelmaan oli sisällytetty mm. verovelkoja. Rikosprosessissa verottaja vaati elinkeinonharjoittajan velvoittamista korvaamaan verorikkomuksen aiheuttamana vahinkona ennen saneerausmenettelyän alkamista laiminlyödyt verot täysimääräisesti siitä huolimatta, että saneerausmenettelyssä velkojen maksuvelvollisuutta oli alennettu. KKO katsoi, ettei yrityssaneerauksella ollut merkitystä siltä kannalta, millaisena vahingonkorvausvelvollisuus rikosasian yhteydessä oli määrättävä (kohta 8). Siten elinkeinonharjoittaja velvoitettiin korvaamaan verovelat täysimääräisesti verottajalle. KKO:n ratkaisussa jätettiin tosin avoimeksi, olisivatko rikosperusteiset vahingonkorvausvelat olleet otettavissa mukaan saneerausohjelmaan, kun

KKO:n verorikkomusta koskeva julkaistu oikeuskäytäntö 1990-luvulta vuoteen 2005 saakka oli siten varsin tiukka: maksukyvyttömyyden kriteerit eivät täyttyneet, mikäli verovelvollinen teki verovelkojen kokonaismäärään verrattuna varsin pieniä suorituksia muille velkojille. Teko tapahtui myös hyötymistarkoituksessa, mikäli liiketoimintaa oli jatkettu ja samanaikaisesti oli maksettu muiden velkojien saamia sen sijaan, että varat olisi käytetty verojen maksamiseen. Myöskään sillä seikalla, että liiketoiminnassa oli lähtökohtaisesti kyse yhteiskunnallisesti hyväksyttävästä toiminnasta, jonka tervehdyttäminen yrityssaneerauksen avulla oli yhteiskunnan kokonaisedun mukaista, ei ollut rangaistusta estävää vaikutusta. Verorikkomuksena rangaistiin siten tekoja, joiden taustalla oli toisaalta normaali, joskin epäonnistunut yritystoiminta, ja toisaalta tekoja, joiden taustalla saattoi tosiasiallisesti olla laajamittaista talousrikollisuutta. Voidaankin todeta, ettei verorikkomusnormin soveltamiskäytännössä kyetty onnistuneesti erottamaan *epäonnistunutta* liiketoimintaa *epärehellisestä* liiketoiminnasta.

2.3 Ratkaisut KKO 2007:29 ja KKO 2008:11–13 linjan lieventäjinä

KKO:n verorikkomusratkaisuissa tapahtui muutos lievempään suuntaan vuosina 2007–2008, jolloin otettiin etäisyyttä aikaisempaan KKO:n käytäntöön⁵⁵. Ratkaisujen KKO 2007:29 ja KKO 2008:11–13 myötä erityisesti hyötymistarkoitukselle annettiin todellista merkitystä rangaistusvastuuta rajaavana tunnusmerkistökijänä.

Ensimmäisessä ratkaisussa KKO 2007:29 oli kyse yrityksestä, joka oli laiminlyönyt suorittaa osittain veroja ja maksuja yhteensä neljän kuukauden aikana noin 1,4 mmk⁵⁶. Yhtiöllä oli samana aikana vapaasti käytettävissä olleita varoja noin 1 mmk, mutta toisaalta erääntyneitä ostovelkoja oli 8 mmk⁵⁷, joten yhtiö ei voinut mitenkään suoriutua kaikista velvoitteistaan niiden erääntyessä. Lisäksi yhtiö oli myös tehnyt huomattavia suorituksia verottajalle (noin 2,4 mmk) rikoksen tekoaikana, kun taas muille velkojille

oikeusperusta oli tiedossa jo saneerausohjelmaa vahvistettaessa (kohdat 10–11).

⁵⁵ Alempien oikeuksien ratkaisukäytäntö oli KKO:n verorikkomusta koskeneista prejuddikaateista huolimatta epäyhtenäistä ja jossain määrin myös KKO:ta sallivampaa. Ks. esim. KKO 2007:29, KKO 2008:12 (käräjäoikeus tuomitsi rangaistukseen) ja KKO 2008:13, joissa hovioikeudet olivat hylänneet syytteet. Ratkaisussa KKO 2008:11 käräjäoikeus oli hylännyt, mutta hovioikeus hyväksynyt syytteen.

⁵⁶ Laiminlyönnin kohteena oli arvonlisäveroja marras–joulukuulta 2000 ja touko–kesäkuulta 2001 sekä ennakonpidätyksiä ja työnantajan sotu-maksuja kesäkuulta 2001 yhteensä n. 1,4 mmk. KKO 2007:29 kohta 1.

⁵⁷ KKO 2007:29 kohta 8. Kaikkiaan ostovelkoja oli n. 10 mmk.

oli maksettu vain noin 600 tmk⁵⁸. Edelleen yhtiö oli tehnyt maksusuunnitelman verottajan kanssa noin kolmen kuukauden kuluttua ensimmäisestä syytteestä tarkoitetusta maksulaiminlyönnistä ja noin kahden kuukauden kuluessa ensimmäisen maksusuunnitelman jälkeen kaksi muuta maksusuunnitelmaa, kun aikaisempia suunnitelmia ei kyetty noudattamaan. Lisäksi yhtiö oli onnistunut hankkimaan ulkopuolista rahoitusta ennen yrityssaneeraukseen hakeutumista.⁵⁹

Kyseisessä ratkaisussa maksukyvyttömyyden ja hyötymistarkoituksen arviointikriteerejä ei erotettu toisistaan: kun verojen ja maksujen suorittamisen laiminlyönnit olivat johtuneet RL 29:4:ssä tarkoitetusta maksukyvyttömyydestä, ne eivät olleet tapahtuneet hyödyn hankkimiseksi. KKO:n arvioinnissa keskeistä oli yhtiön taloudellisten vaikeuksien syyt, verottajalle kertyneiden suoritusten suhde muiden velkojien saamiin suorituksiin, veroja koskevien laiminlyöntien lyhytaikaisuus, yhtiön aloitteellisuus ja yhteistoiminta verottajan kanssa sekä ilmeinen tarkoitus selviytyä kaikista velvoitteistaan⁶⁰.

Myöhemmässä KKO:n ”verorikkomustrilogiassa” maksukyvyttömyyden ja hyötymistarkoituksen kriteerit on erotettu selvemmin toisistaan. Ratkaisussa kuitenkin edelleen vahvistetaan aikaisempaa linjaa, että verorikkomuksessa maksukyvyttömyyttä arvioidaan velallisen epärehellisyydestä poikkeavalla tavalla, jolloin maksukyvyttömyyden rangaistusvastuuta rajaava merkitys on hyvin rajallinen⁶¹. Sitä vastoin hyötymistarkoituksen puuttuminen voi johtaa rangaistus- ja korvausvastuusta vapautumiseen, vaikkei yritys olisikaan verorikkomuksessa tarkoitetulla tavalla maksukyvytön, kuten ratkaisuista KKO 2008:11 ja KKO 2008:13 ilmenee.

Tapauksessa KKO 2008:11 yhtiö oli ennen yrityssaneerauksen alkamista osittain laiminlyönyt suorittaa RL 29:4:ssä tarkoitettuja veroja ja maksuja viideltä kuukaudelta n. 5 mmk; tuona aikana yhtiö oli kuitenkin maksanut mm. aikaisemmin maksettavaksi erääntyneitä veroja ja maksuja yli 3 mmk. Verovelat olivat kuitenkin tekoaikana kasvaneet päinvastoin kuin yhtiön osto- ja muut velat, mikä viittasi hyötymistarkoituksen ole-

⁵⁸ KKO 2007:29 kohta 10.

⁵⁹ KKO 2007:29 kohta 11.

⁶⁰ KKO 2007:29 kohta 12. Ks. myös Virtanen 2007 s. 197, joka katsoi verorikkomuksessa maksukyvyttömyyden olevan kiinteässä yhteydessä hyötymistarkoitukseen ja rangaistavuuden kannalta olevan välttämätöntä tehdä kokonaisarviointi. – Ratkaisut KKO 2008:11–13 nähdäkseen osoittavat, ettei maksukyvyttömyyden ja hyötymistarkoituksen välillä ole kiinteää yhteyttä. Rangaistavuus on riippuvainen maksukyvyttömyyden ja hyötymistarkoituksen kokonaisvaltaisesta arvioinnista, jossa maksukyvyttömyyttä ja hyötymistarkoitusta tarkastellaan kuitenkin toisistaan erillisinä; molempien osatekijöiden tulee täytyä toisistaan riippumatta.

⁶¹ Ks. KKO 2008:11 kohdat 4–8, KKO 2008:12 kohdat 5–7 ja KKO 2008:13 kohdat 5–9.

massaoloon.⁶² Toisaalta KKO katsoi yhtiön taloudellisten vaikeuksien johtuneen kertaluontoisesta, lähinnä yritysjohton arviointivirheeksi luonnehdittavasta seikasta eli yrityskaupasta ja siihen liittyneestä työllistämisehdosta. Yhtiön toiminnan perusedellytykset (tilauskanta) olivat kuitenkin kunnossa.⁶³ Yhtiö oli myös ollut aktiivisesti yhteydessä rahoittajiin ja verottajaan, jonka kanssa se oli tehnyt maksusuunnitelman noudattaen tehtyä maksusuunnitelmaa siinä määrin, että työntekijöiden palkanmaksua oli laiminlyöty. Tämän jälkeen yhtiö hakeutui yrityssaneeraukseen.⁶⁴ KKO katsoi, että huolimatta siitä, että verottaja oli asetettu jossain määrin muita velkojia huonompaan asemaan, verorikkomuksen hyötymistarkoitusta ei ollut⁶⁵. Tässä punninnassa näyttää olleen keskeistä se, että taloudellisten vaikeuksien takana ei ollut epärehellinen toiminta ja verovelvollinen toimi avoimesti verottajan suuntaan pyrkien täyttämään maksusuunnitelman velvoitteet. Lisäksi maksulaiminlyöntien ajallinen kesto oli kuitenkin varsin lyhyt ottaen huomioon erityisesti rahoitusneuvotteluihin ja yrityssaneerauksen valmisteluun tarvittu aika. Kokonaisuarkinnan perusteella syyte hylättiin hyötymistarkoituksen puuttumisen vuoksi. Yhtiö ei tullut missään vaiheessa syytteessä kuvattuna aikana verorikkomuksessa tarkoitettulla tavalla maksukyvyttömäksi, vaikka se hakeutuikin yrityssaneeraukseen⁶⁶.

Kannattamattoman liiketoiminnan lopettamiseen liittyneessä tapauksessa KKO 2008:13 syyte ja vahingonkorvausvaatimukset hylättiin hyötymistarkoituksen puuttumisen ja osin myös maksukyvyttömyyden vuoksi. Tapauksessa yhtiö oli jättänyt maksamatta yhtäjaksoisesti neljän kuukauden ajalta RL 29:4:ssä tarkoitettuja veroja ja maksuja, sen jälkeen maksanut ko. maksut kahdelta kuukaudelta ja jälleen laiminlyönyt kolmen kuukauden (huhti–kesäkuu 2003) suoritukset⁶⁷. Käytännössä kesäkuulta

⁶² KKO 2008:11 kohta 13 ja 15. – Ratkaisussa käytetty ilmaisu ”maksamatta jäänyt määrä eli 5.027.293 markkaa (845 530 euroa) on noin puolta suurempi kuin vastaavana aikana maksettu määrä” lienee tulkittava niin, että verovelkoja maksettiin ko. aikana yli 3 mmk.

⁶³ KKO 2008:11 kohta 14.

⁶⁴ KKO 2008:11 kohta 15. – Vertaa kuitenkin Eduskunnan vastaus 12.6.1990 hallituksen esitykseen 66/1988, jossa on katsottu, että maksukyvyttömyytenä pidetään esimerkiksi sellaista tilapäistä maksuvalmiuden häiriötä, jonka valitessa verovelvollinen ei mm. laiminlyömättä palkanmaksuveloitettaan voi suoriutua veron maksusta. KKO ei siis antanut maksukyvyttömyyden arvioinnissa merkitystä palkanmaksulaiminlyönneille.

⁶⁵ KKO 2008:11 kohta 16.

⁶⁶ KKO 2008:11 kohta 8.

⁶⁷ KKO 2008:13 kohta 14. – KKO:n tuomiossa todetaan, että huhti- ja toukokuussa yhtiö oli maksanut oma-aloitteisesti suoritettavat verot ja maksut. Arvonlisäveron ja työnantajamaksujen tilitysaikataulut menevät niin, että huhti–toukokuussa suoritetaan maalis-huhtikuun työnantajamaksut ja helmi-maaliskuun arvonlisäverot. Näin ollen huolimatta huhti–toukokuun suorituksista tilitettäviä arvonlisäveroja ja työnantajamaksuja oli kertynyt mm. huhti–kesäkuulta 2003 siten, että kesä–elokuussa 2003 yhtiön piti vielä suorittaa RL

2003 kertynyt arvonlisävero piti maksaa 15.8.2003, mistä syystä syytteen tekoaika ulottui kyseiseen päivään saakka. Yhtiö oli lopettanut toimintansa 4.6.2003, jonka jälkeen se oli maksanut tilille tulleilla suorituksilla velkojaan sekä yhtiön johtajien määriltään kohtuullisia eräänntyneitä palkkoja⁶⁸. Konkurssiin yhtiö asetettiin 8.10.2003⁶⁹. Yhtiön taloudelliset vaikeudet olivat alkaneet jo aikaisemmin joulukuussa 2002 johtuen mm. siitä, että yhtiön kannalta merkittävä asiakas oli lopettanut asiakassuhteensa. Asiakassuhteen päättymisen jälkeen kuljetusalalla toiminut yhtiö oli maksanut mm. polttoaine- sekä yhtiön ainoan kuorma-auton korjaus- ja muutostöihin liittyneitä laskuja.⁷⁰ Tämän jälkeen myös edellisen asiakkaan tilalle tullut toinen yhtiön asiakas oli irtisanonut kuljetussopimuksen, jonka jälkeen liiketoiminta sitten lopetettiin⁷¹.

Maksukyvyttömyyden osalta KKO totesi, ettei yhtiö ollut verorikkomuksessa tarkoitettulla tavalla maksukyvytön joulukuun 2002 ja 4.6.2003 välisenä aikana taloudellisista vaikeuksista huolimatta, sillä yhtiö oli maksanut polttoainetoimittajan ja kuorma-auton korjauslaskuja rahoittaen nämä maksut merkittävältä osin RL 29:4:ssä tarkoitettuja veroja ja maksuja laiminlyömällä⁷². Tämä arviointi on yhdenmukainen aikaisempien KKO:n verorikkomusratkaisujen kanssa. Sitä vastoin 4.6.2003 jälkeen tapahtuneet maksulaiminlyönnit johtuivat KKO:n mukaan RL 29:4:ssä tarkoitettusta maksukyvyttömyydestä, vaikka yhtiön tilille oli tullut 4.6.2003 jälkeenkin liiketoiminnan lopettamisesta huolimatta suorituksia vielä n. 19.000 euroa⁷³. KKO antoi tässä maksukyvyttömyysarvioinnissa painoarvoa sille, että syytteessä tarkoitettujen verojen ja maksujen eräpäivinä 4.6.2003 jälkeen yhtiön tilillä ei ollut rahaa niiden suorittamiseksi, kun tuon ajankohdan jälkeen tulleet suoritukset oli käytetty yhtiön velkojen ja mm. palkkojen maksuun. KKO totesi kuitenkin, ettei asiassa edes väitetty varojen tililtä puuttumisen johtuneen velkojen yhdenvertaisuutta loukkaavista järjestelyistä⁷⁴. Tältä osin tapahtumien ero verrattuna ratkaisuun KKO 2004:46 selviää paremmin jutun kirjallisista todisteista: yhtiöllä oli luotollinen shekkitili, joka oli lähes koko ajan negatiivinen ollen ainoastaan muutamina päivinä positiivinen muutamien satojen eurojen verran. Sitä mukaa kun yhtiölle tuli varoja, ne käytettiin eräänntyneiden velvoitteiden hoitamiseen. Luottolimiitti ei olisi kattanut

29:4:ssä tarkoitettuja maksuja kesäkuun alussa tapahtuneesta liiketoiminnan päättymisestä huolimatta.

⁶⁸ KKO 2008:13 kohta 8.

⁶⁹ KKO 2008:13 kohta 1.

⁷⁰ KKO 2008:13 kohta 7; ks. myös seloste alempien oikeuksien ratkaisusta.

⁷¹ KKO 2008:13 kohta 8; ks. myös seloste alempien oikeuksien ratkaisusta.

⁷² KKO 2008:13 kohta 7.

⁷³ KKO 2008:13 kohta 8.

⁷⁴ KKO 2008:13 kohdat 8–9.

kuin pienen osan verovelosta, vaikka sen määrä olisi täysimääräisesti käytetty verottajan hyväksi.⁷⁵ Näissä olosuhteissa yhtiön katsomista verorikkomuksessa tarkoitettulla tavalla maksukyvyttömäksi 4.6.2003 jälkeen voidaan pitää perusteltuna: tiliotteiden perusteella ei synny vaikutelmaa, että luotollista shekkitiliä olisi käytetty keinotekoisesti hyväksi ohjaamalla maksuja muille velkojille kuin verottajalle.

KKO arvioi erikseen vahingonkorvauskysymyksen kannalta hyöty-
mistarkoituksen täyttymistä ennen liiketoiminnan päättymistä 4.6.2003,
vaikka teko olikin jo maksukyvyttömyyden vuoksi rikosoikeudellisesti
vanhentunut. KKO kiinnitti huomiota siihen, että joulukuun 2002 ja
maaliskuun 2003 välisenä aikana erääntyneet neljän kuukauden verot
ja maksut olivat yhteensä n. 10.000 euroa. Toisaalta tämän jälkeen kah-
delta kuukaudesta oli maksettu verot oikea-aikaisesti täysimääräisinä,
minkä lisäksi yhtiö oli maksanut myös vanhoja verovelkojaan siten,
että kaikkiaan verottajalle oli suoritettu joulukuun 2002 ja kesäkuun
2003 välisenä aikana yli 16.000 euroa.⁷⁶ KKO:n mukaan oli mahdol-
lista, että yhtiö maksoi RL 29:4:ssä tarkoitettuja veroja ja maksuja
kyseisenä aikana jopa enemmän kuin mitä vastaavana aikana kertyi
maksettavaksi⁷⁷. Kun oli mahdollista, että verottajan saamiset olisivat
tulleet maksetuiksi täysimääräisesti 10.12.2002–4.6.2003 välisenä ai-
kana, mikäli ne olisi kohdennettu vanhojen verovelkojen sijasta tuona
aikana normaalisti erääntyviin veroihin ja työnantajamaksuihin, asiassa
ei kokonaisharkinnakaan perusteella ollut hyötymistarkoitusta. Tuossa
kokonaisharkinnassa otettiin huomioon taloudellisten vaikeuksien syyt,
yhteistoiminta verottajan kanssa, veroihin käytettyjen maksujen määrä
suhteessa muiden velkojien saamiin maksuihin ja myös yhtiön ilmei-
nen tarkoitus suoriutua kaikista velvoitteistaan⁷⁸. KKO:n ratkaisusta ei
suoraan ilmene, mihin tällä ”ilmeisellä tarkoituksella suoriutua kaikista
velvoitteista” viitataan, kun yhtiö ei esimerkiksi ollut hakeutunut yri-
tyssaneeraukseen vaan päätenyt lopettamaan liiketoiminnan 4.6.2003.
Alempien oikeuksien ratkaisuselosteesta on kuitenkin pääteltävissä,
että sen jälkeen kun yhtiön merkittävä asiakas oli irtisanonut kuljetus-
sopimuksen ja taloudelliset vaikeudet olivat alkaneet joulukuussa 2002,
yhtiö oli kevättalvella 2003 solminut uuden kuljetussopimuksen, minkä
turvin se oli pystynyt maksamaan veroja sekä lyhentämään vanhoja
verovelkoja verottajan eduksi voimakkaasti etupainotteisen 9.4.2003

⁷⁵ X Oy:n tiliotteet 31.5.2003–29.8.2003 (etptk. 6200/R/3311/03, liite 4 s. 85–92; KKO.A.)

⁷⁶ KKO 2008:13 kohta 14.

⁷⁷ KKO 2008:13 kohta 15. – Verovelvollisen maksaessa vanhoja verovelkojaan maksut saattavat koskea paitsi RL 29:4:ssä tarkoitettuja veroja ja työnantajasuorituksia, myös muita veroja (kuten esimerkiksi tulovero), jotka eivät kuulu RL 29:4:n soveltamisalan piiriin. Maksujen kohdentumista näihin muihin veroihin ei välttämättä tuoda verorikkomusprosesseissa esiin, vaan argumentointi keskittyy maksamatta jääneisiin RL 29:4:ssä mainittujen verojen ja maksujen laiminlyönteihin.

⁷⁸ KKO 2008:13 kohta 15.

laaditun maksusuunnitelman perusteella. Liiketoiminta oli lopetettu vasta sitten, kun uusikin asiakas irtisanoi liikesuhteen.

Ratkaisu KKO 2008:13 tuo esiin verorikkomuksen ”kohdentamisongelman”, joka helposti ohjaa rikosoikeudellisesti merkityksellisten faktojen tarkastelua väärään ajanjaksoon. Voidaan varsin perustellusti todeta, ettei tapauksessa ajalla 10.12.2002–4.6.2003 verottajaa kohdeltu epäasiallisesti, mikäli tuona aikana verottajalle maksettiin jopa enemmän kuin mikä lainmukainen ”normaali” tilitysvelvollisuus olisi ollut ja jos verottajan saama suhteellinen osuus kaikista maksuista ei poikennut merkittävästi muiden velkojien saamista maksuista. Maksut vain kohdennettiin tuona aikana etupäässä vanhoihin verovelkoihin, mistä syystä laiminlyödyiksi kirjattiin kyseisen ajan verot ja maksut. Tämä avaa kysymyksen siitä, onko verovelvollinen sitten syyllistynyt verorikkomukseen mahdollisesti joskus aikaisemmin, kun verovelat ovat syntyneet. Näin voi hyvinkin olla esimerkiksi tilanteessa, jossa verovelvollinen velkaantuu vain verottajalle mutta huolehtii muista velvoitteistaan ajallaan. Toisaalta verovelvollinen voi velkaantua paitsi verottajan suuntaan myös yhtä lailla tasapuolisesti muiden velkojien suuntaan, jolloin velkojen syntyhetkellä verorikkomuksen tunnusmerkistö ei välttämättä täyty. Oma kysymyksensä on se, voidaanko tekoa arvioida verorikkomuksena, jos tällä tavoin ”tasapuolisesti velkaantunut” verovelvollinen maksaa uudet erääntyvät verot ja muiden velkojien saamiset pois saatuaan rahoituksensa uudelleen kuntoon, mutta laiminlyö vanhojen verovelkojen suorittamisen rikkoen tässä suhteessa velkojien yhdenvertaisuuden periaatetta. Asianosaisten vaatimukset ja todistelu kohdistuvat luonnollisesti vain syytteessä kuvattuun ajanjaksoon, joten mikäli hyötymistarkoitus jää tältä ajalta näyttämättä, tuomioistuimella ei ole mahdollisuutta ottaa kantaa esim. vahingonkorvauserusteen olemassaoloon muun ajanjakson perusteella.

Verorikkomuksessa esiintyy varsin usein myös toisenlainen ”kohdentamisongelman” johtuen siitä, että erityisesti arvonlisäverojen maksuvelvollisuus on pääsääntöisesti vasta n. 1,5 kuukauden päästä verovelvollisuuden perustana olevasta kohdekuukaudesta⁷⁹. Esimerkiksi arvonlisäverojen laiminlyöntitilanteessa syytteessä tekoajaksi on saatettu merkitä 15.8.2000–15.2.2001, jotka ovat olleet kesä–joulukuulta 2000 suoritettavien arvonlisäverojen maksupäivät. Voi esiintyä tilanteita, joissa verovelvollinen on esimerkiksi 30.6.2000 ja 31.7.2000 maksanut huomattavan määrän esimerkiksi vanhoja verovelkojaan kesä–heinäkuun myynneistä kassaan tulleilla varoillaan; nämä samat myynnit toimivat kuitenkin perustana elo–

⁷⁹ Kysymys on nähdäkseni siis suorite- ja maksuperusteisen ajattelutavan yhteensovittamisongelmasta.

syyskuussa suoritettavan arvonlisäveron määrää laskettaessa. Voidaan kysyä, mikä merkitys rikosoikeudellisessa arvioinnissa näillä rikoksen tekoajan ulkopuolisilla maksuilla on silloin, jos maksut verottajalle on kuitenkin tosiasiallisesti tehty niillä samoilla ”läpikulkuvaroilla”, joiden tilitysvollisuuden laiminlyömisestä (=verorikkomuksesta) säännönmukaisen verojen maksun yhteydessä verovelvollista syytetään. Nähdäkseni ei voida pitää perusteltuna, että rikosoikeudellisessa arvioinnissa, jossa tyypillisesti arvioidaan tilanteita kokonaisuutena, jätettäisiin tällaiset maksut huomiotta vastaajan vahingoksi. Toisaalta tällainen laaja tarkastelutapa ei välttämättä ole aina vastaajalle edullista.⁸⁰ Samanlainen vastaajalle vahingollisempi seikka ”kohdentumisongelman” arvioinnissa voi olla esimerkiksi se, että yllä kuvatussa esimerkissä otettaisiin huomioon myös vastaajan kannalta negatiiviset faktaseikat kuten esimerkiksi vastaajan 25.6. ja 12.7.2000 tekemät verovelkoihin nähden huomattavat ennenaikaiset velkojen maksut lähipiiriyhtiölle. Tilanteen kokonaisarvioinnissa tällaisiakaan vastaajalle vahingollisia maksuja ei voitane jättää huomiotta, jos syytteessä kuvattujen maksupäivien sijasta asiaa tarkastellaan laajemmin suoriteperusteisten ajankohtien mukaisesti.

Ratkaisun KKO 2008:13 perusteluista nähdäkseni heijastuu se, että tapauksessa on ollut kyse tyypillisestä epäonnistuneen pienyrityksen lopettamistilanteesta, jonka taustalla ei ole ollut sinänsä epärehellistä toimintaa, vaan taloudelliset vaikeudet ovat johtuneet ulkopuolisista syistä eli pääasiakkaan menettämisestä. Liiketoimintaa on yritetty sopeuttaa uuteen tilanteeseen ja samalla yhtiö on laiminlyönyt RL 29:4:ssä tarkoitettujen verojen ja maksujen suorittamisen. Kun uusi pääasiakas sitten irtisanoi sopimussuhteen, yritys ajettiin alas, jolloin varat eivät riittäneet kaikkiin veroihin ja maksuihin. Tapauksessa syytteen hylkäävää ratkaisua voidaan mielestäni pitää tapauksen olosuhteet kokonaisuutena huomioon ottaen oikeudenmukaisena – tällaisen lopputuloksen perusteleva ei ole kui-

⁸⁰ Esimerkiksi tapauksessa KKO 2008:13 verrattiin verottajalle suoritettuja maksuja teonkuvausta suppeammin ajalla 10.12.2002–4.6.2003, joiden yhteismäärä oli n. 16.000 euroa samana aikana laiminlyötyjen maksujen (yhteensä n. 10.000 euroa) määrään, jolloin todettiin, että maksettujen verojen määrä oli jopa suurempi kuin laiminlyötyjen verojen määrä (kohdat 14–15). Mikäli suoritettujen maksujen ja laiminlyöntien tarkastelujaksoksi olisi otettu koko syytteessä mainittu aika 10.12.2002–15.8.2003, maksettujen verojen määrä n. 16.000 euroa olisi ollut pienempi kuin samana aikana laiminlyötyjen verojen määrä n. 19.000 euroa. Tässä jälkimmäisessä vertailutilanteessa hyötymistarkoituksen puuttumisen perusteleva olisi ehkä näyttäytynyt vaikeampana. Nyt hyötymistarkoituksen arvioinnin osalta tämä 4.6.2003 jälkeinen ajanjakso voitiin KKO:n ratkaisussa sivuuttaa, kun yhtiön todettiin olleen silloin jo maksukyvytön. Ratkaisusta voitaneenkin päätellä, että maksukyvyttömyyden arviointi on hyötymistarkoitukseen nähden ensisijaista. Tätä järjestystä voidaan pitää siinä mielessä perusteltuna, että maksukyvyttömyys on (verorikkomuksen erityisluonnekin huomioiden) kuitenkin objektiivisiin faktaseikkoihin perustuva tunnusmerkistötekijä kun taas hyötymistarkoitus kuvaa enemmän tekijänsä subjektiivista syyllisyyttä.

tenkaan aikaisempi ratkaisukäytäntö⁸¹ huomioiden yksinkertaista.

”Verorikkomustrilogian” ratkaisussa KKO 2008:12 on tuotu esiin niitä kriteerejä, joilla syyksilukevan ratkaisun edellytykset ovat täyttyneet KKO:n linjan lievenemisestä huolimatta. Tapauksessa RL 29:4:ssä tarkoitettujen verojen ja maksujen laiminlyönnit olivat kestäneet kokonaisuudessaan n. 1,5 vuotta⁸². KKO katsoi maksulaiminlyöntien ajallisen pituuden osoittavan, etteivät laiminlyönnit johtuneet maksukyvyttömyydestä, kun samanaikaisesti oli maksettu muita velkoja⁸³.

Ratkaisussa todettiin hyötymistarkoituksen osalta, että lähtökohtaisesti hyötymistarkoitus on täyttynyt, kun yhtiö on käyttänyt RL 29:4:ssä tarkoitettujen verojen ja maksujen suorittamiseen tarvittavia varoja liiketoimintansa jatkamiseen⁸⁴. KKO arvioi kuitenkin hyötymistarkoitusta kuitenkin myös siltä kannalta, ettei verottajaa kohdeltu tasapuolisesti suhteessa muihin velkoihin. KKO totesi, että kun aikavälillä 31.3.2001–30.10.2002 RL 29:4:ssä tarkoitettujen verovelkojen määrä oli noussut n. 50.000 eurosta n. 90.000 euroon (eli kasvanut lähes kaksinkertaiseksi) ja samanaikaisesti ostovelat olivat pienentyneet n. 170.000 eurosta n. 130.000 euroon (laskeneet n. neljänneksen) ja rahoituslaitosvelat n. 18.000 eurosta n. 4.500 euroon (laskeneet n. kolme neljänestä), osoittavat nämä seikat liiketoiminnan jatkumista hyötymistarkoituksessa veronsaajan kustannuksella⁸⁵. Toisaalta asiassa ilmeni, että yhtiö oli tehnyt maaliskuussa 2002 verottajan kanssa maksusopimuksen verovelosta; tätä ei kuitenkaan pystytty noudattamaan ja se oli irtisanottu heinäkuussa 2002⁸⁶. Elokuussa 2002 yhtiö haki yrityssaneerausta ja lokaan lopussa 2002 yhtiö asetettiin omasta hakemuksestaan konkurssiin⁸⁷.

⁸¹ Vrt. erityisesti tapaus KKO 1996:35, jossa ainakaan julkaistusta ratkaisusta ei ilmene, että liiketoiminnan taustalla olisi ollut epäiltävissä muuta epärehellistä toimintaa. Ratkaisussa KKO 1996:35 RL 29:4:ssä tarkoitettujen verojen ja maksujen suorittamisessa oli kuitenkin ollut ongelmia lähes vuoden ajan, mikä on merkittävästi pidempi aika kuin tapauksessa KKO 2008:13. Kuitenkin myös ratkaisussa KKO 1996:35 syyte koski lopulta viideltä kuukaudelta maksamatta jääneitä veroja ja maksuja. Ottaen huomioon myös se seikka, ettei tapauksessa KKO 1996:35 rikoksen tekoaikana yrityssaneerausmenettely ollut mahdollista, jolloin mahdollinen yritystoiminnan tervehtyttäminen on jouduttu tekemään normaalin liiketoiminnan yhteydessä ilman mahdollisuutta saada yrityksen toiminnalle ”rauhotusaikaa” kaikilta velkojilta, tuossa tapauksessa valittu tulkintalinja on ollut niin tiukka, että nähdäkseni tätä linjaa seuraten myös jutussa KKO 2008:13 olisi ollut edellytyksiä syyksilukevaan ratkaisuun.

⁸² Tarkalleen ottaen maksulaiminlyönnit ajoittuivat 1 v 9 kk:n pituiselle ajanjaksolle siten, että ennakonpidätykset laiminlyötiin 17 kk:n ajalta, sosiaaliturvamaksut 10 kk:n ajalta ja ALV:t 11 kk:n ajalta. Esimerkiksi ALV:n ja sosiaaliturvamaksujen maksamisessa oli välillä 5 kk:n ”rikkeetön” ajanjakso, mutta ko. aikana jätettiin ennakonpidätyksiä osin suorittamatta.

⁸³ KKO 2008:12 kohta 7.

⁸⁴ KKO 2008:12 kohta 10.

⁸⁵ KKO 2008:12 kohta 11.

⁸⁶ KKO 2008:12 kohta 12, ks. myös ratkaisuselosteen HO:ta koskeva osuus.

⁸⁷ KKO 2008:12 kohta 1.

KKO katsoi, että vaikka verovelvollisella oli ilmeinen pyrkimys selviytyä kaikista yhtiön velvoitteista ja verottajan kanssa oli tehty maksusopimus, laiminlyöntien pitkä kesto sekä tänä aikana tapahtunut verottajan aseman suhteellinen heikkeneminen huomioon ottaen RL 29:4:ssä tarkoitettujen verojen ja maksujen laiminlyönti oli tapahtunut hyötymistarkoituksessa⁸⁸. Huomionarvoista on kuitenkin myös, että HO:n ratkaisuselostuksen mukaan maksujen laiminlyöntiaikana huomattava osa verottajan saamisista oli suoritettu, vastaaja A:n saamat taloudelliset etuudet yhtiöstä olivat vähäisiä ja yhtiön toiminnassa ei ollut ilmennyt väärinkäytöksiä esimerkiksi epäasiallisen varojen siirtelyn tai liikekumppanin suosimisen merkityksessä⁸⁹.

Jutussa on ollut KKO:n näkemyksen mukaan eri näkökohtia puoltavia seikkoja, joten hyötymistarkoituksen arviointi on tässä tapauksessa ollut kokonaisuutena tarkentavaa. Kun laiminlyönnit olivat kestäneet huomattavan pitkään ja verottajaa oli kohdeltu huonommin kuin muita velkojia, rangaistavuuden edellytykset täytyivät, vaikka tässäkin tapauksessa näyttäisi tuomioiden perusteella olevan pikemminkin kyse epäonnistuneesta yritystoiminnasta kuin suoranaisestä suunnitelmallisesta talousrikollisuudesta. Tämä näkyi myös rangaistuksen määrässä⁹⁰.

Tapauksesta KKO 2008:12 ilmenee hyötymistarkoitusta koskevan näytön arviointiin liittyvä tyypillinen ongelma: Verovelvollisen taloudellista tilannetta kuvaava informaatio ei useinkaan ajoitu samalle ajanjaksolle kuin syytteessä kuvattu tekoaika. Tapauksessa verrattiin verovelkojen kehitystä suhteessa muihin velkoihin ajalla 31.3.2001–30.10.2002, kun taas syytteessä kuvattu tekoaika oli 15.1.2001–15.8.2002. Tässä tapauksessa syyte koski verojen ja maksujen laiminlyömistä n. 70.000 euron määrässä, kun konkurssiin asettamishetkellä RL 29:4:ssä tarkoitettujen verojen ja maksujen määrä oli KKO:n mukaan ainakin n. 90.000 euroa⁹¹. RL 29:4:ssä tarkoitettujen verojen ja maksujen ero syytteessä sekä konkurssiin asettamishetkellä saattaisi johtua esimerkiksi siitä, että osa konkurssin asettamishetken veroista ja maksuista olisi arvioveroja⁹². Kun RL 29:4:ssä tarkoitettujen verojen määrä oli jo 31.3.2002 n. 70.000 euroa⁹³ vastaten suunnilleen syytteessä kuvattua määrää, saattaa olla mahdollista, ettei re-

⁸⁸ KKO 2008:12 kohdat 15–16.

⁸⁹ KKO 2008:12 HO:n tuomion ratkaisuselostus.

⁹⁰ KKO 2008:12 kohta 18.

⁹¹ KKO 2008:12 kohta 1 ja 11.

⁹² Tätä seikkaa vastaan puhuu tosin se, että HO:n tuomiosta ilmenee väliaikaisen pesänhoitajan muistioon kirjattu verovelkojen määrä 120.000 euroa. Väliaikaisen pesänhoitajan muistio sisältää tyypillisesti myös muita kuin RL 29:4:ssä tarkoitettuja veroja (kuten tuloveroja) ja toisaalta esim. arvioituja arvonlisäveroja ja työnantajamaksuja, joilla ei kuitenkaan ole lopullista ratkaisua tehtäessä relevanssia.

⁹³ KKO 2008:12 kohta 11.

levanttien verojen määrä olisi tuon ajanjakson jälkeen juurikaan kasvanut, vaan vanhoja verovelkoja on maksettu 31.3.2002 jälkeen yhtä paljon pois kuin uusia verovelkoja on kertynyt⁹⁴. Tiettyä näytöllistä epävarmuutta voi aiheutua myös siitä, ettei KKO:n ratkaisusta ilmene, miten verovelkojen määrä on kehittynyt suhteessa muihin velkoihin ajalla 15.1.–31.3.2001. Kun syytteessä mainittujen laiminlyötyjen verojen kokonaismäärä n. 70.000 euroa on kuitenkin rahamääräisesti suunnilleen samaa suuruusluokkaa kuin osto- ja rahalaitosvelkojen väheneminen (yhteensä n. 57.000 euroa) ajanjaksolla, joka hyvin läheisesti vastaa rikoksen tekoaikaa, on tietystä näytöllisestä epävarmuudesta huolimatta nähdäkseni selvää, että KKO:n toteamalla tavalla verottaja on asetettu muita velkoja huonompaan asemaan: rahat on allokoitu muiden velkojen maksuun samalla, kun verottajan saamia on laiminlyöty.

2.4 Ratkaisujen KKO 2007:29 sekä KKO 2008:11–13 merkitys verorikkomuksen rangaistavuuden arvioinnissa

2.4.1 Maksukyvyttömyyden ja hyötymistarkoituksen sisältö verorikkomuksessa

Maksukyvyttömyyttä arvioidaan ratkaisujen KKO 2007:29 ja KKO 2008:11–13 jälkeenkin verorikkomuksessa eri tavalla kuin esimerkiksi velallisen epärehellisyudessa. Näissä ratkaisuissa tämä poikkeava tulkintakäytäntö nimenomaisesti vahvistettiin⁹⁵. Erityisesti ratkaisussa KKO 2008:13 kuitenkin tuotiin esiin se, ettei maksukyvyttömyys verorikkomuksessa tarkoita täydellistä likvidien varojen puutetta, mikä johtopäätös voitaisiin esimerkiksi ratkaisun KKO 2004:46 perusteella tehdä⁹⁶. KKO:n ratkaisukäytännön perusteella voitaneenkin todeta, että maksukyvyttömyys ei ole verorikkomuksessa esimerkiksi pelkästään laskentatoimen metodein analysoitavissa oleva taloudellinen tilanne. Lisäksi on kiinnitettävä huomiota taloudellisen informaation ohella tekijän motiiveihin: tapauksessa KKO 2008:13 yhtiö sai verovelkojen määrään nähden huomattavia suorituksia myös 4.6.2003 jälkeen, mutta yhtiön katsottiin silti olevan maksukyvytön tuon ajankohdan jälkeen, kun vähäisten likvidien varojen käyttämisellä ei ollut asetettu verottajaa keinotekoisesti muita velkoja huonompaan

⁹⁴ Mikäli verovelkojen määrä on pysynyt samana, mutta varoja on kohdennettu muiden velkojen maksuun, verorikkomuksena näyttäisi tulevan rangaistavaksi myös ”velkojansuosiinan peilikuva”; ts. menettely, jossa yksi velkoja (verottaja) asetetaan muita huonompaan asemaan, vaikkei verovelkojen määrä sinänsä kasvaisikaan.

⁹⁵ Ks. KKO 2007:29 kohta 6, KKO 2008:11 kohta 5, KKO 2008:12 kohta 6 ja KKO 2008:13 kohta 6.

⁹⁶ Ks. Hakamies 2005 s. 252.

asemaan. Toisaalta ratkaisussa KKO 2004:46 mm. tosiasiaassa fiktiivisen kassan saldon nollaamiseen tähdänneet toimenpiteet otettiin huomioon yhtenä osoituksena maksukyvyystä, vaikka verovelvollinen ei missään tapauksessa ollut kyennyt pitkään aikaan suoriutumaan veroveloistaan⁹⁷. Tapauksen KKO 2004:46 olosuhteista on kuitenkin pääteltävissä, että tapauksessa saattoi olla kyse laajemmasta epärehellisestä liiketoiminnasta⁹⁸, kun taas tällaiseen viittaavia seikkoja ei jutussa KKO 2008:13 ilmennyt⁹⁹.

Maksukyvyttömyyttä onkin verorikkomuksessa nähdäkseni KKO:n ratkaisukäytännön perusteella arvioitava laajasti – harkinnassa on otettava huomioon kaikki yrityksen maksuvalmiuskykyyn vaikuttavat seikat. Jos toiminnassa ilmenee epärehelliseen liiketoimintaan viittaavia seikkoja, kuten ylisuuria varallisuuden siirtoja lähipiiriin tai liiketoiminnan harjoittamista pääasiallisesti verottajan ja mahdollisesti myös vakuutusyhtiöiden kustannuksella siten, että velkojen kasvaessa ylisuureksi yhtiö ajetaan konkurssiin ja samaa toimintaa jatketaan uudessa yrityksessä ”puhtaalta pöydältä”, ei maksukyvyttömyys vapauta rangaistusvastausta¹⁰⁰. Tällaisesta keinotekoisesta järjestelystä, joka voidaan ottaa maksukyvyttömyysarviointissa huomioon, voi olla kyse myös silloin, kun verovelvollinen järjestää pankkitilinsä tyhjäksi RL 29:4:ssä tarkoitettujen verojen ja maksujen eräpäivinä esim. maksamalla muita velkojaan ennen tätä pois¹⁰¹. Sitä vastoin jos kyse on siitä, että liiketoiminnan loppuvaiheessa varat eivät riitä kaikkien velkojen maksuun, voi verorikkomuksessa tarkoitettu maksukyvyttömyys täytyä. Tämän ajanjakson täytynee olla kuitenkin varsin lyhyt¹⁰² – vaikka verovelvollisen toiminnassa ei olisikaan viitteitä muusta edellä mainitusta epärehellisestä liiketoiminnasta, useiden kuukausien laiminlyönnit voivat vain hyvin poikkeuksellisissa tapauksissa johtua verorikkomuksessa tarkoitettua maksukyvyttömyydestä¹⁰³. Tästä syystä maksukyvyttömyys-

⁹⁷ Ks. KKO 2004:46 kohta 16 ja Hakamies 2005 s. 216–227.

⁹⁸ Hakamies 2005 s. 216–223.

⁹⁹ KKO 2008:13 kohta 9.

¹⁰⁰ Usein tällaiseen toimintaan voi liittyä myös muuta, ankarammin rangaistavaa rikollista toimintaa.

¹⁰¹ Ks. KKO 2008:13 kohta 9, jossa todetaan, ettei tapauksessa ilmennyt varojen puuttumisen eräpäivinä johtuneen velkojen yhdenvertaisuutta loukkaavista järjestelyistä.

¹⁰² Ks. KKO 2008:11 kohta 9, jossa yhtiön ei katsottu olleen verorikkomuksessa tarkoitettulla tavalla maksukyvytön marraskuussa 2000, vaikka yhtiön yrityssaneerausmenettely aloitettiin tammikuussa 2001. Toisaalta tapauksessa KKO 2007:29 kohta 12, jossa yhtiö katsottiin verot laiminlyödessään maksukyvyttömäksi, vaikka laiminlyönnit olivat kestäneet kahdeksan kuukautta ennen yrityssaneerauksen aloittamista.

¹⁰³ Tätä lyhyttä aikaa voidaan pitää sikäli ongelmallisena, että verottaja varsin usein suostuu vapaaehtoiseen maksujärjestelyihin, jolloin tilanne helposti pitkittyy. Näistä maksujärjestelyistä ei välttämättä aina laadita kovin tarkkaa kirjallista dokumentaatiota, joten myöhemmässä rikosoikeudenkäynnissä voi olla hankala vedota tällaisiin maksujärjestelyihin. Yrittäjä, joka sinnittelee pitkään uskoen liiketoimintansa tervehtymiseen voikin varsin helposti jäädä RL

kriteerillä ei nähdäkseni voida edelleen juurikaan erottaa katteettomaan optimismiin perustunutta epäonnistunutta yritystoimintaa yhteiskunnan kannalta moitittavasta epärehellisestä liiketoiminnasta.

Voidaan kuitenkin kysyä, onko maksukyvyttömyyden muusta lainsäädännöstä erilaiselle määrittelylle verorikkomuksessa mitään tarvetta: maksukyvyttömyys voitaisiin nähdä ratkaisun KKO 2004:46 vähemmistön kannan mukaisesti rangaistusvastuuta rajaavana vain silloin, kun maksukyvyttömyys on ollut motiivina verojen laiminlyönnille. Tätä motiiviperustaa voidaan sitten arvioida ratkaisuisissa KKO 2007:29 ja erityisesti KKO 2008:11–13 esitetyillä kriteereillä. Näissä ratkaisuisissa nostettiin hyötymistarkoituksen arviointi keskeiseksi kriteeriksi verorikkomuksen rangaistusvastuun täyttymisen kannalta. Tyypillisesti talousrikoksissa ja myös verorikkomuksessa hyötymistarkoitusta voidaan pitää vaatimuksena korotetusta tahallisuudesta¹⁰⁴, joskin tunnusmerkistöön kirjatulla hyötymistarkoitusedellytyksellä ei useinkaan ole rangaistavuuden alaa tosiasiallisesti rajoittavaa merkitystä¹⁰⁵. Tämä voi johtua siitä, että liiketoiminnassa on ”sisäänrakennettuna” hyötymistarkoitus. Rangaistavalle menettelylle on usein vaikea hahmottaa jotain tyypillisestä taloudellisesta toiminnasta erillistä hyötymistarkoitusta, kun taloudellista toimintaa ryhdytään harjoittamaan tavalla, joka täyttää tietyn rikoksen tunnusmerkistön¹⁰⁶. Myös verorikkomuksesta 1990-luvulla annetuissa ratkaisuisissa¹⁰⁷ lähdettiin siitä, että RL 29:4:ssä tarkoitettujen verojen ja maksujen laiminlyönti samalla kuin liiketoimintaa jatketaan täyttää hyötymistarkoituksen kriteerit. KKO:n ratkaisuisissa KKO 2008:11–13 tätä pidetään edelleen lähtökohtana¹⁰⁸. Verorikkomuksen hyötymistarkoituksessa on kuitenkin näiden ratkaisujen myötä elementti, joka korostaa ”hyötymistä erityisesti verottajan kustannuksella”. Hyötymistarkoituksen arvioinnin kannalta on siten merkityksellistä myös se, mitkä ovat velallisen taloudellisten vaikeuksien syyt, millaisessa yhteistoiminnassa verovelvol-

29:4:n maksukyvyttömyys-kriteerin soveltamisalan ulkopuolelle, jolloin jäljelle jää pelkkä hyötymistarkoituksen arviointi.

¹⁰⁴ Koponen 2004 s. 232–238, Sahavirta 2007 s. 224. Vaikka hyötymistarkoituksen onkin katsottu merkitsevän korotettua tahallisuusvaatimusta, sen ei kuitenkaan ole katsottu välttämättä merkitsevän suoraa tarkoitustahallisuutta (Koponen 2004 s. 233, Tapani 2010a s. 427).

¹⁰⁵ Tapani 2009 s. 179, Tapani 2010b s. 144–145.

¹⁰⁶ Esimerkiksi petoksessa tunnusmerkistön kannalta riittävää on liiketoimen toisen osapuolen erehdyttäminen ja siitä seuraava taloudellinen vahinko. Liiketoimeen ryhdytään normaalistikin siinä tarkoituksessa, että se tuottaa itselle hyötyä. Mikäli erehdyttäminen ja taloudellinen vahinko toiselle täyttyvät, ei enää tarvita muun erillisen hyödyn täyttymistä rikosvastuun edellytykseksi. Ks. hyötymistarkoituksesta petoksessa Tapani 2004a s. 225, jonka mukaan käytännössä hyötymistarkoituksella ei ole juurikaan rangaistusvastuuta rajoittavaa merkitystä.

¹⁰⁷ Ks. KKO 1994:67, KKO 1995:137 ja KKO 1996:35.

¹⁰⁸ Ks. KKO 2008:11 kohta 10, KKO 2008:12 kohta 8 ja KKO 2008:13 kohta 12.

linen on ollut verottajan kanssa sekä osoittaako verovelvollisen menettely ilmeistä tarkoitusta suoriutua kaikista velvoitteistaan. Nähdäkseni näiden edellä mainittujen kolmen kriteerin täyttymisen arvioinnissa on aiheellista olla kriittinen: ei ole mitenkään epätavallista, että velallinen ryhtyy omaa tai lähipiiriään parantaviin järjestelyihin sen jälkeen kun liiketoiminnan menestymisen mahdollisuudet näyttävät heikentyvän ulkoisten syiden, kuten tilauskannan heikkenemisen, vuoksi. Verovelvollinen voi olla hyvinkin aktiivisesti yhteydessä verottajaan ja tehdä uusia maksusuunnitelmia, mutta tosiasiaa kyse voi olla lisäajan ostamisesta. Se, millaisella näytöllä verovelvollisen ”ilmeinen tarkoitus suoriutua kaikista velvoitteistaan” osoitetaan, voi olla hyvin problemaattista: ainakin silloin, jos liiketoimintaa ollaan siirtämässä toiselle jatkajayhtiölle, tällaista tarkoitusta ei lähtökohtaisesti ole olemassa. Sitä vastoin hyväksyttävät liiketoiminnan tervehdyttämistoimet osoittavat tällaista tarkoitusta. Yrityssaneeraukseen ei välttämättä aina osoita pyrkimystä suoriutua kaikista velvoitteista, jos verovelvollinen on ennen yrityssaneerausmenettelyä ryhtynyt toimiin, joilla tiettyjen velkojien (esim. lähipiiri tai keskeiset rahoittajat ja tavarantoimittajat) asemaa parannetaan verottajaan nähden.

Ratkaisuissa KKO 2007:29 ja KKO 2008:11–13 keskeisin¹⁰⁹ hyötymistar-koituksen olemassaoloa kuvaava yksittäinen seikka on verottajan ja muiden velkojien saamien maksujen keskinäinen suhde syytteessä kuvattuna aikana eli velkojien yhdenvertaisuuden periaatteen noudattaminen. Yhdenvertaisuuden periaatteen noudattamisen arviointi perustuu velallisen taloudellisesta tilasta saatavilla olevaan informaatioon. Aikaisemmin olen jo kiinnittänyt huomiota siihen ongelmaan, ettei taloudellista tilannetta ole aina selvitetty syytteen kannalta relevantilta ajanjaksolta. Toisaalta ongelmallista voi olla myös se, miten valitaan ne relevantit taloudellista asemaa kuvaavat luvut, joiden valossa yhdenvertaisuuden periaatetta arvioidaan. Esimerkiksi ratkaisuissa KKO 2008:11 ja 2008:12 verrattiin verovelkoja osto- ja muihin velkoihin, kun taas KKO 2008:13 vertailukohtana oli yleisesti ”muut velat”¹¹⁰. Mikäli verovelat kasvavat ja kaikki muut velat eri tavoin ryhmiteltynä vähenevät, on selvää, että verottajaa on kohdeltu muita velkojia huonommin¹¹¹. Yhdenvertaisuuden arviointi voi muodostua ongelmallisemmaksi silloin, jos esimerkiksi vero-, vakuutusmaksu- ja ostovelat kasvavat samassa suhteessa, mutta toisaalta esimerkiksi velat rahoituslaitoksille pienenevät¹¹². Toisaalta

¹⁰⁹ Ks. KKO 2007:29 kohta 12 ja erityisesti KKO 2008:11 kohta 12, KKO 2008:12 kohta 9, KKO 2008:13 kohta 13.

¹¹⁰ Tämä ilmaisu ”muut velat” yhtiön toiminnan laajuus huomioon ottaen tarkoittanee käytännössä ostovelkojen tyyppisiä eriä.

¹¹¹ Tällainen tilanne oli tapauksessa KKO 2008:12.

¹¹² Kysymys on tällöin siitä, onko verottaja asetettu muita velkojia heikompaan asemaan, jolloin sovellettaisiin verorikkomusta, vai onko yksi velkoja asetettu muita velkojia parem-

tietyt kirjanpidossa olevat erät, kuten ostovelat, voivat sisältää useita velkoja, jolloin välttämättä pelkkä kirjanpidollisen saldon tarkastelu ei anna oikeaa kuvaa: ostovelkojen kokonaismäärä voi kasvaa samassa suhteessa verovelkojen kanssa, mutta tosiasiasa verovelvollinen on esim. maksanut tavarantoimittajana olleen lähipiiriyrhtiönsä saamia pois samalla kuin se on velkaantunut vielä lisää muille tavarantoimittajille. Lähtökohtaisesti mikäli verovelvollisen toiminnassa on havaittavissa keinotekoisia järjestelyjä, joiden varjolla verottajan saamia on laiminlyöty, ei hyötymistarkoituksen ja maksukyvyyn puuttumiseen voine tehokkaasti vedota.

Maksukyvyttömyyttä ja hyötymistarkoitusta voidaan pitää verorikkomuksessa rangaistavuuden alaa rajaavina ”varoventtiileinä”. Niillä voidaan ehkäistä yksittäistapauksissa kohtuuttomat lopputulokset, kuten yrittäjän henkilökohtainen vahingonkorvausvastuu verovelosta tapauksissa, joissa normaali yritystoiminta epäonnistuu ulkoisista syistä ja kyse ei ole pidempiaikaisesta verojen maksun laiminlyönnistä. KKO:n ”verorikkomustrilogia” on luonut hyötymistarkoituksen arvioinnille faktaseikkoihin kiinnittyviä kriteerejä – tässä mielessä kysymys on tietyllä tapaa tahallisuusarvioinnin objektivisoitumisesta myös verorikkomuksessa¹¹³. Se, että hyötymistarkoituksen arvioinnissa keskeiseksi nousi nimenomaan velkojien yhdenvertaisuuden periaate, saattoi olla ennakoitavuuden kannalta ongelmallista: voitaisiin toki ajatella, että hyötymistarkoituksen kannalta systemaattisia näkökohtia¹¹⁴ merkityksellisempää saattaisi olla esim. yrityksen omistajan saaman palkan tai muun suoranaisen taloudellisen edun määrä verovelkojen maksamisen laiminlyönnin aikana. Tälle seikalle ei kuitenkaan ratkaisussa KKO 2008:12 annettu merkitystä¹¹⁵. Velkojien yhdenvertaisuusperiaatteen korostaminen sekä toisaalta maksulaiminlyöntien kestoa koskevat näkökohdat merkinnevät käytännössä sitä, että yrityksen on haettava riittävän ajoissa yrityssaneerausta. Ratkaisut KKO 2008:11–13 merkinnevät käytännössä myös esitutkinnan ja syyteharkinnan vaikeutumista verorikkomusjutuisa: niissä on hankittava yksityiskohtainen selvitys verottajalle ja muille velkojille suoritetuista maksuista suhteessa velkoihin.

paan asemaan, jolloin velkojansuosinnan tunnusmerkistö saattaisi tulla sovellettavaksi.

¹¹³ Tahallisuuden objektiivisesta ja subjektiivisesta arvioinnista talousrikoksissa ks. Koponen 2004 s. 278–281.

¹¹⁴ KKO on ratkaisuisaan KKO 2008:11–13 nimenomaisesti todennut, että verorikkomus-säännöstä tulkittaessa on otettava huomioon velkojien maksunsaantijärjestystä, konkurs-sia, takaisinsaantia ja velallisen rikoksia koskevasta lainsäädännöstä ilmenevä velkojien yhdenvertaisuuden periaate.

¹¹⁵ KKO ei lausu ratkaisussaan 2008:12 mitään A:n saamien palkkojen määrästä maksu-laiminlyöntien aikana. Ratkaisuselosteen mukaan HO katsoi, että ”A:n yhtiöltä saamien vähäisten etuuksien johdosta hänen ei voitu katsoa tavoitelleen hyötyä erityisesti itselleen”.

2.4.2 Verotilijärjestelmä: verorikkomuksen dekriminalisointi?

Pääsääntöisesti¹¹⁶ RL 29:4:ssä tarkoitettujen verojen ja maksujen ilmoitus- ja maksuvelvollisuus verottajalle on hoidettu 1.1.2010 alkaen verotilijärjestelmässä. Verotilijärjestelmässä verovelvollinen ilmoittaa yhdellä kausiveroilmoituksella kaikki verotilijärjestelmän piiriin kuuluvat verot ja maksut, minkä perusteella Verohallinto kirjaa maksuvelvoitteen määrän verolajeittain verotilille. Verotilijärjestelmässä verovelvollinen maksaa yhden summan pääsääntöisesti¹¹⁷ kuukauden 12. päivä Verohallinnon pankkitilille, minkä jälkeen verottaja kohdentaa maksut eri veroihin sekä esimerkiksi viivästyskorkoihin. Merkittävä muutos on se, että verovelvollisella ei ole verotilijärjestelmässä mahdollisuutta kohdentaa itse tekemäänsä maksua haluamiinsa verolajeihin tai kohdekuukausiin. Perintätoimenpiteet tapahtuvat kuitenkin verotililain 21 §:n¹¹⁸ johdosta verotilijärjestelmän ulkopuolella, jolloin verovelvollisella säilyy mahdollisuus rajoitetusti kohdentaa maksunsa ensisijaisesti esimerkiksi RL 29:4:ssä tarkoitettujen verojen maksuun.¹¹⁹

Verotilijärjestelmän ensimmäisen vaiheen tultua voimaan 1.1.2010 verovelvollisella on periaatteellinen mahdollisuus välttää rangaistusvastuu kohdentamalla maksut etupäässä RL 29:4:ssä tarkoitettujen verojen pääomiin¹²⁰.

¹¹⁶ RL 29:4:ssä tarkoitetuista veroista varainsiirtovero on toistaiseksi jätetty verotilijärjestelmän ulkopuolelle. Myös tuloverotukseen liittyvät ennakkoerot ovat tässä vaiheessa järjestelmän ulkopuolella. Verotilijärjestelmää on kuitenkin tarkoitus myöhemmin laajentaa myös näihin veroihin. HE 221/2008 s. 13–14. – Toisaalta verotilijärjestelmään kuuluu myös arpaisverolaki (Verotilil 1 §), joka ei ole mainittu RL 29:4:ssä.

¹¹⁷ Verotilijärjestelmässä pienyrityksillä on mahdollisuus hakeutua ns. pidennettyyn ilmoitus- ja maksujaksoon, mikäli aikaisempia laiminlyöntejä ei ole ollut. Sellaisen pienyrityksen, jonka liikevaihto on kalenterivuoden aikana enintään 25.000 euroa, on annettava ilmoitus ja maksettava oma-aloitteiset verot kerran kalenterivuodessa. Sellaisen pienyrityksen, jonka liikevaihto on kalenterivuoden aikana enintään 50.000 euroa, on täytettävä ilmoitus- ja maksuvelvollisuutensa neljännesvuosittain. Pienyritystä koskevasta poikkeavasta ilmoitusvelvollisuudesta on säädetty kunkin verolajin omassa lainsäädännössä, esimerkiksi arvonlisäveron osalta ALVL 162a:ssa.

¹¹⁸ Verotililaki 21 §:n mukaan Verohallinto merkitsee suorittamatta jääneet velvoitteet ja niistä vastuussa olevat verovelvollisen verotiliotteeseen tai verovelvolliselle toimitettavaan muuhun ilmoitukseen. Tiliotteeseen tai muuhun verovelvolliselle toimitettuun ilmoitukseen merkityt suorittamatta jääneet velvoitteet sekä niille lasketut veronlisäykset, viivästyskorkot ja veronkorotukset poistetaan verotililtä perintätoimia varten. Alle 10 euron suuruista velvoitetta ei poisteta verotililtä.

¹¹⁹ Verotilil 7 §, 12 §, 20 §, 21 §. HE 221/2008 s. 13–19.

¹²⁰ Verorikkomusjutuissa vaaditaan vahingonkorvauksena vain RL 29:4:ssä tarkoitettujen verojen ja maksujen pääomia, muttei niihin liittyviä veronkorotuksia tai muita hallinnollisia maksuseuraamuksia.

- Verotilijärjestelmän ensimmäisessä vaiheessa rajoitetun kohdentamismahdollisuuden merkitys rangaistusvastuuta poistavana tekijänä on käytännössä vähäinen, kun verotilijärjestelmän soveltamisalan piiriin kuuluu lähinnä RL 29:4:ssä tarkoitettuja veroja ja maksuja. Verotilijärjestelmään kuuluvien mutta RL 29:4:n soveltamisalan ulkopuolella olevien verojen ja maksujen osuus verojäämistä on n. yksi prosentti. HE 221/2008 s. 19.

Perintätoimien jääminen toistaiseksi verotilijärjestelmän ulkopuolelle sekä siihen liittyvä rajoitettu kohdentamismahdollisuus korostunevat erityisesti verotilijärjestelmän suunnitellussa toisessa vaiheessa, jossa verotilijärjestelmän piiriin on tarkoitettu sisällyttää laajemmassa mitassa myös muita kuin RL 29:4:ssä tarkoitettuja veroja ja maksuja¹²¹. Verorikkomussäännöksen uudelleenarvioinnin ennakoidaan olevan kuitenkin ajankohtainen siinä vaiheessa, kun verotilijärjestelmän käyttöönotto on laajentunut eikä kohdentamismahdollisuus ole enää käytettävissä. Vaihtoehtoina on ollut esimerkiksi rikosoikeudellistenkin seuraamusten laajentaminen kaikkiin verolajeihin kuitenkin siten, että seuraamukset koskisivat vain yrityksiä, joilta voidaan edellyttää korkeampaa tietotasoa ja velvoitteiden huolellista täyttämistä. Toisena vaihtoehtona on esillä ollut mm. perintätoimenpiteiden tehostaminen verorikkomussäännöksen korvaavana keinona.¹²²

Ruotsissa ennakonpidätyksen maksulaiminlyönti dekriminalisoitiin verotilijärjestelmään siirtymisen yhteydessä 1.11.1997¹²³. Verorikoksia koskevat kriminalisoinnit oli uudistettu kattavasti jo 1.7.1996 voimaan tulleella Skattebrottslagenin muutoksella¹²⁴ ja jo tuon uudistuksen yhteydessä keskusteltiin maksulaiminlyöntien dekriminalisoinnista. Rangaistavuuden poistamista puoltavina seikkoina tuotiin esiin mm. se, että kriminalisointi muistuttaa voimakkaasti tavallisen velan maksulaiminlyönnin kriminalisointia, jonka katsottiin olevan ruotsalaiselle oikeudelle vierasta jo 1800-luvulla. Kriminalisoinnin yleisestävän vaikutuksen katsottiin myös olevan varsin vähäinen. Yleisprevention katsottiin toteutuvan pikemminkin verovelvollisen edustajalle hallinnollisesti määrättävällä henkilökohtaisella velvollisuudella¹²⁵ korvata maksamatta jääneet ennakonpidätykset. Toisaalta erityisesti verohallinnon puolelta esitettiin epäilyjä pelkän hallinnollisen maksuseuraamuksen yleispreventiivistä vaikutusta vastaan varsinkin törkeimmissä tapauksissa. Kriminalisointia puoltavana seikkana nähtiin kuitenkin se, että ennakonpidätyksen maksamisen laiminlyönti on tietyllä

¹²¹ HE 221/2008:ssa on ennakoitu verotilijärjestelmän toisen vaiheen olevan käytössä aikaisintaan v. 2012 ja kolmannen vaiheen muutaman vuoden päästä edellisestä vaiheesta; kolmannessa vaiheessa myös perintäjärjestelmä ollaan uudistamassa. HE 221/2008 s. 13, 19.

¹²² HE 221/2008 s. 18–19.

¹²³ Ks. Dahlqvist 2003 s. 32.

¹²⁴ SFS 1996:658.

¹²⁵ Ks. Uppbördslag (SFS 1953:272) 77 §: ”En arbetsgivare som har gjort skatteavdrag men inte betalat in det innehållna beloppet i den tid och ordning, som föreskrivs i 52 och 53 §§, är ansvarig för beloppet. Sedan beslut om beloppets storlek har fattats får beloppet drivas in hos arbetsgivaren i den ordning som gäller för indrivning av skatt.” – Vastaavaa hallinnollista maksuvelvollisuutta ei ole voimassa Suomessa. Arvonlisäveron osalta ALVL 188 §:ssa on määräyksiä yhteisvastuullisesta maksuvelvollisuudesta (mm. yhtymään ja arvonlisäveroryhmään kuuluvat elinkeinonharjoittajat sekä avoimen yhtiön osakas ja kommandiittiyhtiön vastuunalainen yhtiömies).

tapaa rinnastettavissa kavallukseen: työnantaja on pidättänyt työntekijän palkasta työntekijälle kuuluvaa omaisuutta ja hän on valtiolle tilitysvollinen tästä omaisuudesta. Luonnollisesti myös koko ennakonpidätysjärjestelmän toimivuuden kannalta on tärkeää, että pidätetty vero suoritetaan valtiolle säädetyllä tavalla. Erityisesti verohallinnon vastustuksen vuoksi hallitus päätti olla esittämättä ennakonpidätyksen maksulaiminlyönnin dekriminalisointia verorikosten kokonaisuudistuksen yhteydessä, vaan mahdollinen dekriminalisointi jätettiin odottamaan suunnitteilla olevaa verotilijärjestelmää.¹²⁶

Ennakonpidätyksen maksulaiminlyönnin rangaistavuus päätettiin osin käytännön syistä poistaa siirryttäessä verotilijärjestelmään, jossa tietyn maksun kohdentaminen tiettyyn verolajiin ja -erään ei ollut enää mahdollista. Tuossa vaiheessa katsottiin myös, että hallinnollisesti määrättävä henkilökohtainen maksuvelvollisuus on preventiiviseltä kannalta riittävä. Lisäksi kiinnitettiin huomiota siihen, että usein niissä tapauksissa, joissa ennakonpidätykset jäävät suorittamatta, laiminlyödään myös ilmoitusvelvollisuus tai annetaan väärä tietoja ennakonpidätysten määrästä, mitkä menettelyt ovat jo muutoinkin rangaistavia. Myös syyttäjäviranomaiset halusivat kohdentaa resurssiaan vakavampiin rikoksiin.¹²⁷

Suomalaisessakaan verotilijärjestelmässä ”kavallustyyppiset” eli läpikulkuluonteisten verojen ja muiden maksujen tilittämättä jättäminen eivät liene tulevaisuudessa erotettavissa muun tyyppisten verojen maksulaiminlyönneistä. Verottajan aseman korostaminen laajentamalla maksulaiminlyöntien kriminalisointi koskemaan myös muun tyyppisiä veroja saattanee olla vaikeasti perusteltavissa, kun KKO:n ratkaisuisissa 2008:11–13 on varsin selkeästi korostettu verottajan saamisten yhdenvertaista asemaa muihin velkoihin nähden. Myös työeläkevakuutusmaksupetoksessa vakuutusmaksujen suorittamisen laiminlyönti on tarkoitettu soveltumaan ainoastaan ”kavallustyyppisiin” maksulaiminlyönnteihin eikä kategorisesti kaikkiin työeläkevakuutusmaksuihin¹²⁸. Verojärjestelmän toimivuuden turvaamiseksi lienee syytä harkita perintätoimenpiteiden tehostamisen ohella verovelvollisen edustajan henkilökohtaisen maksuvelvollisuuden järjestämistä hallinnollista tietä. Tärkeissä tapauksissa velallisen epäre-

¹²⁶ Prop. 1995/96:170 s. 125–130.

¹²⁷ Prop. 1996/97:100 s. 461–462. – Todettakoon, että Norjassa Ruotsia vastaavaan dekriminalisointiin ei ole ryhdytty. Ennakonpidätyksen toimittamisen laiminlyönti on edelleen rangaistavaa 1.1.2008 voimaan tulleen Skattebetalingslovenin 18 kap. 1 §:n nojalla (Lov av 17. juni 2005 nr 67 om betaling og innkreving av skatte- og avgiftskrav). Erillinen arvonsäveron suorittamisen laiminlyönti kuitenkin dekriminalisoitiin Norjassakin jo v. 1983. Verojen maksun laiminlyöntiin voidaan Norjassa soveltaa tietyissä tilanteissa kavallusta koskevia normeja. Niemi 1994 s. 28.

¹²⁸ Ks. RL 29:4a.1:n 3-kohta.

hellisyyden ”velvoitteiden perusteeton lisääminen” -tekotapaa (RL 39:1:n 4-kohta) voitaneen soveltaa nykyistä useammin, jolloin verottajan ohella myös muut velkojat pääsisivät rikosoikeudellisen suojan piiriin.

3 TYÖELÄKEVAKUUTUSMAKSUJEN TILITTÄMÄTTÄ JÄTTÄMINEN – VERORIKKOMUKSEN ”SISARKRIMINALISOINTI”?

3.1 Työeläkevakuutusmaksupetos osana velkojia suojaavaa normistoa

Yrityksen jätettyä maksukyvyttömyyden tai muun syyn vuoksi suorittamatta työntekijöidensä työeläkevakuutusmaksut saattaa menettely tulla arvioitavaksi työeläkevakuutusmaksupetoksena. RL 29:4a.1:n¹²⁹ 3-kohdan mukaan työeläkevakuutusmaksupetoksena rangaistaan menettely, jossa työnantaja jättää tilittämättä eläkevakuutuslaitokselle työntekijältä pidättämänsä osuuden työntekijän eläkevakuutusmaksusta¹³⁰. Tämän menettelyn tulee kuitenkin johtaa siihen, että sillä aiheutetaan työeläkevakuutusmaksun määräämättä jättäminen tai sen määrääminen liian alhaisena. Kuten veropetoksessa, myös tässä yritys rinnastetaan täytettyyn tekoon. Rikoslain säännökset työeläkevakuutusmaksupetoksista säädettiin 1.1.2007 voimaan tulleen työeläkelain uudistuksen yhteydessä, jossa yksityisten alojen palkansaajien työeläkkeitä koskevat säädökset yhdistettiin yhdeksi laiksi. Aikaisemmin

¹²⁹ RL 29:4a: Työeläkevakuutusmaksupetos: Työnantaja tai tämän edustaja, joka

1) laiminlyömällä työntekijän eläkelain (395/2006) mukaisen vakuuttamisvelvollisuuden tai muun työntekijän eläkelaisa tarkoitettun ilmoitusvelvollisuuden,

2) antamalla työntekijän eläkelain mukaista tehtävää hoitavalle työntekijän eläkelain mukaan tarvittavan, vakuutusmaksuun tai eläkkeistä aiheutuvien kulujen jakamiseen vaikuttavan tiedon virheellisenä tai kieltäytymällä antamasta tässä kohdassa mainittuja tietoja tai

3) jättämällä työntekijältä perimänsä työntekijän työeläkevakuutusmaksun tilittämättä työntekijän eläkelain mukaiselle eläkevakuutusta hoitavalle eläkelaitokselle

aiheuttaa tai yrittää aiheuttaa työeläkevakuutusmaksun määräämättä jättämisen, sen määräämisen liian alhaisena tai sen aiheettoman palauttamisen, on tuomittava *työeläkevakuutusmaksupetoksesta* sakkoon tai vankeuteen enintään kahdeksi vuodeksi.

Kun 1 momentissa tarkoitettu teko on kokonaisuutena arvostellen vähäinen, siitä voidaan jättää ilmoitus tekemättä, syyte ajamatta tai rangaistus tuomitsematta, jos vakuutusmaksun korotus harkitaan riittäväksi seuraamukseksi.

¹³⁰ Työeläkevakuutusmaksu koostuu työnantajan ja työntekijän maksusta. Työnantaja myös tilittää palkansaajalta tämän puolesta palkanmaksun yhteydessä perityt työeläkemaksut eläkevakuutuslaitokselle; tilitettävä määrä on riippuvainen maksettujen palkkojen rahamäärästä.

voimassa olleen työntekijäin eläkelain 17k §:ssä (646/2002)¹³¹ tahallinen vakuuttamisvelvollisuuden laiminlyönti, virheellisten tietojen antaminen, tietojen antamisen laiminlyönti, tietojen antamisesta kieltäytyminen tai vakuutusmaksun virheellinen pidättäminen oli määrätty sakolla rangaistavaksi, joten pelkkään työntekijältä pidätettyjen eläkevakuutusmaksujen suorittamiseen kohdistuva laiminlyönti oli kokonaan uusi kriminalisointi. Rikoksesta on säädetty myös törkeä tekemuoto¹³².

Hallituksen esityksessä (HE 45/2005) rikoslain työeläkevakuutusmaksupetosta on perusteltu varsin ylimalkaisesti toteamalla työeläketurvan järjestämisen olevan työnantajan lakisääteinen velvollisuus, jolla varmistetaan työntekijän toimeentulo mm. vanhuuden ja työkyvyttömyyden aikana – tähän nähden pelkkä sakkorangaistus katsottiin liian lieväksi sanktioksi¹³³. Lisäksi hallituksen esityksessä todettiin työeläkevakuutuksia koskevien väärinkäytösten liittyvän mahdollisesti järjestäytyneeseen talousrikollisuuteen sekä ankarien rangaistusten yleispreventiiviseen vaikutukseen¹³⁴. Muu normin yhteiskunnallisen merkityksen arviointi ja suhde muuhun rikoslainsäädäntöön jäi hallituksen esityksestä käytännössä puuttumaan¹³⁵. Hallituksen esityksessä ei myöskään käsitelty tunnusmerkistöön liittyviä tulkintakysymyksiä. Lakivaliokunta kritisoikin voimakkaasti hallituksen esityksen puutteellisuutta, muttei kuitenkaan vastustanut uuden rikostunnusmerkistön säätämistä¹³⁶. Lakivaliokunnan vähemmistö oli vieläkin kriittisempi kiinnittäen kriminalisoinnin yleisiä edellytyksiä koskevien puutteellisuuksien lisäksi huomiota siihen, ettei hallituksen esityksessä ollut kiinnitetty huomiota ensisijaiseen mahdollisuuteen soveltaa jo olemassa olevia rikostunnusmerkistöjä¹³⁷. Lakivaliokunnan vähemmistö olisikin hylännyt uuden kriminalisoinnin.

¹³¹ Lain 646/2002 esitöissä (HE 8/2002 s. 38) todettiin rangaistussäännösten olevan perusteltua työeläkejärjestelmän täytäntöönpanon kannalta. Rangaistussäännöstä ei tuossakaan yhteydessä perusteltu laajalti. TEL 17k:ssa kriminalisoidusta *työntekijäin eläkelain mukaisen työnantajavelvollisuuden rikkomisesta* oli seurauksena sakkorangaistus.

¹³² RL 29:4b; sitä vastoin muista petoskriminalisoinneista poiketen työeläkevakuutusmaksupetoksessa ei ole lievää tekemuotoa.

¹³³ HE 45/2005 s. 15.

¹³⁴ HE 45/2005 s. 109.

¹³⁵ HE:n perusteluja kriminalisoinnin tarpeesta on oikeuskirjallisuudessa hyvin kriittisesti kommentoinut Tapani 2006 erit. s. 208–213. Ks. myös Tapani 2007 s. 403–406. Myös professori Raimo Lahti esitti lakivaliokunnalle antamassaan lausunnossa kritiikkiä siitä, ettei HE 45/2005:ssä ole perusteltu kriminalisoinnin ja uuden sääntelyn tarvetta riittävästi ottaen huomioon mm. uuden sääntelyn ankara rangaistustaso, suhde muuhun rikoslainsäädäntöön sekä se seikka, että RL 29:4a:ssa työeläkevakuutusmaksuja suojataan lähtökohtaisesti jopa ankarammin kuin veroja. (Prof. Raimo Lahden asiantuntijalausunto Eduskunnan lakivaliokunnalle 15.9.2005.)

¹³⁶ LaVL 19/2005 s. 2.

¹³⁷ LaVL 19/2005 s. 4–5 (eriävä mielipide).

Työeläkevakuutusmaksupetos suojaa yksityisellä sektorilla toimivan työntekijän eläketurvaa. Tällaisen työntekijän eläkevakuuttaminen tapahtuu käytännössä useimmiten siten, että työnantaja hoitaa työntekijän eläkevakuuttamisen tekemällä sopimuksen eläkelaitoksen eli eläkevakuutusyhtiön kanssa. Eläkelaitos valvoo, että sen asiakkaana oleva työnantaja täyttää lain mukaiset ilmoittamis- ja vakuuttamisvelvoitteensa¹³⁸. Työnantajan ilmoitusvelvollisuus koskee työnantajan tunnistetietoja, työsuhteessa työskentelevien työntekijöidensä nimiä, henkilötunnuksia ja palkkatietoja¹³⁹, jotka työnantaja voi lähtökohtaisesti toimittaa eläkelaitokselle joko vuosittain vai kuukausittain¹⁴⁰. Vuosi-ilmoitusmenettelyä käyttävä työnantaja maksaa vakuutuskauden alussa eläkevakuutuslaitokselle ilmoitetun arvioidun palkkasumman perusteella ennakkomaksuja. Vuosi-ilmoituksen perusteella maksut sitten täsmätetään vastaamaan toteutunutta palkanmaksua.¹⁴¹ Kuukausi-ilmoitusmenettelyssä maksut ovat koko ajan riippuvaisia todellisuudessa maksettujen palkkojen määrästä.

Käytännössä RL 29:4a.1:n 3 kohdassa tarkoitettu tilitysvelvollisuuden laiminlyönti ei voine tulla rangaistavaksi itsenäisenä tekotapana ilman, että työnantaja laiminlyö vuosittaisen tai kuukausittaisen ilmoitusvelvollisuutensa joko antamalla vääriä tietoja tai jättämällä tiedot kokonaan antamatta. RL 29:4a edellyttää nimittäin seuraustunnusmerkistön täyttymistä eli eläkevakuutusmaksun määräämättä jättämistä tai sen määräämistä liian alhaisena¹⁴². Sinänsä työeläkevakuutusmaksuja ei normaalitapauksissa

¹³⁸ TyEL 187 §.

¹³⁹ TyEL 144 §.

¹⁴⁰ A työntekijäin eläkelain täytäntöönpanosta 3 §.

¹⁴¹ Jos vuosilaskelmassa hyvitetävät ennakkomaksut ovat suuremmat kuin lopullinen maksu, pienennetään seuraavia ennakkomaksueriä.

– Mikäli vuosi-ilmoitusmenettelyä käyttävä työnantaja on laiminlyönyt velvoitteitaan, työeläkevakuutusyhtiö voi velvoittaa vakuutus sopimuksen tehneen työnantajan antamaan TyEL 144 §:n mukaiset tiedot ja maksamaan ilmoitettuihin tietoihin perustuvan työeläkevakuutusmaksun kuukausittain (TyEL 146 §).

– Tilapäisen työnantajan ei tarvitse tehdä erillistä vakuutus sopimusta työeläkevakuutuslaitoksen kanssa, vaan hän maksaa vakuutusmaksut kuukausittain valitsemalleen eläkevakuutusyhtiölle palkanmaksua seuraavan kuukauden 20. päivään mennessä; tällöinkin työnantajan on ilmoitettava tunnistetietonsa, työntekijänsä nimi, henkilötunnus ja palkkatiedot valitsemaansa työeläkevakuutusyhtiöön ja maksettava ilmoitettuun palkkaan perustuva työeläkevakuutusmaksu palkanmaksukuukautta seuraavan kuukauden 20. päivään mennessä. Tilapäisenä työnantajana pidetään sellaista työnantajaa, jolla ei ole palveluksessaan vakituista henkilökuntaa ja jonka maksamat palkat puolen vuoden ajalta jäävät alle 6 000 euron (TyEL 147 §).

– Käytännössä työnantaja maksaa työeläkevakuutusmaksujen suorittamisen yhteydessä sekä työnantajan osuuden että tilittää työntekijän osuuden työeläkevakuutusmaksuista. Tällöin maksua ei välttämättä ensisijaisesti kohdenneta RL 29:4a:ssa tarkoitettuihin työntekijöiltä pidätettyihin työeläkevakuutusmaksuihin, vaan maksu saattaa kohdentua yleisesti sekä työnantajan että työntekijän eläkevakuutusmaksuosuuteen.

¹⁴² Ks. myös Tapani 2007 s. 407–408.

määrätä eläkelaitoksen toimesta erityisesti maksettaviksi, vaan työnantaja maksaa eläkevakuutusmaksut joko oma-aloitteisesti tai eläkevakuutusyhtiön lähettämän laskun perusteella¹⁴³. Eläkevakuutusmaksujen oma-aloitteinen laskeminen ja suorittaminen on verrattavissa arvonlisäverotusmenettelyyn. Siinä tapauksessa, että eläkevakuutusmaksut jäävät suorittamatta, eläkelaitos ryhtyy itse eläkevakuutusmaksun maksuunpano- ja perintätoimenpiteisiin¹⁴⁴. Eläkelaitoksen määräämä työeläkevakuutusmaksu on suoraan ulosottokelpoinen ilman tuomiota¹⁴⁵.

Maksuunpano- ja perintätoimenpiteiden kannalta on olennaista eläkelaitoksen työnantajalta saama informaatio työntekijöistä ja työsuhteista sekä maksetuista palkoista. Työntekijän eläkevakuutusmaksun tilittämiseen eli konkreettiseen maksamistoimenpiteeseen ei nähdäkseni liity mitään sellaista informaation välittämistä eläkelaitokselle, joka voisi johtaa eläkevakuutusmaksun määräämättä jättämiseen tai sen määräämiseen liian alhaisena¹⁴⁶. Käytännössä tilanne on pikemminkin päinvastoin: maksun määräämis- ja muihin perintätoimenpiteisiin ryhdytään vasta sen jälkeen, kun suoritusvelvollisuus on jäänyt täyttämättä. Kun yksin maksun suorittamatta jättäminen itsessään ei ole merkityksellinen maksun määräämistöimenpiteen kannalta, ei tilitysvelvollisuuden laiminlyöntiä voitane pitää edes rangaistavana yritysasteen tekona, jos ilmoitusvelvollisuus on sinällään asianmukaisesti hoidettu. Seuraustunnusmerkistön täyttymisen kannalta on huomattava, että menettelyn rangaistavuus on sidoksissa yksinomaan TyEL:ssä määrättyihin menettelytapoihin. Mikäli nämä menettelytavat muuttuvat, voi teon tosiasiallinen rangaistavuuskin muuttua¹⁴⁷.

Lainsoveltajan kannalta ongelmallisia saattavat olla erityisesti ne tilanteet, joissa työeläkelain mukainen vakuuttamis- ja ilmoitusvelvollisuus on laiminlyöty osittain tai työnantaja on antanut vain joltakin osin vääriä

¹⁴³ TyEL 158 §, ks. myös Työnantaja ja TyEL-vakuutus 2010., www.ilmarinen.fi

¹⁴⁴ Vrt. HE 45/2005 s. 45.

¹⁴⁵ TyEL 159 §.

¹⁴⁶ Näin myös Eläketurvakeskuksen ylläpitämässä Työeläkelakipalvelussa julkaistussa soveltamisohjeessa ”Eläketurvän järjestämisvelvollisuuden kiertäminen ja väärinkäyttö”, voimassa toistaiseksi 1.1.2007 alkaen (www.tyolakelakipalvelu.fi).

– Esimerkiksi työeläkevakuutusyhtiö Ilmarisen verkkopalvelussa työnantaja ilmoittaa erikseen eläkevakuutukseen liittyvät tiedot vakuutusyhtiölle, jolloin verkkopalvelussa lasketaan eläkevakuutusmaksujen määrä, jonka jälkeen työnantaja voi halutessaan siirtyä sitten käyttämänsä pankin verkkopalveluun suorittamaan konkreettisen maksutoimenpiteen. (Yrittäjän verkkopalvelut, <http://www.ilmarinen.fi/www.ilmarinen.fi>.)

– Myös tilapäisellä työnantajalla on erillinen ilmoitusvelvollisuus (TyEL 147 §) työsuhteen tiedoista, joten pelkkään maksun suorittamisen laiminlyöntiin ei myöskään tällaisissa tilanteissa liittynne sellaista informaation antamista, joka johtaisi eläkevakuutusmaksun määräämättä jättämiseen.

¹⁴⁷ Ei voitane sulkea pois sitä mahdollisuutta, että eläkevakuutusmaksujen määräytymisperusteet ja ilmoitusmenettelyt muuttuisivat tulevaisuudessa niin, että pelkällä maksun suorittamisella eläkevakuutuslaitos saa eläkevakuuttamisen kannalta tarpeelliset tiedot.

tietoja. Tällöin esimerkiksi osa työntekijöistä on saattanut jäädä kokonaan eläkevakuutusjärjestelmän ulkopuolelle tai maksetut palkat on ilmoitettu eläkelaitokselle liian alhaisina, mutta toisaalta työntekijän palkkatodistukseen (jos sellaista on ylipäättänsä annettu) on saatettu merkitä pidätetyn eläkevakuutusmaksun osuus asianmukaisesti. Työnantaja on lisäksi saattanut maksaa eläkevakuutusmaksuja niin vähän, etteivät ne riitä kattamaan edes eläkelaitokselle ilmoitettujen työntekijöiden palkkojen perusteella määräytyviä eläkevakuutusmaksuja. Tällaisissa tilanteissa voi nousta esiin kysymys, miltä osin työnantaja tai tämän edustaja on syyllistynyt rangaistavaan menettelyyn ja toisaalta myös miltä osin hänelle voidaan määrätä rikosperusteinen vahingonkorvausvelvollisuus.

Siltä osin kuin ilmoitusvelvollisuus on laiminlyöty tai on annettu vääriä tietoja (ns. ”pimeät työntekijät ja palkat”), työeläkevakuutusmaksupetoksen tunnusmerkistö täyttynee RL 29:4a.1:n 1- ja 2-kohdan nojalla. Sillä seikalla ei liene tunnusmerkistön täyttymisen kannalta merkitystä, että työntekijälle on annettu virheellinen palkkatodistus eläkevakuutusmaksun pidättämisestä, kun rikos- ja vahingonkorvausvastuu voidaan perustaa vakuutusyhtiötä kohtaan olevan ilmoitusvelvollisuuden rikkomiseen. Tältä osin ei liene oikeudellista tarvetta arvioida tekoa itsenäisesti RL 29:4a.1:n 3-kohdan eli työntekijän eläkevakuutusmaksun tilitysvelvollisuuden rikkomisena.

Siltä osin kuin työnantaja on ilmoittanut eläkelaitokselle maksaneensa tietyille työntekijöille tietyn määrän palkkoja, mutta jättänyt suorittamatta tältä osin vakuutusmaksut täysimääräisesti, ei RL 29:4a.1:n 1- tai 2-kohta voine tulla sovellettaviksi. Vaikka näille henkilöille olisikin tosiasiasa maksettu eläkelaitokselle ilmoitettua suurempaa palkkaa, rangaistus- ja vahingonkorvausvastuu virheellisistä tiedoista tullee sovellettavaksi vain ”pimeän palkan” osalta. Muilta osin kyse lienee ainoastaan RL 29:4a.1:n 3-kohdan mukaisesta työntekijän eläkevakuutusmaksun tilittämättä jättämisestä, jonka osalta seuraustunnusmerkistön täyttymistä koskeviin ongelmiin kiinnitettiin huomiota jo edellä. Mikäli edellä yllä kuvatussa tilanteessa seuraustunnusmerkistön katsottaisiin täyttyneen myös tilitysvelvollisuuden laiminlyönnin osalta, liittyy tekotapaan nähdäkseni kuitenkin myös muita rikosoikeudellisia ongelmia: ensimmäisenä ongelmana voidaan nostaa esiin samankaltainen kohdentamisongelma, johon on kiinnitetty huomiota verotililain esitöissä verorikkomuksen osalta. Toisena ongelmana voidaan mainita potentiaalisen maksukyvyttömyyden merkitys sekä mahdollisesti tähän liittyvä kysymys siitä, voisiko rangaistussäännöksen soveltaminen tietyissä olosuhteissa johtaa EIS:n neljännessä lisäpöytäkirjassa ja KP-sopimuksen 11 artiklassa tarkoitettuun velkavankeuteen.¹⁴⁸

¹⁴⁸ Velkavankeutta koskevat EIT:n ratkaisut ovat harvinaisia, ks. lähinnä tullille olevaa maksuvelvollisuutta koskevat Jamil vs. Ranska 8.6.1995 sekä Göktaş vs. Ranska 2.7.2002, jotka

Kohdentamisongelmaa¹⁴⁹ voidaan havainnollistaa esimerkillä: Työnantaja X Oy on velvollinen maksamaan 20 työntekijänsä eläkevakuutusmaksuja yhteensä 10.000 eur/kk, josta RL 29:4a:ssa tarkoitettu työntekijöiden puolesta tilitettävä osuus on 2.500 eur/kk¹⁵⁰. X Oy maksaa eläkelaitokselle 1.1.–30.6.2009 välisenä aikana tammikuussa eräpäivän jälkeen 5.000 euroa ja kesäkuussa normaalina maksupäivänä 10.000 euroa, mutta laiminlyö helmi-toukokuun suoritusvelvollisuutensa kokonaan. X Oy:n edustajan rikosvastuuta voitaisiin lähestyä ainakin¹⁵¹ neljältä kannalta: 1) Tammikuun 5.000 euroa kohdennetaan työntekijän työeläkemaksuosuuteen (2.500 eur) ja yli menevä osuus 2.500 euroa työnantajan maksuosuuden osasuorituksiksi sekä kesäkuun maksu kesäkuun työnantajan ja työntekijän työeläkemaksuun, jolloin tilitysvelvollisuus olisi laiminlyöty helmi-toukokuussa neljältä kuukaudelta ja vahingonkorvausvelvollisuus olisi 10.000 euroa. 2) Kaikki maksut tammi-kesäkuussa kohdennetaan vain työntekijän osuuteen, jolloin työnantaja on täyttänyt tilitysvelvollisuutensa kokonaan (työntekijöiden osuus kuudelta kuukaudelta yhteensä 15.000 euroa) eikä asiassa olisi menetelty rikollisesti. 3) Tammikuun maksu 5.000 euroa kohdennetaan työnantajan osuuteen työeläkemaksusta ja kesäkuun maksu työnantajan sekä työntekijän osuuteen, tällöin tilitysvelvollisuus olisi laiminlyöty viideltä kuukaudelta ja vahingonkorvausvelvollisuus olisi siten 12.500 euroa. 4) Tammikuun maksu 5.000 euroa kohdennetaan vain työnantajan osuuteen ja samoin kesäkuussa maksettu 10.000 euroa tammi-kesäkuun työnantajan maksuosuuksien lyhennykseksi, jolloin tilitysvelvollisuus olisi laiminlyöty kuudelta kuukaudelta ja vahingonkorvausvelvollisuus olisi 15.000 euroa. – Työnantaja ei käytännössä voi erityisesti kohdentaa maksujaan erityisesti työntekijän puolesta tilitettäviin osuuksiin, joten

koskivat rangaistuksenluonteisen tullimaksun maksamatta jättämisestä. Göktan-tapauksessa EIT totesi velkavankeuden olevan luonteeltaan ”arkaainen” ja olevan käytettävissä vain valtion hyväksi (ks. kohta 51: ”The Court has to express reservations about the imprisonment in default system as such: it constitutes an archaic custodial measure available only to the Treasury”). – EIT:ssä ei tiettävästi ole käsitelty velkavankeuden kieltoa koskevia tapauksia yksityisen velan osalta (kysymys on noussut esiin tapauksen *Gea Catalán vs. Espanja* 10.2.1995 yhteydessä, jossa ihmisoikeuskomissio torjui valituksen selvästi perusteettomana; tapauksessa oli kyse pankin työntekijän tekemästä kavalluksesta). – Ks. myös HE 66/1988 s. 57, jossa verorikkomuksen yhteydessä on todettu, ettei oikeusjärjestelmässämme yleensä pelkästään velan maksamatta jättämisestä voi seurata rangaistusta.

¹⁴⁹ Kohdentamisongelma saattaa siis nähdäkseni tulla ajankohtaiseksi vain silloin, kun vakuuttamis- tai ilmoittamisvelvollisuuden asianmukaista täyttämistä on laiminlyöty RL 29:4a.1:n 1- tai 2-kohdassa tarkoitettulla tavalla.

¹⁵⁰ Luvut ovat suuntaa-antavia esimerkkejä. Keskimääräinen TyEL:n mukainen työeläkevakuutusmaksu oli v. 2009 22,0 % palkasta. Työntekijältä pidettävä osuus oli 4,3 % / 5,4 % riippuen siitä, oliko työntekijä alle 53-vuotias. Työnantajan maksettavaksi osuudeksi jäi (erilaiset vähennykset huomioiden) keskimäärin n. 16,8 %. (Työntekijän eläke 2009. Tietoa yksityisalojen työeläketurvasta., www.etk.fi)

¹⁵¹ Mikäli mukaan otettaisiin vakuutusmaksujen kohdentaminen työntekijäkohtaisiin eläkevakuutusmaksuihin, vaihtoehtojen määrä kasvaisi huomattavasti. Tällainen työntekijäkohdainen tarkastelutapa saattaisi tulla kyseeseen esim. silloin, kun vain osa 20 työntekijästä on vakuutettu asianmukaisesti muiden ollessa ”pimeitä työntekijöitä”.

tämä puoltanee vaihtoehdon 2 mukaista tulkintatapaa, jossa tammikuussa tehty maksu kohdistuu myös myöhemmän tilitysvelvollisuuden hyväksi. Tämän vaihtoehdon kannalta ongelmallisena voidaan kuitenkin pitää sitä, mikä on tarkastelun kohteeksi otettava relevantti aikaväli, jos suoritusvelvollisuus on laiminlyöty muutamalta kuukaudelta ja maksuvelvollisuus on suoritettu muutoin pitkän aikaa normaalisti. Voidaan kysyä, kohdenneaanko mahdollisesti aikaisemmat maksut kuitenkin rikosoikeudellisessa arvioinnissa jälkikäteen työntekijän maksuosuuksiin? Tällaisella tulkintatavalla rikossäännökselle on vaikea nähdä soveltamisalaa. Relevantin aikavälin valintakriteereitä on vaikea asettaa; verorikkomuksia koskevassa käytännössä tarkastelu on tavallisesti kohdistunut vain laiminlyöntiaikaan, joskin tarkastelun kohteena on vain RL 29:4:ssä tarkoitetut verot ja maksut. Työeläkevakuutusmaksupetoksessa kriminalisointiuhkaista suoritusvelvollisuutta ei voitane erottaa kriminalisoinnin ulkopuolelle jääneestä maksuvelvollisuudesta, kun eläkelaitokselle on konkreettisesti maksettava vain yksi summa. Kun työeläkevakuutusmaksupetoksia koskevissa jutuissa työnantaja lienee useimmiten asetettu konkurssiin, ei voitane sulkea pois sitä vaihtoehtoa, että eläkelaitos pyrki perimään mahdollisimman paljon saataviaan rikosperusteisen vahingonkorvauksen kautta. Tällöin vahingonkorvausvaatimus saattaa olla laskettu vaihtoehdon 4) mukaisella tavalla.

Maksukyvyttömyysongelma¹⁵² voi konkretisoitua esimerkiksi tilanteessa, jossa yrityksen sisään tuleva kassavirta ei riitä kaikkien verojen ja muiden maksujen suorittamiseen niiden erääntyessä, jolloin käytettävissä olevat käteisvarat kohdennetaan esimerkiksi työntekijöiden nettopalkkoihin sekä toiminnan jatkamisen kannalta välttämättömien tavarantoimittajien laskujen maksuun. Ratkaisujen KKO 2007:29 ja KKO 2008:11–13 jälkeenkään kassavirran valikoidusta kohdentamisesta aiheutuneen verojen maksun laiminlyönnin ei ole katsottu aiheutuneen RL 29:4:ssä tarkoitetusta maksukyvyttömyydestä, jos menettely on jatkunut pitkään. Tunnusmerkistötasolla RL 29:4a:ssa ei ole verorikkomuksesta poiketen millään tavoin huomioitu maksukyvyttömyyttä tai hyötymistarkoitusta. Toisaalta työeläkevakuutusmaksupetos on rangaistava ainoastaan tahallisena. Tällöin voidaan kysyä, onko maksukyvyttömyydellä kuitenkin merkitystä joko tahallisuuden tai toisintoimimismahdollisuuden¹⁵³ arvioinnin kannalta ja jos on, miten

¹⁵² Myös maksukyvyttömyysongelma voi nähdäkseni aktualisoitua vain silloin, kun vakuuttamis- tai ilmoittamisvelvollisuuden asianmukaista täyttämistä on laiminlyöty RL 29:4a.1:n 1- tai 2-kohdassa tarkoitetulla tavalla.

¹⁵³ Maksukyvyttömyyden voidaan ajatella olevan myös tunnusmerkistötasolla todettu selvävä ilmaus toisintoimimismahdollisuuden puuttumisesta. Toisintoimimismahdollisuuden puuttuminen on vakiintuneesti kytkeyty rikosoikeudessa syyllisyyden osakysymykseksi. Toisintoimimismahdollisuudesta syyllisyyden arvioinnin osatekijänä ks. Nuutila 1996 s. 528–532. Maksukyvyyn puuttumisen voidaan katsoa merkitsevän sitä, että TyEL-maksun

maksukyvyttömyyttä työeläkevakuutusmaksupetoksessa tulisi arvioida.

Työeläkevakuutusmaksupetoksen tekotavalla työntekijän eläkevakuutusmaksun tilitysvelvollisuuden laiminlyönnistä on yhtymäkohtia RL 28:4.3:ssa¹⁵⁴ säädetyn kavalluksena rangaistavan tilitysvelvollisuuden laiminlyönnin kanssa. Vakuuttamisvelvollisen työnantajan kannalta eläkevakuutusmaksut ovat vain yksi meno muiden kustannusten joukossa eikä TyEL:ssä ole määräystä, jonka mukaan työnantajan tulisi pitää työntekijältä pidättämänsä varat erillään muista varoistaan maksuvelvollisuutensa täyttämiseksi¹⁵⁵. Tällä perusteella tilitysvelvollisuuden laiminlyönnin rinnastaminen kavallusrikokseen ei välttämättä tunnu luontevalta.¹⁵⁶ Toisaalta myöskään kavalluksena rangaistava tilitysvelvollisuuden laiminlyönti ei edellytä sitä, että tilitysvelvollisella olisi erityinen velvollisuus pitää toiselta haltuunsa saamia varoja erillään omasta varallisuudestaan¹⁵⁷. Oma kysymyksensä toki on, voidaanko työnantajalle katsoa syntyneen erityinen velvoite varautua suorittamaan työntekijän eläkevakuutusmaksuosuus TyEL 152 §:n ja RL 29:4a.1:n 3 kohdan nojalla. Velvoitteen syntymistä vastaan viittaavana argumenttina voidaan pitää sitä, että palkanmaksun yhteydessä työntekijälle ei synny siviilioikeudellisesti pätevää omistusoikeutta työntekijän osuutena eläkevakuutusmaksusta pidätettyihin työnantajan hallussa oleviin rahavaroihin¹⁵⁸. Vakuuttamisvelvollisuuden

tilittäminen on ollut mahdotonta tehdä. – Oma kysymyksensä on se, missä määrin henkilö tulee varautua ennalta maksukyvyttömyyden mahdollisuuteen ja tehdä eri vaihtoehtojen välillä jo ennalta sellainen valinta, ettei yritystoiminta päädy maksukyvyttömyystilaan. Tätä kysymystä käsitellen tarkemmin osakeyhtiörikoksen yhteydessä.

¹⁵⁴ RL 28:4.3: ”Kavalluksesta tuomitaan niin ikään se, joka saatuaan toimeksiannon perusteella tai muulla sellaisella tavalla haltuunsa varoja, joiden arvo hänen on tilittävä toiselle, oikeudettomasti käyttämällä sanottuja tai niiden tilalle tulleita varoja taikka muulla sellaisella tavalla aiheuttaa tilitysvelvollisuuden täyttämättä jäämisen joko sovitun tai muuten edellytetyn aikana.” – Maksukyvyttömyyden merkityksestä RL 28:4:n tilitysvelvollisuuden laiminlyönnissä ks. Frände – Wahlberg 2010 s. 376–379.

¹⁵⁵ TyEL 152 §:n mukaan työnantaja pidättää työntekijältä työntekijän työeläkevakuutusmaksun maksamastaan palkasta sen maksamisen yhteydessä ja maksaa työeläkevakuutusmaksun kokonaisuudessaan sille eläkelaitokselle, jossa työnantaja on järjestänyt työntekijänsä tämän lain mukaisen eläketurvan. Työnantaja vastaa eläkelaitokselle myös työntekijän työeläkevakuutusmaksun osuudesta. – Verotuksessa asiallisesti vastaavanlaisesta menettelystä on säädetty ennakonpidätyksen osalta ennakoperintälain 11–12 §:ssä.

¹⁵⁶ Vrt. HE 66/1988 s. 56, jossa vastaava todettu verorikkomuksen osalta.

¹⁵⁷ HE 66/1988 s. 41.

¹⁵⁸ Tältä osin tilanne poikkeaa siviilioikeudelliselta perustaltaan ratkaisusta KKO 2005:10, jossa yhtiö oli jättänyt tilittämättä palkan maksukiellon perusteella työntekijältään pidättämänsä palkanosat ulosottomiehelle. Korkeimman oikeuden ratkaisusta ilmenevillä perusteilla yhtiön hallituksen jäsenen katsottiin syyllistyneen kavallukseen. Kyseessä oli vahvennetun jaoston äänestysratkaisu 6–5. Ratkaisua KKO 2005:10 ovat analysoineet laajasti Kaisto ja Juho. Kaisto on pohtinut, milloin velkasuhde voi muuttua ulosmittauksen ja maksukiellon johdosta ankaroitetuksi maksuvelvollisuudeksi niin, että tilittämättä jättämisellä syyllistytään kavallukseen. Kaisto toteaa, että ratkaisevaa näyttäisi olevan velvoiteoikeudellisen tilitysvelvollisuuden olemassaolo, mutta aineellisoikeudellisesta lainsäännöstä ei välttä-

laiminlyönnistä huolimatta työntekijälle ei myöskään synny työntekijän eläkevakuutusmaksujen osalta täytäntöönpanokelpoista saamisoikeutta työnantajaansa kohtaan, vaan työnantaja voidaan tarvittaessa pakottaa vakuuttamaan työntekijänsä ja suorittamaan vakuutusmaksut määrätulle eläkelaitokselle¹⁵⁹. Pakollisessa TyEL-vakuutuksessa on pikemminkin kyse työsopimuksen lisäksi työnantajalle työsuhteen perusteella aiheutuvasta lakisääteisestä velvollisuudesta eikä työsopimuksen osasta, jollainen saataisi olla esimerkiksi vapaaehtoinen lisäeläkevakuutus.

Ei myöskään voitane ajatella, että eläkelaitokselle olisi syntynyt siviilioikeudellisesti pätevä omistusoikeus työntekijältä laskennallisesti pidätettyihin eläkevakuutusmaksuihin. Varallisuus (=pidätetyt eläkevakuutusmaksut) ei ole missään vaiheessa siirtynyt eläkelaitokselle eikä varoja välttämättä edes tosiasiallisesti missään vaiheessa ollut olemassa tappiollista toimintaa harjoittaneella työnantajalla, jonka kassa on tyhjä ja joka on maksanut vain nettopalkat. Myöskään insolvenssimenettelyssä millään eläkevakuutusmaksuilla ei ole muita velkojia parempaa etusijaa¹⁶⁰, mikä viittaa siihen, ettei eläkevakuutusmaksuista työntekijältä pidätettyä osuutta olisi pidettävä muusta työnantajan varallisuudesta erillään olevana osana. Mikäli erityistä velvoitetta varautua työntekijän eläkevakuutusmaksun suorittamiseen ennen muita velkojia (eli tosiasiallista varojen erilläänpitovelvoitetta¹⁶¹) ei katsota olevan, maksukyvyttömyyden merkitys tahallisuuden ja toisintoimimis-mahdollisuuden arviointikriteerinä nähdäkseni korostuu¹⁶².

mättä käy selvästi ilmi se, milloin henkilöllä on tällainen tilitysvelvollisuus, johon liittyy rangaistusuhka. Kaisto pitää kuitenkin RL 29:4:ää selkeänä, rangaistusuhkan perustavana säännöksenä. Kaisto 2005 s. 450–453. Juho on puolestaan analysoinut tilitysvelvollisuuden laiminlyönnin rangaistavuutta tapauksessa erityisesti legaliteettiperiaatteen kannalta. (Juho 2007 s. 141–161.)

¹⁵⁹ Ks. TyEL 186 §:n määräykset pakkovakuuttamisesta.

¹⁶⁰ Ks. Laki velkojien maksunsaantijärjestyksestä 2 §.

¹⁶¹ Riittävää erilläänpitoa siis olisi, että ainakin ”ajatuksellisesti” varataan tietty rahamäärä esim. yhtiön pankkitilillä olevista varoista vakuutusmaksun maksamiseen; esim. erillistä pankkitiliä ei vakuutusmaksuosuuksille tarvitsisi varata.

¹⁶² Frände ja Wahlberg ovat toisaalta myös kavalluksen (tilityselvollisuuden laiminlyönti) tahallisuutta arvioidessaan kiinnittäneet huomiota maksukyvyttömyyden merkitykseen tilanteissa, joissa tilitysvelvollisella on lähtökohtaisesti varojen erilläänpitovelvoite: Tilityselvollinen voi katsoa itsensä maksukykyiseksi ja jättää tämän vuoksi erottamatta tilityksen oikea-aikaisen toteuttamistarkoituksen takaavat varat. Fränden ja Wahlbergin mukaan tilityselvollisen on tällöin arvioitava maksukykyänsä ja tehtävä myös ennuste, millainen se on tulevana tilitysajankohtana. Tahallisuus olisi Fränden ja Wahlbergin mukaan käsillä, kun tilityselvollinen pitää varsin todennäköisenä, ettei hän kykene tilitykseen määräpäivänä, jos hän ei erota toimeksiantajan varoja toisistaan. (Frände – Wahlberg 2010 s. 377.) – Ruotsissa on ennakonpidätyksen maksulaiminlyönnin suhdetta kavallukseen arvioitu SOU 1995:10:ssä, jossa on katsottu, ettei verojen maksun laiminlyönnillä voi syyllistyä kavallukseen, koska tilityselvollisuutta ei ole syntynyt siinä vaiheessa, kun maksuvelvollinen sai varat haltuunsa. (SOU 1995:10 s. 253.)

Mikäli työntekijältä pidätettyjen eläkevakuutusmaksujen tosiasiallista erilläänpitovelvoitetta ei katsota työnantajalla olevan RL 29:4a.1:n 3 kohdan tai muun lain säännöksen nojalla, ei näitä eläkevakuutusmaksuja ole asetettu lainsäädännössämme muita velkojia parempaan asemaan. Työnantajan on velkoja suorittaessaan otettava siten huomioon mm. RL 39:6:n velkojansuosintaa koskevat säännökset. Tällöin tilitysvelvollisuuden laiminlyönnin ei voitane toisintoimimismahdollisuuden puuttumisen¹⁶³ vuoksi katsoa olevan rangaistavaa, mikäli työnantaja ei kykene suoriutumaan kaikista velvoitteistaan niiden erääntyessä eikä eläkelaitosta ole asetettu muita velkojia huonompaan asemaan¹⁶⁴. Tällöin maksukyvyttömyyttä tulkittaisiin samalla tavoin kuin vakiintuneesti esim. RL 39:1:n ja insolvenssilainsäädännön osalta on sovellettu.

Siinä tapauksessa, että työnantajalla katsottaisiin olevan velvollisuus pitää työntekijältä pidätetyt eläkevakuutusmaksut tosiasiallisesti muista varoista erillään, sille seikalle, ettei tämä kykene maksamaan muita velkojaan määrääjassa, voitaneen antaa vain hyvin rajallinen merkitys. Mikäli työnantaja on käyttänyt työntekijöiltä pidätetyt eläkevakuutusmaksut mm. tavarantoimittajien laskujen maksamiseen rahoittaen siten liiketoimintaansa tietoisena siitä, että vakuutusmaksuja ei tulla tilittämään eräpäivänä, voitaneen työnantajan katsoa laiminlyöneen tilitysvelvollisuutensa tahallaan. Tällöin myöskään maksukyvyttömyydellä ei liene toisintoimimismahdollisuuden puuttumisen kannalta merkitystä. Työnantaja olisi voinut pitää työntekijältä pidättämänsä varat erillään muusta liiketoiminnasta. Maksukyvyttömyyden tulkinta olisi tällöin hyvin samankaltainen kuin verorikkomuksessa on vakiintunut. Toisintoimimismahdollisuuden puuttuminen voinee näissä tapauksissa tulla kyseeseen lähinnä silloin, kun työnantajan eläkevakuutusmaksuihin varaamat rahat on esim. ulosmitattu tavarantoimittajan laskuun perustuvasta velasta.

Voidaan kuitenkin kyseenalaistaa, voidaanko työeläkevakuutusmaksupetoksesta tuomita rangaistukseen tilitysvelvollisuuden laiminlyönnin perusteella, mikäli varojen tosiasiallista erilläänpitovelvoitetta ei katsota olevan ja mikäli työnantaja täyttää RL 39:1:ssä ja insolvenssilainsäädännössä määritellyt maksukyvyttömyyden edellytykset. EIS:n neljännen

¹⁶³ Kysymys on nähdäkseni nimenomaan toisintoimimismahdollisuuden puuttumisesta eikä tahallisuusarvioinnista. Tahallisuudella operointi on nähdäkseni hiukan keinotekoista, sillä työnantaja voi olla hyvinkin tietoinen heikosta taloudellisesta tilanteestaan sekä siitä, että työntekijän eläkevakuutusmaksut jäävät tilittämättä. Maksukyvyyn puuttumisen vuoksi työnantajaa ei nähdäkseni kuitenkaan voitaisi rangaista. Mikäli tahallisuudelle asetettaisiin tunnusmerkistötekijöihin kohdistuvaa tietoisuutta korkeammat edellytykset, tahallisuuden arvioinnissa saattaisi olla merkitystä niillä kriteereillä, joita ratkaisuisissa KKO 2008:11–13 on hyötmistarkoituksen osalta esitetty.

¹⁶⁴ Tältä osin arvioinnissa voidaan nähdäkseni käyttää samanlaisia kriteerejä mitä verottajan osalta on verorikkomustapauksissa KKO 2008:11–13 esitetty.

lisäpöytäkirjan 1 artiklassa¹⁶⁵ ja KP-sopimuksen 11 artiklassa¹⁶⁶ on asetettu sopimukseen perustuvan maksuvelvoitteen laiminlyönnistä seuraavan velkavankeuden kielto. Työeläkevakuutusmaksupetoksessa tilitysvelvollisuuden laiminlyönnissä on kyse sopimukseen perustuvan velvoitteen täyttämättä jättämisestä, olkoonkin, että tämän sopimuksen solmimiseen on työnantajalla TyEL:n nojalla lakisääteinen velvollisuus. Työeläkevakuutusmaksupetoksessa työnantaja ei tee jotakin tiettyä työllistävää liiketoimintaa eläkelaitoksen kanssa tekemänsä toimeksiantosopimuksen perusteella, vaan toimintaa harjoitetaan eläkevakuutusosuussuhteesta riippumatta. Liiketoiminnasta kertyvällä kassavirralla sitten maksetaan kaikki liiketoimintaan liittyvät maksut, jotka voivat perustua suoraan lain säännökseen (esim. verot), pakottavan lainsäädännön vuoksi tehtyyn yksityisoikeudelliseen sopimukseen (esim. TyEL-vakuutusosuus) tai pelkkään sopimukseen (esim. toimitilavuokra). Työeläkevakuutusmaksupetosta ja kavallusta verrattaessa on huomioitava, että kavalluksessa tyypillisesti on kyse velvollisuudesta tilittää päämiehen kanssa tehdyn tietyn toimeksiantosopimuksen perusteella haltuun saadut varat päämiehelle (tai pikemminkin tämän velvoitteen laiminlyönnistä), vaikkakaan toimeksiannon saaneella ei ole velvollisuutta pitää päämiehensä varoja erillään omista varoistaan¹⁶⁷. Kun TyEL-maksuina suoritettavien varojen kertyminen on riippuvainen liiketoiminnan yleisestä onnistumisesta eli siitä, kertyykö liiketoiminnan tuotoista riittävää kassavirtaa kaikkien menojen maksamiseksi, työeläkevakuutusmaksupetoksen tilitysvelvollisuuden laiminlyönti saattaa olla velkavankeuden kiellon kannalta kavalluksen tilitysvelvollisuuden laiminlyöntiä ongelmallisempi.

Työeläkevakuutusmaksupetosta koskevan kriminalisoinnin sisäisen ristiriitaisuuden ja tulkinnanvaraisuuden vuoksi on vaikea arvioida, merkitseekö kriminalisointi eläkelaitosten asettamista muita velkojia parempaan asemaan. Tunnusmerkistön kirjoitustapa näyttäisi ensi katsomalta viittaavan tähän suuntaan. Toisaalta tunnusmerkistön sisäinen ristiriitaisuus ja toisaalta viime kädessä ihmisoikeussopimuksista aiheutuvat velvoitteet saattavat merkitä sitä, ettei työeläkevakuutuslaitoksen saataville ole järjestetty rikosoikeuden keinoin muihin yksityisoikeudellisiin velkoihin nähden parempaa suojaa.

¹⁶⁵ EIS 4. lisäpöytäkirja 1 art: ”Keneltäkään ei saa riistää hänen vapauttaan vain sillä perusteella, että hän ei kykene täyttämään sopimukseen perustuvaa velvoitetta.”

¹⁶⁶ KP-sopimus 11 art: ”Ketään ei saa vangita ainoastaan sillä perusteella, että hän ei kykene täyttämään sopimusvelvoitusta.”

¹⁶⁷ Tyypillisesti tilitysvelvollisuuden laiminlyönti tulee kysymykseen tapauksissa, joissa päämies antaa valtuutetulle toimeksiannon esimerkiksi myydä jonkin konkreettisen esineen. Kaisto on todennut, että näissä tapauksissa voitaisiin tyypillisesti tyytyä soveltamaan RL 28:4. l:n esinekavallusta koskevaa säännöstä eikä erityistä tilitysvelvollisuuden laiminlyöntiä koskevaa sääntelyä todellisuudessa tarvita. (Kaisto 2005 s. 434.)

4 MAKSUKYVYTTÖMYYDESTÄ JA TAPPIOILLISEN LIIKETOIMINNAN JATKAMISESTA VELALLISEN EPÄREHELLISYYDESSÄ

4.1 Tarkastelun taustaa

Velallisen epärehellisyudessa (RL 39:1)¹⁶⁸ rangaistavuuden edellytyksenä on maksukyvyttömyyden tahallinen aiheuttaminen tai sen olennainen pahentaminen mm. omaisuutta hävittämällä tai luovuttamalla sitä ilman hyväksyttävää syytä, siirtämällä omaisuutta ulkomaille velkojien ulottu-
mattomiin tai lisäämällä perusteettomasti veloitteitaan. Myös velkojain-
suosinnan (RL 39:6) tunnusmerkistökelijänä on tosiasiallisesti maksuky-
vyttömyys, sillä velkojainsuosintaan voi syyllistyä siinä tapauksessa, että
velallinen, joka tietää itsensä ”kyvyttömäksi täyttämään” veloitteensa,
suosii velkojaa muiden velkojien kustannuksella esimerkiksi maksamalla
epätavanomaisissa olosuhteissa velan ennenaikaisesti, antamalla velkojalle
jälkikäteen vakuuden tai käyttämällä veloitteen täyttämiseen epätavallista
maksuvälinettä.

Velallisen epärehellisyudessa tarkoitettua maksukyvyttömyyttä ei
ole rikoslaissa määritelty erikseen. HE 66/1988:ssa tosin todetaan, että
maksukyvyttömyydellä tarkoitetaan tilannetta, jossa velallinen ei pysty

¹⁶⁸ Nykyisin voimassa oleva velallisen epärehellisyyttä koskeva säännös astui voimaan 1.4.2003. Aikaisemman, 1.1.1991 voimaan tulleen RL 39:1:n (769/1990) alkuosa poik-
kesi nykyisin voimassaolevasta laista (aikaisempi RL 39:1: ”Velallinen, joka tietäen jo
olemassaolevien tai odotettavien taloudellisten vaikeuksiensa perusteella tekonsa voivan
vahingoittaa velkojiensa taloudellisia etuja...”). – Aikaisempi velallisen epärehellisyyttä
koskeva säännös ohjasi tarkastelukulmaa selvemmin velallisen tietoisuuteen taloudellisesta
kriisitilanteesta teon tekohetkellä, kun taas uuden RL 39:1:n ainakin sanamuotonsa mukaan
tulisi kiinnittää huomiota siihen, mitkä seuraukset teolla oli. Aikaisempi velallisen epä-
rehellisyyttä koskeva tunnusmerkistö oli Tapanin mukaan vaarantamis- ja seurausrikoksen
yhdistelmä (Tapani 2000 s. 693–694). Nykyisin voimassa olevan velallisen epärehellisyuden
tunnusmerkistö on kirjoitettu puolestaan pelkän seurausrikoksen muotoon. Nykyisen RL
39:1:n esitöissä (HE 53/2002) perusteltiin ”tietäen jo olemassa olevien tai odotettavissa
olevien taloudellisten vaikeuksiensa perusteella tekonsa voivan vahingoittaa velkojiensa
taloudellisia etuja” -osan poistamista sillä, että tavallaan kyseessä oli kaksoisedellytys;
tahallisuuden tulee joka tapauksessa ulottua seurauksen täyttymiseen, joten erillisellä
kriisitilannusmerkistökelijällä ei olisi rangaistavuuden alaan joka tapauksessa vaikutusta.
Lainmuutoksella pyrittiin siihen, että ns. ”kertarysäystapaukset”, joissa sinänsä kannattavaa
liiketoimintaa harjoittaneen yrityksen tyhjentäminen varoista velkojia vahingoittavasti
tulisi selkeästi rangaistavuuden piiriin, minkä katsottiin toki olevan jo aikaisemmankin
lain soveltamiskäytännön perusteella mahdollinen. Lainmuutoksella ei haluttu muuttaa
asiallisesti tunnusmerkistön soveltamiskäytäntöä. (HE 53/2002 s. 9, 40). Voidaan kuitenkin
kysyä, onko lainmuutoksen jälkeen tapauksessa KKO 1998:56 kuvatun kaltainen teko, jossa
varoja sinänsä nostetaan OYL:n vastaisesti taloudellisessa kriisitilanteessa, mutta varoja
myös palautetaan ennen konkurssia, enää velallisen epärehellisyutenä rangaistava teko vai
jäisikö teko arvioitavaksi esimerkiksi pelkkänä osakeyhtiörikoksena.

täyttämään erääntyneitä veloitteitaan kohtuullisessa ajassa¹⁶⁹, mikä vastaa mm. insolvenssilainsäädännössä omaksuttua terminologiaa.

Maksukyvyttömyyden arvioinnin kannalta velallisen rikoksissa mielenkiintoisia ovat ne KKO:n tapaukset, joissa maksukyvyttömyyden ajallinen ulottuvuus on huomattavan pitkä. Tällöin ongelmallinen on erityisesti kysymys siitä, voidaanko velallisen katsoa toimineen tahallisesti suhteessa seuraukseen eli maksukyvyttömyyden aiheuttamiseen tai olennaiseen pahentamiseen, jos konkurssi- tai muu maksukyvyttömyyttä osoittava insolvenssimenettely alkaa vasta huomattavan pitkän ajan päästä ensimmäisestä tunnusmerkistön täyttävästä vararikkoteosta. Seuraustahallisuuden arviointi velallisen epärehellisyydessä merkitsee käytännössä sitä, että velallisen edustajan otaksutaan – ainakin hypoteettisella tasolla – laatineen ennusteen siitä, mitkä vaikutukset teolla on velkojien kannalta. On selvää, että mitä pidemmästä aikavälistä on kyse, sitä vaikeampaa ennusteen laatiminen on.

Maksukyvyttömyyden kannalta mielenkiintoisia ovat myös ne KKO:n tapaukset, joissa on jouduttu arviomaan tunnusmerkistön täyttävän vararikkoteon määrällistä suhdetta maksukyvyttömyyden aiheuttamiseen tai olennaiseen pahentamiseen. Hallituksen esityksessä 66/1988 on todettu, että velkojien kannalta vähäiset teot on tarkoitettu jättää rangaistavuuden ulkopuolelle¹⁷⁰. Tätä näkökantaa voidaan pitää hyvin tarkoituksenmukaisena¹⁷¹. Kysymys onkin siitä, millä kriteereillä määritellään tällainen velkojia vahingoittava toimi määrällisesti: onko kyseessä absoluuttinen rahamäärä, joka merkitsee velallisen edustajan tai muun henkilön saaman hyödyn korostamista rikosvastuun arvioinnissa, vai suhteellinen määrä¹⁷², jossa korostuu yksittäiselle velkojalle menettelystä aiheutuneen vahingon määrä.

¹⁶⁹ HE 66/1988:ssa todetaan edelleen, että yksi maksukyvyttömyystilanteen tavallisimmista ulkoisista merkeistä on maksujen keskeyttäminen, mutta sen ei kuitenkaan tarvitse välttämättä ilmetä tällaisena maksujen keskeytymisenä. Ennen 1.4.2003 voimaan tullutta lainmuutosta RL 39:1:n tunnusmerkistöön kuului lisäksi muodollisesti erillisenä taloudellisen kriisitilan vaatimus, minkä osoituksena katsottiin usein osakeyhtiöissä olevan oman ja vieraan pääoman suhde, ylivelkaisuus sekä oman pääoman ja osakepääoman suhde (HE 66/1988 s. 162).

¹⁷⁰ HE 66/1988 s. 163.

¹⁷¹ Ei ole perusteltua, että rikosprosessissa ryhdyttäisiin esimerkiksi säännönmukaisesti arviomaan ”millimetrimitalalla” konkurssiin menneen yrityksen toimitusjohtajan tekemän työn ja siitä saadun palkan keskinäistä suhdetta, vaan oikeudenhoidon resurssit voidaan kohdentaa vakavampiin tapauksiin, kuten esimerkiksi niihin, joissa tehdyn työn ja nostetun palkan epäsuhta on niin ilmeinen, että kyseessä on tosiasiallisesti yhtiön tyhjentäminen velkojia vahingoittavasti ennen konkurssia.

¹⁷² Esimerkiksi vararikkoteolla aiheutetun vahingon määrä suhteessa konkurssipesän varoihin tai vaihtoehtoisesti velkoihin. Koska konkurssiyrityksissä ei ole mitenkään epätavallista, että varojen ja velkojen erotus on huomattavan suuri, myös sillä seikalla on merkitystä, arvioidaanko vararikkoteon määrää joko suhteessa varoihin tai velkoihin.

4.2 Maksukyvyttömyyden ajallinen ulottuvuus velallisen epärehellisyudessa

Velallisen epärehellisyysrikoksia koskevassa oikeuskäytännössä maksukyvyttömyystilan on katsottu voineen kestää hyvinkin pitkän aikaa ennen kuin velallinen on asetettu konkurssiin, jolloin rangaistavaksi on katsottu menettely, joka on alkanut jopa useita vuosia ennen insolvenssimenettelyä.¹⁷³ Ratkaisussa KKO 2005:68 oli kyse OYL:n vastaisista osakaslainoista, joiden nostaminen noin kuuden vuoden ajan ennen konkurssia oli olennaisesti pahentanut yhtiön maksukyvyttömyyttä. Kun ratkaisussa RL 39:1:n maksukyvyttömyyden on katsottu kestäneen huomattavan pitkän aikaa, on perusteltua tarkastella ratkaisun taustalla olleita faktoja tarkemmin.

Tapauksessa KKO 2005:68 oli kyse v. 1994 kaupparekisteriin merkitystä pääosin yhden miehen elintarvikealan myynti- ja konsultointiyhtiöstä, joka asetettiin konkurssiin 19.12.2000 veroviraston hakemuksesta¹⁷⁴. Yhtiön liikevaihto oli jo ensimmäisenä tilikautena n. 370.000 mk ja se vaihteli myöhemmin vuosina n. 260.000 mk:n ja n. 480.000 mk:n välillä¹⁷⁵. Kirjanpidon mukaan yhtiön toiminta oli käytännössä koko ajan voitollista; ensimmäisenä tilikautena tulos oli n. 116.000 mk ja myöhemmin tilikausina se vaihteli n. 70.000 mk:n ja n. 264.000 mk:n välillä¹⁷⁶. Vapaan oman pääoman määrä kasvoikin varsin tasaisesti käytännössä koko toiminnan ajan¹⁷⁷.

¹⁷³ Esimerkiksi tapauksessa KKO 2001:25 maksukyvyttömyys oli aiheutettu tai sitä oli olennaisesti pahennettu nostamalla OYL:n vastaisesti osakaslainoja noin 1,5 vuoden ajan ennen konkurssia. Ratkaisu KKO 2005:119 koski tapausta, jossa A oli nostanut osakaslainoja sekä kirjanpidollisesti yhtiön kassavaroina merkittyjä varoja omaan käyttöönsä vajaan kahden vuoden ajan ennen konkurssia; KKO katsoi yhtiön olleen kyseisen vajaan kahden vuoden ajan maksukyvytön. Oikeuskäytännössä on varsin tavallista, että velallisen epärehellisyystekoihin on syyllystetty useiden vuosien ajan ennen konkurssia. Esimerkiksi Vilikko on luetteloinut 14 tapausta, joissa velallisen epärehellisyysteot on tehty useiden vuosien aikana, pisimmillään teko aika on ollut n. 8,5 vuotta (tapaukset on käsitelty Turun hovioikeudessa sekä Tampereen käräjäoikeudessa ja Vilikko on toiminut niissä syyttäjänä, joten Vilkon otanta oikeuskäytännöstä on ollut valikoitunut). (Vilikko 2007 s. 301, 317–322.) – Vrt. Sjögren 2010 s. 989, joka on katsonut seuraavanlaisesti: ”Mikäli yritystoiminta on epäonnistunut ja yhtiön varat eivät vastaa yhtiön sitoumuksia, yhtiön liiketoiminta tuskin on mahdollista kovinkaan pitkään.” – RL 39:1:n soveltamisesta tehdyt havainnot eivät siten tue Sjögrenin olettaa.

¹⁷⁴ Ekonomirikostarkastajan tarkastusmuistio 18.11.2002 s. 3–4 (etptk. 6400/R/2130/01). – Yhtiöllä oli ainakin vuosina 1998–2000 myös muutama, ilmeisesti satunnaisessa työsuhhteessa ollut työntekijä, joille maksettiin vähäisiä palkkoja.

¹⁷⁵ Viimeisellä konkurssiin päättäneellä tilikaudella yhtiön liikevaihto oli vain n. 9.000 mk. Viimeisen tilikauden pituus oli vain 19 päivää, koska yhtiön tilikausi oli 1.12.–30.11. välinen jakso.

¹⁷⁶ Viimeisellä tilikaudella yhtiön toiminta oli tosin tappiollista n. 40.000 mk.

¹⁷⁷ Vapaa oma pääoma oli v. 1995 n. 116.000 mk, v. 1996 n. 185.000 mk, v. 1997 n. 303.000 mk, v. 1998 n. 441.000 mk, v. 1999 n. 700.000 mk, 30.11.2000 n. 917.000 mk ja 19.12.2000

Yhtiön kirjanpidollinen tulos ei kuitenkaan osoittanut sen tosiasiallista taloudellista tilaa. Yhtiön ainoa omistaja ei nostanut juurikaan palkkaa¹⁷⁸. Yhtiön varoja käytettiin pitkälti kuitenkin ainoan osakkaan henkilökohtaisten menojen maksamiseen, mitkä kirjattiin saataviksi osakkaalta. Nämä osakaslainat ylittivät joka vuosi yhtiön vapaan oman pääoman määrän¹⁷⁹, minkä lisäksi saamiseksi oli kirjattu saatava yhtiön lähipiiriin kuulavalta toiminimeltä¹⁸⁰. Sen lisäksi osakaslainat olivat vakuudettomia eikä tilinpäätöksiä ollut vahvistettu, joten lainat olivat OYL:n vastaisia. Ekonomirikostarkastajan käsityksen mukaan osakaslainat olisi tullut kirjata osakkeenomistajan taloudellisenkin tila huomioiden varovaisuusperiaatteen mukaisesti vuosittain luottotappioksi. Yhtiön arvonlisäverot jätettiin säännönmukaisesti tilittämättä marraskuusta 1994 eli toiminnan aloittamisesta alkaen yhtä kuukautta lukuun ottamatta. Arvonlisäverovelka kasvoiikin tasaisesti koko toiminnan ajan¹⁸¹. Ulosottoperintätoimien kohteena yhtiö oli vuodesta 1996 alkaen, jolloin yhtiön edustajaa ei tavoitettu. Maksuhäiriömerkintöjä yhtiöllä oli vuodesta 1998 lähtien. Nämä aiheutuivat lähinnä verovelosta, sillä pääosin yhtiö hoiti kaikki muut velvoitteensa.¹⁸²

Yhtiölle oli kertynyt verovelkoja siten jo 30.11.1995 päättyneellä ensimmäisellä tilikaudella. Kun osakaslainat olivat tosiasiasa arvottomia, ei yhtiö olisi kyennyt maksamaan verovelkojaan jo tuon tilikauden lopulla. Yhtiön toimintaa voitaneenkin kuvata toteamuksella, että verovelvoitteiden kohdalla näyttäisi aluksi olleen kyse maksuhaluttomuudesta ja varojen kanavoinnista verojen sijasta omistajalle¹⁸³. Kun verovelkojen määrä kasvoi yhtiön toimintaan nähden liian suureksi, yhtiö muuttui maksukyvyttömäksi jo ensimmäisen tilikauden aikana. Tapaus osoittaa myös sen, että maksukyvyttömyysarviointi on tehtävä oikaistujen tilinpäätösten perusteella. Kirjanpidon mukaan yhtiöllä oli koko ajan saamia omistajalta huomatt-

n. 877.000 mk. – Taloudellista asemaa kuvaavat tiedot: ks. Ekonomirikostarkastajan tarkastusmuistio 18.11.2002 s. 5–12 (etptk. 6400/R/2130/01).

¹⁷⁸ Yhtiön omistaja nosti tekemästään työstä palkkaa 30.11.2000 päättyneellä tilikaudella 55.000 mk ja 19.12.2000 päättyneellä tilikaudella 10.000 mk.

¹⁷⁹ Osakaslainat olivat v. 1995 n. 136.000 mk, v. 1996 n. 300.000 mk, v. 1997 n. 496.000 mk, v. 1998 n. 723.000 mk, v. 1999 n. 1.073.000 mk, 30.11.2000 n. 1.402.000 mk ja 19.12.2000 n. 1.379.000 mk.

¹⁸⁰ Saatavaksi toiminimeltä kirjattu laina oli suuruusluokaltaan n. 90.000 mk.

¹⁸¹ ALV-velka oli tilinpäätöksissä v. 1995 n. 56.000 mk, 1996 n. 94.000 mk, v. 1997 n. 172.000 mk, v. 1998 n. 214.000 mk, v. 1999 298.000 mk, 30.11.2000 n. 388.000 mk ja 19.12.2000 n. 390.000 mk.

¹⁸² Ekonomirikostarkastajan tarkastusmuistio 18.11.2002 s. 12–14 (etptk. 6400/R/2130/01).

¹⁸³ Veroviranomaiset tekivätkin yhtiön toiminnasta rikosilmoituksen, jossa rikosnimikkeenä oli verorikkomus eikä velallisen epärehellisyys; syyttäjän rikosilmoituksen perusteella poliisi tutki kuitenkin kirjanpitorikoksen ja velallisen epärehellisyyden (etptk. 6400/R/2130/01, s. 2–4 sekä liite 6, KKO:n arkisto).

tavasti enemmän kuin mitä esimerkiksi verovelkojen määrä oli, jolloin yhtiötä voisi pelkästään sen kirjanpidon mukaisten lukujen perusteella pitää maksukykyisenä¹⁸⁴. Se, että yhtiö pystyi jatkamaan toimintaansa huomattavan pitkän aikaa tosiasiallisesti maksukyvyttömänä, johtui lähinnä veroviranomaisten perintätoimien ”hienovaraisuudesta”. Verovelkoja yritettiin periä tuloksetta ulosottoimin, mutta tästä huolimatta konkurssiin yhtiötä ei kuitenkaan haettu ennen kuin v:n 2000 lopulla.

Tapaus osoittaa myös sen, että yhtiö voi toimia hyvinkin pitkään tosiasiallisesti maksukyvyttömänä, kun se velkaantuu taholle, joka ei ryhdy kovinkaan voimakkaisiin perintätoimiin. Välttämättä velkojat eivät ole edes tietoisia saatavastaan eivätkä tästä syystä katkaise tosiasiallisesti maksukyvyttömän yhtiön toimintaa perintätoimien avulla¹⁸⁵. Tällainen tilanne voi aiheutua esimerkiksi siitä syystä, että yhtiöstä nostetaan varoja tekaistujen laskujen avulla omistajan omaan käyttöön tai pimeiden palkkojen maksuun, jolloin yhtiön tulo- ja arvonlisäverotus sekä työnantajamaksut määrääntyvät virheellisesti. Yhtiöön kertyy tällöin piilevää vero- ja eläkevaikutusmaksuvelkaa, joka ei näy kirjanpidon mukaan laadituissa tilinpäätöksissä, mutta joka on otettava huomioon oikaistaessa tilinpäätöksen lukuja tosiasiallista tilannetta vastaavaksi.¹⁸⁶ Täsmällisten yleisten aikarajojen¹⁸⁷ asettaminen maksukyvyttömyysarvioinnille ei olekaan perusteltua, vaan kyse on tapauskohtaisesta arvioinnista. Yhtiön edustajien kannalta tällainen tapauskohtainen maksukyvyttömyyden huomattavan pitkä ajallinen kesto ei kuitenkaan ole välttämättä tahallisuuden kannalta ongelmallista, sillä

¹⁸⁴ Esimerkiksi Tuokko Tilintarkastus Oy:n maksukykytestillä (versio 2.0) yhtiön ensimmäisen tilikauden tilinpäätöksen perusteella yhtiö olisi luokiteltavissa keskimmäiseen luokkaan ”B”, jonka mukaan kyseessä on ei-kriittinen tai kriittinen varojenjakotilanne (vastausten perusteella havaittavissa mahdollisesti maksukykyä vaarantavia seikkoja). Tulokseen vaikutti erityisesti maksukäyttäytyminen ja se, ettei riskiarviota lähitulevaisuuden uhista ja vastuista ollut tehty (jälkimmäinen vaikuttava seikka oli artikkelin kirjoittajan oletus yrittäjän teon hetkisestä tilanteesta) eli siis yhtiön toiminnalliset olosuhteet, ei niinkään tilinpäätöksen luvut. – Testin taustatietojen mukaan merkittävä osa yrityksistä tulee luokiteltua ko. luokkaan, jotta mahdolliset ongelma-alueet tulisivat riittävän perusteellisesti arvioituiksi. Mikäli tilinpäätöstä oikaistiin ekonomirikostarkastajan toteamalla tavalla kirjaamalla saatavat omistajalta ja tämän toiminimeltä alas, yhtiö luokiteltiin selvästi riskiluokkaan ”C” kuuluvaksi, mikä merkitsi, että vastausten perusteella on havaittavissa useita maksukykyä vaarantavia seikkoja. – Laitinen – Laitisen (2004 s. 301) Z-lukua käytettäessä oikaisemattomilla tilinpäätöstiedoilla laskettaessa Z-luvun arvoksi tuli 0,357 eli luku sai positiivisen arvon, mikä merkitsi sitä, ettei yhtiöllä ole maksuhäiriöriskiä. Sen sijaan ekonomirikostarkastajan toteamalla oikaisutarpeella laskettuna yhtiön Z-luvun arvoksi tuli -1,091 eli kyseessä oli selvästi maksuhäiriörisikin sisältävä yritys.

¹⁸⁵ Tapauksessa KKO 2005:68 arvonlisäverovelka oli veroviranomaisten tiedossa.

¹⁸⁶ Tapauksessa KKO 2005:68 ekonomirikostarkastajan tarkastusmuistiossa todetaankin, että mikäli yhtiö olisi maksanut omistajalleen osakaslainojen sijasta palkkaa esim. n. 15.000 mk/kk (brutto), yhtiön toiminta olisi työnantajan sivukulujen vuoksi ollut tappiollista. Ekonomirikostarkastajan tarkastusmuistio 18.11.2002 s. 13 (etptk. 6400/R/2130/01).

¹⁸⁷ Esimerkiksi ”maksukyvyttömyys voi ulottua aikaan vuosi ennen konkurssia”.

heillä on tiedossaan kaikki maksukyvyttömyyden arvioinnissa huomioon otettavat relevantit seikat, kuten tekaistujen laskujen aiheuttama piilevä vero- ja mahdollinen eläkevakuutusmaksuvelka tai tapauksessa KKO 2005:68 yhtiöllä sen omistaja-johtajalta olevan saatavan arvottomuus saatavan suuren määrän ja omistaja-johtajan oman henkilökohtaisen taloudellisen tilanteen vuoksi. Yhtiön edustajat ovat siten em. tapauksissa tietoisia siitä, että yhtiön kirjanpidollinen tuloslaskelma ja tase eivät vastaa sen tosiasiallista taloudellista asemaa.¹⁸⁸

4.3 Maksukyvyttömyyden määrällinen ulottuvuus velallisen epärehellisyydessä

Velallisen epärehellisyyttä koskevassa HE 66/1988:ssa katsottiin, että velkojien kannalta vähäiset teot eivät olisi taloudellisessa kriisitilanteessa-kaan tehtyinä velallisen epärehellisyytenä rangaistavia tekoja, vaan teolta edellytetään aina tiettyä olennaisuutta¹⁸⁹. Oikeuskirjallisuudessa Vento on katsonut, että teko ei voi tulla rangaistavuuden piiriin, jos velallinen pystyy täyttämään olennaisen osan erääntyneistä velvoitteistaan. Tämä olennaisuusvaatimus merkitsisi Vennon mukaan sitä, että velallinen ei ole maksukyvytön, jos hän kykenee täyttämään yli 75 % kokonaisvelkamäärästään tietyllä aikavälillä, esimerkiksi 3–6 kuukauden ajanjaksolla.¹⁹⁰ Myös Koponen on katsonut, että velallisen epärehellisyydessä maksamatta jääneiltä erääntyneiltä veloilta vaaditaan tiettyä olennaisuutta¹⁹¹.

Voidaan kuitenkin kysyä, tarvitaanko RL 39:1:n maksukyvyttömyyttä arvioitaessa jotakin erityistä olennaisuuskriteeriä, vai voiko maksukyvyttömyyden kannalta olla riittävää, että velallinen ei kykene suoriutumaan pienestäkään, esim. 5 %:n osuudesta kaikista erääntyvistä velvoitteistaan, jos se kuitenkin johtaa esimerkiksi velallisen asettamiseen konkurssiin. Lisäksi voidaan kysyä, merkitseekö olennaisuus jo olemassa olevan maksukyvyttömyyden pahentamisessa samaa asiaa kuin ”tietty olennaisuus” itse maksukyvyttömyydessä; toisin sanoen edellyttääkö teon rangaistavuus jo

¹⁸⁸ Samansuuntaisesti maksukyvyttömyyttä koskevasta tahallisuudesta Vilkkonen 2007 s. 322–324.

¹⁸⁹ HE 66/1988 s. 163.

¹⁹⁰ Vento 1994 s. 189–192. Kääntäen asia voidaan ilmaista niin, että yhtiö olisi maksukyvytön, jos se ei kykenisi suoriutumaan 25 %:sta erääntyvistä velvoitteistaan tietynä aikana.

¹⁹¹ Koponen 2007 s. 125. Koponen viittaa tässä ratkaisuun KKO 2004:46, jossa ratkaisussa kuitenkin todetaan velallisen epärehellisyyden maksukyvyttömyyttä tulkitun samalla tavoin kuin insolvenssioikeudessa ja viitataan tältä osin ratkaisuun KKO 1998:110. Sen jälkeen ratkaisussa KKO 2004:46 todetaan seuraavaa: ”Velallisen epärehelisyysrikkoksen tunnusmerkistössä tarkoitettuna maksukyvyttömyytenä voidaan siten pitää myös sellaista velallisen taloudellista tilaa, jossa olennainen osa erääntyneistä maksuista jää suorittamatta.”

maksukyvyttömässä yrityksessä sitä, että vararikkoteon vuoksi esimerkiksi 25 %:n osuus kaikista erääntyvistä velvoitteista jäisi ilman suoritusta¹⁹².

Velallisen epärehellisyttä koskevaa maksukyvyttömyyden laskentamallia on kehittänyt erityisesti Kähkönen, jonka mallissa tällaista Vennon ja Koposen esittämää olennaisuuselementtiä ei suoranaisesti ole mukana. Kähkönen nimittäin määrittelee maksukyvyttömyyden erotuksena, joka muodostuu kohdistettaessa velallisen maksuun käytettävissä olevat varat ja kassatulot tiettyinä ajanjaksona samana ajanjaksona erääntyviin maksuvelvoitteisiin, joita ovat tarkasteluajanjakson kassamenot ja kyseisenä tarkasteluajana erääntyvät velat ja vastuut.¹⁹³ Kähkönen mukaan maksukyvyttömyyden nollakohta on tilanne, kun nämä varat ja kassatulot sekä maksuvelvoitteet ovat yhtä suuret. Sen jälkeen, kun maksuvelvoitteet ovat suuremmat kuin varat ja kassatulot, kysymys on maksukyvyttömyydestä velallisesta.¹⁹⁴ Maksukyvyttömyyden olennaista pahentamista Kähkönen arvioi suhteena, joka muodostuu verrattaessa maksukykyä ennen tekoa ja teon jälkeen. Tällöin olisi mahdollista ajatella, että vaikka olennainen pahentaminen olisikin suhteellista, sillä kuitenkin on olemassa aina jokin minimiraja eli absoluuttinen rahamäärä, joka ei velkojien kannalta ole olennainen, ja toisaalta maksimimäärä, joka on aina velkojien kannalta olennainen, jolloin suhteellinen määrä jää tarkasteltavaksi näiden minimin ja maksimin väliin.¹⁹⁵

Tapauksessa KKO 1998:110 on maksukyvyttömyyden olennaista pahentamista arvioitaessa päädytty ratkaisuun, joka on samansuuntainen Kähkönen esittämän näkemyksen kanssa.

Jutussa oli kyse vastaajien syyllistymisestä velallisen epärehellisyteen kahdessa maksukyvyttömässä osakeyhtiössä, joissa niiden vaihto- ja käyttöomaisuus luovutettiin alihintaisilla kaupoilla alle kahden kuukauden kuluessa ennen konkurssia. Ensimmäisessä yhtiössä X Oy:ssä yhtiön 90.000 mk:n arvoinen vaihto- ja käyttöomaisuus luovutettiin 60.000 mk:lla eli 30.000 mk alihintaan. Yhtiön varat konkurssiinasettamishetkellä olivat n. 39.000 mk ja velat n. 2.478.000 mk eli velat olivat

¹⁹² Asiaa voidaan valaista seuraavalla esimerkillä: Yhtiön erääntyvät velat ovat tietyllä aikavälillä 100 rahayksikköä. Koska 25 rahayksikköä ko. aikana erääntyvistä veloista jää maksamatta, yhtiö on jo Vennonkin mukaan maksukyvytön. Edellyttääkö rangaistavuus sitä, että vararikkoteon suuruuden on oltava vähintään toiset 25 rahayksikköä, jotta tekoa voitaisiin pitää maksukyvyttömyyden olennaisena pahentamisena?

¹⁹³ Kähkönen 1998 s. 105.

¹⁹⁴ Kähkönen 1998 s. 108.

¹⁹⁵ Kähkönen 1998 s. 109. – Vilko on analysoimiinsa oikeustapauksiin perustuen todennut, ettei oikeuskäytännössä ole edellytetty prosentuaalisia maksuviivästyksiä eikä ole myöskään edellytetty, että veloista täytyisi olla tietty prosentuaalinen osa maksamatta jo maksukyvyttömyyshetkellä. (Vilko 2007 s. 311).

n. 2.439.000 mk varoja suuremmat. Toisessa yhtiössä Z Oy:ssä yhtiön 100.000 mk:n arvoinen käyttö- ja vaihto-omaisuus luovutettiin 50.000 mk:lla eli puoleen hintaan sen käyvästä arvosta. Yhtiön varat olivat pesäluettelossa n. 3.480.000 mk, mutta näistä varoista n. 3.358.000 mk muodostui pantatusta talletuksesta, joten vapaasti jaettavissa olevia varoja oli n. 122.000 mk. Yhtiön velat olivat n. 5.930.000 mk eli n. 2.449.000 mk kaikkia varoja suuremmat.

Käräjäoikeus katsoi menettelyn oleellisesti pahentavan yhtiön maksukyvyttömyyttä tai johtavan konkurssitilaan ja tuomitsi vastaajat velallisen epärehellisyyksistä. Sitä vastoin hovioikeus hylkäsi syytteet, sillä kauppojen alihintaisuus ei ollut olennaisesti pahentanut yhtiöiden maksukyvyttömyyttä ottaen huomioon yhtiöiden velkojen määrä. Korkein oikeus katsoi, että olennaisuusarvioinnissa keskeistä on se, missä määrin omaisuuden luovutus vastikkeettomuutensa tai muun vahingollisuutensa vuoksi heikentää velallisen kykyä maksaa velkojaan. Ratkaisun tekeminen pääasiallisesti vastikkeettomuuden ja ylivelkaisuuden määrien vertailun perusteella merkitsisi sitä, että huomattavatkin lahjanluontoiset luovutukset voisivat jäädä säännöksen sovellutusalan ulkopuolelle velallisen ollessa varoihinsa nähden runsaasti velkaantunut. KKO katsoi, ettei tällainen tulkinta ole hyväksyttävä oleellisuusvaatimuksen tarkoituksen valossa eikä muutoinkaan. Siten yhtiöiden omaisuuden alihintaiset luovutukset ”etenkin ottaen huomioon yhtiöiden velan maksuun vapaasti käytettävissä olevat varat” täyttivät RL 39:1:n tunnusmerkistön.

Ratkaisussa KKO 1998:110 Korkein oikeus torjui sen hovioikeuden soveltaman tulkintavaihtoehdon, jonka mukaan olennaisuutta arvioitaisiin siltä kannalta, mikä merkitys vararikkoteolla oli velkojien jako-osuuksien määräytymiseen. Menettelyn rangaistavuutta arvioidaan pikemminkin siltä kannalta, kuinka moitittavaan menettelyyn velallisella ylipäänsä tuossa tilanteessa on mahdollisuus, ts. mikä hänen mahdollisuutensa on käyttää määräysvaltaa omaisuuteensa ja miten hän tuota määräysvaltaa käyttää. Näin ollen vaikka velallisyhtiö olisi huomattavan ylivelkainen, merkittävän jäljellä olevan omaisuuden luovuttaminen alihintaan on velkojia vahingoittava, rangaistava teko. Ratkaisun perusteluissa käytetty ilmaisu, että toisenlainen tulkintatapa säännöksen tarkoituksen lisäksi ”ei muutoinkaan” ole hyväksyttävä, voi viitata kriminaalipoliittisiin seikkoihin. Ei voitane pitää hyväksyttävänä, että maksukyvyttömän yhtiön edustaja hankkii juuri ennen konkurssia itselleen keskituloisen yksityishenkilön varallisuusasemaan nähden huomattavan suurta, perusteetonta taloudellista etua, vaikka yhtiön velkojien jako-osuuksiin ei tällä vararikkoteolla olisikaan käytännössä mitään merkitystä. Tällainen tilanne voi aiheutua joko sen vuoksi, että velkoja on huomattavan suuri määrä tai siitä syystä, että kyseessä on jo niin suuri yritys, että sillä on myös varallisuutta huomattava määrä suhteessa

vararikkoteon arvoon. Ratkaisun KKO 1998:110 perusteella voidaankin kysyä, tulisiko olennaisuusvaatimus nähdä ennemmin tahallisuuskysymyksen arvioinnin välineenä kuin itse maksukyvyttömyyteen kytkeytyvänä objektiivisena tunnusmerkistötekijänä. Tällöin kysytään, oliko yksittäisessä tapauksessa vallitsevissa taloudellisissa olosuhteissa selvää, että kyseisellä teolla hankitaan velkojien kustannuksella epäoikeutettua taloudellista etua. Jos kysymykseen vastataan myönteisesti esimerkiksi omaisuuden luovutuksen selkeän alihintaisuuden vuoksi, olennaisuusvaatimus täyttyisi.

Nähdäkseni Kähkösen maksukyvyttömyyden laskentamalli täyttää ne tarpeet, joita velallisen epärehellisuuden tunnusmerkistön täyttymisen arviointi edellyttää, sillä siinä yhdistetään staattinen varantosuure ja dynaaminen rahavirtasuure yhdeksi kokonaisuudeksi. Laskentamalli on myös siinä mielessä selkeä, että se erottaa objektiiviset faktat velallisen edustajan subjektiivisista seikoista¹⁹⁶. On huomioitava, että mallin tarkka käyttäminen edellyttää riittävän luotettavaa kirjanpitol materiaalia, jotta tarvittavat perustiedot sekä mahdolliset oikaisut saadaan tehtyä. Kähkösen maksukyvyyn laskentamallin kannalta ongelmallisena voidaan pitää kysymystä siitä, miten valitaan se relevantti ajanjakso, miltä maksukykyä arvioidaan¹⁹⁷. Lähtökohtaisesti velallisen epärehellisyydessä aikaväli voitaneen useimmiten määritellä siten, että tarkastelun kohteeksi otetaan ensimmäisen väitetyn rikollisen vararikkoteon ja konkurssiin asettamisen välinen ajanjakso.

4.4 Maksukyvyttömän yrityksen liiketoiminnan jatkaminen: rikollista toimintaa vai sallittua riskinottoa?

Velallisen epärehellisyytenä on rangaistavaa mm. tahallinen velvoitteiden perusteeton lisääminen, jos sillä aiheutetaan maksukyvyttömyys tai sitä pahennetaan olennaisesti¹⁹⁸. HE 66/1988:ssa on tuotu esiin tekotavan perusongelma: tietyissä tilanteissa voi olla yhteiskunnan ja velkojien

¹⁹⁶ Laskentamalli ei esimerkiksi huomioi itse millään tavoin RL 39:1:een liittyvää ”olennaisuutta”, vaan olennaisuuden arvioinnissa voidaan ottaa matemaattisten seikkojen lisäksi huomioon myös muita olosuhteita. Myös syy-yhteyttä arvioitaessa (aiheutuiko maksukyvyttömyys vararikkoteosta) Kähkösen malli ei ota huomioon subjektiivisia elementtejä, vaan nämä seikat voidaan ottaa huomioon tahallisuuden arvioinnissa (esim. aiheutuiko maksukyvyttömyys pikemminkin yrityksen ulkoisista seikoista, joista velallisen edustaja ei ollut teon hetkellä tietoinen?). Laskentamalli toki sisältää subjektiivisia elementtejä siinä mielessä, että esimerkiksi omaisuuserien arvostamisessa joudutaan pohtimaan, huomioidaanko omaisuuserät ”going concern” -arvojen vai likvidaatioarvojen perusteella, kun em. arvot saattavat poiketa merkittävästikin toisistaan.

¹⁹⁷ Ks. Kähkönen 1998 s. 109–110.

¹⁹⁸ RL 39:1 4-kohta.

kokonaisedun kannalta tärkeämpää, että taloudellisessa kriisitilanteessa olevan yrityksen toimintaa pyritään jatkamaan ja tervehdyttämään. Toisaalta velkojien suojeleuintressi korostuu tilanteissa, joissa kriisitilanteessa oleva velallinen toimii velkojiensa eduista piittaamattomasti esimerkiksi käyttämällä varoja selvästi tappiolliseen liiketoimintaan. Tällöin kyseessä voi olla rangaistava velvoitteiden perusteeton lisääminen.¹⁹⁹

Oikeuskirjallisuudessa rangaistavaa menettelyä on pyritty täsmentämään. Vento, Salminen ja Tapani ovat todenneet, että tekotapa voi täytyä esimerkiksi silloin, kun otetaan lisävelkaa kannattamattomaan tuotantoon. Kriisitilaisessa yrityksessä jatkuva tappio pahentaa erityisesti etuoikeudettoman velkojan riskiä. Taloudellisten vaikeuksien lisääntyessä yritys siirtyy yhä kalliimpiin lainamuotoihin ja samalla yrityksen rahoitusrakenne heikkenee entisestään.²⁰⁰ Nuutila on puolestaan katsonut, että tekotapa voi täytyä silloin, kun velallinen viivyttää konkurssia tekemällä taloudellinen tilanne huomioon ottaen perusteettomia lisäsitoumuksia, jotka huonontavat likviditeettiä. Perusteettomuuden arviointi on sitoumusten kokonaisvaltaista tarkastelua siltä kannalta, mitä vaikutuksia sitoumuksilla oli kriisitilanteeseen.²⁰¹ Tapani toteaa lisäksi, että mikäli yhtiön toiminta on alusta alkaen ollut tappiollista ja verojen ja maksujen suorittaminen laiminlyödään systemaattisesti, on velvoitteita lisätty perusteettomasti jo alusta lähtien.²⁰²

Ruotsissa velvoitteiden perusteeton lisääminen maksukyvyttömyystilassa on rangaistavaa erillisenä BrB 11:3:n²⁰³ ”vårdslöshet mot borgenärer” -rikoksena. Tunnusmerkistö täyttyy mm. niissä tapauksissa, joissa liiketoimintaa jatketaan maksukyvyttömyystilassa käyttäen huomattavia varoja liiketoimintaan, mistä ei saada kuitenkaan vastaavaa hyötyä. Vastaajan tahallisuuden tulee koskea tietoisuutta teon varallisuusasemaa huonontavasta luonteesta, mutta seuraustunnusmerkistön (taloudellisen tilan huononeminen) osalta riittävää on törkeä huolimattomuus. Itse taloudellisen kriisitilan²⁰⁴ osalta

¹⁹⁹ HE 66/1988 s. 162. HE 66/1988:ssa tuodaan esiin muina tekotavan muotoina mm. varojen käyttäminen liikkeen toiminnan kannalta hyödyttömiin hankintoihin tai ryhtyminen epäedullisiin liiketoiminnan kannalta perusteettomiin vastuusitoumuksiin.

²⁰⁰ Vento 1992 s. 53, Salminen 1998 s. 271, Tapani 2010a s. 549–550.

²⁰¹ Nuutila 2002 s. 1240–1241.

²⁰² Tapani 2010a s. 702.

²⁰³ BrB 11:3: ”Den som, när han är på obestånd eller när påtaglig fara föreligger för att han skall komma på obestånd, fortsätter rörelse under förbrukande av avsevärda medel utan motsvarande nytta för rörelsen eller lever slösaktigt eller inlåter sig på äventyrligt företag eller lättsinnig ansvarsförbindelse eller vidtar annan sådan åtgärd och därigenom uppsåtligt eller av grov oaktsamhet försämrar sin förmögenhetsställning i avsevärd mån, döms för vårdslöshet mot borgenärer till fängelse i högst två år. Vad som nu sagts skall gälla även om gärningsmannen inte insåg men hade skäliga anledning anta att han var på obestånd eller att påtaglig fara förelåg för att han skulle komma på obestånd.”

²⁰⁴ Tunnusmerkistön kannalta oli riittävää, että velallinen oli maksukyvytön tai maksukyvyttömyyden vaara oli selvä (”på obestånd eller påtaglig fara för obestånd”).

riittävää on, että velalliselta voidaan kohtuudella edellyttää tämän ymmärtävän kriisitilan olemassaolo.²⁰⁵

Ruotsissa Dahlqvist ja Holmqvist ovat katsoneet, että tilanteissa, joissa velallinen säännönmukaisesti myy luotolla ostamiaan tavaroita alle ostohinnan, tulisi ensisijaisesti soveltaa velallisen epärehellisyyttä koskevaa säännöstä. ”Vårdslöshet mot borgenärer” saattaa olla konkurrenssissa myös tavarantoimittajiin kohdistuvan petosrikoksen kanssa. Edelleen Dahlqvist ja Holmqvist ovat katsoneet, että kun BrB 11:8:n mukaan syytteen nostaminen ”vårdslöshet mot borgenärer” -rikoksesta edellyttää erityisiä yleisiä syitä, voivat rikoksentekijän henkilökohtaiset olosuhteet johtaa siihen, ettei syytettä ole perusteltua nostaa. Henkilökohtaiset konkurssista aiheutuneet vaikeudet, henkilökohtainen korvausvelvollisuus tai se, että liiketoimintaa on jatkettu työpaikkojen ylläpitämiseksi voivat puhua syytteen nostamista vastaan. Sitä vastoin suuret yksityisötöt tai aikaisempi velkojia vahingoittava toiminta voivat olla perusteita syytteen nostamiselle.²⁰⁶

Suomalaisessa oikeuskäytännössä tekotapaa koskevat ratkaisut ovat olleet varsin harvalukuisia, mitä voidaan pitää jossain määrin yllättävänä ottaen huomioon esitöissä ja oikeuskirjallisuudessa esitetyt esimerkit, jotka ehkä antaisivat mahdollisuuden soveltaa tekotapaa varsin tavanomaisiinkin konkurssitapauksiin. Tekotapaa koskevia KKO:n julkaistuja ennakkopäätöksiä on ainoastaan yksi (KKO 2002:46)²⁰⁷, joka sekin koski yksityishenkilön taloudellisessa kriisitilanteessa tekemää elatusapusopimusta, jossa määrätyt elatusmaksut ylittivät selvästi tavanomaisen määrän. Velvoitteiden perusteeton lisääminen on ollut yksi tekotapa myös KKO:n julkaisemattomassa ratkaisussa 2157/15.10.2007²⁰⁸, jossa kuljetusliiketoimintaa harjoittanut osakeyhtiö X²⁰⁹ Oy myi maksukyvyttömyystilassa yhtiön omistamat kolme autoa yhtiön osakekannan omistaneelle A:lle. Hän vuokrasi autot takaisin yhtiölle, jolla oli kuitenkin velvollisuus vastata kaikista autoihin liittyvistä kuluista. Puoli vuotta myynnin ja vuokrasopimuksen solmimisen jälkeen A korotti X Oy:n maksettavaa vuokraa. X

²⁰⁵ Prop. 2004/05:69 s. 44.

²⁰⁶ Dahlqvist-Holmqvist 2010 s. 118. – Ks. myös velallisen epärehellisyyttä koskeva ratkaisu NJA 2008 s. 848 (NJA 2008:70), jossa purkuasiassa oli kyse siitä, voiko riskipitoinen liiketoimi olla velallisen epärehellisyydessä tarkoitettua omaisuuden hävittämistä.

²⁰⁷ KKO 2002:46: Taloudellisissa vaikeuksissa ollut A oli avopuolionsa B:n kanteesta myöntämisenä perusteella velvoitettu suorittamaan heidän alaikäisille lapsilleen elatusapua määrän, joka selvästi ylitti sen, mitä lasten tarpeet ja A:n maksukyky huomioon ottaen voitiin pitää riittävänä elatuksena. A:n menettelyn vuoksi muut velkojat jäivät A:n palkkaan kohdistuneessa ulosmittauksessa ilman suoritusta. A:n katsottiin rikoslain 39 luvun 1 §:ssä tarkoitetulla tavalla lisänneen perusteettomasti velvoitteitaan ja oleellisesti pahentaneen maksukyvyttömyytään velkojien vahingoksi.

²⁰⁸ Dnro R2006/730.

²⁰⁹ Nimien muutokset X Oy:ksi ja A:ksi kirjoittajan.

Oy:n maksamilla vuokrilla kuitattiin A:n velkoja X Oy:lle. KKO tarkasteli myyntiä, takaisinvuokrausta ja muita toimenpiteeseen liittyneitä seikkoja kokonaisuutena. KKO katsoi, ettei järjestelyllä sen tekohehkellä voitu arvioida olevan liiketoiminnan kannattavuutta tai yhtiön maksukyvyttömyyttä parantavaa vaikutusta. ”Yhtiön liiketoiminnan kannalta järjestely on merkinnyt, yhden velkaerän maksamista lukuunottamatta, ainoastaan kustannusten lisääntymistä. – Järjestelyihin ei ole ollut yhtiön toimintaan liittyvää todellista ja oikeudellisesti perusteltua syytä.” Järjestelyn tarkoitus oli KKO:n mukaan vapauttaa A yhtiölle olevista veloistaan.²¹⁰ Ratkaisussa KKO 2157/15.10.2007 tuodaan pelkän kannattamattoman liiketoiminnan jatkamisen lisäksi esiin epäasiallinen hyötymistarkoitus. Omistaja vapautui veloistaan kriisitilayhtiölle epätavanomaisin järjestelyin, jotka eivät pitkällä tähtäimellä olleet yhtiön edun mukaisia. Näissä olosuhteissa ratkaisussa ei annettu merkitystä sille, että autojen vuokraaminen ulkopuolisilta olisi tullut mahdollisesti maksamaan enemmän. Teon motivaatiotausta huomioon ottaen rangaistusvastuuta tahallisesta velvoitteiden perusteettomasta

²¹⁰ Ratkaisu on myös velallisen epärehellisyyttä koskevan ”varallisuusaseman todellinen heikentäminen” -opin (ks. Heinonen 1966 s. 33–38, 295–296, KKO 2000:74, HE 53/2002 s. 9, Koponen 2004 s. 102–105 ja 187–188, Koponen 2007 s. 109–119, Kukkonen 2010 erit. s. 12–33) kannalta mielenkiintoinen ratkaisu. KKO katsoi, että myös autojen myynti oli velallisen epärehellisyydessä tarkoitettu ilman hyväksyttävää syytä tapahtunut luovutus, vaikka asiassa ei ilmennytäkään autojen myyntihinnan olleen käypää arvoa alaisempi ja vaikka kauppahinta maksettiin lähes kokonaisuudessaan rahana, joka käytettiin yhtiön verovelkojen maksuun. Ratkaisun perusteella maksukykyä arvioitaisiin Kähkösen laskentamallin mukaisesti eikä kaavamaisesti siltä kannalta, mikä vaikutus teolla on pelkkään taseasemaan. KKO:n perusteluista: ”7. Kysymyksessä olevaa 30.7.2000 tapahtunutta autojen myyntiä ja takaisinvuokrausta on arvioitava yhtenä kokonaisuutena. Arvioitaessa, onko menettely pahentanut yhtiön maksukyvyttömyyttä, ei merkitystä ole pelkästään sillä, onko autoista maksettu kauppahinta sinänsä ollut käypää hintaa vastaava tai onko sovitettu vuokra ollut autojen vuokraustoimintaa harjoittavien liikkeiden perimiä vuokria alaisempi. Maksukyvyttömyyden pahenemisen arvioinnissa keskeistä on tarkastella teon vaikutusta velallisen kykyyn maksaa erääntyneitä velvoitteitaan kohtuullisessa ajassa. *Ratkaisevaa ei tällaisessa tilanteessa ole velallisen kokonaisvarallisuuden suhde velkoihin, vaan ennen kaikkea maksuihin käytettävissä olevien varojen ja tulojen suhde samana ajanjaksona erääntyviin velvoitteisiin* (kursivointi kirjoittajan). Kuljetustoiminnassaan tarvitsemansa autot luovuttaessaan ja ne takaisin vuokratessaan maksukyvytön yhtiö on sitoutunut uusiin kuukausittaisiin 7 500 markan vuokrakuluihin sekä lisäksi maksamaan autojen käytöstä aiheutuvat muut kulut. Jo mainittu säännöllinen kuukausittainen kustannuslisä on heikentänyt yhtiön velnamaksukykyä eikä heikentäminen ole ollut pitkään maksukyvyttömänä olleessa yhtiössä velkojen kannalta merkityksetön. Yhtiön autoista saamalla 90 000 markalla on A:n mukaan maksettu yhtiön verovelkaerä eikä kauppahinnalla ole ollut maksukyvyttömyyttä korjaavaa vaikutusta. Tammikuun 3 päivänä 2001 tehdyllä sopimuksella vuokramenot ovat moninkertaistuneet, mikä on edelleen pahentanut yhtiön maksukyvyttömyyttä. Autojen myyntiä ja takaisinvuokrausta koskevat järjestelyt ovat siten olennaisesti pahentaneet yhtiön maksukyvyttömyyttä.” – Tältä osin kyseessä oli äänestysratkaisu 4–1, vähemmistöön jäänyt jäsen katsoi, ettei autojen myynti ja takaisinvuokraus sellaisenaan ole pahentaneet yhtiön maksukyvyttömyyttä, kun kauppahinnan ja vuokran ei näytetty poikenneen käyvistä arvoista. Vähemmistön jääneen jäsenen näkemyksen voidaan katsoa edustavan ratkaisussa KKO 2000:74 omaksuttua kantaa.

lisäämisestä voidaan pitää varsin perusteltuna.

Hovioikeustasolla tekotapaa koskevia julkaisemattomia ratkaisuja on olemassa laajemminkin tapauksista, joissa kyseessä on ollut nimenomaan tappiollisen yrityksen toiminnan pitkittäminen²¹¹.

Tekotapaa koskevien oikeustapausten harvinaisuus voi johtua siitä, että velvoitteiden lisäämisen perusteettomuuden arviointia voidaan pitää varsin vaikeana tehtävänä. Tätä vaikeutta on ehkä lisännyt yhteiskunnan asenneilmastossa tapahtunut tietty muutos: epäonnistumista yritystoiminnassa ei enää pidetä yhtä häpeällisenä kuin ennen, vaan riskinottoon suhtaudutaan kannustavammin. Tätä asenneilmaston muuttumista kuvaa ehkä sekin, että ennen 1.1.1991 voimaan tullutta RL 39:1:ä konkurssin pitkittäminen oli sellaisenaan rangaistavaa²¹². Sen jälkeen voimaan tulleen RL 39:1:n säännöstä voidaan pitää tätä lievempänä. Myöhemmin on vielä säädetty kokonaan uusi yrityssaneeraus- ja velkajärjestelylainsäädäntö, joiden avulla pyritään saamaan maksukyvyttömistä taloudellisista toimijoista kansantalouden kannalta tuottavia yksiköitä siitä huolimatta, että velkojille aiheutuisi tästä jonkin verran tappioita²¹³. Tekotavan harvinaisuus voi johtua myös siitä, että joissakin tapauksissa luoton ottaminen tavarantoimittajilta maksukyvyttömyystilassa on voitu käsitellä myös RL 36:1:n petoksena²¹⁴.

Tekotavan soveltamisen kannalta keskeinen kysymys on, milloin ylitetään se ”kriittinen piste”, jolloin tappiollista liiketoimintaa harjoittavan velallisen toiminta loukkaa niin selvästi velkojakollektiivia, että liiketoiminta on lopetettava tai lisävelkaantumisen seurauksena rikosvastuu RL 39:1:n nojalla. Kyse ei enää ole rikosoikeudellisesti sallitusta riskinotosta, vaan tahallisesta velkojien vahingoittamisesta.

Kielletyn ja sallitun riskin rajanvetoa on rikosoikeudessa kuvattu teon huolimattomuus -opin avulla.²¹⁵ Teon huolimattomuuden vaatimus voidaan pelkistää seuraavasti: Rikosoikeudellisen vastuun edellytyksenä on, että

²¹¹ 1) Helsingin HO 26.9.2008/2660. 2) VaaHO 17.6.2005/921. 3) Kouvolan HO 3.1.2003/1358. 4) Itä-Suomen HO 19.11.1998/1371. 5) THO 6.3.1998/607.

²¹² Ennen 1.1.1991 voimassa olleen RL 39:3:n mukaan mikäli konkurssitilaan joutuneen velallisen havaittiin konkurssia viivyttääkseen jatkaneen kauppaansa tai elinkeinoansa ja sillä aikaa ottaneensa lainaksi rahaa tai tavaraa, rangaistiin tätä huolimattomana tai kevytmielisenä velallisena enintään yhden vuoden vankeudella.

²¹³ Huplin käsityksen mukaan saneerauslainsäädäntö toteuttaa samanaikaisesti sekä velkojien täytäntöönpano- ja saneerausintressiä, jolla tarkoitetaan velallisyrittäjien ja sitä ympäröivän laajemman yhteisön tarvetta ja oikeutta rajoittaa velkojan oikeuksien toteuttamista, jotta velallisen ongelmia voitaisiin korjata pidemmän aikavälin suunnittelulla. (Hupli 2004 s. 2–4.)

²¹⁴ Ks. esim. VaaHO 17.6.2005/921 (Dnro R03/1135), jossa tosin tuomittiin molemmista rikoksista samanaikaisesti.

²¹⁵ Teon huolimattomuus -termin on lanseerannut Jareborg. Teon huolimattomuus -opin perusteista ks. Jareborg 1979 s. 193–194. Ks. myös Asp – Ulväng – Jareborg 2010 s. 146–197.

tekijä on aiheuttanut oikeudellisesti relevantin vaaran (ottanut kielletyn riskin) ja tämä vaara on realisoitunut tunnusmerkistön mukaisessa seurauksessa (riskinoton oltava relevanttia tunnusmerkistön kannalta). Lisäksi tunnusmerkistön on ulotuttava konkreettiseen vahinkoseuraukseen.²¹⁶ Tyypillisesti teon huolimattomuus -oppi tulee sovellettavaksi tuottamuksellisissa rikoksissa, mutta oppi koskee myös tahallisia rikoksia²¹⁷.

Frände on kiteyttänyt teon huolimattomuus -opin tausta-ajatuksen siten, että opin avulla voidaan sulkea rangaistavuuden ulkopuolelle ne teot, jotka kylläkin ovat kausaalisesti aiheuttaneet tietyn rikosoikeudellisesti relevantin seurauksen, mutta joita voidaan pitää tästä huolimatta tekojen luonteen ja ominaisuuksien johdosta oikeusjärjestyksen kannalta hyväksyttävänä – tekijä on ottanut sallitun riskin²¹⁸. Frände on katsonut, että selvästi kielletystä riskinotosta on kyse silloin, kun menettely on ollut vastoin rikosoikeudellisesti sanktioituja turvallisuusmääräyksiä, vaikka seuraus olisikin tekijän kontrollimahdollisuuksien ulkopuolella²¹⁹. Epäselviä tilanteita ovat puolestaan ne tapaukset, joissa menettely on ollut sellaisten normien vastainen, joiden rikkomista ei ole sanktioitu rikosoikeudellisin seuraamuksin. Fränden mukaan kuitenkin useimmissa tapauksissa sellaisten normien rikkomisen, joiden tarkoituksena on vahinkojen estäminen, täyttää kielletyn riskinoton kriteerit²²⁰. Silloin kun vahingon aiheuttanut teko ei ole oikeudellisesti velvoittavan tai epävirallisen normin vastainen, on riskinoton sallittavuutta arvioitaessa verrattava teon hyötyä ja vahingon todennäköisyyttä toisiinsa²²¹. Selvästi sallitusta riskinotosta on kysymys silloin, kun vahingon aiheuttanut teko vähentää jo olemassa olevaa riskiä²²².

Tahallisten talousrikosten osalta Tapani on katsonut teon huolimattomuus -opin voivan tarjota normatiivisia tulkintastandardeja, joita voidaan

²¹⁶ HE 44/2002 s. 89–90, 95–97, Jareborg 1979 s. 193–194, Nuutila 1996 s. 275, Frände 2004 s. 98–99.

²¹⁷ RL 3:7:ssä on säädetty tuottamuksen edellytyksenä mm. se, että tekijä on rikkonut olosuhteiden edellyttämää huolellisuusvelvollisuutta. Tällä on HE 44/2002 (s. 95) tarkoitettu viitata nimenomaan objektiiviseen teon huolimattomuus -oppiin. Frände on katsonut, että RL 3:7.1:n määritelmä on riittämätön ja valittu systemaattinen ratkaisu säätää teon huolimattomuudesta tuottamuksen määritelmän yhteydessä on myös fragmentaarinen. Frände 2004 s. 99. Ks. myös Jareborg 1979 s. 193, Nuutila 1996 s. 273, Frände 2004 s. 99. Nuutila on käsitellyt teon huolimattomuus -oppia sekä kielletyn ja sallitun riskin rajanvedosta erityisesti tuottamuksellisissa rikoksissa laajasti väitöskirjassaan (ks. Nuutila 1996 s. 272–398).

²¹⁸ Frände 2004 s. 99–100.

²¹⁹ Frände 2004 s. 102. – On huomattava, ettei kiellettyä tai sallittua riskinottoa ole mielekäästä arvioida tapauksissa, joissa seuraus on koko ajan tekijän kontrolloitavissa. (Asp – Ulväng – Jareborg 2010 s. 152–162, Frände 2004 s. 101.)

²²⁰ Frände 2004 s. 104.

²²¹ Frände 2004 s. 106. Ks. vastaavasti Asp – Ulväng – Jareborg 2010 s. 193.

²²² Frände 2004 s. 107. Esimerkkinä tällaisesta tilanteesta Frände mainitsee lääkärin, jonka hoitotoimenpiteet lykkäävät uhkaavaa kuolemaa, mutta toisaalta muodostavat myöhemmin uuden osasyyn potilaan kuolemalle.

hyödyntää mm. tahallisen rangaistavan petoksen tulkinnessa ja systematisoinnissa²²³. Koponen on katsonut, että tahallisissa talousrikoksissa kielletyn riskin teemaa voidaan soveltaa mm. velallisen epärehellisuuden seuraustunnusmerkkiin eli maksukyvyttömyyteen, mutta myös tunnusmerkistön konkreettista vaaraa koskevat tunnusmerkistöosat sopivat kielletyn riskin käsitteen alaisuuteen²²⁴. Sallitun riskin käsitteen nojalla voidaan rangaistavuuden ulkopuolelle sulkea ne tilanteet, joissa syy-yhteys ja ennalta-arvattavuus toteutuvat, mutta teon sosiaalisen hyväksyttävyyden vuoksi kriminaalipoliittisia perusteita rankaisemiseen ei ole.²²⁵ Vento on pyrkinyt kuvaamaan kielletyn ja sallitun riskinoteroa velallisen rikoksissa ”huolellisen yrittäjän mittapuulla”: riskipitoinen, mutta taloudellisesti järkevä ja velkojien ja myös yleisen edun mukainen toiminta ei täytä velallisen rikoksen tunnusmerkistöjä, vaan tällainen toiminta voi kuulua normaaliin yritys-elämään. Sitä vastoin tilanne voi olla päinvastainen, mikäli yrityksen saneerauksesta saatava hyöty jää pienemmäksi kuin velkojien hyöty nopeammassa likvidaatiomenettelyssä. Kyseessä onkin intressivertailu toimintaan liittyvien vaarojen ja tavoiteltavan hyödyn välillä. Tässä intressivertailussa otetaan huomioon kuitenkin velkojien intressien ohella huomioon myös yleiset yhteiskunnalliset eli yli-individuaaliset intressit. Vennon näkemys voitaneenkin tiivistää siten, että mitä enemmän velkojien intressit ovat vaarantuneena, sitä huolellisemmin yritysjohtajan on meneteltävä sekä punnittava toimintansa perusteita ja vaikutuksia.²²⁶

Teon huolimattomuus -oppi liitetään tavallisesti tunnusmerkistön mukaisuuteen²²⁷. Nyt käsiteltävä tunnusmerkistö (RL 39:1 4 kohta) tulee sovellettavaksi tilanteessa, jossa kuitenkin tyypillisesti yhteiskunnan kannalta hyväksyttävää on myös velkojien kannalta riskialtis toiminta. Tunnusmerkistön mukaan teko on kuitenkin rangaistava vain tahallisena. Kun riskialttiin toiminnan rikosoikeudellista sallittavuutta on hyvin vaikea erottaa avoimen tunnusmerkistökäsitteen tulkinnan avulla, kysymyksen kielletyn ja sallitun riskinoteroa rajoista voidaan nähdäkseni katsoa näyttäytyvän viime kädessä erityisesti tahallisuuskysymyksenä. Teon huolimattomuus -opin yhteydessä esitetyt kriteerit kielletyn ja sallitun riskinoteroa rajoista

²²³ Tapani 2004a erityisesti s. 10–11, 109–117, 229–230.

²²⁴ Koponen tarkoittaa konkreettisella vaarantamisosalla vanhan RL 39:1:n ”tietäen...voivan vahingoittaa velkojiensa taloudellisia etuja” -tunnusmerkistöosaa. Nähdäkseni myös RL 39:1:n 4 kohdassa perusteettomuus -kriteeri viittaa nimenomaan velkojille aiheutettuun konkreettiseen vaaraan.

²²⁵ Koponen 2004 s. 267–269.

²²⁶ Vento 1994 s. 236–244. Huolellisesta henkilöstä mittapuuna ks. myös Nuutila 1996 s. 334–336.

²²⁷ Frände 2004 s. 98–99, Nuutila 1996 s. 525–526, Asp – Ulväng – Jareborg 2010 s. 35–38, vrt. Jareborg 1979 s. 193.

ja niiden määrittämisestä voivat kuitenkin toimia apuna subjektiivista tahallisuutta arvioitaessa; ts. milloin toiminta poikkeaa normatiivisista kriteereistä niin paljon, että toiminta täyttää tahallisen rikoksen kriteerit eikä asiassa ole enää mielekästä puhua pelkästä tekijän tuottamuksellisesta normien rikkomisesta. Nähdäkseni teon huolimattomuus -oppi ei ole nyt käsiteltävässäkään tunnusmerkistössä välttämätön kielletyn ja sallitun riskinoton punninnan apuväline, vaan vastaavankaltaista arviointia voidaan tehdä myös esimerkiksi sosiaaliadekvaattisuuden kautta. Sosiaaliadekvaattisuudella tarkoitetaan tilannetta, jossa lähtökohtaisesti kriminalisoitua menettelyä pidetään kuitenkin sallittuna siihen liittyvien yhteiskunnallisten ja sosiaalisten ulottuvuuksien vuoksi. Tällöin voidaan punnita toiminnan yhteiskunnallisia hyötyjä ja haittoja mm. toiminnan sosiaalisen merkityksen, uhattujen oikeushyvien painoarvon, vahinkoseurauksen todennäköisyyden sekä tekijän varoimenpidemahdollisuuksien arvioinnin avulla.²²⁸

Teoriassa voitaneen ajatella, että edellä mainittu ”kriittinen piste” kielletyn ja sallitun riskinoton välillä RL 39:1:n soveltamistilanteissa olisi määriteltävissä esimerkiksi liiketaloustieteen metodein, kuten esimerkiksi osakeyhtiön oman pääoman määrän avulla (objektiivinen kriteeri)²²⁹. Toisaalta se voidaan hahmottaa tekijän tietoisuuden, toiminnan ja tahdon suuntautumisen kautta eli pikemminkin juridisena tahallisuuskysymyksenä. Kysymys on myös siitä, missä vaiheessa velalliselle tulee sopijakumppaneitaan kohtaan aktiivinen tiedonantovelvollisuus omasta taloudellisesta tilanteestaan²³⁰. Voidaan katsoa, että yritystoiminnan laatuun nähden rahamäärältään suurissa velaksi tapahtuvissa hankinnoissa velallisen on informoitava taloudellisista seikoistaan vastapuolta aikaisemmin kuin tavanomaisissa ostoveloissa, joiden yksittäiset määrät ovat pieniä. Ongelmallisena voidaan pitää sitä, missä vaiheessa maksukyvyttömyyden salaamisella loukataan itse asiassa kaikkia konkurssimenettelyssä osallisena olevia velkojia eikä vain tiettyjä yksittäisiä velkojia, joiden asema perustuu erehdyttämiseen sopimusta tehtäessä²³¹.

²²⁸ Vrt. Nuutila 1996, joka liittyy normatiivisten kriteereiden vastaisen toiminnan objektiiviseen tunnusmerkistön mukaisuuteen eikä subjektiivisiin syyllisyyskysymyksiin. (Esim. Nuutila 1996 s. 180–181 ja 525–528.) Ks. sosiaaliadekvaattisuudesta lainsoveltamistoiminnassa esim. Melander 2008 s. 498–501.

²²⁹ Vrt. esim. Ruotsi, jossa ABL 25:18:n (SFS 2005:551) mukaan osakeyhtiön hallitus voi tulla vastuulliseksi osakeyhtiön velvoitteista, mikäli oma pääoma alittaa puolet osakepääomasta eikä hän ryhdy toimenpiteisiin yhtiön asettamiseksi selvitystilaan. ABL 25:19:n mukaan myös päätökseen osaa ottanut osakkeenomistaja voi joutua korvausvelvolliseksi.

²³⁰ Maksukyvyttömyyden salaaminen eli tiedonantovelvollisuuden laiminlyöminen on tavallinen petosrikoksen muoto. Ks. esim. Tapani 2000 s. 705.

²³¹ Kysymys on siis rajanvedosta petoksen (RL 36:1) ja velallisen epärehellisuuden (RL 39:1) välillä. Rajanveto on sikäläkin merkittävä, että petoksessa asianomistajana on yksittäinen velkoja, kun taas velallisen epärehellisyudessa konkurssipesä edustaa koko velkojakollektiivia. Mikäli tekoja tarkasteltaisiin pelkkinä petoksina, yksittäisessä tapauksessa asianomistajien lukumäärä saattaisi nousta huomattavan korkeaksi.

Liiketoiminnan jatkuvuutta ylläpitämään pyrkivältä yritysjohdolta voidaan edellyttää toiminnan tervehdyttämistoimenpiteisiin ryhtymistä siinä vaiheessa, kun liiketoiminta kääntyy tappiolliseksi ja kun tämän tappiollisuuden ei ennakoida olevan niin lyhytaikaista, että se voidaan kattaa yrityksen olemassa olevaa varallisuutta hyväksi käyttäen. Tuossa vaiheessa osakeyhtiömuotoisen yrityksen on myös pidättäydyttävä jo vastikkeettomasta varojenjaosta omistajille²³². Mikäli tappiollisuuden ennakoidaan jatkuvan pitemmän aikaa, tervehdyttämistoimet voivat edellyttää yritysaneeraukseen hakeutumista esimerkiksi siinä tapauksessa, että tervehdyttämistoimet on tehtävä vastoin velkojien tahtoa²³³. Yritysjohdolla ei pääsääntöisesti voida katsoa olevan rikosoikeudellisesti sanktioitua velvollisuutta informoida tavanomaisia pienvelkojia taloudellisesta tilanteestaan, vaikka yritysjohto olisikin jo aloittanut valmistelut yritysaneeraukseen hakeutumisesta²³⁴. Mikäli yritysjohto tiedottaisi aktiivisesti tavarantoimittajiaan mahdollisesta maksukyvyttömyydestä, voisi tämä toimi itsessään johtaa liiketoiminnan päättymiseen, mikäli tavarantoimittajat ja mahdollisesti myös asiakkaat lopettaisivat varoimena liikesuhteet yrityksen kanssa²³⁵. Sen sijaan ak-

²³² OYL:n varojenjakooedellytyksistä tarkemmin seuraavassa luvussa.

²³³ Kysymys on tällöin tyypillisesti yritysaneerauslain 3 §:ssä tarkoitetusta uhkaavan maksukyvyyn tilanteesta. – Yritysaneerausmenettelyn kustannukset (selvittäjän palkkio ym.) voivat helposti nousta niin korkeiksi, ettei lakisääteinen saneerausmenettely ole tosiasiallisesti käytettävissä kaikkein pienimmillä yrityksillä. Näin ollen velvoitteiden perusteetonta lisäämistä tarkasteltaessa ei arviota voitane perustaa pelkästään siihen seikkaan, onko yritys hakenut yritysaneerausta, vaan huomioon on otettava myös muut, vapaamuotoisemmat toiminnan tervehdyttämistoimenpiteet.

²³⁴ Vrt. Tapani, jonka mukaan petoksen tunnusmerkistö voi täytyä jo siinä vaiheessa, kun A uskoo, että on selvästi epätodennäköisempää, ettei hän voi täyttää maksuvelvollisuuttaan kuin se, että hän voi täyttää maksuvelvoitteensa. A voi tällöin tarkoittaa yrittää täyttävänsä maksuvelvollisuutensa, mutta tuskin tarkoittaa täyttävänsä maksuvelvoitteensa. (Tapani 2010a s. 501.) – Yritysaneerauksessa tyypillisesti velkojien saamia osuuksia leikataan, jolloin yritysaneerausta valmisteltaessa yritysjohto voi lähteä siitä, ettei maksuvelvollisuutta tulla ainakaan täysimääräisesti täyttämään. Tästä huolimatta liiketoiminnan normaali jatkaminen ei käytännössä tule petosrikoksena arvioitavaksi, mikäli yritys on hakeutunut yritysaneeraukseen.

²³⁵ Tiukasti ajatellen tällaisessa tilanteessa yritysjohto on korottanut tavarantoimittajan luottoriskiä, minkä välttämiseen yritysjohdolla olisi ollut mahdollisuus. Rangaistusvastuun rakentaminen riskinorotusteorian varaan ei ole kuitenkaan kuvatussa tilanteessa nähdäkseen perusteltua, vaan teko jää rangaistavuuden ulkopuolelle sen sosiaalisen hyväksyttävyyden vuoksi. Liiketoiminnan pelastamisyrittämisestä pidetään tuossa tilanteessa hyväksyttävänä perusteena, minkä vuoksi kyseessä ei ole ”oikeudettoman” taloudellisen hyödyn hankkiminen. Riskinorotusteoriasta petoksessa ks. Tapani 2004a s. 170–175, joka on kiinnittänyt huomiota uhrin ”omaan myötävaikutukseen”, ts. velvollisuuteen toimia omalta kannaltaan huolellisesti (s. 175). Kuvatussa esimerkissä tyypillinen tavarantoimittaja ei kuitenkaan omalla huolellisellakaan toiminnalla voi välttää luottoriskiä informaatioepäsymmetrian vuoksi. Vastuuarvioinnissa onkin nähdäkseen mentävä yleisemmän tason kysymykseen siitä, millaista rikosoikeudellista suojaa liike-elämän toimijoille on tarkoitus antaa ja millaisena rikosoikeuden asema nähdään yhtenä osana velkojia suojaavaa normijärjestelmää (vrt. Tapani 2004a s. 175).

tiivisen informointivelvollisuuden laiminlyönti suurempia velkojia (esim. merkittävän investoinnin rahoittajia ja muita sopimuskumppaneita) kohtaan voi johtaa jo tuossa tilanteessa kysymykseen RL 36:1:n täyttymisestä. Mikäli investoinnilla on ollut kuitenkin selvästi tarkoitus tervehdyttää liiketoimintaa, puuttunee petokselta oikeudettoman hyödyn hankkimis-
tarkoitus eikä teko siten ole rangaistava.

Siinä tapauksessa, että yritysjohto ei ryhdy tappiollisen liiketoiminnan tervehdyttämistoimiin, vaan jatkaa liiketoimintaa entiseen tapaan velkaantuen jatkuvasti lisää, voi olla perusteltua arvioida myös rikosoikeudellisten normien soveltumista. Ongelmallista tässä voi olla erityisesti tahallisuuden arviointi: miten RL 39:1:ä (tai RL 36:1:ä) sovellettaessa erotetaan osamattomuudesta ja ylioptimistisesta tulevaisuudenuskosta johtuen velkojille aiheutuneet tappiot sellaisesta toiminnasta, jossa kyse on tietoisesta velkojia vahingoittavasta toiminnasta?²³⁶ Tappiollisen liiketoiminnan jatkamisen rangaistavuutta arvioitaessa voitaneen kiinnittää huomiota osakeyhtiömuotoisessa yrityksessä mm. siihen, onko yritys tehnyt OYL 23:21:ssa tarkoitetun rekisteri-ilmoituksen osakepääoman menettämisestä. OYL 23:21:n voitaneen katsoa olevan luonteeltaan säännös, jossa lainsäätäjä on asettanut rajan, milloin informaatiovelvollisuus velkojataholle yhtiön taloudellisesta tilanteesta on joka tapauksessa viimeistään täytettävä²³⁷. Mikäli tämän ilmoituksen antaminen laiminlyödään ja kannattamatonta liiketoimintaa jatketaan ilman tervehdyttämistoimia, voidaan kysyä, täyttääkö menettely RL 39:1:n velvoitteiden perusteettoman lisäämisen kriteerin. Myös verorikkomuksen hyötymistarkoitusta koskeneissa ratkaisuissa KKO 2008:11–13 esitetyt kriteerit²³⁸ voivat olla avuksi tappiollisen

²³⁶ Sama problematiikka on ollut esillä myös Ruotsissa (ks. SOU 1996:30 s. 88–89), jossa tahallisuuden ei tarvitse kuitenkaan kattaa kaikkia tunnusmerkistön osatekijöitä. Voidaan toki katsoa, ettei tunnusmerkistön soveltamisalan rajoja arvioitaessa tekijän tahdon suuntautumiselle anneta merkitystä, vaan tarkastelu tehtäisiin puhtaasti objektiivisen todennäköisyystahallisuuden arvioinnin perusteella ja mahdollinen tahdon suuntautuminen huomioitaisiin rangaistuksen mittaamisessa. Mikäli tekijän tahdon suuntautumiselle ei tosiasiallisesti annettaisi merkitystä jo tunnusmerkistön täyttymistä arvioitaessa, olisi RL 39:1:n 4 kohta nähdäkseen huomattavasti yleisemmin sovellettava tekotapa ottaen huomioon mm. varattomien konkurssipesien määrä: v. 2008 tuomioistuimissa ratkaistuista 2.738 päätyneestä konkurssi-asiaa varattomuuden vuoksi päätytty 872 asiaa. (Tilastokeskuksen konkurssitilastot, www.stat.fi.)

²³⁷ Vrt. vanhan OYL:n aikana annetut ratkaisut KKO 2000:106 ja KKO 1991:55, joissa selvitystilän hakemisen laiminlyönnistä on seurannut johdon vahingonkorvausvastuu yhtiön velkojille. Vrt. myös Ruotsin ABL 25:18 johdon henkilökohtaisesta korvausvastuusta ja ABL 25:19 osakkeenomistajan korvausvastuusta.

²³⁸ Ratkaisuissa KKO 2008:11–13 esitetyt hyötymistarkoitusta koskevat kriteerit voisivat nähdäkseen siis toimia muidenkin tunnusmerkistöjen yhteydessä erottamassa liiketoimintaa väistämättä kuuluvaa, sallittua hyötymistarkoitusta (=voitontavoittelua) rikollisesta hyötymistarkoituksesta. Ks. myös RL 39:1:n 4 kohta koskeva julkaisematon ratkaisu KKO 2157/15.10.2007 (Dnro R2006/730), jossa omistajan epäasiallinen hyötymistarkoitus oli perusteena rikosvastuulle. – Toisaalta hyötymistarkoitusta osoittaville seikoille ei ole

liiketoiminnan jatkamisen perusteettomuutta arvioitaessa: mikäli velallinen ryhtyy epäasiallisiin joidenkin velkojien asemaa parantaviin toimiin, voi velallinen olla rikosvastuussa velkojakollektiivilleen näiden toimien jälkeen tapahtuneesta lisävelkaantumisesta. Tällöin tunnusmerkistön soveltamisalan piiriin voidaan katsoa kuuluvan myös menettely, jossa liiketoiminta ”viritetään” toimimaan siten, että liiketoiminnan harjoittaminen tapahtuu esimerkiksi verottajan ja vakuutusyhtiöiden kustannuksella²³⁹. Sitä vastoin sellaisia maksukykyä kuvaavia yksiselitteisiä taloudellisia tunnuslukuja, joiden nojalla velallisella katsottaisiin olevan aktiivinen informointivelvollisuus joko yksittäiselle sopijakumppanilleen tai kaikille velkojilleen, voi olla mahdotonta määritellä²⁴⁰. Siten velvoitteiden perusteetonta lisäämistä arvioitaessa voidaan kiinnittää yleisellä tasolla huomiota velallisen maksukykyyn samalla tavoin kuin velallisen epärehellisyydessä muutoinkin tehdään. Liiketoiminnan jatkamisen perusteltavuuden arvioinnissa voidaan ottaa sitten huomioon velallisen muut, joko liiketoiminnan tervehdyttämistä tai mahdollista epäasiallista hyötymistarkoitusta osoittavat toimet. Tällaista mallia sovellettaessa päädyttiin julkaisemattomassa ratkaisussa KKO 2157/15.10.2007 lukemaan syyksi yhtiön omistajalleen tekemät vuokranmaksut, jotka sinänsä saattoivat ollakin täysin ulkopuolisten vuokranantajien perimiä vuokria alhaisemmat, kun tapauksessa muutoin oli selvää, että järjestelyllä pyrittiin kanavoimaan epäasiallisesti hyötyä yrityksen omistajalle²⁴¹.

annettu merkitystä velkojansuosintaa koskevassa ratkaisussa KKO 2009:70 (Ään. 3–2).

²³⁹ Tällaisesta tapauksesta voitaneen katsoa olleen kyse Kouvolan HO:n tuomiossa 3.12.2003/1358 (Dnro R02/1318). – Liiketoiminnan tällaisen ”virittämisen” motiivina voi olla se, että yhtiö haluaa saada kilpailuetua halvemmalla hinnoittelulla ja samalla yrityksen johto nostaa itselleen sinänsä työpanostaan vastaavaa käyvää palkkaa.

²⁴⁰ Ks. kuitenkin Laakso et al. 2010 s. 66, jossa on asetettu karkeitä keskimääräisiä rajoja taloudellisten tunnuslukujen avulla uhkaavalle maksukyvyttömyydelle, todennäköiselle maksukyvyttömyydelle ja ilmeiselle maksukyvyttömyydelle. Eri tunnusluvulla pyritään laskemaan yrityksen rahoituksellista ”pelivaraa”; mitä niukempi ”pelivara” on, sitä todennäköisemmin yritys seuraa tyypillistä maksukyvyttömyysprosessia ja ajautuu konkurssiin. (Laakso et al. 2010 s. 65–66.)

²⁴¹ Ratkaisun KKO 2157/15.10.2007 (Dnro R2006/730) tuomion kohdassa 3 mainittu yksi syytteen kiistoperuste oli se, että autojen vuokraaminen ulkopuolisilta vuokrausyhtiöiltä olisi tullut maksamaan huomattavasti enemmän. KKO kuitenkin katsoi (tuomion kohta 7, lainattu edellä), ettei tällä seikalla yksinään ole merkitystä.

5 MAKSUKYVYTTÖMYYDESTÄ OSAKEYHTIÖLAISSA

5.1 Maksukyvyttömyys osakeyhtiön varojenjakoja rajaavana elementtinä

5.1.1 Maksukyvyyn säilyminen varojenjaon edellytykseksi

Osakeyhtiölain varojenjako säännöksiä uudistettiin 1.9.2006 voimaan tulleella uudella osakeyhtiölailla (624/2006). OYL 13:5:n mukaan yhtiö saa lähtökohtaisesti edelleen jakaa varoja vapaan oman pääoman puitteissa. Tätä pääsääntöä rajoittaa kuitenkin vaatimus yhtiön maksukyvyyn ylläpitämisestä. OYL 13:2:n mukaan varoja ei saa jakaa, jos jaosta päätettäessä tiedetään tai pitäisi tietää yhtiön olevan maksukyvytön tai jaon aiheuttavan maksukyvyttömyyden²⁴². Osakeyhtiör rikoksena (OYL 25:1) rangaistaan mm. menettelystä, jossa osakkeenomistajien tai velkojien suojaa loukaten jaetaan yhtiön varoja vastoin OYL:n säännöksiä.

Osakeyhtiölain esitöissä on oikeuskirjallisuuteen ja oikeuskäytäntöön perustuen todettu, että jo entuudestaan yhtiön johdon huolellisuusveloitteeseen kuului varmistua siitä, että yhtiö säilyy maksukykyisenä varojenjaon jälkeenkin²⁴³. Lainsäädännön rakentumisen puhtaaseen taseeseen perustuvaan varojenjako sääntelyyn ei kuitenkaan katsottu olleen enää riittävää kirjanpidon perustuessa yhä laajemmin kansainvälisiin tilinpäätösstandardeihin (IFRS), joissa ei ole päätavoitteena yhtiön jakokelpoisten voittovarojen määrittäminen, vaan laajemman kuvan antaminen sidosryhmille yhtiön taloudellisesta asemasta. Kansainvälisten tilinpäätösstandardien käyttöönoton myötä yhtiöiden taseissa on näkyvissä mm. realisoitumattomia arvonkorotuksia²⁴⁴, ja taseen omaisuuserien arvon määrittämisessä on muutoinkin merkitystä aikaisempaa enemmän omaisuuserän arvolla nimenomaan yhtiölle itselleen tuloa tulevaisuudessa tuottavan liiketoimintakokonaisuuden osana.²⁴⁵ Pelkän taseeseen tarkastelun katsottiin olevan riittämätön myös siinä mielessä, että kirjanpidon arvoihin sisältyy tiettyjä manipulaatiomahdollisuuksia²⁴⁶. Oman pääoman jakaminen voi ylittää yhtiön maksukyvyyn myös esimerkiksi silloin, kun oman pääoman määrä perustuu tulevaisuuden tuotto-odotuksien perusteella tehtyihin arvioihin

²⁴² Lisäksi OYL:n 13:3:n mukaan varojenjaon on perustuttava vahvistettuun tilinpäätökseen.

²⁴³ HE 109/2005 s. 24; OYL-työryhmämietintö s. 61.

²⁴⁴ Realisoitumattomat arvonkorotukset eivät ole jakokelpoista vapaata pääomaa. Ks. KPL 5:17 ja OYL 8:1.

²⁴⁵ HE 109/2005 s. 24–25, 125–126.

²⁴⁶ OYL-työryhmämietintö s. 180.

tai kun yhtiön omaisuus on vaikeasti realisoitavaa²⁴⁷. Näissä oloissa velkojien suojaa turvataan paremmin yhtiön toimintaedellytysten jatkuvuutta painottavalla, maksukykyisyyden arviointiin perustuvalla järjestelmällä kaavamaisen osakepääoman ”puskurivaikutuksen” sijaan²⁴⁸.

Osakeyhtiölakityöryhmä laati esityksensä muotoon, jossa varojen jaon estäisi ”uhkaava maksukyvyttömyys”. Varoja ei saisi jakaa, jos jakamisen seurauksena yhtiötä uhkaisi maksukyvyttömyys eikä myöskään silloin, jos yhtiö on emoyhtiö ja jos jakamisen seurauksena konsernia uhkaisi maksukyvyttömyys.²⁴⁹ Työryhmän mietinnössä ei tarkemmin määritelty uhkaavan maksukyvyttömyyden käsitettä, koska yhtiöt ja varojenjakotilanteet ovat niin erilaisia, vaan käsitteen määräytyminen jätettiin oikeuskäytännön varaan²⁵⁰.

Työryhmä kuitenkin tarkasteli mietinnössään lyhyesti osakeyhtiölain sääntelyn suhdetta muuhun normistoon. Ensinnäkin mietinnössä kiinnitettiin huomiota siihen, että uhkaavaa maksukyvyttömyyttä käytettiin yrityssaneerauslaissa. Vaikka yrityssaneerauksen ja osakeyhtiölain näkökulmat ovat erilaisia, katsottiin yrityssaneerailain esitöihin voitavan kiinnittää huomiota myös osakeyhtiölain maksukyvyttömyyttä arvioitaessa.²⁵¹ Yrityssaneerailakia koskevassa hallituksen esityksessä²⁵², johon työryhmä viittasi, todetaan seuraavaa: ”Maksukyvyttömyyden vaara olisi käsillä, jos voidaan ennakoida, että velalliseen jollakin näköpiirissä olevalla aikavälillä kohdistuu konkreettinen maksukyvyttömyyden riski. Arvioinnissa olisi otettava huomioon velallisen vallitseva taloudellinen tilanne sekä siihen vaikuttavat seikat ja niiden odotettavissa oleva kehitys. Sitä aikaväliä, jota maksukyvyttömyysriskin ennuste voi koskea ja jonka kuluessa maksukyvyttömyyden siis voidaan ennakoida olevan odotettavissa, ei lakiehdotuksessa ole erikseen määritelty. Ratkaisevaa on se, että maksukyvyttömyyden vaaran tulee olla todennäköinen, kun otetaan huomioon vallitsevat olosuhteet ja niiden todennäköinen kehitys. Aikaperspektiivi voi vaihdella riippuen siitä, minkälaisella todennäköisyydellä asiaan vaikuttavia seikkoja kulloinkin on mahdollista ennakoida. Maksukyvyttömyyden vaaran ei siten tarvitse olla akuutti. Toisaalta pelkkä abstrakti maksukyvyttömyyden vaara ei myöskään riitä.”²⁵³ Toiseksi työryhmä arvioi varsin varovasti, ettei ehdotetun osakeyhtiölain mukainen varojenjako tulle peräytettäväksi TakSL:n mukaan kuin poikkeuksellisesti²⁵⁴. Mietinnössä ei siis kuitenkaan suljettu

²⁴⁷ HE 109/2005 s. 125.

²⁴⁸ HE 109/2005 s. 25, OYL-työryhmämietintö s. 61–62.

²⁴⁹ OYL-työryhmämietintö s. 317.

²⁵⁰ OYL-työryhmämietintö s. 180.

²⁵¹ OYL-työryhmämietintö s. 181.

²⁵² HE 182/1992 s. 21.

²⁵³ HE 182/1992 s. 21, OYL-työryhmämietintö s. 181.

²⁵⁴ OYL-työryhmämietintö s. 62, 181.

pois TakSL:n soveltumista myös sellaisiin varojenjakotilanteisiin, jotka oli toteutettu ehdotetun säännöksen mukaisesti.

Osakeyhtiölakityöryhmän mietinnössä kiinnittää huomiota se, että siinä osakeyhtiölain varojenjako sääntelyä yritettiin kytkeä muuhun samaa kysymystä koskevaan normistoon (yrityssaneerauslaki) ja varoja jaettaessa todettiin olevan tarvetta laatia ennuste, jolle on käytännössä mahdotonta määritellä yleisiä, kiinteitä aikarajoja. Lain myöhemmässä valmisteluvaiheessa kuitenkin OYL:n ja muiden normien välisen yhteyden tarkastelu jäi pois, mikä saattaa nostaa esiin kysymyksen siitä, onko lainsäätäjän tarkoituksena ollut luoda tietoisesti oma maksukykykäsite ja samalla myös OYL:sta muusta velkojia suojaavasta normistosta irrallinen kokonaisuus.

Työryhmämietinnössä käytetystä uhkaavan maksukyvyttömyyden käsitteestä varojenjako rajaavana elementtinä luovuttiin lain myöhemmässä valmisteluvaiheessa. HE 109/2005:ssä tilalle otettiin pelkkä ilmaisu ”maksukyvyttömyys”: varoja ei saa jakaa, jos jako aiheuttaa maksukyvyttömyyden tai yhtiö on jo maksukyvytön. Hallituksen esityksessä uhkaavasta maksukyvyttömyydestä luopumista perusteltiin sillä, että varojenjaon edellytyksiä haluttiin ”täsmentää”. Myös konsernin maksukyvyyn arvioinnista varojenjaon edellytyksenä luovuttiin konsernin maksukyvyyn määrittelyn epäselvyyden vuoksi.²⁵⁵ Huolimatta normin täsmennystarkoituksesta hallituksen esityksessä ei otettu kantaa siihen, mitä maksukyvyttömyydellä varojenjaon esteenä tarkoitetaan. HE 109/2005:ssä tyydytään toteamaan, että maksukykyisyyden ylläpitäminen kuului aikaisemminkin yhtiön johdon huolellisuusvelvollisuuden piiriin, mutta maksukykyisyyden arviointia ei olisi aikaisemmin ”tietävästi” oikeuskirjallisuudessa tarkemmin käsitelty.²⁵⁶ HE 109/2005:ssä ei myöskään kiinnitetä huomiota mm. insolvenssilainsäädännössä käytettyihin maksukyvyttömyysmääritelmiin²⁵⁷ ja niiden mahdolliseen merkitykseen arvioitaessa varojenjako kieltoa. Toisaalta HE 109/2005:ssä todetaan, että maksukykyä arvioitaessa on otettava huomioon myös yhtiön tiedossa olevat tulevaisuuteen kohdistuvat seikat, kuten erääntyvät velat ja muut suoritukset ja niiden suhde yhtiön rahoitusmahdollisuuksiin.²⁵⁸ HE 109/2005:ssä on otettu kantaa myös maksukyvyttömyyden merkitykseen velkojien ja osakkeenomistajien keskinäisen maksunsaantijärjestyksen kannalta: ei voida pitää hyväksyttävänä, että varojen jakaminen esimerkiksi pelkän taseen perusteella voisi johtaa yhtiön välittömään maksukyvyttö-

²⁵⁵ HE 109/2005 s. 25.

²⁵⁶ HE 109/2005 s. 125.

²⁵⁷ Ks. TakSL 4 §, YSL 3 § ja KL 2:1, joissa on yhdenmukaisesti todettu maksukyvyttömyydellä tarkoitettavan sitä, että velallinen on muutoin kuin tilapäisesti kykenemätön maksamaan velkojaan niiden erääntyessä.

²⁵⁸ HE 109/2005 s. 125.

myyteen, koska osakkeenomistajat on asetettu tällöin velkojien edelle²⁵⁹. Toisaalta kuitenkin samassa yhteydessä todetaan, ettei tarkoituksena ole asettaa korostettua oman pääoman ja vakavaraisuuden vaatimusta. Myöskään pienissä yhtiöissä, joissa maksukyky on koko ajan suhteellisen heikko, ei olisi estettä jakaa varoja ainakin jossain määrin.²⁶⁰ Eduskuntakäsittelyn aikana maksukyvyttömyyteen varojenjakoja säätelevänä elementtinä ei puututtu²⁶¹.

Hallituksen esityksen kannanotoissa on ongelmallista maksukykymäärittelyn sekä OYL:n ja muiden lakien systemaattisen yhteyden analysoinnin puuttuminen. Ainakin jossain määrin ongelmallisena voidaan pitää myös sitä, että varojenjako päätöstä ja maksukykyarviota tehtäessä on otettava huomioon ”*tiedossa*”²⁶² olevat tulevaisuuteen kohdistuvat seikat”. Yritystoimintaan kuuluu väistämättä tietty täysin yritysjohtoon vaikutusmahdollisuuksien ulkopuolisista seikoista aiheutuva epävarmuus, mikä on yksi syy siihen, että rajoitetulla vastuulla toimivissa yhtiöissä voidaan edellyttää tiettyä peruspääomaa. Voidaan kysyä, eikö yritystoiminnan jatkuvuuden turvaaminen johda siihen, että varojenjaosta päätettäessä yhtiön johdon tulisi varautua paitsi tiedossaan oleviin seikkoihin, myös siihen, että yhtiö säilyy maksukykyisenä myös tavanomaisten liiketoimintaan haitallisesti vaikuttavien häiriöiden, kuten esimerkiksi lakkojen tai yksittäisen asiakkaan maksuhäiriön jälkeenkä. On selvää, ettei yritysjohtolta voida edellyttää varautumista täysin ennakoimattomiin seikkoihin, mutta tietty yrityksen toimialasta ja liiketoiminnan luonteesta riippuva epävarmuus tulisi varojenjako päätöstä tehtäessä ottaa huomioon²⁶³. Epävarmoissa

²⁵⁹ HE 109/2005 s. 125.

²⁶⁰ HE 109/2005 s. 126. Myös osakeyhtiölakityöryhmä halusi sallia varojenjaon pienille yhtiöille, joiden maksukyky on koko ajan suhteellisen heikko. Ks. OYL-työryhmämietintö s. 180–181.

²⁶¹ Ks. TaVM 7/2006.

²⁶² Kursivointi artikkelin kirjoittajan.

²⁶³ Yleisiä mittapuita, minkä tyyppiseen epävarmuuteen yritysjohtoon tulisi varautua, on mahdotonta antaa, vaan se riippuu mm. yrityksen toimialasta ja koosta. Pienessä osakeyhtiössä avainhenkilön pitkä sairausloma tai yhden pääasiakkaan konkurssi saattavat viedä yrityksen kassakriisiin. Keskiuureltakaan yritykseltä ei voitane edellyttää sitä, että johdon olisi tullut varautua v:n 2008 finanssikriisiin ja siitä johtuneeseen kysynnän äkilliseen romahtamiseen. Toisaalta yleisöltä talletuksia vastaanottaneelta pankilta voidaan edellyttää, että sen tulee säilyttää maksukykynsä myös vakavien pääomamarkkinoilla tapahtuneiden häiriöidenkin aikana. – Kysymys siitä, missä määrin tietyn toiminnan harjoittajan täytyy toiminnassaan varautua ja ottaa huomioon toiminnastaan ainakin jossakin määrin mahdollisesti aiheutuvat negatiiviset seikat, esiintyy tyypillisesti ympäristöoikeudessa, jossa joudutaan punnitsemaan toiminnasta aiheutuvia hyötyjä sekä riskejä ja niiden torjuntakustannuksia. Varautumisperiaatetta voidaan pitää ympäristöoikeuden eräänä keskeisenä periaatteena: toiminnan ympäristövaikutukset on arvioitava etukäteen riittävien tieteellisten selvitysten avulla. (Ks. Ranta 2001 s. 1–4, 159–177, 211–216.) Vastaavasti voidaan kysyä, millaiseen taloudelliseen epävarmuuteen OYL:n maksukykytestillä tulee varautua ja millaiset laatu-kriteerit maksukykytestille voidaan asettaa.

oloissa huolellisen toimijan voitaneen edellyttää pyrkivän kontrolloimaan epävarmuutta pitämällä tiettyä rahoituksellista ”kassapuskuria” yllättävien kassamenojen varalle²⁶⁴.

5.1.2 OYL:n maksukyvyttömyyden arviointia oikeuskirjallisuudessa

Oikeuskirjallisuudessa OYL:n maksukyvyttömyyden määrittelemisestä ja sen suhteesta muuhun lainsäädäntöön on esitetty useita toisistaan poikkeavia näkemyksiä.²⁶⁵

Airaksinen, Pulkkinen ja Rasinaho ovat katsoneet, että OYL:n maksukyvyttömyyskäsitteen tulkinnassa on saatavissa johtoa TakSL:sta, jossa maksukyvyttömyys ja ylivelkaisuus erotetaan toisistaan. Kirjoittajien mukaan TakSL:n ja OYL:n käsitteet eivät välttämättä kuitenkaan täysin

²⁶⁴ Laakson tutkimuksen mukaan yrityssaneerausmenettelyssä olevilla yrityksillä sellainen saneerausohjelma, jossa ”kassapuskurin” tavoitteeksi on asetettu 3 % liikevaihdosta, saneerausmenettely epäonnistui (=käytännössä ajautui konkurssiin) huomattavasti harvemmin kuin tapauksissa, joissa saneerausohjelma vahvistettiin siten, että ”kassapuskurin” määrä oli 0–3 % liikevaihdosta. (Laakso et al. 2010 s. 272–274.)

²⁶⁵ Todettakoon, että Kyläkallio, Irola ja Kyläkallio eivät edes yritä määrittellä OYL:n maksukyvyttömyyttä, vaan HE:n siteeraamisen päätteeksi tyytyvät toteamaan: ”Vasta tuleva oikeuskäytäntö osoittaa, mitä maksukyvyttömyydellä kussakin tapauksessa tarkoitetaan.” Kyläkallio – Irola – Kyläkallio 2008 s. 1110. Myöskään Immonen ja Nuolimaa eivät ole ottaneet kantaa OYL:n maksukyvyttömyyteen ja sen suhteeseen muuhun lainsäädäntöön, vaan toteavat lähinnä HE 109/2005:n tavoin, että maksukykyä tulee arvioida tulevaisuuden näkökulmasta ja siinä on keskeistä se, mitä yhtiön veloista ja vastuista tiedetään jakopäättöstä tehtäessä. Täysin yllättäviä tai epätavallisia vastuutilanteita ei tarvitse arvailla, mutta huomioon tulee ottaa näköpiirissä olevassa tulevaisuudessa erääntyvät velat ja muut suoritukset sekä näiden suhde yhtiön rahoitusmahdollisuuksiin. Erilaisten budjettiennusteiden ja kassavirtaa koskevien laskelmien merkitys korostuu. Immonen – Nuolimaa 2007 s. 182–183. – Liiketalouden edustajista Erkki K. Laine on todennut, että maksukyvyttömyyden määrittely on erittäin laaja ja ongelmallinen asiakenttä, mutta joissakin tilanteissa se on kuitenkin tosiasia. Taloustieteellisesti se voidaan kuitenkin määrittellä siten, että maksukyvyttömyystilanne vallitsee silloin, kun yritys ei pysty käytettävissä olevilla varoillaan suoriutumaan erääntyvistä maksuvelvoitteistaan. Sen paikallistaminen täsmällisesti ajan suhteen (milloin maksukyvyttömyys?) on kuitenkin hyvin vaikeata, ellei mahdotonta. (Laine 2006 s. 10.) – Laineen mukaan OYL:n maksukyvyttömyyden tarkastuksessa tilintarkastajan on otettava huomioon paitsi tilikauden, myös sen jälkeiset tapahtumat sekä lähitulevaisuudessa tiedossa olevat kassastamaksut ja -tulot sekä tiedot tulevasta kehityksestä, kuten esim. budjetti lähiajalta. Erityisesti huomiota tulisi kiinnittää käyvin arvoihin tapahtuviin varojen ja velkojen määriin, erääntyneisiin lainoihin sekä mm. maksamattomiin veroihin, lähiajan ennusteisiin ja ns. poikkeuksellisiin liiketoimiin (Laine 2006 s. 17). – Laine on toivonut, että OYL:n maksukyvyttömyyttä arvioitaessa ei ajauduta ”niin kaukaa haettuihin maksukyvyttömyysperusteisiin” kuin takaisinsaantilain soveltamiskäytännössä on tapahtunut, koska sillä voisi olla haittaa koko yritystoiminnan kannalta (Laine 2006 s. 16). Laine ei kuitenkaan täsmennä, mitä hän näillä ”kaukaa haetuilla maksukyvyttömyysperusteilla” tarkoittaa. Laine vertaa lisäksi OYL:n maksukyvyttömyyttä myös mm. RL 39:1:n tunnusmerkistöön, jolta osin hän toteaa, että RL 39:1:n tunnusmerkistö sisältää paitsi maksukyvyttömyyden, myös uhkaavan maksukyvyttömyyden käsitteen eli taloudellisen kriisitalan (Laine 2006 s. 11). Laineen huomio RL 39:1:stä on sikäli kyseenalainen, että tunnusmerkistöä lainatessaan hän käyttää jo 1.4.2003 kumottua vanhaa tunnusmerkistöä.

vastaisi toisiaan, sillä OYL:n perusteella ei ilmeisesti olisi perusteltua katsoa maksukyvyttömäksi yhtiötä, jolla ei ole ongelmia rahoituksen, kuten lisävelan, saamisessa²⁶⁶. Edelleen kirjoittajien mukaan OYL:n varojenjakokielto koskee vain tilanteita, joissa yhtiö on jo maksukyvytön tai jako ”aiheuttaa” maksukyvyttömyyden, kun taas TakSL:n soveltamisen kannalta on riittävää, että oikeustoimi ”osaltaan johti” maksukyvyttömyyteen. OYL:n maksukyvyttömyyskriteeri muodostuisi siten kirjoittajien mukaan suppeammaksi kuin TakSL:n. Edelleen kirjoittajat katsovat, että maksukyvyttömyyden aiheuttamisvaatimus olisi samankaltainen RL 39:1:n kanssa.²⁶⁷

Savela puolestaan on katsonut, ettei johtoa siihen, milloin yhtiö on OYL:n edellyttämällä tavalla maksukyvytön, voida juurikaan hakea TakSL:a koskevasta oikeuskäytännöstä, mutta sen sijaan ”jossain määrin” RL 39:1:n soveltamiskäytännöstä. Savelan mukaan ”OYL:n tavoitteet ovat kuitenkin siinä määrin erilaiset, että mitenkään suoraan johtoa velallisen epärehellisydestäkään ei voi hakea.” Savelan mukaan TakSL:n maksukyvyttömyyden määrittelyssä tarkastellaan sitä, kykeneekö yhtiö maksamaan velkansa niiden erääntyessä joko kassavirralla tai uusilla luotoilla, jolloin tehdään arvio velkojen erääntymisajoista ja tulevista velvoitteista sekä ennen kaikkea yhtiön tuotto-odotuksista. RL 39:1:n osalta Savela katsoo, että maksukyvyttömyyden on yleensä katsottu olevan käsillä silloin, kun yhtiö on muutoin kuin tilapäisesti kykenemätön suorittamaan erääntyneitä velvoitteitaan kohtuullisessa ajassa; maksamatta jääneiltä veloilta on tällöin edellytetty tiettyä olennaisuutta.²⁶⁸

Savelan mukaan pelkkä tilinpäätösinformaatio ei voi olla riittävää OYL:n maksukyvyyn arvioinnissa, koska arviointi on tehtävä sen tiedon valossa, joka varojen jaosta päätettäessä on käsillä. Arvioinnissa on myös ennustettava tulevaa kehitystä, mutta tulkinnanvaraista on, kuinka pitkälle ennusteen täytyy ulottua. Savela katsoo, että riittävä ennustejakso olisi pikemminkin kuukausia kuin vuosia. Mitään tiettyä laskelmaa tai metodia, jolla OYL:n maksukykyä voitaisiin kaavamaisesti arvioida, ei Savelan mukaan ole olemassa. Käytännössä tilanteesta on vain tehtävä kokonaisarvio. Paras määrittelymetodi lienee Savelan mukaan jonkintasoinen kassavirtaennuste tulevasta kehityksestä, jolloin varaudutaan myös jossain määrin odotettavissa oleviin riskeihin. Kuitenkaan ilman erityistä perustetta (=kannattavuus tai vakavaraisuus heikkoja, ennakoitavissa ongelmia maksujen suorittamisessa niiden erääntyessä) ei ole velvollisuutta laatia tulevia kassavirtoja koskevaa rahoitusennustetta.²⁶⁹ Savela toteaa edelleen, että huomattava osa yhtiöiden

²⁶⁶ Airaksinen et al. 2010 41.

²⁶⁷ Airaksinen et al. 2010 s. 41.

²⁶⁸ Savela 2009 s. 12–13.

²⁶⁹ Savela 2009 s. 14.

tuloista ja veloista on riippuvaisia enemmän tai vähemmän todennäköisistä sattumista. Tällaisia riskitekijöitä ei voida kokonaan sivuuttaa, mutta niitä ei tarvitse ottaa huomioon myöskään maksimaalisen negatiivisen arvion mukaan, vaan maksukyky on arvioitava todennäköisen tapahtumainkulun mukaan varautuen toiminnan kannalta olennaisimpiin riskeihin.²⁷⁰

Sjögrenin, Syrjän ja Villan näkemyksen mukaan maksukyvyttömyyttä voidaan tulkita eri tavoin sovellettavasta normista ja oikeudenalasta riippuen.²⁷¹ OYL:n maksukyvyttömyys varojen jaon esteenä olisi laajemmalle ulottuva kuin mitä esimerkiksi TakSL:ssa tarkoitettu maksukyvyttömyys on. Heidän mukaansa arvioitaessa OYL:n maksukyvyttömyyden täyttymistä riittävää on, että varojen jaon seurauksena aiheutuu lähitulevaisuudessa tilapäinenkin maksukyvyttömyys²⁷². Villa on lisäksi katsonut, ettei OYL:n maksukyvyttömyydellä tarkoiteta sellaista maksukyvyttömyyttä, johon TakSL:n tulkintakäytännössä on päädytty, sillä OYL 13:2:n kohdalla ei ole kyse pelkästään maksukyvyttömyyden, vaan myös tulevaisuuden maksukyvyn arvioinnista²⁷³. Villan mukaan myös TakSL:n yleislain systemaattinen suhde OYL 13:2:n erityissäännökseen johtaa siihen, ettei yhtiöoikeudellisessa varojenjakotilanteessa TakSL:n maksukyvyttömyyskäsitettä voida soveltaa ainakaan sellaisenaan²⁷⁴. Villan mukaan tyhjentävää vastausta

²⁷⁰ Savela 2009 s. 15–16.

²⁷¹ Sjögren et al. 2008 s. 449–450. – Kirjoittajat toteavat myös, että välttämättä maksukyvyttömyyttä ei arvioida samalla tavoin myöskään liiketaloustieteessä kuin oikeustieteellisissä yhteyksissä (s. 451).

²⁷² Sjögren et al. 208 s. 450. – Toisaalta Sjögren et al. artikkelista jää mielestäni epäselväksi, mitä kirjoittajat loppujen lopuksi katsovat OYL 13:2:n maksukyvyllä tarkoitettavan. Artikkelissa nimittäin määritellään maksukyky Kähkösen tapaan erotuksena, joka muodostuu kohdistettaessa velallisen maksuun käytettävissä olevat varat ja kassatulot tiettyinä ajanjaksona samana ajanjaksona eräänntyviin maksuvelvoitteisiin, joita ovat tarkasteluajanjakson kassamenot ja kyseisenä tarkasteluaikana eräänntyvät velat ja vastuut. Toisaalta artikkelin tutkimuskysymyksenä on, poikkeako osakeyhtiölaissa tarkoitettu maksukykyisyyden käsite liiketaloudellisesti ymmärretystä maksukykyisyyden käsitteestä ja osakeyhtiölain tarkoittamaa käsitettä ilmoitetaan lähestyttävän artikkelissa perinteisin liiketaloustieteellisin tutkimusmenetelmin analysoimalla empiiristä aineistoa tilastollisesti (s. 447). Artikkelin empiirisessä osassa tilastollisin menetelmin pyrittiin selvittämään sitä, miten hyvin tietyt kannattavuutta, maksuvalmiutta ja vakavaraisuutta kuvaavat tunnusluvut ennustavat sitä tilannetta, että yhtiön oma pääoma on alle puolet osakepääomasta (=selitettävä muuttuja on oman pääoman ja osakepääoman suhde, s. 452). Sitä vastoin tutkimuksessa ei selvitetty sitä, miten hyvin em. tunnusluvut ennustavat, kykeneekö yritys maksamaan velkansa niiden eräänntyessä. Artikkelin johtopäätösosiossa kuitenkin todetaan seuraavaa: ”Tutkimuksen tarkoituksena oli selvittää onko osakeyhtiön oman pääoman ja osakepääoman suhteella tilastollisesti havaittavaa yhteyttä yrityksen kannattavuutta, maksuvalmiutta ja vakavaraisuutta kuvaaviin tunnuslukuihin. Toisin sanoen tutkimuksessa tarkasteltiin osakeyhtiölain tarkoittamaa yrityksen maksukykyisyyden käsitettä tilastollisin menetelmin tilinpäätösinformaation näkökulmasta (s. 457).” Tämän perusteella näyttäisi siis, että artikkelissa OYL 13:2:n maksukyvyttömyydellä tarkoitettaisiin sitä, että oma pääoma on alle puolet osakepääomasta.

²⁷³ Villa 2007 s. 156.

²⁷⁴ Villa 2007 s. 156–157.

OYL:ssä tarkoitettuun maksukyvyttömyyden käsitteeseen on mahdotonta antaa, vaan maksukyvyyn käsitteen epämääräisyys ja varojenjakopäätöstä tehtäessä laadittavan maksukykyisyydestin avoimuus ovat hyvin alttiita kritiikille. Maksukyvyttömyyden arviointia tulisikin aina tarkastella tilanne- ja toimijakohtaisesti. OYL:ssa tarkoitettu maksukyvyttömyys täsmentyy siten vasta myöhemmässä oikeuskäytännössä.²⁷⁵

Villan mukaan yhtiön johdon huolellisuusvelvoitteesta johtuu, että varojenjakopäätöstä tehtäessä sen on tarkasteltava ensiksi OYL 13:5:n nojalla taseen perusteella laskettavien jakokelpoisten varojen määrää (tasetesti) sekä sen jälkeen OYL 13:2:n nojalla analysoitava, aiheuttaisiko varojen jakaminen kuitenkin maksukyvyttömyyden (maksukykytesti). Villa toteaa, että maksukykytestin avulla pyritään nimenomaan estämään se, ettei varojen jakaminen loukkaa yhtiöön eri muodossa ja tavalla pääomaa sijoittaneiden (=velkojat vs. osakkaat) välistä maksunsaantijärjestystä²⁷⁶. Normi suojaaa velkojia näiden kustannuksella rajoitetun vastuun suojissa tapahtuvalta osakkeenomistajien opportunistiselta käyttäytymiseltä. Velkojien intressinä puolestaan on se, että yhtiö kykenee suoriutumaan sopimuksen mukaisesti erääntyvistä velvoitteistaan oikea-aikaisesti ja oikeamääräisesti ja etteivät varojen siirrot yhtiöstä osakkeenomistajille vaaranna yhtiön toiminnan jatkumista²⁷⁷.

Villan mukaan maksukykyarviointia tehtäessä ei ole riittävää yhtiön staattisen, taseasemaan perustuvan maksuvalmiuden²⁷⁸ arviointi, koska se rajoittuu ajallisesti varsin lyhytaikaiseen tarkasteluhetkeen. Arvioinnissa on tämän staattisen elementin lisäksi huomioitava myös dynaaminen maksuvalmius, jossa kiinnitetään huomiota yrityksen tulorahoituksen riittävyyteen suhteessa juokseviin menoihin. Maksuvalmiuden tulisi olla sellaisella tasolla, että yritys kykenee selviytymään maksuvelvoitteistaan niin lyhyellä kuin pitkälläkin aikavälillä. Keskeisenä arviointikriteerinä onkin kassavirtaennuste, jossa otetaan huomioon tulevaisuudessa tapahtuvat kassaan ja kassasta maksut, mitkä perustuvat niin tulo- kuin pääomarahoitukseen. Ongelmallista on, missä määrin ja millä tavalla yhtiön johdon tulee kyetä arvioimaan yhtiön tulevaisuuteen liittyvää maksukykyä.²⁷⁹

²⁷⁵ Villa 2007 s. 155.

²⁷⁶ Villa 2007 s. 145. – Mähönen ja Villa ovat todenneet, että OYL:n maksukyvyttömyyssäätelyn tarkoituksena on estää varojenjakoa ja pääoman palauttaminen niin, että maksettu pääoma vähenisi ja yhtiön maksukyky vaarantuisi. Tarkoituksena on ehkäistä konkurssi suojaamalla yhtiön maksukykyä eli estää se tilanne, ettei velallinen kykene maksamaan velkojaan niiden erääntyessä. (Mähönen – Villa 2006 s. 284.)

²⁷⁷ Villa 2007 s. 144.

²⁷⁸ Tarkastelun kohteena on tällöin yhtiön lyhytaikaisen vieraan pääoman ja rahoitusomaisuuden suhde.

²⁷⁹ Villa 2007 s. 159–161.

OYL:n varojenjakosäännöksiä uudistettaessa maksukykyvaatimuksen todettiin olevan useissa maissa varojenjaon edellytys²⁸⁰. Villa ja Mähönen toteavat, että OYL 13:2:n maksukykyisyydestä voidaan tulkita samantyyppisesti kuin Ruotsin osakeyhtiölain varovaisuussääntöä²⁸¹ ja Yhdysvaltain malliyhtiölain²⁸² maksukykyisyydestejä²⁸³. Yhdysvaltain malliyhtiölaissa on kaksiosainen maksukykyisyydesti: ”Perustestissä” on kyse siitä, että varojenjako on kielletty, mikäli varojenjaon jälkeen yhtiö ei kykene maksamaan velkojaan niiden erääntyessä tavanomaisesti. Lähtökohtaisesti testi on täytetty silloin, kun taseen osoittama oma pääoma on normaali eikä tilintarkastajilla ole ollut huomauttamista toiminnan jatkuvuudesta. Testi ei kuitenkaan perustu suoraan tuloslaskelma- ja taseinformaatioon. ”Perustestistä” täydentävässä ylivelkaisuustestissä on kyse siitä, että varojenjako on kielletty, mikäli sen seurauksena yhtiön kokonaisvarat eivät riitä kattamaan kokonaisvelkojen ja sellaisten etuoikeutettujen osakkeiden, joilla on varojenjako oikeuttaviin osakkeisiin nähden etuoikeus jako-osuuteen yhtiötä purettaessa, summaa.²⁸⁴

Villa on lisäksi verrannut myös suomalaista sääntelyä Uuteen-Seelantiin, jonka yhtiölaissa²⁸⁵ varojenjaon edellytyksenä on myös maksukykyisyysvaatimus. Villan mukaan Suomen OYL:n mukainen maksukykyisyydesti sekä Uuden-Seelannin yhtiölain mukainen solvenssiteti ovat perusteiltaan hyvin samansisältöisiä huolimatta vähäisistä aineellisista eroista²⁸⁶. Myös Uuden-Seelannin solvenssitetin läpäiseminen edellyttää, että yhtiö pystyy varojen jaosta huolimatta selviytymään erääntyvistä velvoitteistaan oikea-aikaisesti ja -määräisesti²⁸⁷. Keskeisin ero Suomen ja Uuden-Seelannin välillä on Villan mukaan se, että Uudessa-Seelannissa varojenjakoamisen yhteydessä yhtiön johdon on annettava solvenssitetin läpäisemisestä eriytyinen todistus, jossa yhtiön johto vakuuttaa yhtiön olevan maksukykyinen, säilyvän maksukykyisenä varojen jaosta huolimatta ja josta myös ilmenevät johdon perustelut näkemykselleen²⁸⁸. Myös Uudessa-Seelannissa keskitytään

²⁸⁰ OYL-työryhmämietintö s. 59–61; HE 109/2005 s. 25. Työryhmä tarkasteli mietinnössään mm. Ruotsin, Norjan, Tanskan, Saksan, Ranskan ja Yhdysvaltojen sääntelyä.

²⁸¹ OYL-työryhmämietintö s. 59–61; HE 109/2005 s. 25. Työryhmä tarkasteli mietinnössään mm. Ruotsin, Norjan, Tanskan, Saksan, Ranskan ja Yhdysvaltojen sääntelyä.

²⁸² Model Business Corporation Act.

²⁸³ Mähönen – Villa 2006 s. 319.

²⁸⁴ Mähönen – Villa 2006 s. 318.

²⁸⁵ Companies Act 1993 No 105.

²⁸⁶ Villa 2007 s. 166.

²⁸⁷ Villa 2007 s. 155, 168.

²⁸⁸ Villa 2007 s. 168. – Villan mukaan (Villa 2007 s. 166). Uuden Seelannin oikeuskirjallisuudessa Haynes on katsonut, että solvenssitetin läpäisemistä koskevasta todistuksesta tulee ilmetä ainakin johdon:

1) käsitys määrästä, jolla yhtiön varat ylittävät velat,

tulevaisuuden kassavirtojen arviointiin. Kuitenkaan ei ole olemassa mitään yksiselitteistä kriteeriä sille, miten pitkälle johdon tulisi ennusteensa laatia, vaan tästä päättäminen liittyy johdon kykyyn arvioida yhtiön liiketoiminnan sisältöä ja maksukykyä ammattimaisesti. Arvioinnissa on otettava huomioon paitsi maksuhetki eli vastuiden oikeudellinen erääntymishetki, myös lähimenneisyys ja tulevaisuus, velkojen kokonaismäärä sekä omaisuuden likvidisyys. Solvenssitesti on suoritettava objektiivisesti.²⁸⁹

Jokisen mukaan OYL:n maksukyvyttömyyden arvioinnissa ei voida suoraan soveltaa muiden lakien²⁹⁰ maksukyvyttömyyttä koskevia käsitteitä, koska lakien tarkoitus on erilainen ja tämä tarkoitus on otettava tulkinnassa huomioon. Jokinen katsoo, että näistä säännöksistä voidaan saada tulkinta-apua yhtiöoikeuteen vain silloin, kun niiden maksukyvyntarvinnan arviointinäkökulma on samanlainen kuin yhtiöoikeudessa eli ennakkollinen ja johdon päätöksentekohetkeen kiinnittyvä. Näin ollen OYL:n tulkinnan taustaksi voidaan nostaa vain rikos- ja konkurssilait. Konkurssilakia sovellettaessa maksukyvyttömyyden arviointi on ennuste, kun taas Jokisen mukaan TakSL:n soveltamistilanteissa kyseessä on historiallisen asiointilan arviointi. Jokisen mukaan konkurssitilanteissa nousee esiin keskeiseksi kysymykseksi se, saako velallinen luottoa tai muuta rahoitusta toimintansa jatkamiseksi. Jokinen katsoo, että maksukykyisyyden viimekätiseksi arviointikriteeriksi nousevatkin nimenomaan vieraan pääoman rahoituksen saamisen edellytykset, mutta maksukykyisyys ei voi kuitenkaan perustua jatkuvaan velkaantumiseen tai mahdolliseen konsernirahoitukseen.²⁹¹

Jokinen arvioi myös kahta liiketaloustieteessä kehitettyä laskentamallia OYL:n soveltamisen kannalta. Taloudellisten tunnuslukujen varaan raken-

2) ilmoitus, ettei viimeisen tilinpäätöksen jälkeen ole tapahtunut mitään sellaista, joka velvoittaisi muuttamaan tilinpäätöksestä ilmenevää yhtiön taloudellista asemaa,

3) selvitys, että tilinpäätöstä on analysoitu huolellisesti ottamalla huomioon kaikki taseen osoittamiin varoihin ja velkoihin liittyvät tiedossa olevat arvostuskysymykset,

4) selvitys epäselvistä arvostuskysymyksistä saaduista asiantuntijoiden selvityksistä,

5) selvitys yhtiön toimintaan ja taloudelliseen asemaan liittyvistä olennaisista riskeistä,

6) selvitys niistä seikoista, joihin johto on arvioinnissaan ("reasonable grounds") tukeutunut,

7) selvitys siitä, että yhtiö kykenee suoriutumaan velvoitteistaan niiden erääntyessä osana yhtiön tavanomaista liiketoimintaa ("as they fall due in the normal course of business") sekä

8) selvitys yhtiön taseen ulkopuolisista vastuista ja niiden arvioimistavoista.

²⁸⁹ Villa 2007 s. 155–156.

²⁹⁰ Jokinen tarkoittaa muilla laeilla konkurssilakia, takaisinsaantilakia, rikoslakia, yritys-saneerauslakia, ulosottolakia, palkkaturvallakia ja rahoitustarkastuksesta annettua lakia (587/1993).

²⁹¹ Jokinen 2008 s. 244–245. – Jokinen toteaa ulkopuolisen rahoituksen edellytyksenä olevan usein velallisen tulevaisuudennäkymät, pankkiasioiden hyvä hoitaminen, luottokelpoisuus, takaisinmaksukyky ja vakuudet (s. 245). – Näistä kriteereistä voidaan todeta, että luottokelpoisuus perustuu suurelta osin siihen samaan seikkaan – (takaisin)maksukykyyn – jota yritetään arvioida käyttämällä kriteerinä sitä, oliko yhtiö luottokelpoinen.

tuva Tuokko Tilintarkastus Oy:n²⁹² kehittämä OYL:n maksukykyisyystesti, joka koostuu yhtiön nykyistä taloudellista tilaa arvioivasta osiosta, tulevaisuudennäkymistä sekä riskeistä, on Jokisen mukaan sikäli puutteellinen, ettei se esimerkiksi huomioi dynaamista maksuvalmiutta. Sitä vastoin Jokinen katsoo, että Kähkösen RL 39:1:n soveltamista varten kehittämä maksukyvyyn laskentamalli, jossa yhdistetään staattinen ja dynaaminen maksukyky, olisi mukautettuna paras laskentamalli myös OYL:n maksukykyisyyden arviointiin.²⁹³

Tilintarkastusnäkökulmasta OYL:n maksukyvyttömyyttä analysoineet Kaarenoja ja Suontausta ovat katsoneet, että OYL:n maksukyvyttömyyden sisällön määrittelyssä insolvenssioikeuden ja rikosoikeuden perusteella on oletettavasti syytä noudattaa varovaisuutta, sillä maksukykyä arvioidaan varojenjakotilanteessa jossakin määrin eri näkökulmasta kuin maksukyvyttömyystilanteissa ja HE 109/2005:ssä ei edes viitata tältä osin insolvenssioikeuteen. Tämä ei kuitenkaan oletettavasti estä käyttämästä takaisinsaantilakia ja siihen liittyvää oikeuskäytäntöä hyväksi OYL:n maksukykykäsitteen tulkinnassa.²⁹⁴

Kaarenoja ja Suontausta toteavat, että liiketaloudellisena käsitteenä maksukyvyttömyys on maksuvalmiuden vastakohta. Maksuvalmiudessa eli likviditeetissä on kyse siitä, että yritys kykenee maksamaan maksunsa jokapäiväisessä toiminnassa ajallaan ja edullisimmalla mahdollisella maksutavalla, mikä edellyttää yrityksen saavan kassaansa rahaa tuloina tai pääomana niin paljon, että se pystyy suoriutumaan jokapäiväisistä velvoitteistaan. Maksuvalmius voidaan jakaa dynaamiseen osaan, jossa tarkastelun kohteena on tulorahoituksen riittävyys suhteessa maksuvelvoitteisiin

²⁹² Jokinen käyttää ilmaisu ”Blummén, Kaarenojan ja Suontaustan kehittämä”. Vrt. kuitenkin Blummé et al. 2010 s. 126, jossa todettu testin kehittäjäksi Tuokko Tilintarkastus Oy.

²⁹³ Jokinen 2008 s. 248–249. – Jokinen kuitenkin toteaa, että erilaisia perusteluita käsityksiä maksukykyisyydestä sisällöstä ja toteuttamistavasta voidaan esittää. Jokisen mukaan ”lähimpänä totuutta” lienee Villa, jonka mukaan yhtiön johto päättää kuitenkin itse, miten se maksukykyään arvioi, kunhan se tietää arviointivelvollisuudesta ja vahingonkorvausriskistä sekä toimii tuottamusolettaman ja liiketoimintapäätösperiaatteen sallimissa rajoissa. (Jokinen 249, ks. myös Villa 2007 s. 162.)

– Todettakoon, että Jan Wallin ja Henrik Höglund testasivat Tuokko Tilintarkastus Oy:n maksukykytestiä (Maksukykytesti 1.0), jossa aineistona käytettiin 95 yritystä, jotka asetettiin Suomessa konkurssiin 1.2.2002–30.8.2004. Vertailuaineistona käytettiin 839 yritystä, jotka eivät menneet konkurssiin. Maksukykytestin ennustamistarkkuus oli 83–85 %:n tasolla, jota tutkimuksen tekijät pitivät hyvänä. (Wallin – Höglund 2009 s. 54–57.) Wallinin ja Höglundin tutkimus huomioiden maksukykytesti näyttää kuitenkin tosiasiallisesti huomioivan myös dynaamisen maksuvalmiuden. Tuokko Tilintarkastus Oy:n maksukykytestiä on Jokisen ja Wallin – Höglundin artikkelien julkaisemisen jälkeen kehitetty edelleen. – Tilintarkastusalalla käytetään going concern -arviointin apuna erilaisia konkurssin ennustamismalleja mm. apuna tarkastustoimenpiteiden kohdentamisessa oikeille riskialueille. Ks. Oikia 2008 s. 52–55.

²⁹⁴ Kaarenoja – Suontausta 2007 s. 246–247.

going concern -näkökulmasta, kun taas staattisessa maksuvalmiudessa on kyseessä lyhytaikaisen vieraan pääoman suhde rahoitusomaisuuteen. Staattisessa maksuvalmiudessa näkökulma on pikemminkin likvidaationäkökulma.²⁹⁵ Pysyvässä maksukyvyttömyystilassa yritys on menettänyt staattisen ja dynaamisen maksukykynsä²⁹⁶. Maksukyvyttömyydessä ei ole niinkään kyse tietyn ajankohdan taloudellisesta tilanteesta, vaan maksukyvyttömyyttä tulee tarkastella pidemmällä aikavälillä yrityksen käytettävissä olevien kassaanmaksujen ja kassastamaksuvelvoitteiden erotuksena. Maksukyvyttömyyskäsitteelle on kuitenkin vaikea antaa tarkkaa, konkreettista ja yksiselitteisesti mitattavaa merkityssisältöä.²⁹⁷ Liiketaloudessa maksukykyä mitataan ja arvioidaan tavallisesti erilaisten taloudellisten (kannattavuutta, vakavaraisuutta ja maksuvalmiutta kuvaavien) tunnuslukujen sekä rahoituslaskelmien avulla. Maksuvalmiuden tunnuslukujen osalta Kaarenoja ja Suontausta huomauttavat, että lukuun ottamatta selvästi maksukykyisiä ja selvästi maksukyvyttömiä yrityksiä niiden perusteella ei voida yksioikoisesti päätellä, onko yritys maksukyvytön tai tulossa maksukyvyttömäksi – ne ovat indikaattoreita, joiden käyttö edellyttää tulkintaa ja usein myös lisäselvitystä syistä, jotka ovat johtaneet tiettyyn tunnusluvun arvoon. Johtopäätösten tulisikin perustua useamman vuoden ja useamman tunnusluvun arvoihin.²⁹⁸

Kaarenoja ja Suontausta katsovat, että liiketaloudellisen ja juridisen maksukyvyttömyyden erot eivät perimmiltään ehkä ole kovinkaan suuria, vaikka arviointitilanteet ja näkökulmat niissä usein poikkeavatkin toisistaan ja siten vaikuttavat maksukyvyttömyyden määrittymiseen. Sekä juridisen että liiketaloudellisen maksukyvyttömyyden arviointi perustuu kokonaisarvioon, jossa ei kiinnitetä huomiota pelkästään yhteen tai kah-

²⁹⁵ Kaarenoja – Suontausta 2007 s. 248.

²⁹⁶ Kaarenoja – Suontausta 2007 s. 249. Kaarenoja ja Suontausta toteavat, että pysyvän maksukyvyttömyyden syynä on usein pohjimmiltaan kannattamaton yritystoiminta, mutta myös äkilliset ulkoisten olosuhteiden muutokset voivat aiheuttaa pysyvän maksukyvyttömyyden (s. 249). – Tilapäisessä maksukyvyttömyydessä on kyse muutamien päivien, viikkojen tai jopa pidempiäaikaisesta maksukyvyttömyydestä, mutta siinä on kyse perusteiltaan kannattavasta liiketoiminnasta, jossa poikkeukselliset seikat kuten asiakkaiden maksuhäiriöt voivat aiheuttaa tilapäistä maksukyvyttömyyttä (s. 250).

²⁹⁷ Kaarenoja – Suontausta 2007 s. 249.

²⁹⁸ Kaarenoja – Suontausta 2007 s. 250–251. Kaarenoja ja Suontausta toteavat edelleen, että myös liiketaloudessa maksukyvyyn arvioinnin näkökulmat voivat vaihdella tilannekohtaisesti: Tilintarkastajalla on velvollisuus arvioida, soveltuoko toiminnan jatkumista koskeva oletamus tilinpäätöksen laatimisen perustaksi; tällöin arvioinnin kohteena on mm. yrityksen maksukyky. Toisaalta luotonantajilla on tapana tehdä omia menneisyyteen perustuvia tilinpäätösanalyysjään ja tulevaisuuteen suuntautuvia kassavirtaennusteita sekä arvioida myös yritysjohton kompetenssia ennen luottopäätöksen tekemistä. Vaikka näkökulmat ovat erilaisia, ajattelutavat ovat perusteiltaan samanlaiset: molemmissa tehdään arviointi yritystalouden tunnuslukujen ja muiden tekijöiden pohjalta muodostettavaan kokonaisarvioon yrityksen taloudellisesta tilanteesta. (Kaarenoja – Suontausta 2007 s. 252–253.)

teen tunnuslukuun, vaan siinä otetaan huomioon useampia tekijöitä.²⁹⁹ Kaarenoja ja Suontausta ennakoivatkin, että OYL:n maksukyvyttömyyden sisältö muotoutunee samankaltaiseksi kuin maksukyvyttömyyden sisältö on muotoutunut TakSL:ssa ja RL 39:1:ssä. Päätöksentekotilanteesta johtuen korostuneemmassa asemassa ovat kuitenkin tulevaisuutta koskevat kassavirtaennusteet. Ennusteita laadittaessa ongelmallisia ovat tulevien riskien ja epävarmojen, kuten oikeudenkäynnistä aiheutuvien, vastuiden huomioon ottaminen. Näissä tilanteissa johdon huolellisuusvelvollisuuteen kuuluu tietty varovaisuus, jolloin johdon on aiheellista arvioida ja dokumentoida päätöksensä perusteet huolellisesti.³⁰⁰

5.1.3 Maksukykyssäätelyn ongelmat: tarve selkeyttää osakeyhtiölakia

Osakeyhtiölain maksukykyssäätelyn erilaiset tulkinnat oikeuskirjallisuudessa sekä muut maksukykyarvioinnin sääntelyyn liittyvät ongelmat ovat johtaneet siihen, että OYL:n varojenjako koskevat säännökset on otettu oikeusministeriössä uudelleenarvioinnin kohteeksi.³⁰¹ Kuitenkin itse maksukyvyttömyyden tarkempaa määrittelyä ei OM:n laatimassa selvityksessä ole esitetty, sillä yhtiöiden taloudelliset toimintatavat ja -ympäristöt eroavat merkittävästi toisistaan. Riittävän täsmällistä määritelmää, joka ottaisi huomioon kaikkien yhtiöiden taloudenpitoon kuuluvat olennaiset piirteet, on katsottu vaikeaksi ottaa lakitekstiin. Maksukyvyyn arviointitavan ehdotetaan säilyvän siten avoimena ja yhtiön hallituksen harkinnassa. Selvityksessä on todettu lisäksi, ettei sitä laadittaessa ole ollut käytettävissä riittäviä selvityksiä yhtiökäytännöstä, minkä vuoksi varsinaiseen maksukykytestin sisältöön kohdistuvaan sääntelyyn ei ehdotettu muutoksia.³⁰² Sitä vastoin selvityksessä on esitetty mm. maksukykyarvioinnin dokumentointiin ja vastuun kohdentamiseen liittyviä lainsäädäntömuutoksia³⁰³ sekä kiinnitetty

²⁹⁹ Kaarenoja – Suontausta 2007 s. 254.

³⁰⁰ Kaarenoja – Suontausta 2007 s. 256. – Nils Blummé, Ahti Kaarenoja ja Seppo Suontausta ovat edelleen katsonneet, että OYL:n varojenjako päätöstilanteessa on tehtävä kokonaisvaltainen arvio, jossa joudutaan käyttämään laajalti eri lähteistä saatavaa tietoa ja jossa on syytä kiinnittää erityistä huomiota tulevaisuuden mahdollisimman luotettavaan ennustamiseen. Tällöin voidaan käyttää hyväksi mm. tulos-, tase- ja kassavirtaennusteita, rahoitusbudjetit sekä muita toiminta- ja taloussuunnitelmia; lisäksi on tarkoituksenmukaista selvittää yhtiön taloudellisen tilanteen useamman tilikauden kehityslinjat. Pieniä yhtiöitä lukuun ottamatta niillä tulisikin olla käytettävissä asialliset talouden ja toiminnan suunnittelu- ja seurantajärjestelmät. (Blummé et al. 2010 s. 120.)

³⁰¹ OM 2009:13 s. 59–64. Konsernitilinpäätöksen laatimisvelvollisuus sekä maksukyky- ja tasetesti osakeyhtiön varojenjaossa. OM:n lausuntoja ja selvityksiä 2009:13.)

³⁰² OM 2009:13 s. 62.

³⁰³ OM 2009:13 s. 71–73, 75–76.

huomiota myös tilintarkastajan roolin merkitykseen, kun johdon varojen- jaon perusteeksi laatima maksukykyarvio tarkastetaan normaalin hallinnon tarkastuksen yhteydessä³⁰⁴.

Selvityksessä on tuotu kuitenkin hyvien käytäntöjen edistämiseksi esimerkinomaisesti esiin niitä keskeisiä seikkoja, joita maksukykyarviointissa kirjallisuuden mukaan on otettava huomioon³⁰⁵. Tällaisia seikkoja, joita arvioidaan sekä ennen että jälkeen varojen jaon, voivat rahoitus- ja rahavirtalaskelmien sekä tavanomaisten tilinpäätöstietojen lisäksi olla mm. oman vapaan pääoman määrä, kannattavuus, omavaraisuus, maksuvalmius, kasvunopeus sekä yhtiön ja osakkeenomistajan verotukseen liittyvät seikat. Näiden tekijöiden osalta voidaan ennustaa tulevaa kehitystä sekä arvioida oman tai vieraan pääoman ehtoisen rahoituksen saamisen mahdollisuuksia. Konserneissa voidaan kiinnittää huomiota myös konsernirahoituksen riittävyteen. Verotuksen merkitys näyttäisi selvityksen mukaan olleen pienissä yhtiöissä liiankin korostuneessa asemassa, sillä varoja on saatettu jakaa verolainsäädännön sallimat enimmäismäärät, vaikkei tämä ole välttämättä ollut yhtiöoikeudellisesti perusteltua.³⁰⁶ Selvityksestä saadussa lausuntopalautteessa maksukyvyttömyyden määrittelyyn OYL:ssä on suhtauduttu ristiriitaisesti³⁰⁷.

5.1.4 OYL:n maksukyvyttömyys – koherenssia korostava näkökulma

Osakeyhtiölaissa tarkoitetun maksukyvyttömyyden määrittelyn täydellinen puuttuminen lain ohella myös HE 109/2005:stä, ja HE 109/2005:n poikkeaminen työryhmämietinnössä esitetystä uhkaavasta maksukyvyttömyydestä on johtanut epä tietoisuuteen käsitteen sisällöstä, mikä näkyy oikeuskirjallisuudessa esitetyistä kannanotoista. Tässä tilanteessa puutteena

³⁰⁴ OM 2009:13 s. 71–73, 75–76.

³⁰⁵ OM 2009:13 s. 73.

³⁰⁶ OM 2009:13 s. 86.

³⁰⁷ OM 2009:25 s. 54–59. Maksukykyarvio määrittelyn kirjaamisen vastustajat katsoivat lakitasoisen määrittelyn mm. jäävän helposti liian ylimalkaiseksi tai sitten sen muodostuvan käytännössä joustamattomaksi. Toisaalta kannattajatkaan eivät juurikaan ottaneet kantaa siihen, millainen määrittelyn tulisi olla. Eräässä kommentissa kuitenkin esitettiin, että osakeyhtiölaissa tulisi selkeästi ilmaista, miten maksukykyarvio laaditaan. Arviointiin tulisi sisältyä kassasuunnitelma vähintään vuodeksi eteenpäin varojenjakopäätöksestä lukien. Kassasuunnitelma rakentuisi samoin kuin kirjanpitolain ja IFRS-standardien rahoituslaskelma kolmesta kassavirrasta: juokseva kassavirta, investointien kassavirta ja rahoituksen kassavirta. Juokseva kassavirta olisi sama kuin kirjanpitolaisissa mainittu liiketoiminnan rahavirta (OM 2009:25 s. 56). (Osakeyhtiölain varojenjako koskevien säännösten muuttaminen. Lausuntotiivistelmä. OM:n lausuntoja ja selvityksiä 2009:25)

voidaan pitää sitä, ettei uudessakaan OM:n selvityksessä³⁰⁸ oteta kantaa määritelmän sisältöön.

Suomalaisessa yhtiöoikeudellisessa kirjallisuudessa esitetyt kannanotot OYL:n maksukyvyttömyyden sisällöstä ovat varsin jäsentymättömiä ja esitettyjä näkökantoja ei välttämättä ole perusteltu loppuun saakka. Keskustelulle on ollut tyypillistä se, että OYL:n maksukyvyttömyyttä on yritetty määritellä suhteessa muiden oikeudenalojen käytäntöön kuten TakSL:n ja RL:n soveltamiskäytäntöön. Kannanotoissa on saatettu esimerkiksi TakSL:n ja RL:n soveltamiskäytännössä nähdä sellaisia keskinäisiä eroja, joita ei välttämättä oikeuskäytännössä ole kuitenkaan katsottu olleen³⁰⁹. Kuvaavana maksukyvyttömyyden määrittelyn jäsentymättömyydelle voidaan pitää Airaksinen – Rasinaho – Pulkkinen -näkemystä, jonka mukaan varojenjaon tulee yksinään aiheuttaa maksukyvyttömyys³¹⁰. Mikäli kirjoittajat todellakin edustavat tätä näkökantaa, se jättää täysin huomiotta sen seikan, että maksukyky on eri osista koostuva kokonaisuus, josta varojenjakotoimenpide on vain yksi elementti. Varojenjakosäännöksen luonne velkojia suojaavana normina johtaa kuitenkin siihen, ettei varojenjakopäätöstä tehtäessä näitä muita osia voida jättää huomiotta³¹¹.

³⁰⁸ OM 2009:25 s. 54–59. Maksukyky-määritelmän kirjaamisen vastustajat katsoivat lakitasoisen määritelmän mm. jäävän helposti liian ylimalkaiseksi tai sitten sen muodostuvan käytännössä joustamattomaksi. Toisaalta kannattajakaan eivät juurikaan ottaneet kantaa siihen, millainen määritelmän tulisi olla. Eräässä kommentissa kuitenkin esitettiin, että osakeyhtiölaissa tulisi selkeästi ilmaista, miten maksukykyarvio laaditaan. Arviointiin tulisi sisältyä kassasuunnitelma vähintään vuodeksi eteenpäin varojenjakopäätöksestä lukien. Kassasuunnitelma rakentuisi samoin kuin kirjanpitolaian ja IFRS-standardien rahoituslaskelma kolmesta kassavirrasta: juokseva kassavirta, investointien kassavirta ja rahoituksen kassavirta. Juokseva kassavirta olisi sama kuin kirjanpitolaissa mainittu liiketoiminnan rahavirta (OM 2009:25 s. 56). (Osakeyhtiölain varojenjakoa koskevien säännösten muuttaminen. Lausunnotiivistelmä. OM:n lausuntoja ja selvityksiä 2009:25)

³⁰⁹ Ks. KKO 1998:110, jossa nimenomaisesti on otettu kantaa RL 39:1:n maksukyvyttömyyden sisältöön ja todettu sen vastaavan insolvenssioikeudessa esitettyä maksukyvyttömyyttä. ”Konkurssoikeudellisen käsitteenmuodostuksen mukaisesti maksukyvyttömyydellä tarkoitetaan myös tässä yhteydessä sitä, että velallinen muuten kuin tilapäisesti on kykenemätön maksamaan velkojaan niiden erääntyessä. Maksukyvyttömyyttä arvioitaessa ei oteta huomioon vain velallisen varoja ja velkoja, vaan myös hänen mahdollisuutensa hankkia tuloja ja muuta varallisuutta sekä saada luottoa.” – Todettakoon, että velallisen epärehellisyyttä koskevista oikeudenkäynneissä näyttönä maksukyvyttömyyden aiheuttamisesta tai olennaisesta pahentamisesta on usein erityistilintarkastuskertomus, joka on laadittu konkurssipesän toimeksiannosta takaisinsaantiperusteiden arvioimiseksi. Tätä taustaa vasten on vaikea nähdä, että maksukyvyttömyyden sisältö olisi käytännössä muodostunut RL 39:1:n ja TakSL:n välillä toisistaan poikkeavaksi.

³¹⁰ Airaksinen et al. 2010 s. 41.

³¹¹ Velkojien suoja huomioon ottaen OYL:n tarkoittamana sallittuna varojenjakona ei voida pitää esimerkiksi seuraavaa tilannetta: Yhden asiakassuhteen varassa oleva alihankintayhtiö X, jolla ei ole mitään maksuhäiriöitä ja jolla on taseessa jakokelpoisia vapaita pääomia kuuluu asiakassuhteensa päättymisestä. Tämä merkitsee hyvin todennäköisesti myös X:n toiminnan päättymistä tai ainakin vakavia talousvaikeuksia, kun yrityksen liiketoiminta täytyy suunnata toiselle alalle, mikä aiheuttaa aluksi negatiivista kassavirtaa. X päättää kuitenkin

Yhtiöoikeudellisessa kirjallisuudessa on enimmäkseen³¹² kuitenkin katsottu, että OYL:n maksukykyä arvioitaessa on tarkasteltava staattista ja dynaamista maksukykyä kokonaisuutena. Tällä perusteella Kaarenolan ja Suontaustan näkemys³¹³ siitä, etteivät oikeustieteessä esitetyt kannanotot eroa perimmältään kovinkaan paljon esimerkiksi liiketaloustieteessä esitetyistä kannanotoista, voidaan pitää hyväksyttävänä. Huomattavaa on, että liiketaloustieteessä maksukyvyttömyyden arviointi ei ole sidoksissa tietyn juridisen normin soveltamistilanteeseen, vaan tarkastelu tapahtuu yleisesti tietyn taloudellisen toimijan kaikki olosuhteet huomioiden. Kaarenolan ja Suontaustan näkemys on varsin luonnollinen, sillä liiketaloustieteessä ja oikeudellisessa päätöksenteossa keskeinen kysymys on se, pystyykö velallinen täyttämään maksuvelvoitteensa velkojia kohtaan velkojen erääntyessä. Kun tämä liiketoiminnan jatkamisedellytysten kannalta keskeinen kysymys on sovellettavasta normista riippumatta sama, ei voitane pitää perusteltuna, että itse maksukyvyttömyydellä tarkoitettaisiin eri normeissa eri asioita.

Suomessa on valittu malli, jossa velkojia suojataan useiden eri normien, kuten konkurssilain, takaisinsaantilain, rikoslain ja osakeyhtiölain säännöksillä. Näiden normien soveltamistilanteet ja niihin liittyvät oikeusperiaamukset sekä niissä käytettävissä oleva aineisto ja tieto taloudellisen toimijan tilanteesta toki poikkeavat toisistaan, mutta sen ei tarvitse merkitä sitä, että itse soveltamistilanteen taustalla oleva taloudellinen olosuhde – maksukyvyttömyys – olisi jotenkin riippuvainen siitä normista, jonka valossa päätöksentekijä olosuhdetta tarkastelee³¹⁴. Siten eron tekemistä OYL:n ja muiden normien maksukyvyttömyyskäsitteen välille voidaan pitää keinoitekoisena. Tämän kotimaisten normien välisten erojen korostamisen keinoitekoisuutta kuvaa sekin, että eri maissa on toisistaan riippumatta päädytty hyvin samankaltaisiin ratkaisuihin rajoitetulla vastuulla toimivien yhtiöiden velkojen suojaamiseksi, kuten Villan esimerkit Ruotsista,

jakaa osinkoa sen verran (=saman verran kuin aikaisempina vuosina), että kassavarat kyllä varojenjaon jälkeen riittävät lyhytaikaisten muttei pitkäaikaisten velkojen maksuun. Taseessa olevan käyttö- ym. omaisuuden realisoinnista kertyvien varojen riittävyys pitkäaikaisten lainojen maksuun on hyvin epävarmaa. Mikäli X Oy ajautuu konkurssiin, maksukyvyttömyyden voitaneen sanoa johtuneen pikemminkin asiakassuhteen päättymisestä eikä niinkään varojenjaosta, kun vastaavan jaon yhtiö on hyvin voinut aikaisempina vuosina suorittaa. Silti esimerkissä tosiasiaa maksunsaantijärjestyksestä poiketaan velkojien vahingoksi, mikä on OYL:n peruseriaatteiden vastaista.

³¹² Tämän näkökannan edustajiksi katson Savelan, Villan ja Mähösen sekä Jokisen.

³¹³ Näkemys on toistettu myös teoksessa Blummé et al. s. 170–171.

³¹⁴ Ks. Reiersen 2010 s. 180, joka on kiinnittänyt huomiota siihen, että velkojiensuojaa osakeyhtiössä on järjestetty systemaattisesti eri tavoin eri maissa: esimerkiksi Englannissa yhtiön johdon vastuuta yhtiön taloudellisesta tilanteesta arvioidaan insolvenssioikeudellisissa normeissa, kun taas useissa muissa maissa vastaavat säännökset kuuluvat yhtiöoikeuden piiriin. Riippumatta siitä, kuuluvatko säännökset systemaattisesti yhtiö- vai insolvenssioikeuden piiriin, on niiden tarkoitus kuitenkin sama: suojella yhtiön velkojia.

USA:sta ja Uudesta-Seelannista osoittavat. Samantyyppisiin säädösratkaisuihin tuskin olisi päädytty, ellei taustalla oleva suojan tarpeen aiheuttava olosuhde – maksukyvyttömyys – ja suojan kohde – velkojien suoja mm. yhtiön johdon vastikkeettomia varainsiirtoja vastaan – olisi perimmältään sama. Näin ollen ei voida pitää perusteltuna, että maksukyvyttömyyden määrittely poikkeaisi OYL:ssa jollakin tavoin esimerkiksi RL 39:1:n tai TakSL:n maksukyvyttömyydestä. Siten myös OYL:n tarkoittama maksukyvyttömyys voidaan määritellä olosuhteena, jossa yhtiö on muutoin kuin tilapäisesti kykenemätön suorittamaan velkojaan niiden erääntyessä.³¹⁵

Vasta sen jälkeen kun OYL:n maksukyvyttömyys on määritelty yleisellä tasolla, on mielekästä kehitellä liiketaloustieteellisiä malleja maksukyvyttömyyden mittaamiseen³¹⁶. Kun OYL:n maksukyvyttömyys voidaan määritellä samalla tavoin kuin muutoin esimerkiksi RL 39:1:ssä ja TakSL:ssa on tehty, voidaan sen mittaamiseenkin käyttää samoja malleja. Siten Kähkösen maksukyvyttömyyden laskentamalli, jossa yhdistetään staattinen ja dynaaminen maksukyky³¹⁷, soveltunee myös OYL:n maksukyvyttömyyden mittaamiseen³¹⁸. Kähkösen maksukyvyyn laskentamallia voitaneen sellaisenaan käyttää avuksi tehtäessä osakeyhtiössä päätöstä varojen jakamisesta³¹⁹. Toisaalta kun OYL:n varojenjakopäätöstä tehtäessä on kyse ennustamisesta, voidaan päätöksenteon apuna käyttää hyväksi myös muita ennustamistyyppisiä laskentamalleja, joissa selitettävä muuttuja on määritelty riittävän samankaltaisesti edellä todetun, OYL:n soveltamiseenkin soveltuvan maksukyvyttömyysmääritelmän kanssa. Tällaisia malleja saat-taisivat olla esimerkiksi Laitinen – Laitisen maksuhäiriön ennustamismalli (Z-luku)³²⁰ tai Tuokko Tilintarkastus Oy:n kehittämä maksukykytesti³²¹. Eri laskenta- ja ennustamismallien käyttökelpoisuuden ja luotettavuuden

³¹⁵ Tällaisen OYL:n maksukyvyttömyyden määritelmän voidaan katsoa olevan koherentti myös yrityssaneerauslain kanssa, vaikka yrityssaneerauslaissa onkin yrityssaneerauksen edellytykseksi riittävää jo ”uhkaava maksukyvyttömyys”. Kun yritysjohto näkee, että yhtiön liiketoiminnan tervehdyttäminen edellyttää sellaisia saneeraustoimia, joiden toteuttaminen merkitsee sitä, etteivät velkojat välttämättä saa suorituksiaan niiden erääntyessä (uhkaava maksukyvyttömyys), yhtiön johto myös tietää (tai ainakin pitäisi tietää) siitä, että kyseisessä tilanteessa vastikkeeton varojenjakoa yhtiön omistajille aiheuttaa maksukyvyttömyyden. Tuossa tilanteessa OYL:n varojenjakokiello jo astuu voimaan. Ei voida pitää hyväksyttävänä, että yhtiö hankkii velkojilta vastoin velkojien suostumusta rahoitusta liiketoiminnan tervehdyttämiseen samanaikaisesti kun jo olemassa olevaa kassaa käytettäisiin vastikkeetomasti omistajien hyväksi.

³¹⁶ Ks. myös Kähkönen 1998 s. 28.

³¹⁷ Kähkönen 1998 s. 104–107.

³¹⁸ Ks. myös Kaarenoja – Suontausta 2007 s. 249, jotka ovat myös katsoneet, että OYL:n maksukyvyssä on mitattava staattista ja dynaamista maksukykyä.

³¹⁹ Maksukyvyyn laskentamallin staattisen osan elementit on pääosin saatavissa taseesta, kun taas dynaamisen osan elementit on saatavissa kassavirtaa ennustavasta rahoitusbudjetista.

³²⁰ Laitinen – Laitinen 2004 s. 301.

³²¹ Blummé et al. 2010 s. 126–129.

arviointi tapahtuu kuitenkin parhaiten liiketaloustieteellisen tutkimuksen keinoin esimerkiksi käyttämällä hyväksi riittävää empiiristä otantaa. Olen-
naista tässä mallien käytettävyydessä oikeudellisen päätöksenteon apuna
on, että mallien selitettävä muuttuja (maksukyvyttömyys) on määritelty
myös juridisen ratkaisutoiminnan kannalta relevantilla tavalla.

5.2 Osakeyhtiörikoksen ja velallisen epärehellisuuden suhteesta

Mikäli OYL:n maksukyvyttömyyttä arvioidaan samalla tavoin kuin RL
39:1:n maksukyvyttömyyttä, voidaan kysyä, jääkö osakeyhtiörikokselle
mitään sellaista soveltamisalaa, jota RL 39:1 ei jo kattaisi.

Osakeyhtiörikoksena on rangaistavaa mm. menettely, jossa tahallaan
osakkeenomistajan tai velkojien suojaa loukaten jaetaan yhtiön varoja
osakeyhtiölain säännösten vastaisesti (OYL 25:1.1 4 kohta). OYL 25:1.2:n
mukaan teko ei kuitenkaan ole rangaistava osakeyhtiörikos, jos kyseessä
on vähäinen menettely tai muualla laissa säädetään ankarampi rangaistus.
HE 109/2005:n mukaan säännöksen on tältä osin tarkoitus pääasiallisesti
vastata vanhaa OYL 16:8:aa, ja sanamuodon muutoksella³²² pyritään lähin-
nä selkeyttämään oikeustilaa³²³. HE 109/2005:ssa todetaan, että kaikkien
osakkeenomistajien suostumuksella tapahtuva vapaan pääoman jakaminen
ei tietyin, esim. yhtiöjärjestyksestä aiheutuvien poikkeuksien yleensä voi
olla rangaistavaa, jos yhtiö on maksukykyinen eikä jako aiheuta yhtiön
maksukyvyttömyyttä³²⁴.

Savela on kyseenalaistanut sen, miksi maksukykyä loukkaava varojen
jakaminen säädettiin rangaistavaksi, kun maksukykyä ei pystytty määrit-
telemään ja teot täyttävät monesti velallisen epärehellisuuden tunnusmer-
kistön. Savelan mukaan rangaistavuus lähinnä luo turhan uhan vaikeissa
tulkintatilanteissa toimiville yrityksille.³²⁵ Savela katsoo, että osakeyhtiö-
rikoksen rangaistavuus täyttyy silloin, kun varoja päätetään tahallaan jakaa
tilanteessa, jossa olisi pitänyt tietää maksukyvyttömyyden olemassaolosta
tai aiheutumisesta. Tahallisuuden ei tarvitse ulottua maksukyvyttömyyteen
asti, vaan varojen jakajalla on tältä osin selonottovelvollisuus.³²⁶ Osakkai-
den ja velkojien suojan loukkaus täyttyy jo sellaisilla olennaisilla menet-

³²² Uutena mainintana rangaistussäännökseen tuli ilmaisu ”osakkeenomistajan tai velkojien
suoja loukaten”.

³²³ HE 109/2005 s. 210. – OYL-työryhmämietinnössä perustelut olivat asiallisesti saman-
sisältöiset. (OYL-työryhmämietintö s. 276.)

³²⁴ HE 109/2005 s. 210–211.

³²⁵ Savela 2009 s. 16.

³²⁶ Savela 2009 s. 16.

telyvirheillä, jotka ovat voineet vaikuttaa päätöksen tulokseen³²⁷. Savelan mukaan kuitenkin pelkät menettelyvirheet eivät ole riittäviä. Rikoksen täytyminen edellyttää maksukyvyttömyyttä, ja jos tämä tilanne ei realisoitu, rangaistavuus ei tule kyseeseen. Rangaistuksen voi välttää pitämällä huolen siitä, että yhtiö selviää maksuistaan rikoksen vanhenemisajan eli kaksi vuotta. Jos maksukyvyttömyyshetkeä onnistuu lykkäämään tuon ajanjakson yli, voi välttää rangaistuksen.³²⁸ Toista kantaa edustavat Mähönen ja Villa, jotka ovat katsooneet, että esimerkiksi maksukykyisyydestin rikkominen saattaa aiheuttaa rangaistusvastuun, vaikka yhtiö toipuisikin maksukyvyttömyydestä eikä lopulta ajautuisikaan konkurssiin³²⁹.

Oikeusministeriön selvityksessä, jossa on nimenomaisesti käsitelty RL 39:1:n ja yhtiöoikeuden välistä yhteyttä, on pyritty vastaamaan Savelan esittämään kritiikkiin mahdollisesta turhasta sanktiouhasta ja päällekkäisyydestä RL 39:1:n kanssa³³⁰. Selvityksessä on todettu, että osakeyhtiössä tunnusmerkistön arvioinnin kannalta olennaisia ovat varainkäyttöä koskevat periaatteet ja rajoitteet³³¹. Selvityksessä on yritetty tuoda esiin esimerkki, jossa RL 39:1:n ja OYL 25:1:n soveltamisalat poikkeaisivat toisistaan. Soveltamisalan poikkeavuus jää tosin esimerkissäkkin epäselväksi.³³²

³²⁷ Savela 2009 s. 18, 19.

³²⁸ Savela 2009 s. 13.

³²⁹ Mähönen – Villa 2006 s. 342.

³³⁰ OM 2009:13 s. 15–16.

³³¹ OM 2009:13 s. 16. Kohdassa on todettu soveltamiseroina myös, että OYL olisi RL:iin nähden erityislain asemassa. Rikostunnusmerkistöjä sovellettaessa kuitenkin mahdolliset usean normin päällekkäiset soveltamistilanteet ratkaistaan konkurrenssiopin avulla, kuten selvityksessä on aikaisemmin (s. 15) todettukin. Tähän nähden maininta OYL:n ja RL:n mahdollisesta erityislaki–yleislaki-suhteesta on tarpeeton.

³³² Selvityksen mukaan ”Yhtiöläinsäännön vastaiset luovutukset täyttävät (RL 39:1:ssä, lisäys artikkelin kirjoittajan) kielletyn tekotapatunnusmerkin, jos ne on tehty maksukyvyttömyysaikana ja jos niillä huononnetaan varallisuusasemaa velkojia vahingoittavalla tavalla. Lainmukaisuuden lisäksi tulee kysyä, onko luovutuksille ollut liiketaloudellisesti perusteltu mutta taloudellisesti vahingolliset toimet eivät välttämättä ole rikoslain velallisen epärehellisyys-säännöksen sanamuodon mukaisia kiellettyjä omaisuusluovutuksia. Tällainen tilanne voi olla kyseessä esimerkiksi silloin, kun varojenjako on välttämätön suunnitellun maksullisen annin onnistumisen kannalta. Yksittäistapauksessa varojenjaon avulla tapahtuva oman pääoman ehtoisen rahoituksen saamisen varmistaminen voi olla tärkeämpää kuin velkojien suojaaminen”. (OM 2009:13 s. 16.) – Selvityksen laatija tarkoittanee, että kyseisessä tilanteessa osakeyhtiörikos voisi kuitenkin tulla kyseeseen. Selvityksessä viitataan tältä osin Anderssonin teokseen, jossa kuitenkin käsitellään sitä kysymystä, missä määrin ruotsalaisen varovaisuussäännöksen perusteella voittovaroja täytyy jättää jakamatta. Andersson katsoo, ettei varovaisuussäännöstä pidä tulkita siten, että yhtiön tulisi harjoittaa niin niukkaa osingonjakopolitiikkaa, etteivät sijoittajat ole halukkaita sijoittamaan yhtiöön. Vakavaraisuuden kannalta mahdollisen uusmerkinnän kautta saadut varat voivat olla huomattavasti merkityksellisempiä kuin vähäiset, osingonmaksuun käytetyt varat. Siinä tapauksessa, että yhtiön pääomantarve on niin suuri, ettei sijoittajia saada houkuteltua muutoin sijoittamaan yhtiöön kuin anteliaalla osingonjakopolitiikalla, sijoittajan pitäisi ymmärtää olla sijoittamatta yhtiöön. (Andersson 1995 s. 211–212.)

Osakeyhtiörikos ja velallisen epärehellisyys sisältävät nähdäkseni useita samoja elementtejä. OYL:n vastaisessa jakotoimessa on tyypillisesti kyse ilman hyväksyttävää syytä tapahtuneesta luovutuksesta RL 39:1:ssä tarkoitettulla tavalla. Edellä on todettu, että myös maksukyvyttömyys tulisi määritellä samalla tavoin sekä RL 39:1:ssä että OYL 13:2:ssa. Myös normien tarkoitus suojella velkojien intressejä saada saatavalleen suoritus on molemmissa sama.

Osakeyhtiörikos sisältää kuitenkin myös sellaisia elementtejä, joiden vuoksi itsenäisen, RL 39:1:sta riippumattoman kriminalisoinnin olemassaoloa voidaan pitää perusteltuna. Osakeyhtiörikoksen tunnusmerkistön täyttää paitsi maksukykytestin rikkominen, myös tasetestin rikkominen. Tasetesti on tyypillisesti maksukyvyttömyydestä tiukempi niissä tapauksissa, joissa yrityksellä ei ole menneisyydestä kertyneitä voittovaroja, mutta likvidiä vierasta pääomaa on runsaasti tai tulevaisuuden kassavirran ennustetaan olevan vahvasti positiivinen. Tasetesti varojenjakoja rajaavana tekijänä asettaa vaatimuksen, että yhtiöllä täytyy olla jotain näyttöä siitä, että se kykenee kannattavaan liiketoimintaan, ennen kuin varoja ryhdytään jakamaan vastikkeetta takaisin omistajille. Voidaan ajatella, että osakeyhtiörikoksen täytyminen tasetestin rikkomisen perusteella turvaa velkojien hypoteettista suojaa, kun taas maksukykytestin rikkomisessa on kysymys jo konkreettisemmasta velkojien suojan tarpeesta³³³. Siten osakeyhtiörikoksen

– Selvityksessä todetaan lisäksi, että ”vaikka varojenjako ei kuuluisi rikoslain 39 luvun 1 §:n tai osakeyhtiölain 13 luvun 2 §:n teonkuvausten alaan, muut rikosoikeudelliset säännökset, esimerkiksi rikoslain 39 luvun 2 §:n velallisen petos, saattavat tulla sovellettaviksi, jos velkojia tai osakkeenomistajia erehdytetään sijoittamaan yhtiöön virheellisten tai harhaanjohtavien tietojen perusteella.” (OM 2009:13 s. 16) – On hyvin vaikea nähdä tilannetta, jossa RL 39:2:n mukainen erehdyttäminen täytettäessä tietojenantovelvollisuutta insolvenssimenettelyssä voisi tulla sovellettavaksi tapauksessa, jossa sijoittajia erehdytetään sijoittamaan yhtiöön virheellisten tietojen perusteella. Ennemminkin sovellettavaksi saataisi tulla esimerkiksi RL 36:1:n petosta koskeva säännös ja julkisesti arvopaperipörssissä noteerattujen yhtiöiden kohdalla myös RL 51 luvun säännökset.

³³³ Vrt. Andersson 1995 s. 134–137, jossa Andersson toteaa osakeyhtiöiden sidottua pääomaa koskevien säännösten tarjoavan yhtiöiden velkojille hypoteettista suojaa, kun taas reaalin velkojiensuoja saada saatavilleen suoritus on riippuvainen pikemminkin ulosotto- ja konkurssilainsäädännöstä, joista erityisesti viimeksi mainittu tulee sovellettavaksi lähtökohtaisesti ainoastaan maksukyvyttömyystilanteissa.

– Voidaan ajatella, että kun Suomessa OYL:n varojenjakoedellytykseksi tuli myös maksukykytestin läpäiseminen, varojenjaon edellytysten tarkastelukulma siirtyi kohti velkojien reaalin suojan tarvetta, kun pelkkä hypoteettinen suoja (=tasetesti) uhkasi muodostua liian heikoksi kirjanpitokäytännöissä tapahtuneiden, mm. kansainvälisten tilinpäätösstandardien käyttöönotosta aiheutuneiden muutosten vuoksi. – Andersson esittää myös kriittisiä näkemyksiä siitä, missä määrin OYL:n säännökset suojaavat velkojia tosiasiallisesti. Andersson kiinnittää huomiota mm. siihen, että laissa säädetyt osakepääoman vähimmäismäärät ovat usein varsin alhaiset. Oman pääoman laskentatavat ovat historiallista faktatietoa eivätkä ota huomioon tulevaisuutta. Ne ovat lisäksi riippuvaisia pikemminkin kirjanpitolainsäädännön sisällöstä ja myös siitä, tehdäänkö omaisuuserien arvostus going concern -näkökulmasta vai likvidaatioperiaatteen perusteella. Laajemmin Andersson 1995 s. 137–144.

”velkojien suojaa loukaten” -kriteeri ei edellyttäne selvitystä siitä, että varojen jaolla olisi loukattu konkreettisesti velkojia siten, etteivät nämä lopulta saakaan suoritusta saatavilleen³³⁴.

Osakeyhtiörikos poikkeaa velallisen epärehellisyydestä siltäkin osin, että edellisessä suojan piirissä ovat myös osakkeenomistajat. Tilanne, jossa varojenjaon suojan tarpeessa ovat pelkästään osakkeenomistajat mutta eivät velkojat, on käytännössä harvinainen. Tällaisia tilanteita saattaisi muodostua esimerkiksi silloin, kun yhtiön toimintaa ollaan tosiasiallisesti lopettamassa ryhtymättä kuitenkaan selvitysmenettelyyn. Teko voi täyttää osakeyhtiörikkoksen tunnusmerkistön myös siinä tapauksessa, että yhtiön varoja jaetaan osakkeenomistajien yhdenvertaisuusperiaatteen ja yhtiöjärjestyksen määräysten vastaisesti vain yhdelle osakkeenomistajalle, jolla sattumalta olisi yhtiökokouksessa tarvittava äänivalta päätöksen läpiviemiseksi, eivätkä muut osakkeenomistajat ehdi esim. yhtiökokouspäätöksen moitekanteen avulla estää päätöksen täytäntöönpanoa³³⁵. Myös yhtiöjärjestyksen määräykseen perustumaton varojen siirto vastikkeetta täysin yhtiön ulkopuolisille tahoille voisi olla tällainen pelkästään osakkeenomistajien suojaa loukkaava toimi. Edellä mainitut varojensiirrot voinevat kuitenkin tulla arvioitavaksi mm. osakeyhtiörikosta ankarammin rangaistavana kavalluksena tai luottamusaseman väärinkäyttönä.

Ehkä merkittävimmän eron velallisen epärehellisyyden ja osakeyhtiörikkoksen soveltamisaloissa voitaneen katsoa olevan tahallisuuden arvioinnin kohteessa. RL 39:1 on erityisesti 1.4.2003 voimaan tulleen uudistuksen jälkeen seurausrikos, jossa vararikkoteon täytyy aiheuttaa maksukyvyttömyys tai pahentaa sitä olennaisesti. Tältä osin tahallisuuden arvioinnissa keskeistä on tekijän tietoisuus velallisen taloudelliseen asemaan vaikuttavista sisäisistä (esim. liiketoiminnan kannattavuus, mahdolliset liiketoimintaa haittaavat häiriötekijät) tai ulkoisista seikoista (esim. kysynnän tai kilpailutilanteen muutokset) eli varsin konkreettisista olosuhteista. Tekotapatunnusmerkkien osalta hyödyn kanavointi epätavanomaisin toimenpitein tekijälle itselleen tai tämän lähipiirille yhtiön ollessa taloudellisissa vaikeuksissa on myös tyypillisesti osoitus tahallisesta toiminnasta. Osakeyhtiörikkoksessa puoles-

³³⁴ Myös Villa ja Mähönen ovat katsoneet, ettei osakeyhtiörikkoksen täytyminen edellytä konkreettista vahinkoa velkojille, vaan pelkkä maksukykyestän rikkomisen siten, että yhtiö kuitenkin toipuu maksukyvyttömyydestä, voi täyttää osakeyhtiörikkoksen tunnusmerkistön. Mähönen – Villa 2006 s. 342.

³³⁵ Kyläkallio et al. on pitänyt ongelmallisena, voiko pelkkä yhtiöjärjestyksen vastaisesti suoritettu varojenjako toimi olla osakeyhtiörikkoksena rangaistavaa, vaikka HE 109/2005:ssä (s. 210) näin todetaankin, sillä OYL 25:1:n sanamuoto viittaa vain OYL:n vastaisuuteen. Kyläkallion mukaan OYL on ainakin pääosin laadittu niin, ettei pelkkää yhtiöjärjestyksen vastaista toimintaa katsota samalla OYL:n vastaiseksi toiminnaksi, vaan yhtiöjärjestyksen vastaisuus on mainittu erikseen, jos yhtiöjärjestyksen vastaisuus on rinnastettavissa OYL:n vastaisuuteen. (Kyläkallio et al. 2008 s. 1157.)

taan tahallisuuden arvioinnin voitaneen katsoa kohdistuvan nimenomaan varojenjako koskevaan päätöksentekomenettelyyn ja sen huolellisuuteen, mitä voidaan arvioida objektiivisilla mittapuilla (= tehtiinkö asianmukaisesti tase- ja maksukykytestit)³³⁶. Arvioinnin kohdistumista nimenomaan päätöksentekomenettelyn huolellisuuteen voidaan perustella sillä, että OYL 13:2:n mukaan varojenjako on kiellettyä jo silloin, kun jaosta päätettäessä *pitäisi* tietää maksukyvyttömyydestä tai sen aiheutumisesta. Näin ollen jälkikäteen arvioitaessa osakeyhtiörikoksen tunnusmerkistön täyttymistä kysymyksenasettelu kohdistunee nimenomaan siihen, mitä yhtiön johto teki sen selvittämiseksi, mikä yhtiön taloudellinen tilanne varoja jaettaessa oli tai mitkä sen seuraukset olivat³³⁷. Osakeyhtiörikoksen täyttymisen kannalta hyötymistarkoituksella ei ole samanlaista merkitystä teon rangaistavuuden ja tahallisuuden osoittamisen kannalta, vaan olennainen kysymys on nimenomaan OYL:n säännösten eli lähinnä tase- ja maksukykytestien rikkominen. Osakeyhtiön omistajat voivat vapaasti disponoida yhtiön varallisuudesta haluamallaan tavalla tase- ja maksukykytestien asettamisissa rajoissa ja päättää, haluavatko he hyödyn itselleen, toiselle ja missä muodossa mahdollisesti³³⁸. Tähän vapauteen kuuluu oikeus tehdä myös liiketaloudellisesti epärationaalisia ratkaisuja, kuten omaisuuden lahjoittamista esimerkiksi tietyn toiminnan tukemista harjoittavalle organisaatiolle.

³³⁶ Matikkala toteaa, että yleensä tahallisuuden arvioinnin piiriin tulee vain tunnusmerkistön objektiiviset seikat eivätkä tekijään liittyvät subjektiiviset seikat (Matikkala 2005 s. 545). Tahallisuusarvioinnin kohdistuminen tekijän omaan menettelyyn ei kuitenkaan nyt käsillä olevassa osakeyhtiörikoksessa ole nähdäkseni tällaisen ajattelutavan vastaista, sillä osakeyhtiörikoksen tunnusmerkistön täyttymisen objektiivinen puoli (varojen jakaminen OYL:n vastaisesti) on riippuvainen tekijän oman toiminnan asianmukaisuudesta, sillä OYL asettaa tosiasiallisesti varojen jakamisen edellytykseksi tiettyjen menettelytapojen (=tase- ja maksukykytesti) noudattamisen.

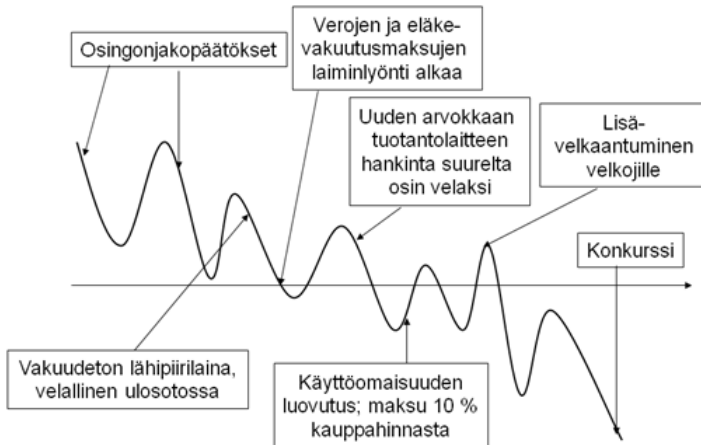
³³⁷ Tällainen kysymyksenasettelu ei ole yhtiöoikeudellisessa oikeuskirjallisuudessa karsastettua ”jälkiviisautta”, vaan kysymys on nimenomaan sen arvioimisesta, toimiko yhtiön johto sillä tavoin huolellisesti, kuin OYL varojenjakopäätöstä tehtäessä edellyttää toimimaan. Lienee lähinnä hypoteettinen mahdollisuus, että OYL 25:1:n tunnusmerkistön täyttyminen maksukykytestin rikkomisen perusteella tulisi arvioitavaksi, jollei yhtiö tosiasiallisestikin jossain vaiheessa ajaudu insolvenssimenettelyyn tai muuhun maksukyvyttömyystilaa indikoivaan menettelyyn. Mikäli maksukyvyttömyyteen johtaneet yhtiön sisäiset tai liiketoimintaympäristössä tapahtuneet ulkoiset seikat eivät olleet ennakoimattomia (=muut seikat kuin varojenjakopäätös), ja yhtiön johto laiminlöi tase- tai maksukykytestien laatimisen, voitaneen osakeyhtiörikoksen tahallisuusvaatimuksen katsoa täyttyneen jo pelkästään sillä, että yhtiö jakoi varoja tietoisena siitä, ettei asianmukaisia tase- tai maksukykytestejä ollut laadittu. Sitä vastoin velallisen epärehellisyydessä tahallisuusarvioinnissa on keskeistä tietoisuus itse maksukyvyttömyyteen vaikuttaneista olosuhteista (=tietoisuus paitsi omasta toiminnasta, myös esim. uhkaavista vahingonkorvausvastuista tms. seikoista).

³³⁸ Luonnollisestikin noudattaen mm. OYL:n yhdenvertaisuusperiaatetta, vero-, kirjanpitoym. lainsäädännön sekä yhtiöjärjestyksen määräyksiä.

6 JOHTOPÄÄTÖKSET

6.1 Maksukyvyttömyyttä koskevien normien jäsentäminen koherentiksi kokonaisuudeksi

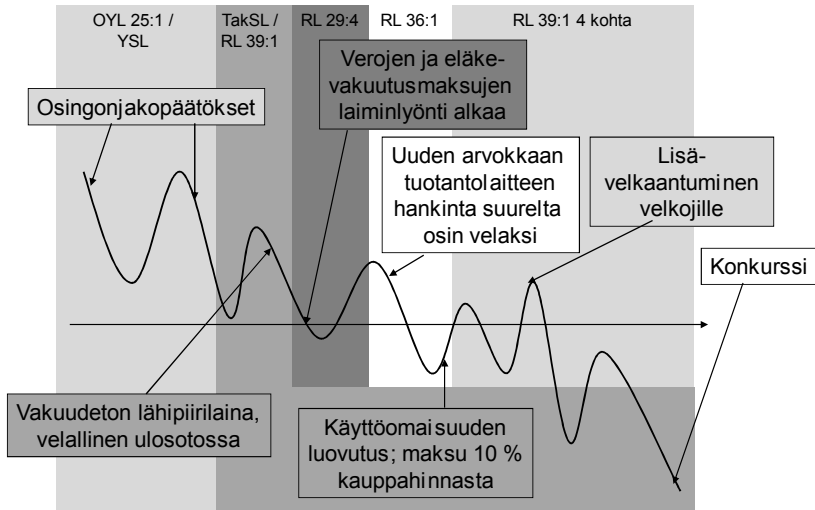
Artikkelin alussa esitettyä maksukyvyttömyysprosessia esittävää kuvaa voidaan täydentää seuraavilla esimerkinomaisilla tapahtumatiedoilla:



Kuvio 2. Maksukyvyttömyysprosessin aikana tehdyt toimet.

Esimerkissä yhtiön likvidien varojen määrä vaihtelee osin normaaleista liiketoiminnallisista syistä. Ajanjakson alussa yritys jakaa osinkoa, mitkä osaltaan vähentävät kassavaroja. Seuraavassa vaiheessa yhtiö antaa lisäksi sen liiketoimintaan liittymättömän vakuudettoman lähipiirilainan. Luoton-saaja on todettu ulosottoselvityksissä varattomaksi. Tämän jälkeen yhtiön likviditeetti heikentyy niin paljon, ettei se enää kykene maksamaan veroja ja vakuutusmaksuja niiden erääntyessä, vaan yhtiölle alkaa kertyä vero- ja vakuutusmaksuvelkaa. Yhtiö kuitenkin saa hoidettua ko. maksut myöhemmin, kun kassavaroja on kertynyt riittävästi. Sitten yhtiö investoi uuteen ja muikin käyttöomaisuus huomioiden arvokkaaseen tuotantolaitteeseen, joka tehostaisi tuotantoa huomattavasti alhaisempien käyttökulujensa sekä suuremman tuotantokapasiteettinsa vuoksi. Yhtiö onnistuu neuvottelemaan laitteen hankinnan suurelta osin velaksi. Kuitenkin kassatilanteen uudelleen kiristyttyä yhtiö luovuttaa koko käyttöomaisuutensa yhtiön lähipiiriin kuuluvalle uudelle yhtiölle, joka maksaa kauppahinnasta kaupantekohetkellä ainoastaan 10 % loppuhinnan jäädessä velaksi. Myöhemmin likvidit kassavarat ovat vielä pariin otteeseen sillä tasolla, ettei erääntyneitä laskuja ole maksamatta. Lopulta likviditeetin ongelmat muodostuvat niin suuriksi, että yhtiö asetetaan konkurssiin.

Tekoja voidaan arvioida oikeudellisesti esimerkiksi seuraavalla tavalla:



Kuvio 3. Normien soveltaminen maksukyvyttömyysprosessin aikana tehtyihin toimiin.

Osakeyhtiölain vastaisena kiellettyinä osingonjakona voidaan pitää tilannetta, jossa yhtiön maksukykyä heikennetään, vaikkei yhtiö jättäisikään maksamatta velkoja niiden erääntyessä välittömästi jakotoimen jälkeen. Riittävää tässä suhteessa on se, että yhtiön johto kykenee ennakoimaan maksukyvyttömyyden seuraavan myöhemmässäkin vaiheessa, mikäli yhtiön liiketoimintaa ei ryhdytä tervehdyttämään. Samanaikaisesti yhtiö nimittäin voitaisiin vaihtoehtoisesti asettaa yrityssaneeraukseen uhkaavan maksukyvyttömyyden perusteella. Yrityssaneeraukseen puolestaan liittyy mahdollisuus maksu- ja perintäkiellon määräämiseen jo pelkän hakemuksen perusteella (YSL 22 §). Ei voida pitää perusteltuna, että yhtiö voisi jakaa vastikkeetta varoja omistajilleen voitonjakona, kun se samanaikaisesti ottaa luottoa velkojilta mahdollisesti vastoin niiden tahtoa toimintansa jatkamisen mahdollistamiseksi. Osakeyhtiörikosta koskevan rikosvastuun kannalta olennaista on se, mitä yhtiön johto teki arvioidakseen maksukyvyn riittävyyttä. Tahallisuusvaatimuksen täyttäne se, että yhtiön johto tietää, ettei se arvioinut tulevaa kehitystä tekemällä asianmukaisesti OYL:n edellyttämiä tase- ja maksukykytestejä.

Rikosvastuu velallisen epärehellisydestä tulee kyseeseen, mikäli yhtiön johto tietää ne yrityksen sisäiset ja ulkoiset olosuhteet, joiden vuoksi maksukykyä heikentävästä teosta varsin todennäköisesti seuraa maksukyvyttömyys tai sen olennainen paheneminen. Teon rikosoikeudelliseen

arviointiin tekotapatunnusmerkin täyttymisen osalta voi vaikuttaa myös se, tapahtuuko teko esimerkiksi vastoin osakeyhtiö-, kirjanpito- tai verolainsäädännön määräyksiä. Esimerkiksi vakuudetonta lähipiirilainaa, joka annetaan ulosotossa varattomaksi todetulle velalliselle, voidaan pitää pikemminkin lahjana, jolle ei ole osakeyhtiölaissa tarkoitettua liiketaloudellista perustetta. Näin ollen kyseessä on usein ilman hyväksyttävää syytä tapahtunut varojen luovutus. Tällaiset epätavalliset oikeustoimet ovat usein peräytettävissä takaisinsaantilain nojalla konkurssipesään.

Tyypillisesti maksuviivästykset koskevat ensimmäisinä veroja ja muita, usein työnantaja- asemasta aiheutuvia maksuja, joiden laiminlyönnistä ei välittömästi seuraa toisen osapuolen pidättäytyminen oman suorituksensa täyttämistä. Mikäli verottajalle suoritettavia maksuja laiminlyödään vähäistä pidempi aika samanaikaisesti kuin muiden velkojien maksuja ei laiminlyödä vastaavalla tavalla, verorikkomuksen rangaistavuuden edellytykset tyypillisesti täyttyvät. Yksittäinen velkoja, kuten verottaja, voi saada rikosoikeudellista suojaa vielä siinäkin vaiheessa, kun velallinen on tehnyt jo kaikkia velkojia vahingoittavan vararikkoteon. Tällaisia yksittäisiä velkojia suojaavat normit ovat tyypillisesti petoksen tyyppisiä kriminaalisointeja (RL 36:1:n lisäksi esim. RL 29:1 ja RL 29:4a). Kuitenkaan RL 29:4a:ssa tarkoitettu työntekijän työeläkevakuutusmaksujen tilittämisen laiminlyönti ei rangaistussäännöksen epäonnistunut kirjoitustapa huomioiden ole nähdäkseen sellaisenaan rangaistavaa. Velallisen epärehellisyytenä rangaistavat vararikkoteot voivat olla osoituksena myös tekijän erehdyttämistarkoituksesta eli petoksen tunnusmerkistön täyttymisestä, kuten edellä kuviossa 3 omaisuuden hankkiminen velaksi ja sen luovuttaminen edelleen ilman, että maksukyky luovutuksen johdosta tosiasiallisesti paranisi. Kun maksukyvyttömyysprosessi on edennyt niin pitkälle, että yhtiön edustaja voi pitää varsin todennäköisenä, että kyseinen vastapuoli tulee kärsimään taloudellista vahinkoa antaessaan yhtiölle luottoa, yhtiön edustajalle syntyy lähtökohtaisesti aktiivinen informointivelvollisuus omasta taloudellisesta tilanteestaan vastapuolelle. Tällaisen informointivelvollisuuden laiminlyönti voi täyttää petoksen tunnusmerkistön. Viimeistään siinä vaiheessa, kun näköpiirissä ei ole muita vaihtoehtoja kuin väistämätön konkurssi (esimerkiksi siitä syystä, että tuotantotekijät on siirretty jo muihin yhtiöihin), lisävelkaantuminen voi tulla rangaistavaksi RL 39:1:n 4 kohdassa tarkoitettuna velvoitteiden perusteettomana lisäämisinä. Rikosvastuun kannalta ei ole tässä vaiheessa tarpeen tarkastella yksittäistä velvoitetta, kuten siinä annetun suorituksen ja saadun vastikkeen vastaavuutta, sillä monesti voi olla sattumanvaraista, kuka velkojista jää velkojaksi konkurssipesään. Tarkastelun taso on yleisempi: lisääntyivätkö velat suhteessa varoihin kokonaisuutena ja oliko lisävelkaantumiselle tuossa vaiheessa

enää liiketaloudellista perustetta? Se, missä vaiheessa lisävelkaantuminen *aikaisintaan* voi muodostua rangaistavaksi, ratkenee tyypillisesti OYL 23:21:n kriteeristön täyttymisen ohella kokonaisarvioinnilla siitä, milloin toiminnan jatkamisella on pyritty liiketoiminnan tervehdyttämisen sijasta hankkimaan epäoikeutettua etua velkojien kustannuksella.

Jälkikäteen on teoriassa mahdollista laskea Kähkösen laskentamallin mukaisesti varsin tarkasti ajanjakso, jolloin yhtiö oli maksukyvytön. Tämän tarkan ajankohdan määrittäminen ja siihen tarvittavan näytön hankkiminen ei kuitenkaan ole pääsääntöisesti oikeudellisen ratkaisutoiminnan kannalta tarpeen. Olennaista asiassa on ensinnäkin näyttö siitä, että yhtiö tuli maksukyvyttömäksi ja toiseksi siitä, että yhtiön johto tiesi (tai osakeyhtiörikkoksessa piti tietää) tulevasta kehityskulusta; ts. maksukyvyttömyys ei aiheutunut yksinomaan yllättävistä yhtiön johdon vaikutusmahdollisuuksien ulkopuolelle jääneistä seikoista. Yleisellä tasolla ei voida sanoa, kuinka pitkälle yhtiön johdon voidaan kohtuudella olettaa tietävän ja ennakoivan maksukyvyyn kehitystä.³³⁹ Myös tosiasialliset mahdollisuudet maksukyvyyn ennakointiin riippuvat huomattavasti liiketoiminnan laadusta.

Oikeudellisen ratkaisutoiminnan kannalta ei ole tarvetta määritellä maksukyvyttömyyttä eri tavoin riippuen sovellettavasta normista. Normien muiden elementtien avulla voidaan kunkin normin soveltamisala kohdentaa sen tarkoituksen kannalta mielekkäälle alueelle. Tällaisia muita elementtejä ovat rikosoikeudellisten normien kohdalla mm. hyötymistarkoitus ja tahallisuus. Tunnuksmerkistön soveltamisalaa voidaan tarvittaessa rajata myös sosiaaliadekvaattisuuden avulla; ts. sanamuotonsa mukaan tunnuksmerkistön soveltamisalaan sisältyvää toimintaa ei pidetä rangaistavana sen sosiaalisen hyväksyttävyyden vuoksi.

Maksukyvyttömyyden koherenttia määrittelyä yhdellä tietyllä tavalla sovellettavista normeista riippumatta voidaan perustella erityisesti rikosoikeudessa legaliteettiperiaatteen taustalla olevalla pyrkimyksellä lisätä ennakoitavuutta ja oikeusvarmuutta, mutta myös reaalisilla argumenteilla. Yrittäjältä ei voida edellyttää, että liiketoiminnan ollessa kannattamatonta ja kassavirran ollessa negatiivinen hän kohdistaisi yrityksen resurssit mahdollisesti kokonaan uusiin raportointijärjestelmiin, joiden avulla saadun tiedon perusteella hän pystyisi erikseen arvioimaan maksukyvyttömyyttään OYL:n, RL 39:1:n, RL 29:4:n ja mahdollisesti vielä erikseen esim. TakSL:n, YSL:n ja konkurssilain edellytysten valossa. Tällaiset raportointijärjestelmät

³³⁹ Liiketoiminnan harjoittaminen voi olla luonteeltaan tapauskohtaisesti niin poikkeavaa, ettei ole mielekästä pyrkiä antamaan yleisiä eksakteja kriteereitä huolellisuusvelvollisuuden ajalliselle ulottuvuudelle. Kärjistettynä esimerkkinä voidaan todeta, että ydinvoimalaa ylläpitävän yrityksen tulee varautua pidemmän ajan vastuisiin kuin opiskelijaporukan, joka lokakuussa päättää harjoittaa tiernapoika- ja joulupukkivälitystä liiketoiminnan muodossa tulevana joulusesonkina.

olisivat kuitenkin välttämättömiä, mikäli näillä säännöksillä haluttaisiin myös tosiasiallisesti ohjata yrittäjän käyttäytymistä päätöksentekotilanteessa siten, että yrittäjä huolellisesti punnitsisi, mihin toimiin hän voi ryhtyä³⁴⁰. Tällaista ”maksukyvyttömyyden eriytymisajattelua” on kuitenkin viimeksi esiintynyt varsin laajalti erityisesti osakeyhtiöoikeudellisessa kirjallisuudessa. Kun maksukyvyttömyysproblematiikka kuitenkin aktualisoituu useiden eri oikeudenalojen soveltamiskäytännössä, voidaan koherentin systeemin muodostamista mielestäni pitää tarpeellisena.

Osakeyhtiöoikeudellisessa kirjallisuudessa on esitöiden puutteellisuuden vuoksi toivottu, että OYL:ssa tarkoitetun maksukyvyttömyyden määrittely täsmentyisi vastaisuudessa oikeuskäytännössä. Tämän toiveen toteutumiseen voidaan kuitenkin suhtautua epäilevästi ottaen huomioon mm. KKO:n useat prejudikaatit verorikkomuksen maksukyvyttömyydestä. Yksittäisessä tapauksessa maksukyvyttömyys muodostuu helposti näytöllisesti varsin monimutkaiseksi ilmiöksi ja asiassa annettu ratkaisu on riippuvainen asiassa esiin tulleista väitteistä ja yksittäisistä faktaseikoista sekä niitä koskevan näytön riittävydestä. Nämä seikat ohjaavat väistämättä ratkaisun perusteluita. Tuomioistuinten ratkaisut muodostuvat tästä syystä usein ”pistemäisiksi³⁴¹”, ellei sitten enemmän tai vähemmän sattumalta esille tule yhtä aikaa useampi tapaus, joiden avulla kysymystä päästään tarkastelemaan monipuolisemmin esim. prejudikaattituomioistuimessa³⁴². Tuomioistuinten ratkaisuissa pyritään kuitenkin harvoin muodostamaan laajempaa systematiikkaa kuin mitä se yksittäisen jutun ratkaisemiseksi on tarpeen³⁴³. Mikäli ”OYL:ssä tarkoitetun maksukyvyttömyyden” määrittely jäisi pelkän oikeuskäytännön varaan, jäänee pelkän ”OYL:n maksukyvyttömyyden” tulkintakin edellä mainituista tuomioistuinratkaisuihin liittyvistä ongelmista pitkään avoimeksi. Maksukyvyttömyyden ja sitä koskevien normien monitahoisuuden vuoksi maksukyvyttömyyden määrittely ja sitä koskevan systeemin muodostaminen onkin nähdäkseni tosiasiallisesti mahdollista vain tieteellisessä keskustelussa.

³⁴⁰ Liiketoiminnan harjoittaminen voi olla luonteeltaan tapauskohtaisesti niin poikkeavaa, ettei ole mielekästä pyrkiä antamaan yleisiä eksakteja kriteereitä huolellisuusvelvollisuuden ajalliseen ulottuvuudelle. Kärjistettynä esimerkkinä voidaan todeta, että ydinvoimalaa ylläpitävän yrityksen tulee varautua pidemmän ajan vastuisiin kuin opiskelijaporukan, joka lokakuussa päättää harjoittaa tiernapoika- ja joulupukkivälitystä liiketoiminnan muodossa tulevana joulusesonkina.

³⁴¹ Ks. esim. KKO 2009:70 enemmistön mielipide. Tapauksessa ei tosin ollut kyse maksukyvyttömyyden tulkinnasta, vaan tekotapatunnusmerkistön täyttymisestä. Enemmistön kanta painotti legaliteettiperiaatetta ja HE 66/1988:ssa esitettyjä kannanottoja, kun taas vähemmistö painotti normin merkitystä yleisen konkurssioikeudellisen yhdenvertaisuusperiaatteen suojelijana.

³⁴² Ks. esim. KKO 2008:11–13.

³⁴³ Tästä poikkeuksena maksukyvyttömyyden osalta kuitenkin KKO 2004:46.

Tässä artikkelissa on katsottu, että maksukyvyttömyys tulisi sovellettavasta normista riippumatta määritellä taloudelliseksi olosuhteeksi, jossa velallinen on muutoin kuin tilapäisesti kyvytön maksamaan velkojaan niiden erääntyessä. Liiketaloustieteen metodein tämä olosuhde voidaan kuvata eksplisiittisesti Kähkösen maksukyvyttömyyden laskentamallissa käytetyllä tavalla, jossa velallisen maksuun käytettävissä olevat varat ja kassatulot tietyn ajanjaksona kohdistetaan samana ajanjaksona erääntyviin maksuvelvoitteisiin, joita ovat tarkasteluajanjakson kassamenot ja kyseisenä tarkasteluajana erääntyvät velat ja vastuut.³⁴⁴ Kähkösen laskentamalli on käyttökelpoinen erityisesti niissä tilanteissa, joissa kirjanpitomateriaalista on saatavissa luotettavasti kaikki laskentamallin kannalta relevantit tiedot riittävällä tarkkuudella; ts. malli soveltuu erityisesti analysoitaessa menneisyyden tapahtumia. Kun yrittäjä arvioi ratkaisujensa vaikutuksia tulevaisuudessa, voidaan maksukyvyttömyyden ennustamisessa käyttää apuna myös muita liiketaloustieteessä kehitettyjä malleja, joissa selitettävä muuttuja on riittävän samankaltainen Kähkösen maksukyvyttömyyden laskentamallissa määritellyn olosuhteen kanssa. Tällaisia malleja saattavat olla esimerkiksi Laitinen – Laitisen kehittämä Z-luku³⁴⁵, Tuokko Tilintarkastus Oy:n kehittämä maksukyky malli³⁴⁶ tai jokin muu malli, kuten vaikkapa Uudessa-Seelannissa käytössä oleva solvency test³⁴⁷, tai yksittäinen tunnusluku³⁴⁸, joka empiirisellä aineistolla testattaessa on osoittanut riittävän korkeaa ennustamiskykyä, jotta yksittäisen yrittäjän voidaan edellyttää tuon tiedon perusteella kiinnittävän huomiota mahdolliseen talouden tervehdyttämistarpeeseen.

Näin ollen arvioitaessa tapahtumia jälkikäteen esimerkiksi tuomioistuimessa voidaan Kähkösen laskentamallia³⁴⁹ hyväksi käyttäen arvioida maksukykyä teon aikana ja teon vaikutusta maksukykyyn. Vaikka Kähkösen laskentamallia käyttäen jälkikäteistarkastelussa päädyttäisiinkin esimerkiksi siihen, että teko aiheutti maksukyvyttömyyden, voidaan esittää jatkokesymys: oliko velallisen menettely tahallista tai – erityisesti OYL:n vastai-

³⁴⁴ Kähkönen 1998 s. 105.

³⁴⁵ Ks. Laitinen – Laitinen 2004 s. 301.

³⁴⁶ Ks. Blummé et al. 2010 s. 126.

³⁴⁷ Ks. Villa 2007 s. 146–148.

³⁴⁸ Ks. Laitinen – Laitinen 2004 s. 299–300, joiden mukaan yksinkertainen vakavaraisuuden tunnusluku ennusti pitkällä aikavälillä varsin hyvin maksuhäiriötä.

³⁴⁹ On huomioitava, ettei Kähkösen laskentamallia juurikaan käytännössä käytetä esimerkiksi velallisen epärehellisyyttä koskevissa jutuissa. Tähän lienee usein syynä se, että maksukyvyttömyys tai sen aiheutuminen on teon ja teko-olosuhteiden luonteesta johtuen muutoinkin selvää. Kähkösen laskentamalli ei myöskään muodostu suoraan esimerkiksi yleisesti käytössä olevista tunnusluvuista (esim. current ratio, quick ratio, omavaraisuusaste, rahoitustulosprosentti, käyttökatte), joita tyypillisesti käytetään yrityksen maksuvalmiuden, vakavaraisuuden ja kannattavuuden arvioinnissa.

suutta arvioitaessa – riittävän huolellista? Tätä huolellisuutta arvioitaessa voidaan kiinnittää huomiota siihen, olisiko yhtiö päätöksentekotilanteessa olleen tiedon perusteella ajautunut maksuvaikeuksiin esimerkiksi Laitinen – Laitisen Z-luvun tai muun ennustemallin mukaan. Tämän ohella on kysyttävä, saiko yritys luottaa kyseisessä yksittäistapauksessa käytettävissä olevat tiedot huomioon ottaen ennustemallin mukaiseen arvioon, vai tuliko asiassa ottaa huomioon sellaisia maksukykyyn vaikuttavia muuttujia, jotka eivät kuitenkaan vaikuta ennustemalliin (esim. piilevät verovelat, ennakoitavissa oleva suuren asiakkaan vetäytyminen markkinoilta)? Nähdäkseni maksukyvyttömyyteen liittyvää kysymyksenasettelua oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa voidaankin täsmentää niin, että liiketaloustieteellisten mallien avulla voidaan selvittää, oliko tietty toimenpide syy-yhteydessä maksukyvyttömyyteen. Tämän jälkeen tuomarin tai muun ratkaisijan rooliksi jää ”konkreettinen” näytön arviointi: Oliko tekijä tietoinen tai pitikö hänen tietää maksukyvyttömyydestä? Oliko tekijä rikkonut huolellisuusnormeja vai tapahtuiko liiketoimintaympäristössä joitain sellaisia muutoksia, joihin varautumista tekijältä ei voitu kohtuudella vaatia? Luonnollisesti tuomarin tai muun ratkaisijan täytyy ottaa kantaa myös muihin, arvostuksenvaraisempiin seikkoihin, kuten kysymykseen toimenpiteen liiketaloudellisesta perusteltavuudesta, oikeushyvän suojelutarpeesta, teon motiiveista ja muista teon moitittavuuteen vaikuttavista tekijöistä.

Edellä todetulla maksukyvyttömyyden koherentilla määrittelyllä sekä huomion kiinnittämisellä maksukyvyttömyyden ohella myös muihin, kuhunkin yksittäiseen normiin liittyviin elementteihin³⁵⁰, voidaan kullekin normille antaa tarkoituksenmukainen merkityssisältö ja soveltamisala siten, että erilaiset suojeltavat oikeushyvät tulevat riittävällä tavalla turvatuksi. Samalla kuitenkin myös yrityksen päätöksentekijän oikeusturva paranee, kun maksukyvyttömyyteen eli tiettyyn taloudelliseen olosuhteeseen liittyvät oikeusvaikutukset ovat paremmin ennakoitavissa.

³⁵⁰ Kuten esimerkiksi ratkaisussa KKO 2008:11–13 on onnistuneesti tehty hyötymistarkoituksen osalta.

LÄHTEET

- Aarnio, Aulis*: Laintulkinnan teoria. Yleisen oikeustieteen oppikirja. WSOY, Juva 1989.
- Airaksinen, Manne – Pulkkinen, Pekka – Rasinaho, Vesa*: Osakeyhtiölaki II. Talentum 2010.
- Alvesalo, Anne*: The Dynamics of Economic Crime Control, Poliisiammattikorkeakoulun tutkimuksia 14, Espoo 2003.
- Andersson, Jan*: Om vinstutdelning från aktiebolag: en studie av aktiebolagsrättsliga skyddsregler, Uppsala 1995.
- Asp, Petter – Ulväng, Magnus – Jareborg, Nils*: Kriminalrätts grunder. Uppsala 2010.
- Blummé, Nils – Kaarenoja, Ahti – Suontausta, Seppo*: Maksukyky, varojenjako ja velkojiensuoja osakeyhtiössä. KHTpro 2010.
- Dahlqvist, Anna-Lena*: Skattebrott och skattelagarna. Stockholm 2003.
- Dahlqvist, Anna-Lena – Holmqvist, Rolf*: Brotten i näringsverksamhet. Andra upplagan. Norstedts Juridik 2010.
- Frände, Dan*: Allmän straffrätt. Forum Iuris. Helsingfors 2004.
- Frände, Dan – Wahlberg, Markus*: Keskeiset rikokset, toim. Dan Frände, Jussi Matikkala, Jussi Tapani, Matti Tolvanen, Pekka Viljanen, Markus Wahlberg, Edita 2010.
- Hakamies, Kaarlo*: Maksukyvytön vai ei? Legaliteettiperiaate ja KKO 2004:46 Oikeustiede – Jurisprudentia 2005 s. 155–260.
- Heinonen, Olavi*: Velallisen konkurssirikoksista. SLY Helsinki 1966.
- Hupli, Tuomas*: Täytäntönpainointressi yrityssaneerauksessa. Insolvenssioikeudellinen tutkimus saneerausvelkojan oikeusaseman perusteista. SLY Jyväskylä 2004.
- Häyrynen, Janne*: Arvopaperimarkkinoiden väärinkäyttö. SLY Vammala 2006.
- Immonen, Raimo – Nuolimaa, Risto*: Osakeyhtiöoikeuden perusteet. Talentum 2007.
- Jareborg, Nils*: Brotten I. Lund 1979. (
- Jokinen, Juha*: Osakeyhtiön johdon huolellisuusvelvollisuus ja osakeyhtiölain maksukykyisyystestin taloudelliset osatekijät. DL 2/2008 s. 239–254.
- Juho, Anu*: Kavallus – Rikoslain 28 luvun 4 §:n 3 momentin mukainen tilitysvelvollisuuden laiminlyönti erityisesti tapausta KKO 2005:10 silmällä pitäen. Teoksessa: Kirjoituksia talousrikosoikeudesta. Toim Pekka Koponen – Raimo Lahti – Timo Ojala. Helsingin hovioikeus 2007 s. 141–161.
- Kaarenoja, Ahti – Suontausta, Seppo*: Maksukyvyttömyys ja osakeyhtiön varojenjako. DL 2/2007 s. 239–256.
- Kaisto, Janne*: Korkein oikeus ja tilitysvelvollisuus. Ratkaisun KKO 2005:10 kriittistä arviointia. DL 2005 s. 427–453.
- Knuts, Märten*: Kursmanipulation på värdepappersmarknaden. SLY, Sastamala 2010.
- Kontkanen, Erkki*: Uuden osakeyhtiölain mukaiset voitonjakorajoitukset ja maksukyky varoja jaettaessa. Tilintarkastus – Revision 6/2006 s. 17–20.
- Koponen, Pekka*: Talousrikokset rikos- ja rikosprosessioikeuden yhtymäkohdassa. SLY, Vammala 2004.
- Koponen, Pekka*: Velallisen rikokset. Teoksessa Talousrikokset, toim. Raimo Lahti ja Pekka Koponen. Vaajakoski 2007.
- Kukkonen, Reima*: Velallisen rikokset. Velallisen varallisuusaseman todellinen ja näennäinen huonontaminen. Lainopillinen analyysi velallisen epärehellisuuden ja velallisen petoksen tunnusmerkistöjen soveltamisaloista. Pro gradu -tutkielma HY 2010.

- Kurenmaa, Tero*: Sisäpiirintiedon väärinkäyttö. SLY, Jyväskylä 2003.
- Kyläkallio, Juhani – Irola, Olli – Kyläkallio, Kalle*: Osakeyhtiö. Edita 2008.
- Kähkönen, Ilpo*: Velallisen epärehellisuuden mallittaminen. Ongelmina esitutkintaan valikointi ja tunnusmerkistön taloudelliset käsitteet. Helsinki 1998.
- Laakso, Tapio – Laitinen, Erkki K. – Vento, Harri*: Uhkaava maksukyvyttömyys ja onnistunut yrityssaneeraus. Talentum 2010.
- Lahti, Raimo*: Rikoslain kokonaisuudistuksen ensimmäinen vaihe: varallisuus- ja talousrikossäännökset, I–III. LM 3/1991 s. 258–290, LM 7/1991 s. 873–901 ja LM 8/1991 s. 1168–1201. (Lahti 1991)
- Lahti, Raimo – Koponen, Pekka*: Talousrikokset SLY 2007.
- Laine, Erkki K.*: Maksukyky uuden osakeyhtiölain mukaan. – Selkeä käsite vai veteen piirretty viiva. Kokemuksia menneestä ja arvioita tulevasta. Tilintarkastus – Revision 5/2006 s. 8–17.
- Laitinen, Erkki K. – Laitinen, Teija*: Yrityksen rahoituskriisin ennustaminen. Helsinki 2004.
- Lehtonen, Asko*: Verorikkomus. Lakimies 7/1991 s. 929–945.
- Matikkala, Jussi*: Tahallisuudesta rikosoikeudessa. SLY, Vammala 2005.
- Melander, Sakari*: Kriminalisointiteoria – Rangaistavaksi säättämisen oikeudelliset rajoitukset. SLY Helsinki 2008.
- Mähönen, Jukka – Villa, Seppo*: Osakeyhtiö II. Pääomarakenne ja rahoitus. WSOYpro 2006.
- Mäkelä, Kaisa*: Talouselämän rikokset, rikosoikeus ja kriminaalipolitiikka. SLY, Saarijärvi 2001.
- Niemi, Kari*: Verorikkomus (RL 29:4). Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisuja. Rikos- ja prosessioikeuden sarjaa B:11.
- Nuutila, Ari-Matti*: Rikosoikeudellinen huolimattomuus. Lakimiesliiton kustannus. Helsinki 1996.
- Nuutila, Ari-Matti*: Rikosoikeus, toim. Olavi Heinonen, Pekka Koskinen, Tapio Lappi-Seppälä, Martti Majanen, Kimmo Nuotio, Ari-Matti Nuutila, Ilkka Rautio. WSOY Lakitieto 2002.
- Oikia, Niklas*: Konkurssin ennustamismenetelmien hyödyntäminen tilintarkastuksessa. Tilintarkastus – Revision 6/2008 s. 52–55.
- Ranta, Jouni*: Varautumisperiaate ympäristöoikeudessa. Gummerus Kirjapaino Oy 2001.
- Reiersen, Hedvig Bugge*: kirja-arvostelu teoksesta ”Stefan Lindskog: Kapitalbrist i aktiebolag. Kommentarer till kap. 25:13.20 ABL Norstedts Juridik, Stockholm 2008.” Tidskrift for Rettsvitenskap 1/2010 s. 175–181.
- Sahavirta, Ritva*: Verorikokset. Teoksessa Talousrikokset. SLY, Vaajakoski 2007.
- Sahavirta, Ritva*: Rahanpesu rangaistavana tekona. SLY, Jyväskylä 2008.
- Salminen, Markku*: Velallisen rikos. WSLT 1998.
- Savela, Ari*: Osakeyhtiörikos ja -rikkomus. DL 1/2009 s. 3–30.
- Siltala, Raimo*: Oikeustieteen tieteenteoria. SLY, Vammala 2003.
- Sjögren, Helena*: Palkkaa vai osinkoa – empiirinen tutkimus velkojien suojasta pienissä osakeyhtiöissä. Lakimies 6/2010 s. 979–998.
- Sjögren, Helena – Syrjä, Pasi – Villa, Seppo*: Osakeyhtiölain maksukykyisyyden tilastollinen tarkastelu. DL 3/2008 s. 448–459.
- Tapani, Jussi*: Mitä rikoslaki kieltää maksukyvyttömyyden uhatessa? DL 2000 s. 691–718.
- Tapani, Jussi*: Petos liikesuhteessa. SLY, Jyväskylä 2004. (Tapani 2004a)

- Tapani, Jussi:* Verorikkomussäännöksen (RL 29 luvun 4 §) teleologinen tulkinta. DL 5/2004 s. 928–939. (Tapani 2004b)
- Tapani, Jussi:* Työeläkevakuutusmaksupetos. Teoksessa Oikeussosiologiaa ja kriminologiaa. Juhlajulkaisu Ahti Laitinen 1946 – 24/4 – 2006. Toim. Eero Backman, Heikki Kulla, Jyrki Tala, Timo Ahonen. Turun yliopisto Oikeustieteellinen tiedekunta 2006.
- Tapani, Jussi:* Kriminaalipoliitikka ja rikoslainoppi – politiikan ja oikeuden rajalla. Oikeus 4/2007 s. 401–408.
- Tapani, Jussi:* Virallisen vastaväittäjän lausunto Ritva Sahavirran väitöskirjasta ”Rahanpesu rangaistavana tekona”. Lakimies 2009 s. 172–184.
- Tapani, Jussi:* Keskeiset rikokset, toim. Dan Frände, Jussi Matikkala, Jussi Tapani, Matti Tolvanen, Pekka Viljanen, Markus Wahlberg, Edita 2010 (Tapani 2010a)
- Tapani, Jussi:* Yrittänyttä ei laiteta? Rikoksen yrityksen rangaistavuus. Lakimiesliiton kustannus 2010. (Tapani 2010b)
- Tolonen, Kari:* Talousrikossäännösten tulkinta - erityisesti velallisen rikoksissa. Edita 2000.
- Vilkkö, Marita:* Tahallisuus ja sen ajallinen ulottuvuus velallisen epärehellisyydessä maksukyvyttömyystunnusmerkin kannalta. Teoksessa: Kirjoituksia talousrikosoikeudesta. Toim. Pekka Koponen – Raimo Lahti – Timo Ojala. Helsingin hovioikeus 2007.
- Vento, Harri:* Velallisen rikokset konkurssissa. Lakimiesliiton kustannus, Helsinki 1992.
- Vento, Harri:* Maksukyvyttömyys ja konkurssi rangaistavuuden edellytyksenä. Jyväskylä 1994.
- Villa, Seppo:* Maksukykyisyys- ja tasetesti osakeyhtiölain ja Uuden Seelannin yhtiölain mukaan. Teoksessa yhtiöoikeudellisia kirjoituksia VI, toim. Ari Saarnilehto. Turun yliopisto, oikeustieteellinen tiedekunta 2007.
- Virtanen, Jussi:* KKO 2007:29. Maksukyvyttömyys ja hyötymistarkoitus verorikkomuksessa. Teoksessa KKO:n ratkaisut kommentein 2007 I s. 195–203.
- Wallin, Jan – Höglund, Henrik:* Nytt test av betalningsförmågan sätts på prov. Tilintarkastus – Revision 2/2009 s. 54–57.

HE 66/1988 Hallituksen esitys eduskunnalle Rikoslain kokonaisuudistuksen ensimmäisen vaiheen käsittäväksi rikoslain ja eräiden muiden lakien muutoksiksi.

HE 16/1997 Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi rikoslain 29 luvun 1 §:n muuttamisesta.

HE 8/2002 Hallituksen esitys Eduskunnalle yksityisten alojen ja valtion sekä kunnallisen eläkejärjestelmän tietojen saamista, antamista ja salassapitoa koskevien sekä eräiden muiden lainsäännösten muuttamisesta.

HE 53/2002 Hallituksen esitys Eduskunnalle eräiden rikoslain talousrikossäännösten ja eräiden niihin liittyvien lakien muuttamiseksi.

HE 45/2005 Hallituksen esitys Eduskunnalle laeiksi osa-aikaeläkettä ja yksilöllistä varhaiseläkettä koskevien säännösten muuttamisesta.

HE 109/2005 Hallituksen esitys Eduskunnalle uudeksi osakeyhtiölainsäädännöksi.

HE 221/2008 Hallituksen esitys Eduskunnalle verotililainiksi sekä laeiksi eräiden verolakien muuttamisesta.

LaVM 6/1990 vp. Lakivaliokunnan mietintö HE:stä 66/1988 vp rikoslainsäädännön kokonaisuudistuksen ensimmäisen vaiheen käsittäväksi rikoslain ja eräiden muiden lakien muutoksiksi.

LaVL 19/2005 vp. Lakivaliokunnan lausunto HE:stä 45/2005 vp työntekijän eläkelaiaksi ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi.

TaVM 7/2006 vp. Talousvaliokunnan mietintö HE:stä 109/2005 vp uudeksi osakeyhtiölainsäädännöksi.

Eduskunnan vastaus 12.6.1990 hallituksen esitykseen 66/1988.

Osakeyhtiölakityöryhmän mietintö (OM 2003:4)

Konsernitiilin päätöksen laatimiselvöllisyys sekä maksukyky- ja tasetesti osakeyhtiön varojenjaossa. OM:n lausuntoja ja selvityksiä 2009:13. (OM 2009:13)

Osakeyhtiölain varojenjako koskevien säännösten muuttaminen. Lausuntotiivistelmä. OM:n lausuntoja ja selvityksiä 2009:25. (OM 2009:25)

Prof. Raimo Lahden asiantuntijalausunto Eduskunnan lakivaliokunnalle 15.9.2005.

Lakivaliokunnan kokousptk N:o 35/1990 vp. 25.5.1990. Eduskunnan arkisto.

Etptk. 6200/R/3311/03, liite 4 s. 85–92; KKO:n arkisto (KKOA)

Etptk. 6400/R/2130/01 KKO:n arkisto (KKOA)

Ekonomirikostarkastajan tarkastusmuistio 18.11.2002 (Etptk. 6400/R/2130/01, Päijät-Hämeen poliisilaitoksen arkisto)

Regeringens proposition 1995/96:170 – Översyn av skattebrottslagen.

Regeringens proposition 1996/97:100 – Ett nytt system för skattebetalningar, m.m.

Regeringens proposition 2004/05:69. Bokföringsbrott och andra brott mot borgenärer.

Regeringens proposition 2004/05:85. Ny aktiebolagslag.

Eläketurvan järjestämisvelvollisuuden kiertäminen ja väärinkäyttö.

– [Http://tyoelakelakipalvelu.etk.fi/fi/soveltamisohje/index.php?asiakirjanumero=7746&&_sort=&_dir=&_offset=](http://tyoelakelakipalvelu.etk.fi/fi/soveltamisohje/index.php?asiakirjanumero=7746&&_sort=&_dir=&_offset=), viittauspäivä 25.11.2009).

Tilastokeskuksen konkurssitilastot.

– [Http://www.stat.fi/til/konk/2008/konk_2008_2009-06-30_kat_001.html](http://www.stat.fi/til/konk/2008/konk_2008_2009-06-30_kat_001.html), viittauspäivä 21.5.2010).

Työnantaja ja TyEL-vakuutus 2010.

– [Http://www.ilmarinen.fi/Production/fi/x_pdf_liitteet_julkaisut/tyonantaja_tyel_2010.pdf](http://www.ilmarinen.fi/Production/fi/x_pdf_liitteet_julkaisut/tyonantaja_tyel_2010.pdf), viittauspäivä 24.11.2009).

Työntekijän eläke 2009. Tietoa yksityisalojen työeläketurvasta.

– [Http://www.etk.fi/Binary.aspx?Section=40912&Item=61505](http://www.etk.fi/Binary.aspx?Section=40912&Item=61505), viittauspäivä 25.11.2009).

Yrittäjän verkkopalvelut.

– [Http://www.ilmarinen.fi/Production/fi/Yrittaja/01_tutustu_verkkopalveluihin_yrittaja/01_vakuutuspalvelu/index.jsp](http://www.ilmarinen.fi/Production/fi/Yrittaja/01_tutustu_verkkopalveluihin_yrittaja/01_vakuutuspalvelu/index.jsp), viittauspäivä 24.11.2009).

OIKEUSTAPAUKSET

Korkein oikeus

KKO 1993:93
KKO 1994:67
KKO 1995:87
KKO 1995:106
KKO 1995:137
KKO 1996:35
KKO 1997:171
KKO 1998:10
KKO 1998:56
KKO 1998:110
KKO 2000:74
KKO 2001:87
KKO 2002:46
KKO 2002:117
KKO 2004:46
KKO 2005:10
KKO 2005:68
KKO 2005:111
KKO 2005:119
KKO 2007:29
KKO 2008:11
KKO 2008:12
KKO 2008:13
KKO 2009:70

KKO:n julkaisemattomat ratkaisut (taltionumerot)

648/2003
1074/2005
2157/2007
1749/2008
2862/2008
1033/2009

Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ja ihmisoikeuskomission ratkaisut

Gea Catalán vs. Espanja 10.2.1995
Jamil vs. Ranska 8.6.1995
Göktan vs. Ranska 2.7.2002

Hovioikeusratkaisut (antopäivä ja taltionumero)

Helsingin HO 26.9.2008/2660 (KKO ei valituslupaa 23.2.2009).

VaaHO 17.6.2005/921

Kouvolan HO 3.1.2003/1358

Itä-Suomen HO 19.11.1998/1371(KKO ei valituslupaa 8.4.1999)

THO 6.3.1998/607 (KKO ei valituslupaa 3.6.1998).

LYHENTEET

ALV	arvonlisävero
BrB	brottsbalken
Dnro	diaarinumero
EA	Eduskunnan arkisto
EIS	Euroopan ihmisoikeussopimus
EIT	Euroopan ihmisoikeustuomioistuim
Etptk.	esitutkintapöytäkirja
HE	hallituksen esitys
HO	hovi oikeus
IFRS	International Financial Reporting Standards
KKO	Korkein oikeus
KKOA	Korkeimman oikeuden arkisto
KP-sopimus	YK:n kansalais- ja poliittisia oikeuksia koskeva yleissopimus
KPL	kirjanpitolaki
LaVL	lakivaliokunnan lausunto
LaVM	lakivaliokunnan mietintö
OM	oikeusministeriö
OYL	osakeyhtiölaki
Prop.	regeringens proposition
RL	rikoslaki
SFS	Svensk författningssamling
TakSL	takaisinsaantilaki
TaVM	talousvaliokunnan mietintö
TyEL	työntekijän eläkelaki
VerotiliL	verotililaki
YSL	yrittysaneerauslaki

ON INSOLVENCY AND INTENTION TO GAIN FINANCIAL BENEFIT IN CRIMINAL LAW

This study deals with the problematic relationship between four criminal provisions, namely tax violation¹, employment pension insurance premium fraud², dishonesty of debtor³, and company law offence⁴. The paper discusses the concept of insolvency and different aspects of gaining financial benefit in these provisions.

In the Finnish company law offence it is punishable to distribute assets of a company if it causes insolvency. In addition, the Finnish Penal Code's section on dishonesty by a debtor mentions that it is punishable to cause insolvency or essentially worsen the state of insolvency with certain actions. On the other hand, failing to pay certain taxes in order to gain financial benefit and for other reason than insolvency is punishable as a tax violation. In the employment pension insurance premium fraud it is punishable, *inter alia*, to neglect to account for an employee's employment pension insurance premium to the pension institution. Insolvency or intention to gain financial benefit are not essential elements of this offence. However, the state of insolvency may abolish the punishability on the grounds of the European Convention of Human Rights protocol 4 Art. 1 (Prohibition of imprisonment for debt).

The concept of insolvency is one of the most essential elements when applying tax violation, dishonesty of debtor and company law offence. It has, however, been given various interpretations in the Finnish legal praxis, and the legal literature on the subject is somewhat controversial.

The paper analyses and discusses the models of insolvency used by the Finnish Supreme Court and developed in the legal literature. It also systematically analyses the essential elements of the criminal provisions mentioned above. The paper proposes one of these models to be widely used in the criminal provisions. It is also recommended that insolvency should be interpreted similarly regardless of which criminal provision is in question. The paper shows that insolvency rather tends to be a circumstance measurable by various accounting methods than just a legal term. Thus, there seem to be no need to interpret insolvency differently in different offences.

¹ Criminal Code Chapter 29 Section 4.

² Criminal Code Chapter 29 Section 4a.

³ Criminal Code Chapter 39 Section 1.

⁴ Limited Liability Companies Act Chapter 25 Section 1.

Mia Hoffrén

KUNTOTARKASTETUN
ASUINKIINTEISTÖN LAATUVIRHE –
VOIDAANKO VIRHESÄÄNNÖSTEN
TULKINNALLA PIENENTÄÄ
EPÄONNISTUNEIDEN KAUPPOJEN
ONGELMAA?

Sisällys

1 JOHDANTO	239
1.1 Kysymyksenasettelu: kuntotarkastuksen oikeudellinen merkitys.....	239
1.2 Tarkastelutapa: toimintaympäristösidonnainen tavoitteellinen tulkinta.....	241
2 KOTI KAUPAN KOHTEENA.....	243
2.1 Asuinkiinteistön kaupan vertailu muihin kiinteistönkauppoihin	243
2.2 Yksityishenkilöiden välisen asuinkiinteistön kaupan ominaispiirteet.....	245
2.3 Asuinkiinteistön kauppa oikeudellisten suhteiden verkkona....	248
2.4 Erityispiirteiden huomioiminen lakia tulkittaessa.....	250
3 KUNTOTARKASTAJAN TOIMEKSIANTAJAN MERKITYS.....	253
4 KUNTOTARKASTUS JA OSTAJAN TARKASTUSVELVOLLISUUS.....	257
5 KUNTOTARKASTUS JA VIRHETUNNUSMERKISTÖJEN TÄYTTYMINEN.....	263
5.1 Eri laatuvirhetyypit ja virhetyypin merkitys	263
5.2 Kiinteistö ei ole sellainen kuin on sovittu.....	263
5.3 Myyjän antama virheellinen tai harhaanjohtava tieto	265
5.4 Myyjän tiedonantovelvollisuuden laiminlyönti	267
5.5 Salainen virhe	268
6 KUNTOTARKASTUS JA VASTUUNRAJOITUKSET	269
7 LOPUKSI	272
LÄHTEET.....	274
OIKEUSTAPAUKSET	275

LYHENTEET	276
QUALITY DEFECT IN RESIDENTIAL REAL ESTATE WHICH HAS UNDERGONE CONDITION INSPECTION.....	277

Kuntotarkastetun asuinkiinteistön laatuvirhe – voidaanko virhesäännösten tulkinnalla pienentää epäonnistuneiden kauppojen ongelmaa?

1 JOHDANTO

1.1 Kysymyksenasettelu: kuntotarkastuksen oikeudellinen merkitys

Asuinkiinteistön kaupassa aiheutuu usein ongelmia siitä, että kaupan osapuolten on vaikea havaita kaikkia kaupan kannalta merkityksellisiä kiinteistön – ennen kaikkea siihen kuuluvien rakennusten – ominaisuuksia ja ymmärtää niiden merkitystä.¹ Kun kauppoja tehdään puutteellisen tiedon varassa, kaupan jälkeen voi tulla ilmi vikoja ja puutteita, joiden vuoksi kaupan kohde poikkeaa siitä, millainen ostaja oli uskonut sen olevan. Silloin ostaja saattaa esittää myyjälle vaatimuksia kiinteistökaupan laatuvirheen perusteella.

Laatuvirheitä ei olisi, jos kaupan osapuolilla olisi jo kauppaa tehdessään käytössään täydelliset tiedot kiinteistöstä. On selvää, että täydellinen tieto ei ole saavutettavissa, mutta virheitä voidaan joka tapauksessa ehkäistä lisäämällä osapuolten käytettävissä olevaa tietoa. Siksi onkin tavallista, että kaupan osapuolet käyttävät kiinteistön tarkastuksessa ulkopuolista asiantuntijaa. Kuntotarkastuksessa tehdyt havainnot vaikuttavat siihen, syntyykö kauppaa lainkaan ja millaisilla ehdoilla. Kun kuntotarkastus tehdään huolella, todennäköisyys joutua kaupan jälkeen riitelemään laatuvirheestä pienenee.

Asiantuntijan käyttö voi tapahtua eri tavoin. Myyjä voi teettää asiantuntijalla kuntotarkastuksen ja esittää kuntotarkastuksesta annetun raportin ostajaehdokkaille, tai ostaja saattaa käyttää asiantuntijaa apunaan tarkastaessaan kaupan kohdetta. Myyjä ja ostaja voivat päästyään alustavasti sopimukseen kaupan ehdoista teettää kuntotarkastuksen yhdessä. Tar-

¹ Haluan esittää kansleri Leena Kartiolle lämpimät kiitokset tämän artikkelin varhaisen luonnoksen kommentoinnista.

kastus voi olla koko kiinteistöön kohdistuva yleisluontoinen tarkastus tai jonkin ongelmakohtan yksityiskohtaista tutkimista. Tavallisimmin tehtäen yleisluontoisia, rakenteita rikkomattomia tarkastuksia, joissa esiin tulleiden riskien selvittämiseksi voidaan päätyä yksityiskohtaisempiin tutkimuksiin.²

Tässä kirjoituksessa *kuntotarkastuksella* tarkoitetaan kaikkia kiinteistön fyysisiin ominaisuuksiin kohdistuvia tarkastuksia, jotka on tehnyt osapuoliin nähden ulkopuolinen taho, johon jompikumpi tai molemmat osapuolet ovat turvautuneet tämän rakennusteknisen asiantuntemuksen vuoksi. Tarkastuksen tekijää kutsutaan *kuntotarkastajaksi* tai *asiantuntijaksi*.

Kuntotarkastuksesta huolimatta kiinteistön kunto saattaa kaupan jälkeen yllättää ostajan. Tässä kirjoituksessa tarkastelen kauppaa edeltävästä kuntotarkastuksesta huolimatta epäonnistuneita kiinteistökauppoja. Epäonnistuneella tarkoitan, että ostaja on niin pettynyt kaupan kohteen laatuun, että väittää kiinteistössä olevan maakaaren (540/1995; jatkossa MK) 2:17.1:n mukainen laatuvirhe ja esittää myyjälle siihen perustuvia vaatimuksia. Tutkimuskysymyksenä on, *mitä oikeudellista merkitystä kuntotarkastukselle on annettava myyjän virhevastuuta arvioitaessa*.

Rajaan tarkastelun *yksityishenkilöiden väliseen asuinkiinteistöjen kauppaan*. Yksityishenkilöostajalla tarkoitan tässä ostajaa, joka hankkii kiinteistön asunnoksi tai vapaa-ajan asunnoksi itseään tai perheenjäseniään varten.³ Yksityishenkilömyyjällä tarkoitan vastaavasti myyjää, joka myy kiinteistön, jota hän tai hänen perheenjäsenensä on käyttänyt asuntonaan tai vapaa-ajanasuntonaan.⁴ Yksityishenkilöiden välinen asuntokauppa poikkeaa niin merkittävästi esimerkiksi yritysten välisestä, yritystoimintaan käytettävän kiinteistön kaupasta, ettei tapausryhmiä ole järkevää käsitellä samassa yhteydessä.⁵

² Ympäristöministeriön, Kuluttajaviraston ja alan toimijoiden yhteistyössä on laadittu asuntokaupan kuntotarkastuksille Yhteinen toimintamalli, johon kuuluvat Tilaajan ohje (KH 90-00393) ja Suoritusohje (KH 90-00394) sekä molempien liitteenä oleva ohjeistus hyvästä asuntokaupan kuntotarkastustavasta. Ohjeen mukaiseen tarkastukseen kuuluvat aistinvarainen ja rakenteita rikkomaton kuntotarkastus sekä eräät havaittujen riskien perusteella tehtävät tutkimukset riskirakenteiden kunnan selvittämiseksi. Ohjeistuksen noudattaminen ei ole kuitenkaan pakollista, eikä tietoa siitä, kuinka suuri osa kuntotarkastuksista tehdään ohjeistusta noudattaen, ole saatavissa. Ks. Selvitys asuntokauppoihin liittyvistä käytännöistä Pohjoismaissa s. 27–28.

³ Tällaista ostajaa suojataan MK 2:10:n perusteella, jos hän hankkii kiinteistön maakaarassa tarkoitettua elinkeinonharjoittajalta.

⁴ Yksityishenkilömyyjän erityiskohtelun tarpeesta ks. Hoffrén – Anderssen LM 2011, erit. s. 57–62.

⁵ Ks. yksityishenkilöiden välisen kaupan ominaispiirteistä tarkemmin jakso 2.

1.2 Tarkastelutapa: toimintaympäristösidonnainen tavoitteellinen tulkinta

Kirjoituksen aiheen valinnan syynä on käsillä olevan ongelman suuri käytännön merkitys. Epäonnistuneet kiinteistönkaupat ovat yleisiä, ja väitetyistä laatuvirheistä aiheutuu niin riitojen osapuolille kuin yhteiskunnallekin merkittäviä kustannuksia ja muita haittoja. Huomattava määrä riita-asioista yleisissä tuomioistuimissa sekä kuluttajariitalautakunnassa liittyy myydyn kiinteistön tai asunnon virheeseen.⁶ Taloudellinen intressi riidoissa on suuri ja kaupan kohde on tyypillisesti äärimmäisen tärkeä riidan osapuolille sekä kotina että suurimpana yksittäisenä investointina. Useimmiten myyjä on myynyt asunnon tai kiinteistön, jota hän on käyttänyt asumiseensa, ja ostaja on muuttanut kohteeseen kaupan jälkeen. Ostaja tarvitsee kaupan kohteen kodikseen ja myyjä tarvitsee kauppahinnan maksaakseen uuden kodin. Virhe saattaa raunioittaa siitä vastuuseen jäävän osapuolen talouden, koska kumpikin kaupan osapuoli on suunnitellut talouttaan luottaen siihen, että kauppa ei aiheuta ongelmia.

Olisi epärealistista ajatella, että virheet ja niistä johtuvat ongelmat olisivat poistettavissa oikeudellisin keinoin. Esimerkiksi rakennuksessa piilevät kosteusvauriot eivät häviä sillä, että ostajan ja myyjän keskinäistä vastuunjakoa koskevia sääntöjä muutetaan. Oikeus ja oikeustiede voivat kuitenkin olla *osa* ratkaisua – ainakaan ne eivät saisi pahentaa ongelmaa. Oikeussäännöt ja niistä tehdyt tulkinnat voivat lisätä ja pahentaa virheistä aiheutuvia ongelmia joko vaikuttamalla osapuolten toimintaan ennen kauppaa tai kaupan jälkeen tai johtamalla virheen tultua ilmi raskaaseen prosessiin tai jommankumman osapuolen kannalta kohtuuttomalta tuntuvaan lopputulokseen.

Maakaaren laatuvirhettä koskevia sääntöjä on moitittu siitä, että ne eivät kannusta osapuolia riittävään virheiden ennaltaehkäisyyn ja johtavat

⁶ Vuonna 2009 käräjäoikeuksissa ratkaistiin 181 kiinteistönkaupan virhettä tai muuta sopimusrikkomusta koskevaa riitaa (Suomen virallinen tilasto: Käräjäoikeuksien siviiliasioiden ratkaisut). Vuonna 2008 kuluttajariitalautakunnassa puolestaan ratkaistiin 211 yksityishenkilöiden väliseen asutokauppaan (ml. asuinkiinteistön kaupat) liittyvää riita-asiaa (Kuluttajariitalautakunta 2008 s. 14). Virheoikeudenkäyntien määrä on selvästi lisääntynyt maakaaren säätämisen jälkeen: maakaaren säätämivuonna 1995 käräjäoikeuksissa ratkaistiin vain 68 ja voimaantulovuonna 1997 vain 99 kiinteistönkaupan virhettä tai muuta sopimusrikkomusta koskevaa riita-asiaa (Suomen virallinen tilasto: Käräjäoikeuksien siviiliasioiden ratkaisut) – silloisen kuluttajavalituslautakunnan tehtäviin yksityishenkilöiden väliset asutokaupat eivät kuuluneet. Riitojen lisääntyminen ei ole yllättävää, sillä maakaarta säädettyä katsottiin kiinteistön virhettä koskevien säännösten puuttumisen nostavan kynnystä vaatimusten esittämiseen tuomioistuimissa ja haittaavan siten ostajan oikeussuojan toteutumista. Erityisesti ostajan oikeussuojan parantamiseksi pidettiin tärkeänä määrittää täsmällisin säännöksin, milloin kiinteistön kaupassa on virhe ja mitä keinoja sopimuspuolella on silloin käytettävissään. (HE 120/1994 s. 19–20.)

kalliisiin, pitkällisiin ja vaikeisiin oikeudenkäynteihin, joissa annettuihin ratkaisuihin haetaan usein muutosta. Yhtenä säännösten puutteena on nähty se, että myyjän tiedonantovelvollisuus ja ostajan selonottovelvollisuus voidaan niiden mukaan yleensä täyttää ilman asiantuntija-apua, vaikka asiantuntijaan turvautuminen ennen kauppaa olisi omiaan pienentämään riskiä epämiellyttävistä yllätyksistä kaupan jälkeen.⁷ Kuntotarkastukset nähdään keinona pienentää laatuvirheongelmaa, ja lainsäädännön puutteena pidetään sitä, että se ei kannusta – tai peräti pakota – kuntotarkastuksen tekemiseen. Kritiikki antaa siksi aiheen tarkastella, miten kuntotarkastus vaikuttaa kaupan osapuolten oikeudelliseen asemaan.

Laista omaksutut tulkinnat voivat vaikuttaa ongelmaan joko ohjaamalla osapuolten toimintaa ennen kauppaa tai sen jälkeen tai vaikuttamalla siihen, miten kiinteistön puutteista aiheutuvat kustannukset jakautuvat kaupan osapuolten – ja mahdollisten muiden vastuutahojen – välillä. Tässä kirjoituksessa etsin keinoja tulkita ja käyttää voimassa olevaa lainsäädäntöä tavalla, joka auttaa ratkaisemaan ongelmaa sen pahentamisen sijaan. Tässä esitetyt tulkinnat ovat siis vahvasti tavoitteiden ohjaamia: tavoitteena on, että epäonnistuneita kauppoja olisi vähemmän; että epäonnistuneissakin kaupoissa olisi vähemmän riideltävää; että oikeudenkäyntejä olisi vähemmän ja ne olisivat kevyempiä niin osapuolille kuin tuomioistuimillekin; että epäonnistuneet kaupat eivät raunioittaisi sen paremmin ostajan kuin myyjänkään taloutta.

Tarkoitus ei kuitenkaan pyhitä keinoja eikä kauniilla tavoitteilla voi oikeuttaa lain lukemista miten tahansa. Siksi tässä kirjoituksessa esitetään vain sellaisia tulkintoja, joille on tukea paitsi edellä esitetyistä tavoitteista, myös lainsäädännöstä, esitöistä ja oikeuskäytännöstä. Tämän kirjoituksen tarkoituksena ei ole pohtia, miten lainsäädäntöä tulisi muuttaa, vaan miten voimassa olevaa lakia voidaan *jo nyt* soveltaa. Kirjoitus on suunnattu enemmän lain soveltajille kuin lainsäätäjälle.

Tulkintojen vaikutusten arvioinnin edellytyksenä on ymmärtää, millaisia ominaispiirteitä yksityishenkilöiden väliseen asuntokauppaan liittyy. Siksi tarkastelen kirjoituksen aluksi jaksossa 2 piirteitä, jotka erottavat yksityishenkilöiden välisen kaupan toisaalta liikekaupasta ja toisaalta kuluttajakaupasta. Esitän myös alustavia huomioita siitä, miten yksityishenkilöiden välisen kaupan ominaispiirteet vaikuttavat siihen, miten edellä kuvattuihin tavoitteisiin voidaan päästä, ja miten ne voidaan huomioida virhesäännösten tulkinnassa.

Oikeuskirjallisuudessa kuntotarkastuksen merkityksen on joissakin tapauksissa katsottu vaihtelevan sen mukaan, onko kuntotarkastaja toiminut

⁷ Ks. esim. *Tulokas* 2005 s. 396–403.

ostajan, myyjän vai molempien toimeksiannosta. Jaksossa 3 perustelen, miksi kuntotarkastukselle annettava oikeudellinen merkitys tulisi nähdä samanlaisena kuntotarkastajan toimeksiantajasta riippumatta.

Näiden yleisemmän tason jaksojen jälkeen siirryn käsittelemään kuntotarkastuksen vaikutusta yksittäisiä maakaaren virhettä koskevia säännöksiä tulkittaessa. Jaksossa 4 selvitän, voivatko kuntotarkastus ja siinä tehdyt havainnot laajentaa ostajan tarkastusvelvollisuutta verrattuna siihen, että kuntotarkastusta ei olisi tehty. Jaksossa 5 otan tarkasteluun maakaaren laatuvirhesäännöksen eri kohdat: mikä merkitys kuntotarkastuksella on arvioitaessa kiinteistön sopimuksenmukaisuutta, myyjän tiedonantovirheitä ja salaista virhettä?

Maakaaren säännösten käsittelyssä käy ilmi, että kuntotarkastuksen vaikutus myyjän vastuuseen ilman nimenomaista sopimista on varsin rajallinen. Jaksossa 6 tarkastelenkin, miten kuntotarkastuksessa tehtyjen havaintojen avulla muotoiltujen vastuunrajoitusehtojen avulla voidaan poiketa maakaaren mukaisesta riskinjaosta.

Lopuksi kokoan yhteen kirjoituksen keskeiset tulkintakannanotot. Päätän kirjoituksen esittämällä johtopäätökseni siitä, mitä keinoja kaupan osapuolten turvaamiseen kohtuuttomilta tuntuvilta menetyksiltä voimassa oleva oikeus tarjoaa toisaalta virheriitoja ratkaiseville tuomioistuimille ja toisaalta kaupan osapuolille.

2 KOTI KAUPAN KOHTEENA

2.1 Asuinkiinteistön kaupan vertailu muihin kiinteistönkauppoihin

Maakaari koskee kaikkia kiinteistönkauppoja riippumatta siitä, keitä kaupan osapuolet ovat ja millainen kiinteistö on kaupan kohteena. Poikkeuksen muodostavat eräät ostajaa suojaavat säännöt, joita sovelletaan vain kulluttajan ja elinkeinonharjoittajan välisessä kaupassa (MK 2:10). Pääosa säännöistä on kuitenkin yhteisiä kaikille kaupan tyypeille, eikä kahden yksityishenkilön välisen kaupan sääntely eroa mitenkään kahden yrityksen välisen kaupan sääntelystä. Asianmukaisesti lopputuloksiin pääsemiseksi säännöksiä tulkittaessa tulee ottaa huomioon kaupan kohde ja osapuolet.

Yksityishenkilöiden välistä asuinkiinteistön kauppaa voidaan lähestyä omana toimintaympäristönään⁸ esittämällä sellaisia siihen liittyviä piirteitä,

⁸ Toimintaympäristön erittelyyn olen saanut vaikutteita *Pöyhösen* juridisen vastuuharkinnan toimintaympäristöjä koskevasta esityksestä (*Pöyhönen* 2003 s. 162–169). Selvimmin tämä

jotka erottavat sen muiden kohteiden kaupasta. Vertailukohteiksi voidaan ottaa liikekauppa ja kuluttajakauppa.⁹

Pyrkimys yksityishenkilöiden välisen asuinkiinteistön kaupan erityispiirteiden tunnistamiseen johtaa väistämättä muista kaupoista tehtäviin yleistyksiin ja kärjistyksiin. On myös selvää, että mainitsemani ominaispiirteet eivät esiinny kaikissa yksityishenkilöiden välisissä kaupoissa. Mietittäessä yleisiä sääntöjä tulee kuitenkin löytää jonkinlainen tyypillinen asetelma, johon sääntöjä sovelletaan. Tavoitteena on tässä esittää sellaisia seikkoja, jotka *tyypillisesti* ovat ominaisia yksityishenkilöiden väliselle asuntokaupalle ja jotka siksi tulee ottaa huomioon sitä koskevia sääntöjä tulkittaessa.

Liikekaupalla tarkoitan tässä vertailussa kauppaa, johon sekä ostaja että myyjä osallistuvat osana elinkeinotoimintaansa. Liikekaupalle on ominaista, että se on osa kaupan osapuolten voittoa tavoittelevaa toimintaa. Liikekaupassa osapuolilla oletetaan olevan riittävä asiantuntemus ja taloudelliset resurssit sopimusvelvoitteidensa täyttämiseen. Yritystoiminnassa voidaan usein edellyttää yrityksen ostavan asiantuntijapalveluita silloin, kun sen omassa organisaatiossa ei ole kaupan kannalta riittävää asiantuntemusta.¹⁰

Elinkeinotoimintaan kuuluu jo määritelmän mukaan riski.¹¹ Osapuolten on otettava sopimukseen liittyvät riskit huomioon jo sopimuksesta päättäessään, ja jos ne eivät tee niin tai päätyvät ottamaan kantokykynsä nähden liian suuria riskejä, ne saavat myös kärsiä niiden seuraukset.¹² Lähtökohtana elinkeinonharjoittajien välisessä kaupassa on, että kumpikaan osapuolista ei tarvitse erityistä suojaa.¹³

Kuluttajakaupalla tarkoitan sellaista MK 2:10:ssä tarkoitettua kauppaa, jossa ostaja hankkii kiinteistön asunnoksi tai vapaa-ajanasunnoksi elinkeinonharjoittajalta, joka ammattimaisesti rakentaa tai myy kiinteistöjä.

näkynee asuntokaupan hahmottamisena yksittäisen sopimuksen sijaan osana oikeudellisten suhteiden verkkoa samaan tapaan kuin Pöyhönen esittää autokaupan.

⁹ Muiden kauppatyyppejen luettelo ei ole tyhjentävä. Tarkastelun ulkopuolelle jäävät esimerkiksi kaupat, joissa ostaja toimii osana elinkeinotoimintaansa mutta myyjä ei, sekä elinkeinotoimintaa harjoittamattomien oikeushenkilöiden väliset kaupat.

¹⁰ Ks. yritystoiminnassa toimiville asetettavista vaatimuksista sopimusoikeudessa esim. *Taxell* 1997 s. 70–71. Ruotsin maakaaren tarkastusvelvollisuutta koskevan säännöksen esitöissä todetaan, että teollisuuskiinteistön ostajalta voidaan edellyttää parempaa rakennusteknistä asiantuntemusta kuin pientalon ostajalta (Prop 1989/90:77 s. 41).

¹¹ Ks. esim. HE 8/1977 s. 15.

¹² Ks. esim. *Taxell* 1997 s. 71.

¹³ Ks. esim. *Hemmo* 1994 s. 3–4, *Taxell* 1997 s. 71 ja *Lehtinen* 2006 s. 233–234. Kuten edellä on todettu, tässä kauppatyyppejen eroja pyritään havainnollistamaan kärjistyksen avulla. On selvää, että kaksi elinkeinonharjoittajaakaan eivät aina ole sillä tavalla tasavertaisia, ettei heikomman suojalle voisi olla tarvetta (ks. pienyrityttäjän suojan tarpeesta esim. *Pöyhönen* 1988 s. 305).

Kuluttajakaupassa myyjän arvioidaan olevan sekä tiedollisesti että taloudellisesti ostajaa vahvemmassa asemassa, mikä puoltaa ostajan melko vahvaa suojaa.

2.2 Yksityishenkilöiden välisen asuinkiinteistön kaupan ominaispiirteet

Omalla kodillaan kauppaa käyvien yksityishenkilöiden välinen kiinteistökauppa eroaa liikekaupasta ja kuluttajakaupasta ainakin kolmessa merkittävässä suhteessa. Ensimmäinen ero on se *tarkoitus*, jossa kaupan osapuolet kauppaan ryhtyvät. Liikekaupassa molemmat osapuolet ja kuluttajakaupassa myyjä toimivat osana voittoa tavoittelevaa toimintaansa. Heidän tavoitteenaan on taloudellinen hyöty. Kuluttajien välisessä asuntokaupassa myyjä yleensä myy omassa käytössään olleen asunnon, koska hän ei tarvitse sitä enää. Kauppahinnan hän usein tarvitsee oman asumisensa myöhempää järjestämistä varten. Ostaja puolestaan ostaa asunnon käyttääkseen sitä asumiseensa. Kun kaupan tekeminen ei tapahdu osana voittoa tavoittelevaa toimintaa, suhtautuminen esimerkiksi kauppaan liittyviin riskeihin on erilaista kuin elinkeinotoiminnassa. Elinkeinotoimintaan kuuluu jo määritelmällisesti riski, kun taas asuminen tulisi voida järjestää ilman riskiä suurista menetyksistä. Kiinteistön käyttötarkoituksella voidaan perustella kaupan molempien osapuolten suojan tarvetta.¹⁴

Kaupan tarkoitus vaikuttaa myös siihen, millaisista *kaupan kohteen* ominaisuuksista osapuolet tarvitsevat tietoa ennen kaupan tekemistä. Yritystoiminnassa kiinteistöjä voidaan käyttää hyvinkin erilaisiin tarkoituksiin, ja ostaja tietää yleensä parhaiten, millaisia vaatimuksia hänen tarpeisiinsa sopivan kiinteistön on täytettävä. Asuinkiinteistön kaupassa sen sijaan ratkaisevaa on selvittää kohteen soveltumista asumiseen. Sekä ostaja että myyjä voivat melko perustellusti luottaa siihen, että myyjän asuntonaan käyttämä kiinteistö soveltuu myös ostajan asunnoksi – ostajan yksilöllisten tarpeiden ja mieltymysten aiheuttamin poikkeuksin. Tämä puolestaan vaikuttaa siihen, millaisista seikoista kaupan osapuolet katsovat tarpeelliseksi ottaa selvää tai kertoa vastapuolelle.

Toinen merkittävä ero on kaupan osapuolten *taloudellisessa asemassa ja riskinkantokyvyssä*. Elinkeinonharjoittajat voivat usein pulverisoida toimintaansa liittyviä riskejä ja kompensoida yhden epäonnistuneen liiketoimen aiheuttamat tappiot muiden tuomilla voitoilla. Asuntokauppaa

¹⁴ Ks. myös *Wilhelmsson* 1987 s. 166–167, jonka mukaan asunnon tarve voisi olla relevantti argumentti ratkaistaessa asunto-osakkeiden ja asuinkiinteistöjen kauppaan liittyviä kysymyksiä.

käyville yksityishenkilöille tämä ei ole mahdollista. Asunto edustaa yleensä valtaosaa asuntokaupan osapuolen varallisuudesta, asuntoja omistetaan pääsääntöisesti yksi – tai asuntoa vaihdettaessa kaksi – kerrallaan ja asuntokauppaa käydään suhteellisen harvoin. Asunnot hankitaan useimmiten ainakin osittain lainarahoituksella, ja varsinkin nuoremmissa ikäluokissa hyvin suuri osa ihmisten käytössä olevista tuloista kuluu asumisen rahoittamiseen. Asuntokaupan virheestä aiheutuvat kustannukset – mukaan lukien selvittelykustannukset ja mahdolliset oikeudenkäyntikulut – voivat lisäksi olla hyvin suuria suhteessa osapuolten taloudelliseen kantokykyyn. Yllättävä kustannuserä voi raunioittaa jommankumman kaupan osapuolen talouden.

Kolmas ero on kaupan osapuolten *tiedollisessa asemassa ja harkintakyvyssä*. Elinkeinonharjoittajien voidaan edellyttää olevan suhteellisen asiantuntevia omaan elinkeinotoimintaansa liittyvissä asioissa ja kykenevän tekemään siihen liittyviä päätöksiä melko rationaalisesti.

Neoklassisessa taloustieteessä rationaalinen toiminta tarkoittaa optimaalisten valintojen tekemistä. Rationaalinen toimija tuntee kaikki vaihtoehdot toimintatavat ja niiden mahdolliset seuraukset ja valitsee toimintatavoista sen, joka parhaiten toteuttaa hänen preferenssejään. Todellisuudessa tällainen optimointi on monesta syystä mahdotonta. Päätöksentekijän on esimerkiksi ensin hankittava tietoa vaihtoehdoista ja niiden seurauksista, ja tiedonhauille asettavat rajoituksia muun muassa käytettävissä oleva aika ja päätöksentekijän kognitiiviset kyvyt. Pääsääntöisesti inhimillisessä päätöksenteossa pyritäänkin tyydyttävään eikä optimaaliseen lopputulokseen.¹⁵ Puhuessani tässä rationaalisuudesta tarkoitan juuri tällaista rajoitettua rationaalisuutta.¹⁶ Elinkeinonharjoittajalla voidaan olettaa olevan oman alansa tietoa ja asiantuntemusta, jotka auttavat sitä tunnistamaan toimintavaihtoehtoja ja niiden seurauksia.

Jos elinkeinonharjoittaja alkaa toimia alalla, johon liittyvää asiantuntemusta sillä ei ole, sen voidaan edellyttää joko hankkivan asiantuntemusta tai kärsivän seuraukset asiantuntemattomuudestaan. Sen sijaan omalla asunnollaan kauppaa käyvillä ei lähtökohtaisesti ole esimerkiksi muuta kuin yleiseen elämäkokemukseen perustuvaa rakennusalan tietämystä. Myös asuntokauppaa koskevan lainsäädännön tuntemus on pääsääntöisesti puutteellista, ja kauppasopimus tehdään usein kiinteistönvälittäjän asiantuntemukseen luottaen. Kiinteistönvälittäjilläkään ei välttämättä ole

¹⁵ Ks. esim. *March – Simon* 1964 s. 136–141.

¹⁶ Eri näkökulmista asuntokaupan osapuolten rationaalisuuteen ks. *Koskinen* 2004 s. 303–323.

kattavaa tietämystä rakennustekniikasta tai asuntokaupan juridiikasta, eikä heidän mahdollinen tietämyksensä aina välity kaupan osapuolille.¹⁷

Varsinaisen tiedon puutteen lisäksi omalla asunnollaan kauppaa käyvän mahdollisuudet ja kyvyt tehdä rationaalisia päätöksiä voivat olla eriyistä heikommät kuin elinkeinotoiminnassaan kauppaa käyvillä. Asunto on välttämättömyyhyödyke, koska jokaisen on asuttava jossakin ja asumisensa järjestämiseksi hankittava asunto käyttöönsä, joko ostamalla tai muuten. Toisaalta asunnot ovat niin kalliita, että ihmisen ei ole yleensä mahdollista omistaa samanaikaisesti kahta asuntoa – ainakaan kovin pitkää aikaa. Asunnon välttämättömyys ja toisaalta kahden asunnon loukun uhka johtavat siihen, että asuntokaupan osapuolilla on usein kiire. Myyjän pitäisi saada nopeasti vapautettua asunnossaan kiinni oleva varallisuus uuden asunnon rahoittamiseen, kun taas ostaja voi tarvita kiireesti uuden asunnon esimerkiksi myytyään edellisen tai muuttaessaan paikkakunnalta toiselle. Kiire heikentää sekä osapuolen neuvotteluasetelmaa että mahdollisuuksia harkita kaikkia kauppaan liittyviä seikkoja ja tutustua kaupan kohteeseen huolella. Esimerkiksi myyjän, jolla on kiire päästä eroon asunnosta, on usein hyväksyttävä saamansa ostotarjous sellaisenaan, eikä hän voi saada sopimukseen ehtoja vastuunsa rajoittamisesta.

Osapuolten harkintakykyyn vaikuttavat myös heidän henkilökohtaiset ominaisuutensa. Asuntokauppaa tehdään tyypillisesti samanaikaisesti isojen elämänmuutosten kanssa. Kun elämä muuttuu, myös asumiseen liittyvät tarpeet muuttuvat: työelämään siirtyneellä nuorella aikuisella on ensimmäistä kertaa varaa ostaa asunto, lapsen syntyessä tarvitaan enemmän tilaa, työpaikan vaihtuessa on muutettava paikkakuntaa ja avioeron sattuessa tai puolison kuollessa vaihdetaan pienempään asuntoon. Näiden elämänmuutosten käsittely voi heikentää kykyä tehdä samanaikaisesti asuntokaupan kaltaisia tärkeitä ja kauaskantoisia päätöksiä. Tämä sopii huonosti yhteen kiinteistökauppaa koskevassa lainsäädännössä sekä ostajalta että myyjältä edellytetyn huolellisen toiminnan – esimerkiksi ostajan tarkastusvelvollisuuden ja myyjän selonotto- ja tiedonantovelvollisuuden täyttämisen – kanssa.

Asuntokaupan osapuolien rationaalista päätöksentekoa vaikeuttavat seikat vaikuttavat ensinnäkin siihen, mitä osapuolilta on kohtuullista tai realistista odottaa. Ne heikentävät myös normien ohjausvaikutuksiin perustuvan argumentaation uskottavuutta. Oikeussääntöjen ohjausvaikutuk-

¹⁷ Tässä yhteydessä voidaan alustavasti kiinnittää huomiota siihen, että yksityishenkilöiden välisessä kaupassa on yksinkertaista erottaa käytetyt ulkopuoliset asiantuntijat kaupan osapuolista, jotka ovat luonnollisia henkilöitä. Yritystoiminnassa taas jommankumman osapuolen organisaation osana tai jommankumman toimeksiannosta toimimisen välinen raja on liukuvampi, eikä erottelulle voida antaa yhtä paljon painoa kuin yksityishenkilöiden välisessä kaupassa. Tähän seikkaan ja sen merkitykseen palataan seuraavassa jaksossa.

sella argumentointi perustuu olettamukseen siitä, että osapuolet toimivat rationaalisesti omaa etuaan optimoiden.¹⁸ Osapuolia, jotka eivät toimi rationaalisesti, on vaikea ohjata oikeussäännöillä.

Yksityishenkilöiden voidaan olettaa suhtautuvan myös väitetystä virheestä aiheutuvaan erimielisyyteen vähemmän rationaalisesti kuin yritysten. Kun yritykset näkevät erimielisyyden usein puhtaasti taloudellisena, yksityishenkilöiden suhtautuminen voi olla huomattavasti tunnepitoisempaa. Yksityishenkilöosapuolten tulehtuneet suhteet ja tarve saada vääryudeksi koettu asiantila oikaistuksi viranomaisen ratkaisulla on nähty yhtenä syynä siihen, ettei yksityishenkilöiden välisissä riita-asioissa onnistuta pääsemään sovintoon yhtä usein kuin yritysten välisissä riidoissa.¹⁹

2.3 Asuinkiinteistön kauppa oikeudellisten suhteiden verkkona

Asuinkiinteistön kauppa voidaan nähdä oikeussuhteiden verkkona, johon osallistuu ostajan ja myyjän lisäksi useita muita tahoja, jotka voivat toisaalta vaikuttaa virherisktiin ja toisaalta kantaa virheestä aiheutuneita kustannuksia. Muut tahot voivat liittyä sopimukseen joko jommankumman tai molempien kaupan osapuolten kanssa tekemänsä sopimuksen perusteella tai muuten. Mahdollisten muiden vastuutahojen esittely auttaa huomaamaan, että virhe ei yleensä johdu vain kaupan osapuolista eikä siitä aiheutuvien kustannustenkaan tarvitse jäädä kokonaan ostajalle ja myyjälle.

Havainnollistan mahdollisia vastuutahoja seuraavalla sivulla olevalla kuviolla (Kuvio 1). Siinä mahdolliset vastuutahot on sijoitettu laatikoihin, joita yhdistävät sopimussuhdetta kuvaavat viivat. Viivojen ei ole tarkoitus kuvata, kuka voi vaatia korvausta ja keneltä.

Ensimmäiseksi on huomattava, että kiinteistöt ovat pysyviä ja rakennuksetkin pitkäikäisiä, minkä vuoksi niillä ehtii yleensä olla useita eri omistajia. Sekä ostaja että myyjä ovat lenkkejä kaupan kohteen omistajien ketjussa. Kohteella voi sekä ennen myyjää että ostajan jälkeen olla yksi tai useampia muita omistajia. Virheeksi arvioitu puute on voinut olla olemassa jo jonkun myyjän edeltäjän omistaessa kohteen, jolloin tämän edeltäjän vastuu puutteesta tulee arvioitavaksi. Toisaalta ostaja on saattanut luovuttaa virheellisen kohteen eteenpäin, jolloin luovutuksensaaja voi joutua kantamaan virheestä aiheutuvia kustannuksia.

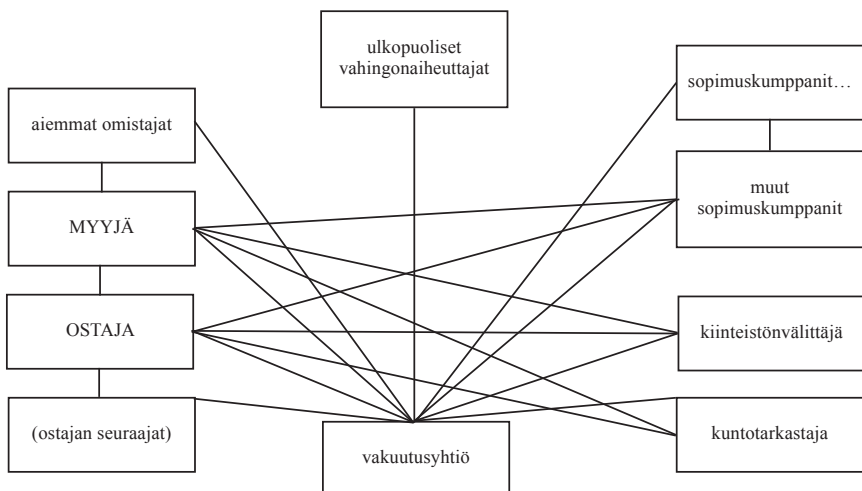
¹⁸ Ks. esim. *Cooter – Ulen* 2000 s. 330

¹⁹ Ks. *Sinkko* DL 2000 s. 39–40. Ks. myös *Ervasti* DL 2009 s. 759–760, jonka mukaan suuri osa tuomioistuinriidoista yksityishenkilöiden välillä näyttäisi kytkeytyvän osapuolten ”henkilökohtaisiin ristiriitoihin ja kärjistyneisiin tunnetiloihin”. Toki yksityishenkilöiden oikeudenkäyntiherkkyyteen vaikuttaa myös se, ettei heidän – toisin kuin yritysten – tarvitse ottaa huomioon riitelyn vaikutusta tuleviin liikesuhteisiinsa.

Virheeksi arvioituun ominaisuuteen ovat voineet vaikuttaa myyjän tai aikaisempien omistajien sopimuskumppanit, esimerkiksi kohteessa tehdyn peruskorjauksen suorittaja tai kohteeseen kuuluvan viallisen tarpeistoeseineen myyjä. Vaikutusta on voinut olla myös näiden sopimuskumppaneilla, sopimuskumppanien sopimuskumppaneilla ja niin edelleen. Virheeksi arvioitavan puutteen voi olla aiheuttanut myös sellainen ulkopuolinen taho, joka ei ole ollut sopimussuhteessa tai sen kaltaisessa suhteessa keneenkään edellä mainituista tahoista.

Kaupan osapuolilla kohteesta oleviin tietoihin ovat voineet vaikuttaa heidän kaupanteossa apunaan käyttämänsä henkilöt. Näistä on syytä mainita tämän kirjoituksen aiheen kannalta keskeinen kaupan kohteen ennen kauppaa tarkastanut kuntotarkastaja ja kaupan välittänyt kiinteistönvälittäjä. He voivat vaikuttaa virhetilanteen syntymiseen antamalla kaupan osapuolille heidän kauppaa tehdessään tarvitsemaa tietoa. Huolimattomasti toimiessaan he voivat joutua kantamaan joko kaikki tai osan virheestä aiheutuneista kustannuksista.

Lopulta kustannuksista voi joutua vastaamaan myös vakuutusyhtiö. Virheeksi arvioitu vika voi tulla kokonaan tai osittain korvattavaksi esimerkiksi ostajan tai myyjän kotivakuutuksesta, tai myyjä on voinut ottaa virhevastuulta suojaavan vakuutuksen. Silloinkin, kun virheestä aiheutuvista kustannuksista joutuu vastuuseen jokin muu taho kuin ostaja tai myyjä, kustannukset voivat viime kädessä kanavoitua vakuutusyhtiölle esimerkiksi vastuuvakuutuksen vuoksi.



Kuvio 1. Asuinkiinteistön kaupan vastuutahot ja niiden sopimussuhteet.

2.4 Erityispiirteiden huomioiminen lakia tulkittaessa

Edellä esitetyn perusteella omalla asunnollaan kauppaa käyvät yksityishenkilöt näyttäisivät olevan erityisen suojan tarpeessa. Juuri omaa asuntoa ostavalle tai myyvälle olisi tärkeää, että kauppa ei epäonnistuisi tai ainakaan epäonnistuneesta kaupasta ei aiheutuisi kohtuuttoman suuria kustannuksia tai kohtuuttoman raskasta prosessia. Haastavaksi ostajan ja myyjän suojaamisen tekee se, että siviilioikeudellinen heikon osapuolen suoja on yleensä *heikomman* suojaa. Siviilioikeudellisilla säännöillä säädellessään kahden osapuolen keskinäisiä oikeuksia ja velvollisuuksia, ja toisen velvollisuuksia lievennettäessä yleensä heikennetään toisen oikeuksia – ja päinvastoin.²⁰ Heikon osapuolen suojaa ei kuitenkaan siviilioikeudessakaan tarvitse nähdä pelkkänä nollasummapelinä.

(1) Kaupan molempien osapuolten suojan tarve voidaan huomioida arvioitaessa niitä *vaatimuksia*, joita kummallekin osapuolelle voidaan kohtuudella asettaa. Kiinteistönkauppaa tehtäessä voidaan pitää täysin järkevänä lähtökohtana, että kiinteistö, jota myyjä on käyttänyt asuntonaan, soveltuu tähän käyttöön myös ostajalle. Tätä lähtökohtaa ei yleensä kauppaa tehtäessä kyseenalaisteta ja ryhdytä mittaviin selvityksiin asumiskelpoisuuden varmistamiseksi. Kun maakaaren esitöissäkin ostajan selonottovelvollisuuden mittapuuksi asetetaan ”tavanomainen huolellisuus”, myyjälle ja ostajalle virhettä koskevissa säännöksissä asetetut huolellisuusvelvoitteet eivät saisi liiaksi poiketa siitä, mitä ihmiset tosiasiaassa pitävät kiinteistönkaupassa tarpeellisenä huolellisuutena. Osapuolille ei pitäisi kaupan kohteen puutteiden jo tultua ilmi asettaa jälkiviisaasti laajempaa selonottovelvollisuutta kuin kaupantekohetkellä on näyttänyt tarpeelliselta.²¹ Tässä kirjoituksessa tämä huomioidaan erityisesti tarkasteltaessa kuntotarkastuksen vaikutusta myyjän tiedonanto- ja ostajan tarkastusvelvollisuuteen: osapuolilta ei ole yleensä realistista odottaa perusteellisempaa tarkastusta kuin minkä asiantuntija on jo tehnyt.

(2) Osapuolia voidaan suojata myös *jakamalla* virheestä aiheutuvia *kustannuksia* niin, etteivät ne jää yksin kummankaan osapuolen kannettaviksi. Tällainen ajatustapa eroaa totutusta, sillä maakaaren säännöksissä

²⁰ Ks. heikomman suojan yksisuuntaisuudesta esim. *Aine* 2011 s. 190.

²¹ Ks. *Pöyhönen* LM 1997 s. 367, jonka mukaan tuomarin *ex post* tekemä tilanarvio muodostaa yleensä lähtökohdan sen arvioimiselle, miten toimijat olisivat *ex ante* voineet ennakoida tekojensa seurauksia. Pöyhönen korostaa *ex ante* -näkökulman merkitystä vastuuharkinnassa (*Pöyhönen* 2003 s. 178–184). Aidon *ex ante* -näkökulman omaksumista vaikeuttaa se, että ihminen on taipuvainen jälkiviisauteen: jälkikäteen arvioituna tietyn tapahtuman todennäköisyys arvioidaan erittäin suureksi siitä yksinkertaisesta syystä, että sen tiedetään tapahtuneen (ks. esim. *Jolls – Sunstein – Thaler* Stan. L. Rev. 1998 s. 1523–1524).

riskinjako on usein toteutettu kaikki tai ei mitään -tyyppisesti säätämällä, milloin kysymyksessä on myyjän vastuulla oleva virhe ja milloin ostajan vastuulle jäävä seikka, joka ei oikeuta virheen seuraamuksiin. Esimerkkeinä voidaan mainita reklamaatioaikaa ja ostajan tarkastusvelvollisuutta koskevat säännökset. Ostaja ei saa vedota seikkaan laatuvirheenä, jos hän ei tee sitä kohtuullisessa ajassa virheen havaitsemisesta ja viimeistään viiden vuoden kuluessa hallinnan luovutuksesta (MK 2:25). Jos reklamaatio on tehty ajoissa, *kaikki* virheseuraamukset tulevat kysymykseen täysimääräisinä, kun taas reklamaation myöhästyessä *kaikki* virheestä aiheutuvat kustannukset jäävät ostajan kannettaviksi. Vastaavasti tarkastusvelvollisuuden laiminlyönti johtaa siihen, että ostaja ei saa *lainkaan* vedota virheeseen (MK 2:22.1). Toisaalta myyjän kunnianvastainen ja arvoton menettely tai törkeä huolimattomuus oikeuttavat ostajaa vaatimaan *kaikkia* seuraamuksia reklamaation tai tarkastusvelvollisuuden laiminlyönnistä huolimatta (MK 2:35.3 ja 2:22.3).²²

Kun tiedonanto- ja tarkastusvelvollisuuksia ei ylikorosteta, päädytään usein siihen, että myyjä on virheestä vastuussa vain salaista virhettä koskevan lainkohdan perusteella, ja seuraamuksena voidaan tuomita hinnanalennusta, mutta ei vahingonkorvausta (MK 2:17.2). Virheestä aiheutuvat kustannukset jakautuvat tällöin osapuolten välillä tasaisemmin kuin silloin, kun myyjä on tiedonantovelvollisuutensa laiminlyönnin vuoksi myös vahingonkorvausvastuussa tai kun ostaja ei tarkastusvelvollisuutensa laiminlyönnin vuoksi voi lainkaan vedota kiinteistön puutteisiin virheenä ja saa yksin vastata kaikista korjauksista aiheutuvista kustannuksista.

(3) Lisäksi tulkinnoilla voidaan pyrkiä *vaikuttamaan* sellaisten *käytäntöjen omaksumiseen*, jotka joko pienentävät virheriskiä tai siirtävät riskiä virheestä kaupan osapuolten sijaan sellaisille – edellä esitetystä kuviossa kuvatuille – tahoille, joiden riskinkantokyky tai edellytykset virheen ehkäisyyn ovat parempia kuin ostajalla ja myyjällä. Tässä kirjoituksessa käsiteltävä kuntotarkastus on juuri tällainen suositeltava käytäntö, jonka avulla osapuolet toisaalta saavat tietoa päätöksentekonsa tueksi ja toisaalta saattavat saada oikeuden vaatia korvausta tarkastuksen tekijältä, jos puutteellisesti tehdystä tarkastuksesta aiheutuu vahinkoa. Siksi sääntöjen tulkintojen tulisi olla sellaisia, että ne eivät ainakaan tekisi kuntotarkastajan käyttämisestä osapuolen oman edun vastaista. Tätä kysymystä käsitellään laajemmin seuraavassa jaksossa.

²² Poikkeus ei kuitenkaan tarkoita, että reklamaation tekemistä voitaisiin lykätä kuinka kauan tahansa. Asuntokauppalaain vastaavan säännöksen esitöissä todetaan, että yksittäistapauksessa on myyjän menettely, ostajan passiivisuus ja tapauksen muut olosuhteet huomioon ottaen arvioitava, tuleeko ostajalla olla oikeus vedota virheeseen (HE 14/1994 s. 103). Sen sijaan mahdollisuuteen virheestä aiheutuvien kustannuksien jakamiseen ostajan ja myyjän välillä näissä tapauksissa ei ole kiinnitetty huomiota.

(4) Molempia osapuolia hyödyttäisi, jos virheriidat päätyisivät nykyistä useammin *sovintoon* tai ainakin *oikeudenkäynnit olisivat nykyistä kevyempiä ja edullisempia*. Virheriitojen yhtenä ongelmana on, että virhesäännöksissä kytketään merkittäviä oikeusvaikutuksia osapuolten huolimattomuuteen – joko ostajan tarkastusvelvollisuuden tai myyjän tiedonantovelvollisuuden laiminlyöntiin. Tämä johtaa väistämättä jossakin määrin syyttelevään riiteluyn, jossa pyritään osoittamaan toisen osapuolen toimineen huolimattomasti. Koska kukaan ei mielellään myönnä toimineensa väärin, sovinnon löytäminen on vaikeaa.²³ Toisaalta velvollisuuksien johdonmukainen suppea tulkinta olisi omiaan pitkällä aikavälillä vähentämään pyrkimystä osoittaa toisen osapuolen huolimattomuus, kun osapuolet – tai oikeammin heidän avustajansa – osaisivat ennakoida, että tuomioistuin ei kovin helposti katso ostajan laiminlyöneen tarkastusvelvollisuuttaan tai myyjän tiedonantovelvollisuuttaan. Kun suurin osa virheistä katsottaisiin salaisiksi, ne näyttäytyisivät ensisijaisesti molemmat osapuolet yllättäneenä yhteisenä vastoinkäymisenä, eivät jommankumman huolimattomuuden seurauksena. Tavoista suhtautua yhteiseen vastoinkäymiseen lienee puolestaan helpompi päästä sopuun kuin siitä, kumman syytä virhe on.²⁴

Tässä kuvatut suojaamisen keinot ovat osin keskenään ristiriitaisia. Mahdollisimman huolellinen kummankin osapuolen kauppaa edeltävä selonotto voidaan nähdä sellaisena virheriskiä pienentävänä toimintana, jota säännöillä tulisi edistää.²⁵ Toisaalta omalla kodillaan kauppaa käyviltä maallikoilta ei ole kohtuullista edellyttää laajempaa selonottoa kuin mihin he käytännössä pystyvät. Ostajan tarkastus- ja tiedonantovelvollisuuksien korostaminen estää myös virheestä aiheutuvien kustannusten jakamisen osapuolten välillä, koska se johtaa edellä kuvatulla tavalla kaikki tai ei mitään -ratkaisuihin: huolimattomasti tai ainakin toista osapuolta huolimattomammin toiminut maksaa. Lisäksi näiden velvollisuuksien korostaminen on omiaan johtamaan sekä taloudellisesti että psyykkisesti raskaisiin oikeu-

²³ *Wilhelmsson* (Oikeus 2002 s. 258–261) kuvaa oikeudenkäyntejä moraalikeskustelun tilana, jossa eettisten järjestelmien sijaan voidaan keskustella moraalista suhteessa konkreettisten henkilöiden konkreettisiin tekoihin. Ottamatta kantaa tällaisen keskustelun *yhteiskunnalliseen* merkitykseen voidaan todeta, että virheriidan osapuolten olisi hedelmällisempää keskustella ratkaisuehdotuksista kuin siitä, kumpi on toiminut väärin tai enemmän väärin kuin toinen. Moraalikeskustelu riita-oikeudenkäynnissä tulee erityisen ongelmalliseksi, jos kaupan osapuolilta vaaditaan jälkiviisaasti suurempaa huolellisuutta kuin tavalliset järkevät ihmiset yleensä osoittavat kiinteistökauppoja tehdessään.

²⁴ Tämän ajattelutavan mukaisesti siviiliriitojen sovittelussa käytettävässä fasilitatiivisessa menettelyssä tavoitellaan yhteistä, molempien intressit yhteen sovittavaa ratkaisua sen sijaan, että pyrittäisiin ratkaisemaan, kumpi on oikeassa ja kumpi väärässä. Sovittelun on sanottu katsovan eteenpäin, tuomitsemisen taakse päin. (Ks. esim. *Ervasti* LM 2000 s. 1249–1252 ja *Ervasti* LM 2009 s. 1075–1080.)

²⁵ Ks. esim. *Koskinen* 2004 s. 294–297, *Tulokas* 2005 s. 397–398 ja *Kyllästinen* 2010 s. 378.

denkäynteihin, joissa perinpohjaisella todistelulla ja pitkällisellä riitelyllä pyritään löytämään *syylinen*, joka saa vastattavakseen niin kaikki virheen korjauskustannukset kuin oikeudenkäyntikulutkin.

Edellä on todettu, että asuinkiinteistön kaupan osapuolia on vaikea ohjata virhevastuuta koskevilla säännöillä. Siksi säännösten preventiovaikutusta koskevien argumenttien sijaan tulisi painottaa enemmän pyrkimystä osapuolille asetettavien vaatimusten kohtuullisuuteen, virheestä aiheutuvien kustannusten jakamiseen osapuolten kesken, virheoikeudenkäyntien keventämiseen ja sovintoon pääsemisen helpottamiseen. Näin voidaan tehdä näkemällä *salaista virhettä* koskevan lainkohdan soveltamisala laajana ja muiden laatuvirhetyyppien vastaavasti suppeana. Näin tunnistetaan parhaiten tyypillisen virhetilanteen todellinen luonne – kaupan molemmat osapuolet kohtaavat ongelman, jota eivät ole osanneet odottaa – ja syllisten etsimisen sijaan voidaan etsiä ratkaisuja. Oikeudenkäynnitkin voitaisiin ehkä välttää tai ainakin käydä hieman rakentavamassa hengessä, jos ei niinkään riideltäisi siitä, kenen olisi ennen kauppaa pitänyt toimia toisin, vaan siitä, miten kaupan kohdetta pitäisi korjata ja miten kustannusvastuu jakaa kahden ”viattoman” osapuolen välillä.

3 KUNTOTARKASTAJAN TOIMEKSIANTAJAN MERKITYS

Oikeuskirjallisuudessa on eritelty erilaisten asiantuntijoiden tekemien tarkastusten vaikutuksia virhevastuuseen sen mukaan, kumman kaupan osapuolen toimeksiannosta asiantuntija toimii. Myyjän toimeksiannosta toimivan asiantuntijan antamat tiedot on rinnastettu myyjän antamiin tietoihin, kun taas ostajan asiantuntijan on katsottu avustavan ostajaa tämän selonottovelvollisuuden täyttämässä.²⁶ Tällainen ajattelu asettaa riskin asiantuntijan virheistä pääsääntöisesti tämän toimeksiantajan kannettavaksi. Ajatustavan tueksi on viitattu maakaaren ja asuntokauppain säännöksiin, joiden mukaan myyjä vastaa kiinteistönvälittäjän tai muun myyjän puolesta toimineen edustajan antamista tiedoista ja tiedonantovelvollisuuden laiminlyönnistä (MK 2:20.1 ja AsKL 6:27).²⁷

Myyjän toimeksiannosta toimiva asiantuntija ei kuitenkaan ole myyjän edustaja ainakaan siinä merkityksessä, että hän päättäisi sopimuksen

²⁶ Ks. *Välimäki* DL 2000 s. 959–973, jossa jaetaan asuntokauppaan vaikuttavat asiantuntijat ostajan ja myyjän hankkimisiin ja osapuolista riippumattomiin asiantuntijoihin, ja arvioidaan heidän antamiensa tietojen merkitystä tämän jaottelun perusteella.

²⁷ Ks. *Välimäki* DL 2000 s. 960.

myyjän lukuun.²⁸ Toisaalta kiinteistönvälittäjäkään ei yleensä ole myyjän varsinainen edustaja vaan ainoastaan kaupan välittäjä. Lainkohdissa onkin ilmeisesti tarkoitettu viitata sellaisiin henkilöihin, jotka antavat tietoa kaupan kohteesta ostajalle myyjän puolesta.²⁹ Teknisillä asiantuntijoilla ei ole samanlaista itsenäistä asemaa tietojen antamisessa kuin kiinteistönvälittäjällä, joka pääsääntöisesti huolehtii myyjän koko tiedonantovelvollisuuden täyttämisestä, eikä välittäjää koskevaa säännöstä ole siksi syytä ulottaa koskemaan asiantuntijoita.³⁰

Toimeksiantajan vastuun perusteeksi on mahdollista viitata myös sopimusoikeudelliseen periaatteeseen, jonka mukaan sopimuskumppani vastaa sopimuskumppanilleen sopimusvelvoitteidensa täyttämässä käyttämistään itsenäisistä apulaisista.³¹ Tämän periaatteen yleistäminen *ennen sopimuksen tekemistä* käytettyihin apulaisiin ei kuitenkaan ole välttämätöntä. Periaatetta on näet perusteltu sillä, että sopimusvelkojan asema ei saa heikentyä siksi, että sopimusvelallinen käyttää sopimusvelvoitteidensa täyttämässä ulkopuolista apua.³² Vastaavaa ongelmaa ei ole, jos ulkopuolista apua on käytetty *ennen* sopimuksen tekemistä ja se on molempien sopimuskumppanien tiedossa. Erityisesti näin on silloin, jos ulkopuolista asiantuntijaa ei käytetä antamaan kaikkea myyjän tiedonantovelvollisuuden piiriin kuuluvaa tietoa myyjän sijaan, vaan asiantuntijan antamalla tiedoilla on ainoastaan täydentävä merkitys.

Toimeksiantosuhteen korostamista saattaisi puoltaa se, että vakiintuneen käsityksen mukaan toimeksisaaja vastaa sopimusvelvoitteidensa täyttämisestä pääsääntöisesti vain suhteessa sopimuskumppaniinsa.³³ Jos asiantuntijan antamasta virheellisestä tiedosta aiheutuisi vahinkoa, hän olisi lähtökohtaisesti vastuussa vahingosta vain toimeksiantajalleen. Tällöin vastuun kohdistamisen kannalta olisi tärkeää, että toimeksiantaja puolestaan vastaisi suhteessa sopimuskumppaniinsa, jonka ei ole mahdollista kääntyä suoraan asiantuntijan puoleen. Tätä argumenttia heikentää kuitenkin se, että juuri asiantuntijapalveluissa on sekä lainsäädännössä että oikeuskäytännössä eräissä tapauksissa päädytty kaksiasianosaissuhteen ylittävään

²⁸ Edustajan ja muiden sopimukseen vaikuttavien henkilöiden erottelusta ks. esim. *Hemmo* 2003 s. 452.

²⁹ Maakaaren esitöissä säännöksen katsotaan tulevan sovellettavaksi, kun myyjä ”on antanut kiinteistönsä välittäjän myytäväksi tai kun joku muu on toiminut kauppaneuvotteluissa hänen lukuunsa”.

³⁰ Myös *Koskinen* korostaa sitä, että kuntotarkastaja ei toimi kiinteistönvälittäjän tavoin kaupan osapuolten ”välikätenä”, vaan kuntotarkastuslausunto on myyjän antamien tietojen ohella mukana kaupantekoon vaikuttavana tietoaineistona (*Koskinen* 2004 s. 162 ja 174).

³¹ Ks. esim. *Taxell* 1972 s. 330–335.

³² Ks. esim. *Taxell* 1972 s. 332.

³³ Ks. esim. *Norros* 2007 s. 1–3.

sopimusvastuuseen.³⁴ Lisäksi myyjä ei välttämättä voi saada käyttämältään asiantuntijalta korvausta esimerkiksi ostajalle maksamastaan hinnanalennuksesta, vaikka hinnanalennukseen oikeuttava virhe johtuisikin siitä, että myyjän toimeksiannosta toimivalta asiantuntijalta on jäänyt huomaamatta sellainen puute, joka hänen olisi pitänyt huomata. Tämä voi johtua esimerkiksi siitä, että hinnanalennusta ei pidetä korvattavana vahinkona.³⁵

Vastuun kohdistaminen sen mukaan, kumpi osapuolista on asiantuntijan toimeksiantaja, rankaisisi sitä kaupan osapuolta, joka pyrkii varmistamaan, että kauppaa tehtäessä osapuolten käytössä on riittävästi kohdetta koskevaa tietoa. Kun kauppaa edeltävien kuntotarkastusten avulla on mahdollista välttää myöhempiä riitaisuuksia, osapuolia tulisi pikemminkin kannustaa asiantuntija-avun käyttämiseen.

Kuntotarkastuksien edistämistä on Tanskassa pidetty niin tärkeänä, että siihen on pyritty myyjän virhevastuuta koskevalla lainsäädännöllä. Tanskassa myyjän omana asuntonaan käyttämän tai ostajan asunnoksi

³⁴ Ks. esim. kiinteistönvälittäjän vastuuta toimeksiantajan vastapuolelle koskeva kiinteistöjen ja vuokrahuoneistojen välityksestä annetun lain (1074/2000) 14 § sekä KKO 1992:165 ja KKO 1999:19. *Norrosen* mukaan asiantuntijan vastuu muulle kuin sopimuskumppanilleen on perusteltua erityisesti silloin, kun asiantuntijan tiedossa on ollut, että toimeksiannon puutteellinen hoitaminen voi aiheuttaa vahinkoa sivulliselle (ks. *Norros* DL 2007 s. 705). Koska asuntokaupan kuntotarkastuksen tarkoituksena on tyypillisesti tarjota molemmille osapuolille kaupanteon kannalta merkittävää tietoa, asiantuntijan vastuun ulottaminen myös asiantuntijan toimeksiantajan sopimuskumppaniin vaikuttaa perustellulta. Tällöin vastuun tulisi määräytyä – samoin kuin mainituissa korkeimman oikeuden ratkaisussa – sopimusoikeudellisten periaatteiden, ei sopimussuhteen ulkopuolista vastuuta koskevan vahingonkorvauslain (412/1974) nojalla. Korkein oikeus on ennakkoratkaisuisaan linjannut, että sopimukseen nähden sivullinen ei voi vahingonkorvauslain perusteella vaatia korvausta sellaisesta vahingosta, joka on aiheutunut vain sopimusvelvoitteiden rikkomisesta. Ks. esim. KKO 2008:31 ja KKO 2009:92. Vrt. *Koskinen* 2004 s. 163 av. 255 ja s. 176, jonka mukaan kuntotarkastajan vastuuta toimeksiantajansa sopimuskumppanille arvioitaisiin vahingonkorvauslain mukaan.

³⁵ Puutteiden jääminen havaitsematta voi johtaa siihen, että myyjä saa kiinteistöä korkeamman hinnan kuin hän olisi saanut, jos puutteet olisivat olleet kaupan osapuolten tiedossa. Siksi hinnanalennusta, jonka myyjä joutuu ostajalle puutteiden tultua maksamaan, ei välttämättä voida pitää myyjälle aiheutuvana vahinkona: sillähän oikaistaan kauppahinta vastaamaan sitä, mitä myyjän olisi ”kuulunutkin saada”. Ks. esim. *Saarikoski* DL 2006, erit. s. 220–221.

Korkein oikeus on ratkaisussaan KKO 2003:61 pitänyt hinnanalennusta sellaisena vahinkona, joka myyjän toimeksiannosta toimineen *kiinteistönvälittäjän* on ollut korvattava myyjälle. Korkein oikeus nojautui ratkaisussaan silloisen kuluttajansuojasta kiinteistönvälityksessä annetun lain (686/1988) esitöihin (HE 179/1987 vp.) ja korosti, että välittäjän asiantuntijapalveluun turvautuvan myyjän on voitava luottaa siihen, että kauppa toteutuu toimeksiantosopimuksessa sovituille ehdoilla. Siksi välittäjällä ei ollut oikeutta vedota siihen, että toimeksiantosopimuksen mukaiseen kauppahintaan sisältyisi perusteetonta etua, kun kauppahinta on ylittänyt asunto-osakkeiden käyvän arvon. Korkeimman oikeuden argumentaatio perustui tapauksessa kuitenkin niin vahvasti juuri kiinteistönvälitykseen liittyviin näkökohtiin, ettei ratkaisun perusteella voida tehdä kuntotarkastajan vastuuta koskevia johtopäätöksiä.

tarkoitettuna asunnon kauppaa koskee erityislaki (lov om forbrugerbeskyttelse ved erhvervelse af fast ejendom m.v). Sen mukaan myyjä vapautuu laatuvirheitä koskevasta virhevastuusta, jos hän esittää ennen kauppaa ostajalle raportin kiinteistöllä tehdystä kuntotarkastuksesta, antaa tälle tietoa mahdollisuudesta ostaa vakuutus virheiden varalta ja sitoutuu maksamaan osan vakuutusmaksusta. Lisäksi vastuusta vapautuminen edellyttää, että ostajalle on ennen kauppaa kerrottu näiden seikkojen vaikutuksesta myyjän virhevastuuseen. (2 §.)³⁶ Lainsäädännön ansioita kuntotarkastus teetetään käytännössä kaikkien lain soveltamisalaan kuuluvien kauppajen yhteydessä.³⁷

Tässä kirjoituksessa tulkintojen lähtökohtana on, että virhevastuuta koskevien sääntöjen tulisi olla sellaisia, että ne palkitsevat osapuolia, jotka ennen kauppaa toimivat aktiivisesti virhetilanteiden ehkäisemiseksi, tai eivät ainakaan rankaise heitä. Koska virhetilanteet johtuvat siitä, että ostaja saa jotakin muuta, kuin on odottanut, keskeistä on erityisesti ostajan kaupan kohdetta koskevan oikean tiedon varmistaminen. Ostaja voi lisätä kiinteistöä koskevaa tietoaan tutustumalla kohteeseen huolellisesti, myyjä puolestaan voi vaikuttaa kaupan onnistumiseen antamalla ostajalle tietoa. Jo maakaaren sääntely asettaa osapuolille tietyt minimivelvollisuudet – ostajan tarkastus- ja myyjän tiedonantovelvollisuuden – mutta kaupan onnistumista edistää näihin minimivelvollisuuksiin nähden ylimääräinen selonotto ja tiedonanto. Kun ostaja täyttää tarkastusvelvollisuutensa vaadittua huolellisemmin tarkastamalla kiinteistön asiantuntijan avulla tai myyjä lisää ostajan käytettävissä olevaa informaatiota teettämällä kuntotarkastuksen ja esittämällä ostajalle siitä annetun raportin, asiantuntijaan turvautuva osapuoli edistää huolellisella toiminnallaan kummankin kaupan osapuolen etua.³⁸ Vaikka puutteiden jääminen piiloon näyttäisi kaupantekohetkellä olevan myyjän etujen mukaista, kaupan jälkeistä riitelyä edullisempaa kummankin osapuolen kannalta on tehdä onnistunut kauppa heti.

³⁶ Osin Tanskan mallin pohjalta Norjassa on selvitetty keinoja kannustaa kaupan osapuolia kuntotarkastuksen teettämiseen. Asiaa koskevassa selvityksessä (NOU 2009:6) enemmistö esittää, että kuntotarkastuksen teettänyt myyjä ei vastaisi kuntotarkastusraportin tiedoista eikä seikoista, joiden olisi tullut käydä ilmi raportista, vaan ostajan olisi käännyttävä vaatimuksineen kuntotarkastuksen tekijän puoleen. Jos taas myyjä ei teettäisi kuntotarkastusta, katsottaisiin hänen tienneen kaikista sellaisista seikoista, jotka kuntotarkastuksessa olisi havaittu.

³⁷ Ks. Selvitys asuntokauppoihin liittyvistä käytännöistä Pohjoismaissa s. 5.

³⁸ *Pöyhösen* mukaan yksi uuden varallisuusoikeuden keskeistä sidosperiaatteista on avoimuusperiaate, jonka mukaan toimija voi vahvistaa oikeusasemaansa huolehtimalla siitä, että toimintaan osallistuvilla tahoilla on päätöksentekonsa tueksi käytössä riittävästi laadukasta informaatiota – laajemminkin, kuin vain täyttämällä jonkin tarkkarajaisen tiedonantovelvollisuutensa. Ks. *Pöyhönen* 2003 s. 120–128.

Kaikkea kaupan kannalta tarpeellisen tiedon hankkimista ei voida ulkoistaa asiantuntijalle, sillä tietyt seikat kaupan osapuolet havaitsevat parhaiten itse. Myyjä saa helpoimmin tietoa puutteista, jotka tulevat ilmi käytettäessä kiinteistöä asumiseen. Ostaja voi tehdä havaintoja kohteen sopimisesta omiin tarkoituksiinsa ja lisäksi havaita sellaiset puutteet, jotka näkyvät selvästi päällepäin. Siksi riskiä voidaan perustellusti asettaa sellaisen osapuolen kannettavaksi, joka sokeasti luottaa asiantuntijaan ja jättää koko selonottovelvollisuutensa täyttämisen ulkopuoliselle asiantuntijalle. Jos myyjä ei esimerkiksi tarjoa ostajalle kohteesta tietoa muuten kuin asiantuntijan välityksellä, asiantuntijaan soveltuu edellä käsitelty MK 2:20, jonka mukaan myyjä vastaa kiinteistönvälittäjän tai muun edustajansa antamista tiedoista. Vastaavasti asiantuntijaa oman tarkastusvelvollisuutensa täyttäjänä käyttävä ostaja kantaa riskin siitä, että tarkastuksessa jää havaitsematta ostajan tarkastusvelvollisuuden piiriin kuuluva seikka.

Osapuolen luottamus asiantuntijan antamiin tietoihin ei käytännössä ole sidoksissa siihen, onko asiantuntijan toimeksiantajana jompikumpi sopimusosapuolista vai nämä yhdessä. Siksikin lähtökohtana voidaan pitää, että *asiantuntijan merkityksen virhearvioinnissa yksityishenkilöiden välisessä kaupassa ei tule vaihdella sen mukaan, kuka on hänen toimeksiantajansa.*

4 KUNTOTARKASTUS JA OSTAJAN TARKASTUSVELVOLLISUUS

Ostaja ei saa vedota laatuvirheenä seikkaan, joka olisi voitu havaita kiinteistön tarkastuksessa ennen kaupan tekemistä. Tarkastusvelvollisuutta rajoittavat myyjän antamat tiedot, sillä ostajan ei tarvitse ilman erityistä syytä tarkistaa niiden paikkansapitävyyttä. (MK 2:22.1.)

Tarkastus on suoritettava sellaisella huolellisuudella, jota voidaan yleensä olettaa käytettävän arvokasta omaisuutta hankittaessa.³⁹ Tarkastusvelvollisuus ei yleensä ulotu seikkoihin, joiden selvittäminen edellyttäisi teknisiä tai muita tavanomaisesta poikkeavia toimenpiteitä (MK 2:22.1). Pääsääntöisesti ostajan ei tarvitse käyttää asiantuntija-apua. Maakaaren esitöiden mukaan ostajalta voidaan kuitenkin edellyttää tavanomaisesta poikkeavia toimenpiteitä tai asiantuntija-avun käyttämistä, jos hän havaitsee epäilyttäviä seikkoja, joiden merkitystä hän ei itse pysty arvioimaan.⁴⁰

³⁹ HE 120/1994 s. 56.

⁴⁰ HE 120/1994 s. 56. Ruotsissa suhtautuminen on samanlaista: ostajan tarkastusvelvollisuutta koskevan säännöksen esitöiden mukaan yleensä riittää ”en normall erfaren och på området normalt bevandrad köparens undersökning”, mutta epäilyttävät seikat voivat antaa

Tarkastusvelvollisuuden sisältöä arvioitaessa on otettava huomioon se edellä jaksossa 2.1 todettu näkökohta, että ostaessaan kiinteistön, jota myyjä on käyttänyt asuntonaan, ostaja voi yleensä luottaa kiinteistön soveltuvan asumiseen. Siksikään ostajalta ei voida edellyttää kovin pitkälle menevää kiinteistön ominaisuuksien tutkimista, elleivät myyjän antamat tiedot tai muut seikat anna selvästi aiheutta epäillä muuta.

Maakaareissa ei säädetä ostajan oman asiantuntemuksen tai asiantuntija-avun käyttämisen vaikutuksesta tarkastusvelvollisuuden laajuuteen, eikä esitöissäkään oteta nimenomaisesti kantaa kysymykseen.⁴¹ Pikemminkin tarkastusvelvollisuutta kuvataan objektiivisesti ja mittapuuna sen laajuudelle esitetään normaali, huolellinen ostaja.⁴²

Se, ettei ostajan erityisen asiantuntemuksen vaikutuksesta ole säädetty mitään, on linjassa maakaareissa käytettyjen osapuoliroolien kanssa. Laissa säädetään erityisroolista tavallista vahvemmalle myyjälle (elinkeinonharjoittaja) ja tavallista heikommalle ostajalle (kuluttaja), mutta ei vastaavia rooleja tavallista heikommalle myyjälle tai vahvemmalle ostajalle.⁴³

Oikeuskirjallisuuden mukaan ostajan erityinen asiantuntemus korottaa kuitenkin tarkastusvelvollisuudelle asetettuja vaatimuksia.⁴⁴ Erityisellä asiantuntemuksella viitattaneen tällöin lähinnä ostajan kuulumiseen sellaiseen ryhmään, jolta voidaan odottaa erityistä asiantuntemusta – yksittäisen ostajan täysin henkilökohtaisille kyvyille voidaan tuskin antaa ratkaisevaa merkitystä. Asuntokaupassa relevanttia voi olla esimerkiksi rakennusalan koulutus tai ammattimainen toiminta alalla.⁴⁵ Tavallista asiantuntevampaan

aiheen käyttää tarkastuksessa asiantuntija-apua (Prop 1989/90:77 s. 41).

⁴¹ Sen sijaan ostajan erityisen asiantuntemuksen katsotaan vaikuttavan sen arviointiin, mitä ostajan täytyy olettaa tienneen kaupan kohteesta (ks. HE 120/1994 s. 56–57). Vrt. HE 93/1986 s. 93, jonka mukaan on ”ilman muuta selvää”, että kaikkia *kauppala*in huolellisuusvaatimuksia asettavia säännöksiä sovellettaessa otetaan huomioon osapuolten asema siten, että huolellisuusvaatimukset kohdistuvat ankarampina sellaiseen myyjään tai ostajaan, joka toimii ammattimaisesti tai on muuten asiantuntija.

⁴² Asuntokauppalain esitöiden mukaan ostajalta edellytetään yleistä elämäkokemusta ja tavanomaista yleistietämystä mutta ei rakennusalan asiantuntemusta (HE 14/1994 s. 102).

⁴³ Ks. laeissa omaksuttujen osapuoliroolien kritiikistä ja vaihtoehtoista Hoffrén – Anderssen LM 2011 s. 41–63.

⁴⁴ Ks. esim. *Välimäki* DL 2000 s. 967, *Jokela – Kartio – Ojanen* 2010 s. 147, *Kyllästinen* 2010 s. 340–341 ja Hoffrén – Anderssen LM 2011 s. 49.

⁴⁵ Monen muunkin vastuukysymyksen arvioinnissa lähdetään siitä, että tavallista asiantuntevampaan ryhmään kuuluvalla henkilöltä voidaan odottaa tavallista huolellisempaa toimintaa. Ks. asiantuntevaan ryhmään kuulumisen vaikutuksesta esim. siviilioikeudelliseen vastuuseen yleisesti *Wilhelmsson* 1987 s. 63–64, sopimusvelallisen tuottamukseen *Taxell* 1972 s. 97–98, sopimusrikkomuksesta aiheutuvien vahinkojen ennakoitavuuteen *Hemmo* 1994 s. 188–189 ja sivullisen oikeutta koskevaan selonottovelvollisuuteen *Kaisto* 1997 s. 289–290 ja *Tammi-Salminen* 2001 s. 274–276.

ostajan ei pidä voida sulkea silmiään seikoilta, jotka hän asiantuntemuksensa perusteella voisi hyvin havaita, ja sen jälkeen vedota niihin virheinä. Toisaalta asiantuntemuksesta ei pitäisi seurata velvollisuutta ilman erityistä syytä sisällyttää tarkastukseen sellaisia toimenpiteitä, joita ”tavalliselta” ostajalta ei voitaisi vaatia.

Asiantuntijaostajalle asetetut vaatimukset johtavat kysymään, voidaanko selonotolle asettaa *tavallista korkeampia vaatimuksia* siksi, että ostaja käyttää apunaan asiantuntijaa.⁴⁶ Menettäkö asiantuntijaa apunaan käyttävä ostaja oikeutensa vedota virheenä sellaisiin seikkoihin, jotka maallikolta yleensä jäävät huomaamatta mutta jotka asiantuntijan olisi pitänyt havaita? Vaatimusten korottaminen johtaisi siihen, että ostaja voisi kärsiä oikeudenmenetyksiä oman tavanomaista huolellisemman toimintansa vuoksi. Näin asetettaisiin ostajalle kannustin olla käyttämättä asiantuntija-apua.⁴⁷ Siksi ostajan tarkastusvelvollisuutta ei pidä arvioida tavallista ankarammin vain siksi, että hän käyttää apunaan asiantuntijaa. Eri asia on, että ostaja ei tietenkään voi vedota virheenä sellaiseen seikkaan, jonka hän ennen kauppaa *saa tietoonsa* kohteen tarkastaneelta asiantuntijalta (MK 2:22.2).

Toisaalta olisi mahdollista ajatella, että ostajan omalle tarkastukselle asetetaan *tavallista lievempiä vaatimuksia* silloin, kun kiinteistöllä on tehty kuntotarkastus. Jos kuntotarkastaja toteaa kohteen olevan hyvässä kunnossa, ostajalla saattaisi olla oikeus luottaa tällaiseen mainintaan, koska kuntotarkastajan voidaan ammattilaisena olettaa pystyvän arvioimaan kohteen kuntoa maallikko-ostajaa paremmin. Jos kuntotarkastaja on toiminut myyjän toimeksiannosta, tällaiselle ajattelutavalle voitaisiin saada tukea MK 2:22.1:stä rinnastamalla kuntotarkastusraportissa annetut tiedot myyjän antamiin tietoihin: säännöksen mukaan ostajan ei tarvitse ilman erityistä syytä tarkastaa myyjän kiinteistöstä antamien tietojen paikkansapitävyyttä.⁴⁸

Jaksossa 3 olen kuitenkin todennut, ettei myyjän toimeksiannosta toimivan asiantuntijan antamia tietoja ole syytä rinnastaa myyjän antamiin. Riskiä kuntotarkastusraportin virheellisyydestä tai puutteellisuudesta ei ole syytä asettaa myyjälle, jos ostaja olisi omalla tavanomaisella tarkastuksellaan voinut saada tiedon raportissa mainitsemattomasta kiinteistön

⁴⁶ *Kyllästisen* mukaan ostajan apunaan käyttämän henkilön asiantuntemuksella on samankaltainen vaikutus tarkastusvelvollisuuden laajuuteen kuin ostajan omalla asiantuntemuksella (*Kyllästinen* 2010 s. 341). *Kyllästinen* viittaa kantansa tueksi *Sisula-Tulokkaan* esitykseen (*Sisula-Tulokas* 1992). Viitatuissa kohdissa (s. 82, s. 192, s. 196 ja s. 199) kuitenkin ainoastaan kuvataan hovioikeuskäytännössä ostajan ja tämän avustajan asiantuntemukselle annettua merkitystä, johon *Sisula-Tulokas* näyttää suhtautuvan varsin kriittisesti, koska sen perusteella huolelliselle ja tarkalle ostajalle vryörytetään enemmän vastuuta kuin ”kevytmielisemmälle” (s. 199).

⁴⁷ Ks. samoin esim. *Grauers* 2005 s. 207 ja *Välimäki* DL 2000 s. 967 av. 26.

⁴⁸ *Välimäki* on tehnyt tällaisen rinnastuksen käytetyn asunnon kaupan osalta (DL 2000 s. 968).

puutteesta. Siksi ostajan luottamusta ”puhtaaseen” tarkastusraporttiin ei ole syytä suojata, jos puute olisi voitu havaita tavanomaisella huolellisuudella tehdyssä tarkastuksessa. Eri asia on se, että tarkastukselle ei saa asettaa yksityishenkilöostajan kannalta kohtuuttomia vaatimuksia – kuten ei silloinkaan, kun kuntotarkastusta ei ole teetetty.

Kuntotarkastuksessa havaittuja epäkohtia voidaan puolestaan pitää MK 2:22.1:n tarkoittamana erityisenä syynä ”ulottaa tarkastus seikkoihin, joiden selvittäminen edellyttää teknisiä tai muita tavanomaisesta poikkeavia toimenpiteitä”. Kuntotarkastuksessa havaittujen epäkohtien on oikeuskirjallisuudessa katsottu voivan antaa aihetta tavanomaista tarkempaan tarkastukseen.⁴⁹ Kuntotarkastuksen ja ostajan tarkastusvelvollisuuden välistä suhdetta on tarkasteltu korkeimman oikeuden ratkaisuissa KKO 2004:78 ja KKO 2009:31.⁵⁰

Ratkaisussa KKO 2004:78 korkein oikeus katsoi, etteivät kiinteistön kuntotarkastuksessa esiin tulleet puutteet laajentaneet ostajan tarkastusvelvollisuutta rakenteisiin käyviin lisätarkastuksiin. Ennen kauppaa tehdyssä kosteuskartoituksessa oli havaittu kosteutta, mutta ostaja ja myyjä olivat sopineet, ettei kosteuden syytä selvitetä sen tarkemmin vaan ostaja ottaa kiinteistön vastaan sellaisena kuin se on ja vastaa sekä jo havaittujen vaurioiden että mahdollisten niihin liittyvien muiden vahinkojen korjaamisesta. Kaupan jälkeen kosteuden syyksi olivat paljastuneet huomattavat rakennustekniset virheet, joiden korjaaminen tuli paljon odotettua kalliimmaksi.

Korkein oikeus totesi ratkaisussaan, että ”kosteuskartoituksesta ei kuitenkaan ilmene, mistä kosteusvauriot ovat johtuneet eikä niiden syy ole muutoinkaan ollut kauppaa tehtäessä selvillä. Kosteusvauriot aiheutuvat usein talossa olevista rakennusvirheistä. Sen vuoksi tällaisten vaurioiden havaitseminen asettaa ostajalle tavanomaista laajemman selonottovelvollisuuden. Nyt puheena olevien rakennusteknisten virheiden havaitseminen olisi kuitenkin edellyttänyt muun ohella reikien poraamista alakerran lattiaan sekä rakennuksen ulkoseinien vierustojen maankaivutöitä. Virheiden toteaminen olisi siten ollut mahdollista vain sellaisilla tavanomaisesta poikkeavilla ja myyjän kiinteistöön kajoavilla toimenpiteillä, joihin ostaja ei olisi omin toimin edes saanut ryhtyä sopimatta asiasta myyjän kanssa. Korkein oikeus katsoo, ettei P:n kosteuskartoituksessa havaittujen vaurioiden laajuus ja laatukaan huomioon ottaen voida katsoa laiminlyöneen selonottovelvollisuuttaan sillä perusteella, että he eivät ole edellyttäneet mainitunlaisia tarkastustoimia suoritettavan ennen kuin kaupasta päätettiin.”

⁴⁹ Ks. esim. *Niemi* 2002 s. 293, *Välämäki* DL s. 969 ja *Koskinen-Tammi – Laurila* 2010 s. 351, 363–364 ja 376.

⁵⁰ Ks. ratkaisuista tarkemmin *Hoffrén* LM 2009 s. 1188–1195.

Myös ratkaisussa KKO 2009:31 korkein oikeus päätyi siihen, etteivät kuntotarkastusraportista ilmi käyneet seikat antaneet ostajalle aiheutta ryhtyä rakenteita rikkoviin tarkastustoimenpiteisiin. Kaupanteon yhteydessä tehdystä kuntotarkastuksesta annetun raportin mukaan omakotitalon vesikatteessa oli todettu eräitä puutteita ja annettu suosituksia niiden korjaamiseksi. Ostaja oli tehnyt suositellut toimenpiteet. Myöhemmin tehdyssä remontissa rakennuksen yläpohjassa havaittiin laaja kosteusvaurio, jonka syynä oli ollut rakenteen höyrynsulun epätiiveys, vesikatteen lävistysten vuodot ja rakentamisen aikainen kastuminen. Korkeimman oikeuden mukaan kaupan kohteessa oli MK 2:17.1:n 5 kohdan mukainen salainen virhe

Ostajan tarkastusvelvollisuutta arvioidessaan korkein oikeus kiinnitti huomiota siihen, että kuntotarkastusraportin mukaan yläpohjatilaa ei ollut voitu tarkistaa tarkistusluukun puuttumisen vuoksi. Tarkistaminen olisi edellyttänyt rakenteiden purkamista eli sellaista tavanomaisesta poikkeavaa toimenpidettä, johon ostajalla ei ollut velvollisuutta ilman erityistä syytä. Koska kuntotarkastusraportissa ei ollut – kattoon liittyvistä puutteista huolimatta – epäilty katon vuotamista, ostajalla ei tarkastusraportin tietojen perusteella ollut ollut syytä epäillä kosteusvauriota. Siksi ostajalla ei ollut ollut kuntotarkastuksen havaintojen perusteella erityistä syytä ryhtyä poikkeuksellisiin toimenpiteisiin yläpohjan kunnan selvittämiseksi eikä hän ollut laiminlyönyt selonottovelvollisuuttaan.

Korkein oikeus suhtautui molemmissa ratkaisuissa varsin torjuvasti siihen, että kuntotarkastuksessa havaitut riskit laajentaisivat ostajan tarkastusvelvollisuutta. Se, ettei ostajan kovin helposti katsota olevan velvollinen ryhtymään rakenteita rikkoviin tarkastuksiin, on linjassa maakaarena omaksutun myyjän virhevastuuta koskevan perusratkaisun kanssa. Maakaaren esitöiden mukaan myyjälle on asetettu tiedonantovelvollisuus kiinteistön laatua koskevista ominaisuuksista, koska kiinteistöä hallussaan pitävällä myyjällä on ostajaa paremmat edellytykset tietää kiinteistön ja sillä olevien rakennusten ja laitteiden ominaisuuksista. Lisäksi tarvittavat tiedot on tarkoituksenmukaisempaa antaa yhden henkilön kuin kaikkien ostajaehdokkaiden hankittaviksi.⁵¹ Saman ajattelutavan mukaan vahvana lähtökohtana pitäisi olla, että rakenteita rikkovien toimenpiteiden tekeminen ja niiden tekemisestä päättäminen sekä riski niiden tekemättä jättämisestä kuuluu lähtökohtaisesti myyjälle. Myyjällä on mahdollisuus niiden tekemiseen ja usein kiinteistöä koskevien tietojensa perusteella myös parhaat mahdollisuudet arvioida niiden tarpeellisuus.⁵²

⁵¹ HE 120/1994 s. 26.

⁵² Vrt. *Koskinen-Tammi – Laurila* 2010 s. 369, jonka mukaan ostajalla on vastuu siitä, että tarvittaessa rakenteita avataan vaurioiden laajuuden selvittämiseksi jo ennen kauppaa.

Vaikka korostan myyjän riskiä tarkastusten tekemättä jäämisestä, en tarkoita, että riskin arvioimiseksi tarpeellisten tutkimusten tekemättä jättäminen johtaisi siihen, että myyjän katsottaisiin laiminlyöneen MK 2:17.1/3:n mukaisen tiedonantovelvollisuutensa. Kuten jäljempänä jaksossa 5.4 kerrotaan, myyjän tiedonantovelvollisuuden täyttämisen kannalta on riittävää, että myyjä kertoo ostajalle seikoista, joiden perusteella voidaan epäillä piilossa olevia vikoja. Kun kumpikaan osapuolista ei ole tehnyt tai teettänyt lisätarkastuksia riskien tarkemmaksi selvittämiseksi, odotettua suurempia vikoja arvioidaan MK 2:17.1/5:ssä tarkoitettuna salaisena virheenä.

Ostajan tarkastusvelvollisuuden kovin ankara tulkinta olisi ongelmallista siksikin, että tarkastusvelvollisuuden laiminlyönnin seurauksena ostaja menettäisi kokonaan oikeutensa esittää myyjälle vaatimuksia virheen perusteella, vaikka myyjäkin olisi toiminut huolimattomasti.⁵³ Jos ostajan ei katsota laiminlyöneen tarkastusvelvollisuuttaan, virheestä aiheutuvia kustannuksia on mahdollista jakaa osapuolten kesken huomioimalla tapausten olosuhteet hinnanalennuksen määrässä. Kuntotarkastuksessa havaitut puutteet voivat näet vaikuttaa siihen, mitä ostaja voi kohteelta perustellusti edellyttää. Hinnanalennusta määritettäessä voidaan siis ensin määritellä se taso, jota ostaja saattoi näkyvät vauriot ja niihin liittyvät riskit huomioiden odottaa, ja huomioida korjauskustannuksista vain se osa, joka vaaditaan kiinteistön kunnostamiseksi vastaamaan tätä tasoa.

Ostaja saa tarkastusvelvollisuutensa laiminlyönnistä tai virhettä koskevasta tiedostaan huolimatta vedota virheeseen, jos myyjä on menetellyt kunnianvastaisesti ja arvottomasti tai törkeän huolimattomasti. Maakaaren esitöiden mukaan kunnianvastaista ja arvotonta on tahallinen virheellisten tai harhaanjohtavien tietojen antaminen.⁵⁴ Kunnianvastaisena ja arvottomana voidaan pitää ainakin sitä, että myyjä teettää kohteessa kuntotarkastuksen, mutta salaa tarkastuksessa ilmi tulleet puutteet ostajalta.⁵⁵

⁵³ Vrt. AsKL 6:19, jonka mukaan ostaja voi laiminlyötyään asunnon huolellisen tarkastuksen vaatia kuitenkin olosuhteisiin nähden kohtuullista hinnanalennusta, jos myyjä on puolestaan laiminlyönyt tiedonantovelvollisuutensa.

⁵⁴ Ks. HE 120/1994 s. 57.

⁵⁵ Ks. esim. *Kyllästinen* 2010 s. 345.

5 KUNTOTARKASTUS JA VIRHETUNNUSMERKISTÖJEN TÄYTTYMINEN

5.1 Eri laatuvirhetyypit ja virhetyypin merkitys

Kuntotarkastuksessa saadut tiedot vaikuttavat eri tavoin eri laatuvirhetunnusmerkistöjen täyttymiseen. Seuraavassa käsittelemme kutakin MK 2:17.1:n kohtaa erikseen siitä näkökulmasta, mikä merkitys kohteessa teetetyllä kuntotarkastuksella on tunnusmerkistön täyttymistä arvioitaessa.

Monesti kuntotarkastukselle annettava merkitys ratkaisee, minkä säännöksen kohdan mukainen virhe on kysymyksessä. Erottelu on tärkeä erityisesti silloin, kun vaihtoehtona on joko kohtien 1–4 mukainen virhe tai 5 kohdan mukainen salainen virhe. Ensinnäkin salaisen virheen virhekyynnys on muita virhetyyppejä korkeampi, sillä salaisena virheenä pidettävältä poikkeamalla normaalitasosta edellytetään merkittävyttä. Toiseksi salaisen virheen seuraamusvalikoima suppeampi: ostaja voi vaatia salaisen virheen perusteella vain joko hinnanalennusta tai kaupan purkua, mutta ei vahingonkorvausta (MK 2:17.2).⁵⁶ Siksi on tärkeää pohtia sitä, miten kuntotarkastus vaikuttaa virheen luokitteluun.

5.2 Kiinteistö ei ole sellainen kuin on sovittu

MK 2:17.1/1:n mukaan kiinteistössä on laatuvirhe, jos se ei ominaisuuksiltaan ole sellainen kuin on sovittu. ”Sovitulla” tarkoitetaan maakaaren esitöiden mukaan sekä kauppakirjaan merkittyjä seikkoja että vapaa-muotoisesti sovittua.⁵⁷ Oikeuskirjallisuudessa on todettu vapaamuotoisen sopimisen voivan tapahtua myös hiljaisesti eli konkludenttisesti. Lisäksi on katsottu myyjän kohteesta joko kirjallisesti tai suullisesti antamien tietojen muotoavan sopimusta.⁵⁸ Toisinaan myös kohteeseen teetetystä kuntotarkastuksesta annettua raporttia on pidetty sopimuksen osana.⁵⁹ Joskus on irrottauduttu kokonaan kaupan osapuolten toimintaan liittyvistä vaatimuksista ja esitetty sopimuksenmukaisuuden käsittävän kaiken sen,

⁵⁶ Hinnanalennuksen ja vahingonkorvauksen eroista ks. esim. *Hoffrén – Vuorenää* LM 2009 s. 783–789.

⁵⁷ Ks. HE 120/1994 s. 50.

⁵⁸ Ks. esim. *Niemi* 2002 s. 307 ja *Jokela – Kartio – Ojanen* 2010 s. 139.

⁵⁹ Ks. *Koskinen* 2004 s. 171–172, jossa kauppakirjaan liitetyn kuntotarkastusraportin katsotaan tulevan sopimuksen osaksi, ja *Kyllästinen* 2010 s. 233, jonka mukaan raportista tulee osa sopimusta jo sillä perusteella, että sopimuksessa mainitaan osapuolten tutustuneen siihen.

”mitä kyseisenlaiselta kaupan kohteelta yleensä voidaan odottaa”.⁶⁰

”Sovittua” ei tule kuitenkaan tulkita näin laajasti. Jos kaiken sen, mitä ostaja on odottanut tai voinut odottaa kohteelta, katsottaisiin tulleen sopimuksen osaksi, laatuvirhesäännöksen kohdille 2–5 ei jäisi mitään itsenäistä merkitystä, vaan ne sisältyisivät 1 kohtaan. On totta, että ilmaisu ”sopimuksenmukainen” käytetään usein tarkoittamaan kaikkea sitä, mitä ostajalla on oikeus sopimuksen perusteella kohteelta vaatia⁶¹, mutta näin laaja tulkinta tässä yhteydessä johtaisi säännöksen muissa kohdissa virheelle myyjän suojaksi asetettujen edellytysten merkityksen vähentämiseen tai jopa täydelliseen katoamiseen.⁶² Muissa säännöksen kohdissa on säädetty, mikä merkitys on myyjän antamalla tai antamatta jättämällä tiedoilla, myyjän oikaisematta jättämällä ostajan käsityksillä ja kiinteistön poikkeamisella vastaavien kohteiden normaalitasosta, eikä näitä seikkoja pitäisi sisällyttää sen arviointiin, mitä katsotaan 1 kohdassa tarkoitettulla tavalla sovitun. Sovittua pitää tässä tulkita suppeasti ja lukea sovituksi vain seikat, joista on *nimenomaisesti* sovittu joko kauppakirjassa tai sen ulkopuolella kirjallisesti tai suullisesti.⁶³

Tässä kirjoituksessa mielenkiinto kohdistuu siihen, mikä merkitys kuntotarkastusraportilla on. Edellä sanotun mukaisesti kuntotarkastusraportti ei vaikuttane siihen, mitä säännöksen 1 kohdassa tarkoitettulla tavalla ”on sovittu”, jos osapuolet eivät ole nimenomaisesti sopineet kuntotarkastusraportin merkityksestä. Vaikka kauppakirjassa olisi viitattu kuntotarkastusraporttiin tai kuntotarkastusraportti olisi liitetty kauppakirjaan, raportin koko sisältöä ei voida ilman nimenomaista sopimusehtoa pitää sopimuksen osana siinä merkityksessä, että kaikki siinä mainitsemattomat puutteet katsottaisiin sopimuksenvastaisuudeksi.⁶⁴ Järkevät osapuolet eivät yleensä oleta, että kaikki kiinteistön relevantit ominaisuudet voisivat tulla sekä

⁶⁰ Ks. *Koskinen* 2004 s. 122.

⁶¹ Esimerkiksi hinnanalennuksen laskemista koskevassa MK 2:31:ssä ”sopimuksen mukaisen kiinteistön” arvolla tarkoitetaan virheettömän kiinteistön arvoa.

⁶² Näistä edellytyksestä voidaan mainita esimerkiksi myyjän vilpilliseen mieleen liittyvät edellytykset: myyjä vastaa tietojen antamisen laiminlyönnistä vain sellaisten seikkojen osalta, joista hän tiesi tai hänen olisi pitänyt tietää (3 kohta). Ostajan virheellisistä käsityksistä hän vastaa vain siinä tapauksessa, että on havainnut ne ja tiennyt niiden olevan virheellisiä (4 kohta).

⁶³ Jälkeenpäin voi olla vaikea näyttää toteen, mitä suullisesti on sovittu. Siksi voidaan suosittelua kaupan kohteiden ominaisuuksista sopimista kirjallisesti ja mahdollisimman tarkasti (ks. esim. *Kyllästinen* 2010 s. 234). Nimenomainen sopiminen voi kuitenkin heikentää myyjän asemaa tavalla, jota myyjä ei osaa ennakoida: sellaiset seikat, joita niitä koskevan sopimuksen puuttuessa arvioitaisiin salaisena virheenä, tulevatkin arvioitaviksi sopimuksenvastaisuutta koskevan kohdan perusteella.

⁶⁴ Vrt. *Koskinen* 2004 s. 172, jonka mukaan myyjälle syntyy virhevastuu asunnon sopimuksenvastaisuuden perusteella, jos asunnon virheettömyys todetaan sopimukseen liitetyssä kuntotarkastajan lausunnossa.

havaituiksi usein varsin pintapuolisessa tarkastuksessa että luetteloiduiksi yhdessä asiakirjassa.

Merkityksen antaminen kuntotarkastusraportille 1 kohtaa sovellettaessa edellyttää siis osapuolten nimenomaista sopimusta. Osapuolet voivat sopia, ettei kaupan kohteessa tai sen tietyssä osassa ole muita puutteita kuin kuntotarkastusraportista ilmenevät. Tällainen sopimus on myyjälle huomattava riski, koska se johtaa siihen, että puutetta, jota muuten arvioitaisiin salaisena virheenä, arvioidaankin poikkeamana sovitusta. Tällöin virhekyynnys on matalampi kuin salaisessa virheessä, ja ostaja voi vaatia hinnanalennuksen tai kaupan purun ohella vahingonkorvausta, johon ostajalla ei olisi oikeutta virheen ollessa salainen.

5.3 Myyjän antama virheellinen tai harhaanjohtava tieto

MK 2:17.1/2:n mukaan kiinteistössä on laatuvirhe, jos myyjä on ennen kaupan tekemistä antanut ostajalle virheellisen tai harhaanjohtavan tiedon kiinteistön pinta-alasta, rakennusten kunnosta tai rakenteista taikka muusta kiinteistön laatua koskevasta ominaisuudesta, ja annetun tiedon voidaan olettaa vaikuttaneen kauppaan. Kuntotarkastuksen merkitystä voidaan arvioida sekä suhteessa siihen, milloin myyjän katsotaan antaneen virheellisen tai harhaanjohtavan tiedon, että suhteessa siihen, milloin tiedon voidaan olettaa vaikuttaneen kauppaan.

Myyjän vastuu antamansa tiedon virheellisyydestä tai harhaanjohtavuudesta ei edellytä, että myyjä olisi tiennyt tai hänen olisi pitänyt tietää, että tieto on virheellinen tai harhaanjohtava. Siksi on tärkeää erottaa tässä kohdassa tarkoitettu virheellisten tai harhaanjohtavien tietojen antaminen 3 kohdan soveltamisalaan kuuluvasta tiedon antamisen laiminlyönnistä.

Oikeuskirjallisuudessa on esitetty kantoja, joiden mukaan myyjän hankkiman asiantuntijan antamia tietoja arvioitaisiin kuten myyjän itsensä antamia tietoja.⁶⁵ Jos kaupan jälkeen kävisi ilmi, *ettei asiantuntijan antama tieto pitäisi paikkaansa*, myyjä vastaisi virheestä MK 2:17.1/2:n nojalla, vaikkei olisi itse kertonut ostajalle kyseisestä ominaisuudesta mitään. Myyjän kannalta olisi kuitenkin kohtuutonta, että hän voisi joutua virhevastuuseen sellaisten asiantuntijan esittämien tietojen perusteella, joiden paikkansapitävyyttä hän ei pysty arvioimaan. Useimmiten myyjä käyttänee asiantuntijaa juuri siksi, että asiantuntija osaa arvioida kiinteistöä paremmin kuin myyjä. Lisäksi myyjän vastuu raporttiin sisältyvien tietojen oikeellisuudesta tekisi mahdollisimman yleispiirteisestä ja mitänsanomattomasta – eli

⁶⁵ Ks. esim. *Välämäki* DL 2000 s. 968.

melko hyödyttömästä – raportista myyjän edun mukaisen. Olisihan riski joidenkin tietojen virheellisyydestä sitä suurempi, mitä seikkaperäisempi asiantuntijan raportti olisi eli mitä useammista seikoista se sisältäisi tietoa.

Jaksossa 3 olen esittänyt, ettei kaupan osapuolten välistä vastuunjako tulisi arvioida kaavamaisesti sen mukaan, kumman käyttämästä asiantuntijasta on kysymys. Tässäkin on syytä erottaa myyjän ja asiantuntijan antamat tiedot toisistaan. Myyjä vastaa vain itse tai MK 2:20:ssä tarkoitetun edustajansa välityksellä antamista tiedoista. Asiantuntijan antamia tietoja tulee arvioida ylimääräisenä, myyjän tiedonantoon rinnastumattomana informaationa. Siten myyjä ei pelkästään asiantuntijan lausunnon perusteella voi joutua 2 kohdan mukaiseen vastuuseen, ellei hän ole jättänyt koko tiedonantovelvollisuuttaan asiantuntijan täytettäväksi.

Asiantuntijan lausunnolla voi olla merkitystä myyjän vastuun poistavana seikkana silloin, kun myyjä on tietämättömyyttään antanut väärää tietoa. Tämä voidaan jäsentää joko ”voidaan olettaa vaikuttaneen kauppaan” -kriteerin soveltamisen tai ostajan tiedon merkitystä koskevan MK 2:22:n kautta. Jos myyjä on antanut väärää tietoa jostakin kiinteistön ominaisuudesta, mutta kuntotarkastusraportista ilmenee oikea tieto, ostaja ei välttämättä voi vedota virheeseen.⁶⁶ Asiaa tulee kuitenkin arvioida tapauskohtaisesti. Jos tieto koskee seikkaa, josta ostaja voi olettaa myyjän tietävän asiantuntijaa paremmin – esimerkiksi myyjän tekemän remontin suorittamistapaa tai jotakin kiinteistön päivittäisessä käytössä esiin tulevaa seikkaa – asiantuntijan lausunto ei korjaa myyjän tiedonannossa ollutta virhettä. Lisäksi asiantuntijalausunnon pitää myyjän vastuuseen vaikuttaakseen olla niin selvä, että ostajan täytyy käsittää siinä annetun tiedon kumoavan myyjän esittämän.⁶⁷

Kuntotarkastusraportissa sanottu tulee ostajan tietoon vain, jos ostaja tutustuu raporttiin. Olisikin mahdollista väittää, ettei ostajalla ole velvollisuutta tutustua raporttiin, ja hän voisi siten raportissa olevasta maininnasta huolimatta vedota virheeseen, jos ei tosiasiaa olisi lukenut raporttia eikä siksi saanut tietoa sen sisällöstä.⁶⁸ Tällaiseen huolimattoman ostajan suojaamiseen ei kuitenkaan ole syytä. MK 2:22.2:n perusteluissa todetaan, että

⁶⁶ Ks. esim. *Koskinen* 2004, jonka mukaan myyjän antamalla väärillä tiedoilla ei pitäisi olla merkitystä ostajalle, jos asian todellinen tila havaitaan asiantuntijan tekemässä tarkastuksessa.

⁶⁷ Myyjän ei pidä voida vedota edukseen epäselvästi annettuun informaatioon, joka ei aidosti paranna ostajan mahdollisuuksia saada oikeaa käsitystä kaupan kohteesta. Ks. esim. *Pöyhönen* 2003 s. 121–122, jossa korostetaan pelkän informaation määrän lisäämisen sijaan asianmukaisesti järjestetyn ja käyttökelpoisen informaation merkitystä. Ks. myös MK 2:22.2:n perusteluja, joiden mukaan ostajan tieto jostakin seikasta estää häntä vetoamasta siihen virheenä vain, jos hän on ymmärtänyt seikan merkityksen (HE 120/1994 s. 57).

⁶⁸ MK 2:22.1:stä tai sen perusteluista ei ilmene, että ostajan tarkastusvelvollisuuden olisi tarkoitettu käsittävän myös kiinteistöä koskeviin asiakirjoihin tutustumisen.

ostaja voi vedota virheeseen vain, jos hän on erehtynyt omatta syyttään.⁶⁹ Jos ostajalle on annettu nähtäväksi asiakirja, josta hänen on mahdollista ilman kohtuutonta vaivannäköä saada tieto tietyistä puutteista, hänen täytyy olettaa tienneen siitä.⁷⁰

5.4 Myyjän tiedonantovelvollisuuden laiminlyönti

MK 2:17.1/3:n mukaan kiinteistössä on laatuvirhe, jos ”myyjä on ennen kaupan tekemistä jättänyt ilmoittamatta ostajalle sellaisesta tyypillisesti myydyin kaltaisen kiinteistön käyttöön tai arvoon vaikuttavasta 2 kohdassa tarkoitettusta ominaisuudesta, josta myyjä tiesi tai hänen olisi pitänyt tietää, ja laiminlyönnin voidaan olettaa vaikuttaneen kauppaan.”⁷¹ Toisin kuin edellä käsitellyissä kohdissa, tässä myyjän virhevastuun edellytyksenä on, että myyjä tiesi tai hänen olisi pitänyt tietää seikasta. Kuntotarkastuksen vaikutusta tämän kohdan mukaiseen virhevastuuseen tulee arvioida kahdessa suhteessa: voivatko kuntotarkastuksesta saadut tiedot estää ostajaa vetoamasta säännökseen tai voiko kuntotarkastus vaikuttaa myyjän tiedonantovelvollisuutta korottavasti?

Ensimmäisen kysymyksen osalta voidaan viitata edellisessä jaksossa todettuun. Jos ostaja saa kuntotarkastusraportista tiedon, jonka antamisen myyjä on laiminlyönyt, hän ei voi vedota tiedon antamisen laiminlyöntiin virheenä. Poikkeuksen muodostavat tapaukset, joissa tieto on annettu raportissa niin vaikeaselkoisesti, ettei ostajan sen perusteella voida edellyttää ymmärtäneen tiedon merkitystä.

Myyjä voi asiantuntijan avulla saada selville sellaisia kiinteistön puutteita, joista hän ei olisi muuten tiennyt. Tämä laajentaa tiedonantovelvollisuutta, eli myyjän on virhevastuun välttääkseen annettava myös ostajan tutustua kuntotarkastusraporttiin tai muuten välitettävä hänelle tieto

⁶⁹ HE 120/1994 s. 57.

⁷⁰ *Välimäki* arvioi kuluttajavalituslautakunnan käytäntöä, jossa ostajan virheeseen perustuvat vaatimukset on hylätty, kun asunnon kuntoarviossa tai kosteusraportissa on ollut tietoa, josta ostajan olisi pitänyt päätellä vian olemassaolo tai todennäköisyys. Hänen mukaansa ostajan selonottovelvollisuus kohdistuu myös lausuntojen sisältöön, ja ostajan on tarvittaessa asiantuntijan avulla selvitettävä lausunnon sisällön merkitystä. Hän kuvaa ostajan asemaa tulkaksi, koska raportit voivat sisältää joko hyvin täsmentämättömiä tietoja tai pelkkää teknistä informaatiota ilman johtopäätöksiä. (*Välimäki* DL 2000 s. 969.) Ostajalle ei kuitenkaan ole syytä asettaa Välimäen kuvaamaa laajaa selonottovelvollisuutta, vaan raportit voivat täydentää myyjän tiedonantovelvollisuutta vain ollessaan sellaisia, että niistä saa selkeän kuvan kiinteistön ominaisuuksista.

⁷¹ Tiedonantovelvollisuuteen voidaan laskea kuuluvaksi myös myyjän velvollisuus oikaista havaitsemansa ostajan virheellinen käsitys kiinteistön ominaisuudesta, joka vaikuttaa kiinteistön soveltumiseen aiotuun käyttöön (MK 2:17.1/4). Tämän velvollisuuden arvioinnissa ulkopuolisen asiantuntijan käytöllä ei liene merkitystä.

puutteista⁷² – tietysti edellyttäen, että puutteet ovat luonteeltaan sellaisia, että niistä kertomatta jättämisen voidaan säännöksessä tarkoitetulla tavalla olettaa vaikuttavan kauppaan. Sama koskee myös sitä, jos asiantuntija kertoo jonkin havaitsemansa seikan antavan aiheutta epäillä piilossa olevaa vikaa. Sen sijaan myyjällä ei liene velvollisuutta alkaa tarkemmin selvittää mahdollisen vian olemassaoloa. Ostaja, jolle on kerrottu riskistä, voi itse arvioida, onko hän valmis tekemään kaupan riskistä tietoisena vai haluaako hän enemmän tietoa ennen ostopäätöksen tekoa.⁷³

Entä vaikuttaako asiantuntijan käyttäminen myyjän selonottovelvollisuuden eli siihen, mitä myyjän pitäisi tietää myymästään kohteesta? Myyjän tiedonantovelvollisuutta arvioidaan yleensä sen mukaan, mitä myyjän asemassa olevan pitäisi tietää omistamastaan kiinteistöstä.⁷⁴ Asiantuntijan puolestaan voidaan edellyttää havaitsevan sellaisia seikkoja, joita kuka tahansa ei havaitse. Tällä perusteella voisi ajatella, että asiantuntijaa käyttävän myyjän tiedonantovelvollisuus laajenisi kattamaan myös sellaiset seikat, jotka asiantuntijan tulisi havaita. Tällaista tulkintaa ei kuitenkaan ole syytä tehdä, koska se johtaisi väääransuuntaiseen kannustinvaikutukseen: asiantuntijan käyttäminen laajentaisi myyjän virhevastuuta.⁷⁵ Lisäksi myyjälle asetettaisiin tiedonantovelvollisuus, jota hänen olisi käytännössä mahdotonta täyttää. Tällaisen ratkaisun haitallisuutta voidaan perustella kaikilla niillä perusteilla, joilla edellä jaksossa 2.4 puolletaan tiedonanto- ja tarkastusvelvollisuuksien suppeaa tulkintaa ja salaisen virheen laajaa soveltamisalaa.

5.5 Salainen virhe

Jos MK 2:17:n minkään muun kohdan mukainen tunnusmerkistö ei täyty, tulee arvioitavaksi, onko kiinteistössä 5 kohdan mukainen salainen virhe. Kun muita virhetunnusmerkistöjä tulkitaan edellä esitettyyn tapaan melko suppeasti, tämän kohdan käyttöala muodostuu laajaksi.

Säännöksen mukaan kiinteistössä on laatuvirhe, jos se salaisen virheen vuoksi poikkeaa laadultaan merkittävästi siitä, mitä myydyn kaltaiselta

⁷² Koskinen-Tammi ja Laurila korostavat myyjän velvollisuutta antaa ostajan tutustua myös vanhoihin kiinteistöä koskeviin kuntotarkastusraportteihin (2010 s. 410).

⁷³ Maakaaren esitöissä myyjän tiedonantovelvollisuuden todetaan kattavan myyjän havaitsemat seikat, joista voidaan perustellusti epäillä rakenteissa olevaa vikaa ja arvioida tulevaa korjaustarvetta (HE 120/1994 s. 50).

⁷⁴ Ks. HE 120/1994 s. 24.

⁷⁵ Ks. myös HE 14/1994 s. 132, jonka mukaan asuntokaupassa kiinteistönvälittäjä käyttävä myyjä ei vastaa suhteessa ostajaan siitä, että myyjän toimeksiannosta toimiva kiinteistönvälittäjä rikkoo tiedonantovelvollisuuttaan sellaisen tiedon osalta, joka ei kuulu myyjän normaalin tiedonantovelvollisuuden piiriin.

kiinteistöltä voidaan kauppahinta ja muut olosuhteet huomioon ottaen perustellusti edellyttää. Arvioitaessa sitä, mitä kiinteistöltä voidaan edellyttää, on maakaaren esitöiden mukaan kiinnitettävä huomiota rakennusten ikään ja niihin tehtyihin peruskorjauksiin siten, että uudemmalta rakennukselta voidaan edellyttää parempaa kuntoa ja nykyaikaisempaa rakennustapaa kuin vanhemmalta.⁷⁶ Jotta poikkeama ostajan perustelluista odotuksista katsottaisiin virheeksi, sen on oltava merkittävä. Merkittävyyskynnystä on oikeuskirjallisuudessa pidetty tärkeänä keinona suojata myyjää ja torjua shikaaninomaisia vaatimuksia.⁷⁷

Kuntotarkastuksessa tehdyt havainnot vaikuttavat siihen, millaisessa kunnossa ostaja voi odottaa kiinteistön olevan. Havaittujen puutteiden vuoksi ostajalle voi myös olla selvää, että hän joutuu teettämään korjauksia tietyissä rakennuksen osissa. Nämä tiedot voivat puolestaan vaikuttaa siihen, pidetäänkö kaupan jälkeen ilmenneitä puutteita merkittävinä.⁷⁸ Kun ostaja on tiennyt kohteesta olevista puutteista, myös se taso, jota hän kohteelta voi odottaa, on alempi kuin ilman tällaisia tietoja. Lisäksi hänen tietoisuutensa siitä, että tulossa on korjauksia, vähentää sellaisten puutteiden merkityksellisyyttä, jotka voidaan korjata samassa yhteydessä.

6 KUNTOTARKASTUS JA VASTUUNRAJOITUKSET

Yksi kuntotarkastuksen hyödyistä on siinä, että se antaa kaupan osapuolille mahdollisuuden sopia myyjän vastuun rajoituksista paremman tiedon varassa kuin ilman kuntotarkastusta. Koska kuntotarkastuksen vaikutukset ostajan tarkastusvelvollisuuteen ja virhetunnusmerkistöjen täyttymiseen ovat edellä kuvatun mukaisesti melko suppeat, vastuunrajoituksista sopiminen on keskeinen keino hyödyntää kuntotarkastusta. Ihanteena olisi, että vastuunjako saataisiin määriteltyä niin selvästi, että osapuolet voisivat ottaa sen merkityksen huomioon hinnasta sopiessaan ja että siitä ei tarvitsisi riidellä kaupan jälkeen. Sopivilla vastuunrajoitusehdoilla voidaan myös välttää se, että kaikki mahdollisesta virheestä aiheutuvat kustannukset jäisivät myyjän kannettaviksi.

Osapuolet voivat ensinnäkin sopia, ettei myyjä vastaa sellaista puutteista, jotka käyvät ilmi kuntotarkastusraportista. Tällaisella sopimusehdolla ei

⁷⁶ HE 120/1994 s. 51.

⁷⁷ Ks. esim. *Niemi* 2002 s. 295, *Koskinen* 2004 s. 87 ja *Jokela – Kartio – Ojanen* 2010 s. 146.

⁷⁸ Ks. näin myös *Koskinen-Tammi – Laurila* 2010 s. 411.

yleensä ole käytännön merkitystä, koska ostaja ei edellä⁷⁹ kerrotun mukaisesti voi muutenkaan vedota virheenä seikkoihin, jotka ilmenevät hänelle esitetystä tarkastusraportista.

Kuntotarkastuksessa voi kuitenkin ilmetä seikkoja, jotka antavat aiheen *epäillä* piileviä vikoja, joista saisi varmuuden vain tarkemmalla tutkimuksella. Osapuolet voivat jakaa riskiä mahdollisista vioista sopimuksella. He voivat sopia, ettei ostaja voi vedota niihin virheenä tai että myyjän virhevastuu kattaa myös ne. Tällaisen ”kaikki tai ei mitään”-sopimisen lisäksi on mahdollista sopia esimerkiksi tietystä rahamäärästä, johon asti ostaja tai myyjä vastaa mahdollisen vian korjauskustannuksista.⁸⁰ Myyjän vastuun rajoittamista vaikeuttaa MK 2:9.2, jonka mukaan ostajan virheeseen perustuvia oikeuksia saa rajoittaa vain sopimalla yksilöidysti siitä, miten ostajan asemaa poikkeaa laissa säädetystä. Säännöksestä seuraa, että puutteellisesti yksilöity ehto ei rajoita myyjän vastuuta.

Ehdon muotoilun merkitys ilmenee ratkaisuisista KKO 2004:78 ja KKO 2009:31, joita käsiteltiin ostajan tarkastusvelvollisuuden osalta edellä jaksossa 4:

Ratkaisussa KKO 2004:78 arvioitiin ehtoa, jonka mukaan myyjä ei ollut vastuussa kuntokartoituksessa ”havaituista vaurioista tai puutteellisuuksista ja niiden mahdollisesti aiheuttamista lisävahingoista”. Kaupan jälkeen ilmeni, että rakennuksessa oli rakenteellisia virheitä, joista muun muassa kuntotarkastuksessa havaitut kosteusvauriot olivat johtuneet. Korkein oikeus katsoi, että ostajalla oli oikeus vaatia hinnanalennusta vastuunrajoitusehdon estämättä, koska kauppakirjassa ei ollut yksilöidysti rajoitettu myyjien vastuuta rakenteiden asianmukaisuudesta. Ehtoa tulkittiin siis tiukasti sen sanamuodon mukaan: kun vastuuta oli rajoitettu vain havaituista vaurioista ja niiden seurauksista, myyjä vastasi kuitenkin havaitut vauriot aiheuttaneista rakenteiden puutteista.

Ratkaisussa 2009:31 oli kysymys tapauksesta, jossa myyjä ei kauppakirjan mukaan vastannut ”kuntotarkastuksessa ilmenneistä vioista, eikä niistä mahdollisesti rakenteille tai muille vastaaville aiheutuneista vahingoista”. Korkein oikeus totesi, ettei kuntotarkastuksessa ollut havaittu rakennuksen yläpohjan kosteusvauriota, vaikka siinä olikin huomautettu eräistä rakennuksen kattoon liittyvistä riskeistä. Kun maakaaren mukaan myyjän vastuuta voidaan rajoittaa vain riittävän yksilöidyillä ehdoilla ja kauppakirjassa oli yksilöidysti rajoitettu myyjän vastuuta vain kuntotarkastuksessa havaittujen puutteiden osalta, vastuunrajoitusehto ei estänyt ostajaa vetoamasta virheenä kosteusvaurioon. Merkityksetöntä oli, että vauriot ilmenivät sellaisessa paikassa, johon myös kuntotarkastuksessa havaitut puutteet olisivat voineet aiheuttaa vaurioita.

⁷⁹ Ks. jaksot 5.3 ja 5.4.

⁸⁰ Ks. erilaisista vastuunrajoitusehdoista esim. *Tepora* 2007 s. 401–410.

Ratkaisut kiinnittävät huomiota siihen, kuinka vaikeaa myyjän vastuuta on pätevästi rajoittaa. Yksilöimättömillä rajoituksilla ei ole vaikutusta, kun taas yksilöityjen rajoitusten laadinnassa tulisi olla erityisen huolellinen, jotta ne kattaisivat kaikki sellaiset virheet, joista myyjän vastuuta halutaan rajoittaa. Ainakin myyjän intressissä olisi siis sopia ennen kauppaa mahdollisimman täsmällisesti siitä, miten kuntotarkastuksessa ilmi tulleet riskit jaetaan osapuolten kesken. Tämän voitaisiin ajatella parantavan myös ostajan asemaa, koska riittävän selkeät ja konkreettiset vastuunrajoitusehdot kiinnittäisivät hänen huomionsa jo kauppaa tehtäessä kohteeseen liittyviin riskeihin, ja hän voisi harkita, miten ne vaikuttavat siihen, millä hinnalla hän on kohteen valmis ostamaan. Myös ostajan etu olisi, jos vastuunjaosta sovittaisiin niin tarkasti, että osapuolet olisivat siitä yksimielisiä myös kaupan jälkeen eivätkä joutuisi ratkomaan oikeudenkäynnissä, kumpi kantaa jostakin kiinteistön puutteesta aiheutuvat kustannukset.

Täsmällisten vastuunrajoitusehtojen muotoilu yksityishenkilöiden välisessä kaupassa voi olla kuitenkin vaikeaa. Monet jaksossa 2.2 mainituista, osapuolten tiedolliseen asemaan ja harkintakykyyn liittyvistä seikoista asettavat esteitä täsmällisesti muotoiltujen vastuunrajoitusten käyttämiselle. Osapuolet eivät välttämättä tiedä, mitkä myyjän vastuuta koskevat säännöt ovat ja miten niitä voidaan sopimuksella muuttaa. Myyjän ehdottamat vastuunrajoitusehdot voivat herättää ostajassa epäilyksen, että myyjällä on sellaista riskejä koskevaa, ostajalta salattua tietoa, jonka vuoksi hän pitää vastuunsa rajoittamista erityisen tärkeänä. Myyjän asema voi olla sellainen, että hänen on erityisen tärkeää saada kohde nopeasti myydyksi, minkä vuoksi hänen mahdollisuutensa neuvotella rajoituksia vastuuseensa ovat heikot. Ongelmia voi aiheutua myös siitä, että mahdollisia vastuunrajoituksia mietitään vasta, kun osapuolet ovat päässeet sopimukseen hinnasta. Jos ostaja on jo saamassa kiinteistön tietyllä hinnalla niin, että myyjän vastuu on maakaaren sääntöjen mukainen, hän ei ole varmaankaan halukas suostumaan asemaansa heikentäviin myyjän vastuuta rajoittaviin ehtoihin. Toisaalta myyjä, joka on jo saamassa tietyn hinnan, ei ehkä ole valmis tinkimään hinnasta sadakseen sopimukseen vastuunrajoitusehdon, joka todennäköisesti kuitenkin jäisi merkityksettömäksi – suurimmassa osassa myydyistä kiinteistöistä ei lopultakaan ilmene kaupan jälkeen puutteita, joista ostaja vaatisi myyjää vastuuseen.

Vastuunrajoitusten täsmällisen muotoilun vaikeus huomioon ottaen olisi-kin tärkeää, että hieman epäonnistunut ehdon muotoilu ei johtaisi – jälleen kaikki tai ei mitään -tyyppisesti – myyjän täysimääräiseen virhevastuuseen. Kuntotarkastushavaintojen pohjalta muotoilluilla vastuunrajoitusehdoilla pitäisi olla jotakin merkitystä silloinkin, kun niiden ei katsota sulkevan myyjän vastuuta virheestä pois. Esimerkkinä vastuunrajoitusehdon jous-

tavasta huomioimisesta voidaan ottaa hovioikeuden tuomio tapauksessa KKO 2004:78. Hovioikeus otti siinä hinnanalennusta määrittäessään huomioon sen, että ostajat olivat vastuunrajoitusehdon hyväksyessään ottaneet *tietoisien riskin* siitä, että kosteuden syiden poistamiseksi ja vaurioiden korjaamiseksi jouduttaisiin tekemään muitakin toimenpiteitä kuin kuivatus.⁸¹ Vastuunrajoitusehto vaikutti tapauksessa hinnanalennuksen määrää alentavasti. Tällaisen ratkaisun etuna on, että virheestä aiheutuvia kustannuksia voidaan jakaa myyjän ja ostajan kesken toisin kuin siinä tapauksessa, että vastuunrajoitusehdon katsottaisiin estävän virheeseen vetoamisen kokonaan.

7 LOPUKSI

Yksityishenkilöiden välisessä kaupassa kuntotarkastus ja siitä annettu raportti vaikuttavat virhearviointiin samalla tavalla riippumatta siitä, kumpi kaupan osapuolista on kuntotarkastajan toimeksiantaja. Kuntotarkastus voi vaikuttaa sekä myyjän tiedonantovelvollisuuden että ostajan selonottovelvollisuuden sisältöön. Myyjä ei saa salata ostajalta kuntotarkastuksessa esiin tulleita puutteita. Ostaja taas ei saa vedota virheenä sellaisiin seikkoihin, jotka hän on saanut kuntotarkastuksen perusteella tietää tai jotka ainakin ilmenevät hänen käytössään olleesta kuntotarkastusraportista. Lisäksi kuntotarkastuksessa esiin tulleet havainnot vaikuttavat siihen, mitä ostaja voi kiinteistöltä perustellusti odottaa ja milloin kiinteistö poikkeaa ostajan perustelluista odotuksista niin merkittävästi, että kysymys on salaisesta virheestä.

Toisaalta pelkästään se, että kaupan yhteydessä on käytetty asiantuntijaa, ei vaikuta myyjän tiedonantovelvollisuutta tai ostajan tarkastusvelvollisuutta laajentavasti. Ostajan ja myyjän velvollisuuksien laajuutta arvioidaan sen mukaan, mitä ostajan pitäisi havaita tavanomaisessa tarkastuksessa tai myyjän tietää lähinnä kiinteistöllä asumisen perusteella – ei sen mukaan, mitä heidän käyttämänsä asiantuntijan olisi pitänyt havaita.

Kun ostajan tarkastusvelvollisuutta ja myyjän tiedonantovelvollisuutta tulkitaan edellä kuvattuun tapaan suppeasti, tavallisella huolellisuudella kauppaa tehdessään toimineiden osapuolten ei katsota syyllistyneen velvollisuuksiensa laiminlyöntiin. Näin vältetään se, että kaikki virheestä aiheutuvat kustannukset jäisivät toisen osapuolen kannettavaksi joko niin, että ostaja menettäisi kokonaan oikeutensa vedota virheeseen, tai niin, että

⁸¹ Korkein oikeus ei ottanut kantaa siihen, mikä merkitys tietoisella riskinotolla oli, koska ostajat eivät olleet hakeneet muutosta hovioikeuden tuomioon.

myyjä vastaisi tuottamuksensa perusteella kaikkien ostajalle aiheutuneiden vahinkojen korvaamisesta.

Kun kummankaan osapuolen ei katsota laiminlyöneen edellä kuvattuja velvoitteitaan, kaupan kohteen puutteita arvioidaan salaisena virheenä, jolloin virheestä aiheutuvat kustannukset voidaan jakaa osapuolten kesken. Salaisen virheen perusteella myyjä voi joutua maksamaan ostajalle vain hinnanalennusta, mutta ei vahingonkorvausta, jolloin ostajan kannettavaksi jäävät kustannukset, joita ei huomioida hinnanalennusta laskettaessa. Lisäksi salaista virhettä arvioitaessa kuntotarkastushavainnot voivat edellä kuvatulla tavalla vaikuttaa siihen tasoon, jota ostaja voi kohteelta edellyttää – toisin sanoen hyvitykseen oikeuttavaksi virheeksi katsotaan vain poikkeus tästä tasosta.

Edellä kuvatun – pääosassa tapauksia kustannusten jakamiseen johtavan – vastuunjaon voi nähdä edistävän ainakin kirjoituksen alussa mainittua tavoitetta, etteivät virheriitojen lopputulokset romuttaisi kummankaan osapuolen taloutta. Varovaisesti voisi uskoa myös tällaisten tulkintalinjojen omaksumisen edistävän ainakin pitkällä aikavälillä sovintoratkaisujen syntymistä edellyttäen, että tulkintalinjat tulisivat osapuolten ja heidän avustajiensa tietoon. Jos osapuolet tietäisivät jo etukäteen, että riita todennäköisesti muissa kuin selvissä laiminlyöntitapauksissa ”laitetaan puoliksi”, sovintohalukkuus ehkä kasvaisi. Lisäksi tieto siitä, että selonotto- ja tiedonantovelvollisuuksia ei arvioida korostetun ankarilla standardeilla vaan normaalitoimintaa mittapuuna käyttäen, saattaisi vähentää osapuolten pyrkimystä etsiä toisen toiminnasta huolimattomuutta, ja siten edistää sovintoratkaisuihin pääsemistä syyttelyn sijaan. Vaikka oikeudenkäyntiin päädyttäisiinkin, se olisi henkisesti vähemmän raskas kokemus, jos riidan keskeinen sisältö ei olisi, kuka on toiminut väärin.

Näillä säännöillä kuntotarkastuksen teettäminen ennen kauppaa olisi kummallekin osapuolelle kannattavaa: se lisäisi ennen kauppaa käytettävissä olevaa tietoa ja kaupan onnistumisen todennäköisyyttä, mutta ei johtaisi osapuolelle asetettavien velvoitteiden tavallista ankarampaan tulkintaan, jos kaupan jälkeen tulisi ilmi kaupan kohteen puutteita. Saadakseen täyden hyödyn kuntotarkastuksesta kaupan osapuolten olisi syytä myös sopia mahdollisimman tarkkaan siitä, miten he jakavat vastuun kuntotarkastuksessa mahdollisesti havaituista riskeistä. Näin päästään ennakoitavampaan riskinjakoon kuin jättämällä riskinjako maakaaren virhettä koskevien säännösten varaan. Lisäksi riskinjoasta neuvotellessaan ja sen vaikeuden huomatessaan osapuolet ehkä tulisivat ajatelleeksi tavallista tarkemmin, olisiko riskejä syytä selvittää vielä vähän lisää ennen sitovan kaupan tekemistä.

LÄHTEET

- Aine, Antti*: Kilpailu ja sopimus. Helsinki 2011.
- Cooter, Robert – Ulen, Thomas*: Law & Economics. 3rd edition. Reading 2000.
- Ervasti, Kaijus*: Näkökulmia vaihtoehtoihin konfliktinratkaisumenetelmiin. LM 2000 s. 1237–1263.
- Ervasti, Kaijus*: Kohti sovintoratkaisuja ja pragmaattisia kompromisseja. LM 2009 s. 1071–1093.
- Ervasti, Kaijus*: Pääkäsittelyssä ratkaistut riita-asiat ja oikeudenkäyntikulut käräjäoikeuksissa. DL 2009 s. 743–760.
- Grauers, Folke*: Fastighetsköp. Sextonde upplagan. Lund 2005.
- HE 8/1977. Hallituksen esitys eduskunnalle kuluttajansuojalainsäädännöksi.
- HE 93/1986. Hallituksen esitys eduskunnalle kauppalaiksi.
- HE 179/1987. Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi kuluttajansuojasta kiinteistönvälityksessä.
- HE 14/1994. Hallituksen esitys eduskunnalle asuntokauppaa koskevaksi lainsäädännöksi.
- HE 120/1994. Hallituksen esitys eduskunnalle maakaareksi ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi.
- Hemmo, Mika*: Vahingonkorvauksen määräytymisestä sopimussuhteissa. Helsinki 1994.
- Hemmo, Mika*: Sopimusoikeus I. Toinen, uudistettu painos. Helsinki 2003..
- Hoffrén, Mia*: Kuntotarkastus, vastuunrajoitus ja ostajan tarkastusvelvollisuus – KKO 2009:31. LM 2009 s. 1188–1195.
- Hoffrén, Mia – Anderssen, Harald Benestad*: Asuntokaupan suojaroolien yksipuolisuus – suomalaisten ja norjalaisten virhesäännösten vertailua ja kritiikkiä. LM 2011 s. 41–63.
- Hoffrén, Mia – Vuorenpää, Mikko*: Hinnanalennus, vahingonkorvaus ja vaatimistaakka. LM 2009 s. 779–798.
- Jokela, Marjut – Kartio, Leena – Ojanen, Ilmari*: Maakaari. 5., uudistettu painos. Helsinki 2010.
- Jolls, Christine – Sunstein, Cass R. – Thaler, Richard*: A Behavioral Approach to Law and Economics. 50 Stan. L. Rev. 1998 s. 1472–1550.
- Kaisto, Janne*: ”Tiesi tai olisi pitänyt tietää”. Varallisuus oikeudellinen tutkimus perustellun vilpittömän mielen vaatimuksesta KK 11:4 ja 12.4:n sekä VKL 14 §:n mukaan. Helsinki 1997.
- Koskinen, Tiina*: Kosteus- ja homevauriot asuntokaupan sopimusoikeudellisena ongelmana. Helsinki 2004.
- Koskinen-Tammi, Tiina – Laurila, Leena*: Asunto- ja kiinteistökauppariidat 2000-luvun hovioikeuskäytännössä. Helsinki 2010.
- Kuluttajariitalautakunta. Toimintakertomus. Helsinki 2008. – [Http://www.kuluttajariita.fi/dokumentit/fi/Toimintakertomus_2008.pdf](http://www.kuluttajariita.fi/dokumentit/fi/Toimintakertomus_2008.pdf) (15.3.2011).
- Kyllästinen, Esa*: Riskinjako maakaareissa. Varallisuus- ja prosessioikeudellinen tutkimus myyjän ja ostajan välisestä riskinjaosta asuinkiinteistön kauppaan liittyvissä virhetapauksissa. Helsinki 2010
- Lehtinen, Tuomas*: Kansainvälisen kaupan liikesopimus ja remburssi. Helsinki 2006.
- March, James G. – Herbert A. Simon*: Organizations. 5th printing. New York 1964.

- Niemi, Matti Ilmari*: Maakaaren järjestelmä I. Kiinteistön kauppa ja muut luovutukset. Helsinki 2002.
- Norros, Olli*: Asiantuntijan vastuu sivullista kohtaan. DL 2007 s. 699–719.
- Norros, Olli*: Vastuu sopimusketjussa. Helsinki 2007.
- Pöyhönen, Juha*: Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu. Helsinki 1988.
- Pöyhönen, Juha*: Oikeustieteen ajanmukaisuus. LM 1997 s. 357–375.
- Pöyhönen, Juha*: Uusi varallisuus oikeus. 2. painos. Helsinki 2003.
- Saarikoski, Michael*: Hinnanalennuksen korvauskelpoisuudesta taloudellisena vahinkona asunnon ja kiinteistön kaupassa. DL 2006 s. 219–239.
- Selvitys asuntokauppoihin liittyvistä käytännöistä Pohjoismaissa. Ympäristöministeriö 2011. – [Http://www.hometalkoot.fi/component/content/520/1125.html](http://www.hometalkoot.fi/component/content/520/1125.html) (15.3.2011).
- Sinkko, Anne*: Riita-asioiden sovinnot käräjäoikeuksissa. DL 2000 s. 36–50.
- Sisula-Tulokas, Lena*: Hinnanalennus. Helsinki 1992.
- Suomen virallinen tilasto: Käräjäoikeuksien siviiliasioiden ratkaisut. Tilastokeskus. Helsinki. – [Http://www.stat.fi/til/koikrs/index.html](http://www.stat.fi/til/koikrs/index.html) (15.3.2011).
- Tammi-Salminen, Eva*: Sopimus, kompetenssi ja kolmas. Varallisuus oikeudellinen tutkimus negative pledge -lausekkeiden sivullisittovuudesta. Helsinki 2001
- Taxell, Lars Erik*: Avtal och rättskydd. Helsingfors 1972 s. 330–335.
- Taxell, Lars Erik*: Avtalsrätt: Bakgrund – sammanfattning – utblick. Stockholm 1997.
- Tepora, Jarno*: Myyjän vastuunrajoituslausekkeista kiinteistön kaupassa. Teoksessa Tuomisto, Jarmo (toim.): Sopimus, vastuu, velvoite. Juhlajulkaisu Ari Saarnilehto 1947–21/11–2007, s. 393–410. Turku 2007.
- Tulokas, Mikko*: Asuntokaupan laatuvirheet sääntelyongelmana. Teoksessa Tepora, Jarno – Tulokas, Mikko – Vihervuori, Pekka (toim.): Juhlajulkaisu Juhani Wirilander 1935 – 30/11 – 2005, s. 396–403. Helsinki 2005.
- Wilhelmsson, Thomas*: (Media)julkinen oikeudenkäynti moraalikeskustelun tilana. Oikeus 2002 s. 252–264.
- Wilhelmsson, Thomas*: Social civilrätt. Helsingfors 1987.
- Välimäki, Kaj*: Ulkopuolinen asiantuntija ja ostajan selonottovelvollisuus käytetyn asunnon kaupassa. DL 2000 s. 959–973.

OIKEUSTAPAUKSET

- KKO 1992:165 s. 255
 KKO 1999:19 s. 255
 KKO 2003:61 s. 255
 KKO 2004:78 s. 260, 270 ja 272
 KKO 2008:31 s. 255
 KKO 2009:31 s. 260, 261 ja 270
 KKO 2009:92 s. 255

LYHENTEET

AsKL	asuntokauppalaki (843/1994)
DL	Defensor Legis
HE	hallituksen esitys eduskunnalle
KKO	korkein oikeus
LM	Lakimies
MK	maakaari (540/1995)
Prop	regeringens proposition
Stan. L. Rev.	Stanford Law Review

QUALITY DEFECT IN RESIDENTIAL REAL ESTATE WHICH HAS UNDERGONE CONDITION INSPECTION

In the sale of residential real estate, it is not unusual that the object of the sale turns out to be in worse condition than the buyer has expected. When flaws emerge after the sale, the disappointed buyer is likely to claim compensation from the seller. If the seller is unwilling to pay, the conflict can grow out of proportion and lead to a lengthy, burdensome, and expensive trial, whose outcome can be devastating for the losing party.

A pre-sale condition inspection of residential real estate by a technical expert gives both the seller and the buyer valuable information about the quality of the property and helps to prevent defect disputes. However, some flaws may remain hidden despite the inspection and emerge after the sale. The article discusses the interpretation of rules on seller liability for such defects.

The article takes a goal-oriented approach and explores what kind of interpretations would reduce problems caused by defects. According to the article, the interpretation of legal rules should be different in the sale of residential property between consumers than in the sale of real estate between entrepreneurs or between a consumer and an entrepreneur because the purpose of the sale and the capabilities and needs of contracting parties are different.

The article presents methods which make it possible to protect both contracting parties from ruinous outcomes. Legal rules should be interpreted so that they set a reasonable and realistic standard of care; divide the costs of defects between the parties; encourage the parties to consult a technical expert before the sale; and prevent lengthy and burdensome trials.

According to the Code of Real Estate, the seller is obliged to inform the buyer of the qualities which the seller knows or should know. The seller is not liable for a defect that the buyer could have noticed in an inspection before the sale. Thus, the outcome of a defect dispute is largely dependent on how we define the standards of care expected from the parties. What should the seller have known and what should the buyer have observed?

The standard of care expected of a contracting party should be judged independently from the standard of care expected of the expert inspecting the property. In legal literature, it is often suggested that the risk of mistakes in a condition inspection should be borne by the contracting party who has commissioned the inspection. Such a rule would punish a contracting party for having the property inspected by a professional and thus create undesirable incentives. Furthermore, the contracting parties' reliance on

the condition inspection report is not dependent on which of them has commissioned the inspection. Therefore, a contractual relationship between the technical expert and one of the contracting parties should not be relevant in judging how a condition inspection affects seller liability.

The standards of care should be set at a level which can reasonably be met by the parties. As a rule, the fact that the estate has been inspected by an expert before the sale should not have an effect on the standard of care expected from the contracting parties. The seller should always be aware of such qualities of the property which an owner usually knows and inform the buyer of them. Similarly, the buyer should be aware of qualities which are easily observable in a pre-sale inspection by a lay person. Neither of them is allowed to close their eyes and rely solely on the condition inspection by the expert.

Antti Kolehmainen

**SUOSIOLAHJA –
SUOSIMISTARKOITUS JA SEN
TOTEENNÄYTTÄMINEN**

Sisällys

1	ALUKSI.....	283
2	SUOSIOLAHJAN TUNNUSMERKISTÖ.....	287
	2.1 Lahjanluontoisuus suosiolahjan tunnusmerkistön esikysymyksenä.....	287
	2.2 Lahjanantajan tarkoitusperät ja lahjoitusolosuhteet	288
	2.2.1 Yleistä	288
	2.2.2 Maatilakauppa ja lahjanantajan tarkoitusperät	289
	2.2.3 Yrityskauppa ja lahjanantajan tarkoitusperät.....	293
	2.2.4 Muut tilanteet.....	296
	2.3 Johtopäätökset suosiolahjan tunnusmerkistön osalta	298
3	SUOSIMISTARKOITUKSEN TOTEENNÄYTTÄMINEN OIKEUDELLISENA ONGELMANA.....	300
4	”SUOSIOLAHJAOLETTAMA” JA SEN MERKITYS.....	303
5	TODISTUSTAAKAN JA NÄYTTÖKYNNYKSEN ASETTAMINEN	305
	5.1 PK 7:3:n sanamuoto arvioinnin lähtökohtana.....	305
	5.2 Todistustaakan jaon ja näyttökynnyksen asettamisen perinteiset kriteerit.....	308
	5.3 Haitta-kriteeri	310
	5.4 Joustava näytön arviointi ratkaisuna?	312
	5.5 Näytön arviointi ja kohtuusperiaate	313
	5.6 Johtopäätökset suosimistarkoituksen toteennäyttämisen osalta	315
6	LOPUKSI	317
	6.1 Yhteenvedoa	317
	6.2 De lege ferenda	318
	LÄHTEET	327
	A GIFT FAVOURING THE RECIPIENT OVER OTHERS – THE INTENTION TO FAVOUR AND ITS SUBSTANTIATION	329

Suosiolahja – suosimistarkoitus ja sen toteennäyttäminen

1 ALUKSI

Kun lasketaan rintaperilliselle tulevaa jako-osuutta, lopputulos ei määräydy pelkästään perittävältä jääneen nettojäämistön (reaalijäämistön) perusteella. Perillisen jako-osuuden kannalta merkitystä voi olla myös perittävän eläessä antamalla lahjoilla. Nämä lahjat voidaan tietysti edellytyksin lisätä reaalijäämistöön, kun lasketaan perillisten laki- ja perintöosia.

Rintaperillisen perintöosaa laskettaessa lähtökohtana on ns. positiivinen ennakkoperintöoletama; perittävän rintaperilliselle antamaa lahjaa pidetään ennakkoperintönä ja sen arvo vähennetään viimeksi mainitun perinnöstä. Sääntelyn taustalla on oletus siitä, ettei perittävä halua asettaa rintaperillisiä eriarvoiseen asemaan.¹ Ennakkoperinnön huomioon ottamista koskevat säännökset ovat tahdonvaltaista oikeutta, joten perittävä voi kumota tämän oletaman ja määrätä, ettei luovutusta ole pidettävä ennakkoperintönä. Tämä oletama voi kumoutua myös, kun olosuhteista ilmenee, ettei perittävän tarkoituksena ole ollut saattaa perillisiä samantyyppiseen asemaan (PK 6:1.1).

Kun positiivinen ennakkoperintöoletama kumoutuu, rintaperillisen suojaksi jää PK 7 luvun lakiosasäännöstö. Rintaperillinen on perittävän tarkoituksista huolimatta oikeutettu saamaan lakiosansa eli puolet hänelle lakimääräisen perimysjärjestyksen mukaan tulevan perintöosan arvosta. Tilanteessa, jossa ennakkoperintöoletama on suljettu pois, perillisellä on mahdollisuus vedota suosiolahjaan. Suosiolahjan huomioon ottaminen laskennallisena lisäyksenä perillisen lakiosia laskettaessa edellyttää PK

¹ On varmasti kyseenalaista, miten hyvin tämä oletus kuvastaa lahjanantajien todellisia tarkoituksiperiä. Ruotsissa ehdotettiin jokin aika sitten vähentämispresumptiosta luopumista, koska sen ei uskottu enää kuvastavan lahjanantajan tarkoituksia. Ks. SOU 1988:110, s. 197. Ehdotettu muutos ei kuitenkaan tullut voimaan. Sen sijaan muissa pohjoismaissa lähtökohtana on, ettei vähennystä tehdä. Ks. Norjan Arvelov 38 § ja Tanskan Arvelov § 33. – Dos. *Tapani Lohi* on lukenut tätä artikkelia koskevan käsikirjoitukseni ja antanut minulle siitä arvokasta palautetta. Kiitos Tapani.

7:3.3:n mukaan, että lahjanantajan *ilmeisenä tarkoituksena on ollut suosia lahjansaajaa lakiosaan oikeutetun perillisen vahingoksi.*

Lahjan katsominen suosiolahjaksi merkitsee sitä, että sen arvo lisätään lakiosaa laskettaessa pesän varoihin. Tämän jälkeen rintaperillisten lakiosaoikeus pyritään toteuttamaan ensisijaisesti perittävältä jääneestä reaali-jäämistöstä. Mikäli tämä ei riitä, lakiosaperillisillä on oikeus nostaa kanne suosittua tahoaa vastaan ja vaatia lakiosan täydennystä.² Lakiosan täydennyskanteen hyväksyminen merkitsee sitä, että lahjansaaja joutuu täydentämään lakiosaperillisille lakiosasta puuttuvan määrän rahana omista varoistaan.³

Suosiolahjan tunnusmerkistö on monella tavalla ongelmallinen. PK 7:3.3:n sanamuodon perusteella jää epäselväksi se, mitä lahjanantajan konkreettisilta tarkoituseroilta ja lahjoitusolosuhteilta vaaditaan, jotta kysymyksessä olisi suosiolahja. Lisäksi suosiolahjan keskeinen määritelmä eli suosimistarkoitus viittaa lähinnä perittävän subjektiiviseen tahtotilaan.⁴ Sen selvittämisessä joudutaan helposti vaikeuksiin. Kirjoituksessani tarkastelen suosiolahjan tunnusmerkistöä sekä sen toteennäyttämistä koskevia ongelmia. Tarkoitus on ensinnäkin käsitellä suosiolahjan aineellisoikeudellista puolta. Tunnusmerkistöä koskevassa tarkastelussa lähden tilanteista, joissa kaikki faktat ovat tiedossa ja ne ovat riidattomia. Pohdin sitä, seuraako määrätystä tosiseikastosta se, että jokin luovutus on lakiosia laskettaessa otettava huomioon suosiolahjana. Kysymyksenasettelu on tältä osin seuraava:

- 1) Mitkä ovat ne *tosiseikat*, joiden perusteella voidaan päätellä, että kyseessä on suosiolahja (suosiolahjan tunnusmerkistö)? Tässä yhteydessä joudutaan tarkastelemaan myös niitä tosiseikkoja, joiden olemassaolo viittaa siihen, ettei suosiolahjan tunnusmerkistö täyty.

Tähän kysymykseen haen vastausta kirjoitukseni 2 luvussa. Tunnusmerkistöä koskevan tarkastelun jälkeen siirryn suosiolahjaa koskeviin näyttöongelmiin. Tällöin tarkastelen niitä tilanteita, joissa tapauksen faktapuoli on epäselvä; kaikki tosiseikat eivät ole tiedossa tai ne ovat riidanalaisia. Näyttöongelman osalta kysymyksenasetteluni on seuraava:

² Myös lakiosan täydennyskanteet perustuvat yleensä suosiolahjaan. 1990-luvulla lähes 90 % lakiosan täydennyskanteista perustui joko kokonaan tai osittain suosimisväitteeseen. Näin *Salonen*, DL 2000, s. 53.

³ Täydennysvelvollinen saa kuitenkin halutessaan luovuttaa jakoon rahan sijasta saamansa omaisuusobjektin. Näin *Aarnio – Kangas* 2009, s. 958. Vrt. toisin *Saarenpää* 1994, s. 148.

⁴ **Korkein oikeus kiinnitti tähän seikkaan huomiota, kun se antoi lausuntonsa lakivaliokunnan mietinnöstä. Sen mielestä ehdotettu ”suosimistarkoitus” viittasi liiaksi perittävän subjektiiviseen tarkoitukseen. Tämä oli korkeimman oikeuden mukaan vaikeasti näytettävissä oleva tunnusmerkki. Ks. Korkeimman oikeuden lausunto lakivaliokunnan mietinnön johdosta 1949, s. 16 ja 26.**

- 2) Kummalle osapuolelle suosiolahjaa koskevassa oikeudenkäynnissä on asetettava *todistustaakka* suosimistarkoituksen olemassaolosta tai sen puuttumisesta?
- 3) *Miten suurta näyttöä* suosimistarkoituksen olemassaolosta on perusteltua vaatia (*näyttökynnys*)? Tähän liittyy myös kysymys siitä, onko näyttökynnys kiinteä vai joustava.

Kolmannessa ja neljännessä luvussa tarkastelen suosimistarkoituksen toteennäyttämistä oikeudellisena ongelmana sekä suosiolahjaolettamaa. Viidennessä luvussa siirryn pohtimaan todistustaakkaa ja näyttökynnystä koskevia kysymyksiä. Lopuksi (luku 6) teen aiheesta kokoavia huomioita. Tämän kirjoituksen kysymyksenasettelu on siis lainopillinen. Suosiolahjaa käsittelen pääasiassa *de lege lata*. Suosiolahjan tulevaisuudesta käyty voimakas puolesta ja vastaan keskustelu ”pakottaa” kirjoittajan osallistumaan suosiolahjasääntelyn muuttamisesta ja lakiosasäännösten tulevaisuudesta käytävään keskusteluun. Näin ollen teen lopussa joitain huomioita suosiolahjainstituution tulevaisuudesta *de lege ferenda* ja esitän asiasta myös oman käsitykseni.

Kun esitettyihin kysymyksiin etsii vastauksia, lainsäädännöstä ja perintökaaren esitöistä ei saa kovin paljon apua.⁵ Oikeuskäytäntöä suosiolahjasta sen sijaan on kohtalaisen runsaasti. Puheena olevia kysymyksiä koskeva harkinta on kuitenkin korostuneen tapauskohtaista, joten varmojen johtopäätösten tekeminen oikeustapausaineiston perusteella on ongelmallista.⁶ Sanottu korostaa oikeusperiaatteiden, reaalisien argumentaation ja oikeustieteen merkitystä. Nämä oikeuslähteet ovat kuitenkin voimakkaasti sidoksissa ratkaisijan arvostuksiin. Koska harkinta etenkin näyttökysymyksissä on hyvin tapauskohtaista, esittämiini kysymyksiin ei useimmissa tapauksissa voida antaa tarkkaa vastausta. Kirjoituksessani on tarkoituksenmukaisempaa keskittyä ennemminkin argumentaatiotapojen sisältöjen ja niiden välisten suhteiden erittelyyn kuin pyrkiä tarkkoihin tulkintasuosituksiin.⁷

Aiheen käsittelyä on syytä rajata. Varsinainen suosiolahjaproblematiikan voi syntyä ainoastaan tilanteissa, joissa tiedetään, että käsillä on lahja, jota ei ole pidettävä ennakkoperintönä. Kun kirjoituksen teemana on

⁵ Lakiteksti ei tarjoa juuri apua, koska suosiolahjan tunnusmerkistö on hyvin avoin. Suosiolahjaa koskevaa säännöstä ei sisällynyt vuosien 1935 ja 1938 ehdotuksiin. Se otettiin mukaan vasta lainvalmistelun myöhemmässä vaiheessa, jolloin ehdotusten perustelut olivat jo yleisesti hyvin suppeat. Suosiolahjaa koskeva säännös lisättiin lakiin lakivaliokunnan ehdotuksesta. Lakivaliokunnan mietintö 1950:18, s. 4 ja 16.

⁶ Tämä koskee etenkin näyttökysymyksiä. Klami onkin todennut, ettei näytön arviointeja koskevia ratkaisuja pidä helposti tulkita prejudikaatinomaisiksi. *Klami* 2000, s. 44.

⁷ Tämän kaltaista lähestymistapaa ovat käyttäneet mm. *Saxen* 1962, s. 12, *Taxell* 1972, s. 5, *Hemmo* 1998, s. 10–11 sekä *Norros* 2007, s. 21–22.

suosiolahja, rajaan asian käsittelyn juuri tällaisiin tilanteisiin. Tarkasteluni kohteena ovat siis tapaukset, joissa ennakkoperintöolettama on suljettu pois tai lahjansaaajana on joku muu kuin rintaperillinen itse.

Tämän kirjoituksen kysymyksenasetteluun vastatessa joudutaan ottamaan kantaa myös siihen, kuinka suuri painoarvo asetetaan rintaperillisten yhdenvertaisuuden toteutumiselle, kun vastassa on perittävän määräämisvallan kunnioittaminen. Lahjanantajan määräysvallan maksimoinnin näkökulmasta katsottuna hänen intressiensä mukaista on, ettei suosiolahjan tunnusmerkistö täyty helposti eikä myöskään suosimistarkoitusta katsota toteennäytetyksi vähällä näytöllä. Tällöin lahjanantajan autonomia määrätä omaisuudestaan myös hänen kuolemansa jälkeistä aikaa ajatellen säilyy mahdollisimman laajana. Toisaalta suosiolahjaproblematiikka aktualisoituu varsinaisesti vasta lahjanantajan kuoleman jälkeen. Tällöin ovat vastakkain paremminkin lahjansaaneen henkilön ja ilman lahjaa jääneiden rintaperillisten edut.⁸

Suosiolahjan tunnusmerkistön vaikea täyttyminen ja suosimistarkoitusta koskevan näyttökynnyksen asettaminen korkealle ovat ongelmallisia seikkoja ilman lahjaa jääneille rintaperillisille. Jos suosimistarkoitus on vaikea näyttää toteen, tilanne saattaa olla se, ettei kyseinen perillinen pysty osoittamaan toteen suosiolahjan tunnusmerkistön olemassaoloa edes silloin, kun sen olemassaolo on hyvin todennäköistä. Perittävän subjektiivisesta mielentilasta (suosimistarkoituksen olemassaolosta) on käytännössä lähes mahdotonta saada varmaa tietoa.

Lahjanantajan määräysvallan laaja suosiminen on ongelmallista myös PK 7 luvun normiston tarkoituspäriä ajatellen. Suosiolahjasääntelyn taustalla on näet ajatus siitä, että vanhempien tulee suhtautua tasapuolisesti lapsiinsa ja lapsille on annettava oikeudellista suojaa, jos vanhemmat ilmeisesti loukkaavat tätä periaatetta.⁹ Perintökaaren 7 luvun lakiosajärjestelmä on rakennettu niin, että siinä pyritään turvaamaan rintaperillisille tietty vähimmäisosuus perittävän omaisuudesta. Voikin sanoa, että rintaperillisen lakiosaoikeus on priorisoitu suhteessa lahjanantajan oikeuteen määrätä omasta omaisuudestaan *mortis causa* vaikutuksin.

⁸ Ongelmallista on myös se, että laskennallisen lisäyksen tekeminen kytketään perillisen oikeuden loukkaamiseen. Lahjoitusta tehtäessä tämä loukkaus ei ole vielä tapahtunut eikä ehkä koskaan edes tapahdu. Ks. Kangas 1993, s. 243.

⁹ Lakivaliokunnan mietintö 1950:18, s. 4. Myös korkein oikeus hyväksyi tämän lähtökohdan lakiosasäännösten tausta-ajatuksena. Näin KKO:n lausunto 1949, s. 16.

2 SUOSIOLAHJAN TUNNUSMERKISTÖ

2.1 Lahjanluontoisuus suosiolahjan tunnusmerkistön esikysymyksenä

Jotta oikeustoimessa voi ylipäättään olla kysymys suosiolahjasta, sen on oltava lahjanluontoinen. Lahjanluontoisuus on suosiolahjan tunnusmerkistön kannalta esikysymys; kuten myös ennakkoperinnön ja testamenttiin rinnastuvan lahjan osalta. Sitä määritettäessä omaisuuden arvioinnissa lähdetään käyvän arvon periaatteesta. Kun vastike alittaa riittävästi käyvän arvon, luovutuksessa on kysymys ainakin osittain lahjasta. Käytännössä raja on noin 2/3 luovutuksen kohteen käyvästä arvosta. Jos vastike jää tätä pienemmäksi, on olemassa riski siitä, että luovutus katsotaan lahjanluontoiseksi.¹⁰

Riittävä vastike voi joskus olla huomattavasti pienempikin ilman, että kyseessä välttämättä on suosiolahja. Asiaa ei voida ratkaista pelkästään prosenttiperusteisesti. Korkeimman oikeuden käytännön perusteella näyttäisi kuitenkin siltä, että vastikkeeton tai selvästi alihintainen luovutus voi viitata suosiolahjan olemassaoloon (KKO 1958 II 118, KKO 1964 II 22 ja KKO 1998:114).¹¹ Näissä tapauksissa oli kyse lahjoituksista, jotka olivat hyvin suuria suhteessa lahjoittajan varallisuuteen. Tällaisen lahjan antaessaan lahjoittaja useimmiten ymmärtää, että lakiosaan oikeutetut perilliset tulevat kärsimään vahinkoa luovutustoimen vuoksi.¹²

Maatilakauppojen osalta tilan luovutuksen lahjanluontoisuuden määrittely näyttäisi poikkeavan muiden omaisuserien arvioinnista, kun tarkastellaan PK 7:3.3:n tarkoittaman suosiolahjan tunnusmerkistön täyttymistä. Oikeuskäytännössä maatilakauppojen lahjanluontoisuuden määrittely on ollut maatilatalouden jatkajan kannalta myönteistä. Todennäköisyys sille, että luovutus katsotaan lahjanluontoiseksi, on merkittävä vasta, jos vastike on ollut alle 60 % luovutetun maatalo-omaisuuden käyvästä arvosta.¹³

¹⁰ Ks. *Saarenpää* 1980, s. 350–353, jossa kirjoittaja asettaa tämän rajan 60–70 prosenttiin omaisuuden arvosta. Kirjoittaja kuitenkin toteaa, että lähisukulaisten välisissä kaupoissa raja voi olla alempanakin. Vrt. lahjaverotus, jossa käyvän hinnan ja vastikkeen välinen ero katsotaan lahjaksi, jos vastike on enintään kolme neljännestä käyvästä hinnasta (PerVL 18.3 §).

¹¹ Ratkaisussa KKO 1998:114 todetaan oikeuskäytännön osalta nimenomaisesti, että yleensä vastikkeeton tai selvästi vajaavastikkeellinen luovutus osoittaa suosimistarkoitusta.

¹² Lahjanantaja voi joskus yrittää vaikuttaa lahjaa koskevilla määräyksillään siihen, onko lahja suosiolahja vai ei. Tällainen toiminta voi kuitenkin kääntyä tarkoitustaan vastaan. Määräys, jonka mukaan lahjaa ei ole pidettävä suosiolahjana, on pikemminkin indisio suosimistarkoituksen puolesta.

¹³ Ks. *Aarnio – Saarenpää – Santala* 1983, s. 36–37, jossa todetaan, että maatalon sukupolvenvaihdoskauppoja koskevat lakiosan täydennyskanteet menestyvät ainoastaan poikkeustapauksissa.

Ratkaisussa KKO 31.05.1982 no 4826/81 lakiosan täydennyskanne hylättiin, vaikka vastike oli vain 49 % tilan arvosta. Tapauksessa oli kysymys syytinkiehdoista tehdystä maatilalla sukupolvenvaihdoksesta.

Syytinkikauppojen osalta varovaiseen arvostukseen onkin aihetta. Tätä puoltaa ensinnäkin se, että syytingin antajan vastuu syytingin saajaa kohtaan on ns. ankaraa vastuuta. Ensin mainittu on siis jälkimmäistä kohtaan korvausvelvollinen tuottamuksestaan riippumatta, mikäli ei kykene täyttämään syytinkiä koskevaa kauppaehtoa. Jos luontoissuoritus on mahdoton, syytinginantaja on velvollinen korvamaan saamatta jääneen etuuden rahana. Lisäksi syytinki on riskiehto. Ostaja ottaa syytinkikaupassa riskin siitä, että joutuu pitkäaikaisina suorituksina maksamaan kauppahintaa yli tilan käyvän arvon.¹⁴ Nämä seikat huomioon ottaen on usein vaikea nähdä, että kyse olisi lahjanluontoisesta luovutuksesta. Ankaran vastuun ja riskin ottaminen tasapainottaa usein muutoin vajaavastikkeelliselta näyttävän kaupan ehtoja tavalla, joka ei puolla suosimistarkoituksen olemassaoloa.

2.2 Lahjanantajan tarkoitusperät ja lahjoitusolosuhteet

2.2.1 Yleistä

Lahjanantaja voi oikeustoimellaan tavoitella useita erilaisia tarkoitusperiä. Joskus hänen ainoana tarkoituksenaan on suosia yhtä rintaperillistä muiden perilliskumppaneiden kustannuksella. Tällöin tilanne on yleensä selvä ja kyseessä on PK 7:3.3:n tarkoittama suosiolahja. Usein hän kuitenkin pyrkii toteuttamaan lahjalla myös omaa etuaan. Tällöinkin on mahdollista, että lahjansaaja enemmän tai vähemmän tarkoituksellisesti saa lahjanantajalta paremmat taloudelliset edut kuin hänen kanssaperillensä. Käytännössä lahjanantajalla on usein yhtä aikaa monia motiiveja toiminnalleen. Hänen tarkoituksenaan saattaa olla sekä oman edun turvaaminen että lahjansaajan suosiminen. Näissä tapauksissa ratkaisevana on pidettävä sitä, mikä on lahjanantajan määräävin motiivi.

Siitä, että lahjansaaja pääsee lahjan vuoksi muuta rintaperillisiä parempaan asemaan, ei sinänsä seuraa, että kysymyksessä olisi suosiolahja.¹⁵ Ratkaisevassa asemassa ovat ne tarkoitusperät, joiden vuoksi perittävä antaa lahjan. Tärkeitä ovat myös lahjoitusta ympäröivät olosuhteet. Niistä voi selvittää muun muassa se, olisiko lahjanantaja voinut saavuttaa suo-

¹⁴ Aarnio – Saarenpää – Santala 1983, s. 22 ja s. 28. Toki riski toimii myös toiseen suuntaan. Myyjä saattaa kuolla pian kaupan jälkeen, jolloin ostaja saa odottamattoman taloudellisen edun.

¹⁵ Ks. Aarnio – Kangas 2009, s. 851, jossa todetaan, ettei siitä, että lahjansaaja ”tulee suosituksi” automaattisesti seuraa se, että lahjoitusta olisi pidettävä suosiolahjana.

siolahjasäännön kannalta sinänsä hyväksyttävät tavoitteensa myös niin, etteivät ilman lahjaa jääneet rintaperilliset olisi kärsineet vahinkoa tehdyn luovutuksen vuoksi. Suosimistarkoitus onkin kompleksinen tosiseikka. Sen tunnusmerkistön täyttymistä arvioitaessa joudutaan ottamaan huomioon useita eri näkökohtia.

2.2.2 Maatilakauppa ja lahjanantajan tarkoitusperät

Lahjanantajan tarkoitusperien ja lahjoitusolosuhteiden merkitystä valaisevat parhaiten korkeimman oikeuden käytännöstä löytyvät suosiolahjaratkaisut. Ne koskevat suurelta osin maatilakauppoja. Niistä onkin luontevaa lähteä pohtimaan laajemmin niitä tarkoitusperiä ja olosuhteita, jotka osoittavat suosiolahjan olemassaoloa. Korkeimman oikeuden ratkaisuista ilmenee myös seikkoja, jotka ovat puhuneet suosiolahjan olemassaoloa vastaan. Oikeuskirjallisuudessa onkin tähän liittyen puhuttu ”vastasyistä”.¹⁶ Vastasyissä on siis kyse seikoista, joiden perusteella voidaan päätellä, ettei luovutuksen *pääasiallisena* tarkoituksena ole ollut vastikkeen vähäisyydestä huolimatta suosia väitettyä lahjansaajaa. Perittävällä on ollut hänen saamansa vastikkeen alhaisuudesta huolimatta luovutukselleen olennaisesti jokin muu tarkoitus kuin perillisen suosiminen. Ratkaisuharkintaan vaikuttavat usein monet seikat. Hyvänä esimerkkinä tästä on ratkaisu KKO 1998:114. Tässä tapauksessa perittävän muu kuin suosimistarkoitus ei tosin riittänyt siihen, ettei käsillä olisi ollut PK 7:3.3:n tarkoittama suosiolahja.

Siinä 80-vuotias perittävä A oli noin kaksi vuotta ennen kuolemaansa lahjoittanut lähes kaiken omaisuutensa eli 575 000 markan arvoisen tilan pojanpojalleen B:lle ja tämän aviopuolisolle C:lle 75 000 markan arvoiseksi arvioitua eläkettä vastaan. Tilan arvon ja eläkkeen arvon välinen erotus katsottiin Korkeimman oikeuden tuomiosta ilmenevillä perusteilla sellaiseksi lahjaksi, jolla oli ilmeisesti tarkoitettu suosia B:tä ja C:tä lakiosaan oikeutettujen perillisten vahingoksi.

¹⁶ Rautialan mukaan PK 7:3.3:ssa mainitut vastasyyt koskevat myös suosiolahjaa. Näin *Rautiala* 1957, s. 73–74 ja sama 1967, s. 129. Sen sijaan Saarenpään mukaan vastasyyt koskevat ainoastaan testamenttiin rinnastuvaa lahjaa. Testamenttiin rinnastuvan lahjan osalta arviointi etenee Saarenpään mukaan eri tavalla kuin suosiolahjan kohdalla. Ensin mainitun osalta lahja voidaan ensin todeta testamenttiin rinnastuvaksi lahjaksi ja sen jälkeen katsoa, ettei sitä ole erityisten vastasyiden vuoksi lisättävä lakiosalaskelmaan. Sen sijaan suosiolahjan osalta vastasyyt kuuluvat suosiolahjakäsitteen sisään. Saarenpään kanta on perustellumpi. Kuten hän itse toteaa, olisi ajatuksellista tyhjäkäyntiä todeta lahja ensin suosiolahjaksi ja sen jälkeen vedota vastasyihin. *Saarenpää* 1980, s. 333–334. Eri asia on, että testamenttiin rinnastuvan lahjan vastasyyt ovat käytännössä usein samoja seikkoja, jotka estävät luovutuksen katsomisen suosiolahjaksi.

Perittävän lapsenlapselleen sekä tämän puolisolle luovuttaman omaisuuden arvo oli 575 000 markkaa.¹⁷ Hänen saamansa syytingin todellinen arvo oli luovutushetkellä korkeimman oikeuden arvion mukaan 75 000 markkaa. Lahjansaajat olivat näin saaneet luovutetun omaisuuden arvon ja vastikkeen välisen erotuksen suuruisen lahjan (500 000 markkaa).¹⁸ Kun perittävä tekee näin suuren lahjoituksen, olosuhteiden perusteella voi päätellä, ettei hän ole tarkoittanut antaa lahjansaajalle perinnönjaossa tasaukseen oikeutettavaa ennakoperintöä. Oikeuskäytännössä lahjan huomattava suuruus on nähty voimakkaasti suosimistarkoitukseen viittaavana tosiseikkana. Suosimistarkoitusta osoitti tässä tapauksessa myös se, ettei lahjansaajien tarkoituksena ollut jatkaa tilanpitoa. Korkeimman oikeuden mukaan nämä seikat loivat olettaman siitä, että perittävä oli ilmeisesti halunnut suosia lahjansaajia lakiosaperillisten vahingoksi. Suosimistarkoitusta lakiosaperillisten vahingoksi osoitti myös se, että perittävä oli testamentannut muun omaisuutensa lahjansaajan veljelle. Lahjanantajan ilmeisenä tarkoituksena oli näin suosia yhtä sukuhaaraa toisten kustannuksella.

Toisaalta perittävä oli tilan luovutuksella pyrkinyt turvaamaan tilan asuttuna pysymisen sekä oman huolenpitonsa ja asumisensa tilalla. Nämä seikat eivät puhu suosimistarkoituksen puolesta.¹⁹ Kokonaisarviointinaan korkein oikeus kuitenkin katsoi, etteivät nämä vastasyyt riittäneet kumoamaan suosimisolettamaa.²⁰ Tämä oli seurausta etenkin siitä, että syytingin arvo oli niin vähäinen.

Mielenkiintoista korkeimman oikeuden perusteluissa oli, että se kiinnitti huomiota lahjansaajan tarkoitukseen olla jatkamatta tilanpitoa. Sanotulla seikalla voi toki olla merkitystä, jos lahjanantaja on tietoinen tästä tarkoi-

¹⁷ Suosiolahjan tarkoittamaan henkilöpiiriin kuuluvat myös perittävän jälkeläisen jälkeläiset ja näiden puoliset.

¹⁸ Korkeimman oikeuden enemmistö katsoi tilan käyvän arvon ja maksetun vastikkeen erotuksen kokonaisuudessaan lahjaksi. Eri mieltä olevat jäsenet olisivat katsoneet sanotun erotuksen vain osittain lahjaksi, koska lahjoituksen taustalla oli perittävän oma asumisen ja huolenpidon tarve. Vastaavat seikat ovatkin johtaneet joskus siihen, ettei lahjan koko arvoa ole katsottu suosiolahjaksi (Itä-Suomen HO 30.5.2000 S 99/89). Myös oikeuskirjallisuudessa on esitetty, että suosiolahjaksi voidaan katsoa käyvän arvon ja vastikkeen välinen ero myös osittain. Ratkaisussa KKO 1998:114 ei ainakaan selväsanaisesti suljettu pois mahdollisuutta, että toisenlaisissa olosuhteissa vain osa lahjasta voitaisiin määrätä suosiolahjaksi. Näin *Aarnio – Kangas* 2009, s. 859. Ainoastaan suosimisen tarkoitusta osoittava osa lahjoituksesta on syytä katsoa suosiolahjaksi.

¹⁹ ”Vastasyiden” osalta olisi ehkä oikeampaa puhua vastatosisaikasta. Esimerkiksi perittävän työn jatkaminen on vastatosisaikka, joka kanneperustefaktojen todenperäisyydestä (kyseessä merkittävä lahja) huolimatta aiheuttaa sen, ettei suosimistarkoitusta katsota toteennäytetyksi. Ks. vastatosisaikoista tarkemmin *Lappalainen*, LM 1986, s. 762.

²⁰ Korkein oikeus käytti ratkaisussaan nimenomaan termiä ”suosimisolettama”. Lopputulokseen se kuitenkin päätyi kokonaisarviona. Suosimisolettaman käyttöön saattaa liittyä eräänlaista ajatuksellista tyhjäkäyntiä. Ks. alla jakso 4.1 ”Suosiolahjaolettama” ja sen merkitys. Siinä kritisoidaan tämän olettaman merkitystä ja käyttöä.

tuksesta.²¹ Suosimistarkoitusta tarkastellaan luonnollisesti lahjanantajan näkökulmasta. Hänen tilanpidon jatkamista koskeva tarkoituksensa jäi tapauksessa epäselväksi. Olosuhteista on mahdollista päätellä, että hänellä olisi ollut ainakin toivomuksena se, että lahjansaajat jatkaisivat maatilatalouden harjoittamista, mikäli se osoittautuisi mahdolliseksi. Lahjansaajat olivat jo aiemmin harjoittaneet maatilataloutta. B oli harjoittanut maatilataloutta juuri lahjaksi saadulla tilalla ja hänen puolisonsa muualla.

Tässä tapauksessa lahjanantajan mahdollinen tavoite saada itselleen tilanpidonjatkaja ei kuitenkaan olisi muuttanut sitä ilmeistä tosiseikkaa, että hänen pääasiallisena tarkoituksenaan oli suosia lahjansaajaa lakiosaperillisten kustannuksella. Tätä osoittaa paitsi lahjan arvon ja vastikkeen välinen erotus, myös perittävän tekemä testamentti. Tällä jälkisäädöksellä hän määräsi muun kuin lahjaksi antamansa omaisuuden menemään lahjansaajan veljelle. Vaikka lahjoitus olisikin tehty maatilatalouden jatkamistarkoituksessa, yhden sukuhaaran suosiminen myös testamentin avulla viittaa pääasialliseen suosimistarkoitukseen. Maatilan sukupolvenvaihdos ei ollut lahjanantajan pääasiallinen tarkoitus. Tätä osoittaa se, että hän testamentin tekemällä jätti käyttämättä mahdollisuutensa toimia tasapuolisemmin lakiosaan oikeutettuja perillisiä kohtaan.

Oikeuskäytännössä suosimistarkoituksen puuttuminen on usein päätelty juuri siitä, että oikeustoimen on ollut tarkoitus hyödyttää nimenomaan lahjanantajaa. Lahjansaaja onkin usein pyrkinyt kumoamaan suosiolahjaväitteen tällä perusteella. Lahjanantajalla voi kuitenkin olla useita tarkoituksia. Hän voi haluta suosia yhtä lastaan toisten kustannuksella. Samalla hänellä voi olla myös vilpiton tarkoitus saada työlleen jatkaja. Usein viimeksi mainittu on lahjanantajan pääasiallinen tarkoitus. Ajatus tilanpidon jatkumisesta on tällöin niin hallitseva, ettei PK 7:3.3:n suosiolahjasäännös sovellu tilanteeseen. Käytännössä vedotaankin usein siihen, että lahjanluontoisesta luovutuksesta huolimatta lahjanantajan päätarkoitus on ollut joku muu kuin yhden perillisen suosiminen. Monesti tämä väite on ollut tehokas. Asia käy ilmi alihintaisista syytinkiehdoin tehdyistä maatilakaupoista. Esimerkkinä voi mainita ratkaisun KKO 1982 II 74.

Siinä perittävä P myi yhdessä puolisonsa kanssa pojalleen A:lle tilansa irtaimistoiheen. Tilan arvo oli hovioikeuden arvion mukaan kauppaan sisältyvä maatalousirtaimisto mukaan lukien 130.000 markkaa. Vastineeksi ostaja sitoutui suorittamaan myyjille elinikäisen syytingin, mikä arvioitiin 27.800 markan arvoiseksi. Lisäksi ostaja maksoi myyjille 18.000 markkaa ja otti vastattavakseen tiloihin kiinnitetyt noin 17.500

²¹ Lahjanantajan tietoisuuteen lahjansaajan tarkoituksesta olla jatkamatta tilanpitoa viittasi se, ettei tila välttämättä ollut kovin elinkelpoinen.

markan lainat. Vastikkeiden koko arvo oli hovioikeuden arvion mukaan noin 63.000 markkaa. Perittävän kuollessa hänen ja lesken L omaisuuden arvo oli velkojen vähentämisen jälkeen noin 7.000 markkaa. A:n veljet B ja C vaativat kanteella lakiosan täydennystä. Korkein oikeus hylkäsi kanteen. Kaupalla myyjä oli tarkoittanut saada tilalle työnsä jatkajan sekä turvata omat ja vaimonsa vanhuudenpäivät. Perittävän ei katsottu, luovutetun omaisuuden arvon ja siitä suoritettavan vastikkeen välisestä epäsuhteesta huolimatta, tarkoittaneen suosia poikaansa A:ta lakiosaan oikeutettujen perillistensä B:n ja C:n vahingoksi.

Tässä ratkaisussa oli kyse tyypillisestä kiinteistön syytinkikaupasta, jossa olennaisena tarkoituksena oli paitsi pitää tila suvun piirissä, myös turvata tilanpidosta luopuvan pariskunnan vanhuudenpäivät. Suosimistarkoituksen puuttumiseen viittasi nyt lisäksi se, että tilanpidonjatkaja joutui kauppakirjan ehtojen mukaisesti maksamaan ns. sisarosuuksia veljilleen. Perittävä siis pyrki ottamaan huomioon myös lahjansaaajan kanssaperillisten oikeudet.²² Hänen pääasiallinen tarkoituksensa ei ollut suosia lahjansaajaa.

Syytinkikaupoissa perittävän tarkoitus on yleensä turvata oma asuminen ja toimeentulo myytävällä maatilalla sekä siirtää se seuraavalle sukupolvelle. Ratkaisuissa KKO 1982 II 74 ja KKO no 1437/06.06.1967/no 81 RD 1966 käsillä olivat juuri nämä seikat. Vastike oli molemmissa korkeimman oikeuden arvion mukaan alle puolet luovutetun omaisuuden käyvästä arvosta. Kumpaankaan kauppaan ei katsottu sisältyvän suosimistarkoitusta. Maatilan lahjanluontoisissa kaupoissa kyse on myös perittävän elämäntyön jatkumisesta. Lisäksi kyse on asumisen jatkuvuudesta siinä mielessä, että tila pysyy perittävän suvun asuttamana myös hänen kuolemansa jälkeen.

Syytinkiehto on yleensä merkittävä osoitus lahjanantajan tarkoituksista. Kun perittävä pyrkii lahjan sisältävällä oikeustoimella turvaamaan oman elämänsä, hän on käyttänyt omaisuuttaan itsensä hyväksi. Lohi onkin esittänyt, että lahjanantajan omien elinolojen turvaaminen on yleensäkin peruste olla liittämättä lahjaan laskennallisia vaikutuksia.²³ Sama peruste käy luonnollisesti vastasyynä myös lahjan palauttamista koskeville vaatimuksille kuten lakiosan täydennyskanteelle. Tämä sopimusehto puhuu

²² Vrt. edellä tapaus KKO 1998:114, jossa perittävä testamenttasi lahjoituksen jälkeen itselleen jääneen omaisuuden muille kuin ilman lahjaa jääneille lakiosaperillisilleen. Nyt käsiteltävänä olevassa tapauksessa KKO 1982 II 74 perittävältä jäi velkojen maksamisen jälkeen ilman lahjaa jääneiden rintaperillisten jaettavaksi 7.000 euroa. Myös lahjaksi saadun maatilan vastikkeen ja käyvän arvon välinen suhteellinen erotus oli vuoden 1982 tapauksessa pienempi.

²³ Ks. *Lohi* 2006, s. 80, erityisesti av. 27. Tässä kirjoittaja tosin käsittelee PK 3 luvun tarkoittamaa vastikevaatimusta, jonka ensin kuolleen puolison toissijaiset perilliset esittävät lesken perillisille viimeksi mainitun kuoltua. Lohi kuitenkin näkee sanotulla näkökohdalla olevan yleisempääkin kantavuutta jäämistöoikeudessa.

vahvasti suosiolahjan tunnusmerkistön olemassaoloa vastaan. Perustuuhan oikeudellinen ajattelummekin paljolti siihen, että ihminen tavoittelee markkinoilla omaa etuaan.²⁴ Syytinkiehto osoittaa varsin luotettavasti pääasiallisen suosimistarkoituksen puuttumista. Edellytyksenä tällöin kuitenkin on, että syytingin arvo on riittävän suuri suhteessa luovutettuun etuuteen.²⁵ Jos vastike jää syytinkiehdosta huolimatta kovin vähäiseksi, luovutuksen pääasiallisena tarkoituksena saattaa olla lahjansaajan suosiminen.

Myös perittävän työn jatkumiselle on selvästi annettu merkitystä. Tällä perusteella ratkaisussa KKO 1982 II 74 katsottiin, ettei perittävällä ollut suosimistarkoitusta. Tapauksessa KKO 1998:114 taas suosimistarkoituksen olemassaoloa perusteltiin sillä, ettei kyse ollut perittävän työn jatkamisesta. Jälkimmäisessä ratkaisussa kyse oli myös asumisen jatkuvuudesta eli siitä, että tila pysyy saman suvun hallussa ja asuttuna. Tämä tosiseikka ei tavallisesti ole kovin painava pääasiallisen suosimistarkoituksen puuttumista vastaan.²⁶ Työn jatkuvuus on oikeuskäytännössä asetettu selvästi eri asemaan.

Edellä on käsitelty ainoastaan maatilojen sukupolvenvaihdoksen toteuttaneita syytinkikauppoja.²⁷ Niihin liittyy usein omanlaisensa tunnusmerkistö, jonka perusteella arvioidaan suosiolahjan käsillä oloa. Toki kaikenlainen muukin omaisuus voi olla sukupolvenvaihdoksen kohteena.

2.2.3 Yrityskauppa ja lahjanantajan tarkoitusperät

Oikeuskirjallisuudessa on sovellettu aiemmin kuvattua maatilakauppoja koskevaa ajattelutapaa myös alihintaisiin yrityskauppoihin. Niihinkin liittyy usein sukupolvenvaihdostarkoitus ja myös niissä on kysymys perittävän työn

²⁴ Ks. esim. *Häyhä* 1996, s. 161–162, teoksessa näkökulmia oikeustaloustieteeseen. Tosin nimenomaan suvun piirissä toimittaessa tavoitteena voi joskus olla läheisen ihmisen suosiminen omalla kustannuksella. Ks. *Kolehmainen* 2006, s. 432–433.

²⁵ Ks. *Aarnio – Kangas* 2009, s. 854–855, jossa todetaan siinä mm. viitattujen hovioikeusratkaisujen perusteella, että suosiolahjaolettama kumoutuu varsin herkästi, jos luovutus on tehty lahjoittajan vanhuudenpäivien turvaamiseksi.

²⁶ Jos asumisen jatkuvuutta pidettäisiin yleisesti suosimistarkoitusta vastaan puhuvana seikkana, tämä käytännössä heikentäisi rintaperillisten lakiosasuojaa merkittävästi. Asunto-omaisuutta kuuluu hyvin yleisesti kotitalouksien varallisuuteen. Tällöin iso osa perintövarallisuudesta siirtyisi tavallaan lakiosasuojan ulkopuolelle. Näin laaja lahjanantajan määräysvallan salliminen huonontaisi rintaperillisten asemaa liian paljon. Suosiolahjasääntelyn taustalla on selkeästi ajatus siitä, että vanhempien tulee suhtautua tasapuolisesti lapsiinsa ja lapsille on annettava oikeudellista suojaa, jos vanhemmat ilmeisesti loukkaavat tätä periaatetta. Toki asumisen jatkuvuusargumentilla voi joskus olla merkitystä. Asiaan vaikuttaa mm. se, minkälaisesta asunnosta on kysymys ja kuinka kauan sama suku on sanotussa asunnossa asunut. Vuosisatoja saman suvun hallussa olleeseen kartanoon on suosiolahjan tunnusmerkistön täyttymistä arvioitaessa syytä suhtautua eri tavalla kuin asuntoa usein vaihtaneen perittävän viimeiseen asunto-osakkeeseen. Näistä seikoista voidaan päätellä lahjanantajan tarkoituksia.

²⁷ Ks. *Salonen*, DL 2000 s. 56–57, jonka aineiston mukaan noin 70 % suosiolahjariidoista liittyy maatilojen sukupolvenvaihdoksiin 1990-luvulla

jatkamisesta. Juuri sukupolvenvaihdoksen on esitetty voivan olla seikka, joka estää pitämästä yrityksen lahjoitusta suosiolahjana. Tällöin lahjoittaja on pyrkinyt pikemminkin yritystoiminnan jatkuvuuden turvaamiseen kuin lahjansaaajan suosimiseen.²⁸ Näin varmasti joskus onkin.

On kuitenkin kyseenalaista, miten tämä ajattelutapa sopii useimpiin yritysten sukupolvenvaihdostilanteisiin. Kun perittävä lahjoittaa perilliselleen omistamansa yhtiön osakkeita, osuuksia tai yritysomaisuutta, tilanne on monessa suhteessa erilainen kuin edellä kuvatuissa maatilakauppoja koskevissa ratkaisuisissa. Esimerkiksi osakeyhtiö (sen osakkeet) poikkeaa lahjan kohteena monessa tärkeässä mielessä tyypillisestä maatilayrityksestä. Viimeksi mainitun täytyy elinkelpoisena pysyä säilyä riittävän suurena kokonaisuutena. Maatilan jakaminen vaarantaa useimmiten sen elinkelpoisuuden. Liikeryityksen osalta koko ei yhtä usein ole ratkaiseva tekijä kuin maatilan kohdalla.

Lisäksi yrityksen sukupolvenvaihdos on mahdollista toteuttaa joustavasti useilla eri keinoilla. Etenkin osakeyhtiömuoto tarjoaa paljon erilaisia järjestelymahdollisuuksia.²⁹ Erilaisten yritysjärjestelyjen lisäksi tämä voitaisiin toteuttaa siirtämällä yhtiötä koskeva päätösvalta yritystoiminnan jatkajalle määräämällä osakkeille erilainen äänivalta. Konkretisoin asiaa esimerkillä. Havainnollisuuden vuoksi muokkaan maatilakauppaa koskevan ratkaisun KKO 1982 II 74 tosiseikastoa ja sovellan siinä mainittuja summia koskemaan yrityskauppaa. Kyseisessä korkeimman oikeuden ratkaisussa ei siis katsottu olevan kyse suosiolahjasta.

Perittävä P myi 130.000 euron arvoisen X Oy:n pojalleen A:lle 63.000 euron kauppahintaa vastaan. P:n kuollessa hänen ja lesken (L) omaisuuden arvo oli velkojen vähentämisen jälkeen 8.000 euroa. P:lla oli A:n lisäksi kaksi muuta lasta B ja C. Lahjansaaajan tarkoituksena oli lahjan saadessaan jatkaa yritystoimintaa. Yrityksen käyvän arvon oletetaan lahjoitushetkellä olevan tasearvojen mukainen. X Oy:n taseessa on seuraava omaisuus:

- liikehuoneisto arvoltaan 50.000 euroa
- koneet, kalusto ja vaihto-omaisuus arvoltaan 30.000 euroa
- rahavarat ja osakkeet arvoltaan 25.000 euroa.
- muu liiketoimintaan kuulumaton varallisuus purjevene yms. 25.000 euroa.³⁰

²⁸ *Aarnio – Kangas* 2009, s. 851–859. Kirjoittajien mukaan kysymyksessä voi kuitenkin olla suosiolahja, jos kauppa on tehty huomattavaan alihintaan ja vain vähän ennen perittävän kuolemaa.

²⁹ Osakeyhtiömuodon hyväksikäyttäminen on yhtiömuodon muutoksen avulla mahdollista myös avoimelle ja kommandiittiyhtiölle.

³⁰ Ratkaisun KKO 1982 II 74 markka-arvot ovat siis esimerkissä vaihtuneet euroihin. Lisäksi esimerkkitapauksesta on jätetty pois tiloja rasittava velkasumma 17.500 markkaa,

Lakiosajäämistö koostuu nyt P:n antamasta lahjasta arvoltaan 67.000 euroa (eli luovutetun omaisuuden käypä arvo 130.000 euroa – kauppahinta 63.000 euroa) sekä reaali-jäämistöstä 8.000 euroa. Lakiosajäämistö on näin 75.000 euroa. Tästä B:n ja C:n lakiosat ovat molemmilla 12.500 euroa. B:n ja C:n lakiosat olisi voitu turvata esimerkkitapauksessamme monella tavalla. Se olisi voinut tapahtua X Oy:n jakautumisella liiketoimintaa harjoittavaan ”vanhaan” X Oy:n sekä liikehuoneiston hallintaan keskittyneeseen Y Oy:n. Viimeksi mainitun P olisi voinut jakautumisen jälkeen lahjoittaa B:lle ja C:lle.³¹ Tällöin he olisivat saaneet paitsi laki-, myös perintöosansa.

P olisi voinut turvata lakiosaperillistensä lakiosat myös lahjoittamalla heille joko rahavarat ja osakkeet tai muun varallisuuden. Lahjoituksen P olisi voinut tehdä sen jälkeen, kun hän olisi irrottanut sanotun varallisuuden X Oy:stä esimerkiksi keventämällä yhtiön tasetta. Tämä olisi voinut tapahtua niin, että yksin X Oy:n omistava P nostaisi osinkoina yhtiölle tarpeettomat varat.³² Toisaalta P olisi voinut pitää itsellään niin paljon omaisuutta, että muut rintaperilliset olisivat saaneet lakiosansa hänen jälkeensä. Tämä puolestaan olisi esimerkkitapauksessa voitu toteuttaa useammallakin tavalla. Yksi vaihtoehto olisi ollut, että P olisi myynyt A:lle vain osake-enemmistön X Oy:stä tai A:n maksama kauppahinta olisi määrätty suuremmaksi.

Mahdollista olisi myös jakaa X Oy:n osakkeet kahteen sarjaan: äänivaltaosakkeisiin ja osakkeisiin, joilla olisi etuoikeus osinkoon voitonjaossa. Viimeksi mainituilta voisi puuttua äänivalta kokonaan (OYL 3:3.2). Äänivaltaosakkeet voitaisiin ohjata A:lle ja äänivallattomat osakkeet muille perillisille.

Maatilan luovutuksia koskevassa oikeuskäytännössä syntyneiden normien soveltaminen muuhun yritystoimintaan on suosiolahjasäännösten näkökulmasta arveluttavaa. Syytinkikaupoissa keskeisellä sijalla ovat perittävän perustarpeet ja niiden tyydyttäminen. Omien tarpeiden tyydyttäminen on eittämättä vahva argumentti sen puolesta, että perittävän pääasiallinen tarkoitus ei ole ollut suosia lahjansaajaa. Yrityskaupoissa perittävä voi

jonka ostaja otti vastatakseen. Myös reaali-jäämistö on kasvanut reilusta 7.000 markasta 8.000 euroksi. Viimeksi mainittu muutos on tehty laskuesimerkin yksinkertaistamiseksi. Samasta syystä esimerkiksi on jätetty pois kuolintapauksesta todellisuudessa aiheutuvat kustannukset, jotka luonnollisesti pienentäisivät hieman rintaperillisten lakiosia.

³¹ A olisi voinut ennen lahjoituksen tekemistä turvata osakehuoneiston pysymisen X Oy:n käytössä pitkäaikaisella vuokrasopimuksella.

³² Jos P olisi yhtiössä vain enemmistöomistaja, hänen pitäisi ottaa toiminnassaan huomioon myös vähemmistöomistajien oikeudet. Tämä luonnollisesti rajoittaisi hänen mahdollisuuksiaan erilaisiin järjestelyihin. Lisäksi on otettava huomioon, että omaisuuden ”ottaminen” X Oy:stä johtaisi veroseuraamuksiin. Esimerkiksi taseen keventäminen osinkoja nostamalla aiheuttaa verovelvollisuuden. Tämä luonnollisesti voi hankaloittaa haluttuun päämäärään pääsemistä. Yksinkertaisuuden vuoksi esimerkki on tehty kiinnittämättä huomiota veroseuraamuksiin. Toki veroseuraamuksien ennakointi, sekä mahdollinen minimointi, kuuluu tärkeänä tekijänä huolellisesti hoidettuun yrityksen sukupolvenvaihdokseen.

kuitenkin turvata perustarpeensa vaikkapa siirtämällä itselleen yrityksensä omistamaa tuottavaa omaisuutta. Edellisessä esimerkissä tämä olisi voinut tapahtua vaikkapa liikehuoneiston avulla. Tämän P olisi voinut vuokrata X Oy:lle ja näin saada itselleen vuokratuloja eläkepäiviensä toimeentulon varmistamiseksi. Lisäksi P olisi voinut siirtää äänivaltaosakkeet ja yrityksen päätöksentekovallan A:lle ja pidättää itselleen äänivallattomia osinko-osakkeita. Myös tällöin järjestely olisi turvannut P:n etua. Mikäli P:n saama vastike olisi ollut riittävä ja järjestelyn päätarkoitus olisi ollut muu kuin A:n suosiminen, kyse ei olisi PK 7:3.3:n tarkoittamasta suosiolahjasta.

Yritysten luovutuksissa sosiaaliset näkökohdat eivät yleensä ole esillä ainakaan samassa määrin kuin syytinkikaupoissa. Syytinkikauppoja koskevissa korkeimman oikeuden ratkaisuissa omaksuttuja kantoja ei täten voida suoraviivaisesti yleistää koskemaan muunlaisia elinkeinotoiminnan luovutusta koskevia tilanteita.

2.2.4 Muut tilanteet

Lahjanantajan pääasiallista tarkoitusta arvioitaessa voidaan ottaa huomioon muitakin kuin edellä mainittuja seikkoja. Vastikkeen määrän lisäksi on otettava huomioon myös luovutusta ympäröivät olosuhteet sekä siihen liittyvät oikeustoimet ja muut tapahtumat. Lahjaoikeustoimea ei pidä eristää tapahtumaketjustaan irralliseksi oikeustoimeksi. Se liittyy osana siihen tapahtumaketjuun, joka kokonaisuutena arvioiden ehkä indikoi suosimistarkoituksen olemassaoloa.³³ Tilanne voi olla esimerkiksi seuraava:

Perittävä P:n rintaperillinen A ostaa P:ltä 400.000 eron arvoisen asunnon 300.000 eurolla. Sen jälkeen P hankkii vastikkeena saamallaan 300.000 eurolla juuri tämän arvoisen kesämökin. Muutaman vuoden kuluttua hän myy arvoltaan samana pysyneen kesämökin A:lle 225.000 euron kauppahinnalla (taas 75 % vastikkeella). P:llä ei ole ollut muuta varallisuutta kuin mainitut asunto ja kesämökki. Sanotuilla vajaavastikkeellisilla toimilla A on saanut lähes puolet (noin 56 %) P:n arvomääräisestä varallisuudesta. Kaupat muodostavat nyt eräänlaisen sarjatoimen ja niitä ei välttämättä pidä tarkastella toisistaan erillisinä tapahtumina.

Jopa toisessa oikeussuhteessa tapahtuneet luovutukset voivat olla osoituksena suosimistarkoituksesta tai sen puuttumisesta. Korkeimman oikeuden ratkaisussa KKO 1983 II 12 oli kyse jälkimmäisestä tilanteesta. Siinä toisessa oikeussuhteessa tapahtunut luovutus oli osoituksena suosimistarkoituksen puuttumisesta. Tässä tapauksessa perittävä P oli aikoinaan

³³ Näin *Aarnio – Kangas* 2009, s. 850.

tehnyt veljensä X:n kanssa sopimuksen, jonka mukaan P lahjoittaa varoja tyttärelleen A:lle sekä tämän miehelle ja X taas lahjoittaa varoja P:n tyttärelle B:lle sekä tämän miehelle. Sittemmin näin myös tehtiin. Perittävä oli siis toisen henkilön (veljensä) kautta järjestänyt sen, että hänen omat perillisensä pääsevät suurin piirtein samanlaiseen taloudelliseen asemaan. Ratkaisussa otettiin huomioon myös toisessa oikeussuhteessa tehdyt toimet, kun arvioitiin perittävän ja perillisen välisessä suhteessa tapahtunutta luovutusta. Toisessa oikeussuhteessa tehty luovutus oli syy, joka esti luovutuksen käsittelemisen suosiolahjana. Sama seikka oli myös vastasyynä sille, ettei lahjaa tullut lakiosaa määrättäessä lisätä pesän varoihin, vaikka kysymyksessä oli testamenttiin rinnastuva lahja. Tapauksessa arvioitiin siis eri oikeussuhteita lakiosasäännösten kannalta yhtenä kokonaisuutena.

Sukupolvenvaihdostarkoitus liittyy yleensä vain lahjanantajan omistaman yrityksen tai maatilan siirtämiseen, jolloin kysymys on perittävän *työn* jatkamisesta. Poikkeuksellisesti PK 7:3.3:n kannalta ”hyväksyttävä” sukupolvenvaihdostarkoitus voinee koskea myös esimerkiksi hyvin pitkään saman suvun hallussa ollutta kiinteistöä, jolloin asumisen ja omistamisen jatkuvuus voivat saada merkitystä lahjanantajan tarkoituseriä arvioitaessa. Vuosisatoja samalle suvulle kuuluneen arvokkaan kartanon pysyminen suvussa saattaa olla lahjanantajalle hyvinkin tärkeä asia. Tällöinkin on toki merkityksellistä se, onko lahjanantaja mahdolluuksiensa mukaan pyrkinyt saattamaan lakiosaperillisensä keskenään tasa-arvoiseen asemaan. Esimerkiksi iso maatilaan kuuluva metsäomaisuus antaa usein perittävälle liikkumatilaa saattaa rintaperillisensä arvomääräisesti samankaltaiseen asemaan. Tärkeä seikka näissäkin luovutuksissa on tietysti maksetun vastikkeen ja lahjan käyvän arvon välinen suhde.

Selvää on, ettei omistuksen jatkuvuus ole relevantti argumentti suosimistarkoituksen puuttumista vastaan esimerkiksi raha- tai arvopaperilahjoituksissa. Näiden omaisuuslajien osalta kysymys ei voi olla sukupolvenvaihdoksesta, joka olisi suosimistarkoitusta vastaan puhuva seikka. Jos perittävä lahjoittaa yhdelle perillisistään tällaista omaisuutta muiden lakiosaperillisten vahingoksi, on selvää, että perittävän pääasiallisena tarkoituksena on ollut suosia lahjansaajaa.³⁴ Persoonattoman omaisuuden ”sukupolvenvaihdostarkoitus” pitää siis sisällään pääasiallisen suosimistarkoituksen.

³⁴ Pörssiosakkeet ja raha voidaan helposti lahjoittaa pienissäkin erissä ilman, että se heikentää jollakin tavalla lahjoituksen arvoa Poikkeuksena tästä ovat suuret osake-erät, jotka tuottavat omistajalleen valtaa osakeyhtiössä. Osakeyhtiölaissa on useita määräyksiä, joissa annetaan määrätyn omistussuuden omistajille tiettyjä lisäoikeuksia (esim. OYL 5:4, OYL 5:26–28, OYL 5:30 ja OYL 7:7).

2.3 Johtopäätökset suosiolahjan tunnusmerkistön osalta

Suosiolahjan tunnusmerkistön olemassaoloa arvioitaessa täytyy ottaa huomioon, että perittävällä voi olla toimilleen useita oikeudellisesti merkittäviä motiiveja. Yksi näistä on lahjansaajan suosiminen. Tämä on PK 7:3.3:n sanamuodon perusteella eittämättä tärkeä seikka. Se on kuitenkin usein saanut kohtuuttoman vahvan aseman suosiolahjan tunnusmerkistön osatekijänä. Itse asiassa keskittyminen pelkästään lahjanantajan mahdolliseen suosimistarkoitukseen yksinkertaistaa usein liikaa tilannetta ja saattaa johtaa suosiolahjan tunnusmerkistön olemassaolon arviointia harhaan.

Myös useat muut lahjanantajan tarkoitusperät ovat merkityksellisiä. Korkeimman oikeuden käytännön perusteella tällainen seikka on muun muassa perittävän tarkoitus turvata oma toimeentulo tai joku muu hänen omaan etuunsa liittyvä tekijä. Yksi oikeuskäytännössä selvästi esiinnousut tekijä on sukupolvenvaihdostarkoitus. Esimerkiksi näitä lahjanantajan tarkoitusperiä on arvioitava kokonaisuutena. Kysymys onkin siitä, minkä painoarvon suosiminen on perittävän tarkoitusperissä saanut. Jos näitä tarkoitusperiä ei olisi voinut saavuttaa muuten kuin suosimalla yhtä perillistä, kyse ei yleensä ole PK 7:3.3:n tarkoittamasta suosiolahjasta. Lahjansaajan suosiminen ei ole nyt ollut perittävän pääasiallisena tarkoituksena.

Arvioinnissa on otettava huomioon myös se, olisiko lahjanantaja voinut saavuttaa pääasiallisen tarkoituksensa ilman lahjansaajan merkittävää suosimista. Tässä katse kiinnittyy lahjanantajan erilaisiin mahdollisuuksiin tavoittaa sellainen suosiolahjasäännösten näkökulmasta hyväksyttävä päämäärä, jossa kyse ei ole lahjansaajan suosimisesta. Jos lahjanantaja jättää käyttämättä lain tarjoamat mahdollisuudet saattaa rintaperillisensä kohtuullisen tasa-arvoiseen asemaan ilman, että lahjan pääasiallinen tavoite vaarantuu, hänellä on PK 7:3.3:n tarkoittama tarkoitus suosia lahjansaajaa muiden perillisten kustannuksella.³⁵ Tällöin liian vähän saaneilla rintaperillisillä on oikeus saada lakiosansa.

Tätä kantaa voidaan perustella PK 7 luvun taustalla olevalla ajatuksella siitä, että vanhempien tulee suhtautua tasapuolisesti lapsiinsa. Perintökaaren 7 luvun esitöissä mainittiin, että lapsille on annettava oikeudellista suojaa, jos vanhemmat rikkovat tätä tasapuolisuuden periaatetta.³⁶ Ilmeistä on, että rintaperillisten lakiosaoikeudesta haluttiin tehokas oikeus. Tähän viittaa se, ettei lakiosasäännöstöön otettu mitään suosiolahjaa koskevia aikarajoja siitä, miten pitkältä ajalta ennen perittävän kuolemaa tapahtuneita luovutuksia

³⁵ Toki suosimistarkoituksen voi poistaa sekin, että lahjanantaja pidättää itsellään yhtiöön liittyviä taloudellisia oikeuksia (vaikkapa oikeus yhtiön tuottamaan voittoon). Tällöin voidaan olla hyvin lähellä ratkaisussa KKO 1982 II 74 kuvattua tilannetta.

³⁶ Lakivaliokunnan mietintö 1950:18, s. 4 sekä KKO:n lausunto 1949, s. 16.

voidaan ottaa huomioon suosiolahjoina.³⁷ Aikarajoja harkittiin myös meillä.³⁸ Vuoden 1938 esitysehdotuksen 71.2 §:ssä ehdotettiin viiden vuoden aikaa. Myös tuomioistuimet ovat pitäneet lakiosaoikeutta sikäli vahvana oikeutena, että varsin kauan aikaa ennen perittävän kuolemaa annettuja lahjoja on käsitelty tasaukseen oikeuttavina luovutuksina.³⁹

Kun yritysomaisuutta lahjoitetaan, on syytä varautua siihen, että luovutus katsotaan myöhemmin suosiolahjaksi ja se aiheuttaa lakiosan täydennysvelvollisuuden. Sama koskee myös maatilavarallisuuden luovutuksia. Niitä arvioitaessa on niin ikään otettava huomioon se, olisiko lahjanantaja pystynyt lahjansaajan saaman elinkeinotoiminnan jatkuvuutta vaarantamatta saattamaan rintaperillisensä tasa-arvoiseen asemaan tai turvaamaan oman (taikka puolisonsa) vanhuudenpäivät. Näissäkin tapauksissa katse kiinnittyy lahjanantajan pääasialliseen tarkoitukseen ja tämän tarkoituksen olemassaolo joudutaan arvioimaan hänen käytettävissään olleen keinovalikoiman perusteella.⁴⁰

Niissä korkeimman oikeuden käsittelemissä tapauksissa, joissa suosimistarkoitusta ei luovutuksen huomattavasta alihintaisuudesta huolimatta katsottu olevan, lahjoittajan varallisuuden rakenne oli sellainen, ettei rintaperillisten tasa-arvoisuutta olisi voitu saavuttaa lahjansaajan elinkeinotoiminnan jatkuvuuden vaarantumatta. Lisäksi lahjoittajan toimeentulon takaaminen olisi puheena olevissa tapauksissa ollut vaikeasti sovitettavissa yhteen sen kanssa, että myös lahjansaajan elinkeinotoiminnan onnistumisen edellytykset olisi voitu turvata. Lahjoituksen pääasiallinen tarkoitus ilmeisesti oli muu kuin lahjansaajan suosiminen muiden rintaperillisten kustannuksella. Esimerkiksi runsas metsävarallisuus voi monissa tapauk-

³⁷ Lainvalmistelijoilla oli tiedossa ulkomaisia esikuvia, joissa lakiosan täydennykselle oli asetettu määräaika. Näin esim. Saksan Liittotasavallan BGB 2325 §, jossa lakiosan täydennyksen aikarajana oli kymmenen vuotta. Ks. *Rautiala* 1957, s. 74.

³⁸ Aarnio ja Kangas esittävät, että yleisen aikarajan puuttuessa on noudatettava säännön perustavoitteiden mukaisia kohtuullisia aikarajoja. Yleensä kohtuullisena aikarajana voidaan pitää kymmentä vuotta. *Aarnio – Kangas* 2009, s. 846. Saarenpää näyttäisi suhtautuvan jonkin verran myönteisemmin yli kymmenen vuotta ennen perittävän kuolemaa tapahtuneiden luovutusten käsittelemiseen laskennalliseen lisäykseen oikeuttavina suosiolahjoina. Ks. *Saarenpää* 1980, s. 337–344.

³⁹ Asia käy ilmi edellisessä viitteessä mainitusta Saarenpään teoksesta, jossa on käsitelty lähinnä korkeimman oikeuden oikeuskäytäntöä. Myös hovioikeudet antavat hyvin kauan aikaa ennen perittävän kuolemaa annetuille lahjoille vaikutusta suosiolahjana. Vasta yli 15 vuotta ennen perittävän kuolemaa annettujen lahjojen osalta hylättyjen lakiosan täydennystä tarkoittavien kanteiden osuus oli 1990-luvulla hovioikeuksissa noin 78 %. Näin *Salonen*, DL 2000, s. 55.

⁴⁰ Lahjanantajalta ei tietenkään voida vaatia sitä, että hän kykenisi ottamaan huomioon kaikki mahdolliset keinot, joilla on mahdollista saattaa rintaperilliset tasa-arvoiseen asemaan. Koska yrityksen sukupolvenvaihdoksessa on kysymys asiasta, joka on muutoinkin mietittävä perusteellisesti, yrityksensä lahjansaajalle siirtävältä perittävältä voidaan kuitenkin edellyttää sitä, että hän perehtyy kohtuullisen hyvin käytössään olevaan keinovalikoimaan.

sisä mahdollistaa perillisten tasa-arvoisen kohtelun tai turvata perittävän toimeentulon ilman, että lahjansaaaja tarvitsee välttämättä suosia lakiosaan oikeutettujen perillisten vahingoksi. Tällöin varsinainen maatilataloutta harjoittava osa kiinteistöstä voidaan siirtää perittävän työn jatkajalle ja metsäomaisuudella turvata muiden rintaperillisten lakiosaoikeus. Perinteisen suomalaisen pientilan kohdalla tämä ei ole ollut useinkaan mahdollista.

3 SUOSIMISTARKOITUKSEN TOTEENNÄYTTÄMINEN OIKEUDELLISENA ONGELMANA

Edellä on käsitelty suosiolahjan tunnusmerkistöä. Lähtökohtana tällöin on ollut, että tapauksen tosiseikasto on ollut tiedossa ja se on riidaton. Käytännössä tilanne ei yleensä ole tällainen, kun joudutaan ratkaisemaan, onko tietty lahja katsottava suosiolahjaksi. Perittävän tarkoitus suosia tiettyä tahoa toisen tappioksi on lahjanantajan ”pään sisällä” oleva asia. Jatkossa siirryn tarkastelemaan tilanteita, joissa joudutaan ottamaan kantaa näytön epävarmuuteen. Suosiolahjan tunnusmerkistön olemassaolo ei tällöin ole riidattomasti tiedossa.

Suosiolahjan tunnusmerkistön toteennäyttämiseen liittyvät ongelmat ovat saaneet huomiota myös jäämistöoikeudellisessa kirjallisuudessamme. Suosimistarkoitusta koskevien näyttövaikeuksien vuoksi Saarenpää on oikeuskäytäntöön vedoten puoltanut käsitystä, jonka mukaan suosimistarkoitusta ei tarvitse näyttää toteen.⁴¹ Aarnio ja Kangas ovat puolestaan PK 7:3.3:n sanamuodon perusteella asettuneet vastustamaan tätä näkemystä. Heidän mukaansa juuri suosimistarkoitus on todistelun kohteena ja ongelma on vain kriteereissä, joilla suosimistarkoitus katsotaan todistetuksi. Suosimistarkoitus taas joudutaan päättelemään objektiivisten tosiseikkojen perusteella, jos riidatonta näyttöä ei ole saatavilla.⁴² Mainittujen kirjoittajien välinen kiista liittyy näytön arviointiin ja siinä nimenomaan todistustaakan jakoon.⁴³

Puheena oleva keskustelu jää tavallaan kesken. Siinä väitellään todistustaakasta, mutta ei oikeastaan näyttökynnyksestä. Nämä molemmat kuuluvat kuitenkin yhteen. Todistustaakanormit ovat varsin mitäänsanomattomia, jollei niihin liity selvää käsitystä siitä, millaisen näyttökynnyksen kanssa niiden on

⁴¹ Saarenpää 1980, s. 327.

⁴² Näin Aarnio – Kangas 2009, s. 849–850 sekä Kangas 1993, s. 247–248.

⁴³ Näyttövelvollisuus ja todistustaakka tarkoittavat molemmat samaa asiaa. Kumpikin termi ilmaisee asianosaisen riskin kärsiä tappio, jos näyttö jää riittämättömäksi. Halila 1955, s. 8 ss. sekä Lappalainen 2001, s. 310.

tarkoitettu toimivan.⁴⁴ Suosimistarkoituksen toteennäyttämistä koskevaa kysymystä on siten syytä arvioida myös todistusoikeudellisia näkökohtia vasten.

Kun tuomioistuin pohtii pääasiallisen suosimistarkoituksen olemassaoloa, se joutuu ensinnäkin arvioimaan jutussa esitetyn näytön todistusvoimaa tarkoituksen olemassaolosta. Jutussa esitetyn todistelun pohjalta tuomioistuin siis ratkaisee todistusteemana olevan kysymyksen siitä, onko perittävä PK 7:3.3:n tarkoittamalla tavalla suosinut lahjansaajaa lakiosaan oikeutetun perillisen vahingoksi.⁴⁵ Todistusteemoina ovat näin (i) suosiminen ja (ii) sen tapahtuminen lakiosaperillisen vahingoksi. PK 7:3.3:ssa edellytetään näitä molempia seikkoja. Jatkossa puhun kuitenkin yksinkertaisuuden vuoksi yleensä pelkästään (pääasiallisesta) suosimisesta.⁴⁶

Puheena olevan todistusteeman osalta tuomioistuin tekee näyttökysymystä koskevan ratkaisun. Oikeus päättää OK 17:2.1:n mukaisesti, ”mitä asiassa on pidettävä totena”. Näyttökysymyksen ratkaiseminen voidaan jakaa kahteen osaan. Ensimmäinen osa on (a) varsinaista *todistusharkintaa* koskeva päätöksenteko. Se sisältää ratkaisun todennäköisyysarvioinnin, joka perustuu kokemussääntöihin. Tältä osin kyse ei ole oikeudellisesta harkinnasta. Toinen osa koskee (b) *näytön riittävyys* arviointia. Tässä ns. riittävyysratkaisussa oikeus vertaa todistusharkinnassa saavutettua suosimistarkoituksen olemassaolon todennäköisyysastetta siihen, miten suuria vaatimuksia riittävyys osalta esitetylle näytölle on syytä asettaa.⁴⁷ Kysymys on nyt siis siitä, onko PK 7:3.3:n tunnusmerkistön täyttymiselle merkityksellisten oikeustositseikkojen tueksi esitettävissä riittävä näyttö. Näyttöharkinta taas perustuu siihen näyttöarvoon, joka voidaan antaa todistustositseikoille. Näitä ovat seikat, joilla on oikeusseuraamukselle välillinen näyttöä koskeva merkitys. Ne ovat todisteita jonkin muun tosiseikan olemassaolosta. Todistustositseikkoja ovat muun muassa todistajan kertomuksen ja kirjallisen todisteen sisältö.

(a) Todistusteemana olevan väitteen todennäköisyyttä arvioidaan näin todistustositseikkojen avulla. Suosimistarkoitukseen viittaava tosiseikka saattaa olla perittävän antama lahja, joka on hyvin suuri hänen kokonaisvarallisuuteensa nähden. Pääasialliseen suosimistarkoitukseen viittaavia

⁴⁴ Ks. *Klami – Sorvettula – Hatakka*, DL 1990 s. 4, 10–11 ja 19 ja *Klami* 2000, s. 72.

⁴⁵ Tarkkaan ottaen todistusteemana on osapuolen *väite* suosimistarkoituksen olemassaolosta. Yksinkertaisuuden vuoksi puhun kuitenkin suosimistarkoituksesta todistusteemana. Näin myös *Lappalainen* 2001, s. 130.

⁴⁶ Kuten edellä on käynyt ilmi, lahjanantajalla voi olla useampia motiiveja teolle. Tärkeää on tällöin nimenomaan se, mikä on hänen pääasiallinen tarkoituksensa. Ks. edellä erityisesti jakso 2.3.

⁴⁷ Ks. tarkemmin näytön arvioinnista, *Lappalainen* 2001, s. 294 ss. Siinä kirjoittaja toteaa, että käytännössä todistusharkinta ja näyttöratkaisun riittävyyttä sääntelevä normatiivinen osa kylläkin sulautuvat yhdeksi kokonaisuudeksi.

todistustositseikkoja ovat nyt esimerkiksi vajaavastikkeellisesta luovutuksesta laaditun kauppakirjan sisältö ja asiantuntijatodistajan lausuma lahjan käyvästä arvosta. Suosimistarkoituksen puuttumiseen viittaava tosiseikka on puolestaan esimerkiksi sopimusehto (vaikkapa syytinki), joka palvelee nimenomaan lahjanantajan etua.

Kun tuomioistuin arvioi jonkun todistustositseikan näyttöarvoa todistusteemana olevan suosimistarkoituksen olemassaolosta, se käyttää hyväkseen yleisiä tietoja tosiseikkojen välisistä syysuhteista. Tuomioistuin toisin sanoen soveltaa *kokemussääntöjä*.⁴⁸ Nämä kokemussäännöt saattavat olla sellaisia, että ne kumoavat ennakkoperintöolettaman. Suosimistarkoituksen osalta tällainen kokemussääntö voi olla esimerkiksi seuraava: kun perittävä on lahjoittanut eläessään kaiken omaisuutensa viimeisestä avioliitosta olevalle lapselleen syrjäyttäen samalla aiemmista avioliitoista olevat rintaperillisensä, perittävän menettely viittaa hänen tarkoitukseensa suosia lahjansaajaa muiden rintaperillistensä kustannuksella. Arkikokemuksella on, että koko omaisuuden lahjoittaminen yhdelle lapselle on tämän perillisen suosimista.⁴⁹ Tavallista on myös viimeisestä avioliitosta olevien rintaperillisten suosiminen.

(b) Näytön riittävyttä koskevaan pohdintaan liittyy kysymys todistustaakasta. Suosiolahjan olemassaolon osalta tuomioistuin joutuu siis ottamaan kantaa siihen, kummalla osapuolella on jutussa todistustaakka ja miten vahvaa näyttöä osapuolelta vaaditaan, jotta hän suoriutuu näyttövelvollisuudestaan. Toinen vaihtoehto on se, että kokonaisnäytön puutteellisuudesta huolimatta juttu ratkaistaan todennäköisimpien todistustositseikkojen perusteella. Todistustaakan jakautumisen ja riittävän näytön arvioiminen ovat oikeudellista harkintaa. Todistelun vastaanottamisen jälkeen näytön arviointia koskeva harkintaprosessi etenee (hieman yksinkertaistaen) seuraavasti.⁵⁰

1. Relevanttien kokemussääntöjen muotoilu sekä niiden luotettavuuden arviointi.
2. Todistustaakan jakaminen (tai valitaan todennäköisimmät tosiseikat jutun faktapremisseiksi).
3. Näyttökynnyksen asettaminen.
4. Saadun näytön vertaaminen näyttökynnykseen.

⁴⁸ *Lappalainen* 2001, s. 131.

⁴⁹ *Varsinainen presumptio* kuitenkin on, ettei perittävä ole halunnut suosia yhtä rintaperillistä toisen kustannuksella (ns. ennakkoperintöolettama). Tämä olettaja kumoutuu, jos perittävä on näin määrännyt tai hänen on olosuhteisiin nähden katsottava niin tarkoittaneen (PK 6:1.1).

⁵⁰ Vrt. *Klami*, DL 1992, s. 575, jossa esitetään toisenlainen ns. todistusarvometodiin perustuva analyysitapa. Klamin analyysi on tässä esitettyä jonkin verran monisyisempi.

Jatkossa etenen pääpiirteittäin esitetyn harkintaprosessin mukaisesti. Relevanttien kokemussääntöjen muotoilemista koskevan vaiheen käsittelyn jätän kuitenkin tekemättä. Tämä todistusharkintavaihe tapahtuu oikeudessa OK 17:2.1:n mukaisesti vapaana todistusharkintana. Kyse on näyttöarvopunninnasta, jossa tuomarin harkintaa eivät kahlitse minkäänlaiset määräykset.⁵¹ Kun kyse ei tältä osin ole oikeudellisesta harkinnasta, katson tarkoituksenmukaiseksi siirtyä tarkastelussani suoraan seuraaviin vaiheisiin.⁵² Tätä ennen käsittelen kuitenkin suosiolahjaolettamaa faktisena presumptiona.

4 ”SUOSIOLAHJAOLETTAMA” JA SEN MERKITYS

Oikeuskäytännössä on jo saannon lahjaluonteisuudesta usein päätelty, että perittävällä on ollut tarkoitus suosia lahjansaajaa.⁵³ Kun perittävä antaa perilliselleen tai tämän PK 7:3.3:n tarkoittamalle läheiselle merkittävän lahjan, tämän on katsottu olevan seikka, joka muodostaa suosimisolettaman.⁵⁴ Kyseessä on ns. faktinen presumptio.⁵⁵ Jo saannon lahjaluonteisuus tekee siis todistettavana olevan suosimistarkoituksen todennäköiseksi, mutta ei varmaksi.⁵⁶ Myös oikeuskirjallisuudessa on ajateltu tämän suuntaisesti.

⁵¹ *Lappalainen* 2001, s. 298.

⁵² Todistusharkinnan ja sen perustelujen tulee kuitenkin nojautua mahdollisimman yleisesti hyväksytyihin kriteereihin. Näin ratkaisijan subjektiivisen harkinnan osuus jää mahdollisimman pieneksi ja sisällöltään sekä varmuudeltaan ehkä ristiriitaisetkin kokemussäännöt eivät jää pelkästään ratkaisijan intuition varaan. Ks. *Sorvettula – Klami – Rahikainen*, DL 1988, s. 86–94. Siinä kirjoittajat myös korostavat, että vapaassa todisteiden harkinnassa vapauden kohteena ei ole se, mitä ”on pidettävä totena”, vaan ne keinot, joilla totuutta etsitään. Myös vapaassa todistusharkinnassa käytettäviä kokemus- ja päättelykeinoja on pystyttävä kontrolloimaan.

⁵³ Perittävä on voinut tehdä alihintaisen luovutuksen myös vahingossa. Perittävä ei ehkä tiennyt, ettei hänen PK 7:3.3:ssa mainitulta henkilöltä saamansa vastike vastannut tälle taholle luovutetun esineen käypää arvoa. Jos perittävä ei ole tiennyt antaneensa lahjaa, häneltä puuttuu lahjoittamistarkoitus. Tällöin kyse ei voi olla myöskään suosiolahjasta. Tällaisen lahjan osalta lahjansaajan on kuitenkin pystyttävä näyttämään toteen, että lahja on annettu vahingossa, jos tosiseikasto muutoin viittaa suosiolahjaan. Myös passiviteetilla aiheutettuihin lahjoihin on syytä suhtautua samalla tavalla. Jos perittävä esimerkiksi päästää saatavansa tietoisesti vanhenemaan, kyse voi olla suosiolahjasta samalla tavalla kuin aktiivisen luovutuksenkin kohdalla. Jos taas kyse on velan unohtamisesta, kyseessä ei voi olla suosimistarkoitus. Ks. vastaavaa pohdintaa PK 3:3.2:n tarkoittaman lahjoituksen osalta *Lohi* 2006, s. 139–140.

⁵⁴ Näin on luonnollisesti silloin, kun ennakkoperintöolettama on kumottu.

⁵⁵ Faktisella presumptiolla on tarkoitettu päättelyä, jossa todistusaiheen olemassaolo tekee todistettavan seikan olemassaolosta todennäköistä, mutta ei varmaa. Näin *Lappalainen* 2001, s. 144.

⁵⁶ Ks. *Aarnio – Kangas* 2009, s. 851, jossa todetaan, ettei se, että lahjansaanut perillinen tulee lahjoituksen vuoksi suosituksi, tarkoita automaattisesti sitä, että kyseessä on suosiolahja.

Ajatus on, että kun PK 6 luvun legaalinen presumptio perittävän halusta kohdella rintaperillisiä tasa-arvoisesti kumoutuu, syntyy ennakkoperintöolettaman vastainen presumptio suosiolahjan olemassaolosta.⁵⁷

On kuitenkin kyseenalaista, mitä arvoa näin muotoillulla suosiolahja-olettamalla on. Kun noudatetaan vapaata todistusharkintaa, kysymys on aina siitä, millainen näyttöarvo todistustositseikoille (esimerkiksi alivastikkeellista kauppaa koskevan luovutuskirjan sisältö, luovutuksen kohteen käypää arvoa koskevan asiantuntijatodistajan lausunnon sisältö ja todistajien lahjanantajan tarkoitusperiä valaisevat lausunnot) annetaan todistusteemasta (suosimistarkoitus). Juha Lappalainen onkin todennut, että faktisen eli tosiasiallisen presumption käsite on jäänne legaalisen todistusteorian sidotusta todisteiden harkinnasta. Viimeksi mainitussa määrättiin yleisesti myös todistusaiheiden todistusvoimasta siten, ettei faktinen presumptio-niminen ilmiö muodostanut lain vaatimaa ”täyttä näyttöä”.⁵⁸

Edellä sanottu koskee myös suosiolahjaolettamaa faktisena presumptiona. Suosiolahjaolettamaa käytettäessä todetaan ensin, että luovutuksen lahjanluonteisuus luo presumption suosimisesta. Sen jälkeen mahdollisesti vastasyihin vedoten todetaan, ettei kyse ole suosimisesta. On ajatuksellista tyhjäkäyntiä todeta lahja ensin suosiolahjaksi ja sen jälkeen vedota vastasyihin.⁵⁹ Ratkaisu perustuu kuitenkin kokonaisharkintaan

Faktisen presumption käsite on sidoksissa todistusaihe eli indisio-termiin. Tähän taas liittyy eräänlainen vähättelevä merkitys. Indisiotodiste on vähemmän kuin täysi näyttö. Faktisessa presumptiossa indisio-olemassaolosta kuitenkin päätellään välittömästi relevantin tosiseikan eli oikeusseuraamuksen syntymisen kannalta ratkaisevan seikan (*oikeustositseikan*) olemassaolo. Kaikessa todistusharkinnassa on kysymys siitä, mikä näyttöarvo todistustositseikoille (todisteille) annetaan.⁶⁰ Todistusharkinnan keskeisin kysymys on, onko oikeustositseikkojen tueksi esitetty riittäväksi katsottava näyttö.

Yksittäisten todisteiden näyttöarvo on kuitenkin kiinni olosuhteista *in concreto*. Tällöin faktisen presumption tarkoittamaa päättelyä ei pystytä erottamaan ”normaalista” todistusharkinnasta.⁶¹ Myös *perittävän antaman*

⁵⁷ Näin *Saarenpää* 1980, s. 327.

⁵⁸ *Lappalainen* 2001, s. 144.

⁵⁹ Ks. *Saarenpää* 1980, s. 333–334.

⁶⁰ Näytön arviointiin liittyy myös ns. aputosiseikka. Se vaikuttaa todistustositseikan näyttöarvoon, mutta sillä itsellään ei ole suoranaista näyttöarvoa oikeustositseikasta. Sen avulla voidaan kuitenkin kontrolloida, ovatko todisteen ja todistusteeman välillä koke-mussäännössä edellytetyt olosuhteet käsillä. Esimerkiksi todistajan muistisairaus voi olla apufakta. Todistajan vaikea-asteinen dementia vaikuttaa hänen todistajankertomuksensa näyttöarvoon, mutta se ei suoraan kerro mitään lahjanantajan tarkoitusperistä.

⁶¹ *Lappalainen*, LM 1986, s. 760. Vaikka faktisella presumptiolla ei Lappalaisen mukaan ole todistusharkinnassa mitään merkitystä, legaalisella presumptiolla on. Niillä on tärkeä

merkittävän lahjan näyttöarvo suosimistarkoituksen olemassaolosta on harkittava in concreto. Kyse on kokonaisharkinnasta, jossa yhdelle seikalle ei läheskään kaikissa tapauksissa voi antaa ratkaisevaa merkitystä.⁶² Suosiolahjaolettaman käyttäminen saattaa vain sekoittaa vapaata todisteiden harkintaa ja johtaa sitä jopa harhaan.

Esimerkiksi kysymys lahjanantajan pääasiallisesta tarkoituksesta saattaa hämartyä, kun lahja oletetaan lähtökohtaisesti suosiolahjaksi vain sen vuoksi, että siitä maksettu vastike alittaa liian paljon sanotun objektin käyvän arvon. Jos ratkaisija suhtautuu faktiseen presumptioon liian voimakkaana lähtökohtana, lahjaa voidaan pitää suosiolahjana, vaikka lahjansaajan suosiminen ei olisi ollut lahjanantajan pääasiallisena tarkoituksena.

5 TODISTUSTAAKAN JA NÄYTTÖKYNNYKSEN ASETTAMINEN

5.1 PK 7:3:n sanamuoto arvioinnin lähtökohtana

Perintökaaren 7 luvun 3 §:ssä ei ole ratkaistu todistustaakkaa eikä näyttökynnystä koskevia kysymyksiä ainakaan näkyvällä tavalla. Nämä ongelmat on ratkaistava oikeuskäytäntöön sekä periaatteellisiin ja käytännöllisiin näkökohtiin tukeutuen.⁶³ Lahjan saamisen osalta tilanne on yleisten todistusoikeudellisten oppien mukaan seuraava: sen, joka väittää perillisen saaneen lahjan, on kyettävä esittämään riittävä näyttö väitteensä tueksi. Tässä kirjoituksessa keskitytään kuitenkin suosimistarkoitusta eikä lahjan olemassaoloa koskevien ongelmien arviointiin. Lähtökohtana on, että omaisuutta on kiistatta saatu vastikkeetta tai vajaalla vastikkeella. Suosimistarkoitusta koskevan näytön riittävyyden arvioinnissa kyse on siis siitä, onko todistusharkinnassa saavutettu tämän seikan osalta niin korkea todennäköisyys, että se voidaan katsoa toteennäytetyksi, vai jääkö sanottu uskottavuustaso saavuttamatta.

Tässä yhteydessä on otettava kantaa myös siihen, onko näyttökynnys suosimistarkoituksen olemassaolon osalta kiinteä, vai onko se ehkä jutun olosuhteiden ja laadun perusteella joustava.⁶⁴ Ruotsissa Ekelöf ja Boman

merkitys todistustaakkasääntelyn kannalta. Myös Ekelöf katsoo, ettei modernissa lainopissa ole tarvetta faktisen presumption käsitteelle. Näin *Ekelöf 1977*, s. 84.

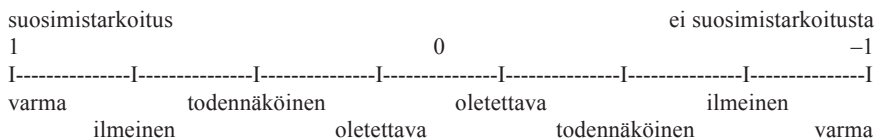
⁶² Ks. *Sorvettula – Klami – Rahikainen*, DL 1988, s. 97, jossa mainitaan, ettei yhden todistusosiasian käsittely todistusteeman kannalta saa johtaa lopulliseen sitoutumiseen, vaan huomioon on otettava kaikki todistusosiasiat.

⁶³ Tämän suuntaisesti *Lappalainen 2001*, s. 308.

⁶⁴ Ks. näyttökynnuksesta yleisesti *Lappalainen 2001*, s. 341 ss.

ovat esittäneet, että näyttökynnyksen korkeus vaihtelee juttutyypeittäin.⁶⁵ Suosiolahjan osalta tämän voisi ajatella tarkoittavan esimerkiksi sitä, että näyttökynnys suosimistarkoituksen olemassaolosta olisi erilainen sen mukaan, vaaditaanko lakiosaa (i) perinnönjaossa perittävän jäämistöstä vai (ii) täydennyskanteella lakiosan palauttamisena.⁶⁶

Perinteisesti on katsottu, että *täysi näyttö* käy riittävästä näytöstä. Tällä tarkoitetaan sellaista todennäköisyyden määrää, joka saa järkevä ja tunnollisen henkilön vakuuttumaan tietyn tosiseikan todella olevan olemassa. Näin täydellistä vakuuttavuuden astetta on usein vaikea saavuttaa. Täyden näytön vaatimus onkin omiaan lisäämään väriiden päätösten määrää.⁶⁷ Käytännössä etenkin dispositiivisissa riita-asioissa tyydytään usein vähemmän vahvaan todennäköisyyden näyttöön.⁶⁸ Todistustaakkainormien merkitystä suosiolahjaa koskevassa näytönarvioinnissa sekä siinä esiin tulevaa riittävyyskysymyksen suhdetta todistusharkintaan voidaan havainnollistaa seuraavan kaavion avulla.⁶⁹



Kaavion vasen reuna kuvaa tilannetta, jossa ratkaisijalla on täysi varmuus siitä, että lahjanantajan pääasiallinen tarkoitus on ollut suosia lahjan saanutta tahoa. Vastaavasti oikea reuna ilmentää tilannetta, jossa ratkaisija on aivan varma, ettei lahjanantajalla ole ollut tällaista tarkoitusta. Kaavion keskellä oleva 0-piste kuvaa tilannetta, jossa sekä suosimistarkoitus että sen puuttuminen ovat yhtä todennäköisiä. Kaavion keskipisteen ja sen ääripäiden välille sijoittuvat ”näyttöarvot”, jotka osoittavat todennäköisyyden kasvua joko suosimistarkoituksen olemassaoloa tai sen puuttumista kohti.

Kun esimerkiksi tuomari punnitsee jutussa esitetyn näytön todistusvoimaa, hän päätyy siihen, että joko suosimistarkoituksen olemassaolosta tai sen puuttumisesta on esitetty tiettyyn todennäköisyyteen yltävä näyttö. Yllä olevaan kaavioon sijoitettuna tätä saavutettua todennäköisyyden astetta voidaan kutsua *todistusarvopisteeksi*. Se siis osoittaa sen to-

⁶⁵ Ekelöf – Boman 1992, s. 72. Ks. myös Lappalainen 2001, s. 341 ss.

⁶⁶ Suomessa Klami on tutkimusryhmineen kannattanut kokonaan joustavaa näyttökynnystä. Ks. Klami – Sorvettula – Hatakka, DL 1990, s. 13–19.

⁶⁷ Näin Klami – Sorvettula – Hatakka, DL 1990, s. 5.

⁶⁸ Tirkkonen 1966, s. 117–118 ja Lappalainen 2001, s. 342.

⁶⁹ Ks. Ekelöf 1977, s. 56, Lappalainen 2001, s. 311 sekä Klami 2000, s. 76, joissa todistusharkintaa on havainnollistettu vastaavantyyppisen kaavakuvan avulla.

dennäköisyyden tason, mihin todistelu on jutussa in concreto yltänyt. Käytännössä todistusarvopisteen sijainti kaaviossa muuttuu todistelun edetessä esitetyn näytön ja vastaanäytön seurauksena. Ratkaisevaa on, missä todistusarvopiste sijaitsee, kun todistelu päättyy. Näin saavutettua todistusarvopistettä verrataan kaavion kohtaan, johon näytön on yllettävä, jotta olisi saavutettu riittävä näyttö. Tätä kohtaa skaalalla voidaan kutsua *todistustaakkapisteeksi*.⁷⁰

Todistustaakka jutussa ratkeaa sen perusteella, kummalle puolelle 0-pistettä todistustaakkapiste asettuu. Jos se asettuu vasemmalle puolelle, todistustaakka on sillä, joka vetoaa suosimistarkoitukseen. Tällöin todistustaakka on siis ilman lahjaa jääneellä lakiosaperillisellä. Mikäli todistustaakkapiste on oikealla puolella, todistustaakka on lahjansaaajalla. Todistustaakkapisteen etäisyys 0-pisteestä taas kertoo sen, kuinka raskas on kyseisen asianosaisen todistustaakka.⁷¹ Jatkossa onkin tarkoitus selvittää, kummalle puolelle kaaviota ja mihin kohtaan suosimistarkoitusta koskeva todistustaakkapiste on syytä sijoittaa.

Näyttökynnyksen osalta on ensimmäiseksi syytä kiinnittää huomiota PK 7:3.3:n sananmuotoon. Sen mukaan suosiolahja on kysymyksessä, kun lahjalla on *ilmeisesti* tarkoitettu suosia lahjansaaajaa lakiosaperillisen vahingoksi. Sananmuodosta käy ilmi, ettei suosimistarkoituksesta tarvitse saada esiin ns. varmaa näyttöä, jotta lahjoitus voidaan ottaa huomioon lakiosia laskettaessa. Sana ilmeisesti vastannee todennäköisyysasteeltaan edellä mainitussa kaaviossa esiintyvää termiä oletettavaa.⁷² Hieman tähän suuntaan asian näyttäisi ymmärtäneen myös Saarenpää.⁷³ Näyttökynnyksen tarkempi määrittely on kuitenkin vaikeaa pelkästään PK 7:3.3:n sanamuodon perusteella.⁷⁴ On epävarmaa, minkä merkityksen lainsäätäjät on valitulle sananmuodolle halunnut antaa. Lisäksi eri tulkitsijat arvioivat saman sananmuodon perusteella näyttökynnyksen eri tavoin.⁷⁵

⁷⁰ Lappalainen 2001, s. 312.

⁷¹ Vastaavasti Lappalainen 2001, s. 311–312.

⁷² Nykysuomen sanakirjassa nämä sanat on ymmärretty toistensa synonyymeinä. Ks. Nykysuomen sanakirja, lyhentämätön kansanpainos (1988). Porvoo, osa 2, O-kirjain, s. 47.

⁷³ Ks. Saarenpää 1994, s. 188. Siinä kirjoittaja tosin katsoo, ettei suosimistarkoituksen toteennäyttäminen ole Suomen lakiosajärjestelmässä lainkaan tarpeen. Riittävää on hänen mukaansa se, että voidaan päätyä *ilmeisen* suosimistarkoituksen olemassaoloon. Kantaansa Saarenpää perustelee muun muassa sillä, että suosiolahjajärjestelmä olisi näyttöön liittyvien epävarmuuksien sävyttämä, jos suosimistarkoitus pitäisi pystyä näyttämään toteen. Sana ilmeisesti ei siis vastaisi todennäköisyysasteeltaan edellä olevan kaavion termiä ”ilmeistä”.

⁷⁴ Myöskään lainvalmistelutöistä ei löydy ongelmaan sanottavampaa apua etenkin vanhempien esitöiden osalta. Suosiolahjaa koskeva säännös lisättiin aikanaan lakiin Lakivaliokunnan ehdotuksesta. Sitä ei sisältynyt vuosien 1935 ja 1938 ehdotukseen. Ks. Lakivaliokunnan mietintö 1950:18, s. 4.

⁷⁵ Ks. Klami – Marklund – Rahikainen – Sorvettula, LM 1988, s. 473–474, jossa tarkastellaan suomalaisen ja ruotsalaisen tuomarikunnan käsityksiä siitä kuinka suureen toden-

5.2 Todistustaakan jaon ja näyttökynnyksen asettamisen perinteiset kriteerit

Todistusharkinnan ihanteena myös suosiolahjasäännöstä sovellettaessa on täysi varmuus suosimistarkoituksen olemassaolosta tai sen puuttumisesta. Täyteen varmuuteen perittävän tarkoituksesta ei päästäne juuri koskaan; kysymyshän on perittävän subjektiivisen mielentilan todistamisesta. Käytännössä ratkaisu on tehtävä epävarmuuden vallitessa. Ongelmana tällöin on, kummalle osapuolelle suosiolahjaa koskevassa oikeudenkäynnissä on syytä asettaa todistustaakka suosimistarkoituksen olemassaolosta tai sen puuttumisesta, sekä minkä asteista varmuutta todistusteemana olevan suosimistarkoituksen olemassaolosta on aihetta vaatia (näyttökynnyks).

Näyttökynnyksen korkeuteen on katsottu vaikuttavan samat seikat, jotka ratkaisevat myös todistustaakan jakautumisen. Meillä yleisesti hyväksytyihin todistustaakan jakoperusteisiin on katsottu kuuluvan (a) näyttömahdollisuus, (b) aineellisen oikeuden tarpeet sekä (c) kokemusperäinen todennäköisyys.⁷⁶ Nämä seikat voivat olla relevantteja myös ratkaistaessa todistustaakan jakautuminen ja näyttökynnyksen korkeus, kun kysymys on suosiolahjaa koskevasta perittävän pääsiallisen suosimistarkoituksen olemassaolosta.

a) Näyttömahdollisuus todistustaakan jakokriteerinä merkitsee sitä, että todistustaakka asetetaan sille osapuolelle, jonka on helpompi esittää näyttöä omaksi edukseen. Näyttökynnyksen korkeuden määrittämiskriteerinä näyttömahdollisuus vaikuttaa siihen, kuinka raskaaksi tämän osapuolen todistustaakka muodostuu. Mitä helpompi sanotun osapuolen on esittää asiassa näyttöä, sitä korkeammalle todistustaakkapiste on syytä asettaa. Suosimistarkoituksen olemassaolon osoittaminen on yleensä varsin vaikeata. Sama koskee kuitenkin myös suosimistarkoituksen puuttumista. Perittävän subjektiivista tarkoitusta voidaan pyrkiä osoittamaan objektiivisilla perusteilla. Luotettavan selvityksen saaminen tällaisesta seikasta on kuitenkin usein mahdotonta. Näytön hankkimisen vaikeutta lisää usein se, että suosiolahjaksi väitetty luovutus on voinut tapahtua vuosia tai jopa vuosikymmeniä ennen perittävän kuolemaa.⁷⁷

näköisyyteen tietyt termit, esimerkiksi ilmeinen (uppenbart), viittaavat.

⁷⁶ Halila 1955, s. 291–307, Tirkkonen 1977, s. 126 ss. ja Lappalainen 2001, s. 325. Hyvin samansuuntaisesti asiaa on lähestynyt myös Klami yms. Ks. Klami – Sorvettula – Hatakka DL 1990 s. 10 ja Klami – Gräns – Sorvettula 2000, s. 195 ss.

⁷⁷ Perintökaareen ei sisällytetty aikarajaa siitä, kuinka kauan ennen perittävän kuolemaa annetut lahjat voidaan ottaa huomioon suosiolahjoina. Koska nimenomaista säännöstä ei ole, suosiolahjaan on vedottava kohtuullisen ajan kuluessa lahjan antamisesta. Oikeuskirjallisuudessa on katsottu, että kohtuullisena aikana on pidettävä kymmentä vuotta. Tosin erityisistä perusteista tätäkin aikaa voidaan vielä venyttää. Saarenpää 1980, s. 337–344 sekä Aarnio – Kangas 2009, s. 845–846.

Suosimistarkoitus muistuttaa todistelun kohteena paljolti vilpittömyyttä mieltä. Kummassakin on kysymys henkilön sisäisestä mielentilasta. Vilpittömän mielen osalta on todistustaakan jakoa silmällä pitäen viitattu usein oikeusohjeeseen, minkä mukaan se, joka väittää vastapuolen olevan vilpillisessä mielessä, on näytettävä väitteensä toteen. Voidaanko tästä ohjeesta saada apua suosiolahjan tunnusmerkistön olemassaoloa koskevan näyttökynnyksen korkeuden arviointiin tai sitä koskevaan todistustaakan jakoon? Kysymys on aiheellinen, koska lahjanantaja ei ole toiminut varsinaisesti moraalittomasti edes silloin, kun hän on ilman perusteltua syytä suosinut lahjansaajaa lakiosaperillisen vahingoksi.

Toisaalta lain tarkoittamalta vilpilliseltä mieleltä ei edellytetä, että *mala fides* toiminut henkilö olisi välttämättä tehnyt mitään moraalisesti tuomittavaa. Vilpilliselle mielelle on ominaista paremminkin tietynlainen huolimattomuus tai välinpitämättömyys.⁷⁸ Onkin mahdollista katsoa, että lahjanantaja on ollut eräällä tavalla välinpitämätön rintaperillistensä lakiosaoikeuden suhteen, kun hän on antanut sitä loukkaavan lahjan. Perillisen lakiosaoikeutta koskevan ”välinpitämättömyyden” osoittaminen on helpompaa, kuin sen vastakohtaan osoittaminen. Suosimistarkoitusta voi usein (yrittää) osoittaa monella tavalla. Se voi tapahtua luovutetun esineen arvon ja siitä mahdollisesti maksetun vastikkeen epäsuhtaisuuden osoittamisella, lahjoittamiseen liittyvillä olosuhteilla, lahjanantajan tekemillä muilla oikeustoimilla sekä vaikkapa lahjanantajan tarkoituksia valaisevien todistajankertomusten avulla. Nämä ovat seikkoja, joista on yleisen kokemuksen perusteella pääteltävissä perittävän suosimistarkoitus. Niistä pystyy myös yleensä kohtalaisella varmuudella päättämään, onko lahjanantaja ymmärtänyt lahjan ehkä loukkaavan rintaperillistensä lakiosaoikeutta. Toki suosimistarkoituksen puuttumisestakin voidaan esittää vastaavaa näyttöä. Esimerkiksi perittävän vanhuudenpäiviä turvaavan syytinkiehdon sisältö on tähän viittaava todistusosiseikka.

Näyttömahdollisuuden liittyvät vaikeudet perustelevat sitä, ettei näyttökynnystä suosimistarkoituksen olemassaolosta tai sen puuttumisesta pidä asettaa korkealle. Todistustaakan jakoa ajatellen tästä kriteeristä ei juuri näyttäisi olevan apua.

b) Aineellisen oikeuden tarpeilla tarkoitetaan sitä, että todistustaakan jako ja näyttökynnys on järjestettävä niin, että ne ovat sopusoinnussa materiaalisien oikeuden tavoitteiden kanssa. Ruotsin oikeuskirjallisuudessa on esitetty todistustaakan jakoa silmällä pitäen, että ensisijainen jakoperuste on, että se on sopusoinnussa sovellettavan materiaalisien säännöksen kanssa ja

⁷⁸ Halila 1955, s. 160–161.

sen tulee pyrkiä turvaamaan tämän normin toteutuminen yhteiskunnassa. PK 7:3.3:n suosiolahjasäännöksen tavoitteena on turvata rintaperillisten tasa-arvoinen kohtelu.⁷⁹ Aineellisen oikeuden tarpeet puoltavat näin todistustaakan asettamista lakiosaa loukkaavan lahjan saaneelle taholle sekä matalaa näyttökynnystä suosimistarkoituksen olemassaolosta. Muussa tapauksessa perintökaaren tavoite rintaperillisten tasa-arvoisesta kohtelusta voi jäädä saavuttamatta.

c) Kokemusperäinen todennäköisyys liittyy elämän yleisiin säännönmukaisuuksiin. Kun perittävä tekee merkittävän lahjoituksen, kokemusperäinen todennäköisyys puhuu suosimistarkoituksen olemassaolon puolesta. Oikeuskäytännössä merkittävä ennakkoperintöolettaman poissulkevin määräyksin toteutettu lahjoitus on usein ollut tärkeä todistustositseikka, jonka on nähty viittaavan hyvin vahvasti suosimistarkoituksen olemassaoloon. Joskus tämä tosiseikka voi jopa yksin riittää ylittämään näyttökynnyksen suosimistarkoituksen olemassaolosta, vaikka sen perusteella ei olekaan aihetta muodostaa ”suosiolahjaolettamaa”. Kokemusperäinen todennäköisyys viittaa kuitenkin enemmän siihen, ettei näyttökynnystä lahjanantajan suosimistarkoituksen olemassaolosta pidä asettaa korkealle. Myös todistustaakan osalta se perustelee pikemminkin sitä, että lahjansaajan pitäisi pystyä näyttämään toteen, ettei kysymys ole suosiolahjasta.

Todistustaakan ja näyttökynnyksen jakokriteerit perustelevat näin matalaa näyttökynnystä suosimistarkoituksen olemassaoloa arvioitaessa. Todistustaakan osalta ne näyttäisivät viittaavan enemmän siihen, että todistustaakka siitä, ettei kyse ole suosiolahjasta, tulisi asettaa lahjansaajalle. Tältä osin tilanne ei mielestäni ole selvä. Näyttökynnyksen korkeutta ja todistustaakan jakoa ei kuitenkaan ole syytä ratkaista pelkästään puheena olevien kriteereiden tarkastelun pohjalta. Uudemmassa todistusoikeudellisessa tutkimuksessa on kiinnitetty huomiota myös haitta-kriteeriin, eli siihen, millaisia haittoja osapuolelle aiheutuu mahdollisesta väärästä päätöksestä.

5.3 Haitta-kriteeri

Todistustaakanjakoa ja näyttökynnystä koskeva ratkaisu on siis tehtävä epävarmuuden vallitessa. Tällöin voidaan ottaa huomioon myös se, millaisia oikeusvaikutuksia eri päätöksillä on osapuolille. Mukana arvioinnissa voi olla myös mahdollisesta väärästä päätöksestä osapuolille aiheutuva haitta. Tämä onkin erityisesti Klamin ja hänen tutkimusryhmänsä usein esille

⁷⁹ Ks. Lakivaliokunnan mietintö 1950:18, s. 4 sekä KKO:n lausunto 1949, s. 16.

tuoma kriteeri todistustaakan jaolle sekä näyttökynnyksen korkeudelle.⁸⁰

Lahjansaaajan intressit eivät näyttäisi kovin merkittäviltä silloin, kun kanssaperillisten oikeudet voidaan toteuttaa jäämistöstä. Tällöinhän tilanne on se, että hänkin (tai lahjansaaajan PK 7:3.3:ssa mainittu läheinen, jos lahjansaaaja ei ole perillisasemassa) ainoastaan saa vähemmän kuin jos suosimistarkoitusta ei katsottaisi olevan olemassa.⁸¹ Sama koskee ilman lahjaa jääneitä rintaperillisiä silloin, kun lakiosaa vaaditaan täydennyskanteella. Lakiosaperillisille väärästä päätöksestä aiheutuva haitta on nyt siinä, että heiltä jää perittävän omaisuudesta peräisin oleva varallisuuden lisäys saamatta. Tätä ei voi pitää erityisen raskaana seurauksena.

Sen sijaan lakiosan täydennysvastuu saattaa olla hyvin raskas täydennysvelvollista kohtaan. Lahjansaaaja on ehkä rakentanut elämänsä sen varaan, että hänen saantonsa on pysyvä. Hän on voinut saamansa varallisuuden lisäyksen vuoksi uskaltautua aloittamaan yritystoiminnan. Lakiosan täydennysvastuu saattaa osoittautua kohtalokkaaksi lahjansaaajalle, jos liiketoiminnan edellytykset vaarantuvat täydennysvastuun vuoksi.⁸² Täydennysvastuu on raskas myös silloin, kun lahjansaaajalle ei ole luovutuksen ansiosta kertynyt lainkaan pysyvää varallisuuden lisäystä. Lahjaomaisuus on voitu myydä eteenpäin ja saatu vastike käyttää omaan kulutukseen. Vielä ongelmallisempi tilanne on, jos lahjavarallisuus on luovutettu vastikkeetta eteenpäin esimerkiksi hyväntekeväisyyteen.⁸³ Näissä tilanteissa väärästä päätöksestä aiheutuu lahjansaaajalle merkittävää haittaa.

Lahjansaaajan kannalta on merkittävää myös se, että hänen oikeutensa perustuu varallisuus-oikeuden näkökulmasta tehokkaaseen oikeustoimeen. Tällaisiin oikeustoimiin ei pidä puuttua kovin herkästi. Matala kynnys puuttua tehokkaisiin oikeustoimiin olisi omiaan tuomaan varallisuussuhteisiin oikeudellista epävarmuutta ja horjuttamaan *status quota*.⁸⁴ Tämä puolestaan olisi vastoin vaihdannan intressiä ja yhteiskunnan kokonaisuutta.⁸⁵

⁸⁰ Klami 2000, s. 32–39 ja s. 72 ss., sekä Sorvettula – Klami – Rahikainen, DL 1988, s. 95–96 ja Klami – Sorvettula – Hatakka, DL 1990, s. 68 ss.

⁸¹ Vastaavasti ilman lahjaa jääneet rintaperilliset saavat enemmän ja heidän keskinäinen tasa-arvoisuutensa toteutuu tehokkaammin lakiosaoikeuden osalta. Lahjansaaaja (jos lahjaa ei ole annettu hänen PK 7:3.3:ssa mainitulle läheiselle) tulisi silti kokonaisuutena muita perillisiä parempaan asemaan, koska viimeksi mainitut eivät saisi koko perintöosaansa.

⁸² Ks. KM 1975:84, s. 57, jonka mukaan lahjansaaajan palautusvastuuta tulee käyttää perhe- ja jäämistöoikeudellisten vaatimusten turvaamiseen ainoastaan hyvin harkiten. Tässä mietinnössä haluttiin parantaa lahjansaaajan asemaa. Ajatus oli, ettei henkilön määräysvaltansa puitteissa tekemiin oikeustoimiin voisi puuttua ainoastaan poikkeustapauksissa ja tällöinkin mahdollisimman vähän.

⁸³ Lohi 2006, s. 6.

⁸⁴ Oikeusjärjestyksemme sisältää eräänlaisen *status quo* -periaatteen. Vallitsevaa olotilaa pyritään suojaamaan.

⁸⁵ cf Hällström, Erik 1931, s. 49–57 ja Zitting, LM 1953, s. 987. Ks. vastaavista perusteluista PK 3 luvun mukaisten palautusvaateiden osalta, Lohi 2006, s. 5–7.

5.4 Joustava näytön arviointi ratkaisuna?

Kun hyvitystä vaaditaan lakiosan täydennyksenä, haitta-kriteeri näyttäisi puoltavan todistustaakan asettamista suosimistarkoitukseen vetoavalle rintataperilliselle. Sanotussa tilanteessa tämä kriteeri perustelee myös korkeaa näyttökynnystä. Jos lakiosaan taas vedotaan perittävän jäämistöä jaettaessa, haitta-kriteeri ei tuntuisi erityisesti vaikuttavan todistustaakan jakoon tai puoltavan korkeata näyttökynnystä. Sen sijaan edellä kuvatut perinteiset todistustaakan jakokriteerit perustelisivat nyt todistustaakan asettamista lahjan saaneelle taholle sekä näyttökynnyksen asettamista matalalle lahjantajan suosimistarkoitusta arvioitaessa. Todistustaakka jakautuisi siis eri tavalla sen mukaan, vaadittaisiinko lakiosaa perinnönjaossa vai lakiosan täydennyksenä. Myös näyttökynnyksen korkeus vaihtelisi sen mukaan, kummassa prosessissa asiaa käsiteltäisiin.

Edellä mainittu näyttäisi luontevasti puoltavan erilaista todistustaakan jakautumista sekä joustavaa näyttökynnystä nyt puheena olevassa asiassa. Näyttökynnyksen ja todistustaakan jako tulisi siis arvioida eri tavalla sen mukaan, vaaditaanko lakiosaa perinnönjaossa perittävän jäämistöstä vai täydennyskanteella lakiosan palauttamisena. Jälkimmäisessä tapauksessa suosimistarkoituksen olemassaolon vahvistaminen johtaa siihen, että lahjansaaja joutuu palauttamaan pätevällä oikeustoimella saamaansa varallisuutta lakiosaperillisille.⁸⁶ Tällainen palautusvelvollisuus on usein omiaan aiheuttamaan lahjansaajalle merkittävää haittaa. Näyttökynnyksen korkeuteen vaikuttavina seikkoina voidaan ajatella otettavan huomioon myös lahjansaajan yksilölliset olosuhteet. Mitä suurempia haittoja palautusvastuu hänelle aiheuttaa, sitä korkeammalle näyttökynnys olisi asetettava.⁸⁷

Tilanne on jossain määrin toinen, jos lakiosa voidaan toteuttaa perinnönjaossa. Tällöin monet argumentit puoltavat sitä, että todistustaakka tulisi langettaa lahjansaajalle ja näyttökynnys suosiolahjan olemassaolosta pitäisi asettaa matalaksi. Tätä perustelevat etenkin näyttömahdollisuus, aineellisen oikeuden tarpeet sekä kokemuseräinen todennäköisyys.

Suosiolahjan osalta joustavaan näytön arviointiin liittyy kuitenkin vakava ongelma. Tämän valinnan seurauksena pesänjakaja ja tuomioistuin joutuisivat

⁸⁶ Lakiosan täydennys on kuitenkin ensisijaisesti rahamääräinen suoritusvelvoite. Lakiosaperillinen ei voi tehokkaasti vaatia perittävän lahjoittamien esineiden luontoispalautusta. Täydennysvelvollinen voi kuitenkin niin halutessaan rahasuorituksen sijasta luovuttaa saamansa lahjaesineen jakoon. Vrt. *Saarenpää* 1994, s. 148.

⁸⁷ Joustava todistustaakka onkin saanut merkittävää kannatusta pohjoismaisessa prosessioikeudellisessa kirjallisuudessa. Suomessa mm. Klami on tutkimusryhmineen kannattanut kokonaan joustavaa näyttökynnystä. Ks. esim. *Klami – Sorvettula – Hatakka*, DL 1990, s. 13–19. Ks. myös *Lappalainen* 2001, s. 341 ss. Ruotsissa joustavaa näyttökynnystä on puoltanut mm. *Ekelöf – Boman* 1992, s. 72.

joskus noudattamaan eri sääntöjä saman jäämistön kohdalla. Pesänjakajan olisi ensin asetettava todistustaakka lahjan saaneelle taholle ja noudatettava matalaa näyttökynnystä. Hänen tulisi siis pitää luovutusta suosiolahjana ja antaa koko reaalin jäämistö lahjansaajan perilliskumppaneille. Sen jälkeen tuomioistuimen tulisi lakiosan täydennyskannetta käsitellessään päätyä edellä esitetyillä perusteilla päinvastaiseen lopputulokseen.

Lakiosan kohdalla joustava näyttökynnys johtaisi näin ollen lopputulokseen, jota ei voida pitää hyväksyttävänä. Samaa asiaa ei voida ratkaista eri tavalla sen mukaan, missä prosessissa asiaa käsitellään. Joustava näyttöarviointi joudutaan näin ollen hylkäämään, kun ratkaistaan kysymys siitä, onko perittävä suosinut tiettyä tahoa lakiosaperillisensä vahingoksi. Kun todistustaakanjakoa ja näyttökynnystä koskevaa asiaa ei voida ratkaista turvautumalla joustavaan näyttöarviointiin, näyttäisi siltä, etteivät todistustaakan jakokriteerit ole sanottavasti auttaneet käsillä olevan ongelman ratkaisussa. Apua tilanteeseen voidaan hakea laajentamalla jälleen näkökulmaa. Kohtuuttomana pidettäviä lopputuloksia voidaan useissa tilanteissa sovitella oikeusjärjestyksemme kiistatta sisältyvällä yleisellä kohtuusperiaatteella. Voisiko kohtuusperiaatteen käyttö edellä mainittuihin todistusoikeudellisiin näkökohtiin yhdistettynä avata tien kohti oikeudellisesti perusteltuja ja kohtuullisia ratkaisuja?

5.5 Näytön arviointi ja kohtuusperiaate

Kohtuusperiaatteen käytön osalta ongelmana on nyt se, ettei lakiosasäännöstömme tunne varsinaista sovittelunormia. PK 7:8.2 tosin toteuttaa kohtuutta lakiosan täydennystä koskevissa tilanteissa ja ratkaisee useat niistä ongelmista, joita uhkaa aiheutua lahjansaajalle syntyvästä täydennysvelvollisuudesta. Sen mukaan täydennysvelvollinen vastaa lakiosaa vaille jääneille rintaperillisille vain hänelle jääneen omaisuuden arvolla, jos täydennysvelvollisen lahjaksi saama omaisuus on hukkaantunut ilman hänen omaa tuottamustaan. Omaisuuden tuottamukseton hukkaantuminen täytyy ymmärtää laajasti. Myös saajan tuottamuksetta tapahtunut lahjaomaisuuden arvon aleneminen kuuluu PK 7:8.2:n tarkoittaman tuottamuksettoman hukkaamisen piiriin, mikäli arvon aleneminen olisi tapahtunut myös silloin, jos kyseinen omaisuus olisi edelleen ollut pesässä.⁸⁸

Kovin kattavaa suojaa lahjansaaja ei kuitenkaan PK 7:8.2:n nojalla saa. Sen avulla on vaikea suojata esimerkiksi omaisuutta pois lahjoittanutta luovutuksensaajaa. Muutoinkin säännön tarkoittaman suojan sitominen

⁸⁸ Rautiala 1967, s. 158.

tuottamuksettomuuteen rajoittaa PK 7:8.2:n avulla saavutettavaa kohtuullisuutta. Jos lahjansaaaja luovuttaa samaansa omaisuutta eteenpäin joko täysin vastikkeetta tai vajaalla vastikkeella, hänen ei voida katsoa toimineen tuottamuksetta. Erityisen kohtuuttomaan tilanteeseen joudutaan silloin, jos lahjansaaajan taloudellinen asema on selvästi huonontunut hänen antamansa lahjoituksen jälkeen. Lakiosan täydennysvastuu voisi romuttaa lopullisesti hänen taloutensa vaikkapa silloin, kun lahjansaaaja on luovuttanut saamansa omaisuuden hyväntekeväisyyteen.

Sovittelunormin puuttuminen PK 7 luvusta ei kuitenkaan välttämättä estä lakiosan täydennysvastuun sovittelua. Suomen siviilioikeudessa mahdollisuus kohtuullistaa korvaus- tai palautusvastuuta on yleensäkin saanut laajaa kannatusta. Tämän vuoksi on mahdollista puhua kohtuuttomien palautusvaateiden torjumisen periaatteesta.⁸⁹ Lohen mukaan lähes kaikkea palautusvastuuta täytyy voida sovittaa myös silloin, kun lakiin kirjattu säännös ei anna tähän tukea.⁹⁰ Myös perintökaaren tehtiin sen velkavastuusäännösten uusimisen yhteydessä vuonna 2004 muutos, joka mahdollistaa palautusvastuun sovittelun. PK 21:8 c:n mukaan ennenaikaisesta osituksesta tai perinnönjaosta seuraavaa palautusvastuuta voidaan sovittaa, jos siihen on painava syy.⁹¹

Lakiosan täydennysvastuun sovittelumahdollisuuden torjuminen olisi sekä siviilioikeuden että perintökaaren järjestelmän lähtökohtien perusteella erikoinen ratkaisu. Kohtuusperiaate on viime vuosikymmeninä saavuttanut meillä vahvan aseman ja runsaasti institutionaalista tukea. Lisäksi sovittelumahdollisuus antaa ratkaisijalle joustavan ja tapauskohtaiset olosuhteet huomioon ottavan keinon ratkaista lakiosaperillisen ja täydennysvelvollisen välinen intressiristiriita. Kun sovittelumahdollisuus ymmärretään poikkeussääntönä, jota tulkitaan suppeasti, se ei aiheuta merkittävää oikeudellista epävarmuutta. On siis perusteltua, että myös lakiosan täydennysvastuuta voidaan kohtuullistaa.

Kun hyväksytään mahdollisuus sovittaa lakiosan täydennysvastuuta, tulee vastattavaksi kysymys, millä edellytyksillä näin voidaan tehdä?

⁸⁹ Näin *Lohi*, LM 1999, s. 49–54 sekä siinä viitatuista lähteistä.

⁹⁰ *Lohi* 2006, s. 229. Ks. myös siinä viitatuista lähteistä, joissa on puollettu palautus- tai korvausvastuun sovittelua ilman nimenomaista säännöstukea.

⁹¹ Täydennysvastuun sovittelua voidaan siis puoltaa myös perintölainsäädännön kehityksen ja PK 7 luvun tulkintaympäristön muutoksella. Yksilöllisiin intresseihin ja niistä mahdollisesti aiheutuviin kohtuuttomuuksiin kiinnitettiin huomiota perintökaaren vuoden 2004 muutosta koskevissa esitöissä, kun pohdittiin osituksessa tai jaossa liikaa omaisuutta saaneen osakkaan palautusvastuuta. Palautusvastuuta on näissä tilanteissa perusteltua sovittaa lähinnä silloin, kun osakas tämän velvollisuuden johdosta on vaarassa joutua huonompaan asemaan kuin missä hän olisi ollut ilman osituksen tai perinnönjaon toimittamista. Tällöin sovittelulla pyritään estämään se, ettei palautusvelvollisen talous romahda. HE 2004:14, s. 41.

Sovittelusääntöjen soveltamisessa on kysymys eri suuntiin vaikuttavien tekijöiden punninnasta. Lakiosan täydennysvelvollisuuden osalta voidaan kiinnittää huomiota muun muassa lahjansaajan lahjasta saamaan hyötyyn sekä hänen toimintaansa lahjoituksen jälkeen. Kysymys on siinä määrin monitahoisesta ongelmasta, ettei sen laajempaan käsittelyyn ole tässä yhteydessä aihetta.⁹²

5.6 Johtopäätökset suosimistarkoituksen toteennäyttämisen osalta

Kun otetaan huomioon mahdollisuus kohtuullistaa täydennysvelvollisuutta, haitta-argumentti ei ole erityisen vahva peruste vyöryttää todistustaakkaa ilman lahjaa jääneelle lakiosaperilliselle tai asettaa suosimistarkoitusta koskeva näyttökynnys korkealle. Toisaalta tilanne ei muutoinkaan ole aina se, että lakiosan täydennysvelvollisuus olisi kohtuutonta suosiolahjan saanutta henkilöä kohtaan. Jos täydennysvelvollinen ei esimerkiksi ole vielä ennättänyt tehdä mitään saamallaan rahavaroilla ja ne ovat koskemattomina hänen tilillään, lakiosan täydennysvastuu ei aiheuta hänelle kovin suurta haittaa.

Todistustaakan osalta edellä lausuttu näyttäisi osin puoltavan niin sanotun ylipainoperiaatteen omaksumista, jolloin tuomioistuimien hylkäisi kiinteät todistustaakkasäännöt ja ratkaisisi asian todennäköisysharkinnan avulla. Tällöin päädyttäisiin mahdollisimman monessa jutussa materiaalisesti oikeaan lopputulokseen. Tätä sinänsä varteenotettavaa vaikuttavaa kantaa on kuitenkin arvosteltu voimakkaasti oikeusturvanäkökohtiin tukeutuen. Käytännössä tuomioistuimet joutuisivat sen mukaan toimiessaan usein olemattoman näytön perusteella arvailemaan, kumman kanta on todennäköisemmin oikea. Mitään todennäköisyysprosentteja ei riita-asioissa kuitenkaan olisi ratkaisun tukena. Lisäksi tämän kannan omaksuminen olisi omiaan johtamaan hyvin laajan näyttöaineiston käyttämiseen. Tästä taas seuraisi helposti oikeudenkäyntien kallistuminen ja viivästyminen tilanteessa, jossa molemmat seikat ovat jo nyt oikeudenhoitomme ongelmakohtia.⁹³

Todistustaakanjakoä pohdittaessa on otettava huomioon myös oikeudenkäymiskaaren säännökset. OK 17:1.1:n mukaan kantajan tulee riita-asiaa koskevassa oikeudenkäynnissä näyttää toteen kannetta tukevat seikat. Meillä on kuitenkin korostettu sitä, ettei todistustaakan jako voi tapahtua osapuolten

⁹² Ks. *Lohi* 2006, s. 230–236, jossa on esitetty vastaavia näkökohtia PK 3:3.2:n tarkoituksesta palautusvastuusta sekä perusteellisempi analyysi vastaavasta problematiikasta.

⁹³ Ks. *Halila* 1955, s. 64–65, jossa esitetään myös muita merkittäviä perusteita puheena olevaa ratkaisumallia vastaan.

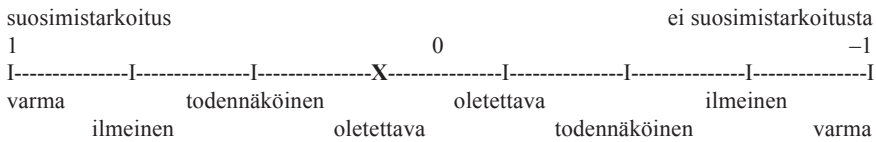
asianosaisaseman (yleensä kantaja ja vastaaja) perusteella.⁹⁴ Lähtökohtana on ollut, että kantajalla on todistustaakka oikeuden syntymisen erityisiin (tyypillisiin) edellytyksiin eli oikeutta perustaviin seikkoihin. Vastaajan on taas näytettävä toteen oikeuden syntymisen yleisten edellytysten puuttuminen eli oikeuden syntymistä ehkäisevät tosiseikat. Hänen vastuulleen kuuluisivat myös oikeutta kumoavat tosiseikat.

Näiden perusteiden mukaan kantajalla olisi todistustaakka suosiolahjan tunnusmerkistön syntymisen osalta. Lakiosan täydennyskannetta ajavan rintaperillisen tulisi siis pystyä osoittamaan lahjanantajan pääasiallinen tarkoitus suosia lahjansaajaa lakiosaperillisen kustannuksella. Varallisuus-oikeuden alueella on kuitenkin todettu, ettei puheena oleva tosiseikkojen kolmijakoon perustuva sääntö riitä ratkaisemaan todistustaakanjakoa koskevaa ongelmaa. Juuri tämän vuoksi on kiinnitetty huomiota edellä mainittuihin todistustaakan jakoperusteisiin. Nämä kuitenkin näyttäisivät jättävän asian vaille selvää vastausta.

Todistustaakanjaon osalta olen kuitenkin valmis päätymään siihen, että lakiosan täydennystä vaativan tulee pystyä näyttämään vaatimuksensa toteen. Tämä ratkaisu sopii paremmin meillä tietoisopissa omaksuttuihin kantoihin ja epäilemättä myös tuomioistuimet toimivat käytännössä tämän suuntaisesti. Tässä omaksuttu kanta suojaaa myös kohtuullisesti saavutettua oikeusasemaa *status quota*. Lisäksi lakiosan täydennystä vaativan tarvitsee osoittaa vain se, että suosiminen on ollut lahjanantajan *määrävin* tavoite. Hänen ei pidä pystyä osoittamaan sitä, että lahja on annettu yksinomaan suosimistarkoituksessa. Myös tämä on omiaan johtamaan kohti aineellisesti oikeudenmukaisia ratkaisuja.

Sen sijaan edellä esitetyt perusteet puoltavat selvästi sitä, että suosimistarkoituksen osalta noudatetaan matalaa näyttökynnystä. Kun näyttökynnys on matala, omaksumani kanta johtaa useimmissa tapauksissa materiaalisesti oikeaan ratkaisuun. Tältä osin päädynkin seuraavaan lopputulokseen: riittää, että ilman lahjaa jäänyt lakiosaperillinen pystyy saattamaan lahjanantajan suosimistarkoituksen edes kohtuullisen todennäköiseksi. Lakiosan täydennyskannetta siis menestyy, kun rintaperillinen pystyy saattamaan oletettavaksi sen, että perittävän pääasiallinen tarkoitus on ollut suosia lahjan saanutta tahoja lakiosaperillisen vahingoksi. Aiemmin esitettyyn kaavioon sijoitettuna todistustaakkapiste sijaitsee näin ollen hieman 0-pisteen vasemmalla puolella (kohdassa X).

⁹⁴ Halila 1955, s. 90–91.



Käytännössä todistusarvopiste, eli se todennäköisyystaso, johon suosimistarkoitusta koskeva todistelu on in concreto yltänyt, liikkuu oikeudenkäynnin aikana. Oikeudenkäynnin aluksi suosimistarkoitukseen vetoava rintaperillinen voi onnistua todistelullaan pääsemään todistustaakkapisteen (kaaviossa X-kohta) vasemmalle puolelle. Hän siis saattaa suosimistarkoituksen riittävän todennäköiseksi. Tähän hän saattaa päästä näyttämällä, että perittävä on antanut lahjan, joka on huomattavan suuri suhteessa hänen varallisuuteensa.

Tämän jälkeen lahjansaaja voi puolestaan osoittaa, että lahjanantaja on luovutuksellaan tavoitellut olennaisesti muita päämääriä kuin suosimista. Lahjansaaja pystyy ehkä näyttämään, että esimerkiksi maatilan luovutus on tehty sukupolvenvaihdostarkoituksessa. Tällöin todistusarvopiste siirtyy todistustaakkapisteen oikealle puolelle. Jos todistelu päättyy tähän, lakiosaperillisen täydennyskanne ei menesty. Ilman lahjaa jäänyt perillinen voi kuitenkin tämän jälkeen pystyä osoittamaan, että maatila olisi pystytty helposti siirtämään maatilatalouden jatkajalle myös muulla tavoin kuin lahjoittamalla koko tila kaikkine maa-alueineen lahjansaajalle. Lahjanluontoisella oikeustoimella siirrettyyn maatalaan saattaa esimerkiksi kuulua niin suuri metsäomaisuus, että rintaperillisten lakiosaoikeus olisi voitu turvata sen avulla. Tämän seikan osoittamisella suosimistarkoitukseen vetoava perillinen pystyy ehkä siirtämään todistusarvopisteen jälleen todistustaakkapisteen vasemmalle puolelle. Mikäli todistelu päättyy tähän, lakiosan täydennyskanne menestyy. Ratkaisevaahan on, missä todistusarvopiste sijaitsee in concreto, kun todistelu päättyy.

6 LOPUKSI

6.1 Yhteenvedoa

Tässä kirjoituksessa esitetyt kannanotot poikkeavat usealta osin siitä, mitä oikeuskirjallisuudessamme on aiemmin esitetty. Esimerkiksi yritysten sukupolvenvaihdoksiin olen omaksunut jossain määrin erilaisen linjan kuin mitä

esimerkiksi Aarnio ja Kangas ovat edustaneet.⁹⁵ Tämän kysymyksen osalta olen kirjoituksessani kiinnittänyt huomiota erityisesti siihen, minkälaiset mahdollisuudet lahjanantajalla on saattaa rintaperillisensä tasa-arvoiseen asemaan ilman, että varsinaisen yritystoiminnan edellytykset vaarantuvat tai lahjanantajan oma taloudellinen turvallisuus joutuu uhanalaiseksi.

Olen suhtautunut suosimiseen suosiolahjan tunnusmerkkinä hieman totutusta poikkeavalla tavalla. Lahjanantajan suosimistarkoitukseen keskittyvä arviointi usein yksinkertaistaa liikaa lahjanantamistilannetta ja saattaa pahimmillaan johtaa suosiolahjan tunnusmerkistön olemassaolon pohdintaa harhaan. Lahjanantaja on saattanut haluta suosia lahjansaajaa, mutta suosiminen on ollut ehkä vain yksi hänen tavoitteistaan. Lahjanantajalla on voinut olla tekemälleen järjestelylle myös sellaisia suojaamisen arvoisia tarkoituksia, joita ei olisi voinut saavuttaa muuten kuin suosimalla yhtä perillistä. Tällöin kyse ei ole PK 7:3.3:n tarkoittamasta suosiolahjasta. Perittävän pääasiallinen tarkoitus ei ole ollut lahjansaajan suosiminen.

Olen myös kyseenalaistanut suosiolahjaolettaman tarpeellisuuden. Tämä olettama pikemminkin hämärtää kuin kirkastaa (pääasiallisen) suosimistarkoituksen olemassaoloa koskevaa harkintaa. Lisäksi olen tarkastellut näyttökysymyksiä toisin kuin mitä jäämistöoikeudellisessa kirjallisuudessa on yleensä tehty.⁹⁶ Näyttökysymyksiä on perusteltua arvioida myös todistusoikeudellisia oppeja vasten. Tällöin suosimistarkoitusta koskeva näytön arviointi näyttäytyy osin toisessa valossa kuin pelkän jäämistöoikeudellisen materiaalin nojalla. Kaikkien näiden kysymysten osalta näkemys erot lie-nevät enemmän teoreettisia kuin käytännöllisiä. Ratkaisun lopputulokseen valituilla näkemyksillä ei useimmissa tapauksissa lie-ne vaikutusta.⁹⁷

6.2 De lege ferenda

Suosiolahjasääntelyä ehdotettiin meillä vuonna 1998 lakkautettavaksi.⁹⁸ Vuonna 2000 PK 7:3.3:a taas esitettiin muutettavaksi siten, että suosiolahjan huomioon ottaminen lakiosaa laskettaessa olisi kytketty perittävän tarkoitukseen. Lakiosalaskelmassa suosiolahjaa ei sanotun ehdotuksen mukaan olisi lisätty pesän varoihin, jos perittävän tahdonilmaisun perus-

⁹⁵ Aarnio – Kangas 2009, s. 851–853.

⁹⁶ Saarenpää 1980, s. 327 ja toisin Aarnio – Kangas 2009, s. 849–850.

⁹⁷ Esimerkiksi näyttökynnyksen ja todistustaakan jakoa koskevien kysymysten erottaminen toisistaan on teoreettinen tapa hahmottaa asia. Siinä on kysymys pikemminkin näyttöratkaisun kuvaamisesta kuin normatiivisen ratkaisuohteen antamisesta. Käytännössä tuomari ottaa samalla kertaa kantaa molempiin kysymyksiin. Näin myös Lappalainen 2001, s. 297–298.

⁹⁸ HE 1998:117, s. 1 ss.

teella olisi ollut selvää, ettei tämä ole ollut perittävän tarkoitus.⁹⁹ Molemmat ehdotukset perustuivat paljolti siihen, että suosiolahjaa koskevan sääntelyn katsottiin rajoittavan liaksi henkilön oikeutta lahjoittaa omaisuuttaan elinaikanaan. Tätä ei ehdotuksissa pidetty nykyoloissa aiheellisena, koska lakiosasäännöstöllä ei enää ole juurikaan merkitystä perillisten elämän perusedellytysten turvaajana.¹⁰⁰ Tässä suhteessa tilanne on varmasti toinen kuin perintökaarta laadittaessa. Lisäksi yhteiskunta on individualisoitunut ja ihmiset kiinnittyvät sukuunsa entistä heikommin sitein. Myös perheoikeus on kehittynyt individualistiseen suuntaan.¹⁰¹ Esimerkiksi sopimusvapaus puolisoitten välillä on kasvanut.¹⁰²

Suosiolahjasääntelyn rajoittamista perusteltiin myös elinkeino-omaisuuden siirtämisen vaikeutumisella.¹⁰³ Etenkin maatilaomaisuus on perinteisesti ollut lainsäätäjän mielenkiinnon kohteena; tilakoko on haluttu pitää riittävän isona, jotta se tarjoaa maatilatalouden harjoittajalle toimeentulon. Silti myös maatilojen sukupolvenvaihdoksissa on pyritty perillisten keskinäiseen tasapuolisuuteen siitä huolimatta, että tämän seurauksena maatilatalouden kannalta hyödyllisiä varoja ohjautuu tilanpidonjatkajan sisaruksille.¹⁰⁴ Meillä on siis jo pitkään ollut pyrkimys toteuttaa perillisten välistä tasaa arvoa ja yhdenvertaisuutta lakiosainstituution avulla siinä määrin kuin se on mahdollista lahjansaajan elinkeinotoimintaa kohtuuttomasti vaarantamatta.

Yritysten sukupolvenvaihdosten osalta viitataan tämän kirjoituksen 2.2.3 jaksossa lausuttuun. Siitä käy ilmi, että perittävällä on jo nyt käytettävissään useita (lähinnä) yhtiöoikeudellisia keinoja, joilla hän pystyy siirtämään elinkeino-omaisuutta työnsä jatkajalle suositamatta tätä kohtuuttomasti. Myöskään

⁹⁹ HE 2000:77, s. 2 ss.

¹⁰⁰ Ks. esim. HE 1998:117, s. 1 ss.

¹⁰¹ *Helin*, LM 2004, s. 1244–1266. *Helin* käsittelee artikkelissaan kuitenkin ainoastaan avioliitto-, lapsi- ja edunvalvontaoikeudellisia kysymyksiä. Jäämistöoikeus jää hänen tarkastelunsa ulkopuolelle. Kehitys ei ole perheoikeuden piirissäkään ollut täysin yksisuuntaista. Esimerkiksi 1.1.1988 voimaan tulleen AL 103 b §:n osituksen sovittelusäännön taustalla voi nähdä yhteisöllisen ihanteen siltä osin, kun siinä annetaan merkitystä perheen hyväksi tehdylle työlle. Ks. *Välimäki* 1995, s. 74 ss. ja *Helin*, LM 2004, s. 1260.

¹⁰² Yhtenä esimerkkinä tästä on ratkaisu KKO 1985 I 1. Siinä A ja B olivat ennen avioliiton päättämistä tehneet avioehtosopimuksen, keskinäisen testamentin ja sopimuksen mahdollisen asumus- tai avioeron varalta, jossa A oli sitoutunut suorittamaan B:lle elatusapua ja korvausta B:n avioliiton takia tekemistä taloudellisista uhrauksista ja jossa lisäksi oli sovittu B:n asumisoikeudesta A:n ja B:n yhteisessä asunnossa. Kun A ja B tuomittiin asumuseroon, katsottiin mainittu asumus- tai avioeron varalta tehty sopimus päteväksi ja B:n sopimukseen perustuvat vaatimukset hyväksyttiin. Perinteisen doktriinin mukaan sopimus olisi katsottu pätemättömäksi, koska avio- ja asumiseron varalta laadittu sopimus oli tehty jo ennen avioliiton solmimista. Korkein oikeus kuitenkin katsoi, ettei puolisoitten sopimusvapautta ole avioliittolaissa tällä tavoin rajoitettu.

¹⁰³ Ks. HE 1998:177, s. 1 ss.

¹⁰⁴ Oikeusministeriö, Lausuntoja ja selvityksiä 2005:10, PK:n uudistamistarpeet. Lausunnotiivistelmä s. 17.

käytännössä suosiolahjakanteet eivät juuri kohdistu yritysvarallisuuteen.¹⁰⁵

Rintaperillisten lakiosaoikeuteen on itse asiassa nykyisen perintökaaren voimassa ollessa kajottu jo useampaankin kertaan. Reaalinen lakiosajäämistö pieneni useissa tapauksissa lesken tasinkoetuoikeutta koskevan AL 103.2 §:n säätämisedellä. Lakiosaoikeuteen puututtiin myös lesken ns. asumissuojaa kokevan normin (PK 3:1a) nojalla. Merkittävä oli myös PK 7:5.2:n muutos, jonka mukaan testamentinsaaja voi suorittaa lakiosaperilliselle tämän lakiosasta puuttuvan määrän rahana, ellei tätä ole testamentissa kielletty. Tämän muutoksen myötä meillä siirryttiin esinekohtaisesta lakiosajärjestelmästä arvomääräiseen lakiosajärjestelmään. Tämä lainmuutos paransi legaatinsaajan asemaa lakiosaperillisen kustannuksella.¹⁰⁶

Avainkysymys on, onko tätä perheoikeuden piirissä alkanutta, osin individualistista kehitystä syytä jatkaa suosiolahjaan voimakkaasti puuttumalla. Lakiosa on juurtunut vahvasti suomalaisten oikeudenmukaisuuskäsitykseen. Sen perustana on jo 1800-luvun saksalaisessa ja pohjoismaisessa perheoikeudessa toteutunut yhteisöllisyys. Tässä suhteessa mannereurooppalainen ja pohjoismainen oikeuskäsitys poikkeaa individualismia korostavista common law -maiden oikeusjärjestyksistä. Viimeksi mainitut rakentuvat yleensä täydellisen testamenttausvapauden periaatteelle. Meillä lakiosa toteuttaa edelleen vanhemmuudelle asetettavia eettisiä ja tasapuolisuuden vaatimuksia. Lakiosa on Mia Korpiolan sanoin ”kohtuullisuuden ja oikeudenmukaisuuden nimissä tehty äärimmäisen individualismin rajoitus”.¹⁰⁷ Lakiosaoikeuden merkitystä suomalaisten oikeustajunnassa kuvaa kansanedustajien¹⁰⁸ ja useiden lausunnonantajien torjuva suhtautuminen lakiosan rajoittamista koskevaan ehdotukseen.¹⁰⁹

Suomessa tapahtunut arvojen ja asenteiden jonkinasteinen individualisoitumien ei siis näyttäisi johtaneen sellaiseen vallitsevaan oikeuskäsitykseen, ettei vanhempien edelleen täytyisi edes jossain määrin suhtautua tasapuolisesti jälkeläisiinsä. Kysymys on vieläkin arvovalinnasta perittävän itsemääräämisoikeuden ja rintaperillisten tasa-arvoisuuden välillä. Perittävähen joka tapauksessa pystyy suosimaan haluamaansa jälkeläistä tai tämän intressipiiriin kuuluvaa henkilöä merkittävällä tavalla jo nykyisen lakiosasääntelyn puitteissa. Kysymys on nykyjärjestelmässäkkin vain eräänlaisesta minimitasaa-arvoisuudesta rintaperillisten välillä.

¹⁰⁵ Ks. *Salonen*, DL 2000 s. 57. Salosen tutkimusaineiston 123 suosiolahjakanteesta ai-noastaan yksi kohdistui perheyhtiön osakkeisiin ja sekkin vain osaksi. Tapauksessa oli kysymys myös muun omaisuuden kuin yritysvarallisuuden lahjoittamisesta.

¹⁰⁶ Perittävä voi toki halutessaan kieltää rahasuorituksen testamentissaan (PK 7:5.2).

¹⁰⁷ Ks. *Korpiola*, LM 2010, s. 1342–1360, erityisesti 1357–1359.

¹⁰⁸ Kansanedustajat torjuivat lakiosan muutos ehdotuksen äänin 199–0.

¹⁰⁹ Ks. Oikeusministeriö. Lausunnot ja selvityksiä 2005:10, PK:n uudistamistarpeet. Lau-suntotiivistelmä s. 17–19.

Meillä Urpo Kangas on puolustanut voimakkaasti lakiosasta luopumista tai ainakin sen suojan heikentämistä. Kangas näkee lakiosasäännöstöön puuttumisen johdonmukaisena seurauksena talousjärjestelmämme taustalla olevalle ideologialle, jonka mukaan mahdollisimman suuri omistajan vapaus tuottaa yhteiskunnassa parhaan mahdollisen lopputuloksen.¹¹⁰ Tällainen argumentointi muistuttaa ns. neoklassisen taloustieteen perusväittämiä, jossa lähtökohtana on oletus vapaasti toimivista ideaalisista markkinoista, joissa syntyy aina tehokas kilpailu. Jos kilpailu puuttuu tai häiriintyy, tämä selitetään markkinaolosuhteiden häiriöllä.

Neoklassista (liberalistista) koulukuntaa on arvosteltu ns. neoinstituution lähtökohdista käsin. Tällöin lähtökohtana ovat todelliset eivätkä ideaaliset markkinat. Viimeksi mainitun koulukunnan johtopäätöksenä on, etteivät täysin sääntelemättömät markkinat pysty toimimaan yhteiskunnan kannalta tyydyttävästi kuin poikkeustilanteissa.¹¹¹ Liberalistinen käsitys omistajan mahdollisimman suuresta vapaudesta yhteiskunnan kannalta parhaana ratkaisuna on varmasti kyseenalainen. Tähän keskusteluun ei tässä yhteydessä liene syytä enemmälti puuttua.¹¹²

Lakiosaoikeuden heikentäminen on omiaan johtamaan omistuksen keskittymiseen yhteiskunnassa. Omistuksen keskittyminen taas voi johtaa, etenkin Suomen kaltaisessa pienessä maassa, markkinoiden keskittymiseen. Tämä taas saattaa johtaa kilpailun vähenemiseen ja pahimmillaan suorastaan monopolitilanteeseen. Tällainen kehitys ei ole yhteiskunnan kokonaisedun mukaista.

Suosiolahjainstituution poistamista puoltavat talouden tehokkuuteen perustuvat argumentit ovat usein kiistanalaisia. Ne eivät sinänsä ole ainakaan kokonaisuudessaan vääriä, mutta niitä on ylikorostettu. Joka tapauksessa taloudelliset tehokkuusargumentit on perintökaaren kaltaisessa ihmisiä lähellä olevassa säädöksessä alistettava oikeudenmukaisuusargumenteille. Viimeksi mainituille on esitettävissä yleisesti hyväksyttävä moraalinen perustelu.¹¹³

Perimys on osa sitä mekanismia, joka siirtää yksilöiden välisiä samanlaisia sosiaalisia mahdollisuuksia sukupolvelta toiselle.¹¹⁴ Lakimääräinen perimys

¹¹⁰ Kangas, DL 2004, s. 598.

¹¹¹ Timonen 1997, s. 96–101.

¹¹² Mainitsen kuitenkin, että tätä artikkelia kirjoittaessani elämme aikoja, jolloin pidikkeiden omistajan vapaus on juuri aiheuttanut länsimaisille yhteiskunnille valtavia kustannuksia rahoitussektorin kriisin seurauksena. Osasyynä Yhdysvalloista Lehman Brothers -investointipankin kaatumisesta alkusysäyksensä saaneeseen finanssikriisiin oli nimenomaan pankkien (viime kädessä pankin omistajien) vapaus kehittää uusia yhteiskunnan kokonaisedun kannalta vaarallisia rahoitusinstrumentteja sekä kansantalouden kannalta liialliseen riskinottoon yllyttäviä rahoituslaitosten sisäisiä kannustinjärjestelmiä.

¹¹³ Samansuuntaisesti on taloudellisen tehokkuuden ja oikeudenmukaisuuden ristiriidan ratkaisemista pohtinut Pekka Timonen. Ks. Timonen 1997, s. 102.

¹¹⁴ Ks. Kangas, LM 1984, s. 1056–1057. Siinä kirjoittaja viittaa Englantilaiseen ja Amerik-

ja tehokas lakiosainstituutio ovat edelleen keinoja vaikuttaa varallisuuden jakautumiseen yhteiskunnassa. Suosiolahjan olemassaolo liittyy perintölainsäädännön distributiiviseen ongelmaan eli siihen, ketkä saavat ja missä suhteessa omaisuutta perittävän jälkeen. Tämä distributiivinen ongelma on viime kädessä oikeudenmukaisuuskysymys. Myös suosiolahjainstituution tulee tyydyttää kansalaisten perusteltuja oikeudenmukaisuusodotuksia.¹¹⁵ Tätä tarkoitusta suosiolahjasäännös toteuttaa varsin tehokkaasti. Ilman suosiolahjasäännöstä lakiosasäännöstö olisi hampaaton. Perintölainsäädännön tavoitteiden määrittely on arvostuskysymys. Lainsäätäjän tarkoitusperät määrittävät perimyksen tehtävät.¹¹⁶ Perimyksen yhdeksi tehtäväksi on nähty sosiaalisten rakenteiden lujittaminen. Tämän tehtävän toteutumista on vaikea nähdä edistävän sen, että perittävän koko omaisuus, tai valtaosa siitä, voidaan siirtää vain yhdelle perilliselle.¹¹⁷

Kysymys ei ole vain lakiosajärjestelmän poistamiseen liittyvistä taloudellisista seurauksista. Länsimaisissa *oikeus*järjestelmissä rajoituksettoman vapauden on jo pitkään katsottu tuottavan yhteiskunnille ongelmia, joiden vuoksi siihen on ollut syytä puuttua lainsäädännöllisin toimenpitein. Esimerkiksi taloudellisten toimijoiden maksimaalisen suuri vapaus yhteiskunnan kokonaisedun kannalta parhaana ratkaisuna on sopimusoikeuden puolella selvästi torjuttu. Sopimusvapauden olennaisimpaan osa-alueeseen, sisältövuapauteen, on toistuvasti puututtu. Syynä ei tosin yleensä ole niinkään ollut yhteiskunnan kokonaisuutta koskeva punninta, vaan heikomman osapuolen suojan tehostaminen.¹¹⁸ Tämä argumentti ei ole aivan merkityksetön myöskään lakiosasuojaa koskevassa arvioinnissa.

Testamentin ja sopimuksen laatiminen ovat molemmat usein vaativia oikeustoimia. Sopimusoikeuden puolella on hylätty illuusio rationaalisesta sopimuksentekijästä. Ilmeistä on, ettei perittävä aina kykene toimimaan rationaalisesti ja tekemään omien tarkoituseriensä kannalta parasta mahdollista testamenttia. Hän tekee ratkaisuja puutteellisen ja ehkä myös vääristyneen

kalaiseen tutkimukseen, jossa sukuhaarojen varallisuuden on todettu olevan merkittävästi kiinni siitä, millaiset taloudelliset edellytykset kullakin sukuhaaralla oli viisi sukupolvea aiemmin.

¹¹⁵ Näihin odotuksiin liittyy myös perimyksen tehtävä pettymysten ehkäisijänä. Jeremy Bentham on todennut tämän yhtenä perimyslainsäädännön tehtävänä. Ks. *Bentham* 1975, s. 108.

¹¹⁶ *Kangas*, LM 1984, s. 1052.

¹¹⁷ Hyvä esimerkki sosiaalisten suhteiden hajoamisesta yhden perillisen suosimisen johdosta on Suomen ehkä tällä hetkellä rikkaimman suvun jäsenten välirikko, kun isä siirsi pääosan omaisuudestaan yhdelle neljästä lapsestaan. Kyse on tietysti Kone OYJ:n pääomistajana olleen Pekka Herlinin toimista, joilla hän siirsi edellä mainitun yhtiön vallan ja pääomituksen pojalleen Antille. Nämä tapahtumat on kuvattu teoksessa *Simon, John*, Koneen ruhtinas (2009).

¹¹⁸ *Hemmo* 2003, s. 72.

informaation perusteella. Epävarmaa on, tekeekö perittävä todellisuudessa vapaan ja rationaalisen päätöksen esimerkiksi silloin, kun hän lahjoittaa tai testamenttaa koko omaisuutensa yhdelle perilliselleen. Kun sopimus-oikeuden piirissä on hylätty illuusio rationaalisesta sopimuksentekijästä, tätä illuusiota ei ole syytä ylläpitää myöskään jäämistöoikeuden piirissä. Perittävä ei aina pysty tekemään rationaalisia ratkaisuja myöskään lahjoja tai testamentteja koskevissa oikeustoimissa. Etenkin testamentit tehdään usein varsin iäkkäänä.¹¹⁹ Tuolloin vanhus saattaa olla jo varsin altis ulkopuolisille vaikutteille.¹²⁰ Lakiosaoikeus on omiaan rajaamaan mahdollisen väärien edellytysten vallitessa tehdyn päätöksen vaikutuksia.

Suosiolahjasäännöstöä voidaankin perustella – ehkä hieman yllättäen – myös perittävän tahdonautonomiamaa kunnioittavasta näkökulmasta. Vanhusväestö joutuu usein taivuttelun kohteeksi. Heitä saatetaan painostaa testamentin tekemisen lisäksi myös lahjan antamiseen. Tällöin lahja saatetaan antaa ilman sitä koskevaa tahtoa. Suosiolahjasäännöstöllä on näissä tilanteissa merkitystä, kun lahja voidaan ottaa huomioon laskennallisena lisäyksenä ja näin ehkä joskus päästä perittävänkin tahtoa lopulta vastaavaan lopputulokseen. Tällä tavalla voidaan tehdä myös silloin, kun luovutuksen näyttäminen pätemättömäksi olisi vaikeata.¹²¹ Toki suosiolahjasäännöstö enemmän rajoittaa kuin suojaa perittävää.¹²² Näin tahdonautonomia-argumentilla ei sinänsä voida perustella suosiolahjasääntelyn olemassaoloa. Tämä peruste ei kuitenkaan täysin yksiselitteisesti puolla lakiosasääntelyn muuttamista ehdotetuilla tavoilla.¹²³

Toisaalta suosiolahjasäännöstö suojaa myös rintaperillisiä. Se asettaa heihin kohdistuvalle vanhempien painostukselle rajat. Sopimatonta painostustahan saattaa tulla myös tältä taholta. Lisäksi lakiosaoikeus saattaa rauhoittaa tilannetta perheen sisällä. Ensinnäkin se voi vähentää lasten

¹¹⁹ Ks. *Kangas* 1996, s. 107–109, jossa esitetään, että testamentintekijöiden keski-ikä viimeisen jälkisaädöksen laatimishetkellä on 68–69 vuotta.

¹²⁰ Tähän toki voidaan vaikuttaa muutoinkin kuin lakiosajärjestelmän avulla. Yksi keino on ns. notariaattitestamenti. Monissa maissa testamentintekijän todellisen tahdon toteutumista turvataan sillä, että testamentti on tehtävä laillistetun notaarin edessä. Ks. *Aarnio – Kangas* 2008, s. 94–95, jossa pohditaan vaatimukset täyttävän tahon edessä tehtävää testamentin määrämöuotoa oikeusvarmuustekijänä.

¹²¹ *Saarenpää* 1999, s. 436.

¹²² Tärkeä argumentti suosiolahjasäännöstön lakkauttamisen puolesta on se, että tämä säännöstö on omiaan aiheuttamaan riitoja sisarusten välillä. Toisaalta perillisten epätasa-arvoisesta kohtelusta kumpuava kauna saattaisi joka tapauksessa kanavoitua jotain toista tietä tuomioistuimeen, esimerkiksi oikeustoimen pätemättömyyttä tarkoittavana kanteena. Näitä riitoja tieto suosiolahjainstituutin olemassaolosta saattaa jopa ehkäistä, jos perittävä tämän normin olemassaolosta tietoisena pidättäytyy lahjan antamisesta. Käytännössä näin tosin käynee ainoastaan harvoin.

¹²³ Ks. myös *Saarenpää* 1994, s. 128–129, jossa kirjoittaja puolustaa lakiosasäännöstön tarpeellisuutta.

välillä kilpailua perittävän eläessä. Perittävän kuoltua nykyisenkaltainen lakiosasäännöstö taas on omiaan vähentämään testamentin moitekanteita. Tehokas lakiosaoikeus myös tasaa varallisuuseroja ja estää omaisuuden keskittymistä vain harvoille. Ennen kaikkea se edistää eri avioliitosta olevien rintaperillisten tasa-arvoista kohtelua. Ilmeistä on, että aikaisemmista avioliitosta olevat perilliset jäisivät ilman lakiosaoikeutta usein huonompaan asemaan kuin viimeisestä avioliitosta olevat lapset.¹²⁴

Kaikkia näitä esitettyjä näkökohtia voidaan toki perustellusti kritisoida. Osa edellä mainituista lakiosaa puolustavista argumenteista on esitetty jo oikeusministeriön perintökaaren uudistamistarpeita käsitelleen työryhmän mietinnössä OM 2004:6. Näitä perusteluja vastaan esitettiin kriittisiä huomautuksia. Huomautusten sisältö oli suurimmalta osaltaan se, ettei lakiosajärjestelmää voida *kokonaisuudessaan* perustella sanotuilla argumenteilla, koska aina löytyy tapauksia, joissa sanotuilla perusteluilla ei ole mitään merkitystä. Näin varmasti on. Sama vajavaisuus koskee yleensä useimpia muitakin lakeja ja lakiuudistuksia. Joku ratkaisu on silti valittava. Valinta on syytä tehdä pohtimalla valittujen vaihtoehtojen seuraamuksia pikemminkin normaalitapauksia kuin harvinaisia erityistapauksia silmällä pitäen.

Lakiosasäännöstöä ei edellä sanotusta huolimatta ole tarpeen ylläpitää täysin muuttumattomana. Lakiosajärjestelmämme ei ole vailla epäkohtia. Yhtenä epäkohtana on pidetty sitä, että meillä ei ole mitään aikarajaa sen osalta, kuinka vanhoja luovutuksia on mahdollista ottaa huomioon rintaperillisten lakiosia laskettaessa. Tämä on omiaan haittaamaan oikeusvarmuutta.¹²⁵

Käytännön oikeudenhoidon kannalta aikarajan puuttuminen on epäkohta. Se johtaa helposti erilaisiin ratkaisuihin eri tuomioistuimissa. Koska hyvin vanhoihin luovutuksiin puuttuminen aiheuttaa muutenkin oikeudellista epävarmuutta, joku aikaraja olisi syytä säätää.¹²⁶ Sopiva aika on 10 vuotta perittävän kuolemasta laskettuna. Tätä vanhempia luovutuksia ei ole syytä ottaa huomioon lakiosia laskettaessa. Muulla tavalla lakiosaoikeutta ei ole mielestäni tarpeen rajoittaa.¹²⁷

Toisaalta suosiolahjan avoin tunnusmerkistö ilman kiinteitä aikarajoja on nähty myös hyödyllisenä. Se antaa mahdollisuuden tapauskohtaiseen ja

¹²⁴ Lakiosasäännösten muuttamista koskevassa eduskuntakeskustelussa kannettiin huolta myös sukupuolten välisestä tasa-arvosta. Pelkona oli, että perittävä usein suosisi toimillaan nimenomaan poikia.

¹²⁵ *Rautiala* 1967, s. 129.

¹²⁶ Ks. *Aarnio – Kangas* 2009, s. 84, jossa todetaan oikeuskäytännön tarkastelun perusteella tämä epävarmuus. Suosiolahjana on pidetty jopa 21 vuotta ennen perittävän kuolemaa tapahtunutta luovutusta (Vaasan HO 15.12.1992/ S 92/20).

¹²⁷ Tämän tyyppinen lakiosaoikeuden rajoittaminen sai varsin paljon kannatusta myös perintökaaren uudistamistarpeita tutkineen työryhmän mietinnössä. Ks. Oikeusministeriö. Lausuntoja ja selvityksiä 2005:10, PK:n uudistamistarpeet. Lausuntotiivistelmä s. 18.

yleisempäänkin säännöstön rajaamiseen.¹²⁸ Joustavat oikeusnormit ovatkin hyödyllisiä, kun niitä osataan käyttää oikein. Tällöin ratkaisija joutuu itse luomaan tapausta varten oman norminsa. Pertti Välimäki on maininnut pesänjakajia koskien, että on elämälle vierasta olettaa heidän räätälöivän aina kuhunkin jakoon sopivan ratkaisun.¹²⁹ Sama koskee tuomioistuimia. Alemmissa oikeusasteissa lainsoveltaminen on normien noudattamista eikä niiden luomista. Tuomareilla ei usein yksinkertaisesti ole riittävästi aikaa käytettävissään ratkaisun perusteelliseen pohtimiseen. Tämän vuoksi kiinteä aikaraja on oikeusvarmuuden kannalta paras ratkaisu. Selkeänä normina kiinteä aikaraja on myös omiaan vähentämään tuomioistuimeen meneviä lakiosariitoja.

Vastaavista syistä en näe perusteltuna sitä, että rintaperillisiä alettaisiin suojata lakiosan sijasta common law -oikeuden tapaan harkinnanvaraisilla etuuksilla.¹³⁰ Tällaisia harkinnanvaraisia säännöksiä ovat meillä nykyisin PK 8 luvun avustusta koskevat normit. PK 8 luku on perusluonteeltaan kohtuullistamissäännöstö. Siinä lainsoveltajalle annetaan mahdollisuus *in casu* -harkintaan. PK 8 luvun avustussäännöksiä sovellettaessa tarkastellaan nimenomaan sitä, mikä on perillisen tarve perittävän kuoltua saada pesästä muita enemmän omaisuutta.¹³¹ Näillä normeilla tavoitellaan paljolti samaa kuin common law -oikeuden sisältämällä ”lakiosasuojan korvaavilla” harkinnanvaraisilla etuuksilla. PK 8 luvun avustussäännöksiä käytetään hyvin vähän. Ne ovat ilmeisesti eräällä tavalla tyhjäksi ymmärrettyjä normeja. Tällaista säännöstä jätetään yksinkertaisesti soveltamatta.¹³²

Sama vaara uhkasi myös rintaperillistä suojaavia harkinnanvaraisia suosiasäännöksiä. Markku Helin on esittänyt, että liian korkean ratkaisufunktion omaava sääntö on arvoton niissä enemmistön muodostavissa tapauksissa, joissa asia ei joudu tuomioistuimen ratkaistavaksi.¹³³ Itse näen korkean ratkaisufunktion yhtä ongelmalliseksi tuomioistuimille kuin pesänjakajille. Ratkaisun räätälöintiin kunkin tapauksen yksityiskohtien vaatimalla tavalla on mahdollisuuksia ehkä vasta korkeimmassa oikeudessa. Alemmiltä oikeusasteilta puuttuu usein sekä aika että kyky soveltaa puheena olevia säännöksiä. Rintaperillisille mahdollisesti myönnettävät harkinnanvaraiset etuudet olisivat omiaan heikentämään ratkaisujen ennakoitavuutta ja näin myös oikeusvarmuutta. Lisäksi ne saattaisivat lisätä perillisten keskinäisten oikeudenkäyntien määrää.

¹²⁸ Saarenpää 1980, s. 342.

¹²⁹ Välimäki 1995, s. 26.

¹³⁰ Tämä mahdollisuus tuodaan esille teoksessa *Aarnio – Kangas* 2009, s. 815.

¹³¹ Saarenpää 1994, s. 199.

¹³² Välimäki 1995, s. 27.

¹³³ Helin 1988, s. 388.

Lakiosaoikeutta on harkittu rajoitettavan myös puuttumalla suhteelliseen tai arvomääräiseen lakiosaan. Arvomääräistä lakiosaa on ajateltu rajoitettavan säätämällä lakiosalle enimmäissuuruus.¹³⁴ Lakiosaoikeuden rajoittaminen suhteelliseen lakiosaan puuttumalla muuttaisi liian paljon nykyistä lakiosajärjestelmää. Samoin tekisi lakiosan enimmäissuuruuden säätäminen. Jo nykyinen lakiosajärjestelmämme antaa perittävälle riittävästi päätäntävaltaa jäämistönsä jakautumiseen. Rintaperilliset voi nytkin tarpeen vaatiessa asettaa hyvin erilaiseen asemaan toisiinsa nähden. Kun esimerkiksi perittävän oma etu tai vaikkapa yrityksen sukupolvenvaihdos sitä vaatii, rintaperillisen ei tarvitse saada läheskään puolta perintöosastaan. Myös laskennallisia lisäyksiä koskevat arvostussäännöt (PK 6:5 ja PK 7:3.3) ovat omiaan johtamaan useimmissa tilanteissa samaan lopputulokseen. Kun perittävän antamat lahjat otetaan pääsäännön mukaan jaossa huomioon niiden vastaanottamishetken arvon mukaan, normaalioloissa (muun muassa inflaation vuoksi) arvonmuutokset koituvat lahjansaajan hyväksi.

Lakiosaoikeuteen on haluttu puuttua myös siten, ettei suosiolahjan perusteella enää voisi määrätä lakiosan täydennysvelvollisuutta.¹³⁵ Lahjansaajan täydennysvelvollisuuden poistaminen tekisi lakiosasäännöstöstä hampaattoman.¹³⁶ Se ei enää toteuttaisi lakiosasääntelyn taustalla olevaa ajatusta siitä, että vanhempien tulee suhtautua lapsiinsa tasapuolisesti ja lasten on saatava oikeudellista suojaa, jollei näin tapahdu.¹³⁷ Kuten edellä on käynyt ilmi, tämä lakiosanormiston perinteinen tausta-ajatus elää yhä suomalaisten oikeustajunnassa.

Itse uskon edellä esitettyjen lakiosaoikeuden säilyttämistä puoltavien argumenttien olevan merkittävämpiä kuin sen rajoittamista koskevien perustelujen. Kansan syvien rivien oikeustajuntaan juurtuneita normeja ei ole perusteltua muuttaa esittämäni enempää ainakaan niiden argumenttien perusteella, mitä lakiosaoikeuden rajoittamista koskevissa lausunnoissa on esitetty. Perittävä ei toimi tyhjiössä. Perittävä on lähtöisin tietystä suvusta, josta hän on saanut aineelliset ja henkiset lähtökohdat elämälleen. Tähän liittyen lakiosaoikeuden perustelu voidaan nähdä myös siinä, että jokaisella on oikeus saada osansa edellisen sukupolven varallisuudesta. Tämä yhteisöllinen lähtökohta on edelleen voimissaan myös Suomessa.

¹³⁴ Oikeusministeriö. Lausuntoja ja selvityksiä 2005:10, PK:n uudistamistarpeet. Lausunnotiivistelmä s. 17.

¹³⁵ Oikeusministeriö. Lausuntoja ja selvityksiä 2005:10, PK:n uudistamistarpeet. Lausunnotiivistelmä s. 17 ja 19.

¹³⁶ Saarenpää onkin kuvannut suosiolahjasäännöstä lakiosajärjestelmän ”tehonyrkiksi”. Ajallisesti avoimena ja saajamäärittelyltään laajana se on lakiosajärjestelmän tehokkuuden tae. Näin Saarenpää 1994, s. 186.

¹³⁷ Lakivaliokunnan mietintö 1950:18, s. 4. Ks. myös KKO:n lausunto 1949, s. 16.

LÄHTEET

- Aarnio, Aulis – Kangas Urpo*: Suomen jäämistöoikeus I. 5. uudistettu painos. Helsinki 2009.
- Aarnio, Aulis – Kangas Urpo*: Suomen jäämistöoikeus II. Testamenttioikeus. 4. uudistettu laitos. Helsinki 2008.
- Aarnio, Aulis – Saarenpää, Ahti – Santala, Pekka*: Maatilan sukupolvenvaihdos. Jyväskylä 1983.
- Bentham, Jerem*: The Theory of Legislation. New York 1975.
- Ekelöf, Per Olof*: Rättegång IV. Stockholm, 1977
- Ekelöf, Per Olf – Boman, Robert*: Rättegång IV. Stockholm: Norstedt, 1992
- Halila, Jouko*: Todistustaakan jaosta silmälläpitäen erityisesti varallisuus oikeudellisia oikeussuhteita. Porvoo 1955.
- af Hällström, Erik*: Om villfarelse såsom divergens mellan vilja och förklaring vid rättshandlingar på förmögensrättens område. Helsingfors 1931.
- HE 1998:117. Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi perintökaaren 7 luvun muuttamisesta
- HE 2000:77. Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi perintökaaren 7 luvun muuttamisesta
- Helin, Markku*: Lainoppi ja metafysiikka. Tutkimus skandinaavisen realismin tieteenkuvasta ja sen vaikutuksista Suomen siviilioikeuden tutkimuksessa vuosina 1920–1960. Vammala 1988.
- Helin, Markku*: Perheoikeuden siveellinen luonne, LM 2004, s. 1244 ss.
- Hemmo, Mika*: Sopimus ja delikti. Jyväskylä 1998.
- Hemmo, Mika*: Sopimusoikeus I. Helsinki 2003.
- Häyhä, Juha*: Oikeustaloustiede ja sopimusoikeus. Teoksessa Kanninen – Määttä, Kalle (toim.). Näkökulmia oikeustaloustieteeseen. Tampere 1996.
- Kangas, Urpo*: Perimyksen tehtävät ja perimysjärjestys, LM 1984, s. 1051 ss.
- Kangas, Urpo*: Lahja. Helsinki 1993.
- Kangas, Urpo*: Perinnöt ja testamentit. Helsinki 1996.
- Kangas, Urpo*: Lakiosa eilen, tänään ja huomenna, DL 2004, s. 575 ss.
- Klami, Hannu Tapani*: Todistusharkinnasta riita-asioissa, DL 1992, s. 573 ss.
- Klami, Hannu Tapani*: Todistusratkaisu, Helsinki 2000.
- Klami, Hannu Tapani – Gräns, Minna – Sorvettula, Johanna*: Law and Truth. A Theory of Evidence. Helsinki 2000.
- Klami, Hannu Tapani – Marklund, Mikael – Rahikainen, Marja – Sorvettula, Johanna*: Täysinäyttö. Teoriaa asenteita ja todellisuutta, LM 1988, s. 467 ss.
- Klami, Hannu Tapani – Sorvettula, Johanna – Hatakka Minna*: Tarvitaanko todistustaakkaa? DL 1990, s. 1 ss.
- KM 1975:84. Perintöoikeuskomitean mietintö.
- Kolehmainen, Antti*: Sopimus ja kuolinpesän hallinto. Vammala 2006.
- KKO:n lausunto 1949. Korkeimman oikeuden lausunto esitysehdotuksesta perintölaiksi 1.11.1941.
- Korpiola, Mia*, Lakiosasta luopumassa? Oikeushistoriallinen näkökulma, LM 2010, s. 1342 ss, Lakivaliokunnan mietintö 1950:18 hallituksen esityksen 1947:37 johdosta. 1950 vp.
- Lappalainen, Juha*: Oikeustositseikka ja todistusositseikka prosessioikeudellisina peruskäsitteinä, LM 1986, s. 762 ss.

- Lappalainen, Juha*: Siviiliprosessioikeus II. Jyväskylä 2001.
- Lohi, Tapani*: Kaupan kohteen piilevä virhe ja hinnanalennuksen sovittelu, LM 1999, s. 43 ss.
- Lohi, Tapani*: Pesänjako, vastike ja lahjansaajan palautusvastuu. Helsinki 2006.
- Norros, Olli*. Vastuu sopimusketjussa. Helsinki 2007.
- Oikeusministeriö. Lausuntoja ja selvityksiä 2005:10, PK:n uudistamistarpeet. Lausun-
totiivistelmä s. 17–19. Saatavilla myös internetissä osoitteessa (viitattu 17.1.2011).
– [Http://www.om.fi/Etusivu/Julkaisut/Julkaisuarkkisto20022009/Lausuntoselvityksiä/](http://www.om.fi/Etusivu/Julkaisut/Julkaisuarkkisto20022009/Lausuntoselvityksiä/)
Lausuntoselvitystenarkisto.
- Rautiala, Martti*: Perillisen lakiosa. Helsinki 1957.
- Rautiala, Martti*: Perintö ja testamentti. Helsinki 1967.
- Saarenpää, Ahti*: Tasajaon periaate. Vammala 1980.
- Saarenpää, Ahti*: Perintö ja jäämistö. Kitee 1994.
- Saarenpää, Ahti*: Perintö- ja jäämistöoikeus. Teoksessa Timonen Pekka (toim.), Johdatus
Suomen oikeusjärjestelmään 1, s. 389 ss. Helsinki 1999.
- Salonen, Ville*: Suosiolahja lakiosajärjestelmässä, DL 2000 s. 51 ss.
- Saxen, Hans*: Adekvans och skada. Åbo 1962.
- Simon, John*: Koneen ruhtinas. Helsinki 2009.
- Sorvettula, Johanna – Klami, Hannu Tapani – Rahikainen Marja*: Todistusharkinnan pe-
rustelemisesta, DL 1988, s. 86 ss.
- Taxell, Lars, Erik*: Avtal och rättsskydd. Åbo 1972.
- Timonen, Pekka*, Määräysvalta, hinta ja markkinavoima. Julkisesti noteeratun yrityksen
määräysvallan siirtämisen oikeudellinen sääntely. Helsinki 1997.
- Tirkkonen, Tauno*: Suomen siviiliprosessioikeus II. Porvoo 1966.
- Tirkkonen, Tauno*: Suomen siviiliprosessioikeus II. Helsinki 1977.
- Zitting, Simo*: Arvostelu teoksesta K. A. Telaranta, Varallisuus oikeudellinen tahdonilmaisu,
LM 1953
- Välimäki, Pertti*: Osituksen sovittelu avioeroon perustuvassa toimitusosituksessa. Helsinki
1995.

A GIFT FAVOURING THE RECIPIENT OVER OTHERS – THE INTENTION TO FAVOUR AND ITS SUBSTANTIATION

This article examines the constituent elements of gifts favouring the recipient over others and problems relating to its substantiation. The framing of the question in the article is as follows: What are the *facts* based on which it can be concluded that it is a question of a gift favouring the recipient over others (the constituent elements of such a gift) and in legal proceedings concerning such a gift, on which party must the *burden of proof* of the existence or lack of the existence of the intention to favour be placed? I will also consider *how much proof* about the existence of the intention to favour it is justifiable to demand (*threshold of proof*)?

I have viewed the intention to favour as a sign of a gift favouring the recipient over others in a slightly different way from usual. Assessment concentrating on the intention to favour of the giver of the gift often oversimplifies the gift-giving situation, and might in the worst case lead astray discussion on the existence of the constituent elements of such a gift. The giver of the gift might have wanted to favour the recipient of the gift, but the favouring may perhaps have been only one of his/her objectives. For the arrangement he/she was making, the giver of the gift may also have had aims that he/she felt were worth protecting, which could not have been achieved by means other than favouring one of the heirs. In that case, it is not a question of a gift favouring the recipient over others as referred to in Chapter 7, Section 3, Clause 3 of the Code of Inheritance.

For example, in relation to change-of-generation in companies, I have to some extent adopted an approach that differs from the usual. As far as this question is concerned, in my article I have paid particular attention to what kind of possibilities a gift giver has to put his/her direct heir in an equal position without the prerequisites for actual company business being jeopardised or the gift giver's own financial security being threatened.

As far as division of the burden of proof is concerned, I am prepared to conclude that the party demanding a supplement to his/her compulsory legal portion must be able to demonstrate the truth of his/her demand. This solution better suits our scientifically-adopted views, and without doubt the courts will also act in this direction in practice. The view adopted here also protects the reasonably achieved legal position, the *status quo*. The party demanding a supplement to his/her compulsory legal portion needs only to show that favouring has been the *most defining* aim of the gift giver.

The article concludes that, as far as the intention to favour is concerned, there is reason to observe a low threshold of proof. When the threshold of proof is low, in most cases the correct decision is reached in the material sense. It is sufficient that the legitimate heir left without a gift can prove that the intention to favour of the gift giver is even moderately probable.

The article also discusses the legal position, *de lege ferenda*. The conclusion supports the existence of the institution of a gift favouring the recipient over others. This is based, amongst other things, on the fact that, statutory succession and the effective institution of compulsory legal portion are still ways to influence the division of wealth in society. An effective right to compulsory portion also prevents the concentration of property on just a few.

Despite the above, there is no need to keep the norms related to compulsory legal portion completely unchanged. Our system of compulsory legal portion is not without faults. One fault is that we have no time limit for how old conveyances can be taken into account when calculating the compulsory legal portions of direct heirs. This easily leads to different decisions in different courts. Because intervention in very old conveyances in any case causes legal uncertainty, there is good reason to stipulate some time limit. A suitable period is 10 years calculated from the death of the deceased.

Anne Nenonen

HALLINTO-OIKEUDELLINEN
VALITUS JA TUOMIOISTUIMEEN
PÄÄSY HANKINTALAKIEN
ULKOPUOLELLE JÄÄVISSÄ
HANKINNOISSA

Sisällys

1	TAUSTAKSI.....	335
2	TUTKIMUSTEHTÄVÄ.....	337
3	JULKISTEN HANKINTOJEN SÄÄNTELYN TAVOITTEET JA KEINOT.....	339
4	OIKEUSTURVAKEINOJEN SÄÄNTELYSTÄ	340
5	HANKINTALAIN SÄÄNNÖSTEN LUONNE	342
6	HANKINTALAKIEN ULKOPUOLELLE JÄÄVISSÄ HANKINNOISSA SOVELLETTAVAT SÄÄNNÖKSET	344
7	OIKEUSTURVAN TARVE JULKISISSA HANKINNOISSA	348
8	MENETTELYLLISET OIKEUDET	349
9	HALLINTOPROSESSIN TEHTÄVÄT JA VALITUSOIKEUS.....	353
10	IHMISOIKEUSSOPIMUKSEN VAATIMUKSET	355
	10.1 Oikeus tuomioistuinkäsittelyyn.....	355
	10.2 6(1) artiklan soveltamisedellytykset	358
	10.2.1 Riita.....	358
	10.2.2 Oikeudesta päättäminen	359
	10.2.3 Kansallisen oikeuden tunnustama oikeus.....	359
	10.2.4 Yksityisluonteinen oikeus	361
	10.3 Ratkaisukäytäntöä	362
	10.3.1 Elinkeinonharjoittamista koskevat ja vastaavanlaiset luvat.....	362
	10.3.2 Julkisia hankintoja koskevat tapaukset	364
	10.3.2.1 Syrjintätapaukset	365
	10.3.2.2 Muut julkisia hankintoja koskevat tapaukset	367

10.4 Johtopäätöksiä EIT:n oikeuskäytännöstä	369
10.4.1 Oikeus syrjimättömään kohteluun.....	369
10.4.2 Hankintalakeihin perustuvat oikeudet.....	370
10.4.3 Oikeudet hankintalakien ulkopuolelle jäävissä hankinnoissa	372
11 PERUSTUSLAIN VAATIMUKSET	373
11.1 Oikeus tuomioistuinkäsittelyyn.....	373
11.2 Perustuslakivaliokunnan lausuntokäytännöstä.....	375
11.2.1 Harkinnanvaraiset päätökset	375
11.2.2 Muutoksenhakuoikeus virkaan nimittämistä koskevilla asioissa	379
11.2.3 Hankintalain muutoksenhakurajoitukset.....	382
12 MUUTOKSENHAKUOIKEUS HALLINTO- VALITUKSESSA JA KUNNALLISVALITUKSESSA	383
12.1 Hankintapäätöksen valituskelpoisuus	384
12.1.1 Yleisiä näkökohtia.....	384
12.1.2 Oikeuskirjallisuudessa esitetyt näkemykset ja oikeuskäytäntö.....	385
12.1.3 Kysymyksen arviointi	387
12.2 Valitusoikeus	390
12.2.1 Tarjoajan valitusoikeus – tulkinnan muuttuminen	391
12.2.2 Valitusoikeus hankintalakien ulkopuolelle jäävissä hankinnoissa	393
13 JOHTOPÄÄTÖKSIÄ	395
LÄHTEET.....	397
OIKEUSTAPAUKSET	401
LYHENTEET	403
ADMINISTRATIVE APPEAL AND ACCESS TO COURT IN PROCUREMENT CASES OUTSIDE OF THE SCOPE OF PROCUREMENT LEGISLATION	404

Hallinto-oikeudellinen valitus ja tuomioistuimeen pääsy hankintalakien ulkopuolelle jäävissä hankinnoissa

1 TAUSTAKSI

Oikeussuojaa koskevilla direktiiveillä¹ säädetään julkisissa hankinnoissa käytettävistä oikeussuojakeinoista. Nämä direktiivien edellyttämät oikeussuojakeinot sisältyvät lakiin julkisista hankinnoista (hankintalaki) ja ne soveltuvat myös vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista annetun lain (erityisalojen hankintalaki) alaan kuuluviin hankintoihin.

Oikeussuojadirektiivit samoin kuin hankintamenettelyä sääntelevät hankintadirektiivit² koskevat hankintoja, jotka ovat arvoltaan vähintään EU-kynnysarvojen määräisiä³. Hankintalaki on kuitenkin soveltamisalaltaan mainittuja direktiivejä laajempi sen koskiessa EU-kynnysarvon alittavia, mutta vähintään kansallisen kynnysarvon suuruisia hankintoja.⁴

¹ Neuvoston direktiivit 89/665/ETY julkisia tavaranhankintoja ja rakennusurakoita koskeviin sopimuksiin liittyvien muutoksenhakumenettelyjen soveltamista koskevien lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten yhteensovittamisesta (ensimmäinen valvontadirektiivi) ja 92/13/ETY vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja teletoiminnan alalla toimivien yksiköiden hankintamenettelyjä koskevien yhteisön sääntöjen soveltamiseen liittyvien lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten yhteensovittamisesta (toinen valvontadirektiivi) sekä Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2007/66/EY neuvoston direktiivien 89/665/ETY ja 92/13/ETY muuttamisesta julkisia hankintoja koskeviin sopimuksiin liittyvien muutoksenhakumenettelyjen tehokkuuden parantamiseksi (oikeussuojadirektiivi). Tutkimuksessa käytetään näistä kaikista direktiiveistä myös nimitystä ”oikeussuojadirektiivit”.

² Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivit 2004/18/EY julkisia rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta (hankintadirektiivi) ja 2004/17/EY vesi- ja energiahuollon sekä liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankintamenettelyjen yhteensovittamisesta (erityisalojen hankintadirektiivi).

³ EU-kynnysarvot ovat ajalla 1.1.2010–31.12.2011 valtion keskushallintoviranomaisten tavara- ja palveluhankinnoissa 125 000 euroa, muiden hankintaviranomaisten tavara- ja palveluhankinnoissa 193 000 euroa ja rakennus- ja käyttöoikeusurakoissa 4 845 000 euroa. EU-kynnysarvo erityisalojen tavara- ja palveluhankinnoissa on 387 000 euroa ja rakennusurakoissa 4 845 000 euroa.

⁴ Kansallisia kynnysarvoja on korotettu lailla 321/2010. Kansalliset kynnysarvot tavara- ja palveluhankinnoissa sekä palveluja koskevilla käyttöoikeussopimuksissa ovat 30 000

Erityisalojen hankintalaki koskee puolestaan vain EU-kynnysarvot ylittäviä hankintoja. Soveltamisalan rajaukset merkitsevät, ettei kansallisen kynnysarvon alle jäävissä hankinnoissa ole mahdollista tehdä hankintalain mukaista valitusta markkinaoikeudelle. Vastaavasti erityisalojen hankinnoissa valitus markkinaoikeudelle ei ole mahdollinen EU-kynnysarvon alle jäävissä hankinnoissa.

Unionin tuomioistuin (EUT) on oikeuskäytännössään katsonut, että tietyissä hankintadirektiivien soveltamisalan ulkopuolelle kokonaan tai osittain jäävissä julkisissa hankinnoissa on noudatettava Euroopan yhteisön perustamissopimuksen (nykyisin Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen) perusvapauksia koskevia määräyksiä sekä yhdenvertaisen kohtelun ja kansalaisuuteen perustuvan syrjinnän kiellon periaatteita samoin kuin niistä seuraavaa avoimuutta koskevaa velvoitetta. Edellytyksenä kyseisten määräysten ja periaatteiden soveltumiselle on hankintaan liittyvä jäsenvaltioiden rajat ylittävää intressi.⁵ Jos hankintalakien ulkopuolelle jäävään hankintaan liittyy tällainen intressi, hankintamenettelyssä on noudatettava EU-oikeudesta seuraavaa yhdenvertaisen kohtelun periaatetta ja avoimuusvelvoitetta.⁶ EU-oikeuden soveltuessa yksityisillä oikeussubjekteilla on oltava käytettävissään tehokkaat oikeussuojakeinot unionin oikeuteen perustuvien oikeuksiensa toteuttamiseksi.⁷ Kansallisia oikeussuojakeinoja koskevien säännösten tulkintaan vaikuttavat tällöin EU-oikeudesta johtuvat vaatimukset.

Jos hankintaan ei liity rajat ylittävää intressiä, EU-oikeus ei tule sovellettavaksi eikä aseta vaatimuksia julkisissa hankinnoissa noudatettavalle menettelylle tai oikeussuojakeinoille. Hankintayksikön menettelyä hankinta-asiassa ja käytettävissä olevia oikeussuojakeinoja määrittää tällöin yksinomaan kansallinen oikeus.

Oikeussuoja julkisissa hankinnoissa voidaan siten jakaa kolmeen eri tasoon. Ensimmäiseen tasoon kuuluvat hankintalain mukaiset oikeussuojakeinot. Näiden oikeussuojakeinojen soveltamisala perustuu yhtäältä oikeussuojadirektiiveihin ja toisaalta kansallisen lainsäätäjän päätökseen laajentaa hankintalain soveltamisala direktiivien edellyttämää laajemmaksi ottamalla tällä tavoin huomioon EUT:n edellä todettu yhdenvertaisen kohtelun periaatetta ja avoimuusvelvoitetta koskeva oikeuskäytäntö. Toisen tason muodostavat kansalliset kynnysarvot alittavat hankinnat ja muu-

euroa, terveydenhoito- ja sosiaalipalveluissa sekä eräissä koulutuspalveluissa 100 000 euroa ja rakennus- ja käyttöoikeusurakoissa 150 000 euroa.

⁵ Ks. mm. asia C-573/07, *Sea Srl*, tuomio 10.9.2009, kohdat 38–39 ja asiat C-147/06 ja C-148/06, *SECAP*, tuomio 15.5.2008, kohdat 25–35.

⁶ Ks. *Nenonen*, LM 2009a ja *Nenonen*, LM 2009b.

⁷ Perusoikeuskirjan 47 artiklan 1 kohta. Ks. myös esimerkiksi asia C-432/05, *Unibet*, tuomio 13.3.2007, kohdat 37–38 ja kohdissa mainittu oikeuskäytäntö.

toin hankintalakien soveltamisalan ulkopuolelle jäävät hankinnat, joihin kuitenkin tulevat sovellettaviksi EU-oikeuden määräykset ja periaatteet. Nämä kaksi tasoa voidaan määrittellä julkisten hankintojen EU-pohjaiseksi soveltamisalueeksi. Kolmannen tason muodostavat ne hankintalakien ulkopuolelle jäävät hankinnat, joihin EU-oikeus ei tule sovellettavaksi ja joiden oikeusturvakeinot määräytyvät kansallisen oikeuden mukaan. Tämä kolmas taso on julkisten hankintojen kansallisen oikeuden varaan jäävä kotoperäinen soveltamisalue. Tällä lähtökohtaisesti yksinomaan kansallisella tasollakin EU-oikeudella saattaa kuitenkin olla tosiasiallista tulkintaa ohjaavaa vaikutusta.

2 TUTKIMUSTEHTÄVÄ

Tässä kirjoituksessa tutkimuksen kohteena ovat oikeussuojakeinot edellä mainitulla kolmannella tasolla eli kansallisen oikeuden varaan jäävissä hankinnoissa. Tutkittavana kysymyksenä on, onko näiden hankintojen osalta olemassa tosiasiallisesti käytettävissä oleva oikeussuojakeino, joka mahdollistaa tuomioistuimeen pääsyn. Keskeisiä kysymyksiä ovat tällöin päätöksen valituskelpoisuus ja valitusoikeus hallinto-oikeudellisessa muutoksenhaussa.

EU-oikeuteen pohjautuvalla soveltamisalueella hankintadirektiivien piiriin kuuluvissa hankinnoissa tuomioistuimeen pääsyä määrittävät direktiiveissä säädetty oikeussuojakeinot. Direktiivien säännöksissä on otettu huomioon julkisten hankintojen erityispiirteet ja niistä seuraavat vaatimukset oikeussuojakeinoille. Niissä hankintadirektiivien ulkopuolelle jäävissä hankinnoissa, joissa on noudatettava Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen määräyksiä sekä yleisiä oikeusperiaatteita, EU-oikeuden tehokasta oikeussuojaa koskeva periaate määrittää käytettävissä olevia oikeussuojakeinoja. Vaikka oikeusturva järjestetäänkin prosessiautonomian mukaisesti kansallisten muutoksenhakua koskevien säännösten pohjalta, kyseinen periaate edellyttää esimerkiksi päätöksen valituskelpoisuutta ja valitusoikeutta koskevissa ratkaisuihin tulkintaa, joka turvaa EU-oikeuden tehokkaan toteutumisen. Julkisten hankintojen sääntelylle asetetut tavoitteet ja julkisten hankintojen erityispiirteistä seuraavat vaatimukset oikeussuojakeinoille vaikuttavat kansallisten prosessisäännösten tulkinnassa EU-oikeuden tehokasta oikeussuojaa koskevan periaatteen kautta.

Hankintalakien ulkopuolelle jäävissä hankinnoissa mahdollinen oikeussuojakeino on hallinto-oikeudellinen muutoksenhaku eli hallintovalitus tai

kunnallisvalitus hallinto-oikeuteen.⁸ Jos hankintaan ei liity jäsenvaltioiden rajat ylittävää intressiä, ei EU-oikeus eikä siten myöskään EU-oikeuden tehokasta oikeussuojaa koskeva periaate tule sovellettavaksi. Julkisten hankintojen kansallisen oikeuden varaan jäävällä soveltamisalueella tuomioistuimeen pääsy määräytyy kansallisen tulkintakäytännön mukaisesti, vaikkakin tulkintaan voivat tosiasiaassa vaikuttaa myös EU-oikeuden periaatteet.

Hallintovalitus ja kunnallisvalitus ovat muotoutuneet kansallisista lähtökohdista historiallisen kehityksen tuloksena saaden vaikutteita myös muiden maiden oikeusjärjestelmistä. Tuomioistuimeen pääsyä ovat määrittäneet ja edelleen määrittävät perinteiset tulkintaopit. Valituskelpoisuutta hallintovalituksessa rajoittaa tulkintaoppi siitä, ettei päätös yksityisoikeudellisen sopimuksen solmimisesta ole valituskelpoinen ratkaisu. Valitus-oikeuden perusteena on korostunut aineellisen oikeuden olemassaolon vaatimus. Julkiset hankinnat eivät erityispiirteidensä vuoksi sopeudu näihin tulkintaoppeihin eivätkä perinteiseen käsitykseen hallintoasiasta, joka voidaan saattaa tuomioistuimen tutkittavaksi hallinto-oikeudellisessa muutoksenhaussa.

Tutkimuksessa tarkastellaan ensin julkisten hankintojen sääntelyä sekä hankinta-asioiden luonnetta ja niihin liittyvää oikeussuojan tarvetta. Seuraavaksi selvitetään, edellyttävätkö oikeusturvaa koskevat Euroopan ihmisoikeussopimuksen (EIS) ja perustuslain säännökset oikeutta tuomioistuinkäsittelyyn hankinta-asiassa. Tämän jälkeen näitä vaatimuksia peilaten pohditaan, onko hankintalakien ulkopuolelle jäävä julkinen hankinta mahdollista saattaa tuomioistuimen tutkittavaksi ja miten valituskelpoisuutta ja valitusoikeutta koskevia säännöksiä olisi näissä asioissa tulkittava.

Edellä mainittujen kysymysten selvittäminen antaa vastauksen esimerkiksi siihen, voiko kansallisen kynnysarvon alittavaa hankintaa koskevaan tarjouskilpailuun osallistunut tarjoaja saattaa hallinto-oikeuden tutkittavaksi päätöksen, jolla kyseisen tarjoajan tarjous on hylätty tai jätetty valitsematta ja onko tässä suhteessa merkitystä sillä, onko kyse valtion vai kunnallisen viranomaisen hankintapäätöksestä.

⁸ Lisäksi evankelis-luterilaisen kirkon viranomaisen päätökseen voidaan hakea muutosta kirkollisvalituksella hallinto-oikeudelta. Ks. hankintalain 104 §, kirkkolain 24 luvun 8 a § sekä HE 292/2010 vp s. 1–2.

3 JULKISTEN HANKINTOJEN SÄÄNTELYN TAVOITTEET JA KEINOT

EU:n julkisia hankintoja koskeva sääntely liittyy tavoitteeseen unionin laajusten julkisten hankintojen markkinoiden luomisesta. EU:ssa oli todettu, että hankinnat tehtiin yleensä pääasiallisesti kotimaisilta yrityksiltä ja hankintoja käytettiin välineinä muun muassa poliittisten tavoitteiden toteuttamiseen. Kotimaisia yrityksiä suosittaessa kukin valtio muodostaa oman markkina-alueensa eikä tavoite unionin laajuisista markkinoista toteudu. Lisäksi kotimaisia yrityksiä suosivista hankintakäytännöistä katsottiin aiheuttavan lisäkustannuksia.⁹ Syynä julkisia hankintoja koskevan sääntelyn omaksumiseen voidaankin pitää eräänlaista epäluottamusta siihen, että viranomaiset ilman hankintasäännöksiä tekisivät mahdollisimman edullisia ja laadukkaita hankintoja tarvittaessa ulkomaalaisia toimittajia valitsemalla.

Kotimaisten yritysten suosiminen pyritään estämään hankintadirektiivien säännöksillä hankinnoissa noudattavista menettelyistä.¹⁰ Tavoitteena on mahdollistaa muiden jäsenvaltioiden yritysten osallistuminen tarjouskilpailuihin seuraavilla keinolla: hankintayksiköille on asetettu velvollisuus tarjouskilpailujen järjestämiseen, velvollisuus niistä ilmoittamiseen sekä velvollisuus kohdella tarjoajia tasapuolisesti hankintamenettelyssä. Kyse on avoimuusvelvoitteen ja yhdenvertaisen kohtelun periaatteen noudattamisesta. Hankintadirektiivien soveltamisalan ulkopuolelle jäävissä hankinnoissa vastaavaa tavoitetta julkisten hankintojen markkinoiden avaamisesta unionin laajuiselle kilpailulle toteutetaan EUT:n oikeuskäytännöstä seuraavien vaatimusten avulla. EUT:n oikeuskäytännön mukaan perusvapauksia koskevat määräykset sekä yhdenvertaisen kohtelun ja kansalaisuuteen perustuvan syrjinnän kiellon periaatteet edellyttävät tarjoajien tasapuolista ja syrjimätöntä kohtelua ja mainituista periaatteista seuraava avoimuusvelvoite puolestaan hankinnoista ilmoittamista.

Vaikka hankintadirektiivien taustalla vaikuttavien syiden perusteella direktiivien tavoitteena näyttäisi olevan ennen kaikkea eri jäsenvaltioista olevien toimittajien syrjimättömän kohtelun turvaaminen, hankintadi-

⁹ Ks. mm. Vihreä kirja ”Julkiset hankinnat Euroopan Unionissa: tulevaisuuden kysymyksiä” s. 4–5 ja Information from the Commission – Guide to the Community rules on open government procurement s. 1–3.

¹⁰ EUT on todennut, että hankintadirektiiveillä ”pyritään poistamaan palvelujen tarjoamisen vapauden ja tavaroiden vapaan liikkuvuuden esteet ja näin suojaamaan sellaisten jäsenvaltion sijoittautuneiden taloudellisten toimijoiden etuja, jotka haluavat tarjota tavaroita tai palveluja toiseen jäsenvaltioon sijoittautuneille hankintaviranomaisille”. Ks. asia C-92/00, *HI*, tuomio 18.6.2002, kohta 43. Ks. myös kyseistä asiaa koskeva julkisasiamiehen ratkaisuehdotus 28.6.2001, kohdat 19–21, hankinta- ja oikeussuojadirektiivien tavoitteista.

rektiivien sisältämä yhdenvertaisen kohtelun periaate kuitenkin kieltää tarjoajien perusteettoman erilaisen kohtelun riippumatta siitä, johtuuko erilainen kohtelu kansalaisuudesta vai jostakin muusta perusteesta.¹¹ Myös hankintadirektiivien ulkopuolelle jäävissä hankinnoissa kyse näyttäisi olevan yleisemmästä yhdenvertaisen kohtelun periaatteen vaatimuksesta.¹² Hankintasäännösten tavoitteet eivät siten rajoitu kansalaisuuteen perustuvan syrjinnän estämiseen, vaan ovat laajempia. Tämä ilmenee myös hankintalain tarkoitusta koskevasta lain 1 §:n 2 momentista. Säännöksen mukaan lain tavoitteena on tehostaa julkisten varojen käyttöä, edistää laadukkaiden hankintojen tekemistä sekä turvata yritysten ja muiden yhteisöjen tasapuolisia mahdollisuuksia tarjota tavaroita, palveluita ja rakennusurakointia julkisten hankintojen tarjouskilpailuissa.

4 OIKEUSTURVAKEINOJEN SÄÄNTELYSTÄ

Julkisia hankintoja koskeva sääntelymme on varsinaisesti käynnistynyt EU:n hankintadirektiivien implementoinnista.¹³ Ensimmäistä (vanhaa) hankintalakia (1505/1992) säädettäessä kilpailuneuvoston toimivalta rajattiin vain EU-kynnysarvot ylittäviin hankintoihin, mutta ulotettiin sittemmin lain muutoksella 1247/1997 myös EU-kynnysarvot alittaviin hankintoihin erityisalojen hankintoja lukuun ottamatta.¹⁴ Kyseisen oikeusturvakeinoja koskevan muutoksen perusteluina lain esitöissä viitattiin siihen, että Euroopan yhteisön perustamissopimuksen tavaroiden ja palvelujen vapaata liikkuvuutta koskevat periaatteet sekä syrjimättömyyden periaate soveltuvat myös kynnysarvot alittaviin hankintoihin ja että riittävien oikeusturvakeinojen saatavuus tulisi siten voida taata kaikkien julkisten hankintojen

¹¹ Hankintadirektiiveissä todetaan yhdenvertaisen kohtelun periaate syrjimättömyyden periaatteen ohella hankinnoissa noudatettavana ja Euroopan yhteisön perustamissopimuksesta johdettavana vaatimuksena. Ks. hankintadirektiivin 2004/18/EY johdannon 2 kohta ja erityisalojen hankintadirektiivin 2004/17/EY johdannon 9 kohta. Hankintadirektiivin 2004/18/EY 2 artiklassa ja erityisalojen hankintadirektiivin 2004/17/EY 10 artiklassa asetetaan myös vaatimus kohdella tarjoajia yhdenvertaisesti ja syrjimättä.

¹² Ks. kysymyksestä *Nenonen*, LM 2009a s. 95–100. EUT on viimeaikaisessa oikeuskäytännössään viitannut sekä yhdenvertaisen kohtelun periaatteen että kansalaisuuteen perustuvan syrjinnän kiellon periaatteen soveltumiseen hankintadirektiivien soveltamisalan ulkopuolelle jäävien hankintojen osalta, ks. mm. edellä viitattu asia C-573/07, *Sea Srl*, tuomio 10.9.2009, kohta 39.

¹³ Julkisten hankintojen sääntelyn kehityksestä ks. *Kanninen*, DL 2005 s. 527–528.

¹⁴ Samalla lain muutoksella 1247/1997 säädetyin valituskiellon mukaan markkinaoikeuden (aikaisemmin kilpailuneuvoston) toimivaltaan kuuluvasta asiasta ei saanut valittaa kuntalain eikä hallintolainkäyttölain nojalla sillä perusteella, että päätös on hankintalain vastainen. Ks. tältä osin *Telivuo* 2008 s. 444–445.

tekemisessä.¹⁵

Uuden hankintalain (348/2007) säätämiseen saakka hankintalaki ja sen mukaiset oikeusturvasäännökset koskivat siis hankintoja niiden arvosta riippumatta ja ainoastaan erityisaloilla hakemus markkinaoikeuteen voitiin tehdä vain EU-kynnysarvon ylittävästä hankinnasta.¹⁶ Uudessa hankintalaissa lain soveltamisen alarajana otettiin käyttöön kansalliset kynnysarvot. Hankintalain esitöissä kansallisia kynnysarvoja on perusteltu muun muassa hankintamenettelyn joustavuuden lisäämisellä pienissä ja pienehköissä hankinnoissa sekä tavoitteella täsmentää arvoltaan vähäisen hankinnan sisältöä.¹⁷ Kansallisen kynnysarvon alle jäävistä hankinnoista ei ole mahdollista tehdä valitusta markkinaoikeudelle, ja näissä markkinaoikeuden toimivaltaan kuulumattomissa hankinnoissa oikeussuojakeinoksi on hankintalakien esitöissä todettu yleishallinto-oikeudelliset muutoksenhakekeinot.¹⁸ Kansallisen kynnysarvon alle jääviä hankintoja kutsutaan pienhankinnoiksi. Erityisalojen hankintalain ulkopuolelle jäävät hankinnat voivat kuitenkin olla arvoltaan varsin huomattavia EU-kynnysarvojen muodostaessa lain soveltamisen rajan.

Hankintalain muutoksella (321/2010) käyttöön otettu hankintaoikaisu on mahdollinen myös hankintalakien ulkopuolelle jäävissä hankinnoissa, mutta hankintaoikaisun tekeminen ei avaa valitustietä markkinaoikeuteen.¹⁹ Myös hallintolakiin ja kuntalakiin sisältyvät säännökset oikaisuvaatimusmenettelystä.²⁰

Käsiteltäessä eduskunnassa hankintalakien muuttamista koskevaa hallituksen esitystä on asiantuntijakuulemisessa esitetty, että kunnallisvalituksen käyttöoikeus poistettaisiin pienhankintojen osalta tai että yleishallinto-oikeudellinen oikeussuojakeino muutettaisiin hallintovalitukseksi. Talousvaliokunta on todennut näiden valitusmuotojen välillä olevan merkittäviä eroja valitusoikeuden ja valitusperusteiden suhteen. Talousvaliokunta on kiinnittänyt huomiota myös siihen, että kunnallisvalituksen poistaminen merkitsisi luopumista kunnallisvalituksesta kunnalliseen itsehallintoon kuuluvana oikeussuojakeinona lukumääräisesti yhä suuremmassa asiaryhmässä. Talousvaliokunnan mukaan kysymys on periaatteellinen ja edellyttää jatkoselvittämistä, minkä yhteydessä on aiheellista selvittää pienhankintojen oikeussuojakeinot sekä kunnallisen että valtion viranomaisen päätöksestä

¹⁵ HE 69/1997 s. 7–8.

¹⁶ Vanhan hankintalain (1505/1992) 5 §:n 2 momentin mukaan hankinnan vähäistä arvoa voitiin kuitenkin pitää perusteena hankinnan tekemiseen ilman tarjouskilpailua.

¹⁷ HE 50/2006 vp s. 32 ss. ja s. 66–67.

¹⁸ HE 190/2009 vp s. 57 ja s. 90.

¹⁹ Ks. hankintalain 83 §.

²⁰ Lisäksi kirkkolaisissa on säädetty oikaisuvaatimuksen tekemisestä. Ks. oikaisuvaatimusmenettelyjen päällekkäisyydestä talousvaliokunnan mietintö TaVM 2/2010 vp s. 5.

valitettaessa.²¹ Eduskunta on hankintalakiin muuttamista koskevat lait hyväksyessään edellyttänyt, että pienhankintojen oikeussuojakeinojen käyttöön liittyvät mahdolliset tulkintaongelmat selvitetään ja ryhdytään tarvittaviin toimiin sääntelyn selkeyttämiseksi.²²

5 HANKINTALAIN SÄÄNNÖSTEN LUONNE

Hankintalaki sääntelee hankinnassa noudatettavaa menettelyä ja siinä määritetään, miten hankintoja tehtäessä on toimittava.²³ Hankintalaki sisältää säännökset eri kilpailuttamismenettelyistä, hankinnoista ilmoittamisesta, tarjouspyynnön sisällöstä ja hankinnan kohteen määrittelemisestä sekä tarjoajien ja tarjouksen valinnasta. Lain keskeisenä periaatteena on tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun vaatimus, jonka lisäksi hankintalain 2 §:n 1 momentissa mainitaan muina huomioon otettavina periaatteina avoimuus- ja suhteellisuusperiaate. Avoimuusperiaatteen keskeisenä sisältönä on hankinnoista ja tehdystä hankintapäätöksestä ilmoittaminen.

Kun hankintayksikkö on päättänyt toteuttaa hankintalain soveltamispiiriin kuuluvan hankinnan, sen on noudatettava laissa asetettuja menettelysäännöksiä hankintaa tehdessään. Hankintalaki ei sen sijaan sisällä säännöksiä siitä, onko hankintamenettely ylipäätään aloitettava. Hankintayksikkö on siten oikeutettu päättämään, hankintaanko palvelut kilpailuttamalla omana työnä tekemisen sijasta. Hankintalaki ei myöskään sääntelee hankinnan kohteelle asetettavia vaatimuksia.²⁴ Hankintayksikkö on oikeutettu päättämään, millaisia tavaroita ja palveluja se hankkii tai millaisen rakennuksen se rakennuttaa, kunhan noudatetaan tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun vaatimusta ja mahdollisesti muun lainsäädännön määräyksiä. Tosin hankintalain 2 §:n 2 momenttiin sisältyy säännös hankintatoimen järjestämisestä. Kyseisen momentin mukaan hankinnat on pyrittävä toteuttamaan mahdollisimman taloudellisesti ja suunnitelmallisesti sekä mahdollisimman tarkoituksenmukaisina kokonaisuuksina ympäristönäkökohdat huomioon ottaen. Pykälää koskevissa yksityiskohtaisissa perusteluissa on todettu momentin olevan suosituksenluonteinen.²⁵ Hankintatoimen yleiseen järjestämiseen liittyvät

²¹ Talousvaliokunnan mietintö 2/2010 vp s. 5.

²² Eduskunnan vastaus 24/2010 vp hallituksen esityksestä laeiksi julkisista hankinnoista annetun lain, vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista annetun lain ja markkinaoikeuslain muuttamisesta.

²³ Ks. myös *Virtanen* 2008 s. 532.

²⁴ Hankinnassa käytettävistä teknisistä eritelmistä sisältyvät säännökset hankintalain 44 ja 45 §:ään.

²⁵ HE 50/2006 vp s. 48.

kysymykset eivät varsinaisesti kuulukaan hankintalain piiriin, vaan hankintalain tarkoituksena on säädellä ennen kaikkea hankintamenettelyä ja erityisesti tarjoajien kohtelua hankintamenettelyssä.

Hankintalain säännösten perusteella ei suoraan ratkaista sitä, kenen tarjoajan tarjous tulisi valita.²⁶ Tarjouskilpailun voittaja on valittava hankintayksikön tarjoajille ja hankinnan kohteelle asettamien vaatimusten sekä tarjouskilpailun ratkaisemiselle asetetun valintaperusteiden ja sen vertailuperusteiden nojalla. Näitä tarjouskilpailun ehtoja on noudatettava tarjouksen valinnassa. Hankintalaki ei siten määritä hankintapäätöksen ”aineellista” oikeellisuutta, vaan kyse on hankinnassa noudatettavan menettelyn sääntelemisestä.²⁷ Menettelysäännösten noudattamisella pyritään varmistamaan, että valittu tarjous vastaa hankintayksikön hankinnalle asettamia vaatimuksia ja valinta tehdään tarjouskilpailun ehtojen mukaisesti. Tällä tavoin toteutetaan myös hankintalain tavoitetta julkisten varojen käytön tehostamisesta ja laadukkaiden hankintojen tekemisen edistämisestä. Menettelyllisellä sääntelyllä on kuitenkin myös hankintapäätöksen sisältöön heijastuva vaikutus: jos hankintamenettelyssä ja tarjousta valittaessa menetellään tasapuolisesti, myöskään hankintamenettelyn lopputuloksena tehtävä hankintapäätös ei voi olla syrjivä.

Hankintalain hankintamenettelyä määrittävät säännökset ovat suurelta osin johdettavissa laissa keskeisenä periaatteena vaikuttavasta tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun vaatimuksesta. Hankintojen kilpailuttaminen ja niistä ilmoittaminen tekevät mahdolliseksi toimittajien osallistumisen tarjouskilpailuun. Tarjoajia ja hankinnan kohdetta koskevien vaatimusten ja tarjouksen valintaperusteiden ilmoittaminen tarjouspyynnössä estää tarjouskilpailun ehtojen asettamisen saatujen tarjousten perusteella tiettyä tarjoajaa suosien tai syrjien. Myös velvollisuus noudattaa tarjouskilpailun ehtoja tarjouskilpailua ratkaistaessa turvaa tasapuolista kohtelua. Menettelyä koskevien säännösten tavoitteena on siten mahdollistaa tarjoajan osallistuminen tarjouskilpailuun omien ansioidensa perusteella ilman syrjintää tai toisen tarjoajan suosimista. Tarjoajalla ei ole kuitenkaan subjektiivista oikeutta vaatia juuri tietynlaisen kilpailuttamismenettelyn noudattamista.²⁸

Hankintalain voidaan katsoa asettavan hankintayksiköille menettelyyn liittyviä velvollisuuksia ja antavan tarjoajille vastaavia menettelyyn liittyviä oikeuksia. Näillä menettelysäännöksillä pyritään suojaamaan tarjoajaa

²⁶ *Virtanen* 2008 s. 532.

²⁷ Poikkeuksen tästä muodostaa hankintalain 53 §:n säännös pakollisista tarjoajan pois-sulkemisperusteista. Säännöksen mukaan hankintayksikkö on velvollinen sulkemaan tarjouskilpailun ulkopuolelle säännöksessä mainittuihin rikoksiin syyllystyneet ehdokkaat ja tarjoajat.

²⁸ *Virtanen* 2008 s. 532.

hankintayksikön epätasapuoliselta ja syrjivältä kohtelulta. EU-oikeuden kannalta tarjoajien suojaamisella on osaksi välinearvo, koska sääntelyn tavoitteena on taata vapaa liikkuvuus ja vapaa kilpailu, ja näin luoda unionin laajuiset julkisten hankintojen markkinat.

6 HANKINTALAKIEN ULKOPUOLELLE JÄÄVISSÄ HANKINNOISSA SOVELLETTAVAT SÄÄNNÖKSET

Kun kansallisten kynnysarvojen alle jäävissä hankinnoissa hankintalain menettelysäännökset eivät tule sovellettaviksi, menettelyä määrittäviä säännöksiä on etsittävä muusta lainsäädännöstä. Hankintalain esitöissä on todettu, että hankintalain soveltamisalan rajaamisesta huolimatta julkisten hankintojen toteuttamisessa noudatettaviksi voivat tulla muussa lainsäädännössä olevat velvoitteet. Esitöiden mukaan esimerkiksi soveltuvat hallintolain ja kuntalain tasapuolisuus- ja avoimuusvelvoitteet sekä menettelytapavelvoitteet koskisivat edelleen myös hankintalain soveltamisalan ulkopuolella olevien hankintojen tekemistä ja samaten sovellettavaksi voivat tulla toimintojen taloudellista tarkoituksenmukaisuutta sekä toimivaltasuhteita koskeva sääntely ja ohjeistus. Esitöissä viitataan hankintayksiköiden sisäisinä ohjeina muun muassa hankintasääntöihin ja -ohjeisiin, taloussääntöihin sekä työjärjestyksiin.²⁹

Hankintamenettelyyn osallistuvien tarjoajien kannalta hallintolain 6 §:ssä todetut hallinnon oikeusperiaatteet muodostavat keskeisen oikeuslähteen hankintalakien ulkopuolelle jäävissä hankinnoissa. Merkityksellisiä ovat erityisesti yhdenvertaisuus- ja objektiviteettiperiaatteet, jotka asettavat tarjoajien kohtelulle samanlaisia vaatimuksia kuin hankintalain tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun periaate. Myös esteellisyyttä koskevat säännökset turvaavat osaltaan hankintamenettelyn puolueettomuutta ja niillä on siten liityntä yhdenvertaisuus- ja objektiviteettiperiaatteisiin. Monilta osin hallintolain säännösten soveltaminen hankinta-asioihin ei kuitenkaan ole ongelmantonta. Esimerkiksi selvittämisen- ja kuulemisvelvollisuus sopii huonosti hankinta-asioiden luonteeseen. Hankintamenettelyssä lähtökohdana on annettujen tarjousten lopullisuus, joten hankintayksikön ei voitane katsoa laiminlyöneen selvittämisenvelvollisuuttaan, jos se on hylännyt selvästi puutteellisen tarjouksen tarjouspyyntöä vastaamattomana eikä ole pyytänyt tarjoajalta lisäselvitystä. Hankintayksikön ei voida myöskään edellyttää kuulevan tarjoajia tarjousvertailusta ennen hankintapäätöksen tekemistä.

²⁹ HE 50/2006 vp s. 67.

Hankintalain esitöissä todetut hankintayksiköiden hankintasäännöt ja -ohjeet määrittävät hankinnoissa noudatettavia menettelyjä. Hankintasääntöjen ja -ohjeiden merkitykseen julkisissa hankinnoissa liittyy kaksi kysymystä: sitovatko ne oikeudellisesti hallinnon toimijoita ja voivatko ne olla oikeusnormin luonteisia antaen yksityisille oikeussubjekteille oikeuksia, joihin voidaan vedota hankintamenettelyssä ja hallintoprosessissa.

Ratkaisun KHO 2006:11 perusteella hankintalain soveltamisalueella kunnallisvalitusta ei voitu tehdä siihen vedoten, että hankinnassa olisi menetelty kunnan hankintaohjeiden vastaisesti. Tapaus on vanhan hankintalain ajalta, jolloin markkinaoikeuden toimivaltaan kuuluvasta asiastakin sai valittaa hallinto-oikeuteen, mutta ei hankintalakiin nojautuvalla perusteella. KHO katsoi päätöksessään, ettei hallinto-oikeus voinut kunnallisvalituksenä tutkia valitusta, joka perustui kaupungin hankintaohjeiden kohtiin yleisistä hankintaperiaatteista ja hankintojen toteuttamisesta. Valituksen tueksi esitettyjen perustelujen katsottiin koskevan aineellisoikeudellisesti sitä, onko hankinnassa menetelty hankintalain mukaisesti. Päätöksessä lausuttiin hankintaohjeiden kysymyksessä olevien kohtien soveltamisen tuomioistuimessa edellyttävän sen tutkimista, ovatko ne ristiriidassa hankintalain kanssa. Tähän nähden asiassa esitetyt valitusperustelut eivät olleet sillä tavoin itsenäisiä verrattuna hankintalakiin, että niiden tutkiminen kuuluisi hallinto-oikeuden toimivaltaan. Valituksessa ei siten ollut esitetty kuntalain 90 §:n 2 momentin mukaista valitusperustetta.

Silloin kun hankintalaki ei hankintaan sovellu, kyse ei ole KHO:n ratkaisussa esillä olleesta tilanteesta, jossa hankintaohjeiden soveltaminen olisi tosiasiallisesti merkinnyt markkinaoikeuden toimivaltaan kuuluvaa hankinnan hankintalain mukaisuuden tutkimista. Hankintalakien ulkopuolelle jäävissä hankinnoissa hankintalain ja hankintaohjeiden päällekkäisyys ei siten muodostuisi esteeksi hankintaohjeiden soveltamiselle. Hankintaohjeiden sitovuudesta ja luonteesta KHO:n päätöksessä ei erikseen lausuttu.³⁰

Kuntalain 16 §:n 1 momentin mukaan kunta päättää hallintonsa järjestämisestä kuntalaissa säädetyllä tavalla. Hallinnon järjestämiseksi valtuusto hyväksyy tarpeelliset johtosäännöt, joissa määrätään kunnan eri viranomaisista sekä niiden toiminnasta, toimivallan jaosta ja tehtävistä. Kuntalain 50 §:n mukaan kunnassa on oltava hallintosääntö, jossa annetaan tarpeelliset määräykset kunnan hallinto- ja päätöksentekomenettelystä. Hallintosääntö on ainoa pakollinen johtosääntö, mutta valtuuston päätöksellä voidaan

³⁰ KHO:n päätöksessä lausuttiin, että kunnilla on velvollisuus noudattaa hankintoja tehdessään hankintalakia ja että Jyväskylän kaupungissa on lisäksi käytössä kaupunginhallituksen hyväksymät kaupunkikonsernin hankintaohjeet. Hallinto-oikeus oli lausunut päätöksessään, ettei kaupunginhallituksen hyväksymiä kaupunkikonsernin hankintaohjeita voida verrata merkitykseltään kaupungin johtosääntöihin, jotka valtuuston on hyväksyttävä ja jotka sitovat, paitsi valtuustoa itseään, myös kaupungin muita viranomaisia.

hyväksyä eri johtosääntöjä valtuuston tarpeelliseksi harkitseman mukaan.³¹

Harjula ja *Prättälä* ovat todenneet, että kunnan hallinnossa on noudatettava hyväksytyin johtosäännön määräyksiä ja esimerkiksi johtosäännöllä määräytyistä toimivaltarajoista poikkeaminen merkitsee päätöksen tehneen viranomaisen toimivallan ylitystä.³² Teoksessa *Hannus – Hallberg – Niemi* lausutun mukaan johtosääntö sitoo sekä valtuustoa että sitä viranomaista, jota se koskee, ja vaikka johtosäännöt kohdistuvat lähinnä kunnan sisäiseen hallintoon, niillä on usein huomattavaa vaikutusta myös ulospäin. Teoksen mukaan kunnallinen säädösvalta on sopeutettava yleiseen lainsäädäntöön, johon nähden se ei voi olla ristiriitainen. Teoksessa on todettu, että eräissä tapauksissa kunta voi kuitenkin antaa lain tai asetuksen säännöksiä tiukempia määräyksiä kunnallisilla säännöillä.³³

Oikeuskirjallisuudessa on esitetty kannanottoja johtosäännön vastaisen menettelyn suhteesta kuntalain 90 §:n 2 momentin mukaisiin kunnallisvalituksen valitusperusteisiin. Teoksessa *Hannus – Hallberg – Niemi* todetun mukaan kunnallisvalituksen valitusperuste päätöksen syntymisestä virheellisessä järjestyksessä sisältää muun ohella ohje- tai johtosäännön määräysten vastaisen järjestyksen. Teoksen mukaan kuntalain 90 §:n 2 momentin 3) kohdan mukaisen valitusperusteen sana ”lainvastainen” tarkoittaa myös kunnallisen säännön määräyksen vastaisuutta.³⁴ *Harjula* ja *Prättälä* ovat lausuneet kuntalain 90 §:n 2 momentin 1 kohdassa tarkoitettua valitusperusteesta, että päätös on syntynyt virheellisessä järjestyksessä, jos johtosäännön menettelyä koskevia määräyksiä ei ole noudatettu.³⁵ Teoksessa *Kalima – Häll – Oksanen* on otettu kantaa nimenomaan hankintasääntöjen vastaiseen menettelyyn kunnallisvalituksen valitusperusteena. Teoksessa on katsottu, että hankintasääntöjen rikkomiseen voidaan vedota tehokkaasti kuntalain 90 §:n 2 momentin 3 kohdan muu lainvastaisuus -perusteella, jos hankintasäännöt on kunnassa hyväksytty oikeudellisesti velvoittavina hallintosäädöksinä.³⁶

Mäenpää on puolestaan todennut yleisesti hallintonormeista, että ne yleensä sitovat hallinnon sisällä, mutta niitä ei voida käyttää hallinnon oikeuslähteenä, eikä niillä tai niiden nojalla voida itsenäisesti päättää hallinnon ulkopuolisten oikeuksista tai velvollisuuksista. *Mäenpää* on viitannut siihen, että perustuslain 2 §:n 3 momentin nojalla viranomaisen toimivalta julkisen vallan käyttöön voi perustua vain lakiin. Jos viran-

³¹ *Harjula – Prättälä* 2007 s. 400 ja *Hannus – Hallberg – Niemi* 2009 s. 143.

³² *Harjula – Prättälä* 2007 s. 205.

³³ *Hannus – Hallberg – Niemi* 2009 s. 141 ss.

³⁴ *Hannus – Hallberg – Niemi* 2009 s. 541–543.

³⁵ *Harjula – Prättälä* 2007 s. 678.

³⁶ *Kalima – Häll – Oksanen* 2007 s. 263.

omaiselle on laissa säädetty yksilöity toimivalta normin antamiseen, viranomaisen päättämä normi voi olla oikeusnormi.³⁷ Perustuslakivaliokunnan lausuntokäytännön perusteella lailla voitaneen osoittaa kunnille kunnallisten johtosääntöjen antamisvaltaa jossain määrin laajemmin kuin perustuslain 80 §:n 2 momentin perusteella on mahdollista uskoa valtion viranomaisille norminasettamisvaltaa. Perustuslakivaliokunnan mukaan kunnallinen itsehallinto ei kuitenkaan muodosta perustetta tulkita väljästi perustuslain 80 §:n 1 momentin vaatimusta säätää lailla yksilön oikeuksien ja velvollisuuksien perusteista.³⁸

Myös teoksessa *Laakso – Suviranta – Tarukannel* on todettu, etteivät hallinnon virallislähteet (muun muassa erilaiset hallinnolliset määräykset ja ohjeet) voi olla itsenäisenä perustana yksityisten oikeuksille ja velvollisuuksille eikä viranomaisten julkisen vallan käyttö voi perustua niihin.³⁹ Teoksessa on hallinnon virallislähteistä todettu, että ohjauksen kohteena olevien toimijoiden kannalta hallinnolliset määräykset saattavat olla oikeudellisesti sitovia, mutta raja oikeudellisesti sitovien hallinnollisten määräysten ja oikeudellista sitovuutta vailla olevien hallinnollisten ohjeiden välillä ei ole käytännössä aina selvä ja yksiselitteinen.⁴⁰

Kuntalakiin perustuva, valtuuston hyväksymä johtosääntö voi sisältää määräyksiä hankintatoimen organisoinnista.⁴¹ Johtosääntöön kuntalakiin perustuvan ja hallintoa sitovan luonteen vuoksi on katsottava, että kansallisen kynnysarvon alittavissa hankinta-asioissa kunnallisvalituksen valitusperusteluna voidaan vedota johtosäännöllä mahdollisesti määrättyjen toimivaltarajojen ylitykseen ja siten johtosääntöön vastaiseen menettelyyn. Kunnallisvalitukseen liittyvä valvontafunktio perustelee kunnan jäsenen oikeutta saattaa tuomioistuimen tutkittavaksi kunnan viranomaisen menettelyn johtosääntöön mukaisuus. Myös tarjouskilpailuun osallistuneella tarjoajalla on katsottava olevan vastaava oikeus vedota johtosääntöön määräyksiin viranomaisen toimivallasta hankinta-asioissa. Sen sijaan esimerkiksi kunnanhallituksen hyväksymien hankintaohjeiden sitovuus ja kysymys niihin perustuvista tarjoajien tai potentiaalisten tarjoajien hankintamenettelyä koskevista oikeuksista on epäselvempi. Käytännössä hankintaohjeissa ei välttämättä ole edes määritelty kilpailuttamismenettelyä kansallisten kynnysarvojen alle jäävien hankintojen osalta niin tarkasti, että hankinta-

³⁷ *Mäenpää* 2003 s. 135–136. *Mäenpään* toteaman mukaan oikeusnormin luonne myös edellyttää, että perustuslain 80 §:n mukaisia lainsäädäntövallan siirtämisen edellytyksiä on muutenkin noudatettu.

³⁸ Ks. perustuslakivaliokunnan virkasääntöjä koskevat lausunnot PeVL 3/2000 vp s. 3 ja PeVL 64/2002 vp s. 2 sekä myös PeVL 20/2003 vp s. 2.

³⁹ *Laakso – Suviranta – Tarukannel* 2006 s. 28.

⁴⁰ *Laakso – Suviranta – Tarukannel* 2006 s. 27 ss.

⁴¹ Kuntien yleiset hankintaohjeet s. 10.

ohjeiden perusteella voisi syntyä hankintamenettelyyn liittyviä oikeuksia ja velvollisuuksia.⁴² Sikäli kuin hankintaohjeet sisältävät yksityiskohtaisempia menettelytapamääräyksiä, yksityisille oikeussubjekteille syntyy kuitenkin oikeutettu odotus siitä, että kunta myös menettelee ohjeiden mukaisesti.

7 OIKEUSTURVAN TARVE JULKISISSA HANKINNOISSA

Hankintojen kilpailuttamisen tavoitteena on, että kaikki halukkaat toimittajat voisivat osallistua tarjouskilpailuihin ja saada mahdollisuuden hankintojen toteuttamiseen. Hankintamenettelyssä hankintayksikön on kohdeltava tarjouskilpailuun osallistuvia tarjoajia tasapuolisesti. Hankintapäätöksellä hankintayksikkö ratkaisee hankinnan toteuttamista koskevan kilpailutilanteen ja myös tätä päätöstä tehdessään hankintayksikön on noudatettava tarjoajien tasapuolisen kohtelun vaatimusta. Leimallista hankinta-asialle on, että oikeussuojan tarve voi syntyä hankintamenettelyn eri vaiheissa ja että hankinta-asiaan liittyy useita eri tahoja.

Alalla toimivan yrityksen kannalta oikeusturvan tarve saattaa syntyä pääasiallisesti kolmessa erilaisessa tilanteessa. Ensimmäisen ryhmän muodostavat tapaukset, joissa tarjouskilpailu on järjestetty, yritys on jättänyt tarjouksen ja hankintapäätös on tehty, mutta yritystä ei ole valittu tarjouskilpailun voittajaksi. Yrityksen tarjous on voitu hylätä tarjouspyyntöä vastaamattomana tai yritys on voitu sulkea tarjouskilpailusta ennen tarjouksen valintaa sen vuoksi, ettei yritys ole täyttänyt tarjoajille asetettuja vaatimuksia. Yleisin on kuitenkin tilanne, jossa yrityksen jättämä tarjous ei ole menestynyt tarjousvertailussa. Näissä kaikissa tilanteissa on olemassa hankintaa koskeva päätös. Tarjouksen hylkäämisestä tai tarjoajan poissulkemisesta on voitu tehdä joko erillinen päätös hankintamenettelyn kuluessa tai tämä päätös on voitu tehdä tarjouskilpailua ratkaistaessa.

Toisen ryhmän muodostavat tilanteet, joissa tarjouskilpailua ei ole järjestetty ja hankintayksikkö on tehnyt hankinnan suorahankintana. Alalla toimiva yritys ei ole tällöin päässyt osallistumaan tarjouskilpailuun. Suorahankinnasta on voitu tehdä hankintapäätös, mutta mahdollista myös on, ettei erillistä hankintapäätöstä ole tehty.

Kolmannen, selvästi harvinaisemman ryhmän muodostavat tapaukset, joissa tarjouskilpailu on järjestetty ja hankintapäätös tehty, mutta alalla toimiva yritys ei ole jättänyt tarjousta. Tämä on voinut johtua tarjouspyynn-

⁴² Vrt. esim. Kuntien yleiset hankintaohjeet s. 32–34.

nössä määritellyistä ehdoista, joita sittemmin muutetaan tai joita yritys väittää syrjiviksi.

Kun edellä mainituissa tapauksissa hankinnasta on yleensä tehty hankintapäätös, täyttyy hallinto-oikeudellisen valituksen edellytyksenä oleva vaatimus päätöksestä, johon valitus kohdistetaan.⁴³ Pelkästään tarjouskilpailun ehto tai muu syrjivä menettely ilman asiaa koskevaa päätöstä ei voi siten olla muutoksenhaun kohteena vastaavaan tapaan kuin hankintalain mukaan on mahdollista. Hankintapäätöksen valituskelpoisuudesta hallintovalituksessa on kuitenkin esitetty oikeuskirjallisuudessa erisuuntaisia näkemyksiä, sen sijaan hankintapäätöksen valituskelpoisuutta kunnallisvalituksessa on pidetty selvänä.

Kun alalla toimivaa yritystä ei ole edellä mainituissa tilanteissa valittu toimittajaksi, yritys menettää mahdollisuuden hankinnan toteuttamiseen ja siltä jää saamatta tuloja. Tarjouksen laatimisesta on aiheutunut yritykselle kuluja, jotka jäävät sen tappioksi. Yrityksen kannalta oikeusturvan tarve liittyy pohjimmiltaan tarjouskilpailussa valitsematta jäämiseen ja siitä aiheutuviin tulon menetyksiin.

Selvää on, ettei kenelläkään voi olla subjektiivista oikeutta tarjouskilpailun voittamiseen. Tällaista aineellista oikeutta ei ole lainsäädännöstä löydettävissä. Hankintalakien voidaan kuitenkin edellä selostetulla tavalla todeta antavan tarjoajalle hankintamenettelyyn liittyviä oikeuksia. Myös hankintalakien ulkopuolelle jäävissä hankinnoissa erityisesti hallintolain 6 §:n hallinnon oikeusperiaatteiden ja lisäksi mahdollisesti hankintäsääntöjen ja -ohjeiden on katsottava antavan tarjoajalle oikeuden tulla kohdelluksi hankintamenettelyssä niiden asettamien vaatimusten mukaisesti. Tarjoajan oikeuksia arvioitaessa ei tulisikaan lähteä siitä, onko tarjoajalla subjektiivinen oikeus tarjouskilpailun voittamiseen, vaan tulisi pohtia, mitä menettelyyn liittyviä oikeuksia tarjoajalle sovellettavissa säännöksissä annetaan.

8 MENETTELYLLISET OIKEUDET

Menettelysäännöt määrittävät, millaisia muotoja ja menettelytapoja viranomaisen on noudatettava asioita käsitellessään. Ne antavat vastauksen siihen, miten viranomaisen tulee menetellä.⁴⁴ Oikeus asianmukaiseen käsittelyyn ja hyvään hallintoon on turvattu perusoikeutena perustuslain 21

⁴³ *Suviranta* 2006 s. 92.

⁴⁴ *Laakso* 1990 s. 21, *Kulla* 1998a s. 52 sekä *Kulla* 2008 s. 19 ss.

§:ssä. Kyseisiä oikeuksia kutsutaan menettelyllisiksi perusoikeuksiksi.⁴⁵ Kun viranomaisen menettelylle on asetettu lainsäädännössä vaatimuksia, yksityiselle oikeussubjektille syntyy vastaavasti oikeus vaatimusten mukaiseen menettelyyn. Menettelyä koskevien viranomaisten velvollisuuksien voidaan siten katsoa antavan menettelyyn liittyviä oikeuksia. Voidaan kuitenkin kysyä, ovatko menettelylliset oikeudet erotettavissa aineellisista oikeuksista ja voidaanko hankinta-asioissa ja nimenomaan hankintalakiin ulkopuolella tarjoajilla katsoa olevan menettelyllisiä oikeuksia.

Kysymys menettelyllisistä oikeuksista on *Kullan* mukaan oikeusteoreettisesti vaikeaselkoinen, koska rajanveto objektiivisten ja subjektiivisten oikeuksien välillä on epämääräinen, suhteellinen ja tilanteittain vaihteleva.⁴⁶ Oikeuksien luokittelu luonteeltaan joko aineelliseksi tai menettelylliseksi ei ole yksiselitteistä. Luokitteluun liittyy kysymys siitä, voivatko menettelylliset oikeudet olla itsenäisiä vai liittyvätkö ne vain aineellisten oikeuksien toteuttamiseen. Määriteltäessä menettelylliset oikeudet epäitsenäisiksi menettelyllisiä oikeuksia pidetään vain keinoina saavuttaa sisällöltään oikea ratkaisu.⁴⁷

Oikeuskirjallisuudessa on pohdittu menettelyllisiä oikeuksia muun muassa ympäristöoikeudessa sekä terveyden- ja sosiaalihuoltoa koskevassa lainsäädännössä. Ympäristöllisten oikeuksien keskinäisyyden osalta ovat *Kumpulán* mukaan painottuneet näkemykset, joiden mukaan menettelylliset oikeudet ovat ensisijaisia suhteessa aineellisiin oikeuksiin.⁴⁸ Laajasti ymmärrettynä menettelyllisillä oikeuksilla tarkoitetaan *Kumpulán* määrittelyn mukaan yhdistymis- ja sananvapautta, oikeutta ympäristöä koskevaan informaatioon, oikeutta osallistua ympäristöä ja luonnonvarojen käyttöä koskevaan päätöksentekoon sekä oikeutta asianmukaisiin oikeussuojakeinoihin ympäristöä koskevassa päätöksenteossa ja ympäristövahinkotilanteissa.⁴⁹ *Kotkas* on puolestaan todennut terveyden- ja sosiaalihuollon lainsäädäntöön sisältyvien menettelyllisten oikeuksien olevan kiinteässä yhteydessä kansalaisoikeuksiin ja sosiaalisiin oikeuksiin, eivätkä ne ole luonteeltaan itsenäisiä oikeuksia. Hänen mukaan lainsäätäjät on kuitenkin pyrkinyt pitämään menettelylliset oikeudet tiukasti erillään oikeudesta johonkin tiettyyn terveyden- ja sosiaalihuollon palveluun.⁵⁰ *Kotkas* on määritellyt artikkelissaan menettelylliset oikeudet oikeuksiksi, jotka liittyvät yhtäältä

⁴⁵ Ks. mm. *Mäenpää* 2008 s. 1 ss. ja *Kulla* 2008 s. 46 ss. sekä myös KHO 2010:82.

⁴⁶ *Kulla* 2008 s. 20. Ks. myös *Galligan* 1996 s. 49–50 ja s. 100.

⁴⁷ *Kulla* 2008 s. 20–21.

⁴⁸ *Kumpula* 2004 s. 57.

⁴⁹ *Kumpula* 2004 s. 11–12.

⁵⁰ *Kotkas*, LM 2009 s. 216–217.

sosiaalisten etuuksien hakemiseen, ja toisaalta siihen tapaan, jolla jokin myönnetty terveys- ja sosiaalipalvelu on toteutettava.⁵¹

Harkinnanvaraisessa viranomaistoiminnassa yksityisellä oikeussubjektilla ei ole perinteisten oppien mukaan subjektiivisia oikeuksia.⁵² Hankintalakien ulkopuolelle jäävässä hankinta-asiassa viranomaisen menettelyä ja päätöksentekoa määrittävät sovellettavien säännösten ohella tarjouskilpailun ehdot, eikä kyse ole vastaavalla tavalla harkinnanvaraisesta viranomaistoiminnasta. Koska tarjoajalla ei kuitenkaan voida katsoa olevan subjektiivista oikeutta saada tarjoustaan hyväksytyksi, tämän ”aineellisen oikeuden” puuttumisen vuoksi hankinta-asiat ovat rinnastettavissa harkinnanvaraiseen viranomaistoimintaan. *Galligan* on katsonut, että vaikka oikeussubjektilla ei olisikaan oikeutta esimerkiksi tiettyyn etuuteen, tämä ei merkitse, että etuuden toteuttamista koskevaan menettelyyn ei liittyisi mitään rajoituksia. Tietyt vakiintuneet standardit määrittävät harkintavallan käyttöä, luovat kriteerejä asianmukaiselle menettelylle ja muodostavat oikeuksia menettelyn ja perustelemisen suhteen.⁵³ Viranomainen ei voi toimia miten tahansa, vaan harkinnanvaraisen päätöksen välittömässä vaikutuspiirissä olevat oikeussubjektit voivat vaatia, että viranomainen noudattaa asianmukaista menettelyä.⁵⁴

Kullan mukaan menettelyllistä oikeuksista voidaan puhua silloin, kun asianosainen voi vaatia tiettyä menettelysuojaa käsittelyn kuluessa riippumatta asiassa tehtävästä päätöksestä.⁵⁵ Hankintalakien ulkopuolelle jäävissä hankinnoissa menettelysuojaa tarjoavat säännökset löytyvät hallintolaista. Hankinta-asiassa kyse ei ole kuitenkaan hallintolain luonteeltaan selvästi prosessuaalisten säännösten antamasta suojasta (kuten kuulemisvelvollisuus), vaan hallinnon oikeusperiaatteiden mukanaan tuomasta suojasta syrjivää kohtelua ja epäasiallista menettelyä kohtaan. Yhdenvertaisuus- ja objektiviteettiperiaatteiden nojalla tarjoajalla on oikeus tasapuoliseen kohteluun ja asianmukaiseen menettelyyn hankinta-asiassa. Viranomaistoiminnan tasapuolisuuden vaatimus pohjautuu perustuslain 6 §:n sisältämään yleiseen yhdenvertaisuusperiaatteeseen. Näillä tasapuolista kohtelua koskevilla vaatimuksilla on kuitenkin vaikutuksensa myös hankinta-asiassa tehtävän päätöksen sisältöön. Kyse ei ole siten pelkästään

⁵¹ *Kotkas*, LM 2009 s. 212. Myös *Arajärvi* tarkastelee erikseen toimeentuloturvan menettelyllistä oikeellisuutta, ks. *Arajärvi* 2002 s. 326 ss. Menettelyllisistä oikeuksista ks. myös *Aer* 2000 s. 78 ss.

⁵² Ks. *Kulla*, LM 1998b s. 1148. *Kulla* on katsonut hallintolain edeltäjän hallintomenettelylain soveltuvan kokonaisuudessaan myös harkintatilanteisiin edellyttäen, että menettelyssä on asianosaisia.

⁵³ *Galligan* 1996 s. 106.

⁵⁴ *Kulla*, LM 1998b s. 1148.

⁵⁵ *Kulla* 2008 s. 20.

menettelyn, vaan lopulta myös hankintapäätöksen asiallisesta tasapuolisuudesta ja syrjimättömyydestä.

Edellä esitetty liittyy kysymykseen hallinnon oikeusperiaatteiden luonteesta yleisesti ja erityisesti hankinta-asioissa. *Kulla* mukaan hallinnon oikeusperiaatteet ovat lähinnä aineellisia oikeusperiaatteita eli toiminnan sisällöllisiä laillisuusperusteita, mutta periaatteilla on merkitystä myös hallintomenettelyssä. *Kulla* on todennut yhdenvertaisuusperiaatteen olevan sekä aineellinen periaate että menettelyperiaate. Hän onkin katsonut hallintolain madaltaneen sisällöllisten ja menettelyllisten sääntelyiden välistä raja-aitaa.⁵⁶ *Mäenpään* mukaan hallintolain tarkoituksena on määritellä yleiset menettelyvaatimukset hallintoasian käsittelylle ja hallintolain suhde aineelliseen lainsäädäntöön on näin ollen ensisijassa menettelyllinen.⁵⁷ *Mäenpää* on todennut hallintolain määrittelevän laadulliset perusteet hyvälle hallinnolle ja asettavan samalla viranomaiselle menettelyllisiä velvoitteita sekä määrittelevän hallinnossa asioiville menettelyllisiä oikeuksia, kuten oikeus puolueettomaan ja tasapuoliseen menettelyyn.⁵⁸ *Mäenpää* on kuitenkin erottanut menettelyn tasapuolisuutta ja puolueettomuutta käsitellessään asiallisen ja menettelyllisen yhdenvertaisuuden. Menettelyllisen yhdenvertaisuuden vaatimus perustuu hallintolain 6 §:n tasapuolisen kohtelun vaatimukseen. *Mäenpää* toteaa tasapuolisuudella olevan merkitystä erityisesti käsiteltäessä useita kilpailevia hakemuksia, jotka koskevat samaa niukkaa etua tai oikeutta.⁵⁹

Vaikka hallinnon oikeusperiaatteiden noudattamisella on liityntänsä hankintapäätöksen asialliseen sisältöön, periaatteiden merkitys on kuitenkin hankinta-asioissa luokiteltavissa pääasiallisesti menettelylliseksi, menettelyllistä suojaa antavaksi. Tässä suhteessa on mielestäni hankinta-asioissakin perusteltua puhua menettelyllisistä oikeuksista.

⁵⁶ *Kulla* 2008 s. 17 ja s. 94 ss. Teoksessa *Niemivuo – Keravuori-Rusanen – Kuusikko* on määritelty hallinnon oikeusperiaatteet hallintotoimintaa ja -harkintaa ohjaaviksi aineellisiksi periaatteisiksi. ks. *Niemivuo – Keravuori-Rusanen – Kuusikko* 2010 s. 119 ss.. Teoksessa *Laakso – Suviranta – Tarukannel* tarkastellaan periaatteita toimivallan ja harkintavallan käyttämiseen liittyvinä periaatteina, ks. *Laakso – Suviranta – Tarukannel* 2006 s. 303 ss.

⁵⁷ *Mäenpää* 2008 s. 16. Ks. myös *Mäenpää*, Lausunto 7.12.2010 perustuslakivaliokunnalle hallituksen esityksestä laiksi valtion virkamieslain muuttamisesta (HE 181/2010 vp).

⁵⁸ *Mäenpää* 2008 s. 25.

⁵⁹ *Mäenpää* 2003 s. 273.

9 HALLINTOPROSESSIN TEHTÄVÄT JA VALITUSOIKEUS

Hallintoprosessin perustehtävinä voidaan pitää yhtäältä oikeusturvan toteuttamista ja toisaalta hallintoon kohdistuvaa valvontaa. Näitä kahta hallintoprosessin perustehtävää kuvaavat määritelmät oikeusturvan subjektiivisesta ja objektiivisesta laajuudesta. Subjektiivisella oikeusturvalla tarkoitetaan yksityisen oikeudellisen aseman suojaamista suhteessa julkiseen valtaan, kun taas objektiivisessa oikeuskontrollissa pyritään suojaamaan oikeuden ja hallinnon lainalaisuuden toteutumista.⁶⁰

Sillä, mitä hallintoprosessin tehtävää korostetaan, on *Kullan* mukaan vaikutuksensa valitusoikeuden järjestämiseen lainsäädännössä. Subjektiivista oikeusturvaa painotettaessa valitusoikeuden edellytyksenä on pidetty subjektiivisen oikeuden loukkausta tai suppeasti määritellyn (oikeudellisen) intressin loukkausta. Sen sijaan objektiivisessa oikeuskontrollissa valitusoikeutta ei ole rajattu subjektiivisen oikeuden loukkaukseen, vaan myös henkilökohtaisen intressin (kuten taloudellisen tai aatteellisen) loukkaus voi perustaa valitusoikeuden. Tällaisen intressin on oltava luonteeltaan kuitenkin riittävän eriytynyt. Erilaisen painotuksen omaksumisen hallintoprosessin perustehtävissä on siten katsottu vaikuttavan siihen, onko puhevalta määritely oikeussidonnaisesti vai lähinnä intressisidonnaisesti.⁶¹ *Mäenpää* on hallintoprosessin funktioita tarkastellessaan todennut oikeusturvan toteuttamisen säilyvän hallintoprosessin perustehtävänä, mutta määritellyt oikeusturva- ja valvontafunktion ohella hallintoprosessin tehtäviksi riidanratkaisu- ja ohjausfunktiot, instrumentaalisen ja oikeutta luovan funktion sekä menettelyllisen oikeudenmukaisuuden takaamisfunktion.⁶² Mainittujen muiden hallintolainkäytön tehtävien voidaan katsoa kuvaavan tai ainakin liittyvän hallintolainkäytön oikeusturvan toteuttamista ja hallinnon valvontaa koskeviin funktioihin. *Mäenpää* toteaaakin esimerkiksi instrumentaalisen funktion liittyvän sekä hallintoprosessin valvonnalliseen tehtävään että oikeusturvatehtävään. Instrumentaalisisessa funktiossa hallintoprosessin tavoitteena on paitsi antaa yksityisen asiaosaisen kannalta oikea ja lainmukainen ratkaisu myös varmistaa oikeuden tehokas toteutuminen muissakin vastaavissa tapauksissa.⁶³

⁶⁰ *Suviranta* 2007 s. 172–173, *Mäenpää* 2005 s. 5–6 ja *Kulla* 1998c s. 237–238.

⁶¹ *Kulla* 1998c s. 238 ss.

⁶² *Mäenpää* 2004 s. 226 ss. Hallintoprosessin tehtäviä on käsitelty myös hallintolainkäyttöä koskeissa väitöskirjoissa, ks. laajimmin *Siitari-Vanne* 2005 s. 153 ss. Ks. myös *Aer* 2000 s. 93 ss. sekä oikeusturva-ajattelun kehityksestä ks. *Halila* 2000 s. 16 ss.

⁶³ *Mäenpää* 2004 s. 234–235.

Kuten *Siitari-Vanne* on todennut, hallintoprosessin funktioiden painotus vaihtelee ainakin jossain määrin eri asiaryhmissä.⁶⁴ Esimerkiksi instrumentaalinen funktio on korostunut EU-oikeuden alalla, jolla pyritään yhtäältä turvaamaan unionin oikeuden tehokas ja yhdenmukainen toteutuminen sovellettaessa sitä kansallisissa tuomioistuimissa ja toisaalta takaamaan yksityisen EU-oikeuteen perustuvien oikeuksien tehokkuus.⁶⁵ Tällainen instrumentaalinen funktio on nähtävissä julkisia hankintoja koskevassa EU-oikeudessa ja kansallisissa hankintalaeissa. Markkinoilla toimivat yritykset valvovat hankintasäännösten noudattamista ja voivat saattaa tuomioistuimen tutkittavaksi muun muassa hankinnat, jotka hankintayksikkö on tehnyt tarjouskilpailua järjestämättä. Oikeussuojakeinojen käyttämisessä on näin ollen kyse paitsi markkinoilla toimivien yritysten omien oikeuksien suojaamisesta myös hankintaviranomaisen toiminnan lainmukaisuuden saattamisesta tuomioistuinkontrollin piiriin ja pyrkimyksestä siten varmistaa sääntelyn noudattamista julkisissa hankinnoissa yleisemminkin.⁶⁶ Hallinto-oikeudellisessa muutoksenhaussa hallinnon valvontafunktiosta on kyse kunnan jäsenen tekemässä kunnallisvalituksessa.

Mäenpään tavoin katson, etteivät hallintoprosessin perustehtävät ole tosiasiaassa toisistaan erotettavissa, sillä oikeusturvan antamiseen sisältyy myös valvonnallinen elementti ja valvonnan toteuttamiseen puolestaan oikeusturvaelementti.⁶⁷ Kun tarkastelen yksityisen oikeussubjektin mahdollisuutta saattaa hankinta-asia tuomioistuimen tutkittavaksi, tutkimustehtävässä painottuu oikeusturvan toteuttaminen ja siten hallintolainkäytön oikeusturvatehtävä korostuu. Oikeusturvafunktio on myös ydinsisältönä ihmisoikeussopimuksen oikeudenmukaista oikeudenkäyntiä koskevassa oikeudessa ja perustuslain oikeusturvaa koskevassa perusoikeudessa. Säännösten tarkoituksena on mahdollistaa suoja oikeudenloukkauksia vastaan. Vastaavaa tavoitetta toteuttaa myös hallintolainkäyttölain valitusoikeutta koskeva säännös.⁶⁸

Hallinnon valvonnan on katsottu edellyttävän oikeusturvafunktioon verrattuna laajempaa, muuhun kuin oikeudelliseen intressiin pohjautuvaa valitusoikeutta. Oikeusturvafunktion toteuttamisen kannalta aineellisen oikeuden tai oikeudellisen intressin olemassaoloon pohjautuva valitusoikeus

⁶⁴ *Siitari-Vanne* 2005 s. 170.

⁶⁵ *Mäenpää* 2004 s. 234–235.

⁶⁶ Julkisasiamies on ratkaisuehdotuksessaan 13.3.2008 asiassa C-454/06 *pressetext Nachrichtenagentur GmbH* todennut oikeussuojadirektiivien tavoitteen kaksitahoiseksi: toisaalta tavoitteena on taata yksilöille tehokas oikeussuoja hankintasopimusten tekemisen yhteydessä ja toisaalta mahdollistaa hankintaviranomaisten päätösten laillisuuden valvonta. Ks. ratkaisuehdotuksen kohta 144.

⁶⁷ *Mäenpää*, Oikeus 2007 s. 325. Vastaavasti *Pellonpää* 2008 s. 627.

⁶⁸ Ks. myös *Kulla* 1998c s. 246.

on katsottu yleensä riittäväksi. Kuitenkin yhtä hyvin hallintolainkäytön oikeussuojafunktion toteuttamisenkin voidaan katsoa edellyttävän mainittua laajempaa valitusoikeutta.

Kun julkisissa hankinnoissa on kyse ennen kaikkea menettelyn asianmukaisuudesta, oikeusturvaodotukset kohdistuvat mahdollisuuteen saattaa hankintamenettelyn virheettömyys tuomioistuimen tutkittavaksi. Kyse voidaan katsoa olevan edellä todetulla tavalla menettelyllisiin oikeuksiin liittyvästä oikeusturvan tarpeesta. Jotta tarjoaja voisi saattaa hankintamenettelyn tuomioistuimen tutkittavaksi, edellyksenä kuitenkin on, että tällainen menettelyllinen oikeus hyväksyttäisiin valitusoikeuden perusteeksi.

10 IHMISOIKEUSSOPIMUKSEN VAATIMUKSET

10.1 Oikeus tuomioistuinkäsittelyyn

Euroopan ihmisoikeussopimuksen (EIS) 6 artiklan 1 kappaleen mukaan jokaisella on oikeus kohtuullisen ajan kuluessa oikeudenmukaiseen ja julkiseen oikeudenkäyntiin laillisesti perustetussa riippumattomassa ja puolueettomassa tuomioistuimessa silloin, kun päätetään hänen oikeuksistaan ja velvollisuuksistaan.⁶⁹ Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen (EIT) ratkaisukäytännössä artiklan on katsottu sisältävän tuomioistuinkäsittelyä koskevan oikeuden, eikä pelkästään määrittävän oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin menettelyllisiä vaatimuksia silloin kun tuomioistuimeen pääsystä on kansallisessa oikeudessa säädetty. Artikla takaa siten oikeuden tuomioistuinkäsittelyyn sen soveltamispiiriin kuuluvissa asioissa.⁷⁰ Oikeus tuomioistuinkäsittelyyn koskee rikosasioiden ohella asioita, joissa päätetään henkilön oikeuksista ja velvollisuuksista. Englanninkielisenä kyseinen kohta kuuluu ”the determination of his civil rights and obligations” ja ranskan kielellä ”contestations sur ses droits et obligations de caractère

⁶⁹ Oikeudesta tuomioistuinkäsittelyyn sisältyy vastaavanlainen määräys myös kansalaisoikeuksia ja poliittisia oikeuksia koskevan kansainvälisen yleissopimuksen (KP-sopimus) 14 artiklan 1 kappaleeseen, jonka mukaan päätettäessä rikossyytteestä henkilöä vastaan tai hänen oikeuksistaan tai velvoituksiaan riita-asiaissa jokaisella on oikeus rehelliseen ja julkiseen oikeudenkäyntiin laillisesti perustetun toimivaltaisen, riippumattoman ja puolueettoman tuomioistuimen edessä.

⁷⁰ Ks. *Pellonpää* 2007 s. 364–365. Ks. myös *Ervo* 2005 s. 116. Oikeus tuomioistuinkäsittelyyn ei ole ehdoton oikeus, vaan sille voidaan asettaa rajoituksia. Rajoituksella ei kuitenkaan saa tehdä kyseistä oikeutta merkityksettömäksi. Lisäksi rajoituksella on pyrittävä hyväksyttäviin tavoitteisiin ja rajoituksen on täytettävä suhteellisuusperiaatteen vaatimukset. Ks. esim. *Mendel v. Ruotsi*, tuomio 7.4.2009, kohta 74 sekä *Pellonpää* 2007 s. 365 ja *Ervo* 2005 s. 121 ss.

civil”. Suomenkielisessä tekstissä määre ”civil” on siis jätetty kääntämättä ja käytetään vain ilmaisua ”oikeudet ja velvollisuudet”. Käsitteen ”civil rights” tulkinta on osoittautunut ongelmalliseksi 6(1) artiklan soveltamisessa. Epäselvää on ollut, missä laajuudessa sopimusmääräys soveltuu hallintoasioihin. Vaihtoehtona ”civil rights and obligations” -käsitteen tulkinnalle olisi katsoa sen tarkoittavan vain yksityisoikeudellisia asioita tai sitten tulkita sitä laajemmin katsoen sen koskevan muita asioita kuin rikosasioita, jolloin hallintoasiat niiden luonteesta riippumatta kuuluisivat käsitteen alaan ja käsite kattaisi ylipäätään kaikki yksilön/kansalaisen oikeudet ja velvollisuudet.⁷¹ EIT:n ratkaisukäytännössä oikeuden luonteen arvioinnissa aikaisemmin selvemmin nähtävissä olleen erottelun yksityis- ja julkisoikeuteen voidaan todeta menettäneen merkitystään ja tulkinnan liikkuneen kohti laajempaa 6(1) artiklan soveltamista.⁷² Vieläkin kuitenkin merkittäviä ryhmiä hallintoasioista on katsottu jäävän sopimusmääräyksen soveltamispiiriin ulkopuolelle. Käsitteen sisältö muotoutuu edelleen EIT:n ratkaisukäytännössä.⁷³

EIT:n tuomiossa *Ringeisen*-tapauksessa vuonna 1971 todettiin, että 6(1) artiklan soveltumisen kannalta ei ollut ratkaisevaa, ovatko molemmat asianosaiset yksityishenkilöitä, kuuluuko asia kansallisessa laissa yksityis- vai hallinto-oikeuden alaan ja mikä viranomaisen asiassa on toimivaltainen. Ratkaisevaa sen sijaan on, onko asialla vaikutuksia yksityisten oikeuksiin ja velvollisuuksiin. Kyseisessä tapauksessa 6(1) artiklassa tarkoitetuista oikeuksista katsottiin päätetyn päätöksellä, jolla viranomainen oli hylännyt sille vahvistettavaksi toimitetun yksityisten henkilöiden välisen kiinteistönluovutus sopimuksen. Vaikka viranomainen sovelsi päätöstä tehdessään hallinto-oikeutta, päätöksellä oli ratkaiseva merkitys yksityisoikeudellisten oikeussuhteiden kannalta (decisive for the relations in civil law).⁷⁴

EIT:n tuomio *Ringeisen*-tapauksessa perustui erotteluun yksityis- ja julkisoikeuden välillä käsitteen ”civil rights” tarkoittaessa yksityisoikeudellisia oikeuksia. Kuten edellä on todettu, myöhemmässä ratkaisukäytännössä tämän erottelun merkityksen voidaan nähdä vähentyneen. *Pellonpään* lausuman mukaan läheinen yhteys julkisoikeudelliseksi luonnehdittavan menettelyn ja siitä yksityisoikeudellisiin oikeussuhteisiin aiheutuvien heijastusvaikeuksien välillä on menettänyt merkitystään 6(1) artiklan soveltamisedellytyksenä erityisesti sosiaalietuuksia koskevissa tapauksis-

⁷¹ Sopimusmääräyksen tarkoitettu soveltamisalasta valmisteluaineiston perusteella ks. *van Dijk* 1988 s. 133 ss. Ks. myös *Mäenpää*, LM 1987 s. 315.

⁷² Ks. *Harris – O’Boyle – Warbrick* 2009 s. 210–212 ja *Mäenpää*, LM 1987 s. 315.

⁷³ *Pellonpää* 2007 s. 377. Oikeuskäytännöstä ja mahdollisista kehityslinjoista ks. *Jacobs – White – Ovey* 2010 s. 253 ja *Harris – O’Boyle – Warbrick* 2009 s. 222–223.

⁷⁴ *Ringeisen v. Itävalta*, tuomio 16.7.1971, kohta 94.

sa.⁷⁵ *Feldbrugge*- ja *Deumeland*-tapauksissa⁷⁶ EIT punnitsi riidanalaiseen oikeuteen liittyviä yksityis- ja julkisoikeudellisia piirteitä, ja yksityisoikeudellisten piirteiden ollessa hallitsevampia, kyseessä katsottiin olevan ”civil right”. Uudemmassa EIT:n ratkaisukäytännössä sosiaalietuuksien on katsottu voivan olla 6(1) artiklan soveltamispiirissä riippumatta siitä, liittykö niihin yksityisoikeudellisia piirteitä.⁷⁷ Vaikka EIT:n ratkaisukäytännössä 6(1) artiklan soveltamisala on laajentunut, sopimusmääräystä ei ole kuitenkaan ulotettu asioihin, joiden on luonteeltaan katsottu kuuluvan julkisen vallan keskeisiin oikeuksiin (”the hard core of public-authority prerogatives”). Esimerkiksi veroasiat on jätetty 6 artiklan siviilihaaran ulkopuolelle niihin veronmaksajille liittyvistä taloudellisista vaikutuksista huolimatta.⁷⁸ Käsite ”civil rights and obligations” ei siten viittaa vain yksityisoikeudellisiin oikeuksiin tai velvollisuuksiin, mutta ei kuitenkaan (ainakaan vielä) kaikkiin yksilön/kansalaisen oikeuksiin tai velvollisuuksiin. ”Civil right” -käsitteestä käytetty suomenkielinen käännös ”yksityisluonteinen oikeus” tarjoaa suuntaa antavan kuvan käsitteen sisällöstä.⁷⁹

Selitystä EIS 6(1) artiklan soveltamisalan laajenemiselle hallintoasioissa voidaan hakea sopimusvaltioissa tapahtuneesta kehityksestä. Viranomaisten toiminnan ja julkisoikeuden laajentuminen on lisännyt yksityisten oikeuksia ja velvollisuuksia koskevaa hallinnollista päätöksentekoa. Kehitys on EIT:n dynaamisessa tulkintakäytännössä johtanut käsitteen ”civil rights” soveltamisalan kasvamiseen. Tämä on mahdollistanut oikeusturvan saamisen viranomaisten ja kansalaisten välisissä suhteissa.⁸⁰ Sopimusmääräyksen soveltamisalan laajentumiseen on teoksessa *Harris – O’Boyle – Warbrick* katsottu johtaneen myös seuraavat tuomioistuimen ratkaisukäytäntöön liittyvät seikat: 6 artiklan soveltamisalan poikkeuksia koskeva suppea tulkinta, oikeuksien määrittelyminen hyvin yleisellä tasolla (kuten oikeus harjoittaa elinkeinotoimintaa), riidanalaiseen oikeuteen liittyvien taloudellisten näkökohtien painottaminen sekä oikeudesta päättämisen

⁷⁵ *Pellonpää* 2007 s. 381. Vastaavasti myös *Harris – O’Boyle – Warbrick* 2009 s. 210–212.

⁷⁶ *Feldbrugge v. Alankomaat*, tuomio 29.5.1986, kohta 40 ja *Deumeland v. Saksa*, tuomio 29.5.1986, kohta 74.

⁷⁷ *Schuler-Zraggen v. Sveitsi*, tuomio 24.6.1993, kohta 46. Ks. *Pellonpää* 2007 s. 381–382 ja *Harris – O’Boyle – Warbrick* 2009 s. 217. Oikeuskäytännön kehittymisestä ks. myös *Halila* 2000 s. 170 ss.

⁷⁸ *Ferrazzini v. Italia*, tuomio 12.7.2001, kohta 29. Veronkorotusten määrittämisen on sen sijaan katsottu koskevan 6 artiklan rikoshaaraa, ks. *Jussila v. Suomi*, tuomio 23.11.2006 sekä myös ratkaisut KHO 2007:67 ja 68. Ks. muista 6(1) artiklan ulkopuolelle jäävistä asioista mm. *Pellonpää* 2007 s. 383–386 ja *Harris – O’Boyle – Warbrick* 2009 s. 218 ss.

⁷⁹ EIT:n tuomioiden suomenkielisissä Finlex-käännöksissä on ”civil right” käännetty yksityisluonteiseksi oikeudeksi. Ks. myös *Ervo* 2008 s. 4 ss.

⁸⁰ *Ferrazzini v. Italia*, kohta 27. Ks. *Mäenpää*, LM 1987 s. 285, *Halila* 2000 s. 174, *Harris – O’Boyle – Warbrick* 2009 s. 218–219 sekä *Hallberg* 1999 s. 658.

ulottaminen koskemaan myös päätöksestä seuraavia vaikutuksia. Näiden tulkintaratkaisujen myötä on ollut mahdollista katsoa yhä laajenevasti hallintoviranomaisten päätösten kuuluvan 6(1) artiklan piiriin.⁸¹

EIT ei ole antanut yleistä määritelmää ”civil rights” -käsitteestä, vaan kysymys oikeuden luonteesta on ratkaistu yksittäistapauksittain. Käsitteen sisältö on muodostunut vaikeaselkoiseksi. Kunkin tapauksen tulkintaohjeen ja yhtenäisen tulkintalinjan hahmottamista vaikeuttaa se, että 6(1) artiklan soveltumista koskeva ratkaisu pohjautuu yksittäisen tapauksen olosuhteiden lisäksi usein yksilöllisiä piirteitä sisältävään kansalliseen lakiin. Useista asiatyypeistä on ratkaisukäytäntöä kuitenkin muodostunut sen verran runsaasti, että yleisempiä kannanottoja voidaan esittää.

Artikkelissa tarkastellaan seuraavaksi 6 artiklan soveltamisedellytyksiä siviilihaaran osalta EIT:n ratkaisukäytännön perusteella. Tarkastelu jakautuu seuraaviin osa-alueisiin: onko olemassa oikeutta koskeva riita, onko kyse oikeudesta päättämisestä, onko olemassa oikeus ja mikä on kyseisen oikeuden luonne. Artikkelin kannalta keskeisimpänä kysymyksenä voidaan pitää sen arvioimista, onko olemassa oikeus, joka aikaansaa 6(1) artiklan soveltumisen. Tätä kysymystä EIT on käsitellyt erilaisia lupia koskevissa asioissa, joissa subjektiivista oikeutta luvan saamiseen ei voida katsoa olevan ja joissa viranomaisella on harkintavaltaa luvan myöntämisestä tai peruuttamisesta päättäessään. Viranomaisen harkintavallasta esitetyt linjaukset tarjoavat lähtökohdan tarjoajan oikeuksien arvioinnille. Myöskään tarjoajalla ei voida katsoa olevan subjektiivista oikeutta saada tarjoustaan hyväksytyksi, vaikkakin julkisissa hankinnoissa viranomaisen toimintaa määrittävät ja siten harkintavaltaa rajoittavat osaltaan tarjouskilpailun ehdot. Erilaisiin lupiin liittyvän oikeuskäytännön selostamisen jälkeen tarkastelun kohteena ovat EIT:n ratkaisut, joissa on otettu kantaa tarjoajan oikeuksiin tarjouskilpailuissa.

10.2 6(1) artiklan soveltamisedellytykset

10.2.1 Riita

EIS 6 artiklan siviilihaaran soveltumisen edellytyksenä on oikeutta koskeva riita, joko kahden yksityishenkilön välillä tai yksityishenkilön ja valtion välillä. EIT:n mukaan sanaa ”riita” ei tule tulkita liian teknisesti eikä muodollisesti. Riita voi koskea sekä oikeuden olemassaoloa että sen sisältöä ja tapaa, jolla sitä käytetään. Riita voi liittyä oikeus- ja tosiasia-

⁸¹ Harris – O’Boyle – Warbrick 2009 s. 218–219, s. 222 ja s. 227.

kysymyksiin. Lisäksi riidan on oltava aito ja vakava.⁸² Periaatteelliset sopimukseen vetoamiset, joilla ei ole todellista merkitystä osapuolelle, voivat siten jäädä sopimusmääräyksen soveltamisalan ulkopuolelle.⁸³ Tämä merkitsee käytännössä, että julkisoikeudelliseen riitaan on liityttävä yksityisen oikeussubjektin oikeussuojan tarve.⁸⁴

10.2.2 Oikeudesta päättäminen

Oikeudenkäynnin tai muun menettelyn lopputuloksella on oltava välittömästi ratkaiseva merkitys asianomaiselle oikeudelle. Oikeudesta päättäminen voi olla nimenomaisesti päätöksentekoprosessin tarkoitus tai päätöksentekoprosessi voi olla ratkaiseva asianomaisen oikeuden kannalta, vaikka oikeudesta päättäminen ei olisi nimenomaisesti sen ainoa kohde. Pelkät heikot yhteydet tai kaukaiset seuraukset eivät kuitenkaan tuo riitaa EIS 6(1) artiklan piiriin.⁸⁵

10.2.3 Kansallisen oikeuden tunnustama oikeus

Oikeus tuomioistuinkäsittelyyn koskee vain riitoja oikeuksista, jotka ovat kansallisen oikeuden tunnustamia. EIS 6(1) artikla ei perusta uusia aineellisia oikeuksia eikä se takaa oikeuksille mitään aineellista sisältöä, vaan sillä tarjotaan prosessuaalista suojaa kotimaisessa oikeudessa jo tunnustetuille oikeuksille. Riittävää on, että oikeutta voidaan ainakin puolustettavain perustein pitää kotimaisen oikeuden tunnustamana.⁸⁶ Sen sijaan edellytyksenä ei ole, että valittajan esittämät väitteet ovat aiheellisia kansallisen oikeuden kannalta.⁸⁷ Kansallisella oikeudella tarkoitetaan jäsenvaltioiden

⁸² Ks. esim. *Bentham v. Alankomaat*, tuomio 23.10.1985, kohdat 32 ja 34 ja *Le Compte, van Leuven ja de Meyere v. Belgia*, tuomio 23.6.1981, kohdat 44–51.

⁸³ *Ervo* 2008 s. 10.

⁸⁴ *Halila* 2000 s. 185.

⁸⁵ Ks. esim. *Bentham v. Alankomaat*, kohta 32 ja *Levänen ja muut v. Suomi*, päätös 11.4.2006. Ks. *Harris – O’Boyle – Warbrick* 2009 s. 226–227.

⁸⁶ Ks. esim. *Levänen ja muut v. Suomi*, päätös 11.4.2006 ja *Ahtinen v. Suomi*, tuomio 23.9.2008, kohta 38. Toisinaan voi olla vaikea ratkaista, onko oikeutta tuomioistuinkäsittelyyn koskeva rajoitus aineellisen oikeuden olemassaoloon vaikuttava vai luonteeltaan prosessuaalinen. Aineellisen oikeuden rajoittaminen voi johtaa siihen, ettei EIS 6(1) artikla sovellu, sen sijaan prosessuaalisen rajoituksen osalta on arvioitava rajoituksen hyväksyttävyyttä. Ks. mm. *Roche v. Yhdistynyt kuningaskunta*, tuomio 19.10.2005, kohdat 118–120 sekä *Pellonpää* 2007 s. 371–372, *Jacobs – White – Ovey* 2010 s. 256–258 ja *Harris – O’Boyle – Warbrick* 2009 s. 224–225 ja 241. Lisäksi on huomattava, että EIT on joissakin ratkaisuisaan katsonut 6 artiklaa loukatun asian lopputuloksen ollessa selvästi vastoin oikeusvaltioperiaatetta, vaikka menettely oli sinänsä näyttänyt olevan virheetöntä. Ks. *Pellonpää* 2007 s. 397–380 ja *Harris – O’Boyle – Warbrick* 2009 s. 202.

⁸⁷ *Neves e Silva v. Portugal*, tuomio 27.4.1989, kohta 37.

osalta myös EU-oikeutta.⁸⁸

Kysymystä oikeuden olemassaolosta on harkittava kotimaisen oikeuden perusteella. Oikeuden olemassaoloa harkittaessa lähtökohtana on kotimainen laki, sen sanamuoto ja tulkintakäytäntö kansallisissa tuomioistuimissa.⁸⁹ EIT on katsonut, että täytyy olla vahvoja perusteita, jotta se voisi poiketa ylempien kansallisten tuomioistuinten tulkintaratkaisuihin ja katsoa vastoin niiden käsitystä, että oikeutta voidaan pitää puolustettavien perusteiden kansallisen oikeuden tunnustamana.⁹⁰ EIT:n lausuman mukaan arvioinnissa on keskityttävä tapauksen realiteetteihin ja jätettävä vaikutelmat ja kielelliset ilmaisut sivummalle.⁹¹ Toisaalta EIT:n ratkaisukäytännössä on katsottu, että käsitettä ”oikeus” on tulkittava autonomisesti 6(1) artiklan kannalta.⁹² Vaikka oikeuden olemassaoloa harkittaessa kansallisen oikeuden sisältö on ratkaiseva, ratkaisu siitä, onko kyseinen oikeus 6(1) artiklassa tarkoitettu oikeus, tehdään autonomisesti eli kansallisista oikeusjärjestyksistä riippumattomasti.⁹³

Kansallinen lain viranomaiselle jättämä harkintamarginaali oikeudesta päätettäessä ei välttämättä merkitse, ettei 6(1) artikla tulisi sovellettavaksi. Edellytyksenä kuitenkin on, että viranomaisen harkintavalta ei ole täysin vapaa tai väljä. Säännöksen soveltamiselle on lisäksi asetettu edellytys, jonka mukaan oikeuden olemassaolon on oltava riippuvainen tietyistä konkreettisista seikoista, joita voidaan vaikeuksitta tutkia hallintoviranomaisissa ja tuomioistuimissa.⁹⁴ *Pellonpään* toteamalla tavalla EIS 6(1)

⁸⁸ Ks. *Papoulakos v. Kreikka*, päätös 11.1.1995.

⁸⁹ Ks. *Mendel v. Ruotsi*, kohdat 41–46, jossa oikeutta päästä työmarkkinapoliittisen ohjelman piiriin ei pidetty kotimaisen oikeuden tunnustamana, koska ohjelmaan pääsyä koskevissa säännöksissä käytettiin ilmaisuja ”voidaan” ja lisäksi henkilön osallistumista ohjelmaan oli perusteltava työmarkkinapoliittisin seikoin.

⁹⁰ Mm. *I.T.C. Ltd v. Malta*, päätös 11.12.2007 ja *Mendel v. Ruotsi*, kohta 42.

⁹¹ Ks. *Ahtinen v. Suomi*, kohta 38.

⁹² Ks. mm. *Levänen ja muut v. Suomi*, päätös 11.4.2006 ja *Posti ja Rahko v. Suomi*, tuomio 24.9.2002, kohta 51 sekä *Pellonpää* 2007 s. 372.

⁹³ Ks. myös *Mennitto v. Italia*, tuomio 5.10.2000. Tapauksessa kansallinen tuomioistuin oli katsonut valittajalla olevan kansallisen lain nojalla ”laillisen intressin” (legitimate interest) avustukseen saamiseen vammaisen perheenjäsenen hoitamisesta, mutta ei automaattista oikeutta saada avustusta. EIT ei katsonut tarpeelliseksi arvioida, kattaako 6(1) artiklassa tarkoitettu autonomisen oikeuden käsite myös laillisen intressin, vaan katsoi valittajalla ainakin puolustettavien perusteiden olleen oikeus vaatia avustuksen koko määrän saamista. Ks. tuomion kohdat 21–28.

⁹⁴ Ks. mm. *Mendel v. Ruotsi*, kohdat 43–45. Vaikka EIT katsoi, ettei oikeutta päästä työmarkkinapoliittisen ohjelman piiriin voitu pitää kotimaisen oikeuden tunnustamana, Ruotsin lain katsottiin kuitenkin tunnustaneen oikeuden siihen, ettei ohjelman piiriin päässeen henkilön osallistumista ohjelmaan peruutettaisi mielivaltaisesti. Asetuksessa oli määriteltä, milloin henkilön osallistuminen ohjelmaan voitiin peruuttaa, ja kyse oli sellaisista konkreettisista kriteereistä, joita voitiin erityisittä vaikeuksitta tutkia hallintoviranomaisissa ja tuomioistuimissa eivätkä säännökset jättäneet viranomaisille rajoittamatonta tai edes väljää harkintamarginaalia. Ks. tuomion kohdat 47–56.

artikla ei koske pelkästään subjektiivisia oikeuksia ahtaassa merkityksessä, vaan määräyksen tarkoittamasta oikeudesta voi olla kyse silloinkin, kun viranomaisella on harkintavaltaa päättäessään etuudesta, kunhan harkintavaltaa on rajoitettu oikeudellisilla kriteereillä.⁹⁵ Päätöksestä aiheutuvat taloudelliset seuraamukset eivät kuitenkaan yksinään riitä, vaan päätöksen on nimenomaisesti koskettava henkilön oikeuksia.⁹⁶

10.2.4 Yksityisluonteinen oikeus

Tuomioistuin ei ole antanut yleistä ”civil rights” -käsitteen määritelmää⁹⁷, mutta on kuitenkin ratkaisuisissaan esittänyt yleisempiä kannanottoja käsitteen tulkinnasta. Keskeistä on, että käsitteellä on sopimusmääräystä tulkittaessa autonominen sisältö.⁹⁸ Tulkinnan pohjautuminen pelkästään kansalliseen oikeuteen olisi johtanut erilaisiin lopputuloksiin EIS 6(1) artiklan soveltamisalan suhteen.⁹⁹ EIT:n mukaan käsitettä ”civil rights” ei voida tulkita yksinomaan viittaamalla kansalliseen lakiin, eikä kansallisen oikeuden luokittelulla ole merkitystä. Merkitystä ei ole juurikaan sillä, minkä tyyppisellä lailla (yksityisoikeudellinen, kaupallinen, hallinnollinen) päätöksentekomenettelystä on säädetty ja millä viranomaisella (tuomioistuin, hallintoelin) on toimivalta. Vain oikeuden luonteella on merkitystä. Kansallinen laki kyseessä olevan oikeuden sisällön ja vaikutusten osalta otetaan kuitenkin huomioon arvioitaessa oikeuden luonnetta. Myös yhdenmukainen eurooppalainen käsitys oikeuden luonteesta voi olla arvioinnissa merkityksellinen.¹⁰⁰

EIS 6(1) artiklan soveltamisen kannalta ei merkitystä ole sillä, onko hallintoviranomainen sen ja yksityisen välisessä ”riidassa” yksityistä asiaosaista vastaavassa yksityisoikeudellisessa asemassa vai julkisen vallan haltijan ominaisuudessa.¹⁰¹ *Pellonpää* on todennut, ettei sopimusmääräys koske ainoastaan Suomen oikeusjärjestyksessä yksityisoikeudellisiksi luonnehdittavia riita-asioita, vaan sopimusmääräyksen piiriin voivat kuulua myös asiat, joissa toisena osapuolena on valtio julkisen vallan haltijana.¹⁰² Jos hallintoviranomainen päättää yksilön oikeuksista, kyseessä voi olla

⁹⁵ *Pellonpää* 2007 s. 372 ja 379 sekä *Harris – O’Boyle – Warbrick* 2009 s. 223–224.

⁹⁶ *Harris – O’Boyle – Warbrick* 2009 s. 227.

⁹⁷ Ks. *Bentham v. Alankomaat*, kohta 35. Yleispätevien määrittelyjen esittämisen vaikeus on ehkä syynä siihen, ettei määritelmää ole annettu.

⁹⁸ Ks. mm. *Pellonpää* 2007 s. 376–377.

⁹⁹ *Harris – O’Boyle – Warbrick* 2009 s. 212 ja *Mäenpää*, LM 1987 s. 284–285.

¹⁰⁰ Ks. *König v. Saksa*, tuomio 28.6.1978, kohdat 88–89 ja *Bentham v. Alankomaat*, kohta 34. Ks. mm. *Harris – O’Boyle – Warbrick* 2009 s. 212–213.

¹⁰¹ *König v. Saksa*, kohta 90.

¹⁰² *Pellonpää* 2007 s. 376–377.

”civil rights” -käsitteen alle kuuluva oikeus.¹⁰³ Prosessilajilla ei ole merkitystä soveltamisalaa ratkaistaessa, vaan 6(1) artiklaa voidaan soveltaa myös hallintoprosesseihin.¹⁰⁴

EIT:n ratkaisukäytännössään lausuman mukaan pelkästään riidan taloudellinen luonne ei tee siitä yksityisluonteista oikeutta 6(1) artiklan tarkoittamassa mielessä.¹⁰⁵ Teoksessa *Harris – O’Boyle – Warbrick* on kuitenkin katsottu, että tosiasiaassa 6(1) artiklan soveltumisen kannalta merkityksellisiä ovat oikeuteen liittyvät rahalliset intressit tai asiassa merkityksellisten viranomaisten toimien taloudelliset vaikutukset valittajalle.¹⁰⁶ Toisaalta myös oikeudet, joihin ei liity taloudellista luonnetta, voivat olla yksityisluonteisia oikeuksia.¹⁰⁷

10.3 Ratkaisukäytäntöä

10.3.1 Elinkeinonharjoittamista koskevat ja vastaavanlaiset luvat

EIT:n ratkaisukäytännössä EIS 6(1) artiklan tarkoittaman oikeuden olemassaoloa ja sen luonnetta on arvioitu erityisesti elinkeinonharjoittamista koskevien ja vastaavanlaisten lupien kohdalla. Oikeuskäytännön mukaan ensinnäkin kyseisenkaltaisten lupien peruuttaminen koskee yleensä artiklan tarkoittamia yksityisluonteisia oikeuksia.¹⁰⁸ Esimerkiksi *Pudas*-tapauksessa EIT on todennut, että myönnetty toimilupa antoi valittajalle oikeuden harjoittaa kuljetustoimintaa toimiluvassa ja kansallisessa laissa määriteltyjen ehtojen mukaisesti.¹⁰⁹ Vaikka EIT:n tuomio *König*-tapauksessa viittasi siihen, että luvan myöntämistä tai epäämistä olisi arvioitava eri tavoin kuin jo myönnetyn luvan jatkamista¹¹⁰, myöhemmissä ratkaisuisaan EIT on kuitenkin katsonut, että myös luvan epäämistä koskeva päätös voi koskea 6(1) artiklassa tarkoitettua oikeutta.¹¹¹

Oikeuden olemassaoloa arvioitaessa keskeistä on viranomaisen harkintavallan laajuus lupaa myönnettäessä tai peruutettaessa: jos harkintavalta

¹⁰³ *Pellonpää* 2007 s. 365.

¹⁰⁴ *Ervo* 2008 s. 3.

¹⁰⁵ Ks. mm. *I.T.C. Ltd v. Malta*, päätös 11.12.2007.

¹⁰⁶ *Harris – O’Boyle – Warbrick* 2009 s. 214, jossa katsotaan EIT:n lausuman siitä, ettei riidan taloudellinen luonne tee siitä yksityisluonteista oikeutta, käytännössä tarkoittavan, että arvioitavana oleva oikeus kuuluu julkisen vallan keskeisiin oikeuksiin (the hard core of public authority prerogatives).

¹⁰⁷ *Harris – O’Boyle – Warbrick* 2009 s. 218.

¹⁰⁸ *Pellonpää* 2007 s. 378 ja *Harris – O’Boyle – Warbrick* 2009 s. 215.

¹⁰⁹ *Pudas v. Ruotsi*, tuomio 27.10.1987, kohta 34.

¹¹⁰ *König v. Germany*, kohta 91.

¹¹¹ Ks. *Pellonpää* 2007 s. 378–379 ja *Harris – O’Boyle – Warbrick* 2009 s. 215.

on täysin vapaata tai hyvin väljää, kyseessä ei yleensä ole 6(1) artiklassa tarkoitettu oikeus.¹¹² *Pudas*-tapauksessa tuomioistuin katsoi, että vaikka toimiluvassa ei ollut määritelty ehtoja peruuttamiselle ja laki jätti tiettyä harkintavaltaa peruuttamisen suhteen, viranomaisen harkintavalta ei ollut kuitenkaan rajoittamatonta, vaan sitä sitoivat yleisesti tunnustetut oikeus- ja hallintoperiaatteet.¹¹³ Valittajalla on oltava mahdollisuus saattaa tuomioistuimen tutkittavaksi, onko asiassa menetelty näiden periaatteiden mukaisesti.¹¹⁴ Tuomioistuinkontrolliin on voitava saattaa myös mahdollinen harkintavallan väärinkäyttö. *Pudas*-tapauksissa EIT viittaisi siihen, että toimiluvan peruuttaminen riitautettiin lainvastaisuusperusteella eikä pelkästään tarkoituksenmukaisuusharkinnan osalta (as a matter of policy).¹¹⁵

Jos riidassa on pääasiallisesti kyse tietyn ammatin harjoittamisen edellyttämien tietojen ja kokemuksen arvioinnista, EIS 6(1) artikla ei sovellu riitaan. Arviointi on tällöin EIT:n näkemyksen mukaan koulu- ja yliopistotutkintoihin rinnastettavissa olevaa, eikä kyse ole normaalista lainkäytön alaan kuuluvasta asiasta. Tähän oikeuskäytäntönsä EIT viittasi *Nowicky*-tapauksessa, jossa oli kyse yksityisluonteisen oikeuden olemassaolosta asian koskiessa valmisteen hyväksymistä lääkeaineeksi. EIT katsoi kyseisen asian kuitenkin eroavan olennaisissa kohdin ammatillisten kelpoisuusehtojen arviointia koskevista tapauksista. Kyse ei ollut valittajan pätevyyden arvioinnista, vaan farmaseuttisen tuotteen hyväksymisestä. Tällaiseen asiaan liittyvä teknisten seikkojen arviointi on yhteinen piirre monille hallintoasioille eikä estänyt EIS 6(1) artiklan soveltamista. Tapauksessa valittajalla oli oikeus saada valmisteelleen hyväksyntä, jos laissa säädetyt edellytykset täytyivät, ja tästä kysymyksestä oli riita viranomaisten ja valittajan välillä.¹¹⁶

Landbrokes Worldwide Betting -tapauksessa puolestaan katsottiin, ettei vedonvälitys- ja pelilupaa hakeneella yhtiöllä ollut lailla tunnustettua oikeutta luvan saamiseen, koska hallituksella oli käytännöllisesti katsoen

¹¹² *Pellonpää* 2007 s. 379 ja *Harris – O’Boyle – Warbrick* 2009 s. 215 ja 223–224.

¹¹³ *Pudas v. Ruotsi*, kohta 34. Vastaavasti *Tre Traktörer* -tapauksessa katsottiin, että anniskeluluvan myöntäminen antoi yhtiölle oikeuden tarjoilla alkoholijuomia ravintolassa edellyttäen, että se täyttää anniskeluluvassa asetetut ehdot ja alkoholilainsäädännön asettamat vaatimukset. Viranomaisten harkintavaltaa luvan peruuttamisen suhteen sitoi alkoholin myyntiä koskeva laki, ks. *Tre Traktörer v. Ruotsi*, tuomio 7.7.1989, kohdat 39–40. Ks. myös *Allan Jacobsson v. Ruotsi*, tuomio 25.10.1989, jossa EIT katsoi, että valittaja pystyi perustellusti väittämään, että hänellä oli oikeus saada rakennuslupa toiselle talolle edellyttäen, että rakennuslainsäädännön asettamat ehdot täytyivät. Lisäksi EIT totesi, ettei viranomaisten harkintavalta rakennuslupia myönnettäessä ollut rajaton, vaan sitä sitoivat yleisesti tunnustetut oikeus- ja hallintoperiaatteet. Ks. tuomion kohta 69.

¹¹⁴ *Harris – O’Boyle – Warbrick* 2009 s. 224.

¹¹⁵ *Mäenpää*, LM 1987 s. 316–317. Samoin *Halila* 2000 s. 187–189.

¹¹⁶ *Nowicky v. Itävalta*, tuomio 24.2.2005, kohdat 32–39.

vapaa harkintavalta luvan myöntämiseen. Sovellettavan Ruotsin arpajaislain säännöksen katsottiin antavan hallitukselle vallan myöntää luvan, milloin se piti sitä sopivana.¹¹⁷

Jos elinkeinonharjoittamista koskevassa tai vastaavassa lupa-asiassa on katsottu kyse olevan kansallisen oikeuden tunnustamasta oikeudesta, tätä oikeutta on yleensä ilman suurempia tulkintaongelmia pidetty luonteeltaan yksityisluonteisena eli käsitteen ”civil rights” piiriin kuuluvana. Luvan saaminen on edellytys liiketoiminnan harjoittamiselle tai omaisuuden käyttämiselle.¹¹⁸ Julkisoikeudellisena piirteenä lupa-asioissa on toiminnan harjoittamiseen kohdistuva yleisen edun tarkoituksessa tapahtuva julkinen valvonta, mutta nämä piirteet eivät kuitenkaan ole muodostuneet arvioinnissa ratkaiseviksi.¹¹⁹

10.3.2 Julkisia hankintoja koskevat tapaukset

EU:n perusoikeuskirjan määräyksiä oikeudesta oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin sovelletaan unionin oikeuden soveltamisalalla eikä vain EIS 6(1) artiklan tarkoittamia oikeuksia koskevissa riidoissa.¹²⁰ Oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaatimukset tulevat siten sovellettaviksi julkisissa hankinnoissa unionin oikeutta sovellettaessa. Niissä hankinnoissa, joihin ei sovellu EU-oikeus, EIS 6(1) artiklan mukainen oikeus tuomioistuinkäsittelyyn koskee vain artiklan soveltamispiiriin kuuluvia asioita, jolloin on arvioitava artiklan edellyttämän yksityisluonteisen oikeuden olemassaoloa.

Julkisissa hankinnoissa EIS 6(1) artiklan soveltumisen kannalta ratkaiseva kysymys on, voidaanko kansallisen lain katsoa ylipäätään antavan tarjouskilpailuun osallistuvalla tarjoajalla jonkin tarjouskilpailuun tai

¹¹⁷ *Landbrokes Wordwide Betting v. Ruotsi*, päätös 6.5.2008. Ks. myös radiotoimintaluvan epäämistä koskenut *Skyradio AG ym. v. Sveitsi*, päätös 31.8.2004, jossa kansallisen radio- ja televisiolain mukaan kenelläkään ei ollut oikeutta luvan saamiseen tai sen uusimiseen, ellei laissa ollut muusta säädetty.

¹¹⁸ Ks. esim. *Pudas v. Ruotsi*, kohta 37 sekä *Bentham v. Alankomaat*, kohta 36. Ks. myös *Pellonpää* 2007 s. 379 ja *Mäenpää*, LM 1987 s. 317.

¹¹⁹ Ks. mm. *Nowicky v. Itävalta*, kohta 37. Tapauksessa EIT:n lausuman mukaan lääkeaineeksi hyväksymistä koskeva asia oli verrattavissa lisenssiasiaan, sillä kaupallinen toiminta (lääkkeen myynti) oli yleisen edun mukaisesti julkisen valvonnan alaista. EIT totesi vastaavissa tapauksissa katsoensa, etteivät järjestelmään sisältyvät julkisoikeudelliset piirteet muuttaneet hakemuksessa tarkoitettua toiminnan yksityisluonnetta.

¹²⁰ Ks. perusoikeuskirjan 47 artiklan 2 kohta ja määräystä koskeva selitys, jossa todetaan kohdan perustuvan Euroopan ihmisoikeussopimuksen 6 artiklan 1 kappaleeseen ja EIS:n takuita sovellettavan unionissa samalla tavalla niiden soveltamisalaa lukuun ottamatta. Oikeus saada asia käsiteltäväksi tuomioistuimessa ei siten yhteisön oikeudessa koske ainoastaan EIS 6 artiklan 1 kappaleessa tarkoitettuja oikeuksia ja velvollisuuksia koskevia riita-asioita. Ks. selitysten huomioon ottamisesta asia C-279/09, *DEB*, tuomio 22.12.2010, kohta 32. Ks. myös *Niemi* 2010 s. 264.

hankintaan liittyvän ”oikeuden”. Jos tällaisen kansallisen lain tunnustaman oikeuden katsottaisiin olevan olemassa, kyseistä oikeutta pidettäisiin hyvin todennäköisesti yksityisluonteisena. Julkisissa hankinnoissa kyse ei ole perinteisestä julkisen vallan käyttämisestä, ja hankintamenettely johtaa yleensä luonteeltaan yksityisoikeudellisen sopimuksen tekemiseen viranomaisen ja toimittajan välillä. Mahdollisella hankintamenettelyyn liittyvällä oikeudella on tarjoajalle taloudellisia vaikutuksia, koska kyseinen oikeus koskee tarjoajan mahdollisuutta toimittaa tuotteita tai palveluja ja liittyy siten tarjoajan elinkeinotoimintaan.

EIT:n ratkaisut hankinta-asioissa on jaettavissa kahteen ryhmään: tapauksiin, joissa on esitetty syrjintäväite ja tapauksiin, joissa on ollut kyse muusta menettelyn mahdollisesta virheellisyydestä.

10.3.2.1 Syrjintätapaukset

Tinnelly & Sons Ltd ym. -tapauksessa¹²¹ pohjoisirlantilainen sähkölaitos oli pyytänyt tarjouksia voimalaitoksen purkamisesta. *Tinnelly & Sons Ltd* oli tehnyt tarjouskilpailussa hinnaltaan alhaisimman tarjouksen. Sähkölaitoksen asettama toimikunta suosittelee yhtiön tarjouksen hyväksymistä, mutta jonkin ajan kuluttua suositusta muutettiin siten, että urakka esitettiin annettavaksi toiseksi alhaisimman tarjouksen tehneelle yritykselle. Sähkölaitos ei ilmoittanut *Tinnelly & Sons Ltd*:lle syitä, joiden vuoksi sen tarjous oli hylätty. Yhtiö teki kantelun tasa-arvovirastolle, koska se katsoi tulleen syrjityksi sen johdon ja työntekijöiden uskonnollisen vakaumuksen ja/tai poliittisten mielipiteiden vuoksi. Yhtiössä toimivat *Tinnelly* olivat katolisia. Sähkölaitos kiisti syrjinnän.

Työntekijöiden tasa-arvosta vuonna 1976 annetun lain mukaan kiellettyä oli muun muassa työnhakijoiden syrjintä, mutta lain 42 §:n mukaan sitä ei kuitenkaan sovellettu toimenpiteeseen, johon oli ryhdytty kansallisen turvallisuuden, väestönsuojelun tai yleisen järjestyksen säilyttämisen vuoksi. Ministerillä oli valta antaa näyttönä sitova todistus siitä, että toimenpide oli suoritettu mainitussa tarkoituksessa. Sähkölaitos oli pyytänyt ja saanut ministeriltä vuoden 1976 lain 42 §:n mukaisen todistuksen, jonka mukaan *Tinnelly & Sons Ltd*:n tarjouksen hylkääminen johtui pykälässä mainituista syistä. Tasa-arvovirasto vaati kansalliselle tuomioistuimelle tekemällään hakemuksella ministerin päätöksen mitättömäksi julistamista, mutta tuomioistuin hylkäsi hakemuksen katsoen, ettei se voinut puuttua ministerin päätökseen ja tutkia kysymyksiä uudelleen.

EIT:lle tekemässään valituksessa valittajat katsoivat, ettei heillä ollut ministerin sitovan todistuksen vuoksi pääsyä tuomioistuimeen, joka olisi

¹²¹ *Tinnelly & Sons Ltd ym. v. Yhdistynyt kuningaskunta*, tuomio 10.7.1998.

voinut tutkia heidän vaatimuksensa sen johdosta, että heiltä oli laittomasti evätty urakat ja heidät oli hylätty pakollisissa turvallisuustarkistuksissa heidän uskonnollisen vakaumuksensa tai poliittisten mielipiteidensä vuoksi.

Arvioidessaan EIS 6(1) artiklan soveltumista EIT katsoi vuoden 1976 lain antavan henkilöille oikeuden tasa-arvoiseen kohteluun työelämässä ilman uskonnolliseen vakaumukseen tai poliittiseen mielipiteeseen perustuvaa syrjintää. Laki soveltui myös tehtäessä tarjouksia julkisista rakennusurakoista. EIT:n mukaan tämä laissa selvästi määritelty oikeus oli luonteeltaan EIS 6(1) artiklan tarkoittama yksityisluonteinen oikeus, kun otettiin huomioon oikeuden soveltamisyyhteys ja sen taloudellisen luonne. Lisäksi EIT totesi valittajien tasa-arvovirastolle tekemän kantelun avulla pyrkineen saamaan päätöksellä vahvistetuksi, että heiltä oli evätty mahdollisuus kilpailla ja saada työtä pelkästään pätevyytensä ja kilpailukykyä perusteella sekä läpäistä välttämättömät turvallisuustarkistukset ilman uskonnollisen vakaumuksen tai poliittisten mielipiteiden huomioon ottamista. Jos laittoman syrjinnän olisi näytetty tapahtuneen, tuomioistuimet olisivat voineet tuomita heille korvausta aiheutuneesta vahingosta. EIT:n mukaan mitään esteitä ei ollut pitää oikeutta yksityisluonteisena, vaikka kyse oli julkisista rakennusurakoista ja vaikka valittajien tarjouksia ei ollut hyväksytty.¹²²

EIT katsoi ministerin sitovan todistuksen rajoittaneen suhteettomasti valittajien pääsyä tuomioistuimeen, koska tuomioistuin ei voinut tutkia väitettä uskonnollisesta ja poliittisesta syrjinnästä.¹²³ Tuomioistuimeen pääsy ei siten toteutunut tosiasiallisesti eikä turvannut oikeuksiin pääsyä eli mahdollisuutta saavuttaa oikeudet tuomioistuinmenettelyllä.¹²⁴

Tinnelly & Sons Ltd ym. -tapauksessa EIS 6(1) artiklassa tarkoitetun oikeuden perustana pidettiin kansallisessa laissa tunnustettua oikeutta tasa-arvoiseen kohteluun ilman uskonnolliseen vakaumukseen tai poliittiseen mielipiteeseen perustuvaa syrjintää. Tuomion perusteella merkityksellistä oli myös oikeuden taloudellinen konteksti. Vastaavantyypisistä poliittisiin syihin perustuvista syrjintäväitteistä oli kyse myös *Arac*-tapauksessa, jossa 6(1) artiklan katsottiin soveltuvan.¹²⁵

¹²² Tuomion kohta 61. EIT lausui myös, ettei vuoden 1976 lain 42 §:n säännös rajannut aineellisen oikeuden alaa (eikä siten vaikuttanut kansallisen lain tunnustaman oikeuden olemassa oloon), vaan antoi vain vastaajalle mahdollisuuden puolustautua syrjintäväitteitä vastaan. Ks. kohta 62.

¹²³ Tuomion kohdat 72–79.

¹²⁴ Jaottelusta tuomioistuimen pääsyn ja oikeuksiin pääsyn välillä ks. *Ervo* 2005 s. 117 ja 120–121 ja *Ervo* 2008 s. 22 ss.

¹²⁵ *Arac v. Turkki*, tuomio 21.9.2006. Tapauksessa oli kyse oikeudenkäynnin kestosta.

10.3.2.2 Muut julkisia hankintoja koskevat tapaukset

Marti AG ym. -tapauksessa¹²⁶ valittajayhtiöiden käytettävissä oli hallinnon sisäinen muutoksenhaku julkista hankintaa koskevasta ratkaisusta, mutta valittajayhtiöt eivät voineet saattaa asiaa kansallisten hallintotuomioistuinten tutkittavaksi. Kansallisten tuomioistuinten ratkaisuisissa perusteltiin toimivallan puuttumista sillä, etteivät valittajat olleet osoittaneet EIS 6(1) artiklan tarkoittaman oikeuden olemassaoloa ja että vakiintuneen kansallisen oikeuskäytännön mukaan hankintaa koskevat päätökset eivät koske oikeudellisesti suojattuja oikeuksia. Valittajayhtiöt olivat hallinnon sisäisessä muutoksenhaussa ja tuomioistuimelle tekemässään valituksessa vedonneet siihen, ettei tarjouskilpailussa tehdyssä toisessa tarjouksessa ollut yksilöity muiden yritysten hoidettavaksi annettavia rakennustöitä ja että kolmannessa tarjouksessa oli vilpilliseen kilpailuun liittyviä piirteitä.

Hankintamenettelyä koskevien kansallisten säännösten mukaan rakennusurakat ja tavarantoimitukset oli yleensä myönnettävä tarjouskilpailun jälkeen ja halvin tarjous oli valittava, vaikka kansallisten säännösten mukaan hinnaltaan halvinta tarjousta ei aina ollut katsottava edullisimmaksi, kun otettiin huomioon asetetut vaatimukset ja aikataulukysymykset. Kansallisissa säännöksissä oli määritelty kriteerit, joiden perusteella arvioitiin samanarvoiset tarjoukset. Kansalliset säännökset eivät edellyttäneet esittäväksi perusteluja sellaisille tarjoajille, joiden tarjousta ei ollut otettu huomioon.

EIT katsoi kansallisten säännösten sinänsä luovan kilpailullisen rakennusurakoiden myöntämismenettelyn, mutta jättävän viranomaisille huomattavasti harkintavaltaa hankintapäätöstä tehdessään. EIT katsoi, ettei kenellekään tarjoajalle synny kansallisen lainsäädännön perusteella oikeutta saada tiettyä urakkaa hoitaakseen. EIT viittaisi myös kansallisten tuomioistuinten vastaavaan kantaan siitä, ettei kansallinen laki myönnä valittajalle oikeutta saada tarjoustaan hyväksytyksi. Näiden syiden vuoksi valittajat eivät voineet puolustettavain perustein väittää niillä olevan kansallisen oikeuden tunnustamaa oikeutta.

Vastaavaan tapaan EIT perusteli EIS 6(1) artiklan soveltumatta jäämistä *I.T.C. Ltd* -tapauksessa¹²⁷. Myös tässä tapauksessa ratkaisu perustui toisaalta kansallisten säännösten arviointiin mahdollisen oikeuden perustana ja toisaalta kansallisten tuomioistuinten käsitykseen oikeuden olemassaolosta kansallisen lainsäädännön perusteella. *I.T.C. Ltd* -tapauksessa valittajayhtiö oli riitauttanut hankintapäätöksen katsoen, ettei hyväksyty tarjous

¹²⁶ *Marti AG ym. v. Sveitsi*, päätös 11.7.2000.

¹²⁷ *I.T.C. Ltd v. Malta*, päätös 11.12.2007. *Harris, O'Boyle ja Warbrick* ovat *I.T.C. Ltd* -tapaukseen viitaten lausuneet, ettei EIS 6 artiklan soveltamisalaa kuulu viranomaisten myöntämät hallinnolliset sopimukset (the award of administrative contracts). Ks. *Harris – O'Boyle – Warbrick* 2009 s. 222.

täyttänyt muodollisia edellytyksiä, koska sitä ei ollut yksilöity riittävästi komponenttien ja formaatin osalta ja lisäksi tarjous oli harhaanjohtava. Valittajayhtiö oli saattanut hankintapäätöksen julkisten hankintojen muutoskannakautakunnan käsiteltäväksi ja vaatinut myös tiettyjen asiakirjojen esittämistä. Lautakunnan pääosin hylättyä editiovaatimuksen yhtiö valitti päätöksestä väittäen editiovaatimuksen hylkäämisen rikkovan oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaatimuksia. Perustuslakituomioistuimien katsoi, ettei tapahtuma-aikaan voimassa ollut asetus julkisten palvelujen hankinnoista perustanut mitään oikeuksia tarjoajille tarjousten hyväksymisen suhteen eikä lautakunnassa päätetty siten yksityisluonteisista oikeuksista.

EIT:n mukaan julkisten palvelujen hankinnasta annettu asetus ei antanut tarjouksen tekijälle, toimittajalle tai sopimuksen tekijälle yksityisoikeudellisten säännösten mukaan kuuluvien oikeuksien lisäksi muita oikeuksia. Asetuksessa ei ollut asetettu velvollisuutta hyväksyä alinta eikä mitään muutakaan tarjousta eikä hyväksymättä jättämistä tarvinnut perustella. Vaikka hyväksyttäväksi oli esitettävä tarjouksia, jotka takasivat parhaan tuloksen mahdollisimman vähin kustannuksin, tämä ei kuitenkaan tarkoittanut, että halvin tarjous oli hyväksyttävä. EIT katsoi, että näin ollen pelkkä tarjouksen tekeminen ei voinut perustaa odotuksia saati sitten oikeutta tarjouksen hyväksymisen suhteen eikä sen suhteen, että tarjouksen valinnasta päätettäisiin tietyin menettelyin. Kansallisen oikeuskäytännön mukaan päätös sopimuksen solmimisesta on hallinnollinen toimi. Lisäksi kotimaiset tuomioistuimet olivat katsoneet, etteivät relevantit säännökset perustaneet yksityisluonteisia oikeuksia tarjouskilpailun yhteydessä.

EIT:n mukaan tarjousten arviointivaiheessa tarjoaja ei voinut olettaa olevansa yksityisluonteisen oikeuden haltija. Vaikka tarjouksen tekijä sai riitauttaa kilpailevan tarjouksen hyväksymisen julkisessa istunnossa, tämä ei ollut luonteeltaan yksityisluonteinen oikeus. Valittajayhtiölle tarjousmenettelyyn osallistumisesta aiheutuneet kulut ja kilpailevan tarjouksen hyväksymisestä aiheutuneet taloudelliset vaikutukset eivät riittäneet perustamaan yhtiölle yksityisluonteista oikeutta. Kun valittaja oli vaatinut valituksessaan tiettyä suoritusta (eli tarjouksensa hyväksymistä) eikä korvausta, EIT:n mukaan arvioinnissa ei ollut merkitystä sillä, että yhtiö olisi mahdollisesti voinut riidanalaisen päätöksen perusteella vaatia vahingonkorvausta.¹²⁸

¹²⁸ Asiassa *S.A. Ondernemingen Jan de Nul v. Belgia*, päätös 2.4.1994, ihmisoikeustoimikunta jätti tutkittavaksi ottamatta valituksen metron rakennusurakkaa koskevista päätöksistä. Ihmisoikeustoimikunta katsoi, ettei valittajalla ollut kansallisen oikeuden mukaan oikeutta saada urakkasopimusta myönnettäväksi tiettyssä menettelyssä eikä oikeutta tarjouksen tekemiseen. Valittaja ei ollut myöskään näyttänyt täyttäneensä urakkasopimuksen myöntämisen ehtoja.

Sen sijaan *Velted-98 AD* -tapauksessa¹²⁹ EIT katsoi, että oikeudesta osallistua tarjouskilpailuun tietyin edellytyksin oli EIS 6 artiklan soveltamisen kannalta riittävän täsmällisiä määräyksiä kotimaisessa oikeudessa ja oikeuden olemassaolo oli tunnustettu oikeuskäytännöllä. EIT:n mukaan yksityistämiseen liittyneen tarjouskilpailun sääntely Bulgarian oikeudessa muistutti olennaisilta osin lailla säädettyä huutokauppamenettelyä. EIT totesi myös, että valittaja oli osallistunut kilpailuun liiketoiminnallisessa tarkoituksessa ja siten valittajalla oli ollut taloudellista intressiä siinä määrin, että hänen oikeuttaan osallistua kilpailuun voitiin pitää yksityisluonteisena.¹³⁰ Tapauksessa kyse oli valtion omaisuuden myynnistä eikä siten julkisesta hankinnasta.

10.4 Johtopäätöksiä EIT:n oikeuskäytännöstä

10.4.1 Oikeus syrjimättömään kohteluun

EIT:n oikeuskäytännössä EIS 6(1) artiklan on katsottu soveltuvan niissä julkisia hankintoja koskevissa asioissa, joissa valittajat ovat vedonneet syrjintään.¹³¹ Edellä selostetussa *Tinnelly & Sons Ltd ym.* -tapauksessa valittajat katsoivat, etteivät he saaneet urakkaa hoitaakseen uskonnollisen vakaumuksensa tai poliittisten mielipiteidensä vuoksi. Artiklan tarkoittamaksi oikeudeksi on tällöin katsottu oikeus tasa-arvoiseen kohteluun ilman syrjintää. Syrjimätöntä kohtelua koskevaan oikeuteen liittyy hankinta-asioissa taloudellinen yhteys menestymisen tarjouskilpailussa vaikuttaessa elinkeinon harjoittamisen mahdollisuuksiin. *Tinnelly & Sons Ltd ym.* -tapauksessa oli kyse selvästä asemaan perustuvaa syrjintää koskevasta väitteestä. Syrjintäperusteen tarjouskilpailussa voi muodostaa myös tarjoajan kansalaisuus.

Hankintalait rakentuvat tarjoajien tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun vaatimukselle. Hankintalakien ulkopuolella oikeus syrjimättömään kohteluun voidaan johtaa monista eri säännöksistä. Syrjintäkieltoja sisältyy yhdenvertaisuutta ja tasa-arvoa koskeviin kansallisiin säännöksiin. Perustuslain 6 § sisältää yleisen yhdenvertaisuusperiaatteen, ja hallinnon oikeusperiaatteet edellyttävät tasapuolista kohtelua. Myös ihmisoikeussopimuksen

¹²⁹ *Velted-98 AD v. Bulgaria*, tuomio 11.12.2008. Tapauksessa oli kysymys tuomioistuimen perusteluvollisuuden laajuudesta.

¹³⁰ Tuomion kohdat 41–43. Asia *Clube de Futebol União de Coimbra v. Portugal* koski tarjouskilpailua bingo- ja urheilun harjoittamisesta. Ihmisoikeustoimikunta oli ottanut valituksen tutkittavaksi ja katsonut asiassa tapahtuneen 6(1) artiklan loukkauksen. Kyse oli oikeudenkäynnin kestosta. Asiassa päästiin kuitenkin sopimukseen ja EIT jätti asian sillensä päätöksellään 30.7.1998.

¹³¹ Vastaavasti todettu myös oikeusministeriön lausunnossa 14.2.2005 hankintalakityöryhmän mietinnöstä s. 10.

12. lisäpöytäkirja sisältää luonteeltaan yleisen syrjintäkiellon. Pöytäkirjan 1 artiklan 1. kappaleen mukaan laissa tunnustetuista oikeuksista nauttiminen turvataan ilman minkäänlaista säännöksessä lueteltuihin syrjintäperusteisiin (esimerkiksi kansalaisuus) tai muuhun asemaan perustuvaa syrjintää. Artiklan 2. kappaleen mukaan ketään ei saa syrjiä viranomaistoiminnassa 1. kappaleessa tarkoitetuilla perusteilla.

Artiklan ensimmäinen ja toinen kappale ovat toisiaan täydentäviä ja niiden tarkoituksena on yhdessä kieltää tapaukset, joissa henkilöä syrjitään 1) kansallisen lain nojalla yksilölle erityisesti säädetyn oikeuden nauttimisessa; 2) viranomaisen selvästä velvollisuudesta johdettavissa olevan oikeuden nauttimisessa eli tapauksissa, joissa viranomaisella on velvollisuus kansallisen lain nojalla toimia tietyllä tavalla; 3) silloin, kun viranomainen käyttää sille kuuluvaa harkintavaltaa, esimerkiksi avustusta myönnettäessä, sekä 4) viranomaisen muun teon tai laiminlyönnin seurauksena.¹³² Lisäpöytäkirjassa tarkoitettu syrjintäkielto voisi tulla sovellettavaksi myös hankintamenettelyn yhteydessä tapahtuneeseen syrjintään.¹³³

Syrjinnän merkitystä EIS 6(1) artiklan soveltamiseen johtavana seikkana osoittaa se, että katsoessaan julkista hankintaa koskevan asian jäävän artiklan soveltamisalan ulkopuolelle tuomioistuin on perusteluissaan viitannut siihen, ettei kyseisessä asiassa ollut tehty väitettä syrjinnästä.¹³⁴

10.4.2 Hankintalakeihin perustuvat oikeudet

Muissa kuin syrjintätapauksissa EIT on arvioinut julkisia hankintoja tai tarjouskilpailua koskevia kansallisia säännöksiä sekä kansallista oikeuskäytäntöä sen ratkaisemiseksi, onko yksityisluonteisen oikeuden perustaksi löydettävissä kansallisessa oikeudessa tunnustettu oikeus. Tällöin on arvioitava, onko kansallisessa laissa säädetty riittävän täsmällisesti oikeudesta osallistua hankintamenettelyyn, oikeudesta tarjouksen hyväksymisen suhteen tai kilpailutuksessa noudatettavasta menettelystä. Kansallisen oikeuden tunnustaman ”oikeuden” syntyminen edellyttää hankintamenettelyn tai tarjouskilpailun yksityiskohtaisempaa sääntelemisestä kansallisin normein. EIT on katsonut oikeuden osallistua

¹³² Explanatory Report to Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms sekä hallituksen esitys 121/2004 vp ihmisoikeuksien ja perusvapauksien suojaamiseksi tehdyn yleissopimuksen kahdennentoista pöytäkirjan hyväksymisestä ja laiksi pöytäkirjan lainsäädännön alaan kuuluvien määräysten voimaansaattamisesta s. 9.

¹³³ Ks. myös oikeusministeriön lausunto 14.2.2005 hankintalakeityöryhmän mietinnöstä s. 11.

¹³⁴ Ks. *Marti AG ym. v. Sveitsi*, päätös 11.7.2000. Ks. myös *I.T.C. Ltd v. Malta*, päätös 11.12.2007.

tarjouskilpailuun olevan tunnustettu kansallisessa oikeudessa, kun yksityistämiseen liittyvästä tarjouskilpailusta oli säännelty vastaavaan tapaan kuin huutokauppamenettelystä sitä koskevassa laissa. Muissa tapauksissa kansallisten hankintanormien ei ole katsottu riittävän tarkasti määrittävän hankintamenettelyä eikä siten antavan tarjoajalle hankintamenettelyyn tai tarjouskilpailuun liittyviä oikeuksia.

Se, miten yksityiskohtaiset säännökset hankintamenettelyä koskevat, riippuu siitä, soveltuuko hankintaan hankintalaki vai ei. Niissä tapauksissa, joissa hankintalaki ei sovellu, hankintamenettelyä ohjaavat lähinnä hallintolain säännökset ja erityisesti hallinnon oikeusperiaatteet. Seuraavassa esitetään kannanottoja EIS 6(1) artiklan soveltumisesta ensin hankintalakien soveltamisalalla ja sen jälkeen niissä hankinnoissa, joissa hankintalaki ei tule sovellettavaksi.

Jos EIS 6(1) artiklan soveltuminen edellyttää, että kansallisesta hankintalainsäädännöstä on löydettävissä ”oikeus” saada tarjouksensa hyväksytyksi, soveltumisen kynnyksen asettuu varsin korkealla hankintalainkin osalta.¹³⁵ Käytännössä tällainen oikeus voisi olla vain pelkän hinnan perusteella ratkaistavassa tarjouskilpailussa, jossa asetetut vaatimukset täyttävä tarjoaja on tehnyt hinnaltaan halvimman, tarjouspyynnön ehtoja vastaavan tarjouksen, ja tarjoaja olisi siten riidattomasti todettavissa tarjouskilpailun voittajaksi. Useimmiten tilanne ei kuitenkaan ole näin yksiselitteinen. Tarjouskilpailua ei ratkaista vain hinnan perusteella, vaan tarjouksia on arvioitava muiden kokonaistaloudellisen edullisuuden vertailuperusteiden osalta. Lisäksi on ratkaistava tarjoajille ja hankinnan kohteelle asetettujen vaatimusten täytyminen. Oikeuden olemassaoloa ratkaistaessa olennaista mielestäni on pikemminkin se, että hankintamenettelyn ollessa kansallisessa lainsäädännössä riittävän täsmällisesti säännelty tarjoajalle syntyy oikeus saada tarjouksensa käsitellyksi säännösten mukaisesti toteutetussa menettelyssä. Ehkä tämä on se, mitä EIT oikeuskäytännössään tarkoittaakin.

Hankintalainsäädännön tavoite tarjoajien yhdenvertaisesta kohtelusta merkitsee, että hankintamenettely on toteutettava ja hankintapäätös tehtävä tarjouskilpailun ehtojen mukaisesti ilman minkään tarjoajan suosimista tai syrjintää. Jos esimerkiksi tarjouskilpailun voittajaksi on valittu tarjoaja, jonka tarjous on tarjouspyynnön vastainen, hankintalain mukaista tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun vaatimusta on loukattu. Jos tarjousvertailussa on annettu jollekin tarjoajalle ilman perusteita enemmän pisteitä kuin muille

¹³⁵ Tähän viittaa myös oikeusministeriön lausunto 14.2.2005 hankintalakityöryhmän mietinnöstä s. 10, jossa todetaan vaikuttavan todennäköiseltä, ettei ihmisoikeustuomioistuin ota tutkittavakseen sellaisia hankintamenettelyjä koskevia valituksia, joissa on kysymys pelkästään tarjouskilpailun ratkaisuperustetta koskevasta riidasta (edullisin tarjous tai hankinnan kokonaistaloudellinen edullisuus).

tarjoajille, kyse on tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun vaatimuksen vastaisesta menettelystä. Tällöin loukataan hankintalaissa tunnustettua oikeutta yhdenvertaiseen kohteluun. Epätasapuoliselle kohtelulle ei usein kuitenkaan ole osoitettavissa mitään suoranaista tarjoajan asemaan liittyvää syrjintäperustetta, jota EIT näyttäisi oikeuskäytännössään edellyttävän. Hankintalainsäädännön lähtökohdista EIS 6(1) artiklassa tarkoitettuna oikeutena olisi kuitenkin mielestäni pidettävä myös hankintalain mukaista yleisempää oikeutta yhdenvertaiseen kohteluun.

Vaatimusta ”oikeus saada tarjouksensa hyväksytyksi” ei olisi siten syytä painottaa, vaan katsoa hankintalainsäädännön antavan tarjoajalle oikeuden siihen, että hänen tarjouksensa käsitellään hankintasäännösten asettamien vaatimusten mukaisessa menettelyssä. Tällainen menettely sisältää oikeuden tasapuoliseen ja syrjimättömään kohteluun, vaikka suoranaisestä asemaan perustuvasta syrjinnästä ei olisikaan kyse. Tällöin EIS 6(1) artiklassa tarkoitettuna oikeuden sisältönä olisi oikeus saada tarjouksensa käsitellyksi hankintasäännösten mukaisesti toteutetussa menettelyssä. Jotta tällaisen oikeuden voitaisiin katsoa olevan olemassa, edellytyksenä on, että kansallisissa laissa on riittävän täsmälliset säännökset hankintamenettelystä.

Jos hankinta on tehty laittomana suorahankintana (eli tarjouskilpailua ei ole järjestetty, vaikka kansallinen hankintalainsäädäntö sitä edellyttäisi), olisi arvioitava, voidaanko hankintasäännösten katsoa antavan oikeuden tarjouskilpailuun osallistumiseen. Näin voidaan yleensä katsoa olevan.¹³⁶

10.4.3 Oikeudet hankintalakien ulkopuolelle jäävissä hankinnoissa

Jos hankintaa eivät koske hankintalakien säännökset, hankintamenettelyyn tai tarjouskilpailuun liittyvän oikeuden olemassaoloa on arvioitava tarkastelemalla viranomaisten menettelyä muutoin määrittäviä säännöksiä. Nämä säännökset ovat kuitenkin luonteeltaan varsin yleisluontoisia, joten oikeuksien syntyminen niiden perusteella on selvästi kyseenalaisempaa kuin hankintalakien soveltamisalalla.

Hankintalakien ulkopuolelle jäävissä hankinnoissakin on kuitenkin oikeus tasa-arvoiseen kohteluun ilman tarjoajan asemaan perustuvaa syrjintää katsottavissa EIS 6(1) artiklassa tarkoitetuksi oikeudeksi. Edellä selostetussa *Tinnelly & Sons Ltd ym.* -tapauksessa EIT katsoi kansallisessa laissa annetun henkilöille oikeuden tasa-arvoiseen kohteluun työelämässä ilman uskonnolliseen vakaumukseen tai poliittiseen mielipiteeseen perustuvaa

¹³⁶ Tarjouskilpailun voittajalla ei pääsääntöisesti ole tarvetta saattaa hankintapäätöstä tuomioistuimen tutkittavaksi. Tämän vuoksi tässä tutkimuksessa ei pohdita kysymystä siitä, seuraako tarjouskilpailun voittamisesta valitulle tarjoajalle yksityisluonteisia oikeuksia.

syrijintää ja lain soveltuvan myös tehtäessä tarjouksia julkisista rakennusurakoista.

Hallintolain 6 §:n mukaiset hallinnon oikeusperiaatteet edellyttävät viranomaisen menettelevän tasapuolisesti ja puolueettomasti, jolloin kyse on vastaavanlaisesta yleisestä tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun vaatimuksesta kuin hankintalaissakin. Tasapuolisen kohtelun vaatimus pohjautuu perustuslain 6 §:ään, jonka mukaan ihmiset ovat yhdenvertaisia lain edessä. Hallinnon oikeusperiaatteiden soveltaminen merkitsee tarjouskilpailuun osallistuneen tarjoajan kannalta oikeutta yhdenvertaiseen kohteluun. Tällöin kyse ei ole pelkästään kansalaisuuteen tai muuhun asemaan perustuvan syrjinnän kiellosta, vaan yleisestä tasapuolisen kohtelun vaatimuksesta samanlaisten tapausten kohtelemisesta samalla tavoin. Ainakin niissä tapauksissa, joissa vedotaan hankintaviranomaisen epätasapuoliseen menettelyyn, oikeuden yhdenvertaiseen kohteluun voitaisiin katsoa muodostavan EIS 6(1) artiklan soveltamisen edellytyksenä olevan ”oikeuden”, vaikka täsmällisemmät säännökset hankintalakien soveltumatta jäämisen vuoksi eivät hankintaa koskisikaan.

Voitaisiin myös katsoa, että hallintolain 6 §:n mukaiset hallinnon oikeusperiaatteet määrittävät viranomaisen menettelyä hankintapäätöstä tehtäessä vastaavaan tapaan kuin EIT:n ratkaisukäytännössä on oikeuden olemassaoloa arvioitaessa katsottu hallintoperiaatteiden rajaavan viranomaisen harkintavaltaa elinkeinonharjoittamiseen liittyvää lupaa peruutettaessa.¹³⁷ Tällöinkin tarjoajalla tulisi kuitenkin olla kansallisessa lainsäädännössä tunnustettu oikeus liittyen tarjouksensa hyväksymiseen ja hankinnan hoidettavaksi saamiseen, minkä oikeuden myöntämiseen liittyvää harkintavaltaa periaatteet rajaisivat. Tällaista oikeutta ei kuitenkaan voida katsoa liittyvän hankintalakien ulkopuolelle jääviin hankintoihin.

11 PERUSTUSLAIN VAATIMUKSET

11.1 Oikeus tuomioistuinkäsittelyyn

Oikeus tuomioistuinkäsittelyyn taataan perustuslain 21 §:n 1 momentissa. Kyseisen säännöksen mukaan jokaisella on oikeus saada asiansa käsitellyksi asianmukaisesti ja ilman aiheetonta viivytystä lain mukaan toimivaltaisessa tuomioistuimessa tai muussa viranomaisessa sekä oikeus saada oikeuksiaan ja velvollisuuksiaan koskeva päätös tuomioistuimen tai

¹³⁷ Ks. erityisesti edellä selostettu *Pudas*-tapaus.

muun riippumattoman lainkäyttöelimen käsiteltäväksi. Pykälän 2 momentissa edellytetään hyvän hallinnon ja oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin takeiden turvaamista lailla. Säännöksessä oikeussuojatakeina mainitaan muun muassa oikeus saada perusteltu päätös ja oikeus hakea muutosta.

Säännös hallinnon ja lainkäytön oikeusturvatakeista sisällytettiin hallitusmuodon perusoikeuksia koskevaan lukuun vuoden 1995 perusoikeusuu-
distuksessa ja otettiin samansisältöisenä voimassa olevaan perustuslakiin. Perusoikeusuu-
distuksella pyrittiin nimenomaan lähentämään Suomen perus-
oikeusjärjestelmää sisällöllisesti kansainvälisiin ihmisoikeussopimuksiin. Perustuslakivaliokunta onkin viitannut perusoikeuksien ja ihmisoikeuksien tulkinnallisen harmonisoinnin tärkeyteen.¹³⁸

Perustuslain oikeusturvaa koskevan 21 §:n ja EIS 6 artiklan oikeuden-
mukaista oikeudenkäyntiä koskevan määräyksen välillä on selkeä kytkeä ja kiinteä tulkinnallinen yhteys. Perusoikeusuu-
distuksen esitöissä todetulla tavalla perustuslain 21 §:llä on sisällöllinen liityntä EIS:n ihmisoikeus-
velvoitteisiin ja säännöksen tarkoituksena on turvata EIS 6 artiklan 1 kappaleen ja KP-sopimuksen 14 artiklan 1 kappaleen edellyttämä oikeus oikeudenkäyntiin kaikissa sopimusmääräysten tarkoittamissa tilanteissa.¹³⁹ Käytännössä EIT:n ratkaisut ovat perusoikeuksien ja ihmisoikeuksien tul-
kinnallisessa yhteydessä merkityksellisiä, koska 6 artiklan soveltamisala ja artiklan antamat oikeusturvatakeet ovat saaneet sisältönsä pitkälti EIT:n ratkaisukäytännöstä.¹⁴⁰

EIS:n ihmisoikeusvelvoitteet asettavat kuitenkin vain vähimmäistason ja kansallisin perusoikeussäännöksin annetaan EIS:n vaatimukset ylittävää oikeussuojaa.¹⁴¹ Kun määritetään tulkintarajoja perustuslain takaamalle oikeudelle tuomioistuinkäsittelyyn, on otettava huomioon, että perustuslaki turvaa oikeuden tuomioistuinkäsittelyyn EIS 6 artiklaa laajemmin. Mahdollisuus saattaa asia tuomioistuimen käsiteltäväksi ei koske pelkästään käsitteen ”civil right” alle kuuluvia asioita (rikosasioiden ohella), vaan kaikkia yksilön oikeuksia ja velvollisuuksia koskevia päätöksiä oikeuden ja velvollisuuden luonteesta riippumatta. Yksilön ja julkisen vallan välisten julkisoikeudellisten asioidenkin osalta on taattava oikeus tuomioistuinkäsittelyyn eikä oikeusturvan edellytyksenä ole oikeuden yksityisluonteinen luonne.¹⁴²

¹³⁸ PeVM 25/1994 vp s. 5. Ks. myös HE 309/1993 vp s. 39–40 sekä erityisesti *Viljanen* 2001s. 271 ss.

¹³⁹ HE 309/1993 vp s. 39–40 ja 72–74.

¹⁴⁰ Ks. *Scheinin* 1999 s. 198, *Viljanen* 2001 s. 292–293 ja *Saraviita* 2005 s. 478.

¹⁴¹ Kansainvälisistä ihmisoikeussopimuksista vähimmäistason määrittäjinä, ks. mm. *Ojanen* 2009 s. 250–251, *Viljanen* 2001 s. 283 ss. ja s. 293–294 sekä *Jonkka*, LM 1998 s. 1256.

¹⁴² Perustuslakivaliokunta on lausunnossaan PeVL 22/1997 vp s. 3 todennut, että ”on huomattava, että hallitusmuodon 16 §:n 1 momentti voi ulottua alaltaan laajemmalle kuin ihmisoikeussopimuksen edellä selostettu [6 artiklan 1 kappaleen] määräys, koska sopimus-

11.2 Perustuslakivaliokunnan lausuntokäytännöstä

11.2.1 Harkinnanvaraiset päätökset

Perustuslain 21 §:n 1 momentin mukainen oikeus tuomioistuinkäsittelyyn edellyttää – vastaavaan tapaan kuin EIS 6(1) artikla – oikeuden tai velvollisuuden olemassaoloa. Vain oikeuksia ja velvollisuuksia koskevaan päätöksentekotilanteeseen kytkeytyy oikeus saada päätös tuomioistuimen käsiteltäväksi eli hakea muutosta päätökseen. Perustuslakivaliokunta on lausuntokäytännössään todennut, että perustuslain 21 §:n 1 momentin ilmaus ”oikeuksiaan ja velvollisuuksiaan koskeva päätös” liittyy Suomen oikeuden mukaan oikeuksiksi ja velvollisuuksiksi tarkoitettuihin seikkoihin. Mikä tahansa yksilön kannalta myönteinen viranomaistoimi ei ole perustuslais- sa tarkoitettu yksilön oikeutta koskeva päätös. Perustuslakivaliokunta on määritellyt ”oikeuden” käsitettä seuraavasti¹⁴³:

Perustuslain kannalta on edellytyksenä, että lainsäädännössä on riittävän täsmällinen perusta oikeutena pidettävän suhteen syntymiselle yksilön ja julkisen vallan välille.

Selkein tällainen peruste on ns. subjektiivinen oikeus, jolloin viranomaisen on myönnettävä tai toteutettava oikeus lainsäädännöstä ilmenevien edellytysten täytyessä. Myös jossain määrin tätä harkinnanvaraisempien oikeuksien ja etuuksien voidaan katsoa täyttävän perustuslaissa tarkoitetun oikeuden syntymiseen vaadittavan kriteerin oikeuden tai etuuden myöntämisperusteen riittävästä täsmällisyydestä. Jos kuitenkin etuuden tai palvelun saaminen riippuu kokonaan viranomaisen harkinnasta, käytettävissä olevista määrärahoista tai esimerkiksi suunnitelmista, kysymyksessä ei yleensä voi olla kiinteydeltään tai oikeussuojan tarpeeltaankaan niin vahva oikeus, että se kuuluisi perustuslain 21 §:n 1 momentin alaan.

Oikeuden olemassaoloa harkitessaan perustuslakivaliokunta on tarkastellut kysymystä koskevia säännöksiä arvioiden, missä määrin ne sisältävät päätöksentekoa koskevia oikeudellisia kriteerejä¹⁴⁴ tai säättävät yksilön oikeudesta¹⁴⁵. Myös EIT on arvioinut oikeuden olemassaoloa kansallisen oikeuden sisällön perusteella, mutta on ottanut lisäksi huomioon asiaa

määräyksen vaikutus rajautuu rikossyytteisiin sekä oikeuksia ja velvollisuuksia koskeviin, lähtökohtaisesti yksityisoikeudellisiin riita-asioihin.” Ks. myös *Hallberg* 1999 s. 657–658 ja *Pellonpää* 2008 s. 637.

¹⁴³ Ks. mm. PeVL 12/1997 vp s. 1 ja PeVL 16/2000 vp s. 4.

¹⁴⁴ Esim. PeVL 70/2002 vp s. 6 (oppilaan opiskelun erityisjärjestelyt) ja PeVL 9/2007 vp s. 10 (koulutuksen keskeyttäminen).

¹⁴⁵ Esim. PeVL 18/2007 vp s. 7 (päätös loman ajankohdasta) sekä PeVL 18/2007 vp s. 4 (päätös siviilipalvelushakemuksesta).

koskevan kansallisen oikeuskäytännön.¹⁴⁶

EIT:n ratkaisukäytännössä on katsottu riittäväksi, että oikeutta voidaan pitää ainakin puolustettavin perustein kotimaisen oikeuden tunnustamana. Tämän lausuman perusteella voitaisiin päätellä EIT:n asettaman kynnyksen oikeuden syntymiselle olevan matalammalla kuin perustuslakivaliokunnan lausuntokäytännössä. EIT:n linjaan vaikuttanee kuitenkin se, että tuomioistuin ihmisoikeussopimuksen kansainvälisenä valvontaelimenä arvioi erilaisia kansallisia järjestelmiä, jolloin arvioinnin tavoitteena ei edes voi olla pyrkimys samanlaiseen varmuuteen oikeuden olemassaolosta kuin lakiehdotusten perustuslainmukaisuudesta lausuntoja antavan perustuslakivaliokunnan. Eroa arvioinneissa voisi syntyä lähinnä sen vuoksi, että oikeuden käsite on ihmisoikeussopimusta sovellettaessa autonominen, eikä arviointi siten ole sidottu pelkästään siihen, määritelläänkö arvioitava kysymys kansallisessa luokittelussa oikeudeksi.

Oikeuden syntymisen kannalta keskeinen kysymys on viranomaisen harkintavallan laajuus asiaa ratkaistaessa. Perustuslakivaliokunnan edellä mainitut lausumat ”riittävän täsmällinen perusta” ja ”jossain määrin tätä [subjektiivista oikeutta] harkinnanvaraisempien oikeuksien ja etuuksien voidaan katsoa täyttävän” viittaisivat tiukempaan arviointiin kuin EIT:n lausumat siitä, ettei harkintavalta ole täysin vapaa tai väljä. Tosiasiassa kuitenkin perustuslakivaliokunnan lausuntokäytäntö osoittaa valiokunnan ainakin jossain laajuudessa edellyttäneen muutoksenhakuoikeutta myös harkinnanvaraisissa asioissa.¹⁴⁷ Lausunnoista on löydettävissä eräänlaisia ”varaventiilejä” harkinnanvaraisten päätösten saamiseksi oikeusturvan piiriin silloin, kun asioiden niiden harkinnanvaraisuuden vuoksi ei voida katsoa täyttävän ”oikeuden” edellytyksiä.

Oikeusturvan saatavuutta koskeva ongelma voidaan pyrkiä ratkaisemaan etsimällä harkintaa määrittäviä seikkoja kyseessä olevassa asiassa. Perustuslakivaliokunta on todennut harkinnanvaraisen avustuksen myöntämisharkintaan kytketyn lakiehdotuksessa erinäisiä edellytyksiä ja perusteluissa luetellun joukko harkinnassa huomioon otettavia seikkoja. Perustuslakivaliokunnan mukaan tällaisessa sääntely-yhteydessä on asianmukaista vielä selvittää muutoksenhakumahdollisuuden avaamista.¹⁴⁸ Vastaavasti

¹⁴⁶ *Ojansen* mukaan perustuslakivaliokunnan ei erityisemmin edes edellytetä huomioivan perustuslain säännöksiin liittyvää tuomioistuinkäytäntöä. Ojanen pitää perustuslakivaliokunnan ja tuomioistuinten suhdetta hierarkkisena ja yksisuuntaisena, ja perustuslakivaliokunnalla on tulkinta-auktoriteetti perustuslakikysymyksissä. Ojansen mukaan perustuslakivaliokunnassa ei johdonmukaisesti oteta huomioon Eurooppa-tuomioistuinten ja ihmisoikeussopimusten kansainvälisten valvontaelinten oikeuskäytäntöä. Tätä Ojanen pitää valtiosääntöoikeudellisesti ja kansainvälisoikeudellisesti arvioiden ongelmallisena. Ks. *Ojanen* 2009 s. 243 ja 249–250.

¹⁴⁷ Ks. myös HE 181/2010 vp s. 7.

¹⁴⁸ PeVL 32/2000 vp s. 2–3. Ks. myös *Halila* 2004 s. 57.

perustuslakivaliokunta on todennut, että ”lakiehdotuksen säännöksissä on päätöksenteon harkinnanvaraisuuden ohella ilmaistu myös sellaisia kiinnekohtia, jotka muodostuvat asian ratkaisun laillisuusedellytyksiksi”. Perustuslakivaliokunta on katsonut tämän puoltavan perustuslain näkökulmasta viranomaistoiminnan kontrollin järjestämistä yksilöiden muutoksenhakumahdollisuuden avulla.¹⁴⁹ Oikeuden olemassaoloa arvioitaessa onkin meneteltävä juuri valiokunnan lausunnosta ilmenevin tavoin etsien erilaisia ”kiinnekohtia”, jotka sitovat ja rajoittavat viranomaisen harkintavaltaa. Perustuslakivaliokunta on kuitenkin kohdistanut harkintavaltaa rajoittavien säännösten tarkastelun substanssilainsäädännön säännöksiin, eikä esimerkiksi hallintolain 6 §:n hallinnon oikeusperiaatteisiin näytä viitatus. EIT:n lausumien perusteella EIS 6 artiklassa tarkoitetun oikeuden syntyminen kannalta sen sijaan ilmeisesti riittäisi, että harkintavaltaa rajoittavat hallinto-oikeudelliset periaatteet. EIT on muun muassa *Pudas*-tapauksessa todennut, että liikenneluvan peruuttamista koskevaa harkintavaltaa sitoivat ”yleisesti tunnustetut oikeus- ja hallintoperiaatteet”.

Perustuslakivaliokunnan lausuntokäytännössä huomiota kiinnittää kuitenkin se, että valiokunta on joissakin lausunnoissaan katsoessaan harkinnanvaraisten päätösten muutoksenhakuoikeuden tarpeelliseksi perustanut kannanottonsa perustuslain 21 §:n 2 momenttiin eikä 1 momenttiin. Pykälän 1 momentissa taataan oikeus tuomioistuinkäsittelyyn ja 2 momentissa lueteltaessa lailla turvattavia oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin keskeisiä takeita todetaan yhtenä näistä oikeus hakea muutosta. Perustuslakivaliokunnan lausunnot antaisivat ymmärtää, että perustuslakivaliokunta olisi pitänyt 2 momentissa todettua oikeutta hakea muutosta ikään kuin laajempaan kuin pykälän 1 momentissa turvattua oikeutta.

Lähestymistapa ilmenee työllistämistuen myöntämispäätösten muutoksenhakuoikeutta koskevasta arvioinnista. Perustuslakivaliokunta ei ole pitänyt valtion talousarvion määrärahoihin sidotun ja harkinnanvaraisen tuen osalta valituskieltoa ongelmallisena perustuslain 21 §:n 1 momentin näkökulmasta. Tuen saamiseen ei siis katsottu olevan perustuslain 21 §:n 1 momentissa tarkoitettua oikeutta. Perustuslakivaliokunta on kuitenkin todennut, että saman pykälän 2 momentissa turvattu muutoksenhakuoikeus puoltaa näiden ratkaisujen saattamista valitusmahdollisuuden piiriin. Valitusmahdollisuuden tarpeellisuutta on perusteltu *viranomaistoiminnan asianmukaisuuden ja muun tasapuolisuuden valvomisella* sekä *soveltamiskäytännön yhdenmukaisuuden varmistamisella*.¹⁵⁰ Perustuslakivaliokunta

¹⁴⁹ PeVL 46/2002 vp s. 9.

¹⁵⁰ PeVL 47/2002 vp s. 4. Ks. myös esim. PeVL 13/2005 vp s. 3–4 ja PeVL 30/2005 vp s. 5. Ks. myös KHO 1995 A 1, jossa oli kysymys valituksista valtioneuvoston päätöksestä, jolla oli ratkaistu yritysten hakemukset saada korvausta lisätalousarvioon tarkoitusta varten

on pykälän 2 momentin johdosta todennut, että viranomaiselle jätetty harkintavalta ei sellaisenaan poista muutoksenhaun tarvetta.¹⁵¹

Siitari-Vanne on pitänyt perustuslakivaliokunnan tarkastelutapaa josain määrin ongelmallisena, koska siinä perustuslain 21 §:n 1 momentti muodostuu kapeammaksi kuin 2 momentti, jolla on puolestaan tarkoitettu täsmentää ja rajata 1 momenttia.¹⁵² Perustuslakivaliokunnan arviointia ei voida sinänsä pitää pykälän logiikan mukaisena. Pykälän 2 momenttiin viittaamisen taustalla onkin ollut *Siitari-Vanteen* toteamin tavoin valiokunnan pyrkimys pitää muutoksenhakujärjestelmän piirissä myös tarveharkintaan perustuvia päätöksentekotilanteita. Muutoksenhakuoikeuden liittämistä pelkästään aineellisia oikeuksia koskeviin päätöksentekotilanteisiin ei olekaan katsottava riittäväksi oikeusvaltioperiaatteesta seuraavien oikeusturvavaatimusten täyttämiseksi, vaan viranomaistoiminnan asianmukaisuuden ja yhdenvertaisuuden arvioiminen voi edellyttää mahdollisuutta saattaa myös harkinnanvaraisten etuuksien myöntäminen tuomioistuimen tutkittavaksi. Oikeusturvavaatimuksia ei liity pelkästään aineellisiin oikeuksiin, vaan esimerkiksi tasapuolista ja syrjimätöntä kohtelua koskevien menettelyllisten oikeuksien noudattamisen valvonnan on myös katsottava edellyttävän oikeutta tuomioistuinkäsittelyyn.

Kyse on myös oikeussuojatarpeen huomioon ottamisesta oikeusturva-perusoikeuden rajoja määritettäessä. Perustuslakivaliokunnan lausunkäytännössä on edellä todetulla tavalla katsottu, ettei viranomaiselle jätetty harkintavalta sellaisenaan poista muutoksenhaun tarvetta. Esimerkiksi muutoksenhakukieltoa ajoneuvon käyttökiellon peruuttamisesta valiokunta piti hakijan oikeussuojatarpeiden kannalta ongelmallisena, kun viranomaisella oli oikeus peruuttaa kielto väljästi muotoillun säännöksen nojalla määräämillään ehdoilla.¹⁵³ Toisenlaiseen arviointiin päädyttiin sen suhteen, onko EU-tukien käsittelyyn osallistuvan hallintokomitean kannanottoa koskevasta päätöksestä valitusoikeus. Hallintokomitean puoltava lausunto on edellytys tuen myöntämiselle, eikä kannanottoa koskevaan päätökseen voinut hakea erikseen muutosta. Perustuslakivaliokunnan mukaan komitean päätös merkitsee kannanottoa mahdollisuuteen saada

otetusta harkinnanvaraisesta määräraahasta. KHO tutki valitukset kummankin valittajayhtiön omaan hakemukseen annetun päätöksen osalta. KHO katsoi päätöksessään, että hakijoita oli asian valmistelussa ja ratkaisemisessa kohdeltu yhdenvertaisesti, päätös oli perustunut riittäviin selvityksiin ja valtioneuvosto oli voinut käyttää hakemusten ratkaisemisessa noudattamiaan perusteita. Kun päätös ei ollut syntynyt virheellisessä järjestyksessä eikä valtioneuvosto ollut ylittänyt sille talousarvion harkinnanvaraisen määrärahan täytäntönpäpanossa kuuluvaa toimivaltaa, KHO hylkäsi valitukset.

¹⁵¹ Esim. PeVL 46/2002 vp s. 9 ja PeVL 32/2000 vp s. 2–3.

¹⁵² *Siitari-Vanne* 2005 s. 127–128.

¹⁵³ PeVL 40/2002 vp s. 7.

taloudellinen etuus, jonka antaminen on kokonaan myöntäjän harkinnassa, eikä kysymys siksi ole kiinteydeltään tai oikeussuojan tarpeen kannalta niin vahvasta oikeudesta, että se kuuluisi perustuslain 21 §:n 1 momentin alaan.¹⁵⁴

Aer onkin katsonut, että perustuslaillista oikeutta tuomioistuinkäsittelyyn voidaan arvioida henkilön oikeussuojan tarpeen näkökulmasta. Viranomaisen on käyttänyt henkilöön nähden oikeudellista valtaa, jos viranomaisen päätöksen vaikutuksesta henkilön on toimittava päätöksen mukaan tietyllä tavalla tai pidättäydyttävä toimimasta.¹⁵⁵ Todetun määritelmän perusteella kuitenkin ilmeisesti lähes kaikki taloudellista etuutta koskevat asiat jäisivät oikeusturvavaatimuksen ulkopuolelle.

Mahdollista oikeusturva-aukkoa harkinnanvaraisten päätösten osalta voidaan pyrkiä täyttämään asettamalla päätöksentekoa määrittäviä oikeudellisia kriteerejä ja muuttamalla tällä tavoin tehtävien päätösten luonnetta. Tällöin kyse ei enää olekaan täysin harkinnanvaraisesta päätöksestä, vaan päätöksen voidaan katsoa koskevan perustuslain 21 §:n 1 momentissa tarkoitettua oikeutta. Perustuslakivaliokunta on pitänyt päätösten avointa harkinnanvaraisuutta arveluttavana perustuslain 2 §:n 3 momentissa ilmaistun lainalaisuusperiaatteen kannalta ja katsonut, että viranomaispäätöksenteon sitominen säännöksiin mahdollistaisi valituskiellon aiheellisuuden arvioimisen perustuslain 21 §:n 2 momentin näkökulmasta.¹⁵⁶ Perustuslakivaliokunnan lausuman mukaan ”mitä enemmän viranomaisharkintaa sidotaan lakimääräisiin edellytyksiin, sitä vahvemmaksi muodostuu paine järjestää viranomaistoiminnan kontrolli yksilöiden muutoksenhakuoikeuden avulla”. Perustuslakivaliokunta on katsonut tämän olevan tarpeen esimerkiksi viranomaistoiminnan tasapuolisuuden valvomiseksi ja soveltamiskäytännön yhdenmukaisuuden varmistamiseksi.¹⁵⁷

11.2.2 Muutoksenhakuoikeus virkaan nimittämistä koskevissa asioissa

Tarjoajan valitusoikeutta koskevan kysymyksen ratkaisemiseen on aikaisemmin vaikuttanut se lähtökohta, ettei kenelläkään ole subjektiivista oikeutta saada tarjoustaan hyväksytyksi. Tähän näkökohtaan on viitattu myös edellä selostetuissa tuomioistuimeen pääsyä koskevissa EIT:n ratkaisuissa. Myös virkanimitysten osalta on perinteisesti katsottu, ettei henkilöllä ole subjektiivista oikeutta tulla nimitetyksi hakemaansa virkaan. Tämän vuoksi

¹⁵⁴ PeVL 40/2000 vp s. 3.

¹⁵⁵ *Aer* 2000 s. 113.

¹⁵⁶ PeVL 14/2002 vp s. 6–7.

¹⁵⁷ PeVL 32/2000 vp s. 2–3.

virkanimitysasioita ei ole pidetty perustuslain 21 §:n 1 momentissa tarkoitettuina yksilön oikeutta tai velvollisuutta koskevinä päätöksinä.¹⁵⁸ Valtion virkamieslain 59 §:n mukaan virkaan nimittämistä koskevaan päätökseen ei saa hakea muutosta valittamalla.

Tarjouskilpailun ratkaisemisesta ja virkaan nimittämistä koskevissa asioissa on mainitun subjektiivisen oikeuden puuttumisen ohella löydettävissä muitakin yhtäläisyyksiä. Molemmissa asioissa on kyse valinnan tekemisestä useiden tarjoajien tai viran hakijoiden kesken, ja valintaa tehtäessä noudatettavaan menettelyyn kohdistuu vaatimuksia siihen osallistuvien asianmukaisesta ja yhdenvertaisesta kohtelusta.¹⁵⁹ Asioilla on kuitenkin myös selviä eroavaisuuksia, sillä hankintamenettelyssä tarjousten arviointi ja vertailu suoritetaan taloudellisilla, teknisillä ym. tekijöillä, jotka ovat helpommin verrattavissa kuin virkaa hakeneiden henkilöiden pätevyys ja muut henkilökohtaiset ominaisuudet. Virkanimitysasioissa viranomaisen harkintavalta on laajempi.

Muutoksenhakuoikeus kunnallisten virkojen nimityspäätöksistä on erilainen verrattuna valtion virkojen nimityspäätöksiin: kunnallisten virkojen nimityspäätöksistä voidaan valittaa, mutta valtion virkojen nimityspäätöksiä koskee valituskielto. Hankintapäätösten osalta on valituskelpoisuutta koskeva tulkinta poikennut kunnallisvalituksessa ja hallintovalituksessa: kunnallisvalituksessa hankintapäätöksiä on pidetty valituskelpoisina ratkaisuin, kun taas valituskelpoisuus hallintovalituksessa on ollut ongelmallisempi kysymys. Eroavaisuuksia edellä mainitussa suhteessa selittää kunnallisvalituksen luonne kunnan jäsenen käytössä olevana hallinnon valvontakeinona.

Muutoksenhakuoikeus virkanimityspäätöksistä on ollut hiljattain arvioinnin kohteena. Hallituksen esityksessä 181/2010 vp virkamieslain muuttamisesta ehdotettiin virkamieslain yleisen valituskiellon kumoamista. Valituskielto olisi kuitenkin edelleen koskenut (tiettyjen muiden poikkeusten ohella) virkanimityspäätöksiä. Hallituksen esitys raukesi, koska sitä ei ehditty käsitellä loppuun vaalikauden aikana. Perustuslakivaliokunta on kuitenkin lausunnossaan arvioinut muutoksenhakukielltoa nimittämispäätöksestä.¹⁶⁰

Hallituksen esityksessä oli tarkasteltu muutoksenhaun avaamisen puolesta ja sitä vastaan puhuvia seikkoja ja viitattu subjektiivisen oikeuden puuttumisen ohella siihen, että nimityspäätökseen sisältyy harkintavaltaa ja henkilökohtaisten ominaisuuksien arviointia, minkä vuoksi oikeudellisiin

¹⁵⁸ Ks. mm. *Halila* 2004 s. 58–59 ja *Aer* 2000 s. 113.

¹⁵⁹ Ks. myös *Mäenpää*, Lausunto 7.12.2010 perustuslakivaliokunnalle hallituksen esityksestä laiksi valtion virkamieslain muuttamisesta (HE 181/2010 vp).

¹⁶⁰ PeVL 51/2010 vp s. 2–3.

seikkoihin perustuva arviointi muutoksenhaussa on ongelmallista. Nykyisin käytävissä olevia oikeussuojakeinoja on pidetty riittävinä, eikä valitus-oikeuden ole katsottu merkittävästi lisäävän oikeusturvaa. Valitusoikeuden avaamisen on katsottu myös vaikeuttavan valtion rekrytointimahdollisuuksia ja heikentävän toiminnan tuloksellisuutta. Toisaalta hallituksen esityksessä oli todettu, että lakiin sidotussa hallinnossa lähtökohtana on muutoksenhakumahdollisuus lakiin perustuvasta ratkaisusta. Lisäksi kunnallisia viranhaltijoita koskevassa lainsäädännössä on muutoksenhakuoikeus, ja olisi perusteltua, että valtion ja kunnan säännökset olisivat yhdenmukaiset asianosaisen muutoksenhaun osalta.¹⁶¹

Perustuslakivaliokunta on hallituksen esityksestä antamassaan lausunnossa viitannut EIT:n ratkaisukäytäntöön, jonka mukaan EIS 6 artikla ei välttämättä sovellu kaikkiin virkamiesoikeudellisiin riitaisuuksiin. Valiokunta on kuitenkin todennut, ettei perustuslain 21 §:n 1 momenttiin sisälly EIS 6 artiklan mukaista rajausta, ja se turvaa oikeuden säännönmukaiseen muutoksenhakukeinoon, kun kysymys on pykälässä tarkoitetuista oikeuksista ja velvollisuuksista. Perustuslakivaliokunta on lausunnossaan esittänyt, että hallintovaliokunta harkitsisi muutoksenhakuoikeuden ulottamista koskemaan virkaan ja virkasuhteeseen nimittämistä. Perustuslakivaliokunta ei kuitenkaan pitänyt kyseistä valituskieltoa perustuslain vastaisena, vaan katsoi, että lakiehdotus olisi voitu tältä osin käsitellä tavallisessa lainsäätämisyjärjestyksessä.¹⁶² Hallituksen esityksen rauettua jää avoimeksi, olisiko virkamieslain virkanimityspäätöksiä koskeva valituskielto tullut muutetuksi.

Perustuslakivaliokunta perusteli kantaansa seuraavasti:

Nimityspäätöksiin sisältyy harkintaa, jota ohjataan ja rajoitetaan melko tarkoin lainsäädännöllä. Lähtökohtana on perustuslain 125 §:n 2 momentti, jossa säädetään yleisistä nimitysperusteista julkisiin virkoihin. Oikeuskirjallisuudessa nimitykseen on katsottu kuuluvan sekä oikeudellisesti sitovia että hallinnolliseen harkintaan valtuuttavia ainesosia. Nimitysharkintaa on luonnehdittu suppeaksi harkinnaksi, koska laki

¹⁶¹ Ks. HE 181/2010 vp s. 7–11 ja Valtion virkamieslain muutoksenhakua selvittäneen työryhmän muistio s. 38 ss.

¹⁶² KHO on antanut kaksi ratkaisua perustuslain 106 §:n soveltamisesta virkamieslain valituskieltosäännöksiin liittyen. Ratkaisussa KHO 2008:25 jätettiin perustuslain 106 §:n nojalla valituskieltosäännös soveltamatta perustuslain 21 §:n vastaisena asiassa, jossa oli kysymys jo virassa olevan virkamiehen siirtämisestä ilman hänen laissa edellytettyä suostumustaan toisiin tehtäviin samassa virastossa. Nimityspäätöstä koskevassa tapauksessa KHO 2011:39 katsottiin, ettei kyse ollut perustuslain 106 §:ssä tarkoitetusta lain säännöksen soveltamisen ja perustuslain välisestä ilmeisestä ristiriidasta. Päätöksessä lausuttiin, ettei ihmisoikeussopimuksen 6 artiklasta johtuvien velvoitteiden takia ollut katsottava, että kysymys olisi perustuslain 21 §:n soveltamisalaa kuuluvista oikeuksista eikä perustuslain säännös tullut sovellettavaksi muullakaan perusteella. Molemmissa asioissa äänestys 4–1.

osoittaa nimitysperusteet. Nimityspäätös ei poikkeaa luonteeltaan muista hallintopäätöksistä niin, ettei valitusoikeutta voitaisi siihen ulottaa. Nimityspäätöksellä on suuri merkitys viranhakijan oikeudellisen aseman kannalta, mikä puoltaa muutoksenhakuoikeutta. Nykyisin ainoastaan ylimääräinen muutoksenhaku voi johtaa nimityspäätöksen kumoamiseen. Tähän nähden muut oikeussuojan takeet ovat tehottomampia.

11.2.3 Hankintalain muutoksenhakurajoitukset

Perustuslakivaliokunta on arvioinut lausunnossaan 35/2009 vp hankintalakien muuttamista koskevassa hallituksen esityksessä HE 190/2009 vp ehdotettujen muutoksenhakua rajoittavien säännösten perustuslain mukaisuutta. Hallituksen esityksessä ehdotettiin käyttöön otettavaksi käsittelylupa valitettaessa markkinaoikeuteen puitejärjestelyyn perustuvista hankinnoista ja valituslupa valitettaessa korkeimpaan hallinto-oikeuteen markkinaoikeuden kielteisestä käsittelylupapäätöksestä. Valitusoikeutta koskevat säännökset on muutettu ehdotetun mukaisiksi lailla 321/2010.

Puitejärjestelyllä tarkoitetaan hankintayksikön ja yhden tai usean toimittajan välistä sopimusta, jonka tarkoituksena on vahvistaa tulevia hankintasopimuksia koskevat ehdot. Jos hankintayksikkö on tehnyt puitejärjestelyn usean toimittajan kanssa ja jos kaikkia ehtoja ei ole järjestelyssä vahvistettu, puitejärjestelyyn otetut toimittajat on kilpailutettava. Puitejärjestelyyn otettavia toimittajia koskevasta, puitejärjestelyn perustavasta päätöksestä voi valittaa rajoituksetta. Sen sijaan lain muutoksen jälkeen puitejärjestelyyn perustuvista hankinnoista valittaminen edellyttää markkinaoikeuden myöntämää käsittelylupaa.¹⁶³

Perustuslakivaliokunta arvioi käsittelylupajärjestelmää perusoikeuksien yleisten rajoitusedellytysten valossa sääntelyn rajoittaessa ensi vaiheen muutoksenhakua. Valituslupajärjestelmän kautta tapahtuvaa oikeusturvaperusoikeuden rajoitusta arvioitaessa viitattiin suhteellisuusperiaatteen. Valiokunnan mukaan sen lausunnossa todetulla tavalla tulkittuna ja sovellettuna käsittelylupasääntelyn ei nähty muodostuvan ongelmalliseksi perustuslain 21 §:n kannalta eikä myöskään rajatun valituslupajärjestelmän käyttöönotosta tehdyn kokonaisarvioinnin perusteella.¹⁶⁴

Perustuslakivaliokunta ei käsitellyt lausunnossaan kysymystä perustuslain 21 §:n 1 momentissa tarkoitettun oikeuden olemassaolosta, vaan lähti suoraan arvioimaan ehdotusten perustuslain mukaisuutta. Arvioinnin kohteena oli puitejärjestelyyn otetun toimittajan muutoksenhakuoikeus. Tällaisen toimittajan asemaa voidaan pitää tavanomaiseen tarjouskilpailuun

¹⁶³ Hankintalain 5 § 15) kohta, 31–32 § ja 86 § 3 momentti.

¹⁶⁴ PeVL 35/2009 vp s. 2–3.

osallistuneen tarjoajan asemaa vahvempana, sillä puitejärjestelyä koskevan sopimuksen tekemisellä puitejärjestelyyn otetulle toimittajalle voidaan katsoa syntyneen ”oikeuksia”. Perustuslakivaliokunnan lausunnosta ei ole kuitenkaan pääteltävissä, että tällä seikalla olisi ollut merkitystä oikeusturvaperusoikeuden soveltumisen kannalta. Mahdollista siten on, että perustuslakivaliokunta katsoi ylipäättään tarjouskilpailuun osallistumisen hankintalain soveltamisalalla antavan tarjoajalle perustuslain 21 §:n 1 momentissa tarkoitettuja oikeuksia. Näin voidaankin mielestäni katsoa hankintalain määrittäessä hankintamenettelyä varsin yksityiskohtaisesti.

Sen sijaan kysymys tarjoajien oikeuksista hankintalakien soveltamisalan ulkopuolella on epäselvä. Tulkinnanvaraista on, voidaanko edellä todetun kaltaiset menettelylliset oikeudet katsoa perustuslain 21 §:n 1 momentissa tarkoitetuiksi oikeuksiksi, joita koskee oikeus tuomioistuinkäsittelyyn.¹⁶⁵ Perustuslakivaliokunnan lausunnot harkinnanvaraisten päätösten osalta osoittavat kuitenkin valiokunnan pitävän muutoksenhakuoikeutta tarpeellisena viranomaistoiminnan asianmukaisuuden ja yhdenmukaisuuden valvomiseksi, vaikka asiaan ei sen harkinnanvaraisuuden vuoksi katsotaisikaan liittyvän perustuslain 21 §:ssä tarkoitettua (aineellista) oikeutta.

12 MUUTOKSENHAKUOIKEUS HALLINTO-VALITUKSESSA JA KUNNALLISVALITUKSESSA

Oikeudesta valittaa valtion hallintoviranomaisten päätöksistä säädetään hallintolainkäyttölaissa ja valituksesta kunnallisen viranomaisen päätökseen puolestaan kuntalaissa. Perustuslain 21 §:n takaamaa oikeutta tuomioistuin-käsittelyyn ja siten oikeusturvan saatavuutta määrittävät kyseisten lakien säännökset päätöksen valituskelpoisuudesta ja valitusoikeudesta. Päätöksen valituskelpoisuus ja valitusoikeus ovat edellytyksiä asian tutkimiselle tuomioistuimessa: vain valituskelpoinen päätös voi olla valituksen kohteena ja vain valitusoikeuden omaavan tahon valitus voidaan ottaa tutkittavaksi. Valituskelpoisuus rajaa siten ne päätökset, joilla on sellaisia oikeusvaikutuksia, jotka edellyttävät muutoksenhakumahdollisuutta. Valitusoikeus subjektiivisessa merkityksessä puolestaan määrittää ne tahot, jotka voivat

¹⁶⁵ Hallituksen esityksessä HE 190/2009 vp käsiteltiin varsin laajasti kysymystä hankintalakia koskevan ehdotuksen suhteesta perustuslakiin. Hallituksen esityksessä on viitattu muun ohella siihen, että hankintamenettelyn osapuolten mahdollisuuksia saattaa hankintamenettelyssä tehty ratkaisu erityistuomioistuimen tutkittavaksi rajoitettaisiin uusilla kansallisilla kynnysarvoilla. Ehdotuksessa todetaan kuitenkin, että alle kansallisen kynnysarvon jäävissä hankinnoissa olisivat käytössä hankintaoikaisun lisäksi yleishallinto-oikeudelliset muutoksenhakukeinot (erityisesti kunnallisvalitus), ks. HE 190/2009 vp s. 92.

valittaa päätöksestä. Päätöksen valituskelpoisuus ja valitusoikeus liittyvät toisiinsa, sillä vain valituskelpoisella päätöksellä voi olla sellaisia oikeusvaikutuksia, joiden perusteella valitusoikeus syntyy. Laajassa käsityksessä valitusoikeus pitääkin sisällään paitsi subjektiivisen valitusoikeuden myös valituskelpoisuutta koskevan määritelmän.¹⁶⁶

Hallintolainkäyttölain esitöiden mukaan säännökset valituskelpoisuudesta ja valitusoikeudesta ovat muotoilultaan väljiä, mikä mahdollistaa erilaisten ratkaisutilanteiden arvioinnin, oikeuskäytännön kehittämisen ja oikeusturvanäkökohtien huomioon ottamisen.¹⁶⁷ Perustuslain 21 §:n 1 momentissa taattu oikeus tuomioistuinkäsittelyyn edellyttää valituskelpoisuutta ja valitusoikeutta koskevien säännösten tulkittamista oikeusturvan saatavuutta turvaavalla tavalla.¹⁶⁸

12.1 Hankintapäätöksen valituskelpoisuus

12.1.1 Yleisiä näkökohtia

Hallintolainkäyttölaissa päätöksen valituskelpoisuutta määrittävät lain 4 ja 5 §:n säännökset. Lain 4 §:n mukaan valittaa saa hallintoasiassa tehdystä päätöksestä. Lain 5 §:n 1 momentissa määritellään valituskelpoinen päätös toimenpiteeksi, jolla asia on ratkaistu tai jätetty tutkimatta. Pykälän 2 momentin mukaan valitusta ei saa tehdä hallinnon sisäisestä määräyksestä, joka koskee tehtävän tai muun toimenpiteen suorittamista. Kunnallisvalituksen soveltamisala määritellään kuntalain 90 §:n 1 momentissa, jonka mukaan valtuuston ja kuntayhtymän toimielimen päätökseen sekä kunnanhallituksen, lautakunnan ja johtokunnan oikaisuvaatimuksen johdosta antamaan päätökseen haetaan muutosta kunnallisvalituksella. Kuntalain 91 §:ssä päätösten valituskelpoisuutta on täsmennetty toteamalla päätökset, joista ei saa tehdä oikaisuvaatimusta eikä kunnallisvalitusta. Tällaisia päätöksiä ovat pykälän mukaan vain valmistelua tai täytäntöönpanoa koskevat päätökset.

Sekä hallintolainkäyttölain että kuntalain mukaan lopullisen asiaratkaisun sisältäviin tai asian tutkimatta jättämistä koskeviin päätöksiin voidaan hakea muutosta. Kuntalain mukainen päätöksen valituskelpoisuus on kuitenkin perinteisesti ollut eräiltä osin hallintolainkäyttölain nojalla määräytyvää valituskelpoisuutta laajempi. Muun muassa päätös ryhtyä yksityisoikeudelliseen toimeen on katsottu kuntalain mukaan valituskelpoiseksi ratkaisuksi. Syynä valituskelpoisten päätösten laajempaan alaan

¹⁶⁶ Mäenpää 2005 s. 118 ja s. 261–262 ja *Aer* 2000 s. 110.

¹⁶⁷ HE 217/1995 vp s. 38–39.

¹⁶⁸ Mäenpää 2005 s. 119 ja s. 258.

on ennen kaikkea kunnallisvalituksen valvonnallinen tehtävä kunnan jäsenen käytössä olevana hallinnon valvontakeinona. Valvontafunktiota toteuttavan valituksen tekemisen edellytykseksi ei ole asetettu päätöksessä tai toimenpiteestä seuraavia oikeudellisia vaikutuksia samalla tavoin kuin hallintovalituksessa.¹⁶⁹ Kunnallisvalituksessa valituskelpoisuuden tulkinta on kuitenkin riippumaton siitä, onko valittajana kunnan jäsen vai asianosainen. Mahdollisen asianosaisen valitusmahdollisuutta rajoittaa kuitenkin asianosaisen valitusoikeuden vaatimus oikeuden tai oikeudellisesti määritellyn intressin olemassaolosta.¹⁷⁰

Hankintapäätöksen valituskelpoisuus ei ole aiheuttanut tulkintaongelmia kunnallisvalitusten osalta. Oikeuskäytännössä kunnallisten viranomaisten hankintaa koskevia päätöksiä on pidetty valituskelpoisina eikä kysymyksestä ole oikeuskirjallisuudessa käyty keskustelua.

Sen sijaan valtion viranomaisten hankinnoista tekemiä ratkaisuja ei ennen hankintalain säätämistä pidetty yleensä valituskelpoisina hallintopäätöksinä, vaan ne käsitettiin luonteeltaan lähinnä yksityisoikeudelliseen sopimukseen liittyviksi tahdonilmaisuuksi.¹⁷¹ Hankintalain säätäminen muutti ajattelun valtionhallinnon hankintapäätösten muutoksenhakukelpoisuudesta hankintalain soveltamisalalla, ja ratkaisussa KHO 1997:62 katsottiin valtion viranomaisen päätös hankinnan tekemisestä myös hallintovalituksessa valituskelpoiseksi päätökseksi. Valituskelpoisuudesta on oikeuskirjallisuudessa kuitenkin esitetty erisuuntaisia kannanottoja.

12.1.2 Oikeuskirjallisuudessa esitetyt näkemykset ja oikeuskäytäntö

Hankintamenettelyn ja hankintaa koskevan päätöksenteon on katsottu kuuluvan hallintolain asialliseen soveltamisalaan. *Kanninen* on todennut, että yksityisoikeudelliseen sopimukseen tähtäävät toimenpiteet viranomaisessa ovat viranomaistoimintaa ja niitä on pidetty myös hallintoasian käsittelynä. *Kannisen* mukaan tämä tarkoittaa, että yleinen hallintolainsäädäntö soveltuu hankinnan valmistelutoimenpiteisiin ja hankintamenettelyyn, jossa valitaan se, keneltä hankinta tehdään.¹⁷² Myös *Kulla* on katsonut ratkaisuun KHO 1997:62 viitaten, että hallintomenettelyä on myös julkisiin hankintoihin liittyvä asian viranomaiskäsittely.¹⁷³

¹⁶⁹ *Tarukannel – Jukarainen* 1999 s. 113. Ks. myös *Hallberg – Ignatius – Kanninen* 1997 s. 75.

¹⁷⁰ Ks. myös *Mäenpää* 1989 s. 261.

¹⁷¹ *Kanninen*, DL 2005 s. 528.

¹⁷² *Kanninen*, DL 2005 s. 539.

¹⁷³ *Kulla* 2008 s. 82. Vastaavasti myös *Laakso – Suviranta – Tarukannel* 2006 s. 55.

Hankintapäätöksen valituskelpoisuudesta *Siitari-Vanne* on lausunut, ettei käytännössä hallintovalituksena hallintolainkäyttölain säännökset huomioon ottaen juurikaan voitane tutkia hankintamenettelyssä syntyneitä päätöksiä. *Siitari-Vanne* on viitannut hankinnassa syntyvän sopimuksen yksityisoikeudelliseen luonteeseen ja katsonut, ettei hankinta-asiassa ole pääsääntöisesti kysymys hallintoasian ratkaisemisesta ja siten valituskelpoisesta hallintopäätöksestä.¹⁷⁴ Teoksessa *Laakso – Suviranta – Tarukannel* on todettu, että yksityisoikeudellisen sopimuksen tekemistä edeltävässä hallinnollisessa menettelyssä saatetaan tehdä nimenomainen päätös sopimuksen solmimisesta, mutta valtionhallinnossa tehtyjä tämän kaltaisia ratkaisuja ei pidetä valituskelpoisina hallintopäätöksinä. Sen sijaan kunnallishallinnossa esimerkiksi kunnanvaltuuston päätöksestä ostaa tietty maatala voidaan valittaa kunnallisvalituksin. Teoksessa on viitattu vielä siihen, että hankintalain soveltuessa hankintaan käytettävissä ovat lisäksi niin valtion- kuin kunnallishallinnonkin alalla hankintalainsäädännön mukaiset oikeusturvakeinot markkinaoikeudessa.¹⁷⁵

Teoksessa *Kalima – Häll – Oksanen* on puolestaan katsottu, että valtion ja muiden kuin kunnallisten julkisyhteisöjen kansalliset kynnyksarvot alittaviin hankintoihin voidaan hakea muutosta hallintovalituksin hallintolainkäyttölain nojalla. Teoksessa lausutun mukaan hankintalain soveltamisrajojen johdosta näihin hankintoihin ei voida hakea muutosta hankintalaissa säädetyllä perusteella, mutta kylläkin kaikilla laillisuusperusteilla, kuten harkintavallan väärinkäytön perusteella.¹⁷⁶

Mäenpää on todennut hallintolainkäyttölain vakiintuneen tulkinnan olevan, ettei valituskelpoisena pidetä viranomaisen päätöksentekoa, jonka kohteena on yksityisoikeudellinen toimi tai oikeussuhde, eikä siten hallintoprosessissa arvioitavaksi kuulu viranomaisen päätökset ryhtyä yksityisoikeudellisen oikeussuhteen osapuoleksi. *Mäenpää* on kuitenkin katsonut, ettei tätä hallintoprosessin soveltamisalaa rajoittavaa, sinänsä vakiintunutta tulkintaa voida enää pitää riittävän erottelukykyisenä. Viranomaisten yksityisoikeudellisissa muodoissa tapahtuvan päätöksenteon laajennuttua huomattavasti sen tuomioistuINVALVONTA on perusteltua myös julkisoikeudelliselta kannalta. *Mäenpään* esittämän mukaan suositeltavaa onkin tulkita hallintolainkäyttölain 4 ja 5 §:ää siten, että viranomaisen yksityisoikeudellisia toimia koskevat päätökset voivat olla valituskel-

¹⁷⁴ *Siitari-Vanne* 2002 s. 176. *Siitari-Vanteen* mukaan niissä tapauksissa, joissa hankintayksikkö on viranomainen, hankinta-asiassa on mahdollista tehdä hallintokantelu ylemmälle viranomaiselle tai ylimmille laillisuusvalvojille, valtioneuvoston oikeuskanslerille ja eduskunnan oikeusasiamiehelle.

¹⁷⁵ *Laakso – Suviranta – Tarukannel* 2006 s. 55.

¹⁷⁶ *Kalima – Häll – Oksanen* 2007 s. 264.

poisia. Hallintotuomioistuimet voivat kuitenkin tutkia päätöksenteon lainmukaisuuden ainoastaan julkisoikeudellisen lainsäädännön kannalta. Mäenpää on määritellyt julkiset hankinnat hallintoprosessin ja yleisen lainkäytön välimaastoon sijoittuvaksi erityismenettelyksi ja viitannut viranomaisten hankintapäätösten lainmukaisuuden arviointiin hallintoprosessissa hankintalain nojalla.¹⁷⁷

KHO:n oikeuskäytännössä on hallintovalituksena tutkittu valtion viranomaisten päätöksiä hankinnan tekemisestä. Ratkaisussa KHO 1997:62 kyse oli merenkulkuhallituksen helikopteripalveluhankintaa koskevasta päätöksestä. KHO:n päätöksen ratkaisuselosteen mukaan korkein hallinto-oikeus tutki asian, ”kun merenkulkuhallitus oli asiassa tehnyt päätöksen, jolla oli lopullisesti ratkaistu helikopteripalveluhankintaa koskevan tarjouksen valinta”. Kyseinen ratkaisu on ajalta ennen osittaisen valituskiellon säätämistä, minkä jälkeen hankinta-asiasta ei voinut valittaa hallintolainkäyttölain tai kuntalain nojalla hankintalain vastaisuuteen vedoten. Vaikka KHO sovelsi hallintovalitusta ratkaistessaan hankintalakia, ainakaan päätöksen perusteista ei ilmene, että tämä olisi vaikuttanut valituskelpoisuutta koskevaan ratkaisuun.¹⁷⁸

KHO:n hankintalakityöryhmän mietinnöstä antamassa lausunnossa on todettu, että kansallisen oikeuden valossa viranomaisten menettely hankintapäätöstä tehtäessä on hallintomenettelyä, jossa tulevat noudatettaviksi hallinto-oikeudelliset perussäännökset asian laadun mukaisella tavalla. Valtionhallinnossa hallintovalituksen käytettävyyttä riippuu etenkin siitä, missä laajuudessa valtion hankintayksiköt tekevät tai niiden katsotaan tekevän uudenkin lainsäädännön aikana hankinnassa muutoksenhakukelpoisen hallintopäätöksen.¹⁷⁹

12.1.3 Kysymyksen arviointi

Hallintolainkäyttölain 4 §:n valitusoikeutta koskeva säännös rajaa sen asiallisen soveltamisalan hallintoasiassa tehdystä päätöksestä valittamiseen. Hallintoasian määritelmää ei lakiin sisälly, mutta lain esitöissä lausutun mukaan hallintoasia on luonteeltaan hallintomenettelyssä tehtävä päätös ja se liittyy myös julkisen vallan käyttämiseen.¹⁸⁰ Hallintopäätös määrittää

¹⁷⁷ Mäenpää 2005 s. 174 ss. Mäenpää on todennut, että kuntalain mukaan määräytyvä päätöksen valituskelpoisuus on yksityisoikeudellisia toimivia koskevan päätöksenteon osalta ollut jo perinteisesti laajahko, s. 177.

¹⁷⁸ Vastaavasti KHO:n päätöksellä 25.8.2006 t. 2195 tutkittiin työministeriön päätöstä koskeva hallintovalitus.

¹⁷⁹ Korkeimman hallinto-oikeuden lausunto 8.2.2005 Hankintalakityöryhmän mietinnöstä s. 5.

¹⁸⁰ HE 217/1995 vp s. 38.

yleensä viranomaisen ja yksityisen välistä hallinto-oikeudellisista oikeussuhdetta tai oikeusasemaa.¹⁸¹

Viranomainen toteuttaa hankinnan omien viranomaistehtäviensä hoitamiseksi, järjestääkseen palveluja ym. Hankintamenettelyssä viranomaisen valitsee tarjoajan, jolta hankinta tehdään. Menettelyä hankinnassa sääntelevät hankintalain soveltamisalalla olevien hankintojen osalta hankintalain säännökset. Hankintalakien ulkopuolelle jääviä hankintoja tehtäessä noudatettaviksi tulevat etenkin hallinnon oikeusperiaatteet sekä mahdollisesti viranomaisen hankintasäännöt ja -ohjeet. Viranomaisen on otettava hankintamenettelyssä huomioon sovellettavat säännökset ja määräykset. Hankintamenettelyssä valitun tarjoajan kanssa tehdään hankintaa koskeva sopimus, joka on tavallisesti luonteeltaan yksityisoikeudellinen sopimus tai joskus myös hallintosopimus.¹⁸² Hallintolain 66 §:n mukaan hallintosopimusta koskeva riita käsitellään hallintoriita-asiana hallinto-oikeudessa.¹⁸³

Sopimuksen tekemistä koskeva menettely on hallinto-oikeudellisessa ajattelussa kaksivaiheinen: ensiksi tehdään päätös sopimuksen tekemisestä ja sen jälkeen solmitaan sopimus. Päätöstä sopimuksen tekemisestä ja sen sisällöstä on pidetty julkisyhteisön sisäisenä asiana ja valituskelvottomana ratkaisuna. *Mäenpää* on todennut tulkintaan liittyvän jaottelut hallintotoimi/oikeustoimi ja sisäinen viranomaisasia/ulkoinen viranomaistoimi.¹⁸⁴ Tulkinta yksityisoikeudellisen sopimuksen tekemistä koskevan päätöksen valituskelvottomuudesta sopii sinänsä tavanomaiseen sopimukseen, joka solmitaan tietyn sopijapuolen kanssa ehdoista käytyjen neuvottelujen jälkeen. Hankintojen osalta tulkinta jättää kuitenkin ottamatta huomioon kaksi seikkaa: a) hankintasopimuksen tekemistä edeltää kilpailutilanne ja b) viranomaisen menettely tässä tarjouksia koskevassa kilpailutilanteessa on oikeudellisesti säänneltyä.

Hankintapäätös merkitsee ratkaisua siitä, kuka valitaan toimittajaksi, eikä sitä voi mielestäni ymmärtää pelkästään hallinnon sisäiseksi päätökseksi sopimukseen ryhtymisestä. Hallinnon oikeusperiaatteet, hankintasäännöt ja -ohjeet, toimivallan rajat ja virkavastuu määrittävät viranomaisen menettelyä ja päätöksentekoa siten, ettei viranomaisen kannalta julkisissa hankinnoissa

¹⁸¹ *Suviranta* 2006 s. 94 ss. ja *Mäenpää* 2005 s. 115 ss.

¹⁸² *Kanninen*, *DL* 2005 s. 538–539.

¹⁸³ Ks. mm. ratkaisu KHO 1993 A 10, jossa katsottiin, että ostopalvelusopimus oli julkisoikeudellisen oikeussuhteen järjestämistä koskeva sopimus. KHO:n päätöksen mukaan lääninoikeuden ei siten olisi tullut käsitellä asiaa valituksena kunnanhallituksen päätöksestä eikä antaa ohjausta asian saattamiseksi yleisen alioikeuden ratkaistavaksi, vaan käsitellä korvausten korottamista koskeva asia hallintoriita-asiana. Ks. myös *Kanninen*, *DL* 2005 s. 538–539.

¹⁸⁴ *Mäenpää* 1989 s. 251.

ole kyse sellaisesta tahdonautonomiasta kuin muutoin yksityisoikeudellisia sopimuksia tehtäessä.¹⁸⁵ Viranomainen ei voi hankinta-asiassa valita sopimuskumppania vapaasti yksityisen yrityksen tavoin. Tarjouksia koskevan valintatilanteen ratkaistessaan ja hankinnan tekemisestä päättäessään viranomaisen on siten katsottava toimivan enemminkin viranomaisasemassa eikä kuten yksityisoikeudellisen suhteen osapuoli.

Hankintapäätöksen valituskelpoisuutta arvioitaessa olennaista ei ole se, että hankintamenettely johtaa yksityisoikeudellisen sopimuksen solmimiseen, vaan ratkaisevaa on hankintapäätöksen luonne toimittajan valintaa koskevana ratkaisuna ja tätä valintaa sääntelevät elementit. Ratkaisussa KHO 1997:62 hankintapäätös määriteltiin päätökseksi, jolla oli lopullisesti ratkaistu tarjouksen valinta, ja päätös katsottiin valituskelpoiseksi. Päätöksen tekeminen valittavasta tarjouksesta onkin rinnastettavissa hallintoasian ratkaisemiseen, ja tämän vuoksi myös valtion viranomaisen hankintapäätös on luonteeltaan valituskelpoinen hallintopäätös.

Oikeusturvanäkökohdat edellyttävät tällaista valituskelpoisuutta koskevaa tulkintaa, sillä hankintaviranomaisen menettelyn tasapuolisuus ja puolueettomuus on voitava saattaa tuomioistuimen tutkittavaksi. Hankintapäätösten valituskelpoisuus mahdollistaa viranomaisen menettelyllisten velvollisuuksien noudattamisen valvonnan ja vastaavasti tarjoajan menettelyllisiin oikeuksiin liittyvän oikeusturvan. Myöskin hankintapäätösten samanlainen kohtelu hallintovalituksessa ja kunnallisvalituksessa perustelee valtion viranomaisten hankintapäätösten valituskelpoisuutta.

Mäenpää on todennut, että julkishallinnon muutosten myötä hallinto-oikeudellinen suhde saa vaihtelevia muotoja ja sisältöjä, ja suhteeseen voi liittyä myös useita asianosaisia tai osallisia.¹⁸⁶ *Kanninen* on puolestaan viitannut uudenlaisen taloudellisen hallinto-oikeuden syntymiseen.¹⁸⁷ Uudentyyppisten julkishallinnon toimintamuotojen ja -velvollisuuksien voidaan katsoa haastavan perinteisiä hallinto-oikeuden oppeja ja vaativan niiltä uudelleen muotoutumista.

¹⁸⁵ Yleisemmin viranomaisen roolista yksityisoikeudellisissa suhteissa ks. *Mäenpää* 2005 s. 174 ss. *Mäenpää* on todennut, ettei viranomainen yksityisoikeudellisen suhteen osapuoleenakaan irrottaudu kokonaan viranomaisasemasta, koska viranomaisen toimia yksityisoikeudellisen suhteen osapuolena arvioidaan osaltaan hallinto-oikeudellisen normiston kannalta (hallinnon oikeusperiaatteet, erityiset menettelyvelvoitteet, toimivallan rajat ja virkavastuu).

¹⁸⁶ *Mäenpää* 2005 s. 28.

¹⁸⁷ *Kanninen*, DL 2005 s. 538. Ks. myös *Kanninen* 2007 s. 36 ja s. 40–42.

12.2 Valitusoikeus

Valitusoikeuden lähtökohtana on perustuslain oikeusturvaa koskeva 21 §:n 1 momentti, jonka mukaan jokaisella on oikeus saada oikeuksiaan ja velvollisuuksiaan koskeva päätös tuomioistuimen käsiteltäväksi. Perustuslain 21 §:n 2 momentin mukaan oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin takeet ja siten myös oikeus tuomioistuinkäsittelyyn turvataan lailla. Käsite ”oikeuksiaan koskeva päätös” määrittyy valitusoikeutta koskevissa säännöksissä. Hallintolainkäyttölain 6 §:n 1 momentin mukaan päätöksestä saa valittaa se, johon päätös on kohdistettu tai jonka oikeuteen, velvollisuuteen tai etuun päätös välittömästi vaikuttaa. Kuntalain 92 §:n 1 momenttiin sisältyy vastaava säännös asianosaisen valitusoikeudesta.

Päätösten oikeudellisten vaikutusten kohdentumisen ja luonteen perusteella *Mäenpään* ryhmittelyn mukaisesti asianosaisia voivat olla yhtäältä julkisoikeudellisen suhteen osapuoli ja toisaalta julkisoikeudellisen suhteen ulkopuolella oleva taho. Päätöksen kohteen eli julkisoikeudellisen suhteen toisen osapuolen valitusoikeuden toteaminen ei yleensä aiheuta tulkintaongelmia. Päätöksessä on esimerkiksi voitu evätä henkilöltä jokin oikeus tai etu. Julkisoikeudellisen suhteen ulkopuolella olevan tahon valitusoikeus edellyttää välittömiä vaikutuksia kyseisen henkilön oikeudellisesti määriteltyyn asemaan. Valitusoikeus edellyttää siten lähtökohtaisesti oikeutta tai ainakin oikeudellista intressiä sekä vaikutusten välittömyyttä.¹⁸⁸ Välittömyyskriteerin soveltuvuutta arvioitaessa on otettava huomioon asian laatu ja asiassa ilmenevä oikeusturvan tarve.¹⁸⁹

Oikeusturvanäkökohdat sinänsä perustelisivat mahdollisimman laajaa valitusoikeutta. Toisaalta jos ulkopuolisiksi katsottaville tahoille päätöksestä aiheutuvat erityyppiset vaikutukset muodostaisivat valitusoikeuden perustan, tällaisten tahojen mahdollisuudet puuttua hallintopäätöksellä luotuun oikeussuhteeseen lisääntyisivät, päätösten lainvoimaiseksi tulo estyisi, oikeusvarmuus kärsisi ja asioiden lopullinen ratkaiseminen viivästyisi.¹⁹⁰ Kyse on siten viime kädessä sen ratkaisemisesta, milloin päätöksen vaikutukset katsotaan riittävän välittömiksi ja vahvoiksi, jotta valitusoikeus on perusteltu.

Teoksessa *Laakso – Suviranta – Tarukannel* on todettu, että asianosaisuus käsitetään materiaalisessa mielessä kysymyksenä siitä, kenen tahon oikeudellisia intressejä sovelletussa lainsäädännössä ja hallintopäätöksessä on käsitelty.¹⁹¹ Valitusoikeuden syntymisen aikaansaava oikeus tai etuus

¹⁸⁸ Ks. *Mäenpää* 2005 s. 264 ss.

¹⁸⁹ HE 217/1995 vp s. 39.

¹⁹⁰ *Kuusikko* 2003 s. 231–232. Ks. myös *Mäenpää* 2005 s. 262–263.

¹⁹¹ *Laakso – Suviranta – Tarukannel* 2006 s. 475.

voi *Mäenpään* mukaan perustua paitsi lakiin myös lakia alemmanasteiseen normiin, esimerkiksi asetukseen tai viranomaisen antamaan oikeussääntöön. Viranomaisen harkintaa sisältävä etuus ei välttämättä ole riittävän kiinteä valitusoikeuden perustamiseksi.¹⁹² Päätöksellä on oltava vaikutuksia oikeudellisesti määriteltyyn intressiin eikä pelkästään tosiasiallinen intressi riitä. Myöskään kilpailullinen intressi ja päätöksen vaikutukset kilpailutilanteeseen eivät yksinään voi olla valitusoikeuden perusteena.¹⁹³

Hallintolainkäyttölain valitusoikeutta koskeva säännös on kirjoitettu väljän yleislausekkeen muotoon, mikä pykälän yksityiskohtaisten perustelujen mukaan mahdollistaa oikeuskäytännön kehittämisen.¹⁹⁴ Prosessi-oikeudellisten säännösten tulkinnat (kuten asianosaisen käsitteen laajuus) vaikuttavat konkreettisissa tapauksissa muutoksenhakuoikeutta koskevan perusoikeussuojan laajuuteen.¹⁹⁵ Sääntelyn lisääntyminen ja sen myötä syntyvät oikeussuojatarpeet voivatkin johtaa valitusoikeutta koskevan tulkinnan laajenemiseen.

12.2.1 Tarjoajan valitusoikeus – tulkinnan muuttuminen

Tarjouskilpailuun osallistuneen tarjoajan valitusoikeuden arvioinnissa on aikaisemmin perinteisesti katsottu, ettei kenelläkään ole oikeutta saada tarjoustaan hyväksytyksi ja näin ollen tarjoajalla, jonka tarjousta ei ole hyväksytty, ei ole muutoksenhakuoikeuttakaan. Tämän tulkinnan mukaisesti ratkaisussa KHO 1983 A II 55 katsottiin, ettei lääninoikeuden olisi tullut ottaa tutkittavakseen kilpailevan urakkatarjouksen tehneen yrityksen valitusta päätöksestä, jolla urakka oli annettu toisen yhtiön suoritettavaksi. *Kuusikon* mukaan tällainen tulkinta vallitsi vielä 1990-luvun taitteessa, mutta KHO muutti tulkintalinjaa ratkaisullaan KHO 1991 A 40.¹⁹⁶ Päätöstä koskevassa ratkaisuselosteessa lausuttiin seuraavasti:

L:n kaupungin vesi- ja viemärilaitos oli pyytänyt vesi- ja viemärilaitoksen kaukokäyttöjärjestelmän suunnittelusta tarjoukset kuudelta suunnittelutoimistolta. Kaupungin liikelaitosten lautakunta oli päättänyt tilata vesi- ja viemärilaitoksen kaukokäyttöjärjestelmän esisuunnittelun sekä vedentuotannon ja -jakelun systemisuunnittelun toiseksi edullisimman tarjouksen tehneeltä yhtiöltä. H:n kaupungista oleva yhtiö, joka myös oli osallistunut tarjouskilpailuun, mutta jonka tarjous oli tullut hylätyksi,

¹⁹² *Mäenpää* 2005 s. 266.

¹⁹³ *Mäenpää* 2005 s. 267–268. Päätöksen vaikutuksista kilpailijan asemaan kilpailuoikeudellisissa asioissa ks. mm. KHO 2002:50.

¹⁹⁴ HE 217/1995 vp s. 39.

¹⁹⁵ *Saraviita* 2005 s. 482.

¹⁹⁶ *Kuusikko* 2003 s. 249–250.

oli hakenut muutosta lautakunnan päätökseen. Kun otettiin huomioon viimeksi mainitun yhtiön asema kaupungin järjestämän tarjouskilpailun yhtenä tarjouksentekijänä, liikelaitosten lautakunnan päätös koski yhtiötä sillä tavalla, että yhtiöllä oli oikeus kunnallislain 139 §:n 1 momentin perusteella hakea mainittuun päätökseen muutosta. Koska lääninoikeus oli jättänyt yhtiön sille tekemän valituksen tutkimatta, KHO kumosi lääninoikeuden päätöksen ja palautti asian lääninoikeudelle uudelleen käsiteltäväksi. Äänestys 5–3.

Kuusikko on katsonut, että muuttuneen ratkaisulinjan taustaa voidaan hakea ETA-sopimuksesta ja sittemmin Suomen liittymisestä Euroopan unioniin. Julkisten hankintojen kilpailuttaminen edellytti myös oikeusturvan saataavuutta, ja vuonna 1991 annetulla ratkaisulla ennakoitiin näitä vaatimuksia.¹⁹⁷

Kuntalain esitöissä on yleisesti oikeuskäytäntöön viitaten todettu tarjouskilpailuun osallistuneiden asianosaisasemansa perusteella voineen vedota kunnallisvalituksen valitusperusteisiin.¹⁹⁸ Myös *Harjula* ja *Prättälä* ovat ratkaisun KHO 1991 A 40 perusteella todenneet, että asianosaiseksi on katsottu urakkakilpailussa tarjouksen tehnyt. *Harjula* ja *Prättälä* ovat viitanneet ulkokuntalaisen oikeuteen valittaa virkavaalista, ja todenneet virkavaalissa ja urakkakilpailussa yhteisenä piirteenä olevan, että on useita viranhakijoita ja vastaavasti tarjouksentekijöitä, joita viranomaisen on kohdeltava tasavertaisesti, vaikkei oikeus tulla virkaan valituksi tai saada tarjouksensa hyväksytyksi perustu lakiin. Vastaavasti *Harjulan* ja *Prättälän* mukaan ulkokuntalaisen hakijan intressi saattaa edellyttää hakijan katsomista kuntalain tarkoittamaksi asianosaiseksi harkinnanvaraista avustustakin koskevasta päätöksestä sen tutkimiseksi, onko kunta mahdollisesti asettanut avustuksensaajat keskenään eriarvoiseen asemaan, vaikka perinteisen valitusoikeuden suppean tulkinnan mukaan hakija voisi vedota vain nimenomaisesti suojattuun oikeuteen.¹⁹⁹ *Harjulan* ja *Prättälän* näkemyksen mukaan nimenomaan tasavertaisen kohtelun vaatimus siis edellyttää valitusoikeutta, jotta viranomaisen menettely tältä osin voidaan saattaa tuomioistuimen tutkittavaksi.

Myös *Tarukannel* ja *Jukarainen* toteavat asianosaisia kunnallisvalituksessa olevan esimerkiksi virkaa hakeneet, mutta valitsematta jääneet, tarjouskilpailussa hävinneet ja yleensä yksityisoikeudellisten oikeustointen

¹⁹⁷ *Kuusikko* 2003 s. 251. Ks. myös asiakirjojen julkisuutta koskeva ratkaisu KHO 1994 A 6, jossa pääesikunnan järjestämään suljettuun tarjouskilpailuun osallistunut yhtiö oli pyytänyt saada tutustua hankinta-asiakirjojen sisältöön. Yhtiö oli yksi niistä kolmesta yrityksestä, joille tarjouspyyntö oli esitetty. KHO katsoi, että yhtiö oli yleisten asiakirjain julkisuudesta annetun lain 19 §:ssä tarkoitettuna asianosaisena ja siinä mainituihin edellytyksiin oikeutettu saamaan pyytämänsä, asian käsittelyyn vaikuttaneet tiedot. Äänestys 4–2.

¹⁹⁸ HE 192/1994 vp s. 64–65.

¹⁹⁹ *Harjula – Prättälä* 2007 s. 695–696.

toiset (kunnan suhteen) osapuolet. *Tarukannel* ja *Jukarainen* kuitenkin katsovat, että kunnallisvalituksessa asianosaismäärittelyyn on vaikuttanut valituskelpoisten päätösten laajempi ala hallintovalitukseen verrattuna. Heidän mukaansa kunnallisvalituksessa valituskelpoisuus on laajentunut sellaisiin päätöksiin, joiden osalta materiaalisella perusteella tapahtuva asianosaismääritys voi olla vaikeata.²⁰⁰

Kuusikon mukaan KHO:n päätöksellä 27.9.2000 taltio 2431 olisi eräällä tavalla palattu aikaisempaan kunnallislain mukaiseen ajatteluun.²⁰¹ Kyseisessä tapauksessa kuntayhtymä oli päättänyt myydä kaksi kiinteistöä ja pyytänyt sanomalehti-ilmoituksilla asiasta tarjouksia. KHO:n päätöksen mukaan pelkästään se seikka, että yhtiö oli vastannut tarjouspyyntöön, ei luonut yhtiölle sellaista oikeutta tai etua, että yhtiöllä olisi ollut tällä perusteella valitusoikeus kuntayhtymän valtuuston päätöksestä myydä kiinteistöt toiselle tarjouksen tehneelle yhtiölle. Tapauksessa oli kuitenkin kysymys kiinteistön myymisestä eikä siten julkiseksi hankinnaksi katsottavasta asiasta.

Myöhemmässä oikeuskäytännössä on kunnan omaisuuden vuokraamista koskevaan tarjouskilpailuun osallistunut tarjoaja katsottu asianosaiseksi. Ratkaisussa KHO 2008:70 kaupungille kuuluvan ravintolan vuokraamista koskevaan tarjouskilpailuun osallistuneen tarjoajan tarjous oli hylätty puutteellisena. KHO katsoi päätöksen, jolla kaupungin toimintayksikkö oli oikeutettu tekemään ravintolan vuokraamista koskeva sopimus toisen yhtiön kanssa, välittömästi vaikuttaneen valituksen tehneen yhtiön oikeuteen ja etuun kuntalain 92 §:n 1 momentissa tarkoitettulla tavalla, ja yhtiö oli siten asiassa asianosainen.²⁰²

12.2.2 Valitusoikeus hankintalakien ulkopuolelle jäävissä hankinnoissa

Pelkästään tarjouksen tekeminen ei voi muodostaa hankintalakien ulkopuolelle jäävien hankintojen osalta valitusoikeuden perustaksi hallintolainkäyt-

²⁰⁰ *Tarukannel – Jukarainen* 1999 s. 175.

²⁰¹ *Kuusikko* 2003 s. 253–255. *Kuusikon* mainitsemasta tapauksesta julkaistiin lyhyt ratkaisuseloste. *Harjula* ja *Prättälä* ovat todenneet ratkaisuun viitaten, ettei kunnalla ole velvollisuutta ryhtyä yksityisoikeudelliseen oikeustoimeen yksittäisen tarjouksentekijän kanssa. Ks. *Harjula – Prättälä* 2007 s. 696.

²⁰² Ks. myös *Kuusikon* viittaama Turun hallinto-oikeuden päätös 1.2.2002 nro 02/0060/1, jossa ulkokuntalaisilla tarjoajilla katsottiin olevan oikeus valittaa päätöksestä, jolla kaupungin omistamat osakkeet oli myyty erälle yhtiölle ja yhtiöiden tarjoukset oli hylätty. Hallinto-oikeus lausui perusteluissaan, että ”pätöksellä on ratkaistu viranomaisen nimenomaisesti noille yhtiölle kohdistama ostotarjouspyyntö”. Ks. *Kuusikko* 2003 s. 255–257. Hallinto-oikeus hylkäsi kyseisten yhtiöiden valituksen ja KHO hylkäsi päätöksellään 17.12.2002 t. 3338 yhtiöiden valituksen hallinto-oikeuden päätöksestä.

tölaissa edellytettyä oikeutta tai oikeudellista intressiä.²⁰³ Voidaankin kysyä, mihin tarjouskilpailuun osallistuneen tarjoajan valitusoikeus oikeastaan perustuu. Tarjoajalla ei voida katsoa olevan tarjouksen tehtyään oikeutta saada tarjoustaan hyväksytyksi eikä valitusoikeutta tule myöskään sitoa siihen, olisiko valituksen tehneen yrityksen tarjous menestynyt tarjouskilpailussa.

Hankintalakien ulkopuolelle jäävissä hankinnoissakin tarjoajalla on edellä todetulla tavalla katsottava olevan erityisesti hallinnon oikeusperiaatteista johdettavia käsittelyn asianmukaisuuteen ja yhdenvertaisuuteen liittyviä menettelyllisiä oikeuksia. Tarjoajalla on oikeus saada tarjouksensa käsitellyksi hallinnon oikeusperiaatteiden vaatimusten mukaisessa menettelyssä, mikä tarkoittaa ennen kaikkea oikeutta tasapuoliseen ja puolueettomaan kohteluun. Tämä edellyttää myös mahdollisuutta saattaa tuomioistuimen tutkittavaksi hankintaviranomaisen menettelyn asianmukaisuus ja yhdenvertaisuus. Hankintaa koskevan päätöksen voidaan siten tällä tavoin katsoa vaikuttavan tarjoajan suojattuihin oikeuksiin tai hänen oikeudellisesti määriteltyn asemaansa. Menettelylliset oikeudet muodostavat perusteen valitusoikeudelle eikä ole osoitettavissa syitä tarjoajan valitusoikeuden arvioimiselle eri tavoin kunnallisvalituksessa ja hallintovalituksessa. Yhteneväistä tulkintaratkaisua puoltaa jo asianosaisen valitusoikeutta koskevien kuntalain ja hallintolainkäyttölain säännösten samansisältöisyys.

Tarjoajan valitusoikeutta on edellä arvioitu tilanteissa, joissa viranomainen on kilpailuttanut hankinnan ja tarjoaja on voinut osallistua tarjouskilpailuun. Hankinta saatetaan kuitenkin tehdä tarjouskilpailua järjestämättä ja näin meneteltäessä toimia vastoin viranomaisen hankintaohjeita niiden edellyttäessä hankinnan kilpailuttamista. Hankintalakien soveltamisalalla potentiaalisella tarjoajalla on oikeus saattaa suorahankinta markkinaoikeuden tutkittavaksi. Hankintalakien soveltamisalan ulkopuolelle jäävissä hankinnoissa valitusoikeus hallintolainkäyttölain tai kuntalain nojalla edellyttäisi kuitenkin, että tarjouskilpailuun osallistumisesta kiinnostuneella potentiaalisella tarjoajalla olisi jokin oikeus tai oikeudellisesti määriteltä intressi valitusoikeuden perustaksi.

Hallintolain 6 §:n yhdenvertaisuusperiaatteesta ei voitane johtaa – toisin kuin EU-oikeuden vastaavasta periaatteesta – hankinnoista ilmoittamista edellyttävää avoimuusvelvollisuutta. Mahdollinen tarjoajan valitusoikeuden muodostava oikeus voisi seurata viranomaisen hankintaohjeiden tarjouskilpailun järjestämistä koskevista määräyksistä. Viranomaisen kilpailuttamisvelvollisuudelle ei ole kuitenkaan löydettävissä normipohjaa hankintalakien ulkopuolella. Siten on kyseenalaista, voitaisiinko hankinta-

²⁰³ *Mäenpään* mukaan tarjouksen esittäjällä ei vielä tällä perusteella ole valitusoikeutta kuten ei petitio-oikeuden käyttäjälläkään, ks. *Mäenpää* 2005 s. 269.

ohjeilla ylipäätään luoda sellaisia tarjouskilpailuun osallistumista koskevia oikeuksia, jotka voisivat muodostaa perustan tarjoajan valitusoikeudelle. Oikeuskäytäntöä ei asiasta vielä liene. Nähtäväksi jää, miten vastaisuudessa oikeuskäytännössä suhtaudutaan kyseisen kaltaisiin tilanteisiin. Julkisia hankintoja koskeva sääntely on aikaisemminkin osaltaan muokannut perinteisiä oppeja päätösten valituskelpoisuudesta ja valitusoikeudesta. Mahdotonta ei siten ole, että myös potentiaaliselle tarjoajalle katsottaisiin kuuluvan valitusoikeuden aikaansaavia oikeuksia ja mahdollistettaisiin vastaava oikeusturva kuin hankintalakien soveltamisalalla.

13 JOHTOPÄÄTÖKSIÄ

EIS 6(1) artiklassa taattu tuomioistuimeen pääsy edellyttää kansallisessa oikeudessa tunnustetun oikeuden olemassaoloa. EIT:n ratkaisukäytännössä oikeuden tuomioistuinkäsittelyyn on katsottu koskevan hankinta-asioita, joissa valittajat ovat vedonneet syrjintään. Tapauksissa on ollut kyse selvästä asemaan perustuvaa syrjintää koskevasta epäilystä ja siten valittajan oikeudesta tasa-arvoiseen kohteluun. Muissa kuin syrjintätapauksissa EIT on arvioinut julkisia hankintoja koskevia kansallisia säännöksiä sekä kansallista oikeuskäytäntöä sen ratkaisemiseksi, onko yksityisluonteisen oikeuden perustaksi löydettävissä kansallisessa oikeudessa tunnustettu oikeus. Tällaisen oikeuden olemassaolo edellyttää hankintamenettelyn yksityiskohtaisempaa sääntelemistä kansallisin normein.

Perustuslakivaliokunnan lausuntokäytännössä muutoksenhakuoikeutta edellyttävän oikeuden olemassaoloa on käsitelty erityisesti harkinnanvaraisia etuuksia koskevissa asioissa. Perustuslakivaliokunta on oikeusturvaperusoikeuden rajoja määritellään tarkastellut asiaan sovellettavia säännöksiä arvioiden, säätävätkö ne yksilön oikeudesta tietyn etuuden saamiseen tai sisältävätkö ne harkintavaltaa rajoittavia oikeudellisia kriteerejä. Täysin harkinnanvaraisten ratkaisujen ei katsota koskevan perustuslain 21 §:n 1 momentissa tarkoitettua oikeutta. Perustuslakivaliokunnan lausuntokäytännöstä on kuitenkin pääteltävissä, että oikeusturvaperusoikeuden sitominen edellä tarkoitetuin tavoin määriteltyyn oikeuteen on koettu joissakin tilanteissa liian ahtaaksi. Myös harkinnanvaraisten etuuksien myöntäminen on voitava saattaa tuomioistuimen tutkittavaksi viranomaistoiminnan asianmukaisuuden ja yhdenvertaisuuden varmistamiseksi.

Oikeusturvavaatimuksia ei voida katsoa liittyvän pelkästään aineellisiin oikeuksiin, vaan myös esimerkiksi tasapuolista ja syrjimätöntä kohtelua koskevien menettelyllisten oikeuksien noudattamisen valvonta edellyttää

oikeutta tuomioistuinkäsittelyyn. Tarjoajan valitusoikeutta harkittaessa ei tulisikaan painottaa sitä, onko tarjoajalla oikeus saada tarjouksensa hyväksytyksi, vaan katsoa tuomioistuimeen pääsyä arvioitaessa ratkaisevaksi tarjoajan oikeus saada tarjouksensa käsitellyksi sovellettavien säännösten asettamien vaatimusten mukaisessa menettelyssä. Hankintalakien ulkopuolella hankintamenettelyä sääntelevät hallintolain 6 §:n mukaiset hallinnon oikeusperiaatteet, jotka edellyttävät tarjoajien tasapuolista ja puolueetonta kohtelua.

Hallintovalitusta koskevan perinteisen tulkinnan mukaan valituskelpoisena hallintopäätöksenä ei pidetä viranomaisen päätöksentekoa yksityisoikeudellisen sopimuksen solmimisesta. Harkittaessa tämän tulkintapöpin soveltumista hankinta-asioihin olennaista ei kuitenkaan ole se, että hankintamenettely johtaa yksityisoikeudellisen sopimuksen solmimiseen, vaan on otettava huomioon, että hankintasopimuksen tekemistä edeltää kilpailutilanne ja viranomaisen menettelyä tässä tarjouksia koskevassa kilpailutilanteessa määrittävät hallinnon oikeusperiaatteet ja mahdollisesti viranomaisen hankintasäännöt ja -ohjeet. Hankintapäätöksen luonne toimitajan valintaa koskevana ratkaisuna ja tätä valintaa sääntelevät elementit perustelevat hankintapäätöksen katsomista valituskelpoiseksi hallintopäätökseksi. Ratkaisussa KHO 1997:62 valtion viranomaisen hankintaa koskeva päätös määriteltiin päätökseksi, jolla oli lopullisesti ratkaistu tarjouksen valinta, joten se katsottiin valituskelpoiseksi. Oikeusturvanäkökohdat edellyttävät tällaista tulkintaa, sillä edellä todettujen menettelyllisten oikeuksien noudattaminen on voitava saattaa tuomioistuimen tutkittavaksi.

Tarjoajan valitusoikeuden osalta perinteinen tulkinta on ollut, ettei tarjoajalla ole oikeutta saada tarjoustaan hyväksytyksi eikä tarjoajalla ole sen vuoksi oikeutta valittaa tarjouskilpailun ratkaisusta. Päätöksellä KHO 1991 A 40 tulkintalinja muuttui, ja tarjoajalla, jonka tarjous oli hylätty, katsottiin olevan valitusoikeus. Vaikka tarjoajalla ei voida sanoa olevan oikeutta saada tarjoustaan hyväksytyksi, tarjoajalla on hankintalakien ulkopuolellakin kuitenkin menettelyllisiä oikeuksia, joista olennaisin on vaatimus tasapuolisesta kohtelusta. Nämä oikeudet voidaan katsoa riittävän vahvoiksi valitusoikeuden perusteiksi.

Perinteisiä hallinto-oikeudellisia tulkintaoppeja on mukautettava hankinta-asioiden erityisen luonteen huomioon ottaviksi. Tämä on välttämätöntä, jotta oikeusturvavaatimukset toteutuisivat ja menettelyllisten oikeuksien noudattamisen valvonta voitaisiin turvata.

LÄHTEET

Kirjallisuus

- Aer, Janne:* Oikeussuojan ulottuvuus hallinnossa: hallintolainkäytön antaman oikeussuojan merkitys viranomaistoiminnan auktoriteetin kannalta. Kauppakaari Oyj Lakimiesliiton Kustannus, Helsinki 2000.
- Arajärvi, Pentti:* Toimeentuloturvan oikeellisuus. Toimeentuloturvaa koskevan lainsäädännön suhde perustuslakiin, erityisesti perusoikeuksiin, ihmisoikeuksiin ja yhteisöoikeuteen. KELA Sosiaali- ja terveysturvan tutkimuksia 68, Helsinki 2002.
- van Dijk, Pieter:* The interpretation of “civil rights and obligations” by the European Court of Human Rights – on more step to take. Protecting Human Rights: The European Dimension. Studies in honour of Gérard J. Wiarda, p. 131–143. Carl Heymanns Verlag KG, Köln 1988.
- Ervo, Laura:* Oikeudenmukainen oikeudenkäynti. WSOY, Helsinki 2005.
- Ervo, Laura:* Oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuusvaatimus – käsikirja lainkäyttäjille. WSOYpro, Helsinki 2008.
- Galligan, D. J.:* Due Process and Fair Procedures A Study of Administrative Procedures. Clarendon Press, Oxford 1996.
- Halila, Leena:* Hallintolainkäyttömenettelyn oikeusturvatakeista. Suomalainen Lakimiesyhdistys, Helsinki 2000.
- Halila, Leena:* Access to a court ja valituskiellon käyttöedellytykset kansallisessa hallintoprosessissa. Teoksessa Juhlajulkaisu Pekka Hallberg 1944 – 12/6 – 2004 (toim. Risto Nuolimaa, Pekka Vihervuori, Hannele Klemettinen) s. 49–59. Suomalainen Lakimiesyhdistys, Helsinki 2004.
- Hallberg, Pekka:* Oikeusturva (PL 21 §). Teoksessa Hallberg Pekka – Karapuu Heikki – Scheinin Martin – Tuori Kaarlo – Viljanen Veli-Pekka, Perusoikeudet s. 651–666. WSLT Oy, Helsinki 1999.
- Hallberg, Pekka – Ignatius, Pirkko – Kanninen, Heikki:* Hallintolainkäyttölaki. Kauppakaari Oy Lakimiesliiton Kustannus 1997.
- Hannus, Arno – Hallberg, Pekka – Niemi, Anne E.:* Kuntalaki. WSOYpro Oy, Helsinki 2009.
- Harjula, Heikki – Prättälä, Kari:* Kuntalaki. Taustat ja tulkinnat. Talentum, Helsinki 2007.
- Harris, David – O’Boyle, Michael – Warbrick, Colin:* Law of the European Convention on Human Rights. Oxford University Press, New York 2009.
- Jacobs, Francis G. – White, Robin C. A. – Ovey, Clare:* The European Convention on Human Rights. Oxford University Press, New York 2010.
- Jonkka, Jaakko:* Eräitä näkökohtia perusoikeuksien toteutumisesta erityisesti rikosprosessissa. LM 8/1998 s. 1255–1270.
- Kalima, Kai – Häll, Maija – Oksanen, Antero:* Julkisyhteisöjen hankintatoimen oikeussäännöt. Suomalaiset Oikeusjulkaisut SOJ Oy, Helsinki 2007.
- Kanninen, Heikki:* Oikeuskeinot julkisissa hankinnoissa – havaintoja oikeuskäytännön perusteella. Defensor Legis 3/2005 s. 527–555.
- Kanninen, Heikki:* Kommenttipuheenvuoro Olli Mäenpään alustukseen. Teoksessa Oikeus, talous, hallinto Oikeustieteen päivät 30.–31.8.2007 (toim. Jukka Kultalahti – Risto Nuolimaa) s. 35–42. Tampereen yliopisto Oikeustieteiden laitos 2007.

- Kotkas, Toomas:* Terveysten ja sosiaalisen turvallisuuden hallinnointi 2000-luvun Suomessa – menettelylliset oikeudet ja aktiivinen kansalaisuus. *Lakimies* 2/2009 s. 207–225.
- Kulla, Heikki:* Hallintomenettely ja perusoikeudet. Teoksessa *Perusoikeuspuheenvuoroja* (toim. Pekka Länsineva – Veli-Pekka Viljanen) s. 51–63. Turun yliopisto, Turku 1998. (Kulla 1998a).
- Kulla, Heikki:* Asianmukaisen käsittelyn vaatimus hallintomenettelyssä. *Lakimies* 6–7/1998 s. 1144–1151. (Kulla, LM 1998b).
- Kulla, Heikki:* Oikeudenloukkaus ja intressit – valitusoikeuden määräytymisestä hallintolainkäytössä. Teoksessa *Juhlakirja Kaarlo Tuori 50 vuotta* (toim. Paul van Aerschot, Paula Ilveskivi, Kirsi Piispanen) s. 237–246. Helsingin yliopiston julkisoikeuden laitos, Helsinki 1998. (Kulla 1998c).
- Kulla, Heikki:* Hallintomenettelyn perusteet. Talentum, Helsinki 2008.
- Kumpulainen, Anne:* Ympäristö oikeutena. Suomalainen Lakimiesyhdistys, Helsinki 2004.
- Kuusikko, Kirsi:* Valitusoikeuden toteutuminen viranomais- ja asianosaissuhteissa – eräitä oikeuskäytännön esimerkkejä. Teoksessa *Matkalla pohjoiseen: professori Jyrki Virolaisen juhlakirja 26.2.2003* (toim. Risto Haavikko) s. 231–258. Lapin yliopisto, Rovaniemi 2003.
- Laakso, Seppo:* Oikeudellisesta sääntelystä ja päätöksenteosta erityisesti julkisoikeuden alalla. Valtionhallinnon kehittämiskeskus Valtion painatuskeskus, Helsinki 1990.
- Laakso, Seppo – Suviranta, Outi – Tarukannel, Veijo:* Yleishallinto-oikeus. Tampereen yliopisto, oikeustieteiden laitos 2006.
- Mäenpää, Olli:* Euroopan ihmisoikeussopimus ja oikeusturvan takeet hallintoasioissa. *Lakimies* 3/1987 s. 281–318.
- Mäenpää, Olli:* Hallintosopimus. Hallintoviranomaisten sopimustoiminnan oikeudellisia ongelmia. Lakimiesliiton Kustannus, Helsinki 1989.
- Mäenpää, Olli:* Hallinto-oikeus. WSOY Lakitieto, Helsinki 2003.
- Mäenpää, Olli:* Hallintoprosessin funktiot. Teoksessa *Juhlajulkaisu Pekka Hallberg 1944 – 12/6 – 2004* (toim. Risto Nuolimaa, Pekka Vihervuori, Hannele Klemettinen) s. 217–237. Suomalainen Lakimiesyhdistys, Helsinki 2004.
- Mäenpää, Olli:* Hallintoprosessioikeus. WSOYpro, Helsinki 2005.
- Mäenpää, Olli:* Hallintoprosessi – hallinnon valvontaa vai oikeuksien turvaa? *Oikeus* 2007 (36); 3 s. 325–331.
- Mäenpää, Olli:* Hallintolaki ja hyvän hallinnon takeet. Edita Prima Oy, Helsinki 2008.
- Mäenpää, Olli:* Lausunto 7.12.2010 perustuslakivaliokunnalle hallituksen esityksestä laiksi valtion virkamieslain muuttamisesta (HE 181/2010 vp).
- Nenonen, Anne:* Syrjinnän kiellon ja avoimuuden periaatteet hankintadirektiivien soveltamisalan ulkopuolelle jäävissä hankinnoissa. *Lakimies* 1/2009 s. 83–111. (Nenonen, LM 2009a).
- Nenonen, Anne:* Rajat ylittävä intressi julkisissa hankinnoissa. *Lakimies* 6/2009 s. 956–982. (Nenonen, LM 2009b).
- Niemi, Anne E.:* Tehokkaan oikeussuojan piirteitä. Teoksessa *Avoin, tehokas ja riippumaton*, Olli Mäenpää 60 vuotta juhlakirja s. 261–271. Edita Prima Oy, Helsinki 2010.
- Niemivuo, Matti – Keravuori-Rusanen, Marietta – Kuusikko, Kirsi:* Hallintolaki. WSOYpro Oy, Helsinki 2010.

- Ojanen, Tuomas*: Eduskunnan perustuslakivaliokunta ja tuomioistuimet - kohti valtiosääntöistä dialogia? Teoksessa Juhlajulkaisu Mikael Hیدن 1939 – 7/12 – 2009 (toim. Pia Letto-Vanamo, Olli Mäenpää ja Tuomas Ojanen) s. 239–252. Suomalainen Lakimiesyhdistys, Helsinki 2009.
- Oksanen, Antero*: Kuntien yleiset hankintaohjeet. Suomen Kuntaliitto. Helsinki 2010. (Kuntien yleiset hankintaohjeet).
- Pellonpää, Matti*: Europeiska människorättskonventionen. Talentum, Helsinki 2007.
- Pellonpää, Matti*: Oikeudenmukainen oikeudenkäynti ja hallintolainkäyttö – kehityslinjoja. Teoksessa Korkein hallinto-oikeus 90 vuotta (toim. Esa Aalto et al.) s. 625–643. Keuruu 2008.
- Saraviita, Ilkka*: Suomalainen perusoikeusjärjestelmä. Talentum, Helsinki 2005.
- Scheinin, Martin*: Kansainväliset ihmisoikeussopimukset ja Suomen perusoikeusjärjestelmä. Teoksessa Hallberg Pekka – Karapuu Heikki – Scheinin Martin – Tuori Kaarlo – Viljanen Veli-Pekka, Perusoikeudet s. 187–220. WSLT Oy, Helsinki 1999.
- Siitari-Vanne, Eija*: Markkinaoikeus. Kilpailu-, hankinta- ja markkinaoikeudellisten asioiden uusi erityistuomioistuin. Edita Publishing, Helsinki 2002.
- Siitari-Vanne, Eija*: Hallintolainkäytön tehostaminen. Suomalainen Lakimiesyhdistys, Helsinki 2005.
- Suviranta, Outi*: Viranomaisen passiivisuus ja oikeussuojakeinojen sääntely. Julkaisussa Hallintolainkäytön kehittämistarpeita. Näkökohtia lainvalmistelun pohjaksi (toim. Arja Manner). Oikeusministeriön julkaisuja 2006:4. Oikeusministeriö, Helsinki 2006.
- Suviranta, Outi*: Hallintotoiminnan tuomioistuinvalvonta ja eurooppaoikeus. Teoksessa 2007 Maaliskuun 25 päivän rahasto 100 vuotta (toim. Ari Saarnilehto) s. 171–193. Turun yliopisto, oikeustieteellinen tiedekunta 2007.
- Tarukannel, Veijo – Jukarainen, Heikki*: Oikeudenkäynti hallintotuomioistuimessa. Tampereen yliopisto, julkisoikeuden laitos 1999.
- Telivuo, Irma*: Huomioita kilpailuasioista korkeimmassa hallinto-oikeudessa. Teoksessa Korkein hallinto-oikeus 90 vuotta (toim. Esa Aalto et al.) s. 439–452. Keuruu 2008.
- Viljanen, Veli-Pekka*: Perusoikeuksien rajoitusedellytykset. WSLT Oy, Helsinki 2001.
- Virtanen, Pertti*: Suomen hankintalainsäädäntö. Teoksessa Kilpailulait ja laki julkisista hankinnoista s. 529–818. Tietosanoma Oy, Helsinki 2008.

Virallisaineisto

Euroopan unioni

- Euroopan unionin perusoikeuskirja. EUVL 2010/C 83 s. 389.
- Euroopan unionin perusoikeuskirjan selitykset. EUVL 2007/C 303 s. 2.
- Information from the Commission – Guide to the Community rules on open government procurement. OJ C 358, 31/12/1987 P. 0001–0082.
- Vihreä kirja ”Julkiset hankinnat Euroopan Unionissa: tulevaisuuden kysymyksiä”. Euroopan komissio. KOM(96) 583 lopull.

Euroopan ihmisoikeussopimus

Explanatory Report to Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.

Suomi

- EV 24/2010 vp. Eduskunnan vastaus hallituksen esityksestä HE 190/2009 vp laeiksi julkisista hankinnoista annetun lain, vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista annetun lain ja markkinaoikeuslain muuttamisesta.
- HE 309/1993 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle perustuslakien perusoikeussäännösten muuttamisesta.
- HE 192/1994 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle kuntalaiksi.
- HE 217/1995 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi hallintolainkäytöstä ja siihen liittyväksi lainsäädännöksi.
- HE 69/1997 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi julkisista hankinnoista annetun lain muuttamisesta.
- HE 121/2004 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle ihmisoikeuksien ja perusvapauksien suojaamiseksi tehdyn yleissopimuksen kahdennentoista pöytäkirjan hyväksymisestä ja laiksi pöytäkirjan lainsäädännön alaan kuuluvien määräysten voimaansaattamisesta.
- HE 50/2006 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle laeiksi julkisista hankinnoista sekä vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista.
- HE 190/2009 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle julkisista hankinnoista annetun lain, vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista annetun lain ja markkinaoikeuslain muuttamisesta.
- HE 181/2010 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi valtion virkamieslain muuttamisesta.
- HE 292/2010 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi kirkkolain muuttamisesta.
- Korkeimman hallinto-oikeuden lausunto 8.2.2005 Hankintalakityöryhmän mietinnöstä (työryhmämietintö 36:2004). KHO:n vuosikirja 2005 tammi–kesäkuu s. 649 ss.
- Oikeusministeriön lausunto 14.2.2005 hankintalakityöryhmän mietinnöstä (189/43/2004).
- PeVM 25/1994 vp. Perustuslakivaliokunnan mietintö hallituksen esityksestä HE 309/1993 vp perustuslakien perusoikeussäännösten muuttamisesta.
- PeVL 12/1997 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä HE 73/1997 vp muutoksenhakua työvoima-asioissa koskevaksi lainsäädännöksi.
- PeVL 22/1997 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä HE 34/1997 vp laiksi ortodoksisesta kirkkokunnasta annetun lain muuttamisesta.
- PeVL 3/2000 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä HE 1/2000 vp kuntalain muuttamisesta.
- PeVL 16/2000 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä HE 15/2000 vp ulkomaalaislain muuttamisesta.
- PeVL 32/2000 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä HE 159/2000 vp laiksi työmarkkinatuesta annetun lain muuttamisesta.
- PeVL 40/2000 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä HE 179/2000 vp laiksi rakennerahasto-ohjelmien kansallisesta hallinnoinnista annetun lain muuttamisesta.

- PeVL 14/2002 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä HE 9/2002 vp Kansaneläkelaitoksen toimeenpanemiin etuuksiin liittyvien tietojen saamista ja luovuttamista koskevien säännösten muuttamiseksi.
- PeVL 40/2002 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä HE 141/2002 vp ajoneuvolaiksi ja siihen liittyviksi laeiksi.
- PeVL 46/2002 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä HE 115/2002 vp työttömyysturvalaiksi ja eräiden siihen liittyvien lakien muuttamisesta.
- PeVL 47/2002 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä HE 225/2002 vp laiksi julkisesta työvoimapalvelusta ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi.
- PeVL 64/2002 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä HE 196/2002 vp laiksi kunnallisesta viranhaltijasta ja laiksi kuntalain muuttamisesta.
- PeVL 70/2002 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä HE 205/2002 vp laeiksi perusopetuslain, lukiolain, ammatillisesta koulutuksesta annetun lain sekä ammatillisesta aikuiskoulutuksesta annetun lain 11 ja 16 §:n muuttamisesta.
- PeVL 20/2003 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä HE 121/2003 vp kirkkolain muuttamisesta.
- PeVL 13/2005 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä HE 3/2005 vp laiksi Kansaneläkelaitoksen kuntoutusetuuksista ja kuntoutusrahaetuksista.
- PeVL 30/2005 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä HE 45/2005 vp työntekijän eläkeläiksi ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi.
- PeVL 9/2007 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä HE 37/2007 vp asevelvollisuuslaiksi ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi.
- PeVL 18/2007 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä HE 140/2007 vp siviilipalvelulaksi ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi.
- PeVL 35/2009 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä HE 190/2009 vp laeiksi julkisista hankinnoista annetun lain, vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista annetun lain ja markkinaoikeuslain muuttamisesta.
- PeVL 51/2010 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä HE 181/2010 vp laiksi virkamieslain muuttamisesta.
- TaVM 2/2010 vp. Talousvaliokunnan mietintö hallituksen esityksestä HE 190/2009 vp laeiksi julkisista hankinnoista annetun lain, vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista annetun lain ja markkinaoikeuslain muuttamisesta.
- Valtion virkamieslain muutoksenhakua selvittäneen työryhmän muistio. Valtiovarainministeriön julkaisuja 38/2009.

OIKEUSTAPAUKSET

Euroopan ihmisoikeustuomioistuin

Ringeisen v. Itävalta, tuomio 16.7.1971, A 13

König v. Saksa, tuomio 28.6.1978, A 27

Le Compte, van Leuven ja de Meyere v. Belgia, tuomio 23.6.1981, A 43

Benthem v. Alankomaat, tuomio 23.10.1985, A 97
Deumeland v. Saksa, tuomio 29.5.1986, A 100
Feldbrugge v. Alankomaat, tuomio 29.5.1986, A 99
Pudas v. Ruotsi, tuomio 27.10.1987, A 125
Neves e Silva v. Portugali, tuomio 27.4.1989, A 153
Tre Traktörer v. Ruotsi, tuomio 7.7.1989, A 159
Allan Jacobsson v. Ruotsi, tuomio 25.10.1989, A 163
Schuler-Zgraggen v. Sveitsi, tuomio 24.6.1993, A 263
S.A. Ondernemingen Jan de Nul v. Belgia, päätös 2.4.1994 (ihmisoikeustoimikunnan päätös)
Papoulakos v. Kreikka, päätös 11.1.1995 (ihmisoikeustoimikunnan päätös)
Tinnelly & Sons Ltd ym. v. Yhdistynyt kuningaskunta, tuomio 10.7.1998, 1998-IV
Clube de Futebol União de Coimbra v. Portugali, päätös 30.7.1998
Marti AG ym. v. Sveitsi, päätös 11.7.2000
Mennitto v. Italia, tuomio 5.10.2000
Ferrazzini v. Italia, tuomio 12.7.2001, 2001-VII
Posti ja Rahko v. Suomi, tuomio 24.9.2002, 2002-VII
Skyradio AG ym. v. Sveitsi, päätös 31.8.2004
Nowicky v. Itävalta, tuomio 24.2.2005
Roche v. Yhdistynyt kuningaskunta, tuomio 19.10.2005, 2005-X
Levänen ja muut v. Suomi, päätös 11.4.2006
Arac v. Turkki, tuomio 21.9.2006
Jussila v. Suomi, tuomio 23.11.2006
I.T.C. Ltd v. Malta, päätös 11.12.2007
Landbrokes Worldwide Betting v. Ruotsi, päätös 6.5.2008
Ahtinen v. Suomi, tuomio 23.9.2008
Veltd-98 AD v. Bulgaria, tuomio 11.12.2008
Mendel v. Ruotsi, tuomio 7.4.2009

Unionin tuomioistuim

Asia C-92/00, *HI*, tuomio 18.6.2002
Asia C-432/05, *Unibet*, tuomio 13.3.2007
Asiat C-147/06 ja C-148/06, *SECAP*, tuomio 15.5.2008
Asia C-454/06 *pressetext Nachrichtenagentur GmbH*, tuomio 19.6.2008
Asia C-573/07, *Sea Srl*, tuomio 10.9.2009
Asia C-279/09, *DEB*, tuomio 22.12.2010

Korkein hallinto-oikeus

KHO 1983 A II 55
KHO 1991 A 40
KHO 1993 A 10
KHO 1994 A 6
KHO 1995 A 1
KHO 1997:62

KHO 27.9.2000 t. 2431
KHO 2002:50
KHO 17.12.2002 t. 3338
KHO 2006:11
KHO 25.8.2006 t. 2195
KHO 2007:67 ja 68
KHO 2008:25
KHO 2008:70
KHO 2010:82
KHO 2011:39

LYHENTEET

EIS	Euroopan ihmisoikeussopimus
EIT	Euroopan ihmisoikeustuomioistuin
EU	Euroopan unioni
EUT	Unionin tuomioistuin
KHO	Korkein hallinto-oikeus
KP-sopimus	Kansalaisoikeuksia ja poliittisia oikeuksia koskeva kansainvälinen yleissopimus

ADMINISTRATIVE APPEAL AND ACCESS TO COURT IN PROCUREMENT CASES OUTSIDE OF THE SCOPE OF PROCUREMENT LEGISLATION

The European Court of Human Rights has held that there must be access to court in such procurement cases where allegations of discrimination have been made. In cases not involving discrimination, the ECHR has looked into domestic legislation and domestic case-law concerning public procurement in order to determine the existence of any right recognised under domestic law that can be asserted as a civil right. In the event that a civil right of this kind does exist, domestic legislation is required for the detailed regulation of procurement procedures.

The Constitutional Law Committee of the Finnish Parliament has issued several opinions where the right of appeal has been considered especially in the context of discretionary benefits. The Committee has held in certain of these opinions that there is a need for the right of appeal in such cases in order to preserve appropriate and consistent official action.

The need for access to justice cannot be seen solely in the light of substantive rights; instead, also the protection of due process rights requires that access to court is available when needed. Indeed, the granting of access to court in procurement cases should not turn on whether the tenderer has a right to have his tender accepted, but rather whether the tenderer has a right to have his tender considered in accordance with the requirements laid down in the relevant legislation. Outside of the scope of procurement legislation, procurement procedure is governed by the good government principles in section 6 of the Administration Act, requiring *inter alia* the equal and impartial treatment of all tenderers.

According to the traditional view of administrative appeal, an official decision concerning the award of a contract under private law does not constitute a decision that would be open to appeal. That said, the nature of a procurement decision as the resolution of a competitive situation between the tenderers and the elements regulating official action in the award of the contract are justifications for considering the procurement decision as being open to administrative appeal. Also the Supreme Administrative Court took this stance in its ruling in case KHO 1997:62.

As regards the standing of a tenderer to appeal, the traditional administrative law view has been that the tenderer has no right to have the tender accepted and, hence, that the tenderer has no right of appeal as against the resolution of the tender process. However, the Supreme Administrative Court changed direction in this matter by its ruling in case KHO 1991 A 40, where it was held that a tenderer whose tender had been rejected had

standing to appeal. Even though it still remains the case that a tenderer has no right to have the tender accepted, the tenderer nonetheless has due process rights also outside of the scope of procurement legislation, the most important one being the right to equal treatment.

It can be said that procurement matters require the adaptation of traditional administrative law views so that the special nature of procurement matters is taken more appropriately into account. This is essential in order to guarantee access to justice and to ensure compliance with due process rights.

Kirjoittajat

Antti Aine

OTT, VT, tutkija, Turun yliopisto

Kaijus Ervasti

OTT, dosentti, Helsingin yliopisto

Kaarlo Hakamies

OTL, oikeussihteeri, Korkein oikeus

Mia Hoffrén

OTT, tutkijatohtori, Turun yliopisto

Antti Kolehmainen

OTT, yksityisoikeuden yliopistonlehtori, Itä-Suomen yliopisto

Anne Nenonen

OTL, VT, esittelijäneuvos, korkein hallinto-oikeus