

OIKEUSTIEDE

JURISPRUDENTIA

XXXVII

2004

SUOMALAISEN LAKIMIESYHDISTYKSEN VUOSIKIRJA

Toimitusneuvosto

Pekka Vihervuori, puheenjohtaja

Antti Jokela

Matti Ilmari Niemi

Pekka Timonen

Toimittaja

Leena Halila

Tilausosoite

Suomalainen Lakimiesyhdistys

Kasarmikatu 23 A 17

00130 Helsinki

p. (09) 6120 300, f. (09) 604 668

sly@lakimies.org

www.lakimies.org

© 2004 kirjoittajat ja Suomalainen Lakimiesyhdistys

ISSN 0355-8215

ISBN 951-855-238-X

ISBN 978-951-855-734-3 (verkkokirja)

Gummerus Kirjapaino Oy, Jyväskylä 2004

Sisällys

| | | |
|---------------------------|---|-----|
| <i>Kristina Andström:</i> | Oikeustieteen luonteesta | 5 |
| <i>Johanna Harsu:</i> | Due diligence -toimeksianto ja asianajajayhtiön korvausvastuu | 45 |
| <i>Mia Kartio:</i> | Heikon oikeuden sivullissuojasta | 153 |
| <i>Juhani Kortteinen:</i> | Säädöksenantovallan siirtäminen Euroopan unionissa perustuslakisopimusehdotuksen valossa | 219 |
| <i>Jari Laasanen:</i> | Abstraktinen vaara – vaarantamisrikoksista hyvinvointivaltion rikosoikeudessa | 323 |
| <i>Tuomas Ojanen:</i> | ”Suomi on täysivaltainen tasavalta” – täysivaltaisuusarvioinnin lähtökohtia ja perusteita uuden perustuslain aikana | 385 |
| <i>Leila Suvantola:</i> | Vaaran vyöhykkeellä – luonnonsuojelun ja ympäristönkäytön konkurrenssista | 433 |
| <i>Paulina Tallroth:</i> | Kielelliset oikeudet osana perusoikeus- järjestelmää – uusi kielilaki perustuslain näkökulmasta | 511 |
| Kirjoittajat | | 547 |

Kristina Andström

OIKEUSTIETEEN LUONTEESTA

Sisällys

| | |
|---|----|
| 1 ONKO OIKEUSTIEDE DESKRIPTIIVINEN VAI NORMATIIVINEN TIEDE? | 9 |
| 2 OIKEUDEN ONTOLOGIASTA | 12 |
| 2.1 Kelsenin ”puhtaan oikeusopin” käsitys oikeuden olemuksesta: oikeus normikoostumana | 12 |
| 2.2 Kriittinen positivismi: oikeuden kahdet kasvot | 14 |
| 3 OIKEUSTIETEELLISESTÄ TIEDOSTA | 18 |
| 3.1 Oikeuden ja oikeustieteen suhde Kelsenin puhtaassa oikeusopissa ... | 18 |
| 3.2 Oikeustieteellinen tieto kriittisessä positivismissa | 21 |
| 3.3 Oikeustieteellisen tiedon totuudesta | 22 |
| 3.4 Oikeusnormien tunnistamissääntö | 24 |
| 3.5 Episteemisesti sisäinen näkökulma oikeuteen | 28 |
| 4 POSITIIVISEN OIKEUDEN PARADOKSI | 30 |
| LÄHTEET | 40 |
| ON THE NATURE OF JURISPRUDENCE | 42 |

Oikeustieteen luonteesta

1 ONKO OIKEUSTIEDE DESKRIPTIIVINEN VAI NORMATIIVINEN TIEDE?

Oikeustieteelliseen tutkimukseen liittyvät metodologiset ongelmat voidaan palauttaa oikeustieteen ja erityisesti sen ydinalueen oikeusdogmatiikan luonnetta koskeviksi kysymyksiksi. Oikeustiedettä on ollut tapana luonnehtia normatiiviseksi tieteeksi, toisin kuin muita, ns. deskriptiivisiä yhteiskuntatieteitä.

Oikeusdogmatiikan normatiivisuudella voidaan kuitenkin tarkoittaa erilaisia asioita. *Norberto Bobbio* mukaan oikeusdogmatiikkaa voidaan pitää normatiivisena kolmessa eri suhteessa: se voi olla normatiivista kohteeltaan, metodiltaan tai funktioltaan.¹

Aulis Aarnio vuorostaan on esittänyt väljästi edellä kuvattuun Bobbion jaotteluun perustuvan jaottelun, jonka mukaan tutkimus voi olla normatiivista joko menetelmältään tai sisällöltään. Tutkimusmenetelmää voidaan hänen mukaansa kuvata käsitteillä ”selittävä” ja vastaavasti ”ei-selittävä”. ”Selittävällä” menetelmällä hän tarkoittaa menetelmää, jolla pyritään kausaaliseen tai finaaliseen selitykseen. ”Ei-selittäviin” menetelmiin hän taas lukee kaikki muut mahdolliset menetelmät. Sisällön osalta hän tekee kah-tiajaon ”normatiivinen”/”ei-normatiivinen” tutkimus. ”Normatiivista” on hänen mukaansa tutkimus, jonka tuloksena esitetään normeja. ”Ei-normatiivisen” tutkimuksen lauseet voivat olla joko väitteitä (deskriptioita) tai performatiivisia ilmauksia, lauseita, joilla aikaansaadaan jokin asiantila.

Metodiltaan selittävän ja sisällöltään normatiivisen tutkimuksen yhdistelmä sulkeutuu hänen mukaansa jo loogisista syistä pois; selittävä tutkimus ei voi tuottaa tulokseksi normatiivisia lauseita. Oikeusdogmatiikan perinteistä tehtävänasettelua vastaa sellainen tutkimus, joka on menetel-

¹ Bobbio, ”Sein” and ”Sollen”, ARSP 1970 s. 9.

mältään ei-selittävää ja sisällöltään normatiivista. Oikeusdogmatiikassa ei siis hänen mukaansa käytetä kausaaliselityksiin pyrkiviä menetelmiä ja sen tulokset ovat normatiivisia lauseita. Luonnehdinta on hänen mukaansa kuitenkin vaillinainen sikäli, että se ei selitä, minkälaisia ”ei-selittäviä” menetelmiä tutkimuksessa oikeastaan käytetään. Toisaalta hän toteaa, että perinteiseen lainoppiin sisältyy myös tutkimusta, joka on metodiltaan ”ei-selittävää” ja sisällöltään ”ei-normatiivista”. Tällaista tutkimusta hän kutsuu ”deskriptiiviseksi”. Siinä ei edetä selittämisen asteelle mutta ei toisaalta esitetä myöskään normatiivisia kannanottoja tai suosituksia. Kysymyksessä voi olla tutkimus, jossa esitetään, analysoiden tai analysoimatta, tietyt lakitekstit tai ennakkotapaukset, ts. oikeudellinen päätöksentekomateriaali.²

Oikeusdogmatiikan kohdetta, sen metodia ja tuloksia koskevien kysymysten taustalta voidaan hahmottaa myös oikeuden ontologiaan ja oikeusdogmatiikan epistemologiaan liittyviä peruskysymyksiä. Oikeus voidaan nähdä joko normeina tai toimintana. Edellinen tarkastelutapa merkitsee oikeustieteen kohteen käsittämistä normatiiviseksi. Oikeustieteen tulokset taas näyttäytyvät tässä ontologiassa normatiivisina silloin, kun oikeustiede nähdään osana tutkimuskohdettaan oikeutta. Oikeuden ymmärtäminen inhimillisenä toimintana taas merkitsee sitä, että sitä tutkivan tieteen kohteena ovat empiiriset faktat, eivät normatiiviset entiteetit. Tämä toiminta voi olla esim. viranomaistoimintaa tai lainsäätäjän toimintaa.³ Tutkimuksessa pyritään tällöin selittämään ja mahdollisesti myös ennustamaan määrättyjen aktoreiden toimintaa. Viimeksi mainittu tapahtuu etsimällä toiminnan säännönmukaisuuksia.

Tutkimuksen ontologisiin sitoumuksiin liittyvät väistämättömästi myös epistemologiset ratkaisut, joko siten, että valittu ontologia määrää epistemologiaa, tai että epistemologialla ”luodaan” tutkimuksen kohde. Ne määrittelevät, millä tavoin tutkimuskohteesta voidaan saada hyväksyttävää tietoa. Tutkimuskohteen määrittelemisen luonteeltaan normatiiviseksi merkitsee myös sitä, että empiiristen tutkimusmenetelmien käytön mahdollisuus torjutaan; normit eivät tämän käsityksen mukaan voi olla havainnoinnin kohteina.

Nykyisin vallalla olevan suomalaisen oikeustieteen paradigman käsityksiä oikeustieteen epistemologisista sitoumuksista kuvastaa osuvasti *Raimo Siltalan* kirjoitus empiiristen metodien soveltamismahdollisuuksista lainopillisessa tutkimuksessa. Hän erottaa analyysissään neljä erilaista suh-

² Aarnio, Laki, teko ja tavoite s. 216–219.

³ Kivivuori, Suomen vahingonkorvauslainsäädännön kehitys s. 21–27.

tautumistapaa yhteiskuntatieteiden empiirisiin metodeihin: metodisen reduktiomallin, metodisen yhdistelmämallin, metodisen synkretismin ja metodisen paralleelimallin. Näiden lisäksi hän esittää oman, tutkimukselliseksi vuorovaikutusmalliksi kutsumansa mallin, joka on hänen mukaansa eräänlainen metodisen paralleelimallin tai yhdistelmämallin muunnelmä.⁴

Vahvin empiristinen sitoumus on näistä metodista reduktiomallia noudattavalla tutkimussuuntauksella. Tämän mallin mukaan oikeustieteen on, ollakseen tieteellisesti hyväksyttävää, käytettävä yhteiskuntatieteiden empiirisiä menetelmiä. Siltala erottaa tässä metodisessa reduktionismissa vielä kaksi eriasteista muunnelmaa. Vahvaa reduktioteesiä noudattavassa tutkimuksessa lainopin tulkinnalliselle metodille ei jää lainkaan sijaa. Heikon reduktioteesin mukaisessa tutkimuksessa taas pyritään määrittelemään oikeudellinen tulkinta uudelleen tavalla, joka poistaa ristiriidan sen ja yhteiskuntatieteiden empiirisen metodin väliltä. Siltala torjuu metodisen reduktiomallin mukaisen tutkimuksen oikeusdogmatiikassa, koska hänen mukaansa lainoppi ei kykenisi tällöin täyttämään sille asetettua yhteiskunnallista tehtävää perustellun normitiedon tuottajana.⁵

Oikeuden käsittämiseen normikoostumana liittyy yleensä myös käsitys siitä, että oikeustieteen harjoittaja tarkastelee tutkimuskohdettaan sisäisestä, osanottajan näkökulmasta, toisin kuin muut yhteiskuntatieteet, joiden näkökulma tutkimuskohteeseensa on ulkoinen, tarkkailijan näkökulma. Oikeustieteen on todettu olevan osa oikeudellista toimintaa; oikeusoppineet osallistuvat oikeuden luomiseen normijärjestelmänä. Yhteiskuntatieteen harjoittajien ei sen sijaan katsota osallistuvan ainakaan välittömästi tutkimuskohteensa luomiseen.⁶

Vaikka tieteet voidaan eri piirteidensä perusteella jakaa periaatteessa kahteen kategoriaan, normatiivisiin ja deskriptiivisiin tieteisiin, tieteiden jako on osoittautunut kuitenkin ongelmallisemmaksi kuin ensi katsomalta näyttää. Ensinnäkin ns. deskriptiivisissä yhteiskuntatieteissä voidaan havaita myös normatiivisia piirteitä. Toisaalta oikeustieteessä normatiiviseksi tieteeksi käsitettynä on todettu olevan eräitä deskriptiivisiin tieteisiin liitettäviä piirteitä. Siten esim. *Hannu Tapani Klamin* konseptiossa oikeusnormi voidaan ymmärtää säännön ja käyttäytymisen ontologisena yhteytenä. Hänen käsityksensä oikeuden olemuksesta on siis dualistinen.⁷ Aulis Aarnio puolestaan toteaa oikeustieteen harjoittajan toimivan tavallaan ul-

⁴ Siltala, *Empirismin haaste*, Oikeustiede 1997 s. 278–290.

⁵ Siltala, *mts.* 281–284 ja 289.

⁶ Tuori, *Legal Science*, ARSP 1997 s. 125; Aarnio, *Laintulkinnan teoria* s. 56–57.

⁷ Klami, *Finalistinen oikeusteoria* s. 3 ss. ja sama, *Ihmisen säännöt* s. 27–29.

koisen ja sisäisen näkökulman välimaastossa.⁸ *Kaarlo Tuori* taas esittää oikeuden tasottelumallissaan, että oikeus tulisi nähdä kaksikasvoisena, sekä normijärjestelmänä että yhteiskunnallisina käytäntöinä.

Edellä kuvatut käsitykset deskriptiivisten piirteiden sisällyttämisestä myös oikeustieteelliseen tutkimukseen eivät kuitenkaan kerro mitään siitä, miten tämä yhteen kietoutuminen heijastuu oikeusdogmaattisen tutkimuksen metodologiaan. Tarkoitukseni on seuraavassa selvittää tätä kysymystä keskeisten modernien oikeuspositivististen teorioiden ontologisten ja epistemologisten sitoumusten ja niihin liittyvien metodisten kannanottojen tarkastelun avulla.

2 OIKEUDEN ONTOLOGIASTA

2.1 Kelsenin ”puhtaan oikeusopin” käsitys oikeuden olemuksesta: oikeus normikoostumana

Positivististen oikeutta koskevien teorioiden keskeisenä piirteenä voidaan pitää sitä, että oikeus nähdään ihmisten asettamien normien koostumana. Eräänlainen oikeuspositivismin perusteoria on *Hans Kelsenin* ”puhtas oikeusoppi”. Tämän teorian mukaan oikeus on normikoostuma, joka sijoittuu erityiseen ”pitämisen (*Sollen*) maailmaan”.⁹ Puhtaan oikeusopin varhaisvaiheissa tämä normikoostuma oli oikeustieteen tuottamien lauseiden koostuma. Teorian myöhäisvaiheessa se sai voluntaristisen sisällön; oikeus on oikeusorganien asettamien oikeusnormien muodostama kokonaisuus, siis inhimillisen tahdon tuote.¹⁰ ”Pitämisen maailman” vastinparina Kelsenillä on ”olemisen (*Sein*) maailma”, johon empiiriset faktat kuuluvat.

Puhtaan oikeusopin käsitys oikeudesta perustuu *Immanuel Kantin* filosofiassa esitettyyn eroon ”luonnon” ja ”pitämisen” kategorioiden välillä. Luonnon elementit järjestyvät tämän käsityksen mukaan kausaliteetin periaatteen mukaisesti, eikä niihin sisälly mitään ”pitämistä” tai arvoa. ”Pitämisen” käsite kuuluu ainoastaan inhimillisen toiminnan piiriin. Kelsenin konseptiossa ”*Sein*” merkitsee luonnon ohella myös kaikkea muuta kausaalisesti determinoituvaa todellisuutta (*Wirklichkeit*); ”*Sein*”-käsitteen

⁸ Aarnio, *Laintulkinnan teoria* s. 56.

⁹ Kelsen, *Puhtas oikeusoppi* s. 84–85.

¹⁰ Laakso, *Puhtaan oikeusopin problematiikkaa*, *Oikeustiede* 1980 s. 98.

alaan kuuluu siten myös kausaalisesti määräytyvä yhteiskuntatodellisuus. ”*Sollen*” taas tarkoittaa Kelsenillä samaa kuin henki (*Geist*), arvo (*Wert*) tai normi (*Norm*).¹¹ Kelsenin mukaan nämä kaksi kategorialausta ovat inhimillisen tiedon välttämätön osa; hänen mukaansa olemisen ja pitämisen eroa ei voida ryhtyä tarkemmin selittämään. Se on tajunnallemme välittömästi annettu.¹² ”Olemisen” ja ”pitämisen” kategoriat on Kelsenin mukaan myös erotettava jyrkästi toisistaan. Kelsen puhuu näiden kategorioiden ”täydellisestä dispariteetista”, niiden ”kumoamattomasta dualismista” ja ”täydellisestä molemminpuolisesta riippumattomuudesta”.¹³

”Pitämisen” kategorian sisälläkin Kelsen tekee ehdottoman eron oikeudellisten ja muiden normien välillä. Oikeus on hänen mukaansa pakkojärjestyksenä erotettava moraalista.¹⁴ Tämä on välttämätöntä siksi, että oikeuden samastaminen moraalisiin edellyttäisi absoluuttisen moraalikäsitteen omaksumista. Moraaliarvostelmat voivat Kelsenin mukaan olla kuitenkin vain relatiivisia.¹⁵ Tällä tavoin Kelsen sanoutuu irti ”staattiseksi” kutsumastaan periaatteesta, jonka mukaan järjestelmän normit johdetaan loogisen deduktion avulla ylemmästä normista, johon niiden voidaan oikeastaan katsoa jo sisältyvän. Ylemmänasteinen normi antaa siitä johdetuille normeille niin voimassaolon perusteen kuin sen sisällönkin. Tällainen ylemmänasteinen normi voi Kelsenin mukaan kuitenkin toimia siitä johdetun normijärjestelmän perusnormina vain silloin, kun sen sisältö voidaan välittömästi oivaltaa. ”Dynaamista” periaatetta noudattavassa järjestelmässä, jota Kelsenin käsitys edustaa, perusnormin sisältönä taas on pelkästään normeja luovan tosiseikaston määrittely, ts. normeja asettavan auktoriteetin kelpuuttaminen. Dynaamisen järjestelmän perusnormin sisältö siis ainoastaan määrää, miten tähän perusnormiin nojautuvat normit pitää luoda.¹⁶ Perusnormi täyttää puhtaasti muodollisenakin asetettujen sisällöllisten normien normatiivisen pätevyyden takaajan tehtävän; asetettu normi on pätevä, jos sen asettaminen on tapahtunut perusnormin edellyttämällä tavalla. Tämä norminantokompetenssin delegaatio ulottuu aina yksittäisessä lainkäyttötarkistuksessa annettuun normiin asti. Siten moderneissa länsimaisissa valtiosääntöihin perustuvissa järjestelmissä (ensimmäisen) valtiosäännön asettajan norminantokompetenssi on sisällöllisesti rajoittamaton. Periaatteessa Kelsenin

¹¹ Laakso, Puhtaan oikeusopin problematiikkaa, Oikeustiede 1980 s. 158–159.

¹² Kelsen, Puhdas oikeusoppi s. 6.

¹³ Laakso, mts. 161 ja siinä mainitut lähteet.

¹⁴ Kelsen, mts. 69–70.

¹⁵ Kelsen, mts. 71–75.

¹⁶ Kelsen, mts. 209–215.

konstruoima norminantokompetenssin muodollinen delegaatio ylemmänasteisilla normeilla alemmanasteisia normeja asettaville normiauktoriteeteille riittäisi sellaisenaan takaamaan näiden asettamien normien pätevyyden. Koska perusnormista pätevyytensä ammentavat alemmanasteiset normit kuitenkin yleensä sisältävät myös sisällöllistä ainesta, valtiosääntöä alempia normeja antavien normiauktoriteettien norminantokompetenssi on myös sisällöllisesti rajoitettu.¹⁷

Kelsenin esittämä kuva oikeudesta näyttää olennaisilta osin vastaavan suomalaisen oikeusyhteisön vakiintunutta käsitystä oikeuden olemuksesta. Oikeuden dominoivan ydinosan muodostavat tämän käsityksen mukaan valtiosäännön mukaisessa järjestyksessä annettujen eduskuntalakien sisältämät normit.¹⁸ Yhteenvedonomaisesti voidaan siis todeta, että Kelsenin ”puhtaassa oikeusopissa” oikeus on perusnormista norminasettamisvallan delegaation kautta pätevyytensä saavien, inhimillisillä tahdonakteilla asetettujen normien koostuma, joka kuuluu ”olemisen maailmasta” täysin erilliseen ”pitämisen maailmaan”. Kuitenkin jo tämä yleinen luonnehdinta paljastaa Kelsenin oikeuskäsitykseen sisältyvän ristiriidan. Jokaisen perusnormiin viimekätisesti perustuvan norminantokompetenssin nojalla annetun normin olemassaolon edellytyksenä on tosiasiallinen asettamisakti, joka kuuluu ”olemisen maailmaan”. ”Puhtaan oikeusopin” myöhäisvaiheen käsitys oikeudesta näyttää siis sisältävän kaksi toistensa kanssa väistämättä ristiriidassa olevaa edellytystä: oikeusnormien on samanaikaisesti oltava inhimillisen tahdonaktin tuotteita ja kuitenkin ”olemisen maailmasta” täysin erilliseen ”pitämisen maailmaan” kuuluvia entiteettejä.

2.2 Kriittinen positivismi: oikeuden kahdet kasvot

Esittämässään kriittisen positivismin mallissa Kaarlo Tuori määrittelee oikeuden sekä normijoukoksi että erityisiksi yhteiskunnallisiksi käytännöiksi.¹⁹ Modernin oikeudenkäytön ennustettavuuden vaatimus on aiheuttanut aiemmin yhtenäisen oikeuden eriytymisen yleisiksi normeiksi ja oikeudelliseksi toiminnaksi.²⁰ Modernissakaan oikeudessa nämä kaksi puolta eivät kuitenkaan ole täysin riippumattomia toisistaan; juuri oikeusnormit määrittelevät tietyt yhteiskunnalliset käytännöt oikeudellisiksi käytännöiksi,

¹⁷ Kelsen, *Puhdas oikeusoppi* s. 212–215 ja 251–254.

¹⁸ Ks. esim. Aarnio, *Laintulkinnan teoria* s. 220 ja 223–224.

¹⁹ Tuori, *Kriittinen oikeuspositivismi* s. 138.

²⁰ Weber, *Ekonomi och samhälle II* s. 190–191.

ja oikeusnormit puolestaan tuotetaan ja uusinnetaan näissä käytännöissä.

Oikeudelliset käytännöt voidaan Tuorin mukaan ymmärtää viestintäkäytännöiksi. Ne ovat hänen mukaansa kielitekoja, jotka nostavat esiin ja tematisoivat erityisiä oikeudellisia pätevyysvaatimuksia. Modernille yhteiskunnalle ominainen työnjaollinen eriytyminen ulottuu myös oikeudellisiin käytäntöihin, ja siten moderni oikeus edellyttää oikeusnormien tuottamiseen, soveltamiseen, tulkitsemiseen ja systematisointiin erikoistuneita käytäntöjä. Näitä käytäntöjä hän kutsuu oikeudellisiksi käytännöiksi suppeassa mielessä, ja ne eroavat oikeudellisista käytännöistä laajassa mielessä juuri erikoistumisensa perusteella; niiden toimijoina ovat oikeuden ammattilaiset, jotka tuottavat ja uusintavat oikeutta normijärjestyksensä. Lakimieskunnan vaaliman oikeudellisen eliittikulttuurin tehtävänä on, kuten jo *Max Weber* toteaa, vastata oikeuden formaalin rationaalisuuden vaatimasta systemaattisuudesta ja systematisoidun oikeusjärjestyksen soveltamisesta tuomioistuimissa. Näitä erikoistuneita oikeudellisia käytäntöjä ovat modernissa yhteiskunnassa Tuorin mukaan tuomioistuinten ratkaisutoiminta ja oikeustiede.

Lainsäätäminen on hänen mukaansa sen sijaan poliittisten ja oikeudellisten käytäntöjen erityislaatuinen yhdistelmä, jossa poliittiset käytännöt ja poliittiset argumentit ovat määrääviä. Poliittinen argumentaatio noudattaa hänen mukaansa tavoiterationaalista mallia, jossa myös tavoitteet ovat avoimia. Tässä argumentaatiossa lainsäädäntö hahmotetaan välineeksi, jolla pyritään saavuttamaan poliittiset tavoitteet. Poliittinen argumentaatio on näin aikaperspektiiviltään tulevaisuuteen suuntautunutta. Lainsäädäntöön kuuluu kuitenkin myös muita rationaalisuustyyppisiä korostavia käytäntöjä. Lainvalmistelun tehtävänä on Tuorin mukaan varmistaa lainsäädännön looginen konsistenssi ja oikeusjärjestyksen sisäisen rationaalisuuden säilyminen. Päävastuu oikeuden sisäisestä rationaalisuudesta kuuluu kuitenkin hänen mukaansa lainkäytölle ja oikeustieteelle. Vaikka lainsäädäntö on ainakin mannereurooppalaisissa oikeusjärjestelmissä tärkein oikeuslähde, sitä voidaan hänen mukaansa pitää vasta oikeuden raaka-aineena, se on ”ei-vielä-oikeutta pikemminkin kuin jo-oikeutta”. Oikeusjärjestyksen sisäisen rationaalisuuden kannalta lainsäädäntöä voidaankin pitää Tuorin mukaan pikemminkin epäjärjestyttä tuottavana tekijänä. Jotta lainsäädäntöä voitaisiin pitää ”jo-oikeutena”, sen on ensin läpikäytävä erityisiä oikeudellisia muuntamismekanismeja, jotka siis esiintyvät tuomioistuinten laintulkinta- ja soveltamistoimintana sekä yliopistollisen oikeustieteen laintulkinta- ja systematisointitoimintana.²¹

²¹ Tuori, Kriittinen oikeuspositivismi s. 146–154.

Oikeustiede on Tuorin mukaan siinä mielessä erityisasemassa oikeudellisena käytäntönä, että se ei tuota sellaisia välittömästi velvoittavia päätöksiä, jotka ovat ominaisia asetetulle oikeudelle. Sen tuottamalla ratkaisuilla ei nimittäin ole samanlaista pakkovallan tukemaa sitovuutta kuin lainsäädännöllä ja tuomioistuinratkaisuilla. Oikeustiede saa sitovan voiman vasta lainsäätämisen ja lainkäytön välityksellä. Oikeustieteen institutionaalistumisen aste on myös alhaisempi kuin lainsäätämisen ja lainkäytön. Sitä harjoittavilla tahoilla ei ole samanlaista oikeusnormeilla perustettua yksinoikeutta kuin valtiosäännön asettamalla lainsäädäntöelimillä tai tuomioistuimilla. Vaikka oikeustieteessäkin noudatetaan tiettyjä menettelysääntöjä, niitä ei ole vahvistettu lainsäädännöllä. Oikeustieteen menettelysääntöjä voidaan lisäksi pitää paremminkin tieteellisinä pelisääntöinä, joiden merkitys Tuorin mukaan ei ole seurausta oikeustieteen asemasta oikeudellisena, vaan tieteellisenä käytäntönä. Tuori toteaaakin, että oikeustiedettä voidaan pitää yhtäaikaan sekä tieteellisenä että oikeudellisena käytäntönä. Oikeustieteen harjoittaja lähestyy hänen mukaansa kohdettaan sisäisestä näkökulmasta ja antaa tuotoksillaan välittömän panoksensa tutkimuskohteensa, oikeusjärjestyksen, tuottamiseen.²²

Anthony Giddensin viitaten Tuori esittää, että oikeuden erikoistuneiden subjektien toiminta perustuu sitä ohjaavaan ”hiljaiseen tietoon” oikeuden pelisäännöistä. Tätä ”hiljaista tietoa” oikeudelliset toimijat muuntavat diskursiiviseksi oikeuden pintatasolla kielelliseen muotoon puettuina normeina. Oikeudellisten toimijoiden asemaa oikeuden muotoamisessa säätelevät normit näkyvät vallitsevana oikeuslähdeoppina, joka määrittelee myös toimijoiden keskinäiset suhteet. Modernin oikeuden pinnan tärkeimmät ainesosat ovat lait ja muut säädökset, tuomioistuinten ratkaisut ja oikeustieteen kirjoissaan ja artikkeleissaan esittämät lausumat. Vastaavasti tärkeimmät keskeiset oikeudelliset toimijat ovat lainsäätäminen, lainkäyttö ja oikeustiede.

Vaikka oikeudellinen toiminta on Tuorin mukaan nähtävissä vain oikeuden pintatasolla, oikeuden subjektit toimivat kuitenkin samanaikaisesti myös oikeuden pinnanalaisilla, ei-diskursiivisilla tasoilla. Ne hyödyntävät toiminnassaan oikeuden kaikkia tasoja ja myös vaikuttavat niihin. Oikeudellinen teko sijoittuu Tuorin mukaan samanaikaisesti sekä oikeuden pintatason että sen pinnan alaisten tasojen rekistereihin. Tuori nimittää tätä oikeuden sedimentoitumiseksi. Oikeuden sedimentoituminen takaa hänen mukaansa modernin oikeuden positiivisuuden sen kaikilla tasoilla. Oikeuden pinnanalaiset tasot, oikeuskulttuuri ja oikeuden syvärakenne, pääse-

²² Tuori, Kriittinen oikeuspositivismi s. 160–162.

vät osalliseksi oikeuden positiivisuudesta oikeudellisten käytäntöjen toteuttaman sedimentaatio-suhteen välityksellä.²³

Oikeuden pintatason kielellisinä formulaatioina ilmenevä oikeus normatiivisena järjestyksenä koostuu näiden formulaatioiden merkitysisällöistä, oikeusnormeista. Oikeusnormit rajataan muista yhteiskunnallisista normeista erityisten oikeudellisten pätevyyskriteerien nojalla. Oikeutta ovat siis vain sellaiset normit, jotka täyttävät nämä kriteerit. Tuori hylkää mallissaan oikeuden realistiset pätevyysteoriat, jotka samastavat oikeusnormien pätevyuden niiden tosiasialliseen noudattamiseen, ja asettuu vaatimaan oikeusnormeilta normatiivista pätevyyttä. Hänen mukaansa oikeusnormeja voidaan pitää *Karl Popperin* ”maailmaan 3” kuuluvina tosiseikkoina. Ne ovat ihmisten käytännöllisen toiminnan tuotetta, mutta niillä on itsenäinen, tästä toiminnasta objektivoitunut olemassaolo. Näiden tosiseikkojen olemassaoloa koskevaa väitettä Tuorin mukaan ei kuitenkaan voida arvioida totuuden korrespondenssiteorian mukaan, kuten *Ilkka Niiniluoto* on esittänyt, vaan tarkastelemalla normia koskevaa väitettä normatiivisen pätevyuden näkökulmasta.²⁴

Suppean oikeusyhteisön erikoistuneissa käytännöissä oikeuden yhä uudelleen esiin nouseva legitimiisyysskysymys näyttäytyy Tuorin mukaan oikeusnormien pätevyuden arvioinnissa. Oikeusnormien sisällöllisen pätevyuden mittapuuna on juuri oikeusnormien legitimiisyys, tarkemmin sanottuna niiden normatiivinen legitimiisyys. Tuori varaa normatiivisen legitimiisyysskysymyksen oikeusnormien sellaiseen arviointiin, joka perustuu moraalisiin tai eettisiin kriteereihin. Kriittisen oikeuspositivismin mallissa suppean oikeusyhteisön erikoistuneissa käytännöissä legitimiisyysskysymys ratkeaa oikeuden eri tasojen välisen justifikaatio-suhteen avulla. Justifikaatio-suhte voidaan nähdä oikeuden tasojen välisen rajoitus-suhteen kääntöpuolena. Hänen mukaansa oikeuskulttuuriin ja oikeuden syvärakenteeseen kerrostuneet moraalisesti tai eettisesti ladatut periaatteet toisaalta rajoittavat ja toisaalta justifioivat oikeuden normatiivisen pintatason sisältöä.

Pintatason oikeudellinen aineisto on normatiivisessa mielessä legitimi vain jos se on justifioitavissa oikeuden pinnanalaisten kerrostumien periaatteiden avulla. Tuorin mukaan justifioitavuusvaatimus ei aina kiinnity pintatason aineiston sisällöllisiin ratkaisuihin, vaan neutraalien säädösten justifioitavuuden vaatimuksessa on kysymys ennen kaikkea muodollisista justifikaatiooperusteista, norminasettajan toimivallasta ja norminannossa

²³ Tuori, Kriittinen oikeuspositivismi s. 165–178.

²⁴ Tuori, mts. 140–146.

noudatettavasta menettelystä. Näiden perusteiden on puolestaan oltava sopusoinnussa syvärakenteen demokratiaperiaatteen kanssa.

Modernin oikeuden syvärakenteeseen kuuluvat periaatteet ovatkin Tuorin mukaan yksittäisten oikeusnormien normatiivisen legitimitiivisuuden viimekätisiä perusteita. Tällaisia syvärakenteen periaatteita ovat Tuorin mukaan demokratiaperiaate ja ihmisoikeusperiaatteet. Ne voivat siis olla luonteeltaan joko muodollisia, menettelyä koskevia, tai sisällöllisiä, moraalisesti ladattuja periaatteita. Tuorin mukaan nämä oikeuden syvärakenteen periaatteet ovat nimenomaan oikeusnormien viimekätisiä justifikaatioperusteita. Tässä näyttäytyykin kriittisen oikeuspositiivismin positivistinen perusteisi; oikeusjärjestyksen viimekätisiä justifikaatioperiaatteita ei Tuorin mukaan voida enää juridisesti perustella oikeuden ulkopuolisilla periaatteilla.²⁵

3 OIKEUSTIETEELLISESTÄ TIEDOSTA

3.1 Oikeuden ja oikeustieteen suhde Kelsenin ”puhtaassa oikeusopissa”

Edellä oikeustieteen luonnetta koskevassa jaksossa totesin, että tieteen ontologiset ja epistemologiset sitoumukset ovat sidoksissa toisiinsa. Käsititys tutkimuksen kohteesta voi määrätä sen epistemologisia ratkaisuja tai valittu epistemologia voi tuottaa tutkimuksen kohteen. Vaikka edellä kuvaamani Kelsenin ”puhtaan oikeusopin” käsitys oikeudesta normien koostumana näyttääkin myös edellyttävän sitä, että oikeustieteen kohteestaan tuottama tieto on normatiivista tietoa, oikeuden ontologian ja oikeustieteen epistemologian suhde on Kelsenillä itse asiassa päinvastainen. Tieteen tutkimusmenetelmä ei hänen mukaansa määräydy tutkittavan kohteen perusteella, vaan metodi määrää tutkimuskohteen. Tämän ajattelutavan taustalla on *Marburgin koulun* uskantilainen käsitys siitä, että todellisuus on viime kädessä ajattelun tulos. Tieteen tutkimuskohde on tämän ajattelutavan mukaan sellaisenaan muodoton materiaalin kaaos, joka tieteen tehtävänä on saattaa järjestykseen.²⁶ Kelsen pitää myöskin ”puhtaan oikeusopin” myöhäisvaiheessa kiinni alkuperäisestä uskantilaisesta epistemologisesta käsityksestään, että oikeustiede oikeuteen kohdistuvana tie-

²⁵ Tuori, Kriittinen oikeuspositiivismi s. 260–264 ja 282–301.

²⁶ Laakso, Puhtaan oikeusopin problematiikkaa, Oikeustiede 1980 s. 99 ja 113–115.

tona on, kuten kaikki muukin tieto, luonteeltaan konstitutiivista; se ”luo” tietämyksensä kohteen. Siten myös oikeustieteen oikeusnormeihin kohdistama tietämys vasta hahmottaa ne yhtenäiseksi, ristiriidattomaksi järjestelmäksi; oikeusjärjestykseksi. Tämä ”luominen” on Kelsenin mukaan luonteeltaan kuitenkin puhtaasti tietoteoreettista.²⁷

”Puhtaan oikeusopin” myöhäisvaiheen käsitys oikeudesta oikeusorganien asettamien normien koostumana merkitsee sitä, että oikeustiede ja sen kohde, oikeus, nähdään toisistaan erillisinä. Oikeustieteen tehtäväksi jää tämän käsityksen mukaan luonteeltaan normatiivisen oikeuden kuvaaminen ulkoisesta näkökulmasta. Kelsenin omin sanoin ”se kuvaa inhimillisin käyttäytymisaktein luotuja sekä sellaisin aktein sovellettavia ja noudatettavia oikeusnormeja ...”. Oikeustieteen tehtävänä on tämän toiminnan avulla tuottaa oikeuslauseita, jotka on pidettävä erillään oikeusorganien tuottamista oikeusnormeista. Oikeuslauseet ovat Kelsenin mukaan ”hypoteettisia arvostelmia, jotka lausuvat, että ... oikeusjärjestyksen sisällön mukaan tietyin tämän oikeusjärjestyksen määräämin ehdoin tiettyjen tämän oikeusjärjestyksen määräämien seuraamusten pitää ilmaantua”. Oikeusnormit taas eivät ole lausumia tarkasteltavana olevasta kohteesta, vaan käskyjä, lupia ja kelpuutuksia.²⁸ Oikeuslauseet ovat luonteeltaan väitelauseita (propositioita) kun taas oikeusnormit ovat normeja. Kelsenin mukaan väitelauseet voivat kuvata paitsi todellisuutta, myös normeja.²⁹ Juuri nämä normeja kuvaavat oikeustieteen väitelauseet ovat Kelsenin konseptiossa normatiivisia, vastakohtana ”*Sein*-todellisuutta” koskeville, selittäville lauseille.³⁰ Ne ovat normatiivisia siksi, että niissä kuvataan tutkimuksen kohdetta erityisen kausaalisuudesta poikkeavan periaatteen, ”imputaation”, avulla.³¹ Kelsen torjuu näin sekä luonnonoikeuden edustaman käsityksen siitä, että oikeusnormeista voitaisiin saada tietoa johtamalla ne deduktiivisesti välittömästi oivallettavasta perusnormista että luonnontieteitä jäljittelevän käsityksen oikeustieteellisestä tiedosta ”*Sein*-todellisuutta” koskevana selittävänä tietona.

Oikeustieteen tulee Kelsenin mukaan oikeutta kuvatessaan tulkita normeja. Tämä oikeustieteen suorittama tulkinta on kuitenkin hänen mukaansa sekin luonteeltaan kuvailevaa, epäautenttista tulkintaa; se ei synnytä oikeutta. Se on ”puhtaasti teoreettista, tiedostavaa oikeusnormien

²⁷ Kelsen, Puhdas oikeusoppi s. 80–81.

²⁸ Kelsen, mts. 79–80.

²⁹ Laakso, Puhtaan oikeusopin problematiikkaa, Oikeustiede 1980 s. 166.

³⁰ Kelsen, mts. 83; Bobbio, ”*Sein*” and ”*Sollen*”, ARSP 1970 s. 8.

³¹ Kelsen, mts. 1 ja 87–92.

sisällön toteamista”. Siksi oikeustiede ei, toisin kuin oikeusorgaani, voi esittää muuta kuin oikeusnormin mahdolliset merkitykset. Tällainen oikeustieteen tulkintatoiminta vastaa Aarnion ”deskriptiiviseksi” nimittämää oikeusdogmaattista tutkimusta, joka hänen mukaansa on metodiltaan ”ei-selittävää” ja sisällöltään ”ei-normatiivista”. Oikeusorgaanin oikeutta soveltaessaan suorittama autenttinen tulkinta taas luo Kelsenin mukaan oikeutta. Tämänkin tahdonaktin on kuitenkin pysyttävä tulkittavan normin asettamissa rajoissa. Oikeusorgaanin suorittama tulkinta on tiedollista vain niiltä osin kuin se toteaa ne puitteet, joissa tahdonaktin on pysyteltävä. Kelsen tosin myöntää, että tiedollista toimintaa voi soveltamistilanteessa kohdistua myös moraalिनormeihin, oikeudenmukaisuusnormeihin, sosiaalisiin arvoarvostelmiin jne. Näitä kohteita koskeva tieto ei kuitenkaan ole hänen mukaansa oikeudellista, se vain voi liittyä oikeudelliseen tahdonmuodostusprosessiin. Kelsen torjuu jyrkästi sen, hänen ”perinteiseksi oikeustieteeksi” kutsumansa ajattelutavan, väitteen, että oikeustieteen tulkinta voisi kehittää metodin, jonka avulla tulkintakti muuttuisi luonteeltaan tiedolliseksi. Näin ollen oikean ratkaisun tuottaminen ei voi tulla myöskään oikeustieteen tehtäväksi. Hänen mukaansa positiiviseen (siis asetettuun) oikeuteen kohdistuvalle tulkintatoiminnalle ei ole löydettävissä kriteeriä, jonka avulla jokin sovellettavan oikeuden puitteissa tarjoutuvista tulkintavaihtoehdoista voitaisiin asettaa toisen edelle. Esimerkkeinä hän mainitsee tulkintakeinoina tavalliset vastakohtaispäätelmän ja analogian. Ne johtavat vastakkaisiin tulkintatuloksiin, mutta ei ole löydettävissä mitään kriteeriä sille, kumpaa tietyssä tilanteessa pitäisi soveltaa. Myöskään intressivertailu ei hänen mukaansa johda tähän tulokseen; objektiivista mittapuuta vastakkaisten etujen vertailuun ei voida löytää tulkittavana olevasta normista tai oikeusjärjestyksestä kokonaisuudessaan.³²

Erottaessaan ontologisesti oikeuden tutkimuskohteena sitä ulkoapäin kuvaavasta oikeustieteestä ja pitäessään kiinni uuskantilaisesta käsityksestä tiedon konstitutiivisuudesta Kelsen tulee luoneeksi teoriaansa sisäisen ristiriidan. Epäselväksi jää, mikä on oikeusorgaanien tahdonaktien tuotteena syntyvän oikeuden ja oikeustieteen oikeutta kuvaamalla ”lopullisesti tuottaman ristiriidattoman normijärjestelmän” keskinäinen suhde.

³² Kelsen, *Puhdas oikeusoppi* s. 361–371.

3.2 Oikeustieteellinen tieto kriittisessä positivismissa

Kaarlo Tuori luonnehtii oikeustiedettä kahden maailman täysivaltaiseksi, mutta joissakin suhteissa kumppaneistaan poikkeavaksi jäseneksi. Hänen mukaansa oikeustiede on sekä oikeudellinen käytäntö, jonka toimintaan vaikuttavat myös tieteelliset tiedon kriteerit, että tieteellinen käytäntö, johon vaikuttaa oikeustieteen rooli oikeudellisten käytäntöjen osanottajana.³³

Oikeustiede kärsii Tuorin mukaan jatkuvasta huonosta omastatunnosta, joka aiheuttaa tarpeen todistella sen tieteellisyyttä. Tämä huono omatunto johtuu hänen mukaansa oikeustieteen erityislaatuisesta normatiivisuudesta; siitä, että oikeustiede on oikeudellinen käytäntö, joka osallistuu oman tutkimuskohteensa, oikeusjärjestyksen, uusintamiseen ja muokkaamiseen. Tuori luonnehtii oikeustiedettä normatiiviseksi sekä tutkimuskohteeltaan että vaikutuksiltaan. Oikeustieteen kohteena on hänen mukaansa oikeus symbolis-normatiivisena järjestyksenä, toisin kuin yhteiskuntatieteellisellä oikeustutkimuksella, jonka tutkimuksen kohteena ovat ensisijaisesti oikeuteen suhteutuvat yhteiskunnalliset käytännöt. Oikeustieteen tuottaman tiedon vaikutukset ovat Tuorin mukaan myös normatiivisia. Tämä johtuu siitä asemasta ja näkökulmasta, josta oikeustiede oikeutta tarkastelee. Oikeustieteen näkökulmaa voidaan Tuorin mukaan pitää osanottajan sisäisenä näkökulmana erotuksena yhteiskuntatieteiden ulkoisen tarkkailijan näkökulmasta. Oikeustiedettä luonnehtiikin hänen mukaansa piirre, jota voidaan kutsua oikeustieteen pakotetuksi normatiivisuudeksi. Tämän normatiivisuuden jakavat kaikki oikeustieteen lohkot. Tuorin mukaan oikeustieteilijä syllistyisi performatiiviseen ristiriitaan kiistäessään toimivansa oikeuden sisäisestä näkökulmasta. Tämä johtuu hänen mukaansa siitä, että oikeustieteilijät jakavat väistämättä implisiittisen sitoutumisen oikeuteen yhteiskunnallisten suhteiden sääntelykeinona.

Konkreettisesti muodossaan oikeuden normatiivisuus ilmenee Tuorin mukaan oikeustieteen lausumien pätevyysvaateissa. Nämä pätevyysvaatteet on hänen mukaansa pyritty tyypistämään sekä oikeusrealistisessa että Kelsenin normativistisessa oikeusteoriassa pelkästään totuusvaateeseen ja kieltämään oikeudellisen pätevyyden sisällöllis-normatiivinen ulottuvuus. Koska oikeusnormien pätevyydessä on Tuorin mukaan kuitenkin myös sisällöllis-normatiivinen ulottuvuus, sen arvioiminen edellyttää kannanottoa oikeusnormin normatiivisen sisällön perusteltavuuteen oikeuden pinnanalaisten kerrostumien periaatteiden kannalta. Tällöin voimassa olevaa

³³ Tuori, Kriittinen positivismi s. 162.

oikeutta koskevat lausumat ottavat kantaa myös sisällöllis-normatiivisiin pätevyysvaatimuksiin ja samalla esittävät itsekin tällaisia vaatimuksia. Tuori katsoo, että oikeustieteen lauseet eivät näin olisi palautettavissa deskriptiivisiksi väitelauseiksi.

Tuorin mukaan oikeustieteen lausumien normatiivinen luonne on ilmeisintä tulkintalainopissa. Hän kritisoi Aulis Aarnion esittämää tulkintalainopin lauseiden jakoa normien voimassaoloa koskevaan normikannanottoon ja normiformulaation merkityssisältöä koskevaan tulkintakannanottoon. Tuori esittää, että normikannanotto edellyttää aina myös tulkintakannanottoa ja tulkintakannanotossa on samalla aina myös kysymys normikannanotosta. Koska normikannanoton kohteena on itse normi eikä sen kielellinen muoto, normiformulaatio, kannanottojen edellytyksenä on aina normiformulaation tulkitseminen. Erillisestä normikannanotosta voidaan Tuorin mukaan puhua vain silloin, kun on kysymys normin asettamisen menettelyä koskevasta kannanotosta. Kannanottojen ero näyttää näin supistuvan vain eri pätevyysulottuvuuksia korostavien kannanottojen eroksi. Normin sisältöä l. normiformulaation tulkintaa koskeva kannanotto edellyttää Tuorin mukaan aina myös sisällöllistä pätevyysarviota, joka siis nojaa oikeuden pinnanalaisten tasojen periaatteiden tarjoamaan justifiointiin.³⁴

3.3 Oikeustieteellisen tiedon totuudesta

Klassisen tiedon määritelmän mukaan tietoa on tosi ja oikeutettu tai hyvin perusteltu uskomus.³⁵ Pragmatistisessa totuusteoriassa väitteen totuus todetaan sen verifioimisella tai falsifioimisella.³⁶ Näin tiedon totuuskriteeri samastuu sen oikeutuskriteeriin. Väite on tosi silloin kun sen oikeutus on todettu verifikaatioprosessissa. Kelsenin mukaan oikeusnormeille ei kuulu lainkaan totuusvaliteettia, ne ovat tai eivät ole voimassa. Sitä vastoin oikeustieteen tuottamien oikeuslauseiden voidaan hänen mukaansa sanoa olevan joko tosia tai epätosia. Tällainen tietyn normin voimassaoloa koskeva väite on välillisesti verifioitavissa, koska itse normin, ollakseen voimassa, on oltava asetettu empiirisesti todettavalla aktilla.³⁷ Samoin Ilkka Niiniluoto esittää, että oikeusnormeja kuvaavat normipropositiot ovat lauseita, jotka sisältävät väitteen tietyn oikeusnormin voimassaolosta tietyssä

³⁴ Tuori, Kriittinen oikeuspositivismi s. 303–309.

³⁵ Niiniluoto, Johdatus tieteenfilosofiaan s. 138; Lammenranta, Tietoteoria s. 79.

³⁶ Niiniluoto, mts. 111.

³⁷ Kelsen, Puhdas oikeusoppi s. 82–83.

yhteisössä vallitsevan oikeusjärjestyksen osana. Tällaisina lauseina ne ovat tosia tai epätosia lauseita, jotka ilmaisevat sosiaalisia faktoja. Hänen mukaansa normipropositioiden totuus tai epätotuus on mahdollista todeta totuuden korrespondenssiteorian mukaisesti; normipropositio on tosi, jos se vastaa sisältönsä mukaista olemassa olevaa sosiaalista asiointilaa. Tämä tosiasiallinen asiointila on se, että oikeusyhteisö hyväksyy tietyn normin kuuluvaksi oikeusjärjestykseen. Oikeusyhteisö taas Niiniluodon mukaan määrittäyty tiettyjen ehtojen mukaan; sen mielipiteen tulee perustua esim. tiettyihin oikeuslähteisiin.

Oikeusdogmatiikassa voidaan hänen mukaansa kuitenkin esittää myös toisenlaisia lauseita, normisuosituksia. Normisuositukset ilmaisevat esittäjänsä käsityksen siitä, että jonkin normin tulisi olla voimassa olevaa oikeutta. Näille lauseille ei hänen mukaansa ole annettavissa totuusarvoa. Normiproposition erottaa normisuosituksesta se, että normiproposition totuus on riippumaton siitä, mikä sen esittäjän suhde siihen on. Normisuositus taas ilmaisee juuri esittäjänsä suhtautumisen normiin.³⁸

Aulis Aarnio puolestaan kiistää oikeusdogmaattisten lauseiden totuuden mahdollisuuden. Hänen mukaansa oikeusdogmatiikan tulkintakannanottojen totuus on aina suhteessa niitä arvioivaan auditorioon. Kun on kysymys oikeusdogmatiikan lauseista, ”totuus” tarkoittaa aina ”sitä, mitä tulisi pitää totena”. Siksi olisikin hänen mukaansa asianmukaisempaa puhua oikeusdogmatiikan lauseiden hyväksyttävyydestä ja niiden hyväksyttävyyden kriteereistä. Oikeusdogmatiikan lauseiden totuuden suhteellisuus johtuu Aarnion mukaan siitä, että myös keskenään ristiriidassa olevat vaihtoehdotiset tulkintalauseet voivat olla hyväksyttäviä. Tulkintaproposition hyväksyttävyys riippuu paitsi yleisesti hyväksytyistä tulkintasäännöistä, myös arvostuksista. Aarnio puhuu keskenään koherenttien tulkintapropositioiden ryhmistä, joiden sisällä tulkintakriteerit ovat päteviä. Sen sijaan tällaisten tulkintapropositioryhmien keskinäiselle vertailulle ei ole löydettävissä kriteerejä.

Aarnio kiistää myös totuuden korrespondenssiteorian käytön mahdollisuuden oikeusdogmatiikan normipropositioiden totuuden arvioinnissa, koska hänen mukaansa normipropositiot eivät viittaa samanlaisiin tosiasioihin kuin luonnontieteiden tai empiiristen yhteiskuntatieteiden lauseet. Normia kuvaavan tulkintaproposition tosiasiallinen hyväksyminen ei voi hänen mukaansa olla tällainen fakta, sillä propositiota arvioiva auditorio eriytyy juuri hyväksyttävyyuskriteerien perusteella. Eri auditorioiden omaksumien hyväksyttävyyuskriteerien kesken taas ei ole mahdollista tehdä objektiivivi-

³⁸ Niiniluoto, *On Truth of Norm Propositions* s. 171–177.

sesti pätevää valintaa. Aarnio toteaa kuitenkin, että normipropositioiden hyväksyttävyyys on sillä tavoin yhteydessä konkreettisen yhteisöön, että hyväksyttävyysskriteerit perustuvat viime kädessä yhteiskunnassa vallitseville perusarvoille, yhteisön elämänmuotoon. Tämä takaa hänen mukaansa sen, että oikeudellinen tulkinta ei auditoriorelatiivisuudestaan huolimatta ole mielivaltaista.³⁹

Vaikka Niiniluodon ja Aarnion esittämät käsitykset oikeusdogmatiikan lauseiden totuudesta näyttävät edustavan täysin vastakkaisia kantoja, niissä voidaan kuitenkin havaita yhteinen piirre. Niiniluoto määrittelee oikeusyhteisön siksi yhteisöksi, jonka käyttää oikeudellisen tiedon hankinnassa määrättyjä kriteerejä, oikeuslähteitä. Samoin Aarnio toteaa, että lainopin tulkintapropositioiden hyväksyttävyyys on sidoksissa yleisesti hyväksytyihin tulkintasääntöihin ja yhteisössä vallitseviin arvoihin. Näyttää siis siltä, että molemmat edellyttävät mahdolliseksi erottaa pätevä oikeudellinen tieto periaatteessa muusta tiedosta ainakin jossakin määrin yhtenäisten kriteerien mukaan tietyssä konkreettisessa oikeusyhteisössä. Näyttääkin suorastaan olevan mahdollista puhua oikeudellisen tiedon korrespondenssiteorian mukaisesta verifioitavuudesta niissä tapauksissa, joissa oikeusyhteisössä hyväksytyjen oikeuslähteiden käyttö tuottaa vain yhden mahdollisen tulkinnan tai kun tulkintalauseeseen sisällytetään kaikki hyväksytyt oikeuslähteitä käyttäen syntyneet mahdolliset tulkinnat.

3.4 Oikeusnormien tunnistamissääntö

H. L. A. Hart nimittää pätevien oikeudellisten velvollisuusnormien (*rules of obligation*) identifioimista koskevia kriteerejä kunkin oikeusjärjestyksen tunnistamissäännöksi (*rule of recognition*). Hänen mukaansa tunnistamissääntöä ei yleensä ole nimenomaisesti lausuttu julki, vaan sen olemassaolo näkyy siinä tavassa, jolla käyttäytymisnormeja identifioidaan konkreettisia tapauksia käsiteltäessä. Tunnistamissäännön voidaan todeta olevan olemassa, kun oikeudellisia ratkaisuja tekemään oikeutetut auktoriteetit pitävät sitä julkisena ja yleisenä oikean oikeudellisen päätöksen standardina. Vaikka tunnistamissääntö näin ilmaisee järjestelmän olevan faktisesti tehokas, se on Hartin mukaan myös loogisesti tarpeellinen ehto sille, että voidaan puhua tietystä oikeusjärjestyksestä.⁴⁰

³⁹ Aarnio, *Truth and Acceptability* s. 35–51.

⁴⁰ Hart, *Concept of Law* s. 111–113.

Hart itse toteaa, että tunnistamissääntö voi olla luonteeltaan joko formaali velvollisuusnormien syntytapaan liittyvä ”pedigree”-kriteeri tai substantiaallinen oikeusperiaatteita tai moraaliarvoja sisältävä sääntö.⁴¹ Kotimaisessa oikeusteoriassa Aulis Aarnio käyttää *Robert. S. Summersiin* viitaten vastaavasti käsitteitä auktoritatiivinen ja substantiaallinen oikeuslähde. Vaikka Aarnio esittääkin oikeuslähteiden tyyppiluokittelulla olevan ainoastaan esitysteknisen tehtävän, hän toteaa samassa yhteydessä, että lainsäännöksillä on auktoritatiivisena oikeuslähteenä ensisijainen asema sekä lainsoveltajan ja oikeusdogmaatikon tulkintatoiminnassa että määrittäessä ideaalista ”parhaan mahdollisen tulkinnan” mallia. Muilla oikeuslähteillä taas on sisällöllisen painoarvonsa mukainen merkitys.⁴²

Onkin väistämätöntä, että asetetun oikeuden järjestelmissä formaaleilla tunnistamiskriteereillä on ensisijainen asema puhtaasti sisällöllisiin kriteereihin verrattuna. Oikeuden tunnistamissäännöt toimivat paitsi tiedollisina myös justifikatorisina kriteereinä sille, mitä on pidettävä voimassa olevana oikeutena. Velvoittavina oikeusnormeina voidaan pitää vain sellaisia normeja, jotka on määrätävällä asetettu. Robert S. Summers erottaa oikeuden formaalia luonnetta käsittelevässä tutkimuksessaan juridisissa ratkaisuperusteissa usean tyyppisiä formaaleja piirteitä. Pätevän oikeuden tunnistamiseen liittyvä formaalisuuden muoto on hänellä auktoritatiivinen formaalisuus, joka voi olla pätevyyteen liittyvää formaalisuutta (*validity formality*) tai tasoformalisuutta (*rank formality*). Ensiksi mainitulla hän tarkoittaa sosiaalisen ilmiön tunnistamista oikeudellisesti päteväksi lähteen mukaan. Kehittyneessä oikeusjärjestyksessä kaikilla formaaleilla ratkaisuperusteilla on etuoikeusjärjestyksen mukainen paikkansa, joten voidaan puhua myös niiden tasoformalisuudesta. Mandatorinen formaalisuus (*mandatory formality*) taas kuvaa sitä, miten juridinen peruste syrjäyttää non-formaalit, substantiiviset perusteet.⁴³

Summersin mukaan puhtaasti sisällöllinen ratkaisuperuste ei voi olla oikeudellinen, vaan oikeudelliseksi luonnehdittavan perusteen täytyy aina olla jonkin verran auktoritatiivisesti ja mandatorisesti formaali. Valtiosyn-tyisessä oikeudessa tunnistamissääntöön sisältyvä kriteeri voidaan jakaa kahteen osaan: ensisijaiseen kriteeriin, jonka mukaan kaiken pätevän oikeuden on oltava peräisin sopivasta lähteestä, ja johonkin sellaiseen toisijaiseen kriteeriin, joka edellyttää säännöltä tiettyä sisältöä pätevyyden lisäehtona. Ensisijainen kriteeri on luonteeltaan formaali, koska se ei edel-

⁴¹ Hart, *Concept of Law* s. 247.

⁴² Aarnio, *Laintulkinnan teoria* s. 217–222.

⁴³ Atiyah – Summers, *Form and substance* s. 144–145 ja 148–150.

lytä eikä määrää tiettyä sisältöä ja se soveltuu tai mukautuu erilaisiin oikeuden sisältöihin. Nämä oikeuden formaalit elementit tuottavat oikeudellista päätöksentekoa justifioivia formaaleja perusteita. Oikeuden luonteenomaisin ilmenemismuoto yhteiskunnan toiminnassa ovat Summersin mukaan juuri nämä formaalit perusteet, jotka justifioivat ja auktorisoivat päätöksiä ja toimintaa. Perustuslait, lait, ennakkotapaukset, sopimukset jne. voidaan nähdä oikeuden ensisijaisina formaalien perusteiden lähteinä.

Formaalit ratkaisuperusteet eroavat substantiivisista perusteista siinä, että niiden voima perustuu niiden juridiseen muotoon; siihen, että ne on luotu pätevällä ennakolta asetetulla oikeussäännöllä. Substantiaaliset perusteet taas sisältävät yksinomaan moraalista, taloudellista tai muuta sosiaalista harkintaa. Summers toteaa *Rudolf Iheringia* siteeraten, että jokaisella formaalilla attribuutilla on tarkoituksensa. Formaalit perusteet rajoittavat viranomaisten ratkaisuvaltaa yksittäisissä ratkaisutilanteissa; niillä pyritään hänen mukaansa varmistamaan tärkeiden yhteiskunnallisten arvojen toteutumista. Tällaisia arvoja ovat hänen mukaansa kansalaisten itsemääräämisoikeus lain ohjaamina, vapaus viranomaisten mielivallasta, yhdenvertaisuus lain edessä, lainkäytön objektiivisuus, ristiriitojen välttäminen, yhteiskunnan ja oikeusjärjestyksen kitkaton toiminta ja oikeuden tehokas ”opittavuus”.

Lainsäätäjän suunnitelmassa lakeja tai viranomaisen luodessa tai soveltaessa niitä ongelmien ratkaisemiseen liittyvät tavoitteet ja formaalit arvot ovat molemmat ohjaamassa toimintaa. Mutta oikeudessa muoto ei voi yksinomaan noudattaa materiaaliseen ongelmanratkaisuun liittyviä tavoitteita ilman että se lakkaa olemasta oikeutta. Summersin mukaan muoto on keskeinen elementti sekä oikeusvaltion käytännössä että käsitteessä. Oikeus ei voi olla sosiaalisesti tehokasta, ellei se tuota formaaleja perusteita päätöksille tai toiminnalle. Yhteiskunnassa täytyy olla määrättyjä juridisia auktoriteetteja, jotka luovat näitä formaaleja perusteita. Näitä auktoriteetteja voi olla olemassa vain, kun ne on konstituoitu formaaleilla säännöillä. Ilman noita sääntöjä ei Summersin mukaan voitaisi tietää, ketkä ovat oikeutettuja sitovien ratkaisujen tekemiseen ja miten nuo ratkaisut olisi tehtävä. Jos tällaista tietoa ei olisi, ei olisi formaaleja sääntöjä eikä siten myöskään oikeutta.⁴⁴

Jürgen Habermas puolestaan tarjoaa modernia oikeutta koskevassa tutkimuksessaan oman selityksensä sille, miksi formaaleiksi luonnehdittavilla ratkaisuperusteilla on modernissa oikeudessa keskeinen asema. Hänen mukaansa positiivisen oikeuden ensisijainen yhteiskunnallinen funk-

⁴⁴ Summers, *The Juristic Study of Laws Formal Character*, *ibidem*.

tio on vakauttaa yhteiskunnan jäsenten toisiinsa kohdistuvia käyttäytymis-
odotuksia. Koska arvojärjestelmät ovat moderneissa yhteiskunnissa pirs-
toutuneet ja eriytyneet, postkonventionaalinen moraalii vaatii täydennyk-
sekseen positiivista oikeutta. Täsmälliset oikeusnormit ja niiden johdon-
mukainen soveltaminen korvaavat postkonventionaalisen moraalin sisäl-
öllistä epämääräisyyttä, ja positiiviseen oikeuteen liittyvä pakko mahdol-
listaa siihen sisältyvien arvojen toteutumisen postkonventionaalisen mo-
raalin motivaatiovoiman puutteista huolimatta.

Toisaalta modernin oikeuden on tuotettava itse oma legitimiisyytensä,
koska se ei enää voi nojautua itsestään selvästi hyväksytyihin arvojärjes-
telmiin.⁴⁵ Habermasin mukaan modernin yhteiskunnan toimintanormit eriy-
tyvät moraalii- ja oikeusnormeiksi ja tätä vastaaviksi moraalii- ja demokra-
tiaperiaateeksi. Oikeusnormien pätevyysvaatimusta ei ole mahdollista testata
ideaalidiskurssiin viittaavissa moraalidiskursseissa, sillä oikeus ei ole pel-
kästään moraalin vaan myös politiikan funktionaalinen täydennys. Oikeu-
den yhteys politiikkaan tuo sitä koskevaan keskusteluun sellaisia teleolo-
gisia aineksia, joiden diskursiivinen käsittely edellyttää moraalisisista dis-
kursseista poikkeavia argumentaatioehtoja.

Diskurssiperiaate on oikeusvaltiossa institutionalisoitu demokratiaperiaat-
teena niiden oikeuksien avulla, joiden tarkoituksena on taata kansalaisten osal-
listuminen norminasettamista edeltävään diskurssiin. Nämä oikeudet on po-
sitivoitu oikeusvaltion valtiosäännössä. Juuri demokratiaperiaate toimii oikeuden
legitiimiisyyden perustana. Modernin oikeuden legitimizeetti voidaan johtaa
joko Habermasin tapaan normatiivisesti viime kädessä universaalista dis-
kurssiperiaatteesta tai, kuten Kaarlo Tuori esittää, demokratiaperiaatteesta
modernin yhteiskunnan myötä annettuna kulttuurisena faktana.⁴⁶

Lainsoveltamisen tehtävänä on Habermasin mukaan taas lainsäätämisen-
menettelyissä oikeusnormien perustelu- tai justifikaatiodiskurssien tulok-
sena syntyneiden normatiivisten perusteiden rekonstruointi, jossa nouda-
tetaan soveltamisdiskurssien logiikkaa. Lainkäyttöratkaisuissa tavoitteena
on paitsi ratkaisujen norminasettamismenettelyissä määriteltyjen rat-
kaisuperusteiden mukainen oikeellisuus, myös normitulkintojen koherenssi,
jotta oikeuden olisi mahdollista täyttää tehtävänsä yhteiskunnan jäsenten
keskinäisten käyttäytymisodotusten vakauttajana. Koska tosiasiallisessa
lainkäytössä on mahdotonta täyttää täydellisesti rationaalisen perustelun
vaatimuksia, lainkäyttöratkaisut tehdään oikeusparadigmojen ohjaamina.
Niihin kuuluu mm. oikeuslähteiden käyttöä ja tulkintaa sekä juridista ar-

⁴⁵ Tuori, Modernin oikeuden ytimessä I, Oikeus 1993 s. 7.

⁴⁶ Tuori, mts. 8–13.

gumentaatiota ohjaavia standardeja. Habermas erottaa liberaalin formaalioikeuden, hyvinvointivaltion ja ehdottamansa proseduraalisen oikeusparadigman.

Liberaalille paradigmalle perusoikeudet ovat valtiovaltaa rajoittavia vapausoikeuksia, hyvinvointivaltion paradigma taas vaatii oikeudellisen vapauden tueksi tosiasiallista vapautta ja oikeudellisen yhdenvertaisuuden tueksi tosiasiallista yhdenvertaisuutta. Tälle paradigmalle on luonteenomaista oikeuden materiaalustuminen. Proseduraalisen oikeusparadigman normatiiviset ainesosat perustuvat diskurssiteorian avulla rekonstruoituihin perusoikeuksien järjestelmään ja oikeusvaltion periaatteisiin. Sen deskriptiiviset ainesosat taas nojaavat yhteiskuntateoriaan, jonka mukaan poliittisen järjestelmän tehtävänä on taata legitimiin oikeuden avulla kokonaisyhteiskunnallinen integraatio. Proseduraalisessa paradigmassa kansalaisten yhdenvertaisen kohtelun kriteerit on ratkaistava demokraattisissa lainsäätämismenettelyissä, jotka takaavat ratkaisujen legitimitetin.⁴⁷ Voidaankin ehkä yhteenvedonomaaisesti todeta, että modernin demokraattisen yhteiskunnan legitimiinä tunnistamissäätöinä toimivat demokraattisia normiasettamismenettelyitä edellyttävät normit ja lainsoveltamista ohjaavat, noissa menettelyissä syntyneiden oikeudellisten ratkaisujen normatiivisten perusteiden rekonstruointinormit.

3.5 Episteemisesti sisäinen näkökulma oikeuteen

H. L. A. Hartin käsitys oikeudellisen tiedon luonteesta perustuu hänen tekemäänsä jakoon oikeusjärjestyksen tarkastelemisesta sisäisestä ja ulkoisesta näkökulmasta. Näiden näkökulmien ero avautuu velvollisuuden (*obligation*) käsitteen kautta.⁴⁸ Oikeusjärjestelmää sisäisestä näkökulmasta tarkasteleva näkee sen säännöt itseään velvoittavina. Tästä näkökulmasta oikeutta tarkastellaan sellaisen ryhmän jäsenenä, joka hyväksyy sen säännöt ja käyttää niitä toimintansa ohjenuorana. Säännöt ovat tällaisen ryhmän jäsenille standardeja, jotka velvoittavat kaikkia ryhmän jäseniä.⁴⁹

Ulkoisesta näkökulmasta oikeusjärjestystä voidaan Hartin mukaan tarkastella kahdella eri tavalla. Ulkopuolinen tarkkailija voi kuvata ryhmän käyttäytymistä viittaamatta tällaiseen sisäiseen näkökulmaan. Tässä tapauksessa hän väittää ainoastaan ryhmän havaittavassa käyttäytymisessä ole-

⁴⁷ Tuori, Modernin oikeuden ytimessä II, Oikeus 1993 s. 140–150.

⁴⁸ Velvollisuuden käsitteestä laajasti Hart, Concept of Law s. 79–89.

⁴⁹ Hart, mts. 55–60 ja 86–88.

van tiettyä säännöllisyyttä, joka vastaa ryhmän sääntöjä. Käyttäytymisen säännönmukaisuudesta tai -vastaisuudesta tarkkailija voi päästä selville siten, että hän havaitsee säännönmukaisesta käyttäytymisestä poikkeamista seuraavan säännöllisesti epämiellyttävän seurauksen. Hartin mukaan tällainen (äärimmäinen) ulkoinen näkökulma ei kuitenkaan pysty tavoittamaan ryhmän sääntöjä. Se kuvaa ainoastaan jäsenten käyttäytymisessä havaittavaa säännöllisyyttä; tietynlaista käyttäytymistä seuraa todennäköisesti tietty reaktio. Toisaalta hän voi myös esittää, että tietyissä ryhmässä hyväksytään tietyt normit sitoviksi sisäisestä näkökulmasta, ts. hän väittää, että tuon ryhmän jäsenet kokevat heillä olevan velvollisuus noudattaa noita normeja.⁵⁰ *MacCormickin* tavoin voidaan todeta, että tällaisesta ulkoisesta näkökulmasta oikeutta tarkasteleva kuvaa oikeussääntöjä sellaisina kuin ne ovat sisäisestä näkökulmasta katsottuna ottamatta huomioon omaa asennettaan näihin sääntöihin. *MacCormickin* käsityksen mukaan hartilaiseen traditioon lukeutuvan tutkijan tulisi omaksua tutkimuskohteeseensa juuri tällainen ulkoinen näkökulma.⁵¹

MacCormickin mukaan oikeuden sisäiseen näkökulmaan kuuluvassa asenteessa voidaan erottaa kaksi puolta, volitiivinen l. tahtoon liittyvä (kriittinen) ja kognitiivinen l. tiedollinen (reflektiivinen) elementti. Kognitiivinen elementti käsittää kyvyn arvioida tosiasiallista tai suunniteltua käyttäytymistä abstraktein termein ilmaistun käyttäytymismallin kannalta. Volitiivinen elementti taas ilmaisee, että teon tai tekemättä jättämisen tulisi tapahtua, kun abstraktisti kuvatut edellytykset ovat olemassa. Volitiivinen elementti perustuu tietynlaiseen käyttäytymiseen tai asiointilaan kohdistuvaan toiveeseen tai preferenssiin. Tällainen käyttäytyminen tai asiointila toteuttaa tai edistää joitakin perimmäisiä päämääriä tai arvoja, joihin tarkastelijalla voi olla emotionaalinen suhde.⁵² Hartin ei-äärimmäistä ulkoista näkökulmaa oikeuteen *MacCormick* taas kutsuu ”hermeneuttiseksi”. Tällaisen näkökulman omaksuneen tarkoituksena on ymmärtää, esittää tai kuvata inhimillistä toimintaa sen ”sisäisestä näkökulmasta” annetun merkityksen mukaisena jakamatta kuitenkaan sisäisen näkökulman volitiivista sitoutumista. Hermeneuttisen näkökulman omaksunut jakaa kuitenkin sisäisen näkökulman kognitiivisen elementin ja tunnistaa ja ymmärtää sisäisen näkökulman volitiivisen elementin.⁵³

⁵⁰ Hart, *Concept of Law* s. 86–88.

⁵¹ *MacCormick*, H. L. A. Hart s. 37–40.

⁵² *MacCormick*, mts. 33–34.

⁵³ *MacCormick*, mts. 43.

Tällaista äärimmäisen ulkoisen ja sisäisen näkökulman välille sijoittuvaa näkökulmaa oikeuteen voidaan Aulis Aarnion tavoin luonnehtia myös episteemisesti sisäiseksi näkökulmaksi. Aarnion mukaan oikeustieteen harjoittajan kiinnostus kohdistuu voimassa olevaan oikeuteen. Toisaalta hän ei kuitenkaan ole samanlainen oikeuden sisäinen toimija kuin tuomari. Lainopillista tutkimusta tekevän on hänen mukaansa rakennettava tulkintansa saman tulkintaidean mukaan kuin tuomarikin. Hänen on siis jäljiteltävä tiedollisesti tuomarin toimintaa, jotta lainopillinen tutkimus voisi täyttää yhteiskunnallisen tehtävänsä. Lainopin harjoittaja on toisin sanoen episteemisesti sidottu samoihin oikeuslähteisiin ja päättelyperiaatteisiin kuin tuomari.⁵⁴

4 POSITIIVISEN OIKEUDEN PARADOKSI

Edellä pyrin hahmottamaan oikeusdogmaattisen tutkimuksen luonnetta tarkastelemalla kahden oikeuspositivistisesti asennoituvan oikeuden teorian käsityksiä oikeusdogmatiikan kohteen ja tuloksen olemuksesta ja oikeudellisesta tiedonmuodostuksesta. Hans Kelsenin puhtaassa oikeusopissa oikeustieteen kohteena oleva oikeus on normikoostuma, josta oikeustiede kohdettaan kuvaamalla esittää sitä koskevia väitelauseita. Oikeustieteen kohde on Kelsenillä siis luonteeltaan normatiivinen, sen menetelmä deskriptiivinen ja tulos niin ikään deskriptiivinen. Toisessa kuvaamassani positivistisessa oikeuden teoriassa, Kaarlo Tuorin kriittisessä oikeuspositivismissa, oikeus käsitetään oikeustieteen kohteena normien järjestelmäksi. Oikeusdogmatiikan tehtävänä on Tuorin mukaan osallistua oikeuden tuottamiseen esittämällä normeja koskevia tulkintakannanottoja nojautuen normien pätevyyden sisällöllis-normatiiviseen ulottuvuuteen. Kriittisen oikeuspositivismin käsityksen mukaan oikeustieteen kohde, jonka osa se itsekään on, on luonteeltaan normatiivinen. Oikeustieteen tulokset ovat sen tehtävän mukaisesti normatiivisia tulkintakannanottoja, joita tuotetaan normatiivisin menetelmin perustelemalla oikeuden pintatason tulkintakannanottoja oikeuden syvärakenteen normatiivisilla periaatteilla.

Oikeusdogmaattista tutkimuksen menetelmää on myös suomalaisessa keskustelussa viime aikoina totuttu luonnehtimaan argumentaation käsitteellä, joko käyttäen perustana *Chaim Perelmanin* käytännöllisen päätte-

⁵⁴ Aarnio, Laintulkinnan teoria s. 56–58.

lyn teoriaa⁵⁵ tai Jürgen Habermasin diskurssiteoriaa⁵⁶. Argumentaatiolla tiedon tuottamisen tapana tarkoitetaan sitä, että esitetty kanta, oli se sitten tosiasiaväite tai normatiivinen lausuma, on oikeutettava perustelemalla. Kannanottojen perusteluvaatimus ei kuitenkaan kerro mitään siitä, miten esitetyt kannanotot pitäisi tai voidaan perustella siten, että niitä voidaan pitää oikeutettuina. Argumentaatiolla näytetäänkin oikeusdogmatiikan metodologiassa tarkoitettavan lähinnä sitä tapaa, jolla oikeudellinen tieto esitetään arvioitavaksi. Argumentatiivisen esitystavan ja esitettyjen kantojen perustelemisen mahdollistavan tiedon tuottamisen taustalla voidaankin nähdä niitä kumpaakin ohjaavia metodologisia sääntöjä; vain pätevällä tavalla tuotettu tieto voi muodostaa pätevän perusteen esitetylle kannanotolle. Argumentaatioteoreettisen lähestymistavan mukaan nämä säännöt määräytyvät perustelujen vastaanottajan perusteella. Siten esim. Aulis Aarnion mukaan oikeusdogmaattisen kannanoton perustelujen on oltava hyväksyttäviä sellaisessa vastaanottajaryhmässä, joka muodostuu yhteiset arvot jakavista rationaalisista henkilöistä, ns. osittaisessa ideaaliauditioriossa, joka siis on yhteiskunta- ja kulttuurisidonnainen.⁵⁷ Samoin Kaarlo Tuorin kriittisessä positivismissa oikeuden pintatason oikeusdogmaattisten kannanottojen pätevyys perustuu niiden yhteensopivuuteen oikeusyhteisössä vallitsevien oikeuskulttuurin ja oikeuden syvärakenteen tasoille sijoittuvien normatiivisten periaatteiden kanssa.⁵⁸

Oikeusdogmaattista tiedonmuodostusta voidaan siis kuvata joko argumentaatioprosessina, joka lähtee liikkeelle oikeudellisesta kannanotosta ja etenee kohti sen tueksi esitettyjä argumentteja tai päättelyä, joka etenee premissien kautta kannanottona esitettyyn johtopäätökseen, riippuen siitä kumpaa kuvaamissuuntaa halutaan käyttää. Kummassakin tapauksessa tiedonmuodostuksen tavoitteena on oikeusnormin ilmaiseminen ja kummassakin oikeudellisesti pätevä argumentaatioketju rakentuu tietyssä kulttuurissa määriteltujen normien mukaisesti. Nykypäivän suomalaisessa oikeusdogmatiikassa oikeudellista tiedonmuodostusta säätelee oikeuslähdeoppiksi kutsuttu (meta)normien kokonaisuus. Nämä normit muodostavat sen tunnistamissäännön, jonka perusteella oikeusdogmaattista tutkimusta harjoittava voi erottaa oikeudellisesti relevantit argumentit (tai premissit) sellaisista, joilla ei ole oikeudellista merkitystä. Oikeuslähdeoppi sisältää

⁵⁵ Aarnio, *Laintulkinnan teoria* s. 144 ss. ja 278 ss.

⁵⁶ Tuori, *Kriittinen oikeuspositivismi* s. 269 ss.

⁵⁷ Aarnio, *mts.* 283.

⁵⁸ Tuori, *mts.* 295–299.

vallitsevan käsityksen siitä, mistä tietolähteistä oikeudellista tietoa on saatavissa ja miten näitä lähteitä on käytettävä.

Aulis Aarnio jakaa suomalaista oikeuslähdeoppia kuvatessaan Robert S. Summersiin viitaten oikeuslähdeet kahteen tyyppiin, auktoritatiivisiin ja substantiaalisiin. Auktoritatiivisiin oikeuslähteisiin sisältyvän informaation pätevyys perustuu itse lähteen auktoritatiiviseen asemaan, joka puolestaan on Aarnion mukaan itse oikeusjärjestyksen tuottama. Substantiaalisista lähteistä saadun informaation pätevyys taas nojaa informaation itsensä sisällölliseen pätevyYTEEN.⁵⁹ Auktoritatiivisen oikeuslähteen ilmaiseman normin pätevyys on siis luonteeltaan muodollista; normi on pätevä, kun sen tuottaneella normiauktoriteetilla on oikeusjärjestyksen mukainen kelpoisuus tuottaa ao. normi. Auktoritatiivinen oikeuslähde ei sitä vastoin voi tuottaa sisällöllistä pätevyyttä, sillä lähteen tuottama normi ilmaisee normiauktoriteetin toimintaansa säätelevän normin puitteissa muodostaman tahdon. Substantiaalisen oikeuslähteen tuottaman normin pätevyys perustuu vastaavasti sen sisällölliseen hyväksyttävyyteen oikeusyhteisön arvojärjestelmän näkökulmasta.⁶⁰

Substantiaalisen oikeuslähteen kutsuminen oikeuslähdeeksi on sikäli harhaanjohtavaa, että tämän tyyppinen oikeuslähde samastuu tuottamansa normin kanssa. Kumpiakkin Aarnion mainitsemista substantiaalisista oikeuslähdeistä, nimittäin moraalisia näkökohtia ja teleologisia argumentteja, voidaan pitää luonteeltaan normeina. Ns. substantiaalinen oikeuslähde pelkistyy siis normatiiviseksi lauseeksi, jota voidaan käyttää oikeudellisessa argumentaatiossa. Onkin ehkä perusteltua puhua Summersin tapaan oikeuslähteiden asemesta substantiaalisista ja auktoritatiivisista perusteista.

Auktoritatiivisiin perusteisiin sen sijaan sisältyy sekä normatiivinen että deskriptiivinen ainesosa. Tällaisen oikeuslähteen tuottama normi ilmaisee sekä normatiivisen lauseen että väitteen siitä, että tuo lause on siihen oikeutetun normiauktoriteetin ilmaisema. Viimeksi mainittu väite puolestaan edellyttää vetoamista sellaiseen normiin, johon normiauktoriteetin kompetenssi perustuu. Vastaavasti substantiaalisen perusteen pätevyys on riippuvainen siitä, että sen perusteeksi voidaan esittää pätevä normi.

Perusteiden normatiiviset osat näyttävät edellyttävän aina uuden normatiivisen perusteen esittämistä ollakseen päteviä. Kannanottojen perusteluvaatimus johtaa siis näiltä osin päättymättömään normatiiviseen regressiin; kannanoton perustelun ei voida koskaan todeta olevan lopullisesti pätevä. Sen sijaan perustelujen deskriptiiviset osat eivät enää vaadi lisäpe-

⁵⁹ Aarnio, Laintulkinnan teoria s. 219 ja sama, Oikeussäännösten tulkinnasta s. 96–99.

⁶⁰ Aarnio, Laintulkinnan teoria s. 84–98.

rusteluja, jos väitteen totuuden kriteereistä vallitsee yksimielisyys. Koska oikeudellisen argumentaation tavoitteena kuitenkin on ratkaisun saavuttaminen, normatiivisen regressin ongelma on pyrittävä ratkaisemaan katkaisemalla argumentaatioketju. Tämä on periaatteessa mahdollista kahdella tavalla: joko olettamalla normatiivinen perustelu päteväksi ilman lisäperusteluita tai katkaisemalla normatiivinen argumentaatioketju deskriptiivisellä perusteella. Jälkimmäinen tapa tosin tuottaa tulokseksi deskriptiivisen lauseen, joten tällaisen argumentaation lopputuloksena ei ole mahdollista esittää normatiivista lausetta, siis normia.

Koska oikeudellisen argumentaation tai päättelyn tavoitteena on normin ilmaiseminen, ongelmaa on yleensä yritetty ratkaista olettamalla jokin normatiivinen peruste päteväksi ilman lisäperusteluita. Ehkä merkittävintä oikeuspositivistista tapaa ratkaista päättymättömän normatiivisen regressin ongelma tällä tavalla on Hans Kelsenin ”edellytetty” tai ”transsendentaaliloginen” perusnormi. Kelsenin perusnormin tarkoituksena on taata jonkin tietyn, faktisesti olemassa olevan oikeusjärjestyksen normatiivinen pätevyys. Perusnormi kelpuuttaa tietyn normiauktoriteetin antamaan oikeusnormeja ja samalla se määrittelee nämä subjektiiviset tahdonaktit velvoittaviksi, objektiivisiksi oikeussäännöiksi. Kelsenin perusnormi näyttää siis normina varmistavan oikeudellisen argumentaatioketjun lopputuloksen normatiivisuuden.

Perusnormiin liittyvät ongelmat oikeudellisen päättelyn tai argumentaation kannalta tulevat kuitenkin näkyviin, kun tarkastellaan lähemmin sen ”transsendentaalilogista” luonnetta. Kelsenin mukaan tällaisen perusnormin olemassaolo on välttämättä edellytettävä, kun halutaan selittää tietyn tosiasiallisesti tehokkaan oikeusjärjestyksen sitovuus. Edellytetyn perusnormin pätevyyden ehtona näyttääkin siis olevan oikeusjärjestyksen tosiasiallinen tehokkuus. Oikeudellisen argumentaation kannalta tämä merkitsee sitä, että normatiivisen perusnormi-argumentin perusteluksi esitetään deskriptiivinen argumentti oikeusjärjestyksen tosiasiallisesta tehokkuudesta.⁶¹ Kelsenin yritys katkaista perustelujen päättymätön normatiivinen regressi näyttää siis kuitenkin johtavan argumentaatioketjun katkaisemiseen deskriptiivisellä argumentilla. Jotta argumentaation lopputuloksena olisi normi, olisi perusteluita taas täydennettävä uudella normatiivisella argumentilla jne.

Sama paradoksi rasittaa myös muita positivistisia oikeuden teorioita. Aulis Aarnion argumentaatioteoreettisessa mallissa oikeudellinen kannanotto on periaatteessa pätevästi perusteltu silloin, kun se on hyväksyttävissä elä-

⁶¹ Kelsen, Puhdas oikeusoppi s. 215–220.

mänmuodon määrittelemät arvot jakavassa auditoriossa. Koska moderni konkreettinen oikeusyhteisö koostuu erilaisia arvojärjestelmiä omaksuneista henkilöistä, mallissa joudutaan perustelemaan myös valinta eri arvojen välillä. Tätä valintaa ei Aarnion omaksuman arvorelativistisen kannan mukaan ole kuitenkaan mahdollista suorittaa rationaalisiin perustein, joten Aarnio päätyy suosittelemaan valinnan perusteeksi enemmistöperiaatetta; ratkaisun tulisi olla oikeusyhteisön enemmistön omaksuman arvojärjestelmän mukainen. Oikeudellisen kannanoton viimekätisenä perusteena näyttää siten olevan konkreettisen oikeusyhteisön tosiasiallisen enemmistön faktinen arvokannanotto, jota koskeva argumentti on luonteeltaan deskriptiivinen lause.⁶²

H. L. A. Hartin teoriassa tiettyyn oikeusjärjestykseen kuuluvien normien viimekätisenä pätevyuden perusteena toimii tunnistamissääntö, tarkemmin sanottuna sen ilmaisemista oikeussäännön tunnistamisen kriteereistä se, joka on hierarkkisesti ylin. Tunnistamissääntö on Hartin mukaan se normi, jota viranomaiset ratkaisuihinsa tosiasiallisesti käyttävät osallistuu oikeudellisen toimintaan. Tunnistamissääntö on siis luonteeltaan sekä normi että fakta. Normina se näyttäytyy oikeusjärjestyksestä sen sisäisestä näkökulmasta tarkastelevalle, kuten oikeudellisen ratkaisun tekijälle. Oikeusjärjestyksestä sen ulkopuolelta tarkastelevalle se taas on fakta.⁶³ Avoimeksi kuitenkin jää, mihin tunnistamissäännön luonne velvoittavana normina oikein perustuu. Kuten Raimo Siltala Hartin tunnistamissääntöä käsittelevässä artikkelissaan esittää, tunnistamissääntö ei voi olla aidosti sisäisen näkökulman mukainen oikeudellisen argumentaation viimekätinen peruste, ellei siihen voi liittää määrettä ”pätevä” tai ”velvoittava” sääntö.⁶⁴ Oikeusjärjestyksen sisäisestä näkökulmasta ei riitä, että voidaan todeta tunnistamissääntöä tosiasiallisesti sovellettavan oikeudellisissa ratkaisuihinsa, vaan lisäksi on voitava perustella, miksi sitä on noudatettava. Deskriptiivinen lausuma tunnistamissäännön noudattamisesta tarvitsee siis jälleen tuekseen normatiivisen perusteen.

Kaarlo Tuorin kriittisessä positivismissa oikeuden pinnan oikeusnormien pätevyys voidaan osoittaa vain oikeuttamalla ne oikeuden pinnanalaisten kerrostumien normatiivisten periaatteiden avulla, joista viimekätisiä ovat syvärakenteen demokratiaperiaate ja ihmisoikeusperiaatteet. Oikeuden tasojen ontologisen ykseyden vuoksi oikeuden pinnanalaisilla tasoilla ei kuitenkaan voi olla normia, jolla ei olisi vastinetta pintatason kielellise-

⁶² Aarnio, *Laintulkinnan teoria* s. 283–287.

⁶³ Hart, *Concept of Law* s. 92–93 sekä 102–104.

⁶⁴ Siltala, *Oikeuden viimekätisen pätevyyskriteerin ratkaisematon ongelma*, LM 2000 s. 684–685.

nä formulaationa. Tämä merkitsee sitä, että väite syvempien tasojen justifioivan normin olemassaolosta joudutaan perustelemaan pintatason pätevällä normilla. Tätä normia koskeva väite puolestaan joudutaan taas perustelemaan pinnanalaisella normilla jne. Tuorin tasottelumallin mukaiset tasojen väliset sedimentaatio- ja justifikaatiosuhteet näyttävät aiheuttavan kehän muodossa esiintyvän päättymättömän normatiivisen regressin muodostumisen.

Tuori on kuitenkin itse esittänyt myös toisen ratkaisuvaihtoehdon, jossa normia koskevan kannanoton viimekätisenä perusteena on demokratiaperiaate kulttuurisena faktana.⁶⁵ Tämä ratkaisu muistuttaa rakenteeltaan Hartin oikeuden viimekätiseen tunnistamissääntöön perustuvaa ratkaisua; oikeudellinen argumentaatio suljetaan oikeuden ulkopuolisella perusteella, joka on yhtä aikaa sekä fakta että normi. Hartin mallissa tunnistamissääntö voi olla samanaikaisesti sekä fakta että normi, koska sen luonteen ratkaisee valittu tarkastelunäkökulma; oikeuden ulkoisesta näkökulmasta tarkasteltuna se on fakta ja sisäisestä taas normi. Tuorin kriittisen positivismiin mallissa oikeudellista kannanottoa ei sitä vastoin voida esittää ulkoisesta näkökulmasta, sillä oikeudellisten käytäntöjen osanottajat suhtautuvat hänen mukaansa oikeusnormeihin aina myös performatiivisesti.⁶⁶ Tässä ratkaisumallissa ongelmaksi siis jää, miten normatiivinen kanta voidaan oikeuttaa deskriptiivisellä väitteellä faktan olemassaolosta.

Edellä kuvaamani paradoksi on ominainen kaikille positivistisiksi luonnehdittaville käsityksille oikeudesta. Tämä johtuu nähdäkseni oikeuspositivististen teorioiden peruskäsityksestä, jonka mukaan oikeus on inhimillisin tahdonaktein asetettuja normeja. Inhimillistä tahdonaktia koskeva väite ei deskriptiivisenä koskaan voi toimia normin viimekätisenä perusteena, vaikka oikeuspositivismiin perusoletus edellyttäisi oikeudellisen argumentaation katkaisemista tällaiseen perusteeseen, sillä tällainen argumentaatio tai päättely tuottaa tuloksekseen proposition eikä normia. Näin oikeuden viimekätiseksi perusteeksi esitetty deskriptio pakottaa argumentaation ylittämään oikeuspositivismiin asettaman oikeuden rajan ja siirtymään normatiivisen argumentaation päättymättömään regressiin, esim. esittämään oikeudellisen kannanoton tueksi moraalisia ja arvoargumentteja. Oikeudellinen kannanotto näyttää siis ainakin oikeuspositivistisen oikeuskäsitelmän kannalta jäävän rationaalisen oikeudellisen perustelun ulottumattomiin.

⁶⁵ Tuori, Kriittinen oikeuspositivismi s. 103.

⁶⁶ Tuori, mts. 146–149.

Voidaan siis kysyä, miten on mahdollista, että oikeus voi siihen sisältyvästä paradoksista huolimatta täyttää tehtävänsä yhteiskunnan jäsenten toisiinsa kohdistuvien käyttäytymisodotuksen vakauttamisessa. Mihin perustuu modernin yhteiskunnan jäsenten luottamus siihen, että toiset noudattavat oikeudellisia normeja, joiden velvoittavuutta ei oikeastaan voida perustella? Max Weberin mukaan modernin oikeuden tosiasiallinen legitimitetti perustuu yhteiskunnan jäsenten jakamaan legaliteettiuskomukseen, ts. uskomukseen siitä, että oikeusnormit on asetettu oikeusnormein säännellyssä järjestyksessä. Kuten Kaarlo Tuori Max Weberin ja Jürgen Habermasin oikeutta koskevia käsityksiä käsittelevässä tutkimuksessaan esittää, Weberin mukaan legitimitetin takaava legaalisuususkomus taas perustuu siihen, että oikeusnormien asettamista säätelevät normit ovat joko kansalaisten välisen sopimuksen tulosta tai legitimiin herruuden haltijan antamia. Modernin, lainsäätäjän asettaman oikeuden legitimitetti näyttää siis perustuvan uskomukseen oikeusnormien legaalisuudesta, jonka perustana on uskomus niiden syntyvän legaalisuudesta. Legaalisuususkomus oikeuden legitimitetin selityksenä näyttää siis kulkevan kehässä.⁶⁷

Vaikka Weberin legaalisuususkomus ei näytäkään olevan hyväksyttävissä oleva selitys oikeusjärjestyksen tosiasialliselle hyväksymiselle modernissa yhteiskunnassa, tuo hyväksyminen voidaan nähdäkseni kuitenkin selittää toisenlaisella uskomuksella, nimittäin oikeusyhteisön jäsenten oikeusjärjestyksen perusteisiin kohdistuvalla legitimiisyysuskomuksella sekä empiirisessä että normatiivisessa mielessä. Tällä uskomuksella tarkoitetaan eräänlaista kollektiivista myyttiä oikeusjärjestyksen perusteiden hyväksytävyydestä ja olettamusta siitä, että myös muut oikeusyhteisön jäsenet jakavat tämän uskomuksen. Tämä kollektiivinen myytti on välttämätön, jotta niin oikeusnormeja antavat normiauktoriteetit kuin normien mukaan orientoituvat kansalaisetkin voivat pitää oikeusnormeja oikeudellisesti merkityksellistä toimintaansa ohjaavina velvoittavina normeina.

Vaikka legitimiisyysuskomus onkin välttämätön oikeutta sisäisestä näkökulmasta tarkastelevalle normiauktoriteetille tai normia sen hyväksytävyyden perusteella noudattavalle kansalaiselle, tällainen normatiivisuuden perustava myytti ei ole tarpeen oikeutta sen velvoittavuuden suhteen ulkopuolisesta näkökulmasta tarkastelevalle. Tällainen näkökulma oikeuteen on nähdäkseni sekä oikeutta yhteiskunnallisina käytäntöinä tarkastelevilla ns. empiirisillä yhteiskuntatieteillä että myös oikeustieteellä itsellään. Vaikka oikeusdogmatiikka jakaa oikeuden sisäisen näkökulman

⁶⁷ Tuori, *Oikeuden rationaalisuus* s. 28–29 ja siinä mainitut lähteet ja sama, *Kriittinen oikeuspositivismi* s. 277–279.

oikeudellista tiedonmuodostusta koskevat normit, sen ei ole välttämätöntä omaksua oikeuden velvoittavuuden takaavaa normatiivista asennetta; oikeusnormeja tutkivan oikeusdogmatiikan näkökulmaa voidaan siis kuvata hartilaisittain hermeneuttiseksi tai Aulis Aarnion tapaan episteemisesti sisäiseksi näkökulmaksi. Oikeusdogmatiikkaa ei nähdäkseni voidakaan pitää sillä tavoin pakotetusti normatiivisena kuin Kaarlo Tuori esittää kriittisessä oikeuspositivismissaan. Hänen mukaansahan oikeusdogmaattikko syyllystyi performatiiviseen ristiriitaan kieltäessään normatiivisen lähestymistavan oikeuteen, sillä hän jakaa väistämättä implisiittisen sitoutumisen oikeuteen yhteiskunnallisten suhteiden sääntelykeinona. Oikeusdogmaattisen tutkimuksen harjoittajalle näyttäisi mielestäni kuitenkin riittävän, että hän toteaa tutkimuskohteenaan olevassa yhteiskunnassa tosiasiallisesti sitoudutun oikeuteen yhteiskunnallisten suhteiden sääntelykeinona. Edelleen tutkija voi todeta, että tuo oikeudellinen normijärjestelmä perustuu viime kädessä tutkimuksen kohteena olevassa yhteiskunnassa esimerkiksi tosiasiallisesti vallitsevaan demokratian arvoon.

Tämä toteamus on luonteeltaan deskriptiivinen, kuten edellä olen esittänyt, ja aiheuttaa sen, että myöskin tutkimuksen lopputuloksena oleva normia koskeva lause on deskriptiivinen. Tutkijan esittämän normiväitteen voidaan katsoa olevan oikeusdogmaattisessa mielessä tosi, jos voidaan todeta ko. yhteiskunnassa vallitsevan demokratian arvon ja jos oikeudellinen päättely on noudattanut oikeudellisen tiedonmuodostuksen normeja. Koska positivistisen oikeuskäsityksen mukaan normit ovat inhimillisen toiminnan tuloksia, niitä voidaan aina tarkastella myös tietynlaisia merkityssisältöjä tuottavana toimintana.

Kokonaan toinen seikka on se, että tällainen deskriptiivinen normiväite ei sellaisenaan voi ohjata oikeudellista toimintaa, normin asettamista tai soveltamista. Tällainen toiminta vaatii lisäksi uskomusta oikeudellisten normien velvoittavuuden viimekätisen perusteen legitimitetistä. Oikeustieteen normiväitteiden perustuminen episteemisesti sisäisen näkökulman mukaiseen tiedonmuodostukseen takaa kuitenkin sen, että sen deskriptiiviset lauseet ovat legitimiä käännettävissä oikeudellista toimintaa ohjauviksi normeiksi.

On myös olemassa syitä, jotka puoltavat oikeusdogmatiikan käsittämistä deskriptiiviseksi tieteeksi. Ensinnäkin edellä kuvaamani positiivisen oikeuden paradoksi on vaikeasti ratkaistavissa noudattaen tieteellisiä kriteerejä. Legitimiteettiuskonus oikeuden viimekätisenä perustana ei ole sellainen rationaalinen perustelu, jota tieteelliseltä argumentaatiolta voidaan edellyttää. Erityisesti positivistisen oikeuskäsityksen lähtökohdista kysymys oikeuden viimekätisestä perustasta on vaikea ratkaista, sillä kä-

sitys oikeudesta inhimillisen tahdon tuotteena tekee mahdolliseksi omaksua sellaista arvokognitivistista lähtökohtaa, jota oikeuden velvoittavuuden perustaminen legitimizeettiuskomukseen edellyttää. Positiivisen oikeuden oloissa lainsäätäjää voi Kaarlo Tuorin siteeraamaa esimerkkiä käyttäkseni todellakin säätää lain, joka määrää tappamaan kaikki sinisilmäiset poikalapset.⁶⁸ Positiivinen oikeus ei tarjoa mitään keinoa, jolla tällaisen lainsäädännön syntyminen ja soveltaminen voidaan estää, jos oikeudelliset toimijat kokevat säännöksen olevan legitiimi. Positiivinen oikeus on asetettua oikeutta aina perusteitaan myöten. Positiivista oikeutta rajoittavat moraalinormistot, kuten esim. Hartin luonnonoikeuden minimisisältö, ovatkin vain asetetun oikeuden ulkopuolisia faktisia rajoituksia, joista johtuu, että oikeus ei yleensä tosiasiallisesti saa minkälaisia sisältöjä hyvänsä.⁶⁹

Toiseksi oikeustieteen ulkopuolinen asenne tutkimuskohteeseensa oikeuteen tekee mahdolliseksi tuoda näkyviin oikeuden luonne yhteiskunnallisena valtajärjestelmänä. Oikeudellisten ilmiöiden deskriptiivisen käsittelyn avulla voidaan paikantaa ja kuvata ne arvotkaisuut, jotka oikeudelliseen ratkaisuun aina sisältyvät. Näin voidaan käsitellä sekä ”virheettömään” oikeudelliseen päättelyyn liittyviä ”hyväksytyjä” arvotkaisuja että mahdollisia ratkaisijan kompetenssin ylitykseen perustuvia arvopunnintoja.

Jälkimmäisessä tapauksessa kyse on ns. immanentin kritiikin pohjaksi tarvittavasta selvityksestä, joka tuottaa tulokseksi tietoa oikeusjärjestelmän oikeudelliselle toiminnalle asettamista luonteeltaan sekä muodollisista että sisällöllisistä normatiivisista rajoista ja siitä, millaisessa suhteessa niihin tarkastelun kohteena oleva toiminta on. Edellisessä tapauksessa tarkastelun tehtävänä on selvittää niitä arvo- ja moraalikäsityksiä, joiden voidaan katsoa olevan vallitsevan oikeusjärjestyksen perustana. Näitä käsityksiä voidaan kritisoida ainoastaan oikeusjärjestyksen ulkopuolisilla perusteilla. Oikeustieteen harjoittaja ei kuitenkaan oikeuden ulkopuolista kritiikkiä harjoittaessaan enää voi vedota erikoistuneeseen tietoon perustuvaan kompetenssiinsa, vaan osallistuu arvoista käytävään keskusteluun samoista lähtökohdista kuin kuka tahansa oikeusyhteisön jäsen. Oikeustieteen ulkoisesta näkökulmasta voimassa olevan oikeuden kuvaamiseen perustuvaa kritiikkiä voitaisiinkin luonnehtia Kaarlo Tuorin tapaan paljastavaksi kritiikiksi, joka kuitenkin voidaan ”kääntää” pätevästi oikeuden sisäisen näkökulman mukaiseksi normatiiviseksi kritiikiksi.⁷⁰

⁶⁸ Tuori, Kriittinen oikeuspositivismi s. 18.

⁶⁹ Siltala, Oikeuden viimekätisen pätevyyskriteerin ratkaisematon ongelma, LM 2000 s. 679 ja Hart, Concept of Law s. 189–195.

⁷⁰ Tuori, mts. 328–330.

Argumentaatio- tai diskurssiteoreettisen lähestymistavan mukainen käsitys oikeudellisista käytännöistä kielitekoina tekee mahdolliseksi oikeuden tarkastelemisen ulkoisesta deskriptiivisestä näkökulmasta. Oikeusnormi syntyy normiauktoriteetin kieliteon tuloksena ja irtautuu sitten alkuperäisestä faktisesta asettamisaktista oikeussäännökseksi. Tätä oikeusnormien itsenäistymistä voidaan *Hannu Tolosen* tavoin kuvata niiden ”objektivaationa” tai ”eksternalisaationa”. Tällä hän tarkoittaa sitä, että esim. oikeudelliset tahdonaktit ulkoistetaan esittäjistään, jolloin ne muodostavat sosiaalisesti jaetun merkityssisällön.⁷¹ Oikeusnormien ”objektivaatio” on mahdollista suhteellisen pysyvästi ymmärrettävän kielen avulla; norminasettajan ilmaisema normi voi jatkaa olemassaoloaan itsenäisenä, kun se on puettu kielelliseen muotoon. Tällaisten ”objektivoituneiden” normien on usein katsottu kuuluvan ontologiselta statukseltaan siihen ihmisten tekemien abstraktien entiteettien kokoelmaan, jota Karl Popper kutsuu nimellä ”maailma 3”.

Vaikka ”maailma 3” on autonominen suhteessa fyysiseen ja mentaaliin maailmaan, se ei kuitenkaan ole niistä täysin riippumaton. Ihmisen tekemänä todellisuutena se syntyy ja on olemassa ainoastaan tajunnalla varustettujen olioiden aktiviteetin kautta.⁷²

Koska oikeusnormit esiintyvät, kuten Tuori ”kriittisessä positivismis- saan” esittää, oikeuden pinnan kielellisinä formulaatioina, oikeustieteellisen tiedon tuottamista voidaan *Jaakko Husan* tavoin pitää siinä mielessä empiirisenä tutkimuksena, että tutkimuksen kohteena ovat ilmiöt, joilla on vastineensa reaalisessa todellisuudessa. Vaikka oikeustieteellisen tutkimuksen kohteena olevan tekstin merkitys ei olekaan samalla tavoin ”havaittavissa” kuin luonnontieteiden tutkimuskohde, voidaan oikeustieteessä Husan mukaan kuitenkin puhua analogisesti ”merkityshavainnosta”.⁷³ Analogia perustuu Ilkka Niiniluodon analyysiin luonnontieteellisen ja tulkintatieteellisen tutkimuksen rakenteellisesta samankaltaisuudesta. Hänen mukaansa luonnontieteissä havaittavat ilmiöt selitetään rakentamalla teorioita, jotka viittaavat ilmiöiden takana oleviin ei-havaittaviin seikkoihin. Vastaavasti tulkintatieteiden kohdetta tulkitaan rakentamalla oletuksia tekstin takana olevista ei-havaittavista seikoista.⁷⁴

Tekstien merkityssisältöjä selvittelevänä tieteenä oikeustiedettä voidaan pitää perusluonteeltaan hermeneuttisena tieteenä.⁷⁵ Oikeustieteen suhdet-

⁷¹ Tolonen, Oikeus ja sen tulkinnat s. 288–292.

⁷² Niiniluoto, Tiede, filosofia ja maailmankatsomus s. 321.

⁷³ Husa, Julkisoikeudellinen tutkimus s. 192–196 ja 232–235.

⁷⁴ Niiniluoto, Oikeustiede ja hermeneutiikka s. 19–20.

⁷⁵ Aarnio, Laintulkinnan teoria s. 138–143.

ta tutkimuskohteeseensa oikeuteen voidaan kuvata Anthony Giddensin termillä ”kaksoishermeneutiikka”. Kaksoishermeneutiikalla Giddens tarkoittaa metodia, jonka perustana ovat tutkimuskohteen itsensä tulkittavalle ilmiölle antamat merkitykset. Tieteen tehtävänä on näiden merkitysten uudelleentulkinta. Kaksoishermeneutiikassa tutkimuksen ja sen kohteen välillä vallitsee lisäksi molemminpuolinen vuorovaikutussuhde; kohde vaikuttaa tutkimukseen, mutta tutkimuksella taas on puolestaan vaikutuksia kohteeseen.⁷⁶ Oikeustieteellinen tiedonmuodostus on tämän mukaisesti sidoksissa tutkimuskohteensa oikeuden tiedonmuodostukseen, mutta ylittää tutkimuskohteensa tulkinnan siinä, että se, kuten Tuori esittää Giddensiin nojautuen, muuntaa oikeudellisten toimijoiden toimintaa ohjaavaa praktista tietoa diskursiiviseen muotoon rekonstruoidulla oikeuden pinnanalaisia tasoja.⁷⁷ Oikeudellisten toimijoiden tulkinnasta tämä toiminta eroaa käsitykseni mukaan myös siinä, että oikeustiede tarkastelee kohdettaan ulkoisesta näkökulmasta sitoutumatta sen käsitykseen oikeuden velvoittavuudesta.

LÄHTEET

- AARNIO, Aulis: *Laintulkinnan teoria. Yleisen oikeustieteen oppikirja*. Porvoo 1989.
- *Laki, teko ja tavoite. Tutkimus tavoitteellisuudesta lain tulkinnassa ja sen soveltamisessa*. Forssa 1975.
- *Oikeussäännösten tulkinnasta. Tutkimus lainopillisen perustelun rationaalisuudesta ja hyväksyttävyydestä*. Helsinki 1982.
- Truth and Acceptability of Interpretative Propositions. *Rechtstheorie* Beiheft 2 (1981) s. 33–51.
- ATIYAH, P. S. – SUMMERS, R. S.: *Form and substance in Anglo-American law: a comparative study of legal reasoning, legal theory and legal institutions*. Oxford 1987.
- BOBBIO, Norberto: ”Sein” and ”Sollen” in Legal Science. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie (ARSP)* Beiheft 6/1970 s. 7–31.
- GIDDENS, Anthony: *New Rules of Sociological Method: A Positive Critique of Interpretative Sociologies*. London 1976.
- HART, H. L. A.: *The Concept of Law*, second edition with a Postscript. Oxford 1994.
- HUSA, Jaakko: *Julkisoikeudellinen tutkimus. Tutkimus julkisoikeudessa harjoitettavan oikeusdogmatiikan metodologiasta*. Jyväskylä 1995.
- KELSEN, Hans: *Puhdas oikeusoppi*. Porvoo 1968.
- KIVIVUORI, Antti: *Suomen vahingonkorvauslainsäädännön kehitys, I. Rikoslainsäädäntö 1809–1875*. Joensuu 1969.

⁷⁶ Giddens, *New Rules* s. 162.

⁷⁷ Tuori, Kriittinen oikeuspositivismi s. 165–167 ja 180–181.

- KLAMI, Hannu Tapani: *Finalistinen oikeusteoria*. Turku 1979.
- Ihmisen säännöt. Tutkimus oikeuden olemuksesta, synnystä ja toiminnasta. Turku 1983.
- LAAKSO, Seppo: Puhtaan oikeusopin problematiikkaa. *Oikeustiede – Jurisprudentia XIII* (1980) s. 95–183.
- LAMMENRANTA, Markus: *Tietoteoria*. Tampere 1994.
- MACCORMICK, Neil: *H. L. A. Hart*. London 1981.
- NIINILUOTO, Ilkka: *Johdatus tieteenfilosofiaan. Käsitteen- ja teorianmuodostus*. Keuruu 1997.
- Oikeustiede ja hermeneutiikka. *Oikeustieteen perusteet, menetelmät ja tavoitteet. Studia juridica* (toim. Jukka Kekkonen) 1981 s. 17–23.
- On the Truth of Norm Propositions. *Rechtstheorie Beiheft* 3 (1981) s. 171–180.
- *Tiede, filosofia ja maailmankatsomus. Filosofisia esseitä tiedosta ja sen arvosta*. Keuruu 1984.
- SIILTALA, Raimo: Empirismin haaste – ajatuksia yhteiskuntatieteellisen metodin soveltamisesta lainopissa. *Oikeustiede – Jurisprudentia XXX* (1997) s. 279–290.
- Oikeuden viimekätisen pätevyyskriteerin ratkaisematon ongelma. Onko Hartin tunnistamissääntö velvoittava oikeussääntö vai yhteiskunnallinen tosiasia? *Lakimies* 2000 s. 671–689.
- SUMMERS, Robert S.: The Juristic Study of Law's Formal Character. *Ratio Juris* 8 (1995) s. 237–247.
- TOLONEN, Hannu: Oikeus ja sen tulkinnat. *Minun metodini* (toim. Juha Häyhä) s. 279–297. Porvoo 1997.
- TUORI, Kaarlo: *Kriittinen oikeuspositivismi*. Vantaa 2000.
- Legal Science as/and Social Science. *ARSP Beiheft* 70/1997 s. 127–133.
- Modernin oikeuden ytimessä I ja II. *Oikeus* 1993 s. 2–15 ja 132–151.
- *Oikeuden rationaalisuus. Max Weber ja Jürgen Habermas oikeuskehityksen tulkitsijoina*. Helsinki 1988.
- WEBER, Max: *Ekonomi och samhälle* I ja II. Lund 1983.

ON THE NATURE OF JURISPRUDENCE

Methodological problems in jurisprudence research can be examined in terms of questions on the nature of legal dogmatics, a core element of jurisprudence. Legal dogmatics has conventionally been characterised as a normative science, in contrast to the other ‘descriptive’ social sciences.

Fundamental issues of legal ontology and epistemology are among the factors underlying the methodology questions in legal dogmatics. Law can be seen as a set of norms, in which case the object of jurisprudence is considered to be normative. An alternative approach is to see law as an activity, in which case empirical facts will form the object of study. Defining the object of study as normative also means that the option of using empirical research methods is rejected. If law is treated as a collection of norms, those engaged in research are likely to analyse the object of their research from an internal, participant’s perspective. It has, accordingly, been asserted that jurisprudence is an integral part of its own object of study, i.e. law.

The division of the sciences into normative and descriptive categories has proved to be problematic, however. On the one hand, normative features have been observed in descriptive social sciences, and on the other hand, various descriptive elements have been linked with normative sciences.

The way in which the descriptive features of jurisprudence are reflected in the research methodology of legal dogmatics has been analysed on the basis of a number of key, modern legal positivist theories and their ontological and epistemological commitments, together with the related methodological standpoints. These theories are Hans Kelsen’s ‘Pure Theory of Law’, Kaarlo Tuori’s ‘Critical Legal Positivism’ and H. L. A. Hart’s legal positivism theory.

Examination of these legal positivist theories gives rise to the conclusion that they suffer from an internal contradiction, the ‘paradox of positive law’. This conflict stems from the basic approach of the legal positivist theories, which is that law is a set of norms put in place through acts of human will. Being descriptive, a statement about an act of human will cannot function as the ultimate basis for a norm because such reasoning produces an end result that is a proposition rather than a norm. Legal contentions would then seem to remain beyond the reach of rational explanation.

The jurisprudential view of the law should therefore be seen as a hermeneutic or epistemically internal perspective by which legal statements are, by nature, descriptions, but are nevertheless capable of being legitimately transposed into norms that accord with the internal view of the law. Since legal norms develop into linguistic formulations independent of the original acts that established them, it is possible in jurisprudence to talk to the empirical sciences in analogical terms about 'semantic observation'. Jurisprudence can thus be considered one of the hermeneutic social sciences.

Johanna Harsu

**DUE DILIGENCE
-TOIMEKSIANTO
JA ASIANAJAJAYHTIÖN
KORVAUSVASTUU**

Sisällys

| | | |
|-------|---|-----|
| 1 | JOHDANTO | 49 |
| 1.1 | Asianajotoiminnan vastuuriskeistä | 49 |
| 1.2 | Tutkimuksen kohde ja tutkimustehtävät | 51 |
| 1.3 | Tutkimustapa ja tutkielman rakenne | 54 |
| 2 | TARKASTELTAVASTA TOIMEKSIANTOTYYPISTÄ | 56 |
| 2.1 | Yrityskaupan kohteen ennakkotarkastuksen merkitys | 56 |
| 2.2 | Asianajajayhtiön rooli | 62 |
| 2.3 | Vastuusuhteiden täsmentäminen | 63 |
| 3 | TUOTTAMUS OIKEUSPERUSTEENA | 66 |
| 3.1 | Yleistä tuottamusvastuusta | 66 |
| 3.2 | Asianajajayhtiön huolellisuusvelvoitteita sääntelevä normisto . | 67 |
| 3.2.1 | Professiovastuu | 67 |
| 3.2.2 | Hyvä asianajajatapa | 70 |
| 3.3 | Tuottamuserviöinti due diligence -toimeksiannossa | 74 |
| 3.3.1 | Lähtökohtia | 74 |
| 3.3.2 | Vastuu tarkastusmenetelmien asianmukaisuudesta | 78 |
| 3.3.3 | Vastuu annetusta informaatiosta | 85 |
| 3.4 | Tuottamuksen asteen merkitys | 93 |
| 4 | VAHINGONKORVAUSVASTUUN MUUT EDELLYTYKSET | 96 |
| 4.1 | Korvattava vahinko | 96 |
| 4.2 | Syy-yhteysvaatimus | 100 |
| 4.3 | Vahingon ennakoitavuus | 104 |
| 5 | VASTUUSUHTEET | 108 |
| 5.1 | Vastuu omalle päämiehelle | 108 |
| 5.1.1 | Vastuu toimeksiantosuhteessa | 108 |
| 5.1.2 | Tuottamusta koskeva todistustaakka ja korvauksen määrä | 110 |

| | |
|--|-----|
| 5.2 Vastuu kolmannelle | 112 |
| 5.2.1 Yleistä | 112 |
| 5.2.2 Korvauksen edellytykset sopimuksen- ulkoisessa suhteessa | 115 |
| 5.2.3 Sopimuksenkaltaisuus-argumentti ja kolmannen perusteltu luottamus | 119 |
| 5.3 Vastuun jakautuminen usean korvausvelvollisen kesken | 126 |
| 6 VASTUURISKIEN ENNAKOINTI | 129 |
| 6.1 Toimimisvelvollisuuksien rajoittaminen toimeksiantosopimuksessa | 129 |
| 6.2 Vastuunrajoituslausekkeet | 132 |
| 6.3 Due diligence -raportin sanamuodot ja varaumat | 136 |
| 7 KOKOAVIA NÄKÖKOHTIA | 138 |
| LÄHTEET | 141 |
| LYHENTEET | 149 |
| DUE DILIGENCE ASSIGNMENT AND LIABILITY OF A LAW FIRM | 150 |

Due diligence -toimeksianto ja asianajajayhtiön korvausvastuu

1 JOHDANTO

1.1 Asianajotoiminnan vastuuriiskeistä

Liikejuridisten asianajotoimeksiantojen hoitamiseen ovat viime vuosikymmeninä vaikuttaneet monet toimintaympäristöä muovaavat tekijät, kuten markkinoiden ja siten myös asiakaskunnan kansainvälistyminen sekä esimerkiksi kilpailu- ja arvopaperimarkkinaoikeuden harmonisointiyhteistyö Euroopan unionissa. Toimintaympäristön muutokset ovat asianajoalalla näkyneet liikejuridiikkaan erikoistuneiden toimistojen kasvuna ja toimeksiantojen hoitamiseen liittyvien riskien laajenemisena.¹ Asianajajan toimenkuvan monipuolistuminen etenkin liikejuridisissa toimeksiannoissa on saanut aikaan vastuutilanteita, joissa toimeksiannon virheelliseen toteuttamiseen liittyvä vahingonkorvausriski voi nousta määrältään huomattavan suureksi ja ylittää moninkertaisesti asianajajayhtiön vastuukyvyn. Tällaiset ylisuuren vastuuriikin tilanteet tulevat lähinnä kysymykseen suurten likeyritysten kanssa tehtävien laajojen toimeksiantosopimusten yhteydessä, jollaisia ovat esimerkiksi rajat ylittäviin yrityskauppoihin (*cross-border transactions*) ja pörssilistautumisiin liittyvät toimeksiantosopimukset. Mainitunlaiset toimeksiannot eivät kuulu perinteisen asianajotoiminnan ydinalaan.

Vastuukysymyksiin liittyy olennaisesti myös keskustelu mahdollisuudesta rajoittaa vastuuriiskejä; erilaisten vastuunrajoitusten käyttö näyttääkin lisääntyneen asiantuntijapalveluiloilla sekä kotimaassa että muualla. Laajojen tilintarkastusskandaalien vaikutukset ovat yhtäältä ilmenneet pyr-

¹ Ks. Halila – Hemmo 1996 s. 191 ja Asianajajatutkimus 2002 s. 6.

kimyksenä kiristää neuvonantajapalveluiden valvontaa² ja toisaalta myös asiantuntijaorganisaatioiden lisääntyneenä tarpeena ennakoita ja rajoittaa ylisuuren vahingonkorvausvelvollisuuden syntymistä. Oman lisänsä vastuukysymyksiin tuovat asianajajien ammattikunnan erityinen yhteiskunnallinen rooli ja ammattieettinen sääntely. Näitä kysymyksiä käsiteltiin myös Pohjoismaisessa lakimieskokouksessa Helsingissä elokuussa 2002, jolloin tuotiin esiin vastuunrajoituslausekkeiden perusteltavuus esimerkiksi due diligence -toimeksiannoissa. Perinteisesti vastuunrajoituslausekkeisiin on asianajotoiminnassa kuitenkin suhtauduttu torjuvasti.

Vastuukysymykset due diligence -toimeksiannoissa eivät ole jääneet akateemisen keskustelun tasolle Pohjoismaissakaan. Syksyllä 2002 ruotsalaista asianajotoimistoa uhkasi sadan miljoonan kruunun korvausvaatimus sen toteuttaman due diligence -tarkastuksen perusteella.³ Asianajotoimisto oli uutisten mukaan laiminlyönyt huomauttaa päämiehelleen yrityskaupan kohdeyhtiön liiketoiminnan kannalta olennaiseen sopimukseen sisältyneestä omistajanvaihdoslausekkeesta, jonka oikeusvaikutuksiin kyseisen sopimuksen vastapuoli vetosi yrityskaupan toteuduttua. Tällä oli huomattavan haitalliset taloudelliset vaikutukset kohdeyhtiön liiketoiminnalle, minkä vuoksi päämiehen todettiin harkinneen vahingonkorvausvaateen esittämistä asianajotoimistoa vastaan. Tämä ruotsalainen tapaus ei kuitenkaan ole johtanut oikeudenkäyntiin yleisissä tuomioistuimissa, mikä olisikin tällaisissa liike-elämän sopimusriidoissa harvinaista: riidat pyritään ratkaisemaan muissa kuin julkisissa menettelyissä. Näin ollen saatavilla ei ole oikeuskäytäntöä siitä, miten asianajajayhtiön vastuu määräytyy due diligence -toimeksiannossa pohjoismaisen oikeuden mukaan. Kuvattu tapaus joka tapauksessa osoittaa, että aihe on ajankohtainen myös täällä. Tapaus kysymyksenasetteluineen muodostaakin eräänlaisen kehysten tälle tutkielmalle.⁴

² Yhdysvalloissa Sarbanes-Oxley Actin säätäminen vuonna 2002 oli lainsäätäjän nopea reaktio Enron ja Worldcom -skandaaleihin. Laissa on otettu huomioon myös juridisten neuvonantajien vastuu (lain 307 § ”*professional responsibility for lawyers*”). Tästä myös *Patrick* 2003 s. 929–933. Myös Enron-skandaalissa osa ryhmäkanteista kohdistui Enronin käyttämiin ulkopuolisiin asianajotoimistoihin (Artikkeli ”*Leaning on the Lawyers*” osoitteessa <http://www.law.com/regionals/ca/stories/edt0411a.shtml>, viittauspäivä 10.11.2003).

³ Tiedot tapauksesta perustuvat ruotsalaisen *PointLex*-tietokannan uutisartikkeleihin (23.10., 24.10., 25.10., 5.11. ja 7.11.2002) osoitteessa: http://www.pointlex.se/pub/standard.asp?art_id=21528&iM=, viittauspäivä 23.10.2003.

⁴ Tapauksesta tarkemmin sivulla 64.

1.2 Tutkimuksen kohde ja tutkimustehtävät

Keskeisin kysymys, johon pyrin tutkielmassa vastaamaan, on se, millä edellytyksillä asianajajayhtiö voi joutua vahingonkorvausvastuuseen toteuttamansa yrityskaupan kohteen oikeudellisten ominaisuuksien ennakkotarkastukseen liittyvän *legal due diligence* -toimeksiannon (jäljempänä *due diligence* -toimeksianto) perusteella. Tällöin on otettava kantaa siihen, milloin asianajajayhtiön toimintaa tai laiminlyöntiä voidaan pitää tuotantumuksellisena ja *due diligence* -toimeksiannon suorittamista siten virheellisenä. Olennainen kysymys tutkielmassa onkin, mikä on profesiovastuun mukanaan tuoman huolellisuusvelvoitteen sisältö ja laajuus tällaisissa yrityskaupan kohteen ennakkotarkastukseen liittyvissä toimeksiannoissa.

Tutkielmassa on myös tarkoitus selvittää, keitä kohtaan asianajajayhtiö voi joutua vastuuseen. Tutkimus painottuu kuitenkin asianajajayhtiön vastuuseen omaa päämiestään kohtaan toimeksiantosopimussuhteessa. Käsiteltävässä tyyppitilanteessa vastuuseen vaaditun asianajajayhtiön päämies on *ostaja*, jonka neuvonantajana asianajajayhtiö on tehnyt yrityskaupan kohteen *due diligence* -tarkastuksen. Tutkielmassa otetaan kuitenkin myös erityiskysymyksenä lyhyesti kantaa siihen, millä edellytyksillä asianajajayhtiö voi joutua vastuuseen kolmatta tahoa kohtaan. Tutkimuksen yhtenä tarkoituksena on myös selvittää, miten asianajajayhtiö voi ennakolta varautua mahdollisen vastuun syntymiseen.

Tässä tutkielmassa tarkasteltavaksi toimeksiantotyyppiksi on valittu *due diligence* -toimeksianto erityisesti sen vuoksi, että toimeksiantoon liittyvä potentiaalinen korvausmäärä saattaa ylittää huomattavasti asianajajayhtiön vastuukyvyn. Tällaisissa toimeksiannoissa vastuunrajoitustarkastelu on mielekkäämpää kuin perinteisten asianajotoimeksiantojen yhteydessä, joissa vastuunrajoituksiin on suhtauduttu torjuvammin.⁵ Toinen erityispiirre valitussa toimeksiantotyyppissä on se, että sen sisältämä neuvonanto poikkeaa jossain määrin perinteisestä oikeudellisesta neuvonannosta ja asianajajan roolista oikeudenkäyntiasiamiehenä.⁶ Yrityskaupparaprosessiin osallistuvat toimijat oletetaan tässä melko tasavertaisiksi, mutta myös mahdolliset pienyrittäjänäkökohdat otetaan tarvittaessa huomioon.⁷

⁵ Tästä esim. *Peltonen DL* 2001 s. 20–23.

⁶ Asianajotoimistojen roolia yrityskaupoissa kuvaa esimerkiksi Kauppalehden artikkeli 12.9.2003: ”Isojen asianajotoimistojen rooli yritysjärjestelyissä on muuttunut. Kun se aikaisemmin rajoittui pääosin lakiasioihin liittyviin lausunnonantoihin ja kauppakirjojen laatimiseen, on sen rooli nyt lähestynyt investointipankin työnkuvaa.”

⁷ Asianajajayhtiön päämiehet eri yrityskaupparaprosessissa voivat olla asiantuntumuksestaan taikka taloudellisista resursseiltaan hyvin erilaisia: esim. suuri pörssi-yhtiö, teollinen sijoittaja, venture capital -sijoittaja tai pienyritys. Tarkastelussa on toki erilaisten toimijoiden osalta tällöin eroja.

Tässä tutkimuksessa tarkastellaan due diligence -toimeksiantoa muusta yrityskaupaprosessista erillisenä toimeksiantona, vaikka käytännössä asianajajayhtiö toimiikin yleensä yrityskaupoissa ostajan neuvonantajana myös päätöksentekoa ja kauppakirjojen laatimista koskeissa asioissa, jolloin toimeksianto käsittää yrityskauppaan liittyvän neuvonannon kokonaisuutena. Tässä tarkastelun kohteena on kuitenkin vain se, onko asianajajayhtiö tarkastanut kaupan kohteen tarpeellisessa laajuudessa ja onko tarkastuksen tulokset raportoitu asianmukaisesti. Tutkielmassa ei sitä vastoin käsitellä sitä, miten due diligence -tarkastus olisi otettava huomioon kauppakirjan sopimusehdoissa ja esimerkiksi ns. takuiden ja vakuutusten (*representations and warranties*) laajuudessa.

Tutkimuskohdetta on lisäksi jo otsikkotasolla rajattu siten, että vastuubjektiksi on valittu asianajajayhtiö.⁸ Perustelen tätä rajausta ensinnäkin sillä, että oikeuskäytännössä ja -kirjallisuudessa omaksutun kannan mukaan toimeksiantosopimus katsotaan tehdyksi päämiehen ja asianajajayhtiön välillä. Tämän vuoksi päämiestä kohtaan korvausvastuussa on ensisijaisesti asianajajayhtiö.⁹ Toinen perustelu tarkasteltavan vastuubjektin valintaan on käytännöllinen: due diligence -toimeksiannon hoitaa yleensä suurehko asianajajayhtiö, jolla on tähän kooltaan tarvittavat resurssit – yhden miehen praktiikka rajautuu tämän vuoksi tutkimuksen ulkopuolelle. Mahdollista yksittäisen luonnollisen henkilön korvausvastuuta sekä vastuun kanavoinnin merkitystä asianajajayhtiön työntekijöiden osalta ja osakkaiden välillä ei käsitellä tässä tutkimuksessa.¹⁰ Tutkimuksessa ei myöskään laajasti pohdita mahdollisia takautumiskysymyksiä tai sitä, kuka on epäonnistuneen yrityskaupan mahdollinen ensisijainen vastuubjektiksi.

Kolmas rajaus liittyy käsiteltävään vastuutyyppiin. Tutkielmassa käsiteltäväksi tulee vain asianajotoimiston siviilioikeudellinen vastuu, joka ilmenee asianajajan velvollisuutena suorittaa toimeksianto asianmukaisella ammattitaidolla ja huolellisuudella. Tutkimus kohdistuu erityisesti hyvän asianajajatavan sisällön määrittelyyn due diligence -toimeksiannossa.¹¹

⁸ Yleisessä kielenkäytössä asianajajayhtiöstä käytetään yleensä nimitystä ”asianajotoimisto”. Koska asianajajan *toimipaikasta* käytetään laissa nimitystä asianajotoimisto (AAL 11 § ja SAL:n sääntöjen 40 §) ja sanan ”asianajotoimisto” liittämistä osaksi toiminimeä on lisäksi erityissäännökset, käytän tässä tutkielmassa vastuubjektina ”asianajajayhtiötä”.

⁹ Ks. esim. *Peltonen DL 2001 s. 8* ja *Halila – Hemmo 1996 s. 194*.

¹⁰ Tältä osin viitataan *Peltosen* kirjoituksiin, joissa on käsitelty monipuolisesti asianajajan vastuukysymyksiä, esim. *Peltonen DL 2001 s. 5–16*.

¹¹ Ks. *Peltonen DL 2001 s. 4*.

Mikäli asianajaja ei täytä velvollisuuksiaan, sovellettavaksi voivat tulla siviilioikeudelliset seuraamukset, joihin kuuluvat palkkioon kohdistuva hinnanalennus sekä vahingonkorvausvastuu. Tutkielma kohdistuu erityisesti jälkimmäiseen.¹²

Jotta asianajajayhtiön vahingonkorvausvelvollisuus voisi syntyä edellytetään tuottamuksen ohella luonnollisesti myös vahingon syntymistä. Asianajotoimeksiantojen yhteydessä aiheutuneet vahingot ovat lähinnä varallisuusvahinkoja. Sopimusoikeudessa varallisuusvahinkojen korvaaminen on yleisesti hyväksytty, mutta sopimussuhteen ulkopuolella niiden korvaaminen on rajoitetumpaa. Tästä syystä näitä vastuumuotoja tarkastellaan tutkielmassa osittain erillisissä jaksoissaan. Vahingonkorvausvelvollisuuden syntyminen edellyttää lisäksi syy-yhteyttä yhtäältä tapahtuneen vahingon ja toisaalta siihen johtaneen teon tai laiminlyönnin välillä. Syy-yhteyksysymyksiä sekä korvauksen määrää käsitellään tässä tutkimuksessa kuitenkin suhteellisen yleisellä tasolla, sillä yksityiskohtaista oikeuskäytäntöä ei asiasta ole.

Koska due diligence -toimeksiannolla tarkoitetaan tässä tutkimuksessa ostajatahon toteuttamaa kaupan kohteen ennakkotarkastusta *yrityskaupan yhteydessä*, yrityskaupan käsitettä on myös syytä täsmentää. Yrityskaupan käsite on merkitykseltään laaja: se kattaa kaikki sopimus- tai muut järjestelyt, jotka kohdistuvat toimivan yrityksen tai liiketoiminnallisen kokonaisuuden omistukseen ja joiden seurauksena omistajalle kuuluva määräamisvalta siirtyy toisiin käsiin.¹³ Tässä tutkimuksessa yrityskaupalla tarkoitetaan sekä järjestelyä, jossa kaupan kohteena ovat yrityksen osakkeet tai osuudet (osakekauppa) taikka kohdeyrityksen liiketoiminta ja sitä palveleva omaisuus (nk. substanssikauppa). Tutkimuksessa ei kuitenkaan ole mahdollista käsitellä kattavasti due diligence -toimeksiantoa sellaisten järjestelyjen yhteydessä, joissa arvopaperimarkkinalaki yksityiskohtaisine sijoittajansuojaan liittyvää tiedonantovelvollisuutta koskevine sääntelyineen tulee sovellettavaksi. Tämän vuoksi tarkastelun ulkopuolelle on rajattu julkisesti noteerattujen yhtiöiden osakkeita koskeviin järjestelyihin

¹² Käytännössä vapaaehtoinen hinnanalennus lienee yleinen ja ensisijainen ratkaisu, koska liike-elämän riitaisuudet pyritään lähtökohtaisesti sopimaan. Tämä on erityisen tärkeää etenkin asiantuntijapalveluita tarjoaville yrityksille, joiden keskeisimpiä kilpailuvaltteja on hyvä ja luotettava imago.

¹³ Yrityskauppakäsitteen sisältö vaihtelee lainsäädännössä sen mukaan, minkä oikeudenalan näkökulmasta sitä arvioidaan. Tapahtuman juridiseen arviointiin tässä tutkimuksessa terminologinen ero ei lähtökohtaisesti vaikuta. Yrityskaupan käsitteestä esim. *Timonen* 1997 s. 6 ja *Immonen* 2000 s. 2.

liittyvät erityiskysymykset.¹⁴ Due diligence -tarkastustyypeistä pörssilistautumista edeltävä due diligence -tarkastus (*IPO due diligence*) sekä esimerkiksi myyjän tai kohdeyhtiön itse toteuttama due diligence -tarkastus (*vendor's due diligence*) on rajattu tämän tutkimuksen ulkopuolelle myös siksi, että tarkoituksensa lisäksi niihin liittyvät vastuurelaatiot poikkeavat tämän tutkimuksen tyyppitilanteesta.¹⁵

Vastuukysymysten lähempi tarkastelu on tässä rajattu koskemaan Suomen oikeutta. Sovellettavan lain määräytyminen luetaan oikeudenalajaottelun mukaan kansainväliseen yksityisoikeuteen, minkä vuoksi se ei lähtökohtaisesti kuulu tämän velvoiteoikeudellisen tutkielman alaan. Käytännössä tällainen tiukka oikeudenalajaottelu on harhaanjohtavaa: yritysjärjestelyiden osapuolet ovat yhä useammin eri valtioista, jolloin lainvalintaa koskevat kysymykset ovat hyvinkin olennaisia. Tämän tutkimuksen rajoissa ei kuitenkaan ole mahdollisuutta käsitellä lainvalintakysymyksiä. Perusoletuksena onkin, että due diligence -toimeksiannon toteuttaa suomalainen asianajajayhtiö, jonka toimintaa ja velvollisuuksia arvioidaan Suomen lainsäädännön perusteella. Lähtöolettamuksena on myös, että kaikkiin tarkasteltaviin oikeussuhteisiin sovelletaan tai on sovittu sovellettavan Suomen lakia.

1.3 Tutkimustapa ja tutkielman rakenne

Tutkielmassa käytettävä tutkimustapa on lainopillinen, toisin sanoen voimassa olevaa oikeutta systematisoiva ja tulkitseva. Lähtökohtana on Suomen oikeus ja erityisesti sen sopimus- ja velvoiteoikeudellinen normisto. Keskeisessä osassa on myös asianajo-oikeudellinen säännöstö, josta mainittakoon laki asianajajista (AAL, 12.12.1958/496) sekä Suomen Asianajajaliiton (SAL) säännöt ja ohjeet. Pelkkien säädöstekstien taikka lainsäätäjän tarkoitusta selventävien esitöiden pohjalta tutkimusongelmiin ei kuitenkaan saada suoraa vastausta. Argumentoinnin tukena käytetäänkin pohjoismaisessa oikeuskäytännössä ja -doktriinissa kehitettyjä neuvonantajan vastuuta koskevia periaatteita.¹⁶

¹⁴ Due diligence -tarkastuksissa voi ilmetä ongelmallisuuksia osakeyhtiöoikeudellisista, arvopaperimarkkinaoikeudellisista taikka kilpailuoikeudellisista syistä sen vuoksi, että käsiteltävä tieto yleensä liittyy yrityksen liikesalaisuuksiin ja sen ilmoittaminen vain jollekin joukolla voi olla laissa kiellettyä. Näihin erityiskysymyksiin ja mahdollisiin tiedonantovelvollisuuden laiminlyöntitilanteisiin, salassapitovelvollisuuden rikkomiseen liittyviin vastuutilanteisiin taikka osakkeenomistajien yhdenvertaisuutta koskeviin kysymyksiin ei tässä tutkimuksessa puututa.

¹⁵ Vahingonkorvausvastuusta listautumisen yhteydessä on kirjoittanut *Hidén* 2002.

¹⁶ Tutkielmassa otetaan huomioon myös muita aineettomia neuvonantajapalveluita tarjoavia asiantuntijoita koskevaa oikeuskäytäntöä. Näiden yhtäläisyyksistä ja analogiamahdollisuuksista asianajatoimeksiantoon esim. *Hemmo* DL 1995 s. 569–570.

Omalajista lainsäädäntöä asianajajien saati yleensä asiantuntijoiden vastuusta ei ole, ja asiaa koskeva oikeuskäytäntökin on hajanaista. Tutkimuksessa käytetään siksi myös muita kuin perinteisiä lainopillisia kysymyksenasetteluja. Joihinkin esiin tuleviin kysymyksiin etsitään ratkaisua oikeusperiaatteiden ohella reaalisisista argumenteista.¹⁷ Oikeuspoliittiset (reaaliset) argumentit ymmärretään tässä tutkielmassa yleisinä argumentteina, joiden avulla tarkastellaan eri ratkaisuvaihtoehtojen taloudellista tarkoituksenmukaisuutta eri intressitahojen kannalta.¹⁸

Varteenotettavia näkökulmia eritoten liike-elämän sopimus- ja vahingonkorvauskysymyksiin tuo myös oikeustaloustiede; law and economics -suuntaus onkin saanut jonkin verran sijaa myös pohjoismaisessa oikeuskirjallisuudessa.¹⁹ Vaikka tämän tutkielman tarkoitus ei ole edustaa oikeustaloustieteellistä tutkimusotetta, saattavat taloustieteelliset argumentit kuitenkin täsmentää reaalista argumentointia.²⁰ Tällöin esiin tulevat tehokkuus- ja tarkoituksenmukaisuuskysymykset, jotka ilmenevät pohdintoina soveliaasta vastuunkantajasta sekä eri osapuolten mahdollisuudesta ennakoita riski.

Vaikka tutkielma on rajattu koskemaan Suomen oikeutta, ei tämä kuitenkaan merkitse sitä, että muita oikeusjärjestyksiä koskeva tarkastelu sivuutettaisiin. Argumentoinnissa otetaan huomioon ulkomaisessa oikeuskirjallisuudessa esiintuotuja näkökohtia. Puhdasta oikeusvertailua tutkielma ei kuitenkaan sisällä.²¹ Erityisesti pohjoismainen oikeus muodostaa kuitenkin tärkeän vertailukohteen Suomen oikeuden kannalta: asianajo-, vahingonkorvaus- ja sopimusoikeutemme ovat hyvin yhteneväisiä, minkä vuoksi muussa pohjoismaisessa oikeuskirjallisuudessa esitetyt kannanotot

¹⁷ Edellä mainitut reaaliset, eli teleologiset argumentit kuuluvat *Aarnion* mukaan niin sanottuihin sallittuihin oikeuslähteisiin. *Aarnio* 1989 s. 220–221. Oikeusperiaatteita ja oikeuspoliittisia argumentteja on pidetty *Aarnion* nimeen yhdistetyn oikeuslähteopin mukaisesti sallittuina oikeuslähteinä. Ne eivät ole oikeudellisesti velvoittavia, mutta niihin saa vedota. Voidaan toki *Tuorin* tapaan myös katsoa, että kyse ei ole (itsenäisistä) oikeuslähteistä. Oikeuspoliittiset (reaaliset) argumentit ovat hänen mukaansa näkökohtia, joita käytetään oikeuslähteiden, kuten lainsäädännön, tulkinnaissa oikeuslähteiden antaman informaation täsmentämisessä. *Tuori* 2000 s. 175 ja 195.

¹⁸ Sopimusoikeudellisia argumentteja mm. lojaliteetti ja hyvä tapa, taloudellinen rationaalisuus sekä tarkoituksenmukainen vastuunjako. Näistä esim. *Hemmo* 2003a s. 57–59.

¹⁹ Tästä esim. *Hemmo* 2003a s. 24. Oikeustaloustieteen sisällä teoreettisten lähtökohtien kirjo on kuitenkin huomattava eikä talousteoria tarjoa yhtenäisiä perusoletuksia, joita sopimusoikeuteen voitaisiin yleisesti soveltaa.

²⁰ Ks. *Timonen* 1997 s. 119–130.

²¹ Oikeusvertailulla tarkoitetaan yleensä oikeusjärjestelmien välisten erojen syvällisempää analyysiä ja ymmärtämistä. Oikeusvertailun määrittelystä ks. esim. *Kiekkavaev* 2003.

ovat varauksin varteenotettavia myös täällä.²² Vertailu muihin oikeusjärjestyksiin on perusteltua myös sen vuoksi, että due diligence -toimeksiannot yrityskauppojen yhteydessä ovat tulleet osaksi suomalaista käytäntöä muualta, erityisesti common law -oikeuskulttuurista. Kansainvälinen näkökulma ilmenee myös asianajo-oikeudellisessa tarkastelussa: asianajo-oikeudellinen säännöstö ja periaatteet ovat maailmanlaajuisesti hyvin yhteneväisiä.²³ Due diligence -toimeksiannon tarkempaa sisältöä ja käytänteitä on tutkittu myös erityisesti asiantuntijahaastatteluin sekä tutustumalla saatavilla oleviin due diligence -tarkastuslistoihin ja -raportteihin.

2 TARKASTELTAVASTA TOIMEKSIANTOTYYPISTÄ

2.1 Yrityskaupan kohteen ennakkotarkastuksen merkitys

Yrityskaupoilla ja muilla yritysjärjestelyillä muokataan yrityksen omistusrakennetta ja sen toimintaa. Yritysjärjestelyille on hyvin erilaisia syitä ja tavoitteita.²⁴ Liiketaloudellisilla ehdoilla ja periaatteilla toteutetussa kaupassa molempien osapuolten suurimmat odotukset kohdistuvat kuitenkin useimmiten kauppahintaan: myyjä haluaa mahdollisimman korkean hinnan omaisuudestaan kun taas ostaja vastaavasti haluaa kaupan kohteen mahdollisimman edullisesti. Yrityksen lopullinen kauppahinta määräytyy myyjän ja ostajan neuvottelujen perusteella. Neuvottelujen lähtökohdaksi on molempien osapuolten määriteltävä kaupan kohteen arvo.²⁵ Tässä arvonmäärityksessä yleensä ulkopuolisten asiantuntijoiden toteuttamat due diligence -tarkastukset ovat keskeisessä asemassa.²⁶ Tarkastusten perusteella laaditut yrityksen tilaa kuvaavat raportit muodostavat erään perustan kauppaneuvotteluille.

Due diligence on liike-elämässä vakiintunut termiksi, jolla yleensä tarkoitetaan suunnitellun yrityskaupan ostajapuolen kohdeyhtiössä suoritta-

²² Pohjoismaisesta lainsäädäntöyhteistyöstä esim. *Hemmo* 2003a s. 43.

²³ Tästä esim. *Tarkka* DL 2001 s. 732–737.

²⁴ Yrityskauppojen tavoitteina mainitaan usein esimerkiksi kasvu, synergiaedut, kansainvälistyminen, laajentuminen uudelle toimialalle, rahoituksen uudelleenjärjestely, jne. Näistä esim. *Immonen* 2000 s. 10–13.

²⁵ Arvonmäärityksestä esim. *Blomquist ym.* 1997 s. 87–88 ja *Koivu – Myllymäki* 1999 s. 180–182.

²⁶ Tarkastuksilla on myös muita käytännöllisiä tavoitteita, kuten kohdeyrityksen tulevan haltuunoton valmistelu.

maa (ennakko)tarkastusta.²⁷ Due diligence -tarkastukset ovat tulleet käyttöön Suomessa 1980-luvulta alkaen sekä yrityskauppojen että arvopapereiden liikkeeseenlaskun yhteydessä. Oikeuskirjallisuudessa on arvioitu, että nykyisin ostajan yrityskaupan yhteydessä suorittama due diligence -tarkastus on vahva pääsääntö myös pohjoismaisissa yrityskaupoissa.²⁸ Käsite ”due diligence” voidaan sananmukaisesti suomentaa ”asianmukaisen huolellisesti”, mutta täälläkin ennakkotarkastusta yrityskaupassa kutsutaan yleisesti englanninkielisellä termillä due diligence.

Due diligence -tarkastukset ovat lähtöisin angloamerikkalaisesta rahoituskäytännöstä: ne perustuvat Yhdysvaltojen arvopaperilainsäädännön vastuunormeihin²⁹, joissa neuvonantajille on säädetty velvollisuus varmistua annettujen tietojen paikkansapitävyydestä riittävän huolellisesti, jotta nämä voisivat myöhemmin välttää toimeksiantojen hoitamiseen liittyvän vastuun. Huolellisuusvelvollisuutensa täyttääkseen neuvonantajat laativat raporteja tekemistään tarkastuksista. Näillä raporteilla voidaan osoittaa, että riittävää huolellisuutta on noudatettu. Ajan mittaan käytäntöä on ryhdytty soveltamaan myös muihin transaktioihin kuin listautumisanteihin.³⁰

Seuraavan sivun kuviossa 1 on havainnollistettu due diligence -tarkastuksen ajoittuminen *yrityskauppaprosessissa*.³¹ Due diligence -tarkastus

²⁷ Kurkela – Ståhlberg DL 2001 s. 914. Yrityskaupan yhteydessä myyjä tekee usein oman due diligence

-tarkastuksensa. Tällaista tarkastusta kutsutaan nimellä *vendor's due diligence*. Tästä myös mm. Blomquist ym. 1997 s. 20 ja Wist – Oker-Blom – Pöntynen JFT 2001 s. 427.

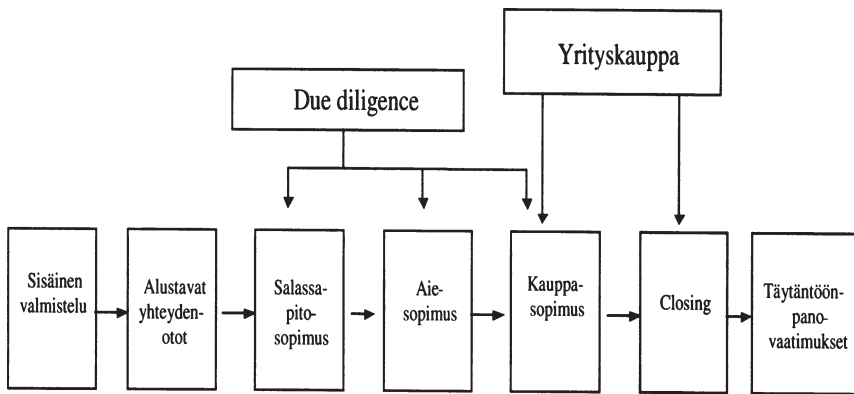
²⁸ Wist – Oker-Blom – Pöntynen JFT 2001 s. 426, samoin Kersby JT 1997 s. 143, Lindholm – Hakoranta DL 1997 s. 82 sekä Gustafsson 2001 s. 125.

²⁹ Mm. U.S. Securities Act 1933, Section 11. Ks. Myös Lindholm – Hakoranta DL 1997 s. 82 ja Black's 1990 s. 457, jossa käsite määritellään seuraavasti: ”such measure of prudence, activity, or assiduity, as is properly to be expected from, and ordinarily exercised by, a reasonable and prudent man under the particular circumstances; not measured by any absolute standard, but depending on the relative facts of the case.”

³⁰ Lindholm – Hakoranta DL 1997 s. 83. Yhdysvalloissa muilla kuin arvopaperin liikkeenlaskijalla on mahdollisuus vapautua Securities Act Section 11:n mukaisesta vastuusta osoittamalla noudattaneensa riittävää huolellisuutta (ns. *due diligence defence*). Tästä myös Hidén 2002 s. 176–181. Listautumisanteja edeltävää due diligenceä kutsutaan IPO (*Initial Public Offering*) due diligenceksi. Sen ensisijaisena tavoitteena on luoda perusta arvopaperin liikkeeseenlaskijan mahdollisuuksille täyttää hänelle AML:ssa säädetty tiedonantaja huolellisuusvelvoitteet. Muiden yritysjärjestelyiden, kuten osakekauppojen, liiketoimintakauppojen ja fuusioiden yhteydessä tarkastusta kutsutaan perinteiseksi M&A due diligenceksi. Eroavaisuudet tarkastustyyppien välillä näkyvät esimerkiksi siinä, kumpi osapuolista, myyjä vai ostaja, tekee tai teettää tarkastuksen. Lisäksi tiedonintressit ja käytettävät tietolähteet voivat erota. Jaotteluista esim. Syrjänen 2001 s. 96.

³¹ Kuvio on mukailtu Saanion 2003 luentomateriaalista s. 11.

on yksi vaihe yrityskauppasopimukseen tähtäävässä sopimuksentekotilanteessa, jolle on ominaista kaupan kohteeseen liittyvän tiedon suuri määrä ja tiedon jakaantuminen epätasaisesti myyjä- ja ostajatahon välille. Due diligence voi olla neuvottelujen taustalla aina ns. *closingiin* eli kaupan toteutumiseen saakka. Tarkastukset tehdään yleensä vaiheittain ja niiden laajuus perustuu lähtökohtaisesti yrityskaupan osapuolten – ostajan ja myyjän – väliseen sopimukseen. Käytännössä yrityskauppa- ja neuvottelutaktiikat saattavat kuitenkin johtaa siihen, että myyjä ei anna ostajan käyttöön heti kaikkea sovittua informaatiota, vaan luovuttaa osan vasta juuri ennen due diligence -tarkastukselle varatun ajan päättymistä, mikä saattaa vaikeuttaa ostajan tekemää tarkastusta ja tiedon analysointia.



Kuvio 1. Yrityskaupprosessi

Käytännön tilanteissa due diligence -tarkastuksissa onkin kyse eräänlaisesta pelistä, jota käydään tiedon disponoinnilla.³²

Lähtökohtaisesti due diligence -tarkastukset painottuvat yleensä yrityskaupan valmisteluun, minkä vuoksi tässä tutkimuksessa käsitteellä tarkoitetaan kaupan kohteen ennakkotarkastusta.³³ Tarkastuksessa kohdeyh-

³² Prusila 8.1.2004.

³³ Lindholm – Hakoranta DL 1997 s. 82. Koska due diligence -tarkastus merkitsee kohdeyritystä koskevien luottamuksellisten tietojen saattamista ostajan tietoon, myyjä pyrkii yleensä estämään due diligence -tarkastuksen ennen sitovan sopimuksen tekoa. Tällöin ostaja tyypillisesti vaatii kauppakirjaa allekirjoitettaessa (*signing*) tiettyjä erityisehtoja, joiden toteutuminen on edellytyksenä lopullisen kaupan toteutumiseksi (*closing*). Due diligence voi kohdistua myös kaupan toteutumisen jälkeiseen aikaan. Tämä voi olla välttämätöntäkin esimerkiksi silloin, kun yrityskaupan osapuolet ovat kilpailijoita. Due diligence voidaan myös suorittaa kaupanteon jälkeen, mikäli on sovittu, että joitain sopimuskohtia tarkastetaan due diligence -tutkimuksen tulosten perusteella. Tästä Kurkela – Ståhlberg DL 1997 s. 915.

tiön ominaisuuksia arvioidaan taloudellisesta, oikeudellisesta ja verotuksen näkökulmasta. Varsinkin suurissa yrityskaupoissa myös myyjä tekee kohdeyhtiöstä oman due diligence -tarkastuksensa mahdollisten myöhempien riitaisuuksien varalta, mutta tällainen myyjän toteuttama tarkastus on myös keino valmistautua kauppahintaneuvotteluihin sekä selvittää kaupan toteuttamisedellytykset esimerkiksi kilpailuoikeuden kannalta.³⁴ Kokonaistavoitteena due diligence -prosesseissa on varmistua siitä, että yrityskaupalla on mahdollista saavuttaa sille asetetut tavoitteet.³⁵ Due diligence -tarkastus tehdäänkin käytännössä päätöksenteon tueksi sekä yrityksen arvon määrittelemiseksi.³⁶

Sopimusoikeuden näkökulmasta ostajan yrityskaupan yhteydessä tekemä due diligence -tarkastus on perusteltu – ennen muuta ostajan selontoveltvollisuuden sekä myyjän tiedonantovelvollisuuden toteuttamiseksi. Nimenomaista yrityskaupan kohteen ennakkotarkastusvelvollisuutta ei kuitenkaan Suomen laissa ole eikä tällaisen vapaaehtoisen tarkastuksen oikeudellisesta merkityksestä ole lainsäädäntöä.³⁷ Due diligence -tarkastuksen merkitystä voidaan kuitenkin hahmottaa kauppalain (KL) dispositiivisten säännösten näkökulmasta, vaikka oikeuskirjallisuudessa onkin esitetty eriäviä kantoja siitä, sovelletaanko esimerkiksi osakkeiden kaupassa virhearvioinnin ja myyjän vastuun osalta kauppalakia vai velkakirjalakia.³⁸ Vallitseva oikeuskäytännönkin vahvistama kanta on kuitenkin se, että kauppalaki soveltuu myös osakekauppoihin. Sillä, onko järjestelyn kohteena osakkeet vai liiketoiminta, ei eroa siten ole KL:n virhearviointi-

³⁴ *Blomquist ym.* 2001 s. 20–29. Myyjä tekee usein oman due diligence -tutkimuksensa ennen kuin ostaja tarkastaa myyjän ostajalle kokoaman aineiston (*vendor's due diligence*). Yritysmyynti on usein järjestetty siten, että tarjousmenettelyn kautta haetaan ostajakandidaatit laatimalla näille erityinen tarjousesite (*information memorandum*) myytävästä kohteesta. Nämä ostajakandidaatit saavat tutustua myyjien valmistamaan aineistoon ns. data roomissa. Kun lopullinen ostajakandidaatti on valittu, tämä suorittaa yleensä oman täydentävän due diligence -tarkastuksensa.

³⁵ *Koivu – Myllymäki* 1999 s. 180.

³⁶ Ks. esim. *Pöyhönen* 2001 s. 74.

³⁷ Tästä *Lindholm – Hakoranta* DL 1997 s. 83–87. Oikeuskirjallisuudessa on käyty myös keskustelua siitä, ovatko due diligence -tarkastukset yrityskaupoissa tulleet kauppalain esitöissä tarkoitettulla tavalla kauppataivaksi (vrt. HE 93/1986 s. 65). Nimenomaista laissa säädettyä velvollisuutta kaupan kohteen tarkastukseen ei ole suurimmassa osassa muutaakaan oikeusjärjestyksiä. Vertailuja ovat tehneet esim. *Kersby* JT 1997 s. 147–150 sekä *Gustafsson* 2001 s. 125–149.

³⁸ Ks. erityisesti *Lindholm – Hakoranta* DL 1997 s. 75–92 sekä *Mäntysaaren* kommentit edelliseen 1997 s. 314–420.

pykälien näkökulmasta.³⁹

Ostajan korostunutta selonottovelvollisuutta yrityskaupoissa ei kuitenkaan ole johdettavissa suoraan kauppalain säännöksistä. Oikeuskirjallisuudessa due diligence -tarkastuksen on katsottu merkitsevän vähintään sitä, että ostajan tosiasiallisesti katsotaan havainneen sen, mitä hänen kauppalain mukaan *olisi pitänyt havaita*.⁴⁰ KL:n 20 §:n 1 momentin mukaan ostaja ei saa virheenä vedota seikkaan, josta hänen täytyy olettaa tietneen kauppaa tehtäessä. ”Tietoisuusvaatimusta” täsmennetään KL 20 §:n 2 momentissa seuraavasti:

”Jos ostaja on ennen kaupantekoa tarkastanut tavaran tai ilman hyväksyttävää syytä laiminlyönyt noudattaa myyjän kehotusta tarkastaa se, hän ei saa virheenä vedota seikkaan jonka hänen olisi pitänyt tarkastuksessa havaita, ellei myyjä ole menetellyt kunnianvastaisesti ja arvottomasti.”

Oikeuskirjallisuudessa onkin katsottu, ettei ostaja voi virheenä vedota seikkoihin, jotka hänen olisi pitänyt havaita due diligence -tarkastuksessa. Tekemänsä due diligence -tarkastuksen perusteella ostajan katsotaan näin ollen hyväksyneen kaupan kohteen siltä osin, kuin ostaja on siihen perehtynyt taikka sen olisi tullut siihen perehtyä.⁴¹ Se, mitä ostajan olisi pitänyt havaita, arvioidaan tapauskohtaisesti ostajan yleisen aseman ja asiantuntemuksen perusteella. Jo asiantuntija-asema ankaroiittaa kauppalain esitöiden mukaan selonottovelvollisuutta.⁴² KL 20 §:n esitöissä on lisäksi todettu, että pelkkä se tosiasia, että ostaja havaitsee virheen, ei kuitenkaan ole riittävä myyjän vastuun poissulkemiseksi. Merkitystä on lisäksi sillä, että ostaja ymmärtää virheen tosiasiallisen merkityksen kaupan toteutumisen kannalta.

Ostajan ennakkotarkastuksen ohella due diligence -tarkastusten päämääränä on myös myyjälle erityisesti KL 19 §:ään perustuvan *tiedonantovelvollisuuden toteuttaminen*, mikä tapahtuu ennen muuta luovuttamalla ostajan pyytämä due diligence -materiaali tämän käyttöön. Tämä voidaan myös toteuttaa kokoamalla ostajan tarkastettavaksi tarkoitettu aineisto tiettyyn tilaan (ns. *data room*), johon ostajalle neuvonantajineen myönnetään

³⁹ Kauppalain soveltuvuus osakekauppoihin todettiin korkeimman oikeuden ratkaisussa KKO 2001:35. Ks. myös *Hidén* 2002 s. 30. Sen sijaan esim. CISG:n 2 artiklan d-kohdassa osakekaupat on rajattu soveltamisalan ulkopuolelle, minkä vuoksi CISG soveltuu vain liikekauppaan.

⁴⁰ *Lindholm – Hakoranta* DL 1997 s. 91 ja *Blomquist ym.* 2001 s. 23.

⁴¹ *Lindholm – Hakoranta* DL 1997 s. 91.

⁴² HE 93/1986 s. 65

pääsy sovittuna ajankohtana. Tarkastusta täydennetään yleensä myös haastatteluin sekä lisäinformaatiopyynnöin. Mikäli ostaja ei tarkastuksessa havaitse jotakin seikkaa, tämä joutuu lähtökohtaisesti kärsimään tästä aiheutuneen vahingon. Näin ollen ennakkotarkastuksen sallimalla myyjä pyrkiikin tosiasiallisesti rajoittamaan virhevastuutaan. Tiedonantovelvollisuuden tehokas toteuttaminen edellyttää kuitenkin, ettei myyjä ole menetellyt kunnianvastaisesti ja arvottomasti.⁴³ Mitä laajemman ja perusteellisemmän tarkastusoikeuden ostaja saa, sitä rajoitetumpi on kuitenkin periaatteessa myyjän vastuu.⁴⁴ Selonottovelvollisuutensa laiminlyönyt ostaja ottaakin tietoisesti riskin siitä, että kauppa sitoo häntä sellaisenaan mahdollisesta virheestä huolimatta. Ostajan selonottovelvollisuuden laiminlyönti on siten vaikutuksiltaan rinnastettava virheeseen, josta ostaja on ollut tietoinen sitoutuessaan sopimukseen.

Yrityskaupassa selonottovelvollisuuden arvioinnissa on lähdettävä siitä, että alaan ja yritysmaailmaan perehtyneet sopijakumppanit solmivat kaupan riittäviksi katsomiensa neuvottelujen jälkeen. Ostajan toteuttamalle kohdeyhtiön tarkastukselle voidaankin asettaa varsin korkeita vaatimuksia. Jos ostajalla ei ole kykyä arvioida kohdeyrityksen ominaisuuksia, on hänen lähtökohtaisesti turvaututtava asiantuntija-apuun suorittamassaan tarkastuksessa.⁴⁵ Yrityskaupan riskien minimoimiseksi ostaja lähes poikkeuksetta teettää asiantuntijoilla muun muassa oikeudellisen sekä taloudellisen tarkastuksen kohdeyhtiön tilasta.⁴⁶

⁴³ Kysymys tiedonantovelvollisuuden epätäydellisestä toteuttamisesta voi aktualisoitua esimerkiksi silloin, kun myyjä on koonnut data roomiin runsaasti myös sellaista materiaalia, jolla ei ole relevanssia yrityskaupan toteuttamisen kannalta. Mikäli tarkastukseen on käytettävissä vain lyhyt aika, tällainen materiaalin paljous saattaa olennaisesti vaikeuttaa ostajan toteuttamaa tarkastusta erityisesti silloin, kun materiaali on koottu epäjohtonmukaisesti. Myös esimerkiksi se, ettei myyjän data roomissa esillä olevista dokumenteista laatima luettelo vastaa todellista asiantilaa, voinee johtaa siihen, ettei myyjä voida katsoa täyttäneen tiedonantovelvollisuuttaan tehokkaalla tavalla. Näistä *Prusila* 8.1.2004.

⁴⁴ *Hakoranta – Lindholm* DL 1997 s. 84.

⁴⁵ Asiantuntijoiden käytöstä tarkastuksessa on hallituksen esityksessä kauppalaiksi (HE 93/1986 s. 65) todettu, ettei ostajan syyksi yleensä voida lukea niiden käyttämättä jättämistä. Koska merkittävässä yrityskaupoissa kuitenkin säännönmukaisesti käytetään ulkopuolisia asiantuntijoita, jää kysymys velvollisuudesta käyttää asiantuntijoita käytännössä koskemaan vain pienempiä yrityskauppoja.

⁴⁶ Yrityksen kohteen ennakkotarkastuksissa käytetään muun muassa investointipankkien, strategiakonsulttien, tilintarkastajien ja asianajajien palveluita. Tästä esim. *Blomquist ym.* 2001 s. 22. Yrityskaupan kohteen ennakkotarkastuksen eri osa-alueita kutsutaan *business, legal, financial, tax ja environmental due diligenceksi*.

2.2 Asianajajayhtiön rooli

Kauppan kohteen ”oikeudellinen” ennakkotarkastus (*legal due diligence*) on due diligence -tutkimusten keskeinen osa-alue, jonka suorittavat yleensä ostajan lukuun toimivat asianajajat tai muut lakimiehet.⁴⁷ Ostajan ennakkotarkastus kohdistuu pääasiallisesti sellaisten riskien ja vastuiden kartoittamiseen, jotka eivät ilmene kohdeyhtiöstä yleisesti saatavilla olevasta informaatiosta, kuten tilinpäätöstiedoista.⁴⁸ Legal due diligencessä tarkastetaan muun muassa yhtiöoikeudellinen dokumentaatio,⁴⁹ kohdeyrityksen sopimuskannat, kuten esimerkiksi työ- ja toimisopimukset,⁵⁰ vuokra-, toimitus-, edustus-, jakelu- ja jälleenmyyntisopimukset,⁵¹ vireillä olevat oikeudenkäynnit tai oikeudenkäyntien uhat, immateriaalioikeudet,⁵² ympäristöasiat, lupa-asiat, velat, vastuut ja saatavat sekä vakuutukset. Asianajajayhtiön tehtäviin due diligence -toimeksiannossa kuuluu sopimuksien analysointi, yrityskauppojen sisältämien riskien kartoittaminen sekä esimerkiksi oikeudenkäyntien seikkaperäinen tutkiminen. Tärkeä osuus analyysissä on riskin taloudellisen vaikutuksen hahmottaminen.⁵³

Due diligence -tarkastuksen ensisijainen tarkoitus onkin antaa ostajalle selkeä kuva kohdeyrityksestä ja sen arvosta sekä vähentää tuntemattomiin vastuisiin liittyvää riskiä. Ostajan due diligence -prosessi pitää sisällään kohdeyritystä koskevan aineiston keräämisen, sen analysoinnin sekä raportoinnin. Aineisto kerätään sekä julkisista lähteistä että kysymyslistoilla suoraan kohdeyrityksiltä. Käytännössä due diligence -tarkastus voi vaikuttaa yrityskaupan toteuttamispäätökseen, kauppahintaan, kaupan rakenteeseen, kauppaehtoihin ja myyjän takuiden ja vakuutusten sisältöön sekä myyjän ja ostajan väliseen riskien jakamiseen.⁵⁴

Tarkastusten ja aineiston analysoinnin perusteella laadittavan raportin kirjoittaminen ajoittuu yleensä due diligence -prosessin loppuun, mutta

⁴⁷ Kurkela – Ståhlberg DL 1997 s. 915.

⁴⁸ Tästä esim. Wist – Oker-Blom – Pöntynen JFT 2001 s. 426 ja Kurkela – Ståhlberg DL 2001 s. 915.

⁴⁹ Tästä mm. Blomquist ym. 2001 s. 83 ja Saanio 2003 s. 21.

⁵⁰ Ks. Blomquist ym. 2001 s. 85 ja Saanio 2003 s. 22–23.

⁵¹ Olennaisten sopimusten osalta tarkistetaan erityisesti se, rajoittavatko ne yhtiön tulevia hankkeita ja vaikuttaako esimerkiksi omistajanvaihdos sopimusten jatkuvuuteen (ns. *change of control* -lausekkeet, siirtokiellot ja purkuehdot). Tästä Blomquist ym. 2001 s. 84 ja Saanio 2003 s. 22–26.

⁵² Ks. Blomquist ym. 2001 s. 85 ja Saanio 2003 s. 22 ja 24.

⁵³ Samoin Koivu – Myllymäki 1999 s. 184–185.

⁵⁴ Blomquist ym. 2001s. 18–20. Ks. myös Lauriala 2001 s. 100–101 ja 147–149.

käytännössä päämiestä tiedotetaan olennaisista havainnosta tarkastusten ja neuvotteluiden edetessä. Raporttiin kirjataan tarkastetun aineiston lyhyt kuvaus sekä tärkeimmät havainnot. Raportissa keskeisintä on tiivistäminen, johtopäätösten tekeminen sekä toimenpidesuosituksen antaminen. Jokaisen tutkittavan osa-alueen kohdalla tulisi pohtia, mitkä ovat sellaisia seikkoja, jotka saattavat kaataa koko kaupan tai mitä ehdottomia tarpeita ja vaatimuksia ostajalla on kullekin toiminnolle sekä mikä niiden merkitys on jatkossa, mikäli yrityskauppa toteutuu.⁵⁵

Due diligence -raportit koostuvat käytännössä seuraavista osista: 1) toimeksiannon kuvaus; 2) tiivistelmä tärkeimmistä havainnoista (ns. *executive summary*); 3) itse raportti sekä 4) raportin liitteet⁵⁶. Jotta due diligence -tarkastus täyttäisi tavoitteensa, tarkastustyö suositellaan käytännössä priorisoitavaksi siten, että olennaiset transaktion ja sen tarkoituksen vaarantavat riskit kartoitetaan ensin.⁵⁷ Toisen havaintoryhmän muodostavat riskit ja puutteet, jotka olennaisesti vaikuttavat järjestelyn sopimusehtoihin. Kolmas havaintoryhmä on sellaiset riskit ja puutteet, jotka voidaan korjata ja joilla ei ole olennaista vaikutusta sopimuskokonaisuuteen.

2.3 Vastuusuhteiden täsmentäminen

Asianajajayhtiön vahingonkorvausvelvollisuus voi tulla edellä esitetyn perusteella kysymykseen silloin, kun väitetään, että sen toteuttaman due diligence -tarkastuksen ja siitä laaditun raportin perusteella yrityskaupan kohteesta on tehty virheellinen arvonmääritys. Kaupan kohde ei tällöin olekaan ollut sellainen, mitä raportin perusteella on ollut aihetta olettaa. Myyjä olisi toki ensisijainen vastuusubjekti vahingosta, joka aiheutuu sen vuoksi, ettei yrityskaupan kohde ole odotetunmukainen. Vaatimuksia ei kuitenkaan välttämättä voida esittää myyjä kohtaan: yrityskaupan kohteessa ei voida katsoa olevan virhettä esimerkiksi sen vuoksi, että ostajan olisi pitänyt havaita väitetty puute KL:n edellyttämällä tavalla tekemässään due diligence -tarkastuksessa. Tällöin ostajan voidaan katsoa hyväksyneen

⁵⁵ Saanio 2003 s. 33. Samoin Koivu – Myllymäki 1999 s. 183 ja Blomquist ym. 2001 s. 46–47.

⁵⁶ Toimeksiannon kuvauksesta esim. Blomquist ym. 2001 s. 46. Tiivistelmäosasta eli *executive summary*stä esim. Blomquist ym. 2001 s. 46. Tiivistelmän todetaan olevan usein ainoa dokumentti, jonka toimeksiantajalla on lukea perusteellisesti neuvotteluprosessin aikana. Tiivistelmässä listataan tärkeimmät havainnot ja annetaan niiden osalta toimintasuosituksia. Ks. Saanio 2003 s. 30.

⁵⁷ Ks. myös Blomquist ym. 2001 s. 19 Näitä kutsutaan ns. *deal breakereiksi* ja ne voivat estää kaupan syntymisen.

kaupan kohteen sellaisenaan.⁵⁸

Erityisesti silloin, kun ostaja ei voi kohdistaa vaatimuksiaan myyjään, herää kysymys, missä laajuudessa ostaja voi kompensoida kärsimäänsä tappiota (ylisuuri kauppahinta) kohdistamalla vaatimuksia huolimattomasti toimineeseen asianajajayhtiöön.⁵⁹ Ostajan näkökulmasta vahingonkorvausvaade on tällöin kytköksissä tämän käsitykseen siitä, että kaupan kohde on virheellinen. Mikäli vahingonkorvausta vaaditaan due diligence -toimeksiannon perusteella asianajajayhtiöltä, on vahingonkorvausvelvollisuuden aiheuttava syy kuitenkin *suoritusvirhe toimeksiannon toteuttamisessa*. Lähtöoletuksena tässä tutkielmassa onkin tällöin se, että väitetty yrityksen arvoon alentavasti vaikuttava seikka ”olisi pitänyt havaita” due diligence -tarkastuksessa. Tämä edellyttää käytännössä sitä, että seikkaa koskeva tieto olisi ollut tarkastajien saatavilla esimerkiksi datahuoneessa tai se on muutoin asianmukaisesti toimitettu ostajan ja tämän neuvonantajien käyttöön. Mikäli due diligence -toimeksiannon toteuttavalla asianajajayhtiöllä ei kuitenkaan ole ollut todellista mahdollisuutta tutustua tällaiseen tietoon tarkastusta tehdessään, ei asianajajayhtiön vastuu tule kysymykseen. Seuraavassa on täsmennetty tarkasteltava vastuutilanne ja kysymykset, joihin tutkimuksessa otetaan kantaa.

⁵⁸ Vrt. myös *Välimäki* DL 2000 s. 959–973, joka toteaa, että *asuntokaupoissa* sopimuksen ulkopuolisten tahojen merkitys on lisääntynyt, mikä on monipuolistanut kysymyksenasettelua myyjän tiedonanto- ja ostajan selonottovelvollisuuden välillä. Asiantuntijoiden lausunnot vaikuttavat usein ratkaisevasti kaupantekopäätökseen. Välimäki toteaa, että asianajajayhtiön käyttäminen saattaa laajentaa ostajan selonottovelvollisuutta kaventaen samalla piilevän virheen alaa. Tällainen kysymyksenasettelu on relevantti myös yrityskaupoissa, joissa ulkopuolisten asiantuntijoiden rooli on erityisen korostunut.

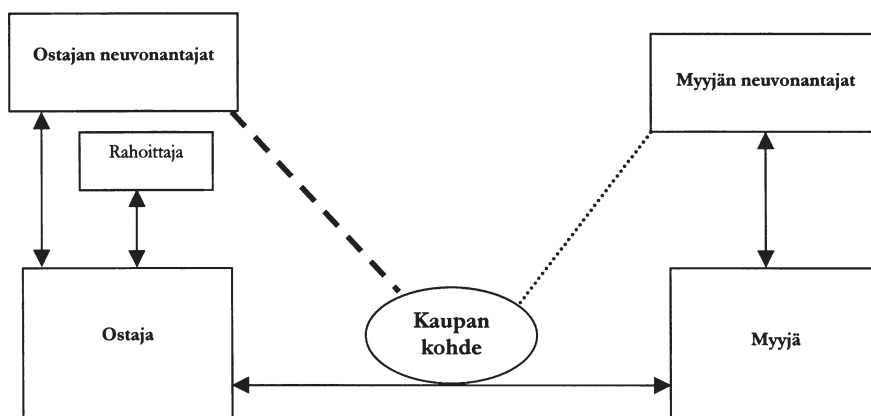
⁵⁹ Näin väitetään tapahtuneen johdannossa mainitussa tapauksessa. Tapaus liittyy norjalaisen Schibstedin vuonna 1998 toteuttamaan yrityskauppaan, jossa se hankki Svenska Dagbladetin. Schibstedin neuvonantajana yrityskaupassa toimi ruotsalainen asianajajayhtiö. Se ei ollut uutisten mukaan huomionnut due diligence -tarkastuksessa kilpailijoiden Svenska Dagbladetin ja Dagens Nyheterin välistä sopimusta näiden omistamasta Pressens Morgontjänst -jakeluyrityksestä. Sopimuksessa olleessa ns. *change of control* -lausekkeessa määrättiin, että mikäli Svenska Dagbladetin omistajuus vaihtuu, Dagens Nyheterillä on oikeus ostaa Svenska Dagbladetin osuus (20 %) Pressens Morgontjänstistä sopimuksessa määrättyllä hinnalla. Yrityskaupan jälkeen Dagens Nyheter *change of control* -lausekkeeseen vedoten hankki Svenska Dagbladetin osuuden osakkeiden nimellisarvosta eli artikkelin mukaan ”pilkkahinnalla”. Koska jakeluyritys oli huomattavan tärkeä Svenska Dagbladetin liiketoiminnalle, Dagens Nyheter myöntyi joulukuussa 2000 myymään puolet Pressens Morgontjänstin osakekannasta 97,5 miljoonan kruunulla Svenska Dagbladetille. (Point-Lex uutistietokannan 23.10., 24.10., 25.10., 5.11. ja 7.11.2002 julkaistut artikkelit, www.pointlex.se/pub/standard.asp?art_id=21528&iM=, viittauspäivä 23.10.2003).

TILANNE:

1. Asianajajayhtiö on tehnyt ostajan toimeksiannosta kaupan kohteen ennakkotarkastuksen;
2. Due diligence -raportissa väitetään annetun puutteellista tai virheellistä tietoa kaupan kohteesta; ja
3. Yrityskaupan kohteen taloudellinen tai oikeudellinen asema ei vastaa odotettua, jolloin ostaja arvioi maksaneensa siitä liian korkean hinnan.

KYSYMYKSET:

1. Voiko asianajajayhtiö joutua vastuuseen ja keitä kohtaan vastuu voi syntyä?
2. Millä perusteella vahingonkorvausvelvollisuus syntyy ja onko vastuun sisältö ja määrä sama vastuumuodosta riippumatta?
3. Miten aiheutunut vahinko määritellään ja miten asianajajayhtiön vastuun laajuus määräytyy?



Kuvio 2. Yrityskaupan valmisteluun ja toimeenpanoon osallistuvia

Yllä kuviossa 2 on kuvattu toimijoita, jotka osallistuvat yrityskaupan valmisteluun ja sen toteuttamiseen. Tässä tutkielmassa käsiteltävässä tyyppitilanteessa vastuuseen vaaditun asianajajayhtiön päämies on kohdeyrityksen ostaja, jonka neuvonantajana asianajajayhtiö on toteuttanut kaupan kohteen oikeudellisen ennakkotarkastuksen. Sopimussuhteita kuviossa on ensinnäkin myyjän ja potentiaalisen ostajan välillä: nämä sopivat keskenään due diligence -tarkastuksen toteuttamisesta ja laajuudesta.⁶⁰ Kaupan toteutuessa nämä sopivat myöhemmin varsinaisessa kauppakirjassa myös

⁶⁰ Kuviossa sopimussuhteita on kuvattu nuolin. Katkoviivat puolestaan kuvaavat neuvonantajien tekemiä due diligence -tarkastuksia.

due diligence -tarkastuksen merkityksestä ja kaupan kohteen muista ominaisuuksista. Tarkasteltavassa tilanteessa ostajan ja tämän neuvonantajien – kuten asianajajayhtiön – välillä on toimeksiantosopimussuhde. Asianajajayhtiön mahdollinen vastuu raporttiin luottanutta kolmatta, kuten raioittajaa, kohtaan on sen sijaan sopimussuhteen puuttumisen vuoksi deliktiperusteista.

3 TUOTTAMUS OIKEUSPERUSTEENA

3.1 Yleistä tuottamuvastuusta

Se, jolle on aiheutunut vahinkoa, joutuu aina lähtökohtaisesti kärsimään häntä kohdanneen vahingon, elleivät tietyt edellytykset täyty. Ensinnäkin edellytetään *oikeusperustetta* (tuottamus tai tahallisuus), johon vedoten vahinko voidaan siirtää jonkun toisen korvattavaksi. Toiseksi vastuun perusteena olevan teon ja *vahingon syntymisen* välisen suhteen, *syy-yhteyden*, tulee täyttää tietyt vaatimukset.⁶¹ Oikeusperustetta, korvattavaa vahinkoa, syy-yhteyttä ja adekvaattisuusvaatimusta koskevat kysymykset ovat relevantteja sekä sopimus- että sopimuksenulkoisessa vastuussa, minkä vuoksi niitä on seuraavissa jaksoissa 3 ja 4 tarkasteltu yhdessä.

Perusedellytys asianajajayhtiön vahingonkorvausvelvollisuudelle sekä sopimus- että sopimuksen- ulkoisessa suhteessa on, että asianajajayhtiön voidaan katsoa toimineen tuottamuksellisesti. Sopimussuhteessa tuottamus on todistelun kannalta presumoitua, sillä todistustaakka on tällöin pääsääntöisesti käännettyä (ns. ekskulpaatiovastuu). Tämä tarkoittaa sitä, että vahingonkorvausasiassa vastaajana olevan asianajajayhtiön tulee vastuun välttämiseksi osoittaa toimineensa huolellisesti toimeksiantoa toteuttaessaan ja kumota täten kantajapuolen väite oikeusperusteen olemassaolosta. Sopimuksenulkoisessa vahingonkorvausasiassa todistustaakka tuottamuksesta on sen sijaan pääsäännön mukaisesti vahingonkorvausta vaativalla kantajalla.⁶²

Toimeksiantosopimussuhteessa tuottamus ilmenee sopimusvelvoitteiden rikkomisena:⁶³ toimeksiantoa ei tällöin ole suoritettu riittävän huolellises-

⁶¹ Korvausvastuun perusedellytyksistä mm. *Routamo – Ståhlberg* 2000 s. 30–35.

⁶² *Lappalainen ym.* 2003 s. 559.

⁶³ Vastuu voi toki perustua myös *tahallisuuteen*, mutta selvät tahallisuustilanteet on rajattu tämän tutkimuksen ulkopuolelle.

ti, minkä vuoksi siinä voidaan katsoa olevan virhe. Aineettomien neuvontapalvelujen kohdalla suorituksen asianmukaista täyttämistä ei yleensä voida erottaa velalliseen kohdistuvista huolellisuusvaatimuksista.⁶⁴ Näin on myös due diligence -toimeksiannon virheellisyyttä määritettäessä. Jos asianajajayhtiö on osoittanut riittävää huolellisuutta velvoitteidensa täyttämässä, suoritusvirhettä ei ole tapahtunut. Mikäli menettely on sen sijaan ollut huolimaton, vahingonkorvauksen edellytykset saattavat täytyä. Myös sopimusenluokaisessa vastuutarkastelussa tuottamus on erityinen oikeusperuste, jonka nojalla vahingonkärsinyt voi vyyryttää vahingon toisen kannettavaksi.⁶⁵ Tuottamusarviointi onkin siten olennainen sekä sopimus- että sopimusenluokaisessa suhteessa – arvioinnin tarkempi sisältö vaihtelee kuitenkin vastuumuodoittain.

Koska yhtenäistä neuvontapalveluita koskevaa lainsäädäntöä ei ole ja yleiset vastuunormit ovat sopimussuhteissa tältä osin rajoittuneet kauppa-kaaren 18 luvun melko ylimalkaisiin ”toimitsijoita ja asiamiehiä” koskeviin oikeusohjeisiin, on neuvonantajien vastuuta ja tuottamusta määritettäessä turvaututtava ensisijaisesti oikeuskäytäntöön ja yleisiin oikeusperiaatteisiin.⁶⁶ Neuvonantajapalveluita koskevan pohjoismaisen doktriinin mukaan asianajajayhtiön tuottamusta ja huolellisuusvelvoitteita voidaan arvioida ensinnäkin ns. *professiovastuun* näkökulmasta.⁶⁷ Lisäksi asianajajien professiota ammattikuntaa koskee myös alan oma eettinen normisto, *hyvä asianajajatapa*.

3.2 Asianajajayhtiön huolellisuusvelvoitteita sääntelevä normisto

3.2.1 *Professiovastuu*

Asianajajien, kuten myös lukuisien muidenkin erityisalojen ammattilaisten toiminnassa heijastuu aseman mukanaan tuoma korotetun huolellisuuden vaatimus.⁶⁸ Tätä on oikeustieteessä kuvattu käsitteellä *professiovas-*

⁶⁴ Tästä esim. *Hemmo* 1997 s. 183.

⁶⁵ *Routamo – Ståhlberg* 2000 s. 37–38. Tässä tutkimuksessa käsitteitä huolimattomuus ja tuottamus käytetään rinnan.

⁶⁶ Ks. *Halila – Hemmo* 1996 s. 152–153. Tilanne on samanlainen myös Ruotsissa, ks. *SOU* 2002:41 s. 32–33.

⁶⁷ *Professiovastuusta* ks. myös tilintarkastajan vastuuta oikeustaloustieteen näkökulmasta tutkinut *Aspholm* 2002 s. 38–39.

⁶⁸ Asianajajien ammattikuntaa muistuttavia professioita ovat esimerkiksi tilintarkastajien, konsulttien ja kiinteistönvälittäjien ammattikunnat. Näistä esim. *Jørgensen* 2001 s. 8–9, samoin *Hemmo DL* 1995 s. 569–570.

tuu. Huolellisuusarviointia korottavat erityisasiantuntijan tiedot ja taidot sekä tämän riskinarviointikyky.⁶⁹ Myös oikeuskäytännössä asiantuntijuus on mainittu huolellisuusvelvoitteita lisääväksi perusteeksi.⁷⁰ Vaatimukset ovat tällöin korkeammat kuin määrittelemätöntä ihmisryhmää koskevissa tilanteissa. Näin ollen suhteellisen lievänkin tuottamuksen voidaan katsoa aiheuttavan asiantuntijan vastuun.⁷¹

Asianajajan vastuuta pidetään oikeuskirjallisuudessa professiovastuun eräänä alalajina, jonka erityispiirteitä ovat muun muassa erityisen oikeudellisen asiantuntemuksen vaatimus sekä päämiehen oikeus luottaa asianajajan ammattitaitoon. Luottamus perustuu asianajotoiminnan erityiseen julkiseen luonteeseen ja asianajajan asemaan asianajajaliiton hyväksymänä jäsenenä.⁷² Myös pohjoismaissa professio- ja neuvonantajavastuuta koskevassa doktriinissa on korostettu asiantuntija-aseman mukanaan tuomaa luottamusta.⁷³ Luottamukseen on viitattu myös oikeuskäytännössä esimerkiksi korkeimman oikeuden tapauksessa KKO 1992:44:

”A on siten esiintynyt julkista luottamusta herättävässä asemassa, mutta jättänyt riittävästi noudattamatta tuon luottamuksen perusteena olevaa asianajajan tunnollisuutta ja tehtävänsä vaatimaa tasapuolisuutta.”

Tapauksessa oli kyse sopimussuhteen ulkopuolisesta vastuusta, jolloin tarkasteltavana olivat VahL 5:1 mukaiset ”erityisen painavat syyt”. Niiden olemassaoloa perusteltiin tapauksessa asianajajan asemalla ja sillä, että asianajajalla on Suomen Asianajajaliiton sääntöjen mukaan erityinen velvollisuus toimia tunnollisesti.⁷⁴ Erityiseen ammattitaitoon perustuva tuottamusarvioinnin kiristyminen soveltuukin yhtä lailla sopimuksenulkoiseen kuin

⁶⁹ Professiovastuusta (*professionsansvar*) esim. *Kruse* 1974 s. 7–12, *Jørgensen* 2001 s. 1–13, *Heuman* 1986 s. 22–24 ja *Kleineman SvJT* 1998 s. 188.

⁷⁰ Ks. uusimmasta oikeuskäytännöstä korkeimman perustelut tapauksessa KKO 2001:128, jossa korkein oikeus viittasi tilitoimistopalvelujen ja verokonsultoinnin ammattimaiseen harjoittamiseen ja siihen, mitä tilitoimiston olisi asiantuntijana toimeksiantoa hoitaessaan pitänyt havaita.

⁷¹ *Hemmo* 1998 s. 42–43. Samoin *SOU* 2002:41 s. 33. Ks. myös investointipankin huolellisuusvelvoitteista *Lauriala* 2001 s. 136–137.

⁷² *Wiklund* 1973 s. 1, *Heuman* 1986 s. 22 ja *Peltonen DL* 2001 s. 5.

⁷³ Ks. *Heuman* 1987 s. 22–23.

⁷⁴ Tapauksesta esim. *Hemmo* 1998 s. 74. Luottamusperiaatetta osittain vastaavasta anglo-amerikkalaisesta käsitteestä ”*fiduciary duty*” ks. esim. *Patrick* 2003 s. 916. Yleensä tunnollisuus- ja lojaliteettivaatimukset liittyvät nimenomaan toimeksiantosuhteeseen, jolloin kolmanteen kohdistuva vastuu voidaan pyrkiä torjumaan päämiehen kohdistuvaan luottamusasemaan vedoten.

sopimusperusteiseenkin vastuuseen, sillä ankaroitettun tuottamusarvioinnin oikeuspoliittiset perustelut pätevät kummassakin vastuumuodossa.⁷⁵

Professiovastuun sisältöä on oikeuskirjallisuudessa hahmotettu apukäsittein. Erityisesti neuvontapalveluihin kuuluu pohjoismaisessa doktriinissa ensinnäkin työntulos- ja toimintavastuun erottelu:⁷⁶ neuvontapalveluja koskevien sopimusten onkin katsottu lähtökohtaisesti kuuluvan *työntekösopimukseen* eikä työntulosopimukseen. Tanskassa ja Ruotsissa erottelua on käytetty myös virallislähteissä; niihin viitattiin esimerkiksi ruotsalaisessa mietinnössä SOU 2002:41, joka koskee kuluttajille tarjottavia taloudellisia neuvonantajapalveluita.⁷⁷ Neuvonantajapalveludoktriinin mukaan neuvonantajien vastuun arvioimisessa ei yleensä ole lähtökohtana lopputuloksen tarkastelu (*ansvar för resultat*) vaan se, miten tehtävä on suoritettu. Näin myös asianajajan tuottamusvastuu on kuvattavissa toimintavastuuksi (*ansvar för metod och åtgärder*).⁷⁸ Pelkkä neuvon virheellisyys tai toivotun tuloksen saavuttamatta jättäminen ei välttämättä ole sopimusrikkomus. Sen sijaan asianmukaisesta työprosessista poikkeaminen voi ylittää tuottamuskyynnyksen.⁷⁹ Pohjoismaisessa doktriinissa tätä kuvataan käsitteellä ”metodivastuu” (*metodansvar*).

Edellä mainitun metodivastuun lisäksi ruotsalaisessa oikeuskirjallisuudessa on erotettu asiantuntijan ns. informaatiovastuu (*”informationsansvar”*) sekä siihen sisältyvä ns. pedagoginen vastuu (*”den pedagogiska plikten”*).⁸⁰ Esimerkiksi asianajaja voi joissakin tapauksissa joutua vahingonkorvausvastuuseen siitä huolimatta, ettei hän ole suorittanut itse toimeksiantoa huolimattomasti. Mikäli asianajaja on antanut juridiset neuvonsa siten muotoiltuina, että päämies on ymmärtänyt annetun ohjeen sisällön väärin ja tehnyt epäselvien ohjeiden perusteella ”väärä päätöksiä”,

⁷⁵ Hemmo 1998 s. 42. Samaan tapaan Kivimäki 1924 s. 72.

⁷⁶ Ks. esim. Hemmo 1998 s. 46–48.

⁷⁷ SOU 2002:41. Huomionarvoista ruotsalaisissa esitöissä on se, että niissä viitataan avoimesti oikeustieteessä kehitettyihin käsitteisiin; tässä mietinnössä viitataan erityisesti *Kleinemanin* kirjoituksiin. Suomessa vastaavanlainen avoin viittaaminen tieteisoppiin on virallislähteissä harvinaisempaa. Tanskassakin neuvonantajapalveluita on käsitelty mietintötasolla (Rådgiverudvalget: Rådgiveransvar. Erhvervsministeriet (1998)). Tästä myös *Kleineman SvJT* 1998 s. 187.

⁷⁸ Peltonen DL 2001 s. 5. Tästä myös Heuman 1986 s.25. Metodivastuusta myös SOU 2002:41 s. 34–35 ja s. 60–61. Ks. myös Saxén 1995 s. 27.

⁷⁹ Ks. esim. Mäntysaari DL 2000 s. 246–269 verokonsultin vastuusta. Samasta yleisemmin Saxén 1995 s. 38–39.

⁸⁰ Tästä mm. SOU 2002:41 s. 32–39. Mietinnössä viitataan tältä osin myös *Kleinemaniin* (1998 s. 187).

asianajaja voi joutua vastuuseen päämiehelle näin aiheutuneesta vahingosta.⁸¹

Myös uudessa kotimaisessa oikeuskäytännössä on korostunut asiantuntijapalveluita tarjoavien aktiivisten *tiedonanto- ja neuvonantovelvollisuuksien vaatimukset*,⁸² jotka vastaavat sisällöltään edellä esitettyä ”informaatiovastuuta”. Asiantuntevammalla osapuolella on oikeuskäytännössä katsottu usein olevan velvollisuus antaa tarpeellisia tietoja esimerkiksi sopimukseen liittyvistä riskeistä. Tämän on myös varmistuttava siitä, että sopimuskumppani on ymmärtänyt sopimussuhteen kannalta olennaiset seikat. Toimeksiantajan oma asiantuntevuuskaan ei välttämättä vähennä tiedonantovelvollisuutta: onhan asiantuntijapalvelun käyttö jo sellaisenaan osoitus siitä, että toimeksiantaja katsoo palvelun tarjoajan itseään asiantuntevammaksi ja odottaa saavansa toimeksiannosta lisäarvoa.⁸³

Edellä professiovastuusta esitetty tarjoaa vain yleisiä suuntaviivoja asianajajayhtiön tuottamusta arvioitaessa. Olennainen kysymys on yleensä se, millaisella mittapuulla asianajajan velvollisuuksien sisältö tulee asettaa. Lähtökohtana oikeuskirjallisuudessa mainitaan yleensä objektiivisin kriteerein asetettu huolellisen keskivertoasianajajan vaatimustaso. Tällöin asianajajan suoritusta verrataan samaan ryhmään kuuluvien henkilöiden vastaavanlaisen toimeksiannon yhteydessä tekemiin suorituksiin.⁸⁴ Käytännössä edellä esitetyllä professiovastuulla tarkoitetaan asianajotoiminnassa sitä, että toimeksianto suoritetaan ammatillista standardia noudattaen.⁸⁵ Asianajajilla tämä huolellisuusvaatimus tarkoittaa ennen muuta *hyvän asianajajatavan* noudattamista.

3.2.2 Hyvä asianajajatapa

Asianajotoiminnan sisällöllisiä vaatimuksia ei ole määritelty lainsäädännössä yksityiskohtaisesti, vaan asianajajille on asetettu yleinen velvollisuus

⁸¹ *Heuman* 1987 s. 110–117. Samasta *Wiklund* 1973 s. 332–333 kappaleen 21.6 ”*Klara och rediga formuleringar*” alla.

⁸² Tällaisista sivuvelvoitteista ja niitä koskevasta oikeuskäytännöstä ks. esim. *Hemmo* 2001 s. 59–62 ja *Mäntysaari* DL 2000 s. 59–62.

⁸³ *Hemmo* 2003b s. 290–291.

⁸⁴ *Peltonen* 1994 s. 316 ja *Kruse* 1974 s. 9.

⁸⁵ Ks. esim. *Kruse* 1974 s. 9, *Heuman* 1986 s. 24, *Kleineman* SvJT 1998 s. 189. Samoin *Saxén* 1995 s. 80–81. Eri alojen erityissäätely vaikuttaa tuottamusarviointiin, esim. lakisääteisen tilintarkastajan on tässä ominaisuudessaan noudatettava hyvää tilintarkastustapaa. Ks. esim. *Aho – Vänskä* 1996 s. 81–110. Hyvään tilintarkastustapaan on tuottamusarviointissa viitattu myös KKO:n ratkaisussa KKO 1997:103. Vastaavasti kiinteistönvälittäjien vastuusta esim. *Jokimäki* 2001 s. 62–63.

suus noudattaa hyvää asianajotapaa. Asianajotoiminnan eettiset perusteet on kirjattu asianajajalain niin sanottuun yleissäännökseen (AAL 5.1 §), jonka mukaan asianajajan tulee rehellisesti ja tunnollisesti täyttää hänelle uskotut tehtävät sekä *kaikessa toiminnassa* noudattaa hyvää asianajajatapaa. Asianajotoiminnan ala on käytännössä tulkittu laajaksi, minkä vuoksi se käsittää lähtökohtaisesti myös yrityskauppakonsultoinnin.⁸⁶

Lainsäädännössä on vain muutamia täsmällisiä asianajotoimintaan liittyviä käyttäytymisnormeja. Edellä mainitun yleislausekkeen lisäksi asianajaja on Suomen Asianajajaliiton (SAL) sääntöjen 38 §:n mukaan velvollinen noudattamaan toiminnassaan liiton vahvistamia ohjeita. Hyvän asianajotavan vähimmäisvaatimukset onkin ilmaistu yleislausekkeen ohella myös *hyvää asianajotapaa koskevina ohjeina*.⁸⁷ Hyvä asianajotapa on oikeudellinen standardi kuten ”hyvä kauppatapa” ja ”hyvä vakuutustapa”. Se ei ole ennalta tarkasti määritelty, vaan yhteiskunnan mukana kehittyvä tapanormikokonaisuus.⁸⁸

Tapaohjeet saavat *Ylöstalon ja Tarkan* mukaan lisää painoarvoa siitä, että ne vastaavat suurilta osin muualla samanlaisen oikeuskulttuurin maissa vallitsevia vaatimuksia: asianajajaoikeudellinen säännöstö ja periaatteet ovatkin kansainvälisesti hyvin yhteneväisiä.⁸⁹ Yleisesti hyväksyttäviä ja laajalaisia asianajotoiminnan sääntöjä on laadittu myös kansainvälisesti. Näistä tärkeimpiä ovat International Bar Associationin (IBA) piirissä laaditut hyvää asianajajatapaa koskevat kansainväliset säännöt.⁹⁰ Nämä ovat kuitenkin suositusluontoisia säännöstöjä eikä niitä Suomessakaan ole erityisesti vahvistettu asianajajien noudatettavaksi. Sen sijaan Euroopan unionin asianajajaliittojen neuvoston (CCBE) Euroopan unionin asianajajien tapaohjeet sitovat suomalaisia asianajajia AAL 5 §:n 1 momentin yleissäännöksen ja SAL:n liittokokouksen päätöksen mukaisesti ETA:n alueella kansainvälisissä toimeksiannoissa.⁹¹ Ristiriitaisuus useiden sovellettavien tapaohjeiden välillä ratkaistaan lähtökohtaisesti ns. *ankarimman säännön periaatteella*.⁹²

⁸⁶ Ks. myös *Peltonen* 1994 s. 315 sekä myös *Halila – Hemmo* 1996 s. 193.

⁸⁷ Hyvää asianajajatapaa koskevat ohjeet (9.6.1972).

⁸⁸ Tästä mm. *Roschier-Holmberg* DL 1970 s. 505–506. Säännöt täsmentyvät SAL:n kurinpitolautakunnan ratkaisukäytännön myötä. Siten kurinpitopäätöksiä voidaan käyttää apuna arvioitaessa asianajajan vahingonkorvausvelvollisuutta. Tapaohjeet eivät kuitenkaan sääntele hyvää asianajajatapaa tyhjentäväsi.

⁸⁹ *Tarkka – Ylöstalo* 2001 s. 244. Ks. myös *Tarkka* DL 2001 s. 732–737.

⁹⁰ IBA:n ”Hyvää asianajajatapaa koskevat kansainväliset säännöt” ja IBA: General Principles of Ethics for Lawyers. Ks. myös *Halila H.* 1988 s. 33, 110 ja 220.

⁹¹ *Tarkka – Ylöstalo* 2000 s. 244–245.

⁹² *Tarkka* DL 2001 s. 734.

Hyvää asianajajatapaa koskeva yleislauseke (AAL 5.1 §) ei ole yleisluontoisuudestaan huolimatta vailla käytännöllistä merkitystä. Siinä on ilmaistu, millä tavalla asianajajan voidaan odottaa suhtautuvan tehtäviinsä ja miten hänen voidaan vaatia hoitavan ne. Asianajajalaista ilmenee *Ylöstalon* ja *Tarkan* mukaan myös se, että vaatimusten täyttämättä jättäminen ei ole vailla oikeudellisia seuraamuksia.⁹³ Vahingonkorvausoikeudelliseen ratkaisuun voivat heidän mukaansa vaikuttaa esimerkiksi asianajotehtävän erityislaatu sekä AAL 5 §:n 1 momentin velvoitteet. Niihin on myös nojaututtu oikeuskäytännössä. Tapaohjeet eivät kuitenkaan sido tuomioistuimia korvausvastuun edellytyksiä harkittaessa.⁹⁴

Hyvän asianajotavan vastainen menettely toimeksiantoa toteutettaessa voikin olla vahva indisio sopimusrikkomuksesta taikka deliktiperusteisesta tuottamuksesta. Esimerkiksi *Taxell* toteaaakin, että mikäli asianajaja on menettelyt vastoin tapaohjeisiin kirjattuja keskeisiä peruseriaatteita, ei varsinaista tuottamusarviointia tarvitse tehdä.⁹⁵ Tämä ei tarkoita sitä, että vahingonkorvausvastuu olisi tuottamuksesta riippumatonta.⁹⁶ *Halilan* ja *Hemmon* mukaan tapaohjeiden sivuuttaminen ei myöskään automaattisesti johda vahingonkorvausvastuuseen,⁹⁷ vaikka esimerkiksi *Routamo* ja *Ståhlberg* yksioikoisesti ja perusteluitta ovatkin todenneet, että tapaohjeen laiminlyönti johtaa korvausvastuuseen.⁹⁸ Tiukasti ottaen ammattikuntien eettiset normit, kuten hyvä asianajajatapa, kuuluvat kyllä oikeudelliseen vastuukenttään, sillä niiden rikkomiseen on liitetty oikeudellisia sanktioita. Eri asia on kuitenkin se, onko eettisen normin rikkomisen ja vahingonkorvausvelvollisuuden välillä välitön yhteys⁹⁹. Tuottamusarviointi on näet kurinpitomenettelyssä ja vahingonkorvausvelvollisuutta arvioitaessa erilainen. Vastuu on kurinpitomenettelyssä yleensä ankarampaa kuin tavanomainen tuottamustavastuu vahingonkorvausoikeudessa.¹⁰⁰

⁹³ *Tarkka – Ylöstalo* 2000 s. 81–82. Tätä lausumaansa he eivät kuitenkaan samassa yhteydessä tarkenna.

⁹⁴ *Peltonen* 1994 s. 315–316.

⁹⁵ *Taxell* 1993 s. 117. Samansuuntaisesti myös *Saxén* 1995 s. 26–27.

⁹⁶ Ks. *Hemmo* 1994 s. 250–251.

⁹⁷ *Halila – Hemmo* 1996 s. 202. Samoin myös *Heuman* 1987 s. 25. ”Ofta hävdas att begreppet god advokatssed är av betydelse för culpabedömning i skadeståndsmål. Någon absolut koppling anses dock inte föreligga.”

⁹⁸ *Routamo – Ståhlberg* 1995 s. 133.

⁹⁹ Ks. *Kleineman* NJM 1999 s. 444–445 ja *Haapanen* 2003 s. 21.

¹⁰⁰ Samanlaiset kysymyksenasettelut ovat relevantteja myös esim. urheilun eettisiä ohjeita sovellettaessa, ks. *Halila H.* DL 2003 s. 770 sekä journalistien eettisten ohjeiden osalta. Mikäli vahingonkorvausvelvollisuus perustetaan yhä useammin ammattikunnan eettisiin ohjeisiin, saattaa näillä ammattikunnilla olla kannustin muuttaa tapaohjeiden sisältöä löyhemmiksi.

Asianajajan hyvään asianajajatapaan perustuva siviilioikeudellinen vastuu ilmenee ensisijaisesti velvollisuutena suorittaa toimeksianto asianmukaisella ammattitaidolla ja huolellisuudella. Ensisijaiset velvoitteet ovat luonnollisesti suhteessa päämieheen: hyvää asianajajatapaa koskevien ohjeiden 1 §:ssä todetaankin, että *asianajaja on velvollinen lakia ja hyvää asianajajatapaa noudattaen parhaan kykynsä mukaan valvomaan päämiehen oikeutta ja etua*. Asianajajatoimeksiannon laadullisia ominaisuuksia painotetaan myös tapaohjeiden 2 §:ssä, jossa todetaan, että asianajajan tulee *rehellisesti ja tunnollisesti* täyttää kaikki hänelle uskotut tehtävät.

Toimeksiannon suorittamistapaa täsmennetään tapaohjeiden 22 §:ssä, jonka mukaan toimeksiannot on hoidettava *huolellisesti ja täsmällisesti ja tarpeellisella joutuisuudella sekä päämiehelle tarpeettomia kustannuksia aiheuttamatta*. Samassa yhteydessä vaaditaan myös, että *asianajajan antama lainopillinen neuvo on perustettava asian vaatimiin tutkimuksiin*.¹⁰¹ Tämän on niin ikään huolehdittava siitä, että hän kykenee suoriutumaan kaikista toimeksiannoistaan.¹⁰² Asianajajan vallassa onkin päättää, ottaako hän asianajotehtävän vastaan vai ei; tästä määrätään tapaohjeiden 11 §:ssä. Toimeksiantojen vastaanottamiseen liittyvästä asianajajien nimenomaisesta *torjuntavelvollisuudesta* on erikseen määrätty tapaohjeiden 13.2 §:ssä. Ohjeen mukaan asianajajan on torjuttava tehtävä, jos on olemassa jokin seikka, joka ilmeisesti estää asianajajaa vapaana sivuvaikutteista tai asian edellyttämällä joutuisuudella ja tarmolla valvomasta toimeksiantajan etuja. Aikapula sekä mahdolliset sivuvaikutteet aiheuttavat myös kansainvälisten tapaohjeiden mukaan torjumisvelvollisuuden.¹⁰³

Vaikka torjuntavelvollisuuden yhteydessä tapaohjeissa ei olekaan esitetty nimenomaista osaamisvaatimusta,¹⁰⁴ oikeuskirjallisuudessa on katsottu, että asianajajan on torjuttava tarjottu toimeksianto myös silloin, mikäli hän on epävarma omista kyvyistään hoitaa se.¹⁰⁵ Esimerkiksi CCBE:n

¹⁰¹ Ks. myös CCBE:n tapaohjeiden 3.1.2-kohta: ”asianajajan tulee neuvoa ja edustaa päämiestään joutuisasti, huolellisesti ja ahkerasti.”

¹⁰² Halila – Hemmo 1996 s. 197.

¹⁰³ Nämä periaatteet ilmenevät myös kansainvälisistä hyvää asianajajatapaa koskevista koonoksista. Ks. esim. CCBE:n tapaohjeet 3.1.3-kohta. ”Asianajaja ei saa ottaa vastaan toimeksiantoa, jos hän ei muiden työtehtävien vuoksi ehdi sitä viivytyksittä hoitamaan.” ja samoin IBA:n *General principles for ethics of lawyers*, 10 kohta.

¹⁰⁴ Ks. Peltonen DL 2001 s. 6, joka pitää puutteena sitä, ettei tapaohjeissa ole tällaista vaatimusta.

¹⁰⁵ Heuman 1987 s. 22–24 ja Ylänkö 1985 s. 70. Ks. myös IBA:n hyvää asianajajatapaa koskevat kansainväliset säännöt, 4-ohjeen kolmas kappale: ”Sanotusta syystä asianajat menettelevät väärin, jos he ottavat hoitaakseen asian, jota he eivät voi hoitaa ... tarpeellisella pätevyydellä.”

tapaohjeiden 3.1.3-kohta sisältää tämän periaatteen: ”*Jos asianajaja tietää tai hänen pitäisi tietää, ettei hän kykene saamaansa tehtävää hoitamaan, hänen on siitä luovuttava tai ryhdyttävä yhteistyöhön sellaisen asianajajan kanssa, joka pystyy tehtävään.*” Jos sopimuksen täyttäminen edellyttää erityistaitoja, voi näiden ominaisuuksien puuttuminen aiheuttaa korvausvastuun syntymisen.

Asianajajan tietotaidosta ja osaamisesta voidaan AAL 3 §:n kelpoisuusvaatimuksiin perustuen yleisellä tasolla todeta, että hänen kuuluu tavanomaisissa toimeksiannoissa oikeustieteen kandidaatin tutkinnon aineopinnot tason juridiikan hallitseminen. Tältä pohjalta asianajajan tutkimusvelvollisuus vaihtelee asian laadun ja merkityksen mukaan.¹⁰⁶ Oikeuskirjallisuudessa asianajajaosaamiseen on liitetty myös erityinen ”spesialistivastuu” (*specialistansvar*).¹⁰⁷ Tästä esimerkiksi *Ylänkö* toteaa, että mikäli asianajaja on maininnut tietyn oikeudenalan erityiseksi toimialakseen, tästä seuraa korostuneempi huolellisuusvelvoite: häneltä voidaan tällöin odottaa enemmän kuin tavalliselta erikoistumattomalta asianajajalta.¹⁰⁸

Kuten yllä esitetystä huomataan, asianajajan toimintaa ja huolellisuutta säättävät normit ja ohjeet ovat melko väljiä eikä yksityiskohtaista sääntelyä ole. Hyvää asianajajatapaa koskevat kirjoitetut normit eivät siten suoraan määrittele asianajajayhtiön huolellisuusvelvoitteen sisältöä *due diligence*-toimeksiannossa,¹⁰⁹ mutta jotain tulkinta-apua siitä voidaan saada arvioitaessa asianajajayhtiön tuottamusta.

3.3 Tuottamusarviointi *due diligence* -toimeksiannossa

3.3.1 Lähtökohtia

Käsiteltävässä toimeksiantotyyppissä asianajajayhtiön huolellisuusvelvoitteen tasoa kuvaa osaltaan jo yllä esitetty *due diligence* -käsitteen määritelmä.¹¹⁰ ”*Asianmukaisen huolellisesti*” on kuitenkin hyvän asianajajatavan lailla avoin määre, josta ei saa konkreettista tukea asianajajayhtiön tuotta-

¹⁰⁶ *Halila – Hemmo* 1996 s. 197.

¹⁰⁷ *Heuman* 1987 s. 88–94, samasta *Peltonen* DL 2001 s. 6 ja *Kleineman* SvJT 1998 s. 189.

¹⁰⁸ *Ylänkö* s. 1985 s. 69. Samoin myös *Kivimäki* 1924 s. 77 ja *Taxell* 1993 s. 98–99.

¹⁰⁹ *Kersby* JT 1997 s. 151.

¹¹⁰ Käsitteestä esim. *Haussila* 2002 s. 305. Arvopaperien liikkeeseenlaskun yhteydessä mahdolliset vastuussa olevat voivat virhevastuun välttääkseen vedota siihen, että he ovat noudattaneet toimitaan asianmukaista huolellisuutta (*due diligence*).

musarvioinnissa. Tuottamusarviointi ei olekaan palautettavissa miksiäkään laskukaavaksi: kunkin asianajotoimeksiannon sisältö ja vaikeusaste vaikuttavat sen arviointiin, onko asianajaja aiheuttanut vahingon tuottamuksellisesti.¹¹¹

Tuottamusarviointi varsinkin due diligence -toimeksiannon kaltaisessa immateriaalisia palveluja koskevassa toimeksiannossa on tarkan lainsäädännön ja oikeuskäytännön puuttuessa usein hankalaa. Lähtökohdaksi arvioinnissa voidaan ottaa se, että toimeksiannon suorittaa *juridiikan erityisasiantuntija* ja tuottamusarviointi koskee *virheellisiä tietoja* voimassa olevasta oikeudesta tai muusta asianajajayhtiö asiantuntemukseen kuuluvasta seikasta.¹¹² Due diligence -toimeksiannon hoidettavakseen ottavien asianajajayhtiöiden oletettaneen lähtökohtaisesti olevan spesialisteja alallaan,¹¹³ minkä vuoksi näiltä voidaan edellyttää erityistä taitoa. Näin ollen keskeinen arvioinnissa huomioonotettava seikka on myös edellä kuvattu *professionivastuu* sekä siihen liittyvä *luottamus* asianajajan ammattitaitoon.¹¹⁴ Tietyn asiantuntemuksen edellytyshän on myös vaikuttanut päämiehen päätökseen teettää due diligence -tarkastus asianajajayhtiöllä sen sijaan, että päämies olisi ryhtynyt tarkastustyöhön itse. Tämän lisäksi on otettava huomioon, että annetut tiedot otetaan *päätöksenteon perustaksi*:¹¹⁵ due diligence -raportti yleensä toimeksiantajan tukena yrityskauppaneuvotteiluissa.

Tuottamusarvioinnissa otetaan huomioon myös muita yleisiä näkökohtia, joilla on yleisesti merkitystä vastuutarkastelussa. Toimeksiantosuhteessa tällaisia seikkoja ovat esimerkiksi sopimusehtojen sisältö¹¹⁶ sekä palkkion suuruus.¹¹⁷ *Kersbyn* mielestä due diligence -toimeksiannoissa pelkästään

¹¹¹ *Heuman* 1987 s. 25. Tämä yksittäisen tapauksen olosuhteiden mukaan määräytyvä huolellisuus ja tarkkaavaisuus korostuu due diligence -käsitteen määrittelyssä myös anglosaksisissa maissa Vrt. U.S. Securities Act of 1933, Section 11:ssa annetaan due diligence defence -suoja sille, joka voi todistaa tehneensä sellaisen kohtuullisen tarkastuksen (*reasonable investigation*), jonka huolellinen mies suorittaisi hoitaessaan omaa omaisuuttaan ja hän ei tiennyt eikä hänen pitänytkään tietää annettujen tietojen virheellisyydestä.

¹¹² *Kersby JT* 1997 s. 155. *Kivimäki* 1924 s. 84 ja 173. Vaikka päämiehen oma korkea asiantuntemus ei lähtökohtaisesti vaikuta asiantuntijatoimeksisaajan tuottamusarviointiin, *Samuelssonin ja Sjøgaardin* (1993 s. 39) mukaan päämiehen *oma myötävaikutus* saattaa kuitenkin alentaa korvausmäärää.

¹¹³ *Kersby JT* 1997 s. 160–162.

¹¹⁴ *Kersby JT* 1997 s. 155. Ks. myös *Unger NJM* 2002 s. 571-586 ja *Tvede-Møller NJM* 1999 s. 159.

¹¹⁵ Tästä myös *Koivu – Myllymäki* 1999 s. 181.

¹¹⁶ Ks. esim. *Taxell* 1972 s. 95 ja *Saxén* 1995 s. 32. Myös erityiset toimiohjeet voivat määrittää vaadittavan huolellisuuden tasoa.

¹¹⁷ *Heuman* 1987 s. 13–18 ja 28–29. Samoin *Saxén* 1995 s. 30.

asianajajayhtiöiden yleinen palkkiotaso korottaa lähtökohtaisesti huolellisuusvelvoitetta. Myös verokonsultin vastuuta tutkinut *Mäntysaari* viittaa OikTL 6 §:n 2 momentista ja KL 19 §:n 1 momentin 3 kohdasta ilmeneviin periaatteisiin ja toteaa, ettei esimerkiksi verokonsultin työprosessi ole asianmukainen, jos se on olennaisesti huonompi kuin asiakkaalla palvelusta maksamansa hinta ja muut olosuhteet huomioon ottaen on ollut perusteltua aihetta edellyttää.¹¹⁸ Näillä perusteilla asianajajayhtiön huolellisuusvelvoitteet onkin yleensä asetettava korkealle due diligence -toimeksiantoa toteuttaessa.

Myös hyvän asianajajatavan vaatimukset korottavat huolellisuusvelvoitetta. Hyvä asianajajatapahan tulee noudatettavaksi myös due diligence -toimeksiannossa:¹¹⁹ asianajajien on lain mukaan noudatettava sitä *kaikesa toiminnassaan*. Due diligence -toimeksianto tosin eroaa perinteisemmistä juridisista toimeksiannoista siinä, että se saattaa sisältää varsinaisen oikeudellisen neuvonannon ohella myös kannanottoja, joiden voidaan katsoa olevan luonteeltaan liiketaloudellisia: kuten edellä jaksossa 2.2 on esitetty, asianajajayhtiön tulee joidenkin tehtyjen havaintojen perusteella arvioida riskin taloudellisia vaikutuksia sekä antaa päämiehelle toimintasuosituksia. Ulkoprosessuaalinen neuvontapalvelukin on kuitenkin *Wiklundin* mukaan selvästi asianajotoiminnan piiriin kuuluvaa, minkä vuoksi hyvä asianajajatapa tulee myös tällöin noudatettavaksi.¹²⁰ Toisaalta voidaan *Heumanin* tapaan todeta, etteivät tarkoituksenmukaisuuskannanotot ("*lämplighetsråd*") kuuluu asianajotoiminnan piiriin.¹²¹

Tätä mieltä on myös esimerkiksi *Mäntysaari*, joka toteaa, että asianajajan toiminnalle asetettavia vaatimuksia sovelletaan vain asianajajan "luontaiseen" toimintaan eikä asianajajan antamaan liiketaloudelliseen neuvontaan.¹²² Hän viittaa tässä yhteydessä myös *Kruseen*, joka on todennut, että: "*advokaten konsulteras således ikke her som egentlig sagkyndig, og ansvarsspørmålet bør derfor bedømmes tilsvarende 'mildare'*".¹²³ Koska erilaiset yrityskauppoihin liittyvät toimeksiannot ovat keskeinen osa liikejuridiikkaan erikoistuneiden asianajotoimistojen palveluita, katson kuitenkin, että tässäkin toiminnassa on noudatettava hyvää asianajajatapaa. Lisäksi

¹¹⁸ *Kersby* JT 1997 s. 161–162. Ks. myös *Mäntysaari* DL 2000 s. 268.

¹¹⁹ *Kersby* JT 1997 s. 151.

¹²⁰ *Wiklund* 1974 s. 11.

¹²¹ *Heuman* 1987 s. 21. Ks. liiketoiminnallisten arviointien oikeudellisesta virhearvioinnista investointipankkien tarjoamien neuvontapalvelujen osalta *Lauriala* 2001 s. 139–141.

¹²² *Mäntysaari* DL 2000 s. 270.

¹²³ *Kruse* 1974 s. 67.

professionivastuun mukanaan tuoma korotettu huolellisuusvelvoite liittyy joka tapauksessa kaikkeen sellaiseen neuvonantoon, johon asianajajayhtiön voidaan perustellusti olettaa erikoistuneen. Eri asia on se, että kaikkien due diligence -raportissa esitettyjen kannanottojen osalta tiedon virheellisyyteen perustuvan korvausvastuun arviointi ei välttämättä ole yhtä ankaraa.¹²⁴ Asianajajan puoleen on käännytty nimenomaan oikeudellisten neuvojen saamiseksi, jolloin tuottamusarviointi koskee erityisasiantuntijan juridista eikä esimerkiksi liiketaloudellista tarkoituksenmukaisuutta koskevaa neuvonantoa.¹²⁵ Varsinainen liiketaloudellista päätöksentekoa koskeva riski lienee tässä suhteessa aina päämiehellä.¹²⁶ Lisäksi tuottamuksen astetta arvioitaessa voi arvioinnin ankaruudessa olla eroa myös sillä, vaaditaanko asianajajayhtiötä vastuuseen tämän antaman faktatiedon vai ko tämän ”näkemysten” ja mielipiteiden virheellisyydestä.¹²⁷

Neuvonantajapalveludoktriinin avulla hahmotettuna asianajajayhtiön huolellisuusvelvoite due diligence -toimeksiannossa voidaan nähdäkseni jakaa osiin. Kyse seuraavissa alajaksoissa 3.3.2–3.3.3 ei ole käsiteläinopista¹²⁸, vaan oikeusdoktriinissa kehitettyjä käsitteitä käytetään tässä tutkimuksessa asianajajayhtiön toiminta- ja huolellisuusvelvoitteiden sisällön hahmottamiseen ja ryhmittelyyn.¹²⁹ Tuottamus voi ilmetä: (i) ensinnäkin kohdeyhtiön ennakkotarkastusvaiheessa, jolloin tarkastelussa on käytettyjen työmenetelmien asianmukaisuus sekä tarkastuksen laajuus (ns. *metodivastuu*); taikka (ii) toisaalta tiedonanto- ja neuvontavelvollisuuk-

¹²⁴ Samansuuntaisesti liiketaloudellisesta neuvonannosta asianajotoiminnassa *Wiklund* 1974 s. 11.

¹²⁵ *Heuman* 1987 s. 21.

¹²⁶ Voitaneen katsoa, että asianajajalla on vastuu ilmoittaa päämiehelleen eri toimintavaihtoehtoihin liittyvistä riskeistä, mutta vastuu itse päätöksenteosta on kuitenkin viimekädessä aina päämiehellä. Oma erityiskysymyksensä tässä yhteydessä on lisäksi se, miten *due diligence* -raportin juridinen merkitys hahmotetaan. Ks. esim. *Unger* NJM 2002 s. 578: ”*due diligence -rapport kan innehålla inslag av rådgivning*”. Vrt. myös *Hemmo* 2001 s. 57–58, joka toteaa yleisesti, että dokumenttien sitovuusaste saatetaan ymmärtää eri kulttuureissa eri tavoin.

¹²⁷ Vrt. *Haapanen* 2003 s. 90, jonka mukaan pelkkä liiketoiminnallista päätöstä koskevan mielipiteen esittäminen ei yleensä johda *tilintarkastajan* vastuuseen. Ks. myös näkemystiedosta kiinteistöarviointitoiminnassa *Kasso* 2001 s. 568. Ks. myös *Ylänkö* 1985 s. 58, joka toteaa, että taloudellisiinkin seikkoihin liittyviä ohjeita antaessaan asianajajan on pitädyttävä neuvon antamisesta, ellei hänellä ole riittäviä edellytyksiä asian arvostelemiseen.

¹²⁸ Käsiteläinopista ks. esim. *Makkonen* 1998 s. 22–26.

¹²⁹ Asianajajan toimintavelvoitteita voidaan ryhmitellä monella tavalla, ks. esim. *Ylängön* jako toimintavelvoitteeksi kutsumaansa päävelvoitteeseen ja sivuvelvoitteisiin *Ylänkö* 1985 s. 39–41.

sien laiminlyöntinä tarkastusta koskevan raportin laatimisvaiheessa (ns. *informaatiovastuu ja siihen liittyvä pedagoginen vastuu*).

3.3.2 Vastuu tarkastusmenetelmien asianmukaisuudesta

Asianajajayhtiön ns. metodivastuuta tarkasteltaessa on huomiota kiinnitettävä erityisesti due diligence -toimeksiannon toteuttamisessa käytettyihin työmenetelmiin sekä tarkastuksen laajuuteen ja kohdentamiseen. Kuten edellä on esitetty, asianajotoimeksiannot on tapaohjeiden 22 §:n mukaan hoidettava huolellisesti, täsmällisesti ja tarpeellisella joutuisuudella sekä päämiehelle tarpeettomia kustannuksia aiheuttamatta. Lisäksi asianajajan lainopillinen neuvo on perustettava asian vaatimiin tutkimuksiin. Nämä kehykset määrittävät *asianajo-oikeudellisesta näkökulmasta* myös due diligence -toimeksiannon suorittamistapaa ja laajuutta. Käytännössä edellä mainittujen vaatimusten yhteensovittaminen saattaa kuitenkin osoittautua hankalaksi: huolellinen työ näyttäisi edellyttävän perinpohjaista tarkastusta, kun taas joutuisuus ja kustannusnäkökohdat sekä aikapula transaktion toteuttamisessa saattavat johtaa summaarisemman tarkastustavan valintaan.

Sopimusoikeudellisesta näkökulmasta due diligence -tarkastuksen laajuus on mitoitettava lähtökohtaisesti siten, että ostajan selonottovelvollisuus tulee asianmukaisesti toteutetuksi. Asianajajayhtiöhän ottaa käytännössä due diligence -toimeksiannolla vastatakseen ostajan selonottovelvollisuuden kaupan kohteen oikeudellisista ominaisuuksista. Asianajajayhtiön ”huolellinen toiminta” ja ”asian vaatimat tutkimukset” on due diligence -toimeksiannossa nähdäkseen suhteutettava siihen, mitä ostajalta voitaisiin edellyttää tämän selonottovelvollisuuden täyttämiseksi yrityskaupassa.

Kuten edellä jaksossa 2.1 on todettu, KL 20.2 §:n mukaan ostaja ei lähtökohtaisesti voi vedota virheenä seikkoihin, jotka hänen olisi pitänyt havaita tarkastuksessa. Ostajan erityisen korkea ammattitaito ja ymmärrys ostettavasta yrityksestä voivat laajentaa ostajan tarkastusvelvollisuutta ja ostajan voidaan tällöin helpommin edellyttää havaitsevan puutteet.¹³⁰ Koska asiantuntija-asema ankaroiittaa vakiintuneen oikeuskäytännön ja kauppailain esitöiden mukaan selonottovelvollisuutta, lienee asianajajayhtiön toteuttaman tarkastuksen laajuudelle asetettava lähtökohtaisesti korkeat vaatimukset. Asianajajayhtiön voidaan myös olettaa ymmärtävän tekemiensä havaintojen tosiasiallinen merkitys kauppailain esitöiden edellyttämällä

¹³⁰HE 93/1986 s. 65. Ks. myös *Hultmark* 1992 s. 184–185.

tavalla.¹³¹ Koska toimeksiannon vastaanottavan asianajajayhtiön edellytetään olevan perehtynyt liiketoimintaan ja alan juridiikkaan ja koska yritys-kauppaan liittyy huomattavia taloudellisia arvoja, asianajajayhtiöltä edellytetään varsin laajaa selonottovelvollisuutta.¹³²

Due diligence -tarkastusten laajuudelle ei kuitenkaan kansainvälisestikään ottaen ole määritettävissä mitään tiettyä standardia.¹³³ Käytännön lähtökohdan asianajajayhtiön toteuttaman tarkastuksen laajuudelle muodostaa kuitenkin aina se, mitä ostajan ja myyjän välillä on due diligencen laajuudesta sovittu ja mitä informaatiota myyjä tai kohdeyritys on valmis esittämään. Koska ostajataho usein suorittaa due diligence -tarkastuksen omasta aloitteestaan, saa ostaja neuvonantajineen suorittaa tarkastuksen haluamassaan laajuudessa saatavilla olevasta informaatiosta, jolloin nämä kantavat riskin tarkastuksensa kattavuudesta.¹³⁴

Tarkastuksen laajuuteen on oikeuskirjallisuudessa katsottu voivan vaikuttaa muun muassa yrityskaupan toteuttamistapa, virheiden todennäköisyys, kohdeyrityksen ominaisuudet ja koko, tarkastuksen toteuttamisen vaikeusaste, tarkastukseen käytettävissä oleva aika ja rahavarat sekä myyjän antamien takuiden ja vakuutusten kattavuus.¹³⁵ Tämän vuoksi tarkastuksen tekevien juristien olisi myös ymmärrettävä järjestelyn luonne ja yksityiskohdat, ostajan odotukset sekä kohteena olevalle liiketoiminnalle tyypilliset riskit ja kauppatavat, jotta tarkastus voidaan suorittaa asianmukaisessa laajuudessa ja oikeansisältöisenä.¹³⁶ Asianajajayhtiön toiminta voitaneen siten katsoa huolimattomaksi silloin, kun se ei ole selvittänyt edellä mainittuja seikkoja ennen tarkastukseen ryhtymistä.¹³⁷

¹³¹ HE 93/1986 s. 65.

¹³² Lindholm – Hakoranta DL 1997 s. 91. Vrt. myös Tilintarkastajien ”selonottovelvollisuus” apporttiomaisuuden maksamisesta tapauksessa KKO 2001:36: ”Tilintarkastajat ovat antaneet oman todistuksensa pyrkimättä millään tavoin ottamaan selvää siitä, oliko osakkeet luovutettu Instinct Oy:lle sen oikeuksia turvaavalla tavalla, hekin ovat kumpikin omalla tuottamuksellaan myötävaikuttaneet yhtiön kärsimän vahingon syntymiseen.” Tilintarkastajat tuomittiinkin osaltaan vastuullisiksi aiheutuneeseen 20 miljoonan markan vahinkoon.

¹³³ Blomquist ym. 2001 s. 25.

¹³⁴ Prusila 8.1.2004. Mikäli tarkastusta on kuitenkin estetty tai hankaloitettu ostajan neuvonantajista riippumattomista syistä, ei näiden voitane katsoa olevan vastuusta tällaisista syistä aiheutuneista virheistä.

¹³⁵ Lindholm – Hakoranta DL 1997 s. 91 ja 104; Schmitz 1996 s. 6 ja Baker – Jillson 1992 s. 16.

¹³⁶ Blomquist ym. 2001 s. 21 ja Saanio 2003 s. 9.

¹³⁷ Yleensä ennen due diligence -tarkastusta päämiehen kanssa neuvotellaan näistä seikoista. Ks. Saanio 2003 s. 13, joka toteaa, että aloituskokous asiakkaan kanssa on aina välttämätön. Samoin Blomquist ym. 2001 s. 20–21.

Käytännössä ostajaosapuolelle yrityskaupoissa asetettu laaja huolellisuus- ja tutkimisvelvollisuus ilmenee selonottovelvollisuutena *ainakin* sopimuksen tärkeistä ja keskeisistä yksityiskohdista sekä velvollisuutena tarkistaa tärkeimmät myyjän antamat perustiedot yrityksestä.¹³⁸ Tätä näkemystä tukee myös välitystuomio 22.4.1988 (puheenjohtaja Silkko, jäsenet Immonen ja Sivenius), jossa todettiin seuraavaa: ”*koska riidanalainen seikka oli kauppasopimuksen perin keskeinen kohde, sen sisällön selvittäminen on myös luonnostaan kuulunut ostajan selonottovelvollisuuden piiriin.*” Lisäksi erityisesti silloin, kun ostajataho havaitsee tarkastuksessa jotakin normaalista poikkeavaa tai edes epäilee jonkin ominaisuuden puutteellisuutta, hänellä on oikeuskirjallisuudessa katsottu olevan velvollisuus tutkia kyseistä seikkaa tarkemmin.¹³⁹ Samansuuntainen vaatimus oli esillä myös kiinteistönvälittäjän vastuuta koskeneessa KKO:n ratkaisussa 2001:121, jossa *ristiriitaiset tiedot* ostettavasta kohteesta saivat korkeimman oikeuden perustelujen mukaan aikaan asiantuntijan laajemman selonotto- sekä tiedonantovelvollisuuden.¹⁴⁰

Yrityskaupoissa kaupan kohteen moniulotteisuus sekä tarkastukseen käytettävissä olevan ajan rajallisuus saattavat kuitenkin usein johtaa vain pintapuoliseen tarkastukseen tai pistokokeina toteutettavaan tarkastukseen.¹⁴¹ Laaja selonottovelvollisuus ja asianajajayhtiön korotettu huolellisuusvelvoite tarkoittavat tuskin sitä, että *kaikki* saatavilla oleva materiaali tulisi tarkastaa kattavasti. Huolellisuutta arvioitaessa onkin erityisesti kiinnitettävä huomiota asianajajayhtiön metodeihin ja siihen, mihin erityiskysymyksiin tarkastus kohdistetaan.¹⁴² Samaan tapaan myös *Hellnerkin* toteaa asiantuntijan vastuun osalta yleisesti, että mikäli tämän toiminta vastaa sitä tasoa, mitä asiantuntijalta yleensä vastaavassa tilanteessa edellyte-

¹³⁸ Hultmark 1992 s. 183.

¹³⁹ Tästä Hultmark 1992 s. 182, samoin Blomquist ym. 2001 s. 22.

¹⁴⁰ Tapauksessa KKO 2001:121 (Ään. 3–2) kiinteistönvälittäjältä edellytettiin aktiivista selonotto- ja tiedonantovelvollisuutta rautatien rakentamista koskevan asemakaavan suhteen. Kiinteistönvälittäjä oli saanut asunto-osakeyhtiön isännöitsijältä alueen kaavoitustilannetta koskevia tietoja, jotka olivat ristiriidassa viranomaisen kaavoitustilanteesta antamien tietojen kanssa. Kiinteistönvälittäjä oli KKO:n enemmistön mukaan laiminlyönyt tiedonantovelvollisuutensa ostajalle jättäessään antamatta tiedon siitä, että kohteen viereen mahdollisesti suunniteltiin rautatietä. Eri mieltä olleet jäsenet olivat sen sijaan totesivat, että myyntineuvottelijalla oli oikeus luottaa kaavoitusviranomaiselta saamiinsa tietoihin.

¹⁴¹ Lindholm – Hakoranta DL 1997 s. 91.

¹⁴² Kersby JT 1997 s. 153. Myös Ruotsin asianajajaliiton puheenjohtaja Axel Calissendorff totesi kommentoidessaan edellä mainittua Schibstedt-tapausta seuraavasti: ”*för att inte riskera skadestånd för vårdlös rådgivning måste advokatbyråer använda en metod som är aktsam och 'up to standard'*” (PointLexin 25.10.2002 julkaistu uutisartikkeli osoitteessa: www.pointlex.se/pub/standard.asp?art_id=26514&iM=, viittauspäivä 23.10.2003).

tään, asiantuntijan ei voida katsoa toimineen huolimattomasti.¹⁴³ Näin ol-
 len asianajajayhtiön toiminnan voidaan katsoa olevan huolimattomasta esi-
 merkiksi silloin, kun tarkastusta ei kohdisteta sellaisiin kysymyksiin, jot-
 ka yleensä ovat vastaavien transaktioiden kannalta merkityksellisiä.¹⁴⁴

Asianajajayhtiöt voinevatkin välttää vastuun osoittamalla noudattaneensa
 yleisesti käytettyjä tarkastusmenetelmiä. Tällöin vertailukohteena voidaan
 pitää esimerkiksi yrityskauppoja koskevia käytännön käsikirjoja, joihin
 on koottu yleisluontoisia tarkistuslistoja tutkimuksen keskeisimmistä tar-
 kastuskohteista.¹⁴⁵ Tällaisten listojen johdonmukainen noudattaminen on
 eräs lähtökohta asianajajayhtiön huolellisesti valitun työmenetelmän osoit-
 tamiseksi. Erilaiset tarkastuslistat ovat kuitenkin vain malleja, ja ne täytyy
 sen vuoksi mukauttaa vastaamaan kunkin tarkastettavan liiketoiminnan
 erityispiirteitä.

Asianajajayhtiön työmenetelmien asianmukaisuutta voidaan havainnol-
 listaa esimerkein. Asianajajayhtiön voitaneen katsoa toimineen huolimatt-
 tomasti silloin, jos selvityksen kohteena olevalle liiketoiminnalle keskeis-
 ten seikkojen tarkastus on laiminlyöty. Esimerkiksi korkean teknologian
 tai life science -yrityksen ollessa kaupan kohteena, huolimattomana voi-
 taisiin pitää sitä, ettei kohdeyrityksen immateriaalioikeuksia tarkasteta kyllin
 kattavasti – nehan ovat tyypillisesti tällaisen yrityksen keskeisin varallisu-
 us. Lisäksi oikeuksien rekisteröitävyyttä, suoja-alaa ja -aikaa, siirrettä-
 vyyttä ja muita julkisista rekistereistä saatavilla olevia tietoja voidaan pi-
 tää selkeästi oikeudelliseen tarkastukseen ja juristin erityisasiantuntemuk-
 seen kuuluvina seikkoina. Ostajakin varmasti ymmärtää näiden oikeuk-
 sien liiketaloudellisen merkityksen, mutta asianajaja kykenee lähtökohtai-
 sesti ammattitaitoisemmin selvittämään oikeuksien tarkemman sisällön ja
 huomaamaan mahdolliset ongelmat transaktion toteuttamiselle.

Toimialasta riippumatta kaikissa yrityskauppatilanteissa myös sellaisia
 yleisesti tärkeitä seikkoja, jotka on aina tarkastettava huolellisesti. Esi-

¹⁴³ Hellner 1995 s. 137. Ks. myös legal opinion -kirjeiden osalta esim. Howe 1989 s. 287–
 290. ”At common law, a negligence standard is applied to legal opinions; a lawyer is ex-
 pected to exercise the standard of care that would be exercised by another attorney of
 ordinary skill performing a similar task.”

¹⁴⁴ Vrt. tilintarkastajan vastuuta koskenut tapaus KKO 1997:103: ”Yhtiölle vahinkoa aihe-
 uttaneet teot ovat tyypillisesti sellaisia, joita ammattilintarkastajan kuuluu erityisesti tark-
 kailla.”

¹⁴⁵ Tästä esim. Hagström 1999 s. 174–175. Yleistä tarkastuslistoista Blomquist ym. 2001 s.
 35–38 sekä legal due diligence -tarkastuslistaesimerkki s. 83–86. Samoin myös Reed La-
 joux – Elson 2000 s. 359–371. Yleensä myös due diligence -toimeksiantoja tekevilla asian-
 ajajayhtiöillä on omat sisäiset mallinsa ja standardinsa tarkistuslistoiksi, joiden tarkempi
 sisältö räätälöidään kuhunkin tilanteeseen sopiviksi.

merkiksi kohdeyhtiön (keskeisistä) sopimuksista tulisi tarkistaa ainakin sellaiset sopimuskohdat, joilla on merkitystä yrityksen luovutustilanteissa.¹⁴⁶ Mikäli tarkastusta ei ole kohdennettu esimerkiksi sopimusten voimassaoloon vaikuttaviin siirtokieltoja tai purkuehtoja (esim. *change of control*) koskeviin lausekkeisiin, voitaneen asianajajayhtiön toiminnan katsoa olevan huolimaton.

Asianmukaisen metodin ja hyväksyttävien työprosessien noudattamisen arvioinnissa voidaan myös ottaa huomioon se, kuka tarkastustyön tekee.¹⁴⁷ Ellei toisin ole sovittu, asianajajalla on oikeus käyttää apulaisia due diligence -toimeksiannossa.¹⁴⁸ Toimeksiantosopimushan tehdään yhtiön kanssa, minkä vuoksi päämies on hyväksynyt, että toimeksiannon hoitamiseen osallistuu muukin yhtiön työntekijä kuin toimeksiannosta vastaava osakas. Tällöin kuitenkin *apulaisten valinnassa* on ensinnäkin noudatettava riittävää huolellisuutta.¹⁴⁹ Asianajajan huolimattomuus voi myös ilmetä siinä, että esimerkiksi työntekijän *ohjaus tai valvonta on laiminlyöty*.¹⁵⁰ Kokemattomien apulaisten käyttämisessä riskinä on se, etteivät he tiedä, minkälaisia ongelmia transaktioon tyypillisimmin liittyy. Tällöin tarkastusta ei välttämättä osata kohdentaa oikein.¹⁵¹ Huolellinen toiminta edellyttäneekin, että ennen varsinaiseen tarkastukseen ryhtymistä projektiin osallistuvien kesken selvitetään toimeksiannon tavoitteet.¹⁵²

Asianajajayhtiö on saattanut syyllistyä myös hyvän asianajajatavan rikkomiseen, mikäli ei ole tapaohjeiden 13 §:n määräämällä tavalla torjunut tehtävää, johon yhtiöllä ei ole tarvittavia resursseja.¹⁵³ Tuottamusedelly-

¹⁴⁶ Esim. *Blomquist ym.* 2001 s. 84.

¹⁴⁷ *Blomquist ym.* 2001 s. 42. Käytännössä kohdeyhtiötä koskevan dokumentaation tarkastavat ja listaavat usein asianajajayhtiön nuoremmat avustajat asianajajaosakkaan työn painoutuessa havaintojen tarkempaan analysointiin ja raportin muotoiluun.

¹⁴⁸ Pääsääntönä sopimusoikeudessa on, että ellei suorituksen henkilökohtaisesta täyttämistä nimenomaan sovita, toimeksisaajalla on oikeus käyttää apulaista toimeksiannon suorittamisessa. Ks. *Hemmo* 1998 s. 118–120. Kuitenkin silloin, kun kyse on asianajotoimeksiannon kaltaisesta velvoitteesta, jossa henkilökohtaisilla ominaisuuksilla merkitystä esimerkiksi *Kivimäki* 1924 s. 201–202 ja *Ylänkö* 1986 s. 30–31 ovat olleet sitä mieltä, että apulaisten käyttämiseen vaaditaan päämiehen suostumus. Tätä ei kuitenkaan due diligence -toimeksiannoissa edellytetä.

¹⁴⁹ Ks. *Peltonen DL* 2001 s. 8 ja *Hemmo* 1998 s. 118–120.

¹⁵⁰ Vrt. HAO 3 §, jonka mukaan asianajajan tulee ohjata ja valvoa toimistonsa henkilökunnan työtä ja huolehtia erityisesti siitä, että myös avustavat lakimiehet noudattavat hyvää asianajajatapaa. Kaikki due diligence -toimeksiannon suorittamiseen osallistuvat henkilöt eivät välttämättä ole asianajajia. Heidänkin tuottamuksensa kuitenkin rinnastetaan asianajajayhtiön tuottamukseen ja myös heidän on noudatettava hyvää asianajajatapaa.

¹⁵¹ Tästä esim. *Hagstrøm* 1999 s. 173–174.

¹⁵² Ks. myös *Saario* 2003 s. 13, joka pitää tällaista aloituskokousta pakollisena.

¹⁵³ *Heuman* 1987 s. 22–24 ja *Ylänkö* 1985 s. 70. Ks. myös *Hemmo* 2003b s. 246.

tyksen voidaan katsoa täyttyvän ainakin silloin, kun asianajajayhtiö ei ole ilmoittanut, ettei tällä ole riittäviä valmiuksia asian kokonaisvaltaiseen selvittämiseen.¹⁵⁴ Toimeksiannon torjuminen kokonaan ei siten ole aina välttämätöntä. Olennaista on se, että päämiestä on informoitu riskeistä siten, että päämies myös ymmärtää selvittämättömien seikkojen merkityksen ja kykenee perustellusti päättämään mahdollisista jatkotoimenpiteistä. Eräs vaihtoehto on myös edellä mainitun CCBE:n tapaohjeiden 3.1.3-kohdan mukaisesti ryhtyä yhteistyöhön toisen asiantuntijan kanssa. Tämä voisi tulla kysymykseen esimerkiksi bio- tai lääkealan yritystä koskevassa kaupassa, jonka merkittävin varallisuus koostuu immateriaalioikeuksista.¹⁵⁵ Mikäli päämiehelle ei lainkaan ehdoteta ulkopuolisen asiantuntijan käyttämistä sellaisissa erityisasiantuntemusta vaativissa asioissa, joihin asianajajayhtiö itse ei ole erikoistunut, sen toimintaa voitaneen pitää huolimattomana.¹⁵⁶

Hyvää asianajajatapaa koskevien tapaohjeiden asettamia vaatimuksia toimeksiannon suorittamisesta (”huolellisesti ja täsmällisesti”; ja ”tarpeellisella joutuisuudella sekä päämiehelle tarpeettomia kustannuksia aiheuttamatta”) sekä kysymystä siitä, onko tarkastusten suorittaminen pistokokeenomaisesti huolellista, voidaan lopuksi arvioida myös talusteoreettiselta kannalta. Tällöin due diligence -tarkastuksen laajuutta voidaan arvioida transaktiokustannusten näkökulmasta.¹⁵⁷ Osapuolten kannalta on tarkoituksenmukaista pyrkiä pitämään transaktiokustannukset mahdollisimman pieninä, koska ne kaventavat sopimuksesta saatavaa hyötyä. Sopimuksen päättäminen edellyttää usein riittävää informaatiota sopimuksen kohteesta – tässä tapauksessa kohdeyrityksen tilasta. Koska informaation hankkiminen aiheuttaa transaktiokustannuksia, ei mahdollisimman täydellisten tietojen hankkiminen aina ole taloudellisesti järkevää.¹⁵⁸ Yritys-

¹⁵⁴ Ks. myös *Hemmo* 2003b s. 290–291. Vrt. myös tapaus KKO 2001:128.

¹⁵⁵ Tällöin voi joskus olla tarkoituksenmukaista käyttää due diligence -toimeksiannossa esimerkiksi patenttiasiantuntijan apua ja pyytää tältä lausuntoa esimerkiksi ulkomailla suojatuista oikeuksista. Oma kysymyksensä, johon tässä yhteydessä ei ole mahdollisuutta puuttua on se, mikä on asianajajayhtiön vastuu päämiehelle näistä ulkopuoliselta asiantuntijalta saaduista tiedoista. Ks. problematiikasta esim. *Unger* NJM 2002 s. 570.

¹⁵⁶ Ks. myös *Yläkö* 1985 s. 48. Samansuuntaisesti myös *Salminen* 16.1.2004, jonka mielestä erityisesti kirjallisen toimeksiantosopimuksen puuttuessa due diligence -tarkastukseen toteutettavakseen ottanut asiantuntija vastaa lähtökohtaisesti kaikista niistä toimenpiteistä, jotka vastaavaan tarkastukseen normaalisti kuuluisivat.

¹⁵⁷ *Timonen* 1997 s. 91–92. Sopimusoikeudessa transaktiokustannuksilla tarkoitetaan esimerkiksi sopimuksen valmisteluun kuluva voimavaroja, kuten kustannuksia, aikaa ja vaivaa.

¹⁵⁸ *Hemmo* 2003 s. 26. Samasta verokonsultoinnin osalta myös *Tikka* 1999 s. 300 ja tilintarkastuksen osalta *Haapanen* 2003 s. 38.

kaupoissa ostajien neuvonantajilla lienee kuitenkin transaktiokustannuksista huolimatta lähtökohtaisesti suhteellisen laaja ennakkotarkastusvelvollisuus. Tämä on kohtuullista etenkin silloinkin, kun ostettavan yrityksen arvo ja siten myös kauppahinta ovat huomattavia.¹⁵⁹ Tarkastuksesta aiheutuvat kustannukset ovat tällöin perusteltavissa.¹⁶⁰ Lisäksi nähdäkseeni tarkastuksen laajuuden tarkoituksenmukaisuuden arviointi transaktiokustannusten näkökulmasta on ensisijaisesti päämiehen eikä asianajajayhtiön vastuulla.

Näin ollen tarkastuksen laajuudesta tulee käytännössä sopia yhdessä päämiehen kanssa. Tällöin tarkastuksen ja siten myös vastuun laajuuteen vaikuttavat palkkion suuruuden ohella luonnollisesti käytettävissä oleva aika. Samaa mieltä on myös *Kersby*, joka toteaa, että pienen yksityiskohdan huomioimisen laiminlyöntiä tuskin pidettäisiin huolimattomana ja asianajajayhtiön korvausvastuun aiheuttavana varsinkin silloin, kun tarkastuksen suorittamiseen on ollut asianajajayhtiöstä riippumattomasta syystä käytettävissä vain hyvin lyhyt aika ja tarkastettavaa materiaalia on ollut runsaasti.¹⁶¹ Tällöinkin edellytettäneen, että tarkastuksen suppeudesta on sovittu päämiehen kanssa tai tämän voidaan olettaa muutoin olevan tietoinen aikapulan aiheuttamista vaikutuksista tarkastuksen laajuuteen.¹⁶² Tällaisissakin tilanteissa asianajajan on huolellisesti toimiakseen noudatettava tarkastuksessaan tiettyä ”minimistandardia” sekä kertoa päämiehelleen riskeistä, joita summaariseen tarkastukseen liittyy. Viime kädessä asianajajayhtiön on kuitenkin itse arvioitava due diligence -toimeksiannon tarkoituksenmukainen laajuus ja tarkkuus.¹⁶³

¹⁵⁹Toisaalta ostajan ollessa esimerkiksi pienyrittäjä on otettava huomioon se, että kaupan onnistumisella on ostajalle erityisen suuri merkitys ja mahdolliset virheet due diligence -toimeksiannon toteuttamisessa saattavat johtaa suhteellisesti vakavampiin seurauksiin kuin suurten ja kantokykyisten liikeyritysten kohdalla. Pienyrittäjällä ei ole myöskään mahdollisuutta arvioida taikka kantaa yrityskauppaan liittyvää riskiä yhtä hyvin kuin suuryrityksellä.

¹⁶⁰Ks. myös *Lindholm – Hakoranta* DL 1997 s. 82. Huolellisuusvelvoitteesta ja kustannuskysymyksistä investointipankkitoiminnassa ks. *Lauriala* 2001 s. 136–138.

¹⁶¹*Kersby* JT 1997 s. 161. Katso myös ns. toleranssirajasta *Hemmo* 2003b s. 114–117.

¹⁶²*Kersby* JT 1997 s. 156. Ks. myös *Blomquist ym.* 2001 s. 38, jossa todetaan, että summaarisen tarkastuksen hoidettavakseen ottava asiantuntija ottaa tietynlaisen ammattiriskin, minkä vuoksi vastuuta pyritäänkin tällaisissa tilanteissa rajoittamaan varaumin ja vastuunrajoituslausekkein.

¹⁶³Ks. *Hemmo* NJM 2002 s. 58–59 ja *Halila – Hemmo* 1996 s. 197.

3.3.3 Vastuu annetusta informaatiosta

Metodivastuun ohella asianajajayhtiön vastuuta voidaan arvioida edellä mainitun ns. *informaatiovastuun* näkökulmasta.¹⁶⁴ Tällöin tarkastellaan sitä, mikä vastuu asiantuntijalla on antamansa tiedon sisällöstä ja sen ymmärrettävyydestä. Asiantuntija- asemastaan huolimatta asianajajalla ei kuitenkaan yleensä katsota olevan suoraa vastuuta antamansa tiedon paikkansapitävyydestä, mikäli menetit toimeksiannon toteuttamisessa ovat olleet huolellisia.¹⁶⁵ Oikeuskirjallisuudessa onkin katsottu, että asianajajan vastuun kannalta ratkaisevaa on se, miten tehtävä on suoritettu. Vaikka tavoiteltua lopputulosta ei olisi saavutettu, ei vastuuta synny, jos tehtävä on suoritettu asianmukaisella huolellisuudella.¹⁶⁶ Tulosvastuun (*ansvar för resultat*) epäämisen puolesta erityisesti asianajajan oikeudenkäyntiasiamiesroolissa puhuu sekin, ettei lopputulos riipu pelkästään asianajajan taidoista.¹⁶⁷ Asianajajalla ei siten ole sellaista vastuuta toimeksiantojen suorittamisesta, että päämiehen asia tulisi aina voida hoitaa voitollisesti.¹⁶⁸ Mitään estettä ei tosin ole sille, ettei asianajajayhtiö voisi nimenomaisesti velvoittautua vastuuseen myös työn tuloksesta.¹⁶⁹

Näyttäisi kuitenkin olevan hankalaa määritellä sitä, mitä tällainen ”voitollisuus” tai tulosvastuu due diligence -toimeksiannossa tarkoittaisi. Tarkoittaisiko se vahvistusta siitä, että siltä osin kuin raportissa ei ole toisin mainittu ”yrityskaupan kohde on täysin virheetön”? Vai tarkoittaisiko se

¹⁶⁴ Vrt. SOU 2002:41 s. 35–36: ”*Härmed avses ansvar för den information som rådgivaren förmedlar – eller underlåter att förmedla till klienten. Även frågan om hur informationen förmedlats är av betydelse.*”

¹⁶⁵ Esim. *Heuman* 1987 s. 25–26 toteaa, että ns. *ansvar för resultat* tulee lähinnä kyseeseen vain yksinkertaisten ja selvien oikeuskysymysten osalta. Samoin SOU 2002:41 s. 60–61. Ks. myös *Kasso* 2001 s. 568, joka toteaa että kiinteistöarvioitsijan korvausvastuusta, että sen tulisi aina perustua konkreettiseen virheeseen tai laiminlyöntiin arvioita laadittaessa, ei pelkästään loppupäätelmään tai lopputulokseen.

¹⁶⁶ *Verner* 1993 s. 27 ja *Heuman* 1987 s. 25–28. *Rogers ym.* 1995 s. 6: ”*It is recognised throughout the world that lawyers, in common with other professional advisers, are not usually under a strict liability to guarantee the results sought by their clients. Rather, they are obliged to use the degree of skill and care expected from a competent member of the profession.*”

¹⁶⁷ *Halila – Hemmo* 1996 s. 198. Ks. myös *Mäntysaari* DL 2000 s. 245 ja s. 273, joka toteaa ratkaisun KKO 1999:80 hämärtävän työnteko- ja työntulosopimusten välistä eroa ja lisäävän verokonsulttien vastuuta. Samasta tapauksesta myös *Tikka* 1999 s. 295–307, joka katsoo, että vastakkainenkin lopputulos olisi ollut tapauksessa yhtä hyvin mahdollinen.

¹⁶⁸ *Halila – Hemmo* 1996 s. 198 ja *Hemmo* 1998 s. 46–48. Asianajajilla voi kuitenkin joissain tapauksissa tulosvastuukin, esimerkiksi laadittaessa standarditestamenttia päämiehen ohjeiden perusteella.

¹⁶⁹ *Mäntysaari* DL 2000 s. 252.

sitä, että kaikki mahdolliset saatavilla olevat tiedot virheistä ja potentiaalisista riskeistä on listattu ja juridisesti kattavasti analysoitu? Onko ”oikein ja huolellisesti” laaditulla due diligence -raportilla tietyt oikeusvaikutukset, jolloin raporttia voitaisiin pitää eräänlaisena takuuna kaupan kohteen ominaisuuksista? Vastaus esitettyihin kysymyksiin näyttäisi lähtökohtaisesti olevan kielteinen: due diligence -raportit sisältävät lisäksi usein runsaasti varaumia, minkä vuoksi raporttia ei nähdäkseen voida kaikilta osiltaan pitää takuuna taikka ehdottomana lausumana kaupan kohteen oikeudellisista ominaisuuksista.¹⁷⁰ Kuitenkin joidenkin yksittäisten kysymysten osalta vastuu tiedon paikkansapitävyydestä voidaan katsoa syntyvän.¹⁷¹

Tarkastettavaksi annettuun tietoon liittyvä ongelma saattaa myös olla se, missä määrin asianajaja voi luottaa tarkastamiensa asiakirjojen aitouteen ja pätevyuteen, saadun tiedon oikeellisuuteen sekä esimerkiksi myyjän tarkastusta varten antamasta informaatiosta laatimaan indeksiin.¹⁷² Yleensä ei ole mahdollista (eikä tarkoituksenmukaistakaan) tarkastaa esimerkiksi kohdeyrityksen kolmansien kanssa solmimista sopimuksista sitä, että kaikilla sopimukset allekirjoittaneilla on ollut siihen valtuudet. Tämähän edellyttäisi kaikkien kolmansienkin yhtiöiden sopimusten allekirjoitushetken kaupparekisteritietojen tarkistamista. Lisäksi usein edellytettäisiin tutustumista ulkomaisiin rekistereihin ja ehkä jopa ulkomaiseen yhtiöoikeuteen.

Tämän vuoksi due diligence -raporteissa yleensä tehdään tiettyjä oletuksia tarkistettujen asiakirjojen pätevydestä. Näiden varaumien avulla asianajajat rajaavat vastuunsa ulkopuolelle riskin siitä, että heidän tarkastamansa dokumentit eivät olisikaan olleet aitoja tai päteviä. Mikäli varau-

¹⁷⁰ Kersby JT 1997 s. 153. Ks. myös kiinteistöarviointitoiminnan vastuukysymyksistä *Kasso* 2001 s. 568, jonka mukaan arvioita ei koskaan tulisi ymmärtää hintatakuuksi vaan aina laatijansa näkemysksi kohteen todennäköisestä käyvästä arvosta. Korvausvastuu edellyttää, että arvion laatija on toiminut huolimattomasti. Ks. lainatransaktioissa käytettävien *legal opinion* -kirjeiden osalta mm. *Howe* 1989 s. 287–290. ”A lawyer is not an insurer or a guarantor of the opinion so long as he has not been negligent in rendering it.” Myös *Wood* 1980 s. 412 toteaa, ettei *legal opinion* ole takuu vaan lausunto. *Legal opinion* on muodoltaan tarkempi ja lausumiltaan ehdottomampi kuin due diligence -raportti, mutta sen ei silti katsota suoraan merkitsevän asianajajayhtiön antamaa takuuta. Sen vuoksi katsokin, ettei takuuominaisuutta voida edellyttää myöskään due diligence -raportilta.

¹⁷¹ Tällainen voisi olla esimerkiksi ”joko–tai”-tyyppinen kysymys siitä, onko jokin sopimus voimassaoloa koskevan sopimusmääräyksen mukaan enää voimassa.

¹⁷² Vastaava ongelma liittyy siihen, missä määrin asianajajayhtiö voi luottaa muiden konsulttien laatimien raporttien ja lausumien oikeasisältöisyyteen. Vrt. myös yhtäläisyydet tilintarkastukseen ja oikeuteen luottaa kirjanpitoaineiston asianmukaisuuteen: tilintarkastajan ei tarvitse ilman erityistä perustetta epäillä kirjanpitoon vietyjen tositteiden oikeellisuutta. Ks. *Haapanen* 2003 s. 84–85.

maa ei ole tehty, tilanne on epäselvempi. Tällöinkin lähtökohtana on toki on se, että *kohteen myyjä* on ensisijaisesti vastuussa tarkastettavaksi antamansa informaation virheellisyydestä kauppalain tiedonantovelvollisuuden laiminlyöntiin liittyvien virhearviointityökalien perusteella (KL 17–19 §) taikka sen vuoksi, että myyjä on toiminut KL 20 §:n 2 momentin tarkoittamalla tavalla kunnianvastaisesti ja arvottomasti.

Viimeaikaisessa neuvonantajien vastuuta koskevassa oikeuskäytännössä on kuitenkin ollut havaittavissa ankarampaa asennoitumista esimerkiksi siihen, millä edellytyksin asiantuntija on saanut luottaa saamiinsa tietoihin. Erityinen tarkastusvelvollisuus- ja huomauttamisvelvollisuus voikin syntyä, mikäli asianajajayhtiöllä on *perusteltua aihetta epäillä jonkin dokumentin aitoutta tai pätevyyttä* (vrt. yllä tapaus KKO 2001:121). Näin ollen asianajajayhtiön vastuun voidaan ajatella tulevan kysymykseen myös silloin, mikäli tarkastettavaksi annettu materiaali antaa ilmeisen aiheen epäillä sen aitoutta: asiantuntijan ammattitaitoon kuuluneen huomata ainakin selvät väärennökset. Tietolähteen luotettavuutta on myös käsitelty tapauksessa KKO 1999:80. Korkeimman oikeuden perustelujen mukaan verokonsultilla ei ollut oikeutta tarkastamatta luottaa asiakkaaltaan saamiensa tietojen oikeasisältöisyyteen.¹⁷³

Edellä käsitellyn tiedon oikeasisältöisyyden ohella myös tiedonantovelvollisuuksien laajuudella on merkitystä tuottamusarvioinnissa. Asianantajien aktiivinen *tiedonanto- ja neuvontavelvollisuus* ovat yleisesti ottaen saaneetkin huomiota uusimmassa kotimaisessa oikeuskäytännössä.¹⁷⁴ Myös SAL:n kurinpitolautakunnan ratkaisussa tiedonantovelvollisuuden laiminlyöntiä on pidetty hyvän asianajajattavan vastaisena.¹⁷⁵ Neuvonantajapalveluita sivuavasta oikeuskäytännöstä onkin havaittavissa, ett-

¹⁷³ Ks. ratkaisun KKO 1999:80 perustelut, jossa todetaan, että konsultin olisi täyttääkseen toimeksiannon huolellisesti tullut varmistua siitä, että hänen saamansa tiedot olivat täsmälliset, eikä hän ole saanut luottaa vain päämiehen omaan asiantuntemukseen. Vrt. kuitenkin HAO 42.1 §, jonka mukaan asianajajalla *ei ole ilman erityistä aihetta* velvollisuutta tarkastaa päämiehensä hänelle antamia tietoja.

¹⁷⁴ Näistä esim. *Saxén* 1995 s. 106–109 ja *Peltonen* DL 2001 s. 6, jossa viitataan tapauksiin mm. KKO 1996:92 (takausvelkomusta koskeneeseen asianajotoimeksiantoon kuului velvollisuus selvittää päämiehelle pääsaatavan konkurssissa valvomisen merkitys takausvelkomuksen kannalta) ja KKO 1998:57 (kauppakirjan osapuolten lukuun laatinut kiinteistönvälittäjä oli velvollinen varmistumaan siitä, että ostaja tiesi kaupan kohteena panttauksesta ja sen merkityksestä maksun tekemiseen).

¹⁷⁵ Kurinpitolautakunta 20.11.1992: asianajaja oli puolisoiden yhteisestä toimeksiannosta laatinut kirjalliseen muotoon heidän keskenään neuvottelemansa sopimuksen avioeron varalta. Asianajaja oli velvollinen kiinnittämään päämiesten huomiota sopimuksen epäedullisiin veroseuraamuksiin, kun he eivät olleet vapauttaneet häntä verotuksen vaikutuksen arvioimisesta. Tapauksesta myös *Tarkka – Ylöstalo* 2001 s. 217.

eivät toimeksiantosopimuksen sanamuodot välttämättä ilmaise kaikkia asianajajayhtiön velvollisuuksia: varsinaisten päävelvoitteiden ohella asianajajayhtiön vastuuseen liitetään sivuvelvoitteita. Asiantuntijoiden sivuvelvoitteiden peruste ja sisältö ovat *Hemmon* mielestä kuitenkin tulkinnanvaraisia, koska kysymyksessä ovat lähinnä oikeuskäytännössä kehittyneet vaatimukset.¹⁷⁶

Asiantuntijan sivuvelvoitteisiin saattaa esimerkiksi toimeksiannosta sovittaessa kuulua sen varmistaminen, että tehtävä voidaan suorittaa sen sisältöisenä kuin asiakas on tarkoittanut sekä antaa tarpeellisia tietoja suoritukseen liittyvistä riskeistä: esimerkiksi asianajajayhtiön neuvonannosta ei ole asiakkaalle käytännössä hyötyä, mikäli tämä ei ymmärrä due diligence -raportissa saamansa tiedon käyttöedellytyksiä – tämä ajatus liittyy myös ns. neuvonantajan pedagogiseen vastuuseen. Sillä voidaan myös yleisemmin tarkoittaa sitä, että neuvonantajan on annettava tieto päämiehen kannalta ymmärrettävässä muodossa. Niinpä *Kleineman* toteaa, että vaikka asiantuntija antaisikin *oikeat tiedot* konsulttitehtävässään, hänen voidaan silti katsoa toimineen huolimattomasti, mikäli tiedot on annettu siten, että asiakas on voinut erehtyä niiden merkityksestä.¹⁷⁷

Sivuvelvoitteita ja asiakkaan tavoitteiden huomioon ottamista on oikeuskäytännössämme käsitelty esimerkiksi tapauksessa KKO 1999:19. Korkein oikeus totesi asiassa, että tilitoimistolla oli ollut erityinen velvollisuus huomauttaa asiakkaalleen siitä, ettei sopimusjärjestelyä ollut mahdollista toteuttaa sen sisältöisenä kuin toimeksiantaja oli edellyttänyt. Perusteluissa lausuttiin, että tilitoimiston tehtävänä ei ollut pelkästään pyydettyjen sopimusasiakirjojen laatiminen, ”*vaan sen on samalla pitänyt ottaa huomioon sen tiedossa olleet sopimusjärjestelyn tavoitteet*”.¹⁷⁸ Näin ollen myös due diligence -toimeksiannossa korostuu asianajajan velvollisuus selvittää, mitä tavoitteita päämies on asettanut yrityskaupalle.

Lähtökohtana asiantuntijan toimimisvelvollisuuksien laajuudessa on kuitenkin aina toimeksiantosopimus. Jos jokin toimenpide on nimenomaisesti jätetty toimeksiannon ulkopuolelle (ja esimerkiksi asiakkaan itsensä taikka kolmannen tahon suoritettavaksi), ei toimeksisaaja lähtökohtaisesti vastaa tällaisesta tehtävästä.¹⁷⁹ Näin argumentoitiin esimerkiksi asianajo-

¹⁷⁶*Hemmo* 2001 s. 59–62.

¹⁷⁷Tästä pedagogisesta vastuusta *Kleineman* SvJT 1998 s. 188, joka viittaa myös tapaukseen NJA 1994 s. 532. Se koski riskiä siitä, että konsultin esittämät valonkestävyyttä koskeneet tekniset mittaustulokset voitiin tulkita väärin. Ks. myös neuvonannon ymmärrettävyydestä lyhyesti *Ylänkö* 1985 s. 59–60.

¹⁷⁸Ks. yllä mainittu kiinteistönvälittäjän tiedonantovelvollisuutta koskenut tapaus KKO 2001:121.

toimeksiantoa koskevassa tapauksessa KKO 1996:92. Tämä periaate ei kuitenkaan näytä olevan myöhemmän oikeuskäytännön valossa ehdoton. Esimerkiksi tapauksessa KKO 2001:128 (Ään. 4–1) tilitoimistolla oli korkeimman oikeuden enemmistön mukaan *velvollisuus varoittaa* asiakastaan myös kommandiittiyhtiön yhtiöosuuden luovutuksesta aiheutuneista huomattavista veroseuraamuksista, *vaikka* luovutusta koskevan kauppakirjan laatimiseen liittyvä toimeksianto *ei ollutkaan käsittänyt veroseuraamusten selvittämistä*. Korkein oikeus ei siten antanut painoa sille, että asiakas oli liiketoimintansa uudelleenjärjestelyn yhteydessä ja tilitoimiston edustajan tietien käyttänyt myös liikejuridiikkaan erikoistuneen asianajotoimiston palveluita. Eri mieltä ollut oikeusneuvos sen sijaan katsoi tilitoimiston edustajan voineen olla perustellusti siinä käsityksessä, että verotuskysymykset oli selvitetty muualla ts. asianajotoimistossa.¹⁸⁰

Edellä esitetty tapaus saattaa aiheuttaa epäselvyyttä siitä, miten asianajajayhtiön tiedonantovelvollisuudet määräytyvät legal due diligence -tarkastuksessa esimerkiksi silloin, kun jokin toinen asiantuntija toteuttaa verotuskysymyksiä koskevan tax due diligence -tarkastuksen taikka tarjoaa yrityskaupan strukturointiin liittyvää neuvonantoa. Ratkaisun KKO 2001:128 mukainen kanta saattaa tällöin herättää kysymyksen siitä, tulisiko legal due diligence -tarkastuksessa ja sitä koskevassa raportissa viitata myös sellaisiin seikkoihin, jotka kuuluisivat toisen asiantuntijan neuvonannon alaan. Jos asianajajayhtiö esimerkiksi kertoo *change of control* -lausekkeen voivan vaikuttaa yrityskaupan strukturointiin,¹⁸¹ tuleeko sen tässä yhteydessä varoittaa päämiestään myös vaihtoehtoisten yrityskauppamuotojen (esim. osake- ja substanssikaupan) verokohtellullisista eroista?

Koska tilitoimiston vastuuta koskevassa tapauksessa KKO 2001:128 toimeksiantajana oli pieni henkilöyhtiö, ratkaisulla ei liene suurta ennakkotapausarvoa sellaisessa yrityskauppatilanteessa, jossa asianajajayhtiön

¹⁷⁹ Ks. *Hemmo* 2001 s. 59. Asiantuntija ei ole saanut tällaisesta tehtävästä vastikettakaan.

¹⁸⁰ Ks. oikeusneuvos Tulokkaan eriävä mielipide tapauksessa KKO 2001:128. Vrt. myös *Kleinemanin* esimerkki yritysjärjestelyiden verotuskysymyksiin liittyen *Kleineman* NJM 1999 s. 461.

¹⁸¹ Tällaisten juridisten ongelmien identifiointi kuuluu asianajajayhtiön vastuupiiriin due diligence -tarkastuksessa ja edellä mainituilla seikoilla saattaa olla olennainen merkitys esimerkiksi yrityskauppamuodon valintaan: mikäli jossakin kohdeyrityksen sopimuksessa on erityisehtoja sopijapuolen omistajanvaihdostilanteissa (ns. *change of control* -lauseke), johtaa kohdeyrityksen myynti *osakekauppana* ko. lausekkeen oikeusvaikutusten aktuaalisoitumisen: osakekauppan merkitsee kohdeyrityksen omistajanvaihdosta. Sen sijaan liiketoimintakaupassa *change of control* -lausekkeella ei välttämättä ole samanlaista merkitystä, sillä kaupan kohteena on tällöin yrityksen tietty, kauppakirjassa määritelty varallisuus ja itse yrityksen omistusrakenne säilyy muuttumattomana.

päämiehenä (tai muuna due diligence -raportin perusteella vahingonkorvausta vaativana) on suuri yritys, jolla on kokemusta toimialasta ja yritys-kauppakäytännöistä. Mikäli päämies on kuitenkin pienyrittäjä, voi edellä mainitulla tapauksella olla merkitystä asianajajayhtiön toimintavelvollisuuksia arvioitaessa.

Suuremmisakin transaktioissa edellä esitetty kysymyksenasettelu toimimisvelvollisuuksien laajuudesta ja due diligence -tarkastusten eri osa-alueiden päällekkäisyyksistä saattaa käytännössä aktualisoitua kuitenkin myös siitä syystä, että eri osa-alueiden due diligence -tarkastukset toteutavien asiantuntijoiden toimeksiantosopimukset eivät välttämättä ole yksityiskohtaisesti muotoiltuja taikka keskenään yhteensovitettuja. Tämän lisäksi tarkastuksista saatu tieto ei välttämättä kulje eri asiantuntijoiden välillä.¹⁸² Ongelmia aiheuttaa myös se, että toimeksiantosopimukset yksityiskohtaisuudestaan huolimatta voivat olla standardimuotoon laadittuja, jolloin yksittäistapauksen olosuhteet saattavat aiheuttaa tulkintaongelmia tarkastusten laajuudesta ja alasta. Ellei nimenomaisesti ole sovittu, että jokin asiantuntijoista ottaa vastatakseen due diligence -tarkastusten yhteensovittamisen, päämiehellä lienee kuitenkin yleisesti ottaen koordinointivastuu siitä, ettei eri osa-alueiden (*business, financial, legal, tax*) due diligence -tarkastuksista tiedottamiseen jää aukkoja.¹⁸³

Edellä mainitun pedagogisen vastuun merkitys korostuu asianajajayhtiön due diligence -tarkastuksen havainnoista ja niihin perustuvista analyyseistä laaditun kirjallisen raportin sanamuodoissa. Tarkastuksen lopullisena tavoitteenahan on esittää havainnot ja johtopäätökset jäsennellysti sekä antaa päämiehelle tarpeelliset toimitasuositukset.¹⁸⁴ Asianajajan luottamusasema huomioon ottaen on selvää, ettei tämä saa *tahallaan* jättää jotakin olennaista seikkaa mainitsematta raportissaan – tällainen menettely olisi räikeästi hyvän asianajajatavan vastaista. Tähän tulokseen on tultu myös SAL:n kurinpitolautakunnan ratkaisussa, joka koski asianajajan laatimaa puutteellista arviokirjaa.¹⁸⁵ Tuottamusarviointi raportin laadinnan

¹⁸² Mm. tästä syystä *Salminen* ei esimerkiksi suosittele asiakkailleen *tax due diligence* -tarkastusten taloudellisen ja oikeudellisen osan eriyttämistä eri asiantuntijayhtiöiden kesken. *Salminen* 16.1.2004.

¹⁸³ Erityisesti investointipankit ja tilintarkastajat käyttävät yrityskauppoihin liittyvässä konsultoinnissa yksityiskohtaisia toimeksiantosopimuksia (*engagement letters*) vastuunrajoituslausekkeineen, mutta (suomalaisilla) asianajajayhtiöllä käytäntö ei ole säännönmukaista. Tästä *Kull* 9.1.2004 sekä *Salminen* 16.1.2004. Ks. myös projektinhallinnan (*deal management*) järjestämisestä *Lauriala* 2001 s. 144–145.

¹⁸⁴ Tästä esim. *Blomquist ym.* 2001 s. 46–47 ja *Saanio* 2003 s. 27–33.

¹⁸⁵ Kurinpitolautakunnan ratkaisu 16.5.1997 (DL 1997 s. 791–792). Tapauksesta *Ylöstalo – Tarkka* 2001 s. 194–195.

osalta kohdistuukin siihen, *miten* havainnot on esitetty ja jäsenneilty. Keskeistä tässä on raportin kielellinen täsmällisyys ja rakenteellinen johdonmukaisuus.

Myös *Kersby* toteaa, että due diligence -raportin tulee olla niin selvä, että väärinkäsitysten ja virheellisten tulkintojen riski minimoituu.¹⁸⁶ Samoin *Gustafsson* huomauttaa, että liian pitkä ja monimutkainen due diligence -raportti voi muodostua laatijansa kannalta riskiksi.¹⁸⁷ Ongelmaksi voi muodostua se, että seikat, jotka ovat raportin laatijalle itselleen selviä, eivät välttämättä kirkastu lukijalle. Väärinymmärrykseen voi myös olla syynä kielellisen ilmaisun monitulkintaisuus taikka se, ettei havainnon juridista merkitystä ole selvitetty. Tällöin epäselvyyttä voi aiheuttaa se, ettei esimerkiksi *change of control* -lausekkeen oikeusvaikutuksia selvitetä asiakkaalle edellä mainitulla tavalla, vaikka itse lauseke olisikin raportissa mainittu.

Huolimattomuus voi nähdäkseni ilmetä myös siinä, ettei jotakin transaktion toteutumisen taikka toteuttamisen kannalta olennaista seikkaa ole asianmukaisesti korostettu. Huolimattomuutta lienee esimerkiksi se, että due diligence -havainto, jolla on olennaiset vaikutukset kauppahintaan, on mainittu vain raportin liitteissä: olisihan asianmukaisin esityspaikka olennaiselle tiedolle raportin tiivistelmäosa (ns. *executive summary*, ks. jakso 2.2 edellä). Tällaista raportin rakenteellisen epä johdonmukaisuutta voidaan pitää asianajajayhtiön huolimattomuutena erityisesti siksi, että due diligence -toimeksiantoja hoitavat juristit tietävät raportin tiivistelmäosan muodostavan ostajan erään keskeisen tiedonlähteen yrityskauppaneuvotteluissa. Näin ollen pelkkä havainnon mainitseminen raportissa, ei välttämättä poista asianajajayhtiön tuottamusta, mikäli tuon havainnon merkitystä ei ole korostettu asian edellyttämällä tavalla. Tuottamuksen lisäedellytys lienee myös se, että korostamatta jäänyt havainto on ollut raportin kokonaisuuden kannalta keskeinen.

Due diligence -raportin laadinnassa on huomiota *kiinnitettävä myös asianajajan ja päämiehen asiantuntemuksen eroon*.¹⁸⁸ Tiedonantovelvollisuus asiantuntijapalveluissa korostuu erityisesti silloin, kun toimeksiantaja ei ole perehtynyt alaan ja kun hän ei ole käyttänyt apunaan muita asiantuntijoita.¹⁸⁹ Raportoinnin yksityiskohtaisuus ja painotukset saattavatkin käytännössä vaihdella esimerkiksi sen mukaan, onko päämies teollinen ostaja

¹⁸⁶ *Kersby* JT 1997 s. 162.

¹⁸⁷ *Gustafsson* 2001 s. 146.

¹⁸⁸ *Kersby* JT 1997 s. 162. Ks. myös *Mäntysaari* DL 2000 s. 262.

¹⁸⁹ *Hemmo* 2003 s. 276.

vai finanssisijoittaja. Finanssisijoittajalla ei välttämättä ole kattavaa kuvaa toimialasta, minkä vuoksi tämä edellyttänee raportoinnilta enemmän kuin teollinen ostaja, jonka voidaan katsoa olevan asiantuntija alallaan.¹⁹⁰ Eri-tyisen tärkeää havaintojen merkityksen korostaminen on silloin, kun raportti on laadittu ulkomaiselle ostajalle. Jotta raportin lukijalla olisi todelliset mahdollisuudet ymmärtää havaintojen merkitys, huolellinen raportointi edellyttänee tarkempaa kuvausta Suomen oikeuden sisällöstä.¹⁹¹

Edellä on esimerkinomaisesti hahmotettu tilanteita, joissa asianajajayhtiön toimintaa voidaan pitää huolimattomana tuottamusedellytyksen täyttävällä tavalla. Kuten yllä on kuitenkin todettu, toimeksiantosuhteessa asianajajayhtiön tuottamus on pelkän päämiesvastaajan väitteen perusteella presumoitua. Näin ollen edellä esitetyillä esimerkeillä on suurin käytännön merkitys eritoten asianajajayhtiöiden sisäisessä suunnittelussa siitä, kuinka due diligence -toimeksiannot tulisi hoitaa ja järjestää, jotta mahdolliselta vastuulta voitaisiin välttyä.¹⁹² Lisäksi edellä on annettu esimerkkejä siitä, mihin seikkoihin vedoten asianajajayhtiö voisi korvausjutussa pyrkiä osoittamaan toimineensa edellytettyä huolellisuutta noudattaen.

Mitään absoluuttisia standardeja toimeksiannon suorittamiselle ei kuitenkaan voida määrittää. Käytännössä tuottamusarviointiin vaikuttanevat olennaisimmin se, mitä toimeksiannon toteuttamisesta on sovittu päämiehen ja asianajajayhtiön välillä sekä päämiehen erityisten toimiohjeiden sisältö,¹⁹³ tarkastukseen käytetty aika, tarkastettavan kohteen suuruus, palkkion määrä, asiakkaan liiketoiminta-ala ja tämän oma asiantuntemus. Koska due diligence -raportin ei voida katsoa olevan suora takuu kaupan kohteen ominaisuuksista, eivät sen sisältämät virheellisetkään kannanotot välttämättä saa aikaan asianajajayhtiön vastuuta automaattisesti. Keskeisintä vastuutarkastelun kannalta on, onko asianajajayhtiö noudattanut tarkastuksessaan asianmukaista metodia ja laatinut raporttinsa kyllin ymmärrettävästi sekä informatiivisesti.

¹⁹⁰Tästä esim. *Blomquist ym.* 2001 s. 32.

¹⁹¹Vrt. samantyyppinen periaate IBA:n tapaohjeiden 4 kohdassa. Vrt. myös legal opinion -kirjeiden osalta *Rogers ym.* s. 12–13: ”*In the case of a bond issue, an example of a third party would be a foreign purchaser. Thus the language of the opinion should be especially clear, unambiguous and understandable for any foreigner.*”

¹⁹²Vrt. investointipankkien toimintaohjelmista (*compliance program*) varautumistoimenpiteenä häiriötilanteisiin *Lauriala* 2001 s. 32–33.

¹⁹³*Saarnilehto ym.* 2001 s. 1016.

3.4 Tuottamuksen asteen merkitys

Tuottamuksen asteella ei lähtökohtaisesti ole merkitystä vahingonkorvausvelvollisuuden syntymiselle.¹⁹⁴ Näin ollen suhteellisen lievänkin huolimattomuuden voidaan katsoa aiheuttavan asianajajayhtiön vahingonkorvausvelvollisuuden.¹⁹⁵ Tuottamuksen aste voi sen sijaan vaikuttaa korvauksen sovitteluun ja siten korvattavan vahingon määrään.

Tuottamuksen asteen määrittelyllä saattaa olla erityistä merkitystä vastuuvakuutusturvan ja vastuunrajoituslausekkeiden tehokkuuden kannalta. Suomalaisen vastuuvakuutus käytännön mukaan vastuuvakuutusturva voidaan nimittäin menettää kokonaan tai osittain,¹⁹⁶ mikäli vahinko on aiheutettu *tahallisesti tai törkeällä tuottamuksella* (ns. kvalifioitu tuottamus).¹⁹⁷ Oikeuskäytännössä ja oikeuskirjallisuudessa on myös vakiintuneesti katsottu, että törkeällä huolimattomuudella aiheutettujen vahinkojen korvaamista rajoittavat vastuunrajoituslausekkeet voivat olla OikTL 36 §:n perusteella pätemättömiä jo sinänsä.¹⁹⁸ Tämä on myös mainittu OikTL 36 §:n esitöissä.¹⁹⁹ Näin ollen se, miten tavallisen ja törkeän huolimattomuuden raja määritetään due diligence -toimeksiannon virheellisessä toteuttamisessa, voi muodostua tärkeäksi kysymykseksi, sillä due diligence -tarkastusta koskevat toimeksiantosopimukset saattavat sisältää vastuunrajoituslausekkeitä.

Sopimusoikeudessamme ei ole vakiintunutta määritelmää törkeälle huolimattomuudelle.²⁰⁰ Korkein oikeus totesikin tilintarkastajan vastuuta koskevassa tapauksessa KKO 1997:103, etteivät törkeä tuottamus sekä rajanveto esimerkiksi ”tavallisen” tuottamuksen ja törkeän tuottamuksen välil-

¹⁹⁴ Tuottamuksen astetta voidaan tarkastella neliportaisesti asteikolla lievä, tavallinen ja törkeä huolimattomuus sekä tahallisuus. Ks. *Hemmo* 2003b s. 288 ja *Routamo – Ståhlberg* 2000 s. 59–60.

¹⁹⁵ Ks. *Hemmo* 1994 s. 250–251.

¹⁹⁶ Asianajajien pakollisesta vastuuvakuutuksesta ks. esim. *Peltonen* DL 2001 s. 23–24.

¹⁹⁷ *Af Hällström – Ijäs* 2003 s. 18–19, samoin *Mäntysaari* DL 1997a s. 842.

¹⁹⁸ *Saarnilehto ym.* 2001 s. 606. Tämä on myös kansainvälisesti tunnustettu periaate. Oikeuskäytännöstä ks. törkeästä tuottamuksesta myös tiekuljetussopimustapaus KKO 1995:71. Ks. myös *Hemmo* 2003b s. 287–292, joka huomauttaa myös, ettei kvalifioitua tuottamusta koskevaa oppia kuitenkaan voida tulkita *e contrario* niin, että törkeää lievemällä huolimattomuudella aiheutetut vahingot käsittävän vastuun rajoittaminen olisi aina hyväksyttävää. Samasta *Saxén* 1995 s. 215.

¹⁹⁹ HE 247/1981 s. 15.

²⁰⁰ Ks. myös *Mäntysaari* DL 1997a s. 841–848, jonka mukaan kansainvälisistä sopimusoikeuden normistoistakaan ei ole kattavasti saatavissa tulkinta-apua törkeän tuottamuksen määrittelemiseksi.

lä ole yksiselitteisesti määriteltävissä.²⁰¹ Ratkaisussa törkeän tuottamuk-
sen todettiin voivan tarkoittaa myös eri asioita jopa vakuutus sopimuslain
eri säännöksiä tulkittaessa. Tästä on katsottu voitavan päätellä, että moitit-
tavuuden astetta voidaan arvioida eri tavoin vakuutus oikeudessa kuin esi-
merkiksi yleisessä sopimusoikeudessa.²⁰² *Hemmo* on esittänyt KKO:n pe-
rustelujen viittaavan myös siihen, ettei törkeää tuottamusta välttämättä
määritellä yhtä tiukasti kaikissa tilanteissa, vaan arviointiin voi vaikuttaa
myös se, *minkä merkityksen* törkeä tuottamus kussakin yhteydessä saa.²⁰³

Sopimusoikeudellisessa oikeuskirjallisuudessaakaan ei ole yhtenäistä
määritelmää törkeälle huolimattomuudelle. Yleensä törkeän huolimatto-
muuden sisältö on mielletty kapea-alaiseksi.²⁰⁴ Onkin esitetty, että törkeä
huolimattomuus on kysymyksessä silloin, kun menettely on lähellä tahal-
lisuutta. Törkeätä huolimattomuutta voivat indikoida esimerkiksi korvaus-
velvollisen toiminnan selkeä piittaamattomuus²⁰⁵ taikka ryhtyminen eri-
tyisosaamista vaativiin toimiin, joihin tällä ei ole kykyä.²⁰⁶

Vahingonkorvausoikeudellisen tuottamuk sen astetta arvioitaessa pitäy-
dytään pääasiassa objektiivisissa tekijöissä. Tuottamuk sen aste määräytyy
sen perusteella, *kuinka merkittävästi tekijän toiminta on poikennut edelly-
tettävästä huolellisuudesta* tai *kuinka liiallinen otettu riski on ollut*. Toi-
saalta myös tekijän *tiedoilla vahinkoriskistä* voi olla arvioinnissa täyden-
tävää merkitystä.²⁰⁷ Näin ollen jäljempänä jaksossa 4.3 käsiteltävä *vahin-
gon ennakoimattomuus* voi myös estää sen, että asianajajayhtiön huoli-
mattomuutta pidettäisiin törkeänä.

Törkeän huolimattomuuden määrittely on Suomen oikeuskäytännössä
useimmiten liittynyt kuljetussopimustilanteisiin. Tämän vuoksi edellä
mainittu törkeän huolimattomuuden rajan asettaminen korkealle liittyy tuon
alan erityispiirteisiin.²⁰⁸ Oikeuskäytännön rajallisuuden vuoksi törkeää

²⁰¹ Tapauksesta *Savela* 1997 s. 9–11. Tapauksessa oli kysymys siitä, oliko KHT-tilintarkas-
taja menetellyt törkeän huolimattomasti tilintarkastusta suorittaessaan ja oliko vastuu-
vakuutus korvaus tällä perusteella evättävissä.

²⁰² Ks. *Routamo – Ståhlberg* 2000 s. 60.

²⁰³ *Hemmo* 2003b s. 291, alaviite 93. Samansuuntaisesti *Hellner* 1995 s. 146. Ks. myös
Mäntysaari DL 1997a s. 854.

²⁰⁴ *Hemmo* 2003b s. 288. Ks. myös *Taxell* 1973 s. 97.

²⁰⁵ Ks. myös KKO:n perustelut tilintarkastajan vastuuta koskeneessa ratkaisussa KKO
1997:103: ”laiminlyönti, joka osoittaa ammatinharjoittajassa selvää piittaamattomuutta
menettelyssään.” Samasta *Taxell* 1972 s. 101. Ks. myös *Mäntysaari* DL 1997a s. 855.

²⁰⁶ *Hemmo* 2003b s. 288. Samasta *Taxell* 1972 s. 98–100 ja *Hellner* 1995 s. 146–147.

²⁰⁷ *Routamo – Ståhlberg* 2000 s. 60 ja *Mäntysaari* DL 1997a s. 849. Samansuuntaisesti
Taxell 1972 s. 98.

²⁰⁸ *Hemmo* 2003b s. 298–290.

tuottamusta ei välttämättä voida yleistää määriteltäväksi samansisältöises-
ti muissa yhteyksissä. Ruotsin oikeuskirjallisuudessa onkin esitetty, ettei
esimerkiksi irtaimen kaupassa ole samanlaisia perusteita törkeän huoli-
mattomuuden käsitteen rajoitetulle määrittelylle.²⁰⁹ Törkeän huolimatto-
muuden kynnyksitys voi ylittyä tavallista helpommin myös silloin, kun harjoi-
tettu toiminta edellyttää poikkeuksellista asiantuntemusta.²¹⁰ Näin ollen
myös asianajajayhtiön tarjoamien asiantuntijapalveluiden kohdalla on aja-
teltavissa, että törkeän huolimattomuuden kynnyksitys täyttyy helpommin. Koska
asiasta ei ole velvoittavia oikeuslähteitä, kysymykseen ei voida tässä yhtey-
dessä antaa täsmällistä vastausta.

Arvioitaessa sitä, onko vahinko aiheutunut asianajajayhtiön tuottamuk-
sesta, lienee joka tapauksessa perusteltua ankarointaa tuottamusarviointia
edellä kuvatun erityisammattitaidon vaatimuksen ja professiovastuun pe-
rusteella. Tämä tarkoittaa sitä, että vahingon katsotaan tällaisessa tilan-
teessa olevan helpommin asianajajayhtiön tuottamuksellisesti aiheuttama
vahingonkorvausvastuun synnyttävällä tavalla. Toinen kysymys on sen si-
jaan se, onko asiantuntijuuden merkitys yhtä olennaisessa asemassa har-
kittaessa sitä, täyttääkö asianajajayhtiön huolimaton toiminta törkeän tuot-
tamuksen edellytykset. Tällainen kvalifointi saattaa nimittäin olla myös
vahingonkärsijän kannalta epäedullista, sillä tällöin tämän varma, asian-
ajajien pakolliseen vastuuvakuutukseen liittyvä korvausturva saattaa pois-
tua.²¹¹ Näin ollen myös seuraamusargumentit saattaisivat yksittäistapauk-
sessa saada sijaa arvioitaessa sitä, onko toiminta ollut törkeän huolima-
tonta.

On mahdotonta määrittää yleisellä tasolla tarkasti sitä, millaista asian-
ajajayhtiön laiminlyöntiä voitaisiin pitää törkeän huolimattomana due di-
ligence -toimeksiannon toteuttamisessa. Kuitenkin esimerkiksi HAO 13
§:n mukaisen torjumisvelvollisuuden noudattamatta jättämistä voitaneen
tietyin edellytyksin pitää törkeän huolimattomana silloin, kun asianajaja-
yhtiö on ottanut vastaan toimeksiannon, johon sillä ei ole tarvittavia taito-
ja taikka resursseja. Samoin esimerkiksi koko kaupan toteutumisen vaa-
rantavan ns. *deal breakerin* tasoisen seikan huomiotta jättäminen lienee

²⁰⁹ Lundmark 1996 s. 141

²¹⁰ Hemmo 2003b s. 291.

²¹¹ Tästä myös Hemmo 1995 s. 585. Toisaalta erityisesti ulkomaiset yrityskauppakonsul-
taatiota tarjoavat neuvonantajat pyrkivät vastuunrajoituslausekkeissaan rajoittamaan kor-
vausvelvollisuutensa vain törkeällä tuottamuksella (*gross negligence*) aiheutettuihin va-
hinkoihin, minkä vuoksi tällaisissa tilanteissa vahingonkärsijän intressissä voi olla argu-
mentoida, että vahinko on aiheutettu nimenomaan törkeän tuottamuksellisesti. Tästä *Iso-
korpi*, 31.12.2003.

törkeän huolimattomuutta silloin, jos kyseinen havainto olisi ollut vaikeuksista huomattavissa huolellisia tarkastusmetodeita noudattamalla. Tuottamusarviointi edellyttäneenä lisäksi aina sen pohtimista, kuinka merkittävä huolimattomuus tai laiminlyönti on ollut sopimukseen liittyvien taloudellisten arvojen ja vahingonkärsijän odotusten kannalta – tällöin tuottamusarviointiin saattaa myös vaikuttaa asianajajayhtiön perimän palkkion määrä.

4 VAHINGONKORVAUSVASTUUN MUUT EDELLYTYKSET

4.1 Korvattava vahinko

Jaksossa 3 on käsitelty tuottamusta oikeusperusteena, johon vedoten vahinko voidaan sekä sopimussuhteessa että sen ulkopuolella vyöryttää aiheuttajansa korvattavaksi.²¹² Käytännössä asianajajayhtiön tuottamus ilmenee *tiedonantovirheenä*, joka liittyy joko väärin tietojen antamiseen tai tarpeellisten tietojen antamatta jättämiseen.²¹³ Jotta asianajajayhtiön vahingonkorvausvelvollisuus voisi tulla kysymykseen, edellytetään tuottamuksen (eli virheen) ohella sellaisen vahingon syntymistä, joka on syyhteydessä mainittuun tiedonantovirheeseen.

Asianajotoimeksiannoissa vahinko ilmenee pääsääntöisesti ns. *puhtaan varallisuusvahinkona*.²¹⁴ Due diligence -toimeksiannossa asianajajayhtiön vastuu perustuukin siihen, että asianajajayhtiön antama virheellinen tai puutteellinen informaatio on aiheuttanut taloudellisen vahingon vahingonkärsijälle.²¹⁵ Jotta vahingonkorvausvelvollisuus syntyisi, tuon vahingon on oltava sovellettavan normiston perusteella *korvattava vahinko*.

Vastuutilanteeseen sovellettava normisto määräytyy sen mukaan, onko vahingonkärsijä asianajajayhtiön päämies (*sopimusvastuun toimeksiantosuhteessa*) vai jokin muu taho (*sopimuksenulkoinen eli deliktivastuu*). Sään-

²¹²Oikeusperusteen ohella korvausmuotojen käsitteistö ja kysymyksenasettelut ovat samankaltaisia myös monilta muilta osin: esimerkiksi kausaliteetti-, adekvaattisuus- ja sovittelukäsitteet tunnetaan molemmissa vastuumuodoissa.

²¹³Tällaisista laaturvirheestä asiantuntijapalveluissa esim. *Hemmo* 2003b s. 276 ja *Hemmo* 1997 s. 185.

²¹⁴*Peltonen* DL 2001 s. 4.

²¹⁵Samoin *Kleineman SvJT* 1998 s. 186 konsultin tiedonantovirheestä.

telyt eroavat Suomessa ensinnäkin siinä, että jälkimmäistä vastuumuotoa koskee yleislakina vahingonkorvauslaki (VahL).²¹⁶ Sopimuksenulkoiselle vahingonkorvausvastuulle on ominaista varallisuusvahinkojen rajoitettu korvattavuus: VahL 5:1:n mukaan taloudellisen vahingon korvaaminen edellyttää lähtökohtaisesti *erityisen painavia syitä*, kun kyse ei ole rikollisesta teosta taikka vahinko ei ole aiheutunut julkisen vallan käytöstä.²¹⁷

Sopimusvastuu on sen sijaan sopimustyyppikohtaisen lainsäädännön varassa: tietyn sopimuskyynnyksen ylittävän tunnusmerkistön täyttyessä sovelletaan joko sopimustyyppin osoittamaa erityislakia tai lainsäädännön puuttuessa *sopimusoikeuden yleisiä periaatteita*.²¹⁸ Jälkimmäisessä tapauksessa myös analogiat sopimustyyppiä lähellä olevasta lainsäädännöstä saatavat muodostaa sovellettavan normiston.²¹⁹ Taloudellisen vahingon korvaaminen ei ole deliktivastuun tapaan rajoitettua sopimussuhteessa: käytännössä sopimusvastuu suuntautuukin juuri varallisuusintressien suojaamiseen.²²⁰ Asianajajien vahingonkorvausvastuu päämiestä kohtaan perustuu KK 18 lukuun, jonka vähäisistä oikeusohjeista ei kuitenkaan saada tarkempaa tulkinta-apua vahingon ja korvausvelvollisuuden määrittelyssä. Muussakaan toimeksiantosopimuksia koskevassa lainsäädännössä ei ole määritelty vahingon käsitettä.

Sovellettavasta normistosta riippumatta lainsäädännöstä ei siten saada tukea korvattavan vahingon tarkemmassa määrittelyssä. *Encyclopaedia Iuridica Fennicassa* vahinko on kuvattu vahingonkärsineen kannalta negatiiviseksi, äkilliseksi ja odottamattomaksi tapahtumaksi, josta on tälle jotakin haittaa.²²¹ Vahingonkorvausoikeudellisessa doktriinissa vahinko sen sijaan määritellään usein erotuksena kahden eri tapahtumakulun välillä (*ns. differenssioppi*). Todellisen tapahtumakulun saa aikaan vahinkoon joh-

²¹⁶ VahL 1:1:ssä rajataan sopimusvastuu lain soveltamisalan ulkopuolelle. Vahingonkorvauslain ilmentäviä periaatteita on kuitenkin oikeuskäytännössä sovellettu myös sopimusvastuuseen (esim. luotonantosopimusta koskeneessa ratkaisussa KKO 1991:42). Tästä esim. *Hemmo* 1998 s. 30–31.

²¹⁷ VahL:ssa ei kuitenkaan ole tarkasti määritelty puhtaan varallisuusvahingon sisältöä. Laissa todetaan vain, että varallisuusvahinkoja ovat sellaiset taloudelliset vahingot, jotka eivät ole yhteydessä henkilö- tai esinevahinkoon.

²¹⁸ *Aurejärvi* 1988 s. 129; samoin *Hemmo* 1998 s. 28–29.

²¹⁹ *Hemmo* 1994 s. 41–42. Tärkeimmän poikkeuksen sopimusperusteista vahingonkorvausta koskevan lainsäädännön vähäisyydestä muodostavat irtaimen omaisuuden kauppaa koskevan KL:n varsin yksityiskohtaiset säännökset. Ne sääntelevät sekä vastuun syntyedellytyksiä että korvattavaa vahinkoa. Ne voivat myös tarjota analogiamahdollisuuksia muita sopimustyyppijä silmällä pitäen.

²²⁰ *Hemmo* 1997 s. 275.

²²¹ *Encyclopaedia Iuridica Fennica* s. 922–923.

tava syy. Toinen tapahtumakulku on sen sijaan ainoastaan kuviteltavissa: mitä olisi tapahtunut, jollei vahinkoon johtavaa syytä olisi ollut (*hypoteettinen tapahtumakulku*).²²² Sekä sopimus- että deliktisuhteissa vahinko ilmenee siinä, ettei vahingonkärsijä pääse sellaiseen taloudelliseen asemaan, johon hän olisi päässyt ilman vahingon aiheuttamaa tekoa.²²³

Vahinkoa kärsineen näkökulmasta due diligence -raporttiin perustuvan tiedonantovirheen vaikutukset ovat tavallaan rinnasteisia siihen, mitä ostajan ja myyjän välisessä suhteessa voitaisiin pitää yrityskaupan kohteen virheestä aiheutuneena vahinkona. Seikat, joita voidaan pitää yrityskaupan osapuolten välisessä suhteessa kaupan kohteen laatu-, vallinta- tai oikeudellisena virheenä, voivat olla suuntaa-antavia myös määriteltäessä due diligence -raportin laatuvirheeseen perustuvaa vahinkoa. Samalla on kuitenkin huomautettava, ettei due diligence -raportti ole suoranaisten takuu kaupan kohteen ominaisuuksista, eikä vastuuta sen sisältämistä tiedoista sen vuoksi lähtökohtaisesti synny, mikäli asianajajayhtiön katsotaan toimineen huolellisesti toimeksiantoa suorittaessaan.²²⁴

Vahingon määrittelyä koskevaan kysymyksenasetteluun liittyy keskeisesti myös kysymys riskistä ja soveliaasta vastuunkantajasta.²²⁵ *Taloudellisen riskin* kuuluu olennaisena osana yritystoimintaan. Kaikkein sijoittamiseen liittyy aina markkinariski. Niinpä osakemarkkinoilla kurssien kehittymiseen vaikuttavat yhtiökohtaisten tekijöiden lisäksi esimerkiksi maailman- ja kansantalouden kehitys sekä markkinapsykologia.²²⁶ Myös osakemarkkinoiden ulkopuolella yritys-, markkina- ja esimerkiksi rahoituksen riskit vaikuttavat yritysten toimintamahdollisuuksiin ja arvoon. Voidaan kysyä, onko jokin osa yrityskaupan yhteydessä syntyneestä vahingosta (ostajan) normaaliin liiketoimintariskisiin kuuluvaa ja siksi asian-

²²²Routamo – Ståhlberg 2000 s. 30. Samoin Aurejärvi 1988 s. 130. Laajemmin asiasta Hemmo 1994 s. 72–84.

²²³Hellner 1995 s. 357.

²²⁴Virheistä yrityskaupoissa esim. Hultmark 1993 s. 93–97. Virheet jaetaan yleensä faktisiin virheisiin (tavara poikkeaa fyysisiltä ominaisuuksiltaan odotetusta), vallintavirheisiin (lainsäädännöstä tai viranomaisen päätöksestä johtuvan oikeudellisen esteen seurauksena ostaja ei voi käyttää tavaraa haluamallaan tavalla) ja oikeudellisiin virheisiin (kolmannella henkilöllä on tavaraan oikeus, jota ostaja ei ole sitoutunut hyväksymään). Karnell 1976 s. 272–273 on käyttänyt yrityskauppoihin liittyen myös käsitettä *arvovirhe (värdefel)*. Poikkeama odotetusta voi perustua vaikkapa virheeseen annetussa informaatioissa tai virheelliseen arvioon varojen arvosta.

²²⁵Soveliaasta vastuunkantajasta erityisesti Taxell 1972 s. 90–91, 309–310, 346–347 ja 363–364. Käsitteistä reaalisena argumenttina myös Hemmo 1994 s. 232–233.

²²⁶Ks. esim. Haussila 2002 s. 292. Riskien tunnistamisesta ja määrittelystä myös Keskitalo 2002 s. 246–247 ja Keskitalo 2000 s. 55–61.

ajajayhtiön korvausvastuun ulkopuolella.²²⁷ Vaikka asianajajayhtiön olisi-kin näytetty menetelleen huolimattomasti due diligence -toimeksiantoa toteuttaessaan, ei syntynyt vahinko näin ollen välttämättä ole sellainen, joka kuuluu asianajajayhtiön vastuun piiriin. Epäonnistuneiden yritys-kauppojen syynä on kuitenkin useimmiten liiketaloudellinen ylioptimismi, eivät niinkään suoranaiset virheet yrityskauppaprosessissa.²²⁸

Oleennaista asianajajayhtiön vahingonkorvausvastuun kannalta onkin, että kyseessä on ollut riski, jonka ennakoiminen on kuulunut sen vastuun piiriin.²²⁹ Tällöin kyseessä ovat lähinnä *oikeudelliset riskit* eivätkä *kaupalliset riskit*. Suurimmat riskeistä lienevät luonteeltaan kaupallisia, mutta myös toteutuneet oikeudelliset riskit voivat olla kohtalokkaita. Käytännön esimerkki kohdeyhtiön ylisuuresta vahingonkorvausriskistä on ABB:n hankinnan yrityksen asbestioikeudenkäynteihin liittyneet korvausvaatimukset.²³⁰ Myös ympäristökysymykset ja mahdolliset meneillään olevat taikka uhkaavat suuri-intressiset riidat saattavat vaikuttaa yrityksen arvoon ja kuuluvat yleensä legal due diligence -tarkastuksen alaan.

Asianajajayhtiön tiedonantovirheeseen perustuva (ja selkeästi asianajajayhtiön vastuunpiiriin kuuluva) vahinko voi ilmetä ensinnäkin *odottamattomana vastuuna*, jota raportissa ei ole mainittu. Tämä voi olla esimerkiksi velkasitoutumus, takaus tai mahdollinen vahingonkorvaus. Vahinko voi ilmetä myös *odotetun tulon menetyksenä* tai *saamatta jääneenä voittona*.²³¹ Näihin vahinkoihin voi olla syynä muun muassa se, että sopimus sivullisen kanssa on päättynyt tai patentti on rauennut. Tulonmenetyks voi olla myös esimerkiksi seurausta siitä, että liiketoiminnan harjoittamiselle

²²⁷ Esimerkiksi yhtiöoikeudessa osakeyhtiön toimitusjohtajan ja hallituksen jäsenten yhtiöoikeudellista vastuuta arvioitaessa on otettava yleensä huomioon se, että yritystoiminnassa tehdään virheratkaisuita, jotka on tiettyssä laajuudessa hyväksyttävä liiketoimintaan kuuluvina. Puhutaan ”*business judgement rule*” -ilmiöstä. Ks. esim. *Toiviainen* 1992 s. 283–284. Ks. myös *Lauriala* 2001 s. 139.

²²⁸ Eri tutkimusten mukaan jopa 2/3 yritysjärjestelyistä epäonnistuu. Ks. esim. *Erma* 2003 s. 34. Niinpä vuonna 1998 syntyneen DaimlerChryslerin markkina-arvo on noin viidessä vuodessa laskenut yli 60 %, minkä syyksi esitetään saavuttamattomia synergiaetuja ja kulttuurieroja.

²²⁹ Riskinjaosta myös *Taxell* 1993 s. 52–53.

²³⁰ Tapauksessa ostaja oli ollut tietoinen mahdollisista oikeudenkäynneistä, mutta oli aliarvioinut niiden laajuuden. ABB osti vuonna 1990 amerikkalaisen Combustion Engineering -yrityksen, jonka tekemissä kattiloissa oli käytetty asbestia. ABB ehti sittemmin myydä kyseisen amerikkalaisyrityksen, mutta vaatimukset asbestikorvauksista jäivät ABB:lle. Arviot vastuun suuruudesta ovat jopa 2–3 miljardiin dollaria. (Tapauksesta Forbes.comin artikkeli osoitteessa www.forbes.com/global/2003/0106/019_print.html, viittauspäivä 21.5.2003.)

²³¹ KL 67 §:n vahinkomäärittelystä voi saada analogioin tukea vahingon määrittelyyn myös tässä yhteydessä.

ei ole ollut tarvittavaa lupaa. Tulonmenetystä aiheutuu lisäksi siitä, ettei jokin immateriaalioikeus olekaan siirtynyt kaupan kohteen mukana tai että tuota oikeutta rasittaa jonkin kolmannen oikeus.²³² Mitään normaalistandardia tai normaalikorvausta yrityskauppatilanteissa ei kuitenkaan voitane määrittää.²³³ Keskeisimpiä asianajajayhtiön vastuun rajaajia ovatkin syy-yhteyteen ja ennakoitavuuteen liittyvät periaatteet.

4.2 Syy-yhteysvaatimus

Asianajotoiminnassa aiheutettujen vahinkojen määrittelyssä sovelletaan yleisiä vahingonkorvausoikeudellisia periaatteita, joihin kuuluu edellä mainitun differenssiopin ohella syy-yhteyden vaatimus. Syy-yhteyden toteaminen muun muassa edellyttää, että asianajajayhtiön teon tai laiminlyönnin tulee olla vahinkoseurauksen (riittävä ja) välttämätön syy (*conditio sine qua non*).²³⁴ Tuottamusvastuun syntyminen edellyttää sekä sopimussuhteessa että sopimussuhteen ulkopuolella, että vahingonkärsijä pysyy osoittamaan vahingon ja vastuuperusteen välisen syy-yhteyden. Syy-yhteys todetaan yleensä asettamalla hypoteettinen kysymys: olisiko vahinkotapahtuma sattunut, vaikka vastuuperusteeksi väitettyä seikkaa ei olisi ollut.²³⁵ Tämän lisäksi vahingonkorvausoikeudessa yleensä edellytetään, että aiheutunut vahinko on *adekvaattinen* eli *ennalta-arvattava*.²³⁶

Peltonen toteaa, että asianajotoiminnassa aiheutuvien vahinkojen osalta differenssiopin merkitys korostuu etenkin tilanteissa, joissa on kysymys asianajajan laiminlyönnistä hakea muutosta tai suorittaa muu toimenpide määrääjässä. Tällöin joudutaan vertaamaan esimerkiksi lainvoimaiseksi jäänyttä päätöstä siihen hypoteettiseen lopputulokseen, joka olisi syntynyt, jos muutoksenhakuhakemus olisi asianmukaisesti tehty. Mikäli on katsottava, ettei päätös olisi muuttunut, vaikka toimenpide olisi tehty, ei käsillä ole korvattava vahinko.²³⁷

²³² Vrt. myös KL:n 41 §:ssä määritelty oikeudellinen virhe.

²³³ *Taxell* 1993 s. 173. Normaalikorvauksen käsitteestä myös *Hemmo* 1993 s. 235–236.

²³⁴ *Peltonen* 2001 s. 16, samoin *Kivimäki* 1924 s. 87. Ks. myös *Routamo – Ståhlberg* 1995 s. 241.

²³⁵ Tästä esim. *Routamo – Ståhlberg* 1995 s. 245–248.

²³⁶ Adekvaattisuusvaatimuksesta esim. *Routamo – Ståhlberg* 1995 s. 232–233. Adekvaattisuudesta laajasti myös *Hemmo* 1994 s. 144–244. Ks. myös *Schneider* 2002 s. 239 anglo-amerikkalaisessa oikeuspiirissä yleisesti käytetystä *foreseeability*-kriteeristä ja konsultin vastuun rajoittamisesta.

²³⁷ Ks. *Peltonen* DL 2001 s. 16–17, joka viittaa oikeudenkäyntiasiamiehen korvausvelvollisuutta koskeneeseen tapaukseen KKO 1983 II 88 Ks. myös *Kleineman* SvJT 1998 s. 187.

Vastaavalla tavalla olennainen kysymys tässä tutkimuksessa onkin, mitä olisi tapahtunut, jos due diligence -raportissa virheelliseksi väitetty informaatio olisikin annettu oikeansisältöisenä. Käytännössä tämä tarkoittaa hypoteesia siitä kauppahinnasta, jonka ostaja olisi ollut valmis maksamaan (ja myyjä hyväksymään), mikäli ostaja olisi saanut huolellisesti toteutettuun tarkastukseen perustuvat tiedot kohdeyhtiön ominaisuuksista. Hypoteettisia tapahtumainkulkuja voidaan ajatella olevan useita, esimerkiksi 1) ostaja ei olisi ollut valmis tekemään kauppaa lainkaan;²³⁸ 2) ostaja olisi voinut hankkia kaupan kohteen alemmalla kauppahinnalla;²³⁹ 3) myyjältä olisi ollut mahdollista saada kaupan kohteesta laajemmat takuut ja vakuutukset (*ns. representations and warranties*); 4) kauppa olisi strukturoitu toisin (esimerkiksi osakekauppa substanssikauppana), jolloin jokin tietty vastuuriiski olisi voitu rajata kaupan kohteen ulkopuolelle,²⁴⁰ taikka 5) *change of control*- tai sopimuksen siirtokieltilanteessa kolmannelta olisi ollut mahdollista saada suostumus omistajanvaihdokselle tai sopimuksen siirtoon ennen kaupan toteuttamista.

Hypoteettisen tapahtumainkulun määrittäminen saattaa olla vaikeaa, koska vaihtoehtoisia tapahtumainkulkuja on edellä esitetyllä tavalla lukuisia. Lisäksi syy-yhteyden toteennäyttäminen voi olla hankalaa.²⁴¹ Mahdollisten muiden tekijöiden vaikutusta tulee arvioida kysymällä, onko asianajajayhtiön laiminlyönti *riittävä* syy seuraukselle eli toisin sanoen, edellyttääkö seuraus myös mahdollisesti muita tekijöitä ensin mainitun ohella.²⁴²

²³⁸ Ks. erityisesti tilitoimiston vastuuta koskenut tapaus KKO 2001:128 ja sen sisältämät ”olisiko kauppaa lainkaan tehty” -pohdinnat. Verosta vahinkona laajasti myös *Haapanen* 2003 s. 109–120.

²³⁹ Ks. ”hinnalla millä hyvänsä” -pohdintaa eri mieltä olleen oikeusneuvos Tulokkaan lausunnossa tilitoimiston vastuuta koskeneessa tapauksessa KKO 2001:128: ”Veroa voidaan pitää korvattavana vahinkona, jos se olisi ollut vältettävissä toisin menetellen... Tältä osin näyttö viittaa siihen, että kaupan tekeminen on ollut A:lle tärkeitä ja hänen etujensa mukaista, mutta ei ehkä välttämätöntä mihin hintaan hyvänsä.”

²⁴⁰ Yritysjärjestelyn vaihtoehtoisista toteuttamistavoista ks. verokonsultointitapauksen KKO 1999:80 perustelut: ”Tämän vuoksi ei ole uskottavaa, että järjestelystä olisi kokonaan luovuttu, vaikka kommandiittiyhtiö olisi saanut luovutuksen veroseuraamuksista oikean tiedon. Toisaalta oli kuitenkin ajateltavissa, että järjestelyllä tavoiteltu kokonaistulos voitiin saavuttaa monella vaihtoehtoisella, monessa vaiheessa toteutettavalla tavalla”

²⁴¹ Toisin kuitenkin esim. *Kersby JT* 1997 s. 151, jonka mielestä kausaliteetin toteennäyttäminen on suhteellisen helppoa.

²⁴² Ks. esim. korkeimman oikeuden perustelut kiinteistönvälittäjän vastuuta koskeneessa tapauksessa KKO 2001:121 ”Ottaen huomioon käräjäoikeuden tuomioissa mainittu selvitely asuntojen hintatason laskusta kauppojen välisenä aikana ei kuitenkaan voida pitää selvitettynä, että kauppahintojen erotus olisi kokonaan johtunut rautatiesuunnitelmaa koskevista tiedoista”.

käytännössä yrityskauppatilanteissa ostajan käsitys kohdeyrityksen arvosta perustuneet lukuisiin eri tekijöihin.²⁴³ Lisäksi psykologiset tekijät ovat saataneet vaikuttaa kaupantekopäätökseen: usein pitkälle edenneiden yrityskauppaneuvottelujen myötä osapuolille kehittyy erityinen kaupantekotahto, mikä käytännössä vaikeuttaa kaupasta vetäytymistä siitäkkin huolimatta, että neuvotteluiden viimevaiheissa kohdeyrityksessä ilmenisikin sen arvoa alentavia seikkoja.²⁴⁴

Syy-yhteyksysymystä voidaan tästä näkökulmasta verrata myös siihen, mitä kausaliteetilta on oikeuskirjallisuudessa katsottu edellytettävän yrityskauppojen yhteydessä *myyjän ja ostajan välisessä suhteessa*. Syy-yhteyden toteennäyttämisen on yrityskaupoissa katsottu edellyttävän sitä, että annettu virheellinen tieto on sisällynyt faktamateriaaliin, jonka perusteella ostaja on määritellyt kauppahinnan.²⁴⁵ Oikeuskirjallisuudessa on kuitenkin esitetty erilaisia näkemyksiä siitä, minkälaisin edellytyksin kausaliteetin katsotaan täyttyvän yrityskaupoissa. *Hultmark* toteaa, että virheellinen tieto ei yksin aiheuta *myyjän* virhevastuuta ostajan ja myyjän välisessä suhteessa. Tämän lisäksi edellytetään, että virheellisen tiedon voidaan *olettaa vaikuttaneen kauppaan*.²⁴⁶ Hänen näkemyksensä on perusteltu myös kauppalain 18 ja 19 §:ien kanssa. Kummassakin edellytetään, että myyjän ennen kaupantekoa antamien tietojen voidaan olettaa vaikuttaneen kauppaan.

Nähdäkseni myös asianajajayhtiön antaman virheellisen tiedon osalta on lähdeittävä siitä, että due diligence -raportissa esitetyn tai esittämättä jätetyn voidaan todella olettaa vaikuttaneen ostajan kaupantekopäätökseen tai yrityskaupan ehtoihin. Mikäli laiminlyönti on ollut päämiehelle yhdenkään, ei syy-yhteyttä vahingon ja laiminlyönnin välillä ole.²⁴⁷ Vahingonkärsineen tuleekin osoittaa, että tämä on perustanut päätöksentekonsa due diligence -raporttiin sisältyneeseen virheelliseen tietoon (tai olennais-

²⁴³ On mahdollista, että vahingon syntymiseen ovat osaksi vaikuttaneet myös myyjän tiedonantovirheet. Ks. useista korvausvelvollisista erityisesti jakso 5.3.

²⁴⁴ *Prusila* 8.1.2004. Tällaisen kaupantekotahdon muodostumiseen voi vaikuttaa myös esimerkiksi johdon haluttomuus kirjata kuluiksi huomattavatkin summat, jotka ovat aiheutuneet tuloksettomiksi jääneistä kauppaneuvotteluista.

²⁴⁵ *Lindholm – Hakoranta* DL 1997 s. 86 ja *Blomquist ym.* 2001 s. 177.

²⁴⁶ *Hultmark* 1992 s. 133–134. *Hultmarkin* mukaan virheellisen seikan on täytynyt voida olettaa vaikuttaneen ostajan päätöksentekoon tai yrityskaupan ehtojen muodostumiseen. Toisaalta *Karnell* on korostanut kokonaisarviointia eli poikkeamalla on oltava merkitystä koko kaupan kannalta. *Karnell* 1973 s. 279.

²⁴⁷ Vrt. *Aurejärvi* 1988 s. 131, joka toteaa, että laiminlyönti saattaa olla joskus velkojalle edullinen. Rikastumiskiellosta myös *Hemmo* 2003b s. 265–268.

ten tietojen antamatta jättämiseen) ja tähän päätöksentekoon perustuva toiminta on saanut aikaan vahingon, jota ei olisi muutoin syntynyt.²⁴⁸ Vahingonkärsijän tuleekin lähtökohtaisesti näyttää, että tämä olisi toiminut toisin, mikäli raportti olisi laadittu huolellisesti. Mikäli vaihtoehtoista toimintatapaa sen sijaan ei olisi ollut käsillä, on toimeksiannon suorittamisessa tällöinkin voinut olla virhe, mutta tuo virhe ei välttämättä ole aiheuttanut vahinkoa. Tällöinkin asianajajayhtiöltä voitaneen kuitenkin vaatia tämän perimän palkkion palauttamista osittain tai kokonaan sillä perusteella, ettei toimeksiantoa ole toteutettu niin huolellisesti kuin olosuhteet huomioon ottaen on ollut aihetta edellyttää.²⁴⁹

Arvioitaessa due diligence -raportissa annettujen tietoja ja niihin luotaneen päätöksenteon välistä syy-yhteyttä voidaan jonkinlaisena vertailukohtana pitää myös sitä, mitä syy-yhteydestä on esitetty oikeuskirjallisuudessa AML 2 luvun 3 §:n mukaisen, arvopaperien liikkeeseenlaskun yhteydessä laadittavassa tarjousesitteessä annettuihin virheellisiin tietoihin perustuvasta vahingonkorvausvelvollisuudesta. Tietyt analogiapäätelmät syy-yhteydestä tältä osin oikeuskirjallisuudessa esitettyyn ovat mahdollisia, vaikka AML:n mukaiset tarjousesitteet ovatkin sijoittajansuojasäännösten vuoksi sisällöltään varsin yksityiskohtaisia esimerkiksi due diligence -raportteihin verrattuna. Olennaista on se, mitä tiedonantovirheen, päätöksenteon ja vahingon välisiltä yhteyksiltä on edellytetty. Syy-yhteyden arvioinnissa on oikeuskirjallisuudessa erotettu yhtäältä moitittavan toiminnan ja sijoituspäätöksen välinen syy-yhteys sekä toisaalta moitittavan toiminnan ja vahingon välinen syy-yhteys. Enemmistön kanta suomalaisessa oikeuskirjallisuudessa lienee, että molempien osalta on edellytetään syy-yhteyttä. Syy-yhteyden vahinkoon onkin siten katsottu ensinnäkin edellyttävän, että sijoittaja on tehnyt päätöksensä virheelliseen informaatioon luottaen tai ainakin on todennäköistä, että harhaanjohtavat tiedot vaikuttivat sijoituspäätökseen. Lisäksi edellytetään, että vahinko on aiheutunut nimenomaan tästä informaation virheellisyydestä.²⁵⁰

Myös due diligence -toimeksiantojen yhteydessä edellytettäneen vastaavalla tavalla, että vahingonkärsijä näyttää päätöksentekonsa perustuneen due diligence -raportin virheellisiin tietoihin ja että vahinko on seurannut asianajajayhtiön tiedonantovirheestä. Tällöin vahingonkorvaukseen oikeutettu ei olisi sellainen ostaja (tai rahoittaja), joka ei ole pannut arvoa

²⁴⁸ Samansuuntainen vaatimus neuvonantajapalveluissa yleisemminkin, ks. SOU 2002:41 s. 41.

²⁴⁹ Ks. esim. *Kleineman SvJT* 1998 s. 200–201.

²⁵⁰ *Haussila* 2002 s. 292, *Rudanko* 1998 s. 372 ja *Pietarinen* 2001 s. 12.

annetuille tiedoille tai johon olennaisten tietojen puuttuminen ei ole vaikuttanut.²⁵¹

Voitaneen myös argumentoida, ettei päämiehellä välttämättä ole oikeutta vahingonkorvaukseen sellaisissa tilanteissa, joissa asianajajayhtiön suoritus poikkeaa vain jonkin merkityksettömän yksityiskohdan osalta edellytystä.²⁵² Esimerkiksi korkeimman oikeuden ratkaisussa KKO 1991:31 asunto-osakkeiden ostaja vaati hinnanalennusta, koska asunto-osakkeisiin kohdistunut osuus asunto-osakeyhtiön lainoista oli 8.418 markkaa suurempi kuin osakkeita myytäessä oletettu 50.114 markkaa. Vaatimus hylättiin, koska *eron ei katsottu olleen omiaan vaikuttamaan kauppahintaan*.

4.3 Vahingon ennakoitavuus

Vahinko ja syy-yhteys saattavat olla joissakin tilanteissa helpommin määritettävissä kuin toisissa. Mikäli due diligence -raportissa ei ole esimerkiksi huomioitu vireillä olevaa oikeudenkäyntiä, jossa myöhemmin tuomitaan maksettavaksi vahingonkorvauksia, vahinko, syy-yhteys ja korvauksen määrä lienevät melko helposti osoitettavissa.²⁵³ Vahingon määrä saattaa kuitenkin nousta poikkeuksellisen korkeaksi jonkin odottamattoman seikan vuoksi.²⁵⁴ Tällöin kohtuusnäkökohdat voivat edellyttää, ettei korvausvastuuta synny silloin, kun vahinkoon johtanut tapahtumankulku on poikkeuksellinen tai kun vahingon syntymisen jälkeen tapahtumankulku etenee poikkeuksellisesti. Sopimusperusteisessa ja sopimuksenulkoisessa vahingonkorvausvastuussa edellytetäänkin yleensä vahingon *ennakoitavuutta (adekvaattisuutta)*. Tämän rajoitusperiaatteen mukaan tietyt

²⁵¹ Ks. myös *Hidén* 2002 s. 4 ja s. 163–164. Merkitystä lienee myös sillä, millaisesta tiedonantovirheestä on kyse: onko kyse puhtaasti merkityksettömästä tai teknisestä virheestä, josta virhe käy selvästi selville, vai sellaisesta sisältövireestä, jonka totuudenvastaisuus ei paljastu huolellisellekaan sijoittajalle.

²⁵² Ns. toleranssirajasta esim. *Hemmo* 1994 s. 50–53.

²⁵³ *Kersby JT* 1997 s. 151.

²⁵⁴ Vahinko voi olla määrältään odottamattoman suuri esimerkiksi seuraavanlaisessa tilanteessa: due diligence -tarkastuksessa ei ole otettu huomioon jokin kohdeyhtiön avainhenkilön työsopimuksen irtisanomisaikoja ja esimerkiksi kilpailukieltositoumusten puuttumista. Tällainen henkilö saattaakin siirtyä jonkin toisen yhtiön palvelukseen ja tehdä esimerkiksi odottamattoman innovaation, joka olisi muutoin kuulunut kohdeyritykselle yrityskeksintönä, jos keksinnön tekijä olisi ollut edelleen sen palveluksessa. Nyt tuotot innovaatiosta saakin kohdeyhtiön sijasta jokin kolmas yritys. Tällöin vahingon laatua, määrää ja syy-yhteyttä koskeva arviointi on erittäin hankalaa.

ennalta-arvaamattomat vahingot voivat jäädä korvausvastuun ulkopuolelle. Korvausvelvollisuus voi poistua myös silloin, kun syy-yhteys teon ja vahingon välillä on olemassa, mutta se on niin heikko, että seurausta ei voida pitää odotettuna.²⁵⁵

Vahingon ennakoitavuusedellytyksestä ei kuitenkaan ole säädetty erikseen laissa,²⁵⁶ vaan se on kehittynyt lähinnä oikeuskäytännössä ja -kirjallisuudessa. Oikeuskäytännössä ennakoitavuuteen onkin melko usein vedottu vahingonkorvausvastuuta rajoittavana argumenttina:²⁵⁷ esimerkkeinä voidaan mainita mm. ratkaisut KKO 1991:42 (luotonantosopimuksen rikkominen ja ennalta-arvattavissa ollut vahinko) sekä ns. keilapallotapaus KKO 1997:199. Jälkimmäisessä kantajan korvauskanne hylättiin korkeimman oikeuden perustelujen mukaan yhtäältä sen vuoksi, ettei *vahingon suuruus ollut ennalta arvattavissa*, ja toisaalta sen vuoksi, että kantajan voitiin myös itse katsoa *myötävaikuttaneen* vahingon syntymiseen.²⁵⁸ Myös jo edellä jaksossa 3.3.2 mainitussa tilitoimiston vastuuta koskevassa ratkaisussa KKO 1999:19 voidaan havaita merkitystä annetun ennakoitavuudelle: korkein oikeus totesi toimeksisaajan voineen tehtävää vastaanottaessaan havaita, että toimeksiantajan tarkoituksesta poikkeaminen voisi aiheuttaa vahinkoa myös kolmannelle. Adekvaattisuus rajoittaa vastuun siten siihen vahinkoon, jonka vahingonaiheuttaja on tekohetkellä mieltänyt tai hänen olisi pitänyt mieltää seuraukseksi teostaan.²⁵⁹

Eräs ajateltavissa oleva vastuutilanne on se, että ostaja päättääkin olla hankkimatta kaupan kohteen asianajajayhtiön laatimaan due diligence

²⁵⁵ Ks. esim. *Saxén* 1995 s. 139 ja *Taxell* 1993 s. 178–179. Ennakoitavuusrajoituksen eroista vastuumuodoissa ks. esim. *Hemmo* 1998 s. 153–160.

²⁵⁶ Ennakoitavuusperusteista korvausvastuun rajoittamisesta ei ole Suomessa yleissäännöstä, mutta esimerkiksi KL 60 §:ssä ennakoitavuuskriteeri erottaa välittömät vahingot välillisistä ja KL 70.2 §:n mukaan vahingon ennakoitavuudella voi olla merkitystä vahingonkorvauksen sovittelussa. Rajoitusperuste ilmenee erityisesti CISG:n 74 artiklasta: ”*vahingonkorvaus ei saa olla suurempi kuin se vahinko, jonka sopimusta rikkonut osapuoli sopimusta tehtäessä ennakoiti tai jonka hänen olisi pitänyt ennakoita voivan seurata sopimusrikkomuksesta niiden tosiasioiden tai seikkojen valossa, jotka hän silloin tunsii tai jotka hänen olisi pitänyt tuntea.*”

²⁵⁷ *Hemmo* 1994 s. 158–159.

²⁵⁸ KKO totesi tapauksessa, että kantajan keilailukilpailussa voittamien erikoispalkintojen arvo poikkesi niin paljon tuolloin tiedossa olleista tavanomaisista palkintojen arvosta, ettei vastaaja ole kohtuudella voinut ottaa ennakolta huomioon keilapallon virheellisuuden vuoksi hylätyn suorituksen aiheuttaman vahingon määrää.

²⁵⁹ *Routamo – Ståhlberg* 2000 s. 247–248. Vrt. *Kivimäki* 1924 s. 84: ”tuottamukseksi riittää, että hänen olisi pitänyt arvata seuraamus syntyväksi, kuten huolellinen asianajaja olisi sen vastuutapauksessa arvannut”.

-raporttiin sisältyvän virheellisen havainnon perusteella.²⁶⁰ Esimerkiksi arvopaperimarkkinoita koskevassa oikeuskirjallisuudessa katsottu, että tarjousesitteen virheellisten tietojen perusteella sijoittamatta jättäneiden oikeutta vahingonkorvaukseen tulisi rajoittaa. Niitä, jotka ovat pidättäytyneet merkinnästä virheellisten tai puutteellisten tietojen perusteella, ei ole pidetty esimerkiksi ruotsalaisessa tai ulkomaisessa oikeuskäytännössä oikeutettuina vahingonkorvaukseen.²⁶¹ Tätä on perusteltu muun muassa korvausvastuun hallitsemattomalla laajenemisella (*ns. floodgate-argumentti*).²⁶² Arvopaperimarkkinoilla mahdollisia korvaukseen oikeutettuja voisi tällä perusteella olla lukematon määrä.

Vastaava argumentti ei kuitenkaan ole pätevä peruste *due diligence*-raporttiin M&A -transaktiossa luottaneen päämiehen tai rahoittajan korvausoikeuden rajoittamiseksi, koska potentiaalinen vahinko koskisi vain näitä, eikä asianajajayhtiön vastuu siten kohdistuisi arvopaperimarkkinoiden tapaan laajemmalle henkilöpiirille. Kuitenkin *ennakoitavuusvaatimus* saattaisi olla varteenotettava vastuun rajaamisen peruste myös silloin, kun vahingonkärsijä vaatii korvausta siitä, että on luopunut ostopäätöksestään raportin virheellisiin tietoihin luottaessaan. Näin syntynyttä vahinkoa ja korvausmäärää olisi erityisen hankalaa ennakoida.

Sopimussuhteessa ennakoitavuusvaatimus täyttynee helpommin kuin sopimuksenulkoisessa suhteessa: asianajajayhtiöllä on tällöin käsitys siitä, mihin päämies tarvitsee *due diligence* -tarkastusta ja millainen vahinko toiminta- ja huolellisuusvelvollisuuksien laiminlyönnistä voi aiheutua.²⁶³ Toimeksiantosuhteessa sopimuksen sisältö ja päämiehen sopimukselle asettamista tarkoituksistaan antamat tiedot ovatkin keskeinen peruste vahingon ennakoitavuutta arvioitaessa. Sen sijaan sopimuksenulkoisessa suhteessa asianajajayhtiöllä ei välttämättä ole samanlaista käsitystä siitä, millaisia vahinkoja jostakin tapahtumasta saattaa kolmannelle aiheutua.²⁶⁴ Sopimus- ja deliktivastuun ero ilmeneekin erityisesti ennakoitavuuden yhteydessä. Asianajajayhtiöllä on toimeksiantosopimussuhteessa nimen-

²⁶⁰ Esimerkkinä voidaan ajatella tilanne, jossa asianajajayhtiö on esittänyt sellaisen ”kaupan kaatavan” *deal breaker* -tasaisen havainnon, jota todellisuudessa ei olekaan olemassa taikka asianajajayhtiö on esimerkiksi arvioinut osapuolten markkinaosuusrajat väärin todeten, ettei yrityskauppaan voitaisi saada kilpailuviranomaisten lupaa, vaikka todellisuudessa tällaista estettä yrityskaupan toteuttamiselle ei olisi ollutkaan.

²⁶¹ Pietarinen 2002 s. 8–9.

²⁶² Floodgate-argumentista myös Hemmo 1998 s. 276–278.

²⁶³ Ks. Saxén 1995 s. 143–144.

²⁶⁴ Ks. kuitenkin alla jakso 5.2, jossa todetaan, että ennakoitavuudella voidaan myös joissain tilanteissa perustella asianajajayhtiön vahingonkorvausvelvollisuuden syntymistä sopimuksenulkoisessa suhteessa.

omainen tieto siitä, mihin suoritusta aiotaan käyttää ja että hän on sitoutunut velvoitteisiinsa tästä tietoisena.²⁶⁵ Sen sijaan ennakoimattomien riskien vaikutuksia ei voida ottaa huomioon palkkion määrässä.

Ennakoitavuusharkintaan voivat yleisesti ottaen vaikuttaa myös alan sopimus- ja vastuunrajoituskäytäntö sekä vastasuoritukset: joissakin tilanteissa toimeksisaajan saaman palkkion suuruus saattaakin antaa viitteitä tarkoitettusta riskinjaosta.²⁶⁶ Eri osa-alueiden due diligence -tarkastuksia tekevien asiantuntijoiden toimeksianto- ja vastuunrajoituskäytännöt vaihtelevat kuitenkin toimijoittain: suomalaiset asianajajayhtiöt *eivät* säännönmukaisesti solmi kirjallisia toimeksiantosopimuksia vastuunrajoituslausekkeineen,²⁶⁷ kun taas esimerkiksi tilintarkastusosalalla näitä käytetään yleisesti.²⁶⁸ Asianajajayhtiöiden veloittamat palkkiot perustuvat yleensä tuntilaskutukseen taikka sovittuun kokonaishintaan.²⁶⁹ Sen sijaan huomattavista *success fee* -kaltaisista lisäpalkkioista, joiden maksamisen edellytys on yrityskaupan toteutuminen, ei yleensä Suomessa sovita.²⁷⁰ Tämän vuoksi korkeakaan palkkio ei mielestäni välttämättä sinänsä indikoi yrityskaupan toteuttamiseen liittyvän riskin siirtämistä asiantuntijalle.

Korvausvastuuta jaettaessa joudutaankin arvioimaan sitä, kumman sopimuspuolen vastuupiiriin riskin katsotaan kuuluvan.²⁷¹ Yrityskauppatilanteessa suurin mahdollinen taloudellinen hyöty tulee yrityskaupan osapuolille (ostajalle ja myyjälle), minkä vuoksi näille kuulunee myös suurin riski yrityskaupan ”epäonnistumisesta”. Lähtökohtaisesti due diligence -toimeksiantoja toteuttavat asianajajayhtiöt ovat myös kooltaan ja kanto-kyvyltään pienempiä kuin päämiehinään olevat, yrityskauppoja tekevät yhtiöt, minkä vuoksi *tarkoituksenmukaisempina vastuunkantajana* voitaneen lähtökohtaisesti ainakin ennakoimattomien vahinkojen osalta pitää yrityskaupan varsinaista osapuolta.²⁷² Arviointi on toki toisenlainen sel-

²⁶⁵ Hemmo 1998 s. 155–156.

²⁶⁶ Hemmo 1998 s. 154–155. Ks. myös Hemmo 2003b s. 296–298.

²⁶⁷ Kull 9.1.2004.

²⁶⁸ Salminen 16.1.2004.

²⁶⁹ Ks. myös Lappalainen ym. 2003 s. 334.

²⁷⁰ Sen sijaan ulkomailla erityisesti investointipankit käyttävät tällaisia success fee -lausekkeita yrityskauppoihin liittyvissä konsultointisopimuksissa. *Isokorpi* 31.12.2003.

²⁷¹ Hemmo 1994 s. 56. Samasta *Taxell* 1993 s. 52–53.

²⁷² Kun parin suurimman suomalaisen asianajajayhtiön liikevaihto on ollut noin 26 miljoonaa euroa vuonna 2002 (vrt. Kauppalehti 3.10.2003), esimerkiksi Suomen 300:ksi liikevaihdoltaan suurimman yrityksen liikevaihto vuonna 2002 oli tähän verrattuna nelinkertainen (104,6 MEUR) ja 400:ksi suurimman lähes kolminkertainen (74,0 MEUR) Tiedot perustuvat *Talouselämä*-lehden tutkimukseen ”500 suurinta 2002” osoitteessa <http://www.talouselama.fi/te500list.te>, viittauspäivä 23.12.2003).

laisessa tilanteessa, jossa päämies tai muu vahingonkärsijä on pienyritys, jolla ei ole kokemusta yrityskauppakäytännöistä.

5 VASTUUSUHTEET

Edellä on tarkasteltu vahingonkorvauksen perusedellytyksiä (oikeusperuste, korvattava vahinko, syy-yhteys ja ennakoitavuus) sekä sopimus- että deliktisuhteessa. Tässä jaksossa tarkastellaan vastuun tarkempaa sisältöä ja edellytyksiä eri vastuusuhteissa sekä vastuun jakautumista eri korvausvelvollisten kesken. Asianajajayhtiön velvollisuuksien ja korvausvastuun voidaan kuitenkin katsoa olevan laajimmillaan suhteessa päämieheen; oikeutetun luottamuksen vaatimukset ovat korostetussa asemassa juuri toimeksiantosuhteessa.²⁷³

5.1 Vastuu omalle päämiehelle

5.1.1 Vastuu toimeksiantosuhteessa

Kuten edellä on todettu, asianajotoimeksianto on toimeksiantosopimuksen laji. Toimeksiantosopimuksen määrittelyllä ei kuitenkaan ole ratkaisevaa merkitystä. Näin ollen asianajajan on korvattava päämiehelleen toimeksiantoa hoitaessaan tahallaan tai tuottamuksellisesti aiheuttamansa vahinko samojen periaatteiden mukaisesti kuin toimeksisaajien yleensäkin.²⁷⁴ Asianajajien vahingonkorvausvastuu päämiestä kohtaan perustuu KK 18 lukuun, ja se on lähtökohtaisesti *tuottamusvastuuta*. Tämä ilmenee epäsuorasti AAL 5 §:stä, jonka mukaan ”asianajajan tulee rehellisesti ja tunnollisesti täyttää hänelle uskotut tehtävät sekä kaikessa toiminnassaan noudattaa hyvää asianajotapaa”. Tuottamusvastuu onkin vakiintunut oikeuskäytännössä ja -kirjallisuudessa toimeksiantosopimussuhteessa aiheutettujen vahinkojen korvausperusteeksi.²⁷⁵

²⁷³ Peltonen DL 2001 s. 5. Lojaliteetista yleisenä siviilioikeudellisena periaatteena erityisesti toimeksiantosuhteessa *Saarnilehto ym.* 2001 s. 118–119. Ks. myös *Rogers ym.* 1995 s. 12, jossa todetaan, ettei joissakin oikeusjärjestyksissä vastuu kolmatta kohtaan voi lainkaan tulla kysymykseen sen vuoksi, että vastuu syntyy vain päämiestä kohtaan toimeksiantosuhteen perusteella.

²⁷⁴ *Halila – Hemmo* 1996 s. 201.

²⁷⁵ *Taxell* 1972 s. 281, *Halila – Hemmo* 1996 s. 161 ja *Peltonen DL* 2001 s. 5.

Asianajotoimeksianto ei poikkea suuresti muista neuvonantajapalveluita koskevista toimeksiannoista.²⁷⁶ Toimeksiantosopimus on vapaamuotoinen sopimus, eikä asianajotoimeksiannoista ole tapana sopia kirjallisesti. Korvausvastuu syntyy sellaisten velvollisuuksien rikkomisella, joiden noudattamiseen asianajaja on sopimukset tekemiselle sitoutunut tai katsottava sitoutuneen päämiestä kohtaan.²⁷⁷ Asianajajayhtiöiden käytännöt vaihtelevat tässä suhteessa due diligence -toimeksiannoista sopimisessa, mutta pääsääntö suomalaisessa käytännössä näyttäisi olevan edelleen se, ettei näistäkään toimeksiannoista sovita kirjallisesti.²⁷⁸ Sen sijaan muut asiantuntijat kuten tilintarkastajat tekevät due diligence -toimeksiannoista yksityiskohtaisen kirjallisen toimeksiantosopimuksen ennen tarkastukseen ryhtymistä.²⁷⁹ Tämä helpottaa yhtäältä asiantuntijan vastuulle kuuluvien velvollisuuksien määrittelyä, mutta mahdollistaa toisaalta myös nimenomaisten vastuunrajoituslausekkeiden käytön.²⁸⁰

Mikäli toimeksiannosta ei ole sovittu kirjallisesti erityisessä toimeksiantosopimuksessa, määräytyvät asianajajayhtiön velvollisuudet sen mukaan, mitä asianajajayhtiön ja päämiehen välillä katsotaan sovitun toimeksiantoa edeltäneessä kirjeenvaihdossa ja suullisissa neuvotteluissa. Toimeksiannon sisällön selvittämistä edistää tällöin useiden asiantuntijoiden erityislainsäädäntöön perustuva dokumentointivelvollisuus: esimerkiksi asianajajia velvoittaa SAL:n sääntöjen 39 §, jonka mukaan liiton *jäsenen tulee pitää asianmukaisia tilejä ja luetteloita diaarimerkintöineen vastaanotetuista tehtävistä sekä niissä suoritetuista toimista*.²⁸¹ Silloinkin, kun toimeksiannon sisällöstä olisikin sovittu kirjallisesti, asianajajayhtiö on lisäksi velvollinen noudattamaan muita päämiehen tälle antamia toimioh-

²⁷⁶ Halila – Hemmo 1996 s. 190. Samasta Tiberg – Dotevall 1994 s. 25–33. Muissa toimeksiantosuhteissa omaksutut periaatteet soveltuvat myös asianajajan korvausvastuuseen joko suoraan tai analogioin.

²⁷⁷ Peltonen 1994 s. 315.

²⁷⁸ Kull 9.1.2004. Toisin kuitenkin esimerkiksi Saanio (15.10.2003), joka arveli asianajajayhtiöiden vastuunrajoituskäytännön due diligence -toimeksiannoissa olevan säännönmuukaista.

²⁷⁹ Salminen 16.1.2004.

²⁸⁰ Ks. myös Blomquist ym. 2001 s. 39, jossa todetaan, että ostajatahon ja asiantuntijoiden välille solmittava toimeksiantosopimus tehdään lähes poikkeuksetta kirjallisesti ns. *engagement letterin* muodossa. Erityisesti tilintarkastajat ja investointipankit laativat tarkkarajaisia toimeksiantosopimuksia vastuunrajoituslausekkeineen. Näitä ilmenee jonkin verran myös ulkomaisissa asianajotoimeksiannoissa. Tästä myös Isokorpi 31.12.2003.

²⁸¹ Mäntysaari DL 2000 s. 247. Ks. myös SAL Asiakirjojen säilyttämistä koskeva suositus (3.5.1991).

jeita.²⁸² Kuten edellä on kuitenkin todettu, saattaa asianajajayhtiöllä olla toimeksiantosuhteessa esimerkiksi joitakin tiedonantovelvollisuuteen liittyviä sivuvelvoitteita, joiden laiminlyönti saattaa myös aiheuttaa korvausvastuun.

5.1.2 Tuottamusta koskeva todistustaakka ja korvauksen määrä

Asianajajayhtiön sopimusperusteinen korvausvastuu päämiehelle on käännettyyn todistustaakkaan perustuvaa tuottamusvastuuta (ekskulpaatiovastuu).²⁸³ Tuottamusvastuu asiantuntijapalveluissa on oikeuskäytännössä ollut esillä esimerkiksi pankin notariaattitoimeksiantoon liittyvää vastuuta koskeneessa ratkaisussa KKO 1992:165, asianajajayhtiön vastuuta koskeneessa tapauksessa KKO 1996:92 sekä jo edellä mainitussa verokonsultointitapauksessa KKO 1999:80.²⁸⁴ Ekskulpaatiovastuussa ratkaisevaa on se, kykeneekö asianajajayhtiö näyttämään, että se on menetellyt huolellisesti toimintavelvoitteitaan täyttäessään.²⁸⁵ Näin ollen vastuu rakentuukin pääsääntöisesti käännetyn todistustaakan varaan.²⁸⁶ Sen sijaan todistustaakka vahingon syntymisestä, syy-yhteydestä ja vahingon määrästä on vahinkoa kärsineellä päämiehellä.²⁸⁷ Ellei vahingon määrästä kuitenkaan ole näyttöä tai se on vain vaikeuksien esitettävissä, se voidaan OK 17:6:n perusteella arvioida kohtuuden mukaan.²⁸⁸

Asianajajayhtiön vastuu voi syntyä periaatteessa lievänkin tuottamuksen perusteella. Vastuu toimeksiantosuhteessa kattaa varallisuusvahingot ja siinä noudatetaan lähtökohtaisesti täyden korvauksen periaatetta:²⁸⁹ tämä

²⁸² Ks. esim. *Ylänkö* 1985 s. 99, joka toteaa, että toimiohjeiden noudattamista on myös oikeuskäytännössä pidetty itsestään selvänä asiamiehen velvollisuutena. Ks. myös *Saxén* 1995 s. 32–33.

²⁸³ *Halila, J.* 1955 s. 288–290. Samoin *Peltonen DL* 2001 s. 5 ja *Halila – Hemmo* 1996 s. 161.

²⁸⁴ Tapauksessa KKO 1996:92 asianajajayhtiön kohdistettu korvauskanne hylättiin, koska se oli näyttänyt menetelleensä asiassa huolellisesti. Ratkaisusta 1999:80 erityisesti *Mäntysaari DL* 2000 s. 245–273 ja *Tikka* 1999 s. 303–307.

²⁸⁵ Ks. *Saarnilehto ym.* 2001 s. 539 ja *Hemmo* 2003b s. 236–237.

²⁸⁶ Ks. Myös *Halila, J.* 1955 s. 288, joka perustelee tätä sillä käytännöllisellä seikalla, että tarvittava todistamateriaali on yleensä juuri asianajajan tai muun toimeksisaajan hallussa. Samasta *Hemmo* 2003b s. 236–237. Näyttökysymysten varmistamiseksi *Saario* 2003 s. 15–19 toteaaakin, että kaikki materiaali, johon due diligence -tarkastuksen aikana on tutustuttu, tulisi dokumentoida tarkastuksen aikana.

²⁸⁷ Ks. esim. *Saxén* s. 133–137.

²⁸⁸ Ks. *Aurejärvi* 1988 s. 131, joka toteaa, että OK 17:6:a on käytännössä sovellettu melko väljästi. Ks. myös *Lappalainen ym.* 2003 s. 559.

²⁸⁹ *Peltonen DL* 2001 s. 5.

ilmenee myös KK 18:3:sta, jossa säädetään että ”asiamies ... vastatkoön kaiken vahingon”. KL 67 §:ssä suoritettu jako välittömiin ja välillisiin vahinkoihin ei siten ole toimeksiantosopimussuhteessa merkityksellinen, vaan pääsäännön mukaan sekä välittömät ja välilliset vahingot korvataan.²⁹⁰

Tiedonannon virheellisyyteen tai puutteellisuuteen perustuvan vahingonkorvauksen määrän laskeminen lienee kuitenkin yleensä hyvin hankalaa. Vahingonkärsijän tulee korvauksen johdosta päästä asemaan, jossa hän olisi ollut, ellei vahinkotapahtuma olisi sattunut (differenssioppi). Vahingonkärsijä ei siten saa joutua vahingon vuoksi taloudellisesti huonompaan asemaan kuin missä hän olisi ilman vahinkotapahtumaa, mutta vahinkotapahtumasta ei saa myöskään hyötyä.²⁹¹ Esimerkiksi verokonsultointitapauksessa KKO 1999:80 korkein oikeus totesi ensinnäkin, että veroseuraamuksista annetun tiedon virheellisyys oli aiheuttanut vahinkoa. Korkein oikeus huomautti kuitenkin myös, että vuokraoikeuden luovutuksesta aiheutuneesta veroseuraamuksesta oli aiheutunut kantajalle myös verotuksellisia etuja. Vahingon suuruuden arvioimisen vaikeutta kuvaa korkeimman oikeuden seuraava toteamus: ”luovutuksesta saadun edun määrä, joka on harkittava järjestelyn kokonaisuuden perusteella ja joka on riippuvainen useasta arvionvaraisesta tekijästä, ei kuitenkaan ole näissä olosuhteissa edes tarkasti laskettavissa”.²⁹²

Asianajajayhtiön vahingonkorvausvastuuta voidaan sovittaa sillä tavoin kuin sopimusperusteista vahingonkorvausta yleensäkin.²⁹³ Sovitteluharkintaan vaikuttavat esimerkiksi tuottamuksen ja toiminnan laatu sekä osapuolten vakuutusmahdollisuudet.²⁹⁴ Tuottamuksen asteen ohella korvauksen määrään voi vaikuttaa vahingonkärsineen oma myötävaikutus.²⁹⁵ *Peltonen* toteaa kuitenkin, että toimeksiantosuhteessa korvauksen epäminen

²⁹⁰ Sen sijaan em. ennakoitavuusvaatimus saattaa rajoittaa välillisten vahinkojen korvaamista. Samoin vastuunrajoituslausekkeissa välilliset vahingot on usein rajattu korvausvastuun ulkopuolelle. Eri asia kuitenkin on se, miten välilliset vahingot kussakin yksittäistapauksessa määritellään.

²⁹¹ *Routamo – Ståhlberg* 2000 s. 281.

²⁹² Tapauksesta myös *Tikka* 1999 s. 303.

²⁹³ *Halila – Hemmo* 1996 s. 202. Ks. myös *Peltonen* DL 2001 s. 17–19. Vastuuvakuutuksen kattamaa osaa vahingosta ei kuitenkaan voida ottaa huomioon sovitteluharkinnassa. Sovitteluperiaatteista neuvonantajapalveluissa myös *Kleineman* SvJT 1998 s. 206–209. Myös se, että neuvonantaja on laiminlyönyt ottaa saatavilla olleen vastuuvakuutuksen voi estää sovittelun.

²⁹⁴ Sovitteluharkinnasta sopimusvastuussa esim. *Hemmo* 2003b s. 316–322 ja *Hemmo* 1994 s. 51–158. Asianajajan pakollisesta vastuuvakuutuksesta esim. *Peltonen* DL 2001 s. 23–24.

²⁹⁵ *Routamo – Ståhlberg* 2000 s. 323.

tai sovittelu päämiehen oman tuottamuksen tai muun myötävaikutuksen perusteella tulee kysymykseen vain poikkeuksellisesti.²⁹⁶ Tämä näkemys lieneekin perusteltu perinteisemmissä, erityisesti yksityishenkilöitä koskevissa toimeksiannoissa, mutta nyt tarkasteltavana olevassa due diligence -toimeksiannon kaltaisessa liike-elämän juridiikkaan liittyvässä tapauksessa sovittelun rajoittamiselle ei välttämättä liity samanlaisia (oikeuspoliittisia) perusteita.

Mielestäni asianajajayhtiön vahingonkorvausvastuuta voidaan rajoittaa päämiehen oman myötävaikutuksen perusteella esimerkiksi niin sanotussa *management-buy-out*-kaupassa,²⁹⁷ jossa kohdeyhtiön ostaa sen toimiva johto. Tällöin päämies/päämiehet eivät useinkaan voine vedota asianajajayhtiön tiedonantovirheenä johonkin sellaiseen kaupan kohteen arvoon liittyvään seikkaan, josta he olisivat joka tapauksessa olleet itse paremmin selvillä johtaja-asemansa perusteella kuin due diligence -toimeksiannon toteuttanut asianajajayhtiö. Myötävaikutukseen voitaneen rinnastaa muisakin tilanteissa päämiehen oma asiantuntemus: vaikka vahingonkärsijän oma asiantuntemus ei lähtökohtaisesti vaikutakaan asiantuntijatoimeksi-saajan *tuottamusarviointiin*, se saattaa kuitenkin sovittelussa omaan myötävaikutukseen rinnastettavana seikkana alentaa korvausmäärää.²⁹⁸

5.2 Vastuu kolmannelle

5.2.1 Yleistä

Erilaiset asiantuntijapalvelujen tarjoajat – mukaan lukien asianajajat – ovat kansainvälisessä käytännössä joutuneet yhä useammin toimeksiantosuhteeseen nähden kolmansien esittämien korvausvaatimusten kohteiksi väitettyjen tiedonantovirheiden perusteella.²⁹⁹ Sopimusoikeudessa on kuitenkin ollut yleisenä lähtökohtana sopimuksen oikeusvaikutusten rajoittuminen

²⁹⁶ Peltonen 2001 s. 16.

²⁹⁷ Management-buy-out-kaupan erityispiirteistä ks. esim. Hultmark 1992 s. 269–272.

²⁹⁸ Vrt. Samuelsson ja Søgaard 1993 s. 39.

²⁹⁹ Tästä esim. Hunter 1997 s. 425. Samoin Rogers ym. 1995 s. 13 ”One of the concerns expressed about the development of liability to non-clients in the law is that it will lead to an excessive number of additional claims against lawyers: ‘opening of the floodgates’ argument.” Saman huomion tilintarkastajien vahingonkorvausvelvollisuudesta kolmanteen nähden tekee Mäntysaari (DL 1996 s. 175–176). Korvausvaatimukset saattavat olla mittavia tilintarkastajan toimeksiannosta laskuttamaan palkkioon ja tilintarkastusyhteisön varoihin nähden.

sopimuksen välittömiin osapuoliin (ns. *privity of contract* -oppi).³⁰⁰ Tämä kaksiasianosaissuhdetta painottava näkemys on vallitseva myös Suomen oikeudessa.³⁰¹ Siten sopimussuhteeseen nähden ulkopuoliset eivät lähtökohtaisesti voi saada oikeuksia toisten solmimien sopimusten perusteella. Tämän vuoksi toimeksiantosuhteeseen nähden kolmannen vahingonkorvausoikeudellinen asema suhteessa due diligence -toimeksiannon toteuttaneeseen asianajajayhtiöön tulee lähtökohtaisesti arvioitavaksi sopimuskensulkoisten vastuusääntöjen perusteella, joille on ominaista erityisesti varallisuusvahingon korvaamiseen liittyvät rajoitukset.³⁰² Tämä pääsääntö estää käytännössä due diligence -toimeksiannon toteuttaneen asianajajayhtiön korvausvastuun toimeksiantosopimussuhteeseen nähden kolmatta kohtaan tämän kärsimän taloudellisen vahingon osalta.

Privity of contract -oppiin liittyvien poikkeusten määrä on jatkuvasti lisääntynyt ja tarkkarajaista sopimus/delikti-jaottelua puoltavaa kantaa onkin jossain suhteissa arvosteltu, kun on otettu huomioon esimerkiksi nykyaikaisen taloudellisen toiminnan verkostoituminen.³⁰³ Erityisesti kuluttajaoikeudellisessa lainsäädännössä ilmenee monia poikkeuksia vastuun rajoittamisesta välittömään sopimussuhteeseen. Esimerkiksi kiinteistönvälitystoimeksiannossa välittäjä on erillisen vastuunormin perusteella vastuussa myös toimeksiantajansa vastapuolelle aiheutuneesta (taloudellisesta) vahingosta, jonka välittäjän virheellinen toiminta on aiheuttanut (KVVL 14 §).³⁰⁴ Myös kotimaisessa oikeuskäytännössä on muutamissa uusissa KKO:n ratkaisuissa tullut esiin mahdollisuus poiketa sopimuksen vaikutusten rajoittumisesta sopijapuolten välille.³⁰⁵ Vaikka varallisuusvahinkojen korvaaminen sopimuskensulkoisessa suhteessa on edelleen vahva pääsääntö, antaa edellä mainittu kehitys aihetta tarkastella sellaisia mahdolli-

³⁰⁰ Ks. klassisen sopimusoikeuden peruslähtökohdista ja *privity of contract* -opista esim. *Hemmo* 1998 s. 253. Samasta myös *Kiiha* 2002 s. 127–131 ja *Salmond – Heuston* 1992 s. 212–213.

³⁰¹ *Kivimäki – Ylöstalo* 1981 s. 253 ja 274 ja *Hemmo* 2003b s. 416–417. Samoin Ruotsin oikeudesta esim. *Hellner* 1996 s. 124.

³⁰² Myös kansainvälisesti deliktivastuun ensisijaisuudesta muihin kuin asianajajan omaan päämieheen ks. *Rogers ym.* 1995 s. 12–13: ”*More often than not it is accepted that lawyers may be subject of claims for negligence by non-clients under the general principles of law of delict or tort.*”

³⁰³ *Hemmo* 1998 s. 274–279, *Kiiha* 2002 s. 125. Ks. myös uuden varallisuusosoikeuden prosessikäsitteestä erityisesti *Pöyhönen* 2000 s. 144–146. Samoin *Lauriala* 2001 s. 24–25.

³⁰⁴ *Kasso* 2001 s. 492–493.

³⁰⁵ Ks. erityisesti asianajajan vastuuta koskenut ratkaisu KKO 1992:44 sekä tapaus KKO 1999:19, jossa oli kyse tilitoimiston vastuu kauppakirjan laatimiseen liittyneessä toimeksiannossa.

sia perusteita, joiden vuoksi asianajajayhtiön vastuuta kolmanteen nähden voitaisiin puoltaa erityistilanteissa.

Toimeksisaajan velvollisuuksista päämiehen vastapuolta kohtaan ei ole tarkkarajaisia normeja. Lähtökohtana yleisten toimeksiantosopimuksia koskevien periaatteiden mukaisesti on, *ettei* toimeksisaajalla ole erityisiä velvollisuuksia päämiehen vastapuolta kohtaan, tosin mikä tahansa menettely ei tule kysymykseen niin siviili- kuin rikosoikeudellisenkin sääntelyn vuoksi.³⁰⁶ Raja sopimusvastuun ja sopimuksenulkoisen vastuun välillä ei kuitenkaan ole tarkka. Esimerkiksi *Saxén* toteaa, että sillä, aiheuttaako virheellinen tiedonanto vahinkoa sopimuskumppanille vai jollekin kolmannelle, ei usein ole *käytännöllistä* eroa. *Saxénin* mielestä sanottu ei koske vain puhtaan varallisuusvahingon korvaamista, vaan yhtäläisyyksiä on tällöin myös *tuottamus- ja ennakoitavuusarvioinneissa*. Yleensä argumentti, johon tällaisissa tilanteissa voidaan vedota, on sopimuksenulkoisen suhteen erityiset *sopimuksenkaltaiset piirteet (avtalsliknande förhållande)*. Tällöin myös sopimuksen ulkoisessa suhteessa vastuun lähtökohdaksi voidaan ottaa sopimusperusteiset vahingonkorvausperiaatteet.³⁰⁷

Kun arvioidaan, keitä välittömän sopimussuhteen ulkopuolisia kohtaan asianajajayhtiön vahingonkorvausvelvollisuus voi syntyä, on lähtökohtana pidettävä sitä, että *due diligence* -raportti laaditaan yleensä omalle päämiehelle (tässä ostajalle).³⁰⁸ Näin ollen vain tämä saa pääsääntöisesti luottaa raportin tietoihin ja vain päämies voi siten olla oikeutettu vahingonkorvaukseen asianajajayhtiön tuottamuksen perusteella.³⁰⁹ Raportti saattaa kuitenkin olla tärkeä päätöksenteon perusta myös esimerkiksi rahoittajalle: yrityskaupoissa ostaja joutuu usein turvautumaan huomattavassa määrin ulkopuoliseen rahoitukseen.³¹⁰ Sen sijaan ostajan ”vasta-

³⁰⁶ *Halila – Hemmo* 1996 s. 2000, samoin *Kivimäki* 1924 s. 134.

³⁰⁷ *Saxén* 1995 s. 289. Ks. tiedonantovirheproblematiikasta myös *Hemmo* 2002 s. 17.

³⁰⁸ Yrityskaupprosessissa ostajan neuvonantajat saattavat tosin raportoinnissaan viitata toisen konsultin päämiehelleen laatimaan *due diligence* -raporttiin. Tällaisissakin tilanteissa saattaa aktualisoitua vastaavatyypinen sopimus ja kolmas -kysymyksenasettelu. Yleensä vastuuta pyritään kuitenkin ennakolta rajoittamaan esimerkiksi osoittamalla raportit vain tietyille vastaanottajille ja tiettyihin käyttötarkoituksiin. Käytännössä voi silti ilmetä epäselvyyksiä siitä, missä määrin toisten raportteihin voidaan tukeutua ja missä määrin pelkkä viittaaminen toisen asiantuntijan laatimaan raporttiin voi aiheuttaa neuvonantajan vastuun tällaisen raportin tiedonantovirheistä. Tästä myös *Isokorpi* 31.12.2003.

³⁰⁹ Tästä pääsäännöstä ks. *Kersby JT* 1997 s. 152.

³¹⁰ Ks. *Unger NJM* 2002 s. 578–579. ks. myös sivullisintressenttitilanteissa M&A -toiminnassa *Lauriala* 2001 s. 150–153. Sopimuksen kohteen tarkastamiseen sekä velalliseen maksukykyyn ja luotonantoon liittyvistä kolmikantatilanteista ks. myös *Hemmo* 1998 s. 300–303. Vrt. samantyyppisestä tilanteesta kiinteistönvälitystoiminnassa esim. *Jokimäki*

puolta” eli myyjää kohtaan asianajajayhtiö voisi tuskin joutua vastuuseen yrityskaupan kohteesta laatimansa puutteellisen due diligence -raportin perusteella tässä tutkielmassa tarkasteltavassa tyyppitilanteessa, koska myyjän oletettaneen joka tapauksessa tuntevan kaupan kohde parhaiten.³¹¹

Asianajajayhtiön mahdollista korvausvastuuta toimeksiantosopimuksesta ulkopuolista kohtaan voidaan lähestyä kahdesta eri lähtökohdasta. Ensinnäkin voidaan argumentoida, että VahL 5:1:n edellyttämä ”erityisen painavat syyt” -kriteeri täyttyy esimerkiksi sen vuoksi, että asianajajayhtiö on laiminlyönyt hyvän asianajajataivan noudattamisen due diligence -tarkastusta toteuttaessaan. Toisaalta kolmannen korvausoikeutta voidaan joissakin tapauksissa perustella edellä mainitulla *sopimuksenkaltaisuusargumentilla*. Tällöin varallisuusvahinkojen korvaamista puoltava vaikutus voi toteutua kahdella tavalla: sopimuksenkaltaisuutta saatetaan ensinnäkin pitää VahL 5:1:n mukaisena erittäin painavana syynä. Toinen vaihtoehto on katsoa, että sopimuksenkaltaisuus johtaa deliktivastuunormiston syrjäytymiseen ja siihen, että oikeussuhdetta arvioidaan sopimusperusteisten vastuunormien tuella. Näiden argumenttien menestymismahdollisuuksia pohditaan seuraavassa.

5.2.2 Korvauksen edellytykset sopimuksenulkoisessa suhteessa

Koska asianajajayhtiön ja due diligence -raporttiin luottaneen kolmannen kuten rahoittajan välillä ei ole sopimussuhdetta, asianajajayhtiön korvausvastuu määräytyy tällaista kolmatta kohtaan lähtökohtaisesti vahingonkorvauslain mukaan. Kysymys on tällöin VahL 2:1:n mukaisesta tuottamuvastuusta. Oikeuskäytännössä ja oikeuskirjallisuudessa vallitseva kanta on, että vahingonkärsijällä on pääsääntöisesti todistustaakka korvausvastuun

2001 s. 46–47, joka toteaa, että kiinteistönvälittäjän laatima arviokirja saattaa joutua tertiuksen, kuten rahoittajan, käsiin ja tämän luotonmyöntämistä koskevan päätöksenteon perustaksi. Samanlaiset kysymyksenasettelut voivat aktualisoitua myös asianajajayhtiöiden laatimien ja kolmansille osoittamien legal opinion -kirjeiden yhteydessä. Ks. esim. *Kleineman* 1987 s. 558 alaviite 99, jonka mukaan *legal opinion* on eräänlainen muodollinen todistus transaktion oikeudellisista edellytyksistä. Asianajajayhtiöt laativat kotimaisen päämiehensä sopijakumppania varten (esim. rahoittaja kuten ulkomainen pankki) lausunnon esimerkiksi lainatransaktion edellytyksistä sovellettavan lain valossa.

³¹¹ Vastuu oman päämiehen *vastapuolta* kohtaan saattaisi sen sijaan tulla ainakin hypoteettisesti kysymykseen esimerkiksi *myyjätahon* ja tämän neuvonantajien toteuttaman *vendor's due diligence* -tarkastuksen ja sen perusteella laaditun kohdeyrityksen tarjousesitteen (ns. *information memorandum*) perusteella. Tällöin voitaisiin kysyä, voisiko esitteen laatimiseen osallistunut asiantuntija asemassaan *myyjän neuvonantajana* vastata kohdeyhtiön osittajalle kaupan kohteen tarjousesitteestä poikkeavista ominaisuuksista.

edellytyksistä, kuten tuottamuksesta, vahingosta ja syy-yhteydestä sopimuksenulkoisessa suhteessa.³¹²

Mikäli asianajajayhtiön katsotaan tuottamuksellaan aiheuttaneen kolmannelle henkilölle *varallisuusvahingon*, vaaditaan korvausvastuun syntymiseksi myös jonkin VahL 5:1:ssä mainitun lisäedellytyksen täyttyminen. Varallisuusvahinkojen korvaamisen erityisedellytyksistä tulee tässä tutkimuksessa lähinnä kysymykseen se, onko korvausvastuun olemassaololle katsottava olevan vahingonkorvauslain edellyttämiä *erityisen painavia syitä*. Lainkäytön kannalta on kuitenkin pidetty ongelmallisena sitä, ettei VahL 5:1:n lopullista säännösversiota perusteltu lainvalmistelutyössä eikä säännöksen tarkoittamien ”erittäin painavia syitä” ole määritelty esitöiden tasolla.³¹³ Lain sanamuodot viittaavat kuitenkin siihen, että kyseessä ovat ”kohtalaisen harvoin syntyvät seikat”.³¹⁴ Näin ollen varallisuusvahingon korvaaminen sopimussuhteen ulkopuolella on lähtökohtaisesti hyvin rajoitettua erityisesti liike-elämässä toimivien välillä, mikä onkin perusteltua yleisen toimintavapauden suojaamisella.³¹⁵

Oikeuskäytännössä suurimman *erittäin painavat syyt* -tunnusmerkistöä koskevan ratkaisuryhmän muodostavat tilanteet, joita on arvioitu jollakin tavoin *hyvän tavan vastaiseksi*³¹⁶. Tämä voi ilmetä esimerkiksi jonkin elinkeinonalan sisäisten tapaohjeiden loukkaamisena.³¹⁷ Muita perusteita, joilla VahL 5:1:ssä mainittujen erityisen painavien syiden voidaan katsoa täytyvän, on oikeuskirjallisuudessa mainittu esimerkiksi tuottamuksen törkeys sekä oikeussuhteen sopimuksenkaltaiset piirteet.³¹⁸

Asianajajilla voikin olla lakiin ja hyvään asianajajatapaan perustuvia velvollisuuksia myös toimeksiantosuhteeseen nähden kolmatta henkilöä

³¹² *Hemmo* 1998 s. 49–50. Samasta ja pääsäännön poikkeuksista mm. *Routamo – Ståhlberg* 2000 s. 358–362. Ks. myös *Hemmo* 1998 s. 50, joka toteaa, että oikeussuhteen *sopimuksenkaltaiset piirteet saattavat* sopimuksenulkoisessa suhteessa muuttaa todistustaakan jaon käännetyksi todistustaakaksi. Myös tosiasialliset näyttömahdollisuudet voivat vaikuttaa todisteluun.

³¹³ Säännöksen lainsäädäntöhistoriasta Oikeusministeriön VahL 5:1:n korvaustarvetta koskevassa selvityksessä, *Hemmo* 2002 s. 6. Ks. myös *Hemmo* 1998 s. 62–65.

³¹⁴ *Hemmo* 1998 s. 71.

³¹⁵ *Ylöstalo* 1975 s. 241.

³¹⁶ Ks. *Hemmo* 1998 s. 71–72, joka viittaa professori Ylöstalon lainvalmistelun yhteydessä painottamaan hyvän tavan vastaisuuteen vahingonkorvausvelvollisuuden syntymistä puoltavan perusteena. Ks. myös *Ylöstalo* LM 1975 s. 241–242. Koska KKO:n oikeuskäytännössä tapaukset ovat olleet hyvin tosiseikastosidonnaisia, on laajempien suuntalinjojen määrittäminen *erityisen painavien syiden* -kriteerille ilman esitöiden tukea vaikeaa.

³¹⁷ Ks. erityisesti ratkaisut KKO 1991:79 (hyvän lehtimiestävän rikkominen) sekä KKO 1992:44 (hyvän asianajajatavan rikkominen).

³¹⁸ *Hemmo* 1998 s. 76–82.

kohtaan. Näin ollen asianajaja voi joutua korvaamaan myös toimeksiantajansa vastapuolelle tai muille sivullisille aiheuttamansa vahingon.³¹⁹ Esimerkiksi ratkaisussa KKO 1992:44, joka koski asianajajan vastuuta toimeksiantosuhteeseen nähden ulkopuolista henkilö kohtaan, KKO:n enemmistö perusteli erittäin painavien syiden olemassaoloa asianajajan asemalla ja SAL:n sääntöjen mukaisella erityisellä velvollisuudella toimia tunnollisesti.³²⁰ Hyvää asianajajatapaa ei perusteluissa mainittu nimenomaisesti, mutta edellä mainittu tunnollisuusvaatimus on ilmaistu hyvää asianajajatapaa koskevissa ohjeissa, minkä vuoksi vastuun voidaan katsoa syntyneen hyvän asianajajatavan rikkomisesta. Asianajajalla voi usein olla ratkaisun KKO 1992:44 tavoin esimerkiksi perinnönjakokirjan tai lahjakirjan laatijana velvoitteita myös muita kuin toimeksiantajaa kohtaan. Tällaisissa tapauksissa vahingonkärsijällä on kuitenkin jonkinlainen intressisuhde ainakin jompaankumpaan toimeksiantosopimuksen osapuolista.³²¹ Vastavantuypinen velvoite ottaa kolmas huomioon on tunnustettu myös useissa muissa maissa.³²²

Hyvää asianajajatapaa koskevissa tapaohjeissa on määritelty kuitenkin vain muutamia sellaisia velvoitteita, jotka kohdistuvat suoraan kolmanteen, ja nämäkin velvoitteet liittyvät painostuksen (HAO 33§) tai harhaanjohtamisen kiellon (HAO 37§) kaltaisiin väärinkäyttötilanteisiin. Pääsääntöisesti asianajajilla ei kuitenkaan ole suoranaisia velvoitteita toimeksiantosopimukseen nähden kolmansia kohtaan, ja asianajajan uskollisuus- ja lojaalisuusvelvoitteet suhteessa päämieheen tämän etujen ajajana ovatkin yleisesti korostettuja.³²³ Asianajajalla ei ole velvollisuutta toimia päämiehensä vastapuolen oikeudellisena neuvonantajana, eikä tällä sen vuoksi ole oikeutta olettaa, että asianajajan arvio oikeustilasta kyseisessä tilanteessa olisi materiaalisesti oikea.³²⁴ Asianajajilla on lisäksi usein intressiristiriita mahdollisia kolmansia, kuten päämiehen vastapuolta kohtaa, mikä

³¹⁹ Peltonen 2001 s. 6 ja Halila – Hemmo 1996 s. 203.

³²⁰ Hemmo 1998 s. 72.

³²¹ Hemmo 1998 s. 281.

³²² Ks. esim. Rogers ym. s. 12–13: ”Various countries provide different examples: the lawyer may be deemed to owe a duty of care both to husband and wife, to both parties in a property transaction, or to lender and borrower, even though he has been instructed by only one of the parties.” Samasta Kleinman 1987 s. 463.

³²³ Ks. myös Tarkka DL 2001 s. 734, joka huomauttaa, että CCBE:n tapaohjeista puuttuu kokonaan vastapuolta kohtaan olevat velvollisuudet – vastaavat määräykset puuttuvat myös useista eurooppalaisista kansallisista tapaohjeista. Tähän vaikuttanee Tarkan mukaan asianajajan pääasiallinen tehtävä päämiehen etujen ajajana.

³²⁴ Wiklund 1973 s. 460. Ks. myös Heuman 1985 s. 18–19 sekä Kruse 1974 s. 83.

puoltaa sopimuksenulkoisen vastuun rajoittamista.³²⁵ Arvioitaessa sopimuksen vaikutusta kolmannen asemaan huomiota täytyykin kiinnittää erityisesti siihen, onko päämiehellä ja kolmannella yhteisiä intressejä vai onko heillä peräti intressiristiriitä.³²⁶ Myös tapauksen KKO:1992:44 tosiseikasto edellytti hyvän asianajajatavan loukkaamisen lisäksi sen arvioimista, oliko vahingonkärsijällä *perusteltuja syitä luottaa* asianajajan toimivan myös hänen hyväkseen.

Vaikka asianajajayhtiön olisikin toimeksiantoa toteuttaessaan näytetty jossain suhteessa loukanneen hyvää asianajajatapaa, on huomattava, ettei hyvän asianajajatavan loukkaaminen ei kuitenkaan välttämättä ole aina *yhteydessä kolmannelle aiheutuneeseen vahinkoon*. Varallisuusvahinkojen korvausedellytyksiin voidaankin liittää ns. *normin suojatarkoitusvaatimus*.³²⁷ Tällöin asianajajayhtiön vastuun syntymiseksi edellytetään, että loukatun hyvää asianajajatapaa koskevan määräyksen on ollut tarkoitus suojata myös kolmannen etuja.³²⁸

Edellä mainittu suojatarkoitusargumentti huomioon ottaen lieneekin epätodennäköistä, että asianajajayhtiön vastuu due diligence -toimeksianton perusteella kolmatta kohtaan aktualisoituisi VahL 5:1:n perusteella ”ainoastaan” hyvää asianajajatapaa loukkaamalla – ainakaan silloin kuin asianajajayhtiön tuottamus ja hyvästä asianajajatavasta poikkeaminen on ollut lievää eikä tapaohjeen normilla ole ollut varsinaisesti tarkoitus suojata jotakin kolmatta.³²⁹ Due diligence -tarkastuksen kaltaisessa liikejuridisessa toimeksiannossa, jossa osapuolten oletettaneen lähtökohtaisesti olevan melko tasavertaisessa asemassa, eivät varallisuusvahinkojen korvaamisen edellytykset sopimuksenulkoisessa suhteessa täyty helposti pelkästään sen vuoksi, että asianajajayhtiön on jossain suhteessa laiminlyönyt tunnollisuusvelvoitettaan (vrt. KKO 1992:44). Nähdäkseni korvausvelvollisuuden syntymiseltä edellytetään joitakin lisäedellytyksiä, eikä pelkästään se, että asianajaja koskee profession vastuun kautta korotetun huolellisuusvelvoitteen vaatimus, saa aikaan vastuuta kolmanteen nähden. Toisin voidaan argumentoida korkeintaan silloin, kun vahingonkärsijänä

³²⁵ Ks. *privity of contract* -pääsäännöstä sekä asianajajan ja päämiehen luottamussuhteesta legal opinion -kirjeiden yhteydessä yhdysvaltalaisessa oikeudessa mm. *Howe* 1989 s. 291.

³²⁶ *Hemmo* 2003b s. 415.

³²⁷ *Hemmo* 1994 s. 127. Samasta myös *Saxén* 1995 s. 140–143 (*normens skyddsändamål*) sekä *Kleineman* 1987 s. 450 (*skyddat intresse*).

³²⁸ *Hemmo* 1998 s. 75.

³²⁹ Ks. *Hemmo* 1998 s. 76–77, joka toteaa, että teon moitittavuus ja tuottamuksen aste saattavat ainakin vaikuttaa osana erityisen painavia syitä.

on liike-elämän käytäntöihin perehtymätön pienyrittäjä, jolloin edelläkin esitetyt kantokykyvertailut eivät samalla tavoin puolla asianajajayhtiön vastuun rajoittamista.

5.2.3 Sopimuksenkaltaisuus-argumentti ja kolmannen perusteltu luottamus

Oikeussuhteen sopimuksenkaltaisuus on kansainvälisesti yleinen varallisuusvahinkojen korvaamista puoltava peruste, jolla myös Suomen oikeudessa voidaan perustella varallisuusvahinkojen korvausvelvollisuutta varsinaisen sopimussuhteen ulkopuolella.³³⁰ Sopimuksenkaltaisuus-argumentin varallisuusvahinkojen korvaamista puoltava vaikutus voi toteutua kahdella tavalla. Tällaista oikeussuhdetta saatetaan ensinnäkin pitää VahL 5:1:n mukaisena erityisen painavana syynä tai ainakin sen tunnusmerkistön yhtenä osana. Toinen lähestymistapa on katsoa, että sopimuksenkaltaisuus johtaa deliktinormiston syrjäytymiseen ja siihen, että oikeussuhdetta arvioidaan sopimusperusteisen vastuunormiston tuella. Voidaan myös ajatella tilanteita, joissa sopimuksenkaltaiset piirteet eivät ole riittävän vahvoja, jotta oikeussuhdetta arvioitaisiin sopimusvastuuna kaikkine siihen liittyvine oikeusvaikutuksineen, mutta joissa oikeussuhteen laatu on kuitenkin peruste *ainakin* varallisuusvahinkojen korvaamiselle.³³¹

Sopimuksenkaltaisuus VahL 5:1 *erityisen painavana syynä* voidaan yhdistää esimerkiksi KKO:n vakuutusyhtiötyönantajan korvausvastuuta koskeneeseen ratkaisuun 1990:26 (Ään. 3–2), vaikkakaan KKO ei täsmentänyt perusteluissaan näitä erityisen painavia syiden sisältöä. Myöhemmin oikeuskäytännössä on kuitenkin sopimuskaltaisten tilanteiden yhteydessä myös sopimusenulkoisissa suhteissa sovellettu yhä useammin *sopimusperusteista vastuunormistoa*.³³² Näissä tapauksissa kahden osapuolen tekemällä sopimuksella on usein ollut *selvästi havaittava sivullisintressenti*.³³³

³³⁰ Ks. *Salmond – Heuston* 1992 s. 214–215 ja 208 vastaavista brittiläisistä käsitteistä ”*special relationship*” ja ”*proximity*”, joiden perusteella varallisuusvahingot voivat tulla korvattaviksi *tort*-tilanteissa.

³³¹ Samasta *Hemmo* 1998 s. 78–82. Sovellettava normisto voi siten olla kombinaatio vastuumuotojen yleisistä opeista. Tästä myös. *Saxén* 1995 s. 288.

³³² Ks. sopimusperusteisen vastuun soveltamisalaa koskevasta kehityksestä esim. *Hemmo* 2002 s. 11 sekä oikeuskäytännöstä erityisesti ratkaisut KKO 1992:165, KKO 1994:80 ja KKO 1999:19.

³³³ Ks. *Hemmo* 2003b s. 420.

Sopimusvastuun laajentumista sopimussuhteen välittömien osapuolten ulkopuolelle on oikeuskäytännössä ilmennyt esimerkiksi sellaisissa asiakirjan laatimiseen liittyvissä toimeksiannoissa, joissa tuon asiakirjan kautta tehtävällä oikeustoimella on ollut tarkoitus hyödyntää myös kolmatta. Esimerkiksi tapauksessa KKO 1992:165 katsottiin, että lahjakirjan laatimista koskeva toimeksianto oli perustanut toimeksisaajankalle velvollisuuden valvoa myös *lahjansaajan etua*. Tämän velvollisuutensa täyttämiseksi pankki vastasi lahjansaajaa kohtaan *sopimussuhteita koskevien periaatteiden mukaan* vahingosta, joka aiheutui lahjakirjan laatimisen virheellisyydestä.

Vastaavalla tavalla ratkaisussa KKO 1999:19 korkein oikeus totesi, että kauppakirjan laatimista koskeneen toimeksiannon vastaanottaneen tilitoimiston tehtävänä oli päämiehen ohella ottaa huomioon myös toimeksiintoon nähden kolmannen eli päämiehen sopijakumppanin etu. KKO muun muassa totesi, että toimeksiannon vastaanottanut tilitoimisto tiesi osapuolten yhteisestä tarkoituksesta. Tämän vuoksi tilitoimiston tehtävänä ei siten ollut pelkästään sopimusasiakirjojen laatiminen, vaan sen olisi pitänyt ottaa huomioon myös sopimusjärjestelyn tavoitteet. Ratkaisussa todettiin myös, että tehtävää vastaanotettaessa oli voitu havaita, että poikkeaminen mainitusta tarkoituksesta voisi aiheuttaa vahinkoa päämiehen sopijakumppanille. Korkein oikeus katsoikin tilitoimiston olevan laiminlyönnistään vastuussa päämiehensä sopijakumppanille ”sopimussuhteita koskevien periaatteiden mukaisesti”. Näin ollen toimeksisaajalla voikin olla yleisiä toiminta- ja tiedonantovelvollisuuksia toimeksiantajan sopimuskumppaniin nähden esimerkiksi toimeksiannon erityisen sisällön vuoksi.³³⁴

Vastanäkökohtana vastuun syntymiselle edellä mainitussa ratkaisussa korkein oikeus toi esiin sen, että toimeksiannon päämies suorittaa toimeksisaajalle *vastikkeen*, kun taas toimeksisaajan sopimuskumppani ei tällaista suoritusta tee. Yleensä sitoumusten vastavuorottomuus on argumentti välittömän sopimussuhteen ylittävän vastuun torjumiseksi. *Hemmo* huomauttaa tästä vastikkeellisuusargumentista, että joissakin tilanteissa voi olla mahdollista ajatella, että toimeksiantajan sopimuskumppanin katsoa *osallistuneen välillisesti vastikkeen maksuun*. Tällöin voidaan argumentoida, että osapuolten yhteisenä intressinä on hankkia asiantuntijan apua sopimusjärjestelyn toteuttamisessa. Sopimuksen tekoon liittyvät kustannukset vaikuttavat tällöin kummankin osapuolten sopimuksesta saamaan hyötyyn. Käytännössä on myös mahdollista, että toimeksiannon antaja valikoituu suhteellisen sattumanvaraisesti, jolloin aktiivisempi osapuoli ottaa

³³⁴Tästä ”harmaasta vyöhykkeestä” ks. *Hemmo* 2001 s. 61.

tehtävän hoitaakseen, vaikka kummallakin on yhtäläinen intressi avustajan käyttämiseen.³³⁵ Mainitunlaisilla argumenteilla on vastaavuuksia *Pöyhösen* hahmottelemaan uuteen varallisuusoikeyteen. Tällöin juridinen harkintakin muuttuu kokonaisvaltaisemmaksi, jolloin esimerkiksi ”kolmanesta” puhumisen sijasta voidaan puhua erilaisista *intressitahoista*.³³⁶

Suomalaisesta oikeuskäytännöstä ei kuitenkaan ole saatavissa tarkempaa tulkinta-apua sille, miten asianajajayhtiön korvausvastuuta mahdollista kolmatta kohtaan tulisi arvioida. Sen sijaan asianajajan vastuuta due diligence -toimeksiannossa Ruotsin oikeuden näkökulmasta tarkastellut *Kersby* toteaa, että tilanteeseen, jossa ulkopuolinen rahoittaja luottaa asianajajan päämiehelleen laatimaan due diligence -raporttiin, voidaan jossain suhteessa rinnastaa kiinteistönvälittäjän arviokirjan joutuminen rahoittajan käsiin ja tämän lainanmyöntämispäätöksen perustaksi.³³⁷ Tällaista problematiikkaa on käsitelty ratkaisussa NJA 1987 s. 692 (ns. Kone-tapaus) sekä uudemmassa tapauksessa NJA 2001 s. 878.³³⁸ Mainittujen ratkaisujen perustelut ovat varauksin varteenotettavia Suomessakin, tosin samalla on huomautettava, että Ruotsissa sopimuksenkaltaisuudella on argumentoitu laajemmin kuin meillä. Syy tähän on se, että Ruotsin skadeståndslagin 2 §:n sanamuodon mukaan puhdas varallisuusvahinko korvataan vain silloin, kun se on aiheutettu rikollisella teolla.³³⁹

Myös Ruotsin sopimusoikeus lähtee sopimuksen oikeusvaikutusten rajoittumisesta sopimuksen välittömiin osapuoliin.³⁴⁰ Kuitenkin esimerkik-

³³⁵ *Hemmo* 2003b s. 422. Ks. myös *Mäntysaari* DL 2000 s. 247, joka toteaa, että myös ulkomaisessa käytännössä suojataan sellaista kolmannen luottamusta neuvontapalvelujen tarjoajan antamiin neuvoihin, joista neuvonantajapalvelujen tarjoajan pitäisi olla tietoinen. *Vastikkeellisuudella tai vastikkeettomuudellakaan* ei *Mäntysaaren* mukaan ole aina itsenäistä merkitystä. Kolmatta voidaan joka tapauksessa suojata, vaikka neuvo olisi annettu ilmaiseksi.

³³⁶ *Pöyhönen* 2000 s. 140, 154 ja 169–173. Intressitahon käsitteestä *Pöyhönen* 2000 s. 173–176. Intressitaho vastaa oikeussubjektin käsitettä, mutta erona on, että intressitaho perustuu materiaalsiin kriteereihin, kuten yhteiseen liiketoimintariskiin tai käytännön toiminnan päällekkäisyyteen. Tästä myös *Kiiha* 2002 s. 227. Ks. myös *Lauriala* 2001 s. 31.

³³⁷ *Kersby* JT 1997 s. 152.

³³⁸ Ks. myös *Kasso* 2001 s. 569, joka esittelee vastaavan suomalaisen arviokirjatapauksen KKO 7.5.1997, Nro 1534, jolla ei kuitenkaan ole ennakkotapausarvoa tässä sen vuoksi, että eri oikeusasteiden perusteluissa tuoda julki sitä, mikä tällaisissa tapauksissa on varsinaisen korvausperuste. Tapauksessa oli kysymys omakotitalon omistajan oikeudesta vedota kiinteistönvälittäjän rahoittajapankin toimeksiannosta laatimaan, virheelliseksi väitettyyn omakotitalokiinteistöä koskevaan arviokirjaan.

³³⁹ Lain sanamuodon suppeus ei kuitenkaan ole estänyt varallisuusvahinkojen korvaamista koskevan oikeuskäytännön kehittymistä. Tästä mm. *Hellner* 1995 s. 88 ja *Saxén* 1995 s. 285.

³⁴⁰ *Kersby* JT 1997 s. 152.

si edellä mainitussa Kone-tapauksessa Ruotsin HD poikkesi tästä pääsäännöstä. Tapauksessa arviomies laati eräästä kiinteistöstä arviokirjan kiinteistön ostajan toimeksiannosta. Kyseistä arviokirjaa käytettiin kuitenkin myös lainanantopäätöksen perusteena. Kiinteistön ostajan konkurssissa havaittiin, ettei kiinteistö ollutkaan vakuusarvoltaan riittävä. Kaikki oikeusasteet tuomitsivat arviokirjan laatineen yhtiön vastuuseen lainanantajaa kohtaan, koska yhtiön oli näytetty toimineen huolimattomasti.³⁴¹

Alemmat oikeusasteet olivat hahmottaneet arviomiehen ja kiinteistön arviokirjaan luottaneen välisen suhteen sopimuksenomaiseksi, mutta HD luopui tällaisesta konstruktiosta todeten ensinnäkin, että arviokirjan *tarkoitus* on useimmiten toimia kiinteistöön kohdistuviin oikeustoimiin liittyvän *päätöksenteon pohjana* (esim. osto- ja vakuustilanteet). Toimeksiantajana voi tällöin olla yhtä lailla kiinteistön omistaja, lainanantaja taikka potentiaalinen ostaja. Tämän vuoksi arviokirjan laatijalle *täytyy olla selvää*, että useat eri tahot voivat käyttää arviokirjaa tällaisiin tarkoituksiin. HD totesi myös, että on usein väistämätöntä, että jokin muu kuin toimeksiantaja panee arvoa lausunnolle. Tämän vuoksi vastuun rajoittuminen vain toimeksiantajaa kohtaan ei vastaisi kiinteistö- ja luottomarkkinoiden tarpeita. Näillä perusteilla Ruotsin HD tuli seuraavanlaiseen lopputulokseen:

”Övervägande skäl talar för att *den som med fog satt sin tillit till ett värderingsintyg inte skall bära följderna av en skada som ytterst beror på att intygsgivaren föfarit vårdlöst*. Skadeståndsansvaret för den som *yrkesmässigt* åtar sig fastighetsvärderingar bör alltså i regel inte begränsas till skada som uppdragsgivaren lidit utan *omfatta också skada som åsamkats tredje man, såvida inte förbehåll om frihet från sådant ansvar gjorts i ingyget*.”³⁴²

Kleineman toteaa tapauksen perustuvan perustellun luottamuksen aikaansaamaan vastuuseen.³⁴³ Tapauksesta voidaan todeta, että sopimuksen kak-

³⁴¹ Tapauksesta myös *Kleineman* SvJT 1998 s. 201–203 sekä laajemmin *Kleineman* 1987 s. 421.

³⁴² Kursiivi lisätty. Ratkaisussa on huomionarvoista se, että HD:n viimeinen lausuma näyttäisi antavan mahdollisuuden *vastuun rajoittamiseen* kolmatta kohtaan, mikäli tällainen rajoitus käy ilmi arviokirjasta. Vastaavanlainen vastuun rajoittamisen mahdollisuus kolmanteen nähden näyttäisi olevan mahdollista myös Englannin oikeudessa kuuluisan tapauksen *Hedley Byrne and Co. Ltd. v. Heller and Partners Ltd.* [1964] A.C. 465 perusteella, joka koski luotonantajan maksukyvyistä tietoja antaneen pankin vastuuta. Ks. *Salmond – Heuston* 1993 s. 214–215. Tapauksesta myös *Kleineman* JT 2001 s. 626.

³⁴³ Ks. käsitteestä ”den befogade tillitens relevans”. *Kleineman* SvJT 1998 s. 202. *Kleineman* on nähnyt tapauksen kuvaavan professiovastuun laajentuneen myös ulkokontrahdillisiin suhteisiin.

siasiansosaissuhteeseen liittyvistä rajoituksista voidaan luopua ainakin silloin, kun jollakin sivullisella on läheinen intressi sopimukseen, jolloin hänen luottamustaan sopimuksen oikeaan suorittamiseen voidaan pitää perusteltuna. Perustellun luottamuksen suoja on ollut keskeisessä asemassa myös suomalaisessa oikeuskäytännössä.³⁴⁴ Käytännössä luottamuksen perusteltavuus sekä tällaisen intressiaseman suojaaminen riippuu kuitenkin oikeuspoliittisista arvostuksista ja siitä, kuka on tarkoituksenmukainen vastuunkantaja. Pääsääntö lienee, että yleensä vain tietyllä rajatulla piirillä voi olla sopimukseen kyllin läheinen suhde.³⁴⁵

Ruotsin oikeudessa asiantuntijan vastuuta sopimussuhteeseen nähden kolmatta kohtaan on täsmennetty uudemmassa ratkaisussa NJA 2001 s. 878, joka sekin koski kiinteistön arviokirjan käyttämistä lainanantopäätöksen perusteena. Tässä tapauksessa kiinteistönarviointiyhtiö oli laatinut kiinteistöstä arviokirjan, jota oli tarkoitus käyttää todisteena eräässä riitajutussa. Arviokirjaa pyytänyt toimeksiantaja käytti lausuntoa kuitenkin myöhemmin myös hakiessaan pankilta lainaa, joka tälle myönnettiin. Kun kiinteistö myöhemmin myytiin pakkohuutokaupalla toimeksiantajan velkojen maksuun, kiinteistön arvo osoittautui arviokirjassa mainittua arvoa alemmaksi, minkä vuoksi pankki kärsi luottotappion. Ruotsin HD totesi ensinnäkin kiinteistönarviointiyhtiön toimineen tuottamuksellisesti. Koska kiinteistön arviokirja *oli kuitenkin tarkoitettu käytettäväksi todisteena eräässä riitajutussa eikä lainansaantimahdollisuuksien selvittämiseksi* ja lainanantajapankki oli ollut tästä *tietoinen*, ei arviokirjan laatinut yhtiö ollut pankkiin nähden vahingonkorvausvelvollinen. HD totesi, ettei pankilla ollut perusteltua luottamusta (*”befogad tillit”*) perustaa lainanantopäätöstään kyseiseen arviokirjaan.³⁴⁶

³⁴⁴ Ks. perustellun luottamuksen merkityksestä Wärtsilän Meriteollisuus Oy:n konkurssiin liittyneissä valtion vastuuta koskeissa KKO:n ratkaisuissa 1999:32 ja 1999:33. Korvausvastuuta perusteltiin olennaisessa määrin luottamuksen suojaamiseen liittyvillä argumenteilla. Tapauksista myös *Hemmo* 2003a s. 50.

³⁴⁵ *Kleinman* 1987 s. 450. Vrt. myös perinteisen privity-opin rajoituksista *Schneider* 2002 s. 238–239, joka on tarkastellut yhdysvaltalaisen oikeuden kannalta ympäristökonsulttien vastuuta laatimistaan asiakirjoista. *Schneider* korostaa vastuun syntymiseksi erityissuhteen merkitystä (*special relationship*) sekä vahingon ennakoitavuutta (*foreseeability*). Hän viittaa tässä yhteydessä myös ”liberaaliin tapaukseen” *Grand Street Artists v. General Electric Co.*, D.N.J. 19 F Supp. 2d 242 (August 25, 1998), jossa ympäristökonsultti tuomittiin korvausvastuuseen kolmannen käsiin joutuneen ”*pre-purchase due diligence*” -raportin perusteella. Tapauksesta myös *Reed Lajoux – Elson* 2000 s. 453. Perinteisesti suhtautuminen välittömät sopijapuolet ylittävään vastuuseen on kuitenkin ollut myös Yhdysvalloissa torjuvaa *Schneider* 2002 s. 241.

³⁴⁶ Tapauksesta *Kleinman* JT 2001 s. 628–635.

Ratkaisussa mainitut *käyttötarkoitus* ja toimeksisaajan *tieto* siitä lienevätkin erityisen tärkeitä argumentteja arvioitaessa asianajajayhtiön vastuun laajentamista kolmanteen nähden due diligence -raportin virheellisten tietojen perusteella myös Suomen oikeuden valossa.³⁴⁷ Näin ollen korvausvastuun syntymiseltä lähtökohtaisesti edellyttäneenkin, että asianajajayhtiö on ollut tietoinen siitä, että kolmas perustaa päätöksentekonsa raporttiin. Näin ollen nyt tarkasteltavana olevassa toimeksiantotyypissä esimerkiksi rahoittajan oikeutta luottaa due diligence -raporttiin vähentää se, että toimeksiantajalla ja rahoittajalla on raportille eri käyttötarkoitukset ja että raportin laatimisessa sekä toimeksiannon toteuttamisen laajuudessa on lähtökohtaisesti otettu huomioon vain toimeksiantajan (ostajan) tarkoitus.³⁴⁸

Edellä mainittuun oikeutettuun luottamukseen sekä toimeksisaajan tietoon käyttötarkoituksista liittyy myös jo edellä käsitelty *ennakoitavuusvaatimus*. Tuottamusarvioinnin mielekkyydenkin kannalta on olennaista, että asianajajayhtiö olisi voinut due diligence -toimeksiantoa toteuttaessaan ennakoita vastuun syntymisen myös jotakin kolmatta kohtaan.³⁴⁹ Tuottamukselta vastuuperusteena edellytetäänkin, että arvioitavaan toimintaan liittyy ennakoitava vahinkomahdollisuus.³⁵⁰ Jotta asianajajayhtiön vastuuta suhteessa kolmanteen voitaisiin pitää edellä kuvatulla tavalla *sopimuksenkaltaisena*, edellyttäneenkin kolmannen kärsimältä vahingolta sellaista ennakoitavuuden astetta, joka yleensä liitetään sopimussuhteeseen. Tällöin vaadittaneen, että asianajajayhtiöllä näytetään olleen käsitys siitä, että sen laatimaa due diligence -raporttia käytetään myös esimerkiksi rahoituspäätöksen tekemiseen. Tällöin myös edellytettäneen, että tämä käyttötarkoitus on tullut nimenomaisesti esille ennen due diligence -toimek-

³⁴⁷Käyttötarkoituksesta, ennakoitavuudesta ja perustellusta luottamuksesta erityisesti sopimuksen kohteen tarkastukseen liittyvissä kolmikantatilanteissa ks. *Hemmo* 1998 s. 300–303.

³⁴⁸Tästä erityisesti *tax due diligence* -toimeksiantoihin liittyen *Salminen* 16.1.2004, jonka mielestä toimeksiantosopimukseen sekä due diligence -raporttiin kirjattu toimeksiannon tarkka kuvaus rajaavat tehokkaasti vastuun kolmatta kohtaan. Kuitenkin esimerkiksi *Kull* (9.1.2004) totesi venture capital -sijoittajan ja tämän transaktion rahoittajan tiedontarpeen kohdistuvan käytännössä samaan seikkaan, nimittäin kassavirtaan. Tämän vuoksi voidaan ajatella, että näille laadittavat raportit olisivat tarkoituksiltaan yhteneväisiä.

³⁴⁹Perustellun luottamuksen ja ennakoitavuuden merkityksestä yhdysvaltalaisessa oikeudessa legal opinion -kirjeiden yhteydessä ks. *Howe* 1989 s. 290. ”*The foregoing survey of the state of law regarding the duties and liabilities of attorneys in rendering opinion letter shows that an attorney may well be held personally liable to the addressee of his opinions or some other person when the attorney should have foreseen that the person would and did justifiably rely upon the opinion.*”

³⁵⁰*Hemmo* 1994 s. 165.

siantoon ryhtymistä. Mikäli tällaista tietoa käyttötarkoituksesta ja siihen liittyvistä vahinkoriskeistä ei ole ollut, ennakoitavuusvaatimus ei täyty.³⁵¹

Käytännössä tilanne on usein se, että päämies tarvitsee due diligence -raporttia myös rahoituksensa varmistamiseksi. Tällöin päämiehellä ei ole due diligence -raportista välttämättä täyttä hyötyä, mikäli sen käyttäminen rahoituspäätöksiä suunniteltaessa kielletäisiin.³⁵² Raportin osoittaminen pääsääntöisesti vain tietyille tahoille ja tiettyyn tarkoitukseen rajaavat kuitenkin käytännössä asianajajayhtiön vastuuta mahdollista kolmatta kohtaan: asiantuntijoiden raportointi on tarkoitettu vain toimeksiantajalle, eikä tällä ole yleensä oikeutta antaa raporttia ulkopuolisten käyttöön. Tästä on useimmiten sovittu jo mahdollisessa toimeksiantosopimuksessa ja asiasta mainitaan myös kirjallisessa raportissa.³⁵³ Mahdollisuus ottaa due diligence -raportti rahoituspäätöksen tueksi voidaan kuitenkin toteuttaa niin, että vaikka itse raportti osoitetaan vain päämiehelle, oikeus raportin hyödyntämiseen määrättyissä rajoissa myönnetään (jälkikäteen) myös rahoittajalle tälle erityisesti kohdistetulla kirjelmällä (ns. *reliance letter*).³⁵⁴

Lienee kuitenkin hyvin poikkeuksellista, että asianajajayhtiön vastuu syntyisi toimeksiantosopimukseen nähden kolmatta kohtaan. Onhan varallisuusvahinkojen rajoitetun korvaamisen periaate Suomen oikeudessa vahva pääsääntö. Lisäksi due diligence -raporteissa todetaan yleensä, että raportti on tarkoitettu *vain* päämiehen hyödynnettäväksi ja tämän erikseen *yksilöityihin tarkoituksiin*, mikä jo sinällään estää kolmannen perustellun luottamuksen syntymisen.³⁵⁵ Muina käytännön perusteina vastuun epäämiseen voidaan lisäksi mainita se, ettei kolmas ole suorittanut asianajajayhtiölle vastiketta tämän antamasta neuvonannosta ja toisaalta se, ettei

³⁵¹ Vrt. *Hemmo* 1998 s. 155–156 ja *Hemmo* NJM 2002 s. 60.

³⁵² *Isokorpi* 31.12.2003.

³⁵³ *Blomquist ym.* 2001 s. 45. Samalla kuitenkin todetaan, että raportti annetaan usein muille projektiin liittyville asiantuntijaryhmille, jotta näillä olisi käytettävissä prosessin aikana kerättyä tietoa ja jotta välttyttäisiin päällekkäisyyksiltä.

³⁵⁴ *Kull* 9.1.2004. Tällöin se, jolle *reliance letter* osoitetaan, tulee myös sopimussuhteeseen asianajajayhtiöön nähden ja tälle myönnetään saman laajuinen oikeus käyttää due diligence -raporttia päätöksenteossa kuin päämiehellekin. Suomalaisilla tilintarkastusyhteisöillä ei kuitenkaan ole vastaavanlaista käytäntöä myöntää *reliance letter*ereitä, vaan pääsääntönä on, ettei due diligence -raporttia saa missään tapauksissa antaa kolmannen käsiin. Tähän pääperuste on se, että due diligence -raportti on laadittu vain päämiehen tarpeet ja tarkoitus silmällä pitäen sekä tietyinä ajankohtana käytettäväksi. Kolmansien oikeus luottaa raportin tietoihin on rajattu pois erilaisin varaumin ja vastuunrajoituslausekkein sekä toimeksiantosopimuksessa että due diligence -raportissa. Tästä *Salminen* 16.1.2004. Koska markkinoilla toimivat rahoittajat pääsääntöisesti tuntevat tämän käytännön, ei vastuun syntymisen kolmatta kohtaan ole *Salmisen* mielestä todennäköistä.

³⁵⁵ Vrt. myös tapaus *NJA* 2001 s. 878.

asianajajayhtiöllä myöskään käytännössä ole laajoja mahdollisuuksia rajoittaa vastuutaan kolmanteen nimenomaisin vastuunrajoituslausekkein sopimussuhteen puuttumisen vuoksi.

5.3 Vastuun jakautuminen usean korvausvelvollisen kesken

Vastuurelaatioita pohdittaessa voidaan lopuksi lyhyesti arvioida myös kysymystä siitä, voiko asianajajayhtiö (ainakin alustavasti) välttää due diligence -toimeksiannon virheelliseen toteuttamiseen perustuvan korvausvastuun argumentoiden, että korvausvaade on ennenaikainen jonkin ensisijaisen korvausvelvollisen olemassaolon vuoksi. Vahingonkärsijällä voi näet olla valinnanmahdollisuus sellaisissa tilanteissa, joissa on useampia korvausvelvollisia. Tällöin nousee esiin kysymys siitä, vaikuttavatko vaihtoehtoiset kannemahdollisuudet toisiinsa.³⁵⁶

Myyjä olisi toki ensisijainen vastuusubjekti vahingosta, joka aiheutuu sen vuoksi, ettei yrityskaupan kohde ole odotetunmukainen. Vaatimuksia ei kuitenkaan välttämättä voida esittää myyjä kohtaan esimerkiksi seuraavilla perusteilla:

- a) Yrityskaupan kohteessa ei voida katsoa olevan virhettä sen vuoksi, että ostajan olisi pitänyt havaita väitetty puute KL:n edellyttämällä tavalla suorittamassaan due diligence -tarkastuksessa. Tällöin ostajan voidaan katsoa hyväksyneen kaupan kohteen sellaisenaan;
- b) Ostaja ei voi vedota kaupan osapuolten virheeseen myyjää kohtaan sen vuoksi, että yrityskaupan osapuolten sovittu takuu-aika on umpeutunut. Voi myös olla, että vaadittu korvausmäärä ylittää sovitun korvausvelvollisuuden ylärajan taikka vastaavasti alittaa korvattavan vahingon alarajan,³⁵⁷ tai
- c) Myyjä on varaton taikka purettu.³⁵⁸

³⁵⁶Vrt. *Hemmo* 1998 s. 341–343.

³⁵⁷Tässä yhteydessä on huomautettava, että asianajajayhtiö on saattanut ostajan juridisena neuvonantajana vaikuttaa myös näihin yrityskauppasopimuksen vastuunrajoitusehtojen muotoiluun, minkä vuoksi se ei lähtökohtaisesti voine välttyä vastuulta argumentoiden, että myyjä olisi ollut vastuussa jostakin seikasta, mikäli ostaja ei olisi tehnyt vastuunrajoitusten kannalta itselleen ”epäedullista” sopimusta.

³⁵⁸Ensisijaisen korvausvelvollisen olemassaololla voi olla merkitystä myös kolmatta kohtaan olevan vastuun rajoittamisessa. Samoin *Hemmo* 1998 s. 342. Toisaalta tällöin esimerkiksi ensisijaisen korvausvelvollisen varattomuus saattaa myös olla argumentti korvausvelvollisuuden laajentumiselle sopimuksenulkoiseen suhteeseen. Tästä ns. läpimurtoargumentista ks. esim. *Hemmo* 1998 s. 272.

Myyjä on kuitenkin toiminnallaan saattanut vaikeuttaa asianajajayhtiön vastuulla olleen due diligence -tarkastuksen toteuttamista, mikä saattaa ilmetä esimerkiksi data room -aineiston epäjohdonmukaisena kokoamisena. Tällöin voidaan jopa katsoa, ettei myyjä ole täyttänyt tiedonantovelvollisuuttaan taikka jopa toiminut KL 20.2 §:n tarkoittamalla tavalla kunnianvastaisesti ja arvottomasti.

Silloin, kun vaateita kuitenkin voitaisiin vielä esittää toista korvausvelvollista vastaan, voidaan myös kysyä, onko vahinkoa lainkaan aiheutunut, ennen kuin korvausta on pyritty hakemaan ensisijaiselta korvausvelvolliselta.³⁵⁹ Korvauskelpoisen vahingon yleisiin edellytyksiin näet kuuluu, että *vahingon voidaan katsoa lopullisesti aiheutuneen vaatimushetkellä*. Ellei näin ole ehtinyt tapahtua, korvausvaatimus hylätään *ennenaikaisena*. Välttävään vastuulta toimeksiantosopimussuhteessa asianajajayhtiö voisi tällöin pyrkiä argumentoimaan, että päämiesostajan tulisi ensisijaisesti vaatia korvausta kaupan kohteen myyjältä, ja toisaalta rahoittajan tulisi ensisijaisesti kohdistaa korvausvaateensa omaan sopimuskumppaniinsa eli ostajaan.

Ainakin silloin, kun valittavana on joko sopimus- tai deliktiperusteinen korvausvelvollinen, sopimusvelallista voidaan yleensä pitää ensisijaisena korvausvelvollisena.³⁶⁰ Nyt tarkasteltavassa tyyppitilanteessa toimijat ovat kuitenkin *erillisissä ja erisisältöisissä sopimussuhteissa vahingonkärsijään*³⁶¹, eikä edellä mainittu argumentti siten ratkaise esillä olevaa kysymystä korvausvelvollisien ensisijaisuusjärjestyksestä. Lisäksi eri korvausvelvollisia vastaan esitettyjen vaateiden perusteet ovat itsenäisiä: ostaja voisi lähtökohtaisesti vaatia *myyjältä* korvausta *kaupan kohteen virheestä* kauppalain virhearviointipykäliin (KL 17–19§) vedoten, kun taas asianajajayhtiöltä korvauksen peruste olisi *toimeksiannon huolimattomaan toteuttamiseen liittyvä virhe*. Kuten edellä on mainittu, päämies voisi joka tapauksessa vaatia asianajajayhtiöltä palkkion palauttamista osittain tai kokonaan tämän huolimattomasti toteuttaman toimeksiannon perusteella, vaikka varsinaista kausaalista vahinkoa ei näytettäisi syntyneen.

Loukatun *normin suojantarkoitus* taikka *syy-yhteyksien voimakkuuksien* ero voivat *ainakin vähentää asianajajayhtiön korvattavaksi tuomittavaa*

³⁵⁹ Ks. *Hemmo* 2003b s. 270–272, joka toteaa, että oikeuskäytännössä on omaksuttu varsin salliva suhtautuminen paitsi vahvistuskanteen myös suorituskanteen ajamiseen regressivaatimustapauksissa (esim. tielukjetusta koskeva ratkaisu KKO 2001:67).

³⁶⁰ *Hemmo* 1998 s. 342.

³⁶¹ Vastuu voi toisin sanoen perustua toimeksiantosopimukseen, rahoitussopimukseen, kauppasopimukseen taikka voi olla sopimuksenulkoista vastuuta.

määrää: asianajajayhtiön tuottamus voi nimittäin olla vain yksi syy-yhteyteen vaikuttaneista lukuisista tekijöistä.³⁶² Tällöin tulee arvioida, kenen toiminta on vaikuttanut määräävimmin vahingon aiheutumiseen.³⁶³ Lisäksi voidaan argumentoida, että asianajajayhtiöltä korvausta vaadittaessa huomio voi siirtyä pois vahingosta välittömästi tai pääasiallisesti vastuussa olevasta osapuolesta.

Esitettyyn vaatimuksen ennenaikaisuuskysymykseen ei ole mahdollista antaa yksiselitteistä vastausta, ja ratkaisu riippuu kunkin yksittäistapauksen olosuhteista. Kun verrataan kysymystä ensisijaisesta korvausvelvollisesta esimerkiksi *regressivaatimusten* esittämisajankohdasta oikeuskäytännössä esitettyyn, on tältäkin osin huomautettava, ettei ole selvää, missä määrin ensisijainen korvausvelvollinen (ts. oma välitön sopimuskumppani) voidaan jättää väliin.³⁶⁴ Lähtökohtana regressivaateiden esittämisessä on yleensä korvausvaatimusten esittämisen portaittaisuus, vaikka tämä tosin lisääkin prosessikustannuksia. Näitä monivaiheisia selvityksiä puoltaa kuitenkin se, että jokaisessa sopimussuhteessa on voitu käyttää *erilaisia sopimusehtoja ja lisäksi kunkin perimän vastikkeen määrä voi vaikuttaa vastuuseen*.

Useamman vastuuvollisen tilanteessa voidaan myös lisäongelmana joutua arvioimaan sitä, miltä osin kussakin sopimussuhteessa käytetyt sopimusehdot voivat tulla vastuuarvioinnin perusteiksi. Nämä ongelmat ovat relevantteja myös tässä yhteydessä: myyjällä ja asianajajayhtiöllähän on sopimuksissaan toisistaan poikkeavia määräyksiä vastuunrajoituksista ja virhevastuun laajuudesta.³⁶⁵ Tällöin esiin tulee kysymys siitä, missä määrin asianajajayhtiö voisi vedota esimerkiksi myyjän ja ostajan välisiin vastuunrajoituslausekkeisiin. Samaan tapaan voidaan sopimuksen ulkoisessa suhteessa kysyä, missä määrin asianajajayhtiö voi vedota toimeksiantosopimuksen sisältävän vastuunrajoituslausekkeen oikeusvaikutuksiin korvausta vaativaa kolmatta kuten rahoittajaa kohtaan. Pääsääntöisesti sopimuksen oikeusvaikutukset rajoittuvat kuitenkin tässäkin suhteessa sopimussuhteeseen.

Siltä osin kuin vahingonkärsijä voi kohdistaa sopimukseen perustuvan korvausvaatimuksen useisiin henkilöihin, aiheutuneen vahingon suuruus muodostaa joka tapauksessa enimmäismäärän korvauksille, joita eri vas-

³⁶²Vrt. Hemmo 1998 s. 342.

³⁶³Hemmo 2003b s. 433.

³⁶⁴Hemmo 2003b s. s. 434 alaviite 58. Nyt tarkasteltavana olevassa tilanteessa ei kuitenkaan ole täysin vastaavanlainen kysymyksenasettelu, sillä vahingonkärsinyt ostaja on sopimussuhteessa sekä myyjään (kauppasopimus) että asianajajayhtiöön (toimeksiantosopimus).

³⁶⁵Hemmo 1998 s. 282–283.

tuuvelvollisilta voidaan yhteensä saada.³⁶⁶ On kuitenkin todennäköistä, että vastuun enimmäismäärä on erilainen eri vastuusuhteissa. Esimerkiksi vastuunrajoituksista saattaa seurata, että myyjän korvausvastuu on suurempi kuin asianajajayhtiön. Tällöin ei ole estettä sille, että päämiesostaja saa myyjältä perityn korvauksen lisäksi asianajajayhtiöltä lisähyvitystä, kunhan tämän enimmäisvastuun määrää ei ylitetä.³⁶⁷

6 VASTUURISKIEN ENNAKOINTI

6.1 Toimimisvelvollisuuksien rajoittaminen toimeksiantosopimuksessa

Edellä on tarkasteltu asianajajayhtiön vahingonkorvausvastuun syntyedellytyksiä. Seuraavassa arvioidaan edellä esitetyn perusteella lyhyesti sitä, miten due diligence -toimeksiantoon liittyviä vastuuriskejä voidaan hallita ennen tehtävään ryhtymistä sekä toimeksiantoa toteuttaessa. Asianajajayhtiö voi pyrkiä rajoittamaan korvausvastuutaan kahdella tavalla. Ensinnäkin se voi rajoittaa toimimisvelvollisuuksiaan.³⁶⁸ Tämä voidaan pyrkiä toteuttamaan yhtäältä toimeksiannon sisällön määrittelyssä toimeksiantosopimuksessa taikka toisaalta rajoitetummin jälkikäteen erilaisin varauksin due diligence -toimeksiannon lopputuotteessa eli tarkastuksessa tehdyt havainnot kirjaavassa raportissa. Toinen keino on *korvattavien vahinkojen tai korvausmäärän* sopimusperusteinen rajoittaminen vastuunrajoituslausekkein toimeksianto-sopimuksessa.³⁶⁹

Lähtökohtana asianajajayhtiön toimimisvelvollisuuksien laajuudessa on aina toimeksiantosopimus. Kuten edellä on todettu, ongelmaksi toimimisvelvollisuuksien määrittelyssä saattaa kuitenkin muodostua se, ettei asianajotoimeksiantosopimuksia ole Suomessa yleensä tapana tehdä kirjallisina.³⁷⁰ Sen sijaan esimerkiksi tilintarkastusyhteisöt ja muut asiantuntijat

³⁶⁶ Ns. rikastumiskiellosta ks. esim. *Hemmo* 2003b s. 265.

³⁶⁷ Vrt. *Hemmo* 2003b s. 266–267.

³⁶⁸ *Hemmo* 1994 s. 568.

³⁶⁹ Vrt. vastuuriskien ennakoimisen mahdollisuuksista konsulttitoiminnassa *Schneider* 2002 s. 260–261 ja erityisistä toimintaohjelmista ("*compliance programs*") riskienhallintavälineinä investointipankkitoiminnassa *Lauriala* 2002 s. 32–33 sekä toimeksiantosopimuksesta tällaisen ohjelman osana s. 71–73.

³⁷⁰ Tästä *Kull* 9.1.2004. Saman havainnon pohjoismaisesta asianajokäytännöstä yleisesti tekee *Unger NJM* 2002 s. 585. Ks. myös *Halila – Hemmo* 1997 s. 194 ja *Hemmo* 1995 s. 573.

tekevät yleensä poikkeuksetta kirjallisen toimeksiantosopimuksen (ns. *engagement letter*) ennen due diligence -toimeksiantoon ryhtymistä.³⁷¹ Kirjallisten toimeksiantosopimusten etuna voidaan pitää sitä, että toimeksiantannon tarkoitus ja tarkastuksen painopisteet tulevat heti selvitettyiksi sekä todistettavasti ilmaistuksi. Nämä seikathan vaikuttavat myös tuottamusarvointiin, kuten yllä jaksossa 4 on todettu. Kirjallisiin toimeksiantosopimuksiin voidaan myös tehokkaasti liittää nimenomaiset vastuunrajoituslausekkeet.

Kuten edellä jaksossa 3.3.3 on esitetty, asianajajayhtiön toimimisvelvoitteiden tehokkaan toteuttamisen kannalta ei ole aina riittävää ryhtyä vain päämiehen pyytämiin toimenpiteisiin, vaan asianajajayhtiöllä voi olla velvollisuus antaa päämiehelleen neuvoja myös siitä, millainen toimeksiantannon rajaus on tarkoituksenmukainen. Mikäli jokin toimenpide on nimenomaisesti jätetty toimeksiantannon ulkopuolelle, ei toimeksisaaja kuitenkaan lähtökohtaisesti vastaa tällaisesta tehtävästä – näin argumentoitiin esimerkiksi yllä jaksossa 3.3.3 kuvatussa asianajotoimeksiantoa koskevassa tapauksessa KKO 1996:92. Kuten samassa alajaksossa kuitenkin todetaan, tämä periaate ei ole ollut ehdoton myöhemmässä oikeuskäytännössä: tili-toimiston vastuuta koskenut ratkaisu KKO 2001:128 antaneekin lisäsyyn asianajajayhtiöiden toimintavelvollisuuksien ja toimeksiantannon laajuuden tarkemmalle määrittelylle.

Toimintavelvoitteiden rajoittamista ei voida pitää hyväksyttävänä missä laajuudessa tahansa: esimerkiksi silloin, kun toimeksianto on laadultaan tavanomainen ja asianajajan perusammattitaitoon kuuluva, voidaan neuvoja ja toimenpiteitä koskevasta vastuusta vetäytymistä pitää hyvän asianajajatavan vastaisena ja ehkä myös sopimusoikeudellisesti kohtuuttomana.³⁷² Sen sijaan esimerkiksi silloin, kun due diligence -toimeksianto joudutaan asianajajayhtiöstä riippumattomasta syystä toteuttamaan kiireessä ja tarkastettava aineistoa kohdeyrityksestä on erityisen paljon, tuottamuvastuuta ei synny, mikäli asianajajayhtiö on toteuttanut toimeksiantannon riittävän huolellisesti ja selvittänyt päämiehelle toimeksiantannon rajoittamiseen liittyvät riskit.³⁷³

³⁷¹ *Blomquist ym.* 2001 s. 39. Samansuuntaisesti myös *Salminen* 16.1.2004, jonka mukaan esim. tax due diligence -toimeksiantoihin ei ryhdytä ennen yksityiskohtaisen toimeksiantosopimuksen allekirjoittamista.

³⁷² Ks. myös *Peltonen* DL 2001 s. 21, jonka mukaan AAL 5,1 §:n tunnollisuusvelvoitteista ei voida sopimuksin luopua. Sama koskee due diligence -toimeksiantannon toteuttavaa tilintarkastajaa tämän professiota sääntelevien eettisten normien osalta. Tästä *Blomquist ym.* 2001 s. 39.

³⁷³ *Hemmo* DL 1995 s. 568. *Salminen* pitää toimeksiantannon laajuuden (*scope*) määrittelyä ennen tehtävään ryhtymistä tärkeänä – tämän vaiheen laiminlyöntiä hän pitää jo sinänsä

Toimenpiteiden riittävyyden arviointi jää tällöin päämiehen vastuulle.

Mikäli toimeksiannosta ei ole sovittu kirjallisesti erityisessä toimeksiantosopimuksessa, määräytyvät asianajajayhtiön velvollisuudet sen mukaan, mitä asianajajayhtiön ja päämiehen välillä *katsotaan sovitun* toimeksiantoa edeltäneessä kirjeenvaihdossa ja suullisissa neuvotteluissa. Tästä syystä on suositeltavaa, että due diligence -toimeksiannosta tehdään kirjallinen toimeksiantosopimus tai toimeksiannon sisältö vahvistetaan muulla tavalla kirjallisesti ja todistettavasti.³⁷⁴ Siten toimeksiannon tarkoitus ja sen rajoitukset tulevat todistettavalla tavalla selvitettyiksi mahdollisten näyttöongelmien varalta. On kuitenkin huomattava, että toimeksiannon rajauksissa saattaa aina ilmetä tulkinnanvaraisuutta. Lisäksi toimeksiannon sisältöä joudutaan usein tarkentamaan tehtävää toteutettaessa. Tällaiset muutokset olisi edellä mainitulla perusteella myös syytä tehdä kirjallisesti.³⁷⁵

Käytännössä kirjallisten toimeksiantosopimusten käyttö asianajotoimeksiannoissa ei kuitenkaan ole Suomessa yleistä.³⁷⁶ Tätä perustellaan etenkin sillä, että toimeksiantosopimuksesta neuvotteluun ja sen yksityiskohdittaiseen muotoiluun saattaa kuluva huomattavastikin aikaa. Lisäksi toimeksiantosopimukseen yleensä liittyvistä varaumista ja vastuunrajoituslausekkeista neuvottelu voi luoda eräänlaisen vastapuoliasetelman asianajajayhtiön ja tämän päämiehen välille, mikä saattaa vähentää osapuolten välistä luottamusta.³⁷⁷ Neuvotteluissa saattaa myös nousta esiin kysymys asianajajayhtiön lopullisesta palkkiosta, mikä ei välttämättä ole asianajajayhtiön näkökulmasta tässä vaiheessa toivottavaa.

huolimattomana. Erityisen tärkeää *Salmisen* mielestä on kirjata toimeksiantosopimukseen se, mitä *ei ole* yhteisesti sovittu tarkastettavaksi, mikäli kyseinen seikka muutoin kuuluisi olennaisesti esim. tilintarkastajan tekemän tax due diligencen alaan. Tällöinkin asiantuntijalla on hänen mielestään myös erityinen korostamisvelvollisuus ko. seikan suhteen, jotta toimeksiantaja ymmärtää näin ottamansa riskin. *Salminen* 16.1.2004.

³⁷⁴ Toimeksiannon vahvistamiseksi voidaan käyttää toimeksiannon vahvistuskirjettä (esim. Asianajajaliiton malli osoitteesta: <http://www.asianajajaliitto.fi/uploads/v09dsscwg4a16fm.pdf>, viittauspäivä 3.11.2003). Vahvistusilmoitustakin käytettäessä sopimuksen sisältö määräytyy lähtökohtaisesti sopimusta edeltäneiden tarjouksen ja vastauksen perusteella vahvistuskirjeen ollessa näihin nähden toissijaisessa asemassa. Vahvistuskirjeen oikeudellisesta luonteesta *Hemmo* 2003b s. 276–282. Ks. myös financial due diligence -toimeksiantokirjemalli *Blomquist ym.* 2001 s. 48. Ks. Myös toimeksiannon kuvauksesta (uppdraagsbeskrivning) vastuunhallinnan muotona *Unger NJM* 2002 s. 585.

³⁷⁵ Ks. *Blomquist ym.* 2001 s. 44 ja *Tikka* 1999 s. 299.

³⁷⁶ Tästä *Kull* 9.1.2004.

³⁷⁷ Tästä myös *Unger NJM* 2002 s. 584.

6.2 Vastuunrajoituslausekkeet

Mikäli due diligence -toimeksiannosta tehdään kirjallinen toimeksiantosopimus, toimeksiannon toteuttavat asiantuntijat pyrkivät sisällyttämään sopimukseen yleensä myös nimenomaisen vastuunrajoituslausekkeen.³⁷⁸ Kysymykseen voi tulla korvausvastuun rahamääräinen yläraja tai vahingokolajikohtainen rajoitusehto, jolla esimerkiksi vastuu välillisistä vahingoista suljetaan pois.³⁷⁹ Tällaiset sopimusehdot ovat Suomen oikeuden mukaan lähtökohtaisesti tehokkaita, sillä sopijapuolilla on sopimusvapautensa perusteella oikeus järjestää sopimusperusteinen vahingonkorvausvastuunsa haluamallaan tavalla. Yhtäältä *asianajo-oikeudellinen* ja toisaalta yleinen *sopimusoikeudellinen* normisto saattavat kuitenkin muodostaa rajoituksia vastuunrajoituslausekkeiden käytölle due diligence -toimeksiannoissa.³⁸⁰

Asianajotoiminnassa vastuunrajoituslausekkeisiin on Suomessa etenkin aikaisemmin suhtauduttu torjuvasti.³⁸¹ Tätä on perusteltu lähinnä asianajoeettisillä näkökohdilla. Sen sijaan muussa konsulttitoiminnassa vastuun rajoittaminen on meilläkin tavanomaista: konsulttitoiminnan yleisissä sopimusehdoissa (KSE 1995) määrätään, että muun sopimuksen puuttuessa konsultin vahingonkorvauksen yläraja on konsultin kokonaispalkkion määrä.³⁸² Ehdolla on lisäksi rajattu vastuun ulkopuolelle epäsuorat ja välilliset vahingot. Onkin ajateltavissa, että asianajotoiminnassakin olisi tarvetta rajoittaa vastuuta vastaavanlaisin ehdoin.³⁸³

³⁷⁸ Tax due diligencen osalta *Salminen* 16.1.2004 ja *Tikka* 1999 s. 304. Ks. myös *Blomquist ym.* 2001 s. 38.

³⁷⁹ *Hemmo* DL 1995 s. 568–571 ja *Blomquist ym.* s. 43–44. Ks. myös *Hemmo* 2003b s. 282–283.

³⁸⁰ *Hemmo* DL 1995 s. 574. Samoin esim. tilintarkastustoiminnassa hyvä tilintarkastustapa saattaa asettaa rajoituksia vastuunrajoituslausekkeiden käytölle. Ks. *Haapanen* 2003 s. 130–133.

³⁸¹ Tästä esim. *Peltonen* DL 2001 s. 22–23. Samoin *Ylönen* 2001 s. 160–162. Ks. myös *Halila – Hemmo* 1996 s. 202–203.

³⁸² Tällainenkin vastuunrajoitusehto on kuitenkin tullut oikeuskäytännössä sivuutetuksi sillä perusteella, että sen on katsottu olleen ristiriidassa sopimuksen muun sisällön kanssa. Ks. KKO 2003:26, jossa vastuuvakuutuksen vakuutusmäärää koskeneen ehdon katsottiin antaneen tilaajalle perustellusti aiheen olettaa vahingonkorvausvastuun ylärajan olevan suurempi kuin konsultin perimän palkkion määrä.

³⁸³ Silloinkin, kun palkkion määrä on sovittu *vahingonkorvauksen* ylärajaksi, on ajateltavissa, että toimeksiantaja voisi vaatia *vahingonkorvauksen lisäksi hinnanalennuseurauksena palkkion palauttamista* argumentoiden, ettei toimeksiantoa ole toteutettu asianmukaisen huolellisesti. Tällaisen lisävaatimuksen tehokkuus on kuitenkin oikeuskäytännön puuttuessa epäselvä.

Tarkasteltaessa vastuunrajoituslausekkeiden sitovuutta *asianajo-oikeudellisesta* näkökulmasta lähtökohtana on niiden tehokkuus: AAL:ssa tai hyvää asianajajatapaa koskevissa ohjeissa ei näet ole nimenomaisesti kielletty vastuunrajoitusehtojen käyttämistä.³⁸⁴ Mahdollisuus käyttää vastuunrajoituslausekkeiden käyttöön asianajotoimeksiannoissa päinvastoin nyttemmin ilmaistu Asianajajaliiton vastuuvakuutusta koskevassa ohjeessa.³⁸⁵ Ohjeen mukaan asianajajat voivat rajoittaa vastuutaan suhteessa päämieheen enintään Asianajajaliiton kulloinkin vahvistamaan vastuuvakuutuksen *vähimmäisvakuutusmäärään saakka*³⁸⁶ edellyttäen, että tämä on *toimeksiannon laatuun ja muihin olosuhteisiin nähden perusteltua*.³⁸⁷

Oikeuskirjallisuudessa on katsottu, etteivät asianajajat voi luopua vastuunrajoituksin AAL 5,1 §:n tunnollisuusvelvoitteista.³⁸⁸ Lisäksi hyvin pitkälle menevä asianajajan vastuun rajoittaminen voi olla asianajajan uskollisuus- ja lojaalisuusvelvollisuuden vastaista (vrt. HAO 2 §).³⁸⁹ Toimeksiannon laatuun ja muihin olosuhteisiin nähden perusteltuna voitaneen sen sijaan pitää vastuunrajoitusta ainakin sellaisessa toimeksiannossa, johon liittyy aidosti ylisuuri vastuuriski.³⁹⁰ Nähdäkseni due diligence -toimeksianto yrityskauppaan liittyvässä neuvonannossa tyypillisesti tällainen toimeksianto. Vastuun rajoittamisen on lisäksi katsottu oikeuskirjallisuudessa voivan tulla kysymykseen lähinnä vain isojen ja vastuukykyisten liikeyritysten kanssa tehtävissä toimeksiantosopimuksissa. Poikkeuksellisen suurten asianajovahinkojen kohdalla näiden edellytysten voidaan *Hemmon* mielestä yleensä katsoa täyttyvän, sillä useiden miljoonien arvoisen intressin hallitseminen viittaa jo sinänsä suureen taloudelliseen kantokykyyn.³⁹¹ Kun toimeksiantajana on pieni yritys tai toimeksiantoon ei liity poikkeuksellisia vahinkoriskejä, on vastuunrajoituksen hyväksyttävyyden asianajo-oikeudellisesta näkökulmasta kyseenalaisempi.

Sopimus-oikeudellisesta näkökulmasta asianajotoimeksiantoon liittyvän vastuunrajoitusehdon sitovuus edellyttää ensinnäkin sitä, että se on tullut

³⁸⁴ *Hemmo* DL 1995 s. 572–573.

³⁸⁵ Ks. Asianajajaliiton vastuuvakuutusta koskevien ohjeiden 6 § (23.5.1997, muutettu 11.1.2001). Vastuunrajoitusta ei saa ilman erityistä syytä käyttää kuluttajasuhteissa.

³⁸⁶ Asianajajien on otettava pakollinen vastuuvakuutus asianajotehtävässä aiheutetun varallisuusvahingon varalta: tuon vastuuvakuutuksen vakuutusmäärän tulee olla vähintään miljoona markkaa (n. 168.188 euroa).

³⁸⁷ Samantyyppiset lausumat ovat antaneet Ruotsin asianajajaliitto sekä CCBE. Näistä *Kersby* JT 1997 s. 159 ja *Unger* NJM 2002 s. 582. Ks. myös *Kivikari – Tarkka* DL 2000 s. 546.

³⁸⁸ *Peltonen* DL 2001 s.21.

³⁸⁹ Ks. myös *Wiklund* 1973 s. 341 ja *Heuman* 1987 s. 31.

³⁹⁰ Ks. myös *Hemmo* DL 1995 s. 574.

³⁹¹ *Hemmo* DL 1995 s. 579. Ks. myös *Peltonen* DL s. 23.

sopimuksen osaksi. Mikäli vastuunrajoituksesta on sovittu yksilöllisesti, sen sopimuksen osaksi tulemiseen ei liity erityisiä ongelmia. Mikäli kyseessä on sen sijaan asianajajayhtiön käyttämä vakioehdon kaltainen sopimusmääräys, se voi menettää merkityksensä vakioehtojen liityntää koskevien normien vuoksi taikka ankarien ja yllättävien ehtojen korostamista koskevan vaatimuksen kautta.³⁹² Mikäli vastuunrajoitusehdot ovat vakioehtojen tapaan nähtävissä ainoastaan esimerkiksi sähköisessä muodossa asianajajayhtiön kotisivuilla ilman, että päämies allekirjoittaa ne sisältävän sopimusasiakirjan, voidaan ehtojen sitovuutta pitää lähtökohtaisesti vähäisenä. Vahingonkorvausprosessissa jouduttaisiin myös näyttöongelmien eteen kysyttäessä, huomautettiin asiakkaalle ehtojen olemassaolosta ja syntykö ehtojen ja toimeksiannon välille riittävä liityntä.³⁹³ Näin ollen päämiehen tulisivatkin käytännössä allekirjoittaa vastuunrajoituslausekkeen sisältämä asiakirja liityntäongelman välttämiseksi.

Vaikka vastuunrajoitusehdon katsottaisiin sinänsä tulleen toimeksiantosopimuksen osaksi, saattavat sen sitovuuteen kuitenkin vaikuttaa myös kohtuuskäytökohdat. Vastuunrajoitusehtoihin liittyy usein kohtuuttomuuden mahdollisuus, minkä vuoksi vastuunrajoitusehto voidaan katsoa OikTL 36 §:n perusteella kokonaan tai osittain pätemättömäksi.³⁹⁴ Korkeimman oikeuden mukaan vastuuvapautumislausekkeitä on tulkittava suppeasti, etenkin jos ne ovat yksipuolisesti laadittuja ja sisällöltään epäselviä tai ylimalkaisia.³⁹⁵

Koska ostajan muut yrityskauppakonsultointia tarjoavat neuvonantajat, kuten tilintarkastustoimistot ja pankkiiriliikkeet, käyttävät yleisesti vastuunrajoituslausekkeitä due diligence -toimeksiantoissaan, on mahdollista, että asianajajayhtiöstä tulisi päämiehen näkökulmasta ainoa ns. ”*deep pocket*” vastuunkantaja mahdollisissa vahinkotilanteissa, mikäli vastuunrajoitusehtojen käyttöä asianajotoiminnassa ei sallittaisi. Tämä ei kuitenkaan liene kohtuullista eikä tarkoituksenmukaistakaan. Argumentointi liittyy tällöin myös siihen, kenen vastuulle liiketaloudellinen päätöksenteko ja siihen liittyvät riskit käsillä olevassa tilanteessa selvimminkin kuuluvat. Lisäksi kantokykyvertailut asianajajayhtiön ja päämiehen välillä vaikuttavat vastuunrajoitusehtoja koskevaan kohtuusharkintaan: ehtoja voidaan pitää

³⁹² Ks. *Wilhelmsson* 1995 s. 56–75. Ankarien ja yllättävien ehtojen korostamista koskeva oppi on kehittynyt oikeuskäytännössä ja -tieteessä.

³⁹³ *Hemmo* DL 1995 s. 575.

³⁹⁴ Ks. HE 247/1981 s. 15. Tilanne on sama Ruotsissa, ks. *Kersby* JT s. 158–159.

³⁹⁵ Ks. KKO:n rakennusurakkaa koskenut ratkaisu KKO 1992:178. Ks. myös yllä jakso 3.4, jossa on todettu, ettei tahalliseen tai törkeään huolimattomaan sopimusrikkomukseen syylistynyt voi vedota vastuutaan rajoittaviin ehtoihin. Ks. myös *Rogers ym.* 1995 s. 11.

sitovana vähintäänkin silloin, kun toimeksiantajana on taloudellisesti kantokykyinen yritys.³⁹⁶ Due diligence -toimeksiannot toteutetaan liike-elämän tilanteissa, ja asianajajayhtiön ja tämän päämiehen voitaneen yleensä yrityskauppatilanteessa katsoa olevan *neuvotteluasemiltaan* tasavertaisessa asemassa. Näistä syistä vastuunrajoituksia ei kuitenkaan pääsääntöisesti katsottane helposti kohtuuttomiksi. Näin on etenkin silloin, kun rajoitusehdon käyttämiselle on edellä mainittuja riskienhallintaan liittyviä rationaalisia syitä eikä ehdolla suljeta pois kaikkea sopimuksesta seuraavaa vastuuta.³⁹⁷

Vastuuvakuutuksiin kohdistuvien vahinkoriskien yleistymisen on jo nyt vaikuttanut vastuuvakuutusten hintaan ja saanut aikaan paineita vastuuvakuutuskäytäntöjen muuttamiseksi.³⁹⁸ Käytännöllinen syy vastuunrajoituslausekkeiden lisääntyvälle käytölle suuririskisissä toimeksiannoissa voi-kin olla se, että vakuutusyhtiöt saattavat jatkossa vaatia, että asiantuntijat käyttävät niitä toimeksiannoissa vastuuvakuutusturvan myöntämisen edellytyksenä.³⁹⁹ Suorien vastuunrajoituslausekkeiden käyttöä voidaan pitää hyvänä myös siitä syystä, että ne saattavat vähentää varaumien käyttöä neuvonannossa (ks. jakso 6.3 alla), jolloin asianajajayhtiön antamat lausumat ovat täsmällisempiä ja päämiehen näkökulmasta käyttökelpoisempia.⁴⁰⁰ Kuten yllä on todettu, saattaa toimeksiantosopimuksen ehdoista ja vastuunrajoituksista neuvottelemisen kuitenkin olla hankalaa erityisesti asianajajayhtiön ja tämän päämiehen luottamussuhde huomioon ottaen: on kiu-sallista, jos asianajajayhtiö joutuu suhtautumaan päämieheensä toimeksi-antosopimusta laadittaessa kuin potentiaaliseen tulevaan vastapuoleensa.⁴⁰¹

Vastuunrajoituslausekkeiden tehokkuutta koskevana erityiskysymyksenä voidaan erottaa vielä yllä kuvatulla tavalla asianajajayhtiön mahdollinen vastuu *kolmatta taho*a kuten due diligence -raporttiin luottanutta rahoittajaa kohtaan. Vaikka vastuunrajoitusehto katsottaisiinkin sitovaksi *toimek-*

³⁹⁶ Ks. myös *Hemmo* DL 1995 s. 579. Rajoitetun vastuun vaihtoehto voi olla korvausvelvollisen ajaminen konkurssiin. Asianajotoimeksiantojen kohdalla tästä mahdollisuudesta voidaan ajatella luovuttavan esimerkiksi sen vuoksi, että vastuussa olevan oikeushenkilön konkurssi ei lakkautta vastuuta, vaan se kohdistuu lopulta vastuunalaisiin asianajajiin. Samoin myös *Kleineman*. SvJT 1998 s. 208.

³⁹⁷ *Hemmo* 2003b s. 286.

³⁹⁸ *Hemmo* DL 1995 s. 567. Ks. myös *Tikka* 1999 s. 305.

³⁹⁹ Näin esim. *Kull* 9.1.2004. Samoin *Hemmo* 2003b s. 284.

⁴⁰⁰ Vrt. *Kleineman* JT 2001 s. 632.

⁴⁰¹ *Hemmo* DL 1995 s. 584, *Kleineman* NJM 1999 s. 474 ja *Isokorpi* 31.12.2003. Ks. vastuunrajoituskeskustelusta myös *Tvede-Møller* NJM 1999 s. 151–160, jonka mukaan vastuunrajoitusten lisääntyvä käyttö ei ole asianajotoiminnassa kaikilta osin toivottavaa.

siantosopimussuhteen osapuolten välillä, asianajajayhtiön ja päämiehen välisen toimeksiantosopimuksen ehdoilla *ei voida rajoittaa* asianajajayhtiön vastuuta kolmatta kohtaan. Tämän estää sopimusoikeuden peruslähdekohta, jonka mukaan sopimuksen oikeusvaikutukset rajoittuvat sopimuksen välittömiin osapuoliin. Näin ollen suoria keinoja vastuun rajoittamiseen asianajajayhtiön omin toimin ei ole.⁴⁰²

Vaikka vastuunrajoituslauseke ei olekaan tehokas kolmatta tahoakaan, saattaa rajoitusehdon (*disclaimer*) lisääminen esimerkiksi *due diligence* -raporttiin estää kolmannen *perustellun luottamuksen* syntymisen (vrt. yllä jakso 5.2.3).⁴⁰³ Lauseke toimii tällöin myös varauman kaltaisena *varoituksena* tiedon virheellisyyteen liittyvästä riskinjaosta. Samaan tapaan vastuunrajoituslauseke, joka on toimeksiantosuhteessa liitetty vain *due diligence* -raporttiin ilman, että siitä olisi yksilöllisesti neuvoteltu päämiehen ja asianajajayhtiön välillä, on sitovuudeltaan varsin vähäinen, ellei se ole yllä esitetyllä tavalla tullut sopimuksen osaksi vakioehtojen liityntää koskevien periaatteiden perusteella. Lauseke ei kuitenkaan ole täysin vailla juridista merkitystä, vaan sekin toimii varauman tavoin varoituksena informaation virheellisyyteen liittyvistä riskeistä.⁴⁰⁴

6.3 Due diligence -raportin sanamuodot ja varaumat

Kolmas vastuuriskien hallintakeino *due diligence* -toimeksiannossa on yllä mainittu mahdollisuus käyttää varaumia yrityskaupan kohteen ennakkotarkastuksessa tehdyt havainnot listaavassa *due diligence* -raportissa.⁴⁰⁵ Tyypillinen maininta *due diligence* -raporteissa on esimerkiksi se, että tarkastus on tehty vain Suomen oikeuden näkökulmasta, että se sisältää vain tiettyyn ajankohtaan liittyviä tietoja ja että raportti on tarkoitettu vain tietyille tahoille ja erikseen määritellyn tarkoitukseen.⁴⁰⁶ Raportit sisältävät yleensä myös standardiolettamia siitä, että tarkastetut asiakirjat ovat olleet alkuperäisiä ja että esitetyt jäljennökset ovat samansanaisia kuin alkuperäiset asiakirjat.

Oikeuskirjallisuudessa on todettu, että varaumia on asianajotoimeksiantoja hoidettaessa mahdollista käyttää ainakin perustellusta syystä. Täl-

⁴⁰² Hemmo DL 1995 s. 583.

⁴⁰³ Kleineman JT 2001 s. 632

⁴⁰⁴ Vrt. Lauriala 2002 s. 203–204.

⁴⁰⁵ Blomquist ym. 2001 s. 39 ja Kersby JT 1997 s. 159–160

⁴⁰⁶ Blomquist ym. 2001 s. 45–46.

laisina perusteltuina syinä voivat tulla kysymykseen muun muassa tilanteet, joissa selvitys on tehty asianajajayhtiöstä riippumattomasta syystä aikapulassa tai tilanteissa, joissa kysymys on perustellusti tulkinnanvaraisesta asiasta. Myös silloin, kun tarkastettavan aineiston saatavuus ja due diligence -tarkastukseen käytettävissä oleva aika perustuvat ostajapäämiehen ja myyjän väliseen sopimukseen, lienee asianajajayhtiön tekemä tarkastuksen laajuutta koskeva varauma tehokas.⁴⁰⁷ Sen sijaan yksinkertaisissa ja selvissä asioissa varaumien tekemisen ei ole katsottava voivan rajoittaa asianajajan vastuuta virheellisestä neuvosta johtuvasta vahingosta.⁴⁰⁸ Lisäksi yleensä edellytetään, että varauma on esitetty päämiehelle yksilöitynä, perusteltuna ja selkeästi, sekä varmistuen siitä, että päämies ymmärtää sen merkityksen. Varauma on myös aiheellista esittää kirjallisesti ja todistettavasti mahdollisten näyttöongelmien välttämiseksi.⁴⁰⁹

Samaan tapaan kuin vastuunrajoituslausekkeiden käytön osalta, asianajajayhtiöt eivät voi varuamallaan rajoittaa indispositiiviseen oikeuteen perustuvaa vastuuta (esim. kohtuuttomuus OikTL 36 §:n perusteella), eikä se vapauta asianajajayhtiötä velvollisuuksista, jotka seuraavat hyvästä asianajajatastavasta. Varauma ei siten välttämättä ole tehokas kaikilta osin. On esimerkiksi epätodennäköistä, että pelkkä due diligence -raporttiin kirjattu oletama siitä, että tarkastettu aineisto on ollut aitoa, suoraan poistaisi korvausvastuun, mikäli asianajajayhtiöllä on kuitenkin ollut perusteltu aihe epäillä jonkin asiakirjan aitoutta. Lisäksi liian laajat varaukset voivat johtaa siihen, ettei asianajajayhtiö tosiasiallisesti lainkaan anna päämiehelleen tämän pyytämää juridista neuvoa, jolloin toimeksiannon ei voida katsoa tulleen täytetyksi.⁴¹⁰ Tämän vuoksi varaumien tulee olla yhteensopivia sen kanssa, mitä toimeksiannon laajuudesta ja toteuttamistavasta on sovittu.⁴¹¹

Keskeisin etu varaumien käytössä riskienhallintavälineenä on se, että niiden avulla voidaan epäsuorasti rajoittaa vastuuta myös raporttiin luottanutta kolmatta kohtaan. Mikäli due diligence -raportissa todetaan, että se

⁴⁰⁷ *Prusila* 8.1.2004. Samansuuntaisesti myös *Blomquist ym.* 2001 s. 43.

⁴⁰⁸ *Peltonen* DL 2001 s. 21. Samasta myös *Heuman* 1986 s. 29 ja 31 ja *Wiklund* 1974 s. 341.

⁴⁰⁹ *Peltonen* DL 2001 s. 21. Varaumien käytöstä verokonsultoinnissa myös *Mäntysaari* DL 2000 s. 273.

⁴¹⁰ *Unger* NJM 2002 s. 574–576 ja *Heuman* 1987 s. 33.

⁴¹¹ Esimerkiksi *Salminen* (16.1.2004) ei pidä yksistään varaumien käyttöä vastuunrajoittajina riittävän tehokkaina. Hän katsookin, että seikka, joka normaalisti kuuluisi tietyn due diligence -tarkastuksen alaan on myös otettava huomioon raportissa, mikäli sitä ei ole nimellisesti rajattu toimeksiannon ulkopuolelle toimeksiantosopimuksessa.

⁴¹² Vrt. *Kleineman* ja *NJA* 2001 s. 632. *Unger* NJM 2002 s. 579. Samoin *Kull* 9.1.2004.

on laadittu vain asiakkaalle ja tiettyä transaktiota varten ja että raportin julkaiseminen kolmansille ja käyttö muihin tarkoituksiin on kiellettyä, ei kolmannen *perusteltua luottamusta* edellä jaksossa 5.2.3 esitetyllä tavalla synny.⁴¹²

Vastuunäkökohdat saattavat käytännössä vaikuttaa siihen, kuinka selkeää tietoa asiantuntijat välittävät asiakkailleen. Parhaassa tapauksessa asianajajayhtiön due diligence -raportissa tekemät varaukset toimivat hyvänä riski-informaationa toimeksiantajalle, mutta on yleisesti ottaen haitallista, mikäli asiantuntijat eivät uskalla antaa mitään neuvoja asiakkailleen ilman varauksia. Päämiehen näkökulmasta voi olla ongelmallista perustaa päätöksentekoa lausuntoon, joka on sanamuodoiltaan liian väljä ja joka ei tarjoa selkeitä toimintaohjeita. On myös mahdollista, etteivät potentiaaliset asiakkaat pidä liiketoimintamielessä kannattavana teettää due diligence -toimeksiantoa ulkopuolisella neuvonantajalla, mikäli ne kokevat, etteivät runsaasti varauksia sisältävät raportit tuo riittävää tiedollista lisäarvoa yrityskauppoihin liittyvään päätöksentekoon.

Viime kädessä kaikissa edellä kuvatuissa vastuuriskien ennakointiin ja hallintaan liittyvien keinojen käytössä on kyse yhtäältä siitä, kuinka kattavasta neuvonannosta päämiehet ovat valmiita maksamaan ja toisaalta siitä, kuinka suuria riskejä asianajajayhtiöt ovat halukkaita ottamaan. Asianajajayhtiöiden varautuminen vastuuriskeihin voi käytännössä muodostua kilpailutekijäksi. Asiantuntijan valintaan vaikuttavat tällöin palkkiotason⁴¹³ ohella neuvonannon kattavuus ja luotettavuus: oletettavaa on, että tarjottavan informaation kysyntä lisääntyy sen luotettavuuden ja täsmällisyyden parantuessa.

7 KOKOAVIA NÄKÖKOHTIA

Tässä tutkimuksessa tarkasteltu due diligence -toimeksianto liittyy yrityskauppasopimuksen valmisteluvaiheeseen. Vastuutilanteen aikaansaavat häiriöt ja riskit liittyvät keskeisesti siihen, että informaatio kaupan kohteesta on jakaantunut epätasaisesti yrityskaupan osapuolten ja näiden neuvonantajien kesken. Haasteellisen ennakkotarkastustilanteesta tekevät kaupan kohteen monitahoisuus sekä yrityskauppoihin liittyvät merkittävät intres-

⁴¹³Neuvonantoon liittyvien riskien ennakoimisesta aiheutuvat kustannukset, kuten vakuutuskustannukset, allokoituvat suoraan asiakkailta perittäviin hintoihin. Ks. *Hemmo* DL 1995 s. 577–578 ja *Tikka* 1999 s. 305.

sit. Olennaisimmat oikeudelliset kysymykset due diligence -tarkastuksissa liittyvät ostajan selonotto- sekä myyjän tiedonantovelvollisuuden väliin suhteeseen. Jos jokin kaupan kohteen arvoa alentava seikka olisi ollut ostajan havaittavissa ennakkotarkastuksessa, ei tämä voi lähtökohtaisesti vedota siihen kaupan kohteen virheenä, mikäli myyjä on toteuttanut oman tiedonantovelvollisuutensa asianmukaisesti.

Kun asianajajayhtiö ottaa due diligence -toimeksiannossa ostajapäämiehensä puolesta tehtäväkseen yrityskaupan kohteen ”oikeudellisten ominaisuuksien” ennakkotarkastuksen, kuvastusta vastuu- ja tiedonjakoasetelmasta muodostuu eräänlainen kolmikantatilanne. Asianajajayhtiön korvausvastuu ostajapäämiestä kohtaan voi aktualisoitua silloin, kun kaupan kohteesta on tehty virheellinen arvonmääritys, mutta ostaja ei voi vedota myyjää vastaan seikkaan, jonka asianajajayhtiön olisi edellä esitetyllä tavalla pitänyt havaita ennakkotarkastuksessa. Mikäli ostaja on tällöin kärsinyt *taloudellisen vahingon* asianajajayhtiön tekemän due diligence -tarkastuksen virheellisiin havaintoihin luottaessaan (*syy-yhteyksivaatimus*), asianajajayhtiö voi joutua vahingonkorvausvelvolliseksi ostajapäämiestään kohtaan sillä perusteella, ettei toimeksiantoa ole toteutettu kyllin huolellisesti (*tuottamusvastuu*). Professionivastuussa keskeistä onkin se, että tehtävä on toteutettu asianmukaisella tavalla, toisin sanoen ammattikunnan huolellisia työmenetelmiä noudattaen.

Tutkimuksessa tarkasteltavassa asiantuntijan vastuusta (*professionivastuu*) ei ole Suomessa erityislainsäädäntöä eikä neuvontapalvelujen tarjoamien asiantuntijoiden vastuuta ole täällä tutkittu kattavasti. Näin ollen suuri osa tutkimuksessa esitetyistä kannanotoista perustuu oikeuskäytäntöön sekä pohjoismaiseen oikeuskirjallisuuteen. Vaikka tutkimuskohteeksi onkin valittu *asianajajayhtiön* vastuu *due diligence* -toimeksiannossa, monet tutkimuksessa esitetyt näkökohdat ovat vartenotettavia muissakin vastaavanlaisissa liikejuridisissa asianajotoimeksiannoissa. Tutkimustulokset ovat relevantteja myös muiden asiantuntijoiden toteuttamien due diligence -tarkastusten yhteydessä. Kullakin asiantuntijaryhmällä on toki oma ammatillinen ja eettinen normistonsa, joiden noudattamista toimeksiannon huolellinen hoitaminen edellyttää. Kuitenkin lähtökohta kaikkien asiantuntijoiden vastuussa on sama: asiantuntijuus korottaa huolellisuusvelvoitetta.

Tutkielmassa on tuotu esiin se, että vaikka tapaohjeiden rikkominen saattaa olla indisio tuottamuksesta toimeksiantosuhteessa, ei yhteys kurinpitomenettelyyn liittyvän hyvän (asianajaja)tavan vastaisuuden ja vahingonkorvausvelvollisuuden synnyttävän hyvien tapojen vastaisuuden välillä ole ehdoton. Kysymys liittyy yleisemmin siihen, mikä *juridinen* merkitys tietyn ammattikunnan eettisillä ohjeilla on. Kun asianajajayhtiö tarjoaa liike-

toiminnalliseen päätöksentekoon liittyvää konsultointia, herää kysymys, missä määrin hyvää asianajajatapaa koskevat ohjeet ovat relevantteja tuottamusarvioinnissa. Mikäli vahingonkorvausvastuu käytännössä perustetaan suoraan tapaohjeiden rikkomiseen, tulee harkittavaksi, pitäisikö hyvää asianajajatapaa koskeviin ohjeisiin tehdä muutoksia, jotta asianajajien perinteisestä oikeudenkäyntiasiamiesroolista poikkeavat neuvonantotilanteet tulisivat riittävästi huomioonotetuiksi.

Edellä esitetyllä on merkitystä myös asianajajayhtiön sopimuksenulkoista vastuuta arvioitaessa, sillä hyvän (asianajaja)tavan vastaisuus saattaa olla argumentti, jonka perusteella VahL 5:1:n varallisuusvahinkojen korvaamisedellytysten, ts. *erityisen painavien syiden*, voidaan katsoa täyttyvän. Tutkielmassa on kuitenkin esitetty, että sopimuksenulkoisessa suhteessa asianajajayhtiön vahingonkorvausvelvollisuuden syntyminen kolmatta, kuten esimerkiksi due diligence -raporttiin luottanutta rahoittajaa kohtaan, on epätodennäköistä. Ilmeisesti vain sellaisessa tapauksessa, kun asianajajayhtiön voidaan olettaa tienneen kolmannen perustavan päätöksentekonsa due diligence -raporttiin – ilman, että tätä on erityisesti kielletty – korvausvelvollisuus voisi tulla kysymykseen.

Huolellisuusarviointi on aina tapauskohtaisen harkinnan varassa. Koska tuottamusvastuussa todistustaakka kääntyy ja asianajajayhtiön tuottamus on siten toimeksiantosuhteessa kantajan väitteen perusteella presumoitua, on asianajajayhtiön korvausvelvollisuudelta vältyäkseen näytettävä toimineensa huolellisesti toimeksiantoa toteuttaessaan. Vastuu- ja näytökysymyksiin on siten syytä varautua jo toimeksiantoon ryhdyttäessä ja sitä toteutettaessa. Koska asiantuntijapalveluita tarjoavien neuvonantajien maineella on yhä korostuneempi merkitys, saattaa pelkkä julkinen epäily asiantuntijan luotettavuudesta olla kohtalokas.

Sisäisellä laadunvalvonnalla on keskeinen rooli vahingonkorvausvastuuriskien hallinnassa. Riskeihin varautuminen voidaan osoittaa esimerkiksi toimintaohjelmin. Tällöin kysymykseen tulevat muun muassa henkilöstön kouluttaminen ja asianajajayhtiön menettelytapojen yhdenmukaistaminen. Riskinhallinnan näkökulmasta pohdittaviksi tulevat myös kirjallisten toimeksiantosopimusten yksityiskohtaisempi muotoilu sekä vastuunrajoitusehtojen käyttömahdollisuus. Tutkimuksessa on todettu, ettei vastuunrajoituslausekkeiden käyttämiselle due diligence -toimeksiannoissa ole suoria ammattieettisiä tai sopimusoikeudellisia esteitä. Käytännössä se, käytetäänkö toimeksiannoissa vastuunrajoitusehtoja, on asianajajayhtiöiden strategiseen liikkeenjohtoon kuuluva päätös. Vastuuriskien ennakointi voi siten muodostua asianajoalalla jopa kilpailutekijäksi.

LÄHTEET

Kirjallisuus

Aarnio 1989

Aarnio, Aulis: *Laintulkinnan teoria. Yleisen oikeustieteen oppikirja*. Juva 1989.
af Hällström – Ijäs 2003

Af Hällström, Esbjörn – Ijäs, Hannu: *Vastuuvakuutus*. Helsinki 2003.

Aho – Vänskä 1996

Aho Tuomas – Vänskä, Hannu: *Tilintarkastuslaki ja hyvä tilintarkastustapa*. Helsinki 1996.

Asianajotutkimus 2002

Suomen Asianajajaliiton teettämä Asianajajatutkimus 2002.

Aspholm 2002

Aspholm, Ingalill: Rättsekonomisk analys av revisors skadeståndsansvar i Norden. Julkaisussa *Ekonomi och samhälle*, Skrifter utgivna vid Svenska Handelshögskolan Nr 103. Helsingfors 2002.

Aurejärvi 1988

Aurejärvi, Erkki: *Velvoiteoikeuden oppikirja*. Jyväskylä 1988.

Baker – Jillson 1992

Baker, David – Jillson, Robert (toim.): *Due Diligence, Disclosures and Warranties in the Corporate Acquisition Practice*. Second Edition. Cornwall 1992.

Black's 1990

Black's Law Dictionary. Sixth Edition. St. Paul 1990.

Blomquist ym. 1997

Blomquist, Lars – Blummé, Nils – Simola, Anna-Maija: *Due diligence ja arvonmääritys yrityskaupoissa*. Jyväskylä 1997.

Blomquist ym. 2001

Blomquist, Lars – Blommé, Nils – Lumme, Eero – Pitkänen, Tomi – Simonsen, Lennart: *Due diligence osana yrityskauppaa*. Jyväskylä 2001.

Encyclopædia Iuridica Fennica

Pirkko-Liisa Haarmann, Heikki E.S. Mattila, Risto Nuolimaa (toim.): *Encyclopædia Iuridica Fennica I*. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja, C-sarja n:o 24, Helsinki 1994.

Erma 2003

Erma, Juhani: Luentomateriaali 1.10.2003 Helsingin yliopiston ja Asianajotoimisto Borenius & Kemppisen luentosarjalta ”Yrityskaupat käytännössä”.

Gruson ym. 1997

Gruson, Michael – Hutter, Stephan – Kutchera, Michael: *Legal Opinions in International Transactions*. Third Edition. London 1997.

Gustafsson 2001

Gustafsson, Leif: Due Diligence – Observations on Pre-Contractual Investigations in National and International Transactions. Juhlajulkaisussa *Borenius & Kemppinen 90 vuotta*, s. 125–149. Jyväskylä 2001.

Haapanen 2003

Haapanen, Petri: *Tilintarkastajan vahingonkorvausvastuu*. Lisensiaatintyö, Helsingin yliopisto 2003.

Halila H. DL 1999

Dopingista johtuva vahingonkorvausvelvollisuus urheilun lajiliitolle. *Defensor Legis* 2003 s. 761–776.

Halila H. 1988

Halila, Heikki: *Suomen asianajajaliitto yhdistyksenä*. Hämeenlinna 1988.

Halila J. 1955

Halila, Jouko: *Todistustaakan jaosta silmällä pitäen erityisesti varallisuus oikeudellisia oikeussuhteita*. Porvoo 1955.

Halila – Hemmo 1996

Halila, Heikki – Hemmo, Mika: *Sopimustyypit*. Jyväskylä 1996.

Haussila 2002

Haussila, Petri: Yhtiön ja yhtiön johdon velvollisuudet ja vastuu arvopaperimarkkinoilla. Teoksessa *Yrityksen ja yhteisön vastuuriskit*, s. 245–324. Pieksämäki 2002.

Hellner 1996

Hellner, Jan: *Speciell avtalsrätt II. Kontraktsrätt, 2. häftet. Allmänna ämnen*. Tredje upplagan. Stockholm 1996.

Hellner 1995

Hellner, Jan: *Skadeståndsrätt*, Femte upplagan. Stockholm 1995.

Hemmo 2003a

Hemmo, Mika: *Sopimus oikeus I*, Jyväskylä 2003. Toinen, uudistettu painos.

Hemmo 2003b

Hemmo, Mika: *Sopimus oikeus II*, Jyväskylä 2003. Toinen, uudistettu painos.

Hemmo 2002

Hemmo, Mika: *Selvitys puhdasta varallisuusvahinkoa koskevan sääntelyn uudistamistarpeesta*. Oikeusministeriön lausuntoja ja selvityksiä 2002:26.

Hemmo NJM 2002

Hemmo, Mika: Professionsansvar för advokater och andra rådgivare – omfattning, försäkringsmöjligheter och friskrivningsklausuler. Julkaisussa *Förhandlingarna vid Det 36 nordiska juristmötet i Helsingfors 15–17 augusti 2002*. Del II. s. 58–61. Jyväskylä 2003.

Hemmo 2001

Hemmo, Mika: Sopimuskonfliktien syistä ja niiden torjunnasta. Juhlajulkaisussa *Asianajotoimisto Borenius & Kemppinen 90 vuotta*, s. 51–70. Jyväskylä 2001.

Hemmo 1998

Hemmo, Mika: *Sopimus ja delikti: Tutkimus vahingonkorvausoikeuden vastuumuodoista*. Jyväskylä 1998.

Hemmo DL 1995

Hemmo, Mika: Vastuunrajoitusehdoista asianajotoimeksiannossa. *Defensor Legis* 1995, s. 566–586.

Hemmo 1994

Hemmo, Mika: *Vahingonkorvauksen määräytymisestä sopimussuhteissa. Siviilioikeellinen tutkimus*. Vammala 1994.

Heuman 1987

Heuman, Lars: *Advokatens rättsutredningar. Metod och ansvar*. Stockholm 1987.

Hidén 2002

Hidén, Paulus: *Listautuminen ja vahingonkorvausvastuu*. Vantaa 2002.

Howe 1989

Howe, Richard R.: Rethinking Legal Opinion Letters: The Duties and Liabilities of Attorneys in Rendering Legal Opinions. *Columbia Business Law Review* 1989, s. 283–305.

Hultmark 1992

Hultmark, Christina. *Kontraktsbrott vid köp av aktie. Särskilt om fel*. Stockholm 1992.

Hunter 1997

Hunter, Barry D.: Liability of Issuer's Counsel in the Wake of Central Bank of Denver – To Whom Is the Lawyer's Due Diligence Due? *Kentucky Law Journal* 1997, s. 413–435.

Jokimäki 2001

Jokimäki, Antti: *Kiinteistönvälittäjän oikeudellinen vastuu ja velvollisuudet*. Saarijärvi 2001.

Jørgensen 2001

Jørgensen, Stig: Et funktionsbestemt professionsansvar. *Rettid* 2001 s. 1–13.

Kasso 2001

Kasso, Matti: *Asunto- ja kiinteistökauppa*. Jyväskylä 2001.

Karnell 1976

Karnell, Gunnar: Om värdefel vid överlåtelse av rörelsedrivande aktiebolag. Juhlajulkaisussa *Festskrift till Knut Rodhe. Studier i krediträtt och associatoinrätt*. Stockholm 1976 s. 271–310.

Kersby JT 1997

Kersby, Sara: Due diligence – särskilt om advokats ansvar vid dess genomförande. *Juridisk Tidskrift* 1997–1998, s. 143–163.

Keskitalo 2000

Keskitalo, Petri: *From Assumptions to Risk Management. An analysis of risk management for changing circumstances in commercial contracts especially in the Nordic countries. The theory of contractual risk management and the default norms of risk allocation*. Jyväskylä 2000.

Kiekkbaev 2003

Kiekkbaev, Djalid I.: Comparative Law: Method, Science or Educational Discipline. Julkaisussa *Electronic Journal of Comparative Law*, Vol. 7.3, September 2003 (osoite: http://www.ejcl.org/73/art73-2.html#N_7_, viittauspäivä 5.11.2003).

Kiiha 2002

Kiiha, Jarkko: *Yritystoiminnan ulkoistaminen ja sopimusvastuu*. Saarijärvi 2002.

Kivikari – Tarkka DL 2000

Kivikari, Pirkko – Tarkka, Olli: Asianajajien kansainvälisistä tapaohjeista. *Defensor Legis* 2000 s. 541–552.

Kivimäki 1924

Kivimäki, T. M.: *Asianajajan siviilioikeudellinen vastuu*. Helsinki 1924.

Kivimäki – Ylöstalo 1981

Kivimäki, T. M. – Ylöstalo, Matti: *Suomen siviilioikeuden oppikirja*. 4. painos. Juva 1981.

Kleineman JT 2001

Kleineman, Jan: Om den befogade tillitens skadeståndsrättsliga relevans. *Juridisk Tidskrift* 2002 s. 625–635.

Kleineman NJM 1999

Kleineman, Jan: Etisk och rättsligt ansvar för skatterådgivning. Julkaisussa *Forhandlingene ved Det 35. nordiske juristmøtet i Oslo 18.–20. august 1999*. Oslo 2000, s. 443–475.

Kleineman SvJT 1998

Kleineman, Jan: Rådgivares informationsansvar – en probleminventering. *Svensk Juristtidning* 1998 s. 185–211.

Kleineman 1996

Kleineman, Jan: Adjustment of the Tortious Liability of Professionals. Some reflections on current legal developments. Juhlajulkaisussa *Essays in Honour of Hugo Tiberger*, s. 401–425. Stockholm 1996.

Kleineman 1987

Kleineman, Jan: *Ren förmögenhetsskada säskilt vid vilseledande av annan än kontraktspart*. Stockholm 1987.

Koivu – Myllymäki 1999

Koivu, Eila – Myllymäki, Juha-Pekka: Tarkastajan tehtävät due diligence -tutkimuksessa. *Tilintarkastus–Revision* 3/99 s. 180–186.

Kurkela – Ståhlberg DL 1997

Kurkela, Matti S. – Ståhlberg, Kaarina: Due diligence yrityskaupassa ja osakkeenomistajan oikeus saada tietoja julkisesta osakeyhtiöstä. *Defensor Legis* 1997, s. 914–920.

Kruse 1974

Kruse, A. Vinding: *Advokatansvaret*. København 1974. 3. udgave.

Lappalainen ym. 2003

Lappalainen, Juha (päätoim.): *Oikeuden perusteokset. Prosessioikeus*. Juva 2003.

Lauriala 2001

Lauriala, Jari: *Kontrolli, riski ja informaatio. Tutkimus kasvuyrityksen rahoittamisesta ja transaktioihin liittyvistä juridisista- ja liiketoimintariskeistä, sekä niiden hallitsemisesta velvoite- ja yhtiöoikeudellisin keinoin modernin varallisuus oikeuden ympäristössä*. Saarijärvi 2001.

Lindholm – Hakoranta DL 1997

Lindholm, Tomas – Hakoranta, Eeva: Myyjän virhevastuusta ja kaupan kohteen ennakkotarkastuksesta yrityskaupassa, *Defensor Legis* 1997, s. 75–93.

Lundmark 1996

Lundmark, Thorsten: *Friskrivningsklausuler, giltighet och räckvidd. Särskilt om friskrivning i kommersiella avtal om köp av lös egendom*. Göteborg 1996.

Makkonen

Makkonen, Kaarle: *Luentoja yleisestä oikeustieteestä*. Kolmas laitos. Helsinki 1998.

Mäntysaari DL 2000

Mäntysaari, Petri: Verokonsultin vastuusta. *Defensor Legis* 2000, s. 245–273.

Mäntysaari DL 1997a

Mäntysaari, Petri: Törkeä huolimattomuus ja tilintarkastajan vastuuvakuutus. *Defensor Legis* 1997, s. 841–861.

Mäntysaari DL 1997b

Mäntysaari, Petri: Lisää myyjän virhevastuusta osakkeiden kaupassa. *Defensor Legis* 1997, s. 314–320.

Mäntysaari DL 1996

Mäntysaari, Petri: Tilintarkastajan vahingonkorvausvelvollisuus kolmanteen nähden. *Defensor Legis* 1996, s. 175–195.

Patrick 2003

Patrick, Kathy: The Liability of Lawyers for Fraud under the Federal and Statute Securities Law. *St. Mary's Law Journal* 2003, s. 915–940.

Peltonen DL 2001

Peltonen, Jukka: Asianajajan vahingonkorvausvastuusta sekä sen laki- ja sopimusperusteisista rajoituksista, *Defensor Legis* 2001, s. 4–30.

Peltonen 1994

Peltonen, Jukka: Asianajajan ja asianajajayhtiön vahingonkorvausvastuusta. Juhlakirjassa *Asianajajan työkentältä*, s. 310–336. Jyväskylä 1994.

Pietarinen 2003

Pietarinen, Päivi: Arvopaperimarkkinallain mukainen vahingonkorvaus – arvopaperimarkkinallain, vahingonkorvauslain ja yleisten vahingonkorvausoikeudellisten periaatteiden suhteesta tiedonantovelvollisuuden vastaisessa menettelyssä. *Edilex Edita Publishing Oy* 2003 (on-line). Osoite: <http://www.edilex.fi/metadata/799.pdf> (viittauspäivä 29.11.2003).

Pöyhönen 2001

Pöyhönen, Juha: Törkeä tuottamus ja vastuunrajoitusehdot. Juhlajulkaisussa *Asianajotoimisto Borenus & Kempainen 90 vuotta*, s. 73–97. Jyväskylä 2001.

Pöyhönen 2000

Pöyhönen, Juha: *Uusi varallisuus oikeus*. Jyväskylä 2000.

Reed Lajoux – Elson 2000

Reed Lajoux, Alexandra – Elson, Charles M.: *The Art of M&A Due Diligence. Navigating Critical Steps and Uncovering Crucial Data*. Martinsburg 2000.

Rogers ym. 1995

Rogers, Albert – Trotter, John – van Hassel, Wilhelm G. – Walsh, James R. – Kröner, Ralph P. (toim.): *Liability of Lawyers and Indemnity Insurance*. Kluwer Law International and International Bar Association. Cornwall 1995.

Roschier-Holmberg DL 1970

Roschier-Holmberg, Åke: Hyvä asianajotapa, *Defensor Legis* 1970 s. 505–511.

Routamo – Ståhlberg

Routamo, Eero – Ståhlberg, Pauli: *Suomen vahingonkorvausoikeus*. Jyväskylä 2000. Neljäs, uudistettu painos.

Saario 2003

Saario, Ari-Pekka: Due diligence -prosessi. Luentomateriaali 15.10.2003 Helsingin yliopiston ja Asianajotoimisto Borenus & Kempaisen luentsarjalta ”Yrityskaupat käytännössä”.

Saarnilehto ym. 2001

Saarnilehto, Ari (päätoim.): *Varallisuus oikeus*. Juva 2001.

Salmond – Heuston 1992

Heuston, R.F.V. – Buckley, R. A.: *Salmond and Heuston on the Law of Torts*. Twentieth Edition. London 1992.

Samuelsson – Sjøgaard 1993

Samuelsson, Morten – Sjøgaard, Kjeld: *Rådgivereansvaret*. København 1993.

Savela 1997

Savela, Ari: Törkeästä tuottamuksesta tilintarkastajan vastuuvakuutuksen kannalta. *Oikeustieto* 6/1997, s. 9–11.

Saxén 1995

Saxén, Hans: *Skadestånd vid avtalsbrott. HD praxis i Finland*. Stockholm 1995.

Schneider 2002

Schneider, Joel: The Expanding Liability of Environmental Consultants to Third Parties. *Villanova Environmental Law Journal* 2002, s. 235–262.

Syrjänen 2001

Syrjänen, Jani: Arvopaperimarkkinallain mukaisen vahingonkorvausvastuun tuottamusedellytys ja due diligence. Teoksessa Ari-Matti Nuutila – Ari Saarnilehto (toim.) *Arvopaperimarkkinat*, 2001 s. 93–114.

Tarkka DL 2001

Tarkka, Olli: Hyvä asianajajatapa kansainvälisissä toimeksiantoissa. *Defensor Legis* 2001 s. 732–737.

Taxell 1993

Taxell, Lars Erik: *Skadestånd vid avtalsbrott*. Åbo 1993.

Taxell 1972

Taxell, Lars Erik: *Avtal och rättskydd*. Åbo 1972.

Tiberg – Dotevall 1994

Tiberg, Hugo – Dotevall, Rolf: *Mellanmansrätt*. Åttonde upplagan. Göteborg 1994.

Tikka 1999

Tikka, Kari S.: Vahingonkorvausvastoista verokonsultoinnissa, Juhlajulkaisussa *Jukka Peltonen 60 vuotta*, s. 295–307. Vammala 1999.

Timonen 1997

Timonen, Pekka: *Määräysvalta, hinta ja markkinavoima. Julkisesti noteeratun yrityksen määräysvallan siirtymisen oikeudellinen sääntely*. Helsinki 2002.

Tuori 2000

Tuori, Kaarlo: *Kriittinen oikeuspositivismi*. Vantaa 2000.

Toiviainen 1992

Toiviainen, Heikki: *Osakeyhtiön toimitusjohtajan asema. Oikeusdogmaattinen tutkimus vallasta ja sen sääntelystä*. Jyväskylä 1992.

Tvede-Møller NJM 1999

Tvede-Møller, Carsten: Due diligence -processens indtrængen i nordisk kontraktsp-raksis, Julkaisussa *Forhandlingene ved Det 35. nordiske juristmøtet i Oslo 18.–20. august 1999*, Del I. Oslo 2000 s. 151–182.

Unger NJM 2002

Unger, Sven: Professionsansvar för advokater och andra rådgivare – omfattning, försäkringsmöjligheter och friskrivningsklausuler. Julkaisussa *Förhandlingar vid Det 36 nordiska juristmøtet i Helsingfors 15–17 augusti 2002*, Del I. Jyväskylä 2002, s. 571–586.

Verner 1993

Verner, Jørgen: *Samvirkende advokaters erstatningsansvar og inbyrdes hæftelse*. København 1993.

Välimäki DL 2000

Välimäki, Kaj: Ulkopuolinen asiantuntija ja ostajan selonottovelvollisuus käytetyn asunon kaupassa. *Defensor Legis* 2000, s. 959–973.

Wiklund 1973

Wiklund, Holger: *God advokatsed*. Stockholm 1973.

Wilhelmsson 1995

Wilhelmsson, Thomas: *Vakiosopimus: sopimussidonnaisuudesta ja kohtuuttomista sopimusehdoista*. Tampere 1995.

Wist – Oker-Blom – Pöntynen JFT 2001

Wist, Tarja, Oker-Blom, Max ja Pöntynen, Inga: Due diligence med hänsyn till aktiebolags-, värdepappersmarknads- och konkurrensrättsliga aspekter. *JFT, Tidskrift Utgiven av Juridiska Föreningen i Finland* 2001, s. 426–451.

Wood 1980

Wood, Philip R: *Law and Practice of International Finance*. London 1980.

Ylöstalo LM 1975

Ylöstalo, Matti: Vahingonkorvauslain 5 luvun 1 §:n tulkintaa. *Lakimies* 1975 s. 238–243.

Ylöstalo – Tarkka 2001

Ylöstalo, Matti – Tarkka, Olli: *Asianajajan käsikirja*. Kuudes laitos. Porvoo 2001.

Ylänkö, Olavi 1985

Ylänkö, Olavi: *Asianajajan velvollisuuksista päämiestä kohtaan asianajotoimeksiantossa*. Vammala 1985.

Kotimaiset virallislähteet

HE 247/1981

Hallituksen esitys Eduskunnalle oikeustoimen kohtuullistamista koskevaksi lainsäädännöksi.

HE 93/1986

Hallituksen esitys Eduskunnalle kauppalaiksi.

HE 187/2002

Hallituksen esitys Eduskunnalle velan vanhentumista ja julkista haastetta koskevan lainsäädännön uudistamisesta.

Ulkomaiset virallislähteet

SOU 2002:41

Konsumentskydd vid finansiell rådgivning. Betänkande från utredning om finansiell rådgivning till konsumenter.

OIKEUSTAPAUKSET

KKO 2003:26

KKO 2001:128

KKO 2001:121

KKO 2001:94

KKO 2001:67

KKO 2001:36

KKO 2001:35

KKO 1999:80

KKO 1999:33

KKO 1999:32

KKO 1999:19

KKO 1998:57

KKO 1997:103

KKO 1997:199

KKO 1996:92

KKO 1995:149

KKO 1995:71

KKO 1994:80

KKO 1992:165

KKO 1992:78

KKO 1992:44

KKO 1991:79

Johanna Harsu

KKO 1991:62
KKO 1991:42
KKO 1991:31
KKO 1990:26
KKO 1983 II 88

Ulkomaiset oikeustapaukset

Ruotsi:

NJA 2001 s. 878
NJA 1994 s. 532
NJA 1987 s 692

Englanti:

Hedley Byrne and Co. Ltd. v. Heller and Partners Ltd. [1964] A.C. 465

Yhdysvallat:

Grand Street Artists v. General Electric Co., D.N.J. 19 F Supp. 2d 242 (August 25, 1998)

Välitystuomiot

Välitystuomio 22.4.1988 (puheenjohtaja Silkko, jäsenet Immonen ja Sivenius).

HYVÄÄ ASIANAJAJATAPAA KOSKEVIA OHJEITA

Suomen asianajajaliiton hyvää asianajajatapaa koskevat ohjeet (9.6.1972).

Euroopan unionin asianajajaliittojen neuvoston (CCBE)

Euroopan Unionin asianajajien tapaohjeet (28.10.1988, muutettu 28.11.1998 ja 6.12.2002).

International Bar Association:

Hyvää asianajajatapaa koskevat kansainväliset säännöt (25.6.1956, muutettu 18.9.1986).

International Bar Association:

General Principles of Ethics for Lawyers (10.6.1995)

Vägledande regler om god advokatssed, Sveriges Advokatsamfund (9 november 1981)

HAASTATTELUT

Isokorpi

AA Nina Isokorpi, Roschier Holmberg Asianajotoimisto Oy. Haastattelu 31.12.2003

Kull

AA Ulf-Henrik Kull, Osakas, Roschier Holmberg Asianajotoimisto Oy.
Haastattelu 9.1.2004.

Prusila

AA, VT Jyrki Prusila, Osakas, Roschier Holmberg Asianajotoimisto Oy.
Haastattelu 8.1.2004.

Salminen

KHT Pauli Salminen, Partner, KPMG Tax & Legal. Haastattelu 16.1.2004.

LYHENTEET

| | |
|----------|--|
| AAL | Laki asianajajista (12.12.1958/496) |
| AML | Arvopaperimarkkinalaki (26.5.1989/495) |
| CCBE | Council of the Bars and Law Societies of the European Union (Euroopan Unionin Asianajajaliittojen Neuvosto) |
| CISG | Yleissopimus kansainvälisistä tavaran kauppaa koskevista sopimuksista (Convention on International Sale of Goods, Wien 1980, YK:n kauppalaki) |
| DL | Defensor Legis |
| ETA | Euroopan talousalue |
| EU | Euroopan unioni |
| HD | Högsta domstolen (Ruotsin) |
| HAO | Hyvää asianajajatapaa koskevat ohjeet. Vahvistettu 9.6.1972. |
| HE | Hallituksen esitys eduskunnalle |
| IBA | International Bar Association |
| JFT | Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland |
| JT | Juridisk Tidskrift |
| KK | Kauppakaari |
| KVVL | Laki kiinteistöjen ja vuokrahuoneistojen välityksestä (15.12.2000/1074) |
| KL | Kauppalaki (27.3.1987/355) |
| KKO | Korkein oikeus |
| KSE 1995 | Konsulttitoiminnan yleiset sopimusehdot |
| LM | Lakimies |
| NJA | Nytt juridisk arkiv, avd I (HD:s avgöranden) |
| OikTL | Laki varallisuus oikeudellisista oikeustoimista (13.6.1929/228) |
| OK | Oikeudenkäymiskaari |
| SvJT | Svensk Juristtidning |
| SAL | Suomen Asianajajaliitto |
| SOU | Statens offentliga utredningar |
| TTL | Tilintarkastuslaki (28.10.1994/936) |
| VahL | Vahingonkorvauslaki (31.5.1974/412) |
| VanhL | Laki velan vanhentumisesta 15.8.2003/728 (voimassa 1.1.2004 alkaen) |
| VanhA | Asetus määrääjasta velkomisasioissa sekä julkisesta haasteesta velkojille (9.11.1868) |

DUE DILIGENCE ASSIGNMENT AND LIABILITY OF A LAW FIRM

In recent years, consulting and advisory businesses have been overshadowed by public distrust caused by widely reported instances of malpractice. Also lawyers have had their share of doubts. Regardless of whether having acted fraudulently or not, it is clear that public suspicions regarding the skills and reliability of a consultant may have severe adverse effects to the business of the respective consultant. To put differently, in order to succeed professional advisory businesses are very much dependant on repute. In addition to eventual goodwill losses, the amount of damages demanded by loss-suffering third parties in malpractice claims can easily exceed the risk carrying capacity of the negligent party. The professional liability of lawyers has also been subject to lively discussions in Nordic *fora*.

The role of a lawyer within the field of business law has developed considerably during the past decades, and it differs in many respects from the traditional trial lawyer role. Law firms are regularly consulted, *inter alia*, in connection with M&A transactions. Typical assignments in connection with transactions of this type are so-called legal due diligence investigations, where a law firm is, for the purposes of a potential acquisition of the investigated target company, instructed to carry out an exhaustive review of the target company from a legal perspective. The aim of the assignment is to analyze and report matters of material interest to the potential acquirer.

Assignments of this type involve new kinds of risks for law firms in terms of extended liabilities. The objective of this study is to examine the scope of the liabilities of a law firm in connection with a due diligence assignment. To summarize, this study examines the circumstances under which a law firm may be liable to indemnify its client, *i.e.* the purchaser, in case the target company fails to have the expected characteristics because the law firm has failed to report some material findings, and due to this the purchase price has been set too high. This scenario is partly based on a case reported in the Swedish media. Also the possibility of success of eventual third party claims, made for example by investors in the transaction, is assessed.

The professional liability of lawyers reflects by and large the practices and regulations issued by the Finnish Bar Association. Also Finnish case

law relating to the contractual and tort liability of professionals is relevant in the context of this study. However, as the results of this study indicate, professional liability has not been comprehensively discussed in Finnish legal literature as the relevant provisions of law are few and the number of related precedents has remained quite low. Consequently, references to other jurisdictions and especially Swedish case-law have been amply made.

The conduct of the professional relationship between a lawyer and her client is determined by the law of contract. However, the study indicates that like other professional advisers, lawyers are usually not under a strict liability to guarantee the results sought by their clients. Rather, they are obliged to use the degree of skill and care that can be expected from a competent member of the profession. The standard of care for professionals is usually set high, and it reflects the professional codes of conduct. These codes are closely connected with ethics and morality, but it should be observed that there is no automatic link between the breach of an ethical code and the required level of negligence triggering either contractual or tort liability.

Prerequisites for being held liable in respect of both contract and tort liability are in short as follows: 1) the client (or a third party) has suffered damages; 2) the damages fulfill the criteria of foreseeability; 3) the conduct of the law firm can in some respect be defined as negligent; and 4) there is a causal link between the negligence and the damage occurred. However, the assessment of aforementioned criteria differs with respect to the two different forms of liability, *i.e.* contractual and tort liability, and thus these two forms of liability are discussed in separate chapters of the study.

This study aims to assess the acceptability of explicit limitation of liability clauses in due diligence assignments and also to examine other strategies, the adoption of which may provide law firms with useful tools in the management of financial risks related to due diligence assignments. In theory, lawyers may contractually restrict their potential liability for negligent acts, but not for acts of gross negligence. However, whilst such contractual arrangements may be allowed from the perspective of contract law principles, only very rarely are they set up in practice. Moreover, limitations of liability may in some cases be in conflict with the professional codes of conduct for lawyers. There may also be practical difficulties and adverse effects with regard to professional repute involved in negotiating an agreement limiting the possible liability of the law firm before the actual assignment is commenced.

The results of this study indicate that the liability of a law firm may arise if the due diligence assignment is conducted negligently and a required level of attention has not been paid to a material fact within the scope of the assignment, which fact would have, if correctly reported, reduced the estimated value of the target company. However, it is not very likely that liability towards third parties could arise under Finnish law due to the strict prerequisites for the compensation of financial loss set forth in Chapter 5:1 of the Damages Act. This study also indicates that it is possible for Finnish law firms to limit their liability in connection with due diligence assignments and other correspondingly risky assignments. However, the decision whether or not to adopt such risk management mechanisms is essentially a matter of business strategy.

Mia Kartio

**HEIKON OIKEUDEN
SIVULLISSUOJASTA**

Sisällys

| | |
|--|-----|
| 1 JOHDANTO | 157 |
| 2 PERUSTELUJA SITOMATTOMUUDELLE | 166 |
| 2.1 Sopimuksen vaikutusten rajoittuminen sopimuksen osapuoliin | 166 |
| 2.2 Suojan tarpeen vähäisyys | 168 |
| 2.3 Primuksen oikeuden epätarkoituksenmukaisuus | 170 |
| 2.4 Sekunduksen selonottovaikeudet | 176 |
| 2.5 Primuksen laiminlyönti tai tietoinen riskinotto | 181 |
| 2.6 Objekttiivisten sitovuusperusteiden paremmuus | 187 |
| 2.7 Osittaisen sitovuuden epätarkoituksenmukaisuus | 191 |
| 2.8 Ennakoitavuuden vaatimus | 193 |
| 3 SITOMATTOMUUDEN PERUSTELUJEN RYHMITTELYÄ JA JOHTOPÄÄTÖKSIÄ | 195 |
| 4 PERUSTELUJEN SOVELTUMINEN KOLLUSIIVISEN MENETTELYN TAPAUKSIIN | 204 |
| 5 LOPUKSI | 210 |
| LÄHTEET | 211 |
| LYHENTEET | 216 |
| PROTECTION OF “WEAK RIGHTS” AGAINST THIRD PARTIES | 217 |

Heikon oikeuden sivullissuojasta

1 JOHDANTO

Tämä kirjoitus käsittelee dynaamisen sivullissuojan sääntöjä eli sääntöjä, joiden perusteella ratkaistaan kahden esineeseen kohdistuvan oikeuden kollisionossa, kumpi oikeus jää voimaan ja kumpi joutuu väistymään. Tarkastelun kohteena ovat sellaiset kollisiot, joissa ei noudateta aikaisempaa oikeudenhaltijaa (primusta) lähtökohtaisesti suosivaa aikaprioriteettisääntöä, vaan myöhemmän oikeudenhaltijan (sekunduksen) oikeus voi syrjäyttää aiemman oikeuden jopa siinä tapauksessa, että sekundus ei ole ollut vilpittömässä mielessä. Tarkoituksena on selvittää, voidaanko tällaista oikeuksien täydellistä sivullissuojan puutetta pitää järkevänä ratkaisuna, vai tulisiko oikeuksien saada suojaa ainakin silloin, jos sekundus on tiennyt niistä.

Oikeudessamme annetaan usein kollisionratkaisussa keskeinen merkitys perustellun vilpittömän mielen suojaamiselle tilanteissa, joissa vastakkain joutuvat aikaisempi primuksen oikeus ja myöhempi sekunduksen oikeus. Aikaisemman oikeuden kanssa kilpaileva myöhempi oikeus jää voimaan vain, jos sekundus ei ole tiennyt eikä hänen ole pitänytään tietää aikaisemmasta oikeudesta. Tällaisia sääntöjä ovat esimerkiksi KK 11:4 esineen oikeudettomasta myynnistä, VKL 14 § velkakirjan oikeudettomasta luovutuksesta ja MK 13:3 kiinteistön kaksoisluovutuksesta.

Lainsäädännössämme on kuitenkin myös sääntöjä, joissa sekunduksen perusteltu vilpittömän mieli ei ole kollisiotilanteessa ratkaiseva. Eräissä tapauksissa primusta suojataan vain, jos sekundus tiesi hänen oikeudestaan, eli merkitystä ei anneta sille, mitä sekunduksen olisi pitänyt tietää. Esimerkiksi muut kuin MK 14:1:n mukaan kirjattavat kiinteistöön kohdistuvat erityiset oikeudet sitovat vain niistä tietoista kiinteistön ostajaa. Lopulta tiettyjen oikeuksien suoja on vielä näidenkin suoja heikompi: ne eivät sido sekundusta edes silloin, kun tämä on tiennyt niistä.

Tietoisuus voidaan kollisionratkaisussa nähdä kolmessa eri merkityksessä. Sekunduksen tietoisuus voi vaikuttaa vilpittömän mielen ja siten myös luottamuksensuojan pois sulkevana tekijänä tapauksissa, joissa oikeus lähtökohtaisesti sitoo sekundusta, mutta hän voi saada hyväkseen ekstinktion, jos ei tiennyt primuksen oikeudesta. Toisaalta tietoisuus voi saada itsenäistä merkitystä sitovuusperusteena, jolloin primuksen lähtökohtaisesti sitomaton oikeus sitoo sekundusta, koska tämä tiesi siitä. Tietoisuuden perusteella voidaan myös päätellä, että sekundus on hyväksynyt oikeuden itseään sitovaksi.¹

Kahden ensin mainitun välinen ero voidaan kyseenalaistaa: Mitä eroa on säännöllä, joiden mukaan joko (1) oikeus lähtökohtaisesti sitoo sekundusta, mutta sitovuus poistuu, jos sekundus ei tiennyt oikeudesta² tai (2) oikeus ei lähtökohtaisesti sido sekundusta, mutta sekunduksen tietoisuus aiheuttaa sitovuuden? *Forssell* pitää eroa täysin esitysteknisenä: hänen mukaansa täysin sama sääntö voidaan ilmaista kummallakin tavalla.³ *Tuomisto* katsoo erottelun perustuvan lähinnä siihen, selitetäänkö tietoisuuden merkitys luottamuksensuojan vai sekunduksen presumoidun tahdon pohjalta. Hän katsoo erottelun usein vaikeaksi eikä pidä sen tekemistä välttämättömänä, minkä vuoksi hän lukee sitomattomuusperiaatteen alaan eli lähtökohtaisesti sekundusta sitomattomiksi kaikki sellaiset primuksen oikeudet, jotka voivat sitoa vain niistä tietoista sekundusta.⁴ *Tammi-Salminen* näyttäisi pääpiirteissään omaksuvan Tuomiston käsityksen sitomattomuusperiaatteen alasta, mutta joissain tilanteissa hän pitää aikaprioriteettiperiaatteen alaan kuuluvina eli lähtökohtaisesti sekundusta sitovina myös sellaisia oikeuksia, joista sekunduksella ei ole selonottovelvollisuutta eli jotka sitovat vain niistä tietoista sekundusta.⁵

Tässä kirjoituksessa lähdän *Forssellin* ja *Tuomiston* tavoin siitä, että säännöt (1) ja (2) tarkoittavat samaa asiaa eli ilmaisutavan valinta ei vaikuta lopputulokseen.⁶ Tässä merkityksessä puhutaan *tietoisuudesta*

¹ Ks. esim. *Zitting* LM 1970 s. 830–833. *Tepora* käyttää ilmaisua kvalifioitu tieto viitattaessaan tietoisuuteen osoituksena hyväksymisestä (ks. esim. *Tepora* 1984 s. 184).

² Kyseessä ovat siis tilanteet, joissa sekundukselle ei ole asetettu selonottovelvollisuutta, vaan pelkkä tiedon puuttuminen poistaa sitovuuden. Arvioitavaksi tulee siis vain se, mitä sekundus on tiennyt, ei se, mitä sekunduksen olisi pitänyt tietää.

³ *Forssell* 1976 s. 142.

⁴ *Tuomisto* 1993 s. 56.

⁵ Ks. *Tammi-Salminen* 2001 s. 158 ja vrt. s. 155 av. 8, jossa *Tammi-Salminen* käsittelee aikaprioriteettiperiaatteen mukaisina myös sellaisia kollisionratkaisuja, joissa sekunduksella ei ole selonottovelvollisuutta, vaan kollisionratkaisu sekunduksen eduksi aina, kun tämä ei tiedä primuksen oikeudesta.

⁶ Tietoisuudelle annettavan merkityksen taustalla voi tosin *Zittingin* esittämällä tavalla toisinaan olla luottamuksensuoja-ajattelu ja toisinaan ajatus tietoisuuden perusteella presumoidusta hyväksymisestä (ks. *Zitting* 1989 s. 44–46). Lopputuloksen kannalta tällä ei kuitenkaan ole merkitystä, jos merkitystä annetaan vain sekunduksen tiedolle tai sen puuttumiselle – ei siis toisaalta sille, mitä sekunduksen olisi pitänyt tietää, eikä toisaalta sille, onko hän todellisuudessa suhtautunut primuksen oikeuteen hyväksyvästi. Tässä kirjoituksessa tarkastellaan nimenomaan vain sekunduksen tosiasiallisen tiedon merkitystä.

sitovuusperusteena. Sen sijaan kirjoituksessa ei käsitellä lainkaan tilanteita, joissa tietoisuuden perusteella presumoidaan oikeuden hyväksyminen. Tällöin ei näet ole kysy tietoisuuden välittömästä vaikutuksesta oikeuden sitovuuteen, vaan sitovuus perustuu tietoisuuden sijasta sekunduksen tahtoon, josta tietoisuus on ainoastaan indisio.⁷

Täysin sivullisia sitomattomiksi katsotuista kiinteistöön kohdistuvista oikeuksista keskeisimmät ovat kiinteistökaupan esisopimus ja vielä täyttämätön sitoumus panttioikeuden perustamisesta kiinteistöön. Jos A sitoutuu myymään kiinteistön B:lle tai perustamaan tälle panttioikeuden parhaalla etusijalla, mutta myykin kiinteistön C:lle tai perustaa tälle ko. panttioikeuden, A:n ja C:n välinen oikeustoimi on siten B:tä sitova, että B:n ei pääsääntöisesti ole enää mahdollista saada alkuperäisen sopimuksen mukaista suoritusta.⁸ Maakaarissa säädetään B:n oikeussuojakeinoksi molemmissa tapauksissa mahdollisuus vaatia A:lta vahingonkorvausta (MK 17:3.2 ja MK 2:7.3).

Korkein oikeus ei ole pitänyt tietoisuutta sitovuusperusteena myöskään irtaimiin esineisiin kohdistuvia oikeuksia koskeneissa ratkaisuisissa KKO 1999:111 ja KKO 2002:58. Ensin mainitussa todettiin asunto-osakkeita koskeva esisopimus myöhempää luovutuksensaajaa sitomattomaksi, ja jälkimmäisessä sama todettiin leasing sopimukseen liittyvästä lunastusehdosta. Ratkaisuisissa sitomattomuutta on perusteltu hyvin lyhyesti. Niissä on viitattu vaihdannassa vakiintuneisiin oikeussääntöihin (KKO 2002:58) tai sen kummemmin perustelematta todettu, etteivät oikeudet ilman erityistä perustetta sido luovutuksensaajaa (KKO 1999:111).

⁷ Tuomisto toteaa perustellusti, ettei kysymys ole sivullissuojasta, jos sekunduksen si-donnaisuus perustuu hänen hyväksymiseensä. Tällöinhän sitovuus seuraa sekunduksen omasta toiminnasta eikä primuksen ja hänen sopimuskumppaninsa välisestä sopimuksesta. (Tuomisto 1993 s. 127 av. 2.) Toisaalta *Teporan* mukaan tietoisuudesta pääteltyä hyväksymistä on käytetty oikeuskäytännössä keinona torjua lainsäädännön jälkeenjääneisyydestä johtuvia kohtuuttomia kollisionratkaisuja (*Tepora* JJ 1985 s. 302). Tämä viittaisi siihen, että myös hyväksymisen yhteydessä voitaisiin puhua sivullissitovuudesta, jos tuomioistuimissa päädytään tulkitsemaan tietoisuus hyväksymiseksi sen vuoksi, että tietoisuudesta riippumatonta sitomattomuutta ei pidetä kohtuullisena lopputuloksena.

⁸ Ks. panttauksen osalta HE 120/1994 s. 111 ja *Jokela – Kartio – Ojanen* 2004 s. 481–482 ja esisopimuksen osalta HE 120/1994 s. 44 ja *Jokela – Kartio – Ojanen* 2004 s. 58. Ennen nykyisen maakaaren säätämistä oikeuskäytännössä on todettu monia kiinteistöön kohdistuvia oikeuksia niistä tietoistakin sekundusta sitomattomaksi: tällaisia ovat olleet muun muassa soranotto-oikeus (KKO 1985 II 131) ja oikeus pitää rakennusta toisen kiinteistöllä (KKO 1985 II 140 ja KKO 1992:157). Nykyisen maakaaren mukaan kiinteistöön kohdistuvat erityiset oikeudet sitovat pääsääntöisesti ainakin niistä tietoista sekundusta riippumatta siitä, ovatko ne kirjaamiskelpoisia vai eivät.

Tammi-Salminen on kritisoinut ratkaisun KKO 2002:58 niukkoja perusteluja. Ratkaisussa pidettiin leasing sopimukseen liittyvää lunastusehtoa leasingkohteen luovutuksensaajaa sitomattomana. Tammi-Salminen korostaa, että irtaimen esineeseen kohdistuvan lunastusehdon sivullissitovuudesta ei ole lain säännöksiä, oikeuskäytäntöä eikä oikeuskirjallisuuden nimenomaisia kannanottoja. Tämän vuoksi korkeimman oikeuden olisi ollut syytä tuoda esiin ratkaisun taustalla olevia perusteita – esimerkiksi lunastusoikeuden tarkoituksenmukaisuutta koskevaa pohdintaa.⁹

Oikeuskirjallisuudessa puolestaan on viime aikoina yleensä puollettu tietoisuuden katsomista sitovuusperusteeksi¹⁰. Tätä voidaankin perustella monilla syillä: Esineoikeudellisen sivullissuojan täydellinen puuttuminen tietyiltä oikeuksilta näyttäisi haittaavan uusien oikeustyyppien kehittyä ja ohjaavan tiettyjen, suojaa saavien oikeustyyppien käyttämiseen, vaikka jokin muu järjestely olisi tarkoituksenmukaisempi.¹¹ Lisäksi suojattaessa primuksen oikeudesta tietoista sekundusta toimitaan tavallaan luottamuksensuojaperiaatteen vastaisesti.¹² Tällöin ei nähdäkseen toteudu *Teporan* kollisionratkaisusäännöille asettama tavoite, että niiden soveltaminen ”ainakin keskimäärin johtaa eri intressenttien tasapuoliseen ja järkevään kohteluun”¹³. Se, että primuksen oikeus joutuu väistymään sekunduksen oikeuden tieltä, vaikka juuri sekunduksella on ollut mahdollisuus välttää kollision syntyminen, näyttäisi pikemminkin yleensä johtavan sekunduksen perusteettomaan suosimiseen.

Henkilösuhteittain vaihtelevan suojan aiheuttama ongelma on myös ns. kollusiivisen menettelyn mahdollisuus: oikeuden sivullissitomattomuutta voidaan käyttää keinona vapautua sitovuudesta *inter partes* -suhteessa. A on esimerkiksi sopinut B:n kanssa, että B saa käyttää hänen omistamaansa

⁹ *Tammi-Salminen* LM 2003a s. 133–134.

¹⁰ Ks. esim. *Tuomisto* 1993 s. 129 ja siinä alaviitteessä 10 mainittu kirjallisuus, *Havansi* 1996 s. 97–98, *L. Kartio* JJ 1997 s. 162 ja *Tammi-Salminen* 2001 s. 180–182.

¹¹ *Majamaa* pitää tästä huolimatta esineoikeudellisen suojan rajoittamista tiettyihin oikeustyyppihin ”yleiseltä kannalta terveisiin lähtökohtiin” perustuvana. Tällä hän viittaa ilmeisesti tarpeeseen suojata sivullisia, mutta ei tuo esiin perusteita, joiden vuoksi myös vilpillisessä mielessä oleva sivullinen tarvitsisi suojaa. (*Majamaa* DL 1991 s. 507.)

¹² *L. Kartio* JJ 1997 s. 161. Myös *Zitting* näyttäisi pitävän tietoisuudesta riippumatonta sitomattomuutta joissain tilanteissa luottamuksensuojaperiaatteen vastaisena. Tosin hän korostaa luottamuksensuojaa enemmän tietoisuuden merkitystä osoituksena siitä, että sekundus on hyväksynyt primuksen oikeuden itseään sitovaksi. (*Zitting* LM 1970 s. 835–838.) *Tammi-Salminen* katsoo *rehellisen vaihdannan* edellyttävän lähtökohtaisesti *inter partes* -suhteessa sitovan oikeuden sitovuutta siitä tietoista sekundusta kohtaan (*Tammi-Salminen* LM 2001 s. 869).

¹³ *Tepora* JJ 1985 s. 307.

esinettä määrääjän tiettyä vastiketta vastaan. Myöhemmin, tämän määräajan vielä kestäessä, A haluaa päästä eroon sopimuksesta. Tässä tarkoituksessa hän voi myydä esineen C:lle, sillä vallitsevan käsityksen mukaan käyttöoikeus irtaimeen esineeseen ei sido kohteen luovutuksensaajaa.¹⁴ Jos C ei hyväksy B:n oikeutta itseään sitovaksi, B menettää tämän oikeuden ja hänen ainoaksi oikeussuojakeinokseen jää mahdollisuus vaatia vahingonkorvausta A:lta.¹⁵

Kirjoituksessa tarkastellaan paitsi B:n oikeuden sitovuutta suhteessa C:hen, myös B:n oikeutta saada vahingonkorvausta C:ltä – kysymystä, joka usein sivuutetaan kollisiotutkimuksessa¹⁶. Pidän tätä sivuuttamista jokseenkin ongelmallisena: B:n suojan kannalta on merkittävää paitsi se, jääkö hänen oikeutensa voimaan sivullissuhdekollisiossa, myös se, voiko hän saada korvausta kollisioiselta osapuolelta. Mahdollinen vahingonkorvaus on siis olennainen osa B:n oikeuden dynaamista suojaa. Vastavasti esineoikeuksien staattisen suojan keinoina yleistä sivullistahoa vastaan käsitellään yleensä paitsi omistajankanteita – hallinta-, kiello- ja ennallistamiskanteita – myös oikeutta vaatia vahingonkorvausta.¹⁷

B:n suojaa arvioitaessa on siis ratkaistava kaksi kysymystä: 1) saako B suojaa C:tä vastaan ja 2) suojataanko B:n oikeutta vai intressiä. Jos B:tä ei suojata lainkaan, hänen oikeutensa raukeaa A:n ja C:n välisen oikeustoimen seurauksena, eikä hän voi edes vaatia korvausta tästä C:ltä.¹⁸ Jos taas B:tä suojataan, suoja voi kohdistua joko oikeuteen, jolloin B:n oikeus jää

¹⁴ Ks. esim. *L. Kartio* 2001 s. 262.

¹⁵ Oikeuskirjallisuudessa on katsottu, että myös lähtökohtaisesti sivullisia sitomaton oikeus voi tulla C:tä sitovaksi, jos C on menetellyt kollusiivisesti. Ks. esim. *Ylöstalo* 1956 s. 153–155, *Wirilander* 1986 s. 22–24, *L. Kartio* 1988 s. 49, *Tuomisto* 1993 s. 136 ja *Tammi-Salminen* 2001 s. 252–257. *Havansi* hyväksyy kollusiivisen menettelyn sitomattomuuden, mutta kannattaisi kollisioratkaisun selkeyttämiseksi siviilioikeudellista kirjoitettua normia, joka kieltäisi kollusiot (*Havansi* JJ 2004 s. 28).

¹⁶ Uudemmassa kirjallisuudessa on alettu kiinnittää huomiota myös kollisiotilanteisiin liittyvään vahingonkorvausvastuuseen. Esimerkiksi *Tammi-Salminen* käsittelee väitöskirjassaan laajasti paitsi negative pledge -ehtojen sivullissitovuutta, myös ehtojen kanssa ristiriitaisesti toimivien sivullisten vahingonkorvausvastuuta. (*Tammi-Salminen* 2001 s. 309 ss.) *Kaisto* pitää vahingonkorvausta keinona vähentää esinekohtaisen kollisioratkaisun jyrkkyyttä (*Kaisto* LM 1996 s. 464). Ruotsissa kollisiotilanteisiin liittyvää vahingonkorvausta ovat esineoikeuden yleisesityksissä käsitelleet *Hessler* (1973 s. 296, 463 ja 495) ja *Rodhe* (1985 s. 330–335).

¹⁷ Ks. esim. *Zitting – Rautiala* 1982 s. 238 ja *L. Kartio* 2001 s. 228.

¹⁸ B:llä voi kuitenkin olla oikeus vaatia korvausta sopimuskumppaniltaan A:lta. Tästä huolimatta on syytä tarkastella myös B:n mahdollisuutta saada korvausta C:ltä, koska C:n korvausvastuulla on merkitystä erityisesti tilanteissa, joissa A on maksukyvytön tai -haluton.

voimaan A:n ja C:n välisestä oikeustoimesta riippumatta, tai intressiin, jolloin oikeus raukeaa, mutta C:n on korvattava rahallisesti B:lle tästä aiheutuva vahinko.¹⁹

Arvioitaessa vaihtoehtoja, joissa joko B jää kokonaan vaille suojaa suhteessa C:hen, B:n intressiä suojataan tai B:n oikeutta suojataan, tulee ottaa huomioon myös perusoikeusnäkökulma, erityisesti B:n oikeus omaisuudensuojaan.

Perusoikeudet määrittävät paitsi sitä, mitä lainsäätäjä ei saa tehdä, myös sitä, mitä sen tulee tehdä.²⁰ Vapausluontoisetkin perusoikeudet voivat siis edellyttää julkiselta vallalta aktiivisia toimia perusoikeuksien suojaamiseksi.²¹ Perusoikeuksia – kuten omaisuudensuojaa – on suojattava myös yksityisten toimijoiden taholta tulevilta loukkauksilta. Lainsäätäjän on toiminnallaan taattava jokaisen varallisuusarvoisille oikeuksille riittävä ja yhtäläinen turva. Omaisuuden perustuslainsuojasta seuraa siis muun muassa vaatimus oikeudenmukaiseen ja tasapuoliseen varallisuus-suhteita koskevaan normistoon.²² Myös siviilioikeudellisissa kysymyksissä tulisi siis pyrkiä osapuolten perusoikeuksia turvaaviin ratkaisuihin.

Omaisuuden suoja on perusoikeus, josta säädetään PL 15 §:ssä, jonka mukaan ”jokaisen omaisuus on turvattu”. Omaisuudella tarkoitetaan paitsi omistusoikeutta myös muita varallisuusarvoisia etuja.²³ Kaikki sopimukseen perustuvat oikeudet kuuluvat siis omaisuudensuojan piiriin. Siviilioikeudellisessa sääntelyssä tulisi siis pyrkiä estämään näiden oikeuksien loukkaaminen. Tämän tavoitteen kanssa on ristiriidassa se, että monien oikeuksien katsotaan sitovan vain sopimuksen osapuolia. PL 15 §:n 1 momentti ”jokaisen omaisuus on turvattu” saa hyvin rajoitetun merkityksen, jos sopimukseen perustuvat oikeudet ovat suojattuja vain suhteessa sopimuskumpaniin.

Kuitenkin kollisiotilanteissa on huomioitava myös C:n oikeus omaisuudensuojaan. Samalla tavalla kuin B:n sopimukseen perustuva oikeus on suojattavaa omaisuutta, myös C:n myöhempään sopimukseen perustuva oikeus on lähtökohtaisesti suojan arvoinen. Lisäksi myös *sopimusvapauden* katsotaan tiettyssä määrin kuuluvan suojattavan omaisuuden alaan.²⁴

¹⁹ Ks. oikeuden ja intressin suojaamisen erottelusta *Mattei* 2000 s. 80–81.

²⁰ Ks. esim. HE 309/1993 s. 26.

²¹ *Länsineva* 2002 s. 4.

²² *Länsineva* 2002 s. 254–255.

²³ HE 309/1993 s. 62.

²⁴ HE 309/1993 s. 62. Sopimusvapautta suojattaessa suojataan henkilöiden oikeutta määrätä omaisuudestaan. Sopimusvapauden suoja koskee siis nimenomaan varallisuus oikeudellisia sopimuksia. (*Lehtonen* 1999 s. 191–192.)

Toisin sanoen C:tä tulisi suojata sekä siltä, että hänen jo tekemäänsä sopimukseen perustuvaa oikeutta rajoittaisi B:n oikeus, että siltä, että hänen mahdollisuuksiaan sopimuksen tekemiseen A:n kanssa rajoittaisi A:n ja B:n välillä aiemmin tehty sopimus. Kollisiotilanteissa on välttämätöntä tinkiä toisen osapuolen omaisuuden suojusta, koska niissä molempien oikeuksia ei voida toteuttaa täysimääräisesti. B:n ja C:n oikeuksien suojan tarvetta on siis punnittava vastakkain. Kyse ei varsinaisesti olekaan jomman kumman omaisuuden suojan rajoittamisesta, vaan omaisuuden käytösääntelystä. Käytösääntelyllä tarkoitetaan niitä normeja, joiden varaan yksilön varallisuus-oikeuksien sisältö ja laajuus rakentuvat. Omaisuuden suojan rajoittaminen taas tarkoittaa lähinnä sellaisia toimenpiteitä, joilla oikeutta kavennetaan tai yksilön oikeusasemaan puututaan julkisen vallan toimenpiteillä.²⁵

Kahden perusoikeuden keskinäiset kollisiotilanteet tulee ratkaista punnitsemalla perusoikeuksia vastakkain. Tällöin perusoikeussäännöksiä voidaan pitää optimointikäskynä, joiden tarkoituksena on turvata kunkin yksilön perusoikeuksien toteutuminen mahdollisimman hyvin. Tulee siis pyrkiä mahdollisimman hyvään tasapainotilanteeseen yhteensovittettavien perusoikeusintressien kesken siten, että kaikkien kilpailevien perusoikeuksien toteutuminen turvataan mahdollisimman hyvin.²⁶ Kun käsitellään tilannetta, jossa kollisio B:n ja C:n sopimukseen perustuvien oikeuksien välille on jo syntynyt, B:n ja C:n oikeusasemat ovat täysin vastakkaiset: kun päätetään suojata B:n oikeutta, kavennetaan samalla C:n oikeutta vastaavasti. Jos esimerkiksi päädytään siihen, että B:n oikeus sitoo C:tä, B:n omaisuus on tuon oikeuden arvon verran suurempi ja C:n omaisuus oikeuden arvon verran pienempi kuin päinvastaiseen ratkaisuun päädyttäessä.

Tilanne on erilainen, jos tarkasteluajankohtaa vaihdetaan ja otetaan käsitteeseen tilanne, jossa C vasta harkitsee B:n oikeuden kanssa ristiriidassa olevan sopimuksen tekemistä. Tällöin ovat vastakkain B:n oikeuden suoja ja C:n oikeus tehdä vapaasti sopimuksia. Näyttäisi siltä, että B:n menetyksessä, jossa hänen oikeuttaan ei suojattaisi, olisi suurempi kuin C:n menetyksessä, jossa B:n oikeus saisi suojaa. B:lle epäedullinen ratkaisu tarkoittaisi jo olemassa olevan oikeuden menettämistä, kun taas C:lle epäedullinen ratkaisu merkitsisi vain, ettei hän voi tehdä A:n kanssa sopimusta, jolla olisi hänen toivomansa vaikutukset, mutta hän ei menettäisi mitään jo konkreettisesti hänelle kuuluvaa. Esimerkiksi vahingonkorvaus-

²⁵ V.-P. Viljanen 2001 s. 14 ja 35 ja *Länsineva* 2002 s. 244–245. Länsineva mainitsee esimerkkinä käytösääntelystä juuri kollisioratkaisunormit.

²⁶ Ks. V.-P. Viljanen 2001 s. 12 ja siinä viitattu *Scheinin* 1991 s. 29–39.

oikeudessa omaisuuden arvon alentumista onkin pidetty helpommin korvattavana vahinkona kuin tulevaisuuteen suuntautuvien odotusten heikkenemistä.²⁷ Näyttäisi siis siltä, että perusoikeuksien suojan maksimoinnin kannalta olisi perusteltua suojata B:tä.

Perusoikeuksien keskinäisiä suhteita käsiteltäessä ei voida sivuuttaa *Karhun* käsityksiä varallisuus-oikeuden kiinnittämisestä perusoikeusjärjestelmään. Hän katsoo perusoikeuksien välittyvän varallisuus-oikeuden järjestelmään varautumisperiaatteena, luottamuksensuojana ja avoimuusperiaatteena.²⁸ Näistä erityisesti varautumisperiaate on huomionarvoinen tässä yhteydessä. Se edellyttää, että toimijat huolehtivat siitä, ettei heidän oma toimintansa epäasianmukaisesti haittaa muiden toimijoiden mahdollisuuksia pyrkiä toteuttamaan tavoitteitaan. Esimerkiksi vahingonkorvausoikeudessa varautumisperiaate ilmenee tuottamus- ja aiheuttamisperiaatteina. Vastuu vahingosta määräytyy sen mukaan, kenellä on parhaat mahdollisuudet vahingon välttämiseen.²⁹

Käsiteltävässä tilanteessa vaikuttaa selvältä, että C:llä on parhaat mahdollisuudet välttää kollisio syntymisen. Tutkittavanahan ovat tapaukset, joissa C tietää B:n oikeudesta. C voi siis valita, tekeekö hän B:n oikeuden kanssa ristiriitaisen sopimuksen vai ei. Sen sijaan B ei voi sopimusta tehdessään tietää C:n oikeudesta, koska A:n ja C:n välistä sopimusta ei tuolloin ole vielä edes olemassa. Hän voi korkeintaan pitää mahdollisena, että A myöhemmin tekee sopimuksen jonkun toisen kanssa. B:lle ainoa keino varmasti välttää kollisio olisi kokonaan pidättäytyä sopimuksen tekemisestä. Yleistettynä tämä tarkoittaisi sitä, että sopimusten tekemistä tulisi välttää, koska ne voivat joutua kollisioon myöhemmin tehtävien sopimusten kanssa.³⁰ Ajatus on täysin absurdi.

Karhu rajaakin varautumisperiaatteen alaa suhteellisuusperiaatteen mukaisesti käsittämään vain tarkoituksenmukaiset ja kohtuulliset toimet. Huolenpitovelvollisuus muiden asemasta ei ulotu niin pitkälle, että se tekisi tyhjäksi toimijan omat toimintamahdollisuudet.³¹ Toisin sanoen varautumisperiaatteen mukaista ei olisi, että kaikkien sopimusten tekemistä

²⁷ Ks. esim. *Hemmo* 1998 s. 94. *Länsinevan* mukaan jo solmittuihin sopimuksiin perustuvat oikeudet nauttivat tehokkaampaa omaisuudensuojaa kuin yksilöiden vapaus solmia sopimuksia tulevaisuudessa (*Länsineva* 2002 s. 182–183).

²⁸ *Pöyhönen* 2000 s. 109.

²⁹ *Pöyhönen* 2000 s. 112.

³⁰ Joskus B voi toki vaikuttaa siihen, ettei A enää voi disponoida samasta oikeudesta kahden kertaan. Vaatiessaan kiinteistön panttauksen yhteydessä heti panttikirjan hallinnan B varmistaa, ettei A voi pantata kiinteistöä paremmalla etusijalla enää kenellekään muulle.

³¹ *Pöyhönen* 2000 s. 114.

tulisi välttää kollisioiden välttämiseksi. Sen sijaan näyttäisi täysin suhteellisuusperiaatteen mukaiselta, että C:n tulisi välttää sellaisten sopimusten tekemistä, jotka hänen tietensä ovat ristiriidassa hänen potentiaalisen sopimuskumppaninsa A:n aikaisempien sopimusten kanssa. Tämä sääntö ei tekisi tyhjäksi C:n omia toimintamahdollisuuksia, koska hänen toimintamahdollisuuksiensa ulkopuolelle rajautuisi vain sellainen pieni joukko sopimuksia, jotka loukkaisivat B:n oikeutta. Varautumisperiaatteen mukaan kollision syntyessä C:n tulisi kärsiä kollisiotappio, koska hän olisi varautumalla voinut välttää koko kollision syntymisen.

Yleisellä tasolla kollisionratkaisusääntöjen kannalta relevantteja ovat myös Karhun esittämät avoimuusperiaate ja luottamuksensuoja³². Esineoikeudessa niiden voi nähdä ilmenevän julkisuusperiaatteena ja vilpittömän mielen suojana: sivullisiin kohdistuvien oikeusvaikutusten on liitettävä havaittaviin tunnusmerkkeihin ja sivullisen luottamusta tähän suojataan siten, että häntä sitovat yleensä vain sellaiset oikeudet, joista hän joko tiesi tai hänen olisi pitänyt tietää³³. Näillä periaatteilla ei ole kuitenkaan tässä yhteydessä merkitystä sekunduksen suojana, koska käsittelyssä ovat vain tilanteet, joissa sekundus tietää primuksen oikeudesta eli vilpittömän mielen suojan edellytykset eivät täyty.

Näiden alustavien näkökohtien perusteella vaikuttaisi perustellulta suojata primuksen asemassa olevaa B:tä. Jäljelle jää vielä kysymys siitä, onko B:n oikeuden suojaaminen tarpeen vai täyttäisikö pelkkä intressin suojaaminen omaisuudensuojan vaatimukset. Omaisuudensuoja on selvästi varallisuusarvoisten oikeuksien suojaamista sellaisenaan, ei vain omaisuuden arvon suojaamista.³⁴ Varallisuusarvoista oikeutta ei voi mielivaltaisesti vähentää pelkäsi vahingonkorvausvaateeksi. Tällä perusteella näyttäisi siltä, että B:n suojan kannalta oikeus vahingonkorvaukseen ei olisi riittävä, vaan hänen oikeutensa pysymistä tulisi suojata.

Käsiteltävässä tilanteessa on kuitenkin – kuten edellä on todettu – kysymys perusoikeuksien käytön sääntelystä ja B:n ja C:n oikeuksien välisestä

³² Ks. näistä periaatteista Pöyhönen 2000 s. 116–128.

³³ Ks. esim. L. Kartio 2001 s. 124–126.

³⁴ Tätä pidettäneen itsestään selvänä, koska asiaa ei nimenomaisesti todeta omaisuuden suojaa koskevissa esityksissä. Se ilmenee kuitenkin *e contrario*: Esimerkiksi pakkolunastus täyttää korvausta vastaan mainitaan perustuslaissa (PL 15.2 §) omaisuudensuojan rajoituksena. Vaikka omaisuudesta saadaan täysi korvaus, lunastamisen edellytyksenä on myös yleinen tarve. Samoin omaisuuden käyttörajoituksille asetetaan myös muita edellytyksiä kuin rajoituksesta aiheutuvan taloudellisen menetyksen korvaaminen (Saraviita 1998 s. 225). Varallisuusarvoisten oikeuksien korvaaminen oikeudella vahingonkorvaukseen on siis selvästi omaisuudensuojan puuttumista.

punninnasta. Mitä kokonaisvaltaisemmin B:n oikeutta suojataan, sitä enemmän rajoitetaan C:n oikeutta. Vaikka B:n oikeus sinänsä nähtiinkin edellä suojan arvoiseksi, C:n aseman turvaamiseksi saattaa olla perusteltua rajoittaa suoja vain B:n oikeudeksi vahingonkorvaukseen C:ltä. Mahdollisesti myös yleiseen etuun liittyvät näkökohdat voivat tukea tätä ratkaisua. Vertailuun oikeuden sitovuuden ja vahingonkorvauksen välillä palataan jaksossa 3.

Perusoikeusnäkökulma puoltaisi siis B:n oikeuden sitovuutta suhteessa C:hen tai ainakin B:n oikeutta vahingonkorvaukseen, jos hänen oikeutensa joutuu väistymään. Kuten edellä käy ilmi, oikeudessamme on usein päädytty toisenlaiseen ratkaisuun. Seuraavassa käsitellenkin niitä argumentteja, joilla on perusteltu B:n oikeuden jäämistä suojaa vaille. Arvioin sekä sitä, ovatko nämä perusteet riittävä syy olla suojaamatta B:n oikeutta, että myös sitä, ovatko ne riittävä syy olla suojaamatta edes B:n intressiä. Jaksossa 2 käsitelen niitä perusteluita, joilla voidaan puoltaa sitä, että eräät oikeudet eivät sido edes niistä tietoista sekundusta. Jaksossa 3 hahmottelen nämä perustelut huomioon ottaen tarkoituksenmukaista kollisionsratkaisumallia. Viimeisessä jaksossa 4 tarkastelen edellä kuvaamaani, kollusiiviseksi menettelyksi nimitettyä erikoistapausta: voidaanko muissa tilanteissa perusteltuna pidettäviä kollisionsratkaisusääntöjä soveltaa silloin, kun kollisio on tarkoituksellisesti järjestetty kollision toisen osapuolen oikeuden hävittämiseksi?

2 PERUSTELUJA SITOMATTOMUUDELLE

2.1 Sopimuksen vaikutusten rajoittuminen sopimuksen osapuoliin

Sopimuksen oikeusvaikutusten katsotaan usein rajoittuvan vain sopijapuolten väliseen suhteeseen. Kahden henkilön ei ole katsottu voivan keskinäisellä sopimuksellaan velvoittaa kolmatta. Esimerkiksi *Saarnilehto* perustelee asunto-osakkeiden kaupan esisopimuksen sitomattomuutta suhteessa myöhempään, sopimuksesta tietoiseen ostajaan sillä, että antamalla merkitystä sekunduksen tietoisuudelle ajaututtaisiin helposti siihen, että kolmatta sitova sopimus olisi mahdollinen.³⁵ Tämä perustelu ei kuitenkaan ole riittävä, koska siinä ei tule esiin, *miksi* kolmatta sitova sopimus ei saisi olla mahdollinen.

³⁵ *Saarnilehto* Oikeustieto 2/2000 s. 3–4.

Toki sopimuksen oikeusvaikutusten rajoittuminen sopimuksen osapuolten väliseen suhteeseen on useissa tapauksissa helposti perusteltavissa. Sopimusten sitovuuden taustalla on yksityisautonomia: lainsäätäjät antaa kansalaisia yleisesti velvoittavat normit, mutta yksilöillä on oikeus säädellä keskinäisiä suhteitaan. Tätä kutsutaan yksityisautonomiaksi eli itsemääräämisoikeudeksi.³⁶ Yksityisautonomiaan kuuluu, että yksilö voi tahdonilmaisullaan perustaa *itselleen* velvollisuuksia. Toisen velvoittaminen ei ole mahdollista ilman toisen suostumusta, minkä vuoksi sopimussuhteen syntyminen edellyttää kummankin osapuolen myötävaikutusta, tarjousta ja hyväksymistä, joilla osapuolet velvoittavat itsensä toimimaan sopimuksen mukaisesti.³⁷ Koska kolmas on sopimukseen nähden ulkopuolinen eikä ole antanut tahdonilmaisua, jolla olisi perustanut itselleen velvollisuuden sopimuksen noudattamiseen, sopimus ei lähtökohtaisesti voi velvoittaa häntä.

Edellä sanottu ei kuitenkaan nähdäkseni estä sitä, että kolmas voi oman toimintansa perusteella tulla sopimuksen sitomaksi. Tässä käsiteltävinä olevissa tapauksissa sekundus on hankkinut oikeutensa tietoisena primuksen aikaisemmasta oikeudesta, minkä voidaan katsoa velvoittavan sekundusta noudattamaan sopimusta. Silloin primuksen oikeus ei tulisi sekundusta sitovaksi pelkästään sopimuksen perusteella vaan siksi, että sekundus sopimuksesta tietoisena vapaaehtoisesti hankkii kyseessä olevan oikeutensa. Mikään ei estä sitä, että sekunduksen vapaaehtoisesti tekemä oikeustoimi voi aiheuttaa mainitun sidonnaisuuden. Sekundus siis perustaisi itselleen velvollisuuden yksityisautonomiansa puitteissa.

Kuten johdannossa on esitetty, suuri osa sopimuksin perustetuista oikeuksista sitoo vilpillisessä mielessä olevaa kolmatta.³⁸ Tämä jako sitoviin ja sitomattomiin sopimuksiin jää täysin selittämättä, jos vain todetaan lakonisesti, että sopimus velvoittaa vain osapuoliaan. *Tepora* nimittää sivullisia sitomattomia oikeuksia heikoiksi ja sitovia oikeuksia vahvoiksi. Kun primuksen oikeus on vahva oikeus, noudatetaan takautuvan sivullissuhteen kollisionratkaisuisa pääsääntöisesti aikaprioriteettiperiaatetta; kun primuksen oikeus on heikko, se joutuu väistymään joutuessaan kollision sekunduksen vahvan oikeuden kanssa. Jaottelu ei ole kuitenkaan oikeusteoreettisista lähtökohdista tehty ”perustavanlaatuinen” ja muuttumaton

³⁶ *Telaranta* 1990 s. 4.

³⁷ *Telaranta* 1990 s. 15–17.

³⁸ *Tammi-Salminen* onkin kiinnittänyt huomiota jopa täysin vastakkaisten iskulauseenomaisten normien olemassaoloon. Näihin kuuluvat mm. (Saarnilehdon mainitsema) ”sopimus ei voi velvoittaa kuin sen osapuolia” ja toisaalta ”kukaan ei voi luovuttaa toiselle parempaa oikeutta kuin hänellä itsellään on”. (*Tammi-Salminen* LM 2003b s. 96.)

jaottelu, vaan jako tehdään käytännöllis-rationaalisilla perusteilla ja se on altis muutoksille. Lisäksi oikeus voi yhdessä henkilörelaatioissa olla heikko ja toisessa vahva.³⁹ Oikeuksien jako vahvoihin ja heikkoihin perustuu lainsäätäjän ratkaisuihin, ja olosuhteiden muuttuessa lainsäätäjä voi – tai sen pitää – harkita uudelleen, tuleeko tietyille oikeudelle myöntää sivullis-suojaa.⁴⁰

Seuraavassa käsitelen niitä ”käytännöllis-rationaalisia” argumentteja, joiden perusteella on katsottu, ettei tiettyjen oikeuksien tule sitoa sivullisia. Käsitelen sekä sitä, onko perusteltua myöntää sivullissitovuus vain lainsäädännön osoittamissa tilanteissa, että sitä, voidaanko lainsäätäjän tekemiä ratkaisuja tiettyjen oikeuksien sitomattomuudesta pitää hyväksyttävänä.

2.2 Suojan tarpeen vähäisyys

Suojan epäämistä on perusteltu myös sillä, että väistymään joutuvat oikeudet ovat yleensä niin lyhytaikaisia ja vähäarvoisia, ettei suoja ole tarpeen.⁴¹ Tämän väitteen paikkansapitävyys on kyseenalainen: se edellyttäisi, että kaikki käytännössä merkittävät ja arvokkaat sopimukset kuuluvat niihin suhteellisen harvalukuisiin sopimustyypeihin, jotka lainsäädännön tai tavanomaisen oikeuden erityisen säännön perusteella sitovat sivullisia. Esimerkiksi leasingsopimusten sitomattomuutta pidetään ongelmallisena, koska sopimukset ovat pitkäaikaisia ja niihin liittyy usein suuri taloudellinen intressi.⁴² Lainsäätäjä reagoi aina yhteiskunnan muuttumiseen viipeellä, minkä vuoksi ei ole realistista olettaa, että kaikki sellaiset (uudet) sopimustyytit, joiden sivullissitovuudesta ei ole säännöksiä laissa, olisivat taloudellisesti merkityksellisiä.

Vaikka jokin oikeus todettaisiinkin lyhytkestoiseksi ja vähäarvoiseksi, se ei välttämättä ole peruste suojan epäämiselle. Toisaalta oikeus on arvoltaan niin vähäinen, ettei B ehkä kärsi suurta vahinkoa sen lakatessa, mutta toisaalta myöskaan C ei kärsisi suurta vahinkoa, jos oikeus olisikin häntä

³⁹ *Tepora* 1984 s. 126–133 ja s. 138. *Tepora* on saanut vaikutteita *Hessleriltä*, joka jakaa oikeudet täysin esineoikeudellisesti suojattuihin, osittain esineoikeudellisesti suojattuihin ja täysin esineoikeudellista suojaa vaille jääviin (*Tepora* 1984 s. 167–169 ja *Hessler* 1974 s. 80–81).

⁴⁰ *Tepora* JJ 1985 s. 302.

⁴¹ *Hessler* 1973 s. 82.

⁴² Ks. esim. *Tepora* JJ 1985 s. 302.

sitova. Esimerkiksi lyhytaikainen B:n käyttöoikeus ei olisi suuri rasitus käyttöoikeuden kohteen ostaneelle C:lle. Suojan tarpeen vähäisyydellä voidaan siis perustella paitsi sitä, että B ei tarvitse suojaa oikeuden raukeamista vastaan, myös sitä, että C ei tarvitse suojaa oikeuden sitovuutta vastaan.

Toisaalta argumenttia suojan tarpeen vähäisyydestä voidaan arvioida erikseen sellaisten oikeuksien kohdalla, jotka on nimenomaan lainsäätämismvaiheessa jätetty ilman sivullissuojaa. Perustuuko sitomattomuus näissä tapauksissa suojan tarpeen vähäisyydelle? Maakaaren esitöissä kiinteistökaupan esisopimuksen sitomattomuutta ei ole perusteltu lainkaan. Panttaussitoumuksesta on todettu, että velkojan edellytetään luottoa antaessaan huolehtivan kaikista vakuusoikeuden pysyvyyteen vaikuttavista seikoista.⁴³

Pääsääntöisesti ostaja ei maksa kauppahintaa ennen lopullisen kaupan tekemistä eikä luotonantaja anna luottoa ennen panttikirjojen hallinnan saantia. Tämän vuoksi esisopimukseen ja panttaussitoumukseen perustuvien oikeuksien suojan tarvetta voidaan pitää vähäisenä: koska B ei ole vielä tehnyt omaa suoritustaan, hän ei kärsi vahinkoa, vaikka lopullista kauppaa ei syntyisikään tai hän ei saisi panttioikeutta kiinteistöön. Kuitenkin kiinteistöstä maksettaneen yleensä käsiraha jo esisopimuksen teon yhteydessä, ja ostaja voi esisopimukseen luottaen ryhtyä toimenpiteisiin, joista aiheutuu hänelle vahinkoa, jos kauppa ei toteudukaan. Ammattimainen luotonantaja ei yleensä antane luottoa ennen panttikirjan hallinnan saantia – tämä ei kuitenkaan poista sitä tosiasiaa, että jos luottoa on annettu, luotonantajan suojan tarve on huomattava. Panttaussitoumuksen saajan suojan tarpeen vähäisyyttä ei ole pidetty ratkaisevana irtaimisto-oikeudessakaan, koska sekä irtaimen esineen että arvopaperin panttaussitoumus sitoo sivullista, joka ei ole vilpittömässä mielessä.

Sitomattomuuden perustelu suojan tarpeen vähäisyydellä oudoksuttaa myös siksi, että määrämuodossa tehtyä irtaimen lahjanlupausta pidetään meillä paitsi lupaaajaa, myös lupaaajan seuraajia sitovana. Jos A myy B:lle lahjaksi lupaamansa esineen C:lle, lupaus sitoo C:tä, jos tämä tiesi tai tämän olisi pitänyt tietää lahjanlupauksesta.⁴⁴ Täytetyksi lahja tulee vasta, kun lahjoitettavan esineen hallinta luovutetaan lahjansaajalle. Lahjanlupaus siis muistuttaa paljon panttaussitoumusta: lahjanlupauksessa lupaaaja sitoutuu saattamaan lahjoituksen loppuun luovuttamalla lahjaesineen hal-

⁴³ HE 120/1994 s. 111.

⁴⁴ Irtaimen esineen kahdellemyyntiä koskevien sääntöjen katsotaan koskevan myös vastikkeettomia luovutuksia (*Hakulinen* 1962 s. 47).

linnan, panttaussitoumuksessa taas saattamaan panttauksen loppuun luovuttamalla panttikirjan hallinnan.⁴⁵ Vaikuttaa kummalliselta ratkaisulta toisaalta suojata lahjansaajaa, joka ei ole joutunut suorittamaan minkäänlaista vastiketta, ja toisaalta olla suojaamatta panttaussitoumuksen saajaa, joka saattaa pantin menettämisen vuoksi jäädä kokonaan ilman suoritusta saatavalleen.⁴⁶ Tällaisen ratkaisun perustelu on löydettävä muualta kuin suojan tarpeen vähäisyydestä.

2.3 Primuksen oikeuden epätarkoituksenmukaisuus

Sitomattomuus voi olla perusteltua, jos primuksen oikeutta pidetään yhteiskunnallisesti epätarkoituksenmukaisena ja vaihdantaa ja luotonantoa haittaavana.⁴⁷ Tällöin sitomattomuus on keino ohjata esineiden käyttöä ja vaihdantaa siten, että suojan puutteet vähentävät epätarkoituksenmukaisen oikeustyyppien käyttöä tai ainakin lieventävät niiden vaikutuksia vaihdantaan ja luotonantoon.⁴⁸

Tammi-Salminen toteaa, että sitomattomuuden perustelu oikeuden epätarkoituksenmukaisuudella on aina ongelmallinen, koska ratkaisu riippuu aina ratkaisuntekijän arvostuksista. Vastakkaisina näkökohtina ovat toisaalta sopimussitovuuden painottaminen myös suhteessa sivullisiin ja toisaalta omistuksen vapaus. Jälkimmäinen näkökohdan mukaan oikeuden epätarkoituksenmukaisuus johtuu omistajan vapauden rajoittamisesta.⁴⁹ On

⁴⁵ Lahjanlupausta on oikeuskirjallisuudessa pidetty myös esisopimuksena. Sellaisena se rinnastuisi läheisesti kaupan esisopimukseen, jolloin vaikuttaisi erityisen epäsuhtaiselta suojata vastikkeettoman oikeustoimeen perustuvaa etua ja jättää vastikkeelliseen oikeustoimeen perustuva oikeus suojatta. Lahjanlupauksen pitäminen esisopimuksena vaikuttaa kuitenkin perusteettomalta: esisopimus on sopimus varsinaisen sopimuksen tekemisestä myöhemmin, kun taas lahjanlupauksen jälkeen erillinen sopimus ei ole enää tarpeen, vaan pelkkä tosiasiallinen täyttämistoimi on riittävä. (Ks. keskustelusta *Kaisto* 2001 s. 306–308.)

⁴⁶ Pantinsaajan aseman heikkoutta kuvastaa sekin, että lahja rinnastetaan maakaaren sivullissuojaa koskevissa säännöksissä muihin luovutuksiin. Toisin sanoen B ei saa mitään oikeutta kiinteistöön, jos kiinteistön hänelle pantiksi luvannut A lahjoittaa kiinteistön C:lle. Tosin lahjoitus saattaa A:n maksukyvyttömyystilanteissa helposti peräytyä. Vähemmän kuin vuotta ennen määräpäivää tehdyt lahjoitukset peräytyvät, ja myös yli vuoden mutta alle kolme vuotta ennen määräpäivää läheiselle annettu lahja voidaan peräyttää, jos ei näytetä, ettei velallinen lahjan antaessaan ollut ylivelkainen tai lahjan antamisen vuoksi tullut ylivelkaiseksi (TakSL 6 §). Takaisinsaanti tulisi kuitenkin koko velkojakollektiivin eikä yksin B:n hyväksi.

⁴⁷ *Forssell* 1976 s. 207 ja *Tuomisto* 1993 s. 132.

⁴⁸ *Tuomisto* 1993 s. 64.

⁴⁹ *Tammi-Salminen* 2001 s. 168.

katsottu, että esineen uuden omistajan tulisi voida käyttää omaisuuttaan tarkoituksenmukaisella tavalla hyväkseen ilman, että edellisen omistajan perustamat oikeudet rajoittavat hänen oikeuksiaan. Tällainen näkökohta on perustunut omistusoikeuden pitämiseen yhteiskunnallisesti tärkeimpänä oikeustyyppinä.⁵⁰

Toisaalta omistuksen vapaus voi kärsiä myös siitä, että omistaja ei voi halutessaan perustaa toiselle omistamaansa esineeseen sellaista oikeutta, joka saisi sivullissuojaa. Ilman sivullissuojaa jäävä oikeus on luonnollisesti vähemmän kiinnostava kuin suojattu oikeus, minkä vuoksi omistaja todennäköisesti saa oikeudesta huonomman vastikkeen kuin saisi täysin suojatusta oikeudesta. Mahdollisesti ketään ei edes kiinnosta hankkia sellaista suojaamatonta oikeutta, jonka omistaja haluaisi perustaa. Siten sitomattomuus itse asiassa rajoittaa omistajan vapautta, kun tämä voi perustaa vain tietyn tyyppisiä omistamaansa esineeseen kohdistuvia oikeuksia.⁵¹

Tuomisto ei pidä ainakaan nykyoloissa mahdollisena luokitella omistusoikeutta tai muita esineoikeuksia kaikkia muita oikeustyyppinä tärkeämmiksi. Yhteiskunnallisesti merkittäviä varallisuusoikeuksia ei hänen mukaansa voida määritellä suljetun oikeustyyppistön avulla, vaan oikeuden tarkoituksenmukaisuus olisi ratkaistava tapauskohtaisesti. Lähtökohtana olisi oikeuksien tarkoituksenmukaisuus ja suojaaminen. Se, ettei jokin oikeus ole suojan arvoinen, tulisi erikseen perustella.⁵² *Tuomisto* kuvaa epätarkoituksenmukaista oikeutta ”esineiden käyttöä ja vaihdantaa haittaavaksi sidonnaisuudeksi”.

Tammi-Salminen on määritellyt oikeuden epätarkoituksenmukaisuuden tarkemmin siten, että epätarkoituksenmukaisen oikeuden sivullissitovuudesta aiheutuu enemmän haittaa kuin hyötyä vaihdannalle ja luotonannolle. Suojattavan oikeuden tulisi olla merkittävämpi kuin haitta, joka siitä aiheutuu omistajan vapaudelle. Tämä arviointi tulee tehdä punnitsemalla sekä yleisiä yhteiskunnallisia, taloudellisia ja sosiaalisia näkökohtia että oikeuden sitovuuden vaikutuksia sopimuksen osapuolten sekä sivullisten asemaan.⁵³ *Tammi-Salminen* käsittelee oikeuden tarkoituksenmukaisuuden yhtenä kriteerinä sitä, suojataanko oikeutta tehokkaasti kaikissa henkilösuhteissa – tätä aspektia käsitellään erikseen jäljempänä.

⁵⁰ *Tepora* JJ 1985 s. 291 ja *Tuomisto* 1993 s. 62–63.

⁵¹ *Kylänpää* pitää sopimustyyppin perusteella määräytyvää sivullissuojaa tosiasiallisena sopimusvapauden rajoituksena (*Kylänpää* 2000 s. 396).

⁵² *Tuomisto* 1993 s. 63–67.

⁵³ *Tammi-Salminen* 2001 s. 27–29 ja *Tammi-Salminen* LM 2003a s. 129.

Oikeuden epätarkoituksenmukaisuus on sitomattomuuden peruste, jonka taustalla on yleinen etu, ei yksittäisten toimijoiden suojaaminen. Oikeudesta tietoinen sekundus ei näet yleensä tarvitse suojaa: Hänellä on mahdollisuus olla tekemättä oikeustointa, jolla hän hankkii primuksen oikeuden kanssa vastakkain olevan oikeuden. Jos hän näkee, että hänen oikeuttaan tulisi rajoittamaan epätarkoituksenmukainen oikeus, hän voi jättää oikeuden hankkimatta. Myöskään esineen omistaja ei tarvitse suojaa, vaikka epätarkoituksenmukaiset sopimukseen perustuvat oikeudet näyttäisivät rajoittavan hänen mahdollisuuksiaan luovuttaa esine tai perustaa siihen kohdistuvia tarkoituksenmukaisempia oikeuksia. On näet huomattava, että tällainen oikeus perustuu esineen omistajan primuksen kanssa tekemään sopimukseen – omistaja on siis itse halunnut perustaa tällaisen oikeuden. Jos hän nyt pitääkin oikeutta epätarkoituksenmukaisena, tulisi hänen yrittää vapautua sidonnaisuudesta *inter partes* -suhteessa primuksen kanssa, esimerkiksi vetoamalla sopimuksen alkuperäiseen kohtuuttomuuteen tai olosuhteiden muutoksesta johtuvaan liikavaikeuteen⁵⁴.

Myös B:n ja C:n välisen suhteen tarkastelussa olisi mahdollista kiinnittää enemmän huomiota tapauskohtaisiin tekijöihin ottamalla käyttöön samat keinot kuin alkuperäisten sopimusosapuolten eli A:n ja B:n välillä. Lähtökohtana siis olisi, että A:ta sitova oikeus sitoisi myös hänen seuraajaansa C:tä, mutta tämän oikeuden sisältöä voitaisiin esimerkiksi sovitella samoilla edellytyksillä kuin oikeustoimia yleensäkin. Toisin sanoen B:n oikeus voisi raueta kokonaan tai sen haitallisia vaikutuksia C:n oikeusasemaan voitaisiin lieventää, jos oikeuden sitovuus olisi kohtuutonta. Kohtuuttomuuden arvioinnissa otettaisiin huomioon – oikeustoimilain 36 py-

⁵⁴ Liikavaikeudella tarkoitetaan tilannetta, jossa sopimuksen osapuoli joutuisi tekemään kohtuuttomia uhrauksia sopimuksen täyttämiseksi. Liikavaikeuden perusteella sopimusta voidaan sovitella tai sopijapuoli voi vapautua sopimuksen täyttämisestä tai sopimusrikkomuksen haitallisista seuraamuksista. (*Saarnilehto* 2001 s. 456.) Liikavaikeus saattaa poistaa luontoissuoritusvelvollisuuden, mutta jättää korvausvastuun jäljelle (*Hemmo* 2003b s. 198–199). Kauppalain liikavaikeutta koskevan 23.1 §:n mukaan myyjä ei ole velvollinen täyttämään sopimusta, jos sopimuksen täyttäminen edellyttäisi uhrauksia, jotka ovat kohtuuttomia verrattuna ostajalle sopimuksen täyttämisestä koituvaan etuun. Samaa oikeusohjetta soveltaen voidaan katsoa, että A:ta ei sido sellainen B:n sopimukseen perustuva oikeus, josta muuttuneiden olosuhteiden vuoksi aiheutuu A:lle huomattavasti enemmän haittaa kuin siitä on hyötyä B:lle. A:lla olisi siis mahdollisuus vapautua B:n oikeudesta jo *inter partes* -suhteessa, eikä epätarkoituksenmukaisiin oikeuksiin tarvitsisi puuttua sivullisittomuutta koskevilla säännöillä.

Myös maakaaren esitöissä on painotettu, ettei kiinteistön luovutusta tulee käyttää kiinteistöön kohdistuvista sivullisten oikeuksista eroon pääsemiseen: ”Nykyistä periaatetta, jonka mukaan ’kauppa rikkoo vuokran’ silloinkin kun ostaja on tiennyt aikaisemmasta vuokraoikeudesta tai muusta erityisestä oikeudesta, ei voida hyväksyä. Omistajanvaihdos ei saa olla keino vapautua kiinteistön rasituksista.” (HE 120/1994 s. 28.)

kälän mukaisesti – oikeuden sisältö, osapuolten asema, oikeutta perustettaessa ja sen jälkeen vallinneet olosuhteet sekä muut seikat. Oikeuden sitovuus B:n ja C:n välisessä suhteessa voisi olla kohtuutonta, vaikka se ei olisikaan sitä B:n ja A:n välisessä sopimussuhteessa. Oikeustoimen sovitteluun juuri osapuolten tosiasiallisen vaihtumisen vuoksi on päädytty maanvuokraa koskevissa korkeimman oikeuden ratkaisuissa KKO 2004:10 ja 2004:11, joissa osapuolet tosin muodollisesti säilyivät samoina, mutta sopimuksen toisena osapuolena olleen asunto-osakeyhtiön osakkeet olivat siirtyneet eri henkilöille kuin sopimuksentekohetkellä.⁵⁵

B:n oikeuden pysyvyyden ja lopullisen sisällön määräytyminen vasta B:n ja C:n välisen oikeussuhteen sovittelun tai muun vastaavan menettelyn perusteella johtaisi kuitenkin epävarmuuteen siinä vaiheessa, kun C vasta suunnittelee A:n kanssa tehtävää oikeustointia. Hän ei voisi tässä vaiheessa tietää, miten B:n oikeus tulee lopulta vaikuttamaan hänen oikeusasemaansa. Tämä epävarmuus vaikuttaisi C:n halukkuuteen ryhtyä oikeustoimeen ja saattaisi siten haitata vaihdantaa ja oikeussuhteiden järjestymistä tarkoituksenmukaisella tavalla. C saattaisi siis luopua suunnittelemastaan oikeustoimesta kollisioon pelossa, vaikka B:n oikeus todennäköisesti olisikin sellainen, että se tulisi C:tä kohtaan kohtuuttomana raukeamaan. Näin käy, jos C on riskinkarttaja ja valitsee mieluummin sellaisen varman – tai varmemman – tavan sijoittaa varansa kuin kaupan, jonka kannattavuus riippuu sovittelu- tms. vaateen menestymisestä.⁵⁶ Tämän vuoksi ei voida pitää hyvänä vaihtoehtona sitä, että kaikki A:n ja B:n välisessä suhteessa perustetut oikeudet sitoisivat myös A:n seuraajia, mutta seuraajilla olisi käytössään sopimusoikeudelliset keinot – mm. sovittelu – näihin oikeuksiin puuttumiseen.

Toisaalta myös sivullissitomattomuuden merkitys yleisen edun kannalta voidaan riitauttaa: epätarkoituksenmukaisten oikeuksien sivullissitovuuskaan ei välttämättä johtaisi siihen, että tällaiset haitalliset sidonnaisuudet jäisivät voimaan. Epätarkoituksenmukaisuuden voi määritellä siten, että

⁵⁵ Tapauksissa sopijakumppanit osakeyhtiö A ja asunto-osakeyhtiö B olivat toisilleen läheisiä tahoja, minkä vuoksi ne olivat sopineet toisessa tapauksessa käypää korkeammasta, toisessa tapauksessa käypää alhaisemmasta vuokratasosta. Kun B:n osakekanta siirtyi henkilöille, jotka eivät olleet vastaavassa läheisyysuhteessa A:han, vuokran määrää koskeva ehtoa voitiin sovittella MVL:n 4 §:n 2 momentin ja 7 §:n 3 momentin nojalla.

⁵⁶ Yleensä ihmisiä pidetään lähtökohtaisesti riskinkarttajina: kahdesta vaihtoehdosta, jotka johtavat odotusarvoltaan samanarvoiseen lopputulokseen, he valitsevat sen, jossa mahdollinen voitto on todennäköisempi vaikkakin ehkä pienempi kuin epävarmemmassa vaihtoehdossa. Erityisesti ihmiset arvostavat täysin varmoja voittoja. Tosin joissain tilanteissa riskiä ei karteta, vaan esimerkiksi arpajaisissa ollaan valmiita tavoittelemaan suuria voittoja hyvinkin pienillä todennäköisyyksillä. (Ks. esim. *Wärneryd JEP* 1996 s. 750–752.)

oikeudesta on sen haltijalle vähemmän hyötyä kuin siitä on haittaa muille: esimerkiksi käyttöoikeus vähentää esineen omistusoikeuden arvoa enemmän kuin itse käyttöoikeuden arvo on.⁵⁷ Tällöin ongelma voitaisiin ratkaista omistajan (A) ja käyttöoikeuden haltijan (B) välisellä vapaaehtoisella sopimuksella. Jos käyttöoikeus aiheuttaisi A:lle 150 euron haitan ja B:lle 100 euron hyödyn, olisi kummankin edun mukaista sopia, että A maksaa B:lle 125 euroa ja käyttöoikeus päättyy. Näin rationaaliset toimijat järjestäisivät joka tapauksessa oikeussuhteensa niin, että vain tarkoituksenmukaiset oikeudet jäisivät voimaan.⁵⁸

Useat tekijät voivat kuitenkin johtaa siihen, että A tai C ja B eivät onnistu keskinäisissä neuvotteluissaan pääsemään järkevään lopputulokseen.⁵⁹ Siksi oikeussääntöjen tulisi olla sellaiset, että niiden soveltaminen johtaa mahdollisimman tehokkaaseen lopputulokseen.⁶⁰ Tämän vuoksi oikeuksien sivullisittomuutta mietittäessä on otettava huomioon niiden tarkoituksenmukaisuus.

Maakaassa epätarkoituksenmukaisten sidonnaisuuksien välttämisen keinona on pätemättömyys jo *inter partes* -suhteessa: kiinteistökaupassa pätemättömiä ovat mm. ostajan oikeudellista määräämisvaltaa rajoittavat ehdot (MK 2:11.1:n 2-kohta). Epätarkoituksenmukaisiin oikeustyyppihin tulisi ehkä myös irtainten esineiden kohdalla suhtautua samalla tavalla eli pyrkiä säättämään ne jo osapuolten välillä sitomattomiksi.⁶¹ Tällöin jää kuitenkin ongelmaksi se, että sopimuksin on mahdollista perustaa aina uudentyyppisiä oikeuksia. Jos kaikki oikeudet, joiden tarkoituksenmukaisuuteen lainsäätäjät ei ole ehtinyt ottaa kantaa, katsottaisiin sivullisia

⁵⁷ Ks. esim. *Nial* SvJT 1940 s. 682.

⁵⁸ Tämä on ns. Coasen teoreeman mukaista. Sen mukaan osapuolet pääsisivät tehokkaaseen lopputulokseen riippumatta siitä, mitkä heidän keskinäistä suhdettaan koskevat oikeussäännöt ovat, jos he vain voisivat neuvotella ilman transaktiokustannuksia. (*Coase* 1988 s. 104.)

⁵⁹ Tällaisia syitä voivat olla esimerkiksi neuvotteluun liittyvät transaktiokustannukset – jotka em. Coasen teoreemassa on oletettu olemattomiksi – tai osapuolten huonot välit.

⁶⁰ *Mattei* 2000 s. 57. Lisäksi säännöt määrittävät, kumpi osapuoli on paremmassa asemassa. Jos B:n oikeus ei sido C:tä, se lakkaa automaattisesti ja B kärsii tappion. Jos se taas sitoo, C joutuu maksamaan B:lle sen lakkaamisesta. Molemmissa tapauksissa oikeus lakkaa. Tässä jaksossa ei kuitenkaan käsitellä B:n ja C:n välistä suhdetta, joka tulee esiin muissa jaksoissa, vaan arvioitavana on yleisen tason hyöty epätarkoituksenmukaisten oikeuksien lakkaamisesta.

⁶¹ *Forssell* on korostanut *inter partes* -suhteen sääntelyn merkitystä ensisijaisena keinona puuttua omistajan oikeusasemaa liikaa rajoittaviin sidonnaisuuksiin (1976 s. 216). Näkökohdan pääpiirteissään hyväksyvät myös *Rodhe* (1985 s. 610) ja *Tepora* (JJ 1985 s. 303).

sitoviksi, myös epätarkoituksenmukaiset oikeudet saisivat suojaa.⁶²

Kuitenkin sellaiset kiinteistöjä koskevat käyttö- ja muut oikeudet, joita ei ole maakaassa erikseen säädetty joko *inter partes* tai *ultra partes*-suhteessa sitomattomiksi, voivat pääsääntöisesti tulla sivullisia sitoviksi, eikä tämä sitovuus edellytä oikeuden tarkoituksenmukaisuutta. Jos lainsäätäjä pitäisi epätarkoituksenmukaisten oikeuksien välttämistä perusteena sitomattomuudelle sivullisia kohtaan, olisi tämä perusteltua huomioida juuri kiinteistöjä koskevassa sääntelyssä. Liittyyhän kiinteistöjen käyttöön yleensä irtaimia esineitä suurempi yleinen intressi, koska kiinteistöjä on vain rajoitettu määrä.⁶³ Sen sijaan irtaimia esineitä voidaan usein valmistaa lisää, minkä vuoksi niihin kohdistuvat epätarkoituksenmukaiset oikeudet eivät ole yhtä haitallisia yleisen edun kannalta. Siksi irtaimiin esineisiin kohdistuvia oikeuksia ei ole syytä kontrolloida yleisen edun perusteella ainakaan enempää kuin kiinteistöön kohdistuvia oikeuksia. Tämä tukisi ajatusta, että myös irtainten esineiden kohdalla voitaisiin pitää sitovina kaikkia sellaisia oikeuksia, joita ei ole säädetty sitomattomiksi.

Kiinteiden esineiden suuri merkitys voidaan kuitenkin nähdä myös päinvastaiseen suuntaan vaikuttavana argumenttina. Koska kiinteistöillä ja niihin kohdistuvilla oikeuksilla on suuri merkitys, on ollut perusteltua käyttää resurssuja siihen, että jo lainsäädäntövaiheessa on pohdittu, minkä oikeuksien sitovuus ei ole tarkoituksenmukaista. Sen sijaan irtainten esineiden kohdalla tämä ei olisi järkevää, koska irtaimet esineet eivät keskimäärin ole yhtä arvokkaita kuin kiinteistöt. Lisäksi irtaimia esineitä on niin monenlaisia, ja niihin kohdistuvia oikeuksia voi kehittää lähes rajattomasti, minkä vuoksi edes kaikkien taloudellisesti merkittävien oikeuksien tarkoituksenmukaisuuden tarkastelu lainsäädännön tasolla ei olisi mahdollista. Irtaimiin esineisiin kohdistuvien oikeuksien pitäminen pääsääntöisesti sivullisia sitovina ja kaikkien epätarkoituksenmukaisten oikeuksien torjuminen lainsäädännöllä ei siis näytä toimivalta ratkaisulta.

Myöskään pääsääntöisen sivullissitomattomuuden käyttäminen epätarkoituksenmukaisten oikeuksien torjumiseen ei ole onnistunut keino, koska tarkoituksenmukaisuudesta riippumaton sitomattomuus kohdistuisi useammin tarkoituksenmukaisiin kuin epätarkoituksenmukaisiin oikeuksiin, koska rationaaliset toimijat sopinevat useimmiten tarkoituksenmu-

⁶² Tuomisto pitää oikeuden tarkoituksenmukaisuutta sivullissitovuuden edellytyksenä, koska kaikkiin epätarkoituksenmukaisiin oikeuksiin ei voida puuttua lainsäädännöllä (Tuomisto 1993 s. 65).

⁶³ Kiinteistöjen irtaimia esineitä tärkeämmästä merkityksestä ks. esim. L. Kartio 2001 s. 70–71.

kaisista oikeuksista⁶⁴. Tämä ongelma voitaisiin ratkaista edellä esitetyn *Tuomiston* kannan mukaan siten, että sopimuksella perustetut oikeudet lähtökohtaisesti sitoisivat sopimusosapuolen seuraajaa, mutta soveltamistilanteessa olisi mahdollista todeta oikeus epätarkoituksenmukaiseksi ja siksi sivullisia sitomattomaksi. Kuitenkin tällainen sitomattomuussääntö, joka vaikuttaisi vain epätarkoituksenmukaisiin oikeuksiin, johtaisi epäselvyyteen ja lisääntyviin oikeudenkäynteihin epätarkoituksenmukaisuuden arvioinnin vaikeuden vuoksi.⁶⁵ Jaksossa 3 yritän sovittaa yhteen toisaalta oikeusseuraamusten ennakoitavuuden vaatimuksen ja toisaalta mm. tässä käsitellyn pyrkimyksen välttää epätarkoituksenmukaisia oikeuksia.

Tässä jaksossa on keskitytty sellaisiin oikeuksiin, joiden sivullissitovuuteen ei ole otettu kantaa lainsäädännössä. Samalla on todettu, että *lainsäätäjän* on mahdollista evätä *inter partes* -sitovuus sellaisilta oikeuksilta, jotka eivät ole tarkoituksenmukaisia. Sen sijaan sivullissitovuuden epäämistä sellaisilta oikeuksilta, joille on myönnetty *inter partes* -sitovuus, mutta joita pidetään epätarkoituksenmukaisina, ei vaikuta hyväksyttävältä. Jos oikeus on niin epätarkoituksenmukainen, että puuttuminen sen sivullissitovuuteen katsotaan perustelluksi, ei liene syytä myöntää sille sitovuutta myöskään sopimussuhteessa.⁶⁶

2.4 Sekunduksen selonottovaikeudet

Sekundukselle aiheutuvien selonottovaikeuksien on katsottu voivan olla syynä siihen, ettei tietoisuuskaan muodostu sitovuusperusteeksi. Vaikka sekunduksella olisi tieto siitä, että tiettyyn esineeseen kohdistuu jokin

⁶⁴ *Tuomiston* mukaan oikeuksia voidaan pitää lähtökohtaisesti tarkoituksenmukaisina. Hän vertaa *ultra partes* -suhdetta *inter partes* -suhteeseen ja toteaa, että kun *inter partes* -suhteessa sopimusvapauden presumoidaan johtavan hyväksyttävään tulokseen, samoin voidaan tehdä myös *ultra partes* -suhdetta tarkasteltaessa.

⁶⁵ Oikeudenkäyntien välttämiseksi esineoikeudellisten sääntöjen tulisi olla mahdollisimman selviä, jotta osapuolet tietäisivät ilman oikeudenkäyntiäkin, kumpi kollision oikeudessa voittaisi. Jos kollisionratkaisu riippuu sellaisesta tulkinnanvaraisesta asiasta kuin B:n oikeuden tarkoituksenmukaisuudesta, kumpikin osapuoli voi perustellusti uskoa voittavansa oikeudenkäynnissä. (Ks. *Mattei* 2000 s. 65–66.)

⁶⁶ Toki on mahdollista, että lainsäätaja rajoittaa tiettyjen *inter partes* -suhteessa sitovien oikeuksien sivullissitovuutta muista syistä kuin oikeuden epätarkoituksenmukaisuuden perusteella. Tässä jaksossa oikeuden epätarkoituksenmukaisuudella on näet tarkoitettu vain sitä, että oikeuden sitovuus johtaa oikeuden kohteen tehottomaan käyttöön. Epätarkoituksenmukaisuutta siinä merkityksessä, että oikeuden sivullissitovuudesta muuten aiheutuu haittaa vaihdannalle – esimerkiksi selonottokustannusten kasvun ja ennakoitavuuden heikkenemisen vuoksi – käsitellään muissa jaksoissa.

primuksen oikeus, hänellä ei silti välttämättä ole tarkkaa tietoa oikeuden sisällöstä ja hänen tietonsa voivat olla virheellisiä. Sujuvaa vaihdantaa haittaisi, jos sekunduksen olisi otettava lähemmin selvää kaikista tietoonsa tulleista primuksen oikeuksista.⁶⁷ Eräänä ratkaisuvaihtoehtona *Tuomisto* esittää, että sekundus olisi sidottu vain niihin primuksen ja tämän sopimuskumppanin välisen sopimuksen ehtoihin, joista sekundus on ollut tietoinen. Hän kuitenkin torjuu itse tämän mahdollisuuden todennäköisesti epätarkoituksenmukaisiin lopputuloksiin johtavana.⁶⁸

Argumenttia sujuvasta vaihdannasta voidaan arvioida vaihdannan tehokkuuden näkökulmasta. Tavoitteena on löytää tasapaino tilanteessa, jossa pyritään toisaalta kollisioiden välttämiseen ja toisaalta selonottovelvollisuudesta aiheutuvien kustannusten minimoimiseen. Selvää on, että nämä tavoitteet eivät voi toteutua maksimaalisesti yhtä aikaa, koska selonottovelvollisuuden laajentaminen toisaalta lisää selonottokustannuksia ja toisaalta vähentää kollisioita. Sekunduksen selonottovelvollisuutta on pyrittävä rajoittamaan siten, ettei sekunduksen tarvitsisi ottaa selvää primuksen mahdollisesta oikeudesta silloin, kun selonotosta aiheutuvat kustannukset ovat suuremmat kuin selonotolla vältettävä vahinko, joka kollisioista aiheutuisi.

Amerikkalaisessa oikeuskäytännössä on arvioitu vahingonaiheuttajan huolimattomuutta (negligence) siten, että käyttäytyminen on huolimattonta, jos se on tehotonta (inefficient). Jos varotoimenpiteestä aiheutuvat kustannukset (B) ovat pienemmät kuin sen laiminlyönnistä todennäköisesti aiheutuva vahinko (PL , jossa P on vahingon todennäköisyys ja L aiheutuneen vahingon suuruus), varotoimen laiminlyöminen on tehotonta.⁶⁹

Kaisto arvioi tämän alun perin vahingonkorvausoikeuteen sovelletun ns. *Handin* formulalan perusteella etenevän sivullissuhteen kollisionratkaisusääntöjä. Hän pyrkii määrittämään koneen ostajan selonottovelvollisuutta: voiko ostaja luottaa siihen, että konetta hallussaan pitävä myyjä on koneen omistaja, vai tuleeko hänen pyrkiä selvittämään, kuuluuko kone mahdollisesti myyjän sijaan leasingyhtiölle. Tehokkuuteen pyrittäessä on siis perusteltua edellyttää ostajan ottavan selvää leasingyhtiön mahdollisesta oikeudesta, jos selonotosta aiheutuvat kustannukset (B) ovat pienemmät kuin

⁶⁷ *Tuomisto* 1993 s. 130–131 ja *Tammi-Salminen* 2001 s. 165.

⁶⁸ *Tuomisto* 1993 s. 130–131.

⁶⁹ *Judge Learned Hand* käytti arviointitapaa oikeustapauksessa *United States v. Carroll Towing Co* (1947) (ks. esim. *Posner* 1998 s. 180–181). *Handin* formulalan kritiikistä ks. esim. *Wright* 1995 s. 205–252 ja *Simons* 1995 s. 474–476.

selonotolla vältettävästä kollisiosta todennäköisesti aiheutuva vahinko (PL) eli $B < PL$.⁷⁰

Samaa kaavaa voidaan soveltaa myös arvioitaessa, milloin esineen ostajan (C) on otettava selvää siitä, kohdistuuko kiistatta myyjälle (A) kuuluvaan esineeseen joitakin sivullisten oikeuksia. Kun C tietää edes jonkin verran B :n oikeudesta, hänen on helpompi ottaa tarkemmin selvää siitä kuin sellaisesta oikeudesta, josta hänellä ei ole mitään tietoa. Siten kaavassa mainittu B (selonottokustannukset) on pienempi kuin sellaisissa tilanteissa, joissa B vain tietää, että on mahdollista, että jokin sivullisen oikeus on olemassa. Tällaisessa tilanteessa myös todennäköisyys (P) sille, että A :n ja C :n välisestä oikeustoimesta aiheutuu vahinkoa, on suurempi kuin satunnaisesti valitussa tilanteessa. Sen voi ajatella olevan hyvin lähellä yhtä eli vahinkoa aiheutuu lähes varmasti: onhan jo tiedossa, että sivullisen oikeus on olemassa, ja – kollisionratkaisusta riippuen – se joko raukeaa, mistä aiheutuisi vahinkoa primukselle, tai jää voimaan, mistä aiheutuisi vahinkoa sekundukselle. Siksi mahdollinen kollisiovahinko (H), joka ei ole niin suuri, että sen perusteella asetettaisiin selonottovelvollisuus tilanteessa, jossa C :llä ei ole mitään tietoa sivullisen oikeudesta, voi riittää perusteeksi asettaa C :lle velvollisuus hankkia *lisätietoja* B :n oikeudesta.

Tässä yhteydessä on kuitenkin huomattava, että tehokkuusarvioinnin näkökulmasta kollisiosta aiheutuva vahinko ei ole yhtä kuin B :lle (tai C :lle) aiheutuva vahinko siitä, että tämä menettää oikeutensa kollision seurauksena. Kollision seurauksena varallisuus ainoastaan jakaantuu A :n, B :n ja

⁷⁰ *Kaisto* 1997 s. 339–341. Kaisto pitää kuitenkin ongelmallisena sitä, että kaavassa ei huomioida koneen oikean omistajan eli leasingyhtiön toimintaa. Vaikka ostajalle kollision välttämistä aiheuttavat selonottokustannukset olisivatkin pienemmät kuin kollisiosta aiheutuvan vahingon odotusarvo, oikea omistaja saattaa omalla toiminnallaan kyetä kollision estämiseen vielä alhaisemmin kustannuksin esimerkiksi merkitsemällä koneen siten, ettei sen omistajasta voida erehtyä. (Mts. 340–341.) Tämä näkökohta ei kuitenkaan liene relevantti tässä yhteydessä, kun C :llä oletetaan jo olevan jonkin verran tietoa B :n oikeudesta. Jos C tietää, että esineeseen kohdistuu sivullisen oikeus, B on ilmeisesti huolehtinut riittävällä tavalla oikeutensa tekemisestä julkiseksi – tai julkisuuden puuttumisella ei ole merkitystä, koska oikeus on joka tapauksessa tullut C :n tietoon. Kaistokin on valmis asettamaan ostajalle selonottovelvollisuuden jo sen perusteella, että koneesta voisi havaita jälkiä omistajan nimikyltin poistamisesta – siis tilanteessa, jossa ostajalla ei ole varsinaista tietoa oikean omistajan oikeudesta vaan ainoastaan syytä epäillä jotakin.

On toki mahdollista, että koko kollisiota ei olisi voinut lainkaan syntyä, jos B olisi toiminut huolellisesti. Näin on esimerkiksi kiinteistön panttaussitoumuksen tapauksessa: jos B olisi vaatinut A :lta viivästyketöntä panttikirjojen luovuttamista, panttikirjoja ei olisi voitu luovuttaa A :n sijaan C :lle. Palaan primuksen laiminlyönnin merkitykseen seuraavassa jaksossa.

C:n kesken eri tavalla kuin A:n ja B:n tai A:n ja C:n välisessä sopimuksessa on sovittu. Kollisiohäviäjän kärsimä menetys ei siis johda yhteiskunnan kokonaisvarallisuuden vähenemiseen.

Aiheutuuko kollisioista siis lainkaan sellaista vahinkoa, jonka välttämistä olisi syytä tavoitella?⁷¹ Jos kaikki olisi sujunut A:n ja B:n alkuperäisen sopimuksen mukaan, B:llä olisi edelleen A:n esineeseen kohdistuva oikeus eikä kenelläkään olisi sen kanssa kilpailevaa oikeutta. Kun kollisio nyt syntyy, B menettää tämän oikeuden tai vaihtoehtoisesti myöhemmän sopimuksen tehnyt C ei saakaan sopimukseen perustuvaa oikeutta, vaikka on jo mahdollisesti maksanut siitä vastikkeen A:lle. Kollisiotilanteessa siis A on saanut kaksi kertaa vastikkeen samasta oikeudesta: varallisuutta on siis siirtynyt perusteettomasti B:ltä tai C:ltä (kollisiohäviäjältä) A:lle. Myös tällaista A:n perusteetonta hyötymistä voidaan pitää yhteiskunnalliselta kannalta haitallisena, koska se voi johtaa varallisuuden tehottoaan allokointiin.⁷² Kun A voi luovuttaa saman oikeuden useampaan kertaan, hänen kannattaa disponoida oikeudesta uudelleen niissäkin tilanteissa, joissa oikeus olisi arvokkaampi primukselle kuin sekundukselle. Jos B tällaisen menettelyn seurauksena menettää oikeutensa C:lle, jolle oikeus ei ole yhtä arvokas, syntyy kokonaistaloudellista tappiota resurssien tehottomasta allokoinnista.

Toki ongelmaa lieventää se, että A:n tulee yleensä korvata sopimus-kumppanilleen näin aiheuttamansa vahinko. Jos A ottaisi tämän korvausvastuun huomioon, hän ryhtyisi kaksoisdisponointeihin vain silloin, kun hänen C:ltä saamansa vastike ylittäisi B:lle maksettavan vahingonkorvauksen⁷³. On kuitenkin epävarmaa, tuleeko B koskaan saamaan korvaus-

⁷¹ Mm. puhtaiden varallisuusvahinkojen korvattavuuden rajoittamista on perusteltu sillä, että kaikki varallisuusvahingot eivät ole vahinkoja yhteiskunnan kokonaishyödyn kannalta. Näitä vahinkoja koskevaa korvausvastuuta ei voi siksi perustella tarpeella välttää yleistä varallisuuden vähenemistä. (*Hemmo* 1998 s. 103–104.) Kollisiovahingot ovat yksi esimerkki tällaista vahingoista, jotka ovat vain varallisuuden redistribuutiota, eivät kokonaisvarallisuuden vähenemistä.

⁷² Tämä johtuu siitä, että resursseja siirtyy B:ltä A:lle muuten kuin markkinamekanismin – A:n ja B:n välisen kaupanteon – välityksellä. Markkinat eivät siis pääse toteuttamaan tehtäväänsä resurssien tehokkaan allokointi takajina. (Ks. resurssien tällaisen siirtymisen haitallisuudesta *Mattei* 2000 s. 60.)

⁷³ Jos C on valmis maksamaan vastikkeen, joka on B:lle oikeuden raukeamisesta aiheutuva vahinkoa suurempi, kyseessä on ns. tehokas sopimusrikkomus, jota voidaan pitää kokonaistaloudellisesti edullisena. Tehokkaiden sopimusrikkomusten mahdollistamista pidetään esimerkiksi syynä suosia sopimusoikeudellista vahingonkorvausta suhteessa luontoissuorituksen pakkotäytäntöönpanoon. (Ks. esim. *Posner* 1998 s. 145–146.) Samoin sillä voitaisiin perustella sopimukseen perustuvien oikeuksien sitomattomuutta suhteessa sivullisiin, jos kollisiotappion kärsinyt aina saisi korvauksen sopimus-kumppaniltaan.

ta A:lta – kaksoisdisponointeja harrastava sopimuskumppani ei ole luotettavin mahdollinen velallinen. A ei välttämättä aiokaan maksaa korvauksia, eikä siksi ota niitä huomioon harkitessaan kaksoisdisponoinnin kannattavuutta. Tämän vuoksi vahingonkorvausvastuu ei riittävällä tavalla estä A:n hyötymistä B:n kustannuksella kollisiotilanteissa.

Kollisiot ovat haitallisia paitsi allokaatio-ongelmien vuoksi myös siksi, että ne vähentävät vaihdannan varmuutta. Vaihdannan varmuus voidaan tässä yhteydessä määritellä B:n tai C:n mahdollisuudeksi tehdä oikeustoimia siten, että riski näihin oikeustoimiin perustuvien oikeuksien menettämisestä kollisioon vuoksi on mahdollisimman pieni. B:n näkökulmasta tämä tarkoittaisi aikaprioriteettiperiaatteen mahdollisimman laajaa noudattamista, kun taas C:n kannalta edullista olisi sitomattomuusperiaatteen noudattaminen.⁷⁴ Jos oman oikeuden pysyvyydestä ei ole kohtuullista varmuutta, B ja C eivät joko lainkaan ryhdy oikeustoimiin A:n kanssa tai ainakaan he eivät uskalla käyttää varojaan sellaisiin toimenpiteisiin, jotka käyvät hyödyttömiksi kollisiotappion myötä. Tämä on omiaan estämään tuottavaa, suunnitelmallista toimintaa.⁷⁵

Käsiteltävissä tilanteissa päästäisiin kuitenkin ilmeisesti molempien kannalta tyydyttävään tilanteeseen valitsemalla B:lle edullinen kollisioratkaisu: koska C:n kollisiotappio edellyttäisi joka tapauksessa tämän tietoisuutta B:n oikeudesta, hän voisi luottaa siihen, ettei kärsisi menetyksiä täysin yllättävien sivullisten oikeuksien vuoksi. *Kaisto* katsookin, että oikeustointen tekeminen on ”tehokkaimmillaan silloin, kun oikeussäännöllä turvataan maksimaalisen järkevästi toimiville henkilöille mahdollisuus luottaa oikeustoimen sivullissitovuuteen”⁷⁶. C:n ei voi katsoa toimivan ”maksimaalisen järkevästi”, jos hän tekee oikeustoimen tietoisena siten syntyvästä kollisiosta.

Sekä vaihdannan varmuuden, allokaatio-ongelmien välttämisen että suunnitelmallisen toiminnan kannustamisen voi siis katsoa puoltavan pyrkimystä kollisioiden välttämiseen.⁷⁷ Näyttäisi siltä, että vaihdannassa tällaisissa tilanteissa aiheutuvat selonottokustannukset olisivat niin pieniä, että jonkinasteinen selonottovelvollisuus olisi syytä asettaa. Edellä on näet jo

⁷⁴ *Tuomisto* 1993 s. 73.

⁷⁵ Resurssien tehokkaan ja suunnitelmallisen käytön edistäminen on perusteena esineoikeuksien suojaamiselle (ks. esim. *Posner* 1998 s. 36 ja *Mattei* 2000 s. 58–59). Samoin kuin tarvetta suojata oikeuksia staattisesti voidaan perustella tarvetta ylläpitää sellaista dynaamisen suojan tasoa, että oikeudenhaltija voi yleensä luottaa oikeutensa pysyvyyteen.

⁷⁶ *Kaisto* 1997 s. 320.

⁷⁷ Tämä tavoite edellyttää, että A:n ja B:n välistä sopimusta pidetään tarkoituksenmukaisena. Edellisessä jaksossa on todettu tämä hyväksi lähtökohdaksi.

todettu, että kustannuksia pienentävästi vaikuttaa se, että C:llä on jo valmiiksi jonkin verran tietoa B:n oikeudesta.⁷⁸ Lisäksi tiedonsaanti voi usein hoitua yksinkertaisesti, esimerkiksi kysymällä oikeudenhaltija B:ltä oikeudesta. Tämän intressissähän olisi selvittää oikeuden sisältö mahdollisimman tarkkaan, jotta oikeuden sitovuus C:tä kohtaan varmistuisi. Ongelmia voisivat kuitenkin aiheuttaa tilanteet, joissa C saa ristiriitaisia tietoja oikeudesta. Kenen antamiin tietoihin hän voi silloin luottaa?

Kaiken kaikkiaan selonottovaikeudet vaikuttavat relevantilta argumentilta primuksen oikeuden sitovuutta vastaan. Kuitenkin jokaisen primuksen oikeuden kohdalla olisi erikseen ratkaistava, onko selonotto siitä niin vaikeaa, että oikeuden olisi oltava sekundusta sitomaton; yksittäistapaukselliset selonottovaikeudet eivät saisi olla este oikeuksien pääsääntöiselle suojaamiselle. Lisäksi selonoton vaikeudella ei tulisi olla merkitystä silloin, kun sekundus on jo ottanut selon oikeudesta ja tietää kaiken olennaisen sen sisällöstä.

2.5 Primuksen laiminlyönti tai tietoinen riskinotto

Tietoisuuden hyväksymistä sitovuusperusteeksi vastustetaan myös siksi, että ei ole syytä suojata primusta, joka on laiminlyönyt velvollisuutensa suojata oikeutensa.⁷⁹ Perustelussa on ainakin kaksi heikkoa kohtaa. Ensinnäkin se voi olla relevantti vain tilanteissa, joissa primuksella on mahdollisuus tällaiseen oikeutensa suojaamiseen. Johdannossa mainituista oikeuksista tulisi siis kyseeseen kiinteistön panttaussitoumukseen perustuva oikeus, kun pantinsaaja ei ole saanut panttikirjaa vielä haltuunsa. Toiseksi yhtä lailla voidaan ajatella, ettei tule suojata toisen oikeutta tietoisesti loukkaavaa sekundusta. Ratkaistavaksi jää, kumpi on vähemmän suojarvoista:

⁷⁸ On myös huomattava, että C:n olisi joka tapauksessa oikeustointa suunnitellessaan otettava selvää sellaisista ”vahvoista” sivullisen oikeuksista, jotka sitovat häntä aina, jos hän ei ole perustellussa vilpittömässä mielessä. Tässä yhteydessä hän voi saada lisätietoa myös ”heikommista” oikeuksista samalla tavalla: esimerkiksi kiinteistöä koskevia saantotietomerkintöjä tarkastaessaan C saa tiedon myös mahdollisista esisopimuksista, koska myös niistä tehdään merkintä lainhuuto- ja kiinnitysrekisteriin (KirjRekA 14.1 §). Eräissä tilanteissa C:n pitäisi ottaa selvää oikeuden tarkemmasta sisällöstä siksi, että hän voisi päätellä, edustaako oikeus suojattua vai suojaa vaille jäävää oikeustyyppeä.

⁷⁹ Esimerkiksi maakaaren esitöissä perustellaan panttaussitoumuksen sitomattomuutta suhteessa sivullisiin sillä, että luotonantajan edellytetään luottoa antaessaan huolehtivan kaikista panttioikeuden pysyvyyteen vaikuttavista seikoista (HE 120/1994 s. 111). Panttivelkojaa ei siis olisi syytä suojata, jos hän luovuttaa luottopääoman velallisen käyttöön ennen kuin on saanut itselleen panttikirjojen hallinnan.

oman oikeutensa suojaamisen laiminlyönti vai toisen oikeuden tahallinen loukkaaminen. Selvältä näyttäisi, että pyrkimys toisen oikeuden tietoiseen loukkaamiseen on moitittavampi kuin omaa oikeutta koskeva laiminlyönti, eli primuksen oikeus olisi tämän laiminlyönnistä huolimatta suojan arvoisen.

Läheinen vertailukohta voidaan ottaa maakaaren lainhuutoa ja kirjaaamista koskevista säännöksistä, joiden mukaan lainhuudon hakemisen tai erityisen oikeuden kirjaamisen laiminlyönti ei johda oikeuden suojattomuuteen suhteessa sivullisiin. Kiinteistön kauppa tai kirjaamiskelpoisen erityisen oikeuden perustaminen sitoo kirjaamattomanakin myöhempää kiinteistön luovutuksensaajaa, jos tämä on tiennyt tai tämän olisi pitänyt tietää oikeudesta (MK 13:3). Tätä perustellaan sillä, että toisen oikeudesta tietoinen tai selonottovelvollisuutensa laiminlyönyt ei ansaitse suojaa.⁸⁰ Kollisionsratkaisu perustuu siis kollision molempien osapuolten toiminnan arvioimiseen: sekundus voi saada suojaa primuksen oikeutta vastaan, kun primus on laiminlyönyt oikeutensa suojaamisen, mutta suoja edellyttää sekunduksen vilpittömyyttä.⁸¹

Nähdäkseni oikeudessamme on voimassa sivullissuojakysymysten ulkopuolellekin ulottuva periaate, jonka mukaan huolimattomuus oman oikeuden turvaamisessa ei ole yhtä moitittavaa kuin toisen oikeuden tietoinen loukkaaminen, ja tämän vuoksi B:n huolimattomuudella ei ole merkitystä, jos C tietoisesti toimii B:n vahingoksi. Tämän käsityksen tueksi voidaan viitata sellaisiin kaupan osapuolten suhdetta koskeviin säännöksiin, joissa säädetään ostajan tarkastusvelvollisuuden tai reklamaation laiminlyönnin seurauksista. Tarkastus- ja reklamaatiovelvollisuushan ovat siinä mielessä vertailukelpoisia julkivarmistusvelvollisuuden kanssa, että ne ovat tarpeen velvoitetun oman oikeuden turvaamiseksi.⁸²

Jos ostaja on tarkastanut tavaransa ennen kauppaa tai laiminlyönyt tarkastuksen myyjän kehotuksesta huolimatta, hän ei saa irtaimen kaupassa ve-

⁸⁰ Tammi-Salminen JJ 1998 s. 301 ja Tammi-Salminen 2001 s. 163.

⁸¹ Tammi-Salminen 2001 s. 177–179.

⁸² Velvollisuudesta voidaan puhua eri merkityksissä. Niistä yksi on tässä puheena oleva käyttäytymisvaatimus, jonka rikkomisesta seuraa tiettyjen oikeudellisten etujen menettäminen. Ks. 'velvollisuus'-termin vaihtelevasta käytöstä L. Kartio 1974 s. 108–109, jossa Leena Kartio pitää termin käyttöä aiheellisena vain silloin, kun joku ulkopuolinen voi käyttää oikeudellisia keinoja saadakseen velvoitetun toteuttamaan velvollisuutensa. Itse kuitenkin katson, että termillä vakiintuneesti kuvataan käyttäytymisvaatimusta, jonka noudattamatta jäämisestä on haitallisia seuraamuksia – esimerkiksi oman oikeuden menetys. Tässä merkityksessä puhutaan esimerkiksi sekunduksen selonottovelvollisuudesta, jonka laiminlyönnillä sekundus menettää mahdollisuutensa ekstinktion oikeuksien kollisiotilanteessa. (Ks. esim. Zitting 1989 s. 39–41.)

dota virheenä seikkaan, joka hänen olisi pitänyt havaita tarkastuksessa (KL 20.2 §). Myöskään kiinteistökaupassa ostaja ei saa vedota sellaiseen laatu-
virheeseen, joka olisi voitu havaita kiinteistön tarkastuksessa ennen kaupan tekemistä (MK 2:22.1). Ostajalla on siis tarkastusvelvollisuus, jonka laiminlyödessään hän menettää oikeutensa vedota virheeseen. Pääsäännöstä on kuitenkin poikkeus: tarkastusvelvollisuutensa laiminlyönyt ostaja saa vedota virheeseen, jos myyjä on menetellyt kunnianvastaisesti ja arvottomasti (KL 20.2 § ja MK 2:22.3). Kiinteistökaupassa vetoaminen on mahdollista paitsi myyjän kunnianvastaisen ja arvottoman menettelyn myös tämän törkeän huolimattomuuden perusteella (MK 2:22.3).

Ostajan on ilmoitettava virheestä myyjälle kohtuullisessa ajassa vetoamisoikeuden menettämisen uhalla (KL 32 § ja MK 2:25.1). Ostaja ei kuitenkaan menetä oikeuttaan vedota virheeseen reklamaation viipymisen perusteella, jos myyjä on menetellyt törkeän huolimattomasti tai kunnianvastaisesti ja arvottomasti (KL 33 § ja MK 2:25.3).

Kunnianvastaisena ja arvottomana menettelynä tai törkeänä huolimattomuutena pidetään esimerkiksi tahallista virheellisten tai harhaanjohtavien tietojen antamista⁸³ ja kohteen ominaisuuksien tietoista salaamista.⁸⁴ Samoin voidaan suhtautua siihen, että myyjä on tiennyt virheestä.⁸⁵

Näille tapauksille on yhteistä, että ostajan edellytetään toimivan tietyllä tavalla (tarkastavan kohteen tai reklamoivan virheestä), jotta hän säilyttäisi oikeutensa suhteessa myyjään. Ostajalle on asetettu tämä velvollisuus myyjän suojaamiseksi: kohteen tarkastusvelvollisuuden vuoksi myyjä voi luottaa siihen, että ostaja ei tule kaupan jälkeen vetoamaan virheinä sellaisiin seikkoihin, jotka ovat olleet ostajan havaittavissa ja jotka myyjä siksi olettaa ostajan havainneen. Vastaavasti hän voi reklamaatiovelvollisuuden vuoksi luottaa siihen, ettei ostaja pitkän ajan kuluttua kaupan tekemisestä esitä yllättäviä vaatimuksia. Koska säännöt ovat olemassa myyjän suojaamiseksi, ne menettävät merkityksensä tämän toimiessa vilpillisesti: jos myyjä tiesi siitä, että ostaja ei ollut huomannut kohteen virhettä, ja käytti tätä hyväkseen, hän ei tarvitse suojaa. Myöhäinen reklamaatiokaan ei tule hänelle yllätyksenä, jos hän on itse tiennyt virheestä.

Edellä esitetyt yksittäiset säännöt ilmentävät nähdäkseni laajempaa periaatetta, jonka mukaan oman oikeuden turvaamisen edellytyksenä olevien velvoitteiden laiminlyönnillä ei ole merkitystä silloin, kun se, jonka suojaksi nämä velvoitteet on säädetty, on toiminut vilpillisesti tai ei tietoi-

⁸³ HE 120/1994 s. 57.

⁸⁴ HE 120/1994 s. 59, *Jokela – Kartio – Ojanen* 2004 s. 143 ja *Ämmälä JJ* 2004 s. 275–277.

⁸⁵ *Ämmälä* 2002 s. 113 ja *Kihlman* 1999 s. 324.

suutensa vuoksi tarvitse suojaa.⁸⁶ Julkivarmistuksella suojataan C:n luotamusta siihen, ettei hänen ostamaansa objektiin kohdistu oikeuksia, jotka eivät ole havaittavissa.⁸⁷ Samoin kuin edellä kuvatuissa esimerkeissä voidaan päätellä, ettei C tarvitse suojaa, jonka B:n oikeuden julkivarmistus hänelle antaisi, jos hän on ilman julkivarmistustakin tiennyt oikeudesta ja voinut ottaa sen huomioon toiminnassaan.

Toisaalta sitomattomuus on hyväksytty myös siksi, että B on sivullisia sitomattomasta oikeudestaan sopiessaan tiennyt, että oikeus ei saa sivullissuojaa. *Leena Kartion* mukaan esimerkiksi kiinteistökaupan esisopimuksen sivullissitomattomuus on ns. lakijohteinen tyyppiriski (ilmaisu *Havansilta*⁸⁸): oikeudenhaltijan on osattava varautua oikeusasemansa heikkenemiseen ulkopuolisten tekemien ratkaisujen vuoksi. Esisopimuksen sivullissitomattomuudesta on säädetty maakaassa, koska osapuolille on haluttu antaa mahdollisuus käyttää ehdollista kiinteistökauppaa ”lievempää” vaihtoehtoa.⁸⁹ Taustalla näyttäisi olevan ajatus, että asemansa suojaamisesta kiinnostuneen C:n tulisi pyrkiä käyttämään sivullisia sitovaa ehdollista kiinteistökauppaa ja toisaalta kärsiä seuraukset itse, jos valitsee huonommin suojatun vaihtoehdon.

Näkökohtaa voi puoltaa myös sopimusvapauden perusteella. Vaikka yleisenä käsityksenä onkin, että sopimuksen osapuolet eivät voi sopia sopimuksella perustamiensa oikeuksien sivullissuojasta kollisionratkaisusääntöjen vastaisesti,⁹⁰ he voivat kuitenkin sopimustyyppiä valitessaan ottaa huomioon kunkin sopimuksen oikeusvaikutukset suhteessa sivullisiin. Kun melko samanlaiseen tulokseen osapuolten välillä on mahdollista päästä sekä kiinteistökaupan esisopimuksella että ehdollisella kiinteistökaupalla, voitaisiin osapuolten ajatella tekevän valintansa juuri sivullissitovuusnäkökohtien perusteella.

⁸⁶ *Kihlman* korostaa, että tavaran tarkastusvelvollisuutta koskeva säännös asettaa ostajalle riskin siitä, ettei tavara ole hänen odotustensa mukainen. Riski kuitenkin siirtyy myyjälle, jos tämä *tietää*, ettei tavara vastaa ostajan odotuksia. (*Kihlman* 1999 s. 324.) Riskinjako on järkevä, koska ei ole perusteita asettaa ostajalle velvollisuutta käyttää aikaa virheen etsimiseen tavaraa tarkastamalla, jos myyjä jo tietää virheestä.

⁸⁷ Julkivarmistuksella on myös muita tehtäviä, mutta niillä on merkitystä pääasiassa suhteessa velkoihin (ks. näistä tekijöistä *Hessler* 1973 s. 87–88). C:n kannalta on merkitystä paitsi oikeuden julkisuudella myös sillä, että julkivarmistus on osaltaan tae siitä, ettei aikaisempi oikeustoimi ole tekaistu tai väärin päivätty. Tälläkään näkökohdalla ei nähtävästi ole merkitystä silloin, kun C on jo ennen luovutussopimuksen tekemistä tiennyt aikaisemmasta disponoinnista.

⁸⁸ *Havansi* 1981 s. 61.

⁸⁹ *L. Kartio* JJ 1997 s. 159–163.

⁹⁰ Ks. esim. *L. Kartio* 2001 s. 53–54.

Tällainen ajattelutapa on kuitenkin altis kritiikille. Ensinnäkin ongelmia aiheuttaa se, että käytännössä kollisionratkaisusäännöt eivät edes lie ne kaikkien kiinteistökaupan esisopimuksia – tai muita sivullisia sitomattomia sopimuksia – tekevien tiedossa, saati sitten vaikuta sopimustyyppin valintaan. Vaikka kaikkien oletetaan tietävän lain sisällön,⁹¹ ei tunnu asianmukaiselta päätellä osapuolten tavoittelevan sopimustyyppin valinnallaan tietynlaista kollisionratkaisua, jos he eivät edes tunne ratkaisuun vaikuttavia sääntöjä.

Tästä syystä voidaan kritisoida sitä, että säännöstä esisopimuksen sitomattomuudesta suhteessa sivullisiin ei ole otettu maakaareen, vaan sitomattomuus ilmenee vain joko *e contrario* -päätelmänä MK 2:7.3:sta tai lain esitöistä. Kiinteistökaupoissa on usein osapuolena luonnollisia henkilöitä, jotka ostavat kiinteistön ehkä vain kerran elämässään, minä vuoksi relevanttien sääntöjen tulisi ilmetä selvästi suoraan laista.

Toiseksi voidaan kysyä, miksi A:n ja B:n tulisi saada sopia sopimuksensa sitomattomuudesta suhteessa sivullisiin. Esisopimuksen sivullissitomattomuudella on merkitystä vain, jos esisopimusmyyjä A luovuttaa kiinteistön esisopimuksen vastaisesti C:lle. Sitomattomuus helpottaa tällaisessa tapauksessa sopimusrikkomusta, koska A ei todennäköisesti löytäisi kiinteistölle uutta ostajaa, jos esisopimus sitoisi sivullista ja C olisi vaarassa menettää kiinteistön B:lle. *Prima facie* vaikuttaisi oudolta perustella esisopimuksen ja ehdollisen kiinteistökaupan erilaista kohtelua sillä, että näin annetaan osapuolille mahdollisuus valita vaihtoehto, joka tekee A:lle helpommaksi rikkoa sopimusta.

Sopimusrikkomuksen seuraamuksista sopimisen katsotaan kuitenkin kuuluvan sopimusvapauden piiriin.⁹² Osapuolet voivat vapaasti sopia, että toisen jättäessä sopimusveloitteen täyttämättä, toinen osapuoli voi vaatia esimerkiksi vain ennalta määritettyä sopimussakkoa. *Kaisto* on kiinnittänyt huomiota siihen, että tällöin voi itse asiassa olla kyse vaihtoehtoisista velvoitteista: velallinen joko tekee teon X tai maksaa etukäteen määrätyn summan. Asianmukaiselta ei siis vaikuttaisi sanoa, että velallinen on velvollinen tekemään teon X.⁹³ Jos samaa sovelletaan esisopimukseen, jossa osapuolet ovat sopineet, että sopimuksen rikkonut A on velvollinen maksamaan B:lle vahingonkorvausta, mutta B ei voi vaatia luontoissuoritusta,

⁹¹ Asianosaisen on katsottu kantavan itse riskin, jos hän tietämättömänä lain sisällöstä ryhtyy toimenpiteeseen, josta siviilioikeudellisen sääntelyn mukaan aiheutuu hänelle haitallisia oikeusseuraamuksia (*Kivimäki – Ylöstalo* 1981 s. 10).

⁹² *Saarnilehto* 1987 s. 138.

⁹³ *Kaisto* 2001 s. 70–71.

A ei itse asiassa ole velvollinen tekemään lopullista kiinteistökauppaa, vaan hän on velvollinen *joko* tekemään kaupan *tai* maksamaan vahingonkorvausta. Jos A tekee jommankumman, kyseessä ei siis olisi lainkaan sopimusrikkomus.

Samoin osapuolet voivat luonnollisesti sopia, että A:n velvoitteena on lähtökohtaisesti luovuttaa kiinteistö, mutta jos A ehtii luovuttaa kiinteistön jollekulle toiselle, A:n on maksettava tietty vahingonkorvaus. A toimii tällöin sopimuksen mukaisesti, jos hän joko luovuttaa kiinteistön B:lle tai luovuttaa kiinteistön C:lle ja maksaa B:lle vahingonkorvausta.⁹⁴ Jälkimmäinen vaihtoehto ei siis olisi sopimusrikkomus vaan sopimuksen vaihtoehtoisen velvoitteen täyttäminen. Näin ajatellen sopimuksen sivullissitomattomuus ei helpottaisi sopimusrikkomusta vaan ainoastaan antaisi A:lle mahdollisuuden käyttää sopimukseen perustuvaa oikeuttaan velvoitteen valintaan.

Sopimusvapauden perusteella voidaan siis oikeuttaa se, että A ja B voivat valita joko sivullisia sitovan tai sitomattoman sopimustyyppin sen mukaan, mikä heille parhaiten sopii. Tämä puoltaa siis sivullisia sitomattomien vaihtoehtojen olemassaoloa silloin, kun tarjolla on keino sopia samasta asiasta myös sivullisia sitovasti.⁹⁵ Kuitenkin esimerkiksi irtaimen vuokraa pidetään – poikkeustapauksia⁹⁶ lukuun ottamatta – aina esineen luovutuksensaajaa sitomattomana. A ja B eivät siis edes halutessaan voi sopia vuokrasta sivullisia sitovasti. Primuksen tietoisin riskinoton perusteella voidaan nähdäkseni puoltaa oikeuden sitomattomuutta suhteessa siitä tietoiseen sivulliseen vain, kun lähes samaan tarkoitukseen voidaan käyttää sekä sivullisia sitovaa että sitomatonta sopimustyyppiä ja sopimuksen osapuolet ovat valinneet sitomattoman tyyppin.

Tosin esim. leasingsopimuksen vaihtoehtona on käytännössä usein osamaksukauppa. Leasingsopimukset voidaan myös muotoilla ehdoiltaan

⁹⁴ *Kaisto* on ratkaisua KKO 2002:58 arvioidessaan kiinnittänyt huomiota siihen, että omistuksenpidätysostaja ja -myyjä voivat sopia, että ostajan oikeus lakkaa, jos myyjä luovuttaa esineen sivulliselle (*Kaisto* LM 2003 s. 644).

⁹⁵ Voidaan kuitenkin asettaa kyseenalaiseksi, onko kiinteistökaupan esisopimukselle kaikissa tilanteissa todellista sivullisia sitovaa vaihtoehtoa. *L. Kartion* vaihtoehdoksi esittämä ehdollista luovutussopimusta esimerkiksi koskee samanlainen lainhuudatusvelvollisuus kuin ilman purkavaa tai lykkäävää ehtoa tehtyä kauppaakin, koska lainhuudatusaika alkaa kaupakirjan tekemisestä, ei kaupan tulemisesta lopulliseksi (MK 11:1.2). Koska varainsiirtovero on maksettava ennen lainhuudon hakemista, ehdollinen kauppa on verotuksellisesti esisopimusta epäedullisempi vaihtoehto. Ehdollista luovutusta ei myöskään – toisin kuin esisopimusta – voi tehdä yksipuolisesti velvoittavana.

⁹⁶ Huoneenvuokra sitoo luovutuksensaajaa huoneiston hallinnan perusteella (LHVL 31.1 § ja AHVL 38.1 §).

hyvin paljon kauppaa muistuttaviksi.⁹⁷ Näillä perusteilla voidaan ajatella, että irtaimen vuokran sivullissitomattomuus on kauppaa muistuttavien leasingosopimusten kohdalla perusteltua, koska osapuolet ovat tietoisesti valinneet kaupan sijaan sivullissuojaltaan heikomman vaihtoehdon. Koska leasingosopimuksella ja kaupalla on kuitenkin muitakin – esimerkiksi verotukseen ja kirjanpitokäsittelyyn liittyviä – eroja, osapuolten ei yleensä voitane katsoa valinneen leasingosopimusta siksi, että he näin saavat käyttöönsä sivullisia sitomattoman sopimustyyppin.

2.6 Objekttiivisten sitovuusperusteiden paremmuus

Tietoisuuden hyväksymistä sitovuusperusteeksi on pidetty vallan antamisena moraalisisille argumenteille vaihdannan edistämisen sijaan: vaihdannan varmuuden on nähty edellyttävän kollisioiden ratkaisemista objektiiivisten sitovuusperusteiden mukaan.⁹⁸ Tietoisuus olisi myös objektiiivisiä sitovuusperusteita epämääräisempi, koska se jouduttaisiin aina tuomioistuimissa päättelemään näytön arvioinnin perusteella. Oikeudenkäynnissä tulisi esittää näyttöä sellaisesta asiasta, josta vain sekunduksella itsellään on välitöntä tietoa. *Caselius* on epäillyt, että merkityksen antaminen tietoisuudelle voisi johtaa siihen, että ratkaisevaksi tulisi se, mitä sekunduksen arvellaan aavistavan tai mitä tämän piti tietää. Tällöin luovuttaisiin vanhan maakaaren aikana lähtökohtana olleesta ajatuksesta, jonka mukaan kiinteistön ostajaa suojataan ja kiinteistöön kohdistuva erityinen oikeus sitoo vain kirjattuna.⁹⁹

Forssell pitää todisteluvaikeuksien merkitystä vähäisenä ensinnäkin siksi, että *presumptiona* on sekunduksen vilpittömän mieli ja primuksen tehtävänä on näyttää tämän tietoisuus. Siten todistelusta aiheutuu vaikeuksia lähinnä primukselle, joka kuitenkin näin saa parempaa suojaa kuin siinä tapauksessa, että hänen oikeutensa ei lainkaan sitoisi sekundusta. Lisäksi tietoisuuden (tai perustellun vilpittömän mielen, jota *Forssell* käsittelee) hylkääminen sitovuusperusteena voisi johtaa siihen, että primuksen oikeuden suojaamista vaadittaisiin sillä perusteella, että sekundus on syyllistynyt kollusiiviseen menettelyyn – tällöin todisteluongelmaksi tulisi sekunduksen vahingoittamistarkoituksen näyttäminen.¹⁰⁰

⁹⁷ Ks. leasingin ja osamaksukaupan yhteisistä piirteistä esim. *Tuomisto* 1988 s. 25–26.

⁹⁸ *Hessler* 1973 s. 283 ja *Tammi-Salminen* 2001 s. 164.

⁹⁹ *Caselius* 1934 s. 182–184.

¹⁰⁰ *Forssell* 1976 s. 94.

Kaikkiin sellaisiin kollisionratkaisusääntöihin, joissa merkitystä annetaan subjektiiviselle momentille, liittyy näyttövaikeuksia. Tällöin on esitettävä näyttöä C:n tietoisuudesta tai hänen toimintansa tarkoituksesta eli asioista, joista viime kädessä vain C itse tietää. Nähdäkseni todisteluongelmien ei kuitenkaan tulisi ratkaista kollisionratkaisusääntöjä. Näyttöongelmia ei tulisi pelätä ainakaan silloin, kun riski tietoisuuden näyttämättä jäämisestä on B:llä, jota sääntö C:n tietoisuudesta sitovuusperusteena kuitenkin suojaisi.

Oikeusjärjestyksessämme on paljon sääntelyä, jonka soveltaminen johtaa väistämättä vaikeuksiin todistelussa: tietoisuuden osoittamiseen liittyvät näyttövaikeudet on hyväksytty esimerkiksi maakaassa, jonka mukaan kirjaamiskelvottomatkin oikeudet sitovat niistä tietoista sekundusta. Myös esimerkiksi kaksoisluovutuksessa relevantin vilpittömän mielen – ”tiesi tai olisi pitänyt tietää” – poissulkeminen voi tapahtua joko osoittamalla, että sekundus on laiminlyönyt selonottovelvollisuuteensa, tai osoittamalla sekunduksen tosiasiallinen tietoisuus. Jos tietoisuuden osoittamisen ei ole liian vaikeaa näissä tapauksissa, sen ei pitäisi olla sitä muidenkaan oikeuksien kollisionratkaistaessa.

On kuitenkin huomattava, että kollisionratkaisulla on merkitystä paitsi kollision osapuolille, myös ulkopuolisille. Ajatellaan esimerkiksi tilannetta, jossa A on luvannut perustaa B:lle panttioikeuden omistamaansa kiinteistöön, mutta onkin myynyt kiinteistön C:lle. Tämän jälkeen C tarjoaa panttioikeutta kiinteistöön D:lle. Jos *inter partes* -sitova oikeus sitoisi sivullista tietoisuuden perusteella, muodostuisi seuraavanlainen asetelma:

Jos C tiesi B:n oikeudesta, B:llä on häntä sitova oikeus saada kiinteistöön kohdistuva panttioikeus.

Jos B:llä on tällainen oikeus, se sitoo myös D:tä, jolle C perustaa panttioikeuden, jos D tietää oikeudesta.

Tilanne on ongelmallinen sellaisen D:n kannalta, joka tietää B:n ja C:n välisestä kollisionratkaisusta mutta ei sen ratkaisusta. Katsotaanko hänen tällöin tietävän B:n C:tä sitovasta oikeudesta?

Tietoisuus sitovuusperusteena voisi aiheuttaa ongelmia myös kiinteistöpanntijärjestelmälle. Ainakin järjestelmän luotettavuus kärsisi, kun sivullisia sitoisivat jossain määrin myös sellaiset panttaussitoumukset, jotka eivät ilmene rekisteristä.¹⁰¹ Kaiken kaikkiaan sivullisten näyttäisi ole-

¹⁰¹ Tosin lainhuuto- ja kiinnitysrekisterin julkisella luotettavuudella tarkoitetaan tarkasti ottaen sitä, että rekisterin tietoihin luottanut ja oman oikeutensa kirjaamista viipymättä

van helpompi saada tietoa esineeseen kohdistuvista oikeuksista, jos tietoisuus ei olisi sitovuusperuste.

Tietoisuudelle annettavan merkityksen katsotaan usein perustuvan moraalisiin syihin. Niitä ei ole pidetty relevantteina, vaan tietoisuuden merkitystä on esimerkiksi *Hesslerin* mukaan perusteltava asiallisilla (”sakliga”) syillä. Hän kiinnittää huomiota siihen, onko kyseessä primuksen oikeus, joka voi saada suojaa sellaisen objektiivisen esineoikeudellisen momentin (esim. kirjaamisen tai hallinnan siirron) nojalla, jota ei vielä ole tehty, vai oikeus, joka ei voi saada absoluuttista esineoikeudellista suojaa. Jos kyseessä on oikeus, joka voi saada suojaa ja jonka kohdalla esineoikeudellisen momentin tarkoituksena on julkisuuden tuominen, primuksen suojaaminen on perusteltua, koska riittävä julkisuus (suhteessa sekundukseen) on joka tapauksessa saavutettu. Jos esineoikeudellisen momentin tarkoituksena taas on oikeuden ”kypsytyksen osoittaminen”, sekunduksen tietoisuudella ei ole merkitystä. Jos vaihdannan intressin vuoksi taas ei katsota perustelluksi myöntää jollekin oikeudelle absoluuttista suojaa, oikeutta ei ole syytä suojata myöskään suhteessa siitä tietoiseen sekundukseen.¹⁰² *Hesslerin* mukaan siis sekunduksen tietoisuudella on merkitystä vain niissä tapauksissa, joissa oikeus voidaan saada kaikkia kohtaan suojatuksi jollakin julkisuutta tuovalla toimenpiteellä, mutta tätä toimenpidettä ei ole vielä tehty.

Tepora katsoo, että oikeussuojan kytkeminen ainoastaan objektiivisiin sitovuusperusteisiin turvaa selvyyttä ja oikeusvarmuutta mutta johtaa kaavamaiseen ja jäykkään järjestelmään, joka saattaa aiheuttaa kohtuuttomia ratkaisuja yksittäistapauksissa. Hänen mukaansa kollisionratkaisusääntöjä luotaessa on perinteisesti otettu huomioon moraaliset näkökohdat, vaikka niitä uudemmassa oikeuskirjallisuudessa¹⁰³ vähätelläänkin. Hän näyttäisikin subjektiivisiin sitovuusperusteisiin liittyvistä näyttöongelmista huolimatta vieroksuvan oikeustilaa, jossa objektiivisen momen-

hakenut saa suojaa muiden tekemiä väitteitä vastaan (ks. esim. *Jokela – Kartio – Ojanen* 2004 s. 232). Tämä pitäisi edelleen paikkansa, koska toisen oikeudesta tietoinen henkilö ei toimi *rekisterin tietoihin luottaen*: luottamuksen suoja voi tulla kyseeseen vain erehdytilanteissa. Kuitenkin voidaan pitää tavoiteltavana myös rekisterin tosiasiallista luotettavuutta eli kiinteistöä koskevien oikeuksien mahdollisimman kattavaa ilmenemistä rekisteristä.

¹⁰² *Hessler* 1973 s. 284–285.

¹⁰³ Selvyyden vuoksi mainittakoon, että *Teporan* käsittelemä ”uudempi” oikeuskirjallisuus on 1970-luvulta. Tuolloin erityisesti *Zitting* korosti, että toisen oikeuden sitovuus siitä tietoista sivullista kohtaan ei perustu moraalisiin näkökohtiin, vaan vilpittömästä/vilpillisestä mielestä puhutaan juridis-teknisenä käsitteenä (*Zitting* DL 1977 s. 184–185). Myöhemmässä tuotannossaan *Zitting* on tuonut esiin myös moraaliset näkökohdat – rehellisyyden ja kunniallisuuden vaatimuksen – kollisionratkaisunormien taustalla (*Zitting* 1989 s. 41).

tin täyttyminen ratkaisisi yksiselitteisesti suojan tason kaikissa henkilösuhteissa.¹⁰⁴

Pidän moraalien merkityksen vähättelyä hieman oudoksuttavana. Oikeus ja moraalit kuuluvat väistämättä yhteen; oikeuden on oltava oikeudenmukaista tai ainakin siihen on pyrittävä. Kuten Niemi toteaa, ”moraalinen ja oikeudenmukaisuuden periaatteet, muiden aineellisten, esim. liike- tai kansantaloudellisten argumenttien ohella, ovat eräs keskeinen *tapa aineellisesti oikeuttaa oikeuden säännöt* ja se mahdollistaa myös positiivisen oikeuden arvioinnin ja kritiikin”.¹⁰⁵ Sivullissuhteisiin liittyvänä keskeisenä moraalisenä sääntönä Niemi tuo esiin *Gauthierin* oikeudenmukaisuusteoriaan kuuluvan sivullisten perusteettoman rasittamisen kiellon, jonka mukaan oikeussääntöjen on estettävä vaihdannan kustannusten perusteeton vyöryttäminen sivullisille.¹⁰⁶ Jos kollisiotilanteessa primuksen oikeus joutuu väistymään, kun esine myydään sekundukselle, myyjä hyötyy primuksen kustannuksella. Toisaalta jos sekundus, joka ei ole tiennyt aiemmasta kaupasta, häviäisi kollisioon, myyjä hyötymään hänen kustannuksellaan: siksi sivullisten oikeuksien yhteensovittaminen voikin olla vaikea kysymys.¹⁰⁷ Niemi mainitsee siis vain kollisiot, joissa sekundus ei ole tiennyt primuksen oikeudesta. Tämä on ymmärrettävää, sillä ongelmaa ei näyttäisi muodostuvan, jos sekundus tietää primuksen häntä sitovasta oikeudesta. Tällöinhän primuksen oikeus ei tule sekunduksen rasitukseksi perusteetta, vaan siksi, että sekundus siitä tietoisena on ryhtynyt oikeustoimeen myyjän kanssa.

Edellä kuvattu moraalinen perustelu tukee tietoisuuden pitämistä sitovuuksiperusteena. Se on kuitenkin vain yksi huomioon otettava peruste, jonka

¹⁰⁴ *Tepora* 1984 s. 134–137. Moraalisten näkökohtien merkitystä kollisioratkaisusääntöjen taustalla osoittaakin nähdäkseen jo erottelun vilpittömän mieli/vilpillinen mieli käyttäminen. Jos sääntö alun perin perustuisi ainoastaan vaihdannan intressiin, käytettäisiin todennäköisesti vähemmän arvolutautunutta ilmaisua.

¹⁰⁵ Niemi 1996 s. 127–128. Materiaalisen oikeudenmukaisuuden merkitystä perinteisesti vaihdannan edulle perustuneessa esineoikeudessa ovat korostaneet mm. *L. Kartio* (ks. esim. *JJ* 1997 s. 158–163, jossa Kartio on kuvannut kunniallisen ja rehellisen vaihdannan ideaalimallia, ja *LM* 1998 s. 1059), *Tepora* (1984 s. 134–136, *JJ* 1985 s. 307 ja *LM* 1998 s. 777–779) ja *Tammi-Salminen* (ks. esim. 2001 s. 20–21 ja 30–32 ja *LM* 2001 erit. s. 870).

¹⁰⁶ Niemi 1996 s. 202. Tosin tämä kieltä voidaan kuvata paitsi edellä vieroksuttuna moraalisääntönä myös yleisesti hyväksytympänä vaihdannan etuun perustuvana argumenttina, sillä vaihdannan kustannusten vyöryttäminen sivullisille johtaisi taloudellisen toiminnan ja markkinoiden vääristymiseen ja sitä kautta yhteisön taloudellisten etujen vähenemiseen.

¹⁰⁷ Niemi 1996 s. 202–203. Tosin esimerkiksi myyjä olisi kuitenkin velvollinen korvaamaan kollisioon hävinneelle aiheutuneen vahingon, eli sikäli hänen hyötynsä ei jäisi lopulliseksi. Kollisioratkaisu on kuitenkin merkittävä, koska kollisiovoittaja on huomattavasti turvatummassa asemassa kuin häviöjä, joka esineen omistusoikeuden sijaan joutuu tyytymään epäluotettavaan myyjään kohdistuvaan vahingonkorvausvaateeseen.

lisäksi on huomioitava muut sitovuuden puolesta ja sitä vastaan puhuvat argumentit, joita tässä kirjoituksessa käsitellään. Kuitenkaan sitä tai muita moraalisia perusteluja ei pitäisi vieroksua vaan ne tulisi hyväksyä tasaverlaisina taloudelliseen tehokkuuteen pohjautuvien perustelujen rinnalle.

2.7 Osittaisen sitovuuden epätarkoituksenmukaisuus

Eräiden oikeuksien täydellistä sitomattomuutta on puollettu myös sillä, että ei ole perusteltua myöntää tietoisuuden perusteella suoja (velvoite)-oikeuksille, jotka eivät muilla perusteilla voi sitoa sivullisia.¹⁰⁸ Tietoisuutta on pidetty epätarkoituksenmukaisena sitovuusperusteena, koska se johtaa tilanteisiin, joissa oikeus saa vain osittaista suojaa. Jos oikeudenhaltija saa suojaa vain hänen oikeudestaan tietoista omistajan seuraajaa vastaan, oikeudenhaltijan asema jää hyvin epävarmaksi, minkä vuoksi osittainen suoja ei ole tarkoituksenmukainen.¹⁰⁹

Tuomisto korostaa kuitenkin mainitun argumentin soveltumista vain vakuusoikeuksiin. Tätä hän perustelee sillä, että velkojia sitomaton vakuusoikeus on vakuutena kelvoton eikä voi täyttää vakuusoikeuksien perustehtävää eli parantaa velallisen mahdollisuuksia saada luottoa edullisilla ehdoilla. Sen sijaan käyttöoikeuden haltijaa voidaan suojata suhteessa omistajan luovutuksensaajiin riippumatta siitä, saako hän suojaa suhteessa omistajan velkoihin. Käyttöoikeus voi näet olla käyttökelpoinen, vaikka se ei nauttisikaan suojaa kaikissa henkilösuhteissa.¹¹⁰

Velkojia sitomattomia ovat sellaiset vakuusoikeudet, joissa esinettä käytetään vakuutena ilman asianmukaisen julkivarmistuksen suorittamista. Esimerkiksi voidaan ottaa A:n ja B:n välinen sopimus siitä, että jokin A:n omistama irtain esine toimii velan vakuutena, vaikka onkin koko ajan A:n hallussa. Tällaisessa tilanteessa B:llä ei ole oikeutta itse ottaa esinettä halluunsa A:lta, vaikka A laiminlöisikin velan maksun.¹¹¹ Hänen olisi siis

¹⁰⁸ *Tammi-Salminen* 2001 s. 164–165.

¹⁰⁹ *Håstad* 1996 s. 441.

¹¹⁰ *Tuomisto* 1988 s. 138 ja *Tuomisto* 1993 s. 113–114.

¹¹¹ Tämä perustuu hallinnan oikeussuojaan ja omankädenavun kieltoon. Hallinnan riistäminen toiselta ilman lakiin perustuvaa oikeutusta on kiellettyä. Yhteiskuntarauhan takaamiseksi pyritään näet suojaamaan vallitsevia tosiasiallisia olosuhteita, kunnes tuomioistuinkäsittelyssä on todettu niiden oikeudenvastaisuus. Tämänkin jälkeen hallintasuhteiden oikaiseminen on täytäntöönpanoviranomaisten asia. (Ks. esim. *Zitting – Rautiala* 1982 s. 68 ja *L. Kartio* 2001 s. 146–149.) Hallinnan loukkaus, jota mm. hallinnan riistäminen tuomioistuinja ulosotto prosessi sivuuttaa on, on myös kriminalisoitu rikoslain 28 luvun 11 §:ssä.

ensin saatava A:han kohdistuva suoritusuomio ja tämän jälkeen haettava esineen ulosmittausta.¹¹² Toisaalta hän voisi toimia samoin ilman *inter partes*-sitovaa vakuusoikeuttakin. Jos A on luovuttanut vakuuskohteen C:lle, B voisi toimia muuten samalla tavalla, mutta kohdistaa ulosmittausvaatimuksensa johonkin muuhun A:lle kuuluvaan esineeseen. Koska B:lle velkojana on yhdentekevää, minkä A:n esineen ulosmittauksella hän saa suorituksen saatavallaan, hän kärsii tällaisessa tilanteessa vahinkoa vain, jos A:lle ei esineen luovutuksen jälkeen jää ulosmittauskelpoista omaisuutta. Jos A tulee luovutuksen seurauksena maksukyvyttömäksi tai ylivelkaiseksi, B:tä ja muita A:n velkojia suojaavat takaisinsaantisäännökset.¹¹³

Erityisesti A:n konkurssissa tai vakuusesineeseen kohdistuvassa ulosmittauksessa vakuusoikeus olisi arvoton, koska se ei sitoisi A:n muita velkojia: esine kuuluisi A:n konkurssipesään ja se voitaisiin ulosmitata A:n velasta A:n ja B:n välisestä sopimuksesta riippumatta. Jos taas B olisi ehtinyt saada suorituksen vakuusesineen arvosta juuri ennen konkurssia tai ulosmittausta, suoritus tultaisiin todennäköisesti peräyttämään.¹¹⁴ Jos sen sijaan vakuuskohde olisi myyty C:lle ja B:n vakuusoikeus sitoisi C:tä, B olisi paremmassa asemassa kuin ennen esineen luovutusta. B näet voisi saada suorituksen esineen arvosta, vaikka tämä ei olisi ollut mahdollista, jos esine olisi ollut edelleen A:n omistuksessa.

Osittaisen sitovuuden epätarkoituksenmukaisuus vaikuttaakin hyvältä syytä olla suojaamatta sellaisia vakuusoikeuksia, jotka eivät voi saada suojaa suhteessa velkojiin. B:lle ei näyttäisi aiheutuvan juurikaan vahinkoa hänen oikeutensa raukeamisen vuoksi, ja toisaalta B:n oikeuden tuleminen C:tä sitovaksi olisi C:lle suuri rasitus. B näyttäisi hyötyvän perusteettomasti, jos hänen oikeutensa sitoisi C:tä.

Mikään johdannossa esimerkkinä esitetyistä oikeuksista ei kuitenkaan ole vakuusoikeus, joka ei saa suojaa suhteessa velkojiin.¹¹⁵ Niinpä niiden kohdalla voidaankin pitää ongelmallisena perustelua, jonka mukaan se-

¹¹²B:n asema on siis tässäkin suhteessa heikompi kuin käteispanntioikeuden haltijalla, jolla on pantti hallussaan ja joka voi velan jäädessä maksamatta ottaa omatoimisesti suorituksen pantista (ks. panttiavelkojan edullisesta asemasta esim. *Havansi* 1992 s. 400–401).

¹¹³Tosin takaisinsaantisäännösten perusteella tapahtuva peräyttäminen tulee koko velkojakollektiivin, ei ainoastaan B:n hyväksi. Tämä ei kuitenkaan aseta B:tä huonompaan asemaan, kuin missä hän alun perin oli, koska hänen oikeutensa ei missään vaiheessa ole ollut A:n velkojia sitova.

¹¹⁴Tällaisessa tilanteessa kyseessä olisi TakSL 10 §:ssä mainittu velan maksu epätavallisin maksuvälinein.

¹¹⁵Vaikka kiinteistön panttaussitoumus ei tuotakaan saajalleen kiinteistöön kohdistuvaa oikeutta kiinteistön ulosmittauksessa tai kiinteistön omistajan konkurssissa, se on kuitenkin yksi askel tiellä suojatun aseman saavuttamiseksi.

kunduksen olisi sallittua tietoisesti huonontaa primuksen asemaa vain siksi, ettei hänen suojansa (vielä) ole paras mahdollinen. Pitäisikin voida esittää erityisiä syitä, joiden vuoksi oikeuden osittainen suojaaminen olisi *haitallista*. Jos tällaisia syitä ei voida esittää, voidaan oikeutta yhtä hyvin suojatakin. Niinpä tällaisen osittaisen sitovuuden epätarkoituksenmukaisuutta voidaan pitää lähinnä lisäargumenttina, kun primuksen suojaamiselle nähdään olevan muitakin (esimerkiksi edellä mainittuja) esteitä. ”Kaikki tai ei mitään” -tyyppistä ajatusta siitä, että suojan heikkoutta jossakin henkilösuhteessa pidetään riittävänä perusteena suojan epäämiselle jossakin toisessa suhteessa, onkin kritisoitu.¹¹⁶ Koska primuksen oikeuden suojaamisesta aiheutuisi haittaa vain siitä tietoiselle ja siten varautumaan pystyvälle sekundukselle, en pidä perusteltuna suojan epäämistä muilta kuin vakuusoikeuksilta *vain* muissa suhteissa puutteellisen suojan perusteella.

2.8 Ennakoitavuuden vaatimus

Edellä on todettu, että joillakin sitomattomuutta puoltavilla argumenteilla on merkitystä vain tietynlaisten oikeustyyppien kohdalla. Eri oikeustyyppien sitomattomuuden voi siis katsoa perustuvan eri syihin. Esimerkiksi kiinteistökaupan esisopimusta voi pitää sitomattomana siksi, että osapuolet ovat vapaaehtoisesti valinneet sopimustyyppin, joka ei sido sivullisia. Panttaussitoumuksen sitomattomuus on maakaaren esitöissä perustettu primuksen laiminlyöntiin: huolimattomasti toimiva luotonantaja ei ansaitse suojaa. Joitakin A:n ja B:n väliseen sopimukseen perustuvia oikeuksia voi pitää sellaisina, että C:n on hyvin vaikea saada tieto niiden tarkasta sisällöstä, vaikka hän tietäisikin niiden olemassaolosta.

Toisaalta kaikkien oikeustyyppien kohdalla voidaan kiinnittää huomiota näkökohtiin, joiden mukaan objektiiviset sitovuusperusteet ovat subjektiivisia parempia tai osittainen sitovuus on epätarkoituksenmukainen. Olen kuitenkin edellä todennut, ettei muiden oikeuksien kuin vakuusoikeuksien osittaisen sitovuuden epätarkoituksenmukaisuudelle tulisi antaa itseinäistä painoarvoa ja että subjektiiviset sitovuusperusteet ovat ongelmallisia lähinnä kollision ulkopuolisten tahojen kannalta.

¹¹⁶ Ks. esim. *Forssell* 1976 s. 113, jossa Forssell esittää *Brunnerin* varsin osuvan vertauksen, jonka mukaan yhtä vähän, kuin leijonan syömäksi joutuvaa lohduttaa se, että hän olisi voinut joutua myös tiikerin syömäksi, lohduttaa oikeutensa kohde-esineen myynnin vuoksi menettävää käyttöoikeuden haltijaa se, että hän olisi voinut menettää oikeutensa myös esineeseen kohdistuvan ulosmittauksen vuoksi.

Koska eri oikeustyyppien kohdalla eri argumentit saavat merkitystä, mahdollisimman tarkoituksenmukaisten yleisten kollisionratkaisusääntöjen muodostaminen näyttää vaikealta. Tyydyttävältä ratkaisulta ei vaikuta se, että kaikkia *inter partes* -sitovia oikeuksia pidettäisiin lähtökohtaisesti niistä tietoisia sivullisia sitovina ja ratkaistaisiin aina yksittäistapauksittain, onko jotakin oikeutta kuitenkin jollakin edellä mainitulla perusteella pidettävä sitomattomana. Laissa ei olisi käytännössä mahdollista säätää erikseen kaikkien mahdollisten oikeuksien sivullissitovuudesta, joten ainoaksi vaihtoehdoksi jäisi *in casu* -ratkaisujen tekeminen soveltamistilanteissa. Vaikka tapauskohtainen harkinta mahdollistaisikin materiaalisesti oikeudenmukaiset ratkaisut yksittäistapauksissa, se vaarantaisi oikeusvarmuuden, sillä tuomioistuinten arvioinnit edellä esitettyjen perusteiden soveltumisesta yksittäisiin oikeustyyppeihin saattaisivat olla hyvin vaikeasti ennakoitavissa.¹¹⁷ Tällainen oikeusvarmuuden puute vaarantaa oikeusturvaa, heikentää toimijoiden mahdollisuuksia rationaaliseen päätöksentekoon ja johtaa oikeudenkäyntien lisääntymiseen.¹¹⁸

¹¹⁷Kyseessä olisi tyyppiesimerkki sellaisista *Teporan* tarkoittamista tilanteista, joissa oikeudellisen ratkaisun ennakointi on vaikeaa, koska siihen vaikuttavat monet erilaiset intressit ja tavoitteet. Tällöin materiaalisesti oikeudenmukaisuuteen pyrkiminen vaarantaa yksilöiden oikeusturvaa, koska heillä ei toiminnastaan päättäessään ole varmaa tietoa siihen liittyvistä oikeusseuraamuksista. (*Tepora* LM 1998 s. 775.)

Mononen korostaa ennakoitavuuden sijaan ratkaisujen johdonmukaisuutta ja perustelujen avoimuutta. Hän pitää mahdollisena perustaa ratkaisut myös moraalisiin argumentteihin ja katsoo perustelujen avoimuuden tällöin toteuttavan muodollista oikeusturvaa, vaikka ennakoitavuudesta joudutaankin tinkimään. (*Mononen* 2001 s. 2003.) *Wilhelmssonin* mukaan argumentoinnin avoimuus on osa ennakoitavuutta: vaikka punninnan lopputulos olisikin heikosti ennakoitavissa, ratkaisuun vaikuttavien argumenttien ennakoitavuus olisi parempi. Hän näyttäisikin pitävän ratkaisujen materiaalista oikeudenmukaisuutta pääsääntöisesti niiden ennakoitavuutta tärkeämpänä. (*Wilhelmsson* LM 2004 s. 219–222.)

Tolonen katsoo, että ennakoitavuusvaade on aina sovittava yhteen ns. asianmukaisuusvaateen kanssa: jokaisen jutun kohdalla on erikseen arvioitava, missä määrin tulee painottaa ennakoitavuutta ja oikeuskäytännön yhtenäisyyttä, missä määrin asianmukaisuutta eli konkreettisiin olosuhteisiin perustuvaa harkintaa ja joustavuutta. (*Tolonen* 2003 s. 121.)

Nähdäkseni perustelujen avoimuus ei takaa muodollista oikeusturvaa, jos ratkaisujen ennakoitavuus kärsii. On toki selvää, etteivät ratkaisut koskaan voi olla täysin ennakoitavissa – normit ovat tulkinnanvaraisia, ja näissä tulkinnanvaraisissa tilanteissa tuomarin on Tolosen esittämällä tavalla harkittava, pyritäänkö ennemmin noudattamaan oikeuskäytännössä vakiintunutta tulkintalinjaa vai ratkaisemaan asia kaikki relevantit tosiseikat huomioon ottaen ja mahdollisesti aikaisemmasta linjasta poiketen. Ennakoitavuuteen on kuitenkin pyrittävä suorittamalla mahdollisimman suuri osa kohtuus- ja tarkoituksenmukaisuusharkinnasta jo lainsäädäntövaiheessa. Materiaalisesti oikeudenmukaisiin ratkaisuihin voitaisiin päästä korvaamalla koko lainsäädäntö yhdellä normilla, jonka mukaan tuomarin on ratkaistava asiat niin kuin katsoo oikeudenmukaiseksi. Muodollisen oikeusturvan kannalta tämä ei ole riittävää, vaikka ratkaisut perusteltaisiin kuinka avoimesti.

¹¹⁸Rationaalinen päätöksenteko vaikeutuu, kun esimerkiksi C ei oikeustointa harkitessaan tiedä, miten hänen ja B:n välinen kollisio tulee ratkeamaan. Hän voi esimerkiksi luottaa B:n oikeuden raukeamiseen ja siksi tehdä oikeustoimen, joka osoittautuu kannattamattomaksi, kun B:n oikeus jääkin häntä sitovaksi. Ennakoitavuuden merkitystä oikeudenkäyntien vähentämisessä on käsitelty edellä jakson 2.3 lopussa.

Ennakoitavuuden vaatimus saattaisikin olla peruste sille, että oikeuksia pidettäisiin lähtökohtaisesti niistä tietoisekin sivullisia sitomattomina. Lisäksi lainsäätäjän harkinnan mukaan voitaisiin säätää sivullisia sitoviksi sellaiset oikeudet, joiden suojaaminen katsotaan perustelluksi.¹¹⁹

3 SITOMATTOMUUDEN PERUSTELUJEN RYHMITTELYÄ JA JOHTOPÄÄTÖKSIÄ

Edellä olevat perustelut voidaan jakaa kahteen ryhmään: toiset perustuvat intressipunnintaan B:n ja C:n intressien välillä, toiset yleisemmän tason tehokkuus- ja oikeusvarmuuspyrkimyksiin.¹²⁰

B:n ja C:n intressien väliseen punnintaan liittyvät syyt, joiden vuoksi B:n ei katsota tarvitsevan tai ansaitsevan suojaa: suojan tarpeen vähäisyys sekä primuksen laiminlyönti tai tietoinen riskinotto. Yleisen edun huomioivia argumentteja ovat primuksen oikeuden epätarkoituksenmukaisuus, sekunduksen selonottovaikeudet, objektiivisten sitovuusperusteiden paremmuus, osittaisen sitovuuden epätarkoituksenmukaisuus sekä ennakoitavuuden vaatimus.

En ole pitänyt suojan tarpeen vähäisyyttä relevanttina argumenttina, ja olen kyseenalaistanut myös primuksen laiminlyönnin merkityksen silloin, kun C tietää B:n oikeudesta. Tietoisella riskinotolla voi olla merkitystä, jos sen tulkitaan tarkoittavan, että A ja B ovat tietoisesti valinneet tietyn sopimustyyppin, koska eivät ole halunneet sopimuksensa oikeusvaikutusten ulottuvan sivullisiin. Tehokkuushenkisistä argumenteista olen katsonut objektiivisten sitovuusperusteiden paremmuuden ja osittaisen sitovuuden epätarkoituksenmukaisuuden muuten kuin vakuusoikeuksien kohdalla melko vähämerkityksiseksi, kun taas primuksen oikeuden epätarkoituksenmukai-

¹¹⁹ *Tepora* on kiinnittänyt huomiota siihen, että muuttuneet yhteiskunnalliset olosuhteet voivat antaa aiheen suojata aiemmin vain *inter partes* -suhteessa suojattuja oikeuksia myös suhteessa sivulliseen. Tämän tulisi pääsääntöisesti tapahtua lainsäätäjän oikeustyypeittäin tapahtuvan tarkoituksenmukaisuusharkinnan perusteella, mutta käytännössä myös lainsoveltaja voi korjata suojan puuttumisen aiheuttamia kohtuuttomia seuraamuksia. Korjaaminen on tapahtunut esimerkiksi tulkitsemalla sekunduksen tietoisuus aikaisemmasta oikeudesta osoitukseksi siitä, että sekundus hyväksyy tämän oikeuden itseään sitovaksi. (*Tepora* JJ 1985 s. 302.)

¹²⁰ Esineoikeudessa on perinteisesti painotettu jälkimmäisiä. Sivullissuhteissa oleellisena pidetään vallitsevan kannan mukaan *ennakoitavuuden* sekä *vaihdannan intressin* ja *luotonannon varmuuden* edistämistä. (Ks. esim. *Tepora* LM 1998 s. 777.)

suus ja sekunduksen selonottovaikeudet ovat relevantteja ainakin joissakin tilanteissa. Lopuksi oikeusvarmuus edellyttää yksinkertaisia ja selkeitä yleisen tason kollisionsratkaisusääntöjä kaikki olosuhteet huomioon otavien *in casu* -punnintojen sijaan. Nykyinen oikeustila – sellaisena kuin se ilmenee korkeimman oikeuden käytännössä – tyydyttäne jossain määrin oikeusvarmuusvaatimukset, mutta ratkaisee B:n ja C:n välisen intressiristiriidan epätydyttävällä tavalla B:n oikeudesta tietoisesti C:n hyväksi. Tällainen ratkaisu loukkaa B:lle perusoikeutena kuuluvaa omaisuudensuojaa.¹²¹ Lisäksi voidaan pitää tehokkuuden kannalta ongelmallisena sitä, että sinänsä tarkoituksenmukaisetkin oikeudet ovat sivullisia sitomattomia, kunnes lainsäätäjällä on otanut kantaa niiden sitovuuteen. Ongelman muodostaa myös A:n ja C:n mahdollisuus vyöryttää kustannuksia heidän väliseen oikeustoimeensa nähden sivulliselle B:lle.

Sekä oikeusvarmuus, taloudellinen tehokkuus että varallisuusarvoisten oikeuksien suojaaminen ovat tärkeitä päämääriä, joiden välillä on vaikeaa valita tärkeintä. Niinpä tulisikin pyrkiä ratkaisuun, jolla voitaisiin turvata kaikkien näiden toteutuminen tyydyttävällä tavalla. Seuraavassa selvitetään tällaisen ratkaisun mahdollisuutta: Onko mahdollista muokata yleisen tason sääntö, joka turvaa B:n oikeutta mutta ei johda epätarkoituksenmukaisiin sidonnaisuuksiin?

Tällainen sääntö voisi olla, että B:n oikeus ei sitoisi C:tä, jos tämä ei hyväksyisi oikeutta itseään sitovaksi, mutta C:n olisi korvattava B:lle oikeuden lakkaamisesta aiheutuva vahinko. Vahingonkorvausvastuu toimisi keinona estää se, että oikeuksien sivullissitomattomuus johtaisi tarkoituksenmukaisten oikeuksien raukeamiseen, ainakin jos tarkoituksenmukaisina pidetään oikeuksia, joista on enemmän hyötyä B:lle kuin haittaa A:lle tai C:lle. Jos C olisi velvollinen korvaamaan B:lle kollisiotappiosta aiheutuvan vahingon, hänen kannattaisi hyväksyä tällaiset oikeudet itseään sitoviksi. Vastaavasti C:n ei kannattaisi hyväksyä itseään sitoviksi sellaisia oikeuksia, joiden raukeamisesta aiheutuu B:lle pienempi vahinko kuin C:lle aiheutuisi niiden jäämisestä pysyviksi.¹²²

Esimerkiksi: B:llä on käyttöoikeus A:n omistamaan esineeseen, ja tämän käyttöoikeuden arvo B:lle on 100 euroa. Oikeudesta aiheutuu A:lle 50 euron haitta verrattuna tilanteeseen, jossa B:n oikeutta ei olisi. A myy esineen C:lle, jolle oikeudesta aiheutuisi myös 50 euron haitta.

¹²¹ Ks. johdannossa esitettyä.

¹²² Samaan tapaan perustellaan sitä, miksi sopimusrikkoellinen vahingonkorvaus mahdollistaessaan tehokkaat sopimusrikkomukset on parempi sopimusrikkomuksen seurauksena kuin luontoissuorituksen pakkotäytäntöönpano (ks. esim. *Posner* 1998 s. 145–146).

Tällaisessa tilanteessa C:n kannattaisi hyväksyä B:n oikeus itseään sitovaksi, koska B:n oikeuden rautessa hän joutuisi maksamaan tälle 100 euron korvauksen. Vastaavasti, jos oikeudesta aiheutuisi C:lle 150 euron haitta, hänellä ei olisi intressiä hyväksyä oikeutta, koska vahinko, jonka hän joutuisi oikeuden rautessa korvaamaan B:lle, olisi vain oikeuden arvo B:lle eli 100 euroa. Näin sääntö, jonka mukaan sivullinen olisi sidottu vain hyväksymiinsä oikeuksiin, mutta joutuisi korvaamaan oikeuden raukeamisesta aiheutuvan vahingon, johtaisi tarkoituksenmukaisten oikeuksien pysymiseen ja epätarkoituksenmukaisten oikeuksien raukeamiseen.¹²³

Tehokkaaseen ratkaisuun voitaisiin tosin päästä B:n ja C:n välisillä neuvotteluilla myös silloin, jos B:n oikeus olisi C:tä sitova. Tällöin voitaisiin sopia C:n oikeuden raukeamisesta korvausta vastaan. Edellä olen kuitenkin kiinnittänyt huomiota neuvotteluista aiheutuviin transaktiokustannuksiin. Vahingonkorvaussääntö johtaisi siihen, että hyvin informoitu ja rationaalisesti toimiva B voisi saada aikaan tehokkaan lopputuloksen ilman C:n kanssa saavutettavaa yksimielisyyttäkin.

Vahingonkorvaus olisi myös kollisionratkaisua joustavampi keino säädellä B:n ja C:n välistä suhdetta. Vahingonkorvausta voidaan esimerkiksi sovittaa vahingonkärsijän eli kollision hävinneen osapuolen myötävaikutuksen perusteella (VahL 6:1) ja siten jakaa vahinkoa kollision osapuolten välillä, kun taas esinekohtaisissa kollisioissa päädytään joko tai ratkaisuihin – kollisio joko voitetaan tai hävitään, välimuotoa ei ole.¹²⁴ Vahingonkorvaussäännöt mahdollistavat myös kohtuusnäkökohtien huomioimisen, sillä vahingonkorvausta voidaan sovittaa vahingonkärsijän ja -aiheuttajan varallisuusolojen tai muiden olosuhteiden perusteella (VahL 2:1.2).

¹²³ Vrt. *Ulfbeck* 2000 s. 27–28, jonka mukaan vahingonkorvausvastuuta toisen sopimusrikkomukseen osallistumisesta voidaan pitää tehottomana sääntönä, jos hyväksytään teoria tehokkaista sopimusrikkomuksista. Nähdäkseni tehokkaat sopimusrikkomukset ovat mahdollisia riippumatta siitä, onko niissä B:tä kohtaan korvausvelvollinen ainoastaan tämän sopimuskumppani A vai myös A:n myöhempi sopimuskumppani C, jos korvauksen määrä kuitenkin on sama. Harkitessaan aikaisemman sopimuksen kanssa ristiriidassa olevan sopimuksen tekemistä A ja C ottanevat yleensä huomioon B:hen kohdistuvan vahingonkorvausvastuun riippumatta siitä, onko tuosta korvauksesta vastuussa vain jompikumpi heistä vai vastaavatko he siitä molemmat.

¹²⁴ *Koulu* tosin kiinnittää huomiota siihen, että aksioomaa joko/tai -ratkaisun välttämättömyydestä esineoikeudellisissa kollisioissa ei ole vakavasti tutkittu. Hän pitää mahdollisena, että aksioomalle ei ehkä olisikaan löydettävissä rationaalista perustaa. (*Koulu* 1992 s. 8.) Kollisioiden ratkaisuun ei kuitenkaan voimassa olevassa oikeudessa ole käytössä muita kuin toisen osapuoleen voittoon ja toisen häviöön johtavia ratkaisumalleja. Vahingonkorvausoikeudelliset säännöt voisivat kuitenkin olla sovellettavissa kollisioihin, mikä poistaisi tarpeen yrittää luoda monivaihteisempia esinekohtaisia kollisionratkaisua koskevia sääntöjä.

Varsinaista esineoikeudellista kollisionratkaisua ei voida voimassa olevan oikeutemme mukaan sovitella.¹²⁵ Vahingonkorvausvastuu edellyttää tuotamusta, minkä vuoksi vahingonkorvausta ei tuomittaisi tilanteessa, jossa C:llä olisi ollut jotakin tietoa B:n oikeudesta, mutta tieto olisi ollut niin puutteellista, ettei hänen sen perusteella olisi ollut järkevää hankkia lisätietoja tai pidättäytyä oikeustoimen tekemisestä – silloin näet C:n toimintaa ei voisi pitää huolimattomana.¹²⁶ Tällä ratkaisulla vältettäisiin siis myös C:n liiallinen selonottovelvollisuus.

Vahingonkorvaus olisi oikeuden sitovuutta parempi vaihtoehto myös sivullisten (D) kannalta. Jaksossa 2.6 kiinnitin huomiota siihen, että sivullisten voi joissain tapauksissa olla vaikeaa selvittää, mitä oikeuksia kenellekin kuuluu, jos tietoisuus on sitovuusperuste. Sivullisilla ei sen sijaan yleensä liene tarvettakaan tietää, onko C velvollinen maksamaan B:lle vahingonkorvausta.¹²⁷

Vahingonkorvauksen joustavuudesta seuraa luonnollisesti, että lopullinen korvausmäärä – tai aina edes koko korvausvastuun olemassaolo – ei ole helposti ennakoitavissa. Edellä olen korostanut yleisen tason kollisionratkaisujen merkitystä, koska *in casu* tehtävät ratkaisut ovat oikeusvarmuuden kannalta ongelmallisia. Lopullisen korvausvastuun vaikea ennakoitavuus ei näyttäisi kuitenkaan olevan yhtä haitallista. Jos osapuolille on epäselvää, kumman esineeseen kohdistuva oikeus jää kollisiotilanteessa voimaan, esineen käyttö voi kokonaan estyä kiistan aikana.¹²⁸ Silloin kun esi-

¹²⁵ Sivullissuojaoikeudessa on perinteisesti suhtauduttu kielteisesti sovittelukohtuuteen ja korostettu, että kohtuus voidaan ottaa huomioon korkeintaan yleisten kollisionratkaisusääntöjen muotoilussa. Vaikka viime aikoina onkin varovasti tuotu sovittelun mahdollisuutta myös esineoikeudellisena pidettävään sääntelyyn – esimerkiksi TakSL 22 §:ssä säädetään takaisinsaannin sovittelusta painavan syyn perusteella – yleistä, OikTL 36 §:ää vastaavaa sovittelusääntöä ei ole. Oikeuskirjallisuudessa on kuitenkin alettu suhtautua myös sovittelukohtuuteen myönteisemmin, ja sitä pidettäisiin *de lege ferenda* mahdollisena myös kollisionratkaisussa, vaikka sivullissuhteissa ei voitaisikaan käyttää täysin samoja sovitteluperusteita kuin sopimuksen osapuolten välillä (Ks. esim. *Koulu* 1992 s. 8, *Kaisto* LM 1996 s. 464–467, *Tepora* LM 1998 s. 786–788 ja *L. Kartio* LM 1998 s. 1061 av. 17).

¹²⁶ Ks. jakso 2.4.

¹²⁷ Tämän vuoksi Ranskassa pidetään sekunduksen vahingonkorvausvastuuta primukselle oikeuden sitovuutta parempana vaihtoehtona eräissä kiinteistöoikeudellisissa kollisioissa. Lain mukaan kiinteistön jälkimmäinen ostaja saa ensimmäistä paremman oikeuden kiinteistöön, jos hän julkistaa saantonsa ensin (ks. esim. *Terré – Simler* 2002 s. 302). Oikeuskäytännössä on kuitenkin katsottu sekundus vahingonkorvausvelvolliseksi silloin, kun hän on tiennyt primuksen oikeudesta. Tällainen ratkaisu on kiinteistön mahdolliselle myöhemmälle ostajalle eli siis sen sekundukselta hankkivalle edullisempi vaihtoehto, koska hän voi luottaa rekisteristä ilmenevään sekunduksen omistusoikeuteen. (*Capitant* 1984 s. 669–670.)

¹²⁸ B ja C eivät riidellessään paremmasta oikeudesta esineeseen todennäköisesti pysty sopimaan tarkoituksenmukaisella tavalla siitä, kumpi voi käyttää esinettä ennen kiistan ratkaisua.

nekohtainen kollisionsratkaisu on selvä, B voi käyttää esinettä hyväkseen riippumatta siitä, onko hänen mahdollinen vahingonkorvausvastuunsa suhteessa C:hen vielä ratkaisematta. Tämä näkökohta tosin on relevantti vain niissä tilanteissa, joissa C:n oikeuden sisältönä on esineen käyttö eikä esimerkiksi oikeus saada kiinteistöön kohdistuva panttioikeus perustetuksi.

C:n harkitessa, ryhtyykö hän lainkaan oikeustoimeen A:n kanssa, mahdollisesta vahingonkorvausvastuusta aiheutuva epävarmuus on yleensä pienempi ongelma kuin olisi esinekohtaisen kollisionsratkaisun epävarmuus. C näet tietää, että hän voi oikeustoimen tehtyään neuvotella B:n kanssa siitä, kuinka suuri hänen vahingonkorvausvastuunsa tulisi olemaan, jos B:n oikeus raukeaisi. Tällaisen neuvottelun jälkeen hän päättää hyväksyä oikeuden itseään sitovaksi, jos vahingonkorvaus ylittäisi oikeuden sitovuudesta hänelle aiheutuvan haitan, tai päättää vaatia oikeuden raukeamista ja maksaa vahingonkorvauksen, jos korvaus olisi pienempi kuin oikeuden sitovuudesta hänelle aiheutuva haitta. C:n korvausvastuu muodostuu siis *enimmillään* oikeudesta C:lle aiheutuvan haitan suuruiseksi.¹²⁹ Siten oikeustoimen tekemiseen liittyy C:n kannalta jonkin verran pienempi riski kuin silloin, jos vaihtoehtona olisi esinekohtaisen kollision häviäminen.

Lisäksi vaikuttaisi helpommalta ennakoida – suurin piirtein oikein – rahamääräisen vahingon suuruutta kuin esimerkiksi sitä, tulisiko tuomioistuimien pitämään B:n oikeutta tarkoituksenmukaisena. C voisi arvioinnissaan lähteä siitä, että hän joutuu korvaamaan B:lle aiheutuvan vahingon täysimääräisesti. Vastuusta vapauttaminen tuottamuksen puuttumisen perusteella tai korvausvastuun sovittelu tulee kysymykseen vain poikkeuksellisissa tilanteissa.

Epävarmuuden voisi välttää oikeastaan vain 1) luettelemalla kaikki sivullisia sitovat oikeudet ja toteamalla, ettei muilla ole vaikutuksia muuten kuin *inter partes* -suhteessa tai 2) luettelemalla kaikki sivullisia sitomattomat oikeudet ja toteamalla, että kaikki muut oikeudet sitovat sivullisia.¹³⁰ Tässä kirjoituksessa olen esittänyt useita syitä sille, miksi kumpakaan selkeää ratkaisua ei voida pitää tyydyttävänä. On siis luovuttava jossain määrin ennakoitavuudesta materiaalisesti hyväksyttävään lopputulokseen pääsemiseksi.¹³¹

¹²⁹ C:n harkinta voi tosin vaikeutua, jos B antaa hänelle väärää tietoa itselleen kollisiotapioista aiheutuvan vahingon suuruudesta.

¹³⁰ Tällöinkin tosin voisi syntyä epäselvyyttä siitä, katsotaanko tietty oikeus suojaa saavan / suojatta jäävän oikeuden tyypiksi.

¹³¹ *Wilhelmsson* on kiinnittänyt huomiota siihen, että taloudellisen tehokkuudenkin kannalta normien materiaallinen oikeudenmukaisuus voi olla tärkeämpää kuin ennakoitavuus. Kun joustavilla tilannekohtaisilla ratkaisuilla päästään kohtuullisiin lopputuloksiin, esimerkiksi sopimuksia tehtäessä osapuolten ei tarvitse pyrkiä etukäteen ottamaan huomioon kaikkia sopimuksesta mahdollisesti seuraavia kohtuuttomia lopputuloksia. (*Wilhelmsson* LM 2004 s. 221–222.)

B:n oikeuden sitomattomuus ja oikeus vahingonkorvaukseen C:ltä ratkaisisi myös velkojia kohtaan sitomattomiin vakuusoikeuksiin liittyvän ongelman. B saisi ansaitsematonta hyötyä, jos hänen A:n velkojia sitomaton vakuusoikeutensa tulisi C:tä sitovaksi. Tällöin hän voisi näet saada suorituksen, vaikka A tulisi maksukyvyttömäksi. Ilman A:n ja C:n välistä oikeustointahan B:n saamisen turvana olisi vain A:n velkojia sitomaton vakuusoikeus, joka olisi A:n konkurssissa tai vakuuskohteeseen kohdistuvassa ulosmittauksessa arvoton.

Vahingonkorvaussääntöjä sovellettaessa B:n tulisi näyttää toteen kärsimänsä vahinko. Hänen tulisi siis näyttää, että häneltä A:n ja C:n välisen oikeustoimen vuoksi jäi saamatta suoritus sellaisesta saatavasta, josta hän olisi saanut suorituksen, jos oikeustointa ei olisi tehty. Kuten edellä jaksossa 2.7 on todettu, B:n *inter partes* -sitova vakuusoikeus olisi käytännössä arvoton, minkä vuoksi sen menettämisestäkään ei aiheutuisi B:lle vahinkoa. Vahingonkorvausvastuu johtaisi siis näissäkin tilanteissa parempaan ratkaisuun kuin oikeuden sitovuus.

Ongelmalliselta voi tosin vaikuttaa se, että C joutuisi vahingonkorvausvastuuseen siitä, että loukkaa oikeutta, jota hänen kollisionratkaisusääntöjen perusteella on ”lupa” loukata. Ongelma on kuitenkin näennäinen. Kollisionratkaisusääntö, jonka mukaan ”kauppa rikkoo vuokran”, ei tarkoita, että toisen vuokraaman esineen ostaminen ja vuokraoikeuden loukkaaminen tällä tavalla olisi hyväksyttävää. Se tarkoittaa ainoastaan, että ei ole pidetty tarkoituksenmukaisena tehdä vuokraoikeudesta esineen ostajaa sitovaa; sen sijaan ostajalle voi aiheutua toiminnastaan muita haitallisia seuraamuksia.

Tällainen ajatustapa ei ole oikeudellemme vieras: sopimusoikeudessa on tilanteita, joissa sopijapuolta ei voida sopimuksen nojalla pakottaa luontoisuoritukseen, mutta hänelle syntyy kuitenkin vahingonkorvausvastuu. Ensinnäkin sopijapuolen on korvattava sopimuskumppanilleen positiivinen sopimusetu silloin, kun pätevä sopimus on syntynyt, mutta sopimuksen mukainen suoritus tulee sopijapuolen omasta syystä mahdottomaksi tai kysymyksessä on velvoite, jonka luontoistäyttyön ei sen henkilökohtaisen luonteen vuoksi voida velvoittaa.¹³² Toiseksi sopijapuolelle syntyy velvollisuus korvata negatiivinen sopimusetu eräissä tapauksissa, jos pätevää sopimusta ei synny lainkaan. Esimerkiksi kiinteistöjen vaihdannassa on muotovaatimuksin haluttu edistää luovutusten aineellista virheettömyyttä, tosiasiallista luotettavuutta ja kauppojen tekemistä vakaassa harkinnassa.¹³³ Sekä kiin-

¹³² Hemmo 2003b s. 195–199.

¹³³ Niemi 2002 s. 57.

teistökauppa että esisopimus kiinteistökaupasta on tehtävä määrämudossa, eikä esimerkiksi muotovirheinen esisopimus sido osapuolia: sen perusteella ei voi vaatia kiinteistökaupan tekemistä tai edes siinä sovittua sopimussakkoa. Kaupanteosta kieltäytynyt muotovirheisen sopimuksen osapuoli joutuu kuitenkin korvaamaan toiselle osapuolelle aiheutuneet kustannukset (MK 2:8). Myös silloin, kun sopimusta ei ole neuvotteluista huolimatta syntynyt, vilpillisesti neuvotellut voi joutua korvaamaan toiselle osapuolelle neuvotteluista aiheutuneet kustannukset.¹³⁴

Nämä ovat esimerkkejä tilanteista, joissa sopimus ei sido osapuoltaan – tai sopimusta ei ole edes syntynyt – siinä merkityksessä, että osapuolen tulisi tehdä sopimuksen mukainen suoritus. Kuitenkin sopimuksesta tai sopimusneuvotteluista seuraa vahingonkorvausvastuu.¹³⁵ Samalla tavalla on mahdollista, että B:n käyttöoikeus ei sido C:tä siten, että hänen olisi sallittava B:lle esineen käyttö, mutta C:lle silti syntyy velvollisuus korvata B:lle käyttöoikeuden lakkaamisesta aiheutuva vahinko. Tällainen käsitys on myös analyttisen perinteen mukainen: C:n käyttöoikeus voidaan jaotella momentteihin, joista yksi on käyttöoikeuden dynaaminen suoja. Dynaaminen suoja voidaan edelleen jaotella eri sivullisuhteissa saatavaan dynaamiseen suojaan.¹³⁶ Jaottelua voidaan jatkaa erittelemällä dynaamisen suojan eri muodot eli oikeuden sitovuus ja oikeus saada vahingonkorvausta oikeutta loukkaavalta sivulliselta. Dynaamisen suojan saanti suhteessa eri henkilötahoihin voidaan ratkaista itsenäisesti eri perusteilla; näin voidaan tehdä myös dynaamisen suojan eri muotojen kohdalla. Se, että C:n ei tarvitse sallia B:lle esineen käyttöä, ei estä sitä, että C voi joutua korvaamaan B:lle käyttöoikeuden menetyksestä aiheutuvan vahingon.¹³⁷

¹³⁴ Ks. esim. *Saarnilehto* JJ 1999 ja *Hemmo* 2003a s. 204 ss.

¹³⁵ *Zittingin* mukaan sopimuksen sitovuudella on perinteisesti tarkoitettu, että se saa sisältönsä mukaisen vaikutuksen. Nykyään sopimus katsotaan sitovaksi myös silloin, jos suorituksen laiminlyövä velallisen on korvattava sopimuskumppanilleen positiivinen sopimusetu eli asetettava sopimuskumppani siihen taloudelliseen asemaan, jossa hän olisi, jos velallinen olisi tehnyt sopimuksen mukaisen suorituksen. (*Zitting* 1989 s. 20.)

¹³⁶ *Zitting* on omistusoikeutta käsitellessään jaotellut luovutuksensaajan suojan henkilösuhteittain. Suojaa voidaan arvioida erikseen asianosaissuhteessa, etenevässä ja takautuvassa sivullisuhteessa sekä suhteessa yleiseen sivullistahoon. Lisäksi etenevässä ja takautuvassa sivullisuhteessa voidaan erotella kollisiot sen mukaan, onko luovutuksensaajan vastapuolena luovuttajan velkoja, perillinen, toinen luovutuksensaaja tms. (*Zitting* 1951 s. 48–51.) Tämä esineoikeudessamme vakiintuneen aseman saavuttanut jaottelu soveltuu myös käyttöoikeuden haltijan suojan tarkasteluun: kussakin henkilösuhteessa voidaan tarkastella erikseen, saako käyttöoikeus suoja.

¹³⁷ Tosin oikeutta vahingonkorvaukseen ei ole perinteisesti käsitelty oikeuden dynaamiseen suojaan kuuluvana. Olen kuitenkin johdannossa perustellut, miksi myös vahingonkorvaus tulee ottaa huomioon dynaamisen suojan muotona.

Näillä perusteilla voidaan pitää tarkoituksenmukaisena – ja jo *de lege lata* mahdollisena – ratkaisuna sitä, että C:tä sitovat vain sellaiset B:n oikeudet, joiden sitovuudelle on lain tai tavanomaisen oikeuden tuki. Sen sijaan B:n oikeudesta tietoinen C voi joutua korvaamaan B:lle oikeuden menettämisestä aiheutuvan vahingon. C:n tietoisuutta B:n oikeudesta voitaisiin pitää sellaisena VahL 5:1:ssä tarkoitettuna erittäin painavana syynä, jonka perusteella myös puhdas varallisuusvahinko tulisi korvattavaksi.¹³⁸

Entä miten tulisi suhtautua oikeuksiin, joiden sitomattomuudesta suhteessa sivullisiin on lainsäädäntöä? Katson, että tällainen sääntely rajoittaa primuksen omaisuuden suojaa, minkä vuoksi sitä ei tulisi tulkita laajentavasti ainakaan, kun primuksen ja sekunduksen omaisuudensuojan välinen punninta ei tue tällaista laajentavaa tulkintaa.¹³⁹ Maakaassa ei varsinaisesti mainita, ettei esisopimusostajalla olisi oikeutta vaatia kiinteistöä myöhemmältä ostajalta tai ettei panttaussitoumuksen saaja voisi vaatia panttikirjat sitoumuksen jälkeen saanutta panttiavelkojaa parempaa panttioikeutta. Tämä ilmenee kuitenkin lain säännöksistä *e contrario* ja lisäksi erittäin selvästi lain esitöistä. Sen sijaan sekunduksen mahdolliseen vahingonkorvausvastuuseen ei oteta kantaa laissa eikä esitöissä. Siksi maakaaren sääntelyn ei voi katsoa rajoittavan primuksen oikeutta saada sekundukselta vahingonkorvausta oikeutensa loukkaamisesta.

Panttaussitoumuksen sivullissitomattomuutta on kritisoitu. *Havansi* katsoo sitomattomuuden muodostavan vilpillisessä mielessä olevaa sekundusta suosivana sellaisen poikkeuksen esineoikeudessaamme vallitsevasta kollisionratkaisuperiaatteesta, että sitomattomuuden olisi selvästi ilmevä

¹³⁸Tosin toisen tahallistakaan vahingoittamista ei pidetä aina vahingonkorvausvastuun perusteena. Tätä perustellaan sillä, että erityisesti liikekilpailussa aiheutetaan helposti toiselle vahinkoa, vaikka ei meneteltäisikään moitittavasti. Jos X perustaa päivittäistavarakaupan Y:n omistaman kaupan viereen, osa Y:n asiakkaista siirtyy todennäköisesti asioimaan X:n kaupassa. Y:lle aiheutuu siis taloudellista vahinkoa X:n toiminnan vuoksi, mutta Y ei ole velvollinen korvaamaan tätä vahinkoa, jos ei ole toiminut hyvän tavan vastaisesti. (Ks. esim. *Routamo – Ståhlberg* 2000 s. 47–52.) Tämä perustuu siihen, että kilpailu nähdään hyödyllisenä ja resurssien tehokasta käyttöä edistävänä. Edellä on kuitenkin osoitettu, että käsiteltävässä kollisiotyypissä C:n vahingonkorvausvastuu johtaisi tehokkaaseen lopputulokseen. Siksi toisen tahallisen vahingoittamisen sallimiseen – toisin kuin edellä kuvatussa tavallisessa kilpailutilanteessa – ei ole perusteita.

On kuitenkin epäselvää, voidaanko tietoisuutta toisen oikeudesta voimassaolevan oikeutemme mukaan pitää vahingonkorvauslaissa tarkoitettuna erittäin painavana syynä. Aion palata tähän kysymykseen myöhemmin erillisessä kirjoituksessa.

¹³⁹Suomessa hyväksytään yleisesti ajatus, että perusoikeuksien käyttöä koskevia lainsäädäntöksiä on tulkittava perusoikeusmyönteisesti (ks. perusoikeusmyönteisestä laintulkinnasta V.-P. *Viljanen* LM 1990 s. 203 ss). Perusoikeusmyönteisen tulkinnan merkitystä on korostettu nykyisen perustuslain esitöissä (ks. *Tuori* 1999 s. 669–670 ja siinä viitatus HE 1/1998 s. 164 ja PeVM 10/1998 s. 30–31).

lain sanamuodosta. Kun lakiteksti kuitenkin on tulkinnanvarainen, Havansi päätyy suosittamaan, että esitöiden asiaa koskeva lausuma sivuutetaan ja lakia tulkitaan niin, että vilpillisessä mielessä ollut sekundus häviää kollision.¹⁴⁰

Kaiston mukaan Havansi liioittelee aikaprioriteetin merkitystä katsoessaan, ettei siitä ole mahdollista poiketa suhteellisen selvällä lainkohdalla ja esitöissä esitetyllä tarkennuksella. Kaisto pitää kuitenkin mahdollisena nykyisenkin lainsäädännön puitteissa suojata primusta säännöllä, jonka mukaan hyvän tavan vastaisen oikeustoimi on pätemätön, ainakin niissä tilanteissa, joissa panttaussitoumuksen saanut primus on jo tehnyt suorituksen ja sekunduksen täytyy olettaa tietneen tästä.¹⁴¹ *Tammi-Salminen* päätyy pitämään Havansin kantaa *de lege ferenda* perusteltuna, mutta ei kuitenkaan todennäköisesti *de lege lata* mahdollisena tulkintavaihtoehtona. Sitovuutta tukisi hänen mukaansa se, että maakaareissa on noudatettu useimmissa kohdissa periaatetta, jonka mukaan vilpillisessä mielessä olevaa ei suojata.¹⁴²

Edellä jaksossa 2.5 olen todennut, että on aiheellisempaa suojata oman oikeutensa suojaamisen laiminlyönyttä kuin toisen oikeutta tietoisesti loukkaavaa. Tällä perusteella katsonkin, ettei maakaareen olisi tullut ottaa vilpillisessä mielessä olevaa sekundusta suosivaa säännöstä. Kuitenkaan en pidä mahdollisena säännön sivuuttamista *de lege lata* – säännös ei ole niin tulkinnanvarainen, kuin Havansi antaa ymmärtää, ja näin uuden lainsäädännön tulkinnassa esitöiden sivuuttaminen ei ole asianmukaista.¹⁴³

Mallia, jossa oikeudet katsotaan lähtökohtaisesti sivullisia sitomattomaksi, mutta niitä loukannut sivullinen voidaan tuomita korvaamaan aiheuttamansa vahinko, voidaan ehkä kritisoida edellä kuvatusta perusoikeusnäkökulmasta: miksi primuksen esineeseen kohdistuva oikeus supistuu pelkäksi oikeudeksi saada vahingonkorvausta oikeutta loukanneelta? Kuten johdannossa kuvattiin, omaisuudensuoja on pelkkää vahingonkorvausoikeutta laajempi. Tätä vertailukohtaa vasten näyttäisi oudoksuttavalta, että primuksen oikeus supistuu pelkäksi sekundukseen kohdistuvaksi oikeudeksi vahingonkorvaukseen jopa ilman lain nimenomaista säännöstä.

Vastaus löytyy kuitenkin johdannossa käsitellystä punninnasta. Kollisiossa joko primuksen tai sekunduksen perusoikeutta – omaisuudensuojaa

¹⁴⁰ *Havansi* 1996 s. 91–98.

¹⁴¹ *Kaisto* 1997 s. 19–20. Kaiston kanta MK:ssa tehtyyn ratkaisuun primuksen oikeuden lähtökohtaisesta sitomattomuudesta ei käy ilmi.

¹⁴² *Tammi-Salminen* 2001 s. 175–176.

¹⁴³ Esityöt ovat erityisen merkittäviä tuoreen lainsäädännön tulkinnassa, mutta menettävät merkitystään yhteiskunnallisten olojen muuttuessa. Vanhempien esitöiden merkitystä vähentää myös lain säätämisen jälkeen syntynyt oikeuskäytäntö. (*Tolonen* 2003 s. 116–117.)

– on rajoitettava. Arvioitaessa sekä primuksen suojan tarvetta, sekunduksen suojan tarvetta että yleiseen etuun liittyviä näkökohtia voidaan tulla siihen tulokseen, että primuksen sinänsä suojan arvoista oikeutta on syytä turvata vain varallisuusarvoisena intressinä. Vastaavasti sekunduksen sopimusvapautta rajoitetaan vain siten, että hänellä säilyy mahdollisuus tehdä primuksen oikeuden kanssa ristiriitaisia sopimuksia, mutta hänen on korvattava näin aiheutuva vahinko.

Hahmottelemani malli on kuitenkin ongelmallinen sellaisissa tapauksissa, joissa A ja C ovat ryhtyneet oikeustoimeen tarkoituksenaan saada B:n oikeus raukeamaan. Tällöin vahingonkorvaus voi olla riittämätön seuraus, koska osapuolet ovat pyrkineet nimenomaan B:n oikeuden raukeamiseen ja B:n jäämiseen pelkän vahingonkorvausvaateen varaan. Vaikka B saisikin varmemmin suorituksen, kun vahingonkorvausvastuussa olisi hänen sopimuskomppaninsa A:n ohella myös C, osapuolet kuitenkin onnistuisivat tavoitteessaan riistää B:ltä oikeus luontoissuoritukseen. Seuraavassa tarkastelenkin, tulisiko B:n oikeuden olla C:tä sitomaton myös silloin, kun A ja C pyrkivät käyttämään tätä sitomattomuutta hyväkseen loukatakseen B:n oikeutta.

4 PERUSTELUJEN SOVELTUMINEN KOLLUSIIVISEN MENETTELYN TAPAUKSIIN

Edellä olen pitänyt ainakin jossain määrin hyväksyttävänä perusteina B:n oikeuden sitomattomuudelle oikeuden mahdollista epätarkoituksenmukaisuutta, sekunduksen selonottovaikeuksia, primuksen tietoista riskinottoa eli sivullisia sitomattoman sopimustyyppin valitsemista ja ennakoitavuuden vaatimusta.¹⁴⁴ Näillä perusteilla voi kuitenkin olla erilainen merkitys

¹⁴⁴Keskityn seuraavassa käsittelemään lähinnä näitä edellä asianmukaisiksi katsomiani argumentteja. Huomautan kuitenkin lyhyesti, että myös edellä vieroksumieni argumenttien – esimerkiksi moraalisten perusteiden vähättelyn – perusteella sitomattomuuteen päätyneet tutkijat ovat usein hyväksyneet sitovuuden kollisiotapauksissa. Esimerkiksi *Hessler* pitää mahdollisena myös yleensä suojatta jäävän B:n oikeuden suojaamista niissä tapauksissa, joissa A:n ja C:n toiminnan tarkoituksena on ollut vahingoittaa B:tä (*Hessler* 1973 s. 286). Hän ei kuitenkaan juuri perustele tätä kantaansa; mahdollista on, että hän perustaa käsityksensä moraalisille näkökohdille, vaikka torjuukin näiden merkityksen arvioitaessa pelkän C:n tietoisuuden vaikutuksia (mts. 296). Myös objektiivisia sitovuusperusteita subjektiivisia parempina pitävä *Caselius* suhtautuu hyväksyvästi siihen, että A:n ja C:n moitittava tarkoitus aiheuttaa kollision ratkaisemisen B:n hyväksi (*Caselius* 1934 s. 118 av. 1).

silloin, kun A:n ja C:n tarkoituksena on loukata B:n oikeutta.¹⁴⁵ Toisaalta kollusiivisen menettelyn tapauksissa tulee erityisen voimakkaana esiin subjektiivisten sitovuusperusteiden ongelmallisuus, kun ratkaisevana pidetään A:n ja/tai C:n tarkoitusta loukata B:n oikeutta. Tarkoitus lienee vielä vaikeampi näyttää toteen kuin tietoisuus.

Epätarkoituksenmukaisten sidonnaisuuksien ehkäisemisen kannalta ei näyttäisi olevan merkitystä sillä, toimivatko A ja C kollusiivisesti vai eivät. B:n oikeus voi olla epätarkoituksenmukainen riippumatta siitä, onko sekundus C tietoinen tuosta oikeudesta tai pyrkiikö hän jopa tietoisesti loukkaamaan sitä. Edellä olen kuitenkin katsonut, että epätarkoituksenmukaiset oikeudet ovat ongelmallisia siksi, ettei oikeustointa A:n kanssa suunnitteleva C tiedä, miten epätarkoituksenmukainen C:n oikeus lopulta tulee vaikuttamaan hänen oikeusasemaansa.¹⁴⁶ Toisin sanoen esimerkiksi esinettä A:lta ostamassa oleva C ei tietäisi, missä määrin B:n käyttöoikeus tulee rajoittamaan hänen oikeuksiaan esineen omistajana. Tällöin C saataisi luopua kaupasta liian riskin vuoksi, vaikka mahdollisuudet B:n oikeuteen puuttumiseen esimerkiksi sovittelulla olisivatkin hyvät. B:n oikeutta voisi siis pitää vaihdannan kannalta haitallisena.

Samaa ongelmaa ei ole, jos A:n ja C:n välisen oikeustoimen tarkoituksena olisi loukata B:n oikeutta. Tällaista motiiveiltaan hylättävää oikeustointa voidaan pitää vaihdannan kannalta ei-toivottuna, eikä sellaisten edistäminen ole tarpeen. On vain hyvä, jos C luopuu oikeustoimesta riskiä välttääkseen.¹⁴⁷ Tosin voidaan ajatella, että C välttäisi varmuuden vuoksi

¹⁴⁵ Kollusiivisen menettelyn määritelmät vaihtelevat oikeuskirjallisuudessa jonkin verran. A ja C toimivat kollusiivisesti, kun heidän yhteisenä tarkoituksenaan on B:n oikeuden loukkaaminen (ks. esim. *Ylöstalo* 1956 s. 154, *Nial* 1983 s. 387 av. 1, *Agell* 1985 s. 87–88, *Tammi-Salminen* 2001 s. 252, *L. Kartio* 2001 s. 57 ja *Niemi* 2002 s. 179–180) tai toisen tarkoituksena on oikeuden loukkaaminen ja toinen tietää tästä tarkoituksesta (ks. esim. ja *Wirilander* 1986 s. 22 ja *Tepora ym.* 2002 s. 196). Tässä kirjoituksessa katson kollusiiviseksi molempien määritelmien mukaisen toiminnan.

¹⁴⁶ Ks. jakso 2.3. Vaikka epätarkoituksenmukaisen oikeuden sisältöön voitaisiinkin A:n ja C:n välisen oikeustoimen jälkeen puuttua esimerkiksi sovittelulla, B ei voi olla varma sovittelevaateensa menestymisestä ennen oikeustoimen tekemistä.

¹⁴⁷ *Undén* on todennut samoin shikaanitilanteista: Hänen mukaansa subjektiivista eli pahantahtoiseen motiiviin perustuvaa shikaanikieltoa ei voida kritisoida sen perusteella, että sen vaikutukset ovat ennakoimattomia. Onhan vain terveellistä, jos kiello aiheuttaa epävarmuutta sellaiselle, joka aikoo käyttää muodollista oikeuttaan vahingoittamistarkoituksessa. (*Undén* JFT 1938 s. 27.)

Tammi-Salminen katsoo, että C:n toimiessa hyvän tavan vastaisesti edellytys sivullisuhteissa suojaa saavan oikeuden tarkoituksenmukaisuudesta ylittyy. Tällöin C:n oikeutta ei ole perusteltua suojata, vaikka loukattua B:n oikeutta ei pidettäisikään yhteiskunnallisesti tarkoituksenmukaisena. (*Tammi-Salminen* 2001 s. 241.) Hän katsoo siis moraalisten perustelujen olevan näissä tapauksissa taloudellista tehokkuutta merkittävämpiä. Toisaalta

myös sellaisia oikeustoimia, joita voitaisiin ehkä pitää loukkaamistarkoituksessa tehtyinä, vaikka hänen motiivinsa olisivat sinänsä moitteettomat. Tämä vaikuttaa kuitenkin varovaisuuden liioittelulta: koska todistustaakka loukkaamistarkoituksesta on siihen vetoavalla B:llä, on hyvin epätodennäköistä, että asiallisista syistä tehtyä oikeustointa pidettäisiin tuomioistuimessa kollusiivisena. C:llä ei siis ole asianmukaisesti toimiessaan syytä pelätä kollusioväitettä eikä kollusioikiellon olemassaolo ole hänen kannaltaan relevantti riski, jolta häntä tulisi suojata.

Sekunduksen selonottovaikeuksilla ei voine juuri olla merkitystä kollusiivisen menettelyn ollessa kyseessä, koska kollusiivisen menettelyn on katsottu edellyttävän joko yhteistyötä A:n ja C:n välillä tai ainakin C:n tietoisuutta A:n tarkoituksesta loukata B:n oikeutta. Kollusiivisiin oikeustoimiin puuttumisen edellytyksenä on siis, että C tuntee B:n oikeuden sisällön tarpeeksi hyvin ymmärtääkseen, että hänen toimintansa loukkaa tätä oikeutta.

Huomiota on itse asiassa kiinnitetty siihen, että tahallisen vahingoittamisen tilanteissa selonottokustannukset ovat negatiiviset. Tämä johtuu siitä, että toista tahallaan loukkaava joutuu käyttämään resursseja onnistuakseen loukkauksessa.¹⁴⁸ Kun A ja C suunnittelevat yhteistoimintaa B:n oikeuden hävittämiseksi, he näkevät vaivaa tavoitteeseen pääsemiseksi. Tilanne on siis päinvastainen kuin tuottamuksellisen loukkamisen tilanteissa, joissa arvioidaan niitä selonottokustannuksia, joita syntyy pyrkimyksestä välttää vahingon aiheutuminen.

Kollusiivisen menettelyn kielto tulisi ongelmalliseksi selonottovaikeuksien vuoksi vasta, jos A:n ja C:n välinen oikeustoimi voisi tulla B:tä sitomattomaksi myös silloin, kun A:n tarkoituksena on loukata B:tä ja C:n pitäisi tietää tästä tarkoituksesta. Tällainen selonottovelvollisuus ei vaikuta perustellulta, sillä C:llä ei ole juurikaan keinoja ottaa selvää sopimus-kumppaninsa motiiveista.

Tosin raja tosiasiallisen tietoisuuden ja selonoton laiminlyömisestä välillä voi olla häilyvä silloin, kun A:n toiminnasta on helposti pääteltävissä, että hänen tarkoituksenaan on loukata B:n oikeutta. Rajanvedon vaikeutta havainnollistaa ratkaisu KKO 1973 II 19.

hänen mukaansa hyvän tavan noudattamista voidaan perustella myös tehokkaan vaihdannan ja luotonannon intresseillä, koska tehokkaan vaihdannan ja luotonannon edistäminen vaatii tietynlaista moraalialueita. Luottamus, rehellisyys ja muiden vaihdantaan osallistuvien subjektien intressien huomioon ottaminen ovat näet sujuvan vaihdannan toimimiseksi välttämättömiä tekijöitä. (Mts. 242.)

¹⁴⁸ Posner 1998 s. 226–227.

A oli saanut B:ltä tunnusteen käyttäen hyväkseen B:n ymmärtämättömyyttä ja edustaen itselleen aineellisen edun, joka oli ilmeisessä epäsuhteessa A:n B:lle antamien sitoumusten arvoon. Kun tunnusteen B:ltä saaneet C_1 ja C_2 olivat tunnusteen saadessaan olleet tietoisia A:n arvostelua aiheuttaneista menettelytavoista liiketoimissa, hänen heikosta taloudellisesta asemastaan ja huonosta luottotilanteesta ja kun heillä tämän vuoksi ja huomioon ottaen vielä, että tunnuste oli annettu pääomääränkin suhteen avoimena, oli ollut erityinen aihe ottaa selkoa tunnusteen syntymisolosuhteista, mutta he olivat tämän laiminlyöneet ja heidän niin ollen oli katsottava tunnusteen saadessaan VeksL 17 §:ssä tarkoitettu tavoin tahallaan toimineen B:n vahingoksi, C_1 :n ja C_2 :n B:tä vastaan tunnusteesta täydennetyn vekselin perusteella ajama kanne hylättiin.

Ratkaisussa katsottiin C_1 :n ja C_2 :n toimineen tahallaan A:n vahingoksi, kun he olivat laiminlyöneet velvollisuutensa ottaa selvää vekselin syntymisolosuhteista. Tahallisen vahingoittamisen on katsottu edellyttävän vahingoittamistietoisuutta¹⁴⁹ – tässä siis rinnastettiin selonoton laiminlyöminen ja tietoisuus.

Edellä olen pitänyt primuksen oikeutta suojan arvoisena suhteessa oikeudesta tietoiseen sekundukseen myös silloin, kun primus on laiminlyönyt oikeutensa suojaamisen julkivarmistuksella. Tämä perustui käsitykseeni, jonka mukaan toisen oikeuden tietoinen loukkaaminen on moitittavampaa kuin oman oikeutensa suojaamisen laiminlyönti. Edellä olen jo esittänyt perusteluja tälle kannalle. Primuksen suojaaminen näyttää vielä aiheellisemmalta silloin, kun sekundus ei ainoastaan tiedä primuksen oikeudesta vaan pyrkii aktiivisesti loukkaamaan sitä tai tietää sopimusikumpaninsa loukkaamistarkoituksesta.

Tietoinen riskinottoakaan ei näyttäisi oikeuttavan tahallista loukkaamista. Edellä tarkoitettiin tietoisella riskinotolla sitä, että B on hyväksynyt, että hänen ja A:n välinen sopimus tehdään sivullisia sitomatonta sopimustyyppiä käyttäen. Tarkoituksena voi esimerkiksi olla, että esisopimusostaja B on ollut jo valmis sitoutumaan sopimukseen kiinteistökaupasta mutta esisopimusmyyjä A on halunnut vielä odotella parempia tarjouksia. Tämä olisi ns. tehokkaan sopimusrikkomuksen¹⁵⁰ mahdollistava järjestely: A voisi myydä kiinteistön esisopimuksen vastaisesti C:lle, jolle kiinteistö olisi niin paljon arvokkaampi kuin B:lle, että A voisi saamallaan korvauksella maksaa positiivisen sopimusedun mukaisen vahingonkorvauksen B:lle mutta jäisi silti voitolle.

¹⁴⁹ *Ylöstalo* 1956 s. 139–141.

¹⁵⁰ Tehokkaalla sopimusrikkomuksella tarkoitetaan sopimusrikkomusta, jonka seurauksena on resurssien tehokkaampi allokaatio (ks. edellä alaviitteet 71, 122 ja 123).

Tarkoituksena on siis vapauttaa A luontoissuoritusvelvollisuudesta, jos hän syystä tai toisesta haluaa luovuttaa B:n oikeuden kohteen sivulliselle. Sopimusosapuolten – ainakaan B:n(!) – tarkoituksena ei ilmeisesti ole ollut antaa A:lle yksipuolista oikeutta välttää luontoissuoritus. Jos tarkoitus olisi ollut tämä, he eivät olisi tyytyneet valitsemaan sivullisia sitomatonta sopimustyyppiä, vaan olisivat sopineet, että A voi halutessaan vetäytyä sopimuksesta ja joko korvata B:lle aiheutuneen vahingon tai maksaa ennalta määritetyn sopimussakon. B on siis tietoisesti ottanut riskin vain siitä, että A:lle tarjoutuu mahdollisuus kannattavampaan sopimukseen ja tämä siksi haluaa eroon hänen oikeudestaan – ei siitä, että A vain käyttää myöhempää sopimusta keinona hänen oikeutensa lakkauttamiseen.

Edellä olen todennut, ettei näyttövaikeuksien pitäisi olla ratkaisevia kollisionratkaisusääntöjä päätettäessä.¹⁵¹ Tämä kanta tulee kuitenkin uudelleen harkittavaksi, kun puhutaan tietoisuuden näyttämisen sijaan motiivin eli loukkaamistarkoituksen näyttämisestä. B:n lienee näet vielä vaikeampi näyttää toteen A:n ja C:n kollusiivinen tarkoitus kuin C:n tietoisuus hänen oikeudestaan. Se, mihin A ja C ovat oikeustoimellaan pyrkineet, on heidän tahdonmuodostukseensa liittyvä seikka, josta vain heillä itsellään voi olla välitöntä tietoa. Yleensä heidän intressissään on pyrkiä salaamaan moitittavat tavoitteensa ja väittää, että B:tä loukkaavan oikeustoimen tarkoituksena on ollut esimerkiksi se, että C saa oikeustoimen kohteena olevan esineen itselleen, eivätkä he ole tavoitelleet B:n esineeseen kohdistuvan oikeuden raukeamista.

Oikeusjärjestyksessämme kytketään kuitenkin oikeusvaikutuksia ainakin lähes yhtä vaikeasti toteen näytettäviin seikkoihin. Esimerkiksi rikosoikeudessa, jossa oikeusvarmuuden vaatimus on erityisen suuri, rangaistavuuden edellytyksenä on usein teon tahallisuus. Tahallisuus ei tosin tarkoita ainoastaan pyrkimystä tietyn seurauksen aiheuttamiseen, vaan tahallisuutta on sekä tarkoitus-, varmuus- että ehdollinen tahallisuus. Tarkoitustahallisuudessa tekijän tarkoituksena on tietyn seurauksen aiheuttaminen, varmuustahallisuudessa hän pitää toimintansa johtamista tiettyyn seuraukseen käytännöllisesti katsoen varmana ja ehdollisessa tahallisuudessa hän pitää seurausta todennäköisenä.¹⁵² Näistä tarkoitustahallisuus lienee samanasteista tahallisuutta kuin kollusiivinen tarkoitus, tarkoitus loukata B:n oikeutta.

Muilla ei voi olla A:n ja/tai C:n tarkoituksesta välitöntä tietoa, vaan tietoa on mahdollista saada vain A:n tai C:n kertomana tai heidän käytökseltään ja ulkoisista olosuhteista päättelemällä.¹⁵³ Koska A:n ja C:n intressissä

¹⁵¹ Ks. jakso 2.6.

¹⁵² Nuutila 1995 s. 112–114.

¹⁵³ Cane OJLS 2000 s. 542.

on salata toimintansa kollusiivinen luonne, ainoaksi vaihtoehdoksi jää subjektiivisen tarkoituksen päätelemineen objektiivisten tekijöiden perusteella. Kolluusiokielto voitaisiin muotoilla samaan tapaan kuin eräistä naapurussuhteista annetussa laissa (1920/26) oleva shikaanikielto, jonka mukaan naapurilla on oikeus vaatia alueen palauttamista entiseen kuntoon ja haitan ja vahingon korvaamista, jos hänen naapurinsa on käyttänyt oikeuttaan alueeseen ”sillä tavalla tai sellaisissa oloissa, että toimenpiteen pääasiallisena tarkoituksena ilmeisesti on tuottaa naapurille vahinkoa tai haittaa”.

Tässä yhteydessä ei ole syytä tarkastella yksityiskohtaisesti, miten loukaamistarkoitus voidaan näyttää toteen. Johtoa voidaan hakea oikeustoimen valeoikeustoimiluonteen osoittamisesta. Tämä tehdään *Aurejärven* mukaan suhteuttamalla annettu tahdonilmaisu esillä oleviin ”asianhaaroihin” ja päätelemällä, voisiko oikeustoimen tekijän todellinen tahto niiden vallitessa vastata hänen antamaansa ilmaisua. Arvioitavaksi tulee, olisiko oikeustoimen tekijän tiedoilla ja muilla ominaisuuksilla varustettu henkilö rationaalisesti toimien tahtonut tehdä oikeustoimen.¹⁵⁴ Samoin kollusiivisen tarkoituksen arvioinnissa tulisi olosuhteiden perusteella ratkaistavaksi, onko uskottavaa, että A ja C olisivat tahtoneet tehdä kyseisen oikeustoimen muusta syystä kuin B:n oikeuden loukkaamiseksi. C:n aseman turvaamiseksi tulisi tosin vaatia varsin vahvaa näyttöä kollusiivisesta tarkoituksesta.

Näyttäisikin siltä, että primuksen oikeudelta ei ole syytä evätä kolluusiotilanteessa suojaa samoilla perusteilla kuin niissä tilanteissa, joissa sekundus vain on tietoinen primuksen oikeudesta. Kolluusiotilanteissa on siis perusteltua katsoa, että primuksen oikeus sitoo sellaisenaan sekundusta eikä supistu pelkäksi vahingonkorvausvaateeksi. Tällä säännöllä estetään se, että A ja C onnistuisivat tavoitteessaan riistää B:ltä tälle kuuluva oikeus A:n ja B:n välisen sopimuksen mukaiseen luontoissuoritukseen.¹⁵⁵

¹⁵⁴ *Aurejärvi* LM 1980 s. 212–213. Ks. todellisen ja näennäisen oikeustoimen erottamisesta rikosoikeudellisesta näkökulmasta *Koponen* DL 2001 s. 232 ss. Tässä on tosin riski, että päädytään arvioimaan, miten ”normaali henkilö” toimisi kyseisessä tilanteessa. Jos normaali henkilö toimisi kyseisellä tavalla vain silloin, jos hänen tarkoituksenaan olisi loukata B:n oikeutta, tämän katsottaisiin olevan myös C:n tarkoituksena. Näin B:n oikeus voisi tulla C:tä sitovaksi niissäkin tilanteissa, joissa C ei tosiasiaa pyri loukkaamaan tätä oikeutta. (*Cane* OJLS 2000 s. 542–544.)

¹⁵⁵ Edellä alaviitteessä 144 olen tuonut esiin sen, että eri kirjoittajat määrittelevät kollusiivisen menettelyn eri tavoin. Näyttäisikin siltä, että käsitteen täsmentäminen olisi tarpeen, koska aiheen käsittely suomalaisessa oikeuskirjallisuudessa on ollut melko vähäistä: kollusiivinen menettely on yleensä tullut esiin jonkin yksittäisen oikeuskysymyksen tutkimisen yhteydessä, jolloin ns. kollusiivisen menettelyn kieltoa on käytetty yhtenä ratkaisuperusteena (ks. esim. *Ylöstalo* 1956 s. 153–155, *Wirilander* 1986 s. 22–24 ja *L. Kartio* 1988 s. 49 ja) tai siitä on kirjoitettu lyhyesti jonkin laajemman asiakokonaisuuden osana (ks. esim. *Tuomisto* 1993 s. 136 ja *L. Kartio* 2001 s. 57–58). Lisäksi kolmatta loukkaavia oikeustoimia on käsitelty käyttämättä kollusiivisen menettelyn käsitettä (ks. esim. *Wilhelmsson* OTJP

5 LOPUKSI

Edellä olen päätenyt siihen, että kollisiotilanteissa olisi yleensä perusteltua suojata primusta ainakin silloin, kun sekundus on tiennyt hänen oikeudestaan. Tämä suojaaminen voidaan kuitenkin toteuttaa joko primuksen oikeuden suojaamisena sellaisenaan tai primuksen intressin suojaamisena. Oikeuden suojaamisen puolesta puhuisi johdannossa esitetty perusoikeusnäkökulma: sivullisen ei tulisi voida vähentää primuksen oikeutta pelkäksi vahingonkorvausvaateeksi. Suojan rajoittamista intressin suojaamiseen silloin, kun lainsäädännöstä tai tavanomaisesta oikeudesta ei saada tukea oikeuden suojaamiselle, puoltavat kuitenkin nähdäkseni painavammat syyt. Sääntö, jonka mukaan primuksen oikeus ei sido sekundusta mutta primuksella on oikeus vahingonkorvaukseen sekundukselta, johtaa todennäköisesti tarkoituksenmukaisten oikeuksien pysymiseen ja epätarkoituksenmukaisten oikeuksien raukeamiseen. Sääntö on myös selkeämpi kuin oikeuskirjallisuudessa usein puollettu lähtökohtainen primuksen oikeuden sitovuus, josta voidaan poiketa erityisten syiden – esimerkiksi primuksen oikeuden epätarkoituksenmukaisuuden – perusteella.

Esittämäni sääntö lieventäisi sitä ongelmaa, ettei lainsäätäjät pysy mukana uusien oikeustyyppien kehityksessä. Kuitenkin pidän toivottavana, että lainsäätäjät suorittaisi oikeuksien tarkoituksenmukaisuusarviointia, ja tämän arvioinnin perusteella säädettäisiin sivullisia sitoviksi – joko vilpittömän mielen puuttumisen tai tietoisuuden perusteella – sellaisia oikeustyyppisiä, jotka harkinnassa katsottaisiin suojaamisen arvoisiksi. Oikeus vahingonkorvaukseen jäisi siis eräänlaiseksi varoventtiiliksi niitä tilanteita varten, joissa lainsäädäntöön tai tavanomaiseen oikeuteen perustuvaa suojaa ei ole.

Primuksen oikeuden sitovuuteen tulisi joka tapauksessa päätyä niissä tilanteissa, joissa jälkimmäinen oikeustoimi on tehty vain primuksen oikeuden hävittämiseksi. Tämä on näet ainoa keino estää kollusiiviseen toimintaan ryhtyneiden onnistuminen pyrkimyksessään. Kollusiivisen menettelyn tilanteita voitaneen pitää niin harvinaisina, ettei edes joidenkin epätarkoituksenmukaisten oikeuksien tuleminen sekundusta sitoviksi aiheuttaisi merkittäviä ongelmia.

1978 s. 75–77 ja *Ämmälä* 1993 s. 136–143). Laajin esitys kollusiivisesta menettelystä lienee aihetta käsittelevä osio *Tammi-Salmisen* negative pledge -ehtojen sivullissitovuutta käsittelevässä väitöskirjassa (*Tammi-Salmisen* 2001 s. 252–257). Aionkin myöhemmin palata kollusiiviseen menettelyyn ja pyrkiä määrittämään toisaalta tarkemmin sen, millaista menettelyä on pidettävä kollusiivisena, ja toisaalta sen, mihin voimassa olevan oikeutemme sääntöihin ja periaatteisiin kollusiivisen menettelyn kieltö voidaan perustaa.

LÄHTEET

Agell 1985

Agell, Anders: *Äganderätten till fastighet för makar och samboende. En studie av kommissionsköp*. Lund 1985.

Aurejärvi LM 1980

Aurejärvi, Erkki: Valeoikeustoimen tunnusmerkistöistä. *LM* 1980 s. 205–229.

Cane OJLS 2000

Cane, Peter: *Mens Rea* in Tort Law. *Oxford Journal of Legal Studies* 2000 s. 533–556.

Capitant 1984

Capitant, Henri: *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*. Par Weill, Alex – Terré, François – Lequette, Yves. 8^e édition. Paris 1984.

Caselius 1934

Caselius, Ilmari: *Sopimukseen perustuvat irrottamisoikeudet. Varallisuusosoikeudellinen tutkimus Suomen voimassaolevan oikeuden mukaan*. Helsinki 1934.

Coase 1988

Coase, Ronald: The Problem of Social Cost. *The Firm, the Market and the Law* s. 95–156. Chicago 1988.

Forssell 1976

Forssell, Hans: *Tredjemansskyddets gränser. En studie av principen ”köp bryter lega” och indelningen i sakrätter och obligatoriska rättigheter*. Lund 1976.

Hakulinen 1962

Hakulinen, Y. J.: *Obligationsrätt I. Allmänna läror*. Tammerfors 1962.

Havansi 1981

Havansi, Erkki: *Panttioikeus osakkeeseen. Toinen osa*. Vammala 1981.

Havansi 1992

Havansi, Erkki: *Esinevakuusoikeudet. Panttioikeus. Pidätysoikeus. Omistuksenpidätys. Vakuusluovutus*. Toinen, uudistettu painos. Helsinki 1992.

Havansi 1996

Havansi, Erkki: *Kiinteistöpanntioikeus uuden maakaaren mukaan*. Jyväskylä 1996.

Havansi JJ 2004

Havansi, Erkki: Kollisio ja kolluusio. *Omistus, sopimus, vaihdanta. Juhlakirja Leena Kartiolle* s. 19–28. Jyväskylä 2004.

HE 309/1993

Hallituksen esitys Eduskunnalle perustuslakien perusoikeussäännösten muuttamisesta.

HE 120/1994

Hallituksen esitys Eduskunnalle maakaareksi ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi.

HE 1/1998

Hallituksen esitys Eduskunnalle uudeksi Suomen Hallitusmuodoksi.

Hemmo 1998

Hemmo, Mika: *Sopimus ja delikti. Tutkimus vahingonkorvausoikeuden vastuumuodoista*. Jyväskylä 1998.

Hemmo 2003a

Hemmo, Mika: *Sopimusoikeus I*. Toinen, uudistettu painos. Jyväskylä 2003.

Hemmo 2003b

Hemmo, Mika: *Sopimusoikeus II*. Toinen, uudistettu painos. Jyväskylä 2003.

Hessler 1973

Hessler, Henrik: *Allmän sakrätt. Om det förmögenhetsrättsliga tredjemansskyddets principer*. Stockholm 1973.

Mia Kartio

Håstad 1996

Håstad, Torgny: *Sakrätt avseende lös egendom*. Sjätte, omarbetade upplagan. Stockholm 1996.

Jokela – Kartio – Ojanen 2004

Jokela, Marjut – Kartio, Leena – Ojanen, Ilmari: *Maakaari*. 3., uudistettu painos. Jyväskylä 2004.

Kaisto 1997

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*. Vammala 1997.

Kaisto 2001

Kaisto, Janne: *Sopimusvapaus, laki ja maksusuoja. Varallisuus oikeudellinen tutkimus yksityisautonomiasta systemaattisena ja aineellisena lähtökohtana etenkin hyvässä uskossa tehdyn suorituksen velvoitteesta vapauttavaa vaikutusta silmällä pitäen*. Jyväskylä 2001.

Kaisto LM 1996

Kaisto, Janne: Sääntely- ja sovittelukohtuudesta sivullissuojaoikeudessa. *LM* 1996 s. 447–467.

Kaisto LM 2003

Kaisto, Janne: Lunastusoikeuden pysyvyydestä irtaimen kaupassa. *LM* 2003 s. 638–671.

L. Kartio 1974

Kartio, Leena: *Rakennuksen omistajan oikeusasemasta erityisesti silmällä pitäen maapohjan omistussuhteiden merkitystä*. Vammala 1974.

L. Kartio 1988

Kartio, Leena: *Maanvuokralaki hovioikeuskäytännössä*. Jyväskylä 1988.

L. Kartio 2001

Kartio, Leena: *Esineoikeuden perusteet*. 2., uudistettu painos. Jyväskylä 2001.

L. Kartio JJ 1997

Kartio, Leena: Sopimus ja kolmas. *JJ Aulis Aarnio 1937–1997* s. 152–163. Jyväskylä 1997.

L. Kartio LM 1998

Kartio, Leena: Esineoikeus valinkauhassa. *LM* 1998 s. 1057–1064.

Kihlman 1999

Kihlman, Jon: *Fel. Särskilt vid köp av lös och fast egendom*. Stockholm 1999.

Kivimäki – Ylöstalo 1981

Kivimäki, T. M. – Ylöstalo, Matti: *Suomen siviilioikeuden oppikirja. Yleinen osa*. 4., lyhennetty painos. Juva 1981.

Koponen DL 2001

Koponen, Pekka: Todellinen ja näennäinen varallisuuden luovutus velallisen rikoksissa. *DL* 2001 s. 228–250.

Koulu 1992

Koulu, Risto: Esineoikeudellisesta tutkimuksesta 1990-luvulla. *Uudistuva esineoikeus 1991* s. 1–10. Helsinki 1992.

Kylänpää 2000

Kylänpää, Katriina: Tyypipakkoperiaatteesta Suomen ja Ranskan oikeusjärjestelmässä. *Kirjoituksia varallisuus oikeudesta muuttuvassa toimintaympäristössä* s. 365–407. Helsinki 2000.

Lehtonen 1999

Lehtonen, Niina: Sopimusvapauden perustuslainsuoja. *Perusoikeudet Suomessa* s. 177–220. Helsinki 1999.

Länsineva 2002

Länsineva, Pekka: *Perusoikeudet ja varallisuussuhteet*. Jyväskylä 2002.

Majamaa DL 1991

Majamaa, Vesa: Eräs yritys kiinnityksen kohteen ongelma – ajatustottumustemme aikaansaannos? *DL* 1991 s. 506–521.

Mattei 2000

Mattei, Ugo: *Basic Principles of Property Law. A Comparative Legal and Economic Introduction*. Westport 2000.

Mononen 2001

Mononen, Marko: *Sopimusoikeuden materiaalisuudesta*. Helsinki 2001.

Nial 1983

Nial, Håkan: *Om handelsbolag och enkla bolag*. Stockholm 1983.

Nial SvJT 1940

Nial, Håkan: Nya sakrätter? *SvJT* 1940 s. 673–683.

Niemi 1996

Niemi, Matti Ilmari: *Päämäärien valtakunta. Konventionalisitinen analyysi lainopillisen tiedon edellytyksistä ja oikeusjärjestelmän perusteista*. Vammala 1996.

Niemi 2002

Niemi, Matti Ilmari: *Maakaaren järjestelmä I*. Toinen, uudistettu painos. Porvoo 2002.

Nuutila 1995

Nuutila, Ari-Matti: *Rikosoikeuden ABC-kirja*. Turku 1995.

PeVM 10/1998

Perustuslakivaliokunnan mietintö 10/1998 vp. hallituksen esityksestä uudeksi Suomen Hallitusmuodoksi.

Posner 1998

Posner, Richard A.: *Economic Analysis of Law*. Fifth edition. New York 1998.

Pöyhönen 2000

Pöyhönen, Juha: *Uusi varallisuus oikeus*. Jyväskylä 2000.

Rodhe 1985

Rodhe, Knut: *Handbok i sakrätt*. Lund 1985.

Routamo – Ståhlberg 2000

Routamo, Eero – Ståhlberg, Pauli: *Suomen vahingonkorvausoikeus*. 4., uudistettu painos. Jyväskylä 2000.

Saarnilehto 1987

Saarnilehto, Ari: *Sopimusoikeuden perusteet*. Jyväskylä 1987.

Saarnilehto 2001

Saarnilehto, Ari: Sopimuksen sitovuus. *Varallisuus oikeus* s. 425–457. Juva 2001.

Saarnilehto JJ 1999

Saarnilehto, Ari: Sopimusneuvotteluissa aiheutetun vahingon korvaaminen. *Juhlajulkaisu Jukka Peltonen 60 vuotta* s. 221–234. Vammala 1999.

Saarnilehto Oikeustieto 2/2000

Saarnilehto, Ari: Sitooko sopimus luovutuksensaajaa? *Oikeustieto* 2/2000 s. 3–4.

Saraviita 1998

Saraviita, Ilkka: *Suomen perusoikeusjärjestelmä*. Rovaniemi 1998.

Scheinin 1991

Scheinin, Martin: *Ihmisoikeudet Suomen oikeudessa*. Jyväskylä 1991.

Simons 1995

Simons, Kenneth W.: Contributory Negligence. *Philosophical Foundations of Tort Law* s. 461–485. New York 1995.

Tammi-Salminen 2001

Tammi-Salminen, Eva: *Sopimus, kompetenssi ja kolmas. Varallisuus oikeudellinen tutkimus negative pledge -lausekkeiden sivullisittomuudesta*. Jyväskylä 2001.

Tammi-Salminen JJ 1998

Tammi-Salminen, Eva: Sekunduksen tiedolle maakaassa annettu merkitys ja vaihdannan etu. *JJ Leena Kartio 1938–30/8–1998* s. 299–308. Turku 1998.

Tammi-Salminen LM 2001

Tammi-Salminen, Eva: Tehokas ja rehellinen vaihdanta. *LM* 2001 s. 866–871.

Tammi-Salminen LM 2003a

Tammi-Salminen, Eva: Oikeustapauskommentti ratkaisusta KKO 2002:58. *LM* 2003 s. 121–137.

Tammi-Salminen LM 2003b

Tammi-Salminen, Eva: Sopimus ja kolmas uuden esineoikeuden osa-alueena. *LM* 2003 s. 96–98.

Telaranta 1990

Telaranta, K. A.: *Sopimusoikeus*. Vammala 1990.

Tepora 1984

Tepora, Jarno: *Omistuksenpidätyksestä. Varallisuus oikeudellinen tutkimus omistusoikeuden käytöstä vakuus- ja hallinnoimistarkoituksessa omistuksenpidätysehdon muodossa erityisesti rakennustoiminnassa*. Vammala 1984.

Tepora JJ 1985

Tepora, Jarno: Esine- ja velvoiteoikeuden erottelulle asetetuista tehtävistä. *JJ Simo Zitting 1915–1985* s. 290–307. Helsinki 1985.

Tepora LM 1998

Tepora, Jarno: Oikeuden materiaalistuminen ja esineoikeuden perusteet. *LM* 1998 s. 774–778.

Tepora ym. 2002

Tepora, Jarno – Kartio, Leena – Koulu, Risto – Wirilander, Juhani: *Kiinteistön käyttö ja luovutus*. Neljäs, uudistettu painos. Jyväskylä 2002.

Terré – Simler 2002

Terré, François – Simler, Philippe: *Droit civil. Les biens*. 6^e edition. Paris 2002.

Tolonen 2003

Tolonen, Hannu: *Oikeuslähdeoppi*. Vantaa 2003.

Tuomisto 1988

Tuomisto, Jarmo: *Omistuksenpidätys ja leasing. Varallisuus oikeudellinen tutkimus omistuksenpidätysehdestä ja leasingsopimuksesta tavaran toimittajan ja rahoittajan vakuuskeinona*. Vammala 1988.

Tuomisto 1993

Tuomisto, Jarmo: *Tyypipakosta aikaprioriteettiin. Näkökohtia esineoikeudellisen sivullisuujojan perusteista*. Vammala 1993.

Tuori 1999

Tuori, Kaarlo: Perusoikeuksien ja ihmisoikeuksien turvaamisvelvollisuus (PL 22 §). *Perusoikeudet* s. 667–673. Juva 1999.

Ulfbeck 2000

Ulfbeck, Vibe: *Kontraktens relativitet. Det direkte ansvar i formueretten*. København 2000.

Undén JFT 1938

Undén, Östen: Om rättsmisbruk eller s.k. chikan. *JFT* 1938 s. 10–30.

V.-P. Viljanen 2001

Viljanen, Veli-Pekka: *Perusoikeuksien rajoitusedellytykset*. Vantaa 2001.

V.-P. Viljanen LM 1990

Viljanen, Veli-Pekka: Perustuslaki ja laintulkinta. *LM* 1990 s. 203–236.

Wilhelmsson LM 2004

Wilhelmsson, Thomas: Yleiset opit ja pienet kertomukset ennakoitavuuden ja yhdenvertaisuuden näkökulmasta. *LM* 2004 s. 199–227.

Wilhelmsson OTJP 1978

Wilhelmsson, Thomas: Om tro och heder i finsk avtalsrätt. *OTJP* 1978 s. 34–88.

Wirilander 1986

Wirilander, Juhani: *Kiinteistökauppa sopimuksena. Kiinteistökauppa ja sen verotus* s. 9–37. Vammala 1986.

Wright 1995

Wright, Richard W.: The Standard of Care in Negligence Law. *Philosophical Foundations of Tort Law* s. 249–275. New York 1995.

Wärneryd JEP 1996

Wärneryd, Karl-Erik: Risk attitudes and risky behavior. *Journal of Economic Psychology* 1996 s. 749–770.

Ylöstalo 1956

Ylöstalo, Matti: *Tutkimuksia vekselioikeuden alalta*. Vammala 1956.

Zitting 1951

Zitting, Simo: *Omistajanvaihdoksesta silmällä pitäen erityisesti lainhuudatuksen vaikutuksia*. Vammala 1951.

Zitting 1989

Zitting, Simo: *Sivullissuojasta varallisuus oikeudessa*. 2., uudistettu painos. Jyväskylä 1989.

Zitting DL 1977

Zitting, Simo: ”Tiesi tai piti tietää”. *DL* 1977 s. 184–191.

Zitting LM 1970

Zitting, Simo: Tiedon ja puuttuvan tiedon merkityksestä sivullissuhteissa. *LM* 1970 s. 830–839.

Zitting – Rautiala 1982

Zitting, Simo – Rautiala, Martti: *Esineoikeuden oppikirja. Yleinen osa*. 5. tarkistettu ja täydennetty painos. Vammala 1982.

Ämmälä 1993

Ämmälä, Tuula: *Sopimuksen pätemättömyyden korjaantumisesta. Oikeustoimilain pätemättömyysperusteita koskeva tutkimus*. Jyväskylä 1993.

Ämmälä 2002

Ämmälä, Tuula: *Virhe. Erityisesti kuluttajankaupassa ja asuntokaupassa*. Jyväskylä 2002.

Ämmälä JJ 2004

Ämmälä, Tuula: Kauppaa koskevista reklamaatioista. *Omistus, sopimus, vaihdanta. Juhlakirja Leena Kartiolle* s. 261–280. Jyväskylä 2004.

LYHENTEET

| | |
|------|---|
| DL | Defensor Legis |
| HE | Hallituksen esitys eduskunnalle |
| JFT | Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland |
| JJ | Juhlajulkaisu |
| LM | Lakimies |
| OTJP | Oikeustiede – Jurisprudentia |
| SvJT | Svensk Juristtidning |

Mia Kartio

PROTECTION OF “WEAK RIGHTS” AGAINST THIRD PARTIES

This article deals with rules that regulate conflicts of rights, when A first enters into a contract with B and then enters into an inconsistent contract with C. For example, A leases an object to B and then sells the same object to C. I analyse arguments that are commonly used to justify a rule according to which B’s prior right is not binding on C even if C knew of the right at the time of his contract with A.

These arguments are:

- 1) Third parties should not be bound by contracts. Thus, a contract between A and B should not limit C’s freedom to act.
- 2) Some rights do not need protection because they are short-term and of little value.
- 3) Some rights can be considered inefficient. Denying protection is a means of discouraging people from using these types of rights or at least a means of diminishing their harmful effects.
- 4) Even though C knows something of B’s right, it could be difficult for him to find out the exact content of the right. Transaction costs would increase, if people had to use resources to get information on other people’s rights.
- 5) There is no reason to protect B, if he has neglected the precautions to protect his right. B does not even need protection, if he has known that a specific right is not protected and thus can have foreseen that he could lose the right.
- 6) Rules should be based on economic analysis, not on moral arguments. Rules should be as clear as possible, and it is better to solve the conflict based on objective criteria (for example registration) than on such subjective criteria as C’s knowledge of B’s right.
- 7) Rights that are not binding on all third parties should not be protected even against third parties who know of them. If B is protected only against those with knowledge of the right, his right will be so weak, that there is no reason to protect it at all.
- 8) Rules should be so simple, that people can easily foresee how the conflict will be solved. A rule, according to which contractual rights do not bind third parties at all, is simpler than a rule, according to which some contractual rights bind third parties under some circumstances.

After considering these arguments, I come to conclusion that they are not sufficient grounds for denying B protection in cases where C knows of his right. However, legal system can protect either his right or his interest. The right is protected, when it is binding on C: for example, his lease will continue in spite of C's subsequent purchase. The interest is protected, when the right expires, but B is entitled to compensation for damages.

Protection of B's interest would, on one hand, guarantee B sufficient protection and, on the other hand, probably lead to an efficient resolution of the conflict. Therefore, I support a general rule, according to which B's right should only be protected in cases determined by rules of statutory or customary law. In other cases, his right should not be binding on C, but C should be liable, if he enters into an interfering contract with knowledge of B's right.

However, this general rule is not satisfactory, if A and C enter into the contract in pursuit of harming B by reducing his right to a mere claim for damages. They should not be able to succeed, and therefore B's right should be protected in these – probably very rare – cases.

Juhani Kortteinen

**SÄÄDÖKSENANTOVALLAN
SIIRTÄMINEN
EUROOPAN UNIONISSA
PERUSTUSLAKISOPIMUS-
EHDOTUKSEN VALOSSA**

Sisällys

| | | |
|-------|---|-----|
| 1 | JOHDANTO | 223 |
| 2 | TOIMIVALLAN SIIRTÄMINEN | 226 |
| 2.1 | Toimivallan siirtämisen perusongelma | 226 |
| 2.2 | Toimivallan siirto tehokkaan toimeenpanon edellytyksenä Euroopan unionissa | 228 |
| 2.3 | Neuvoston täytäntöönpanovallan siirtäminen komissiolle | 236 |
| 3 | KOMITOLOGIAN ROOLI TOIMIVALLAN SIIRTÄMISESSÄ .. | 247 |
| 3.1 | Komitologiamenettelyn nykytila | 247 |
| 3.2 | Komitologian käyttö rahoitus- palvelumarkkinoiden sääntelyssä | 256 |
| 3.3 | Komission pyrkimys itsenäiseen toimeenpanoon | 258 |
| 3.4 | Komission ensimmäinen ehdotus uudeksi komitologiapäätökseksi | 259 |
| 3.5 | Euroopan parlamentin kanta komitologian uudistamiseen | 263 |
| 3.6 | Komission toinen ehdotus uudeksi komitologiapäätökseksi ... | 264 |
| 4 | TOIMIVALLAN SIIRTÄMINEN EU:N KESKUSVIRASTOILLE | 267 |
| 5 | UUSI PERUSTUSLAKI | 271 |
| 5.1 | Laekenin julistuksen lähtökohdat | 271 |
| 5.2 | Komission suunnitelmat hallinnon uudistamiseksi | 275 |
| 5.3 | Uudet sääntelyinstrumentit: yhteissääntely ja itsesääntely | 277 |
| 5.4 | Valmistelukunnassa käyty keskustelu yksinkertaistamisesta ... | 279 |
| 5.5 | Valmistelukunnan ehdotus | 290 |
| 5.6 | Uuden perustuslakiehdotuksen vaikutukset toimivallan siirtämiseen | 293 |
| 5.6.1 | Lainsäädännön ja täytäntöönpanon rajanvetoa | 294 |
| 5.6.2 | Säädöshierarkian vaikutus komitologiaan | 299 |
| 5.6.3 | Asetusten ja täytäntöönpanosäädösten suhde | 301 |
| 5.6.4 | Takaisinotto-oikeuden käyttö | 302 |
| 5.7 | Ehdotus uudeksi perustuslaiksi ja Lamfalussy-menettely | 305 |

| | |
|---|-----|
| 6 LOPUKSI | 307 |
| LÄHTEET | 309 |
| LYHENTEET | 319 |
| THE NEW DRAFT CONSTITUTION FOR EU AND DELEGATION OF NORMATIVE POWERS | 320 |

Säädöksenantovallan siirtäminen Euroopan unionissa perustuslakisopimusehdotuksen valossa*

”Infranationalism is like the emergence of viruses for which antibiotics, geared towards the control of microbes and germs, were simply ill-suited. Infranationalism renders the nation and state hollow and its institutions meaningless as a vehicle for both understanding and controlling government.”

(J. H. H. Weiler)

1 JOHDANTO

Kirjoituksessa pyritään selvittämään säädösvallan siirron peruskysymyksiä sekä normatiivisen analyysin tasolla että demokratian ja perusoikeuksien toteutumisen näkökulmasta. Tarkastelun kohteena on erityisesti EU:lle ehdotetun perustuslakiehdotuksen ja siihen sisältyvän säädöshierarkian vaikutukset säädösvallan siirtämiseen, vastuunalaisuuteen, lainsäädäntö- ja toimeenpanovallan erotteluun, toimielinten väliseen tasapainoon sekä oikeusturvaan. Kuten niin usein muissakin asioissa, keskeiset toimivallan siirtämisen periaatteet ovat kehittyneet yhteisön tuomioistuimen oikeuskäytännön kautta, joka esityksessä käydään pääpiirteissään läpi.

Liittyessään Euroopan unioniin jäsenvaltiot luovuttavat merkittävän osan lainsäädäntövaltaansa käytettäväksi ylikansallisella tasolla jäsenvaltioiden yhteisin päätöksin. EU:lle siirrettyä säädösvaltaa käyttävät neuvosto ja Euroopan parlamentti yhteisesti, tai joissakin asioissa neuvosto EP:ia kuultuaan. Näin säädettyjen perussäädösten toimeenpanemiseksi neuvosto siirtää perustamissopimuksen 202 artiklan mukaisesti komissiolle vallan antaa täytäntöönpanosäädöksiä. Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännössä muotoutuneen perussäännön mukaan komissiolle voidaan siirtää säädösvaltaa muista kuin lainsäädännön olennaisista kysymyksistä päättämiseen.

* Kirjoitus pohjautuu tekijän valtioneuvoston kanslian EU-sihteeristölle laatimaan selvitykseen ’Uudistuva komitologia ja toimivallan siirto EU:ssa’.

Oikeusturvatakeiden järjestämiseen liittyvät kysymykset voivat olla pulmallisia lainsäädännön ja täytäntöönpanon välisessä rajanvedossa. Voidaanko täytäntöönpanossa antaa sellaisia yksityiskohtaisia menettelyllisiä määräyksiä, jotka olisivat ristiriidassa perusoikeuskirjassa vahvistettujen oikeusturvan takeiden kanssa? Yksilön perusoikeuksien suojan kannalta tällaista menettelyä ei voida hyväksyä, sillä se mahdollistaisi lainsäädännöllä vahvistettujen oikeuksien mitätöimisen yksityiskohtaisten täytäntöönpanosäädösten avulla. Perustuslakiehdotuksessa perustamissopimukseen liitetyn perusoikeuskirjan II-112 artiklan mukaan lailla tapahtuvan rajoittamisen tulee tapahtua kyseisten oikeuksien ja vapauksien olennaista sisältöä noudattaen.

Komissiolle siirtyy merkittävää tosiasiallista lainsäädäntövaltaa, ja suurin osa (n. 2/3) vuosittain annettavista johdetun oikeuden normeista on komission antamia. Komission antamat normit ovat samalla tavoin jäsenvaltioissa sovellettavaa ja velvoittavaa yhteisön oikeutta kuin muukin johdettu yhteisön oikeus. Periaatteessa säädöksenantovallan siirto komissiolle voidaan rinnastaa jäsenvaltioiden tasolla norminantovallan siirtämiseen eduskunnalta ministeriöille jäsenvaltion yksinomaiseen toimivaltaan kuuluvissa asioissa. Suomessa tämä oli varsin tavanomaista etenkin maatalouden sääntelyssä ennen EU-jäsenyyttä. Maatalouspolitiikka on Euroopan unionissakin ollut alusta lähtien volyymiltaan eräs keskeisimpiä säädöksenantovallan siirtämisen sektoreita. EU-jäsenyyden myötä lainsäädäntövallan siirtäminen lakia alemmalla tasolla tapahtuvaksi sääntelyksi on lisääntynyt merkittävästi.¹

Yleisen toimivallan siirtämisen perusajatuksena on siirtää vähemmän merkittävistä asioista säätäminen muun toimielimen kuin lainsäätäjän tehtäväksi. Silloin lainsäätäjä määrittelee siirretyn säädösvallan reunaehdot, ja säilyttää myös vallan peruuttaa säädösvallan siirto. Kun demokraattinen oikeusvaltio perustuu siihen taustaoletukseen, että kansanedustuksellinen toimielin päättää keskeisistä lainsäädäntökysymyksistä, joudutaan toimivaltaa siirrettäessä tekemään jako lainsäädännön keskeisten kysymysten ja muiden kysymysten välille. Käytännössä mitään pitävää jakoa tässä suhteessa ei voida tehdä. Toimivallan siirtämiseen liittyy myös pyrkimys asiantuntijoihin tukeutuvaan päätöksentekojärjestelmään, mikä on välttämätöntä monien teknisten seikkojen ymmärtämiseksi vaadittavan erityisasiantuntemuksen johdosta.

Myös EU:ssa toimivallan siirtämisen lähtökohtana on, että vain muuta kuin lainsäädännön olennaisiin osiin kuuluvaa säädösvaltaa voidaan siirtää. Yhteisön tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaan tämä raja olen-

¹ Ks. Jääskinen 2001, s. 609 ja 617.

naisten ja muiden kysymysten suhteen vaihtelee sektorikohtaisesti. Tähän saakka komissiolle siirrettävän säädösvallan käyttöä on valvottu ja avustettu komitologiamenettelyssä, jonka kautta asia voi palautua neuvoston käsiteltäväksi, jos siirretyn säädösvallan käytössä ilmenee sellaisia poliittisia ongelmia, jotka on syytä päättää neuvoston toimesta. Uudessa perustuslakiehdotuksessa luodaan uusi normihierarkia, jonka toisella tasolla komissiolle siirretyn säädösvallan käyttöä ei valvota niin tiiviisti kuin komitologiamenettelyssä, mutta jossa neuvostolla ja parlamentilla kummallakin tulisi olemaan mahdollisuus itsenäisesti päättää peruuttaa säädökse-
nantamisvallan siirto komissiolle.

Samanaikaisesti uuden perustuslakiehdotuksen laatimisen kanssa komissio on osana oman toimeenpanovaltansa vahvistamispyrkimyksiä ehdottanut uutta komitologiapäätöstä. Siinä pyritään pääsemään kokonaan irti siitä mahdollisuudesta, että jäsenvaltiot voisivat komitologiamenettelyssä estää komission täytäntöönpanosäädösehdotuksen voimaantulon. Tämä uusi lainsäädäntövalta yhdistettynä komission ehdottamaan oikeuteen saattaa toimeenpanonormeja voimaan kaikissa komitologiamenettelyissä jäsenvaltioita edustavan komitologiakomitean kielteisestä kannasta huolimatta, merkitsisi komission aseman merkittävää vahvistumista. Komissiosta tulisi suhteellisen itsenäinen siirretyn lainsäädäntövallan käyttäjä, sillä neuvoston säätämistä normeista on uudessa perustuslaissa tarkoitus tehdä entistä enemmän väljää puitteet luovaa normistoa, jolloin komissiolle muutoinkin siirtyy uutta lainsäädäntövaltaa.

Jäsenvaltiot ja Euroopan parlamentti eivät hyväksyneet komission ehdotukseen sisällyntyä mahdollisuutta ohittaa lainsäätäjän tahto täytäntöönpanonormeja annettaessa. Komission 22.4.2004 päivätyssä uudessa ehdotuksessa sanamuotoa muutettiin niin, mutta komissio ei kuitenkaan luopunut mahdollisuudesta itsenäiseen toimeenpanoon komitologiakomitean lausunnosta riippumatta.

Uuden perustuslain I-33, 36 ja 37 artikloista muodostuu kokonaisuus, jossa neuvoston ja parlamentin antaman lain puitteiden määrittely korostuu komissiolle siirretyn säädösvallan rajojen asettajana. Samalla komitologiamenettelyn soveltamisala kaventuu. Tämä saattaisi vaikuttaa päinvastaisesti kuin uuden perustuslain kaavailemalla väljempien perusnormien antamisella on tarkoitettu, sillä jäsenvaltiot voivat olla haluttomia täytäntöönpanonormien antamisvallan siirtämiseen laajasti komissiolle, jos niillä ei myöhemmin ole oikeudellisesti sitovaa mahdollisuutta estää komission toimeenpanonormiehdotuksen voimaantuloa. Perustuslakiehdotuksen I-36 artiklassa säädetyn takaisinotto-oikeuden käyttö nimittäin edellyttää melko tarkkarajaista toimivallan siirron määrittelyä.

Komitologian perustuslailliseen järjestämiseen liittyy myös kysymys siitä, voidaanko poliittisluonteiset arvoarvostelmat eliminoida teknisluonteisten asioiden arvioimisesta. Poliittisluonteisten kysymysten redusoiminen teknisistä normeista päättämiseksi johtaa päätöksenteon avoimuuden ja demokraattiseen päätöksentekoprosessiin kuuluvan poliittisen vastuunoton vähenemiseen.² Yhteisön ja kansallisen toimeenpanovallan rajojen hämärtyessä saattaa syntyä tilanteita, joissa niin komissio kuin yksittäiset komiteoiden jäseninä toimivat kansallisen tason virkamiehet ovat haluttomia ottamaan täyttä vastuuta tehdyistä päätöksistä.³

2 TOIMIVALLAN SIIRTÄMINEN

2.1 Toimivallan siirtämisen perusongelma

Toimivallan siirtämisen perusteiden ymmärtämiseksi on tärkeää ymmärtää norminantovallan siirtämiseen sisältyvä poliittisen päätöksenteon ulottuvuus, jonka jo John Locke aikoinaan kiteytti seuraavasti:

”...the legislative cannot transfer the power of making laws to any other hands. For it being but a delegated power from the people, they who have it cannot pass it over to others.

...And when the people have said: We will submit to rules, and be governed by laws made by such men, and in such forms, nobody else can say other men shall make laws for them, nor can the people be bound by any laws but such as are enacted by those whom they have chosen and authorised to make laws for them. The power of the legislative being derived from the people by a positive voluntary grant and institution, can be no other than what that positive grant conveyed, which being only to make laws, and not to make legislators, the legislative can have no power to transfer their authority of making laws, and place it in other hands.”⁴

Locken kategorisen kielteinen suhtautuminen norminantovallan siirtämiseen johtuu siitä, että demokraattisessa päätöksentekomenettelyssä kaikkia velvoittavien normien säätämiseen liittyy aina poliittinen vastuunalaisuus. Jos yhteys normien säätämisen ja poliittisen vastuunalaisuuden välillä käy kovin kaukaiseksi, etäännytty normien säätäminen kansalaisista,

² Ks. esim. Bradley 1997, s. 230–254 ja Landfried 1997, s. 271.

³ Vos 1997, s. 214.

⁴ Locke, s. 334.

joilla on demokratiassa oikeus vaikuttaa siihen, millaisia poliittisia valintoja tehdään. Teknokratiassa luisutaan helposti epäsuoraan vallankäyttöön, jossa poliittisia valintoja tehdään muihin argumentteihin verhottuna.⁵ Suvereenin vallan tunnusmerkki on valta antaa kaikkia sitovaa lainsäädäntöä, joka rajoittaa myös toimeenpanovaltaa.⁶ Suomen perustuslaillisessa järjestelmässä on painotettu kansansuvereenisuutta, jolloin kaikki valta kuuluu kansalle, mutta sitä käyttää kansaa edustavana toimielimenä eduskunta. Edustuksellinen parlamentarismi siis merkitsee kansalle kuuluvan vallan käyttämistä eduskunnan kautta.

Klassisen kansallisvaltion keskitetyn hallinnon vastuusuhteet ovat selkeämpiä, ja poliittinen vastuunalaisuus helpompi järjestää kuin liittovaltioissa tai EU:n kaltaisessa ylikansallisessa järjestelmässä.⁷ Toimivallan jako perustuu tarpeelle saada aikaan vallan tasapaino, jossa vallankäytön osapuolet valvovat ja tasapainottavat toisiaan. Etenkin toimeenpanovallan alistaisuus poliittiselle vallalle on keskeistä niin siviili- kuin sotilasasioisakin. Montesquieu'n mukaan hallitusvalta on rajattua, eikä kuulu vain yhdelle toimielimelle, vaan muodostaa monimutkaisen yhteiskunnallisen verkoston, joka on institutionalisoitunut useisiin toimielimiin. Hallitusvallan rajaaminen ja tasapainottaminen useiden eri instituutioiden kesken on tarpeen, jotta vallan väärinkäyttöä voidaan rajoittaa.⁸ Ranskan vallankumouksen yhteydessä laaditussa ihmisen oikeuksien julistuksessa pidettiin selvänä, että yhteiskunnalta puuttuu perustuslaki, jos toimivallan jakoa ja oikeuksia ei ole taattu.⁹ Laki on ennen toimeenpanoa.¹⁰ Kuningasvallan aikana toimivallan jakoa ei ollut, kun kuningas edusti suvereenina kaikkea valtion valtaa, joten toimivallan jakoa pidettiin tasavaltaan siirtymisen perusedellytyksenä.¹¹ Kant korosti tasavaltaisen hallitusjärjestelmään sisältyvän vallan kolmijaon tärkeyttä, jotta välttyttäisiin despoottiselta hal-

⁵ Schmitt, s. 74.

⁶ Bodin, 'On sovereignty', s. 56–58.

⁷ Presidentti Theodore Roosevelt kuvasi asiaa seuraavasti: "Concentrated power is palpable, visible, responsible, easily reached, quickly held to account. Power scattered through many administrators, many legislators, many men who work behind and through legislators and administrators, is unseen, is irresponsible, cannot be reached, cannot be held to account." Ks. Möllers 2003, alaviite 98.

⁸ Ks. Lenaerts – Verhoeven 2002, s. 40–41 alaviitteineen.

⁹ Vuoden 1785 ihmisen oikeuksien julistuksen 16 artikla.

¹⁰ Paine, s. 89–90.

¹¹ Monarkian kannattajana Hobbes piti kestävämmänä ajatusta toimivallan jaosta, ja katsoi sen johtavan sisällissotaan ennemmin tai myöhemmin. Ks. Hobbes, s. 79, 93, 125, 135.

litusjärjestelmältä, jossa lakien säätäjä on myös niiden toimeenpanija. Tämä ei kuitenkaan vielä riitä, vaan hallitusjärjestelmän on oltava myös kansanvaltainen, sillä muussa tapauksessa hallitustapa on valtiojärjestyksestä riippumatta itsevaltainen ja mielivaltainen.¹² Vallan kolmijako turvaa siis julkista vapautta.¹³ Tarkasteltaessa vallanjako-oppia kansansuvereniteetin näkökulmasta, se voidaan nähdä myös kansansuvereniteettia rajoittavana periaatteena, suojana lainsäätäjän tyranniaa vastaan.¹⁴

Vallanjako-oppi on siis vähintäänkin kiistanalainen doktriini. Myös sen sovellettavuus EU:n toimivallan jakoa koskeviin kysymyksiin voidaan perustellusti kyseenalaistaa, sillä tarkkaan ottaen EU:ssa eivät toteudu klassisen vallanjako-opin perusolettamukset. EU ei perustu kansansuvereniteettiin vaan yhtäaikaaisesti sekä jäsenvaltioiden hyväksyntään että kansalaisten myötävaikutukseen. EU:lla ei ole poliittisesti vastuunalaista hallitusta eikä oppositiota, joka kilpailisi hallitusvallasta. Taloudellinen rationaliteetti hallitsee EU:ta siinä määrin, että demokratia EU:ssa on peruluonteeltaan muodollista.¹⁵

2.2 Toimivallan siirto tehokkaan toimeenpanon edellytyksenä Euroopan unionissa

Euroopan unioni perustuu demokraattisen oikeusvaltion periaatteisiin¹⁶, ja siihen kuuluu oleellisesti myös yhteisesti päätettyjen normien tehokas toimeenpano.¹⁷ Lainsäädäntö pitää panna tehokkaasti täytäntöön, sillä

¹² Kant, s. 22–25. Kant käyttää termiä eduskuntainen, joka tässä on korvattu kansanvaltaisuudella.

¹³ Hegel, s. 224–227. Hegel piti virheellisenä vallanjaon osapuolten pitämistä absoluuttisesti itsenäisinä, toisilleen vastakkaisina ja toisiaan rajoittavina, sillä hän katsoi sen johtavan valtion hajaannukseen. Hegel ei hyväksynyt vallan kolmijakoa vastavuoeroisten pidäkkeitten järjestelmänä, joten hänen valtioyksyyttä korostava näkemyksensä vallan kolmijaosta poikkeaa liberalistisesta vallanjako-opista.

¹⁴ Ks. Allott 2003, s. 317–326, sekä erit. alav. 34 ja 37. Analysoidessaan vallanjako-opin kehitystä Allott tuo esille demokratian sisäisen ristiriitaisuuden, jota hänen mukaansa kuvastaa vallanjako-opin kehittyminen alun perin suojaamaan aristokratiaa ja omistavaa luokkaa enemmistön päätöksiltä.

¹⁵ Ks. Warleigh 2003, s. 4, 8, 43, 45, 87.

¹⁶ ”... Euroopan yhteisö on oikeusyhteisö, jossa sen toimielimet ovat sellaisen valvonnan alaisia, jonka kohteena on niiden toteuttamien toimenpiteiden yhteensoveltuvuus perustamissopimuksen ja niiden yleisten oikeusperiaatteiden kanssa, joihin kuuluvat perusoikeudet.”, EYT asia C-50/00, *Unión de Pequeños Agricultores v. neuvosto*, 25.7.2000, kpl 38.

¹⁷ Niinpä esim. EIT on pitänyt tuomioistuinratkaisujen tehokasta toimeenpanoa oleellisena oikeusvaltion veloitteena, *Immobiliare Saffi v. Italy*, (asia 22774/93, 28.7.1999), kpl. 63.

muutoin lainsäätäjän tahto ei toteudu. Jos lainsäädännön tehokkaan täytäntöönpanon edellyttämien täytäntöönpanonormien antaminen pitkittyy kohtuuttomasti, vesittyvät lainsäätäjän aikomukset, sillä etenkin markkinasääntelyn alalla liian myöhään täytäntöön pannulla normistolla voi olla muut kuin lainsäätäjän aikomat vaikutukset. Demokraattinen päätöksenteko on siinä mielessä ajallisesti rajattua, että päätöksen täytäntöönpanoa ei voida loputtomasti venyttää keskustelulla sopivimmasta täytäntöönpanotavasta. Toisaalta aidoissa valintatilanteissa tulisi toteutua poliittinen vastuunalaisuus.¹⁸ Tehokkuusajattelun toisessa ääripäässä tulee vastaan autoritaarinen teknokratia, ja toisessa demokraattisesti tehtyjen päätösten vesittyminen tehottoman täytäntöönpanon johdosta. Olemme siis tässä suhteessa aina Skyllan ja Kharybdiksen välissä.

Valinnan tekeminen sen suhteen, kumpaan edellä mainituista vaihtoehdoista päätöksentekojärjestelmä painottuu, ei voi perustua mihinkään ns. objektiivisiin kriteereihin, vaan määräytyy meidän arvostuksistamme käsin tietyssä valintatilanteessa. Haluammeko esim. tiukat päästönormit autojen pakokaasupäästöille ympäristönäkökohtia painottaen vai painotammeko autoteollisuuden tuotannollisia seikkoja vaikkapa työllisyyteen vedoten. Todennäköisesti tiukat päästörajat on helpompi saada voimaan ympäristöasioihin erikoistuneiden virastojen kautta kuin yleisen kansanedustuslaitoksen kautta. Niinpä painottaessamme ympäristöarvoja valitsemme järjestelyn, jossa kansanedustuslaitos on siirtänyt itsenäistä valtaa päästörajoista päättämiseen erityiselle ympäristöviranomaiselle.¹⁹ Samalla siirrämme päätöksentekoa teknokraattisempaan suuntaan. Samoin monissa muissa asioissa teknokraattinen järjestely koetaan paremmaksi päätöksentekomenetelmäksi, koska se on tehokkaampaa erityisasiantuntemukseen perustuvaa päätöksentekoa. Päätöksenteon demokraattisuus ei auta, jos päätökset ovat virheellisiä asiantuntemuksen puuttuessa.²⁰

Monista vaikeista päätöksistä on helpompi päästä yhteisymmärrykseen, jos päätöksenteko tapahtuu samantyyppisen koulutuksellisen ja sosiaali-

¹⁸ Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen suuri jaosto korosti norminantamisen poliittisen vastuunalaisuuden tärkeyttä muuttaessaan jaoston ratkaisua *Hutton*-asiassa. EIT ei hyväksynyt EIS:n 8 artiklan tulkinnan laajentamista ympäristönsuojeluun tavalla, joka sen mielestä sivuutti suoran demokraattisen legitimaation omaavat kansalliset viranomaiset, joiden tuomioistuimen sijaan tulisi demokradiassa päättää poliittisista valinnoista. *Hutton and Others v. United Kingdom*, asia 36022/97, 8.7.2003, kpl 97.

¹⁹ Toimivallan siirrolla voidaan siis tietoisesti tavoitella politiikoiden uskottavuutta lainsäädännöllisen ja hallinnollisen toteuttamisen käydessä muutoin kiistanalaisiksi, Majone 1996.

²⁰ Eriksen – Fossum, s. 126–127.

sen taustan, maailmankuvan ja moraalisten arvostusten jakavien kesken. Päätöksentekoprosessiin osalliset jakavat käsityksen siitä, minkälaiset perustelut ovat vahvoja ja mitkä heikkoja. Norminantovallan siirtämiseen liittyy vahvasti käsitys siitä, että asiantuntijoiden teknisen osaamisen varaan siirretty norminanto ikään kuin neutraloi siihen liittyvän poliittisen elementin, jolloin voidaan keskustella 'objektiivisten tosiasioiden' tasolla. Tämä voi johtua pikemminkin asiantuntijuuteen liittyvistä yhteisistä taustoista, jolloin edes päätöksentekoon osalliset asiantuntijat eivät ole tietoisia jo esioletuksen asteella tehdyistä poliittisista ja moraalisisista valinnoista.²¹

Modernissa yhteiskunnassa on tietenkin mahdotonta järjestää markkinasääntelyä ja lukuisia muita vastaavia järjestelyitä ilman jonkinasteista norminantovallan siirtämistä. Kansallisvaltiossa kansanedustuslaitoksella on kuitenkin aina valta peruuttaa tai muokata siirtämänsä norminantovaltaa. Ylikansallisessa yhteydessä tällaista valtaa ei jäsenvaltioilla erikseen ole, ellei sitten valtion mahdollisuutta irrottautua kokonaan tällaisesta järjestelystä pidetä sellaisena. Tämän vuoksi on tärkeää, etteivät jäsenvaltiot EU:ssa menetä mahdollisuuttansa valvoa siirretyn norminantovallan käyttöä. EU:ssa hallintosääntely on hyvin keskeisellä sijalla politiikoiden toteuttamisessa, joten luonnollisesti poliittisen vastuunalaisuuden ongelma korostuu. Hallintosääntelyn asema on kasvanut kuitenkin kaikissa valtioissa, joten ongelma ei aiheudu EU:sta, vaan liittyy tyypillisesti markkinataloudessa välttämättömään sääntelyyn.²² Kaikki modernit poliittiset järjestelmät perustuvat yhä enenevässä määrin hyväksyttävyytensä asiantuntijuuteen edustuksellisuuden sijaan.²³ Yhdysvaltoihin verrattuna hallintosääntelyn vastuunalaisuus on EU:ssa heikkoa. Puutteita on erityisesti tehokkaan oikeudellisen kontrollin järjestämisessä, menettelyllisten takeiden turvaamisessa sekä riittävän julkisen osallistumisen järjestämisessä.²⁴

²¹ Weiler 1999, s. 339–348, pitääkin mahdottomana irrottaa päätöksentekoa päätöksentekijöiden taustoista ja ironisoi Joergesin käsitystä komitologiasta habermasilaisen diskursiivisen päätöksenteon ideaalimallina. Weilerin mukaan diskursiivisia malleja suosii asiantuntijaluokka, etenkin professorit, jotka luonnollisesti menestyvät menettelyssä, joka suosii heidän hallussaan olevia asiantuntijuuden välineitä, ja jossa hallinnoimisen ideaalimallina pidetään hyvin johdettua seminaaria. Lainsäädäntömenettelyiden ohella myös lainkäyttö turvaa demokratiaa oikeusperiaatteena. Ks. tästä Tuori 2002, s. 235–238.

²² Sääntelemättömillä markkinoilla on sisäsyntyinen taipumus epäonnistua, johtaessaan pääoman kasautumiseen, joka tukahduttaa kilpailun. Kansainvälisellä tasolla tämä on johtanut maailman kauppajärjestön (WTO) nousuun keskeiseksi maailmankaupan sääntelyn välineeksi. Ks. Tshuma 2000, s. 118–122.

²³ Warleigh 2003 s. 87.

²⁴ Ks. esim. Majone 1994a, s. 93–98 ja Pollack 2003, s. 152.

EU:n puitteissa toimivallan siirtäminen perustui alun perin ajatukselle markkinasääntelyn teknisistä yksityiskohdista päättämisen siirtämiseen komissiolle. Maatalouden tuotantokiintiöiden ja -osuuksien, tuonti- ja vientirajoitusten määrästä ja jakaantumisesta päättäminen perustuu oleellisesti kulloinkin vallitsevaan ja koko ajan sääoloista tai muista syistä vaihtelevaan markkinatilanteeseen. On siis mahdotonta toteuttaa maatalouden markkinasääntelyä etukäteen muutoin kuin väljällä puitesääntelyllä, jonka tarkemmista yksityiskohdista päättäminen on siirretty komission tehtäväksi. Neuvostolla ei olisi ollut voimavaroja tällaiseen yksityiskohtaiseen sääntelyyn. Toimivallan siirtämiseltä ei siis voida välttyä. Komissiolle siirretyn norminantovallan valvomiseksi jäsenvaltiot asettivat komiteoita, joiden tehtävänä oli komission antamien ehdotusten hyväksyttävyyden arviointi. Niistä kehittyi nopeasti yhteistyöelimiä, joiden puitteissa komissio ja jäsenvaltioiden virkamiehet pystyivät käymään komission ehdottamien toimenpiteiden arvioimiseksi tarvittavat keskustelut.

Myöhemmin toimivaltaa on siirretty yhä laajenevasti, sillä pitkälle erikoistuneen teknisen tiedon hallitsemiseen tarvitaan erityisasiantuntijoita. Näin on syntynyt käsitys siitä, että toimivallan siirron kohteena olevat asiat olisivat sisällöltään teknisluonteisia. Myös niin yhteisön tuomioistuinin kuin komissiokin ovat juurruttaneet yhteisöön esioletuksen siitä, että tieteellistekninen tieto voitaisiin epistemologisesti erottaa poliittisista arvoista, ja siirtää teknisiä seikkoja koskeva päätöksenteko kokonaan asiantuntijoiden hoidettavaksi.²⁵ Koska jäsenvaltioiden edustajilla ei välttämättä ole tarvittavaa tieteellistä asiantuntemusta riskien arvioimiseen, on monien komitologiakomiteoiden kuultava tieteellistä asiantuntijakomiteaa ennen kuin päätetään mielipiteen antamisesta komission täytäntöönpanoehdotuksesta. Tosiseikkoja koskevan tieteellisen arvioinnin vaatiman erityisasiantuntemuksen on katsottu laajentavan yhteisön toimielinten valtaa itsenäiseen arviointiin ja rajoittavan niiden päätösten laillisuusvalvontaa näiltä osin.²⁶

²⁵ Ks. esim *Cassis de Dijon* -asia, 120/78.

²⁶ Asia T-70/99, *Alpharma Inc. v. neuvosto*, kohta 179: ”Oikeuskäytännössä on myös vakiintuneesti katsottu, että silloin kun yhteisön viranomainen suorittaa tehtävänsä yhteydessä monimutkaisia kysymyksiä koskevia arviointeja, sillä oleva harkintavalta koskee jossain määrin myös sen toiminnan perustana olevien tosiseikkojen määrittämistä (ks. vastaavasti asia 138/79, *Roquette Frères v. neuvosto*, tuomio 29.10.1980, Kok. 1980, s. 3333, Kok. Ep. V, s. 411, 25 kohta; yhdistetyt asiat 197/80-200/80, 243/80, 245/80 ja 247/80, *Ludwigshafener Walzmühle v. neuvosto ja komissio*, tuomio 17.12.1981, Kok. 1981, s. 3211, 37 kohta; asia C-27/95, *Bakers of Nailsea*, tuomio 15.4.1997, Kok. 1997, s. I-1847, 32 kohta; asia C-4/96, *NIFPO ja Northern Ireland Fishermen's Federation*, tuomio 19.2.1998, Kok. 1998, s. I-681, 41 ja 42 kohta; asia C-120/97, *Upjohn ym.*, tuomio 21.1.1999, Kok. 1999, s. I-223, 34 kohta ja edellä 136 kohdassa mainittu asia *Espanja v. neuvosto*, tuomion

Annettaessa säädöksiä tai täytäntöönpanotoimia, joissa joudutaan arvioimaan tuotteiden vaarallisuutta, sen on EYT:n mukaan perustuttava tieteelliseen ja tekniseen arviointiin, jonka tulee perustua uusimpaan kansainväliseen tutkimukseen.²⁷ Tieteellisen asiantuntijakomitean asettaa komissio, joten monissa kysymyksissä neuvoston asettama jäsenvaltioiden edustajista koostuva komitologiakomitea on riippuvainen komission asettaman tieteellisistä asiantuntijoista koostuvan tieteellisen komitean asiantuntemuksesta. Tieteellisen asiantuntijakomitean lausunnolla ei kuitenkaan ole oikeudellisesti komitologiakomiteaa sitovaa vaikutusta.²⁸ Tieteellisen komitean tehtävänä on antaa tieteelliset mittapuut täyttävä arvio esillä olevassa asiassa. Sen jälkeen komitologiakomitea antaa lausuntonsa jäsenvaltioita edustavana poliittis-hallinnollisena toimieliimenä. Mahdollisesta erityisasiantuntemuksestaan huolimatta komitologiakomitea on siis poliittinen toimielin, jonka arviolla ei voida pääsäännön mukaan korvata tieteellisen komitean kuulemista silloin, kun tieteellisen komitean kuuleminen on säädetty pakolliseksi.²⁹ Mahdollisimman kattavan tieteellisen riskinarvioinnin suorittaminen erityisosaamisen, avoimuuden ja riippumat-

29 kohta).” ja kohta 180: ”... asiassa, jossa yhteisön toimielinten tehtävänä oli suorittaa tieteellinen riskinarviointi ja arvioida erittäin monimutkaisia tieteellisiä ja teknisiä seikkoja, ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimien voi vain rajoitetusti valvoa sitä, miten toimieliimet ovat täyttäneet tämän tehtävän. Tässä yhteydessä ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimien ei voi omalla tosiseikkoja koskevalla arvioinnillaan korvata yhteisön toimielinten arviointia, sillä perustamissopimuksessa tämä tehtävä annetaan ainoastaan näille toimieliimille. Sen on sitä vastoin tutkittava ainoastaan, ovatko yhteisön toimieliimet harkintavaltansa käyttäessään tehneet ilmeisen virheen tai onko harkintavaltaa käytetty väärin tai ovatko yhteisön toimieliimet selvästi ylittäneet harkintavaltansa rajat.”

²⁷ Näin esim. *Angelopharm-asiassa*, C-212/91, [1993] ECR I-171, s. 210.

²⁸ Asia T-70/99, kohta 234: ”... tiedekomiteoiden asemalle on olemassa väistämättömiä rajoituksia. Ne ovat pelkästään neuvoa-antavia elimiä. Toimivaltaisen poliittisen viranomaisen on määriteltävä toteutettavat toimenpiteet, yleensä tieteellisten lausuntojen perusteella, mutta olematta ainakaan nyt esillä olevassa asiassa sovellettavien säännösten osalta sidottu niissä esitettyihin mahdollisiin päätelmiin. Viranomaiset voivat asianmukaisesti taata toteutettavien tavoitteiden määrittelyyn ja riskinhallinnan – tehtävät, jotka neuvosto ja komissio jakavat sovellettavien säännösten osalta – ainoastaan, jos ne saavat niitä edustavilta eri elimiltä ja yksiköiltä, jotka valmistelevat niiden päätöksiä, riittävät tekniset tiedot voidakseen ymmärtää riippumattomien tieteellisten asiantuntijoiden toteuttaman tieteellisen analyysin sisällön kokonaisuudessaan ja päättää, onko ennalta ehkäisevä toimenpide tarpeen toteuttaa, ja jos on, niin mikä.”

²⁹ Asia T-70/99, kohta 234: ”...komitean näitä eri tieteellisiä tietoja koskevan analyysin tuloksia ei kuitenkaan voida missään tapauksessa pitää tieteellisenä lausuntona, joka olisi erityisosaamisen, avoimuuden ja riippumattomuuden periaatteiden mukainen, vaikka tämän komitean jäseniä avustavatkin jäsenvaltioiden valtuuttamat tieteelliset asiantuntijat, jotka kykenevät ymmärtämään ja selittämään näiden tieteellisten tietojen sisällön kokonaisuudessaan.”

tomuuden periaatteisiin perustuvien tieteellisten lausuntojen nojalla on tärkeä menettelyllinen tae, jolla pyritään varmistamaan toimenpiteiden tieteellinen objektiivisuus ja estämään mielivaltaisten toimenpiteiden toteuttaminen.³⁰ Eräissä tilanteissa on syntynyt ongelmia tieteellisen asiantuntijakomitean epäsuhtaisen kokoonpanon johdosta. Näin kävi BSE-taudin aiheuttaman kriisin johdosta tarvittavia toimenpiteitä arvioitaessa, kun yli puolet asianomaisen tieteellisen komitean jäsenistä oli brittejä.³¹ Euroopan parlamentin arvion mukaan tämän seurauksena eläinlääketieteellinen komitea oli taipuvainen seuraamaan Ison-Britannian maatalousministeriössä vallinneita näkemyksiä. Tieteellisen asiantuntijakomitean kuulemisella ei siis sellaisenaan voida varmistaa päätöksenteon tehokkuutta ja puolueettomuutta, vaan tieteellisen asiantuntemuksen käytön järjestämisessä vaaditaan erityisesti huomion kiinnittämistä niihin menetelmiin, joihin jäsenen valinta ja heidän kuulemisensa perustuu.³²

Monesti oletetaan, että EYT:n *Köster*-asiassa³³ muotoilema jaottelu olennaisiin ja toissijaisiin kysymyksiin vastaisi jaottelua poliittisiin ja teknisiin kysymyksiin.³⁴ Tällaista eroa ei voida kuitenkaan pitävästi tehdä. Vaikka erilaisten raja-arvojen tai teknisten standardien asettaminen vaatiikin tiettyä erityistietoa, eivät niistä päättäminen muutu sen johdosta 'teknisistä' kysymyksistä päättämiseksi. Niihin sisältyy edelleen valintoja, jotka edellyttävät jollakin tavalla järjestettyä poliittista vastuunalaisuutta. Teknologisen tiedon avulla voidaan määrittää minkälaisia riskejä esim. erilaisiin päästöarvoihin liittyy, mutta lopullinen päätös siitä, minkälaisia riskejä pidetään hyväksyttävänä sisältää sellaisen valinnan tekemisen, joka edellyttää myös poliittisen vastuunalaisuuden ja ennen kaikkea poliittiseen prosessiin kuuluvan dialogin ulottamista tähän päätöksentekoon. Jos 'asiantuntijoihin' tai heidän neuvojensa varassa tapahtuvaan päätöksentekoon ei ulotu poliittinen vastuunalaisuus, on siirrytty teknokraattiseen järjestelyyn, joka muodostaa vakavan uhan demokratian toteutumiseksi. Teknokratiaan perustuvaa asiantuntijavaltaa ruokkii yltiörationalistinen politiikkakäsitys, jossa politiikasta on karsittu siihen oleellisesti kuuluvia elämän ulottuvuuksia

³⁰ Asia T-70/99, kohta 183.

³¹ Myöhemmin komitean kokoonpano uudistettiin tasapainoisemmaksi. Ks. Blumann – Adam 1997, s. 239.

³² Dehousse 2002, s. 225–227.

³³ Asia 25/70, *Einfuhr- und Vorratstelle für Getreide vastaan Köster*, 17.12.1970, Kok. 1970, s. 1161.

³⁴ Ks. esim. Lenaerts – Verhoeven 2000, s. 662, jotka toisaalta myöntävät, ettei ole mahdollista asettaa mielekkäitä sisällöllisiä rajoja sille mikä on täytäntöönpanoa ja mikä lain-säädäntöä, emt. s. 660.

pois, ja poliittinen on redusoitu rationaaliksi diskurssiksi.³⁵ Komitologiaan perustuvaa poliittisen vastuunalaisuuden elementtiä ei voida korvata yhteisön tuomioistuimen laillisuusvalvonnalla, vaan komitologia pitää esimerkiksi riskinarviointiin liittyvät kysymykset poliittisen vastuunalaisuuden piirissä.³⁶

Perinteisiin kansallisvaltiosta periytyviin perustuslaillisiin kategorioihin pitäytymistä on arvosteltu EU:n todellisuutta vastaamattoman mallin liimaamisesta EU:n päätöksentekojärjestelmän päälle. EU:n lainsäädäntöprosessia voidaan pitää erittäin teknokraattisena menettelynä, jossa tosiasiallinen päätöksenteko lainsäädännöllisistä valinnoista tapahtuu monenkirjavissa teknokraattisissa päätöksentekoelimissä. Tämä on luonnollinen ja välttämätön seuraus toimivallan siirtämisestä. Yhteisöoikeus usein vielä hämärtää tätä todellisuutta, jota ei pidetä hyväksyttävänä perinteisen valtiosääntöoikeudellisen ajattelun puitteissa.³⁷ Hallinnon demokraattisuuden ja oikeusvaltiollisuuden kannalta olisi hyödyllisempää tunnustaa EU:ssa tapahtunut päätösvallan luisuminen asiantuntijoille, ja keskittyä turvaamaan poliittisten instituutioiden mahdollisuus määrittää tehokkaasti perustavoitteet ja niiden saavuttamiseksi tarpeelliset toimenpiteet. Silloin niillä tulee olla mahdollisuus kumota sellaiset päätökset, joiden ne katsovat olevan ristiriidassa näiden perustavoitteiden kanssa. Realistinen todellisen päätöksenteon paikantaminen mahdollistaa oikeusturvatakeiden ja demokraattisen avoimuuden ja osallistumismahdollisuuksien vaatimusten kohdentamisen sille tasolle, jossa päätöksenteko tapahtuu.³⁸

Pienet jäsenvaltiot erityispiirteineen jäävät teknokraattisessa järjestelyssä helposti suurten ja vauraiden toimijoiden jalkoihin, sillä tieteellistekniseen argumentaatioon vaadittavaa tutkimustietoa pystyvät parhaiten tuottamaan suuret ja vauraat toimijat. Malliesimerkkinä tällaisesta tilanteesta

³⁵ Ks. tästä esim. Mouffe 2002, s. 3–5.

³⁶ Weiler suhtautuu kriittisesti *Cassis de Dijon* -asiassa (120/78) annettuun ratkaisuun, sillä siinä tuomioistuin korvasi omalla riskianalyysillaan poliittisen vastuunalaisuuden piiriin kuuluvan riskinarvioinnin hyväksyen sen, että tietty osa kuluttajista tulisi harhaanjohtetuiksi elintarvikemerkinän heikosta informaatioarvosta johtuen, koska tuomioistuin arvioi tavaroiden vapaan liikkumisen tärkeämmäksi arvoksi. Ks. Weiler 1999, s. 345–346.

³⁷ EYT on esim. vahvistanut demokratiaperiaatteen tavalla, jossa kuvataan EP jäsenvaltioiden parlamenttien kaltaisena toimielimenä, asia C-21/94, *parlamentti v. neuvosto*, kpl. 17. ”Parlamentin... toimivalta on ilmaus perustavaa laatua olevasta demokratian periaatteesta, jonka mukaan kansalaiset osallistuvat vallan käyttöön kansanedustuslaitoksen välityksellä.”

³⁸ Dehousse 2002, s. 227–229. Tämä Renaud Dehousen käsitys on luonteeltaan funktionalistinen, ja osittain ristiriidassa perinteisen perustuslailliseen ajatteluun perustuvan näkökulman kanssa.

voidaan pitää suomalaisten tervantuottajien ja -käyttäjien ongelmia osoittaa tieteellis-teknisin argumentein tervan vaarattomuus tietyssä käytössä, koska tervamarkkinat ovat niin pienet, ettei näillä toimijoilla ole yksinkertaisesti varaa kustantaa argumentointiin vaadittavaa tutkimustietoa.³⁹

Olosuhteiden erilaisuus voi johtaa erityiseen tarpeeseen täytäntöönpanotoimien sovittamiseen jäsenvaltiokohtaisesti. Niinpä Suomelle ei ollut hyväksyttävissä EU:n silakoiden dioksiinipitoisuudelle asettamat yleiset enimmäismäärät, sillä se olisi vaikuttanut kielteisesti suomalaiseen kalatalouteen, jonka keskeisimpiä tuotteita suomalaiseksi perinneruoaksi luonnehdittu silakka on. Toisaalta Suomessa muutoin ympäristöstä saadut dioksiinimäärät jäävät pienemmiksi kuin monissa Keski-Euroopan valtioissa, joten silakoiden EU:n sallimia enimmäismääriä korkeammat raja-arvot olivat näin arvioiden hyväksyttävissä.⁴⁰ Silakan dioksiinipitoisuuden enimmäismäärästä päättäminen on myös esimerkki siitä, kuinka komitologiamenettely palvelee jäsenvaltioiden tarpeita komission ehdottamien täytäntöönpanotoimien sovittamiseksi jäsenvaltion erityistarpeisiin. Asia nousi komitologiamenettelyn kautta Suomessa lainsäädäntöasiaksi, jota valtioneuvosto käsittelee asian kansallisen tärkeyden johdosta.

Molemmat esimerkit osoittavat selkeästi, kuinka täytäntöönpanon teknisiltä vaikuttavat kysymykset voivat sisältää jäsenvaltion kannalta oleellisia sisällöllisiä kysymyksiä. Juuri tämän johdosta jäsenvaltiot ovat halunneet säilyttää sananvaltaa myös komission antamien täytäntöönpanonormien suhteen. Palvellessaan tätä tarkoitusta komitologiamenettely lisää

³⁹ Kysymys on perinteisesti valmistetun mäntytervan käytöstä puunsuoja-aineena ja sen vaarallisuudesta terveydelle. Puunsuoja-aineita säännellään biosidituotteiden markkinoille saattamisesta annetulla EP:n ja neuvoston direktiivillä 98/8/EY. Tervan markkinoille luovuttamisesta vastaavan toiminnanharjoittajan tai muun tahon oli joko tunnistettava (identifioitava) tai ilmoitettava (notifioitava) vanha tehoaine viimeistään 28.3.2002. Ilmoitus olisi edellyttänyt kalliiden tutkimusten suorittamista, johon tervan tuottajilla ei ole voimavaroja. Suomessa identifiointin suoritti museovirasto. Tämä turvaa lyhyen siirtymäajan, mutta tervan, ja kaikkien muidenkin vain identifioitujen tehoaineiden, markkinoille luovuttaminen biosideina on kielletty 1.9.2006 alkaen. Tervan osalta kielto koskisi vain sen käyttöä puunsuojaukseen. Mäntytervan perinteisen puunsuojakäytön turvaamiseksi Suomen ympäristöviranomaiset ovat 4.9.2003 ehdottaneet Euroopan komissiolle, että biosididirektiiviin lisättäisiin poikkeuslupa perinteisten ja historiallisten kohteiden suojaamiseen. Ks. EU VL C 58 E/168, 6.3.2004 ja www.ymparisto.fi

⁴⁰ Suomi ja Ruotsi saivat 31.12.2006 saakka poikkeusluvan pyytää omalla alueellaan käyttäväksi Itämeren alueen kalaa, jonka dioksiinipitoisuudet ylittävät elintarvikkeille komission elintarvikeasetusehdotuksessa asetetut enimmäisarvot. Poikkeuslupaan liittyy tiedottamisvelvollisuus, joka velvoittaa viranomaiset tiedottamaan väestölle kalan dioksiinipitoisuuteen perustuvista suositeltavista silakan enimmäissyöntimääristä. Ks. kauppa- ja teollisuusministeriön tiedote 22.11.2001, <http://www.te-keskus.fi>

jäsenvaltioiden halukkuutta yhteisöoikeuden tehokkaaseen täytäntöönpanoon. Komission kaavaileman hallintouudistuksen suurimpia heikkouksia olisi siirtyminen yhä keskusjohtoisempaan täytäntöönpanosäädösten antamiseen rinnan jäsenvaltioiden hallintojen kaventuvien osallistumismahdollisuuksien kanssa. Komitologian kaltainen toimeenpanofederalismi edesauttaa kontekstin huomioon ottamista täytäntöönpanosäädösten antamisessa.⁴¹ Perustuslakiehdotukseen sisältyvä komitologian osittainen korvaaminen siirtämällä delegoitujen säädösten valvonta suoraan neuvostolle ja Euroopan parlamentille takaisinotto-oikeuden mahdollisuuden kautta, heikentää jäsenvaltioiden hallintojen roolia täytäntöönpanosäädösten muotoilemisessa, ja samalla normatiivisen päätöksenteon kontekstuaalisuutta.

2.3 Neuvoston täytäntöönpanovallan siirtäminen komissiolle

Komitologiamenettelyn oikeudellinen perusta pohjautuu perustamissopimuksen 202 artiklaan, joka velvoittaa neuvoston siirtämään komissiolle toimivallan antamiensa sääntöjen täytäntöönpanoon:

”Turvataksaan tässä sopimuksessa vahvistettujen tavoitteiden toteutumisen neuvosto tässä sopimuksessa määrätyin edellytyksin:

...

– hyväksymissään säädöksissä siirtää komissiolle toimivallan antamiensa sääntöjen täytäntöönpanoon. Neuvosto voi asettaa ehtoja tämän toimivallan käytölle. Se voi lisäksi erityistapauksissa pidättää itselleen oikeuden käyttää välitöntä täytäntöönpanotoimivaltaa. Edellä tarkoitettujen ehtojen on oltava niiden periaatteiden ja sääntöjen mukaisia, jotka neuvosto vahvistaa ennalta yksimielisesti komission ehdotuksesta ja saatuaan Euroopan parlamentin lausunnon.”

Komission lainsäädäntövalta johdetaan siis neuvostolta, ja sen oletetaan olevan luonteeltaan neuvoston hyväksymien johdannaisen oikeuden normien täytäntöönpanoa. Perustamissopimuksen 211 artiklan mukaan komissio käyttää sille siirrettyä toimivaltaa neuvoston antamien sääntöjen täytäntöönpanoon. Tämä voi tapahtua neuvoston antamaa säädöstä täydentävin tai sitä sopeuttavin täytäntöönpanonormein. Yhteisön tuomioistuimen vakiintuneen tulkinnan mukaan neuvoston tulee pidättää itsellään

⁴¹ Komitologiassa toteutuvaa prosessia voitaisiin kuvata jäsenvaltioiden edustajien intuitiiviseen terveeseen järjenkäyttöön nojaavana kontekstuaalisena menettelyinä. Vrt. esim. Koskeniemi 2003, s. 481–482, jossa kuvataan yleisesti kv. juristien ja tuomioistuinten toiminnan tapahtuvan, ”not through juridical technique, but rather through the intuitive application of good sense”.

säädösvalta olennaisten kysymysten suhteen.⁴² Täytäntöönpanovaltaa neuvosto voi siis siirtää vain olennaisiin kysymyksiin nähden toissijaisissa asioissa. Lainsäätäjä ei voi antaa avointa valtakirjaa toimeenpanoviranomaiselle säädösten antamiseen, vaan se päättää itse mikä on täytäntöönpanoa. Täytäntöönpano ymmärretään laajasti siten, että se käsittää niin täytäntöönpanoa varten tarvittavien sääntöjen laatimisen kuin niiden soveltamiseksi tarpeelliset toimenpiteet yksittäistapauksissa.⁴³

Toimivallan siirto synnyttää johdannaisen oikeuden säädöshierarkian, jossa neuvoston antamien säädösten tulee pohjautua perustamissopimukseen ja pitäytyä niiden asettamissa rajoissa, ja toimivallan siirron perusteella annettujen komission täytäntöönpanotoimien tulee puolestaan pitäytyä toimivaltaa siirtävän neuvoston säädöksen puitteissa. Tämä säädöshierarkia kuvastaa myös EU:n toimielinten ja toimenpiteiden yleistä lakisidonnaisuutta.⁴⁴ Laillisuusperiaatteeseen kuuluu siis säädöshierarkian riittävän selkeä toteuttaminen.⁴⁵ Muodoltaan niin neuvoston kuin komissionkin antamat johdannaisen oikeuden normit ovat joko päätöksiä, asetuksia tai direktiivejä, joista viimeksi mainitut edellyttävät erillistä toimeenpanoa jäsenvaltiossa, kun taas asetusten erillinen toimeenpano on kielletty, koska ne ovat suoraan velvoittavia. Näin jäsenvaltioille jää jonkin verran harkintavaltaa sen suhteen, kuinka ne panevat direktiivin velvoitteet täytäntöön kansallisessa lainsäädännössä. Direktiivien edellyttämät lainsäädäntötoimet antavat myös jäsenvaltion kansanedustuslaitokselle mahdollisuuden harkita direktiivin toimeenpanemiseksi soveliaimpia toimenpiteitä. Komission antamat täytäntöönpanosäädökset ovat siis muodoltaan ja velvoittavuudeltaan yhtenevät neuvoston antamien säädösten kanssa. Tätä voidaan pitää johdonmukaisena, sillä komissio käyttää neuvoston sille siirtämää norminantovaltaa. Keskeisiltä osiltaan näin syntyvä normatiivinen systematiikka on verraten selkeä.

Maastrichtin sopimuksella perustettu Euroopan unioni pilarijakoineen on kuitenkin johtanut yhä lisääntyvään määrään erilaisia uusia päätösmuo-

⁴² Ks. Asia C-240/90, *Saksa v. komissio*, kpl. 36, jossa viitataan *Köster*-asiaan seuraavasti: ”Kuten asiassa 25/70, *Einfuhr- und Vorratstelle für Getreide vastaan Köster*, 17.12.1970 annetun tuomion 6 kohdasta (Kok. 1970, s. 1161) ilmenee, edellä mainituissa määräyksissä tehdään ero sellaisten sääntöjen, jotka ovat käsiteltävän asian kannalta olennaisia ja joita koskeva toimivalta neuvoston on näin ollen pidettävä itselleen, ja toisaalta sellaisten sääntöjen välillä, jotka koskevat ainoastaan täytäntöönpanoa ja joiden osalta toimivalta voidaan siirtää komissiolle.”

⁴³ Ks. Mäenpää 2001, s. 145.

⁴⁴ Ks. Schwarze – Laakso – Kuuttiniemi 1999, s. 96–97.

⁴⁵ Mäenpää 2001, s. 210.

toja kuten yhteiset kannat ja puitepäätökset. Epäselvyys siitä, mitkä ovat varsinaisia lainsäädäntötoimia ja mitkä täytäntöönpanotoimia taikka mikä on tieteellistä neuvonantoa ja mikä poliittisten valintojen tekemistä, on merkittävästi lisääntynyt.⁴⁶ Komitologian välittämä sektorikohtainen jäsenvaltioiden hallintojen verkostoituminen tuo oman lisänsä tähän hämärtymiseen.⁴⁷ Euroopan integraation toteuttaminen ei olisi voinut onnistua jäsenvaltioiden oikeaoppisten perustuslaillisten hierarkioiden tapaan järjestetyn oikeusjärjestelmän kautta.

Komission asema lainsäätäjänä on vahvistunut viimeisen kolmen vuosikymmenen aikana merkittävästi, kuten oheisesta taulukosta ilmenee:

Neuvoston antamien johdannaisen oikeuden säädösten %-osuus kaikista annetuista johdannaisen oikeuden säädöksistä.⁴⁸

| | Asetukset | Direktiivit |
|------|-----------|-------------|
| 1970 | 41 | 92 |
| 2000 | 23 | 53 |

Taulukko 1.

Samana ajanjaksona asetusten osuus suhteessa direktiiveihin on merkittävästi kasvanut. Neuvoston antamista direktiiveistä puolet on annettu 251 artiklan mukaisessa yhteispäätösmenettelyssä, mutta asetuksista ei yhtäkään. Asetusten laajeneva käyttö lainsäädäntövälineenä merkitsee kansallisten lainsäädäntöelimien vallan vähenemistä, sillä ne ovat suoraan velvoittavia, ja niiden erillinen inkorporoiminen kielletty. Direktiivit tuovat kansallisen lainsäätäjän integraatioprosessin aktiiviksi osallistujaksi, kun asetusten käyttö jättää ne tarkkailijan asemaan. Asetusten käyttö lainsäädäntövälineenä on merkinnyt myös Euroopan parlamentin kiertämistä, joten lainsäädännön demokraattisuuden voidaan sanoa jossain mielessä ohentuneen. Tämän voidaan arvioida johtuneen siitä ylikansallistumiskehityksestä, jota sisämarkkinoiden luominen kiihdytti. On yhä suurempi tarve ylikansallisten markkinoiden tehokkaalle normatiiviselle ohjaukselle, jonka tarkemmat yksityiskohdat säädetään asetuksilla. Kansallisten intressien

⁴⁶ Dehousse 2002, s. 227–229.

⁴⁷ Joerges 2002a, s. 29–30.

⁴⁸ Ks. Bergström 2003, s. 11–19.

tunnistaminen käy yhä vaikeammaksi, ja normatiivisen sääntelyn vaihtoehtoja punnittaessa joudutaan enenevässä määrin arvioimaan Euroopan laajuisesti kuluttajien ja muiden kansalaisryhmien tai vaikkapa luonnon-suojeluintressejä. Valtio- ja kansallisuusrajat ylittävät markkinat ja niihin liittyvät ylikansallisten yhtiöiden toiminnan sääntelytarpeet sopivat luontevasti komission toimenkuvaan. Komission asemaa lainsäätäjänä vahvistaa myös se, että monesti on helpompi saada neuvostossa aikaan poliittinen kompromissi väljästä puitesääntelystä kuin kovin yksityiskohtiin menevistä lainsäädäntötoimista. Silloin komissio joutuu täyttämään omalla päätöksellään sen, minkä neuvosto ja EP jättivät avoimeksi. Samalla tavoin yhteisön tuomioistuin joutuu usein täydentämään lainsäädäntöä ratkaistessaan yksittäisiä tapauksia.

Antaessaan direktiivejä, asetuksia tai päätöksiä neuvosto yleensä siirtää valtuudet tarkempien toimeenpanomääräysten antamiseen komissiolle asettamalla hallintokomitean valvomaan direktiivin täytäntöönpanoa. Toimeenpanovallan siirtäminen ei ole kuitenkaan ehdoton sääntö ja sellaisissa kysymyksissä, joiden jo ennakolta tiedetään olevan jäsenvaltioille poliittisesti tai muutoin ongelmallisia, neuvosto saattaa pidättää valtuudet tarkempien täytäntöönpanomääräysten antamiseen itsellään. Neuvostolla on näissä tapauksissa velvollisuus antaa perusteet sille, miksi se ei siirrä täytäntöönpanovaltaa komissiolle.⁴⁹

Yhteisön tuomioistuin on vahvistanut oikeuskäytännössään ne peruseriaatteet, joiden mukaisesti neuvoston on toimittava, jos se pidättää toimeenpanovaltaa itselleen. Toimeenpanonormien antamisvallan pidättäminen neuvostolle voi tulla kyseeseen vain poikkeustapauksissa, jolloin sen tulee ilmoittaa yksityiskohtaiset perustelut pidättämiselle.⁵⁰ Kaikissa muissa tapauksissa toimeenpanovaltaa käyttää komissio. Komitologian II ja III menettelyssä neuvosto näyttää siirtäneen päätösvallan siitä, käyttääkö neuvosto toimeenpanovaltaa, komitologiakomitealle, eli jäsenvaltioiden virkamiehille. Jos tuomioistuimen päätöstä tulkitaan niin, että neuvoston päätös, joka tulee yksityiskohtaisesti perustella, on päätös pidättää mahdollisuus toimeenpanovallan käyttämiseen neuvostolla, pitäisi neuvoston aina II tai

⁴⁹ Periaate oli kiteytynyt jo EYT:n oikeuskäytännössä, josta se kodifioitiin v. 1999 komitologiapäätöksen I artiklaan: ”Lukuun ottamatta niitä perusteluita erityistapauksia, joissa perussäädöksessä pidätetään neuvostolle oikeus käyttää tiettyä välitöntä täytäntöönpanovaltaa, täytäntöönpanovalta siirretään komissiolle perussäädöksen asiaa koskevien säännösten mukaisesti. Näissä säännöksissä on täsmennettävä siirretyn toimivallan keskeinen sisältö.” Ks. esim. asiat 16/88 ja C-240/90.

⁵⁰ Asia 16/88 *komissio v. neuvosto*, 1989 ECR 3485.

III menettelystä päättäessään antaa tämä yksityiskohtainen perustelu.⁵¹

Jos perusteluvollisuuden katsotaan kohdistuvan vain siihen tilanteeseen, jossa neuvosto tosiasiallisesti käyttää toimeenpanovaltaa asian palaututtua sille komitologiakomitean kielteisestä lausunnosta johtuen, jää perustelujen poliittinen valvonta EP:n edustaman edustuksellisen valvonnan ulkopuolelle.⁵²

Perustamissopimuksen 202 artiklaa tulee tulkita niin, että toimeenpano käsittää sekä täytäntöönpanonormien antamisen että niiden soveltamisen yksittäistapauksiin, koska perustamissopimuksessa toimeenpanolle ei anneta mitään lisämääreitä.⁵³

Kun neuvosto on antanut jollakin alueella yksityiskohtaisen normiston, ei komissio voi toisella alueella käytettäväksi tarkoitettua siirrettyä täytäntöönpanonormien antamisvallan nojalla tunkeutua ensin mainitulle alueelle, etenkin jos tällä alueella neuvosto ei ole siirtänyt komissiolle toimeenpanovaltaa. Komission toimeenpanovallan laaja soveltaminen on hyväksyttävää vain maatalousmarkkinoita varten annettavien sääntöjen erityisissä puitteissa.⁵⁴ Silloinkin yksittäisten johdannaisen oikeuden normien tulkinta voi olosuhteista johtuen edellyttää suppeaa tulkintaa, jota komissiolle ei ole valtuuksia laajentaa.⁵⁵

Ehdotonta toimivallan siirtämissä pakkoa ei siis ole, ja päätösvalta toimivallan siirtämisestä on neuvostolla.⁵⁶ Käytännössä neuvostolla ei ole mahdollisuuksia tosiasialliseen toimeenpanovallan pidättämiseen itsellään kuin poikkeustapauksissa. Perustamissopimuksesta ei löydy yhtenäisesti järjestettyä toimeenpanomenettelyä, jota voitaisiin soveltaa kaikissa normin toimeenpanoa vaativissa tilanteissa yhdenmukaisesti. Toimivallan siirto tapahtuu neuvoston tapauskohtaisen harkinnan perusteella. Komissio on oikeutettu ryhtymään kaikkiin täytäntöönpanotoimiin, joihin sille siirretty toimivalta antaa valtuudet.⁵⁷

⁵¹ Bradley 1992, s. 714–715. Yhteisön tuomioistuin määritteli asiassa 176/82, ECR 2487, että perusteluvollisuuden tarkoituksena on mahdollistaa perusteltavan päätöksen oikeudellinen valvonta.

⁵² Bradley 1992, s. 716.

⁵³ Asia 16/88, *komissio v. neuvosto*, 1989 ECR 3485–3486.

⁵⁴ Asia 22/88 *Vreugdenhil ym. v. Minister van Landbouw en Visserij*, 1988 ECR 2080.

⁵⁵ Asia 61/86, *Yhdistynyt kuningaskunta v. komissio*, 1988, ECR 463–464, jossa tuomioistuin kumosi komission antaman yhteisön maatalouspolitiikan toimeenpanoon liittyvän täytäntöönpanonormin komission ylitettyä sille siirrettyä toimivallan rajat.

⁵⁶ Asia 291/86, 1988 ECR 3706.

⁵⁷ Ks. esim. asia 100/74, 1975 ECR 1404, ja asia 121/83, 1984 ECR 2058.

Komissio ei voi muuntaa täytäntöönpanon kohteena olevan normin perustaa ja tarkoitusta antamalla siihen pohjautuvia täytäntöönpanonormeja johonkin muuhun kuin täytäntöön pantavassa normissa määriteltyyn tarkoitukseen.⁵⁸ Sama koskee neuvostoa, jos se päättää pidättää toimeenpanonormien antamisen itsellään. Komissio on sidottu täytäntöön pantavan normin sisältöön myös siten, ettei se voi itse määrätä esim. uusia ylä- tai alarajoja, jos ne on jo perusnormissa tyhjentävästi annettu.⁵⁹ Komitologia-komitean myönteisellä lausunnolla ei ole sellaista positiivista sitovuutta, että sen avulla voitaisiin ylittää perusnormissa määritellyn toimivallan siirron rajat. Jäsenvaltiot eivät siis voi komitologian kautta jälkikäteen laajentaa perusnormissa määriteltyä toimivallan siirtoa, vaan se vaatii perusnormin muuttamista asianomaisessa lainsäädäntömenettelyssä.⁶⁰ Muutoin jäsenvaltiot voisivat yhteispäätösmenettelyn piiriin kuuluvien asioiden osalta kokonaan sivuuttaa Euroopan parlamentin vuoden 1999 komitologiapäätöksen 8 artiklan vastaisesti.

Markkinasääntelyn toteuttamiseksi tarvittavan täytäntöönpanovaltuuksien siirtämisen tarve kävi ilmeiseksi jo aivan eurooppalaisen integraation alkuvaiheissa Euroopan hiili- ja teräsyhteisön toiminnassa. EHTY:n korkealla viranomaisella (High Authority), joka Rooman sopimuksessa muotoutui komissioksi, ei ollut resursseja yksityiskohtaisen toimeenpanon suorittamiseksi vaadittavista toimenpiteistä huolehtimiseen. Toimeenpanoon liittyvien tehtävien tarkoituksenmukaiseksi hoitamiseksi korkea viranomainen siirsi eräitä toimeenpanoon liittyviä tehtäviä erillisten yksityisoikeudellisten toimistojen (Brussels agencies) hoidettaviksi. Yhteisön tuomioistuin antoi ensimmäisen toimeenpanovallan siirtoa koskevan ratkaisunsa pian Rooman sopimuksen voimaantulon jälkeen.⁶¹ Siinä toimivallan siirto näille Brysselin toimistoille todettiin EHTY:n perustamissopimuksen 3 artiklan vastaiseksi. Brysselin toimistoille oli siirretty valtaa eräiden terästuotannon tukien maksamiseen. Korkean viranomaisen edustajalla näiden toimistojen johtokunnissa oli valta siirtää päätös korkean viranomaisen tehtäväksi, mutta niin ei ollut käytännössä menetelty. Tuomioistuin muotoili ratkaisussaan keskeiset toimivallan siirtoa koskevat periaatteet korostaen EHTY:n 3 artiklaan sisältyvää yhteisön toimielinten rakentee-

⁵⁸ Asiat 6 ja 7/88, *Espanja ja Ranska v. komissio*, 1989 ECR 3674–3675. Tapauksessa oli kyse kalakantojen suojelemiseksi asetettujen normien täytäntöön panemiseksi komissiolle siirrettyjen valtuuksien käyttämisestä taloudellisessa tarkoituksessa annettujen vastaavien määräysten toimeenpanoon.

⁵⁹ Asia 264/86, *Ranska v. komissio*, 1988 ECR 998.

⁶⁰ Ks. asia C-159/96, *Portugali v. komissio*, [1998] ECR I-7379.

⁶¹ *Meroni*, asiat 9 ja 10/56.

seen liittyvää toimivaltuuksien tasapainoa.⁶² Yhteisön tuomioistuimen peruslinjaus on ollut sellaisen toimeenpanovallan siirtämisen kieltäminen yhteisön toimielimien ulkopuolelle, jolla voitaisiin antaa yhteisössä sitovia normeja.⁶³

EYT rajasi toimivallan siirtämisen rajat *Meroni*-asiassa alun perin seuraavasti:

”Toimivallan siirtämisestä aiheutuvat seuraukset ovat hyvin erilaisia riippuen siitä, onko kysymyksessä selkeästi rajoitettu täytäntöönpanotoimivalta, jonka käyttöä tämän johdosta valvotaan tarkasti toimivallan siirtäneen viranomaisen vahvistamin objektiivisin kriteerein, vai onko kysymyksessä harkintavalta, johon sisältyy laaja harkinnanvapaus, joka saattaa käyttötarkoituksensa mukaisesti ilmetä tosiasiallisena talouspolitiikkana.

Ensimmäisen tyyppinen toimivallan siirtäminen ei ole luonteeltaan sellaista, että se muuttaisi huomattavasti siirtämisen kohteena olevan toimivallan käytön seurauksia, kun taas toisen tyyppinen siirtäminen, jossa toimivallan saaneen viranomaisen valinnat korvaavat siirtävän viranomaisen valinnat, käsittää vastuun tosiasiallisen siirtämisen.”⁶⁴

Arvioidessaan neuvoston toimivallan siirtämistä toimielinten välisen tasapainon kannalta tuomioistuin totesi neuvoston komissiolle siirtämän vallan antaa oikeudellisia täytäntöönpanonormeja olevan sidottu vuoden 1987 komitologiapäätöksessä määriteltyihin menettelyihin.⁶⁵ Komitologiapäätös siis täsmentää komission ja neuvoston sekä EP:n välisiä toimivaltasuhteita.

Neuvoston on täytäntöön pantavaa normia antaessaan määriteltävä selvästi komissiolle siirretyn toimivallan rajat.⁶⁶ Yhteisen maatalouspolitiikan toimeenpanemiseksi tarvittavien toimenpiteiden osalta neuvostolla on valtuudet laajaan toimivallan siirtämiseen komissiolle, jolloin komission itsenäinen päätösvalta norminantoon on laajempi kuin muilla aloilla.⁶⁷ Tämä

⁶² *Meroni*, asia 9/56. Vaikka tapaus perustui Pariisin sopimuksella perustetun EHTY:n 3 artiklan soveltamiseen, voidaan tuomioistuimen ratkaisusta ilmeneviä toimivallan siirtämiseen liittyviä periaatteita soveltaa edelleenkin, sillä näiltä osin Rooman sopimus ja sen jälkeen toteutetut perustamissopimuksen muutokset eivät tuoneet oleellista muutosta toimivallan siirtämiseen.

⁶³ Türk 1996, s. 190.

⁶⁴ *Meroni & Co., Industrie Metallurgiche, SpA v High Authority of the European Coal and Steel Community*, asia 9/56, 1957-58, ECR 133.

⁶⁵ Asia 16/88, *komissio v. neuvosto*.

⁶⁶ Asia 291/86, 1988 ECR 3706.

⁶⁷ Ks. esim. asia T-70/99, *Alpharma Inc. v. neuvosto*, kohta 177: ”Vakiintuneen oikeuskäy-

johtuu siitä, että vain komissiolla on mahdollisuudet seurata yksityiskoh-
 taisesti maatalousmarkkinoiden kehitystä ja toimia tarvittaessa nopeasti.
 Silloin komission toimivallan rajoja tarkastellaan maatalousmarkkinoiden
 yleisen järjestämisen kannalta.⁶⁸ Neuvostoa ei voida vaatia kirjaamaan ase-
 tuksessaan kaikkia maatalouspolitiikan yksityiskohtia, vaan sääntelyn koh-
 teen keskeisten tekijöiden määrittelemine on riittävää.⁶⁹ Samantyyppisen
 laajan toimivallan siirron konstruktioita on sovellettu myös tekstiiliteolli-
 suuteen.⁷⁰ Yhteisön tuomioistuin onkin painottanut perustamissopimuk-
 sen rakenteen ja käytännön vaatimusten keskeistä merkitystä arvioitaessa,
 kuinka laajasti täytäntöönpanon käsitettä on tulkittava.⁷¹ Täytäntöönpan-
 on käsite ja toimivallan siirron rajojen arviointi vaihtelee siis sektorikoh-
 taisesti.

Yhteisön tuomioistuin eritteli komission BSE-taudin torjumiseksi to-
 teuttamien toimenpiteiden laillisuutta koskeneessa ennakkoratkaisussaan
 eräitä yleisiä komission ja yhteisön harkintavallan käyttöön liittyviä peri-
 aatteita. Tuomioistuin totesi komissiolle kuuluvan laajan harkintavallan
 sen toteuttamien toimenpiteiden luonteen ja ulottuvuuden suhteen. Lailli-
 suusvalvonnassa on rajoitettava tutkimaan ainoastaan sitä, ettei toimival-
 taa ole käytetty väärin eikä komissio ole selvästi ylittänyt harkintavaltansa
 rajoja. Aikaisempaan oikeuskäytäntönsä viitaten se katsoi, että yhteisö-
 jen toimielin on toimenpiteestä päättäessään käyttänyt harkintavaltansa

tännön mukaan yhteisöjen toimielimillä on yhteisen maatalouspolitiikan alalla laaja har-
 kintavaltta, kun ne asettavat tavoitteet ja valitsevat asianmukaiset keinot niiden toteuttami-
 seksi. Tässä yhteydessä ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen on tutkittava ainoas-
 taan, onko tätä harkintavalttaa käytettäessä tehty ilmeistä virhettä tai onko harkintavalttaa
 käytetty väärin tai ovatko yhteisön toimielimet selvästi ylittäneet harkintavaltansa rajat
 (asia 98/78, *Racke*, tuomio 25.1.1979, Kok. 1979, s. 69, Kok. Ep. IV, s. 297, 5 kohta; asia
 265/87, *Schröder*, tuomio 11.7.1989, Kok. 1989, s. 2237, Kok. Ep. X, s. 109, 22 kohta;
 yhdistetyt asiat C-267/88-C-285/88, *Wuidart* ym., tuomio 21.2.1990, Kok. 1990, s. I-435,
 14 kohta; edellä 136 kohdassa mainittu asia *Fedesa* ym., tuomion 14 kohta; edellä 135
 kohdassa mainittu asia *ESB*, tuomion 60 kohta ja edellä 135 kohdassa mainittu asia *NFU*,
 tuomion 39 kohta)."

⁶⁸ Yhdistetyt asiat 279, 280, 285 ja 286/84, *Rau v. komissio*, 1987 ECR 1120–1121.

⁶⁹ Asia 46/86, 1987 ECR 2671.

⁷⁰ Ks. asia C-159/96, *Portugali v. komissio*, [1998] ECR I-7379, kohta 41: "Koska ainoas-
 taan komissio pystyy seuraamaan jatkuvasti ja tarkkaavaisesti kansainvälisten markkinoi-
 den kehitystä sekä toimimaan tilanteen vaatimalla ripeydellä, neuvosto voi joutua anta-
 amaan sille tällä alalla laajat valtuudet. Tästä seuraa, että näiden valtuuksien rajoja on arvioitava
 erityisesti kyseisen lainsäädännön yleisten päätavoitteiden perusteella. Siten komissiolla
 on valta antaa kaikki perussäädöksen täytäntöönpanon kannalta välttämättömät tai hyö-
 dylliset soveltamista koskevat yksityiskohtaiset säännöt sillä edellytyksellä, että ne eivät
 ole ristiriidassa perussäädöksen tai soveltamista koskevien neuvoston säädösten kanssa."

⁷¹ Ks. asia C-23/75, *Rey Soda* ym., tuomio 30.10.1975, Kok. 1975, s. 1279, kohta 10.

väärin, jos toimenpiteestä on päätetty yksinomaan tai ainakin olennaisilta osin muiden kuin esitettyjen päämäärien saavuttamiseksi.⁷²

Yhteisön toimielimen lainsäädäntötoimenpide on pohjana täytäntöönpanotoimenpiteelle, jolla lainsäädäntötoimenpiteellä asetettu yhteisöoikeuden normi pannaan täytäntöön. Lainsäädäntötoimi puolestaan perustuu suoraan yhteisön perustamissopimukseen.⁷³ Lainsäädäntötoimen oikeudellista perustaa valitessaan yhteisön toimielimet eivät voi nojautua pelkästään omaan käsitykseensä lainsäädäntötoimella tavoitellusta päämäärästä, vaan oikeudellisen perustan valinnan tulee nojautua objektiivisiin seikkoihin, joita voidaan arvioida oikeudellisessa menettelyssä.⁷⁴

Täytäntöönpanonormin tulee toteuttaa lainsäädäntötoimella annettua säädöstä,⁷⁵ eikä sillä voida muuttaa lainsäädäntötoimella säädettyä järjestelmää.⁷⁶ Kuitenkin myös täytäntöönpanonormit ovat johdetun oikeuden normeja, joilla on yhteisöoikeudessa sama velvoittavuus kuin sen pohjana olevalla lainsäädäntötoimenpiteellä. Lainsäädäntötoimen suora sovellettavuus ei ole esteenä siirtää yhteisön toimielimelle valtuudet antaa lainsäädäntötoimenpidettä koskevia täytäntöönpanomääräyksiä.⁷⁷ Mitään selvää jakoa lainsäädäntönormiin ja täytäntöönpanotoimeen yhteisöoikeus ei tunne. Tätä ei voida päättää abstraktilla tasolla, vaan tapauskohtaisesti. Tähän rajanvetoon sisältyy niin poliittista arviointia kuin oikeudellisten kriteerien määrittelyä.⁷⁸ Voidaan puhua myös perusnormista tai kantasäädöksestä ja sitä toimeenpanevasta normista. Tämäkin jaottelu on osittain harhaanjohtava, sillä myös perusnormi on samalla johdannaisen oikeuden normi kuten täytäntöönpanonormikin.⁷⁹

Täytäntöönpanotoimeksi voidaan kutsua täytäntöönpanonormien laatimista, ja normien soveltamista yksittäistapauksiin yksittäisillä soveltamis-

⁷² Asia C-157/96, kpl. 39, 43 ja 45. Tuomioistuin viittasi lisäksi siihen, että komissio oli ennen toimenpiteen toteuttamista kuullut tieteellistä eläinlääkintäkomiteaa ja pysyvää eläinlääkintäkomiteaa.

⁷³ Yhteisön tuomioistuin vahvisti tämän jaottelun asiassa 30/70, ECR 1208-209, antamassaan tuomiossa, jolla samalla vahvistettiin hallintokomiteamenettelyn laillisuus.

⁷⁴ Asia 45/86, *komissio v. neuvosto*, 1987 ECR 1520.

⁷⁵ Asetuksen tulkintaan eivät vaikuta jäsenvaltioiden yhteisön toimielinten kanssa ennen asetuksen antamista käymät neuvottelut. Ks. asia 278/84, *Saksa v. komissio*, 1987 ECR 2.

⁷⁶ Asia 38/70, 1971 ECR 154–155. Tuomioistuin asetti tämän sääätämisaottelun perusteeksi sen, että lainsäädäntötoimi perustui suoraan perustamissopimukseen, eikä edes neuvosto voinut täytäntöönpanonormia antaessaan poiketa siitä, vaikka sillä olisi halutessaan valta muuttaa lainsäädäntötoimella annettua säädöstä.

⁷⁷ Asia 230/78, 1979 ECR 2771.

⁷⁸ Bieber – Salomé 1996, s. 926–927.

⁷⁹ Lenaerts 1993, s. 26–25.

toimilla.⁸⁰ Silloin kun komissio antaa laajaan toimivallan siirtoon perustuen täytäntöönpanonormeja, kyse on pikemminkin lainsäädäntötoimesta kuin varsinaisesta toimeenpanosta.⁸¹

Neuvosto ei siis siirrä komissiolle ainoastaan toimeenpanovaltaa, vaan tosiasiallista lainsäädäntövaltaa, jonka käyttö tosin tapahtuu neuvoston välillisessä valvonnassa komitologiakomiteoiden kautta. Yhteisön tuomioistuin piti *Chemiefarma*-tapauksessa laillisenä siirtää komissiolle toimivaltaa antaa tarkemmat prosessuaaliset säännöt kuulemismenettelystä, jonka käyttämisestä oli säädetty neuvoston asetuksessa.⁸² Kuten Lenaerts huomauttaa, täytäntöönpanosäädösten antamisvallan siirtämiseen liittyy vaara lainsäätämisen ja täytäntöönpanon sekoittumisesta, samalla kun kansanedustuksellisilla lainsäädäntöelimillä ei ole mitään mahdollisuuksia tämän prosessin poliittisen valvontaan.⁸³

Neuvoston päätöksenteko toimivaltaa siirrettäessä perustuu keskeisiltä osin poliittiseen harkintaan. Tämän harkinnan eräs vaikeus on siinä, että yleensä ei ole mahdollista tietää tarkkaan ennalta, minkälaisen kysymysten eteen komissio ja komitologiakomiteat törmäivät tarkempia toimeenpanomääräyksiä annettaessa. Delegointipäätöstä tehdessään neuvosto ei siis tarkkaan tiedä, miten merkittäväksi delegoidun vallan käyttö muodostuu.

Kun neuvosto päättää siirtää toimivaltaa, se voi tapahtua vain neuvoston komitologiapäätöksen mukaisten komitologiamenettelyiden puitteissa. Tässä vaiheessa poliittinen päätös saa tietyn institutionaalisen muodon, joka rajaa neuvoston ja komission välisen suhteen määrättyihin oikeudellisiin puitteisiin.

Annettaessa normeja siirretyn toimivallan perusteella menettely on yksinkertaisempi. Niitä ei tarvitse lähettää lausunnolle Euroopan parlamenttiin, ja neuvosto voi tarvittaessa syrjäyttää komission pidättämällä täytäntöönpanonormien antamisvallan itsellään, kunhan se ensin antaa perusnormin, joka määrittää täytäntöönpanonormin antamisen rajat.⁸⁴ Siirtämällä mahdollisimman paljon norminantoa toimeenpanovaiheeseen, neuvosto välttää EP:n valvonnan, jonka lainsäätämismenettelyt luonnollisesti hidastavat norminantoa.

⁸⁰ Asia 16/88, *komissio v. neuvosto*, 1989 ECR 3485.

⁸¹ Lenaerts 1993, s. 28–29.

⁸² Asia 41/69, 1970 ECR 688.

⁸³ Lenaerts 1993, s. 36.

⁸⁴ Hartley 1994, s. 121–122.

Neuvoston delegointipäätökseen sisältyy komitologiamenettelyn tyyppin määräämisellä päätös siitä, kuinka peruuttamattomasti neuvosto siirtää valtaansa komissiolle. Yhteispäätösmenettelyssä myös EP on mukana päättämässä komitologiakomitean tyyppiä. Neuvoa-antavassa menettelyssä asia ei enää palaudu neuvostolle, vaan komitologiakomitean lausunto on neuvoa-antava, kun taas hallintomenettelyssä asia palautuu neuvostolle, jos määränemistö komitologiakomiteassa vastustaa komission ehdotusta, ja sääntelymenettelyssä asia palautuu neuvostolle, jos määränemistö ei kannata komission ehdotusta tai komitea ei anna lausuntoa lainkaan. Hallinto- ja sääntelymenettelyssä neuvosto siis pidättää tiettyjen ehtojen toteutuessa viimekätisen toimeenpanovallan itsellään. Tämän on väitetty olevan yhtenäisasiakirjalla uudistetun perustamissopimuksen 202 artiklan 3 kohdan vastaista.⁸⁵ Tuomioistuin ei kuitenkaan ole yhtenäisasiakirjan voimaantulon jälkeen antamissaan ratkaisuisa todennut tällaisen ristiriidan olemassaoloa.

Tuomioistuin on todennut päinvastoin nimenomaisin viittauksin yhtenäisasiakirjaan, että neuvoston oikeus alistaa komissiolle siirtämänsä täytäntöönpanovallan käyttö tiettyjen menettelyjen alaiseksi säilytettiin yhtenäisasiakirjalla perustamissopimuksen 202 artiklaan tehdyissä muutoksissa. Menettelyjen täytyy olla neuvoston näistä menettelyistä etukäteen antaman päätöksen mukaisia. Tuomioistuin vahvisti, että tämä (komitologia-) päätös tulee hyväksyä neuvostossa yksimielisesti Euroopan parlamentin annettua lausuntonsa asiassa. Samalla se totesi neuvoston tehneen tällaisen päätöksen 13.7.1987 (komitologiapäätös), eikä nähnyt siinä mitään huomauttamista. Komitologian laillisuus on siis ainakin toimivallan siirtoa koskevilta osin vahvistettu yhteisön tuomioistuimen toimesta.⁸⁶

Perustamissopimusta uudistettaessa on jatkuvasti painotettu komission itsenäisen aseman turvaamista yhteisön edun toimeenpanijana rajoittamalla neuvoston mahdollisuuksia puuttua komission täytäntöönpanotoimiin.⁸⁷ Jäsenvaltiot eivät kuitenkaan yhtenäisasiakirjan uudistamisen jälkeen ole olleet halukkaita lisäämään komission jäsenvaltioiden valvonnan ulottumattomissa olevaa toimeenpanovaltaa, eikä yhteisön tuomioistuinkaan ole muunlaisia linjauksia tehnyt. Tässä suhteessa perustuslakisopimusehdotus painottaa uudella tavalla komission itsenäistä asemaa täytäntöönpanovallan käyttäjänä.

⁸⁵ Bradley 1992, s. 716 ja 720.

⁸⁶ Asiassa 16/88, *komissio v. neuvosto*, 1989 ECR 3485–3486, kpl. 13.

⁸⁷ Ks. perustamissopimuksen uudistamista pohtineen institutionaalisen *ad hoc*-työryhmän selvitystä Eurooppa-neuvostolle vuonna 1985, kohta B, jossa korostetaan komission autonomian turvaamista toimeenpanossa. Julkaistu teoksessa Bieber et al. 1995, s. 330–342.

3 KOMITOLOGIAN ROOLI TOIMIVALLAN SIIRTÄMISESSÄ

3.1 Komitologiamenettelyn nykytila

Komitologia voidaan lyhyesti määritellä menettelyksi, jolla jäsenvaltioiden hallitukset valvovat ja avustavat neuvoston komissiolle siirtämän täytäntöönpanosäädösten antamisvallan käyttöä.⁸⁸ Menettely toteutetaan neuvoston asettamissa erityisissä komiteoissa, jotka antavat lausunnon komission ehdotuksesta täytäntöönpanosäädökseksi. Komitologiakomiteoiden oikeudellisesti määritelty valta kulminoituu mahdollisuuteen saada komissiolle siirretty toimivalta päättää täytäntöönpanosäädöksestä palautumaan neuvostolle komitean määränemistöpäätöksellä. Tämä perustuslaillinen komitologian muodollinen määrittely ei kuitenkaan riitä kuvaamaan sen tosiasiallista luonnetta. Etenkin vuoden 1999 komitologiapäätöksen jälkeen painopiste on yhä vahvemmin jäsenvaltioiden viranomaisten etukäteisessä neuvotteluprosessissa komission kanssa, joka toteutuu komitologian kautta. Komitologiapäätöksen mukaanhan sen nojalla perustetut komiteat avustavat komissiota. Ne toimivat komission puheenjohtolla, ja komissio vastaa näiden komiteoiden työn käytännöllisestä järjestämisestä. Yhteisön ensimmäisen asteen tuomioistuin joutuikin toteamaan asiakirjajulkisuutta koskevaa yhteisön sääntelyä soveltaessaan, että komitologiakomiteoita on pidettävä osana komissiota, joten niiden asiakirjoihin sovelletaan samoja julkisuussäännöksiä kuin komission asiakirjoihin. Tästä ei kuitenkaan voida vetää laajempia johtopäätöksiä komitologiakomiteoiden oikeudellisesta asemasta.⁸⁹ Ne eivät ole komission asettamia, kuten komissiota avustavat erilaiset asiantuntijakomiteat, mutta niissä käydään samankaltaista jäsenvaltioita edustavien asiantuntijoiden välistä keskustelua.

Komitologiamenettelyn käyttökelpoisuutta osoittanee sekin, että sääntelyyn käytettävän toimivallan siirtäminen on ylittänyt selvästi Euroopan yhtenäismarkkinoiden toiminnalle välttämättömän tarpeen etenkin ympäristöasioihin, kuluttajansuojaan, työturvallisuuteen ja sukupuolten väliseen

⁸⁸ Ks. esim. asia T-70/99, *Alpharma Inc. v. neuvosto*, kohdat 230 ja 231.

⁸⁹ Asia T-188/97, *Rothmans International BV v. komissio*, 1999 [ECR] II-2463, kpl. 61. Tuomioistuin joutui tasapainoilemaan kansalaisten tiedonsaantioikeuden ja komitologian erityisluonteen välillä, joten jossakin muussa yhteydessä komitologiakomiteoita ei välttämättä pidettäisi osana komissiota. Ratkaisussa rajataan sen soveltamisala vain asiakirjajulkisuuteen. Kysymys oli ennen kaikkea siitä, ettei komitologiakomiteoilla ole omaa hallintoa tai arkistoja, joten komissio on asiakirjajulkisuuden osalta vastuullinen taho, sillä se vastaa komitologiakomiteoiden työn käytännön järjestelystä.

tasa-arvoon liittyvien asiakokonaisuuksien suhteen. Esimerkiksi ympäristöasioissa painotus on siirtynyt tavaroiden vapaan liikkumisen edellytysten turvaamisesta ympäristönsuojelullisiin näkökohtiin.⁹⁰

Ensimmäistä kertaa komitologiamenettelystä säädettiin neuvoston 1987 antamassa päätöksessä menettelystä komissiolle siirrettyä täytäntöönpanovaltaa käytettäessä, eli lyhyemmin neuvoston ensimmäisessä komitologiapäätöksessä (87/873/ETY). Se heijasti jäsenvaltioiden tahtoa pitää täytäntöönpanomenettely niiden valvonnassa. Keskitetty komission johtama ylikansallinen täytäntöönpanokoneisto soveltuu huonosti yhteen komitologian kanssa, joka pakottaa jäsenvaltiot ja komission yhteistoimintaan komission täytäntöönpanotoimenpiteiden arvioinnissa. Komitologia edustaa horisontaalin integraation mallia ylhäältä keskitetysti johdetun sijaan. Tätä on pidetty tähänastisen integraation menestystekijänä.⁹¹ Komitologiakomitea työskentelee samojen äänestysääntöjen mukaan kuin neuvosto, mutta sen jäsenet ovat jäsenvaltioiden nimeämiä virkamiehiä, jotka tulevat siitä ministeriöstä, jonka toimialaan komitologiakomitean käsittelemät asiat jäsenvaltiossa kuuluvat. Pääsäännön mukaan toimivallan siirto peruuntuu, ja asia palautuu neuvoston päätettäväksi, jos komitologiakomitea antaa komission ehdotuksesta kielteisen lausunnon. Komitologiakomitean antaessa myönteisen lausunnon tulee komission ehdotus voimaan, ja syntyy yhteisön johdannaisen oikeuden normeja, jotka ovat suoraan sitovia ja jäsenvaltioissa välittömästi toimeenpantavissa. Hallinto- ja sääntelymenettely oli jaettu II a- ja b- sekä III a- ja b-variantteihin. Ensimmäisen komitologiapäätöksen mukaiset menettelyt olivat siis suhteellisen mutkikkaita.⁹² Vaikka sääntelymenettelyn katsottiin sisältävän suurimmat valtuudet valvoa komission täytäntöönpanoehdotuksia, komission ehdotus tuli lähes aina voimaan, sillä niissäkin tilanteissa joissa asia oli palautunut neuvostolle, se ei yleensä kyennyt päättämään riittävällä enemmistöllä vaihtoehtoisista täytäntöönpanotoimista⁹³. Tosiasiassa sääntelymenettely ei siis muodostanut niin tehokasta keinoa komission täytäntöönpanoehdotuksen torjumiseksi kuin on usein luultu.⁹⁴

⁹⁰ Majone 1996.

⁹¹ Joerges – Neyer 1997.

⁹² Komitologiasta laajemmin ks. Kortteinen 1999 sekä Joerges – Voss 1999 sekä osana eurooppalaista hallinto-oikeutta Mäenpää 2001. EU:n komiteajärjestelmästä kokonaisuutena ks. van Schendelen 1998.

⁹³ Ks. Komission yhteenvedo komitologiaselvityksestään 'Fonctionnement des comites en 1995, Note de synthèse, version révisée, Bruxelles, le 28 juin 1996'.

⁹⁴ Ympäristö- sekä liikenne/energia-alalla suuri osa komiteoista on sääntelykomiteoita, kun taas maatalousalalla suuri osa komiteoista on hallintokomiteoita. Ks. komission kertomus komiteoiden työskentelystä vuonna 2002, Bryssel 8.9.2003, KOM/2003/0530 lopullinen.

Amsterdamin sopimukseen liitettyssä julistuksessa edellytettiin komission antavan ehdotuksensa uudeksi komitologiapäätökseksi. Tämä oli seurausta Euroopan parlamentin jo 1980-luvulla komitologiaan kohdistamasta kritiikistä. Komitologia oli luonteeltaan suljettua asiantuntija/virkamiestenettä, eikä EP useista toimielinten välisistä sopimuksista huolimatta saanut riittävästi tietoa komitologiassa käsiteltävistä asioista. Tästä huolimatta komissio jätti tarkoituksella ehdotuksestaan vuoden 1999 komitologiapäätökseksi pois komitologian avoimuuden lisäämiseen tähtäävät toimenpiteet pelätessään sen johtavan jäsenvaltioiden virkamiesten välisen vuoropuhelun laadun heikkenemiseen. Teknokraattisesti järjestetyssä päätöksenteossa luottamuksellisuutta pidetään aidon keskustelun ennakkoehtona.

Komitologian voidaan katsoa toteuttavan myös avoimuutta suhteessa jäsenvaltioihin, jotka komitologian avulla pysyvät selvillä komission täytäntöönpanotoimien yksityiskohdista, ja voivat komitologian kautta antaa komissiolle järjestyneesti palautetta sen suunnittelemien täytäntöönpanotoimien sopivuudesta. Jäsenvaltioiden ollessa päävastuussa yhteisöoikeuden toimeenpanosta, komitologia edistää merkittävästi yhteisöoikeuden tehokasta täytäntöönpanoa jäsenvaltioissa. Komitologian kautta syntyvä toimeenpanon avoimuus vahvistaa myös komission täytäntöönpanotoimien oikeudellista valvontaa.⁹⁵

Avoimuuden lisäämistä koskevat määräykset lisättiin vasta neuvostossa päätöksen 7 artiklaan.⁹⁶ EYT:n *Rothmans*-asiassa antama tulkinta komitologiakomiteoiden rinnastamisesta komission toimielimiksi asiakirjajulkisuuden suhteen kirjattiin 7 artiklaan.⁹⁷ Komission tulee tiedottaa Euroopan parlamentille säännöllisesti komiteoiden työstä toimittamalla EP:lle kokousten esityslistat, yhteenvedot kokouspöytäkirjoista ja äänestystulokset sekä yhteispäätösmenettelyn mukaisesti annetut ehdotukset täytäntöönpanotoimiksi. Komitologiakomiteoiden jäsenten taustoista tulee esittää luet-

⁹⁵ Esimerkkinä komitologiasta oikeudellisen valvonnan tehostajana ks. asia C-159/96, *Portugali v. komissio* [1998] ECR I -7379, jossa komission täytäntöönpanotoimia vastustanut Portugali sai täytäntöönpanotoimen kumottua yhteisön tuomioistuimessa, vaikka komitologiakomitea oli antanut myönteisen lausunnon komission ehdotuksesta täytäntöönpanotoimiksi.

⁹⁶ Dehousse 2002, s. 214.

⁹⁷ Ensimmäisen asteen tuomioistuin on todennut *Rothman*-asiassa antamansa ratkaisun jälkeen, ettei komitean lausunto ole sellainen asiakirja, joka voitaisiin esittää. Näin tuomioistuin hyväksyi komission kannan, jota se perusteli sillä, että lausunnossa todetaan ainoastaan kyllä tai ei. Asia T-254/99, *Maja Srl v. komissio*, 12.3.2003, kohdat 67 ja 71. Kuitenkin tieto siitä, onko komitea antanut myönteisen vai kielteisen lausunnon, on luonnollisesti julkista.

telot viranomaisista ja organisaatioista, joihin he kuuluvat. Komitologian avoimuutta siis lisättiin merkittävästi. Tätä edellyttää myös Amsterdamin sopimus, jossa avattiin neuvoston työskentely lainsäädäntöelimenä julkisuudelle. Komitologian pitäminen edelleen suljettuna menettelynä olisi ollut ristiriidassa tämän kanssa, sillä ne toimivat neuvoston asettamana komission lainsäädäntötyön apuna ja valvojana. Komitologian avoimuuden lisäämisen myötä eräs sen keskeisin arvostelua herättänyt epäkohta poistui.

Uuden komitologiapäätöksen⁹⁸ johdanto-osan mukaan uudistuksen ensimmäisenä tavoitteena oli säätää perusteet komiteamenettelyn valinnalle, jotta komiteatyypin valitseminen olisi yhdenmukaisempaa ja ennakoivampaa. Näitä perusteita ei kuitenkaan määritelty sitoviksi. Komitologiapäätöksen 2 artiklassa määriteltiin ensi kertaa muodollisesti, minkälaisiin asioihin hallintomenettelyä ja sääntelymenettelyä tulisi käyttää.

Hallintomenettelyä noudattaen tulisi päättää hallintotoimenpiteistä yhteisen maatalous- ja kalastuspolitiikan soveltamisessa sekä budjettivaikutuksiltaan huomattavien ohjelmien toteuttamiseen. Hallintomenettelyssä komissiolla on mahdollisuus saattaa ehdotuksensa välittömästi voimaan komitologiakomitean vastustuksesta huolimatta, kunnes neuvosto on päättänyt täytäntöönpanotoimenpiteestä. Tämä vastaa hallintomenettelyn käytötarkoitusta, sillä se on tarkoitettu kiireellisiä toimenpiteitä vaativiin tilanteisiin, kuten maatalouden markkinasääntelyyn. Jos komitea kuitenkin antaa määränemmistöllä kielteisen lausunnon, palautuu asia neuvoston käsiteltäväksi, ja neuvosto voi määränemmistöllä päättää toisin kolmen kuukauden määräajassa. Kun entisestä II b -menettelystä luovuttiin, pidennettiin määräaika, joka entisessä II a -menettelyssä oli ollut, yhdellä kuukaudella. Hallintomenettelyssä määrävähemmistö komiteassa voi estää asian palautumisen neuvostolle, sillä jos komitea ei anna lausuntoa, tulee komission esitys pysyvästi voimaan. Komissio voi lykätä toimenpiteen soveltamista, jos kyse ei ole kiireellisistä toimenpiteistä. Hallintomenettelyä koskevassa lausumassaan komissio muistuttaa, että sen vakiintuneena käytäntönä on pyrkiä tyydyttävään päätökseen, joka saa myös mahdollisimman laajan kannatuksen komiteassa. Komissio vakuuttaa ottavansa huomioon komitean jäsenten kannan ja pyrkivänsä välttämään toimia, jotka olisivat vastoin mahdollisesti esiin tulevaa, täytäntöönpanotoimenpiteen aiheellisuutta vastustavaa enemmistön kantaa.⁹⁹

⁹⁸ Ks. v. 1999 komitologiapäätöksestä esim. Lenaerts – Verhoeven 2000, Haibach 1999 sekä Kaila 2001.

⁹⁹ EYVL 17.7.1999 C 203/1.

Sääntelymenettelyä noudattaen tulisi päättää laajakantoisista toimenpiteistä, joilla sovelletaan perussäädösten keskeisiä säännöksiä, kuten ihmisten, eläinten tai kasvien terveyden tai turvallisuuden suojeluun liittyvistä toimenpiteistä. Lisäksi perussäädösten edellyttämät mukauttamis- tai ajantasaistamistoimenpiteet, jotka voidaan toteuttaa täytäntöönpanomenettelyllä, tulisi päättää sääntelymenettelyä noudattaen. Sääntelymenettelyssä jäsenvaltiot voivat saada komission täytäntöönpanoesityksen palautumaan neuvoston käsiteltäväksi, jos komiteasta löytyy tarvittava määrävähemmistö, joka kykenee estämään komiteaa antamasta lausuntoa. Asian palauduttua neuvoston käsiteltäväksi se voi päättää täytäntöönpanotoimista määräenemmistöllä. Komissio ei voi sääntelymenettelyssä saada täytäntöönpanoehdotustaan voimaan edes tilapäisesti, jos komitologiakomitea antaa kielteisen lausunnon tai ei anna lausuntoa lainkaan. Voidaankin sanoa, että komission ja Euroopan parlamentin vastustamasta *contre filet* -menettelystä (vuoden 1987 komitologiapäätöksen III b menettely) on tullut keskeisiltä osin sääntelymenettelyn pääsääntö, kun sitä aiemmin sovellettiin vain osaan sääntelymenettelystä.

Komitologiapäätökseen liittyvän sääntelymenettelyä koskevan komission lausuman mukaan sen tarkastellessa uudelleen ehdotuksia täytäntöönpanotoimenpiteiksi, jotka koskevat erityisen herkkiä aloja, se pyrkii löytämään tasapainoisen ratkaisun välttämällä toimia, jotka olisivat vastoin mahdollisesti esiin tulevaa, täytäntöönpanotoimenpiteiden aiheellisuutta vastustavaa neuvoston enemmistön kantaa.¹⁰⁰ Lausuma pehmentää siirtymistä määräenemmistövaatimukseen neuvoston päätöksenteossa asian palauduttua neuvostolle aiemman yksinkertaisen enemmistön sijaan, mutta oikeudellista sitovuutta sillä ei ole.

Neuvoa-antavaa menettelyä käytetään, kun se katsotaan soveltuvimmaksi menettelyksi. Komissio oli ehdottanut sen sijaan muotoilua, jonka mukaan neuvoa-antavaa menettelyä sovellettaisiin, kun hallinto- tai sääntelymenettelyä ei ole tai ei ole enää pidettävä soveltuvimpana. Komissio siis ehdotti itse asiassa lisäkriteriä hallinto- ja sääntelymenettelyn käytölle. Niitä olisi käytetty vain, jos ne olisivat olleet soveltuvimmat menettelyt. Neuvosto ei kuitenkaan hyväksynyt komission esitystä näiltä osin.

Yhteisön tuomioistuin on tulkinut komitologiapäätöksen 2 artiklalla olevan tietyt sitovia oikeusvaikutuksia, kuten että yhteisön lainsäätäjän on perusteltava valintansa asianmukaisesti, jos se komitologiamenettelyä

¹⁰⁰EYVL 17.7.1999 C 203/1.

valitessaan poikkeaa 2 artiklassa esitetystä perusteluista.¹⁰¹ Tuomioistuin katsoi, että EY 202 artiklan mukaan neuvostolla on yksin valta antaa sitovia perusteita, joiden mukaisia komissiolle siirretyn täytäntöönpanovallan käyttöä koskevien ehtojen tulee olla. Ne sitovat neuvostoa sen antaessa yksin säädöksiä, mutta myös Euroopan parlamenttia sen toimiessa lainsäätäjänä yhdessä neuvoston kanssa. Neuvostolla on kuitenkin valta päättää missä määrin sen antamat perusteet ovat sitovia.¹⁰² EYT:n ratkaisun sanamuoto jättää mielenkiintoisella tavalla auki sen mahdollisuuden, että jossakin tilanteessa komitologiapäätöksen 2 artiklalla voisi mahdollisesti olla muitakin kuin perusteluvelvollisuuteen liittyviä oikeusvaikutuksia.

Komitologiapäätöksen toisena tavoitteena oli yksinkertaistaa komissiolle siirretyn täytäntöönpanovallan käytön edellytyksiä. Komissio ja neuvosto sopivat komitologiakomiteoiden mukauttamisesta siten, että hallinto- ja sääntelymenettelyitä yksinkertaistettiin yhdistämällä niiden a- ja b-variantit yhdeksi menettelyksi. Jo olemassa olevien komiteoiden muuttaminen vuoden 1999 komitologiapäätöksen mukaisiksi tulee suorittaa tapauskohtaisesti yhteisön toimielimille kuuluvia velvoitteita noudattaen. Tämä tapahtuu lainsäädännön tavanomaisen tarkistuksen puitteissa 2 artiklassa säädettyjen perusteiden mukaisesti. Mukauttamisella ei saa vaarantaa perussäädösten tavoitteiden saavuttamista tai yhteisön toiminnan tehokkuutta, eikä sillä saa muuttaa komiteoiden luonnetta.¹⁰³

Komitologiamenettelyitä ovat siis tällä hetkellä neuvoa-antava, hallinto- ja sääntelymenettely sekä harvoin käytettävä suojamenettely. Sääntelymenettelyä uudistettiin myös siten, että neuvoston mahdollisuutta kiel-

¹⁰¹ Ks. asia C-378/00, 21.1.2003, *komissio v. parlamentti ja neuvosto*, kpl. 50–51, 55, 60–62, 66–68. Kyse oli LIFE-ohjelman täytäntöönpanotoimenpiteiden toteuttamisesta, joilla EYT:n mukaan oli huomattavia budjettivaikutuksia. Tällöin olisi 2 artiklan mukaan sovellettava hallintomenettelyä, mutta EP ja neuvosto olivat asetuksessa päättäneet soveltaa sääntelymenettelyä. Asetukseen ei EYT:n mielestä sisällynyt riittävää perustelua, kun siitä ei käynyt ilmi ne erityiset syyt, joiden vuoksi valittiin sääntelymenettely. EYT kumosi asetuksen sisältyneen päätöksen täytäntöönpanomenettelystä perusteluvelvollisuuden laiminlyönnin johdosta.

¹⁰² Em. asia, kpl 40–42. EYT totesi, ettei komitologiapäätöksen 2 artiklaan sisälly sitovia perusteita.

¹⁰³ EYVL C 203/1, 17.7.1999, kohta 2. komission ja neuvoston lausuma, ks. myös neuvoston asetus (EY) N:o 807/2003, kuulemismenettelyä (yksimielisyys) noudattaen annetuissa neuvoston säädöksissä säädetyn täytäntöönpanovallan käytössä komissiota avustavia komiteoita koskevien säännösten mukauttamisesta päätökseen 1999/468/EY, EYVL L 122/36, 16.5.2003, ja neuvoston asetus (EY) N:o 806/2003, kuulemismenettelyä (määräenemistö) noudattaen annetuissa neuvoston säädöksissä säädetyn täytäntöönpanovallan käytössä komissiota avustavia komiteoita koskevien säännösten mukauttamisesta päätökseen 1999/468/EY, EYVL L 122/1, 16.5.2003.

täytyä vahvistamasta komission ehdotusta kavennettiin siten, että neuvoston komission ehdotuksen hylkäävälle päätökselle tarvitaan yksinkertaisen enemmistön sijaan määräenemmistö, jos neuvosto ei kykene päättämään komission ehdotukselle vaihtoehtoisista täytäntöönpanotoimista.¹⁰⁴ Tämä on omiaan vahvistamaan komission asemaa täytäntöönpanossa, saatamatta sitä kokonaan jäsenvaltioiden valvontavallan ulkopuolelle. Laajentuneessa unionissa määräenemmistön saavuttaminen neuvostossa käy todennäköisesti yhä vaikeammaksi, joten laajentuminen vaikuttaa myös komission aseman vahvistumiseen täytäntöönpanotoimien antajana. Komission täytäntöönpanoehdotusta vastustavalla jäsenvaltiolla on kuitenkin laillisuusvalvonnan avulla, eli viemällä asia yhteisön tuomioistuimeen, mahdollisuus saada sellaiset komission täytäntöönpanotoimet kumotuiksi, jotka ylittävät komissiolle siirretyn toimivallan rajat, vaikka jäsenvaltio olisi joutunut vähemmistöön, ja komitologiakomitea olisi antanut myönteisen lausunnon komission ehdotuksesta täytäntöönpanotoimiksi.¹⁰⁵

Komitologiapäätöksen tavoitteisiin kuului myös parantaa Euroopan parlamentin osallistumista komitologiaan yhteispäätösmenettelyn piiriin kuuluvien asioiden osalta. EP:n asema lainsäätäjänä yhdessä neuvoston kanssa edellytti sen huomioon ottamista myös komitologiassa. Euroopan parlamentin halukkuus tulla osalliseksi komitologiamenettelyyn huomioitiin kuitenkin vain rajoitetusti. Päätöksen 8 artiklassa annetaan EP:lle mahdollisuus yhteispäätösmenettelyyn kuuluvissa asioissa ilmaista perustellulla päätöslauselmalla, että hyväksyttäväksi aiottu komitean käsiteltäväksi jätetty komission ehdotus täytäntöönpanotoimenpiteiksi ylittää perussäädöksessä säädetyn täytäntöönpanovallan. Tällöin komission on tarkasteltava ehdotusta uudelleen. Komissio voi määräaikojen puitteissa joko tehdä komitealle uuden ehdotuksen toimenpiteiksi, jatkaa menettelyä tai antaa EP:lle ja neuvostolle kokonaan uuden lainsäädäntöehdotuksen. EP:n näkemyksellä ei siis ole oikeudellista sitovuutta, vaikka 8 artiklan tekstissä puhutaan EP:n päätöslauselman huomioon ottamisesta. Komissiolle on kuitenkin ilmoitus- ja perusteluvollisuus EP:lle ja asianomaiselle komitealle sen suhteen, mitä toimia ja millä perusteella se aikoo toteuttaa EP:n päätöslauselman johdosta. Jos komissio ei noudattaisi näitä menettelyllisiä

¹⁰⁴ Neuvoston käsiteltäviksi palautui vuonna 2002 seitsemän asiaa. Tapauksista kaksi koski maataloutta, kaksi liikennepolitiikkaa, yksi ympäristöä, yksi terveys- ja kuluttaja-asioita ja yksi kauppapolitiikkaa. Tämä muodosti komission (hallinto- tai sääntelymenettelyssä) antamien säädösten kokonaismäärästä 0,25 prosenttia. Ks. komission kertomus komiteoiden työskentelystä vuonna 2002, Bryssel 8.9.2003, KOM/2003/0530 lopullinen.

¹⁰⁵ Asia C-159/96, *Portugali v. komissio* [1998] ECR I-7379.

velvollisuuksiaan, muodostaisi se perusteen kumoamiskanteen nostamiselle yhteisön tuomioistuimessa.

Neuvoston vuoden 1999 komitologiapäätökseen ei ole sisällytetty neuvoa-antavaa menettelyä säätelevään 3 artiklaan erikseen mainintaa EP:n oikeudesta ilmaista näkemyksensä komitealle siitä, ylitetäänkö komission täytäntöönpanoehdotuksessa sille siirretyn toimivallan rajat. Komitologiapäätöksen 8 artiklaa on kuitenkin pidettävä komitologiaa koskevana yleissäädöksenä, jolloin se tulee sovellettavaksi myös neuvoa-antavaan menettelyyn. Siten EP:llä on tämä oikeus myös neuvoa-antavassa menettelyssä.

Euroopan parlamentin aseman huomioon ottamiseen kuului myös EP:n komitologiaa koskevan tiedonsaannin tehostaminen, jonka puutteellisuuden EP oli kiinnittänyt huomiota jo vuosia. EP:n tiedonsaantioikeuksia parannettiin säätämällä 7 artiklassa komissiolle velvollisuus tiedottaa säännöllisesti EP:lle komiteoiden työstä. Komission tulee lähettää EP:lle komiteoiden kokousten esityslistat, komiteoille toimitetut ehdotukset yhteispäätösmenettelyssä annettujen säädösten täytäntöönpanotoimiksi, äänestystulokset, yhteenveto kokouspöytäkirjoista sekä luettelot viranomaisista ja organisaatioista, joihin jäsenvaltioiden edustajikseen asettamat henkilöt kuuluvat. Euroopan parlamentille tiedotetaan myös kaikista komission neuvostolle toimittamista toteutettavista toimenpiteistä ja toimenpide-ehdotuksista.¹⁰⁶ Komissio velvoitettiin myös julkaisemaan yhteisöjen virallisessa lehdessä luettelo kaikista komitologiakomiteoista, jossa mainitaan kunkin komitean osalta perussäädökset, joiden nojalla komitea on perustettu.¹⁰⁷ Komission on julkaistava vuodesta 2000 alkaen vuosikertomus komiteoiden työskentelystä.¹⁰⁸ Näin toteutuu siis myös

¹⁰⁶EP ja komissio sopivat (EYVL L 256, 10.10.2000, s. 19) asiakirjojen siirtämisestä sähköisesti, mikä toteutettiin asteittain vuoden 2001 aikana. Komission eri yksiköiden asiakirjat toimitetaan ensin komission pääsihteeristöön, joka lähettää ne viipymättä Euroopan parlamentin keskeiseen yksikköön. Nykyään lähes kaikki asiakirjat lähetetään sähköisesti. Sopimuksessa määrätään, että parlamentilla on – hätätilanteita lukuun ottamatta – neuvoston päätöksen 1999/468/EY 8 artiklan nojalla aikaa yksi kuukausi siitä, kun se on vastaanottanut lopullisen ehdotuksen täytäntöönpanosäädökseksi, antaa täysistunnossa perusteltu päätöslauselma säädöksestä, joka on hyväksytty yhteispäätösmenettelyssä, jos se katsoo, että lopullinen ehdotus ylittää perussäädöksessä säädetyn täytäntöönpanovallan. Ehdotukset lähetetään ennen komitean kokousta ja uudelleen kokouksen jälkeen, jos toimenpide-ehdotukseen on tehty huomattavia muutoksia. Ks. komission kertomus komiteoiden työskentelystä vuonna 2002, Bryssel 8.9.2003, KOM/2003/0530 lopullinen.

¹⁰⁷Luettelo on julkaistu EYVL C 225, 8.8.2000, s. 2. Luettelo ajantasaistetaan ja julkaistaan uudelleen vuoden 2003 aikana, ks. vuoden 2002 kertomus komiteoiden työstä.

¹⁰⁸Ks. esim. viimeisin näistä vuosikertomuksista, komission kertomus komiteoiden työskentelystä vuonna 2002, Bryssel 8.9.2003, KOM/2003/0530 lopullinen, seuraava kertomus ilmestyy syksyllä 2004.

komitologiapäätöksen neljäs tavoite yleisön tiedonsaannin parantamisesta.¹⁰⁹

Euroopan parlamentin tiedonsaannin parantamiseksi oli vuosien mitaan solmittu useita toimielinten välisiä sopimuksia, kuten vuoden 1988 Plumb/Delors-sopimus, vuoden 1996 Samland/Williamson-sopimus ja vuoden 1994 ”modus vivendi”. Euroopan parlamentti ja komissio tekivät helmikuussa 2000 sopimuksen neuvoston päätöksen 1999/468/EY toteuttamisen edellyttämistä menettelyistä, jolla korvattiin nämä aiemmat nyt mitätöidyt sopimukset. Sopimuksen tavoitteena oli erityisesti säädellä komission velvoitteiden täytäntöönpanoa.¹¹⁰ Komissio sopi toimittavansa Euroopan parlamentille tiedoksi asiasta vastaavan valiokunnan pyynnöstä ne erityiset ehdotukset täytäntöönpanotoimenpiteiksi, joiden perussäädöksiä ei ole hyväksytty yhteispäätösmenettelyä noudattaen mutta joilla on erityinen merkitys Euroopan parlamentille. Euroopan yhteisöjen ensimmäisen oikeusasteen *Rothmans*-tuomion (asia T-188/97) mukaisesti komissio ja EP sopivat, että EP voi pyytää saada tutustua komiteoiden pöytäkirjoihin. EP:n tiedonsaantioikeus ulottuu siis käytännössä kaikkiin komitologiakomiteoihin.

Euroopan parlamentin ja komission solmiman sopimuksen mukaan EP hyväksyy täysistunnossa komitologiapäätöksen mukaisen perustellun päätöslauselman yhteispäätösmenettelyssä annettuun perussäädökseen sisältyvän toimivallan siirron ylittämisestä komission täytäntöönpanoehdotuksessa. EP:n on tehtävä tämä kuukauden kuluessa siitä, kun lopullinen ehdotus täytäntöönpanotoimenpiteiksi on vastaanotettu niillä kielillä, joilla asiakirjat on toimitettu komissiolle. Kun EP on toimittanut perustellun päätöslauselman, asianomainen komission jäsen ilmoittaa täysistunnossa parlamentille tai tarvittaessa asiasta vastaavalle valiokunnalle toimista, joihin komissio aikoo ryhtyä päätöslauselman johdosta.¹¹¹ Komission ja EP:n sopimukseen ei sisälly EP:n valtaoikeuksien laajentamispyrkimyksiä esimerkiksi EP:n perustellun päätöslauselman ulottuvuuden suhteen.

Komitologiakomiteoiden työskentelyn muotoja yhdenmukaistettiin sää-

¹⁰⁹ Ilmeisesti jäsenvaltioissa on suuria eroja sen suhteen kuinka helposti kyseiset EU-asiakirjat ovat yleisön saatavilla. Parhaiten saatavuus toteutuu niissä jäsenvaltioissa, joissa internetin käyttö on yleistynyt tiedonhakuvälineenä, ja kansalaisilla on hyvät mahdollisuudet esim. julkisten kirjastopalveluiden avulla päästä käyttämään internet-tietoverkkoa varallisuudesta riippumatta.

¹¹⁰ EYVL L 256, 10.10.2000, s. 19.

¹¹¹ Ks. sopimuksen 6. ja 8. kohdat, EYVL L 256/19, 10.10.2000.

tämällä niille 7 artiklassa velvollisuus vahvistaa työjärjestyksensä Euroopan yhteisöjen virallisessa lehdessä julkaistavan mallin pohjalta. Ennen vuoden 1999 komitologiapäätöstä muodostettujen komitologiakomiteoiden on mukautettava tarvittaessa työjärjestyksensä mallisääntöjä vastaaviksi.¹¹²

3.2 Komitologian käyttö rahoituspalvelumarkkinoiden sääntelyssä

Ajatus komitologiamenettelyn käyttöönotosta rahoituspalvelumarkkinoiden sääntelyssä esitettiin paroni Lamfalussy'n johtaman työryhmän mietinnössä vuonna 2001. Sen ehdotukset johtivat niin merkittävään rahoituspalvelumarkkinoiden sääntelyn järjestämiseen EU:ssa, että uutta järjestelmää ryhdyttiin kutsumaan Lamfalussy-menettelyksi.¹¹³ Komitologian käyttöönotto nähtiin ainoana mahdollisena mielekkäänä tapana järjestää täytäntöönpanonormien antaminen yhteispäätösmenettelyssä annettujen perusnormien toimeenpanemiseksi, sillä komissiolle oli tarpeen siirtää laajat valtuudet täytäntöönpanonormien antamiseksi. Komission ehdotuksia täytäntöönpanonormeiksi arvioidaan hallinto- ja sääntelykomiteoiden avulla. Neuvostossa ilmeni, että osa jäsenvaltioista oli haluttomia sisällöltään näin merkittävien täytäntöönpanovaltuuksien siirtämiseen komissiolle, sillä vuoden 1999 komitologiauudistuksen myötä neuvoston mahdollisuus saada komission ehdotus palautumaan neuvoston päätettäväksi oli kaventunut. Sääntelykomiteamenettelyssä vaaditaan entisen yksinkertaisen enemmistön sijaan määräenemmistö komission ehdotuksen voimaantulon estämiseen silloin, kun neuvosto ei kykene päättämään vaihtoehtoisesta ehdotuksesta. Jäsenvaltiot hyväksyivät Lamfalussy-menettelyn vasta kun komissio sitoutui Tukholman Eurooppa-neuvoston kokouksessa olemaan toimimatta vastoin neuvostossa vallitsevaa käsitystä.¹¹⁴

Myös Euroopan parlamentti oli tyytymätön työryhmän esitykseen, sillä vuoden 1999 komitologiapäätös antoi sille mahdollisuuden puuttua vain ilmoitusluontoisesti komission täytäntöönpanoehdotukseen, ja vain toimi-

¹¹²Komissio hyväksyi 31. tammikuuta 2001 työjärjestyksen mallin, EYVL C 38, 6.2.2001, s. 3. Komissio aikoo hyväksyä ajantasaistetun version työjärjestyksen mallista vuoden 2003 loppuun mennessä, ks. komission kertomus komiteoiden työskentelystä vuonna 2002, KOM/2003/0530 lopullinen.

¹¹³Ks. Lamfalussy-menettelystä laajemmin Manninen 2003

¹¹⁴Ilkka Harjun haastattelu 3.10.2003.

vallan ylittämiseen perustuen mutta ei komission ehdotuksen sisällön perusteella. Yhteispäätösmenettelyn perusajatuksen mukaisesti EP vaati toisena lainsäätäjänä yhdenvertaista asemaa neuvoston kanssa myös täytäntöönpanomenettelyssä.¹¹⁵ Toimielinten välisten neuvotteluiden jälkeen komissio sitoutui komission puheenjohtajan Romano Prodin EP:n täysistunnossa helmikuussa 2002 pitämässä puheessa ottamaan tarkasti huomioon EP:n käsityksen komission täytäntöönpanoehdotuksesta niin sisällön kuin toimivaltakysymysten suhteen. Komissio hyväksyi myös EP:lle asetetun komission ehdotuksen arvioinnin määräajan pidentämisen yhdestä kuukaudesta kolmeen. EP:n käsityksen mukaan Lamfalussy-menettelyssä sille on näin ensimmäistä kertaa tunnustettu muodollinen oikeus komission täytäntöönpanoehdotuksen sisällön arviointiin vuoden 1999 komitologiapäätöksestä poiketen.¹¹⁶ Komission sitoumusta ei kuitenkaan voida pitää oikeudellisesti sitovana, vaan komission yksipuolisena ilmoituksena, jonka se voi halutessaan peruuttaa. Oikeudellisesti arvioituna yhteisön tuomioistuin tuskin antaisi oikeudellista sitovuutta komission ilmoitukselle, sillä perustamissopimuksen 202 artiklan mukaan neuvostolla on yksin valta päättää komitologiapäätöksestä, joten komissiolla ja Euroopan parlamentilla ei ole toimivaltaa muuttaa komitologiapäätöstä keskinäisin välipuhein.

Sen sijaan EP:n Lamfalussy-menettelyn perussäädöksiin läpi ajama neljän vuoden määräaika (*sunset clause*) toimivallan siirrolle sitoo oikeudellisesti. Tämän määräajan avulla EP voi neljän vuoden määräajoin arvioida onko komissio noudattanut ilmoittamaansa sitoumusta EP:ia tyydyttävällä tavalla. Jos se ei ole tyytyväinen komission toimintaan tai komission antamiin täytäntöönpanotoimiin, voi EP kieltäytyä vahvistamasta toimivallan siirron jatkamista, ja näin pakottaa komission myös täytäntöönpanotoimien sisältöä koskeviin uudelleenarviointeihin. EP:llä on siis tosiasiallinen vaikkakaan ei muodollinen valta Lamfalussy-menettelyssä annettavien täytäntöönpanotoimien sisällölliseen valvontaan. Lamfalussy-menettely ennakoii uuteen perustuslakiehdotukseen sisältyvää Euroopan parlamentin itsenäistä takaisinotto-oikeutta, joka ulottuu myös komission ehdotuksen sisällölliseen arviointiin.

Neljän vuoden määräajoin EP:n toimesta tapahtuvalla toimivallan siirron uudelleen arvioinnilla saattaa olla hallinnon ja täytäntöönpanon vakautta ja ennakoitavuutta heikentäviä vaikutuksia. Määräajan kuluessa on

¹¹⁵ Ks. Wogau-mietintö, 23.1.2002, EP Doc A5-11/02.

¹¹⁶ Ks. EP:n komitologiaa koskeneen mietinnön valmistelusta vastanneen Richard Corbett'n 4.5.2003 päivätty muistio.

syntynyt tietty tasapaino ja jatkuvuusodotukset, joiden puitteisiin markkinasääntelyn osapuolet ovat sovittaneet toimintansa. Jos nämä olosuhteet ovat epävarmalla pohjalla, saattaa osapuolten luottamus ja sitoutuminen rahoituspalvelumarkkinoiden sääntelyyn heikentyä niin, ettei yhteisöoikeutta saada tehokkaasti täytäntöönpanutua.

3.3 Komission pyrkimys itsenäiseen toimeenpanoon

Ehdotuksessaan uudeksi komitologiapäätökseksi komissio pyrkii pitkäaikaisten pyrkimystensä mukaisesti pääsemään kokonaan irti siitä mahdollisuudesta, että jäsenvaltiot voisivat komitologian kautta estää komission ehdotusta täytäntöönpanosäädökseksi tulemasta voimaan.¹¹⁷ Jos ehdotus hyväksyttäisiin tässä muodossa, komissiosta tulisi de facto itsenäinen lainsäätävä, sillä neuvoston säätämistä normeista on uudessa perustuslaissa tarkoitus tehdä entistä enemmän väljää puitteet luovaa normistoa, jolloin komissiolle muutoinkin siirtyy uutta lainsäädäntövaltaa. Tämä uusi lainsäädäntövalta yhdistettynä komission ehdottamaan oikeuteen saattaa toimeenpanonormeja voimaan kaikissa komitologiamenettelyissä neuvostoa/jäsenvaltioita edustavan komitologiakomitean kielteisestä kannasta huolimatta, loisi täysin uudenlaisen institutionaalisen järjestelyn. Nykytilaan verrattuna se merkitsisi ainakin periaatteelliselta kannalta melkoista muutosta. Kysymys on myös siitä, vastaavatko komission poliittinen vastuunalaisuus ja edustuksellisuus näitä uusia lainsäädäntövaltuuksia. Melko erikoiselta tuntuisi tilanne, jossa komissio antaisi parhaaksi katsomiaan täytäntöönpanonormeja, vaikka kaikki jäsenvaltiot niitä vastustaisivat. Neuvoston tulisi kyetä komitologiamenettelyn valinnalla päättämään siitä, missä asioissa se haluaa siirtää komissiolle näin laajat norminantovaltuudet. Komission ehdotuksessa tämä mahdollisuus poistuisi de facto.

Jäsenvaltiot ja Euroopan parlamentti eivät hyväksyneet komission ehdotukseen sisällynyttä mahdollisuutta ohittaa lainsäätäjän tahto täytäntöönpanonormeja annettaessa. Komission uudessa 22.4.2004 päivytyssä ehdotuksessa sanamuotoa muutettiin niin, että siitä poistettiin ilmaus ”mahdollisesti muutettuna”, joten komission velvollisuus lainsäätäjän tahdon huomioon ottamiseen säilyisi, mutta lopullinen päätösvalta tästä jäisi kuitenkin komissiolle.¹¹⁸ Sisällöllisesti komissio siis pitäytyy edelleen vaatimuk-

¹¹⁷KOM (2002) 719 lopullinen, 11.12.2002.

¹¹⁸Muutettu ehdotus neuvoston päätökseksi menettelystä komissiolle siirrettyä täytäntöönpanovaltaa käytettäessä tehdyn päätöksen 1999/468/EY muuttamisesta, Bryssel 22.4.2004, KOM (2004) 324 lopullinen, 2002/0298 (CNS).

sessaan mahdollisuudesta periaatteessa itsenäiseen täytäntöönpanosäädösten antamiseen.

Jos hyväksytään komission ehdottama itsenäinen toimeenpanonormien antamisoikeus komissiolle, siirtyy komitologiamenettelyn valinnalla tähän asti tapahtunut komission itsenäisen toimeenpanonormien antamisvallan rajojen määrittely neuvoston antaman perusnormin puitteiden määrittelyyn. Tämä voi vaikutuksiltaan olla päinvastainen kuin uudessa perustuslaissa kaavailtu väljempien perussäädösten antaminen, koska jäsenvaltiot voivat olla haluttomia täytäntöönpanosäädösten antamisvallan siirtämiseen laajasti komissiolle, jos niillä ei myöhemmin ole oikeudellisesti sitovaa mahdollisuutta estää komission toimeenpanonormiehdotuksen voimaantuloa. Komission omien selvitysten mukaan nykyinen menettely on toiminut hyvin.¹¹⁹ Niissäkin harvinaisissa tapauksissa, joissa asia on palautunut neuvostolle, se on harvoin tosiasiassa pystynyt estämään komission ehdotuksen voimaantulon, koska neuvostossa on vaikea saada komission ehdotuksen voimaantulon estämiseksi tarvittavaa enemmistöä. Komission ehdotus heijastaa selvästi komission pyrkimystä nykyistä laajemmän poliittisen vallan käyttäjäksi.

3.4 Komission ensimmäinen ehdotus uudeksi komitologiapäätökseksi

Komission ehdotuksesta käy selkeästi ilmi komission pitkäaikainen pyrkimys päästä antamaan itsenäisesti täytäntöönpanonormeja ilman tapauskohtaista toimivallan siirtoa neuvoston toimesta. Komissio ehdotti tällaista järjestelyä jo Yhtenäisasiakirjan valmistelun yhteydessä sekä Maastrichtin sopimuksen valmisteluvaiheessa.¹²⁰ Komission pyrkimykset on tähän saakka torjuttu, sillä valta omaehtoiseen täytäntöönpanosäädösten antamiseen yhdistettynä laajaan harkintavaltaan sen suhteen, mikä olisi täytäntöönpanoa, tekisi komissiosta tosiasiassa yhteisön kolmannen lainsäätäjän. Komissio ehdotti uutta komitologiapäätöstä väliaikaistoimenpiteenä, kunnes perustamissopimusta muuttamalla olisi aikaansaataavissa perusteellisempi uudistus. Vaikuttaakin siltä, että komissio uskoi tällaisen perusteellisemmän uudistuksen syntyvän valmistelukunnan työn tuloksena. Näin ei kui-

¹¹⁹Fonctionnement des comites en 1995, Note de synthèse, version révisée, Bruxelles, le 28 juin 1996.

¹²⁰Bull. EC Supp. 2/91, 122.

tenkaan käynyt, vaan perustuslakiehdotus sisältää edelleen mahdollisuuden komitologian käyttämiseen.

Komissio ei ole tyytyväinen nykyiseen perustamissopimuksen 202 artiklaan, jonka nojalla yhteisön säädösten täytäntöönpano kuuluu yleensä komissiolle, jos täytäntöönpano yhteisön tasolla on tarpeen, mutta jolla annetaan myös neuvostolle mahdollisuus poikkeuksellisissa erityistapauksissa pidättää itselleen oikeus käyttää välitöntä täytäntöönpanovaltaa. Komissio katsoo, ettei tämä poikkeus sovi yhteen sen kanssa, että lainsäädäntövaltaa käyttää kaksi toimielintä, Euroopan parlamentti ja neuvosto, perustamissopimuksen 251 artiklassa tarkoitetun yhteispäätösmenettelyn soveltamisaloilla, koska neuvosto joutuu tällöin sekä toimivaltaa siirtävän että siirrettyä toimivaltaa käyttävän elimen asemaan. Perustamissopimuksessa ei myöskään eroteta toisistaan lainsäädäntövallan siirtämistä ja täytäntöönpanovallan harjoittamista. Komissio ehdottikin Eurooppa-valmistelukunnalle osoittamassaan tiedonannossa, että perustamissopimuksen 202 artiklaa muutettaisiin luomalla uusi järjestelmä, jolla toisaalta poistettaisiin neuvostolta täytäntöönpanovalta ja toisaalta sisällytettäisiin perustamissopimukseen käsite lainsäädäntövallan siirtämisestä.¹²¹ Tässä tarkoituksessa komissio on ehdottanut, että neuvostolle ja Euroopan parlamentille myönnetään lainsäädäntövallan siirtämisen yhteydessä oikeus vastustaa komission ehdottamaa tekstiä (*call back*). Komission tulisi tällöin joko luopua ehdotuksestaan, muuttaa sitä tai tehdä säädösehdotus.

Komissio tunnustaa lainsäätäjän tarpeen harjoittaa valvontaa, kun komission hyväksyttäväksi annetut täytäntöönpanotoimet ovat sisällöltään normatiivisia ja merkitsevät keskeisten säännösten täytäntöönpanoa tai perussäädöksiin sisältyvien säännösten mukauttamista, esimerkiksi direktiivien mukauttamista tieteen ja tekniikan kehitykseen tai niiden liitteiden muuttamista. Lainsäädännön parantamista koskevissa ehdotuksissaan komissio¹²² suosittaa palaamista perustamissopimuksessa tarkoitettuun alkuperäiseen direktiivikäsitukseen, jonka mukaan direktiiveissä tulisi rajoittaa poliittista valintaa edellyttäviin keskeisiin kysymyksiin ja viitata täytäntöönpanotoimiin vain teknisten näkökohtien tai yksityiskohtien osalta. Jos täytäntöönpanovallassa sen sijaan on kyse menettelytapojen hyväksymisestä tai yksittäispäätösten tekemisestä, komissio haluaa täyden vastuu toimista, jotka kuuluvat sen hyväksyttäväksi. Toisin sanoen komissio haluaa päästä eroon hallinto- ja sääntelykomiteamenettelyyn sisältyvästä palautumismahdollisuudesta. Komission mielestä jäsenvaltioiden viranomai-

¹²¹ KOM(2002) 728 lopullinen.

¹²² KOM(2002) 275 lopullinen.

silla tulee silti säilyttää mahdollisuus vaikuttaa täytäntöönpanopäätösten tekemiseen yhteisötasolla, koska jäsenvaltioiden osallistuminen toisaalta mahdollistaa korkeatasoisen asiantuntemuksen saannin ja toisaalta helpottaa täytäntöönpanotoimenpiteiden myöhempää toteuttamista jäsenvaltiotasolla. Tämä merkitsee sitä, että komissio itse asiassa ehdottaa koko komitologiajärjestelmän muuttamista neuvoa-antavaksi.

Komissio ehdottaa kaksivaiheista menettelyä, jonka ensimmäisessä vaiheessa (täytäntöönpanovaiheessa) komissio vastaa täytäntöönpanotoimenpiteitä koskevan ehdotuksen laatimisesta ja esittämisestä komitologia-komitealle, joka antaa lausuntonsa ehdotukseen puheenjohtajansa asettamassa määräajassa, ja se voi vaikuttaa toimenpiteen sisältöön antamalla määränemmistöllä kielteisen lausunnon (tai lausunnon antamisen sijasta kansallisten valtuuskuntien ilmaisemin kannanotoin). Siltä varalta, että lausunto on kielteinen tai sitä ei anneta, päätetään kuukauden lisäajasta sellaisen ratkaisun löytämiseksi, jonka tueksi voidaan saada määränemmistö. Komissio pidättää kuitenkin itselleen lopullisen päätös-vastuun ehdotuksen sisällöstä. Komissio laatii tämän vaiheen päätteeksi lopullisen, komitean lausunnon pohjalta mahdollisesti muutetun ehdotuksen. Ilmaisui ”mahdollisesti muutettuna” avaisi komissiolle mahdollisuuden olla muuttamatta ehdotustaan oman harkintansa mukaisesti. Tämä avaisi komissiolle tien toimia itsenäisesti lainsäätäjän tapaan täytäntöönpanosäädöksiä antaessaan. Se merkitsisi perustavanlaatuisia muutosta komission asemaan, ja irrottaisi täytäntöönpanosäädösten antamisen lainsäätäjän valvontavallasta. Toimielinten välinen tasapaino muuttuisi oleellisesti.

Toisessa vaiheessa (valvontavaiheessa) ehdotus toimitetaan Euroopan parlamentille ja neuvostolle, jotta ne voivat täyttää poliittisen valvontatehtävänsä. Mikäli jompikumpi toimielin esittää kuukauden kuluessa (määräaika voidaan uusia kerran) vastustavia näkökohtia – parlamentin jäsenten ehdottomalla enemmistöllä tai neuvostossa määränemmistöllä – komission on valittava kahdesta vaihtoehdosta: joko päätettävä ehdotetusta toimenpiteestä mahdollisesti muutettuna kielteisten näkökantojen huomioon ottamiseksi tai esitettävä yhteispäätösmenettelyllä ratkaistava säädösehdotus. Ellei kielteisiä kantoja esitetä määräajassa, komissio tietenkin päättää asiasta lopullisesti ehdotuksensa mukaisesti. Komissio ehdottaa Euroopan parlamentille itsenäistä oikeutta saada täytäntöönpanoasia palautumaan päätettäväksi parlamentin ja neuvoston yhteispäätösmenettelyssä lainsäädäntöasiana. Euroopan parlamentista tulisi siis myös täytäntöönpanosäädösten antamisessa niiden sisällön valvoja, kun tällä hetkellä se voi vain ilmaista kantansa siitä, ylittääkö komission ehdotus täytäntöönpano-

toimenpiteiksi perussäädöksessä siirretyn toimivallan. Euroopan parlamentin toimivaltaa koskevalla ilmoituksella ei nykyisessä järjestelyssä ole sitovia vaikutuksia. EP:n tehdessä takaisinottoa koskevan päätöksensä yksinkertaisella enemmistöllä, on neuvoston takaisinotto-oikeuden käyttöön tarvittava määränemmistö vahvempi vähemmistösuoja, joten pienten jäsenvaltioiden painoarvo tehtäessä takaisinotto-päätöstä on suurempi neuvostossa kuin EP:ssa.

Euroopan parlamentin uutta asemaa täytäntöönpanosäädösten antamisessa koskevilta osin komission ehdotus vastaa EP:n Bourlanges-mietinnössä esitettyä kantaa tunnustaessaan EP:lle itsenäisen oikeuden puuttua myös täytäntöönpanosäädösten sisältöön. Ehdotukseen sisältyy myös jako yleisesti sovellettaviin toimenpiteisiin, joilla pannaan täytäntöön tai muutetaan perussäädösten oleellisia osia sekä soveltamisalaltaan rajattuihin yksilöityihin säädöksiin tai hallinnon järjestämiseksi tarvittaviin järjestelyihin. Viimeksi mainittuja säädöstyyppjeä ei koskisi neuvoston tai EP:n takaisinotto-oikeus, ja jäsenvaltioiden edustajista koostuva komitea voisi olla ainoastaan neuvoa-antava. Hallintokomiteamenettelystä luovutaisiin näin ollen 251 artiklan mukaisessa yhteispäätösmenettelyssä säädettävien asioiden osalta kokonaan. Sääntelymenettely muuttuisi siten, että jäsenvaltioilla ei olisi enää mahdollisuutta estää kokonaan komission täytäntöönpanotoimenpiteiden soveltamista, vaan pakottavista kiireellisyyksistä komissio voisi soveltaa niitä saatuaan sääntelykomitean lausunnon. Ilmeisesti siis soveltaminen estyisi kokonaan vain siinä tapauksessa, ettei sääntelykomitea anna lainkaan lausuntoa, johon tarvitaan komiteassa määrävähemmistö. Kun komissio on varannut ehdotuksessaan itselleen viimekätisen vallan päättää hyväksyä myös alkuperäinen toimenpide-ehdotus, vaikuttaa että ehdotukseen on jäänyt erehdyksessä sellainen muotoilu, joka mahdollistaa komission täytäntöönpanotoimenpiteiden soveltamisen estämisen silloin, kun komitea ei anna lainkaan lausuntoa. On varsin epäloogista, jos niitä voidaan soveltaa komitean kielteisestä lausunnosta huolimatta, mutta ei lausunnon puuttuessa. Myös säädösvallan siirron nojalla annettava lainsäädäntö kuuluisi uudistetun komitologiamenettelyn piiriin.

Ehdotus merkitsee yhteispäätösmenttelyllä hyväksyttävien säädösten osalta nykyisten komiteamenettelyjen soveltamisalan muuttamista. Tässä yhteydessä neuvoa-antavaa menettelyä ehdotetaan sovellettavaksi tiettyihin hallinnollisiin toimenpiteisiin, joissa tällä hetkellä sovelletaan hallintomenettelyä (etenkin taloudellisen tuen ohjelmiin). Siten sääntelykomiteamenettelyä sovellettaisiin ulottuvuudeltaan yleisiin, perussäädöksen perustaa koskeviin täytäntöönpanotoimenpiteisiin (toimenpiteet, jotka on

tarkoitettu täydentämään laajalti perussäädösten perustaa koskevia näkökohtia tai mukauttamaan sen tiettyjä näkökohtia).¹²³

3.5 Euroopan parlamentin kanta komitologian uudistamiseen

Vahvistaakseen omaa asemaansa komitologiassa Euroopan parlamentti uudisti vuonna 2002 omia menettelysääntöjään ja muotoili niiden 88 artiklan siten, että EP voi päättää vastustaa komission ehdottamaa täytäntöönpanotoimenpidettä sekä sen toimivallan käytön rajojen ylittämiseen että sisältöön perustuen. EP:n sisäisessä järjestyksessä jopa sen vastaavalla komitealla on tämä oikeus, jos asiaa ei ehdittäisi viedä yleisistunnon käsittelyyn. Lainsäädäntömenettelyiden luokittelua koskevassa mietinnössään EP katsoi, että neuvostolla määräenemmistöllä tai EP:lla yksinkertaisella enemmistöllä tulisi olla mahdollisuus saada komission täytäntöönpanoehdotus palautumaan yhteispäätösmenettelyyn, jossa se joko vahvistettaisiin, muutettaisiin, tai kumottaisiin, ellei komissio vedä ehdotustaan takaisin.¹²⁴ EP:n vaatimuksena oli täydellinen tasa-arvoisuus neuvoston kanssa komission täytäntöönpanoehdotusten valvonnassa. Neuvoston ei tulisi käyttää lainkaan toimeenpanovaltaa, vaan se tulisi varata yksinomaan komissiolle tai jäsenvaltioille niiden alueellisen toimivallan puitteissa. Neuvostolla ja EP:lla tulisi olla oikeus siirtää erikoisvirastolle tai itsesätelyelimelle valtaa lakien täytäntöön panemiseksi tarvittavista teknisistä toimenpiteistä päättämiseksi.

Euroopan parlamentti antoi komission ehdotusta koskevan mietintönsä 29.4.2003.¹²⁵ Se ei hyväksynyt komission ehdotukseen sisällyntä mahdollisuutta, jolla komissiolle olisi annettu itsenäinen harkintavalta sen suhteen, missä määrin se ottaa huomioon lainsäätäjän kielteisen kannan komission täytäntöönpanoehdotukseen. EP vaati myös Lamfalussy-menetelystä saamansa kolmen kuukauden reagointiajan sisällyttämistä uuteen komitologiapäätökseen. Komission ehdotuksessa ei mainittu komission mahdollisuutta vetää täytäntöönpanoehdotuksensa takaisin, jota EP piti yksinkertaisimpana tapana reagoida lainsäätäjän kielteiseen kantaan. EP:n kritiikin seurauksena komissio ja EP päätyivät kompromissiin, jossa komissio hyväksyi EP:n kannan, että yhden kuukauden määräaika on voitava

¹²³ Ks. komission kertomus komiteoiden työskentelystä vuonna 2002, Bryssel 8.9.2003, KOM/2003/0530 lopullinen.

¹²⁴ Bourlanges-mietintö 3.12.2002, A5-0425/2002 lopullinen, PE 313.407.

¹²⁵ Corbett-mietintö 29.4.2003, A5-0128/2003 lopullinen, PE 323.568.

jatkaa parlamentin pyynnöstä kahteen kuukauteen myös kiireellisessä menettelyssä. EP suostui luopumaan tarkistuksista, joissa toistetaan nykyiseen toimielinten väliseen sopimukseen jo kuuluvia seikkoja. Tekstissä ei enää viitata ”täysiin” tietoihin, mikä olisi oikeudellisesti epätasua, vaan ”toimielinten välisen sopimuksen mukaisesti ’kaikkiin’ tietoihin”. Viittaus, jossa komissio ”päättää ehdotetusta toimenpiteestä ... muutettuna” ottaakseen huomioon parlamentin (tai neuvoston) esittämät kielteiset näkökannat muutetaan siten, että komissio päättää asiasta ”ottaen huomioon” parlamentissa esitetyt kielteiset näkökannat.

EP katsoi ehdottamiensa muutosten johdosta kykenevänsä seuraamaan paremmin komission täytäntöönpanovallan käyttöä (tai mahdollisesti uuden perustuslain mukaisesti siirrettyä lainkäyttövaltaa). Kun komissio hyväksyy toimenpiteen, sekä parlamentilla että neuvostolla olisi kaksi kuukautta aikaa esittää kielteinen kantansa. Tällöin komission on joko peruttava toimenpide, hyväksyttävä toimenpide ottaen huomioon esitetyt kielteiset näkökannat tai toimitettava ehdotus parlamentille ja neuvostolle lainsäädäntömenettely mukaisesti (lykkäävällä vaikutuksella tai ilman sitä).

3.6 Komission toinen ehdotus uudeksi komitologiapäätökseksi

Komission ehdotuksen yleisperusteluista näkyy, kuinka Euroopan parlamentin keskeiset näkökannat on otettu huomioon. Komission mukaan ehdotuksella pyritään saattamaan lainsäädäntötoimen molemmat haarat ehdottoman tasa-arvoiseen asemaan yhteispäätösmenettelyllä annettaviin säädöksiin liittyvän komission täytäntöönpanovallan harjoittamisen valvonnassa. Tämä parlamentin ja neuvoston tasapuolisesti harjoittama valvonta koskee sisällöltään normatiivisia täytäntöönpanotoimenpiteitä, jotka merkitsevät keskeisten säännösten täytäntöönpanoa tai perussäädöksiin sisältyvien säännösten mukauttamista, esimerkiksi direktiivien muuttamista tieteen ja tekniikan kehitykseen tai niiden tiettyjen liitteiden muuttamista. Lisäksi säädetään uudesta sääntelymenettelystä yhteispäätösmenettelyllä annettavien säädösten täytäntöönpanotoimenpiteitä varten. Yhteispäätösmenettelyllä hyväksyttävien säädösten muiden täytäntöönpanotoimenpiteiden antaminen tapahtuu neuvoa-antavan komitean kuuleminenmenettelyllä, joka säilyy muuttumattomana.

Euroopan parlamentin ensimmäisessä muutosehdotuksessa muistutetaan komission sitoumuksista, mitä tulee asiakirjojen toimittamiseen Euroopan parlamentille. Tietojen toimittamisessa komissiolta parlamentille mainittava viiteasiakirja on kahdenvälinen sopimus menettelystä komissiolle siir-

rettyä täytäntöönpanovaltaa käytettäessä 28 päivänä kesäkuuta 1999 tehdyn neuvoston päätöksen 1999/468/EY soveltamista koskevista yksityiskohtaisista säännöistä¹²⁶.

EP:n kahdessa keskeisimmässä muutosehdotuksessa (tarkistukset 2 ja 6) esitetään muutoksia komission ehdotukseen uuden sääntelymenettelyn komission täytäntöönpanoehdotusten valvonnan järjestämisen suhteen. Komissio taipui muuttamaan esitystään jonkin verran sen harkintamahdollisuuden osalta, jota komissiolla on lainsäätäjän mahdollisten kielteisten näkökantojen seurauksena. Ehdotukseen sisältyy kuitenkin edelleen komission itsenäistä harkintavaltaa hyväksyä täytäntöönpanoehdotuksensa lainsäätäjän kielteisistä kannoista huolimatta.

Komission ehdotuksen perusteluiden mukaan, jos parlamentti ja/tai neuvosto esittävät toimenpide-ehdotusta koskevia kielteisiä näkökantoja, komissio voi – lainsäätäjän kannat huomioon ottaen – joko muuttaa toimenpide-ehdotustaan, esittää uuden perussäädöksen hyväksymistä, tai poikkeuksellisesti, kun toimenpide-ehdotuksen kohteena oleva toimi ei ole enää aiheellinen, peruuttaa toimenpide-ehdotuksensa. Näiden EP:n esittämien kolmen vaihtoehdon lisäksi komissio ehdottaa edelleen neljänneksi vaihtoehdoksi mahdollisuutta toimenpide-ehdotuksen hyväksymiseen muutoksitta. Komission näkemyksen mukaan sen on voitava toteuttaa täytäntöönpanovallan käyttäjälle kuuluva vastuunsa itsenäisesti, eikä sitä voida näin ollen sitoa lainsäätäjän kantaan. EP:n tällaisiin tilanteisiin esittämää ”tarvittavaa lausuntoa” ei komission mielestä pidä samaistaa tulkitsevaan lausuntoon, joka velvoittaisi komission tulkitsemaan annettua toimenpidettä jommankumman lainsäädäntötoimen haaran tai niiden molempien toivomassa mielessä. Komissio sitoutuu sitä vastoin ilmoittamaan lainsäätäjälle syistä, jotka saivat sen hyväksymään toimenpide-ehdotuksensa muutoksitta kielteisistä näkökannoista huolimatta. Jos yksi tai kumpikin lainsäädäntötoimen haara esittää kielteisiä näkökantoja, komissio sitoutuu lisäksi ilmoittamaan tälle toimista, jotka se aikoo toteuttaa näiden näkökantojen johdosta, sekä toimiin johtaneista syistä.

Komissio ehdottaa johdanto-osaan näiltä osin seuraavanlaista muotoilua:

Näin ollen jos komission ja yhden tai kummankin lainsäädäntötoimen haaran välillä ilmenee erimielisyyttä, komission on voitava tapauksen mukaan ja ottaen huomioon Euroopan parlamentin ja neuvoston kannat joko tehdä ehdotus perustamissopimuksen 251 artiklassa määrättyä menettelyä noudattaen tai hyväksyä alkuperäinen toimenpide-ehdotuksensa

¹²⁶EYVL L 256, 10.10.2000, s. 19.

tai hyväksyä muutettu ehdotus taikka peruuttaa toimenpide-ehdotuksensa. Komissio ilmoittaa lainsäätäjälle toimista, jotka se aikoo toteuttaa tämän kielteisten näkökantojen johdosta, sekä toimiin johtaneista syistä.

Ehdotuksen 5 artiklaa koskeva muotoilu on näiltä osin seuraavanlainen:

Komissio voi ottaen huomioon Euroopan parlamentin ja neuvoston kannat joko tehdä ehdotuksen perustamissopimuksen 251 artiklassa määrättyä menettelyä noudattaen tai hyväksyä alkuperäisen toimenpide-ehdotuksen tai hyväksyä muutetun ehdotuksen taikka peruuttaa toimenpide-ehdotuksensa. Komissio ilmoittaa lainsäätäjälle toimista, jotka se aikoo toteuttaa tämän kielteisten näkökantojen johdosta, sekä toimiin johtaneista syistä.

Komissio on siis poistanut EP:n arvosteleman muotoilun ”mahdollisesti muutettuna”, ja korvannut sen muotoilulla, joka merkitsee sisällöllisesti täysin samaa, eli komission mahdollisuutta itsenäisesti arvioida, muuttako se ehdotustaan lainsäätäjän kielteisten kantojen mukaisesti. Tämä merkitsisi koko komitologiamenettelyn luonteen muuttumista oikeudellisesti neuvoa-antavaksi. Jos komissiolla ei ole oikeudellista velvoitetta ottaa huomioon lainsäätäjän kielteisiä kantoja, se saattaa suhtautua huomattavasti kevyemmin jäsenvaltioiden näkemyksiin.

Komissio tosin viittaa ehdotuksessaan purkamiskanteen nostamiseen yhteisön tuomioistuimessa lainsäätäjän viimekätisenä mahdollisuutena saada komission täytäntöönpanoehdotus kumotuksi. Tämä on kuitenkin komitologiamenettelyn ulkopuolelle jäävä mahdollisuus. Jos komitologiamenettelyä muutettaisiin komission ehdottamalla tavalla, kanneperusteena voisi ilmeisesti olla vain komissiolle siirretyn toimivallan ylittäminen, sillä komission ehdottamassa komitologiapäätöksessä sille annettaisiin itsenäinen harkintavalta sisällön osalta. Komission ehdottama mahdollisuus irtautuu neuvoston valvontavallasta täytäntöönpanosäädösten antamisessa vähentäisi jäsenvaltioiden halukkuutta siirtää komissiolle toimivaltaa täytäntöönpanosäädösten antamiseen, joka on jo voimassa olevan komitologiapäätöksen aikana selvästi vähentynyt.¹²⁷

Ehdotukseen sisältyvä komission mahdollisuus kokonaan peruuttaa toimenpide-ehdotuksensa saattaisi merkitä huomattavaa lainsäädäntömenettelyn hidastumista. Toimenpide-ehdotuksen peruuttamisella uhkaaminen olisi vahva painostuskeino, jolla komissio voisi taivuttaa EP:n ja neuvoston pidättäytymään sellaisista muutosehdotuksista komission toimenpide-

¹²⁷Bergström 2003, s. 18.

ehdotukseen, joita komissio ei ole halukas hyväksymään. Tässäkin komissio ehdottaa merkittävää vallansiirtoa itselleen. Sen vaikutukset saattavat halvaannuttaa vaikeissa poliittisesti ongelmallisissa tilanteissa lainsäädäntöprosessin, josta ulospääsy olisi komission toimenpide-ehdotuksen hyväksyminen. Toimeenpanovallan käyttäjä voisi silloin ikään kuin ohittaa poliittisen päätöksentekoprosessin ja ujuttaa oman näkemyksensä poliittisessa päätöksenteossa syntyneen näkemyksen sijaan.

Kun sekä Euroopan parlamentti että jäsenvaltiot¹²⁸ eivät hyväksy komission pyrkimystä irrottautua lainsäätäjän tahdosta, on jokseenkin selvää, ettei uuteen komitologiapäätökseen tule sisältymään komission vaatimaa mahdollisuutta täytäntöönpanotoimien antamisesta lainsäätäjän kielteisistä kannoista huolimatta.

4 TOIMIVALLAN SIIRTÄMINEN EU:N KESKUSVIRASTOILLE

Eurooppalaisen integraation varsin varhaisessa vaiheessa jouduttiin arvioimaan, voidaanko säädösvaltaa siirtää muille instituutioille kuin komissiolle, joka Rooman sopimuksen mukaan oli ainoa toimielin, jolle neuvosto saattoi siirtää valtaa antaa täytäntöönpanosäädöksiä. Hiili- ja teräsyhteisön korkean viranomaisen siirrettyä toimivaltaa yksityisille toimistoille (Brussels Agencies), tuomioistuin katsoi järjestelyn laittomaksi, ja määritteli ensimmäistä kertaa keskeiset yhteisön toimivallanjakoon sovellettavat periaatteet *Meroni*-asiassa¹²⁹, johon perustuen yhteisön tuomioistuin antoi useita ratkaisuja¹³⁰, joissa vahvistettiin komitologiakomiteoiden laillisuus. *Meroni*-asiassa muotoillut periaatteet ovat siis sovellettavissa laajemminkin yhteisön oikeusjärjestyksessä, vaikka ratkaisu annettiin Euroopan hiili- ja teräsyhteisöä koskien.¹³¹ Nämä toimivallan siirtoa ohjaavat pääperiaatteet ovat lyhyesti seuraavat:

¹²⁸ Komission ensimmäistä ehdotusta uudeksi komitologiapäätökseksi pohdittiin jäsenvaltioiden toimesta vain yhdessä kokouksessa v. 2003, jonka jälkeen asian käsittely keskeytettiin toistaiseksi, mutta jo silloin jäsenvaltioiden kriittinen suhtautuminen komission ehdotukseen oli ilmeistä.

¹²⁹ Asia 9/56 [1956–57] ECR 133.

¹³⁰ *Köster*-asia 25/70 [1970] ECR 1161 ja *Rey Soda* -asia 23/75 [1975] ECR 1279.

¹³¹ Näin esim. Lenaerts 1993, s. 41 ja Dehousse 2002, s. 221.

a) *Yhteisön rakenteeseen sisältyvän toimivaltuuksien tasapainon säilyttäminen*

Laaja toimivallan siirto muuttaa sopimuksella turvattua yhteisön perusrakenteeseen sisältyvää toimielinten välistä tasapainoa. Perustamissopimusten mukaan komission asema on suhteellisen itsenäinen, eikä se toimi neuvoston alaisuudessa. Jos neuvostolle kuuluvaa toimivaltaa delegoitaisiin siten, että komissiolla olisi mahdollisuus täysin itsenäisesti päättää sille siirretyistä asioista, muuttuisi neuvoston ja komission välinen tasapaino oleellisesti. Toimielinten välisellä tasapainolla ei siis tarkoiteta sitä, että niillä olisi yhtäläiset valtuudet ja painoarvo, vaan toimielinten oletetaan perustamissopimuksen 7(1) artiklan mukaisesti toimivan niille perustamissopimuksessa määritellyn toimivallan ja tehtävien puitteissa.¹³² Tämä periaate sai oikeudellisen vahvistuksen ensimmäisen kerran *Meroni*-asiassa. Nizzan sopimukseen liitettyssä julistuksessa nro 3 vahvistettiin, että toimielinten väliset sopimukset tulee solmia kaikkien kolmen toimielimen (neuvosto, komissio, EP) toimesta, eikä niillä voida muuttaa perustamissopimuksia. Toimielimet eivät voi keskinäisin välipuhein muuttaa toimivaltansa rajoja, vaan tällaisista muutoksista on aina päätettävä perustamissopimusta muuttamalla. Niiltä puuttuu kompetenssikompetenssi, eli valta muuttaa oman toimivaltansa rajoja.

Valtaosa neuvoston päätöksistä perustuu komission aloitteeseen. Komission aloitteesta esim. direktiivin antamisen yhteydessä suoritettu toimivallan delegointi neuvostolta komissiolle olisi ilmeisesti mahdollista purkaa vain komission aloitteesta. Jäsenvaltiot eivät luonnollisesti halunneet luovuttaa komissiolle valtaa itse päättää delegoinnin purkamisesta, vaan ne pitivät kiinni siitä, että yhteisten toimintalinjojen toimeenpano tapahtuu läheisessä yhteistyössä jäsenvaltioiden kanssa. Hallintokomiteoissa omaksuttu päätöksentekomenettely vastasi toisaalta tarvetta siirtää komissiolle toimeenpanovaltaa yksityiskohtaisten täytäntöönpanomääräysten antamiseen, ja toisaalta tarvetta turvata jäsenvaltioiden aktiivinen panos yksityiskohtaisten täytäntöönpanomääräysten muotoilemisessa.¹³³

Komissio joutuu komitologiamenettelyssä toimimaan läheisessä yhteistyössä jäsenvaltioiden hallintojen kanssa muotoiltaessa täytäntöönpanosäädöksiä. Neuvostolla ei olisi käytännön mahdollisuuksia valvoa täytäntöönpanosäädösten yksityiskohtia ja jäsenvaltioiden kannalta ongelmallisia kysymyksiä, elleivät komitologiakomiteat suorittaisi tätä valvontateh-

¹³²Ks. Jacqué 2004, s. 383–384.

¹³³Lasok 1994, s. 238–239.

tävää. Komitologian kautta jäsenvaltioiden hallinnot osallistuvat suoraan integraation täytäntöönpanosäädösten muotoilemiseen. Tätä on kutsuttu unionin perusluonteeseen kuuluvaksi toimeenpanofederalismiksi.¹³⁴

b) Yhteisön toimielin voi siirtää vain itselleen sopimuksen nojalla kuuluvia toimivaltuuksia

Vain sellainen toimivallan siirtäminen on mahdollista, jossa toimivaltaa siirtävän instituution perustamissopimuksen mukaiset asianomaisten toimien suorittamiseen liittyvät velvoitteet siirtyvät velvoittamaan myös sitä toimielintä, jolle toimivaltaa näiden toimien suorittamiseen delegoidaan. Julkisuutta koskevat määräykset, perusteluvelvollisuus, ja EYT:n toimivalta säilyvät kuten ennen toimivallan siirtämistä. Niitä ei voida kiertää toimivaltaa siirtämällä.

c) Toimivallan siirtämisen tulee tapahtua nimenomaisella päätöksellä

Toimivallan siirtäminen voi tapahtua vain, jos asianomaisella instituutiolla on oikeus sopimusmääräysten nojalla siirtää pois toimivaltaansa. Delegointipäätöksessä on määriteltävä toimivallan siirron rajat.

d) Laaja toimivallan siirtäminen muille kuin yhteisön toimielimille ei ole sallittua

Sellainen toimivallan siirtäminen ei ole sallittua, jossa siirretään laajan harkintavallan käyttöä edellyttäviä toimintalinjan määrittelytehtäviä. Toimivallan siirto täytäntöönpanoon liittyen on kuitenkin mahdollista, jos delegeoiva instituutio on selkeästi edeltäkin määritellyt ne kriteerit, joiden mukaisesti toimivaltaa saaneen toimielimen tulee täytäntöönpanotehtävänsä suorittaa.

Neuvosto ei voi siirtää toimivaltaansa antaa sitovia normeja sellaiselle yhteisönkään toimielimelle, jonka toiminnan laillisuuden arviointi ei kuulu yhteisön tuomioistuimen toimivaltaan. Tällainen toimivallan siirto olisi ristiriidassa perustamissopimuksen 211, 230, ja 234 artiklojen kanssa.¹³⁵ Tuomioistuin rajasi toimivallan siirron siten, että komissio voi suorittaa täytäntöönpanon valvontaa vain itse, jolloin komitologian merkitys neu-

¹³⁴ Ks. esim. Dubey 2003, joka pitää toimeenpanofederalismia keskeisenä subsidiariteetti-periaatteen ja yhteisöoikeuden yhdenmukaisen soveltamisen välineenä.

¹³⁵ Asia 98/80, *Romano v. INAMI*, 1981 ECR 1241.

voston valvonnan kanavana komission täytäntöönpanotoimiin nähden nousee keskeiseen asemaan.

Meroni-asiassa annetun ratkaisun jälkeen perustamissopimuksiin ei ole tehty muutoksia toimivallan siirtämistä koskien (nykyisen 202 artiklan 4 kohta), joten siinä määritellyt toimivallan siirtoa koskevat oikeusperiaatteet ovat edelleenkin yhteisön voimassa olevaa oikeutta. Sitten 1950-luvun EU:lle on kehittynyt laaja virastojärjestelmä, joka myös antaa jäsenvaltioissa voimassa olevia suosituksia ja määräyksiä.¹³⁶ Tosiasiallinen kehitys on siis jossain määrin ohittanut *Meroni*-asiaan perustuvan doktriinin toimivallan siirtämisestä. Eurooppalaisen keskusvirastojärjestelmän kehittyminen ei ole merkinnyt yhteisön toimielimille kuuluvan vallan siirtämistä näille virastoille. Niille on siirtynyt ensisijaisesti toimivaltaa, jota ovat aiemmin käyttäneet jäsenvaltiot yhteisöoikeuden toimeenpanossa. Tästä johtuen EU:n toimielimille kuuluvan toimivallan siirtämisen käsitteet soveltuvat huonosti kuvaamaan EU:n keskusvirastojärjestelmän kehitystä. Pikemminkin voidaan puhua hallinnon eurooppalaistumisesta.¹³⁷

HVK:ssa hyväksytyn perustuslakiehdotuksen toimivallan siirtoa koskevaan I-36 artiklaan ei ole sisällytetty mahdollisuutta siirtää säädösten antovaltaa kuin komissiolle tai poikkeuksellisesti pidättää se neuvostolla. Näiltä osin perustamissopimukseen ei olla tekemässä muutoksia. Tämä saattaa muodostua yhä laajenevan EU:n virastojärjestelmän tehokkaan toiminnan esteeksi, sillä niille joka tapauksessa siirtyvän määräyksenantovaltan siirtämiseen tarvitaan monimutkaisia järjestelyjä, joista yhtenä esimerkkinä on perustettavan kemikaaliviraston hallinnon järjestäminen.¹³⁸ On siis ennakoitavissa, että tulevaisuudessa jännite perustamissopimuksen toimivallan siirtoa koskevien määräysten ja kehittyvän ja lisää tehtäviä saavan EU:n virastojärjestelmän välillä tulee kasvamaan.

Arvioitaessa *Meroni*-asiassa muotoiltujen periaatteiden sovellettavuutta EU:n keskusvirastojärjestelmän järjestämiseen, voidaan huomata ettei nykyisin ole käytetty hyväksi kaikkia mahdollisuuksia toimivallan siirtämiseen, vaan keskusvirastojen toimivaltaa on saatettu rajoittaa tiukemmin kuin yhteisöoikeus edellyttäisi. Tästä esimerkkinä voidaan mainita Euroopan lääkintävirasto, jolla ei ole valtaa tehdä päätöksiä lääkevalmisteiden markkinoille hyväksymisestä, vaan päätöksen tekee komissio kahden ko-

¹³⁶ Esim. yhteisön tavamerkki (neuvoston asetus 40/94, EYVL 1994 L11/1) ja yhteisön kasvilajikkeet (neuvoston asetus 2100/94, EYVL 1994 L 227/1).

¹³⁷ Ks. Dehousse 2002, s. 221.

¹³⁸ Juha Pyötsiän haastattelu 29.9.2003.

mitologiakomitean avustamana.¹³⁹ *Meroni*-asiassa EYT ei suoraan kieltänyt harkintavallan käyttöä edellyttävän päätöksentekovaltan siirtämistä, jos delegoinnin tehneellä toimielimellä (korkea viranomainen) säilyy viimekätinen valta päättää asiasta. Keskusvirastoille voitaisiin siis siirtää komissiolle kuuluvaa päätöksentekovaltaa, jos komissiolla säilytetään valta kumota keskusviraston tekemät päätökset. Oikeudellisesti arvioiden on siis mahdollista lisätä EU:n keskusvirastojen rajattua päätöksentekovaltaa, jos siitä vallitsee riittävä poliittinen yksimielisyys.¹⁴⁰

5 UUSI PERUSTUSLAKI

5.1 Laekenin julistuksen lähtökohdat

Laekenin Eurooppa-neuvosto antoi joulukuussa 2001 antamassaan julistuksessa Eurooppa-valmistelukunnalle (konventti) tehtäväksi laatia vastauksia muun muassa siihen, miten Eurooppa-hanketta ja unionin toimielimiä voidaan tuoda lähemmäs kansalaisia, ja kuinka voitaisiin luoda selkeämpi ja yksinkertaisempi lainsäädännön systematiikka. EU:n toimielinten lähentämisessä kansalaisiin lähtökohtana pidettiin toimielinten tehokkuutta ja avoimuutta.

Uuden perustuslain valmisteluissa kertautuivat samat teemat, jotka ovat olleet keskustelun polttopisteessä jo vuosikymmenet. Demokraattisen hyväksyttävyyden ohella säädöshierarkiaan liittyy kysymys siitä, voidaanko unionin normeja ylipäätään pitää verrannollisina kansallisiin normeihin, ja käsitellä niitä ikään kuin näin olisi. Säädöshierarkian järjestäminen vaikuttaa myös toimielinten väliseen tasapainoon ja oikeusjärjestyksen tehokkuuteen. Samaan kokonaisuuteen liittyy olennaisesti myös täytäntöpanovallan siirtäminen komissiolle, ja siihen kiinteästi kuuluva komitologiamenettely.

Euroopan yhteisöjä perustettaessa oli selvää, että sen oikeusjärjestelmä poikkeaa olennaisesti jäsenvaltioiden kansallisista oikeusjärjestelmistä. EY:n normatiivisen järjestyksen omintakeiset säädösnimikkeet valittiin tietoisesti erottamaan se kansallisista oikeusjärjestyksistä. Järjestelmän perustavat säädökset nimettiin perustamissopimuksiksi eikä perustuslaeiksi, sillä

¹³⁹ Neuvoston asetus 2309/93, 22.7.1993 Euroopan lääkintäviraston perustamisesta (EYVL 1993 L 214/1), 6(5) artikla.

¹⁴⁰ Dehousse 2002, s. 218, 222–223.

ne oli solmittu osapuolten välille kansainvälisten sopimusten tapaan, vaikka niillä perustettiin osapuolten välille omintakeinen ylikansallinen oikeusjärjestys. Tämä peruslähtökohta on edelleenkin pysynyt muuttumattomana.¹⁴¹ Yhteisön tuomioistuin teki heti alussa selvän eron jäsenvaltioiden kansallisten ja yhteisön ylikansallisen normatiivisen järjestelmän välille, pitäen yhteisön säädöksiä lainsäädännön omaisina toimenpiteinä, joilla oli lainsäädännöllinen sitovuus osapuolten välillä.¹⁴² Jäsenvaltioiden katsottiin siirtäneen Euroopan yhteisöille teknisluonteista normatiivista valtaa markkinasääntelyn toteuttamiseksi. Erikoiset säädösten nimikkeet ja teknisluonteinen asiantuntijajohtoinen sääntely oli omiaan loitontamaan ylikansallista oikeusjärjestelmää kansalaisista. Maastrichtin sopimuksella 1995 perustetun poliittisen unionin muodostamisen jälkeen on yhä kiihtyvällä vauhdilla laajennettu unionin toimivallan piiriin kuuluvien asioiden joukkoa, joten ylikansallisen oikeusjärjestelmän tasolla säädetään yhä enenevässä määrin muistakin kuin teknisistä kysymyksistä. Kun kansalaisten oikeudet ja velvollisuudet ovat ylikansallisen sääntelyn kohteena, on pidemmän päälle kestänyt, jos unionin normatiivisen ja poliittisen päätöksenteon demokraattista hyväksyttävyyttä ei saada lisättyä.

Selkeän normihierarkian puuttuminen on johtanut ongelmalliseen tilanteeseen, jossa unionin demokraattinen legitimitetti heikentyy, kun politiikkojen valintoja tehdään täytäntöönpanotoimin, eikä säädösmuodon valinta heijastele sitä, kuinka oleellisia normeja siihen sisältyy. Tämä heikentää myös oikeusvarmuutta ja päätöksenteon avoimuutta. Toimivallanjako jäsenvaltioiden ja unionin sekä toimielinten välillä hämärtyy, ja kansalaiset kokevat unionin saaneen oikeuden monilta osin rajattomaan vallankäyttöön, kun unioni voi käyttää toimivaltaansa mitä moninaisimmin säädösmuodoin. Euroopan parlamentti oli jo 1984 laatimassaan luonnoksessa unionisopimukseksi ehdottanut nykyisen perustuslakiehdotuksen tyyppisen kolmiportaisen säädöshierarkian luomista, jossa Euroopan parlamentti ja neuvosto toimivat yhdessä lainsäätäjinä.¹⁴³

¹⁴¹ Eduskunnan suuri valiokunta toteaa perustellusti, ettei uusikaan ehdotus perustuslaiksi ole varsinainen perustuslaki vaan kansainvälinen sopimus, jonka muuttamisesta ja ratifioinnista päättävät jäsenvaltiot kansallisten valtiosääntöjensä nojalla. Vaikka I-1 artiklassa todetaan, että sopimuksella perustetaan Euroopan unioni, on kyse valiokunnan arvion mukaan tosiasiallisesti unionin nykyisten perussopimusten ja niiden soveltamiseen liittyvän oikeuskäytännön kirjaamisesta säädökseksi. SuVL 2/2003 vp – VNS 2/2003.

¹⁴² Asia 8/55, *Fédération Charbonnière de Belgique v. Euroopan hiili- ja teräsyhteisön korke viranomainen*, [1954-56] ECR 245, 248.

¹⁴³ VL 1984 C 77/33.

Lainsäädännön yksinkertaistamisen lähtökohdat esitettiin Laekenin julistuksessa kysymysten muodossa, joihin valmistelukunnan odotettiin antavan vastauksia:

”Keskeinen kysymys onkin siinä, onko unionin eri välineet määriteltävä uudelleen ja olisiko niiden määrää vähennettävä. Onko siis erotettava toisistaan lainsäädäntö- ja täytäntöönpanotoimet? Onko lainsäädännöllisiä välineitä vähennettävä, niin että olisi sitovia sääntöjä, puitelainsäädäntöä ja ei-sitovia välineitä (lausuntoja, suosituksia, avointa koordinointia)? Onko suotavaa käyttää useammin puitelainsäädäntöä, joka antaa jäsenvaltioille enemmän liikkumavaraa tavoitteiden saavuttamiseksi?”¹⁴⁴

Laekenin-julistukseen ei kuitenkaan sisällynyt välitöntä toimeksiantoa uuden perustuslain laatimiseen, vaan yksinkertaistamisen ja uudelleen järjestelyn arvioitiin voivan johtaa vähitellen uuden perustuslain hyväksymiseen unionille. Voidaan siis sanoa valmistelukunnan ylittäneen tässä suhteessa toimivaltansa.¹⁴⁵ Valmistelukunnan jäseniltä puuttui myös kansalaisten valtuutus uuden perustuslain laatimiseen. Uuden perustuslain vaatima kansalaisten hyväksyntä on siis hankittava joko kansanäänestyksen tai kansanedustuslaitoksen hyväksymisen kautta.

Vaikka yhteisön oikeusjärjestelmässä ei ole varsinaista perustamissopimuksissa nimenomaisesti määriteltyä säädöshierarkiaa, yhteisöoikeuden normit perustuvat tiettyyn rakenteeseen, joka jäsentää niiden asemaa yhteisön oikeudessa. Vuoden 1996 HVK:ssa tehtiin säädöshierarkiaan tähtäviä aloitteita yhteisön oikeusjärjestelmän selkeyden ja ennustettavuuden lisäämiseksi, mutta sellaista ei kuitenkaan Amsterdamin sopimukseen otettu Ison-Britannian vastustettua ajatusta jyrkästi. Eurooppaoikeus nykymuodossaan perustuu evolutiiviselle oikeuden kehittämiselle, jossa yhteisön tuomioistuimella on keskeinen rooli. Moninaisten säädösten asemaa arvioidessaan yhteisön tuomioistuin on pitänyt lähtökohtana muodon sijaan niiden sisältöä.¹⁴⁶

¹⁴⁴ Laekenin julistus SN 300/1/01 REV 1 23.

¹⁴⁵ Ks. Editorial comments, *Common Market Law Review* 41: 1–4, 2004. Valmistelukunnan työskentelymenetelmissä oli myös puutteita, ja pohjatekstin valmistelleessa 13-jäsenisessä puheenjohtajistossa valtaa käytti hyvin pieni ryhmä. Muilla puheenjohtajiston jäsenillä ei ollut mahdollisuutta tutustua tekstiluonnokseen kuin muutama päivä ennen sen esittämistä valmistelukunnalle. HVK:n aikana eräät jäsenvaltiot ja EU:n korkeat virkamiehet väittivät, ettei valmistelukunnan tekstiä voitaisi muuttaa, koska se edustaa EU:n kansalaisten poliittista tahtoa.

¹⁴⁶ *Asia 8/55, Fédération Charbonnière de Belgique v. Euroopan hiili- ja teräsyhteisön korkea viranomainen*, [1954–56] ECR 245, 248.

Unionin toimielinten antamien normien kesken ei ole yleistä toimieli- mistä johdettavaa hierarkiaa, sillä oikeudellisesti yksikään niistä ei ole toisiin nähden korkeammassa hierarkkisessa asemassa. Komissio, neuvosto ja Euroopan parlamentti osallistuvat kaikki omien tehtäviensä ja toimival- tansa puitteissa säädösten valmisteluun ja vahvistamiseen. Edes klassinen jako perusnormiin ja sen toimeenpanemiseksi säädettyyn täytäntöönpanonormiin ei muodosta ehdotonta hierarkkista suhdetta. Täytäntöönpanonormin *lex specialis* -luonteesta johtuen se voi olla ensisijaisesti sovellettava normikonfliktitilanteessa.¹⁴⁷ Yhteisöoikeudessa vallitsee eräänlainen *lex specialis* -hierarkia, jossa erityisnormi on ensisijaisesti sovellettava, ja vain jos se ei ole syntynyt laillisessa järjestyksessä, sen voimassaolo voi kumoutua tuomioistuimen toimesta. Ainoa selkeä normihierarkian muoto on perustamissopimuksen ja johdetun oikeuden sekä perusnormin ja sitä täytän- töön panevan normin välillä. Johdetun oikeuden perusnormin tulee aina olla johdettavissa perustamissopimuksesta. Täytäntöönpanonormin pätevyys joh- detaan perusnormista, joka asettaa rajat täytäntöönpanonormille. Myös *lex posterior* -sääntö tarkentaa normien hierarkkista suhdetta ajallisesti.

Etenkin markkinasääntelyssä, jossa käytetään hallintokomiteamenette- lyä, komissiolle siirretään huomattavan laajat valtuudet itse arvioida, min- kälaisin aineellisoikeudellisin säädöksin perusnormi pannaan täytäntöön. Kun neuvosto on tällä tavoin myöntänyt komissiolle laajan toimivallan, kyseisen toimivallan rajoja on arvioitava pikemminkin markkinajärjeste- lyn olennaisten yleisten tavoitteiden perusteella kuin valtuutuksen tarkan sanamuodon mukaan. Vaikka säädösten välinen hierarkia luo muodollisen mekanismin normikonfliktien ratkaisemiseksi, se samalla jäykistää nor- mijärjestelmän rakenteen vähentäen oikeusjärjestyksen evolutiivisia piir- teitä.¹⁴⁸ EY:n ja unionin toimivallan laajentuessa yhä uusille alueille, myös säädösten ja muiden velvoittavien päätösten uusia muotoja on syntynyt siinä määrin nopeasti, että edes jako perusnormiin ja täytäntöönpanonor- miin ei ole enää selvä. Rooman sopimukseen sisältyneiden viiden säädös- muodon joukko on nyt kasvanut viiteentoista.

Amsterdamin sopimuksella neuvosto velvoitettiin muutetun 207 artik- lan (entinen 151 art.) tarkoituksen saavuttamiseksi määrittelemään mil- loin se päätöstä tehdessään toimii lakia säätävässä ominaisuudessa. Tämä ainakin selvensi sitä, mitkä neuvoston päätöksistä on tarkoitettu yleisesti oikeudellisesti velvoittaviksi normeiksi. Samalla syntyy hierarkia nor-

¹⁴⁷ Asia 25/70, *Einfuhr-Vorratstelle v. Köster*, asia 23/75, *Rey Soda v. Cassa Zucchero*, asia 230/78, *Eridania v. Ministero dell'agricoltura*, asia 240/90, *Saksa v. komissio*.

¹⁴⁸ Ks. esim. Bieber – Salomé 996.

mipäätösten ja muiden päätösten välille.¹⁴⁹ Säädoshierarkian luominen nousi esille Nizzan sopimusta valmistelleessa HVK:ssa puheenjohtajamaa Portugalin esitettyä 249 artiklan muuttamista erottamalla lainsäädäntö ja toimeenpano selkeästi uudella lainsäädäntötoimen määrittelyllä. Myös 308 artiklaa ehdotettiin muutettavaksi siten, että täytäntöönpanovallan siirtäminen hallintoviranomaisille olisi nimenomaisesti sallittu. Jäsenvaltiot päättivät kuitenkin haudata nämä suunnitelmat.¹⁵⁰

5.2 Komission suunnitelmat hallinnon uudistamiseksi

EU:n komissio oli jo ennen Laekenin-julistusta antanut valkoisen kirjan ”eurooppalainen hallintotapa”, jonka keskeisiä konkreettisia ehdotuksia oli yhteisömenetelmän vahvistaminen.¹⁵¹ Lainsäätäjän (neuvosto, EP) tulisi rajoittaa vain oleellisten kysymysten väljään puitesääntelyyn, ja antaa enemmän tilaa täydentää tekniset yksityiskohdat täytäntöönpanonormein. Jäsenvaltioiden mahdollisuus valvoa komission täytäntöönpanonormien antamista heikkenisi, ja jäsenvaltioiden hallintojen resurssien hyödyntäminen tässä menettelyssä korvautuisi sääntelyvirastojen järjestelmällä, joille voitaisiin siirtää rajattua valtaa itsenäisten päätösten tekemiseen.¹⁵² Komissiosta muodostuisi näin Euroopan keskitetyn toimeenpanovallan käyttäjä. Esityksellään komissio pyrkiikin oman institutionaalisen roolinsa vahvistamiseen. Euroopan parlamentti suhtautui kriittisesti komission suunnitelmiin pitäen niitä yksipuolisesti valmisteltuina. EP katsoi komission suunnitelmien toteuttamisen ehdotetussa muodossaan johtavan toimeenpanovallan ylivaltaan. Erityisesti komission valkoisessa kirjassa esitetyt kaavailut vaihtoehtoisista sääntelymenetelmistä kuten myötäsääntelystä uhkasi syrjäyttää lainsäätäjän, ellei saataisi aikaan toimielinten välistä sopimusta, jolla taataan lainsäätäjän takaisinotto-oikeus. EP ei myöskään hyväksynyt kansalaisyhteiskunnan mainitsemista lainsäädännön legitimiin perusteena, sillä se heikentäisi EP:n demokraattista legitimiyyttä.¹⁵³

¹⁴⁹ Direktiivien ja asetusten asema lainsäädäntönä on tietysti jo nyt selvää, mutta nimenomaan neuvoston päätösten osalta niiden oikeudellinen velvoittavuus ja ulottuvuus ei ole selkiintynyt.

¹⁵⁰ Ks. Yataganas 2001.

¹⁵¹ Eurooppalainen hallintotapa, valkoinen kirja, KOM(2001) 428 lopullinen, 25.7.2001, VL 2001, C 287/5.

¹⁵² Emt. s. 27.

¹⁵³ Ks. Kaufman-mietintö, C5-0454/2001, 15.11.2001, Ortega-mietintö, A5-0235/2002 lopull., 17.6.2002, PE 332.545, Frassoni-mietintö, A5-0313/2003 lopull., 25.9.2003, PE 323.596.

Eduskunnan suuren valiokunnan lausunnossa suhtauduttiin myönteisesti yhteisömenetelmän vahvistamiseen, ja vaadittiin yhteisön toimielinrakenteen ulkopuolella tapahtuvasta valmistelusta ja tosiasiallisesti sitovasta päätöksenteosta luopumista. Valiokunta tuki komission kaavailemaa säädös-hierarkian luomista, mutta ei hyväksynyt toimeenpanonormien irrottamista lainsäätäjän (neuvosto/EP) kontrollista, mikä on komitologijärjestelmän keskeinen tehtävä. Valiokunta korosti jäsenvaltioiden hallintojen merkitystä unionin lainsäädännön ja päätösten toimeenpanossa.¹⁵⁴

Komission valkoinen kirja sai oikeusoppineiden taholta melko kriittisen vastaanoton.¹⁵⁵ Kritiikin kärki kohdistuu epäonnistuneeseen valtiopillisen retoriikan käyttämiseen, johon ei liity ymmärrystä siitä, kuinka se olisi normatiivisella tasolla yhdistettävissä oikeusvaltion periaatteiden ja eurooppalaisen perustuslaillisen hallinnointijärjestelmän (governance) toteuttamiseen, eli minkälaisin normatiivisin järjestelyin valtio-opillinen retoriikka muuntuu oikeudellisesti järjestetyksi todellisuudeksi.¹⁵⁶ EU:n tosiasiallinen toiminta on tässä suhteessa jatkuvasti etäännyntynyt niistä muodollisista oikeudellisista rakenteista, joiden oletetaan rajaavan ja määrittävän sen toimintaa. Kun nykyaikainen hallinnointijärjestelmä perustuu ja rakentuu oleellisesti asiantuntijuuden ja yritysten sekä organisaatioiden ohjantakapasiteetin varaan, voidaan pitää kyseenalaisena, missä määrin tämä kokonaisuus on hierarkkisesti organisoitavissa vakiintuneen kansallisvaltiossa kehittyneen perustuslaillisen tradition mukaiseksi. Myös Euroopan kuluttajajärjestöt pitivät täysin mahdottomana komission kaavailemaa itsenäistä täytäntöönpanomääräysten antamisvaltaa.¹⁵⁷

Komissio irrottaisi sääntelypolitiikan jäsenvaltioiden ulottumattomiin, esittäen itsensä sisämarkkinoiden hallinnon huippuna, joka vain toteuttaa ”Eurooppalaisen suvereenin” tahtoa. Tällaisen rakennelman edellyttämää yleiseurooppalaista poliittista yhteisöä ei kuitenkaan ole olemassa eikä niin ollen valtiorajat ylittävää yhteistä suvereeniakaan. Eurooppa ei myöskään ole sillä tavoin hierarkkisesti järjestetty kuin komissio tuntuu edellyttävän. Todellisuus ei vastaa fiktiivisiä ontologisia rajoja ja ortodoksisia perustuslaillisia kategorioita. Niiden varaan luoduilla illuusioilla saatetaan

¹⁵⁴SuVL 1/2002 vp – E 86/2001 vp.

¹⁵⁵Ks. esim. Joerges 2002, s. 441–445, ja 2002b.

¹⁵⁶Yleisesti eurooppaoikeudellisissa yhteyksissä viljellylle governance-sanalle ei ole suomen kielessä vastinetta, sillä se sisältää niin perustuslaillisen, hallinnollisen kuin hallinnoimisenkin elementit.

¹⁵⁷Response by Consumers’ Association to the European Commission White Paper on European Governance, 28.3.2002.

heikentää demokratian kannalta keskeisintä elementtiä eli poliittista vastuunalaisuutta.¹⁵⁸ Valkoisen kirjan uudistusstrategia edistäisi sellaisen toimeenpanokoneiston institutionalisoimista, jota lainsäätäjät tai tuomioistuinlaitos ei pystyisi tehokkaasti valvomaan. Politologisesta demokratiaretoriikastaan huolimatta komission valkoinen kirja hahmottelee teknokraattisen hallinnointimallin demokraattisen sijaan.¹⁵⁹ Osittain samoja teemoja sivuavat ne kysymykset, jotka liittyvät säädöshierarkian luomiseen ja konventissa käytyyn keskusteluun. Säädöshierarkian järjestämistapa muokkaa ratkaisevasti myös toimivallan siirron ja komitologian reunaehtoja tulevaisuuden EU:ssa. Komission tukemassa perustuslain kehittämissstrategiassa toimivallan siirron nojalla tapahtuva säädösten antaminen on pyritty näkemään komission toimeenpanovallan käyttönä. Komission toiveena on ollut komitologian eliminoiminen luomalla uusi säädöskategoria, säädösvallan siirron nojalla annettavat eurooppa-asetukset, joka sijoittuu hierarkkisesti lainsäätäjän (neuvosto+EP) antamien säädösten ja komission antamien täytäntöönpanosäädösten väliin.¹⁶⁰

5.3 Uudet sääntelyinstrumentit: yhteissääntely ja itsesääntely

Komission aloite johti toimielinten väliseen sopimukseen lainsäädännön parantamisesta.¹⁶¹ Siinä on luotu uusia vaihtoehtoisia sääntelymuotoja, jotka on tarkoitettu käytettäväksi aiheellisiksi katsotuissa tapauksissa, kun EY:n perustamissopimuksessa ei nimenomaisesti määrätä oikeudellisen välineen käyttämisestä. Nämä uudet sääntelymuodot ovat yhteissääntely ja itsesääntely. Perusluonteeltaan kyse on täytäntöönpanovastuun siirtämisestä viranomaisilta sääntelyn kohteille itselleen.

Yhteissääntelyssä yhteisön säädöksellä annetaan lainsäädäntövallan käyttäjän määrittelemien tavoitteiden toteutus kyseisen alan tunnustettujen osapuolten (erityisesti taloudelliset toimijat, työmarkkinaosapuolet,

¹⁵⁸ Ks. esim. Joe Weilerin lyhyt, mutta pureva kritiikki komitologian perustuslaillistamista vastaan. Weiler 1999, s. 339–350.

¹⁵⁹ Ks. Joerges 24.2.2002.

¹⁶⁰ Craig 2004, s. 32.

¹⁶¹ Toimielinten välinen sopimus paremmasta lainsäädännöstä 23.9.2003, neuvoston asiakirja 12175/03. Nizzan sopimuksella annettiin perustamissopimuksen 10 artiklaa koskeva julistus, jossa toimielinten väliset sopimukset tunnustettiin hyödylliseksi välineeksi 10 artiklaan sisältyvän yhteistyövelvoitteen ulottamiseksi toimielinten ja jäsenvaltioiden väliin suhteisiin. Toimielinten välisillä sopimuksilla ei voida muuttaa tai täydentää perustamissopimuksen sopimusmääräyksiä.

valtioista riippumattomat järjestöt tai yhdistykset) tehtäväksi. Sitä voidaan käyttää säädöksessä määritellyin perustein sen varmistamiseksi, että lainsäädäntö mukautetaan asianomaisiin ongelmiin ja aloihin ja että lainsäädäntötyötä kevennetään keskittymällä keskeisiin näkökohtiin sekä että asianomaisten osapuolten kokemusta hyödynnetään. Yhteissäätelymekanismin perustana olevassa säädöksessä ilmoitetaan yhteissäätelyn mahdollinen laajuus kyseisellä alalla. Toimivaltainen lainsäädäntövallan käyttäjä määrittelee kyseisessä säädöksessä sen soveltamisen seurantaan koskevat keskeiset toimenpiteet siltä varalta, että yksi tai useampi osapuoli ei noudata sitä taikka jos sopimus raukeaa.

Perussäädöksessä voidaan säätää kahden kuukauden määräajasta, jonka kuluessa kukin toimielin voi joko ehdottaa muutoksia, jos katsotaan, ettei sopimusluonnos ole lainsäädäntövallan käyttäjän määrittelemien tavoitteiden mukainen, tai ilmoittaa vastustavansa sopimuksen voimaantuloa ja mahdollisesti pyytää komissiota esittämään säädösehdotuksen. Näin taataan lainsäätäjän mahdollisuus ohjata täytäntöönpanoa lainsäätäjän haluamaan suuntaan. Sanamuoto ei kuitenkaan viittaa lainsäätäjän selkeästi määritelyyn takaisinotto-oikeuteen kuten Euroopan parlamentti oli vaatinut.¹⁶²

Itsesääntelyllä tarkoitetaan taloudellisten toimijoiden, työmarkkinaosapuolten, valtioista riippumattomien järjestöjen tai yhdistysten mahdollisuutta hyväksyä keskenään itseään varten yhteisiä Euroopan tason toimintalinjoja (erityisesti käytännesääntöjä tai alakohtaisia sopimuksia). Nämä vapaaehtoiset aloitteet eivät pääsääntöisesti edellytä toimielinten kannanottoa etenkin silloin, kun ne koskevat aloja, joita perussopimukset eivät kata tai joilla Euroopan unioni ei ole vielä antanut säädöksiä. Komissio tarkastelee tehtäviensä puitteissa itsesääntelykäytäntöjä varmistukseksi, että ne ovat yhteensopivia EY:n perustamissopimuksen määräysten kanssa.

Euroopan parlamentti taipui toimielinten välisen sopimuksen hyväksyessään kompromissiin, joka ei ollut EP:n kannalta täysin tyydyttävä. EP ei ollut tyytyväinen siihen, ettei itsesääntelyyn ole liitetty mainintaa EP:n oikeudesta olla hyväksymättä itsesääntelyssä syntyneitä vapaaehtoista sopimusta. EP pitääkin välttämättömänä, että tulevaisuudessa toimielinten välistä sopimusta täydennetään niin, että EP:lle määritellään selkeästi oikeus kieltäytyä peruuttamattomasti noudattamasta mitään vapaaehtoista sopimusta, jota se ei ole hyväksynyt. EP vaatii myös, että komission pitää

¹⁶²Frassoni-mietintö toimielinten välisestä sopimuksesta lainsäädännön parantamiseksi 25.9.2003, A5-0313/2003, PE 323.596/fin.

aina tiedustella lainsäädäntövallan käyttäjän kantaa, kun se arvioi voivansa käyttää itsesääntelyä, ja katsoo EP:llä olevan oikeus estää itsesääntelyn käyttö.¹⁶³

5.4 Valmistelukunnassa käyty keskustelu yksinkertaistamisesta

Säädöshierarkiaan ja norminantovallan siirtämiseen liittyvä työskentely tapahtui valmistelukunnan IX työryhmässä. Työryhmän toimeksiantoon kuului järkipäristää lainsäädäntöinstrumentteja selkeämmiksi ja ymmärrettävämmiksi. Kun tämän arvioitiin johtavan selkeän normihierarkian luomiseen, syntyi erityinen tarve selvittää toimeenpanosäädösten antamista. Työryhmän tuli tarkastella erityisesti perustamissopimuksen 202 artiklaan sisältyvää toimivallan siirtämistä ja olemassa olevia kontrollimekanismeja.¹⁶⁴ Suurena puutteena voidaan pitää sitä, ettei toimielimiä käsittelevää työryhmää perustettu lainkaan. Tämä oli omiaan vaikeuttamaan tavallisten valmistelukunnan jäsenten puheenjohtajistolta tulleiden ehdotusten arviointia toimielimiin liittyviltä osin. Etenkin IX työryhmän käsittelemät kysymykset liittyivät vahvasti myös toimielinten välisiin suhteisiin. Työryhmä oli yksimielinen EU:n lainsäädäntöinstrumenttien yksinkertaistamisen tarpeellisuudesta ja muodollisen normihierarkian luomisesta perustuslailla. Työryhmän suomalaisjäsenen arvion mukaan sen kokoonpano ei ollut tasapainoinen, koska ylivoimainen enemmistö jäsenistä oli Euroopan parlamentin jäseniä, mikä vaikutti käytyyn keskusteluun ja työryhmän loppuraporttiin. Ei siten ollut yllätys, että työryhmän ehdotukseen sisältyy Euroopan parlamentin vallan merkittävä kasvattaminen.¹⁶⁵

Valmistelukunnalle antamassaan tiedonannossa komissio pitäytyi jo hallintotapaa koskeneessa valkoisessa kirjassa tekemiinsä linjauksiin.¹⁶⁶ Komitologiakomiteoista tulisi tehdä ainoastaan neuvoo-antavia ja 202 artiklasta tulisi poistaa siihen sisältyvä neuvoston mahdollisuus pidättää poikkeuksellisesti täytäntöönpanovalta itsellään, jotta komissiolle annettaisiin täydet valtuudet yksinomaisesti komissiolle kuuluvan täytäntöönpanovallan käyttöön. Perustuslailliseen sopimukseen tulisi sisällyttää määräykset Euroopan sääntelyvirastojen perustamis-, toiminta- ja valvonta-

¹⁶³ EP:n 9.3.2004 hyväksymä päätöslauselma, Ortega-mietintö A5-0118/2004 ja siihen liitetty päätöslauselma, pe 338.461.

¹⁶⁴ CONV 271/02.

¹⁶⁵ Ks. Vanhanen 2004, s. 240–241.

¹⁶⁶ COM (2002) 728 final, 4.12.2002, CONV 448/02 (ANNEX).

kriteereistä, jotta niiden toiminnalla olisi selkeä oikeudellinen pohja.

Lainsäädäntöinstrumenttien yksinkertaistamista käsitellessään työryhmä kuuli asiantuntijoina Michel Petiteä (komission oikeudellisen osaston pääjohtaja), Jean-Claude Piris'tä (Neuvoston oikeudellisen osaston pääjohtaja), ja Koenraad Lenaertsia (Yhteisön ensimmäisen asteen tuomioistuimen tuomari). Kaikki asiantuntijat pitivät yksinkertaistamista merkittävänä poliittisena päätöksentekona, joka vaikuttaa väistämättä toimielinten väliseen tasapainoon.

Jean-Claude Piris piti erittäin vaikeana muuttaa unioni vastaamaan tavanomaista selkeää jakoa lainsäädäntö- ja toimeenpanovaltaan eli niin, että joillakin toimielimillä olisi toimivalta vain lakien säätämiseen ja joillakin vain niiden toimeenpanemiseen tai asetusten antamiseen.¹⁶⁷ Tosiasiassa EU:ssa nämä toimivallat ovat niin limittyneet, ettei sellaista jakoa ole mahdollista tehdä muuttamatta vallitsevaa toimielinten tasapainoa perusteellisesti. Kuten yhteisön tuomioistuin on vahvistanut, komissiolla on jo lainsäädäntövaltaa, joten se ei ole pelkästään toimeenpaneva toimielin.¹⁶⁸ Vastaavasti neuvostolla on myös toimeenpanovaltaa. Tätä monimutkaista todellisuutta ei saa unohtaa, kun uudelleennimetään joitakin lainsäädäntöinstrumentteja niiden lainsäädännöllisen luonteen korostamiseksi.

Jos tavoitteena pidetään kansalaisten ja kaikkien yhteisöoikeuden käyttäjien tarvetta erottaa lainsäädäntö- ja täytäntöönpanotoimet toisistaan oikeussäädöksen nimen perusteella, sitä voitaisiin Piris'n mukaan yrittää uudelleen nimeämällä säädösmuodot tämän jaottelun mukaan, kunhan se tehdään tarpeen vaatimalla varovaisuudella. Perustamissopimushan myöntää komissiolle myös suoraan lainsäädäntövaltaa ja neuvostolle täytäntöönpanovaltaa.

Lainsäädäntövallan ja täytäntöönpanovallan erottamisen ongelmat unionissa konkretisoituvat etenkin komitologiamenettelyssä, aiheuttaen jatkuvia kiistoja Euroopan parlamentin ja neuvoston kesken. Tässä suhteessa keskeisessä asemassa on hallinto- ja sääntelymenettely, joka sisältää mahdollisuuden palauttaa asia neuvostolle. Komitologiakomiteat eivät hänen mukaansa ole neuvoston toimielimiä, vaan jäsenvaltioiden komiteoita, jotka toimivat komission puheenjohtajalla, ja joiden työskentelyn komissio organisoii. Piris hahmottaa kaksi pääongelmaa tässä suhteessa. Aitojen täytäntöönpanotoimien osalta ei ole hyväksyttävissä, että asia palautuu neuvostolle lainsäädäntöinstituutiona. Hän ehdottaa, että näissä tilanteissa sanamuotoa palautumisen osalta muutettaisiin niin, että neuvosto korvattaisiin

¹⁶⁷WG IX – WD 06.

¹⁶⁸*Ranska v. komissio*, asia C-202/88, ECR I-1223 [1991].

palautumisella ”jäsenvaltioiden hallitusten edustajille”. Tämä olisi komiteamenettelyssä eräänlainen ministeritason superkomitea.

Aidoista täytäntöönpanotoimista ei ole kyse silloin, kun komission toimenpiteet ylittävät sille perussäädöksellä siirretyn toimivallan rajat, ja komission toimenpiteet merkitsevät perussäädöksen tai sen liitteiden muuttamista, jotka muodostavat yhteisön tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaan perussäädöksen oleelliset osat. Piri pitää näissä tilanteissa asianmukaisena, että asia palautuu neuvostolle lainsäätäjänä. Hän katsoo tällöin myös olevan loogista, että Euroopan parlamentille varattaisiin mahdollisuus aloitteentekoon asian palautumiseksi lainsäätäjälle. Tällaisessa takaisinottomenettelyssä asia palautuisi joko parlamentille ja neuvostolle tai vain neuvostolle.

Unionin toimivallan lisääntyminen ja siihen liittyvä pilarijako on osaltaan lisännyt säädösmuotojen määrää muodollisesti, koska jäsenvaltiot ovat halunneet erottaa ulko-, turvallisuus- ja sisäasioiden päätökset muodollisesti yhteisöpäätöksenteosta. Sisällöllisesti nämä voitaisiin kuitenkin sovittaa perustamissopimuksen 249 artiklan viiteen säädösmuotoon, sillä ne mahtuvat puitteiltaan näihin samoihin kategorioihin. Piri ehdotti ”päätöksen” neljän eri muodon korvaamista yhtenäisen määritelmän mukaisella ”päätöksellä”: ”Päätös on sitova. Kun siinä mainitaan kenelle se on osoitettu, se sitoo päätöksessä mainittuja.” Näin yhteisen ulko- ja turvallisuuspolitiikan yhteinen toiminta voitaisiin korvata päätöksellä samoin kuin yhteiset kannat niin yhteisen ulko- ja turvallisuuspolitiikan kuin oikeus- ja sisäasioissakin. Periaatteet ja yleiset toimintaohjeet sekä yhteiset strategiat voitaisiin poistaa kokonaan yhteisen ulko- ja turvallisuuspolitiikan alalta. Oikeus- ja sisäasioiden puitepäätökset voitaisiin korvata direktiivillä.

Liiallinen yksinkertaistaminen voi synnyttää pikemminkin sekaannusta kuin selkeyttä. Kun sekä lainsäätäjällä on toimeenpanovaltaa että komissiolla lainsäädäntövaltaa, tulisi kumpienkin käytettävissä olla sekä lainsäädäntö- että täytäntöönpanoinstrumentteja. Piri's n mukaan tämän johdosta ei voida luopua klassisista asetuksen, direktiivin ja päätöksen käsitteistä. Olisi myös suhteellisuusperiaatteen mukaista, että lainsäätäjällä olisi joustavasti mahdollisuus päättää toimintansa intensiteetistä. Piri katsoo, että tämä mahdollisuus menetetään, jos tietty säädösmuoto sidotaan aina tiettyyn hyväksymismenettelyyn. Asian monimutkaisuudesta johtuen Piri ei pitänyt konventtia oikeana forumina asian käsittelemiseen, vaan se olisi pikemminkin jäsenvaltioiden asia.

Komission hyvää hallintotapaa koskevan valkoisen kirjan linjausten mukaisesti Michel Petite kannatti selkeän muodollisen vallanjaon, ja sitä

vastaavan lainsäädäntöinstrumenttien hierarkkisen jaon lainsäädäntö- ja täytäntöönpanosäädöksiin luomista. Hän ei ollut lainkaan huolissaan mahdollisesta toimielinten välisen tasapainon järkkymisestä.¹⁶⁹ Lainsäätäjän säätämiä oikeussäädöksiä tulisi kutsua laeiksi. Nämä jakaantuisivat perustuslaillisiin, toimielimiä koskeviin tai tavallisiin lakeihin sekä finanssilakeihin. Ensimmäiseen kategoriaan kuuluisivat perustuslailliset ja toimielimiä koskevat lait, jotka sisältäisivät määräyksiä, jotka eivät sisälly perustuslakiin, eivätkä olisi tavallisia lakeja, koska ne sisältävät keskeistä unionin sisäistä järjestämistä koskevia määräyksiä. Tällaisia olisivat unionin omia voimavaroja koskevat päätökset, komission täytäntöönpanovaltuuksia koskevat määräykset, finanssiasetukset, yhteisön tuomioistuimen peruskirja jne. Toiseen kategoriaan kuuluisivat tavalliset lait, joita voitaisiin kutsua eurooppalaeiksi. Niissä säädettäisiin yleiset periaatteet, oleelliset säännöt ja tavoiteltavat päämäärät sekä yksityiskohtaisemmat määräykset.

Lainsäädännön hierarkkisen tason määrittämisen tulisi olla lainsäätäjän päätettävissä unionin toimivallan puitteissa toissijaisuusperiaatteen mukaisesti. Lainsäätäjän tulee itse päättää, haluaako se vahvistaa kaiken kattavia sääntöjä vai siirtää vallan täytäntöönpanosäädösten antamiseen joko kokonaan tai osittain. Täytäntöönpanotoimien tarpeellisuus riippuu lainsäädännön yksityiskohtaisuudesta, ja niiden tarpeellisuuden arviointi olisi lainsäätäjän asia. Tässä mallissa lainsäätäjällä siis ei olisi samanlaista velvollisuutta täytäntöönpanovallan siirtämiseen kuin nyt. Täytäntöönpanosta huolehtisi komissio. Täytäntöönpanotoimet annettaisiin joko asetuksina tai päätöksinä. Komission täytäntöönpanotoimien antamista valvoisi lainsäätäjä eli Euroopan parlamentti ja neuvosto. Valvonnan muodoista tulisi päättää toimielimiä koskevalla lainsäädännöllä.

Koen Lenaerts kiinnitti huomiota kasvaneeseen sekavuuteen unionin toimivallan käyttämisen muotojen suhteen. Kansalaisilla ei ole käsitystä siitä, minkälaisin menettelyin unioni käyttää toimivaltaansa, ja unionia on arvosteltu demokraattisen legitimaation puutteesta, kun perustavanlaatuisia politiikoista päättämistä on tapahtunut toimenpitein, jotka on nimetty täytäntöönpanotoimiksi. Hänen ratkaisussaan normitytologia ei perustu norminantajaan, vaan siihen menettelyyn, jolla normi on annettu. Näin välttyään ongelmalliselta tarkkarajaiselta toimielinten toimivallan määrittelyltä. Lenaerts piti tarpeellisena ja mahdollisena lainsäädäntöinstrumenttien yksinkertaistamista ryhmittämällä ne selkeästi lainsäädäntö- ja toimeen-

¹⁶⁹WG IX – WD 08.

panotoimiksi. Lainsäädäntötoimilla päätettäisiin sääntelyn oleellisista perusasioista ja täytäntöönpanotoimilla joko siirretyn norminantovallan käyttämisestä tai varsinaisista täytäntöönpanotoimista. Lainsäädäntötoimista tulisi päättää yhteispäätösmenettelyssä EP:n ja neuvoston toimesta, ja siirretyn norminantovallan käyttöä pitäisi valvoa vahvan komitologiamenettelyn kautta. Myös Euroopan parlamentille tulisi antaa valtuudet valvoa siirretyn norminantovallan käyttöä mukaan lukien takaisinotto-oikeus tiettyissä tilanteissa.¹⁷⁰ Euroopan parlamentin takaisinotto-oikeus koskisi myös tilanteita, joissa neuvosto päättää itse täytäntöönpanotoimenpiteistä.¹⁷¹

Lenaertsin luokittelussa ensimmäisen normikategorian muodostavat lainsäädäntötoimet, joita ovat kaikki perustamissopimukseen perustuvat toimet, joihin sisältyy perustavaa politiikoista päättämistä, ja jotka on hyväksytty komission aloitteesta Euroopan parlamentin ja neuvoston yhteispäätösmenettelyssä. Lainsäädäntötoimet jakaantuisivat lakeihin, jotka ovat jäsenvaltioissa suoraan velvoittavia sekä puitelakeihin, jotka on saatettava jäsenvaltiossa erikseen voimaan. Lait vastaisivat siis nykyisiä asetuksia ja puitelait direktiivejä, mutta niitä ei voitaisi käyttää täytäntöönpanonormeina, kuten tällä hetkellä.

Toisen normikategorian muodostaisivat täytäntöönpanotoimet. Näiden joukkoon kuuluvat myös ”autonomiset asetukset”, joilla tarkoitetaan neuvoston tai komission toimia, joihin ne on valtuutettu suoraan perustamissopimuksella. Niihin sisältyy myös peruspolitiikoista päättämistä, joten normaalisti ne pitäisi sijoittaa ensimmäiseen normikategoriaan. Näiltä osin ne tarvitsevat edustuksellisen demokratian tuomaa legitimitettä, joten niistä tulisi päättää kokonaisuudessaan lainsäätäjän toimesta. Yksinkertaistamista pohtineen IX työryhmän puheenjohtaja G. Amato luetteloi lukuisia nykyiseen perustamissopimukseen sisältyviä ”autonomisia asetuksia”.¹⁷² Teknisluonteisten ”autonomisten asetusten” säätämiseen ei ole tarpeen sekoittaa lainsäätäjää suoraan, vaan ne kuuluisivat toiseen normikategoriaan joko säädösvallan siirron nojalla annettuna lainsäädäntönä tai varsinaisina täytäntöönpanotoimina. Säädösvallan siirron nojalla annettua lainsäädäntöä olisi neuvoston tai yleensä komission antama lainsäädäntö, joka perustuu joko suoraan perustamissopimuksessa annettuun norminantovaltuutukseen tai lainsäädäntötoimella annettuun valtuutukseen.

Lainsäädäntötoimella annettuun valtuutukseen perustuva norminanto on pääosin teknisluonteista, joten lainsäätäjää ei tulisi rasittaa sen valvomi-

¹⁷⁰ WG IX – WD 07.

¹⁷¹ Lenaerts – Desomer 2003, s. 117.

¹⁷² WG IX – WD 10.

sella, sillä se saattaisi viedä Euroopan parlamentin voimavaroja siinä määrin, että sen ensisijainen perustuslaillinen tehtävä lainsäätäjänä saattaisi vaarantua. Niissä tapauksissa, joissa on annettu valtaa lainsäädäntötoimen muuttamiseen, on välttämätöntä valvoa norminantoa ehdotuksen palautumismahdollisuuden sisältävän komitologiamenettelyn sekä Euroopan parlamentille annettavan takaisinotto-oikeuden avulla. Komission antamia aitoja täytäntöönpanotoimia varten riittäisi neuvoa-antava menettely Euroopan parlamentin valvonnassa.

Lenaerts esitti myös mielenkiintoisen ajatuksen siitä, että tulisi pohtia mahdollisuutta antaa yksilöille ja yrityksille oikeus kumoamiskanteen ajamiseen yhteisön tuomioistuimessa niissä tapauksissa, jossa säädös kuuluu toiseen normikategoriaan. Perusteena on se, että toisen normikategorian säädösten demokraattinen legitimitetti on vähäisempi kuin ensimmäisen kategorian lainsäädäntötoimilla, vaikka ne ovat yhtäläisiä velvoittavia. Lenaerts näkeekin välttämättömän yhteyden lainsäädäntötoimen käsitteen ja yhteispäätösmenettelyn välillä.

Työryhmän suomalaisjäsen Matti Vanhanen ehdotti suomalaisen mallin mukaista lainsäädännön yksinkertaistamista ja Euroopan parlamentin roolin pitämistä nykyisellään täytäntöönpanonormien antamismenettelyssä.¹⁷³ Hänen näkemyksensä mukaan yksinkertaistamisen lisäksi lakiasäättävässä menettelyssä käsiteltävien asioiden määrää tulisi vähentää, sillä tällä hetkellä Euroopan parlamentin ja ministerineuvoston lainsäädäntötyössä teknisluontoisten asioiden osuus on liian suuri.

Vanhasen mukaan peruslähdekohtana sen määrittelemisessä, mikä kuuluu lainsäädännön alaan, tulisi olla sääntelyn kohde, eikä menettely, jossa asiasta säädetään. Lainsäätäjän tulisi keskittyä päättämään lainsäädännön oleellisista kysymyksistä, ja yksityiskohdat sekä teknisluonteiset kysymykset tulisi hoitaa täytäntöönpanotoimenpitein. Lainsäädäntötoimeen liittyy siis aina poliittisen valinnan tekeminen. Perustamissopimukseen tulisi sisältyä periaatteet ja suuntaviivat, joiden mukaan tehdään selvä erottelu lainsäädäntöön ja täytäntöönpanotoimiin. Koska unioni ei ole suvereeni valtio, puhdas lakiasäättävän ja toimeenpanovallan erottelu ei ole unionissa mahdollista, joten neuvostolla tulee olla myös jonkin verran toimeenpanovaltaa. Yksinkertaistaminen ja normihierarkian luominen saattaa vaikuttaa kuitenkin merkittävästi jäsenvaltioiden ja unionin väliseen toimivallan jakoon sekä toimielinten väliseen tasapainoon, joten ratkaisujen vaikutuksia tulisi analysoida huolellisesti myös tältä kannalta.

¹⁷³WG IX – WD 24.

Lainsäädäntömenettelyssä tulisi Vanhasen näkemyksen mukaan päättää vain oikeusnormeista jotka vaikuttavat perusoikeuksien ja vapauksien käyttämiseen, tai joihin sisältyy yksilön oikeuksiin ja velvollisuuksiin vaikuttavia periaatteita, taikka yhteisten politiikoiden peruseriaatteiden määrittelyä mukaan lukien normit ja päätökset, joilla perustetaan jäsenvaltioita sitovia velvoitteita, joihin kuuluvat myös sitovat päämäärät tai taloudellisten velvoitteiden perustaminen. Myös julkisten viranomaisten toimintaa koskevat periaatteet ja päätökset, sekä oikeusnormit ja päätökset, joilla perustetaan julkista valtaa käyttäviä toimielimiä tai virastoja, tulisi säätää lainsäädäntömenettelyssä. Silloin kun perustamissopimuksessa luodaan jonkin asian osalta keskeiset elementit, ja täytäntöönpanovelvoite perustuu suoraan perustamissopimukseen, tulee tutkia tapauskohtaisesti, tuleeko tällaiset täytäntöönpanotoimet säätää lainsäädäntömenettelyssä vai täytäntöönpanomenettelyssä.

Jos on tarpeen säätää yhteisiä täytäntöönpanotoimia, niistä päättäminen tulisi siirtää joko neuvostolle tai komissiolle, ja tarvittaessa tulisi asettaa komitologiakomitea avustamaan komissiota. Sekä Euroopan parlamentilla että neuvostolla tulisi olla mahdollisuus täytäntöönpanolainsäädännön tehokkaaseen valvontaan. Normihierarkian alemmalle tasolle ehdotetut Euroopan parlamentin ja neuvoston takaisinotto-oikeudet tulisi määrittellä selkeiksi. Mallina voisi toimia neuvoston vuoden 1999 komitologiapäätöksen 8 artikla. Niissä tapauksissa, joissa ei ole tarpeen säätää yhteisiä täytäntöönpanotoimia, tekniset kysymykset tulisi jättää kansalliseen päätäntävaltaan, jolloin kansalliset normit ja käytännöt tulisi tunnustaa jäsenvaltioissa vastavuoroisesti.¹⁷⁴

Työryhmän jäsenten kysymyksiin antamissaan vastauksissa komissio katsoi lainsäätäjän takaisinotto-oikeuden olevan ristiriidassa sääntelykomiteamenettelyn kanssa, joka sallii vain neuvostolle mahdollisuuden saada asia palautumaan komitologiakomitean annettua kielteisen lausunnon komission ehdotuksesta. Se olisi vastoin komission pyrkimyksiä kohdella Euroopan parlamenttia ja neuvostoa yhteispäätösmenttelyn piiriin kuuluvissa asioissa yhtäläisinä lainsäätäjinä suhteessa komission siirretyn säädösvallan nojalla antamiin täytäntöönpanosäädöksiin. Komission mielestä vain neuvoa-antavat komiteat olisivat tämän johdosta mahdollisia takaisinotto-oikeuden mahdollistavan menettelyn yhteydessä. On kuitenkin lain-

¹⁷⁴ Vanhasen ehdotusta ei otettu työryhmän raporttiin, vaikka se oli eräs perustelluimmista työryhmän jäsenten normihierarkiaa koskevista analyyseista. Muun muassa Koen Lenaerts viittaa Vanhasen näkemyksiin, ks. Lenaerts – Desomer 2003, s. 110, alav. 2.

säättäjän asia päättää, kuinka laajasti se siirtää täytäntöönpanonormien antamisvaltaa komissiolle ja missä määrin se päättää pitää yksityiskohtien säätämisen itsellään.¹⁷⁵

Työryhmän työskentely pohjautui asiantuntijoiden näkemyksiin, mutta valmistelukunnan työn loppuvaiheissa niistä etäännyttiin unohtamalla komitologian keskeinen asema siirretyn norminantovallan käytön valvonnassa. Lenaertsin hahmotteleman ristiriitaisen muodollisen toimivallan jaon välttävän järjestelyn sijaan työryhmän näkemys poikkesi oleellisesti Lenaertsin näkemyksestä. Valmistelukunnan ehdotuksessa painopiste on siirtynyt jälkikäteisvalvontaan, ja siinä on kavennettu komission yhteistyövelvollisuutta komitologiakomiteoiden kanssa. Valmistelukunnan ehdotus vastaa siis näiltä osin komission pitkäaikaisia pyrkimyksiä.¹⁷⁶ Työryhmän ehdotukseen pohjautuneet puheenjohtajiston artiklaluonnokset edustivat muutoista joustavasta toimivallan jaosta ehdottomaan muodolliseen toimivallan jakoon.

Loppuraportissaan IX työryhmä määritteli yksinkertaistamisen merkitsevän ensinnäkin selkeyttämistä, mutta myös takuun antamista sille, että juridis-poliittiselta vaikutukseltaan toisiaan vastaavien säädösten perusta olisi demokraattisen legitimiuden osalta sama. Koska unionin demokraattisen legitimiuden perustana ovat valtiot ja kansat, säädöksen on aina oltava valtioita ja kansoja edustavan elimen eli neuvoston tai parlamentin antama. Menettelyjen tarkistamisella taataan, että luonteeltaan ja oikeusvaikutuksiltaan samankaltaiset säädökset annetaan samanlaista demokraattista menettelyä noudattaen. Selvemmästä vallaanjaosta seuraa selkeämpi normihierarkia.¹⁷⁷

Työryhmä katsoi, että unionin käytettävissä olevien oikeudellisten välineiden määrää täytyy huomattavasti pienentää unionin oikeusjärjestyksen demokraattisen perustan vahvistamiseksi selkeämmän järjestelmän avulla. Määrän pienentäminen ei kuitenkaan saisi saattaa välineiden joustavuutta ja tehokkuutta kyseenalaiseksi. Vähentäminen ei saa myöskään estää erityisten täsmennysten tekemistä tietyn välineen käytöstä määrättyllä alalla.

Sitoviksi lainsäädäntövälineiksi työryhmä ehdotti Piris'n suositusten mukaisesti asetukset, direktiivit ja päätökset. Asetuksen uudeksi nimeksi ehdotettiin Euroopan unionin lakia ja direktiivin Euroopan unionin puite-

¹⁷⁵WG IX – WD 27.

¹⁷⁶Ks. esim. Bergström – Rotkirch 2003, s. 279–288.

¹⁷⁷WG IX 13.

lakia. Päätös olisi määritelty laajemmin kuin nykyisin. Tätä uutta lainsäädäntövälineiden luokittelua sovellettaisiin sekä aloihin, jotka kuuluvat nykyisin EY:n perustamissopimuksen alaan, että aloihin, jotka kuuluvat nykyisin Euroopan unionista tehdyn sopimuksen VI osaston alaan (määräykset poliisiyhteistyöstä ja oikeudellisesta yhteistyöstä rikosasioissa). Tällöin VI osastossa tarkoitetuista 'puitapäätöksistä' tulisi 'direktiivejä' ('puitelaki') ja 'päätöksistä' 'asetuksia' ('laki').

Säädöshierarkian osalta työryhmä oli sitä mieltä, ettei ole mahdollista kansallisten järjestelmien tapaan rajata selkeästi lainsäätämiseen ja toimeenpanoon kuuluvia asioita unionin erityispiirteistä johtuen. Nykyistä selkeämpi rajaaminen on kuitenkin mahdollista. Työryhmä ehdotti perustamissopimuksen nojalla hyväksytyjen yhteisön säädösten hierarkian selkiyttämistä siten, että mahdollisuuksien mukaan rajataan lainsäädäntövaltaan kuuluvia asioita ja lisätään uusi säädösluokka eli delegoidut säädökset. Säädösten yksityiskohtaisuutta on pidetty epätarkoituksenmukaisena erityisesti tietyillä talouden aloilla, joilla kyky mukautua muuttuvaan ympäristöön on erittäin tärkeä. Yhteisön lainsäätäjä joutuu siten vastaamaan kahdenlaisiin tarpeisiin: sen antamien lakien demokraattisen legitimiyyden on ensinnäkin oltava kiistaton, minkä vain lainsäädäntömenettelyt takaavat ja toiseksi sen on vastattava nopeasti ja tehokkaasti todellisuuden haasteisiin ja vaatimuksiin ja säilytettävä siten tietty joustavuus.

Tällä hetkellä ei ole olemassa menettelyä, jonka avulla lainsäätäjä voisi delegoida lainsäädännön tiettyjä teknisiä näkökohtia tai täsmennyksiä ja varata itselleen delegoinnin valvomisen. Lainsäätäjä on velvollinen joko tutkimaan hyväksymiensä säännösten pienimmätkin yksityiskohdat tai antamaan lainsäädännön teknisemmät tai yksityiskohtaisemmat osat komission tutkittavaksi ikään kuin olisi kyse EY:n perustamissopimuksen 202 artiklan nojalla jäsenvaltioiden valvontaan annetuista täytäntöönpanotoimista.

Tämän tilanteen korjaamiseksi työryhmä ehdotti uudentyyppistä 'delegoitua' säädöstä, jota koskisivat tiukat valvontamenettelyt. Tällöin lainsäätäjä voisi helpommin rajoittaa säädöksen olennaisiin osiin ja delegoida teknisemmät kysymykset täytäntöönpanoelimelle, jos sillä olisi takuu lainsäädäntövaltansa saamisesta takaisin jollakin tavoin.

Työryhmä ehdotti säädösten jakamista kolmeen tyyppiin. Ensinnäkin perussopimuksen nojalla annettuihin säädöksiin, jotka sisältävät tietyn alan keskeiset tekijät. Säädöksiä olisivat lait ja puitelait, ja niiden antamisessa yhteispäätösmenettely olisi pääsääntönä. Toiseksi 'delegoituihin' säädöksiin, joilla kehitetään yksityiskohtaisesti tai mukautetaan jonkin säädöksen tiettyjä osia lainsäätäjän määrittelemän valtuutuksen puitteissa. Ky-

seessä olisivat tapaukset, joissa lainsäätäjä katsoo, että tietyn alan keskeiset tekijät sellaisina kuin lainsäätäjä on ne määritellyt, edellyttävät lainsäädännön kehittämistä, joka voidaan delegoida niin, että sille asetetaan rajat ja valvontamenettely, joista lainsäätäjä itse päättää säädöksessä. Kolmanneksi täytäntöönpanosäädökset, joilla pannaan täytäntöön säädökset tai 'delegoidut' säädökset tai joista on määrätty itse perussopimuksessa. Samoin kuin delegoitujen säädösten kohdalla lainsäätäjä päättäisi, onko ja missä määrin tarpeellista antaa unionin tasolla säädöksiä, joilla pannaan täytäntöön säädökset ja/tai delegoidut säädökset, sekä tarvittaessa siitä komiteamenettelystä (EY:n perustamissopimuksen 202 artikla), joka liittyy kyseisten säädösten antamiseen. Säädöksellä – ja näin ollen lainsäätäjän päätöksellä – päätetään tapauskohtaisesti, onko tarpeen turvautua 'delegoituihin' säädöksiin ja/tai täytäntöönpanosäädöksiin ja mikä niiden soveltamisala olisi.

Delegoitujen säädösten avulla lainsäätäjä siirtää sille kuuluvaa valtaa, joten lainsäätäjän täytyy olla varma siitä, että se voi valvoa niiden käyttöä. Uudessa sopimuksessa olisi työryhmän mukaan määrättävä siitä, että lainsäätäjällä on käytössään tehokkaat valvontamenetelmät, joina työryhmä piti takaisinotto-oikeutta (*call back*), johon sisältyy mahdollisuus saada takaisin lainsäädäntövalta tietyllä alalla tapauksissa, joissa valtuudet on ylitetty (*ultra vires*) tai kun asia on poliittisesti hyvin arkaluonteinen tai sillä on huomattavia rahoitusvaikutuksia, määräajan asettamista, jonka aikana reagoitava (säännökset tulisivat voimaan, jos lainsäätäjä ei tietyn määräajan kuluessa ole esittänyt vastalauseita), soveltamisen keskeyttämisestä koskevaa lauseketta (*sunset clause*), jolloin delegoitu säädös olisi voimassa määräajan; kun määräaika olisi päättynyt, lainsäätäjän olisi uusittava valtuutus. Yhteisön tuomioistuimella olisi edelleen toimivalta EY:n perustamissopimuksen 230 artiklan nojalla todeta valtuutuksessa vahvistettujen edellytysten mahdollinen rikkominen.

Täytäntöönpanosäädöksillä, joita olisivat täytäntöönpanoasetus tai täytäntöönpanopäätös, pantaisiin täytäntöön säädökset tai 'delegoidut' säädökset. Delegoitujen säädösten luokan käyttöön ottaminen mahdollistaisi tiettyjen komiteamenettelyjen keventämisen. Kyseisten menettelyjen mahdollinen muuttaminen ei liity suoraan perussopimukseen vaan johdettuun oikeuteen, eli tässä tapauksessa on kyse EY:n perustamissopimuksen 202 artiklan nojalla hyväksytystä päätöksestä, joka koskee menettelyä komissiolle siirrettyä täytäntöönpanovaltaa käytettäessä. Työryhmä ei jostakin syystä katsonut kysymyksen kuuluvan työryhmän toimeksiantoon, vaikka siihen sisältyi selväsanaisesti ilmaistuna erityisesti perustamissopimuksen 202 artiklaan sisältyvän toimivallan siirtämisen ja olemassa olevien kont-

rollimekanismien tarkastelu.¹⁷⁸ Työryhmän olisi sille annetun tehtävän mukaan nimenomaisesti pitänyt tarkastella myös komitologian järjestämistä.¹⁷⁹ Komitologian järjestämisen tarkastelun jättäminen työryhmän työskentelyn ulkopuolelle ei siis ainakaan voinut johtua siitä, ettei se olisi kuulunut työryhmälle annettuun tehtävään. Työryhmä suositti kuitenkin erityisesti sen pohtimista, olisiko takaisinotto-oikeuden sisältävää sääntelykomiteamenettelyä muutettava tai olisiko se poistettava. Tämä kannanotto heijastelee selkeästi komission ja EP:n komitologiaa koskevia linjauksia. Kun komission pitkäaikaisena tavoitteena on ollut komitologian kautta tapahtuvasta valvonnasta irtipääsy, ja EP on näiltä osin pitkälti myötäillyt komissiota, voidaan olettaa tämän olleen eräänä selityksenä sille, miksi IX työryhmä laiminlöi sille asetetun keskeisen tehtävän. Saattaa olla, ettei komitologian uudelleenjärjestelyn tarkastelua pidetty tärkeänä, jos peruslähtökohtana oli sen eliminoiminen tai sen toiminta-alueen merkittävä rajaaminen. Viimeksi mainittuhan toteutuu, kun komitologia rajataan komission antamien delegoitujen säädösten valvonnasta pois antamalla EP:lle ja neuvostolle takaisinotto-oikeus komission antamiin delegoituihin säädöksiin nähden.

Työryhmän ehdotuksessa delegoidut säädökset esitettiin virheellisesti uutena säädöskategoriana, vaikka yhteisön tuomioistuimen oikeuskäytännön valossa kaikki siihen sisältyvät elementit ovat jo olemassa. Se ei luonut mitään säädöshierarkkisesti uutta, sillä täytäntöönpanon käsitteeseen kuului jo ennestään perusnormin yksityiskohtaisempi täytäntöönpano tai lainsäädännön muiden kuin olennaisten osien muuttaminen. Koska osa lainsäätäjän antamien säädösten normeista ei säätele sääntelyn kohteena olevan asian olennaisia osia, komissiolla on valta muuttaa tällaisia normeja, sillä ne kuuluvat täytäntöönpanonormeihin, johtuen juuri siitä, ettei niissä säädettä olennaisista osista.¹⁸⁰ Muutoksia tehdessään komissio on kuitenkin jäsenvaltioiden valvonnan alaisena komitologian kautta.

¹⁷⁸ CONV 271/02, s. 8: ”... työryhmän on syytä tarkastella perusteellisesti EY:n perustamissopimuksen 202 artiklaa ja erityisesti komissiolle annettujen **täytäntöönpanovaltuuksien valvonnan** menetelmiä. Useiden valmistelukunnan jäsenten mukaan nykyisen komiteamenettelyn monimutkaisuutta ja vaikeaselkoisuutta olisi korjattava. Toiset jäsenet ovat ehdottaneet uusien menetelmien luomista, joiden avulla lainsäätäjät (Euroopan parlamentti mukaan lukien) valvoisi komission täytäntöönpanotoimia, ja ehdottaneet esimerkiksi takaisinotto-oikeutta.”

¹⁷⁹ Myös EP:n näkemyksen mukaan komitologian kokonaisuudistus olisi tullut tehdä perustamissopimuksen uudistamisen yhteydessä. Ks. Frassoni-mietintö 23.9.2003, A5-0313/2003, PE 323.596.

¹⁸⁰ Ks. esim. asiat C-156/93, kohta 18: ”... ei voida vaatia, että neuvosto vahvistaa kaikki yhteistä maatalouspolitiikkaa koskevien asetusten yksityiskohdat perustamissopimuksen

Todellinen uutuus ehdotuksessa onkin normihierarkian ohella komissioon kohdistuvan poliittisen valvonnan uudistaminen. Delegoitujen säädösten eli eurooppa-asetusten luokassa jäsenvaltioiden mahdollisuus komission poliittiseen valvontaan kaventuu, kun niihin ei enää ulotu komitologian kautta tähän saakka järjestetty menettely, vaan neuvostolla tai Euroopan parlamentilla tulee olemaan itsenäinen takaisinotto-oikeus. Komitologiaa sovellettaisiin tulevaisuudessa vain kolmanteen säädöshierarkian kategoriaan eli täytäntöönpanosäädöksiin.¹⁸¹

5.5 Valmistelukunnan ehdotus

EU:n perustuslakiuudistuksen tärkein asiakohta toimivallan siirtämisen ja komitologian kannalta on yksinkertaistamisen nimellä kulkeva uusi normiluettelo ja siihen sisältyvä normihierarkia. Sillä on tavallisten kansalaisten arkipäivän kannalta suurempia ulottuvuuksia kuin komission jäsenmäärään tai EU:n puolustusulottuvuuteen liittyvien kysymysten järjestämisellä. Sillä on vaikutuksia vallanjakoon, toimielinten väliseen tasapainoon, hallintosääntelyn demokraattisuuteen ja jäsenvaltioiden ja EU:n väliseen vallanjakoon. Ehdotettuun normiluokitukseen sisältyy useita ongelmia, joista etenkin säädösvallan siirron nojalla annettavien eurooppa-asetusten ja täytäntöönpanosäädösten välinen suhde sekä ehdotetun järjestelmän yhteensopivuus EU:n erityisluonteen kanssa ovat keskeisiä.

HVK:ssa hyväksytyssä ehdotuksessa uudeksi perustuslakisopimukseksi esitetään muodostettavaksi ainakin nimellinen säädöshierarkia, jossa ylimmän tason säädökset (lait/puitelait) säädettäisiin nykyisen yhteispäätös-menettelyn tapaan EP:n ja neuvoston toimiessa lainsäätäjinä yhdessä (I-33 art.).

43 artiklassa määrättyä menettelyä noudattaen. Artiklan säännösten kannalta on riittävää, että säädettävänä olevan asian oleellisista seikoista päätetään artiklassa määrättyä menettelyä noudattaen ja että perusasetuksen täytäntöönpanomääräykset voidaan antaa toisenlaista menettelyä noudattaen... Täytäntöönpanoasetuksessa... on kuitenkin otettava huomioon... annetussa perusasetuksessa vahvistetut asian oleelliset seikat.” ja C-417/93, kohdat 30, 32 ja 3: ”... menettelyä, jossa neuvosto antaa yhteisön eri politiikkojen alalta säädöksiä komission ehdotuksesta... sovelletaan ainoastaan perusasetuksiin, joissa säädetään olennaisista seikoista säänneltävistä asioista... kanteen kohteena olevan asetuksen säännöstä ei voida katsoa olennaiseksi... kysymyksessä oleva rajan tarkistaminen kuuluu täytäntöönpanovaltaan.”

¹⁸¹ Ks. Bergström 2003, s. 351–356. Säädöshierarkian tasoista ja niihin kohdistuvista erilaisista valvontamekanismeista ks. kaavio 1., s. 304.

Toinen säädöshierarkian taso muodostuisi komission säätämistä asetuksista, jotka komissio antaisi EP:n ja neuvoston sille delegoiman lainsäädäntövallan puitteissa (I-36 art.). Tämän tason säädöksiin EP:llä ja neuvostolla olisi itsenäinen toisistaan riippumaton takaisinotto-oikeus. Se sisältäisi mahdollisuuden reagoida komission ehdotukseen uudeksi asetukseksi sekä delegoinnin rajojen että itse asetuksen sisällön perusteella. Takaisinotto-oikeudelle laissa tai puitelaissa asetettavia määräaikoja ja päätöksenteon vähimmäisäänimääriä lukuun ottamatta mitään erityisiä kriteerejä tämän oikeuden käyttämiselle ei ehdotukseen ole sisällytetty.

Kolmannen säädöshierarkian tason muodostaisi täytäntöönpanosäädökset (asetus/päätös), jotka komissio antaisi sille siirretyn lainsäädäntövallan nojalla annettujen asetusten täytäntöön panemiseksi (I-37 art.). Komitologiamenettelyä sovellettaisiin vain täytäntöönpanosäädösten käsittelyssä (I-37.3 art.). Uusi komitologiamenettely säädettäisiin EP:n ja neuvoston antamalla lailla, kun nykyisen sopimuksen mukaan siitä päättää neuvosto.

Kielenkäytöltään ehdotus loittonee EU:n erityisluonteen tunnustavasta terminologiasta kohti jäsenvaltioissa käytettävää valtiosääntöistä terminologiaa. Vaikka tällä pyritään selkeyttämään ja tekemään kansalaisille ymmärrettävämmäksi EU:n lainsäädäntöinstrumentit, se saattaa johtaa kansalaiset luulemaan EU:ssa vahvistetun lainsäädännön olevan luonteeltaan samanlaista kansallisen lainsäädännön kanssa. EU:n lainsäädäntö poikkeaa kuitenkin niin asettamistavoiltaan kuin muodollisesti merkittävästi jäsenvaltioiden kotimaisista lainsäädäntöinstrumenteista. Se on alun alkaen nähty oikeudelliselta luonteeltaan lainsäädäntöä muistuttavana, hyvin teknisenä lähinnä markkinasääntelyyn käytettävänä normistona, jonka muotoilussa asiantuntijoilla on keskeinen rooli.¹⁸² EU-lainsäädäntö on laajentunut kattamaan yhä laajempia alueita sitä mukaa kuin yhteisön toimivalta on laajentunut. Vaikka säädösmäärien perusteella markkinasääntely on edelleen keskeisessä asemassa EU:n lainsäädäntötyössä, niin kuluttajansuojaan, ympäristönsuojeluun ja kansalaisten perusoikeuksiin liittyvä säädöstö on voimakkaasti lisääntymässä sekä lainsäädäntöteitse että yhteisön tuomioistuimen oikeuskäytännön kautta. Samoin unionin II- ja III-pilarien piiriin kuuluvien kysymysten sääntelyyn on kehitetty säädösinstrumentteja, jotka ovat monimutkaistaneet ja lisänneet säädösinstrumenttien määrää siinä määrin, ettei niistä enää muodostu koherenttia kokonaisuutta. Unionin saadessa oikeushenkilöllisyyden on muodollisen ja selkeämmän normihierarkian tarve ilmeinen ja mahdollinen.

¹⁸² Ks. esim. asia 8/55.

Valtioneuvoston selonteossa eduskunnalle konventin työn tuloksista ja valmistautumisesta hallitusten väliseen konferenssiin pidetään säädöshierarkian luomista unionin oikeusjärjestelmää selkeyttävänä tekijänä, koska näin lainsäätäjä voi pidättäytyä liian yksityiskohtaisten säädösten antamisesta ja osoittaa teknisten yksityiskohtien valmistelun komission tehtäväksi. Säädösvallan siirron nojalla annettavien asetusten ja täytäntöönpanosäädösten välisen eron tekemistä pidetään ongelmallisempuna samoin kuin sitä, ettei lainsäädännön alaa ei ole selkeästi määritelty. Kysymyksenalaista on myös, miten lait ja puitelait soveltuvat säädöksinä sellaisille aloille, joilla unioni ei voi lainkaan harmonisoida jäsenvaltioiden lainsäädäntöä. Lopulliset vastaukset näihin kysymyksiin saadaan vasta käytännön lainsäädäntötoiminnan ja kehittyvän oikeuskäytännön kautta. Valtioneuvosto katsoi, että näihin kysymyksiin on syytä kiinnittää erityistä huomiota perustuslaillisen sopimuksen tultua voimaan. Ongelmallisena pidettiin myös sitä, että sekä ministerineuvostolle että Euroopan parlamentille on erikseen osoitettu mahdollisuus päättää säädösvallan siirron peruuttamisesta. Tämän katsottiin voivan johtaa siihen, että joko ministerineuvosto tai parlamentti painostaa komissiota tietynsisältöiseen sääntelyyn takaisinotto-oikeuden käyttämisellä uhaten.¹⁸³

Arvioidessaan valtioneuvoston selontekoa eduskunnan suuri valiokunta suhtautui myönteisesti säädöshierarkian luomiseen unionille, vaikka uudistuksen merkityksen katsottiin varmistuvan vasta käytännön kokemusten perusteella. Unionin oikeussäädöksiä koskeva uudistus liittyy valiokunnan mielestä yleiseen vaatimukseen, jonka mukaan kansalaisten oikeuksiin ja velvollisuuksiin yleisesti vaikuttavat lait on hyväksyttävä toimielimissä, joiden oikeutus on johdettavissa kansalaisten vaaleissa ilmaisemasta tahdosta; unionissa tällaisia toimielimiä ovat ministerineuvosto ja Euroopan parlamentti. Hallintoelinten antamien asetusten on perustuttava laissa annettuun valtuutukseen, ja lakiasäätävien elinten on voitava puuttua tarvittaessa hallintoasetusten säätämiseen. Suuri valiokunta suhtautuu siis myönteisesti sekä Euroopan parlamentin että neuvoston takaisinotto-oikeuteen, ja komitologian säilyttämiseen. Valiokunta edellytti valtioneuvoston huolehtivan eduskunnan tiedonsaantioikeudesta myös alemman asteisten säädösten valmistelun yhteydessä.¹⁸⁴ Näissä arvioissa ei ole kiinnitetty huomiota siihen, kuinka uuden 2. tason delegoitujen säädösten kategorian luominen tulee huomattavasti supistamaan komitologian soveltamisalaa.

¹⁸³VNS 2/2003 vp.

¹⁸⁴SuVL 2/2003 vp – VNS 2/2003.

5.6 Uuden perustuslakiehdotuksen vaikutukset toimivallan siirtämiseen

HVK:ssa hyväksytty ehdotus normihierarkiasta, -luokittelusta ja toimivallan siirtämisestä on lopullisessa muodossaan seuraavanlainen¹⁸⁵:

I-33 ARTIKLA

Unionin säädökset

1. Käyttäessään unionin toimivaltaa toimielimet käyttävät III osan mukaisesti seuraavia oikeudellisia välineitä: eurooppalaki, eurooppapuitelaki, eurooppa-asetus, eurooppapäätös sekä suositukset ja lausunnot.

Eurooppalaki on soveltamisalaltaan yleinen lainsäätämisyjärjestyksessä hyväksyttävä säädös. Se on kaikilta osiltaan velvoittava, ja sitä sovelletaan sellaisenaan kaikissa jäsenvaltioissa.

Eurooppapuitelaki on lainsäätämisyjärjestyksessä hyväksyttävä säädös, joka velvoittaa saavutettavaan tulokseen nähden jokaista jäsenvaltiota, jolle se on osoitettu, mutta jättää kansallisten elinten valittavaksi muodon ja keinot.

Eurooppa-asetus on yleisesti pätevä muu kuin lainsäätämisyjärjestyksessä hyväksyttävä säädös, jolla pannaan täytäntöön lainsäätämisyjärjestyksessä hyväksyttävät säädökset ja tietyt tämän perustuslain määräykset. Se voi joko olla kaikilta osiltaan velvoittava ja sellaisenaan sovellettava kaikissa jäsenvaltioissa tai velvoittaa saavutettavaan tulokseen nähden jokaista jäsenvaltiota, jolle se on osoitettu, jättäen kansallisten elinten valittavaksi muodon ja keinot.

Eurooppapäätös on muu kuin lainsäätämisyjärjestyksessä hyväksyttävä säädös, ja se on kaikilta osiltaan velvoittava. Jos siinä nimetään ne, joille se on osoitettu, se velvoittaa ainoastaan niitä. Suositukset ja lausunnot eivät ole sitovia.

2. Kun Euroopan parlamentin ja neuvoston käsiteltäväksi annetaan ehdotus lainsäätämisyjärjestyksessä hyväksyttäväksi säädökseksi, ne pidätyvät antamasta sellaista säädöstä, joka ei ole kyseiseen alaan sovellettavan lainsäädäntömenettelyn mukainen.

I-36 ARTIKLA

Säädösvallan siirron nojalla annettavat eurooppa-asetukset

1. Eurooppalaeissa ja -puitelaeissa voidaan siirtää komissiolle valta antaa eurooppa-asetuksia, joilla täydennetään tai muutetaan lain tai puitelain tiettyjä, muita kuin sen keskeisiä osia.

Eurooppalaeissa ja -puitelaeissa määritellään nimenomaisesti säädösvallan siirron tavoitteet, sisältö, soveltamisala ja kesto. Tietyn alan keskeisistä osista voidaan säätää vain lailla tai puitelaillla, eikä säädösvalan siirto voi näin ollen koskea näitä osia.

¹⁸⁵ Bryssel, 6. elokuuta 2004, CIG 87/04.

2. Eurooppalaissa tai -puitelaisissa vahvistetaan nimenomaisesti säädösvallan siirtoa koskevat ehdot, jotka voivat olla seuraavat:
 - a) Euroopan parlamentti tai neuvosto voi päättää peruuttaa säädösvallan siirron;
 - b) säädösvallan siirron nojalla annettu eurooppa-asetus voi tulla voimaan ainoastaan, jos Euroopan parlamentti tai neuvosto ei vastusta sitä eurooppalaissa tai -puitelaisissa asetetun määräajan kuluessa.

Euroopan parlamentti tekee a ja b alakohtaa sovellettaessa ratkaisunsa jäsentensä enemmistöllä ja neuvosto määräenemmistöllä.

I-37 ARTIKLA

Täytäntöönpanosäädökset

1. Jäsenvaltiot toteuttavat kaikki tarvittavat kansallisen lainsäädäntönsä mukaiset toimenpiteet unionin oikeudellisesti velvoittavien säädösten panemiseksi täytäntöön.
2. Jos unionin oikeudellisesti velvoittavat säädökset edellyttävät yhdenmukaista täytäntöönpanoa, kyseisillä säädöksillä siirretään täytäntöönpanovaltaa komissiolle tai tietyissä, asianmukaisesti perustelluissa tapauksissa ja I-40 artiklassa määrätyissä tapauksissa neuvostolle.
3. Eurooppalailla vahvistetaan 2 kohdan soveltamiseksi etukäteen yleiset säännöt ja periaatteet, joiden mukaisesti jäsenvaltiot valvovat komission täytäntöönpanovallan käyttöä.
4. Unionin täytäntöönpanosäädökset annetaan eurooppalaisina täytäntöönpanoasetuksina tai eurooppalaisina täytäntöönpanopäätöksinä.

5.6.1 Lainsäädännön ja täytäntöönpanon rajanvetoa

Arvioitaessa luotavan säädöshierarkian selkeyttä on ensimmäisenä kiinnitettävä huomiota siihen, mitkä kriteerit on asetettu lainsäädännön ja täytäntöönpanosäädösten luokittelun perusteeksi. Muodollisesti kaikki mistä päätetään eurooppalailla tai -puitelaila kuuluu lainsäädännön alaan. Täytäntöönpanon erottaminen lainsäädännöstä on jo huomattavasti vaikeampaa. Ehdotetun I-36 artiklan mukaan vain eurooppalailla tai -puitelaila voidaan säätää tietyn alan olennaisista osista, ja niillä voidaan siirtää komissiolle valta antaa eurooppa-asetuksia, joilla täydennetään tai muutetaan lain tai puitelain tiettyjä, muita kuin olennaisia osia. Lailla tai puitelaila on määriteltävä säädösvallan siirron tavoitteet, sisältö, soveltamisala ja kesto. Eurooppa-asetuksella ei siis voida korvata tai laajentaa lakia tai puitelakia, eikä neuvosto voi siirtää komissiolle toimivaltaa antaa säädöksiä tietyn alan olennaisista osista. Lainsäädännön ja täytäntöönpanon rajanveto riippuu siis siitä, mitä pidetään tietyn alan olennaisina osina ja mitä ei. Perustuslakiehdotuksessa ei kuitenkaan ole lainkaan määritelty tai annettu kriteereitä sille, mitä tällaisina olennaisina osina voidaan pitää.

Näin ollen yhteisön oikeuskäytännössä käytetyt kriteerit jäävät edelleen voimaan. Tarkasteltaessa yhteisön oikeuskäytäntöä näiltä osin käy ilmi, ettei mitään kovin yksiselitteisiä ja yleispäteviä kriteereitä voida vahvistaa sille, mitkä ovat tietyn alan olennaisia osia ja mitkä eivät. Etenkin komitologias-
sa tämä vaihtelee sektorikohtaisesti, ja yhteisön tuomioistuin on hyväksy-
nyt käytännöllisistä syistä maatalouden alalla hyvinkin laajat säädösvallan
siirrot komissiolle. Näiltäkään osin perustuslakiehdotus ei tuo mitään uutta
jo vallitsevaan erotteluun lainsäädännön ja täytäntöönpanon välille.

Ehdotettuun normihierarkiaan on siis sisällytetty jo vakiintunut tulkinta
siitä, ettei komissiolle voida siirtää säädösvaltaa tietyn alan olennaisista
osista. Monissa tapauksissa on kuitenkin käynyt ilmi, että raja olennaisten
osien¹⁸⁶ ja muunkaltaisten asioiden välillä on häilyvä. Periaatteessa sää-
dösvallan siirto on hyväksyttävää, kun kyse on yksityiskohtaisista täytän-
töönpanotoimenpiteistä eikä periaatteiden määrittelystä.¹⁸⁷ Yhteisön tuo-
mioistuin on laajentanut olennaisten osien käsitteen tulkintaa niin, että
neuvoston toimivallan siirtämispäätöksen kohteena voi olla sisällöllisesti
hyvinkin tärkeät asiat, kunhan päätös toimivallan siirtämisestä on tehty
muodollisesti asianmukaisesti.¹⁸⁸ Yhteisön tuomioistuin on määritellyt ylei-
sellä tasolla varsin väljästi, mitä olennaisilla osilla tarkoitetaan. *Chemie-*
farma-asiassa EYT totesi, että tosiasiallisesti tällaisiksi olennaisiksi osiksi
on määriteltävä yksinomaan sellaiset säännökset tai määräykset, joiden
tarkoituksena on ilmentää yhteisön politiikan perussuuntaviivoja.¹⁸⁹ On
siis poliitikkojen asia päättää tapauskohtaisesti, missä tämä raja kulkee.
Yhteisön tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaan ei vaadita erityisiä
perusteluja kustakin riidanalaisessa säädöksessä toteutetusta teknisestä

¹⁸⁶Tässä tekstissä olennaisilla ja keskeisillä osilla tarkoitetaan samaa asiaa. Yhteisön tuo-
mioistuimen ratkaisujen suomenkielisissä käännöksissä on vakiintuneesti käytetty olen-
nainen termiä samoin kuin valmistelukunnan perustuslakiehdotuksen käännöksissä ja HVK:n
perustuslakiehdotuksen käännöksissä 6.8.2004 saakka, jolloin julkaistiin viimeisin perus-
tuslakiehdotuksen virallinen käännös, jossa olennainen oli muutettu keskeiseksi.

¹⁸⁷Douglas-Scott 2002, s. 125–127.

¹⁸⁸Näin tapahtui *Chiemefarma*-asiassa 41/69, kpl. 36, jossa neuvosto oli säätänyt yritysten
oikeudesta tulla kuulluksi kilpailuoikeuden rikkomuksia epäiltäessä, mutta siirsi komis-
siolle vallan antaa tarkempia täytäntöönpanonormeja siitä, kuinka tuo kuuleminen tapah-
tuu. EYT ei hyväksynyt kantajan väitettä siitä, että kyse oli lainsäädäntötoimista, joista
neuvoston olisi pitänyt päättää vaan katsoi, että koska neuvosto oli vahvistanut periaatteen
asianosaisten kuulemisesta komissiossa, säännöt, jotka määrittelevät tässä asiassa nouda-
tettavan menettelyn, ovat tärkeydestään huolimatta 202 artiklan mukaisia täytäntöönpano-
toimenpiteitä. EYT:n mukaan neuvostolla on oikeus uskoa menettelyä koskevien yksityis-
kohtien vahvistaminen toimielimelle, joka on toimivaltainen panemaan täytäntöön tämän
menettelyn.

¹⁸⁹*Chiemefarma*-asia, kpl. 37.

valinnasta, kun säädöksestä ilmenevät olennaiset osat siitä tavoitteesta, johon toimieliin pyrkii.¹⁹⁰ Tästä voidaan päätellä, että huomattavaa osaa yhteisön säädöksiä ei EYT:n mukaan koske velvoite kovin yksilöityyn perusteluun. Tämä antaa etenkin komissiolle varsin laajat valtuudet harkita, minkälaiset täytäntöönpanotoimet se katsoo soveliaimmiksi niin, ettei valintoja tarvitse perustella laajasti. EU:ssa vallalla oleva epistemologinen jaottelu tekniseen ja substanssinormistoon on omiaan johtamaan tällaisiin kansalaisten oikeuksien turvaamisen kannalta kielteisiin tulkintoihin.

Pyrittäessä määrittelemään, mitkä seikat muodostavat tietyn alan olennaiset osat, voidaan olettaa, että ainakin keskeisen poliittisen valinnan sisältävät säädökset kuuluvat lainsäädännön alaan.¹⁹¹ Komission valmistelukuntatyöskentelyä varten tilaamassa alustavassa luonnoksessa Euroopan perustuslaiksi keskeisiä politiikkojen valintaan liittyviä kriteereitä kuvataan seuraavasti:

”Laki annetaan unionin politiikkojen ja toimien täytäntöön panemiseksi. Siinä määritellään tarvittavien toimenpiteiden peruseriaatteen, yleislinjat ja olennaiset tekijät. Siinä vahvistetaan yksityishenkilöiden ja yritysten oikeudet ja velvollisuudet sekä niiden takeiden laatu, joita edunsaajat nauttivat kaikissa jäsenvaltioissa.”¹⁹²

Perustavanlaatuisen asiasisältöön liittyvien valintojen lisäksi lainsäädännön alaan kuuluisivat sopimukseen liitettyssä perusoikeuskirjassa turvatut oikeudet. Niihin saa tehdä rajoituksia vain lailla (II-1 12 art.). Niitä ei voida rajoittaa eurooppa-asetuksilla tai täytäntöönpanosäädöksillä. Perusoikeudet siis rajaavat periaatteessa merkittävästi toimivallan siirtoa. Ei ole kuitenkaan selvää, kuinka tämä rajanveto käytännössä määräytyy. Määritelmänsä mukaan laeilla annettavat säädökset ovat yleisluontoisia, ja tarkemmat täytäntöönpanomääräykset annetaan joko eurooppa-asetuksilla tai täytäntöönpanosäädöksillä. Pitääkö esim. maatalouspolitiikan alalla määrittävistä tukipetossanktioista päättää yksityiskohtaisesti lailla, vai voidaanko niiden muodoista ja enimmäismääristä päättäminen siirtää komissiolle? Yhteisön tähänastisen oikeuskäytännön mukaan toimivallan siirtämisen rajat ovat määräytyneet sektorikohtaisesti ja olleet erityisesti maatalouden alal-

¹⁹⁰ Asia C-84/94. kpl. 79. ja asia C-122/94 kpl. 29.

¹⁹¹ Lenaerts pitää tätä kaikkein keskeisimpänä lainsäädännön ja täytäntöönpanon erona, jonka tulisi toimia lainsäädännön alaa määriteltäessä ohjaavana periaatteena läpi koko EU:n. Lenaerts – Desomer 2003, s. 110.

¹⁹² Työasiakirjan 77 artikla. Tämä ”Penelope”-työryhmän työasiakirja löytyy seuraavasta internet-osoitteesta: <http://europa.eu.int/futurum/index_en.htm>.

la hyvinkin väljät.¹⁹³ Tässä suhteessa uusi perustuslaki näyttäisi edellyttävän kaikkien perusoikeusrajoitusten säätämisestä lailla yksityiskohtia myöten.¹⁹⁴ Käytännössä perusoikeuksia tarkemmin määrittelevää ja rajavaa teknistä normistoa tullaan mitä ilmeisimmin säätämään uudessakin perustuslaillisessa järjestelmässä säädösvallan siirron nojalla annetuilla lakia alemman tasoilla säädöksillä.¹⁹⁵ Lisäksi yksilöiden kannevaltaa on yhteisön tuomioistuimessa rajattu täytöntöönpanosäädösten osalta. EU:n perustuslakiehdotukseen sisältyvää laintasoisuuden perusvaatimusta perusoikeuksia rajoitettaessa voidaan kuitenkin pitää merkittävänä edistysaskeleena, sillä tähän saakka perusoikeudet ovat olleet yhteisöoikeudessa selkeästi toissijaisia suhteessa neljän perusvapauden toteuttamiseen.

Yhteisön tuomioistuin on kehittänyt viime aikoina oikeuskäytäntöään tässä suhteessa perusoikeusmyönteisemmäksi, hyväksyen tavaroiden vapaan liikkumisen rajoittamisen perusoikeuksien turvaamiseen perustuen. Edelleen on kuitenkin avoinna, muodostavatko perusoikeudet yhteisöoikeuden perusparadigman, vai onko neljän perusvapauden painoarvo suurempi.¹⁹⁶ Perusoikeudet voidaan nähdä myös sellaisena omaleimaisena osana oikeusjärjestystä, jotka eivät välttämättä ole täysimääräisesti suojeltavissa, eli demokraattinen menettely voi kaventaa perusoikeuksia. Tässä katsannossa demokraattisen oikeusvaltion perusparadigma näyttäisi olevan

¹⁹³ Ks. esim. asia C-240/90, *Saksa v. komissio*, [1992] ECR I-5383.

¹⁹⁴ Yhdistetyissä asioissa C-46/87 ja 227/88 *Hoechst* yhteisön tuomioistuin edellytti perusoikeuksien rajoittamisen perustuvan laintasoiseen sääntelyyn niin jäsenvaltioissa kuin yhteisön tasollakin, ks. tuomion kohdat 19 ja 20: ”Tästä huolimatta kaikkien jäsenvaltioiden oikeusjärjestyksissä julkisen vallan puuttumisen sekä luonnollisten henkilöiden että oikeushenkilöiden yksityisen toiminnan alaan on perustuttava lakiin ja oltava perusteltavissa laissa säädetyillä syillä. Näissä oikeusjärjestyksissä säädetään näin ollen, vaikkakin yksityiskohdiltaan toisistaan poikkeavalla tavalla, suojasta sellaisia toimia vastaan, jotka ovat mielivaltaisia tai suhteettomia. Tällaisen suojan vaatimus on näin ollen tunnustettava yhteisön oikeuden yleiseksi periaatteeksi. Tältä osin on muistettava, että yhteisöjen tuomioistuin on todennut olevansa toimivaltainen määrittelemään sen, milloin ne tarkastukset, jotka komissio suorittaa EHTY:n perustamissopimuksen osalta, ovat liiallisia (asioissa 5–11 ja 13–15/62, *San Michele ym.*, tuomio 14.12.1962, Kok. 1962, s. 895). Sen tutkintavallan luonnetta ja laajuutta, joka on annettu komissiolle asetuksen N:o 17/14 artiklan nojalla, on näin ollen tarkasteltava edellä esitettyjen periaatteiden valossa.”

¹⁹⁵ Suomalaisessa viimeaikaisessa valtiosääntöoikeudellisessa keskustelussa esim. Viljanen 2004 korostaa, ettei harkinta siitä mikä kuuluu perusteista päättämiseen ole luonteeltaan poliittista tarkoituksenmukaisuusharkintaa, vaan valtiosääntöoikeudellinen tulkintakysymys. Hidén 2001, puolestaan katsoo perusteiden ja vähämerkityksellisyyden välisen rajankäynnin perustuvan väistämättä harkintaan, ja yksityiskohtaisten teknisten normien jättämistä asetuksella säädettäväksi voidaan perustella tarkoituksenmukaisuudella ja joustavuudella.

¹⁹⁶ Ks. Ojanen 2004, jossa arvioidaan yhteisön tuomioistuimen ratkaisua *Schmidberger v. Itävalta* -asiassa, C-112/00. Ojanen näkee perusoikeuksien keskeisen aseman välttämättömyyden seuraavan ensisijaisesti talousyhteisön kehittämisestä poliittiseksi unioniksi.

demokratia.¹⁹⁷ Jos perus- ja ihmisoikeudet nähdään transsendentaalisti annettuina, ne muuttuvat mytologiaksi.¹⁹⁸

Myös toimivallan jakoa ja siirtämistä voidaan tarkastella perusoikeusnäkökulmasta. Tässäkin suhteessa perusoikeudet ovat olleet niin yhteisön tuomioistuinikäytännössä kuin EU:n perustuslakiehdotuksen valmistelussa alisteisia toimivallan jakoon liittyville kysymyksille.¹⁹⁹ Säädösvallan siirtoon liittyviltä osin perustuslakiehdotus antaa ainakin mahdollisuuden vahvempaan perusoikeuksien suojaan kuin yhteisön tuomioistuimen tähänastisessa oikeuskäytännössä on päädytty.

Etenkin oikeusturvatakeiden järjestämiseen liittyvät kysymykset voivat olla pulmallisia lainsäädännön ja täytäntöönpanon välisessä rajanvedossa. Voidaanko täytäntöönpanossa antaa sellaisia yksityiskohtaisia menettelyllisiä määräyksiä, jotka olisivat ristiriidassa perusoikeuskirjassa vahvistettujen oikeusturvan takeiden kanssa? Yksilön perusoikeuksien suojan kannalta tällaista menettelyä ei voida hyväksyä, sillä se mahdollistaisi lainsäädännöllä vahvistettujen oikeuksien mitätöimisen yksityiskohtaisten täytäntöönpanosäädösten avulla. Perusoikeuskirjan II-112 artiklan mukaan lailla tapahtuvan rajoittamisen tulee tapahtua kyseisten oikeuksien ja vapauksien olennaista sisältöä noudattaen. Jos täytäntöönpanosäädösten tulkittaisiin täyttävän lailla säätämisen vaatimuksen, ei silloinkaan voida muuttaa perusoikeuksien olennaista sisältöä, vaikka toimivallan siirto olisi määritelty niin väljästi, että se antaisi tähän mahdollisuuden. Rajoitusten tulee olla välttämättömiä ja niiden tulee vastata tosiasiallisesti unionin tunnustamia yleisen edun mukaisia tavoitteita tai tarvetta suojella muiden henkilöiden oikeuksia ja vapauksia. Perusoikeudet rajoittavat siis sisällöllisesti uudella tavalla toimivallan siirtoon perustuvien täytäntöönpanosäädösten käyttöä. Tätä on pidettävänä merkittävänä ja myönteisenä yksilön perusoi-

¹⁹⁷Ks. Jääskinen 2004, joka katsoo ettei perusoikeuksien oikeudellisella sitovuudella ole syvempää perustaa kuin demokraattisen lainsäätäjän valtiosäännön mukaisessa järjestyksessä tekemä valinta, s. 117–118. Ilmeisesti ei siis ole olemassa mitään oikeudellisia perusteita väittää, että juuri perusoikeuksien eikä neljän perusvapauden tulisi olla yhteisöoikeuden perusparadigma. Onneksi oikeus on vain yksi dimensio maailmassa olemiseemme. Mielenkiintoisen kontrastin tähän tuo Pekka Hallbergin väitöstilaisuudessaan (valtiotieteellisessä tiedekunnassa) 11.6.2004 esiintuoma ajatus siitä, ettei oikeusvaltiollisuus välttämättä edellytä demokratiaa. Tällaisessa näkemyksessä unohtuu hiuksenhieno, mutta olennainen ero käsitteiden 'rule of law' ja 'rule by law' välillä.

¹⁹⁸Perus- ja ihmisoikeuksista tulee porvarillisen valtion poliittista teologiaa, jos unohdetaan niiden olevan yhteiskunnallisen prosessin tuottamia. Ks. Koskenniemi 2004, s. 233–235 ja 239–240.

¹⁹⁹Ks. Ojanen 2003, erityisesti s. 677–679, jossa yhteisön toimivallan lisääminen perusoikeuksien kompetenssi vaikutuksen sallimalla nähdään keinona muuntaa perusoikeudet yhteisöoikeudessa sanahelinästä todellisuudeksi.

keuksien aseman vahvistumisena siirrettyyn toimivaltaan perustuvassa norminannossa.

5.6.2 Säädöshierarkian vaikutus komitologiaan

Perustuslakiehdotuksen säädöshierarkian huomattavin komitologiaan liittyvä vaikutus on uuden säädösvallan siirron nojalla annettavien eurooppa-asetusten säädösluokan luominen. Komitologian sijaan poliittinen valvonta toteutetaan tässä säädösluokassa Euroopan parlamentin ja neuvoston takaisinotto-oikeuden avulla. On johdonmukaista, että lainsäätäjällä on tarvittaessa oikeus ottaa takaisin siirtämänsä täytäntöönpanovalta, sillä lainsäätäjä on poliittisesti vastuunalainen jäsenvaltioiden äänestäjäkunnalle. EP ja neuvosto voivat käyttää sitä itsenäisesti toisistaan riippumatta, vaikka ne lakia säätäessään ovat toisiinsa sidoksissa. Erillisellä takaisinotto-oikeuden käytöllä toteutuu EP:n poliittinen valvonta niissä tilanteissa, joissa neuvosto päättää pidättää eurooppa-asetusten säädösluokkaan kuuluvassa asiassa täytäntöönpanovallan itsellään. Näin EP:stä tulee itsenäinen toimija, jolla on mahdollisuus vesittää EP:n ja neuvoston yhteisesti säätämän lain täytäntöönpano. Tämä voi heikentää EP:n sitoutumista säädettyjen lakien tehokkaaseen täytäntöönpanoon. Lisäksi se loisi uuden lisämahdollisuuden lakien täytäntöönpanon jarruttamiseen tai pysäyttämiseen.

Perustuslakiehdotuksen I-37(3) artiklan mukaan täytäntöönpanosäädösten osalta komission täytäntöönpanovallan käyttöä valvovat jäsenvaltiot. Tällä sanamuodolla EP on edelleenkin suljettu pois komitologian piiristä. Ilmeisesti tarkoituksena on siis säilyttää EP:n asema komitologiamenettelyssä nykyisen kaltaisena, eli EP:llä on oikeus tietojen saantiin, mutta ei muuta muodollista asemaa komitologiamenettelyssä kuin yhteispäätösmenettelyn mukaisena lainsäätäjänä toimiminen yhdessä neuvoston kanssa uuden komitologiapäätöksen tekemisessä. EP:llä ei siis ole perustuslakiehdotuksen mukaan oikeutta vaatia takaisinotto-oikeutta komitologiamenettelyssä. Komitologiassa asia voi palautua vain neuvostolle.

Systemaattiselta kannalta direktiivin ja asetuksen käsitteisiin liittynyt ero näiden säädöslajien implementoinnissa oli selkeä. Direktiivin implementointi tapahtui jäsenvaltioiden omien lainsäädäntöelimien toimesta ja asetukset olivat voimassa jäsenvaltioissa suoraan ilman erillistä voimaan saattamista. Uuden perustuslakiehdotuksen I-33 artiklan mukaan eurooppalaki vastaa tässä suhteessa nykyistä asetusta, ja eurooppapuitelaki direktiiviä. Sen sijaan komission antamat eurooppa-asetukset voivat olla joko suoraan velvoittavia tai erillisen jäsenvaltiossa tapahtuvan implementoinnin vaativia säädöksiä. Tämä voi aiheuttaa kansalaisten keskuudessa se-

kaannusta ja olla yhtäläillä vaikeasti ymmärrettävää kuin direktiivin käsite.²⁰⁰ Kokonaisuutena tarkastellen uusi säädöshierarkia merkitsee merkittävää säädösluokkien selkeyttämistä, mutta unionin pilarijaosta luopuminen ei merkitse II- ja III-pilarin säädöstyypin katoamista, vaan ne säilyvät edelleen päätöksentekomenettelyltään omintakeisina, vaikka niiden nimitykset yhtenäistetään uuden säädöshierarkian mukaisiksi (perustuslakiehdotuksen I-40 ja 41 artiklat). Euroopan parlamentin mahdollisuus puuttua toimivallan siirron reunaehtojen määrittelyyn I-37 artiklan nojalla myös näissä muissa kuin yhteispäätösmenettelyn piiriin kuuluvissa asioissa saattaa myös muuttaa toimielinten välistä tasapainoa merkittävästi. Myös I-40 artiklaan sisältyvää mahdollisuutta hoitaa valtion diplomaattiseen toimintaan kuuluvia asioita täytäntöönpanotoimin voidaan pitää erikoisena.²⁰¹

Perustuslakiehdotuksessa ei ole asetettu rajoituksia komission vallalle itse päättää, kumman vaihtoehdon se implementoinnin suhteen valitsee. Laeissa ja puitelaeissa määritellään säädösvallan siirron tavoitteet, sisältö, soveltamisala ja kesto. Implementointivaihtoehdon valitseminen ei ainkaan perustuslakiehdotuksen sanamuodon mukaan tulkittuna kuulu mihinkään näistä kategorioista, joten siitä päättäminen kuuluu automaattisesti komission toimivaltaan. Neuvosto tai EP voi kuitenkin takaisinotto-oikeutensa avulla estää eurooppa-asetuksen voimaantulon, joten tätä kautta komission päätösvalta myös asetuksen implementointivaihtoehdon valinnassa on alisteista EP:n ja neuvoston päätösvalle. Kun nykyisten suoraan velvoittavien asetusten käyttö lainsäädäntövälineenä on jo lisääntynyt merkittävästi, on oletettavissa komission suosivan suoraan velvoittavaa asetusta säädösmuotona. Tätä voidaan perustella myös tehokkuusnäkökohdilla, koska kotimaista aikaa vievää lainsäädäntöprosessia ei tarvita. Jäsenvaltioiden kansanedustuslaitosten kannalta tämä merkitsee kaventuvia mahdollisuuksia sovittaa yhteisöläinsäädäntö vastaamaan jäsenvaltion erityispiirteitä ja olosuhteita. Jos jäsenvaltioiden hallintojen mahdollisuus komitologian kautta vaikuttaa eurooppa-asetusten muotoiluun puuttuu, ja jäsenvaltioiden kansanedustuslaitosten suora vaikutusmahdollisuus norminantoon kaventuu, saattaa unionin säädösten demokraattinen hyväksyttävyyden heikentyä kansalaisten keskuudessa. Tämän kompensoimiseksi perustuslakiehdotukseen sisältyy määräyksiä kansallisten parlamenttien aseman vahvistamisesta.

Valmistelukunnan yksinkertaistamistyöryhmän suomalaisjäsen Matti Vanhanen katsoo valmistelukunnan ehdotuksen merkitsevän käytännössä

²⁰⁰Lenaerts – Gerard 2004, s. 313, epäilevätkin voidaanko tällaisen verratan epävakaa normihierarkian luomisella todella saavuttaa sille asetetut selkeyden, läpinäkyvyyden ja hyväksyttävyyden tavoitteet.

²⁰¹Lenaerts – Gerard 2004, s. 312–313.

varsin huomattavia muutoksia toimielinten väliseen tasapainoon. Hänen arvionsa mukaan se avaa mahdollisuuden lisätä pienten ja teknisluonteisten asioiden käsittelyä Euroopan parlamentissa olennaisten lainsäädäntöasioiden kustannuksella. Jos yhä pienemmät ja teknisluonteisemmat asiat menevät parlamentin käsittelyyn, saattaa asioiden käsittelyaika pitkittyä olennaisesti.²⁰²

Painopisteen siirtyminen kohti EP:ia merkitsee pienten jäsenvaltioiden kannalta niiden vaikutusvallan jonkinasteista heikkenemistä, sillä edustajien lukumäärän perusteella suuret jäsenvaltiot dominoivat EP:ia toisin kuin neuvostossa, jossa pienillä jäsenvaltioilla on niiden äänimäärän perusteella suurempi painoarvo suhteessa väestöpohjaan. Integraation edetessä on kuitenkin yhä vähemmän sellaisia kysymyksiä, joita voitaisiin arvioida vain jäsenvaltionäkökulmasta. Yhteiset intressit ja poliittiset rintamalinjat ylittävät yhä voimakkaammin jäsenvaltioiden rajat.

5.6.3 Asetusten ja täytäntöönpanosäädösten suhde

Toisen ja kolmannen säädöshierarkiatason (ks. kaavio 1, s. 304) välinen raja on häilyvä, eikä sitä ole mahdollista säätää perustuslain tasolla ehdottoman pitäväksi. Ainoa tosiasiallinen ero on siinä, kuinka komissiolle siirretyn normiantovallan käytön valvonta on järjestetty.²⁰³ Perustuslakiehdotuksessa omaksutussa ratkaisussa heijastuu sekä EP:n lainsäätäjän aseman huomioonottaminen (I-36 art.) että jäsenvaltioiden asema komission toimeenpanosäädösten antamisvallan valvojana (I-37 art.). Tästä johtuen 2. tason asetusten ja 3. tason täytäntöönpanosäädösten hierarkkinen keskinäissuhde on epäselvä. Molemmillakin tasoilla on kyse komissiolle siirretyn säädösvallan käytöstä. Tällöin komissiolle syntyy mahdollisuus siirtää kolmannen tason asioita toiselle tasolle I-36 artiklan piiriin, jossa ei ole komitologiamenettelyä.

Komissio siis pystyy edelleen siirtämään itselleen neuvoston sille siirtämää 2. tason säädösvaltaa 3. tasolle. Tämä tekee välttämättömäksi säilyttää neuvoston mahdollisuus reagoida komission 2. tason säädöksiin itsenäisesti niin substanssin kuin delegoinnin rajojen osalta, sillä puuttuminen tällaiseen edelleen siirtämiseen on mahdollista vain takaisinotto-oikeuden kautta. Lamfalussy-prosessissa²⁰⁴ komissio on jo esittänyt kantanaan, että uuden perustuslain voimaantultua nykyiset sääntelykomiteat

²⁰² Vanhanen 2004, s. 241–242.

²⁰³ Hofmann 2003, III.4.

²⁰⁴ Kyse on rahoituspalvelualan sääntelystä, jota kutsutaan ”Lamfalussy-menetelmäksi”.

tulisi 2. tasolla korvata asiantuntijakomiteoilla, joilla ei olisi valtaa saada komission ehdotuksia palautumaan neuvoston käsiteltäviksi. Tämä merkitsisi käytännössä merkittävää asiakokonaisuuksien siirtoa pois komitologiamenettelyn piiristä, ja samalla Lamfalussy-menettelyn päättymistä. Samanlainen mahdollisuus on myös muilla poliittikalohkoilla. Tämä johdaisi täytäntöönpanon poliittisen valvonnan merkittävään ohenemiseen. Neuvosto ja jäsenvaltiot siis menettäisivät poliittista valtaansa komissiolle ja EP:lle.

Sen sijaan, että perustuslakiehdotuksessa selvennettäisiin säädöshierarkian avulla lainsäädäntömenettelyä, siinä pikemminkin hämärretään lainsäädännön ja toimeenpanon välistä rajaa entisestään. Kolmen säädöstason hierarkkiset suhteet jäävät ehdotuksessa epäselviksi, mikä on omiaan lisäämään käräjöntiä yhteisön tuomioistuimessa. Ehdotettuun säädöshierarkiaan ei sisälly mitään selkeää oikeuslähdeoppia. Selkeän säädöshierarkian ja oikeuslähdeopin luominen edellyttäisi yhteispäätösmenettelyn uudistamista. Lisäksi täytyisi säätää selkeästi mitä ei voida delegoida, muutoin ei ole olemassa säädöshierarkiaa sanan varsinaisessa merkityksessä.

5.6.4 Takaisinotto-oikeuden käyttö

Lainsäätäjä on takaisinotto-oikeuden käytössä sidottu niihin perusteisiin ja rajoihin, jotka on määritelty toimivaltaa siirtävässä eurooppalaissa tai -puitelaisissa. Jos takaisinotto-oikeutta yritettäisiin käyttää nämä reunaehdot syrjäyttäen, olisi komissiolle mahdollisuus saada asia EYT:n ratkaistavaksi. Mitä väljemmäksi toimivallan siirron reunaehdot määritellään, sitä heikommat ovat takaisinotto-oikeuden käyttömahdollisuudet. Kun perustuslakiehdotuksen nimenomaisena tarkoituksena on lakitasolla väljä puitesääntely, joka mahdollistaa komission itsenäisen toimeenpanijan aseman, säilyy toimielinten välinen jännite luoden edellytyksiä mitä moninaiimpiin valituksiin yhteisön tuomioistuimelle takaisinotto-oikeuden käytön edellytyksiä koskien.

EP aikoo vaatia itsenäistä takaisinotto-oikeutta myös komitologiassa.²⁰⁵ Kuitenkin ehdotetun I-37 artiklan mukaan vain jäsenvaltiot mainitaan täytäntöönpanosäädösten valvojina. Perustuslakiehdotuksen mukaan uusi komitologiapäätös tultaisiin antamaan lailla eli yhteispäätösmenettelyssä,

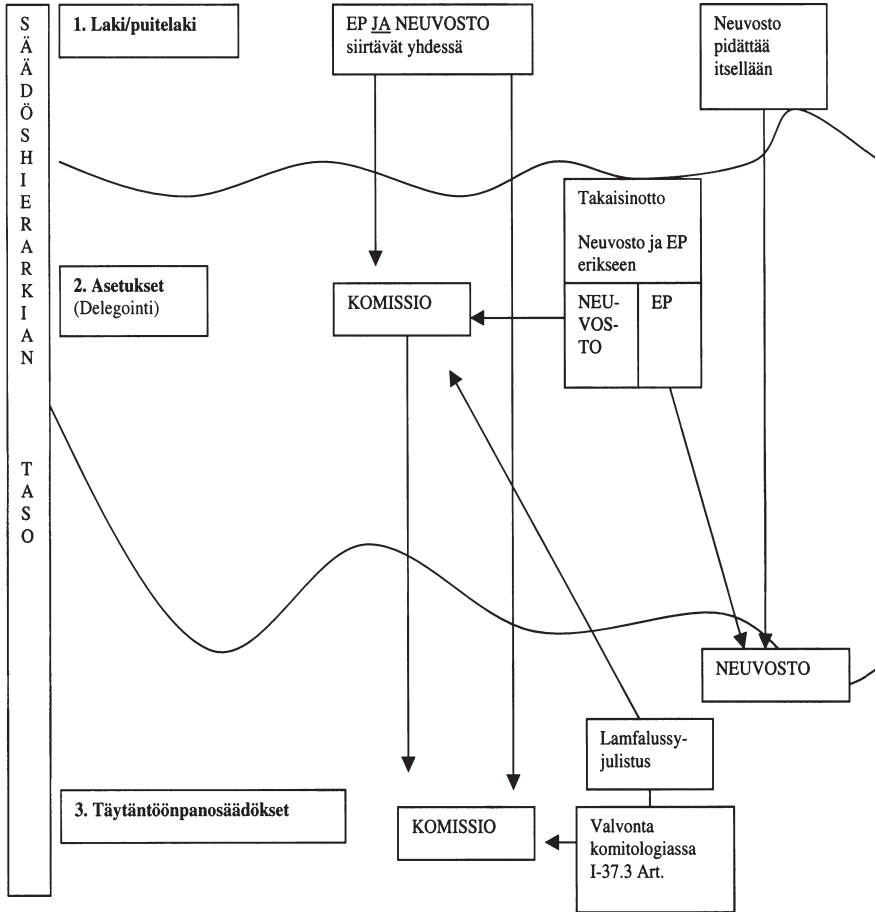
²⁰⁵ Euroopan parlamentin komitologiamietinnöstä vastanneen jäsenen Richard Corbett'n haastattelu Brysselissä 8.10.2003.

kun aiemmin päätöksen on tehnyt neuvosto. Silloin uutta komitologiapäätöstä ei saada tehdyksi, ellei EP saa vaatimustaan läpi. Euroopan parlamentti on varsin tyytyväinen saatuaan läpi itsenäisen takaisinotto-oikeuden eurooppa-asetusten osalta. Voidaan sanoa, että tässä suhteessa EP on saanut vaatimuksensa läpi täydellisesti. Toteutuessaan uusi perustuslaki antaa EP:lle myös yhtäläiset oikeudet neuvoston kanssa määritellä lainsäädännöllä yleiset ehdot täytäntöönpanosäädösten toteuttamiselle ja valvonnalle (komitologia), minkä saamiseksi parlamentti on taistellut vuosia.²⁰⁶

EP:ssä on selvää halukkuutta testata uutta säädöshierarkiaa yhteisön tuomioistuimessa, eli täytäntöönpanosäädöksiin ja komitologiaan liittyviä kanteita yhteisön tuomioistuimessa tullaan EP:n taholta nostamaan uuden perustamissopimuksen tultua voimaan. Niin EP kuin komissiokin tulevat hyödyntämään maksimaalisesti uuden perustuslain niille antamat mahdollisuudet valtansa laajentamiseen. Silloin neuvoston ja jäsenmaiden osuus EU:n vallankäytössä tulee vähenemään. Tämä voi johtaa toimielinten välisen tasapainon olennaiseen muuttumiseen.

Jäsenvaltioiden poliittisen valvontavallan heikentäminen täytäntöönpanosäädöksiä annettaessa voi heikentää neuvoston halukkuutta delegointiin komissiolle, jolloin täytäntöönpanon tehokkuus voi kärsiä. Lamfalussy-menettelyn asemaa koskeneissa keskusteluissa ilmennyt komission kanta komitologian kohtaloon, jos nykymuotoinen perustuslakiehdotus hyväksytään, ilmentää myös muilla politiikkasektoreilla mahdollisesti tapahtuvaa muutosta. Laajimmillaan se voi johtaa täysin uudenlaisen keskusvirastojen verkoston syntymiseen, koska blokeerauslogiikan mukaisesti rakennettu I-36 art. voi synnyttää samat paineet muillakin politiikkasektoreilla.

²⁰⁶EP:n mietintö A5-0299/2003 10. syyskuuta 2003 ehdotuksesta sopimukseksi Euroopan perustuslaista ja Euroopan parlamentin kannasta hallitusten välisen konferenssin koollentamiseen.



EU:n uuden perustuslakiosuimuksen säädöshierarkia sekä säädösvallan siirtäminen ja valvonta

Neuvosto ja EP siirtävät lailla tai puitelaille komissiolle täytäntöönpanovaltaa. Säädösvallan siirron tavoitteet, sisältö, soveltamisala ja kesto määritellään säädöksenantotoimivallan siirtävässä laissa/puitelaisissa. Siirto ei voi koskea tietyn alan olennaisia osia. Säädöshierarkian 2. tasolla (eurooppa-asetukset) komission säädöksenantoa valvovat Neuvosto ja EP kumpikin itsenäisesti. Jos jompikumpi ei hyväksy komission antamaa säädöstä, se voi käyttää määräajassa takaisinotto-oikeutta ja estää komission ehdotuksen voimaantulon. Neuvoston siirtäessä täytäntöönpanovaltaa itselleen valvoo EP neuvostoa. Komissio voi sille siirretyn toimivallan puitteissa joko antaa 2. tason eurooppa-asetuksia tai täytäntöönpanosäädöksiä (asetukset/päätökset), jos unionin velvoittavat säädökset edellyttävät yhdenmukaista täytäntöönpanoa (I-36 Art.). Komission täytäntöönpanosäädösten antoa valvotaan komitologiassa, josta säädetään eurooppalailla. Täytäntöönpanosäädösten ja Eurooppa-asetusten välillä ei ole mitään selvää hierarkiaa, ja periaatteessa komissio voi harkita säädösvallan siirron rajoissa, valitseeko se täytäntöönpanoinstrumentiksi eurooppa-asetuksen vai täytäntöönpanosäädöksen.

Kaavio 1.

5.7 Ehdotus uudeksi perustuslaiksi ja Lamfalussy-menettely

HVK:ssa ehdotettuun uuteen perussopimukseen liitettiin I-36 artiklaan Lamfalussy-menettelyä koskeva julistus, jonka mukaan konferenssi panee merkille, että komissio aikoo vakiintuneen käytäntönsä mukaisesti jatkaa jäsenvaltioiden nimittämien asiantuntijoiden kuulemista valmistellessaan sellaisia rahoituspalvelualaa koskevia eurooppa-asetuksia, jotka annetaan säädösvallan siirron nojalla.²⁰⁷ Julistuksella viitataan rahoituspalvelumarkkinoiden sääntelyssä käyttöön otettuun komitologiamenettelyyn. Se merkitsee poikkeusta I-36 artiklaan, jossa komitologiamenettelyä ei mainita, vaan se on rajattu ainoastaan I-37 artiklan täytäntöönpanosäädösten antamisen menettelyyn. Julistuksella komitologia aiotaan säilyttää rahoituspalvelualaa koskevien komission antamien II säädöshierarkiataason eurooppa-asetusten valvontamekanismin instrumenttina. On kuitenkin vaikea arvioida, mikä oikeudellinen merkitys sillä on, että konferenssi panee merkille komission aikomuksen, jos komissio aikomuksistaan huolimatta toimisikin toisin, esim. pitämällä komitologiassa tapahtuvaa kuulemista vain neuvoa-antavana, mihin suuntaan komissio on komitologiaa johdonmukaisesti pyrkinyt kehittämään. HVK:n perustuslakiehdotuksen IV-3 artiklaan sisällytettiin määräys, jonka mukaan jäsenvaltioiden hallitusten välisissä konferensseissa hyväksymät julistukset muodostavat osan *acquis*'ta, ja säilyvät voimassa kunnes ne on kumottu.²⁰⁸ Tämä sopimusmääräys selvittää Lamfalussy-menettelyn oikeudellista asemaa osana yhteisöoikeutta, mutta ei sen oikeudellista merkitystä, koska julistuksilla ei ole samaa muodollista pätevyyttä kuin perustamisopimuksen varsinaisilla määräyksillä tai niihin perustuvalla yhteisöoikeudellisella sääntelyllä.

Tällaisen julistuksen oikeudellinen sitovuus komissiota velvoittavana normatiivisena instrumenttina on heikko. Ensinnäkään sen sanamuoto ei suosita mitään tai velvoita mihinkään, siinä vain pannaan ainoastaan merkille komission aikomus.²⁰⁹ Toiseksi, siitä voidaan päätellä jäsenvaltioi-

²⁰⁷ CIG 81/04, liite 20.

²⁰⁸ CIG 50/03 COR 2. ”Myös muut yhteisön ja unionin säännösten osat, jotka ovat olemassa tämän sopimuksen tullessa voimaan, erityisesti toimielinten väliset sopimukset, neuvostossa kokoontuneiden jäsenvaltioiden edustajien tekemät päätökset ja sopimukset, jäsenvaltioiden tekemät unionin tai yhteisön toimintaa koskevat taikka unionin tai yhteisön toimiiin liittyvät sopimukset, Eurooppa-neuvoston tai neuvoston julistukset, päätöslauselmat ja muut kannanotot, mukaan lukien hallitustenvälisissä konferensseissa annetut julistukset, sekä jäsenvaltioiden yhteisestä sopimuksesta hyväksymät unionia tai yhteisöä koskevat julistukset, päätöslauselmat tai muut kannanotot, pysyvät sellaisenaan voimassa niin kauan kuin niitä ei kumota tai muuteta.”

²⁰⁹ Tässä julistus poikkeaa selvästi niistä soft-law-tyyppisistä instrumenteista, joille yhtei-

den aikomus sallia komitologiamenettelyn soveltaminen I-36 artiklasta poiketen, mutta sitä ei ole muotoiltu velvoitteeksi soveltaa komitologiamenettelyä rahoituspalvelumarkkinoiden sääntelyssä. Lamfalussy-menettelyä koskevan julistuksen outo muotoilu ilmentää niitä poliittisia vaikeuksia, joita HVK:ssa oli valmistelukunnan ehdotuksen sovittamisessa jäsenvaltioiden toiveisiin, kun pieni mutta merkittävä osa jäsenvaltioista piti valmistelukunnan työn tulosta HVK:ia sitovana, ja enemmistö jäsenvaltioista piti sitä vain HVK:n työn lähtökohtana.²¹⁰ Yleisesti ottaen tämänkaltaiset julistukset eivät ole oikeudellisesti sitovia, vaikka niillä voi olla oikeudellista tulkintaa ohjaava vaikutus.²¹¹ Kun yhteisöoikeuden vakiintuneen käytännön mukaan perustamissopimuksen säädöksillä voi olla suora oikeudellinen sovellettavuus vain, jos säädös on riittävän yksiselitteinen ja sisältää selkeästi muotoillun velvoitteen, ei epämääräisesti muotoillulla ja velvoitetta sisältämättömällä julistuksella lähtökohtaisesti ole edes oikeudellista tulkintavaikutusta. Lamfalussy-menettelyä koskevan julistuksen oikeudellinen tulkintavaikutus on enimmillään siis sellainen, että jäsenvaltiot sallivat komitologiamenettelyn soveltamisen rahoituspalvelumarkkinoiden sääntelyssä poikkeuksellisesti I-36 artiklan sanamuodosta poiketen.

Oikeudellisesti arvioituna julistusta voidaan pitää sisällöllisesti tyhjänä myös siinä mielessä, että sen rivien välistä voidaan lukea jäsenvaltioiden oletettavan komission toimivan vakiintuneen käytännön mukaisesti, joten I-36 artiklaan ei tämän johdosta ollut tarpeellista tehdä muutosta, jossa olisi nimenomaisesti mainittu rahoituspalvelumarkkinoiden osalta tehtävästä poikkeuksesta. Niinpä julistusta voidaan tulkita siten, että komission poikkeaminen vakiintuneesta käytännöstä johtaisi I-36 artiklan muutostarpeeseen, jolloin jäsenvaltioiden tulee tehdä muutos perustamissopimukseen näiltä osin, mikäli ne haluavat julistuksessa hyväksytylle poikkeukselle oikeudellisen sitovuuden.

Euroopan parlamentti on asettanut Lamfalussy-menettelyn hyväksymiselle useita ehtoja. Se on pitänyt myönteisenä I-36 artiklaa, jossa otetaan

sön tuomioistuin on poikkeuksellisesti tunnustanut oikeudellista velvoittavuutta. Ks. erityisesti *Grimaldi*-asia, C-322/88 [1989] ECR I-4407.

²¹⁰Ensin mainittuun ryhmään kuuluivat puheenjohtajavaltio Italia sekä Saksa ja Ranska. HVK:n perustamissopimusehdotukseen sisällyttämä Lamfalussy-menettelyä koskeva julistus oli siis keino ratkaista HVK:n työskentelyä uhannut poliittinen erimielisyys perustamissopimuksen sisällöstä.

²¹¹Ks. esim. Klabbers 2002, s. 202 ja 216, joka suhtautuu kielteisesti soft-law-tyyppisiin instrumentteihin kansainvälisissä järjestöissä, koska ne ovat epämuodollista kontrolloimattomaa standardien asettamista, jossa suora poliittinen vallankäyttö vapauttaa päätöksentekijät kontrolloimattomaan toimeenpanovallan käyttöön.

huomioon parlamentin esittämät vaatimukset. EP:n mukaan I-36 artiklan ja I-37 artiklan välinen raja on määriteltävä paremmin, jotta käy selvästi ilmi, että Lamfalussy-menettelyn mukaisesti II-tason lainsäädäntö on katsottava säädösvalan siirron nojalla annetuiksi asetuksiksi. Ennen sopimuksen voimaantuloa on syytä tehdä toimielinten välinen sopimus, jotta voidaan määritellä selkeät puitteet näiden kahden artiklan soveltamiselle ja siirtyä hallitusti uuteen järjestelmään nykyisestä komitologiajärjestelmästä erityisesti sen varmistamiseksi, että II-tason säännöstö siirretään asianmukaisesti uuteen järjestelmään.²¹²

6 LOPUKSI

Euroopan unionin toimivallan jakoa ja sen siirtämistä koskevat oikeussäännökset ovat muodostuneet vuosikymmenien mittaan ensisijaisesti yhteisön tuomioistuimen oikeuskäytännön kautta. Tarve toimivallan siirtoon komissiolle on ollut ennen kaikkea käytännöllinen. Neuvosto ei olisi kyennyt suoriutumaan tarvittavasta markkinasääntelystä ilman komission apua. Kun jäsenvaltiot ovat kuitenkin halunneet säilyttää mahdollisuuden komission täytäntöönpanotoimien poliittiseen valvontaan asetti neuvosto komiteita, joiden kautta tämä toteutettiin. Ne toimivat ilman säädännäistä pohjaa vuoteen 1987 saakka, jolloin annettiin neuvoston komitologiapäätös. Siihen mennessä näiden komitologiakomiteiden menettelytapojen ja toimivallan siirron reunaehtojen laillisuus oli ollut yhteisön tuomioistuimen pohdittavana lukuisia kertoja. Näin syntyneen oikeuskäytännön kautta toimivallan siirrolle ja komitologialle kehittyi laillinen perusta.

Rinnakkain uuden perustuslakiehdotuksen valmistelun kanssa komissio on tehnyt kaksi ehdotusta komitologian uudistamiseksi. Keskeinen piirre näissä komission kaavailuissa on komission irrottaminen jäsenvaltioiden valvontavallasta. Jäsenvaltiot eivät ole edelleenkään halukkaita antamaan komissiolle mahdollisuutta saada täytäntöönpanosäädösehdotuksensa voimaan komitologiakomitean kielteisestä lausunnosta huolimatta.

Euroopan parlamentin saadessa yhä keskeisemmän aseman yhteisön lainsäädäntötyössä solmittiin useita toimielinten välisiä sopimuksia, joissa pyrittiin turvaamaan ensisijaisesti EP:n tiedonsaantioikeutta. Nämä jär-

²¹²EP:n mietintö A5-0299/2003, 10. syyskuuta 2003 ehdotuksesta sopimukseksi Euroopan perustuslaista ja Euroopan parlamentin kannasta hallitusten välisen konferenssin koollekutsumiseen.

jestelyt eivät kuitenkaan toimineet EP:ia tyydyttävästi, ja komitologiaa uudistettiin vuonna 1999 niin, että EP:n muodollinen asema komitologiamenettelyä koskevan tiedon saannissa vahvistettiin, ja EP:lle annettiin mahdollisuus reagoida, jos se katsoo komission ylittävän sille siirretyn säädöksenantovallan rajat. Mitään suoraa oikeudellista vaikutusta tällä oikeudella ei ole, vaan EP:n on tarvittaessa vietävä siirretyn toimivallan ylittämistä koskeva asia yhteisön tuomioistuimen ratkaistavaksi. Euroopan parlamentti ei siis tähän saakka ole ollut suoraan osallinen neuvoston komissiolle siirtämän säädösvallan valvonnassa. Tätä on pidetty siinä suhteessa nurinkurisena asiainatilana, että EP on kuitenkin yhteispäätösmenettelyyn kuuluvissa asioissa lainsäätäjä yhdessä neuvoston kanssa.

Merkittävin EU:n perustuslakiehdotuksen uudella säädöshierarkialla toteutuva uudistus ei ole muodollisen säädöshierarkian luominen, vaan komissiolle siirretyn säädösvallan poliittisen valvonnan uudistaminen. Uuden kolmiportaisen säädöshierarkian (eurooppalaki, eurooppa-asetus ja täytäntöönpanosäädökset) myötä EP:lle annetaan itsenäinen takaisinotto-oikeus komission säädösvallan siirron nojalla antamiin eurooppa-asetuksiin nähden niin *ultra vires* kuin sisällöllisilläänkin perusteilla. Komissio ei siis voisi antaa sellaisia eurooppa-asetuksia, joita EP:n enemmistö ei hyväksy. Uusi säädöshierarkia merkitsee myös sitä, että komitologiamenettelyn piiristä täytäntöönpanosäädösten tasolta siirtyy asioita eurooppa-asetusten tasolle. Komitologiassa tapahtunut komission ehdotusten työstäminen yhdessä jäsenvaltioiden virkamiesten kanssa vähenee, ja samalla heikkenee jäsenvaltioiden kansallisten hallintojen osallisuus yhteisönormien valmisteluun. Tämä heikentää yhteisöoikeuden kontekstuaalisuutta. Kun samalla komissio voi antaa eurooppa-asetuksia, jotka ovat suoraan velvoittavia, vähenee jäsenvaltioiden kansanedustuslaitosten osuus säädösten täytäntöönpanossa jäsenvaltioiden tasolla. EP:n kautta tapahtuva poliittinen prosessi heikentää myös pienten jäsenvaltioiden asemaa, sillä neuvostossa niillä on selvästi suhteellisesti suurempi painoarvo kuin EP:ssä. Seurauksena voi olla komitologiassa tähän asti tapahtuneen työskentelyn siirtymistä rasittamaan COREPERin työskentelyä, sillä lainsäädännöllä asetettujen reunaehtojen ja tavoitteiden merkitys kasvaa jäsenvaltioiden ohjauksena komission asetuksenantovallan käytössä. Vaikka säädöshierarkian luomisella vähennettiin merkittävästi säädösinstrumenttien määrää, ei säädöshierarkiaa ole kyetty uudessakaan perustuslaissa saamaan kovin selkeäksi.

Uudistus merkitsee yhteisön oikeusjärjestyksen yhä voimakkaampaa ylikansallistumista. Ensi näkemältä tämän pitäisi tehostaa yhteisöoikeuden täytäntöönpanoa, mutta jos viranomaisten halukkuus tehokkaaseen täytäntöönpanoon jäsenvaltioissa heikkenee sen seurauksena, että kansal-

listen hallintojen osuus säädösten valmistelussa ja sovittamisessa paikallisiin olosuhteisiin vähenee, saattaa lopputuloksena olla täytäntöönpanon tosiasiallinen heikkeneminen. Jäsenvaltioiden viranomaiset ovat edelleenkin keskeisessä asemassa yhteisöoikeuden toimeenpanossa jäsenvaltioissa. Mitkään ylikansalliset oikeusturvajärjestelyt eivät kykene korvaamaan jäsenvaltioiden viranomaisten panosta yhteisöoikeuden tehokaan täytäntöönpanon varmistamisessa. Uusi perustuslakiehdotus ei vaikuta loppuun mietityltä säädöksenantovallan siirtoa ja säädöshierarkiaa koskevilta osin. Onkin todennäköistä, että näihin kysymyksiin joudutaan palaamaan tulevissa hallitustenvälisissä konferensseissa.

LÄHTEET

Kirjallisuus

Bergström 2003

Bergström, C. F., *Comitology: Delegation of Powers in the European Union and the Committee System*, Stockholm 2003.

Bieber et al. 1995

Bieber, R. – Jacqué, J-P. – Weiler, J.H.H. (toim.), *An ever closer Union*, Brussels 1995.

Bodin

Bodin, J., 'On sovereignty', (alkup. julk. 1576), Cambridge University Press 1992.

Douglas-Scott 2002

Douglas-Scott, S., *Constitutional Law of the European Union*, Longman 2002.

Hartley 1994

Hartley, T. C., *The Foundations of European Community Law*, Oxford 1994.

Hegel

Hegel, G.W.F., 'Oikeusfilosofia' (alkup. julk. 1820), Kustannus Pohjoinen, Oulu 1994

Hobbes

Hobbes, T., *On the Citizen* (toim. Tuck R. – Silverthorne M.), Cambridge University Press 2000.

Joerges – Dehousse 2002

Joerges, C. – Dehousse, R., *Good Governance in Europe's Integrated Market*, Oxford University Press 2002.

Joerges – Vos 1999

Joerges, C. – Vos, E. (eds.), *EU Committees: Social Regulation, Law and Politics*, Hart Publishing 1999.

Kant

Kant, I., 'Ikuiseen rauhaan', (alkup. julk. 1795), Karisto, Hämeenlinna 1989.

Klabbers 2002

Klabbers, J., *An Introduction to International Institutional Law*, Cambridge University Press 2002.

Kiljunen 2004

Kiljunen, K. EU:n perustuslaki – suomalaisena konventissa. Ulkoasiainministeriön Eurooppa-tiedotus, Eurooppa-tietoa 181/2004.

Kortteinen 1999

Kortteinen, J., Komitologia EU:n talouselämää koskevien päätösten valmistelussa ja toteuttamisessa, Helsingin yliopiston Kansainvälisen talousoikeuden instituutin julkaisuja 37, Helsinki 1999.

Lasok 1994

Lasok, D., *Law & Institutions of the European Union*, St. Ives 1994.

Locke

Locke, J., 'The Second Treatise of Government', (alkup. julk. n. 1681) teoksessa 'Political Writings of John Locke', Mentor publishing 1993.

Majone 1993

Majone, G., *Comparing Strategies of Regulatory Rapprochement*, OCDE/GD(93)143, Paris 1993.

Majone 1994

Majone, G., *Independence vs. Accountability? Non-Majoritarian Institutions and Democratic Government in Europe*, EUI Working Paper SPS No. 94/3, San Domenico 1994.

Mäenpää 2001

Mäenpää, O., *Eurooppalainen hallinto-oikeus*, Jyväskylä 2001.

Möllers 2003

Möllers, C., *Steps to a Tripartite Theory of Multi-level-Government*, Jean Monnet Working paper 5/03, New York University School of Law.

Paine

Paine, T., *Rights of Man*, Penguin Books 1984 (alkup. julk. 1791).

Pedler – Schaefer 1996

Pedler, R. H. – Schaefer, G. F., *Shaping European Law and Policy: The Role of Committees and Comitology in the Political Process*, Maastricht 1996.

Pollack 2003

Pollack, M. A., *The Engines of European Integration, Delegation, Agency, and Agenda Setting in the EU*, Oxford University Press 2003.

van Schendelen 1998

van Schendelen, M.P.C.M.(ed.), *EU Committees as Influential Policymakers*, Ashgate 1998.

Schmitt

Schmitt, C., *The Leviathan in the State Theory of Thomas Hobbes*, Greenwood Press 1996 (alkup. julk. *Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes*, 1938).

Schwartz – Laakso – Kuuttiniemi 1999

Schwartz, J. – Laakso, S. – Kuuttiniemi, K., *Eurooppalaisen hallinto-oikeuden keskeiset periaatteet*, Helsinki 1999.

Tuori 2002

Tuori, K., *Critical Legal Positivism*, Ashgate 2002.

Warleigh 2003

Warleigh, A., *Democracy in the European Union*, SAGE Publications 2003.

Weiler 1999

Weiler, J.H.H., *The Constitution of Europe*, Cambridge University Press 1999.

Yataganas 2001

Yataganas, X. A., *The Treaty of Nice. The Sharing of Power and the Institutional Balance in the European Union – A Continental Perspective*, Harvard Law School, The Jean Monnet Chair Working papers 2001, <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/01/010101.html>.

Artikkelit

Allott 2003

Allott, P., *The Emerging International Aristocracy*, *International Law and Politics* vol. 35:309, 2003.

Bergström – Rotkirch 2003

Bergström, C. F. – Rotkirch, M., 'Förslaget om införande av en formell normhierarki: En förtydligad ansvarsuppdelning?', *Europarättslig tidskrift* 2003:2, s. 279–288.

Bieber – Salomé 1996

Bieber, R. – Salomé, I., *Hierarchy of Norms in European Law*, *Common Market Law Review* 33: 907–930, 1996.

Blumann 1992

Blumann, C., *La Comitologie: L'exercice de la fonction exécutive dans la Communauté Européenne*, teoksessa Engel C. – Wessels W. (toim.), *From Luxembourg to Maastricht. Institutional Change in the European Community after the Single European Act*, Bonn 1992, s. 89–108.

Blumann – Adam 1997

Blumann, C. – Adam, V., *La Politique Agricole Commune dans la Tourmente: La Crise de la 'Vache Folle'*, *Revue Trimestrielle de Droit Européen* 1997: 2, s. 239–293.

Bradley 1992

Bradley, K., *Comitology and the Law: Through a Glass, Darkly*, *Common Market Law Review* 29: 693–721, 1992.

Bradley 1997

Bradley, K. StC., *The European Parliament and Comitology*, *European Law Journal* 1997: 3, s. 230–254.

Craig 2004

Craig, P., *The Constitutional Treaty: Legislative and Executive Power in the Emerging Constitutional Order*, *EUI Working Paper Law No. 2004/7*, Badia Fiesolana, San Domenico, Italy 2004.

Dehousse 1998

Dehousse, R., *European Institutional Architecture After Amsterdam: Parliamentary System or Regulatory Structure?*, *Common Market Law Review* 35: 595–627, 1998.

Dehousse 2002

Dehousse, R., *Misfits: EU Law and the Transformation of European Governance*, teoksessa Joerges C. – Dehousse R., *Good Governance in Europe's Integrated Market*, Oxford University Press 2002, s. 207–229.

Demmke 1998

Demmke, C., *The Secret Life of Comitology or the Role of Public Officials in EC Environmental Policy*, *EIPASCOPE* 1998:3, 14–24.

Dubey 2003

Dubey, B., *Administration indirecte et fédéralisme d'exécution en Europe*, *Cahiers de droit Européen* 2003:1–2.

Eriksen – Fossum 2004

Eriksen, E. O. – Fossum, J. E., *Europe at a Crossroads: Government or Transnational Governance*, teoksessa Joerges, C. – Sand, I.-J. – Teubner, G. (toim.), 'Transnational Governance and Constitutionalism', Hart Publishing 2004.

Hailbach 1999

Haibach, G., Council Decision 1999/468 – A New Comitology Decision for the 21st Century, EIPASCOPE 1999:3, s. 10–18.

Hiden 2001

Hidén, M., Havaintoja hallinnollisten säädösten antovallan puitteista uuden perustuslain järjestelmässä, teoksessa Nuotio, K. – Herler, C. – Boucht, J. (toim.), 'Nykyajan muuttuva oikeus', Helsinki 2001.

Hofmann 2003

Hofmann, H.C.H., A critical analysis of the new typology of acts in the draft treaty establishing a constitution for Europe, European integration online papers (EIOP) vol. 7 (2003) No 9; <http://eiop.or.at/eiop/texte/2003-009a.htm>.

Jacqué 2004

Jacqué, J.-P., The Principle of Institutional Balance, *Common Market Law Review* 41: 383–391, 2004.

Joerges 2002

Joerges, C., (Guest editorial), The Commission's White Paper on Governance in the EU – A Symptom of Crisis?, *Common market Law Review* 39: 441–45, 2002.

Joerges 2002a

Joerges, C., The Law's Problems with the Governance of the European Market, teoksessa Joerges C. – Dehousse R., *Good Governance in Europe's Integrated Market*, Oxford University Press 2002, s. 3–31.

Joerges 2002b

Joerges, C., 'Taking Governance seriously'; Response to the Commission White Paper on European Governance by the LSE Study Group on European Administrative Law, March 2002.

Joerges 24.2.2002

Joerges, C., 'The Law in the Process of Constitutionalising Europe' (24.2.2002 päivätty versio), ARENA Conference on Democracy and European Governance, Oslo 4.–5.3.2002.

Joerges – Neyer 1997

Joerges, C. – Neyer, J., From Intergovernmental Bargaining to Deliberative Political Processes: The Constitutionalisation of Comitology, *European Law Journal* 3: 273–299, 1997:3.

Jääskinen 2001

Jääskinen, N., Kolme aaltoa – miten Suomen oikeusjärjestys eurooppalaistui?, *Defensor Legis* 2001, s. 604–619.

Jääskinen 2004

Jääskinen, N., *Demokratia vai perusoikeudet?*, teoksessa 'Juhlakirja Pekka Hallberg 1944 – 12/6 – 2004, Jyväskylä 2004, s. 101–119.

Kaila 2001

Kaila, H., Täytäntöönpanotoimivallan delegoiminen komissiolle – vuoden 1999 komitologiapäätöksen tausta ja keskeinen sisältö, *Defensor Legis* 2001:2, s. 343–356.

- Koskenniemi 2003
Koskenniemi, M., *Legal Cosmopolitanism: Tom Frank's Messianic World*, *International Law and Politics*, Vol. 35:471, 2003.
- Koskenniemi 2004
Koskenniemi, M., *What Should International Lawyers Learn from Karl Marx?*, *Leiden Journal of International Law* 17 (2004), s. 229–246.
- Landfried 1997
Landfried, C., *Beyond Technocratic Governance: The Case of Biotechnology*, *European Law Journal* 3: 255–272, 1997:3.
- Lenaerts 1993
Lenaerts, K., *Regulating the Regulatory Process: "delegation of powers" in the European Community*, *European Law Review* 18: 23–49, 1993:1.
- Lenaerts – Desomer 2003
Lenaerts, K. – Desomer, M., *Simplification of the union instruments*, teoksessa de Witte B. (toim.), *'Ten reflections on the Constitutional treaty for Europe'*, EUI Robert Schuman Centre for Advanced Studies and Academy of European Law, San Domenico di Fiesole, Italy 2003.
- Lenaerts – Gerard 2004
Lenaerts, K. – Gerard D., *The structure of the Union according to the Constitution for Europe: the emperor is getting dressed*, 29 *European Law Review*, June 2004.
- Lenaerts – Verhoeven 2000
Lenaerts, K. – Verhoeven, A., *Towards a Legal Framework for Executive Rule-Making in the EU? The Contribution of the New Comitology Decision*, *Common Market Law Review* 37: 645–686, 2000.
- Lenaerts – Verhoeven 2002
Lenaerts, K. – Verhoeven, A., *Institutional Balance as a Guarantee for Democracy in EU Governance*, teoksessa Joerges C. – Dehousse R., *Good Governance in Europe's Integrated Market*, Oxford University Press 2002, s. 35–88.
- Majone 1994a
Majone, G., *The Rise of the Regulatory State in Europe*, *West European Politics* 17: 77–101, 1994:3.
- Majone 1996
Majone, G., *Temporal Consistency and Policy Credibility: Why Democracies Need Non-Majoritarian Institutions*, European University Institute, Working Paper RSC No 96/57.
- Manninen 2003
Manninen, J., *Euroopan arvopaperialan sääntelyprosessi – ns. viisaiden komitean nelitasoinen lähestymistapa*, *Defensor Legis* 2003, s. 254–272.
- Mouffe 2002
Mouffe, C., *Politics and Passions, The Stakes of Democracy*, Centre for the Study of Democracy, London 2002.
- Ojanen 2003
Ojanen, T., *Onko EU:n perusoikeuskirjan oikeudellistaminen askel taaksepäin*, *Lakimies* 2003, s. 672–679.
- Ojanen 2004
Ojanen, T., *Oikeustapauskommentari, Euroopan yhteisöjen tuomioistuin, asia C-112/00 Eugen Schmidberger Internationale Transporte Planzüge v. Itävalta*, *Lakimies* 2004:1, s. 126–135.

Schaefer 1996

Schaefer, G. F., *Committees in the EC Policy Process: A First Step Towards Developing a Conceptual Framework*, teoksessa Pedler, R. H. – Schaefer, G. F. (toim.), *Shaping European Law and Policy: the role of the committees and the comitology in the political process*. Maastricht: European Institute of Public Administration, 1996, s. 3–24.

Tshuma 2000

Tshuma, L., *Hierarchies and Government Versus Networks and Governance: Competing Regulatory Paradigms in Global Economic Regulation*, *Social & Legal Studies* 2000:1, s. 115–142.

Türk 1996

Türk, A., *Case Law in the Area of the Implementation of EC Law: The Role of the Court in the Development of Comitology*, teoksessa Pedler, R. H. – Schaefer, G. F., *Shaping European Law and Policy: The Role of Committees and Comitology in the Political Process*, Maastricht: European Institute of Public Administration, 1996.

Vanhanen 2004

Vanhanen, M., *Kommentteja konventin työstä*, teoksessa Kiljunen K., *EU:n perustuslaki – suomalaisena konventissa, ulkoasiainministeriön Eurooppa-tiedotus, Eurooppatietoa* 181/2004, s. 235–250.

Viljanen 2004

Viljanen, V-P., *Lainsäädäntövallan delegoimisen rajoista*, teoksessa Juhlakirja Pekka Hallberg 1944 – 12/6 – 2004, Jyväskylä 2004, s. 511–523.

Vos 1997

Vos, E., *The Rise of Committees*, *European Law Journal* 3: 210–229, 1997:3.

Weiler 1997a

Weiler, J.H.H., *The European Union Belongs to its Citizens: Three Immodest Proposals*, *European Law Review* 22: 150–156, 1997.

Weiler 1997b

Weiler, J.H.H., *The Reformation of European Constitutionalism*, *Journal of Common Market Studies* 35: 97–131, 1997:1.

Weiler 1999

Weiler, J.H.H., *Epilogue: "Comitology" as Revolution – Infranationalism, Constitutionalism and Democracy*, teoksessa Joerges, C. – Vos, E. (eds.) *EU Committees: Social Regulation, Law and Politics*, Hart Publishing 1999, s. 339–349.

Julkaisemattomat lähteet

Euroopan parlamentin jäsenen Richard Corbett'n 4.5.2003 päivätty muistio.

Kortteinen, J., *Uudistuva komitologia ja toimivallan siirto EU:ssa, selvitys valtioneuvoston EU-sihteeristölle* 2004.

Virallislähteet

Valiokuntamietinnöt ja -lausunnot

Eduskunnan suuren valiokunnan lausunto SuVL 1/2002 vp – E 86/2001 vp.

Eduskunnan suuren valiokunnan lausunto SuVL 2/2003 vp – VNS 2/2003.

Muut virallisyulkaisut

Suomi

Valtioneuvoston selonteko eduskunnalle konventin työn tuloksista ja valmistautumisesta hallitusten väliseen konferenssiin, VNS 2/2003 vp.

Euroopan unioni

Neuvosto

Laekenin julistus SN 300/1/01 REV 1 23.

Toimielinten välinen sopimus paremmasta lainsäädännöstä 23.9.2003, neuvoston asiakirja 12175/03.

Parlamentti

”Accord Delors-Plumb”, Committee on Institutional Affairs 10/88, 28 April 1988, PE 123.217. Mietintö. Komissiolle siirrettyä täytäntöönpanovaltaa käytettäessä sovellettavan menettelyn tarkistaminen – ”komitologia” (13.heinäkuuta tehty neuvoston päätös), 3.8.1998, A4-0292/98. Esittelijä: Maria Adelaide Aglietta.

Resolution on the modification of the procedures for the exercise of implementing powers conferred on the Commission – ‘commitology’ (Council Decision of 13 July 1987), Minutes of 16/09/98 – Provisional Edition, B4-0801/98.

Kaufman-mietintö, 15.11.2001, C5-0454/2001,.

Wogau-mietintö, 23.1.2002, EP Doc A5-11/02.

Bourlanges-mietintö, 3.12.2002, A5-0425/2002 lopull., PE 313.407.

Ortega-mietintö, 17.6.2002, A5-0235/2002 lopull., PE 332.545.

Corbett-mietintö, 29.4.2003, A5-0128/2003 lopull., PE 323.568.

Corbett-mietintö, 11.7.2003, A5-0266/2003 lopull., komission ehdotus v. 1999 komitologia-päätöksen muuttamisesta.

EP:n mietintö A5-0299/2003 10. syyskuuta 2003 ehdotuksesta sopimukseksi Euroopan perustuslaista ja Euroopan parlamentin kannasta hallitusten välisen konferenssin koollekutsumiseen.

Frasconi-mietintö, 25.9.2003, A5-0313/2003 lopull., PE 323.596.

Komissio

Fonctionnement des comites en 1995, Note de synthèse, version révisée, Bruxelles, le 28 juin 1996.

Ehdotus neuvoston päätökseksi menettelystä komissiolle siirrettyä täytäntöönpanovaltaa käytettäessä, Bryssel, 24.6.1998, KOM (1998)380 lopull., 98/0219 (CNS).

Eurooppalainen hallintotapa, valkoinen kirja, KOM (2001)428 lopullinen, 25.7.2001, VL 2001, C 287/5.

Ehdotus neuvoston päätökseksi menettelystä komissiolle siirrettyä täytäntöönpanovaltaa käytettäessä tehdyn päätöksen 1999/468/EY muuttamisesta Bryssel 11.12.2002 KOM (2002)719 lopullinen 2002/0298 (CNS).

Euroopan unionista tehdyn sopimuksen 48 artiklan mukainen komission lausunto jäsenvaltioiden hallitusten edustajien konferenssin järjestämisestä niiden sopimusten tarkistamiseksi, joihin unioni perustuu, Bryssel 17.9.2003

KOM (2003)548 lopullinen.

Kertomus komiteoiden työskentelystä vuonna 2002, Bryssel 8.9.2003, KOM (2003)0530 lopullinen.

Komission tilaama ”Penelope”-työryhmän työasiakirja, <http://europa.eu.int/futurum/index_en.htm>.

Muutettu ehdotus neuvoston päätökseksi menettelystä komissiolle siirrettyä täytäntöönpanovaltaa käytettäessä tehdyn päätöksen 1999/468/EY muuttamisesta, Bryssel 22.4.2004, KOM (2004)324 lopullinen, 2002/0298 (CNS).

Eurooppa-valmistelukunta

WG IX – WD 05, Simplification des procédures – propositions de M. Gabriel Cisneros.

WG IX – WD 06, "Simplifying Legislative Procedures and Instruments" – Paper by Mr. Jean-Claude Piris.

WG IX – WD 07, "How to simplify the instruments of the Union ?" – Paper by prof. Koen Lenaerts.

WG IX – WD 08, "Simplifying Legislative Procedures and Instruments" – Paper by Mr. Michel Petite.

WG IX – WD 10, Working document submitted by the Chairman of the Working Party, Mr Amato: "Examples relating to acts adopted directly on the basis of the treaties by the Council, the Commission or the European Central Bank".

WG IX – WD 24, "Simplifying Legislative Procedures and Instruments" – Paper by Mr. Matti Vanhanen.

WX IG – WD 27 Answers of the Commission's representative to the questions asked by the members of the group.

CONV 271/02 IX työryhmän toimeksianto.

CONV 424/02 (WG IX 13) Yksinkertaistamista käsittelevän työryhmä 9:n loppuraportti.

CONV 448/02 (ANNEX) Komission tiedonanto valmistelukunnalle.

CONV 509/03 CONTRIBUT 209 Contribution from MM. Kimmo Kiljunen, Matti Vanhanen, members of the Convention, MS. Riitta Korhonen and Mr. Esko Helle, alternate members of the Convention – "Report of the Council of State on Finland's positions concerning the future of Europe and issues arisen during the Convention".

Jäsenvaltioiden hallitusten välinen konferenssi

CIG 81/04, liite 20. HVK 2003. Valtion- tai hallitusten päämiesten kokous, Bryssel 17 ja 18.6 2004.

CIG 87/04 Sopimus Euroopan perustuslaista, Bryssel, 6. elokuuta 2004 (OR. fr).

CIG 50/03 COR 2. HVK 2003. Ehdotus sopimukseksi Euroopan perustuslaista (HVK:n oikeudellisten asiantuntijoiden työryhmän tekemien tekstinlaadintaan liittyvien ja oikeudellisten muutosten jälkeen), Bryssel, 10. joulukuuta 2003 (11.12)(OR. fr).

OIKEUSTAPAUKSET

Yhteisön tuomioistuin:

Asia 8/55, *Fédération Charbonnière de Belgique v. Euroopan hiili- ja teräsyhteisön korkea viranomainen*, [1954–56] Kok. 245, 248.

Asia 9/56, *Meroni S.p.A. v. High Authority*, 1957–58 ECR 133.

Asia 10/56, *Meroni S.A.S. v. High Authority*, 1957–58 ECR 157.

Asia 41/69, *ACF Chemiefarma v. Commission*, 1970 ECR 661, 687–688.

Asia 25/70 *Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel v. Köster, Berodt & Co*, 1970 ECR 1161, 1170–1171.

Asia 30/70, *Scheer v. Einfuhr und Vorrattstelle für Getreide und futtermittel*, 1970 ECR 1197, 1205–1207.

- Asia 38/70, *Deutsche Tradax GmbH v. Einfuhr- und Vorrattstelle für Getreide und futtermittel*, 1971 ECR 145, 155.
- Asia 100/74, *C.A.M. v. Commission*, 1975 ECR 1393.
- Asia 23/75, *Rey Soda v. Cassa Conguaglio Zuccherio*, 1975 ECR 1279, 1300–1301.
- Asia 120/78, *Cassis de Dijon Rewe v. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, 1979 ECR 649.
- Asia 230/78, *Eridania v. Ministero dell'agricoltura*, 1979 ECR 2749.
- Asia 98/80, *Romano v. INAMI*, 1981 ECR 1241.
- Asia 176/82, *Nebe v. Commission*, 1983 ECR 2475, 2487.
- Asia 121/83, *Zuckerfabrik Franken*, 1984 ECR 2039, 2058.
- Yhdistetyt asiat 279, 280, 285 ja 286/84, *Rau and others v. Commission*, 1987 ECR 1069.
- Asia 278/84, *Germany v. Commission*, 1987 ECR 1.
- Asia 45/86, *Commission v. Council*, 1987 ECR 1493, 1505.
- Asia 46/86, *Romkes I*, 1987 ECR 2671, 2686.
- Asia 61/86, *United Kingdom v. Commission*, 1988 ECR 431.
- Asia 264/86, *France v. Commission*, 1988 ECR 973.
- Asia 291/86, *Central-Import Münster*, 1988 ECR 3679.
- Asiat 6 ja 7/88, *Ranska ja Espanja v. komissio*, 1989 Kok. 3639.
- Asia 16/88, *Commission v. Council*, 1989 ECR 3457, 3485–3486.
- Asia 22/88, *Vreugenhil ym. v. Minister van Landbouw en Visserij*, 1988 ECR 2049.
- Asia C-202/88, *Ranska v. komissio*, 1991 Kok. I-1223.
- Asia C-322/88, *Grimaldi v. Fonds des maladies professionnelles*, 1989 ECR I-4407.
- Asiat C-47/87 ja 227/88, *Hoechst v. komissio*, Kok. 1989–2859.
- Asia C-240/90, *Saksa v. komissio*, 1992 Kok. I-5383.
- Asia C-212/91, *Angelopharm GmbH v. Freie und Hansestadt Hamburg*, 1994 ECR I-200.
- Asia C-156/93, *Parliament v. Council*, 1995 ECR I-2019.
- Asia C-417/93, *Parliament v. Council*, 1995 ECR I-1185.
- Asia C-21/94, *Parliament v. Council*, 1995 ECR I-1827.
- Asia C-84/94, *Ison-Britannian ja Pohjois-Irlannin Yhdistynyt kuningaskunta v. neuvosto*, 1996 kok. I-05755.
- Asia C-122/94, *komissio v. neuvosto*, 1996 Kok. I-00881.
- Asia C-157/96, *The Queen v. Ministry of Agriculture, Fisheries and Food and Commissioners of Customs & Excise, ex parte National Farmers' Union and others* (ennakkoratkaisu, suojaustoimenpiteet 'hullun lehmän tautia' vastaan Yhdistyneessä kuningaskunnassa), 5.5.1998, 1998 ECR I-2211.
- Asia C-159/96, *Portugali v. komissio*, 1998 Kok. I-7379.
- Asia C-50/00, *Unión de Pequeños Agricultores v. neuvosto*, 25.7.2000, 2002 Kok. I-6677.
- Asia C-378/00, *komissio v. parlamentti ja neuvosto*, 21.1.2003, 2003 Kok. I-937.
- Asia C-112/00 *Eugen Schmidberger Internationale Transporte Planzüge v. Itävalta*, 12.6.2003, 2003 Kok. I-5659.

Ensimmäisen asteen tuomioistuim:

- Asia T-188/97, *Rothmans International BV v. komissio*, 1999 Kok. II-2463.
- Asia T-70/99, *Alpharma Inc. v. neuvosto*, 2002 Kok. II-3495.
- Asia T-254/99, *Maja Srl v. komissio*, 12.3.2003, 2003 Kok. II-757.

Euroopan ihmisoikeustuomioistuin:

Asia 22774/93, *Immobiliare Saffi v. Italy*, 28.7.1999.

Asia 36022/9, *Hatton and Others v. United Kingdom*, 8.7.2003.

Muut lähteet

Response by Consumers' Association to the European Commission White Paper on European Governance.

LYHENTEET

| | |
|-------------------|--|
| COM | Commission |
| CONV | Convent |
| COREPER | Comité des Représentants Permanents (jäsenvaltioiden pysyvien edustajien komitea) |
| Doc | document |
| EC | European Community |
| ECR | European Court Reports |
| EHTY | Euroopan hiili- ja teräsyhteisö |
| EK | eduskunta |
| EKP | Euroopan keskuspankki |
| EP | Euroopan parlamentti |
| ETY | Euroopan talousyhteisö |
| EU | Euroopan unioni |
| EV | eduskunnan vastaus |
| EY | Euroopan yhteisö |
| EYVL | Euroopan yhteisöjen virallinen lehti |
| HE | hallituksen esitys |
| HM | Suomen hallitusmuoto |
| HVK | hallitusten välinen konferenssi |
| IGC | Inter Governmental Conference |
| KLK | komitologiakomitea |
| KM | komiteamietintö |
| KOM | komissio |
| Kok. | EY:n tuomioistuimen oikeustapauskokoelma |
| L | laki, lausunto |
| M | mietintö |
| perustamissopimus | Euroopan yhteisön perustamiseksi muutettu Euroopan talousyhteisön perustamissopimus |
| OJ | Official Journal |
| PeV | perustuslakivaliokunta |
| PJ | puheenjohtaja |
| SEU | sopimus Euroopan unionista |
| SuV | suuri valiokunta |
| U | unioniasia |
| UaV | ulkoasiainvaliokunta |

Juhani Kortteinen

THE NEW DRAFT CONSTITUTION FOR EU AND DELEGATION OF NORMATIVE POWERS

The fundamental issues of delegation of normative powers are explained in the article through normative analysis with the fulfillment of democratic accountability and safeguarding fundamental rights in mind. The implications of the new draft constitution and its' hierarchy of norms on the delegation of powers, accountability, separation of legislative and implementing powers, institutional balance and on legal safeguards are specifically under scrutiny. Since the foundations of the delegation of powers were established through the case law of the Court of Justice, the main features of this court practice are explained. Comitology, as a specific form of organizing democratic governance as an interplay between the national and supranational level, is at the core of the discussion on the delegation of implementing powers.

The birth of these kind of committees stemmed out of practical necessity at the beginning of the 1960's, when there was an urgent need to have specific regulation of the Common Agricultural Policy, which could not be achieved through the basic legislation adopted by the Council. When the idea of supervising committees was born, the legal basis to set them up did not exist. It was not until 1987 when the main legal rules concerning comitology were formally confirmed in a decision of the Council, which was mostly codifying the preceding case law and practice. In fact the negative opinion or lack of opinion by the committee is comparable to a decision to withdraw, *in casu*, Commission's implementing powers and return them back to the Council.

There is a wide unanimity on the necessity and usefulness of the comitology procedures. Without them the implementation of the sectoral policies would be endangered, and the Common Agricultural Policy would simply collapse. The negotiation process within the comitology committees serves for the Member States as a guarantee for the acceptability of the enacted implementation norms. This in turn increases the willingness of the Member States to implement the secondary norms of Community law, thereby providing for the effectiveness of the implementation of Community law on the national level. It is, after all, the Member States, which bear the main responsibility over this implementation.

The European parliament has been dissatisfied with the comitology and considers it as a means of avoiding parliamentary scrutiny when second-

ary norms of community law are enacted. The European parliament acts as a co-legislator together with the Council in matters decided according to the co-decision procedure. However, when the Council delegates to the Commission the power to adopt implementing norms, the European parliament is immediately out of the playground, losing the possibility to supervise the adoption of these implementing norms, which have direct applicability in the Member States and create obligations and rights to individuals. As a consequence, a declaration calling for a reform of comitology was attached to the Amsterdam treaty, leading to a new Council decision on comitology in 1999, streamlining it and granting to the EP for the first time a formal right to react in case it would consider the Commission implementing act, based on co-decision procedure, to be *ultra vires*. However, the EP has no formal powers to hinder Commission proposal for implementing measure to become into force.

Parallel to the drafting of the new Constitution for Europe, the Commission has made two proposals to reform comitology. The key feature in these Commission proposals is the urge to detach the Commission from the supervision of the Member States. However, they remain reluctant, as ever, to accept for the Commission the powers to pass implementing measures regardless of the negative opinion of a comitology committee.

The most significant impact of the new hierarchy of norms, introduced in the proposal for a new Constitution, is the reform of the political supervision of the use of implementing powers by the Commission. Alongside with the new three level hierarchy of norms (European laws, delegated regulations, implementing acts) the European parliament will achieve one of its long time goals, when it will be given an independent right of call-back with regard to delegated regulations issued by the Commission as well on *ultra vires* as on substantial grounds. As a consequence, the Commission will not be able to pass delegated regulations should the EP reject the Commission proposal.

The proposed hierarchy of norms implies also that part of the matters, which are at present dealt with within the comitology procedures, will be removed to the level of delegated regulations outside the reach of comitology procedures. The procedure, whereby the actual adjustment of implementing measures to fit the Member States' differences and political considerations has taken place with the co-operation of the national administrations and the Commission, will lose ground. This may weaken the contextuality of community law. Also the clear tendency to give increasingly implementing measures in the form of directly applicable regulations will be reinforced, resulting in diminishing participation of the national legisla-

tures in adjusting implementing measures to the local conditions in Member States. Increased channeling of the process of supervising and assisting the Commission in the preparation of implementing measures through the EP will weaken the position of the smaller Member States, since they have relatively stronger position in the Council compared to their impact in the EP. This may lead to the overburdening of the COREPER, because the importance of the defining of the conditions of delegation in European laws as a means to guide the Commission in its activity of passing delegated regulations will increase. Even though the number of regulatory instruments shall be less according to the new draft Treaty, it will not do very much for the clarification of the hierarchy of norms.

One of the crucial impacts of the new draft Treaty will be a rapid strengthening of the supranationality of Community law. This may enhance the efficiency of the implementation of Community law in Member States. However, there is also a possibility of diverse development, if the willingness of national administrations to apply effectively Community law will diminish due to their decreased possibilities to participate in the formulation of community implementing measures. It is, after all, the member States authorities who will bear the main responsibility for the effective implementation and application of Community law in the Member States. There are no supranational arrangements that could substitute this crucial role of the national administrations.

The draft constitutional Treaty seems insufficiently, and not very thoroughly prepared, what comes to its arrangements with regard to delegation of powers and hierarchy of norms. Therefore it is likely that the future IGC's will have to tackle these issues again in the near future.

Jari Laasanen

**ABSTRAKTINEN VAARA –
VAARANTAMISRIKOKSISTA
HYVINVOINTIVALTION
RIKOSOIKEUDESSA**

Sisällys

| | | |
|-----|--|-----|
| 1 | JOHDANTO | 327 |
| 1.1 | Abstraktinen vaara | 327 |
| 1.2 | Oikeusvaltiollisesta ajattelusta hyvinvointivaltiolliseen | 328 |
| 1.3 | Muutosten vaikutus rikosoikeuteen | 330 |
| 2 | VAARANTAMISVAATIMUSTEN TULKINTOJA | 332 |
| 2.1 | Vaarantamisrikosopin vakiintumattomuus | 332 |
| 2.2 | Aikaisempi vaarantamiskäsitteistö | 332 |
| 2.3 | Vaarantamishakuinen suuntaus | 335 |
| 2.4 | Käsitteistön muutos | 338 |
| 2.5 | Uudempia vaarojen jaotteluja ja tulkintoja | 341 |
| 3 | ABSTRAKTISEN VAARAN HYVINVOINTIVALTIOLLINEN TULKINTA | 346 |
| 3.1 | Abstraktisen vaaran tulkinnan lähtökohtia | 346 |
| 3.2 | Modernin oikeuden normien muodostaminen | 348 |
| 3.3 | Normi ja toimintaympäristö | 350 |
| 3.4 | Normi ja kielletty riski | 353 |
| 3.5 | Abstraktinen vaara hyvinvointivaltion rikosoikeuden ilmentymänä | 355 |
| 3.6 | Kielletty riski ja vaarallisuus | 358 |
| 3.7 | Abstraktisen vaarantamisen kielto yhteisen hyvän suojana | 360 |
| 4 | YLEINEN VAARA | 364 |
| 4.1 | Yleistä | 364 |
| 4.2 | Yleinen vaara Honkasalon mukaan | 365 |
| 4.3 | Konkreettisen yleisen vaaran kehittelyjä | 366 |
| 4.4 | Konkreettisen yleisen vaaran hyvinvointivaltiollinen tulkinta | 370 |
| 4.5 | Abstraktinen yleinen vaara | 372 |
| 4.6 | Abstraktisen yleisen vaaran hyvinvointivaltiollinen tulkinta | 374 |

| | |
|---|-----|
| 5 LOPPUPÄÄTELMÄT | 376 |
| LÄHTEET | 379 |
| OIKEUSTAPAUKSET | 381 |
| LYHENTEET | 381 |
| ABSTRACT DANGER | |
| On endangerment offences in the welfare state | 382 |

Abstraktinen vaara – vaarantamisrikoksista hyvinvointivaltion rikosoikeudessa

1 JOHDANTO

1.1 Abstraktinen vaara

Tässä kirjoituksessa käsittelen kriminalisointien vaarantamisvaatimuksia. Erityisesti on lisääntynyt lausekkeen *on omiaan vaarantamaan* käyttäminen. Lausekkeen sisältämää vaaran vaatimusta kutsutaan tässä kirjoituksessa abstraktiseksi vaaraksi. Abstraktisen vaaran lisäksi toinen käsittelykohde on yleinen vaara, jossa on myös nähty abstraktisen vaaran piirteitä. Vaarantaminen rikosoikeudellisen vastuun perusteena on saanut vaarantamissääntelyn lisääntymisen vuoksi yhä enemmän merkitystä, mutta vaarantamisrikosten tulkintaopit eivät ole edelleenkään kovin vakiintuneita.¹ Erityisiä ongelmia näyttääkin aiheuttaneen juuri abstraktinen vaara.

Rikosoikeudellinen vastuu perustuu aina jollekin käsitykselle yhteiskunnassa vallitsevista oikeuksista ja oikeuksien järjestelmästä. Tällaisina vastuun perustavina malleina on käsitelty erityisesti oikeusvaltiollista liberaalista mallia ja hyvinvointivaltiollista sosiaalista mallia.² Nämä kaksi mallia on usein nähty toistensa vastakohtina. Esimerkiksi Jareborg erottelee mallien pohjalta toisilleen vastakkaisina oikeusvaltiollisen mallin mukaisen defensiivisen rikosoikeuspolitiikan ja hyvinvointivaltiolle ominaisen offensiivisen rikosoikeuspolitiikan.³

Tässä työssä ajatellaan ennemminkin Habermasin tavoin. Oikeusvaltiollinen ja hyvinvointivaltiollinen käsitys nähdään samoja päämääriä eri tavoin toteuttavina sääntelyn malleina. Ne muodostuvat siten rinnakkaisiksi ja toisiaan edellyttäviksi. Oikeusvaltiollisella ja hyvinvointivaltioli-

¹ Lahti 2000, s. 285.

² Ks. esim. Nuotio 1998, s. 53 ss.

³ Jareborg 1994, passim.

sella sääntelyllä on kuitenkin omat ominaiset piirteensä ja lähtökohtansa, jotka erottavat ne toisistaan. Sääntelyn ymmärtäminen vaatii eri piirteiden omien lähtökohtien tunnistamista. Tästä syystä teenkin jaottelun oikeusvaltiolliseen rikosoikeuteen ja hyvinvointivaltiolliseen rikosoikeuteen. Näillä ilmaisuilla on tarkoitus kuvata sääntelyn erityyppisiä piirteitä. Kyseiset piirteet voitaisiin nimetä toisinkin. Tässä vastuuperusteiden kokonaisuudessa abstraktinen vaara edustaa hyvinvointivaltiollista rikosoikeutta.

1.2 Oikeusvaltiollisesta ajattelusta hyvinvointivaltiolliseen

Habermasin mukaan aina vain toiminnoiltaan monimutkaistuvassa yhteiskunnassa esiintyy monia erilaisia toiminnan mukaan erotettavia toimintaympäristöjä (complex society of functionally specified domains of action), joissa yksittäinen toimija joutuu marginaaliseen osallistuja-toimijan (client) asemaan. Toimintaympäristössä toimija joutuu alttiiksi siinä muodostuville sattumanvaraisuuksille, jollei niitä millään keinoin voida hallita. Erilaisia toimintaympäristöjä voidaankin pyrkiä normatiivisin keinoin järjestämään, ja toisaalta niissä tapahtuvaa toimintaa voidaan pyrkiä hallinnollisin voimin ohjaamaan.⁴ Hyvinvointivaltiollinen oikeus järjestää toimintaympäristöjä yksilöiden vapausoikeuksien tasavertaista toteuttamista varten.

Habermas on esittänyt taulukon näkökulmaerosta, jonka mainitut kaksi oikeuksien mallia tuottavat. Myös Nuutila on hyödyntänyt tätä ajattelua tutkimuksessaan. Taulukossa vasemmalla puolella on oikeusvaltiollisen yksittäisen toimijan näkökulma tiettyyn toimintaympäristössä sattuneeseen tapahtumaan. Oikea puoli taas edustaa hyvinvointivaltiollista toimintaympäristöstä lähtevää tarkastelua. Liberalistinen näkökulma on enemmän jo sattunutta tapahtumaa painottava. Tapahtuma eristetään ympäristöstään ja olennaiseksi kysymykseksi muodostuu se, voitaisiinko tapahtuma jotenkin jälkikäteen hyvittää. Hyvinvointivaltiollinen näkemys taas painottaa enemmän tulevaisuutta. Jo sattunut tapahtuma on vain yksi monista, ja olennaisin kysymys on se, miten tämänkaltaiset tapahtumat voitaisiin tulevaisuudessa estää. Päämääränä molemmissa tarkastelutavoissa on tapahtumaan vaikuttaminen, mutta menetelmät poikkeavat näkökulmiltaan ja painoituksiltaan toisistaan. Samaan tapahtumaan voidaan liittää erilaisia tarkastelutapoja itse tapahtuman pysyessä samana.

⁴ Habermas 2001, s. 404–405.

| Liberalistinen näkökulma (The Liberal View) | Hyvinvointivaltiollinen näkökulma (Today's View) |
|---|--|
| Ainutkertainen (unique) | Tilastollinen (statistical) |
| Yksilöllinen ja henkilökohtainen (individual, personal) | Kategorinen ja persoonaton (category, impersonal) |
| Konkreettinen (concrete, anecdotal) | Yleistetty (generalized, purged of detail) |
| Satunnainen ja harvinainen (occasional, random) | Toistuva ja systemaattinen (recurrent, systemic) |
| Eristetty teko (isolated conduct) | Osa toimintaa (part of an activity) |
| Yksittäistapauksessa ei ennakoitavissa (unforeseeable in the particular) | Toiminnassa ennakoitavissa oleva (predictable in the aggregate) |
| Wait and see, fatalism | Manageable, planning through insurance and regulation |

Taulukko 1. Liberalistinen ja hyvinvointivaltiollinen näkökulma⁵

Yhteiskunta on siten muuttunut enemmän yksittäisten tekojen yhteiskunnasta toimintojen yhteiskunnaksi. Nähdäkseni tässä on kysymys osittain näkökulman muutoksesta ja osittain yhteiskunnan konkreettisesta muutoksesta. Yhteiskunnan teknistyminen ja kaupallistuminen on synnyttänyt uusia toimintoja, ja siltä osin kyse onkin itse yhteiskunnan muutoksesta. Samalla myös näkökulma on muuttunut. Monet sellaiset tapahtumat, jotka on aikaisemmin käsitelty yksittäisinä, on alettu liittää johonkin laajempaan yhteyteen. Rakennustyöntekijän vahingoittumista työmaalla ei nähdä vain yksittäisenä ikävänä vahinkotapahtumana, vaan se liittyy laajempaan kokonaisuuteen. Rakennustyöntekijän vahingoittuminen on osa rakennustoimintaa.

⁵ Habermas 2001 (alkuteos 1992), s. 405 ja Nuutila 1996, s. 45. Taulukon englanninkielinen termi on Habermasilta ja suomenkielinen Nuutilalta. Viimeinen kohta puuttuu Nuutilan käyttämästä taulukosta.

Habermasin mukaan nykyiset oikeudelliset käytännöt eivät aseta etusijalle kumpaakaan oikeuden mallia; eivät formaalista liberaalista oikeutta eikä sisällöllistä tarkoitushakuista hyvinvointivaltiollista oikeutta. Enemminkin kysymys olisi siitä, miten nämä kohtaavat toisensa ja miten niiden molempien rinnakkainen yhtäaikainen toteuttaminen olisi mahdollista.⁶

1.3 Muutosten vaikutus rikosoikeuteen

Rikosoikeussystematiikkamme on rakennettu oikeusvaltiollisen liberaalin mallin mukaan. Tapahtumien tarkastelu perustuu yksittäisen henkilön oikeuden välittömään loukkaukseen tai siihen, että oikeudenloukkaus on vältetty vain sattumalta. Kysymys on lähinnä seurausrikoksista tai konkreettista vaaraa edellyttävistä kriminalisoinneista. Näitä voidaankin siten kohtuullisen hyvin käsitellä vallitsevassa systematiikassa. Systematiikkaan soveltuvat myös puhtaat tekoricokset tai sellaiset presumoitua vaaraa edellyttävät kriminalisoinnit, joissa ei yksittäistapauksessa vaadita lainkaan kriminalisoinnilla suojeltavan kohteen olemassaolon arviointia.

Hyvinvointivaltiollisen ajattelun vahvistuminen on vaikuttanut myös rikosoikeuden sisältöön. Vaarantamiskriminalisoinnit ovat lisääntyneet yhteiskunnan monimuotoistumisen myötä, kun erilaisia toimintoja on saattettu sääntelyn piiriin. Myös rikosoikeudessa tarkastelun painopiste siirtyy monessa kohdin yksittäisistä teoista toimintoihin, joissa säänneltäviksi tarkoitettuja haitallisia ilmiöitä tyypillisesti esiintyy. Ennen kuin jokin teko on tosiasiaassa tapahtunut, sitä ei voida tarkastella yksittäisenä tekona tai yksityisen henkilön oikeuden loukkauksena. Hyvinvointivaltiollinen sääntelytekniikka vaatii siten jotain välittävää tekijää yksilöiden oikeuksien suojan ja kriminalisoitavan teon välille. Tässä esiin nousevat erilaiset yhteiset oikeudet, joiden loukkaaminen kriminalisoidaan, jotta voitaisiin estää yksilöiden oikeuksien loukkaaminen. Samoin lisääntyvät vaarantamisrikokset abstraktisen vaaran kriminalisointeina. Tarkoitus on suojata kaikkia, joille voisi sattua vahinkoja säänneltävissä toiminnoissa.⁷

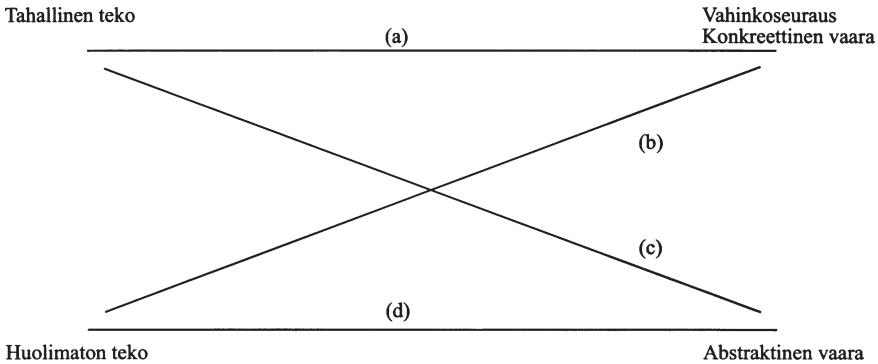
Näyttääkin selvästi siltä, että oikeusvaltiollisen ja hyvinvointivaltiollisen sääntelytekniikan tavoitteet ovat rikosoikeudenkin alalla samanlaiset eli kysymys on yksilöiden suojaamisesta oikeudenloukkauksilta. Kriminalisoinneissa voidaan yhdistää piirteitä kummastakin ajattelutavasta. Piirteet

⁶ Habermas 2001, s. 388 ss.

⁷ Habermas 2001, s. 388 ss.; Nuotio 1998, s. 46 ss.; Nuutila 1996, s. 40–61 ja Jareborg 1994, s. 46–47.

olisikin eriteltävä, jotta tulkinnassa voidaan kiinnittää huomiota mallien erilaisiin toimintatapoihin.

Rinnakkaisuutta voidaan kuvata myös seuraavalla kuviolla 1. Kuviossa viivat (a)–(d) kuvaavat syy-seuraussuhdetta teon ja seurauksen välillä. Kuvio on hyvin pelkistetty, eikä esimerkiksi tahallisuutta ja tuottamusta voida aivan kuviossa esitetyllä tavalla suhteuttaa toisiinsa tai erilaisiin vaaroihin. Kuvion tarkoituksena onkin lähinnä valaista oikeusvaltiollisen mallin mukaisten seurausrikosten ja konkreettista vaaraa edellyttävien kriminalisointien rinnakkaisuutta hyvinvointivaltiolliseen abstraktiseen vaaraan. Jos vaarat sijoitettaisiin samalle viivalle, näyttäytyisi abstraktinen vaara alemmanasteisena konkreettisena vaarana. Kun oikeusvaltiollinen ja hyvinvointivaltiollinen ajattelu ymmärretään ennemminkin rinnakkaisiksi, voidaan niille perustuvia kriminalisointien piirteitä eritellä mallien mukaisten toimintatapojen mukaan.



Kuvio 1. Oikeusvaltiolliset ja hyvinvointivaltiolliset piirteet yhdistävä malli.

Abstraktisesta vaarasta esitetyt tulkinnat ovat edustaneet melko pitkälle oikeusvaltiollisesta näkökulmasta tehtyä tarkastelua eli abstraktinen vaaran on asetettu samalle viivalle oikeusvaltiollisen konkreettisen vaaran kanssa. Näkisin tämän aiheuttaneen abstraktisen vaaran tulkinnan suurimmat ongelmat, enkä omassa tulkinnassani sitoudukaan oikeusvaltiollista sääntelyä varten rakennettuun systematiikkaan. Tarkoitukseni on täsmentää, miten abstraktinen vaara voidaan ymmärtää hyvinvointivaltiollisesta näkökulmasta. Samalla tarkastelen kyseisestä näkökulmasta myös sitä, miten vaarallinen toiminta, abstraktinen vaara ja kielletty riski eroavat toisistaan. Käsittelemäni aluksi luvussa 2 vaarantamiskäsitteistöä ja sen muutoksia sekä abstraktisesta vaarasta esitetyt tulkintoja ja luvussa 3 esitän oman tulkintani. Luvussa 4 sovellan esittämäni tulkintatapaa myös konkreettisen ja abstraktisen yleisen vaaran määrittämiseen.

2 VAARANTAMISVAATIMUSTEN TULKINTOJA

2.1 Vaarantamisrikosopin vakiintumattomuus

Ennen kuin tulkitsen abstraktista vaaraa (luvussa 3), on kuitenkin syytä käydä joiltakin osin läpi vaarantamisrikoksista esitettyjä tulkintoja, koska oma abstraktisen vaaran tulkintani poikkeaa aikaisemmin esitetyistä käsityksistä. Tämänhetkistä vaarantamisrikosoppiamme leimaa Lahden mukaan edelleen tietty vakiintumattomuus. Lainkäytön yhtenäisyyden kannalta vaarantamisrikosten systematiikan olisi syytä olla nykyistä täsmällisempää.⁸

Vaarantamisrikosten epäyhtenäinen käsittely on nähdäkseni seurausta 1960- ja 1970-luvuilla vahvistuneesta rikosoikeuden vaarantamishakuisesta suuntauksesta. Rikosoikeudessa monilta osin perusteltu painotuksen siirto seurausrikoksista vaarantamisrikoksiin on tapahtunut aluksi lähinnä kriminaalipolitiikan suunnalla ja systematiikan kehittäminen enentyvää vaarantamisrikossääntelyä varten on jäänyt kriminaalipoliittisen painotuksen aikana vähemmälle huomiolle. Vaarantamissuuntautuneisuuden myötä myös vaara-kriminalisoinnit ovat monimuotoistuneet. Honkasalon oppikirjoissa suuntautuneisuuden vaikutus ei ole vielä kovin voimakkaasti nähtävillä, mutta esimerkiksi jo Kantolan tutkimuksessa vuodelta 1969 vaarantamiskriminalisointien lisääntyminen painottuu. Kehityksessä vaara-käsitteistökin on kokenut muutoksia. Koskinen kokoaa muutosten tuloksia vuonna 1984 Lakimiehessä julkaistussa artikkelissa. Nähdäkseni vaarantamisrikosoppi ja vaarantamiskäsitteistö eivät ole Koskinen artikkelin jälkeen muuttuneet mitenkään merkittävästi. Kysymyksenasettelu on pysynyt pääosiltaan samanlaisena, mutta tarkennuksia ja kehittelyjä on tehty edelleen.

Aloitin käsittelyn jaksossa 2.2 esittelemällä pääpiirteissään jaon konkreettisiin ja abstraktisiin vaarantamisrikoksiin lähinnä Honkasalon esitysten pohjalta. Nämä kuvaavat käsitteistöä ennen muutoksia. Jaksossa 2.3 tuon esille joitain seikkoja rikosoikeuden vaarantamissuuntautuneisuuden voimistumisesta ja sen jälkeen jaksossa 2.4 selvitän vaara-käsitteistöä muutosten jälkeen. Luvun loppuksi käsittelen vielä joitain nykyisiä vaarojen tulkintoja.

2.2 Aikaisempi vaarantamiskäsitteistö

Vaaralla rikosoikeuden käsitteenä tarkoitetaan yleisesti tilaa, johon liittyy yleisesti tai vain tekijälle tunnetuissa oloissa läheinen mahdollisuus jon-

⁸ Lahti 2000, s. 285.

kin oikeushyvän loukkauksesta.⁹ Vaarakäsitteestä käyty keskustelu on liittynyt lähinnä kausaalisuuskeskusteluun.¹⁰ Honkasalo määrittelee konkreettisen ja abstraktisen vaaran kausaalisuustutkimuksessaan seuraavasti:

”Säätäessään täytettynä rikoksena rangaistavaksi intressien vaarantamisen lainsäätäjä on käyttänyt kahta eri menettelytapaa. Toisinaan on rangaistavuuden edellytykseksi asetettu, että konkreettinen vaara on aikaansaatu, joten vaaran toteaminen in casu on lainkäyttäjän tehtävänä. Toisissa tapauksissa rangaistus on säädetty määrätystä yleisen kokemuksen mukaan vaaraa tuottavasta suhtautumisesta, joten rangaistus ei riipu siitä, onko suhtautumisesta in casu aiheutunut vaaraa vaiko ei. Viimeksimainituissa tapauksissa lainsäätäjä on luonut kumoamattoman presumtionin suhtautumisen vaarallisuudesta, joten lainkäyttäjän tehtävänä on ainoastaan vaaralliseksi katsotun teon toteaminen. Sen mukaan edellyttääkö tunnusmerkistö konkreettista vaiko abstraktista vaaraa, jaetaan vaarantamisrikokset konkreettisiin ja abstraktisiin.”¹¹

Honkasalon vaarajaottelu on ollut selkeästi kaksijakoinen, vaarantamisrikokset on jaettu konkreettisiin ja abstraktisiin sen mukaan, edellyttääkö tunnusmerkistö lainkäyttäjältä vaara-tunnusmerkin tapauskohtaista toteamista vai ei. Honkasalo esittää jaottelun hyvin samalla tavalla rikosoikeuden yleisten oppien oppikirjassa yritysopin kohdalla.¹²

Konkreettisen vaaran osalta on pohdittu sen subjektiivisuutta tai objektiivisuutta. Subjektiivinen konkreettinen vaara olisi lähinnä tekijän henkilökohtainen mielle vaaran käsilläolosta. Objektiivinen tulkinta taas perustuisi ennemminkin ulkoisesti havainnoitaviin seikkoihin eikä pelkästään sisäiseen mieltämiseen.¹³ Objektiivisellä vaaralla rikosoikeudellisena käsitteenä ymmärretään tilaa, johon ennalta arvostellen liittyy mahdollisuus, että jokin oikeudenloukkaus voi syntyä.¹⁴ Kun arvioinnin perusteena alettiin suuntautua objektiivisen vaaran kannalle, on sen osalta pohdittu vahingon mahdollisuuden vaikutusta vaaran toteamiseen.¹⁵ Ongelma on liittynyt pääosin rikoksen yritysoppiin. Kysymys on lähinnä siitä, olisiko

⁹ Kantola 1969, s. 38. Alun perin von Liszt, ks. esim. von Liszt, Franz: Rikosoikeuden yleiset opit. Kerava 1929, s. 131.

¹⁰ Kantola 1969, s. 38.

¹¹ Honkasalo 1933, s. 183.

¹² Honkasalo 1967, s. 147.

¹³ Kantola 1969, s. 38 ss. ja Honkasalo 1933, s. 168 ss.

¹⁴ Kantola 1969, s. 40 ja Ellilä 1968, s. 70. Alun perin von Liszt, ks. esim. von Liszt, Franz: Rikosoikeuden yleiset opit. Kerava 1929, s. 155.

¹⁵ Kantola 1969, s. 38 ss. ja Honkasalo 1933, s. 168 ss.

konkreettista vaaraa arvioitava etukäteisarvion vai jälkikäteisarvion mukaan, koska arvionittavan valinnalla on yrityksen täyttymisen kannalta oleellista merkitystä. Jos rikoksen täyttämiseksi ei ollut edes objektiivisia edellytyksiä, olisiko tekoa silti pidettävä rikoksen yrityksenä tekijän tahdon suuntautumisen perusteella? Voidaanko esimerkiksi kuollutta yrittää surmata, jos tekijä ei tiedä, että toinen onkin jo kuollut?¹⁶ Ongelmiin on esitetty erilaisia vastauksia. Konkreettisesti vaarassa on näistä ongelmista riippumatta ollut kuitenkin kysymys yksittäistapauksellisesta vaara-arviosta, jossa arvio perustuu suoraan jonkin tietyn yksittäisen intressin loukkauksen mahdollisuudelle eriasteisin todennäköisyyksin.

Konkreettinen vaara on sisällöltään pysynyt melko samanlaisena, mutta jäsenystä on viety jonkin verran pidemmälle. Nykyään vallitsevan ajattelun mukaan rikoksen yrityksen vaara on jonkin verran laajempialaista kuin konkreettinen vaara.¹⁷ Konkreettinen vaara edellyttää vahingon sattumisen ontologista mahdollisuutta, kun taas yritys voi täytyä vaikka konkreettista vaaraa ei syntynytkään. Yrityksen täyttymiseksi vaaditaan, että etukäteisarviossa oli huomioonotettavaa vaaraa rikoksen täyttymisestä ja että vaara on ollut huomioonotettavaa myös jälkikäteen arvioiden. Lisäksi yritys täytyy, jos vaara on vältetty vain satunnaisista syistä. Konkreettista vaaraa ei kuitenkaan synny ilman vahingon sattumisen läheistä mahdollisuutta. Jonkun intressin on todella ollut oltava vaaran piirissä.¹⁸

Abstraktinen vaara tarkoittaa Honkasalon määritelmän mukaan sitä, että tunnusmerkistöissä ei lainkaan aseteta vaara-vaatimusta. Lainsäätäjä on kriminalisoinut tietyn tekotyypin vaarallisuutensa perusteella. Kun teko kuuluu tuohon vaaralliseen tekotyyppeihin, ei vaaran osalta ole enää harkintavaltaa. Abstraktisen vaaran perustapauksena esiintyi tahallinen murhapoltto. Honkasalon mukaan murhapoltto oli säännönmukaisesti luonteeltaan abstraktinen vaarantamisrikos. Murhapoltton tunnusmerkistö täytyi pelkästään laissa mainitun omaisuuden tuleen sytyttämisellä. Minkäänlaisen vaaran aiheutumista ei ole rangaistavuuden edellytyksenä ollut.¹⁹ Esimerkiksi tapauksessa KKO 1987:81 teon rangaistavuus murhapolttona perustui siihen, että tuleen sytytetylle rakennukselle asetetut vaatimukset täytyivät. Mitään vaaran arviontia ei ollut tarpeen tehdä. Rakennus oli ollut enimmäkseen asumattomana ja tekijä oli vielä tiennyt, ettei rakennuksessa ollut

¹⁶ Honkasalo 1967, s. 145–170 ja Serlachius 1909, s. 153–166.

¹⁷ Frände 1994a, s.15.

¹⁸ Rikoslaki 5 luku 1§ 2 mom. ja sitä koskeva HE 44/2002, s. 135–136 sekä Frände 2001, s. 101–106 ja Nuutila 1997, s. 329–333.

¹⁹ Honkasalo 1960, s. 138.

ketään syyttämisen aikaan. Kun konkreettisten vaarantamisrikosten ryhmä on pysynyt melko yhtenäisenä, on sitä vastoin abstraktisten vaarantamisrikosten ryhmä Honkasalon tavoin määriteltynä muuttunut.²⁰

2.3 Vaarantamishakuinen suuntaus

Suomalaisen rikosoikeuden alalla on noin 1960-luvulta alkaen keskusteltu vaarantamishakuisuudesta rikosoikeuden kehittämissuuntana. Vaarantamishakuisuudella rikosoikeudessa tarkoitetaan tietystä teosta seuraavaa vastuuta itse teon tekemisen ja vaaran aiheuttamisen perusteella. Tällaisella sääntelytekniikalla on ajateltu korvattavan erityisesti seurausvastuurikoksia. Anttilan mukaan seurausvastuulla tarkoitetaan vastuuta syntyneestä vahingosta syyllisyydestä riippumatta. Rikosoikeuden järjestelmän kehittyessä seurausvastuun ala ensin supistuu sillä tavoin, että seurauksen lisäksi aletaan edellyttää syyllisyyttä: joko tahallisuutta tai tuottamusta.²¹ Kehitys jatkuisi siten, että edelleen painotettaisiin syyllisyyttä vastuun perusteena, mutta luovuttaisiin seurauksen edellyttämisestä. Näin siirryttäisiin puhtaasta seurausvastuusta vaarantamisvastuuseen.

Henkirikossääntelyn uudistuksen yhteydessä 1960-luvulla on sääntelyä nimenomaan kehitetty mainitunlaisen suunnan mukaan.²² Puhdas seurausvastuu syyllisyydestä riippumatta poistui vaarantamis- ja syyllisyshakuisuuden tieltä. Vaarantamisrikoksia oli toki aiemminkin ollut rikoslainsäädännössä ja kysymys onkin pikemmin painotuksen muuttumisesta.²³ Esimerkiksi Koskinen katsoo, että kyse on ollut tärkeästä periaatelinjauksesta vaarantamisvastuun suuntaan.²⁴

Vaarantamissuuntautuneisuuden osalta henkirikossääntelyn uudistamiseen suhtauduttiin eri tavoin. Honkasalo kirjoittaa, että yleinen oikeustaju liittyy vastuun nimenomaan seurauksen aiheutumiseen. Hän katsoo, että vaarantamishakuisuus pilaa rikoslain selväpiirteisyyden.²⁵ Anttila taas pitää vaarantamishakuisuutta hyvinkin kannatettavana suuntauksena. Seurausvastuu kuuluu alkukantaisiin järjestelmiin, ja järjestelmän kehittyessä on luonnollista siirtyä syyllisyysperusteisen seurausvastuun kautta vaa-

²⁰ Koskinen 1984, s. 1124.

²¹ Anttila 1969, s. 625–632 ja 643–645.

²² Laki rikoslain muuttamisesta 14.7.1969/491.

²³ Koskinen 1984, s. 1116–1117.

²⁴ Koskinen 1984, s. 1128.

²⁵ Honkasalo 1966, s. 483 ja 486.

rantamisvastuuseen ja lopulta jopa täydelliseen seurausvastuusta luopumiseen.²⁶ Itse katsoisin, että Honkasalon ja Anttilan näkemysten välillä on myös tietty yhteys. Molemmat esitetään henkirikossääntelyä käsittelevää uudistusta koskevissa artikkeleissa, joten niissä käsitellään melko suppeaa rikossääntelyn aluetta, vaikka vastuuperusteet liittyvät koko rikosoikeusjärjestelmään. Teksteissä näkyy ajatus rikosoikeuden järjestelmän itsenäisyydestä ja erillisyydestä. Esimerkiksi Honkasalon tekstissä erityisesti rikoslaki irrotetaan muusta sääntelystä, myös rikoslain ulkopuolisesta rikossääntelystä. Kokonaisuudessaan näyttääkin siltä, että seurausvastuu ja vaarantamisvastuu on teksteissä ymmärretty pitkälti valintakysymyksinä. Ympäröivästä maailmasta riippumatta voitaisiin tehdä valintoja seuraus- tai vaarantamisvastuun välillä. Honkasalo pitäytyisi syyllisyyttä edellyttävässä seurausvastuussa, kun taas Anttila jopa asettaa tavoitteeksi pitkällä aikavälillä kokonaan seurausvastuusta irtautumisen.

Vaikuttaa erikoiselta, että rikosoikeus tai edes rikoslaki voisi olla tällaisen valinnan kohteena. Nähdäkseni rikosoikeudellisen sääntelyn luonnetta ei voida tällä tavalla valita, vaan sääntely mukautuu muuhun yhteiskunnalliseen kehitykseen. Muussa tapauksessa sääntely ei enää tavoita uusia yhteiskunnallisia ilmiöitä. Näkisin asian siten, että vaarantamisvastuu ja syyllisyysperusteinen seurausvastuu tai puhdas seurausvastuu ovat olleet rikosoikeusjärjestelmän osia jo aiemminkin. Esimerkiksi vaarantamisrikokset eivät ole uusi ilmiö.²⁷ Kantola kirjoittaa vuonna 1970 liikenneriikoksia koskevassa artikkelissaan, että yhteiskunnan teknistyminen on vaikuttanut siten, että säänneltäviksi ovat tulleet enentyvässä määrin erilaiset toiminnot, joissa vastuu perustuu huolimattomuuteen vaarallisessa toiminnassa.²⁸ Reilu vuosikymmen myöhemmin Koskinen kirjoittaa samansuuntaisesti. Vaarantamiskriminalisointien määrän kasvu johtuu olennaisesti erilaisten vaarallisiksi katsottujen toimintojen tuomisesta sääntelyn piiriin.²⁹ Edelleen Habermas puhuu samasta yhteiskunnan monimutkaistumisesta.³⁰ Yhteiskunta on muuttunut enemmän yksittäisille teoille painotuvasta yhteiskunnasta monimutkaisemmaksi, erilaisten toimintojen yhteiskunnaksi. Kehitys jättää jälkensä myös rikosoikeuteen.

Yksittäisille teoille perustuvassa yhteiskunnassa on luonnollista, että rikosoikeuskin keskittyy näihin yksittäisiin tekoihin. Erilaisten toiminto-

²⁶ Anttila 1969, s. 625–632 ja 643–645.

²⁷ Koskinen 1984, s. 1128.

²⁸ Kantola 1970, s. 377.

²⁹ Koskinen 1984, s. 1128.

³⁰ Habermas 2001, s. 404.

jen lisääntyessä sääntelyn piiriin tulevat myös nämä toiminnot. Jos rikosoikeuden halutaan esiintyvän yhteiskunnassa merkityksellisenä sääntelyn keinona, tulee siinä ottaa yhteiskunnan muutokset huomioon. Tässä suhteessa katson, että vaarantamisvastuun lisääntyminen on ollut ainoastaan luonnollisen kehityksen tulosta. Se on ollut välttämätöntä, koska rikosoikeuden yhteiskunnallisesta merkityksestä on haluttu pitää kiinni. Tästä syystä myöskään seuraushakuisuudesta ei voida luopua vain valitsemalla niin. Yksittäisiin tekoihin keskittyvässä rikosoikeudessa painottuu syyllisyydestä riippumaton tai syyllisyysperusteinen seurausvastuu ja toimintoja koskevassa sääntelyssä vaarantamisvastuu. Seurauksen aiheutumisesta vastuun edellytyksenä voidaan luopua vain, jos yhteiskunnassa siirrytään kokonaan yksittäisistä teoista toimintoihin. Tällaista suuntaa voidaan perustellusti epäillä. Tietyntasoisen yksilöllisyyden voidaan olettaa pysyvän ja sitä kautta myös tietyntasoisen seurausvastuun. Koskinen kirjoittaakin, että vaarantamishakuisen suuntauksen laajentumismahdollisuuksista on saatettu aikaisemmissa vaiheissa antaa liioiteltuja käsityksiä.³¹ Koska näyttää siltä, ettei kummastakaan, vaarantamisvastuusta tai seurausvastuusta, voida luopua, tulisi erilaiset vastuun perusteet saada toimimaan yhdessä.

Koska vaarantamisvastuu liittyy erilaisten toimintojen sääntelyyn, vaarantamiseen liittyvät vastuukysymykset tulevat esille erilaisten toimintojen muodostumisen kautta. Rikoslain osalta vaarantamissuuntautuneisuus on tullut esille voimakkaasti vasta henkirikossäännösten uudistuksen yhteydessä. Vaarantamisvastuu ehti ennen tätä kehittyä Suomessa erityisrikosoikeuden alalla, erityisesti tieliikenteen sääntelyssä. Erilaiset yhteiskunnan teollistumisen ja teknistymisen mukanaan tuomat toiminnalliset ympäristöt ovatkin olleet ensimmäisiä vaarantamisvastuun alueita. Suomessa erityisesti tieliikennelain säätäminen rangaistussäännöksineen on aloittanut vaarantamisvastuun nousun jo ennen henkirikossääntelyn uudistusta. Vuonna 1957 voimaan tulleessa tieliikennelaissa oli rangaistussäännökset varomattomuudesta tieliikenteessä. Jokaisen tuli noudattaa olosuhteiden edellyttämää huolellisuutta vaaran ja vahingon välttämiseksi. Jo aiemminkin oli ollut tieliikennettä koskevaa sääntelyä, mutta uusi tieliikennelaki voimisti vaarantamisen merkitystä vastuun perusteena.³²

Tieliikennelain ja henkirikossääntelyn vaarantamissuuntautuneisuuden myötä on selvää, että tämä ajattelu tuli vaikuttamaan vahvasti 1970-luvulla asetetun rikosoikeuskomitean toimintaan. Jo komitean tehtävänannossa määriteltiin yhdeksi toiminnan tavoitteeksi selvittää, missä määrin voi-

³¹ Koskinen 1984, s. 1140.

³² Kantola 1969, s. 7–14.

daan jatkaa siirtymistä seurausvastuusta syyllisyysvastuuseen ja vaarantamisvastuuseen. Lisäksi tehtävänannossa katsottiin, että useilla elämänalueilla, kuten työtä ja ympäristöä koskevilla, säännösten noudattaminen ja soveltaminen oli erityisen puutteellista.³³ Tehtävänantoa ja muuta taustakehitystä vasten ei olekaan yllättävää, että komitean vuonna 1976 ilmestynyttä mietintöä voitaneen jopa pitää vaarantamisvastuuseen siirtymistä koskevana ohjelmalla. Komitea katsoo siirtymisen seurausvastuusta vaarantamisvastuuseen edustavan samalla siirtymistä moitittavuusvastuuta kohti. Rangaistavuus olisi perustettava tekojen moitittavuuteen riippumatta niillä ehkä hyvinkin sattumanvaraisesti aiheutetuista seurauksista.³⁴

Erityisen mielenkiintoista on komitean harjoittama elämänaluetarkastelu, jonka perusteet on luettavissa jo toimeksiannosta. Elämänaluetarkastelussa eri elämänalueet vastaavat hyvin pitkälle erilaisia yhteiskunnan monimuotoistumisen synnyttämiä toiminnallisia kokonaisuuksia. Toisaalta kyse on näkökulman vaihtumisesta, kuten asumisen osalta. Asumiseen vaikuttavia tekijöitä voitaisiin tarkastella pitkälti yksittäisilmiöinäkin, mikä näkyy asumisturvallisuuteen vaikuttavien tekijöiden erittelyssä.³⁵ Lisäksi mietinnössä nimenomaan yhdistetään toisiinsa elämänalueajattelu ja vaarantamisvastuu. Mitä enemmän eri elämänalueilla laaditaan elämänalueita koskevia toimintanormeja ehkäisemään vaarallista käyttäytymistä, sitä vähemmän jää tilaa seurausvastuuajattelulle.³⁶ Käsittääkseni komitean näkemys elämänalueista vastaakin hyvin pitkälle hyvinvointivaltion toimintaympäristöjä ja vaarantamisvastuu edustaa hyvinvointivaltiollista rikosoikeutta. Seurausvastuu ja syyllisyysperusteinen seurausvastuu taas edustavat perinteistä oikeusvaltiollista rikosoikeutta.

2.4 Käsitteistön muutos

Honkasalon rikosoikeuden oppikirjat käsittelevät pääosin rikosoikeuden yleisiä oppeja ja rikoslakirikoksia eivätkä niinkään rikoslain ulkopuolisia rikoksia. Vaarantamisrikosoppi taas on lähtenyt eriytymään aluksi nimenomaan tieliikennelainsäädännön alalla eli erityisrikosoikeudessa. Voidaan olettaa, että tällä on ollut merkitystä sen suhteen, ettei Honkasalon oppikirjoissa vielä esiintynyt kovinkaan paljolti vaarantamisrikosoikeutta, vaikka

³³ KM 1976:72, s. 330–334, (Liite 2).

³⁴ KM 1976:72, s. 58–61.

³⁵ KM 1976:72, s. 50–56.

³⁶ KM 1976:72, s. 59.

abstraktisen vaaran käsite on alkanut eriytyä jo Honkasalon tekstien kirjoittamisen aikaan. Vuoden 1960 erityisiä rikoksia koskevan oppikirjan yleisvaarallisia rikoksia koskevassa osassa todetaan, että vaaraa aiheuttavat rikokset eivät suinkaan tyhjenny yleisvaarallisiin rikoksiin, vaan niitä esiintyy erityisesti rikoslain ulkopuolella. Honkasalo viittaa tieliikenneriikoksiin, jotka eivät rikoslain ulkopuolisina tule käsiteltäviksi hänen oppikirjassaan, vaan aukon täyttää Ellilän teos Suomen liikenneriikosoikeus.³⁷ Vuonna 1970 ilmestyneessä erityisiä rikoksia koskevassa oppikirjassa käsitellään henkilöön kohdistuvia rikoksia. Näiltä osin taas useissa kohdin viitataan Ellilän vuonna 1968 ilmestyneeseen teokseen Uusittu liikenneriikosoikeus.³⁸

Honkasalon vaarakäsitteistö koostui konkreettisesta vaarasta ja abstraktisesta vaarasta. Abstraktinen vaara alkoi kuitenkin eriytyä tieliikenneriikoksissa, joita Honkasalo ei varsinaisesti käsitellyt teoksissaan. Silloisen tieliikennelain 6 §:n mukaan oli rangaistavaa laiminlyödä liikenteessä se olosuhteiden edellyttämä huolellisuus ja varovaisuus, jota noudattamalla vahingolta voitaisiin välttyä. Liikenneriikosoikeutta käsittelevässä teoksessaan vuonna 1968 Ellilä esittää perinteisen tieliikenteen vaara-esimerkin. Jos autoilija ajaa näkyvyydeltään rajoitettuun mutkaan vastaantulevien kais-talla ja jos joku olisi voinut tulla vastaan, syyllistytään teossa varomattomuuteen liikenteessä. Ellilän mukaan niin Suomessa kuin Ruotsissakin ollaan sillä kannalla, että abstraktinen vaara riittää. Varovaisuussäännök-sen rikkominen aiheuttaa abstraktista vaaraa, joka on arvosteltava *ex ante*. Rangaistukselta ei voi välttyä, jos vahinko tai konkreettinen vaara on väl-tetty vain sattumalta.³⁹ Määritelmä ei enää aivan vastaa Honkasalon abs-traktisen vaaran määritelmää.

Kantola erottelee vaarakäsitteitä vuonna 1969 valmistuneessa lisen-siaattitutkimuksessaan. Hänen mukaansa vaaraa on voitu abstrahoida eri-laisissa määrin. On voitu muodostaa konkreettisia ja abstraktisia vaaranta-misrikoksia tai vaaraa edellyttäviä puhtaita tekorikoksia. Kantola pitääkin niitä kriminalisointeja, joissa lainsäätäjällä on luonut kumoamattoman pre-sumption teon vaarallisuudesta, puhtaina tekorikoksina. Itse asiassa hän to-teaa, että tällainen presumoitu vaara ei ole mikään vaaran laji, vaan kyse on ainoastaan lainsäätäjän tekemästä vaarallisuusarviosta eikä vaaraa tar-vitse enää yksittäistapauksessa selvittää.⁴⁰ Tätä kriminalisointien ryhmää

³⁷ Honkasalo 1960, s. 133. Ellilä, Reino: Suomen liikenneriikosoikeus. Porvoo 1958.

³⁸ Honkasalo 1970, passim. Ellilä, Reino: Uusittu liikenneriikosoikeus. Porvoo 1968.

³⁹ Ellilä 1968, s. 67–71.

⁴⁰ Kantola 1969, s. 46–47 ja 56 ss.

Honkasalo kutsui abstraktista vaaraa edellyttäväksi. Kantola toteaaakin, että vaarakäsitteistössä on tiettyä horjuvuutta ja jokin hänen käyttämistään käsitteistä voi olla jollekin toiselle tuntematon tai niitä voidaan käyttää edelleen Honkasalon tavoin tai abstraktisella vaaralla voidaan tarkoittaa kaikkia muita vaaroja kuin konkreettista vaaraa.⁴¹

Tutkimuksessaan Kantola varaa presumoidun vaaran käsitteen Honkasalon abstraktisen vaaran ryhmälle. Abstraktiseksi vaaraksi hän päätyy nimittämään niitä tekoja, joissa edellytetään vaaran todistelua yksittäistapauksessa, mutta joissa ei kuitenkaan ole aiheutunut konkreettista vaaratilannetta. Kantolan mukaan abstraktinen vaara on fiktiivinen käsite, jota ei voida havaita. Abstraktisessa vaarassa on kysymys teon kokemukseräisestä vaarallisuudesta, joka on omiaan johtamaan vahinkoon.⁴² Esimerkiksi tienmutkatapausta olisi arvosteltava siten, että irrottaudutaan kysymyksessä olevasta tienmutkasta ja ajatellaan kaikkia vastaavia tienmutkia. Jos niihin yleisesti ottaen liittyy vahingon mahdollisuus, on kysymys abstraktisesta vaarasta.⁴³

Henkirikossääntelyä uudistettaessa tällainen uudella tavalla eriytynyt vaarakäsitteistö on alkanut siirtyä myös rikoslakirikosten suuntaan. Ajattelutapa voimistui edelleen 1970-luvulla rikosoikeuskomitean työssä ja Kantolan tutkimuksessaan esittämä vaarojen eriytyminen on siten saanut jatkoa. Vuonna 1984 Koskinen käsittelee artikkelissaan vaarantamishakuisuuden mahdollisuuksia ja kokoaa samalla vaarakäsitteistön sellaisena, millaiseksi se oli vaarantamiskeskustelun aikana muotoutunut. Erityisesti artikkelissa näkyy ajatus siitä, että vaarantamishakuisuus on suuntauksena kannatettava, mutta sen mahdollisuuksia on saatettu liioitella. Seurausvastuurikoksista ei ole syytä kokonaan luopua. Koskinen toteaa, että vaarantamiskeskustelun aikana näkökannat ovat lähentyneet eikä tavoitteena pidetä enää kummastakaan luopumista.⁴⁴

Koskinen jakaa artikkelissaan vaarantamisrikokset kolmeen ryhmään. Ensinnäkin konkreettisten vaarantamisrikosten ryhmä on pysynyt samanaikaisena kuin Honkasalon määritelmässä. Toiseksi abstraktisen vaaran ryhmä Honkasalon mukaan määriteltynä on nimetty presumoitua vaaraa edellyttäväksi rikoksiksi. Niiden osalta ei edellytetä vaaran yksittäistapauksellista toteamista; oletettu vaarallisuus on ennemminkin kriminalisoinnin peruste. Kolmas ryhmä on Honkasalon määritelmiin nähden sisällöltään

⁴¹ Kantola 1969, s. 47.

⁴² Kantola 1969, s. 56 ja 87.

⁴³ Kantola 1970, s. 382.

⁴⁴ Koskinen 1984, s. 1140.

uusi, mutta se on nimetty abstraktisten vaarantamisrikosten ryhmäksi. Tämä ryhmä jää presumoidusti vaarallisten ja konkreettisesti vaarallisten rikosten välimaastoon.⁴⁵

Abstraktisen vaaran vaatimus näyttää olevan rangaistavuutta rajoittava lisämääre verrattuna vain vaaran presumoimiseen tunnusmerkistössä, muttei kuitenkaan niin vahva kuin konkreettisen vaaran vaatimus. Abstraktisen vaaran vaatimus on voitu ilmaista useilla eri tavoilla, mutta erityisesti on yleistynyt *on omiaan vaarantamaan* -lauseke. Koskisen mukaan abstraktisen vaaran ja presumoidun vaaran kriminalisoinnit edustavat huomattavasti aidommin vaarantamishakuista suuntausta kuin konkreettiset vaarantamisrikokset. Konkreettisen vaaran synty voi jäädä yhtä sattumanvaraiseksi kuin vastaavan vahinkoseurauksenkin syntyminen. Abstraktisen vaaran osalta ongelmaksi kuitenkin jää se, mitä se oikeastaan tarkoittaa. Koskinen kysyy, olisiko vaaran arvostelu tehtävä yksittäistapauksellisen arvioinnin perusteella vai olisiko kenties arvosteltava sitä, kuuluuko teko tyypiltään yleisesti vaaralliseksi katsottuihin? Hän päätyy kannattamaan oikeusvarmuussyihin vedoten yksittäistapauksellista vaaran arviointia.⁴⁶ Itse asiassa abstraktisen vaaran jatkotulkinnat on tehty hyvin pitkälti tältä pohjalta, Koskisen esittämään kysymykseen toisistaan jonkin verran toisistaan poikkeavia vastauksia antaen. Seuraavassa jaksossa käsittelen joitain tällaisia jatkotulkintoja.

2.5 Uudempia vaarojen jaotteluja ja tulkintoja

Kaikkein laajimmin Suomessa vaarantamisrikoksista on Koskisen artikkelin jälkeen kirjoittanut Dan Frände. Siksi on aluksi syytä käydä hieman laajemmin läpi Fränden esittämiä ajatuksia. Fränden jälkeen esitän Nuutilan, Nuotion ja Tolvasen tulkintoja ja lopuksi on vielä aihetta verrata suomalaisia käsityksiä ruotsalaisen Nils Jareborgin tulkintaan. Fränden osalta on syytä havaita, että hänen vaarakäsitteistönsä poikkeaa muiden kotimaisten kirjoittajien käsitteistöstä. Frände on suhteellisen pitkään edustanut käsitteistön osalta saksalaista ja sitä vastaavaa aikaisempaa kotimaista käsitteistöä. Hän on käyttänyt aiemmissa teksteissään konkreettisen vaaran käsitettä kuten muutkin kirjoittajat, mutta tarkoittanut abstraktisen vaaran käsitteellä presumoitua vaaraa. Koskisen artikkelin mukaista abstraktista vaaraa hän taas on nimittänyt *ominaisvaaraksi* (ägnade-delikten). Nytemmin

⁴⁵ Koskinen 1984, s. 1121–1127.

⁴⁶ Koskinen 1984, s. 1137–1139.

hänenkin käsitteistönsä on lähentynyt muita kirjoittajia siten, että hän käyttää konkreettisen ja presumoidun vaaran käsitteitä samoin kuin muut ja ominaisvaaraa ja abstraktista vaaraa synonyymeinä. Omassa kirjoituksessani käytän Frändenkin tulkintojen osalta Koskisen artikkelin mukaista käsitteistöä.

Konkreettisen vaaran Frände liittää vahingon sattumisen ontologiseen mahdollisuuteen ja hypoteettisen kausaalisuhteen arviointiin.⁴⁷ Tämä onkin vallitsevan ajattelun mukaista, ja Frände esittää asian samalla tavoin myös oppikirjoissaan.⁴⁸ Presumoitua vaaraa edellyttävien rikosten osalta Frände näyttää jakavan jo Kantolan esittämän ajatuksen siitä, ettei näitä tekoja olisi oikeastaan pidettävä lainkaan vaarantamisrikoksina. Mitään vaaran todistelua ei yksittäistapauksessa tarvita; tilannekontrolli ja vahingon sattumisen todennäköisyys ovat tunnusmerkistön kannalta merkityksettä. Vaara toimii lähinnä lainsäätäjän perusteena kriminalisoida jokin tietty teko sellaisenaan.⁴⁹ Samaten oppikirjoissaan hän toteaa, ettei presumoidun vaaran tilanteita ole tarpeen erottaa omaksi ryhmäkseen, vaan ne voidaan lukea tekorikoksiksi.⁵⁰ Fränden tulkinnat konkreettisen ja presumoidun vaaran osalta vastaavat siten pitkälti jo aiemmin esitettyjä. Näiden sijaan onkin mielenkiintoisempaa tarkastella abstraktisen vaaran tulkintaa.

Frände tulkitsee vuoden 1990 artikkelissaan abstraktista vaaraa konkreettisesta vaarasta käsin. Abstraktisessa vaarassa ei edellytetä ontologista vahingon sattumisen mahdollisuutta kuten konkreettisessa vaarassa. Sen sijaan abstraktinen vaara edellyttää teon sijoittamista tiettyyn vaarallisten tekojen luokkaan. Tässä luokassa tulisi luokan yleisenä ominaisuutena arvioida vahinkojen syntymisen mahdollisuutta. Teko olisi abstraktisesti vaarallinen, jos teko kuuluisi sellaiseen tekojen luokkaan, jossa tekojen vahinkotodennäköisyys yleensä olisi riittävän korkea.⁵¹

Frände käsittelee vaarantamisrikoksia laajemmin vuonna 1994 ilmestyneessä tutkimuksessaan. Siinä hän asettaa abstraktiselle vaaralle kaksi tulkintavaihtoehtoa ja päätyy kannattamaan niistä toista. Ensimmäinen tulkintavaihtoehto, abstraktiomalli, vastaa hänen jo aikaisemmin vuonna 1990 esittämänsä tulkintatapaa. Toinen vaihtoehto olisi kiinnittää huomiota ainoastaan tekotilanteen arvion mukaiseen vahingon sattumisen todennä-

⁴⁷ Frände 1994a, s. 14–19; Frände 1991, s. 851–856 ja Frände 1990, s. 99–100.

⁴⁸ Frände 2001, s. 101 ss. ja Frände 1994, s. 95 ss.

⁴⁹ Frände 1994a, s. 23–28 ja Frände 1990, s. 100–101.

⁵⁰ Frände 2001, s. 82–83 ja Frände 1994, s. 73.

⁵¹ Frände 1991, s. 856–859 ja Frände 1990, s. 101–102.

köisyyteen. Kysymys ei olisi ontologisesta vahingon sattumisen mahdollisuudesta, vaan tekijän suunnalta tehtävästä todennäköisyysarviosta. Arviointi olisi, toisin kuin abstraktiomallissa, yksittäistapausta koskevaa. Vahingon sattumisen todennäköisyyden olisi oltava alempi kuin konkreettisesti vaarassa, mutta sen olisi kuitenkin oltava sillä tavoin riittävä, että tekijän voitaisiin edellyttää ottavan mahdollisuuden vakavasti. Vaihtoehdot olisivat siten abstraktiomalli ja yksittäistapauksellinen malli. Frände tarkastelee tuhotyötä koskevan kriminalisoinnin esitöitä, joiden mukaan abstraktisella vaaralla tarkoitetaan sitä, että teosta ei tarvitse yksittäistapauksessa aiheutua konkreettista vaaraa, vaan riittää, että tekotyypin kokemusperäisesti yleensä aiheuttaa sellaista vaaraa. Fränden mukaan esitöissä ollaan oikeilla linjoilla eli abstraktiomallin mukaista tulkintaa tulisi kannattaa.⁵²

Nähdäkseni Fränden esittämät kaksi tulkintamallia eivät olennaisesti poikkea aiemmin esitetyistä tulkintavaihtoehdoista. Abstraktiomalli vastaa hyvin pitkälle Kantolan mallia. Eroa näyttäisi olevan ainoastaan siinä, kuinka todennäköistä vaaran sattumisen tulisi olla, jotta kysymys olisi abstraktisesta vaarasta. Fränden abstraktiomallissa abstraktisen vaaran todennäköisyys olisi samaa luokkaa kuin konkreettisesti vaarassa. Abstraktisen vaaran todennäköisyyttä ei arvosteltaisi vain yksittäistapauksen perusteella, vaan tietyn tekotyypin perusteella. Kantola ei tällaista näytä edellyttäneen, vaan katsoo teon olevan abstraktisesti vaaratonta vain, jos tietyn tekoluokan teossa konkreettista vaaraa ei voisi lainkaan syntyä.⁵³ Konkreettisesti tapauksesta lähtevää tulkintalinjaa taas on kannattanut Koskinen.⁵⁴ Frände on myös oppikirjoissaan pitäytynyt kannattamallaan tulkintalinjalla.⁵⁵

Muilla kirjoittajilla Fränden esittämät konkreettisen ja presumoidun vaaran määrittelyt vastaavat sisällöltään Fränden määrittelyjä. Tästä syystä tarkastelen muiden kirjoittajien osalta vain abstraktisen vaaran tulkinnasta esitettyjä käsityksiä.

Nuutila näyttää ainakin lähtökohtaisesti asettavan abstraktiselle vaaralle kaksi kriteeriä. Ensimmäiseksi, abstraktinen vaara on toiminnan tai teon vaarallisuutta. Tämä sisältyy tekoon tai toimintaan sen ominaisuutena: jokin teko tai toiminta on luonteeltaan vaarallista.⁵⁶ Toisen kriteerin mukaan

⁵² Frände 1994a, s. 49–52.

⁵³ Kantola 1970, s. 382.

⁵⁴ Koskinen 1984, s. 1138.

⁵⁵ Frände 2001, s. 106–108 ja Frände 1994, s. 99–101.

⁵⁶ Nuutila 1997, s. 105 ja Nuutila 1996, s. 292–293.

”jälkikäteen täytyy voida sanoa, että vahinkoseuraus olisi käytännössä voinut sattua”.⁵⁷ Jos abstraktista vaaraa pidettäisiin ainoastaan toiminnan vaarallisuutena, rinnastuisi se asiallisesti ottaen presumoitua vaaraa edellyttäviin. Ilmeisesti tämän välttämiseksi Nuutila edellyttää sekä konkreettisisa että abstraktisissa vaarantamisrikoksissa, että vahinko olisi jälkikäteisarvion mukaan voinut sattua.

Pidän näiden kahden ehdon yhdistämisen ajatusta hyvin ongelmallisena, koska käsittääkseni se ei ole edes mahdollista. Jos vaara-vaatimuksen täyttyminen edellyttää ex post -arviossa, että vahinko olisi voinut syntyä, ei toiminnan vaarallisuudelle jää abstraktisen vaaran edellytyksenä mitään itsenäistä merkitystä. Arviointi perustuu tällöin ainoastaan vahingon syntymisen ontologiselle mahdollisuudelle. Jos vahingon ontologisuuden vaatimuksesta pidetään kiinni, on lisäksi vaikea hahmottaa, mikä olisi abstraktisen ja konkreettisen vaaran ero: molempiin kuuluisi toiminnan vaarallisuus ja molemmissa vahingon olisi myös jälkikäteisarvion mukaan täytynyt olla mahdollista syntyä.

Nuutila joutuukin luopumaan abstraktisen vaaran osalta vahingon sattumisen ontologisesta mahdollisuudesta. Nuutilan mukaan kaikkiin vaarantamisrikoksiin kuuluu toiminnan vaarallisuus ja konkreettisiin vaarantamisrikoksiin tämän lisäksi oikeushyvän vaarantaminen.⁵⁸ Nuutila myös vastaa esimerkkiin näkyvyydeltään rajoitettuun mutkaan vastaantulevien kaistalla ajajasta, että abstraktinen vaara täyttyy, vaikka kukaan ei tullutkaan vastaan.⁵⁹ Vahingon sattuminen ei ollut tosiasiasa mahdollista, koska ketään ei tullut vastaan eikä vahinko siten ollut ontologisesti mahdollinen. Tämä onkin sinänsä ymmärrettävä ratkaisu, mutta ontologisesta mahdollisuudesta luopumisen vuoksi muodostuu vaikeaksi erottaa toisistaan presumoidusti vaaralliset ja abstraktisesti vaaralliset teot.⁶⁰ Tulkinnan ongelmista huolimatta Nuutila esittää kuitenkin ajatuksen siitä, että abstraktinen vaara voitaisiin määrittää kahdessa vaiheessa, ensin presumoidusti vaarallisten rikosten kautta ja toiseksi suhteessa konkreettiseen vaaraan. Nuotio päättyykin tämäntyyppiseen ratkaisuun käsitellessään abstraktisen vaaran tulkintaa.

Nuotio mukaan abstraktisen vaaran perustelu on niiden tapahtumakulkujen mahdollisuuksissa, joita abstraktisti vaarallinen menettely avaa. Abstraktinen vaara kohdistuisi kaikkiin niihin potentiaalisesti vaarannet-

⁵⁷ Nuutila 1997, s. 105 ja sisällöllisesti samoin Nuutila 1996, s. 287.

⁵⁸ Nuutila 1996, s. 292.

⁵⁹ Nuutila 1997, s. 105.

⁶⁰ Ks. näistä ongelmista myös Koskinen 1997, s. 952–953.

tuihin, jotka eivät sattuneet olemaan läsnä ja jotka eivät tulleet konkreettisesti vaarannetuiksi. Välittävänä tekijänä potentiaalisesti vaarannettujen ja teon välillä olisi tietty teolle ominainen vaara-alue. Esimerkiksi tieliikenteessä abstraktista vaaraa aiheutuisi sillä tieliikenteen alueella, jossa konkreettisen vaaran synty olisi mahdollista.⁶¹ Aluksi siis tarkasteltaisiin teon yleistä vaarallisuusominaisuutta, minkä lisäksi olisi edellytettävä tietyllä vaara-alueella konkreettisen vaaran tai vahinkoseurauksen synnyn mahdollisuutta *ex ante* -arviossa. Kysymys ei olisi kuitenkaan vahingon sattumisen ontologisesta mahdollisuudesta.

Tarkastelussa konkreettisen vaaran ja abstraktisen vaaran välillä esiintyy välittävänä tekijänä tietty vaara-alue. Ilmeisesti Nuotio viittaa tähän, kun hän kirjoittaa, että konkreettista ja abstraktista vaaraa erottaa tarkastelutaso.⁶² Abstraktisen vaaran toteaminen tapahtuisi Nuotion mukaan kahdessa vaiheessa. Ensin täytyisi todeta teon olevan yleiseltä luonteeltaan vaarallinen. Tämä vastaa pitkälle Fränden abstraktiomallia ja Nuutilan toiminnan vaarallisuutta. Toiseksi tätä vaarallista tekotyyppiä voitaisiin suhteuttaa konkreettisen teon olosuhteisiin ja tarkastella yksittäistapauksen vaarallisuutta konkreettisen vaaran tai vahingon mahdollisuutena. Tämä taas ei ole kovin kaukana Fränden yksittäistapauksellisesta abstraktisen vaaran tulkintamallista. Nuotion mukaan abstraktista vaaraa tällä tavoin tulkittuna voitaisiin kutsua myös abstraktis-konkreettiseksi vaaraksi.⁶³

Tolvanen tulee hyvin samantyyppiseen tulokseen. Hänen mukaansa abstraktinen vaara ei edellytä ketään konkreettisesti vaaran piirissä ollutta. Abstraktiseen vaaraan riittää varteen otettava mahdollisuus siitä, että joku olisi voinut olla myös jälkikäteisarviossa vaaran piirissä.⁶⁴ Tähän tulokseen päästäisiin hänen mukaansa tyyppitapauksia teleologisesti tulkitsemalla.⁶⁵ Tämän voisi ajatella tarkoittavan lähtökohtaista tekotyyppiarvostelua, jota kuitenkin suhteutettaisiin yksittäistapauksen erityispiirteisiin, kuten Nuotion mallissa.

Jareborg tulkitsee abstraktista vaaraa vahingon sattumisen todennäköisyytenä (plausibilitet). Tällä hän ei tarkoita mahdollisuutta vahingon syntymiseen (probabilitet), vaan tekijän näkökulmasta tehtävää todennäköisyyssarviota.⁶⁶ Tällaista arviointia on Suomessa kannattanut Koskinen. Ar-

⁶¹ Nuotio 1998, s. 384–385, 396–397 ja 454–455.

⁶² Nuotio 1998, s. 396–397. Vrt. kuitenkin Frände 1998, s. 682–683.

⁶³ Nuotio 1998, s. 416–417.

⁶⁴ Tolvanen 1999, s. 262.

⁶⁵ Tolvanen 1999, s. 243 ss. ja s. 454.

⁶⁶ Jareborg 2001, s. 169–170 ja Jareborg 1979, s. 130–133.

viointitapa vastaakin Fränden yksittäistapauksellista todennäköisyysmal-
lia. Jareborg käyttää tällaisesta vahingon mahdollisuudesta kognitiivisen
mahdollisuuden käsitettä. Jos jokin on kognitiivisesti mahdollista, voim-
me puhua siitä siten, että ehkä niin tulevaisuudessa voi tapahtua. Tämä
eroaa ontologisesta (existenssiell) mahdollisuudesta, joka perustuu maail-
man todelliseen tilaan. Jokin voi olla kognitiivisesti mahdollista etukäteen
arvioiden, vaikka myöhemmin osoittautuisikin, etteivät kaikki edellytyk-
set olleetkaan todellisessa maailmantilassa läsnä siten, että tuo jokin olisi
muodostunut myös ontologisesti mahdolliseksi. Kognitiivinen mahdolli-
suus luo kuitenkin hypoteesin ontologisen mahdollisuuden muodostumi-
sesta.⁶⁷ Ajattelu lähentyy tältä osin Nuotiota. Abstraktisen vaaran peruste-
lu nähdään tapahtumakulkujen mahdollisuuksissa.

3 ABSTRAKTISEN VAARAN HYVINVOINTIVALTIOLLINEN TULKINTA

3.1 Abstraktisen vaaran tulkinnan lähtökohtia

Abstraktisen vaaran vaatimus tunnusmerkistöissä esiintyy useimmiten il-
maisuna *on omiaan vaarantamaan*. Ilmaisun tulkinnat ovat perustuneet
jakoon teko- ja seurausrikoksiin. Seurausrikoksia lähellä systematiikassa
ovat konkreettista vaaraa edellyttävät rikokset, joissa läsnä on ollut mää-
rätty yksityinen intressi, jonka loukkaus on ollut lähellä tapahtua. Tekori-
koksia lähellä taas ovat presumoitua vaaraa edellyttävät rikokset. Abstrak-
tisen vaaran tulkintaa on tehty molemmilta suunnilta. Fränden tulkinta
yhdistää abstraktista vaaraa edellyttävät rikokset presumoitua vaaraa edel-
lyttäviin.⁶⁸ Kun teon katsotaan kuuluvan tiettyyn vaaralliseen tekotyyp-
piin, ei lainkäyttäjällä ole enää mahdollisuutta harkita vaara-tunnusmer-
kin täyttymistä. Näiden eroksi jää ainoastaan se, että presumoitua vaaraa
sisältävissä tunnusmerkistöissä lainsäätäjä tekee arvion tekotyypin vaaral-
lisuudesta kun taas abstraktisen vaaran kriminalisoinneissa arvion teko on
jätetty lainkäyttäjän tehtäväksi. Jos teko kuuluu vaaralliseksi luokiteltui-
hin, täyttyy vaara-tunnusmerkki. Konkreettisen teon suunnalta abstraktis-
ta vaaraa on tulkinnut esimerkiksi Koskinen.⁶⁹ Tällöin tulkinta perustuu

⁶⁷ Jareborg 2001, s. 168 ja Jareborg 1979, s. 133. Ks. myös Koskinen 1984, s. 1126.

⁶⁸ Ks. esim. Frände 1994a, s. 51.

⁶⁹ Koskinen 1984, s. 1138.

vahingon sattumisen todennäköisyyksien arvioimiselle. Osassa tulkintoja, kuten Nuotio tulkinnassa, pyritään yhdistämään molempia näkökulmia.

Näkisin Nuotio paikantaneen abstraktisen vaaran ilmiön melko hyvin. Nuotio puhuu abstraktis-konkreettisesta vaarasta. Abstraktinen vaara on lähtökohdiltaan tekotyypin vaarallisuutta, jota konkreettisesti tapauksessa suhteutetaan konkreettisen teon olosuhteisiin.⁷⁰ Tolvanen paikantaa abstraktisen vaaran hieman eri tavoin kuin Nuotio, mutta hänen tulkintansa tulee asiallisesti ottaen hyvin lähelle Nuotio esittämää. Tolvasen mukaan abstraktinen vaara tulisi selvittää tyyppitapauksia tarkastelemalla ja tapauskohtaisen teleologisen argumentaation avulla ratkaista vaara-tunnusmerkin täyttyminen.⁷¹ Molemmat tulkinnat lähtevät kuitenkin vallitsevan systematiikan kautta ja tulkitsevat abstraktista vaaraa presumoidun vaaran ja konkreettisen vaaran välityksellä. Abstraktinen vaara paikantuu näiden välimaastoon, ja se joudutaan arvioimaan niiden avulla ja suhteessa niihin. Kyse ei olekaan abstraktisen vaaran itsenäisestä tulkinnasta, koska se määrittyy vain negatiivisesti suhteessa konkreettiseen vaaraan.

Tulkinnat ovat perustuneet oikeusvaltiollista rikosoikeutta varten rakennettuun systematiikkaan. Oikeusvaltiolliset rikokset ovat tyyppillisesti seurausrikoksia, tekorikoksia tai konkreettisia vaarantamisrikoksia. Tarkastelutapa lähtee liikkeelle seurauksen aiheuttamisesta. Hyvinvointivaltiollinen rikosoikeus painottaa enemmän toiminnasta käsin tehtävää tarkastelua. Tarkoitukseni on tässä luvussa antaa abstraktiselle vaaralle tulkinta osana hyvinvointivaltiollista rikosoikeutta. Tulkintaa ei silloin voida rakentaa oikeusvaltiolliselle rikosoikeudelle perustuvaan systematiikkaan eli tulkintaa ei voida perustaa jakoon seuraus- ja tekorikoksiin. On ennemminkin lähdettävä tarkastelemaan hyvinvointivaltion toiminnallisia kokonaisuuksia ja pyrittävä havaitsemaan se ilmiö, mitä abstraktisen vaaran edellyttämällä tavoitellaan.

Aluksi jaksossa 3.2 tarkastelen lähinnä Ewaldin tekstiin perustuen hyvinvointivaltiollisen oikeuden normien muodostamisen tapaa. Jaksossa 3.3 tarkoitukseni on esittää, miten hyvinvointivaltiollisen oikeuden normit ja toimintaympäristöt liittyvät toisiinsa. Tämän jälkeen ennen abstraktiselle vaaralle annettavaa tulkintaa selvitän vielä normin ja kielletyn riskin suhdetta. Jaksossa 3.6 tarkastelen kielletyn riskin ja vaarallisuuden eroavuutta ja lopuksi käsittelen yhteisten hyvien ja abstraktisen vaaran yhteyttä.

⁷⁰ Nuotio 1998, s. 417.

⁷¹ Tolvanen 1999, s. 243 ss. ja s. 454.

3.2 Modernin oikeuden normien muodostaminen

Oikeuden hyväksyttävyyden mittana on pidetty ihmisen luontoa tai luonnonlakien mukaisuutta tai usein oikeuden mitta on viitannut johonkin ylempään voimaan, josta oikeus on saanut legitimitteettinsä. Oikeuden positiivisuuden vaatimuksen välityksellä tällaista ei enää pidetä mahdollisena. Oikeuden on saatava hyväksyttävyytensä oikeuden sisäisesti. Tähän pyrkii erityisesti kriittinen oikeuspositivismi. Hyvinvointivaltiollisen modernin oikeuden mitta ei viittaa oikeuden ulkopuolelle, vaan käyttäytymisnormi on muodostettava ja sen hyväksyttävyys arvioitava oikeuden sisäisesti.

Ewald kuvaa normin sisällön muuttumista 1800-luvun alussa. Aikaisemmin normi on toiminut säännön synonyyminä ja viitannut oikeuden ulkopuolelle. Normilla on tarkoitettu luonnonlain mukaista normia tai jumalan määräystä siitä, mikä on hyvää ja oikein. Normin sisältö alkoi kuitenkin muuttua siten, että sitä ei käytettykään enää säännön synonyyminä, vaan sillä alettiin viitata tietyn tyyppisiin sääntöihin ja niiden syntymisen tapaan, erityisesti joihinkin arvottamisen periaatteisiin. Ewald vertaa muutosta normin sisällön muuttumiseen viivottimella mitattavasta suoruudesta keskiarvoon.⁷² Normi ei ole enää luonnosta tai jumalalta saatava vakaa ja suora mitta, vaan yhteisössä erilaisilla arvottamisen periaatteilla muodostettava käyttäytymistä koskeva keskiarvonormi.

Normilla viitataan tapaan tuottaa yhteistä toimintaa koskeva mitta. Normi toimii tietyn yhteisön toiminnan vertailukohtana ja mahdollistaa ryhmässä tapahtuvan toiminnan itsereflektion.⁷³ Ewald vertaa normin keskiarvomittaa Quetelet'n keskivertoihmiseen. Keskivertoihminen on fiktio, kuvitteellinen olento. Se ei vastaa ketään tiettyä ihmistä, mutta kylläkin jonkin rajatun yhteiskunnan ihmistyyppiä. Keskivertoihminen ei ole originaali, jota kaikki vastaisivat ainakin jossain määrin, vaan ennemminkin heidän kaikkien yhteinen referenssi, mittapuu.⁷⁴ Ewaldin mukaan:

”Keskivertoihminen ei siten ole ihminen, joka olisi paikannettavissa johonkin yhteiskunnassa. Se on yhteiskunta itse sellaisena kuin se ilmenee tilastoihin sovelletun todennäköisyyslaskennan objektivoimana. Quetelet'n esityksessä ei ole jälkeäkään keskivertoihmistä koskevasta realismista. Keskivertoihminen samanaikaisesti sekä mahdollistaa ihmistä koskevan tieteellisen argumentaation että on tämän arvostelman

⁷² Ewald 2003, s. 11–14.

⁷³ Ewald 2003, s. 25.

⁷⁴ Ewald 2003, s. 32–33.

välttämätön korrelaatti. Kun hylätään metafyyminen ihmisluonto, yksilöt voidaan identifioida ja heistä voidaan esittää tieteellisiä arvostelmia vain sellaisen sosiaalisen arvostelman mukaisesti, jonka referenssinä on juuri tämä keskivertoihminen.”⁷⁵

Keskivertoihmisen teoria toimii siten uutena referenssinä. Se korvaa ulkoisen luonnonlakien tai jumalallisen vertailukohteen yhteisön muodostavien yksilöiden referenssillä itseensä. Ewaldin mukaan riskien määrittäminen vakuutusta varten vastaa täsmällisesti keskivertoihmisen muodostamisen menetelmää. Vakuutuksen riski on normi, joka perustuu tilastollisten menetelmien ja todennäköisyyslaskennan soveltamiseen, eikä se palaudu luonnon sääntöihin tai moraaliin. Se muodostuu vakuutettavia koskevien riskien vertailuperustaksi.⁷⁶

Riskin idea edellyttää kaikkien yksilöiden olevan samassa asemassa. Kaikki ovat riskitekijöitä ja riskin alaisia.⁷⁷ Esimerkkinä riskin alaisuudessa toimimisesta voidaan esittää tieliikenteeseen osallistuminen. Kaikki osallistujat ovat tieliikenteessä tilastollisesti määriteltyjen riskien alaisia. Samalla kaikki osallistujat ovat kuitenkin riskin tuottajia, potentiaalisia rikoksenteijöitä.⁷⁸ Riskin idea liittyy kollektiivisten kustannusten uudelleenjakoon. Riski viittaa sääntöön, jonka mukaan kustannukset jaetaan.⁷⁹ Juuri tässä näkyy normin hyvinvointivaltiollisuus. ”Kyseessä on oikeudenmukaisuuden sosiaalinen sääntö, jonka ryhmä voi vapaasti määritellä itselleen.”⁸⁰ Nyt tulemmekin siihen, että normi ei enää ole välttämättä keskiarvo. Normi muodostuu ryhmän jäsenten kautta, mutta sen asettaminen jollekin tasolle riippuu ryhmän omista intresseistä. Tieliikenteen normit toimivat tässäkin hyvänä esimerkkinä. Huolellisuusnormit liikenteessä voidaan asettaa yhteisön arvostusten niin edellyttäessä hyvinkin vaativiksi. Ainoana rajoitteena ovat yhteisön jäsenet itse.

Yhteisön jäsenten välityksellä muodostuvilla normeilla ryhmän itse-referenssin välineenä on ainakin kahdenlaisia vaikutuksia. Ensinnäkin normi yhdenvertaistaa. Normi tavallaan poistaa poikkeavuuden ja tuottaa objektiivisuutta. Kaikki määritellään vain suhteessa normiin riippumatta siitä, onko normi keskiarvonormi vai muuhun kohtaan asetettu. Tietyssä mielessä kaikki ovat samalla tavoin vertailukelpoisia normiin nähden ja kysy-

⁷⁵ Ewald 2003, s. 34.

⁷⁶ Ewald 2003, s. 35–36.

⁷⁷ Ewald 2003, s. 36.

⁷⁸ Tolvanen 1999, s. 74.

⁷⁹ Ewald 2003, s. 37.

⁸⁰ Ewald 2003, s. 37.

mys on vain aste-eroista. Toisaalta normi epäyhdenvertaistaa. Normi ei täysin vastaa ketään. Se on ainoa objektiivinen mittapuu, mutta pakottaa kaikki mieltämään itsensä erilaisiksi kuin muut. Ryhmän jäsen on aina yksilöllinen ja erityinen. Normin yhdenvertaisuus esiintyy siinä, että olemme kaikki toisiinsa verrattavissa ja epäyhdenvertaisuus siinä, että kaikki voivat vedota omaan yksilöllisyyteensä. Normi on vain ryhmän sisäinen mittayksikkö, jolle ei ole ulkopuolista tukea.⁸¹

Samoin normia voidaan luonnehtia ainakin kahdella tapaa. Ensiksi normi syntyy ryhmän sisäisen referenssin välineeksi ja sen voimassaolo perustuu ryhmän läsnäoloon. Normi viittaa ryhmään eikä sitä ole olemassa ilman ryhmää, koska se ei ole itsenäinen. Toiseksi normia ei voida täysin palauttaa ryhmän jäseniin. Se muodostuu ryhmän kautta ja edellyttää ryhmää mutta se ei kuitenkaan vastaa ketään yksittäistä ryhmän jäsentä. Näillä kahdella hyvinvointivaltiolle tyypillisen normin ominaisuudella on abstraktisen vaaran tulkinnassani oleellista merkitystä.

3.3 Normi ja toimintaympäristö

Habermas käsittelee oikeuden syntymistä kommunikatiivisessa toiminnassa. Kommunikatiivinen toiminta esiintyy normien ja faktojen välillä ne toisiinsa yhdistävänä tekijänä.⁸² Ewaldin normin muodostaminen tapahtuu hyvin samalla tavalla: ryhmä asettaa itselleen normin oman käyttäytymisensä mittapuuksi.⁸³ Yhteisenä tekijänä on erityisesti ryhmän vaatimus. Ihmisryhmä on se tekijä, joka edeltää normien syntyä ja jonka on oltava olemassa normeja sovellettaessa. Normit viittaavat sekä muodostamisensa että soveltamisensa osalta ryhmään.

Ewaldilla normeja voidaan muodostaa erilaisissa ryhmissä ja erilaisissa toiminnoissa. Habermasilla lähtökohtana on ennemminkin normien muodostaminen demokraattisen valtion toiminnassa. Molemmat voidaan kuitenkin ymmärtää ihmisryhmän välityksellä. Ihmisryhmä muodostaa tällöin toiminnan ympäristön. Ewaldin ryhmä saattaa olla jakaantuneena koko maapallon alueelle, toisaalta kysymys saattaa olla alueellisesti rajatusta toiminnasta. Määrittävänä tekijänä on ryhmän muodostumisen tarkoitus. Ryhmä rakentaa pelisääntöjä omaa toimintaansa varten. Tässä suhteessa Habermasin ja Ewaldin ryhmillä ei ole oleellista merkityseroa.⁸⁴ Valtiota-

⁸¹ Ewald 2003, s. 52–57.

⁸² Habermas 2001, passim.

⁸³ Ewald 2003, passim.

⁸⁴ Ewald 2003, s. 48 ja 73 ja Habermas 2001, passim.

kin voidaan tarkastella yhteistä toimintaa varten muodostuneena ryhmänä, joka asettaa omalle toiminnalleen itsereferenssinormeja.

Oleellista on havaita, että toimintaympäristö muodostuu nimenomaan toimijoista ja yhteisestä toiminnasta. Ihmiset muodostavat ihmisryhmiä samaa toimintaa varten ja toiminta toteutetaan ryhmässä. Toimintaympäristöjä on siten hyvin erilaisia.⁸⁵ Toimintaympäristöstä voidaan puhua esimerkiksi jonkin rakennuskohteen rakentamisen yhteydessä. Kaikki rakennustyömaalla olijat muodostavat tietyn toimintaympäristön, yhteisen toiminnan alueen. Erilaisissa ympäristöä koskevissa kysymyksissä toimintaympäristöt voivat taas olla hyvin laajoja, jopa maailmanlaajuisia. Osa toimintaympäristöistä on hyvin pysyviä ja osa taas hyvin lyhytaikaisia. Esimerkiksi valtiota voidaan käsitellä kansalaisten yhteistä toimintaansa varten muodostamana toimintaympäristönä. Valtio näyttäytyy hyvin pysyvänä, koska sen muodostavat toimijat ovat yleensä paikalla. Rakennuskohde taas on huomattavasti lyhytaikaisempi toimintaympäristö. Jos työt keskeytetään esimerkiksi joka ilta seuraavaan aamuun asti, lakkaa myös toimintaympäristö olemasta, jos kaikki poistuvat. Rakennuskohde toimintaympäristönä lakkaa olemasta aina, kun ketään ei ole työmaalla. Toimintaympäristö tarkoittaa siten toimijan näkökulmasta tehtävää arviota siitä, että hänen toimintansa tapahtuu jollain yhteisen toiminnan alueella. Jos toimija ei voi tietää, onko kysymys yhteisestä toiminnasta, eli jos hän ei tiedä onko muita läsnä, hänen täytyy ottaa huomioon se, että joku muukin voi olla paikalla.

Ryhmä on siten yhdistävä tekijä toimijan ja normin välillä. Asiaa voidaan pyrkiä valaisemaan liikenneturvallisuutta koskevalla esimerkillä. Liikennettä koskevat tietyt huolellisuusvelvollisuusnormit. Nämä normit on muodostettu liikenteen toimintaa tarkastelemalla. Kysymys on normin muodostamisesta ryhmän toiminnan mittapuuksi. Normi voidaan asettaa hyvin tiukaksi tai enemmän toimintavapautta sisältäväksi. Normi on kuitenkin sidottu referenssiryhmäänsä ja normin muodostamisessa ryhmän tavoitteilla ja arvostuksilla on oleellista merkitystä. Se muodostetaan tilastollisten menetelmien avulla ryhmän yksittäisten toimijoiden toimintaa tarkastelemalla. Normi ei kuitenkaan edusta täysin kenenkään yksittäisen toimintaa, eikä siten ole kokonaan palautettavissa ryhmän jäseniin. Huolellisuusvelvoitteiden tarkoituksena on liikenteen turvallisuuden varmistaminen, ettei kukaan liikenteeseen osallistuja vahingoittuisi. Liikenneturvallisuus muodostuu useiden toimintaa koskevien normien kautta ja jokainen normi edellyttää referenssiryhmää. Tästä syystä liikenneturvallisuutta ei voidakaan ymmärtää referenssiryhmästä irrallaan.

⁸⁵ Ewald 2003, s. 48–49.

Tolvasen esimerkissä katsotaan, että on vaikea ymmärtää, miten liikenneturvallisuus vaarantuu, jos henkilöauton kuljettaja ylittää tien risteyksen sääntöjen vastaisesti nähtyään, ettei tiellä ole muita liikkuja ainakaan puolen kilometrin säteellä.⁸⁶ Tästä juuri on kysymys referenssiryhmän läsnäolon vaatimuksessa. Liikenneturvallisuus ei esiinny itsenäisenä, vaan toiminnan on tekijän näkökulmasta tapahduttava ryhmän läsnäollessa. Esimerkissä toimijalla ei ole mitään syytä uskoa, että hän toimisi ryhmän toiminnan alueella. Hän havaitsee, ettei muita toimijoita ole. Koska toiminta ei tapahdu toimijan näkökulmasta toimintaympäristössä, ei hänen myöskään ole tarpeen ottaa yhteistä toimintaa koskevia normeja toiminnassaan huomioon. Yhteistä toimintaa koskevaa normia ei voida tällaisessa tilanteessa lainkaan loukata. Jos risteyksen ylittäminen tietyllä tavalla on kiellettyä riippumatta siitä, onko toimijan näkökulmasta kysymys yhteisestä toiminnasta vai ei, teon kiellettyisyys perustuu muihin seikkoihin kuin yhteistä toimintaa koskevien normien rikkomiseen.

Ajattelua on vielä syytä verrata tyyppitapausajatteluun. Tyyppitapausten tarkastelua voidaan pitää normeja ja tosiasioita yhdistävänä tekijänä. Tyypillisten soveltamistilanteiden tarkastelun avulla voidaan yhdistää abstrakteja normeja ja konkreettisia tosiseikkoja.⁸⁷ Omassa ajattelussani yhdistävä tekijä on ihmisryhmän muodostama toimintaympäristö. Systemaattisen jäsenyyksen kannalta pidän tätä tyyppitapausajattelua selkeämpänä. Tyyppitapausajattelu johtaa helposti siihen, että systematiikka ei kehity ja tunnusmerkistöjen arviointi joudutaan tekemään yksittäistapausten tasolla. Tyyppitapausajattelussa tekoja arvioidaan tyypillisten soveltamistilanteiden kautta ja todellinen soveltamistilanne vastaa tyyppitilannetta enemmän tai vähemmän.⁸⁸ Tyyppitapaustarkastelulla tavoitetaan käsittääkseni tunnusmerkistöjen tarkoitetut soveltamistilanteet ja sen avulla voidaan saavuttaa asetetut kriminaalipoliittiset tavoitteet. Tyyppitapausajattelu tavoittaakin Nuutilan mukaan teleologisen lain tulkinna ytimen.⁸⁹ Sen sijaan tunnusmerkistötekijöiden tarkempi systemaattinen jäsenyys jää tekemättä. Esimerkiksi Tolvasen mukaan abstraktista tai presumoitua vaaraa ei edes voida käsitteellisellä tasolla määritellä, vaan niiden sisältö voidaan selvittää vain tyyppitapausajatteluun.⁹⁰

⁸⁶ Tolvanen 1999, s. 232.

⁸⁷ Nuutila 1996, s. 160 ss.

⁸⁸ Nuutila 1996, s. 160 ss.

⁸⁹ Nuutila 1996, s. 165.

⁹⁰ Tolvanen 1999, s. 243 ss. ja erityisesti s. 454.

3.4 Normi ja kielletty riski

Ennen siirtymistä abstraktisen vaaran tulkintaan on vielä käsiteltävä *teon huolimattomuus* -oppia (gärningsculpa) erityisesti kiellettyä riskiä koskevalta osalta. On selvitetävä, mikä on ihmisryhmän muodostaman toimintaympäristön ja yhteistä toimintaa koskevan itsereferenssinormin suhde kiellettyyn tai sallittuun riskin ottamiseen. Oppi teon huolimattomuudesta on kehitetty tuottamuksellisia rikoksia varten ja sitä on alettu soveltaa myös tahallisiin rikoksiin. Tässä omassa työssäni en tee tällaista laajennusta, vaan varaan teon huolimattomuutta ja kiellettyä riskiä koskevan ajattelun vain tuottamuksellisten tekojen osalle.⁹¹

Edellä olen selvittänyt toimintaympäristön muodostumisen perusteen ajattelussani eli toimijan näkökulmasta tehtävän arvion ryhmän läsnäolosta. Ryhmän jäsenten välistä toimintaa varten muodostetaan yhteisiä toiminnan mittapuita, normeja. Normi ei vielä itsessään määrittele sallitun ja kielletyn toiminnan rajaa, vaan normi on vain toiminnan mittapuu. Kielletty toiminta ja kielletty riski määritetään kylläkin normin avulla.

Normin ja kielletyn toiminnan ero näkyy selvästi Ewaldin teknistä standardisointia koskevasta esityksestä. Standardisoinnin ideana on mahdollistaa tuotteiden vertailtavuus ja yhteensopivuus. Tekninen standardi on ryhmän normi. Standardisointi on arvottamista, jossa päämääränä on olosuhteiden mahdollistama paras ratkaisu. Ne ovat tavallaan kompromissiratkaisuja, joissa joudutaan ottamaan kaikki toimijat ja heidän erisuuntaiset intressinsä huomioon.⁹² Määritettyyn standardiin ei sinänsä liity mitään kielletyn tai sallitun vivahdetta. Standardista poikkeaminen voidaan erikseen kieltää ja kieltoa voidaan tehostaa erilaisin sanktiouhin.

Normin ja kielletyn toiminnan eroa voidaan tarkastella myös hyvin tunnetun liikenteen nopeusrajoituksen kautta. Erona standardisointiin voi pitää sitä, että nopeusrajoituksia helposti tulkitaan vain kielletyn toiminnan välityksellä; esimerkiksi tietyllä tieosuudella on kiellettyä ylittää 60 kilometrin tuntinopeus. Ajattelu pelkistää nopeusrajoituksen ainoastaan kielloksi. Rajoitus on kuitenkin perustaltaan normi. Normi on asetettu koskemaan liikennettä yhteisenä toimintana ja kaikkien ajoneuvoliikenteeseen osallistujien on tietyllä tieosuudella otettava yhteinen nopeutta koskeva normi huomioon. Kaikkien on verrattava omaa ajonopeuttaan normin mukaiseen, vaikka se useimmiten poikkeaaakin siitä jonkin verran. Normi it-

⁹¹ Vrt. Tapani 2004, s. 109–111; Jareborg 2001, s. 233; Frände 2001, s. 111 ss. ja Nuutila 1996, s. 272 ss.

⁹² Ewald 2003, s. 39–49.

sessään ei sisällä ajatusta normin vastaisesta tai normin mukaisesta toiminnasta. Normin tarkoituksena on antaa toiminnalle mittapuu. Kaikkia nopeuksia voidaan verrata normin mukaiseen ja todellinen nopeus vastaa normia enemmän tai vähemmän.

Normin perusteella voidaan määrätä tietyt normin avulla määritettävät nopeudet kielletyiksi ja kieltoa voidaan tehostaa erilaisilla uhkilla, kuten kriminalisoinneilla. Näin onkin ajonopeutta koskevien normien osalta usein toimittu. Erityinen sanktiouhka on asetettu nimenomaan tietyn nopeuden ylityksestä. Normin ylityksen on nopeusrajoitusten osalta katsottu olevan haitallisempaa kuin normin alituksen. On kuitenkin mahdollista, että suurta rajoituksen alitustakin voidaan toisissa tilanteissa pitää kiellettyinä. Esimerkiksi moottoriteillä alhainen nopeus saattaa aiheuttaa vaaratilanteita. Tietyillä tieosuuksilla rajoitus voi olla edelleenkin voimassa normina, jonka perusteella ei ole määritelty kiellettyä riskiä, eikä sitä ole tehostettu sanktiouhallalla. Tällöin kyseessä on niin sanottu ohjeellinen nopeusrajoitus, joka ilmaistaan erikseen.

Nopeusrajoitusten ylittämisen sanktiointi perustuu siten tietyn ryhmän toimintaa koskevalle normille. Normin ylitys on määritelty kielletyn riskin ottamiseksi ja se on rangaistusuhan alaista. Yksinkertaisin tekniikka asettaa uhka onkin kriminalisoida suoraan tietystä normista poikkeaminen. Poikkeamiselle saatetaan asettaa myös lisävaatimuksia. Rangaistavan poikkeamisen on oltava tietynlaista tai sen on tapahduttava tietyissä määrin. Esimerkiksi nopeuksien osalta yleensä on kysymys normin ylityksestä eikä alituksesta. Lisäksi mitä suurempi poikkeama on, sitä ankaremmin siihen suhtaudutaan, kun taas hyvin vähäistä ylitystä ei juurikaan pidetä moitittavana. Näitä tietyn teon kriminalisointeja kutsutaan puhtaiksi tekorikoksiksi. Asiallisesti samanlaisia ovat myös vaarallisuutensa vuoksi kielletyt teot, joissa ei kuitenkaan ole erillistä vaaran vaatimusta. Niiden osalta teon vahingollisuus tai vaarallisuus on presumoitua, vain tietyn normin perusteella määritetyn kielletyn riskin ottamista.

Tekorikoksissa ja presumoidusti vaarallisissa teoissa kielletyn toiminnan kuvaus on irrotettu kuvauksen pohjana olevan normin syntymekanismista. Tällainen kriminalisointi on esimerkiksi tavallisen rattijuopumuksen kriminalisointi.⁹³ Kyseessä on rattijuopumus, vaikka toiminnasta ei olisi voinut olla *ex ante* eikä *ex post* kenellekään mitään vaaraa, kunhan muut edellytykset täyttyvät. Rangaistavuus perustuu ainoastaan kielletyn riskin ottamiselle eikä minkäänlaista seurauksen sattumisen mahdollisuutta edellytetä. Myöskään toiminnan ei tarvitse tapahtua toimintaympäristös-

⁹³ Rattijuopumuksesta laajemmin, ks. Nuotio 1998, s. 330 ss.

sä. Tekijän tietoisuudella jonkin ihmisryhmän läsnäolosta ei ole tunnusmerkistön kannalta merkitystä. Abstraktisen vaaran vaatimuksella tunnusmerkistössä on tarkoitus saada aikaan jokin rajoitus verrattuna pelkästään kielletyn riskin ottamisen kriminalisoinnille. Käsitellen tätä seuraavaksi.

3.5 Abstraktinen vaara hyvinvointivaltion rikosoikeuden ilmentymänä

Tarkoitukseni on nyt tarkastella abstraktista vaaraa ja aloitan tulkitsemalla abstraktisen vaaran kirjaesimerkkiä. Tulkinnassa otan huomioon Habermasin ja Ewaldin esitysten pohjalta hahmottamani toimintaympäristöt ja niissä toimijoiden itsereferenssinormit syntymekanismeineen. Esimerkin mukaan siis abstraktisen vaarantamisen perustapauksena esitetään se, että autoilija ajaa näkyvyydeltään rajoitettuun mutkaan vastaantulevien kaistalla. Jos joku tulee vastaan, syntyy vähintäänkin konkreettinen vaaratilanne tai ehkä vahinkoseuraus. Jos kukaan ei tulekaan vastaan, mutta mutkaan ajajan näkökulmasta tämä olisi ollut mahdollista, vaaran todetaan jäävän abstraktiseksi. Kysymys ei ole selvästikään ilmiöstä, jota voitaisiin arvioida konkreettisen vaaran välityksellä; abstraktisen vaaran vaatimuksen on tarkoitus täytyä, vaikka vahingon sattumisen ontologista mahdollisuutta ei ollutkaan. Toisaalta kysymys ei ole myöskään puhtaasta teon kriminalisoinnista, vaan edellytyksenä on se, ettei tekijä tiennyt, voiko vahinkoa sattua. Jos mitään vahinkoa ei voinutkaan sattua, koska tie oli esimerkiksi suljettu ja tekijä tiesi tämän, abstraktisen vaaran vaatimus ei täyty.

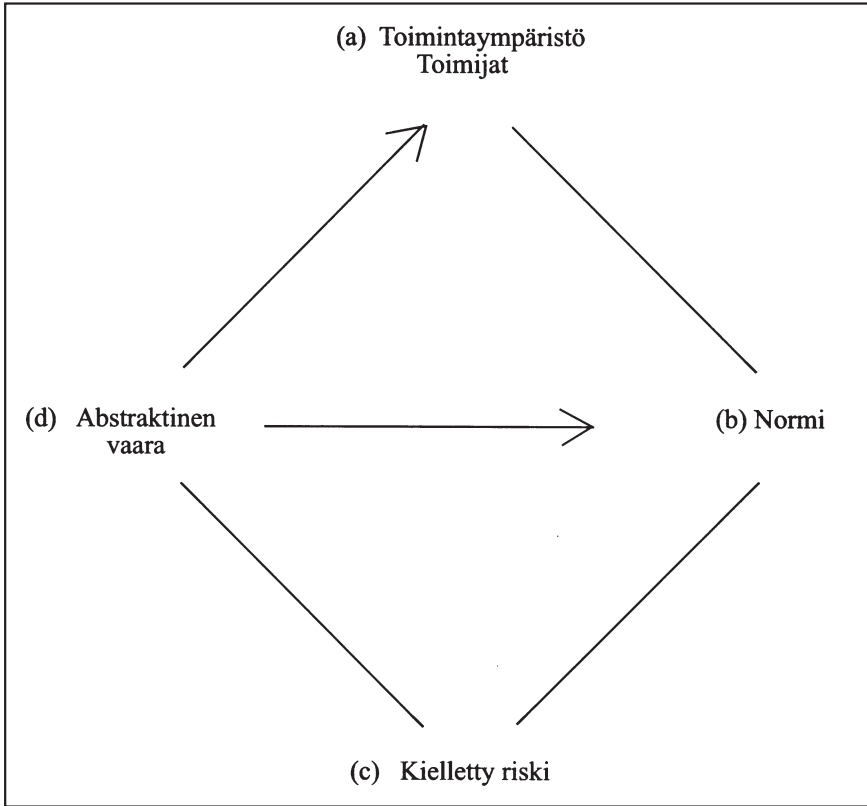
Kysymys näyttää olevan siitä, että tekijän olisi täytynyt ottaa toiminnassaan huomioon yhteistä toimintaa koskeva toimintanormi. Tekijän olisi tullut ottaa huomioon se, että joku olisi voinut tulla vastaan, vaikka näin ei tällä kertaa käynytäkään. Hänellä ei ollut tietoa siitä, että olisi ollut alueella yksin. Kun asiaa tarkastellaan toimintaympäristöjen näkökulmasta, kysymys on siitä, että tekijä on omasta näkökulmastaan osallistunut tietyn ihmisryhmän yhteiseen toimintaan. Tuota toimintaa on lisäksi koskenut itsereferenssinormi omalla kaistalla ajosta. Normin perusteella on myös määritetty kiellettyjä riskejä joissain tilanteissa. Kielletyn riskin ottamista on esimerkiksi näkyvyydeltään rajoitetuissa mutkissa vastaantulevien kaistalla ajaminen. Tätä kieltoa on vielä tehostettu rangaistusuhalla.

Rangaistusuhka ei kuitenkaan koske tekoa sellaisenaan, vaan sille on asetettu lisäedellytys abstraktisesta vaarantamisesta. Jos tätä ei olisi asetettu, kyse olisi puhtaasta tekorikoksesta, esimerkiksi presumoidun vaa-

rallisuutensa perusteella kielletystä teosta. Näissä tilanteissa rangaistavuus perustuu vain tietyn kielletyn riskin ottamiseen. Mikä on sitten se lisävaatimus, jota abstraktisen vaaran edellyttämisellä tavoitellaan? Tekijä on toiminut omasta näkökulmastaan toimintaympäristössä, hänen näkökulmastaan itsereferenssinormin muodostanut ryhmä on saattanut olla koolla ja hänen on täytynyt ottaa normi toiminnassaan huomioon. Abstraktinen vaara on *ex ante* -arvio normin muodostaneen ryhmän läsnäolon mahdollisuudesta. Abstraktinen vaara ei ole sama asia kuin kielletty riski. Kielletty riski ei edellytä perusteenaan olevan normin itsereferenssiryhmän läsnäoloa.

Ilmiönä abstraktinen vaara sisältää käänteisilmiön toimintaympäristön muodostavan ryhmän itsereferenssinormin muodostamiselle. Ryhmän läsnäolo on normin muodostamisen edellytys. Normi muodostetaan tämän ryhmän oman toiminnan mittapuuksi. Abstraktinen vaara taas edellyttää ensin normia, joka koskee toimintaa, esimerkiksi siis omalla kaistalla ajamisen normia. Toiseksi edellytyksenä on toimijan näkökulmasta ryhmän läsnäolo, muutoin normi ei sovellu. Aikaisemmin esitin Ewaldin perusteella käsityksen siitä, että ryhmän normi ei täysin palaudu ryhmän jäseniin. Se muodostuu ryhmän jäsenten kautta, heidän oman toimintansa mitaksi. Se ei kuitenkaan edusta ketään yksittäistä ryhmän jäsentä tai hänen toimintaansa. Sama palautumattomuus ilmenee myös käänteisilmiötä tarkastellessa. Vaaran ei voida osoittaa kohdistuvan johonkin tiettyyn toimijaan tai hänen oikeuksiinsa. Välitön loukkaus kohdistuu yhteiseen toimintaan yhteisen normin alueella.

Abstraktista vaaraa ei voida ymmärtää ilman kiellettyä riskiä. Kielletty riski tavallaan edeltää abstraktisen vaaran vaatimusta. Kielletty riski määritetään ryhmän itsereferenssinormin perusteella. Jos normina on esimerkiksi omalla kaistalla ajaminen, voidaan määrätä kielletyksi ajaminen vastaantulevien kaistalla näkyvyydeltään rajoitetussa mutkassa, eli normista poikkeaminen tietyllä tavalla. Normi on vain mittapuu. Kielletyn riskin ottamista voidaan pyrkiä ehkäisemään kriminalisoinneilla. Tällöin yksinkertaisimmillaan kriminalisoidaan tietty teko, joka perustuu kielletyn riskin ottamiselle. Kielletty riski ja kielletty toiminta tavallaan irrottautuvat muodostumisensa taustalla olevasta ryhmästä ja ryhmän normista. Kielletyn riskin ottaminen edeltää abstraktisen vaaran lisävaatimusta. Abstraktisen vaaran vaatimus viittaa takaisin toimintaympäristön muodostavaan ryhmään ja ryhmän normiin. Vaatimus tulee kielletyn riskin vaatimuksen lisäksi. Abstraktisen vaaran vaatimus on siten rangaistavan toiminnan aluetta rajoittava. Esitän asian myös kuvion muodossa:



Kuvio 2. Abstraktinen vaara viittaa yhteisen toiminnan alueeseen.

(a) Kuviossa toimintaympäristöt muodostuvat toimijoista eli ihmisryhmästä. Kyseessä voi olla esimerkiksi tieliikenne toimintaympäristönä. Toimintaympäristö muodostuu kuitenkin vasta liikenteen osallisten eli toimijoiden kautta. (b) Ryhmässä voidaan muodostaa normeja oman toiminnan mittaamiseksi. Normina tieliikenteessä voi olla esimerkin mukaan autolla omalla kaistalla ajamisen normi. Normi toimii autoilijoiden ajamisen mittana. (c) Tietynlaista normista poikkeavaa toimintaa voidaan pyrkiä rajoittamaan, jos se koetaan haitalliseksi. Esimerkiksi siis vastaantulevien kaistalla ajaminen voidaan kieltää näkyvyyden ollessa rajoitettu. Kielto määrittelee kielletyn riskin. Kieltoa voidaan pyrkiä myös tehostamaan sanktiouhin, kuten kriminalisoinnein. Tällaiset kriminalisoinnit esiintyvät presumoidusti vaarallisina, kuten rattijuopumus. (d) Kriminalisoidun toiminnan alaa voidaan rajoittaa siitä, mitä se on presumoidusti vaarallisissa teoissa. Tunnusmerkistöön otetaan lisäksi abstraktisen vaaran vaatimus.

Abstraktinen vaara viittaa takaisin toimintaympäristön muodostaviin toimijoihin (a) sekä ryhmän toiminnan normiin (b). Tekijän näkökulmasta toiminnan on tapahduttava tietyn ryhmän muodostamassa toimintaympäristössä ja toimintaa on voitava mitata yhteisellä normilla, jonka perusteella kielletty riski on määritetty. Vastaantulevien kaistalla ajo on esimerkiksi abstraktisesti vaarallista, jos (1) teko on ollut kielletyn riskin ottamista ja (2) kielletty riski on otettu tekijän näkökulmasta yhteisessä toiminnassa toimintaympäristössä eli esimerkissä (1) vastaantulevien kaistalla ajo oli kiellettyä, koska näkyvyys oli rajoitettua ja (2) tekijä ei tiennyt tuleeko joku mutkan takaa vastaan. Hänen piti ottaa tällainen mahdollisuus toiminnassaan huomioon.

3.6 Kielletty riski ja vaarallisuus

Kielletyn riskin ottaminen käsitetään usein kiellettyinä vaarantamisena.⁹⁴ Tällöin kysymys on nimenomaan kielletyn riskin, presumoidun vaaran ja abstraktisen vaaran samastamisesta. Kielletyn riskin ottaminen on tällöin kiellettyä vaarantamista. Presumoidusti vaarallisissa teoissa vaaran vaatimus vain ei esiinny tunnusmerkistössä erillisenä kuten abstraktisissa vaarantamisrikoksissa. Tälle erolle ei kuitenkaan jää erityistä merkitystä, koska vaaran vaatimus on jo sisäänrakennettuna kielletyn riskin ottamiseen. Oikeudellisesti relevantin vaaran aiheuttaminen on ajattelutavan mukaan kielletyn riskin ottamista, toiminnan vaarallisuutta.

Vaikka kielletty riski ei ajattelussani vastaa normia, kielletty riski kuitenkin perustuu normille ja normi taas edellyttää ryhmän jäsenten läsnäoloa. Ajattelu poikkeaa sellaisesta, jossa kielletty riski ymmärretään kiellettyinä vaarantamisena.⁹⁵ Kun kielletty riski ymmärretään kiellettyinä vaarantamisena, rinnastuu abstraktinen vaarantamisrikos presumoitua vaaraa edellyttäviin. Näin käy vaikeaksi erilaisten vaarojen erottaminen toisistaan. Tämä ongelma näkyy esimerkiksi Nuutilan esityksessä. Hänen mukaansa abstraktinen vaara on toiminnan vaarallisuutta, kielletyn riskin ottamista, kuten presumoitua vaaraa edellyttävissä rikoksissa. Esityksessä kuitenkin halutaan välttää tällainen rinnastus. Tästä syystä abstraktiselle vaaralle asetetaan myös vaatimus siitä, että vahingon olisi tullut olla ontologisesti mahdollinen.⁹⁶ Ontologisessa vahingon sattumisen mahdollisuus

⁹⁴ Ks. esim. Tapani 2004, s. 10.

⁹⁵ Ks. esim. Tapani 2004, s. 10.

⁹⁶ Nuutila 1996, s. 286 ss.

dessa on kysymys abstraktisen vaaran arvioimisesta konkreettisen vaaran suunnalta eli kysymys on ex post -arviosta. Kysymys jätetään kuitenkin auki. Abstraktista vaaraa onkin vaikea täsmentää, jos se rinnastetaan ensin presumoidun vaaran kriminalisointeihin (toiminnan vaarallisuus) ja sen jälkeen vielä konkreettisiin vaarantamisrikoksiinkin (vahingon sattumisen ontologinen mahdollisuus).

Esittämäni abstraktisen vaaran tulkintatapa vaikuttaa siihen, minkälaisena ymmärretään kielletyn riskin ja vaarallisen toiminnan sekä vaarallisten välineiden käytön suhde. Vaarallisuudesta voidaan puhua esimerkiksi jonkintyyppisen toiminnan yhteydessä, jos toimintaa pidetään luonteeltaan vaarallisena. Toisaalta vaarallisuutta voidaan pitää jonkin esineen ominaisuutena. Erilaiset aseet ovat jo lähtökohtaisesti vaarallisia, kun taas jotkut esineet vain tietyllä tavalla käytettynä.⁹⁷ Vaarallinen toiminta ja vaaralliset välineet ovatkin tietyiltä osin sama asia. Vaara liittyy toisinaan jo esineeseen itseensä riippumatta sen käytöstä. Toisinaan vaarallisuuden ajatellaan ilmenevän vain, kun esinettä käytetään tietyllä tavoin tai tietyssä toiminnassa. Esimerkiksi pesäpallomailan käyttötapa vaikuttaa sen vaarallisuuden arviointiin. Itse asiassa melkein mitä tahansa esinettä voidaan käyttää vaarallisella tavalla.

Esineiden vaaralliseksi koettua käyttöä ja vaarallisuuden arviointia voidaan lähestyä myös toimintaympäristöistä käsin. Voidaan tarkastella, mikä merkitys on sillä, että vaarallisuus esiintyy yleensä jonkin esineen käyttämisessä tietyllä tavalla tai tiettyyn toimintaan. Autoa ei yleensä pidetä vaarallisena eikä myöskään sillä ajoa. Mutta autoakin voidaan käyttää vaarallisesti. Auton vaarallisuus voi johtua siitä, että se on epäkuntoinen, mikä tulisi ottaa auton käyttöä harkittaessa huomioon. Auton on oltava sovelias käyttötarkoitukseensa. Kunnossakin olevalla autolla voidaan ajaa vaarallisesti toimintaa koskevia normeja rikkomalla, ajamalla vaikkapa huomattavaa ylinopeutta. Vaarallisuus siis määrittyy tietystä toiminnasta käsin ja vaarallisuuden yhteys toimintaympäristöihin on selvä. Ihmisryhmä määrittelee omalle toiminnalleen mittapuunormeja toimintaansa varten ja vaarallisuus esiintyy tietyssä suhteessa näihin normeihin – normi on myös vaarallisuuden mittapuu.

Kielletty riski liittyy vaarallisuuteen siten, että normin mukaan tietyllä tavalla vaarallinen toiminta, esimerkiksi suuri ylinopeus, voidaan kieltää eli määritellä kielletyn riskin ottamiseksi ja kiellon noudattamista voidaan tehostaa erilaisilla uhilla. Vaarallisuus on toimintaympäristön normien määrittämisen yksi peruste. Erilaiset vaarallisuusarvostukset vaikuttavat nor-

⁹⁷ Vaarallisuudesta yleisesti ks. esim. Jareborg 2001, s. 174–177.

mien muodostamiseen ja riskien kiellettyisyyden määrittelyyn. Vaarallisuus ilmenee siis riskiarvioinnin yhtenä perusteena. Tällä tavoin kielletyn riskin ja vaarallisen toiminnan välisen suhteen näyttää tulkitsevan myös Nuutila. Hänen mukaansa kaikki vaarallinen toiminta ei ole aina kielletyn riskin ottamista. Vaarallinen toiminta on kiellettyä vain silloin, kun se ylittää oikeudellisesti sallitun vaarantamisen alueen.⁹⁸

Tätä voidaan tarkastella vaikkapa rattijuopumuskriminalisoinnin kautta. Rattijuopumus esitetään yleensä esimerkkinä presumoidusti vaarallisista teoista. Rattijuopumuksen tunnusmerkistö täyttyy moottoriajoneuvon kuljettamisella, kun kuljettajalla on tietty veren tai uloshengitysilman alkoholi-pitoisuus. Missä tai mihin aikaan kuljettaminen tapahtuu, ei ole merkitystä. Ajoneuvoa humalassa yleisellä tiellä ajettaessa ei ole erityisiä vaikeuksia nähdä teon presumoitua vaarallisuutta. Mutta jos joku vaikkapa siirtää omalla pihallaan autoa kaksi metriä lievästi alkoholin vaikutuksen alaisena, jotta voisi ajaa ruohikon auton alta, missä ilmenee teon vaarallisuus? Tunnusmerkistö täyttyy, mutta nähdäkseni teon sisältämä kielletty riski perustuu vähintäänkin osaksi joillekin muille seikoille kuin teon vaarallisuudelle.

Omassa tulkinnassani erotan kielletyn riskin vaarantamisvaatimuksista. Toiminnan vaarallisuus taas on riskinoton arvottamisen peruste, mutta vain yksi niistä. Perusteita on toki muitakin. Jostakin toiminnasta voi olla muunkinlaista haittaa kuin vaaraa, esimerkiksi meluhaittaa. Tällaisilla seikoilla on myös vaikutusta normien määrittämiseen sekä niihin perustuviin riskiarvioihin ja riskin ottamisen kieltoihin. Kielletty riski ei siten täysin samastu edes toiminnan vaarallisuuden kanssa.

3.7 Abstraktisen vaarantamisen kielto yhteisen hyvän suojana

Lahti esittää liikennesääntöjen osalta mahdollisuuden tulkita niissä olevia vaara-vaatimuksia siten, että osassa olisi tarkoitettu abstraktista vaaraa, vaikka sanamuoto viittaisi ennemminkin konkreettiseen vaaraan.⁹⁹ Oma tulkintani lähtee tällaisesta ajattelusta vieläkin vahvemmin. Ajatteluni mukaan vaaran konkreettisuutta tai abstraktisuutta ei voida määritellä käyttämällä tiettyä ilmaisua, vaan vaara määräytyy välittömästi vaarannetusta kohteesta käsin. Vaarantamisvaatimuksilla tavoiteltuja ilmiöitä on tällä hetkellä nähdäkseni kolmea eri tyyppiä, jos yleisiä vaaroja ei oteta lukuun. Ensinnäkin voidaan tarkoittaa vaaran presumoimista tunnusmerkistössä.

⁹⁸ Nuutila 1996, s. 292 ss.

⁹⁹ Lahti 1982, s. 49–51.

Tällöin vaara on teon kieltämisen pääasiallinen peruste. Toiseksi voidaan tavoitella ilmiötä, jossa jollekin olisi voinut sattua vahinko ja jonkun oikeus on siten tullut konkreettisesti vaarannetuksi. Kolmanneksi voidaan tavoitella sitä ilmiötä, jota kutsutaan tässä työssä abstraktiseksi vaaraksi.

Olen esittänyt, että abstraktisen vaaran vaatimus viittaa takaisin toimintaympäristöön ja siinä muodostettuun normiin. Tätä kuvataan tunnusmerkistöissä erilaisten yhteisten oikeuksien kautta. Usein esiintyvä yhteinen oikeus on jonkin toiminnan turvallisuus tai häiriöttömyys. Esimerkiksi liikenneturvallisuus ei ole itsenäinen toimijoista tai toiminnan normeista riippumaton oikeus. Liikenneturvallisuus yhteisenä oikeutena koostuu toimijoiden muodostamasta toimintaympäristöstä ja toimintaa varten asetetuista mittanormeista. Yhteinen oikeus edellyttää toimijoita ja toimintaa koskevia normeja, ilman niitä yhteistä oikeutta ei lainkaan muodostu.

Yhteisen oikeuden aluetta voidaan täsmentää erilaisin yhteisen oikeuden luonnetta kuvaavin ilmaisin. Ilmaisut riippuvat erityisesti siitä, mikä ovat olleet pääasiallisia kielletyn riskin määrittämisen perusteita toiminnan alueella. Jos kielletty riski perustuu erityisesti toiminnan vaarallisuuteen, kuvataan yhteisen oikeuden aluetta yleensä turvallisuus- tai yleinen turvallisuus -käsitteillä. Jos taas teon kiellettyisyys perustuu pääasiassa johonkin muuhun, kuten asia on esimerkiksi teknisen standardisoinnin osalta, kuvataan yhteisen oikeuden aluetta muulla tavoin, kuten toiminnan sujuvuuden tai häiriöttömyyden ilmaisin. Yhteisen oikeuden alue voidaan jättää myös täsmentämättä. Tällöin vaatimus esiintyy ainoastaan abstraktisen vaaran muodossa, nykyään yhä enentyvässä määrin ilmaisen *on omiaan vaarantamaan* avulla.

Tulkintani mukaan abstraktinen vaara on siten yhteisen oikeuden loukkaus. Yhteinen oikeus ei kuitenkaan ole tässä tulkinnassa itsenäinen yksilön oikeuksiin rinnastettava oikeus, vaan se edellyttää taustalleen toimijoita ja normeja, mutta se ei ole täysin palautettavissa niihin. Yhteinen turvallisuus on yhteisen oikeuden alueen kuvaamisessa käytetty ilmaisu silloin, kun toiminnan normien perusteella määritetty kielletty riski perustuu pääasiassa toiminnan vaaralliselle luonteelle. Tällainen ajattelu merkitsee esimerkiksi sitä, että ilmaisu *on omiaan vaarantamaan turvallisuutta* vain täsmentää yhteisen oikeuden luonnetta suhteessa ilmaisuun *on omiaan vaarantamaan*. Kysymys ei ole kaksinkertaisesta abstraktiosta eikä yhteisen turvallisuuden itsenäistämisestä.

Nuotio esittää myös mielenkiintoisen kysymyksen siitä, miten abstraktista intressiä voidaan vaarantaa konkreettisesti.¹⁰⁰ Esittämäni perusteella

¹⁰⁰Nuotio 1998, s. 397 ja 466.

se ei olekaan mahdollista. Jos loukattu intressi on abstraktinen yhteinen oikeus, esiintyy intressin loukkaus aina abstraktisena vaarantamisena. Jos taas jonkun yksittäisen henkilön yksittäinen oikeus joutuu vaaraan, on hänen oikeuteensa kohdistuvan vaaran osalta kysymys konkreettisesta vaarasta. Tämä ei ole riippuvaista ilmiöiden kuvaamisesta käytetyistä ilmaisuista. Niinpä konkreettinen vaara onkin konkreettista, koska joku on joutunut konkreettisesti vaarannetuksi, ja abstraktinen vaara on abstraktista, koska vaara esiintyy yhteisen oikeuden loukkauksena.

Abstraktinen vaara ei kohdistu kenenkään yksittäisen oikeuteen, vaan tietynlaiseen jakamattomaan yhteiseen oikeuteen. Yhteinen oikeus edellyttää normia ja toimijoiden muodostamaa toimintaympäristöä, mutta kuten normi ei täysin palaudu toimijoihin, ei myöskään normin ja toimijoiden avulla määritelty yhteinen oikeus ole täysin palautettavissa yksittäisiin toimijoihin tai heidän yksittäisiin oikeuksiinsa. Jakamattomuutta voisi verrata kuolinpesän jakamattomuuteen. Kaikille osakkaille kuuluu tietty osuus yhteisestä pesästä, mutta pesän ollessa jakamatta ei voida osoittaa, mikä osuus kuuluu kenellekin. Loukattu yhteinen oikeus on tavallaan vielä vahvemmin jakamaton, koska sitä ei voida missään tilanteessa kokonaan palauttaa yksityisten oikeuksiin, kun taas kuolinpesän jakamattomuus säilyy vain jakoon asti. Tietynlainen yhteisen oikeuden osittainen palautuminen tapahtuu, kun joku tulee konkreettisesti vaarannetuksi tai jollekulle aiheutuu vahinkoa. Tämä yhteisen oikeuden jakamattomuus johtuu juuri siitä, että referenssinormitkaan eivät ole täysin palautettavissa ryhmän jäseniin. Kysymys on saman asian tarkastelusta eri suunnalta.

Abstraktista vaaraa yhteisen hyvän loukkauksena voidaan tarkastella liikenneturvallisuuden suojaamisen avulla. Liikenneturvallisuuden vaarantamis-kriminalisoinnin mukaan tieliikennelakia tai sen nojalla annettuja säännöksiä rikkomalla tehdyn teon on oltava omiaan aiheuttamaan vaaraa toisen turvallisuudelle. Säännöksessä viitataan aluksi erikseen toimintaa koskeviin yhteisiin normeihin, jotka tulee ottaa toiminnassa huomioon. Tällä määritellään toimintaa koskevat yhteiset normit ja kielletyt riskit. Toiseksi säännöksessä esitetään abstraktisen vaaran vaatimus. Ketään ei tarvitse konkreettisesti vaarantaa, mutta tekijän näkökulmasta toiminnan on täytynyt tapahtua yhteisessä toiminnassa.

Oppikirjaesimerkin mukaan autoilija ajaa vastaantulevien kaistalla näkyvyydeltään rajoitettuun mutkaan. Tässä tilanteessa normina esiintyy omalla kaistalla ajaminen, jonka perusteella on määritelty kielletyksi vastaantulevien kaistalla ajaminen näkyvyyden ollessa rajoitettu. Tilanteessa on kysymys toimintaympäristöstä, jos ajaja ei tiedä, sattuuko joku tulemaan vastaan. Toimintaympäristö ja normi muodostavat yhdessä yhteisen oikeu-

den, tässä tapauksessa liikenneturvallisuuden. Abstraktinen vaara on tällä tavoin ymmärretyn yhteisen oikeuden loukkaus. Kysymys ei ole lainkaan konkreettisesta vaarasta eikä vahingon sattumisen ontologisesta mahdollisuudesta, koska tunnusmerkistö täyttyy, vaikka kukaan ei tullut vastaan. Vaara on abstraktista, koska se kohdistuu abstraktiseen yhteiseen oikeuteen, liikenneturvallisuuteen.

Tulkinnassani abstraktinen vaara saa itsenäisen arvosteluperustan, yhteisen oikeuden suojan. Tällöin abstraktista vaaraa edellyttävää kriminalisointia ei jouduta määrittelemään pelkästään konkreettisen vaaran tai kielletyn riskin ottamisen välityksellä. Tulkintatapa ei esimerkiksi vaadi abstraktisen vaaran arviointia alemmanasteisena konkreettisena vaarana.¹⁰¹ Abstraktinen vaara esiintyy itsenäisenä tunnusmerkistöedellytyksenä ja vaaran abstraktisuus perustuu vaarannetun kohteen abstraktisuuteen. Abstraktinen vaara viittaa takaisin toimintaympäristön muodostavaan ryhmään ja ryhmän normiin yhteisen oikeuden alueena.

Toimintaympäristöinä voidaan tarkastella eri tavoin muodostuneita ihmisryhmiä, joissa yhteistä toimintaa varten asetetaan normeja. Esimerkiksi Habermasilla tällaisena esiintyy erityisesti valtio yhteisen kommunikatiivisen toiminnan alueena, valtio nähdään kollektiivisena yhteisönä.

Valtioon kohdistuvien vaarantamisrikosten osalta esittämälläni tulkintatavalla onkin merkitystä. Kun tarkastellaan rikoslain 12 luvun 1 §:ssä kriminalisoitua Suomen itsemääräämisoikeuden vaarantamista, niin sanamuoto viittaisi itsemääräämisoikeuden konkreettiseen vaarantamiseen. Itsemääräämisoikeuden säilyttäminen on kuitenkin Suomen itselleen yhteisönä asettama normi. Tietynlainen normista poikkeava toiminta on katsottu sillä tavoin haitalliseksi, että se on kielletty ja kieltoa on tehostettu rangaistusuhalla. Rangaistavaa on poiketa itsemääräämisoikeuden säilyttämistä koskevasta normista tietyllä tavoin käyttäytymällä. Kysymys ei ole kenenkään yksittäisen oikeuden suojasta, vaan kaikkien ryhmän jäsenten, kansalaisten, oikeudesta. Tunnusmerkistö ei edellytä ketään konkreettisesti vaarannettua. Suojattava kohde on abstraktinen yhteinen oikeus ja tulkintani mukaan kyse on siten abstraktista vaaraa edellyttävästä kriminalisoinnista.

¹⁰¹ Nuotion mukaan onkin ongelmallista kysyä edeltäkö abstraktinen vaara konkreettista. Nuotio 1998, s. 435.

4 YLEINEN VAARA

4.1 Yleistä

Yksittäistä vaaraa koskevien vaarantamisvaatimusten lisäksi kriminalisoinneissa on käytetty yleisen vaaran vaatimusta. Rikoslaisissa yleisvaarallisia piirteitä käsittäviä kriminalisointeja on koottu samaan rikoslain 34 lukuun. Lisäksi yleinen vaara esiintyy esimerkiksi murhan yhtenä mahdollisena kvalifointiperusteena. Yleisen vaaran osalta mielenkiintoista on kysyä, eroaako se jotenkin ”tavallisesta” konkreettisesta tai abstraktisesta vaarasta. Yleisen vaaran määrittely onkin yleisesti tehty tavallisen yksittäisen vaaran välityksellä. Tästä syystä sillä, miten tavallinen vaara ymmärretään ja tulkitaan on olennainen merkitys yleisen vaaran tulkinnassa. Erityistä merkitystä tulkinnassa on aikaisemmin esittämälläni abstraktisen vaaran hahmottamisen tavalla, koska se poikkeaa aikaisemmin esitetyistä tulkinnoista.

Yleinen vaara on esiintynyt aikaisemmin vain konkreettisena yleisenä vaarana. Yleisvaarallisia rikoksia koskevaa sääntelyä uudistettaessa 1990-luvulla omaksuttiin myös niin sanotun abstraktisen yleisen vaaran käsite, *on omiaan aiheuttamaan yleistä vaaraa*¹⁰². Tarkoitukseni on nyt tulkita yleistä vaaraa konkreettisen ja abstraktisen tavallisen vaaran kautta. Kyse on lähinnä yleisen vaaran lainopillisesta tulkinnasta eikä tässä yhteydessä siten ole tarpeen käydä läpi yleisvaarallisten rikosten sääntelyn kehitystä. Sen sijaan on syytä selvittää nykyisiä yleisen vaaran tulkintasuosituksia. Tarkastelussa voidaan lähteä Honkasalon yleisen vaaran määrittelystä. Itse asiassa on niin, että Honkasalon jälkeen kysymyksenasettelu näyttää kulkeneen melko samoilla linjoilla, mutta ongelmakohtia on jäsennetty edelleen.

Aluksi täsmennän yleisen vaaran määrittämisen ongelmakohtia ja selvitän niistä esitettyjä tulkintoja. Tämän jälkeen tarkoitukseni on esittää yleisen vaaran tulkintaa oikeuden oikeusvaltiollisia ja hyvinvointivaltiollisia piirteitä erottelemalla. Käsittelen ensin konkreettista yleistä vaaraa ja sen jälkeen abstraktista yleistä vaaraa. On syytä vielä huomata, että Honkasalon esityksen kirjoittamisen aikaan ei ole ollut abstraktista yleistä vaaraa edellyttävää sääntelyä.

¹⁰²HE 94/1993, s. 119.

4.2 Yleinen vaara Honkasalon mukaan

Honkasalo määrittelee yleistä vaaraa yleisvaarallisia rikoksia koskevan luvun alussa:

”Meikäläisessä rikosoikeustieteessä yksimielisesti omaksutun mielipiteen mukaan henkeä ja terveyttä uhkaava vaara on yleinen, kun sen alaiseksi ei joudu yksi ainoa määrätty tahi useat määrättyt henkilöt, vaan edeltäkäs in määräämätön ihmisjoukko, joten edeltäkäs in ei voida tietää, kuka tai ketkä sen joukon muodostavat. Omaisuutta uhkaava vaara on yleinen, vaikka uhanalainen omaisuus kuuluisi yhdelle ainoalle määrätylle henkilölle, jos vain ne eri omaisuusesineet, joita vaara uhkaa, eivät ole edeltäkäs in määrättyt.”¹⁰³ [harv. alkup.]

Honkasalon määritelmä koskee siis konkreettista yleistä vaaraa. Määritelmän pohjalta saadaan kaksi konkreettisen yleisen vaaran määrittämisen perustetta. Molemmat perusteet edellyttävät ajattelua tavallisen yksittäisen vaarantamisen kautta. Ensiksi henkeä ja terveyttä uhkaavan vaaran on ollakseen yleinen kohdistuttava joukkoon ihmisiä. Toiseksi tämän ihmisjoukon on oltava määrittymätön. Jälkimmäistä edellytystä kutsutaan vaaran määrityttömyyden vaatimukseksi.¹⁰⁴ Omaisuuden kohdistuvan vaaran osalta sovelletaan vain määrityttömyyden vaatimusta.

Määrittely jättää vastaamatta kummankin perusteen osalta tiettyihin kysymyksiin. Ensiksikin ihmisjoukon vaatimuksen osalta vastausta ei saada siihen, kuinka monta henkilöä vaaditaan, jotta voidaan puhua ihmisjoukosta. Honkasalo ei suoraan kiellä, etteikö vain yhteen henkilöön kohdistuva vaara voisi olla yleistä.¹⁰⁵ Toinen avoin ongelma on se, voidaanko vaaraa pitää yleisenä, jos se kohdistuu ennalta määrittyneeseen, mutta suureen ihmisjoukkoon. Uudempi yleisen vaaran tarkastelu on perustunut lähinnä näiden kahden ongelman erittelyyn.

Ongelmia voidaan täsmentää esimerkin avulla. Autopommeja saatetaan käyttää jonkun henkilön surmaamisen tai vahingoittamisen tarkoituksessa. Pommin räjäyttäminen on jo yleiseltä luonteeltaan vaarallista. Autopommi aiheuttaa yleensä vaaraa sekä autossa oleville että tietyille etäisyydelle asti auton ulkopuolella. Miten nyt tulisi arvioida yleisen vaaran täyttymistä autopommin räjähtäessä? Ensinnäkään henkilöautossa ei voi edes olla kovin monta henkilöä ja usein tiettyä autoa käyttää säännöllisesti vain

¹⁰³ Honkasalo 1960, s. 133.

¹⁰⁴ Nuotio 2002, s. 1122.

¹⁰⁵ Nuotio 1998, s. 441.

yksi henkilö. Auton sijainti taas vaikuttaa oleellisesti siihen, keitä saattaa olla auton ulkopuolisella vaara-alueella. Vielä voidaan ajatella sitä, mihin aikaan pommi räjähtää. On aivan eri asia räjäyttää pommi kaupungin keskustassa ruuhka-aikaan kuin harvaan asutulla maaseudulla hiljaiseen aikaan. Tällä on olennaista merkitystä sekä vaarannettujen lukumäärän että vaarannettujen ryhmän määrittynisyyden kannalta.

Tapauksessa KKO 2003:53 oli kyseessä autopommin räjähtäminen sitä asennettaessa. Räjähdyks tapahtui asuinkerrostalon pysäköintialueella ja vaara-alueeksi arvioitiin noin kaksikymmentä metriä joka suuntaan suojaavista esteistä riippuen. Alueella ei ollut tekijöiden lisäksi muita. Arvioitavana oli kysymys siitä, täytyykö törkeän tuhotyön edellyttämä vakavan yleisen hengen tai terveyden vaaran vaatimus. Vaatimuksen ei katsottu täytyvän, koska räjähdyskonkreettinen vaikutus ei ollut ulottunut lähitaloon ja koska räjähdys tapahtui sunnuntaina aamuyöllä, eikä vaaravyöhykkeellä ole siten ollut kuin enintään muutama ihminen. Teon katsottiin kuitenkin riittävän tuhotyön tunnusmerkistön edellyttämään abstraktiseen yleiseen vaaraan. Ratkaisu olisi todennäköisesti ollut toinen, jos pommi olisi räjähtänyt vilkkaampaan aikaan, kun pysäköintialueella olisi saattanut olla useita henkilöitä, kuten arki-aamuna. Toisaalta voidaan ajatella myös toiseen suuntaan: kuinka hiljaisella alueella räjähdys ei aiheuttaisi edes abstraktista yleistä vaaraa? Miten tapausta olisi arvioitava, jos kyseessä olisikin ollut omakotitalo maaseudulla? On vaikea arvioida, missä vaiheessa yleistä vaaraa edellyttävät tunnusmerkistöt täyttyvät. Toisaalta vaarantamisvaatimukseen liittyy aina tietty vaaran hallitsemattomuuden piirre, mutta kuitenkin voidaan pitää selvänä, että yleinen vaara olisi kyettävä määrittelemään tarkemmin kuin Honkasalon esityksessä. Määrittelmä ei täsmennä yleistä vaaraa ilmiönä, vaan sen määrittely on tehtävä tapauskohtaisesti.

4.3 Konkreettisen yleisen vaaran kehittäjä

Nuotio on määritellyt vaaran yleisyyden kriteereitä. Hän esittää vaarannettujen lukumäärää koskevan vaatimuksen, että vain yhden henkilön vaarantaminen ei tekisi vaarasta yleistä. Vaaran määräytymättömyyden hän määrittelee tekijän näkökulmasta. Tekijä ei tiedä kehen tai keihin vaara ehkä kohdistuu.¹⁰⁶ Tällaista ajattelua edustetaan myös tuhotyösäännöksiä koskevassa hallituksen esityksessä. Esityksen mukaan vaara ei olisi yleistä, jos vain yksi henkilö voi joutua vaaran alaiseksi. Sen sijaan muutaman

¹⁰⁶Nuotio 2002, s. 1122–1123 ja Nuotio 1999 s. 756.

henkilön vaarantaminen saattaisi täyttää vaatimuksen, koska vaaran olisi kohdistuttava ennalta määräämättömään joukkoon ihmisiä.¹⁰⁷ Lakivaliokunnan mietinnössä on otettu sellainen kanta, että muutaman henkilön vaarantaminen voisi olla yleistä, vaikka tekijä olisi tiennyt edeltä käsin vaarannettujen lukumäärän. Esimerkiksi asuinrakennuksen sytyttäminen tuleen olisi lähtökohtaisesti yleistä vaaraa aiheuttavaa, vaikka rakennuksessa olijat olisivat tarkoin selvillä.¹⁰⁸

Vaarannettujen määrittämyksen vaatimuksesta esitetään usein laiva-esimerkki. Jos merellä oleva laiva sytytetään tuleen, vaaraa on vaikea olla pitämättä yleisenä, vaikka vaaraa kohdistuu vain rajoitettuun ryhmään, eli laivalla mukana oleviin.¹⁰⁹ Fränden mukaan tällaisissa tapauksissa vaaran yleisyyden vaatimus ei saa itsenäistä merkitystä, vaan vaaraa on pidettävä yleisenä sen määrittämyksestä huolimatta.¹¹⁰

Nuotio pohtii kolmantena yleisen vaaran kriteerinä vaaran intensiteetin merkitystä. Sellainen vaara, joka toteutuessaan kohdistuu useampiin henkilöihin, on yleisempi kuin toteutuessaan vain yhteen tai kahteen ryhmän jäsenen kohdistuva. Tässä kohdin Nuotio esittää lisäksi näkemyksen, että teoriassa voitaisiin pitää yleisenä myös vaaraa, joka uhkaisi ihmisryhmää, mutta voisi realisoitua vain yhden ryhmän jäsenen kohdalla.¹¹¹ Vaaran intensiteetillä voidaan arvioida olevan merkitystä vaaran yleisyyden mittaamisessa. Mitä laajemmat vahinkomahdollisuudet ovat, sitä helpommin yleisen vaaran vaatimus täyttyisi. Vaaran intensiteetin merkitykseen arvioinnissa viittaa myös vakava-määre vaaran edellä. Esimerkiksi murhan ja törkeän tuhotyön kvalifiointiperusteena esiintyy vakavan yleisen vaaran vaatimus. Vakavan vaaran edellytys viittaisi sekä mahdollisen vahingon todennäköisyyteen että sen laajuuteen. Mitä suuremmat mahdolliset vahingot voivat olla, sitä helpommin vaara olisi yleistä, vaikka sen sattumisen todennäköisyys olisi alhaisempi.¹¹² Helminen näyttää kuitenkin olevan sillä kannalla, että vaara voisi olla vakavaa vasta, kun sekä vahinkoriski olisi suuri että mahdollinen vahinko olisi merkittävän laaja.¹¹³

Tässä vaiheessa voidaan jo todeta, että yleistä vaaraa ei ole saatu kovin täsmällisesti määriteltyä. Näyttää siltä, että ongelmat on paikannettu, mut-

¹⁰⁷ HE 94/1993, s. 119.

¹⁰⁸ LaVM 22/1994, s. 16–17.

¹⁰⁹ Nuotio 1998, s. 447.

¹¹⁰ Frände 2001, s. 108–110.

¹¹¹ Nuotio 1998, s. 445.

¹¹² Matikkala 2000, s. 49 ja HE 94/1993 s. 120–121.

¹¹³ Helminen 1989, s. 124.

ta määrittelyä ei ole saatu vastaamaan tarkoitettua ilmiötä. Ongelma vaikuttaa hyvin samankaltaiselta kuin abstraktisella vaaralla tarkoitettun ilmiön osalta. Määrittelyn jäädessä melko avoimeksi tarkoituksenmukaisiin ratkaisuihin päästään vain tapauskohtaisen tarkastelun ja tapauskohtaisen argumentaation avulla. Nuotio mukaan yleinen vaara onkin jonkinlaista yleisöön kohdistuvaa vaarantamista ja sijoittuu yksilön hyvien ja kollektiivisten hyvien vaarantamisen välimaastoon.¹¹⁴ Seuraavaksi tarkastelen vielä Jareborgin yleisen vaaran määrittelyä.

Jareborgin mukaan yleisen vaaran täytyminen edellyttää kahta seikkaa. Ensinnäkin vähintään yhden henkilön on täytynyt tulla konkreettisesti vaarannetuksi. Toiseksi sen, johon konkreettinen vaara on kohdistunut, täytyy edustaa jotain määrittymätöntä ihmisryhmää tai jos ryhmä on määrittynyt, ainakin laajaa ihmisjoukkoa (en talrik skara personer). Jareborgin mukaan yleinen vaara on siten konkreettista vaaraa jollekin tietyn ryhmän jäsenelle. Nähdäkseni Jareborg tavoittaa yleisellä vaaralla tarkoitettun ilmiön melko hyvin ja hänen määritelmänsä onkin pysynyt pitkään samankaltaisena.¹¹⁵ Jareborgin määritelmä ei kuitenkaan katso yleiseksi vaaraa, jos tekijä sytyttää asuintalon tuleen tietäen, että rakennuksessa on vain yksi henkilö tai muutamia henkilöitä. Nuotio tulee melko lähelle Jareborgia, kun hän yhdistää yleisen vaaran arvioinnin perustana ex post- ja ex ante -näkökulmat. Jälkikäteisarviossa ratkaistaisiin se, onko vaaran piirissä ollut konkreettisesti vaarannettuja. Toiseksi yleinen vaara edellyttäisi etukäteistodennäköisyyttä vahingon syntymisestä. Kun Nuotio toteaa vielä, että konkreettinenkaan yleinen vaara ei määrity täysin konkreettisesti, tarkoittanee ex ante arvio vahingon todennäköisyydestä tässä sitä, että tekijän näkökulmasta täytyy olla olemassa jokin ihmisryhmä, johon konkreettinen vaara voisi kohdistua.¹¹⁶ Yleisen vaaran edellytykset ovat siten hyvin samankaltaiset kuin Jareborgilla.

Yleinen vaara voi kohdistua myös omaisuusarvoihin. Omaisuuteen kohdistuvan vaaran yleisyyttä arvioidaan periaatteessa samoin perustein kuin henkilön kohdistuvaa. Nykyoloissa taloudellisia vahinkoja pidetään kuitenkin yleensä vähempiarvoisina kuin henkeen ja terveyteen kohdistuvia vahinkoja. Arvostusero heijastuu myös näiden etuuksien vaarantamisen arvioinnissa. Taloudellisen vahingon vaaralle asetetaan helposti suurempia vaatimuksia, jotta se katsottaisiin samanarvoiseksi henkeen ja terveyteen kohdistuvan vaaran kanssa. Ajatus näkyy selvästi tuhotyön tunnus-

¹¹⁴Nuotio 1998, s. 444.

¹¹⁵Jareborg 2001, s. 179; Jareborg 1995, s. 115 ja Jareborg 1986, s. 30–31.

¹¹⁶Nuotio 1998, s. 443.

merkistöstä. Hengelle ja terveydelle aiheutetun vaaran tulee olla ainoastaan abstraktisesti yleisvaarallista, kun taas taloudellisille eduille aiheutetun vaaran tulee olla konkreettista erittäin huomattavaa yleistä vaaraa. Tämä todetaan myös tuhotyösäännöksiä koskevissa lain esitöissä.¹¹⁷

Honkasalon mukaan omaisuuteen kohdistuva vaara saattoi olla yleistä, vaikka vaarannettu omaisuus kuului vain yhdelle taholle, jos omaisuusesi-
neet kuitenkin olivat edeltäkäs in määräämättömät. Sen sijaan nykyisiä tuhotyösäännöksiä käsitellessään Nuotio lähtee siitä, että omaisuuteen kohdistuva vaara ei ole yleistä, jos se kohdistuu vain yhden tahon etuihin.¹¹⁸ Frände taas on toisella kannalla. Hänen mukaansa vaara on yleistä, vaikka omaisuuteen kohdistuva vaara koskisi vain yhden tahon etuja, kunhan vaarannettu omaisuus on riittävän arvokasta.¹¹⁹ Jareborgin mukaan omaisuuteen kohdistuvan vaaran yleisyys tulee yksinkertaisesti arvioida samoin kuin henkilöihin kohdistuvan vaaran yleisyys. Vielä Jareborg esittää, ettei vaarantajan omaan omaisuuteen kohdistuvaa vaaraa tule ottaa huomioon vaaran yleisyyttä arvioitaessa.¹²⁰ Myöskään Nuotion mukaan oman omaisuuden vaarantamista ei tule ottaa lukuun, koska tarkoituksena on nimenomaan ulkopuolisten intressien suojaaminen.¹²¹ Kannanotoista käy joka tapauksessa ilmi se, että omaisuuteen kohdistuvaa vaaraa ei pidetä henkeen ja terveyteen kohdistuvan vaaran veroisena. Henkeen ja terveyteen kohdistuva vaara täyttää helpommin yleisen vaaran kriteerit kuin omaisuuden kohdistuva.

Murhan kvalifiointiperusteena käytettävässä vakavassa yleisessä vaarassa ei mainita lainkaan mihin vaaran tulisi kohdistua. Matikkalan mukaan tämä vaikeuttaa vaaravaatimuksen tulkintaa.¹²² Nuotio pohtii tuhotyön osalta erityyppisten vaarojen yhdistämisen mahdollisuutta. Olisi periaatteessa ajateltavissa, että samalla teolla aiheutetut henkilöihin ja omaisuuden kohdistuvat vaarat voitaisiin yhdistää arvioitaessa vaaran yleisyyttä. Yhdistetty kokonaisvaara voisi siten olla yleistä, vaikka kumpaankaan kohdistuva vaara ei sitä olisi erikseen arvioitaessa. Nuotion mukaan tuhotyösäännöksen kirjoitustapa ei kuitenkaan tue tällaista vaaroja yhdistävää tulkintaa.¹²³ Mutta miten asiaa olisi arvioitava murhan kvalifiointiperus-

¹¹⁷HE 94/1993, s. 117–121.

¹¹⁸Nuotio 2002, s. 1124 ja Nuotio 1999, s. 758.

¹¹⁹Frände 2001, s. 109.

¹²⁰Jareborg 2001, s. 179.

¹²¹Nuotio 2002, s. 1124–1125 ja Nuotio 1999, s. 758.

¹²²Matikkala 2000, s. 51.

¹²³Nuotio 1998, s. 448.

teen osalta, kun tunnusmerkistössä ei oteta vaaran kohteisiin kantaa? Matikkala ei suoraan käsittele vaarojen yhdistämisen mahdollisuutta, mutta tulkitsee lainkohtaa siten, että kyseessä olisi vaara nimenomaan hengelle ja terveydelle, koska rikoslain 21 luku koskee nimenomaan henkeen ja terveyteen kohdistuvia rikoksia. Kysymys jää joka tapauksessa hieman avoimeksi ja Matikkala kysyykin, voidaanko murhan tunnusmerkistön tältä osin katsoa täyttävän legaliteettiperiaatteseen sisältyvää selvyys- tai tarkkarajaisuusvaatimusta.¹²⁴ Koska henkilöön kohdistuva vaara täyttää helpommin yleisen vaaran kriteerit kuin omaisuuden kohdistuva, olisi nähdäkseni myös ajateltavissa, että tällä perusteella säännöksessä vakava-
määreellä ennemminkin tarkoitettaisiin yleistä hengen ja terveyden vaarantamista kuin omaisuuden vaarantamista. Tämä ei kuitenkaan vielä sulje pois vaarojen yhdistämisen mahdollisuutta.

4.4 Konkreettisen yleisen vaaran hyvinvointivaltiollinen tulkinta

Kaikissa mainituissa konkreettisen yleisen vaaran määrittelyissä painottuvat kaksi elementtiä. Ensinnäkin jonkun tai joidenkin on täytynyt joutua konkreettisesti vaarannetuiksi. Vaara jää kuitenkin tavalliseksi yksittäiseksi vaaraksi, jos toinen edellytys ei täyty. Jareborg ilmaisee toisen edellytyksen siten, että konkreettisesti vaarannetun täytyy edustaa jotain määrittämätöntä ihmisryhmää. Edellytys näyttää koskevan jonkintyyppistä yhteisen oikeuden aluetta. Konkreettinenkaan yleinen vaara ei siten ilmiönä ole samanlainen kuin tavallinen konkreettinen vaara. Konkreettiseen yleiseen vaaraan näyttää sisältyvän sekä jotain konkreettista että joitain abstraktisempia elementtejä. Nuotionkin mukaan konkreettisesti yleisessä vaarassa on abstraktisen vaaran piirteitä. Se sijoittuu ikään kuin yksilön oikeushyvien ja kollektiivisten hyvien välimaastoon ja on jonkinlaista joukkomittaisiin ilmiöihin kohdistuvaa uhkaa.¹²⁵

Koska konkreettisesti yleisessä vaarassa esiintyy selvästi kaksi keskenään erilaista edellytystä, tarkastelen niitä erikseen omista lähtökodistaan. Ensiksi käsitelen kysymystä konkreettisesti vaarannetuista ja toiseksi kysymystä ihmisryhmän vaatimuksesta. Tämän jälkeen elementit täytyy vielä yhdistää yleiseksi vaaraksi.

Konkreettisesti vaarannetun tai vaarannettujen osalta käsittely pelkistyy ongelmaan todella vaarannettujen lukumäärästä. Konkreettisella vaa-

¹²⁴Matikkala 2000, s. 51.

¹²⁵Nuotio 1998, s. 444 ja 459.

ralla tarkoitetaan tässä tavallista yksittäistä konkreettista vaaraa, mistä ei olekaan epäselvyyttä. Jareborgille riittää yksi konkreettisesti vaarannettu ja Nuotio näyttäisi olevan sillä kannalla, että konkreettinen yleinen vaara vaatisi useampia kuin yhden konkreettisesti vaaarannetun. Tämä yleisen vaaran elementti edellyttää vahingon sattumisen ontologista mahdollisuutta eli sitä, että joku tai jotkut ovat todella olleet vaaran piirissä ja että vaara olisi hyvinkin voinut realisoitua heihin kohdistuvana seurauksena. Kysymys on tapahtuman *ex post* -tarkastelusta.

Toinen elementti koskee konkreettisen yleisen vaaran abstraktisempaa puolta. Jareborg puhuu siitä, että konkreettisesti vaarannetun on edustettava jotain määrittämätöntä ihmisryhmää tai määrittynyttä, mutta laajaa ihmisryhmää.¹²⁶ Nuotio mukaan yleinen vaara tältä osin uhkaksi sivullisia, joiden asema ei ehkä edes ole selvillä rikosteon aikaan. Nuotio puhuu myös kokemukseen perustuvasta vahingon sattumisen todennäköisyysarviosta tekijän kannalta tarkasteltuna.¹²⁷ Ongelman kuvaus ilmiönä vastaa abstraktista vaaraa. Kuljettajan ajaessa mutkaan vastaantulevien kaistalla hän ei tiedä sattuuko joku tulemaan vastaan. Se voi olla vain enemmän tai vähemmän todennäköistä, mutta abstraktisen vaaran vaatimus täyttyy riippumatta siitä, sattuuko joku tulemaan juuri sillä hetkellä vastaan. Tekijän näkökulmasta ei voida tietää kuka tai ketkä voivat joutua vaarannetuiksi. Joku ryhmästä voi joutua konkreettisesti vaarannetuksi, tai jollekulle voi sattua seuraus, taikka tällaiselta voidaan kokonaan välttyä.

Kysymys on siten itse asiassa samasta ilmiöstä kuin abstraktisen vaaran kirjaesimerkissä. Olen edellä luvussa 5 esittänyt abstraktiselle vaaralle tulkittaa hyvinvointivaltiollisen oikeuden ilmentymänä. Tuossa tulkinnassa abstraktinen vaara esiintyy tietyssä toimintaympäristössä tapahtuvana yhteisen oikeuden loukkauksena. Kysymys on tekijän näkökulmasta tehtävästä *ex ante* -arviosta.

Toisen elementin osalta on vielä kiinnitettävä huomiota ryhmän määrittymättömyyden vaatimukseen. Ongelma koskee laivaesimerkin mukaan sitä, voidaanko vaaraa pitää yleisenä, vaikka ryhmä on määrittynyt, mutta kuitenkin suuri. Tarkoituksenmukaisen ratkaisun takaamiseksi ryhmän määrittymättömyyden kriteeristä ei ole voitu tällaisissa tapauksissa pitää kiinni. Ratkaisu on jouduttu tekemään yksittäistapauksellisen teleologisen argumentaation perusteella, koska systematiikan noudattaminen olisi johtanut epätarkoituksenmukaisiin ratkaisuihin. Omassa tulkinnassani ongelma paikantuu yhteisen oikeuden loukkaukseksi yhteisessä toiminta-

¹²⁶Jareborg 2001, s. 179.

¹²⁷Nuotio 1998, s. 443–444.

ympäristössä. Esitettävä kysymys ei nyt olekaan se, onko jokin ihmisryhmä ollut tekijän näkökulmasta etukäteen määrittynyt vai ei. Kysymys koskee sitä, onko tekijä *ex ante* -arvostelussa toiminut yhteisen oikeuden alueella tietyssä toimintaympäristössä. Ryhmän määrittynyys tai määrittymätömyys ei ole tähän kysymykseen vastaamisen kannalta relevanttia.

Nämä kaksi elementtiä yhdistyvät konkreettisesti yleisessä vaarassa. Tunnusmerkistö edellyttää molempien täyttymistä. On siis esitettävä kaksi kysymystä. Ensiksikin kysytään sitä, onko konkreettisesti vaarannettu ja. Toiseksi tulee kysyä, onko teko tehty yhteisen oikeuden alueella tietyssä toimintaympäristössä. Tunnusmerkistön täyttymiseksi molempiin täytyy voida vastata myöntävästi. Konkreettisesti yleisessä vaarassa yhdistyvät siten *ex post*- ja *ex ante* -arvostelu, mutta ne on tehtävä toisistaan erillään.

Tulkintani mukaan vaaran yleisyys muodostuu *ex ante*- ja *ex post*-elementtien samanaikaisesta esiintymisestä. Elementit tulee arvioida erikseen ja vaaran yleisyys muodostuu vasta elementtien yhdistämisestä. Konkreettisesti yleisessä vaarassa yhdistyvät tavallinen konkreettinen vaara ja tavallinen abstraktinen vaara. Tästä syystä katson, että yleisen vaaran täyttymiseen riittää lähtökohtaisesti yksikin konkreettisesti vaarannettu,¹²⁸ kunhan yleisen vaaran abstraktinenkin elementti täyttyy. Näistä syistä yleistä vaaraa ei voidakaan määritellä riippumatta yksittäisistä vaaroista ja niiden tulkinnoista. Vaikka lähtökohtaisesti yleisen vaaran täyttymiseen riittää konkreettisten vaarannettujen osalta yhden henkilön vaarantaminen, on kuitenkin hyvin mahdollista, että tunnusmerkistöissä asetetaan lisävaatimuksia. Esimerkiksi törkeän tuhotyön ensimmäisessä kvalifointiperusteessa esiintyy lisävaatimus konkreettisen vaaran aiheuttamisesta suurelle ihmis määrälle. Lisävaatimuksia asettaa myös vakava-määreen käyttäminen. Vaaran vakavuudella tarkoitettaneen lähinnä vaaran suurempaa intensiteettiä.¹²⁹

4.5 Abstraktinen yleinen vaara

Suomessa on yleisvaarallisia rikoksia viime vuosikymmenellä uudistettaessa omaksuttu abstraktisen yleisen vaaran käsite. Henkeen ja terveyteen kohdistuvan uhan osalta tuhotyön edellytyksenä on se, että teon *on oltava omiaan aiheuttamaan yleistä hengen tai terveyden vaaraa*.¹³⁰ Tällaista

¹²⁸Näin myös Jareborg, ks. esim. Jareborg 2001, s. 179.

¹²⁹Nuotio 1998, s. 445 ja HE 94/1993 s. 120–121.

¹³⁰Ks. esim. Helminen 1989, s. 122–128.

kriminalisointitekniikkaa ei ole muualla otettu käyttöön, joten esimerkiksi Jareborg ei käsittele kysymystä lainkaan. Tarkoituksenani on nyt pyrkiä hahmottamaan sitä ilmiötä, jota abstraktisen yleisen vaaran kriminalisoinnilla tavoitellaan. Tarkastelu on luontevaa aloittaa yleisvaarallisten rikosten uudistamista koskevasta hallituksen esityksestä. Hallituksen esityksen mukaan abstraktisella yleisellä vaaralla tarkoitetaan seuraavaa:

”Hengen ja terveyden vaarassa riittää, että teko on luonteeltaan vaarantava. Niin sanottu abstraktinen vaara riittää täyttämään siltä osin tuhotyön tunnusmerkistön. Rangaistussäännöksessä käytetään vaaran abstraktisuutta ilmaisemaan muuallakin lainsäädännössä käytettyä sanontaa ’on omiaan aiheuttamaan yleistä hengen tai terveyden vaaraa’. Rikoksen toteutuminen ei edellytä sen osoittamista, että teko juuri siinä tilanteessa on aiheuttanut jollekin hengen tai terveyden vaaraa, kunhan se tekotyypinä kokemuseräisesti yleensä aiheuttaa sellaista vaaraa.”¹³¹

Lakivaliokunnassa syntyi huolta siitä, että tuhotyö-säännöksen soveltamisala saattaisi supistua liiaksi. Jos säännöksessä edellytettäisiin, että teon tulisi tyypillisesti johtaa konkreettisen yleisen vaaran syntyyn, voi osa edellytyksistä jäädä täyttymättä teossa, johon säännöstä aivan ilmeisesti olisi tarkoitettu sovellettavan.¹³² Lähinnä ongelmana on pidetty asuinrakennusten tuleen sytyttämistä:

”Käytännössä yleisin ongelmatilanne liittyyneen asutun asunnon tuleen sytyttämiseen. Jos katsottaisiin, ettei muutamaa ihmistä voida pitää ihmisjoukkona, säännöstä ei voitaisi useinkaan soveltaa pienen asuinrakennuksen tuleen sytyttämiseen. Samoin vaaran yleisyyden jäykkä arvioiminen vaaran kohteen määrittelemättömyyden ja rajaamattomuuden perusteella voi johtaa esityksen tarkoituksen vastaiseen tulkintaan. Esimerkiksi laivassa hengenvaaraan joutuvien henkilöiden määrä voi olla tarkasti tiedossa, mutta yksin tämä seikka ei estä säännöksen soveltamista. Valiokunta katsoo, että yleisen vaaran vaatimusta on tulkittava siten, että esimerkiksi asutun rakennuksen tuleen sytyttäminen lähtökohtaisesti kuuluu tuhotyösäännöksen soveltamisalaan. Vaikka vaarannettuja henkilöitä olisi vain muutama, käsillä voi tyypillisesti olla tällainen yleistä vaaraa säännöksessä tarkoitettussa mielessä aiheuttava teko. Ratkaisevaa ei ole myöskään se, tiesikö tekijä henkilöiden lukumäärän edeltä. On omiaan -lausekkeen tulee valiokunnan käsityksen mukaan merkitä lähinnä sitä, että säännöksen soveltaminen ei edellytä joidenkin henkilöiden todella olleen vaarassa. Esimerkiksi perheen asunnon sytyttäminen tuleen on tuhotyö, vaikka perhe ei juuri tuolloin olekaan ol-

¹³¹ HE 94/1993, s. 119.

¹³² LaVM 22/1994, s. 16–17.

lut kotona. Säännöstä ei voida soveltaa, jos tekijä olisi ensin tarkkaan varmistautunut siitä, että kukaan ei joudu vaaraan.”¹³³

Lakivaliokunnassa esillä olleet ongelmat ovat siis pääosin samoja kuin mitä olen edellä käsitellyt konkreettisen yleisen vaaran yhteydessä. Ennen kaikkea kysymys näyttää siis olevan ihmisryhmän ja sen määräytymättömyyden vaatimuksista. Nyt täytyykin kiinnittää huomiota valiokunnan lausumaan siitä, mikä erottaisi abstraktisen yleisen vaaran konkreettisesta yleisestä vaarasta. Valiokunnan mukaan abstraktisuuden vaatimus merkitsee sitä, ettei säännös edellytä ketään konkreettisesti vaarannettua. Vaara-vaatimus ei täytyisi, jos tekijä on varmistunut siitä, ettei kukaan joudu vaarannetuksi ja tällöin kriminalisointia ei enää sovellettaisi.

Nuotio on samoilla linjoilla lakivaliokunnan kanssa. Teon tulisi olla yleiseltä luonteeltaan yleisvaarallinen, eikä teon kohdejoukolta edellytetä todellista olemassaoloa. Nuotio mukaan teon ei tarvitse tyypillisesti johtaa konkreettisen yleisen vaaran syntyyn, vaan abstraktinen yleinen vaara täytyy, jos konkreettinen yleinen vaara olisi voinut syntyä. Tekoon on liiyyttävä mahdollisuus ihmisryhmän joutumisesta vaaraan. Lisäksi kysymys olisi aina tekijän näkökulmasta. Olisi arvioitava, mitä tekijä voi perustellusti odottaa teostaan seuraavan.¹³⁴ Ratkaisevaa olisi se, voitaisiinko ex ante -näkökulmasta faktis-juridisella agumentaatiolla perustella tapahtuman-kulkuja, jotka olisivat voineet johtaa konkreettisen yleisen vaaran syntyyn.¹³⁵

4.6 Abstraktisen yleisen vaaran hyvinvointivaltiollinen tulkinta

Omassa konkreettisen yleisen vaaran tulkinnassani erottelen yleisen vaaran kahteen elementtiin, konkreettiseen vaaraan ja abstraktiseen vaaraan. Tulkinnassani vaaran yleisyys muodostuu konkreettisen ja abstraktisen elementin yhdistämisestä. Konkreettinen vaara edustaa ex post -näkökulmaa ja abstraktinen vaara ex ante -näkökulmaa. Kun nyt tarkastelen abstraktista yleistä vaaraa, teen samanlaisen erottelun elementteihin.

Konkreettisen yleisen vaaran abstraktinen elementti ei muutu siirryttäessä konkreettisesta yleisestä vaarasta abstraktiseen yleiseen vaaraan. Abstraktinen elementti koskee edelleen abstraktisen vaaran vaatimusta tunnusmerkistötasolla. Abstraktinen vaara on tekijän näkökulmasta toimimista

¹³³LaVM 22/1994, s. 16–17.

¹³⁴Nuotio 2002, s. 1123–1124 ja Nuotio 1999, s. 757.

¹³⁵Nuotio 1998, s. 455.

tietyssä toimintaympäristössä, jossa teko loukkaa toimijoiden välityksellä muodostuvaa yhteistä oikeutta. Asuinrakennuksen sytyttämisessä tuleen kysymys olisi asumisturvallisuudesta yhteisenä oikeutena. Tekijän tulee ottaa yhteinen oikeus huomioon. Kyse ei kuitenkaan olisi yhteisen oikeuden loukkauksesta, jos tekijä olisi etukäteen varmistunut siitä, ettei kukaan voi joutua konkreettisesti vaarannetuksi. Rakennuksen tuleen sytyttänyt esimerkiksi tietää, ettei rakennuksessa ole ketään ja että rakennus on myös sillä tavoin muista asuinrakennuksista erillään, ettei tulen leviämisen vaaraa laajemmalle ole. Tältä osin konkreettinen ja abstraktinen yleinen vaara eivät siis eroa.

Yleisiä vaaroja erottavaksi tekijäksi on lakivaliokunnan mietinnössä ajateltu nimenomaan konkreettisesti yleisessä vaarassa esiintyvän konkreettisen vaaran elementin muuttamista abstraktiseksi. Abstraktisen yleisen vaaran vaatimus täyttyy, vaikka kukaan ei joudu konkreettisesti vaarannetuksi. Lakivaliokunnan mietinnön mukaan asuinrakennuksen sytyttäminen tuleen täyttäisi lähtökohtaisesti tunnusmerkistön. Perheen asunnon sytyttäminen olisi rangaistavaa, vaikka perhe ei ollutkaan kotona. Kyse ei kuitenkaan olisi tuhotyöstä, jos tekijä tietää, ettei kukaan joudu vaarannetuksi. Kysymys on siten ennen muuta tekijän näkökulmasta, *ex ante* -arviosta. Tätä arviota ei voida tehdä *ex post*, koska silloin tunnusmerkistö ei täytyisi, jos kukaan ei ollutkaan asuinrakennuksessa. Nuotio toteaa asian siten, että ontologiset tapahtumienkulkujen mahdollisuudet korvataan abstrahoitujen intressien perustellulla suojan tarpeella¹³⁶.

Nyt onkin oleellista tarkastella miten konkreettisen yleisen vaaran konkreettisen elementin muuttaminen abstraktiseksi vaikuttaa suojattaviin intresseihin. Suojan kohde ei enää ole yksittäinen todella paikalla ollut henkilö, koska kenenkään ei edellytetä olleen läsnä. Kysymys on itse asiassa samasta ilmiöstä kuin abstraktisen vaaran kirjaesimerkissä. Kun kuljettaja ajaa autolla vastaantulevien kaistaa pitkin näkyvyydeltään rajoitettuun mutkaan, hän ei tiedä, tuleeko joku vastaan. Hänen olisi kuitenkin toiminnassaan otettava tuo mahdollisuus huomioon, muussa tapauksessa hän loukkaa teollaan yhteistä oikeutta liikenneturvallisuuteen. Kysymys ei ole vahingon sattumisen ontologisesta mahdollisuudesta, vaan siitä, että tekijän tulee ottaa yhteinen oikeus huomioon, jos hän ei tiedä, ettei kenellekään voisikaan sattua mitään. Tekijän tietäessä, että kenellekään ei voi sattua mitään, hän ei toimi toimintaympäristössä yhteisen oikeuden alueella. Silloin hän ei voi myöskään loukata yhteistä oikeutta.

¹³⁶Nuotio 1998, s. 454.

Abstraktisessa yleisessä vaarassa konkreettisen yleisen vaaran konkreettinen elementti, konkreettisen vaaran vaatimus, muutetaan abstraktisen vaaran vaatimukseksi. Tämä abstraktisen vaaran vaatimus tulee jo yleiseen vaaran ennestäänkin kuuluvan abstraktisen vaaran vaatimuksen lisäksi. Tästä seuraa se, että abstraktisessa yleisessä vaarassa kielen tasolla esiintyy kahdenkertainen yhteisen oikeuden suoja. Nyt oleellisinta onkin kysyä, eroaako tämä jotenkin abstraktisesta yhdenkertaisesta vaarasta. Kun tarkastelemme abstraktisen tavallisen vaaran ja abstraktisen yleisen vaaran esimerkkejä, huomaamme itse asiassa hyvin selvästi, että ilmaisuilla viitataan samaan ilmiöön. Asuinrakennuksen tuleen sytyttäjä vaarantaa potentiaalisen tai potentiaaliset talossa olijat ja mutkaan vastaantulevien kaistalla ajaja kenen tai keiden tahansa mahdollisesti vastaantulevien hengen tai terveyden. Ilmiöön liittyvää eroa ei ole.

Johtopäätökseni on tältä osin siten se, että abstraktinen vaara ja abstraktinen yleinen vaara ilmaisuina kuvaavat samaa ilmiötä. Kysymys on ainoastaan saman asian erilaisista kuvaustavoista, erilaisten ilmaisujen käytöstä.

5 LOPPUPÄÄTELMÄT

Suomen rikosoikeudessa vaarantaminen vastuun perusteena on vahvistunut 1960-luvulta alkaen. Tärkeänä vaarantamisvastuun nousemisen merkinä voidaan pitää myöhemmin rikoslakiprojektinkin työhön vaikuttanutta rikosoikeuskomitean mietintöä vuodelta 1976.¹³⁷ Vaikuttaa siltä, että painotuksen muutos on ymmärretty valintakysymyksenä. Nähdäkseni muutoksen suuntaa ei kuitenkaan voida kovin suoraviivaisesti valita. Ennemminkin kyse on siitä, että rikosoikeuden on sopeuduttava yhteiskunnan muuhun kehitykseen, jos rikosoikeuden yhteiskunnallisesta merkityksestä halutaan pitää kiinni. Rikosoikeus toimii välittömässä yhteydessä yhteiskuntaan ja yksilöihin, ja siksi myös yhteiskunnallinen muutos ja käsitys yhteiskunnassa vallitsevista oikeuksista vaikuttaa rikosoikeuden muutokseen.

Perinteinen oikeusvaltiollinen systematiikka ei ole soveltunut vaarantamisrikosten käsittelyyn. Tämän vuoksi en pidäkään yllättävänä, että painotuksen muutos on aluksi tapahtunut lähinnä kriminaalipolitiikan suunnalla. Olisi kuitenkin suotavaa, kuten Lahtikin toteaa, että vaarantamisrikosoppi olisi vakiintunut ajan mittaan.¹³⁸ Tämä on siksi tärkeää, että vaa-

¹³⁷Matikkala 1998, s. 1328.

¹³⁸Lahti 2000, s. 285.

rantamisrikosten määrä ja samalla merkitys on edelleen noussut. Rikosoikeuskomitean periaatelinjaukseksi luonnehdittava mietintö saikin kritiikkiä vähäisestä rikosoikeuden systematiikan ja yleisten oppien käsittelystä. Mietinnössä esitettiin vaarantamisvastuun painottamista sääntelyssä. Kriittisessä artikkelissaan Eriksson katsoo, että tällainen muutos vaatii uutta systematiikkaa ja se vaikuttaa myös yleisiin oppeihin. Eriksson näkee, että vaarantamisvastuu on jossain määrin ristiriidassa oikeusvaltiollisen legaliteettiperiaatteen kanssa.¹³⁹ Majanen ja Palmén katsovat, että komitea on tehnyt periaatelinjauksensa ilman mitään teoreettista soveltamismallia.¹⁴⁰

Kritiikki kertoo juuri siitä, että linjaukset on tehty aluksi kriminaalipoliitiikan alalla. Mutta näin tuleekin tapahtua. Voidaan tuskin ajatella, että rikosoikeus kehittyisi ensin systematiikkansa osalta ja vasta sen jälkeen valmiina olevaan systematiikkaan koetettaisiin asetella kriminaalipoliittisia tavoitteita. Tämän sijaan pidänkin ongelmallisena sitä, että vaarantamisrikoksia ja erityisesti abstraktista vaaraa ei ole onnistuttu systematiikan osalta määrittelemään tyydyttävästi myöhemminkään. Näen ongelman olleen siinä, että abstraktista vaaraa on pyritty tulkitsemaan vallitsevasta systematiikasta käsin. Ongelman edessä ei kuitenkaan tulisi luovuttaa ja siirtyä pelkästään tyyppitapauksiin perustuvaan yksittäistapausten arviointiin. Ongelma voidaan pyrkiä ratkaisemaan tarkastelemalla rikosoikeuden piirteitä omista lähtökohdistaan.

Olen tässä kirjoituksessa esittänyt, että abstraktinen vaara on käsitteellisesti määriteltävissä, kunhan sitä tarkastellaan hyvinvointivaltiollisen rikosoikeuden ilmentymänä. Perinteisestä oikeusvaltiollisesta systematiikasta ei tule kuitenkaan luopua, vaan se soveltuu edelleen perinteisten rikosten teoreettiseksi taustaksi. Perinteinen oikeusvaltiollinen rikosoikeus keskittyy yksittäisiin tekoihin ja puuttuu niihin vasta, kun jotain vahinkoa on jo sattunut tai jonkun oikeus on joutunut konkreettisesti vaarannetuksi. Hyvinvointivaltiollinen sääntely taas painottaa ennaltaehkäisyä, jolloin sääntelyn kohteeksi muodostuvat erilaiset toiminnat. Jos ajatellaan, että rikosoikeus muuttuu muun yhteiskunnallisen muutoksen myötä, niin näiden kahden mallin painotus vaihtelee muutosten mukana. Yhteiskunnassa tuskin luovutaan täysin kummastakaan, yksilöllisyydestä tai yhteisöllisyydestä. Näin on myös rikosoikeuden osalta ja siksi mallit on saatava toimimaan yhdessä.

Vaarantamisrikokset ovat yksi rikosoikeuden osa-alue, jolla mallien mukaista erittelyä on tehtävä ja saatava erilaiset piirteet toimimaan yhdes-

¹³⁹Eriksson 1977, s. 74 ja 76.

¹⁴⁰Majanen – Palmén 1977, s. 94–95 ja 97.

sä jopa samoissa kriminalisoinneissa. Olen tulkinnut näistä lähtökohdista vaarantamiskriminalisointeja. Koska oikeusvaltiollinen oikeus keskittyy yksilöihin, ovat yksilöt ja heidän oikeutensa oikeusvaltiollisen rikosoikeuden suojan välittömänä kohteena. Hyvinvointivaltiollinen oikeus puolestaan keskittyy toimintojen sääntelyyn, joten sen mukaisessa rikosoikeudessa välittömän suojan kohteena ovat nämä toiminnot yhteisen oikeuden alueina. Se tarjoaa toimintojen sääntelyn avulla välillistä suojaa yksilöiden oikeuksille. Tähän käsitykseen perustuen voidaan muodostaa kolmenlaisia kriminalisointeja, joissa edellytetään suojan välittömän kohteen läsnäolon toteamista yksittäistapauksessa.

Ensinnäkin voidaan suojata suoraan yksilöiden oikeuksia. Tällaisia kriminalisointeja ovat seurausrikokset ja konkreettista vaaraa edellyttävät kriminalisoinnit. Toiseksi voidaan suojata välittömästi vain yhteistä oikeutta yhteisessä toiminnassa. Tätä hyvinvointivaltiollista mallia edustavat abstraktisen vaaran kriminalisoinnit. Vielä kolmanneksi nämä voidaan yhdistää eli samalla säännöksellä voidaan tarjota suojaa sekä yksilöiden oikeuksille että yhteiselle toiminnalle. Olen tulkinnut tällaiseksi konkreettisen yleisen vaaran edellyttämisen kriminalisoinneissa. Lisäksi kriminalisoinnit voidaan rakentaa siten, että niissä ei edellytetä lainkaan suojattavan kohteen läsnäolon arviointia yksittäistapauksessa. Näitä ovat puhtaat tekoricokset ja presumoitua vaaraa edellyttävät kriminalisoinnit. Abstraktisen yleisen vaaran kriminalisointi taas viittaa vain yhteisen oikeuden alueeseen, eikä se siten sisällöltään poikkea abstraktisen vaaran kriminalisoinneista.

Käsitys yhteisen oikeuden luonteesta vaikuttaa siihen, minkälaisena sitä välittömästi suojaavat kriminalisoinnit ymmärretään. Olen tulkinnut yhteiset hyvät epäitsenäisiksi oikeuksiksi. Niiden tehtävänä on edistää yksilöiden oikeuksien käyttämättömyyksiä yhteisissä toiminnoissa. Ne tulee aina ymmärtää vain yksilöiden oikeuksien välityksellä eikä niitä tule itsenäistää ja käsittää rinnasteisiksi oikeuksiksi yksilöiden oikeuksien kanssa. Tällöin niiden suojaamisen avulla voidaan välillisesti suojata yksilöiden oikeuksia. Jos ne saavat itsenäisen aseman, tämä ei ole mahdollista. Itsenäistäminen aiheuttaa vastakkainasettelun yksilöiden oikeuksien suojan ja yhteisten oikeuksien suojan välille, jolloin toisen suojaaminen heikentää toisen suojaa. Abstraktinen vaara viittaa tulkintani mukaan epäitsenäisen yhteisen oikeuden loukkaukseen.

LÄHTEET

Anttila 1969

Anttila, Inkeri: Syyllisyysvastuuta kohti. *LM* 1969, s. 625–648.

Ellilä 1968

Ellilä, Reino: *Uusittu liikenneoikeus*. Porvoo 1968.

Eriksson 1977

Eriksson, Lars D.: Straffrättskommittens anatomi. *Oikeus* 1977, s. 72–80.

Ewald 2003

Ewald, François: *Normi yhteisen mittapuun käytäntönä*. Suomentaneet Marjut Salokannel ja Kaarlo Tuori. Saarijärvi 2003.

Frände 1990

Frände, Dan: Farebegreppet och strafflagsreformen. *JFT* 1990, s. 95–115.

Frände 1991

Frände, Dan: Vaarantamisrikosten rakenne ja legitimaatio. Suomentanut Panu Minkkinen. *LM* 1991, s. 847–866.

Frände 1994

Frände, Dan: *Allmän straffrätt. En introduktion*. Helsingfors 1994.

Frände 1994a

Frände, Dan: Faredeliktens allmänna läror. *Oikeustiede – Jurisprudentia XXVII* 1994, s. 5–103.

Frände 1998

Frände, Dan: Virallisen vastaväittäjän lausunto väitöksestä Nuotio, Kimmo: Teko, vaara, seuraus. Rikosvastuun filosofisista, kriminaalipoliittisista ja lainopillisista perusteista. *LM* 1998, s. 675–684.

Frände 2001

Frände, Dan: *Allmän straffrätt*. Andra upplagan. Helsingfors 2001.

Habermas 2001

Habermas, Jürgen: *Between facts and norms. Contributions to a discourse theory of law and democracy*. Paperback edition. Fourth printing. Cambridge, Massachusetts 2001. Translated by William Rehg. Alkuteos: Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaat. Frankfurt am Main, Germany 1992.

HE 94/1993

Hallituksen esitys Eduskunnalle rikoslainsäädännön kokonaisuudistuksen toisen vaiheen käsitteväiksi rikoslain ja eräiden muiden lakien muutoksiksi.

HE 44/2002

Hallituksen esitys Eduskunnalle rikosoikeuden yleisiä oppeja koskevan lainsäädännön uudistamiseksi.

Helminen 1989

Helminen, Klaus: Yleisvaaralliset rikokset uudistuvassa rikoslaisissa. Teoksessa *Rikosoikeudellisia kirjoitelmia VI. Rikosoikeuden juhlavuonna 1989. Rikoslaki 1889 – 1912 – 1989. Jaakko Forsman (1839–1899). Brynolf Honkasalo (1889–1973)*, s. 111–128. Toimittanut Raimo Lahti. Vammala 1989.

Honkasalo 1933

Honkasalo, Brynolf: *Kausaalisuuskysymys rikosoikeudessa*. Helsinki 1933.

Honkasalo 1960

Honkasalo, Brynolf: *Suomen rikosoikeus. Erityinen osa II*. Hämeenlinna 1960.

Jari Laasanen

Honkasalo 1966

Honkasalo, Brynolf: Syyllisyydestä riippumaton seurausvastuu rikosoikeudessamme. *LM* 1966, s. 478–486.

Honkasalo 1967

Honkasalo, Brynolf: *Suomen rikosoikeus. Yleiset opit. Toinen osa.* Toinen korjattu painos. Hämeenlinna 1967.

Honkasalo 1970

Honkasalo, Brynolf: *Suomen rikosoikeus. Erityinen osa. Ensimmäisen osan ensimmäinen jakso. Henkilöön kohdistuvat rikokset.* Hämeenlinna 1970.

Jareborg 1979

Jareborg, Nils: *Brotten. Första häftet. Grundbegrepp. Brotten mot person.* Lund 1979.

Jareborg 1986

Jareborg, Nils: *Brotten. Tredje häftet. Brotten mot allmänheten och staten.* Andra upplagan. Lund 1986.

Jareborg 1994

Jareborg, Nils: Defensiv och offensiv straffrättspolitik. *NTJK* 1994, s. 41–53.

Jareborg 1995

Jareborg, Nils: *Straffrättens gärningslära.* Malmö 1995.

Jareborg 2001

Jareborg, Nils: *Allmän kriminalrätt.* Göteborg 2001.

Kantola 1969

Kantola, Antero: Varomattomuus liikenteessä vaarantamisrikoksena. Julkaisematon lissensiaattitutkimus. Helsingin yliopisto 1969.

Kantola 1970

Kantola, Antero: Varomattomuudesta liikenteessä vaarantamisrikoksena. *LM* 1970, s. 374–389.

KM 1976:72

Rikosoikeuskomitean mietintö 1976:72. Helsinki 1976.

Koskinen 1984

Koskinen, Pekka: Vaarantamisesta rangaistavuuden perusteena. *LM* 1984, s. 1116–1141.

Koskinen 1997

Koskinen, Pekka: Virallisen vastaväittäjän lausunto väitöksestä Nuutila, Ari-Matti: Rikosoikeudellinen huolimattomuus. *LM* 1997, s. 946–962.

Lahti 1982

Lahti, Raimo: Tieliikennelainsäädännön teoreettinen tarkastelu. Teoksessa *Uutta tieliikennelainsäädäntöä*, s. 41–58. Vammala 1982.

Lahti 2000

Lahti, Raimo: Virallisen vastaväittäjän lausunto väitöksestä Tolvanen, Matti: Tieliikennerekokset ja kriminaalipolitiikka. *LM* 2000, s. 276–286.

LaVM 22/1994

Lakivaliokunnan mietintö n:o 22 hallituksen esityksestä rikoslainsäädännön kokonaisuudistuksen toisen vaiheen käsittäviksi rikoslain ja eräiden muiden lakien muutoksiksi.

Majanen – Palmén 1977

Majanen, Martti – Palmén, Harri: Rikosoikeuskomitea ja yleiset opit. *Oikeus* 1977, s. 93–100.

Matikkala 1998

Matikkala, Jussi: Rikosoikeuskomitea ja rikosoikeuden kehitys. *LM* 1998, s. 1325–1340.

Matikkala 2000

Matikkala, Jussi: *Henkeen ja terveyteen kohdistuvat rikokset*. Jyväskylä 2000.

Nuotio 1998

Nuotio, Kimmo: *Teko, vaara, seuraus. Rikosvastuun filosofisista, kriminaalipoliittisista ja lainopillisista perusteista*. Vammala 1998.

Nuotio 1999

Nuotio, Kimmo: RL 34: Yleisvaaralliset rikokset. Teoksessa Heinonen, Olavi; Koskinen, Pekka; Lappi-Seppälä, Tapio; Majanen, Martti; Nuotio, Kimmo; Nuutila, Ari-Matti ja Rautio, Ilkka: *Oikeuden perusteokset. Rikosoikeus*, s. 751–773. Juva 1999.

Nuotio 2002

Nuotio, Kimmo: RL 34: Yleisvaaralliset rikokset. Teoksessa Heinonen, Olavi; Koskinen, Pekka; Lappi-Seppälä, Tapio; Majanen, Martti; Nuotio, Kimmo; Nuutila, Ari-Matti ja Rautio, Ilkka: *Oikeuden perusteokset. Rikosoikeus*, s. 1117–1145. Toinen uudistettu painos. Juva 2002.

Nuutila 1996

Nuutila, Ari-Matti: *Rikosoikeudellinen huolimattomuus*. Jyväskylä 1996.

Nuutila 1997

Nuutila, Ari-Matti: *Rikoslain yleinen osa*. Jyväskylä 1997.

Serlachius 1909

Serlachius, Allan: *Suomen rikosoikeuden oppikirja. I osa. Yleiset opit*. Helsinki 1909.

Tapani 2004

Tapani, Jussi: *Petos liikesuhteessa. Talousrikosoikeudellinen tutkimus*. Jyväskylä 2004.

Tolvanen 1999

Tolvanen, Matti: *Tieliikenerikokset ja kriminaalipoliittikka*. Jyväskylä 1999.

OIKEUSTAPAUKSET

KKO 1987:81 s. 334

KKO 2003:53 s. 366

LYHENTEET

| | |
|------|---|
| HE | Hallituksen esitys |
| JFT | Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland |
| KKO | Korkein oikeus |
| KM | Komiteamietintö |
| LaVM | Lakivaliokunnan mietintö |
| LM | Lakimies |
| NTfK | Nordisk Tidsskrift for Kriminalvidenskab |
| RL | Rikoslaki |

ABSTRACT DANGER

On endangerment offences in the welfare state

Endangerment offences have increased in number in our legislation and at the same time so has the significance of their interpretation. In our interpretation tradition, the endangerment offences are usually divided into three main groups: the concrete, the abstract and the presumed endangerment offences. In addition, there is also another group of endangerment offences, namely the offences which endanger larger groups of people or property; this group can be called the common endangerment offences.

The three main groups of endangerment offences are usually defined in the following way. Danger is most obviously present in the concrete endangerment offences. This means, that someone has actually been endangered and the infringement has been avoided merely by an accident. The presumed endangerment offences, however, are presumed dangerous in every case, whether they actually include danger or not. Between these two groups of offences there are the abstract endangerment offences. In these cases there is no requirement for any individual to be present and neither is danger presumed. Abstract danger is understood as some kind of a possibility that someone could have been in the danger area. This group of offences has been the most difficult to interpret and partially because of this, abstract danger does not have an independent definition.

The systematics and the interpretation of endangerment offences have been built on the state ruled by law theory. The other possible background theory is the welfare state theory. In this essay these two theories function as equals depending on the nature of the legislation. This means, for example, that the state ruled by law theory is applied as background theory only to the legislation typical to it.

The approach adopted means that the interpretation of abstract endangerment offences is not to be based on the state ruled by law theory but on the welfare state theory. The concrete and the abstract endangerment offences are considered equal but different ways to describe behavior in legislation. The differences in describing the behavior leads to the differences in the systematics of the criminal law: the state ruled by law theory emphasizes individuality, while the welfare state theory emphasizes sociality.

The adopted point of view shows us that the problem with the independent definition of abstract danger is the direct consequence of the way

of interpretation. Abstract danger is based on socially harmful behavior, when there are no individuals present in the danger area, and neither can abstract danger be presumed. This is the reason why abstract danger can not be explained by the state ruled by law theory which emphasizes especially individuality. On the other hand, the interpretation based on the welfare state theory seems to function better as the background theory in these cases. This is because it emphasizes social elements, not individual ones.

The concept of abstract danger refers directly only to a kind of common right, which is based on the specific domain of action, on which individuals participate with specific, shared rules. If there is no domain of action on which individuals could take part as clients, neither is there any abstract danger, even if some rule is broken. In these kinds of cases danger is presumed and no actual danger, concrete or abstract, is required. These are the presumed endangerment offences, in which some behavior is just presumed socially harmful, whether there is any danger or not.

The same way of reasoning is also applied into the interpretation of common danger, which is interpreted to include not only individuality, but also sociality. These both elements of common danger have to be interpreted separately, after which they have to be joined back to common danger.

Tuomas Ojanen

**”SUOMI ON TÄYSIVALTAINEN
TASAVALTA” –
TÄYSIVALTAISUUSARVIOINNIN
LÄHTÖKOHTIA JA PERUSTEITA
UUDEN PERUSTUSLAIN AIKANA**

Sisällys

| | |
|---|-----|
| 1 TUTKIMUSONGELMISTA JA -NÄKÖKULMISTA | 389 |
| 2 MITÄ ON PERINTEISESTI TARKOITETTU TÄYSIVALTAISUUDELLA? | 392 |
| 2.1 Yleisiä huomioita | 392 |
| 2.2 Suvereniteetin kaksi ulottuvuutta | 394 |
| 3 TÄYSIVALTAISUUSARVIOINNIN LÄHTÖKOHTIA JA PERUSTEITA UUDEN PERUSTUSLAIN AIKANA | 396 |
| 3.1 Mikä ei vaikuta täysivaltaisuusarvioinnissa Suomessa? | 396 |
| 3.2 Täysivaltaisuusarvioinnin kolme peruslähtökohtaa uuden perustuslain aikana | 398 |
| 3.2.1 Tulkinnan peruslähtökohkia I: kansainvälistyminen sekä suvereniteetin rajoituksena että sen käytön edellytyksenä | 398 |
| 3.2.2 Tulkinnan peruslähtökohkia II: perustuslain 1 §:n 3 momentin säännös Suomen osallistumisesta kansain- väliseen yhteistyöhön (kansainvälisyysperiaate) | 401 |
| 3.2.3 Tulkinnan peruslähtökohkia III: EU-asioiden erityisasema täysivaltaisuusarvioinnissa | 406 |
| 3.2.4 Poikkeus perustuslakivaliokunnan käytännöstä erottaa EU-asiat kansainvälisistä velvoitteista | 411 |
| 3.2.5 Kokoavia näkökohtia | 414 |
| 4 TÄYSIVALTAISUUSARVIOINNIN ERITYISIÄ KYSYMYKSIÄ | 417 |
| 4.1 Kansainvälisten sopimusten mukauttaminen tai täydentäminen sopimukseen perustuvan toimielimen päätöksellä | 417 |
| 4.2 Täysivaltaisuusnäkökohtien suhde muihin perustuslain säännöksiin ja erityisesti perusoikeuksiin kansainvälisten velvoitteiden tai EU-asioiden valtiosääntöoikeudellisessa arvioinnissa | 421 |

| | |
|---|-----|
| 5 LOPPUSANAT | 426 |
| LÄHTEET | 427 |
| ”FINLAND IS A SOVEREIGN REPUBLIC” – THE INTERPRETATION OF SOVEREIGNTY IN THE ERA OF THE NEW CONSTITUTION OF FINLAND | 431 |

”Suomi on täysivaltainen tasavalta” – täysivaltaisuusarvioinnin lähtökohtia ja perusteita uuden perustuslain aikana

1 TUTKIMUSONGELMISTA JA -NÄKÖKULMISTA

Uusi 1.3.2000 voimaan tullut Suomen perustuslaki (731/1999) alkaa samalla lauseella kuin aikaisempi vuoden 1919 hallitusmuoto: ”Suomi on täysivaltainen tasavalta”.

Uuden perustuslain 1 §:n säännös täysivaltaisuudesta on kuitenkin erilaisessa säädös- ja toimintaympäristössä kuin kumotun hallitusmuodon säännös samasta asiasta. Kun yksittäisten oikeussäännösten tulkinta riippuu muusta säädöskokonaisuudesta ja tulkintatilanteesta, täysivaltaisuussäännöksen tulkinta on nopeasti kehittynyt merkittävästi toisenlaiseksi kuin hallitusmuodon voimassaolon aikana.

Yleisesti ottaen kehityssuuntauksena on ollut, että nykyään voidaan pitää ongelmattomina täysivaltaisuuden (suvereniteetin) kannalta monia sellaisia kansainvälisiä velvoitteita¹, joita olisi ilmeisesti epäroimattä pidetty ristiriitaisina Suomen täysivaltaisuuden kanssa hallitusmuodon nojalla.² Havainnollisimman esimerkin tarjoavat tilanteet, joissa olennaisesti samantilaista kansainvälistä velvoitetta tai EU-asiaa on arvioitu eri lähtökohdista erilaisin lopputuloksin hallitusmuodon ja uuden perustuslain näkökulmasta.³

¹ Perustuslain 94 ja 95 §:ssä käytetään termiä ”kansainvälinen velvoite”. Termin perusmerkitysyhteytenä ovat kansainväliset valtiosopimukset, mutta termi tarkoittaa myös muussa kuin valtiosopimuksen muodossa olevia kansainvälisiä velvoitteita, kuten esimerkiksi YK:n turvallisuusneuvoston jäsenvaltioita velvoittavaa päätöstä. Ks. HE 1/1998vp, s. 148/I. Ks. myös PeVM 10/1998vp (Hallituksen esitys uudeksi Suomen Hallitusmuodoksi), s. 27. Ks. myös esim. PeVL 18/2003vp (Hallituksen esitys laiksi rikoksen johdosta tapahtuvasta luovuttamisesta Suomen ja muiden Euroopan unionin jäsenvaltioiden välillä sekä eräiksi siihen liittyviksi laeiksi). Jatkossa kirjoitan perustuslakivaliokunnan lausunnon asiayhteyden suluissa auki, kun viittaan ensimmäisen kerran lausuntoon.

² Ks. täysivaltaisuussäännöksen tulkintakäytännöstä hallitusmuodon aikana esim. HE 1/1998vp, s. 72.

³ Ks. PeVL 3/2001vp (Valtioneuvoston selvitys ehdotuksesta Schengenin yleissopimuksen rajat ylittävää tarkkailua koskevan 40 artiklan soveltamisalan laajentamiseksi) ja PeVL

Täysivaltaisuusarvioinnin ”lieventymisen” seurauksena on ollut valtiosääntökäytännön tasolla mahdollisuus käsitellä tavallisen lain säätämistä järjestyksessä supistetun perustuslain säätämistä järjestyksen sijasta kansainvälisten velvoitteiden valtiosisäistä voimaansaattamista tarkoittavia lakehdotuksia. Vastaavasti eduskunnan suostumus kansainvälisen velvoitteen hyväksymiselle voidaan yleensä antaa yksinkertaisella enemmistöllä.⁴

Tarkastelen seuraavassa täysivaltaisuussäännöksen tulkintaa uuden perustuslain voimassaolon aikana. Keskityn erityisesti niihin lähtökohtiin ja perusteisiin, jotka kulloisenkin tapauksen erityispiirteistä riippumatta määrittävät kansainvälisten velvoitteiden valtiosääntöoikeudellisesta tarkastelua täysivaltaisuuden kannalta. Havainnollistan täysivaltaisuusarvioinnin lähtökohtien ja perusteiden vaikutusta ”ekskursseilla” perustuslakivaliokunnan kannanottoihin yksittäisissä lausuntoasioissa.

Tehtävänasettelusta seuraa esimerkiksi seuraavia tutkimusongelmia: Millä perusteilla perustuslakivaliokunta voi nykyään pitää täysivaltaisuuden kannalta ongelmattomina sellaisia kansainvälisiä sopimuksia, EU-säädöksiä, tms., jotka olisi ilmeisesti tulkittu täysivaltaisuussäännöksen vastaisiksi vanhan hallitusmuodon aikana? Missä ovat uuden perustuslain mukaan rajat sille, että kansainvälisen velvoitteen voidaan tulkita vaikuttavan korkeintaan ”vähäisessä määrin” Suomen täysivaltaisuuteen? Onko täysivaltaisuusarvioinnin kannalta merkitystä asiayhteydellä, kuten esimerkiksi asian EU-kytkennällä?

Tutkimustehtävän toteuttaminen on edellyttänyt paneutumista etenkin eduskunnan perustuslakivaliokunnan käytäntöön, josta löytyy jo runsaasti

44/2001 vp (Valtioneuvoston kirjelmä ehdotuksesta neuvoston päätökseksi Schengenin yleissopimuksen 40 artiklan 1 ja 7 kohtien muuttamisesta (Schengenin yleissopimuksen soveltamisalan laajentaminen). Vrt. PeVL 13/1998 vp (Hallituksen esitys Suomen liittymisestä tarkastusten asteittaista lakkauttamista yhteisillä rajoilla koskeviin Schengenin sopimukseen tehdyn pöytäkirjan ja sopimuksen sekä yhteistyöstä henkilöiden tarkastusten lakkauttamiseksi yhteisillä rajoilla Islannin ja Norjan kanssa tehdyn sopimuksen eräiden määräysten hyväksymisestä sekä niihin liittyviksi laeiksi). – Schengenin yleissopimuksen voimaansaattamislaki käsiteltiin supistetussa perustuslainsäätämistä järjestyksessä. Perustuslakivaliokunnan mukaan yleissopimuksen määräykset toisen valtion viranomaisen oikeudesta tulla Suomen alueelle ja käyttää täällä viranomaisvaltuuksia poikkesivat valtion täysivaltaisuutta koskevasta hallitusmuodon 1 ja 2 §:n säännöksistä.

⁴ Ennen uutta Suomen perustuslakia eduskunnan suostumus kansainväliseen veloitteeseen annettiin äänten enemmistöllä riippumatta siitä, oliko velvoite sopusoinnussa perustuslain kanssa vai ei. Vain valtakunnan alueen vähentämistä koskevan velvoitteen hyväksyminen vaati määräänemmistö päätöstä valtiopäiväjärjestyksen 69 §:n 2 momentin mukaisesti.

kannanottoja täysivaltaisuussäännöksen tulkinnasta.⁵ Täysivaltaisuusarvioinnista uuden perustuslain voimassaolon aikana on myös jo jonkin verran kirjoitettu suomalaisessa oikeuskirjallisuudessa, mutta toistaiseksi kirjoittelu on jäänyt pääpiirteittäiselle tasolle.⁶

Täysivaltaisuus (suvereniteetti, sovereignty, Souveränität, souveraineté) on keskeinen käsite ja periaate paitsi valtiosääntöoikeudessa myös kansainvälisessä oikeudessa sekä politiikassa. Lisäksi täysivaltaisuuteen liittyvät näkökohdat ovat merkityksellisiä Euroopan unionin (EU) oikeudessa, etenkin kun ajatellaan EU:n ja jäsenvaltioiden välistä toimivallanjakoa sekä EU:n oikeuden ja jäsenvaltioiden oikeuden välisen suhteen perusteita.⁷ Esimerkiksi Ranskassa ja Saksassa tuomioistuimet ja poliittiset päätöksentekoi-
 met ovat johtaneet täysivaltaisuudesta erilaisia rajoituksia EU:n oikeuden etusijalle kansalliseen oikeuteen nähden ristiriitailanteissa ja muille EU:n oikeuden valtiosisäisille vaikutuksille sekä yleisemminkin Euroopan integraatiolle.⁸ Lisäksi nimenomaan Euroopan yhteisöjen ja nyttemmin unionin kehitys on kenties kaikkein voimakkaimmin ravistellut perinteisiä täysivaltaisuuskäsityksiä ja pakottanut jopa kysymään, missä määrin täysivaltaisuuden ympärille tavalla tai toisella kietoutuva ajattelu on enää ylipäätään mielekäs tapa hahmottaa Euroopan unionia ja jäsenvaltioiden asemaa siinä.⁹

⁵ Olen seurannut perustuslakivaliokunnan käytäntöä kesäkuulle 2004 asti. Havaitsen oleeni monen muun asiantuntijan ohella eduskunnan perustuslakivaliokunnan kuulemana asiantuntijana monessa niistä lausuntoasioista, joita jäljempänä tarkastelen. En jatkossa enää erikseen ilmoita osallisuudestani kunkin lausunnon yhteydessä. Lausunnoissa on kysymys eduskunnan *perustuslakivaliokunnan lausunnoista*, joiden muotoutumiseen asiantuntijoiden lausunnoilla on toki saattanut olla enemmän tai vähemmän vaikutusta.

⁶ Ks. Jyränki 2003, s. 83–99; Suksi, s. 5–15; Ojanen 2003, s. 539–541 ja Viljanen, s. 1169–1171. Täysivaltaisuutta koskevien säännösten tulkintaa uuden perustuslain aikana on myös selvitetty osana uuden perustuslain toimeenpanon seurantaa. Ks. Perustuslain seurantatyöryhmän mietintö, Oikeusministeriö, Työryhmämietintö 2002:7, s. 20 ja 21. Olin yksi työryhmän kolmesta sihteeristä, ja vastasin mietinnön tekstiluonnosten kirjoittamisesta muun muassa tältä osin. Lisäksi täysivaltaisuudesta integraation näkökulmasta on kirjoitettu vanhan hallitusmuodon voimassaolon aikana. Ks. erit. Jyränki 1996, s. 20–53. Lisäksi aihepiiriä käsiteltiin esim. komiteoiden mietinnöissä. Ks. KM 1994:4. Valtiosääntökomitea 1993:n mietintö. Euroopan unionin vaikutukset Suomen valtiosääntöön. Ulkopoliittisen päätöksentekojärjestelmän uudistamistarpeet ja -tavat.

⁷ Ks. erit. de Witte, s. 277–304.

⁸ Ks. esim. Alter, erit. s. 22, 25, 107, 146, 168–171 sekä 184 ja 205.

⁹ Varsin edustava kuva Euroopan unionin tuottamasta täysivaltaisuuskeskustelusta avautuu yhtäältä Neil MacCormickin tuotannosta, ks. *Beyond the Sovereign State*, *Modern Law Review*, 1993, s. 1–18 ja *Questioning Sovereignty: Law, State and Nation in the European Commonwealth*, Oxford 1999 ja toisaalta Neil Walkerin toimittamasta kokoelmateoksesta *Sovereignty in Transition*, Oxford 2003.

Näistä syistä on tärkeää korostaa, että artikkelini näkökulma on pääosin *valtiosääntöoikeudellinen*. Kirjoitukseeni sisältyy kuitenkin hiukan kansainvälisoikeudellista ainesta, minkä lisäksi esitän eräissä asiayhteyksissä huomioita täysivaltaisuussäännöksistä ja -ajattelusta muissa Euroopan unionin jäsenvaltioissa. Suvereniteetin perusteita ja merkitystä koskevan eurooppalaisen ja kansainvälisen keskustelun valossa korostan myös sitä, että kirjoitukseni tarkoitus on ”vain” eritellä ja systematisoida perustuslain esitöiden, valtiosääntökäytännön ja oikeuskirjallisuuden pohjalta niitä näkökohtia, jotka tavalla tai toisella vaikuttavat uuden perustuslain mukaisessa täysivaltaisuusarvioinnissa. Silti toivon, että artikkeli auttaisi hahmottamaan täysivaltaisuusarvioinnin nykyistä asemaa ja merkitystä kansainvälisten velvoitteiden ja EU-asioiden valtiosääntöoikeudellisessa arvioinnissa sekä ylipäätään suomalaisessa valtiosääntöoikeudessa ja että kirjoitus tähän liittyen loisi perustaa suvereniteettia koskevalle jatkokeskustelulle kotimaisessa oikeusyhteisössä.

2 MITÄ ON PERINTEISESTI TARKOITETTU TÄYSIVALTAISUUDELLA?

2.1 Yleisiä huomioita

Täysivaltaisuuden käsite kuuluu sekä kansainvälisen oikeuden että valtiosääntöoikeuden ydinkäsitteiden joukkoon, mistä syystä täysivaltaisuutta on määritelty sekä kansainvälisen oikeuden että valtiosääntöoikeuden tasolta. Tarkastelutaso on suunnannut käsitteen määrittelyä sekä vaikuttanut konkreettisiin kannanottoihin siitä, mitä suvereniteetilla on tarkoitettu ja mikä merkitys sille on annettu.¹⁰

Etenkin *kansainvälisessä oikeudessa* täysivaltaisuudesta käytyyn keskusteluun näyttää liittyvän hyvin paljon erilaisten ”koulukuntien” kiihvasta vastakkainasettelua, jossa on ”periaatteellisella” tasolla ollut kysymys oikeuden ja vallan välisestä suhteesta sekä hieman konkreettisemmalla tai käytännöllisemmällä tasolla jatkuvasta kiistelystä täysivaltaisuuden ulottuvuudesta ja rajoituksista.¹¹ Euroopan unionin kehitys on myös edellyttä-

¹⁰ Ks. de Witte, s. 277, jossa erotetaan suvereniteetti yhtäältä oikeudellis-filosofisena (kansainvälisoikeudellisena) käsitteenä ja toisaalta positiivisen valtiosääntöoikeuden perusosana.

¹¹ Ks. suvereniteetista kansainvälisessä oikeudessa Koskenniemi, s. 192–263 ja de Witte, s. 277–281.

nyt puheenvuorojen käyttäjiä etenemään pohdinnoissa jopa siihen, missä määrin oikeudellinen ja poliittinen kehitys EU:ssa johtaa valtion täysivaltaisuuden katoamiseen – ainakin siinä merkityksessä, jossa täysivaltaisuutta on totuttu perinteisesti ajattelemaan.¹²

Palaan hieman myöhemmin niihin syihin, jotka ovat ravistelleet perinteisiä täysivaltaisuuskäsityksiä. Nyt tyydyn toteamaan, että ”hallitseva kanta” niin eurooppaoikeudessa kuin kansainvälisessä oikeudessa näyttäisi edelleen pitävän jollain tapaa kiinni täysivaltaisuudesta sekä antavan sille *jotain* merkitystä. Kysymys siitä, *kuinka paljon, millä edellytyksillä sekä missä käyttöyhteyksissä* suvereniteetti on merkityksellinen eurooppaoikeuden ja kansainvälisen oikeuden nykytilassa, on kuitenkin jo niin vilkkaan mielipiteiden vaihdon kohteena, että en tässä yritä antaa edes yleisluontoista katsausta keskustelusta – etenäkään, kun eurooppaoikeuden ja kansainvälisen oikeuden tasolta ei voida vastata kysymykseen siitä, miten täysivaltaisuutta pitäisi arvioida Suomen perustuslain nojalla. Tärkeintä onkin tässä yhteydessä tiedostaa täysivaltaisuuskysymyksen eurooppaoikeudellinen ja kansainvälisoikeudellinen ulottuvuus, josta täysivaltaisuus ei välttämättä näyttäydy läheskään samalla tavalla kuin Suomen valtiosääntöoikeuden tasolta.

Suomen valtiosääntöoikeuden näkökulmasta täysivaltaisuus näyttääkin kansainväliseen ja eurooppaoikeuteen verrattuna erilaiselta muun muassa juuri siinä, että Suomessa ei ole erityisemmin pohdittu integraation ja kansainvälistymisen vaikutusta kotimaiseen täysivaltaisuuskäsitykseen.¹³ Vielä vähemmän Suomessa on edetty pohdintoihin siitä, missä määrin täysivaltaisuus valtiosääntöisenä käsitteenä ja peruseriaatteena on ylipäättään edes mielekäs ja tarpeen nykyaikana. Poikkeuksena ovat olleet *Lars D. Eriksson* ja *Allan Rosas*, joiden jäljiltä on kirjoituksia, joissa on kyseenalaistettu suvereniteettiajattelu ja ehdotettu sen korvaamista jollakin nykyaikaan paremmin sopivalla ajatuskonstruktioilla.¹⁴

¹² Ks. esim. Rosas 1993, s. 169–182.

¹³ Ks. kuitenkin Jyränki 2003, s. 96 ja 97. Ks myös Saraviita 2000, s. 60–64.

¹⁴ Ks. Eriksson 1993, s. 239–249 ja Eriksson 2000, s. 408, jossa Eriksson ehdottaa suvereniteettiajattelun korvaamista autonomian ideaan perustuvalla ajatuskonstruktioilla. Ks. myös Rosas 1993, s. 181.

2.2 Suvereniteetin kaksi ulottuvuutta

Suomen valtiosääntöoikeudessa – kuten oikeastaan kaikkien muiden EU:n jäsenvaltioiden valtiosääntöoikeudessa¹⁵ sekä perinteisesti kansainvälisessä oikeudessa¹⁶ – täysivaltaisuudessa on vakiintuneesti erotettu *kaksi* ulottuvuutta, joista Suomen perustuslaki ei ole irtautunut uuden perustuslain esitöiden valossa.¹⁷

- 1) *Sisäinen suvereenisuus*. Sisäisen suvereenisuuden keskeisenä sisältönä on valtion toimivalta päättää julkisen vallan käytöstä sekä yleisestä järjestyksestä valtion alueella.¹⁸ Julkisen vallan käyttämisenä on pidettävä esimerkiksi itsenäiseen harkintaan perustuvaa oikeutta käyttää voimakeinoja tai puuttua muuten yksilön perusoikeuksiin.¹⁹ Sisäiseen suvereeniteettiin kuuluu olennaisesti valta päättää siitä, kuka saa tulla maahan ja millä edellytyksillä.²⁰ Yksi monisatavuotinen keskustelu on liittynyt siihen, kenelle viime kädessä kuuluu suvereniteetti valtiossa. Esimerkiksi Englannissa on perinteisesti katsottu, että suvereniteetti kuuluu parlamentille, kun taas Manner-Euroopassa ajattelu on enemmän tai vähemmän rakentunut kansansuvereenisuuden varaan.²¹
- 2) *Ulkoisen suvereenisuus*. Ulkoisen suvereniteetin ydinsisältönä on valtion valta päättää itsenäisesti suhteistaan toisiin valtioihin ja kansainvälisiin järjestöihin. Ulkoiseen suvereeniteettiin kuuluu siten esimerkiksi valtion vapaus päättää liittymisestään johonkin kansainväliseen järjestöön.²² Kansainvälisen oikeuden näkökulmasta valtion ulkoinen suvereniteetti kuuluu yleisesti valtiolle, mistä syystä kysymys vallan jakau-

¹⁵ Ks. de Witte, s. 278 ja 279.

¹⁶ Koskenniemi, s. 206–212, erit. s. 207: ”’Sovereignty’ is usually connected with the ideas of independence (‘external sovereign’) and self-determination (‘internal sovereignty’).”

¹⁷ Ks. Jyränki 2003, s. 88 ja 89 sekä Saraviita 2000, s. 57 ja 58.

¹⁸ Ks. Saraviita 1973, s. 245 ja 246, alaviite 46.

¹⁹ Ks. esim. perustuslain 124 §:ssä käytetyn ”merkittävän julkisen vallan käytön” määritelmän sisällöstä PeVL 20/2002vp (Hallituksen esitys laiksi turvallisuuden edistämistä yleisillä paikoilla koskevien säännösten uudistamiseksi).

²⁰ Ks. PeVL 13/1998vp ja 23/1998vp (Hallituksen esitys laiksi ulkomaalaislain muuttamisesta): ”Valta päättää siitä kuka saa tulla maahan, kuuluu valtiosuvereenisuuden keskeisiin asioihin.”

²¹ Ks. esim. de Witte, s. 278–281 ja 285.

²² Tämä on myös kansainvälisessä oikeudessa perinteisesti hyväksytty lähtökohta. Kuten Pysyvä kansainvälinen tuomioistuin totesi klassisessa tapauksessa *S. S. Wimbledon* vuonna 1923: ”The Court declines to see in the conclusion of any Treaty by which a State undertakes to perform or refrain from performing a particular act an abandonment of its sovereignty. No doubt any convention creating an obligation of this kind places a restriction upon the exercise of the sovereign rights of the State, in the sense that it requires to be exercised in a certain way. But the right of entering into international engagements is an attribute of State sovereignty.” *S. S. Wimbledon* (PCIJ 1923 Series A nro 1, s. 25).

tumisesta valtioelinten kesken jää kunkin valtion ratkaistavaksi valtion-sisäisen (valtiosääntö) oikeutensa perusteella.²³

Integraatio ja kansainvälistyminen ovat *rajoittaneet*²⁴ Suomen täysivaltai-suutta molemmissa edellä esitetyissä suhteissa. Yhtäältä kansainvälisistä velvoitteista on syntynyt sisäisen suvereniteetin rajoituksia. Tällöin eri-koistapauksen ovat muodostaneet rajoitukset, jotka ovat juontuneet toimi-vallan luovuttamisesta Euroopan unionille. EU:n toimielimille on annettu erilaista Suomen oikeudenkäyttöpiiriin kohdistuvaa julkista valtaa lain-säädäntö-, toimeenpano- ja tuomiovallan muodossa niin paljon, että tämä on aivan uudella tavalla rajoittanut sekä määrällisesti (kvantitatiivisesti) että laadullisesti (kvalitatiivisesti) kotimaisten valtioelinten toimivaltaa ja siten sisäistä suvereniteettiä.

Toisaalta Suomen ulkoiseen suvereniteettiin kohdistuu koko ajan yhä enemmän rajoituksia kansainvälistymisen ja integraation myötä. Erityi-
sesti EU:n jäsenyys rajoittaa voimakkaasti Suomen toimivaltaa ja poliit-tista liikkumavaraa kansainvälisissä asioissa – ja ainakin tosiasiaa myös muun kuin tiukan EU-kytkentäisen ulko- ja turvallisuuspolitiikan alalla. Kuten *Teija Tiilikainen* totesi parin vuoden takaisessa selvityksessään Suo-men ulkopoliittisesta johtamisjärjestelmästä uuden perustuslain aikana: ”EU:n puitteissa kansainvälispoliittisiin kehityskuluihin omaksutut kan-nat ja linjaukset kaventavat Suomen kansallista liikkumavaraa myös varsi-naisen EU-politiikan ulkopuolella. Tästä hyvänä viimeaikaisena esimerk-kinä on Suomen YK-politiikka, jonka on todistettu useiden erillisten pää-tösten muodossa liikkuneen viime vuosina lähemmäs muiden EU-jäsen-maiden kantoja.”²⁵

Tosin Euroopan unionin jäsenyyden ja kansainvälistymisen täysivaltai-suutta rajoittavia vaikutuksia ei ole syytä ylikorostaa. Esimerkiksi Suo-

²³ Myös MacCormick 1999, s. 126–129 perustaa esityksensä edelleen sisäisen ja ulkoisen suvereniteetin erottelulle, joka hänen mielestään on edellytyksenä ajatukselle EU:n ja sen jäsenvaltioiden välillä jaetusta suvereniteetista.

²⁴ Tässä yhteydessä on syytä erikseen korostaa sanaa ”rajoittaneet”. On eri asia, ymmärretäänkö Suomen liittyminen Euroopan unioniin osittaisena luopumisena täysivaltaisuudesta vai täysivaltaisuutta ja sen käyttöä eri tavoin rajoittavana asiana. Jälkimmäinen on yleis-in tapa hahmottaa EU:n jäsenyyden merkitystä jäsenvaltioiden täysivaltaisuuden kannalta. Ks. esim. de Witte, s. 282: ”The cautious approach – accommodation of the principle of sovereignty to the needs of international co-operation, but preservation of its existence – has marked the constitutional evolution of most other Member States of the European Communities.”

²⁵ Tiilikainen, s. 12.

men ja Neuvostoliiton välinen ystävyys-, yhteistyö- ja avunantosopimus sekä yleensä Suomen ja Neuvostoliiton välinen suhde ns. kylmän sodan aikana kavensivat aikoinaan huomattavasti Suomen ulkoista suvereniteettiä.²⁶

3 TÄYSIVALTAISUUSÄÄNNÖKSEN TULKINNAN LÄHTÖKOHTIA JA PERUSTEITA UUDEN PERUSTUSLAIN AIKANA

3.1 Mikä ei vaikuta täysivaltaisuusarvioinnissa Suomessa?

Ennen kuin siirryn tarkastelemaan täysivaltaisuusarvioinnin lähtökohtia ja perusteita, kiinnitän lukijan huomion seikkaan, joka *ei* ole perusteena uuden perustuslain täysivaltaisuussäännösten tulkinnalle Suomessa: kuten aiemmin hallitusmuodosta, uudesta perustuslaista puuttuu säännös, joka säätäisi toimivallan siirrosta tai luovuttamisesta joko yleisesti kansainvälisille järjestöille tai erityisesti Euroopan unionille.²⁷ Säännöksen puuttumista selittää pitkälti valtiosääntöoikeutemme kenties suurin omintakeisuus kansainvälisessä vertailussa: poikkeuslaki-instituutio, joka antaa mahdollisuuden saattaa valtiosisäisesti voimaan supistetussa perustuslainsäätämisyjärjestyksessä esimerkiksi juuri täysivaltaisuuden kanssa ristiriidassa olevia kansainvälisiä velvoitteita.²⁸ Uusi perustuslaki ei ole poistanut poikkeuslaki-instituutiota, mutta se on asettanut kaksi huomionarvoista pidäkettä kansainvälisten velvoitteiden hyväksymiselle ja voimaansaattamiselle. Yhtäältä kansainvälisten velvoitteiden hyväksymistä rajoittaa nykyään perustuslain 94 §:n 3 momentin säännös, jonka mukaan kansainvälinen velvoite ”ei saa vaarantaa valtiosäännön kansanvaltaisia perusteita”. Toisaalta kansainvälisten velvoitteiden voimaansaattamiselle saattaa joutua pidäkkeitä perustuslain 73 §:n 1 momentista, jonka mukaan perustuslakiin poikkeuslailla tehtävän poikkeuksen on oltava ”rajattu”. – Mainittujen perustuslain säännösten merkityksestä kansainvälisten velvoitteiden hy-

²⁶ Ks. YYA-sopimuksesta Saraviita 1989.

²⁷ Ks. säännöksen puuttumisen syistä esim. Saraviita 2000, s. 60–64.

²⁸ Ks. PeVM 10/1998vp. Ks. myös Viljanen, s. 1170. Tässä ei ole mitään syytä tarkastella itse poikkeuslaki-instituutiota, koska se ei ole kirjoitukseni ydinalue ja koska aihetta on toiseksi käsitelty enemmän kuin perusteellisesti valtiosääntöoikeudellisessa kirjallisuudessa. Ks. tuoreimmista esityksistä esim. Jyränki 2003, s. 267–305.

väksymisen ja voimaansaattamisen kannalta ei ole vielä mitään valtiokäytäntöä, ja koska kansainvälisten veloitteiden hyväksymis- ja voimaansaattamisproblematiikka ei ole tämän kirjoituksen ydinalue, jätän kysymykset tulevien tutkimusten haasteeksi.²⁹

Toimivallan siirrosta kansainvälisille elimille säätävän säännöksen puuttuminen on *se* asia, jossa Suomen perustuslaki selvästi poikkeaa muiden Euroopan unionin jäsenvaltioiden perustuslaeista. Ainakin muiden EU:n (”vanhojen”) jäsenvaltioiden perustuslaeista Britanniaa lukuun ottamatta tällainen säännös tavalla tai toisella muotoiltuna on löydettävissä. Sitä vastoin Suomen perustuslaki *ei* ole – toisin kuin usein luullaan – poikkeuksellinen jäsenvaltioiden perustuslakien vertailussa siltä osin kuin perustuslakiimme sisältyy vain niukasti nimenomaisia mainintoja Euroopan unionista. Sama minimalistinen sääntely Euroopan unionin suhteen leimaa monen muunkin jäsenvaltion perustuslakia. Esimerkiksi muiden jäsenvaltioiden perustuslakien säännökset toimivallan siirrosta kansainvälisille järjestöille on yleensä muotoiltu kansainvälisiä järjestöjä yleisesti koskeviksi, so. ilman, että niissä olisi nimeltä mainittu Euroopan unioni ja sen toimielimet.³⁰

Muiden EU:n jäsenvaltioiden perustuslakien toimivallan siirto- tms. säännösten muotoiluissa on jonkin verran eroja, joissa ei ole kysymys vain ”semantiikasta” vaan joilla on merkitystä täysivaltaisuustulkintaan asianomaisissa maissa. Esimerkiksi Belgian ja Saksan perustuslaeissa puhutaan *valtaoikeuksien luovuttamisesta tai siirtämisestä*, kun taas Italian ja Ranskan perustuslaeissa vastaavat säännökset on kirjoitettu suvereniteetin *rajoittamisen* muotoon.³¹

Myös EY:n tuomioistuin on ollut sensitiivinen näille jäsenvaltioiden perustuslakien hienovaraisille eroille. Esimerkiksi klassisessa *Costa v. ENEL* -tapauksessa, jossa EY:n tuomioistuin muotoili ensimmäisen kerran EY:n oikeuden etusijan kansalliseen oikeuteen nähden ristiriitatilanteessa, tuomioistuin totesi seuraavasti:³² ”Perustamalla rajoittamattomaksi ajaksi yhteisön, jolla on omat toimielimet, oikeushenkilöllisyys, oikeuskelpoisuus, kelpoisuus edustaa itseään kansainvälisissä yhteyksissä ja todellista toimivaltaa, joka perustuu *jäsenvaltioiden toimivallan rajoittamiseen tai siirtämiseen yhteisölle, jäsenvaltiot ovat rajoittaneet suvereenia oikeuksiaan*, tosin rajatuilla aloilla, ja luoneet säännöstön, jota so-

²⁹ Ks. kuitenkin Jyränki 2003, s. 339–342.

³⁰ Ks. esim. de Witte, s. 283.

³¹ Ks. tarkemmin de Witte, s. 284–287. Ks. myös Alter, s. 167–171, jossa tarkastellaan suvereniteetin siirtoon ja suvereniteetin rajoittamiseen liittyvää problematiikkaa Ranskan perustuslakineuvoston (*Conseil Constitutionnel*) käytännön valossa.

³² C-6/64 *Costa v. ENEL* [1965] ECR 585, s. 593–594.

velletaan niiden kansalaisiin sekä jäsenvaltioihin itseensä...”³³ (kursivointi TO).

3.2 Täysivaltaisuusarvioinnin kolme peruslähtökohtaa uuden perustuslain aikana

Täysivaltaisuusarvioinnista uuden perustuslain mukaan on kehittynyt jo muutamassa vuodessa paitsi kattava ja monipuolinen myös perusteiltaan jo varsin selkeä ja vakiintunut perustuslakivaliokunnan käytäntö. Perustuslain säännösten, perustuslain esitöiden sekä perustuslakivaliokunnan lausuntojen perusteella voidaan rakentaa seuraava esitys täysivaltaisuusarvioinnin rakenteesta ja perusteista uuden perustuslain aikana.

3.2.1 Tulkinnan peruslähtökohtia I: kansainvälistyminen sekä suvereniteetin rajoituksena että sen käytön edellytyksenä

Valtion täysivaltaisuus – etenkin Suomen kaltaisen ”pienen maan” – ei tietenkään koskaan ole ollut aidosti absoluuttinen. Valtion sisäistä ja ulkoista suvereniteettia ovat aina koskeneet erilaiset oikeudelliset, mutta vieläkin enemmän monet poliittiset, taloudelliset, yms. reunaehdot. Sitä paitsi esimerkiksi perusoikeuksien ja ihmisoikeuksien näkökulmasta valtion ”absoluuttinen” täysivaltaisuus on tietenkin jo kammottavakin ajatus, koska perus- ja ihmisoikeuksien perinteisenä tarkoituksena on nimenomaan asettaa pidäkkeitä (suverenin) valtion ja sen toimielinten vallankäytölle suhteessa yksityisiin tahoihin.³⁴

Silti lienee oikeutettua sanoa, että valtion täysivaltaisuudessa on tultu niin Suomessa kuin muuallakin aivan uuteen tilanteeseen Euroopan integraation ja nykyaikaisen kansainvälisen yhteistyön myötä parin viimeisen vuosikymmenen aikana. Integraatio ja kansainvälistyminen ovat yleisesti ottaen merkinneet kehityssuuntausta, jossa ylikansallinen tai kansainväli-

³³ *Costa v. ENEL* -tapauksessa EY:n tuomioistuin myös luonnehti jäsenvaltioiden täysivaltaisuuden rajoituksia ”pysyviksi”: ”Jäsenvaltioiden toteuttama perustamissopimuksen määräysten mukaisten oikeuksien ja velvoitteiden siirtäminen kansallisesta oikeusjärjestyksestä yhteisön oikeusjärjestykseen rajoittaa pysyvästi jäsenvaltioiden suvereenia oikeuksia; rajoituksen vastaista myöhemmin annettua yksipuolista säädöstä, joka ei ole yhteisökäsitteen kanssa sopusoinnussa, ei voida soveltaa” [kursivointi TO]. Ks. myös tapauksessa C-26/62 *Van Gend en Loos* [1963] ECR I: ”... yhteisö muodostaa kansainvälisessä oikeudessa uuden oikeusjärjestyksen, jonka hyväksi jäsenvaltiot ovat rajoittaneet suvereenia oikeuksiaan, vaikkakin rajatuilla aloilla.”

³⁴ Ks. sisäisen suvereniteetin rajoista esim. Jyränki 2003, s. 252–256.

nen yhteisö järjestöineen, toimielimineen ja normijärjestelmineen ovat sekä oikeudellisesti että tosiasiallisesti yhä voimakkaampia ja jossa kansallisvaltioiden asema ja kansallisen oikeuden merkitys ovat vastaavasti heikentyneet. Samoin erilaiset kansalaisjärjestöt sekä etenkin monikansalliset suuryritykset ovat yhä suurempia vallankäyttäjiä valtioiden ja niiden luomien kansainvälisten järjestöjen rinnalla.

Näiden kehityssuuntausten syyt ja perusteet ovat liittyneet esimerkiksi ihmisoikeuksiin ja ympäristöasioihin, joita ei tänä päivänä pidetä enää valtioiden ”yksityisasiana”. Samoin tietotekninen kehitys – informaatio-aika – sekä globaalit markkinat rajaavat aikaisempaan verrattuna aivan eri tavalla kansallista liikkumavaraa taloudellisissa ja poliittisissa kysymyksissä.³⁵ Näin on etenkin Suomen kaltaisen maan näkökulmasta, mistä syystä voidaan sanoa, että Suomen täysivaltaisuus on aivan uudella tavalla *suhteellistunut* viimeaikaisen eurooppalaisen ja yleismaailmallisen kehityksen myötä.

Äsken hahmoteltujen kehitystrendien vaikutus ei ole kuitenkaan yksioikoisesti merkinnyt vain Suomen täysivaltaisuuden rajoittumista. Myös (rajoitetun) täysivaltaisuuden aktiivisen *käytön* merkitys on korostunut aivan uudella tavalla.³⁶ Valtioiden alueellinen ja yleismaailmallinen kanssakäyminen ja yhteistyö ovat tänä päivänä aivan toista luokkaa kuin vielä muutama vuosikymmen sitten syistä, jotka liittyvät esimerkiksi ns. terrorismin ja kansainvälisen järjestäytyneen rikollisuuden vastaiseen taisteluun, talouteen sekä ympäristökysymyksiin. Suomi ei ole jättänyt tämän alueellisen ja yleismaailmallisen kehityssuuntauksen ulkopuolelle, vaan se pyrkii varsin aktiivisesti ja johdonmukaisesti osallistumaan siihen.

Yleisesti ottaen Suomen jäsenyys erilaisissa kansainvälisissä järjestöissä ja Euroopan unionissa sekä ylipäätään osallistuminen nykyaikaiseen kansainväliseen yhteistyöhön on avannut aivan uusia näköaloja Suomelle käyttää (rajoitettua) täysivaltaisuuttaan – ja ainakin osin tavalla, joka ”kompensoi” niitä täysivaltaisuuden oikeudellisia ja tosiasiallisia rajoituksia, joita kansainvälisistä velvoitteista ja etenkin Euroopan unionista on sinänsä juontunut. Itse asiassa voidaan jopa sanoa, että suvereniteetin säilyttäminen edes jotenkin todellisena on osin juuri edellyttänyt sellaisia suvereniteetin rajoituksia, joita nykyaikaiseen kansainväliseen yhteistyöhön sekä Euroopan integraatioon osallistuminen ovat sinänsä merkinneet.

Ajatus täysivaltaisuuden suhteellistumisesta, mutta samalla siitä, että Suomen aktiivinen osallistuminen kansainväliseen yhteistyöhön on yksi

³⁵ Ks. talouden globalisoitumisen vaikutuksesta täysivaltaisuuteen esim. Wallace.

³⁶ Ks. myös Salminen, jonka seminaaripaperissa asiaa korostetaan osuvasti jo otsikossa.

tärkeä suvereniteetin *käytön* ja oikeastaan jonkinasteisen säilyttämisen edellytys, on keskeisiä lähtökohtia uuden perustuslain mukaisessa täysivaltaisuusarvioinnissa. Ajatusmalli murtautui täysivaltaisuusarviointiin jo vanhan hallitusmuodon voimassaolon viimeisinä vuosina, joilta ajattelun perusteet pitkälti sellaisinaan siirtyivät täysivaltaisuussäännöksen tulkitaan uuden perustuslain nojalla.

Ajattelun läpimurtona oli perustuslakivaliokunnan lausunto, joka koski hallituksen esitystä Suomen liittymisestä Euroopan unioniin tehdyn sopimuksen eräiden määräysten hyväksymisestä.³⁷ Lausunnossaan valiokunta katsoi ”useiden sopimusmääräysten olevan ristiriidassa Suomen täysivaltaisuutta koskevien hallitusmuodon 1 ja 2 §:n säännösten kanssa”. Keskeisenä syynä oli se, että liittymissopimuksen määräykset oikeudellisesti katsoen rajoittivat Suomen täysivaltaisuutta. Ensinnäkin sopimusmääräyksillä annettiin EU:n toimielimille Suomen oikeudenkäyttöpiiriin kohdistuvaa julkista valtaa lainsäädäntö-, toimeenpano- ja tuomiovallan muodossa, mikä rajoitti Suomen valtiolinten vastaavaa toimivaltaa. Toiseksi sopimusmääräykset merkitsivät poikkeuksia siihen, miten silloisten perustuslakien mukaan Suomessa piti käyttää päätösvaltaa suhteessa muihin valtioihin ja kansainvälisiin järjestöihin.

Vastapainoksi perustuslakivaliokunta kuitenkin korosti EU-jäsenyyden merkitystä Suomen osallistumis- ja vaikutusmahdollisuuksien kannalta seuraavasti:

”...tosiasialliselta merkitykseltään, esimerkiksi ETA-sopimukseen verrattuna, jäsenyyden vaikutuksia on juuri täysivaltaisuuden kannalta asianmukaista luonnehtia niin, että EU:n jäsenenä Suomi käyttäisi osaa suvereniteetistään yhdessä muiden täysivaltaisten jäsenvaltioiden kanssa eurooppalaisen yhteistoiminnan hyväksi.”

Siteerauksen ilmentämä ajattelu jalostui nopeasti muutamassa vuodessa niin, että perustuslakiuudistusta koskevan hallituksen esityksen perusteissa voitiin jo tuoda esiin täysivaltaisuusarvioinnin yhtenä keskeisenä lähtökohtana seuraava:

”Valtion täysivaltaisuus ei nykyisen vilkkaan kansainvälisen kanssakäymisen aikana voi kuitenkaan olla rajoittamaton, vaan kansainvälinen oikeus ja Suomen kansainväliset velvoitteet asettavat merkittäviä rajoituksia Suomen toimintavapaudelle eri aloilla. Samoin Suomen jäsenyyden useissa kansainvälisissä järjestöissä on otettava huomioon tulkittaessa

³⁷ PeVL 14/1994vp.

säännöstä Suomen täysivaltaisuudesta. Vaikka jäsenyyden kansainvälisissä järjestöissä voitaisiinkin puhtaasti muodolliselta kannalta katsoa aina merkittävän valtion täysivaltaisuuden rajoitusta, ei tällainen tulkinta ole nykyisen kansainvälistymiskehityksen valossa perusteltu. Valtion tosiasialliset mahdollisuudet vaikuttaa itseään koskeviin päätöksiin riippuvat olennaisesti osallistumisesta kansainväliseen yhteistyöhön.”³⁸

Tämäntyyppinen ajattelu ei ole kotimainen ”keksintö”. Pikemminkin tässä on yksi ilmentymä siitä parina viime vuosikymmenenä Suomessa vallalla olleesta kehityssuuntauksesta, jota *Niilo Jääskistä* seuraten voisi kutsua ”länsieurooppalaisen normaaliuden tavoitteluksi”.³⁹ EU:n ”vanhemmissa” jäsenvaltioissa on jo pitempään hahmotettu Euroopan unionin jäsenyyttä siltä pohjalta, että jäsenyys antaa valtioille mahdollisuuden käyttää suvereniteettiaan yhteisen eurooppalaisen päätöksenteon kautta, eikä vain aikaisempaan tapaan kansallisen päätöksenteko- ja toimielinjärjestelmän pohjalta.⁴⁰

3.2.2 *Tulkinnan peruslähtökohtia II: perustuslain 1 §:n 3 momentin säännös Suomen osallistumisesta kansainväliseen yhteistyöhön (kansainvälisyysperiaate)*

Nykyaikaisen kansainvälisen yhteistyön merkitystä Suomen valtiosäännön näkökulmasta tuo selvästi esiin uuden perustuslain 1 §:n 3 momentti, jonka mukaan ”Suomi osallistuu kansainväliseen yhteistyöhön rauhan ja ihmisoikeuksien turvaamiseksi sekä yhteiskunnan kehittämiseksi”. Säännös ilmaisee ns. *kansainvälisyysperiaatteen*.⁴¹

Aiempaan perustuslakiin ei sisällynyt vastaavanlaista sääntelyä, mistä syystä säännös tarjoaa aivan uuden kirjoitetun perustuslain tasoisen kiinnokohdan arvioida kansainvälisiä velvoitteita täysivaltaisuuden kannalta. Säännöksen painoarvoa lisää se, että säännös on ensimmäisessä pykälässä perustuslain ensimmäisessä luvussa, jonka otsikko on ”Valtiojärjestyksen perusteet”. Näin ollen säännöksen sijainti osoittaa, että kysymys on perus-

³⁸ HE 1/1998vp, s. 71.

³⁹ Jääskinen, s. 603.

⁴⁰ Ks. esim. de Witte, s. 285: ”... action by the European Community somehow appears as another mode for the Member States to assume their own sovereignty, not any longer through autonomous, but through common decision-making.”

⁴¹ Ks. Jyränki 2003, s. 33 ja Viljanen, s. 1171. Ks. Suomen valtiosäännön perusperiaatteista myös Scheinin, s. 223–229. Scheininin tarkastelu on perus- ja ihmisoikeuksien kannalta, mutta artikkelissa valtiosäännön perusperiaatteiden merkityksestä ja tulkintavaikutuksesta esitetty soveltuu olennaisilta osin myös kansainvälisyysperiaatteeseen.

tuslain ja ylipäätään valtiosäännön ja Suomen oikeusjärjestyksen yhdestä peruseriaatteesta täysivaltaisuuden, yksilöiden oikeuksien ja vapauksien turvaamisen, kansanvaltaisuuden, oikeusvaltioperiaatteen ja valtiovallan kolmijaon sekä parlamentarismin ohella.

Perustuslain 1 §:n 3 momentilla on perustuslakiuudistuksen esitöiden mukaan tulkinnallista merkitystä arvioitaessa sitä, milloin kansainvälinen velvoite on ristiriidassa perustuslain täysivaltaisuutta koskevien säännösten kanssa.⁴² Esitöiden mukaan on perusteltua lähteä siitä, että ”sellaiset kansainväliset velvoitteet, jotka ovat tavanomaisia nykyaikaisessa kansainvälisessä yhteistoiminnassa ja jotka vain vähäisessä määrin vaikuttavat valtion täysivaltaisuuteen, eivät ole sellaisenaan ristiriidassa perustuslain täysivaltaisuutta koskevien säännösten kanssa”.⁴³

Uuden perustuslain voimaantulon jälkeen kehittynyt perustuslakivaliokunnan käytäntö osoittaa, että perustuslain 1 §:n 3 momentti on nopeasti vakiinnuttanut paikkansa täysivaltaisuusarvioinnin keskeisten lähtökohtien joukossa. Valiokunta viittasi säännökseen ensimmäisen kerran vuoden 2000 valtiopäivillä lausunnossa, joka koski ydinaseiden leviämisen estämistä koskevan sopimuksen eräiden kohtien täytäntöönpanosta tehtyyn sopimukseen liittyvän lisäpöytäkirjan eräiden määräysten hyväksymistä sekä siihen liittyviä lainsäädäntömuutoksia.⁴⁴ Sen jälkeen valiokunta antoi vielä vuoden 2000 valtiopäivillä kaksi lausuntoa, joissa se tukeutui perustuslain 1 §:n 3 momenttiin täysivaltaisuusarvioinnissa.⁴⁵

Valiokunta saattoikin todeta jo vuoden 2001 valtiopäivien alussa antamassaan lausunnossa perustuslain 1 §:n 3 momentin merkityksestä perustuslain täysivaltaisuussäännösten tulkinnassa seuraavan:

”Perustuslain 1 §:n 3 momentin mukaan Suomi osallistuu kansainväliseen yhteistyöhön rauhan ja ihmisoikeuksien turvaamiseksi sekä yh-

⁴² HE 1/1998 vp , s. 73/II.

⁴³ HE 1/1998 vp , s. 73/II.

⁴⁴ PeVL 11/2000vp (Hallituksen esitys Euroopan unionin ydinaseettomien jäsenvaltioiden, Euroopan atomienergiayhteisön ja Kansainvälisen atomienergiajärjestön välisen ydinaseiden leviämisen estämistä koskevan sopimuksen III artiklan 1 ja 4 kohdan täytäntöönpanosta tehtyyn sopimukseen liittyvän lisäpöytäkirjan eräiden määräysten hyväksymisestä sekä laiksi ydinenergiain muuttamisesta).

⁴⁵ PeVL 12/2000vp (Hallituksen esitys laiksi merilain 9 luvun muuttamisesta sekä merioikeudellisia vaateita koskevan vastuun rajoittamisesta tehdyn vuoden 1976 yleissopimuksen muuttamisesta tehdyn vuoden 1996 pöytäkirjan eräiden määräysten hyväksymisestä). PeVL 45/2000vp (Hallituksen esitys Kansainvälisen rikostuomioistuimen perussäännön hyväksymisestä sekä laeiksi sen lainsäädännön alaan kuuluvien määräysten voimaansaattamisesta ja rikoslain muuttamisesta).

teiskunnan kehittämiseksi. Perustuslakiuudistuksen esitöissä todetaan tällä säännöksellä olevan tulkinnallista merkitystä arvioitaessa, milloin kansainvälinen velvoite on ristiriidassa perustuslain täysivaltaisuussäännösten kanssa (HE 1/1998 vp, s. 73/II). *Perustuslakivaliokunta on perustuslain esitöiden pohjalta katsonut perustelluksi lähteä siitä, että sellaiset kansainväliset velvoitteet, jotka ovat tavanomaisia nykyaikaisessa yhteiskunnassa ja jotka vain vähäisessä määrin vaikuttavat valtion täysivaltaisuuteen, eivät sellaisenaan ole ristiriidassa perustuslain täysivaltaisuussäännösten kanssa...*” (kursivointi TO)⁴⁶

Sittemmin perustuslakivaliokunta on johdonmukaisesti viitannut perustuslain 1 §:n 3 momenttiin kaikissa niissä lausunnoissaan, joissa se on syystä tai toisesta arvioinut kansainvälistä velvoitetta tai EU-säädös- tms. ehdotusta Suomen täysivaltaisuuden kannalta. Perustuslain 1 §:n 3 momentin ”soveltamisedellytyksen” – kansainvälisessä yhteistyössä on oltava kysymys rauhan ja ihmisoikeuksien turvaamisesta tai yhteiskunnan kehittämisestä – on myös täyttänyt jokseenkin kaikenlainen kansainvälinen tai eurooppalainen yhteistyö. Valtiokäytännön valossa perustuslain 1 §:n 3 momentissa tarkoitettu yhteistyö ulottuu kumppanuussopimuksista⁴⁷ ja Kansainvälisen rikostuomioistuimen perustamisesta sekä kehitysyhteistyöstä⁴⁸ rikosoikeudelliseen sekä poliisi⁴⁹- ja tulliasiainyhteistyöhön⁵⁰. Poikkeuksena on kuitenkin ollut komission tiedonanto, johon sisältyi alustavia kaavailuja ja kehittää EU:n jäsenvaltioiden rajavalvontayhteistyötä suuntaan, jossa ulkorajojen valvonta ja rajatarkastukset siirtyisivät lopulta ylikansalliselle rajavartiolaitokselle. Perustuslakivaliokunnan mukaan ylikansallista rajavalvontaa ei voitu pitää perustuslain 1 §:n 3 momentin perusteluissa tar-

⁴⁶ PeVL 6/2001vp (Hallituksen esitys hajallaan olevien kalakantojen ja laajasti vaeltavien kalakantojen säilyttämistä ja hoitoa koskevien 10 päivänä joulukuuta 1982 tehdyn Yhdistyneiden Kansakuntien merioikeusyleissopimuksen määräysten täytäntöönpanosta tehdyn sopimuksen hyväksymisestä ja laiksi sen lainsäädännön alaan kuuluvien määräysten voimaansaattamisesta sekä laiksi Euroopan yhteisön yhteisen kalastuspolitiikan täytäntöönpanosta annetun lain muuttamisesta).

⁴⁷ PeVL 31/2001vp (Hallituksen esitys Afrikan, Karibian ja Tyynenmeren valtioiden ryhmän sekä Euroopan yhteisön ja sen jäsenvaltioiden välisen kumppanuussopimuksen sekä Euroopan yhteisön jäsenvaltioiden tämän sopimuksen johdosta tekemän sisäisen rahoitus-sopimuksen hyväksymisestä sekä laiksi kumppanuussopimuksen lainsäädännön alaan kuuluvien määräysten voimaansaattamisesta).

⁴⁸ PeVL 51/2001vp (Hallituksen esitys Latalalaisen Amerikan sijoitusyhtiön perustamisesta tehdyn sopimuksen hyväksymisestä ja laiksi sen lainsäädännön alaan kuuluvien määräysten voimaansaattamisesta).

⁴⁹ PeVL 3/2001vp.

⁵⁰ PeVL 44/2002vp (Valtioneuvoston kirjelmä ehdotuksesta yleissopimukseksi (huumaus-aineiden laittoman kaupan torjumisesta tullihallintojen toimesta aavalla merellä).

koitettuun tapaan ”tavanomaisena nykyaikaisessa kansainvälisessä yhteistoiminnassa” eikä myöskään vain vähäisessä määrin valtion täysivaltaisuuteen vaikuttavana asiana.⁵¹

Jo klassiseksi esimerkiksi perustuslain 1 §:n 3 momentin vaikutuksesta täysivaltaisuusarvioinnissa voidaan luonnehtia valiokunnan lausuntoa hallituksen esityksestä, joka koski Kansainvälisen rikostuomioistuimen perussäännön hyväksymistä sekä laeiksi sen lainsäädännön alaan kuuluvien määräysten voimaansaattamisesta ja rikoslain muuttamisesta.⁵² Lausunto on samalla edustava niistä kriteereistä, jotka perustuslain 94 §:ssä asetetaan eduskunnan hyväksymisen tarpeellisuudelle, samoin kuin siitä, mitkä näkökohdat määrittävät eduskunnan hyväksymispäätöksen alaa. Erityisesti huomionarvoista on, että valiokunta sovelsi lausunnoissaan ensimmäistä kertaa perustuslain 94 §:n 1 momenttiin sisältyvää uutta kriteeriä, jonka mukaan eduskunnan kuuluu hyväksyä sellaiset kansainväliset velvoitteet, jotka ovat ”muutoin merkitykseltään huomattavia”. Tämä kriteeri täyttyi, koska Kansainvälisen rikostuomioistuimen perussääntö oli valiokunnan mukaan ”tärkeydeltään niin merkittävä.”⁵³

Lausunnonssa valiokunta arvioi Kansainvälisen rikostuomioistuimen perussääntöä Suomen täysivaltaisuutta (1 §) sekä tuomiovallan käyttämistä (3 § ja 9 luku) koskevien perustuslain säännösten valossa. Valiokunta totesi, että kansainvälisen rikostuomioistuimen toimivalta on lähikohtaisesti toissijainen kansallisiin tuomioistuihin verrattuna. Rikostuomioistuin voi kuitenkin 17 artiklan ja 20 artiklan 3 kappaleen mukaan poikkeuksellisesti käsitellä asian tästä seikasta huolimatta, mistä syystä suomalaisen tuomioistuimen toimivaltaan kuuluva asia voisi periaatteessa tulla käsiteltäväksi rikostuomioistuimessa Suomen kannan vastaisesti. Näin ollen perussääntö antoi Kansainväliselle rikostuomioistuimelle sellaista Suomen oikeudenkäyttöpiiriin kuuluvaa tuomiovaltaa, joka merkitsi puutumista perustuslain 1 §:n 1 momentin mukaiseen täysivaltaisuuteen.

⁵¹ PeVL 28/2002vp (Valtioneuvoston selvitys komission tiedonannosta neuvostolle ja Euroopan parlamentille ”Kohti Euroopan unionin jäsenvaltioiden ulkorajojen yhdenmukaisuutta”).

⁵² PeVL 45/2000vp.

⁵³ Myöhemmin valiokunta on katsonut kansainvälisen velvoitteen kuuluvan eduskunnan hyväksyttäviin ”merkitykseltään huomattava” -perusteen nojalla lausunnon PeVL 38/2001vp (Hallituksen esitys Euroopan unionista tehdyn sopimuksen sekä Euroopan yhteisöjen perustamissopimusten ja niihin liittyvien tiettyjen asiakirjojen muuttamisesta tehdyn Nizzan sopimuksen lainsäädännön alaan kuuluvien määräysten voimaansaattamisesta). Ks. myös PeVL 11/2003vp (Hallituksen esitys Tšekin, Viron, Kyproksen, Latvian, Liettuan, Unkarin, Maltan, Puolan, Slovenian ja Slovakian liittymisestä Euroopan unioniin tehdyn sopimuksen hyväksymisestä sekä laeiksi sopimuksen lainsäädännön alaan kuuluvien määräysten voimaansaattamisesta ja näiden valtioiden kanssa tehtyjen Eurooppa-sopimusten voimaansaattamislakien kumoamisesta).

Valiokunta viittasi kuitenkin heti perään perustuslain 1 §:n 3 momenttiin, jolla se totesi olevan perustuslakiuudistuksen esitöiden pohjalta tulkinallista merkitystä arvioitaessa sitä, onko kansainvälinen velvoite on ristiriidassa perustuslain täysivaltaisuussäännösten kanssa vai ei. Valiokunta katsoi perustuslakiuudistuksen esitöiden mukaisesti perustelluksi ”lähteä siitä, että sellaiset kansainväliset velvoitteet, jotka ovat tavanomaisia nykyaikaisessa yhteiskunnassa ja jotka vain vähäisessä määrin vaikuttavat valtion täysivaltaisuuteen, eivät sellaisenaan ole ristiriidassa perustuslain täysivaltaisuussäännösten kanssa”.

Valiokunnan mielestä Kansainvälisen rikostuomioistuimen perustaminen merkitsi ”kyseisessä perustuslainkohdassa tarkoitettua kansainvälistä yhteistyötä rauhan ja ihmisoikeuksien turvaamiseksi”. Valiokunta kiinnitti myös huomiota siihen, että kansallisten tuomioistuinten toimivallan syrjäytyminen rikostuomioistuimen lähtökohtaisesti toissijaisen toimivallan hyväksi perussäännön 17 artiklassa ja 20 artiklan 3 kappaleessa perustuu tilanteisiin, joissa valtio itse on olennaisesti laiminlyönyt asianomaisten henkilöiden saattamisen rikosoikeudelliseen vastuuseen. Tällöin olisi valiokunnan mukaan ”kysymys on siitä, että kansallinen oikeudenkäyttäjärjestelmä ei toimi asianmukaisesti”. Tästä taas seurasi, että ”rikostuomioistuimen toimivaltaisuuden vaikutusta täysivaltaisuuteen on pidettävä sillä tavoin vähäisenä kuin perustuslakiuudistuksen esitöissä tarkoitetaan”. Lopputuloksena oli, että kansainvälisen rikostuomioistuimen perustaminen ja määräykset sen toimivallasta eivät olleet ristiriidassa perustuslain säännösten kanssa täysivaltaisuudesta.

Perustuslain 1 §:n 3 momentti on saanut merkitystä täysivaltaisuusarvioinnissa, paitsi täysivaltaisuusarvioinnin ”vakioperusteena”, myös eräänlaisena viimekätisenä, kulloisenkin tapauksen erityispiirteistä riippumattomana yleisperusteena sille, miksi jokin kansainvälinen velvoite on vaikuttanut korkeintaan ”vähäisessä määrin” Suomen täysivaltaisuuteen. Silloinkin kun kiinnekohdat valiokunnan arviolle jonkin kansainvälisen velvoitteen ristiriidattomuudesta täysivaltaisuuden kanssa on voitu paikantaa useisiin muihin näkökohtiin (esimerkiksi kansainvälisen toimielimen päätöksenteon yksimielisyys, kansainvälisen velvoitteen teknisluontoisuus tai EU:n muiden jäsenvaltioiden viranomaisten toimivaltuuksien käytön sitominen suomalaisten viranomaisten myötävaikutukseen ja Suomen oikeuteen), perustuslain 1 §:n 3 momentti on usein ollut viimeinen – eikä missään tapauksessa heikoin – lenkki valiokunnan argumentaatioketjussa.

Esimerkin perustuslain 1 §:n 3 momentin merkityksestä täysivaltaisuusarvioinnin viimekätisenä argumenttina tarjoaa perustuslakivaliokunnan lausunto Afrikan, Karibian ja Tyynenmeren valtioiden ryhmän sekä Euroopan yhteisön ja sen jäsenvaltioiden välisestä kumppanuussopimuksesta (ns. AKT-EY-kumppanuussopimus).

Lausunnossa valiokunta eritteli varsin yksityiskohtaisesti kumppanuussopimuksen eräitä määräyksiä ministerineuvoston päätösvallan käyttämisestä. Valiokunnan mukaan tällaisia määräyksiä oli valtiosääntöoikeudellisesti ”arvioitava lainsäädäntövallan siirtona, koska Euroopan yhteisön ns. ulkosopimuksella perustetun toimielimen sitovien päätösten katsotaan olevan erottamaton osa EY-oikeutta”. Valiokunta kuitenkin lisäsi aikaisempaan käytäntöönsä viitaten, että ”sitovan päätöksentekovallan osoittaminen Euroopan yhteisön ulkosopimuksella järjestetyille toimielimelle ei merkitse lainsäädäntövallan aitoa siirtämistä kansainväliselle toimielimelle, jos toimielimen päätös ei voi syntyä vastoin valtioneuvoston asianomaisen jäsenen tahtoa”. Tästä näkökulmasta valiokunta huomautti, että ”kumppanuussopimuksen mukaisessa päätöksentekojärjestelmässä valtioneuvoston jäsen voi vaikuttaa päätöksentekoon”. Lopuksi valiokunta vielä viittasi perustuslain 1 §:n 3 momentin säännökseen Suomen osallistumisesta kansainväliseen yhteistoimintaan eräänlaisena ”viimeisenä niittinä” johtopäätökselle, jonka mukaan AKT-EY-sopimuksen määräykset ministerineuvoston päätösvallan käyttämisestä olivat ongelmattomia Suomen täysivaltaisuuden kannalta: ”Tämän vuoksi, ja kun otetaan huomioon perustuslain 1 §:n 3 momentin säännös Suomen osallistumisesta kansainväliseen yhteistyöhön, ei ministerineuvoston päätösvaltaa koskeva sopimusmääräys ole Suomen täysivaltaisuuden kannalta ongelmallinen.” (kursivointi TO)⁵⁴

3.2.3 Tulkinnan peruslähtökohtia III: EU-asioiden erityisasema täysivaltaisuusarvioinnissa

Perustuslain tekstistä ei ole suoraan luettavissa, että perustuslain täysivaltaisuusarviointiin vaikuttaisi se, että asialla on tavalla tai toisella kytkentä Euroopan unioniin. Perustuslaissa on ylipäättään omaksuttu minimalistinen linja Euroopan unionia koskevassa sääntelyssä.⁵⁵ Nimenomaisia mainintoja Euroopan unionista löytyy vain perustuslain 8 luvun säännöksistä, jotka yhtäältä säättävät valtioneuvoston ja eduskunnan toimivallasta ”Euroopan unionissa tehtävien päätösten kansallisessa valmistelussa” (PL 93 §:n 2 momentti) ja toisaalta eduskunnan osallistumisesta Euroopan unionin asioiden kansalliseen valmisteluun (PL 96 §) sekä eduskunnan tietojensaantioikeudesta kansainvälisissä asioissa (PL 97 §).

Jo nämä muutamat säännökset viestivät kuitenkin perustuslain tekstin tasolla siitä, mitä korostetaan uuden perustuslain esitöissä: Euroopan unio-

⁵⁴ PeVL 31/2001vp.

⁵⁵ Ks. Euroopan unionia koskevien nimenomaisten perustuslakimainintojen vähäisyyden syistä Viljanen, s. 1169 ja 1170. Ks. myös Saraviita 2000, s. 60–64.

nilla on Suomen nykyisten kansainvälisten järjestelyjen joukossa erityis- asema, jolle on annettava oikeudellista merkitystä erilaisessa valtiosään- töoikeudellisessa päätöksenteossa, täysivaltaisuusarviointi mukaan lukien. Kuten perustuslain esitöissä korostettiin: Suomen täysivaltaisuutta on tar- kasteltava ”Suomen kansainvälisten velvoitteiden valossa ja erityisesti ot- taen huomioon Suomen jäsenyys Euroopan unionissa”. (kursivointi TO).⁵⁶

Ajatus EU-kytkentäisten asioiden erityisasemasta on lyönyt itsensä läpi myös valtiosääntökäytännössä. Itse asiassa ajatuksella operoitiin EU-asioiden täysivaltaisuusarvioinnissa jo vanhan hallitusmuodon aikana, jolta se pit- kälti ”vain” siirrettiin perustuslain esitöiden antamalla nimenomaisella tuella uuden perustuslain mukaiseen täysivaltaisuusarviointiin.

EU-asioiden erityisaseman vaikutus täysivaltaisuusarvioinnissa on yleis-esti ottaen ollut siinä, että perustuslakivaliokunta on voinut asian EU-kytkennän pohjalta pitää täysivaltaisuuden kannalta ongelmattomina pit- temmälle meneviä suvereniteetin rajoituksia kuin kansainvälisten velvoit- teiden yhteydessä. Tähän mennessä edustavimpana ja merkittävimpanä EU-asioiden erityisluonteen vaikutusta havainnollistavana lausuntona voidaan pitää perustuslakivaliokunnan lausuntoa Euroopan unionin ja Euroopan yhteisöjen perustamissopimuksia muuttaneesta ns. Nizzan sopimuksesta vuoden 2001 valtiopäiviltä. Siinä valiokunta tukeutui monessa ”kiperas- sä” kohdassa enemmän tai vähemmän voimakkaasti ajatukseen EU:n jäse- nyyden erityisluonteesta Suomen kansainvälisten velvoitteiden joukossa.⁵⁷ Lausunto on huomionarvoinen myös sen vuoksi, että valiokunta kehitti siinä kriteerejä EU:n/EY:n perustamissopimusten muutossopimusten ar- vioimiseksi täysivaltaisuuden näkökulmasta. Lisäksi lausunto tuo esiin sen, että täysivaltaisuusarviointiin on voinut vaikuttaa vielä erikseen *jaottelu EY-asioiden ja muiden EU-asioiden välillä* niin, että valiokunta on valmis hyväksymään kaikkein pisimmälle meneviä täysivaltaisuuden rajoituksia ilman ristiriitaa perustuslain kanssa EY-kytkentäisissä asioissa.

Nizzan sopimusta koskevassa lausunnossaan perustuslain täysivaltai- suussäännösten kannalta perustuslakivaliokunta painotti ”alusta alkaen”, että täysivaltaisuussäännöstä on ”tarkasteltava Suomen kansainvälisten velvoitteiden valossa ja erityisesti ottaen huomioon Suomen jäsenyys Euroopan unionissa” (kursivointi TO). Valiokunta myös totesi perus- tuslain 1 §:n 3 momenttiin viitaten, että ”tärkeä ja jo vakiintuneena pi- dettävä kansainväliseen yhteistyöhön osallistumisen muoto on Suomen jäsenyys Euroopan unionissa”.

⁵⁶ HE 1/1998vp, s. 72/II.

⁵⁷ PeVL 38/2001vp.

Tämän jälkeen valiokunta eritteli EU:n tai EY:n perustamissopimusten eriaisteisten muutosten merkitystä täysivaltaisuusarvioinnin kannalta tavalla, joka ansaitsee tulla siteeratuksi kokonaisuudessaan: ”Perustuslain 1 §:n täysivaltaisuussäännösten tulkitseminen perustuslakiuudistuksen perustelujen mukaisesti siitä lähtökohdasta, että Suomi on Euroopan unionin jäsen, tarkoittaa valiokunnan mielestä sen seikan huomioon ottamista, että jäsenyys on merkinnyt nimenomaan täysivaltaisuuden rajoituksia julkisen vallan eri lohkoilla. Kysymys uusien toimivaltuuksien antamisesta unionin toimielimille on kuitenkin valiokunnan käsityksen mukaan asia, joka lähtökohtaisesti koskettaa perustuslain täysivaltaisuusjärjestelyjä. Unionin tehtäväkentän vähäinen, esimerkiksi tarkistusluonteinen kehittäminen unionilla jo olevien toimivaltuuksien pohjalta saattaa toisaalta tapauksesta riippuen olla sopusoinnussa perustuslain täysivaltaisuussäätelyn kanssa. Unionin sisäisen toiminnan tavanomaisena pidettävä kehittäminen institutionaalisella tasolla puolestaan on yleensä merkityksetöntä täysivaltaisuuden kannalta.”

Näin ollen EU:n/EY:n perustamissopimusten muutoksista syntyvien täysivaltaisuuden rajoitusten valtiosääntöoikeudellinen arviointi rakentuu olennaisessa määrin sen varaan, mikä seuraavasta kolmesta tilanteesta on käsillä (seuraavassa esitettävien tilanteiden i–iii merkitys täysivaltaisuuden kannalta vähenee sitä mukaan kuin siirrytään tilanteesta i tilanteiden ii ja iii suuntaan).

- (i) Aidosti uusien toimivaltuuksien antaminen unionille;
- (ii) Unionin tehtäväkentän vähäinen tarkistaminen unionilla jo olevien toimivaltuuksien pohjalta, ts. kajoamatta jäsenvaltioiden ja unionin välisen toimivallanjaon perusteisiin.
- (iii) Unionin toiminnan tavanomaisena pidettävä kehittäminen institutionaalisella tasolla.

Nizzan sopimuksessa oli valiokunnan mukaan kysymys tilanteissa ii–iii tarkoitetuista muutosehdotuksista lopputuloksella, että Nizzan sopimus oli sopusoinnussa täysivaltaisuuden kanssa.

Perustuslakivaliokunnan käsitys EU-kytkentäisten asioiden erityis-asemasta verrattuna kansainvälisiin velvoitteisiin tulee erityisen selvästi esiin kohdasta, jossa valiokunta tarkasteli ehdotuksia perustamissopimusten mukauttamisesta tai täydentämisestä neuvoston päätöksellä perustuslain täysivaltaisuussäännösten kannalta. Koska tarkastelen jäljempänä erikseen tällaisten sopimusjärjestelmien arviointia täysivaltaisuuden kannalta, totean lausunnosta tältä osin nyt vain sen, että täysivaltaisuusarviointiin ei ”vain” vaikuta asian EU-kytkentä. Valiokunta otti lausunnossaan myös ”askeleen pidemmälle” erottelemalla vielä EU-asioissa yhtäältä EY-kytkentäiset ja toisaalta muut EU-asiat, koska valiokunnan mielestä ”*EY on jäsenvaltioiden yhteistyön kiinteyden ja laajuuden perusteella erityisasemassa nykyisten kansainvälisten järjestelyjen joukossa*”. (kursivointi TO). Tähän liittyen valiokunta on ollut valmis hyväksymään kaikkein pisimmälle meneviä täysivaltaisuuden rajoituksia EY-asioissa ilman ongelmia täysivaltaisuuden kannalta.

Pidän perusteltuna perustuslakivaliokunnan käytäntöä antaa täysivaltaisuuden tulkinnassa merkitystä sille, onko asialla EU-kytkentä. Samoin on perusteltua, että täysivaltaisuusarvioinnissa otetaan jo *a priori* huomioon se, että EU:n jäsenyys merkitsee täysivaltaisuuden rajoituksia julkisen vallan eri lohkoilla. Kysymys on siten lähinnä siitä, *kuinka pitkälle* esimerkiksi tietyn EU-säädöksen merkitsemä täysivaltaisuuden rajoitus voi ulottua ilman, että sitä pidetään ongelmallisena perustuslain täysivaltaisuussäännöksen kannalta.

Erityisaseman antamisessa EU-asioille valtiosisäisessä (valtiosääntö-oikeudellisessa) päätöksenteossa ei ole myöskään eurooppalaisessa vertailussa mitään omintakeista. Perustuslakivaliokunta on itse asiassa omaksumut vain perustelun, jolla vanhojen jäsenvaltioiden keskeiset valtiosääntötoimijat (valtiosääntötuomioistuimet tai korkeimmat oikeudet) ovat perinteisesti perustelleet ratkaisujaan, joiden nojalla EU:n oikeudelle on tunnustettu kansainväliseen oikeuteen verrattuna vahvempi valtiosisäinen asema ja sovellettavuus.⁵⁸ Samoin EY:n tuomioistuin on perinteisesti tukeutunut ajatukseen EY:n oikeuden erityisyydestä kansainväliseen oikeuteen verrattuna, kun se on kehitellyt esimerkiksi sellaisia EY:n oikeuden perustavan laatuksia periaatteita kuin välitön oikeusvaikutus, etusija sekä jäsenvaltion vahingonkorvausvastuun periaate.⁵⁹

EY:n tuomioistuin totesi jo ”kaikkien aikojen” klassisimmassa ratkaisussaan tapauksessa *Van Gend en Loos* vuonna 1963 seuraavan: ”Yhteisö muodostaa kansainvälisessä oikeudessa uuden oikeusjärjestyksen, jonka hyväksi jäsenvaltiot ovat rajoittaneet suvereeniensa oikeuksiaan, vaikkakin rajatuilla alueilla; tämän oikeusjärjestyksen oikeussubjekteja ovat sekä jäsenvaltiot että niiden kansalaiset.”⁶⁰

Vähän myöhemmin EY:n tuomioistuin muotoili saman perusajatuksen seuraavasti tapauksessa *Costa v. ENEL*, jossa EY:n tuomioistuin ensimmäistä kertaa vahvisti EY-oikeuden ehdottoman etusijan kansalliseen oikeuteen nähden ristiriitatilanteissa:

”Toisin kuin tavanomaisilla kansainvälisillä sopimuksilla, EY:n perustamissopimuksella on perustettu oma oikeusjärjestys, joka on sisällytetty perustamissopimuksen voimaantullessa jäsenvaltioiden oikeusjärjestyksiin ja jota jäsenvaltioiden tuomioistuinten on noudatettava.

⁵⁸ Tämä tulee hyvin esiin esimerkiksi maakohtaisia raportteja sisältävästä teoksesta Anne-Marie Slaughter, Alec Stone Sweet ja Joseph H. H. Weiler, *The European Courts & National Courts. Doctrine and Jurisprudence*, Oxford 1998.

⁵⁹ Ks. näistä periaatteista Ojanen 1999, s. 219–295.

⁶⁰ C-26/62 *Van Gend en Loos* [1963] ECR I.

Perustamalla rajoittamattomaksi ajaksi yhteisön, jolla on omat toimielimet, oikeushenkilöllisyys, oikeuskelpoisuus, kelpoisuus edustaa itseään kansainvälissä yhteyksissä ja todellista toimivaltaa, joka perustuu jäsenvaltioiden toimivallan rajoittamiseen tai siirtämiseen yhteisölle, jäsenvaltiot ovat rajoittaneet suvereenia oikeuksiaan, tosin rajatuilla alueilla, ja luoneet säännösten, jota sovelletaan niiden kansalaisiin sekä jäsenvaltioihin itseensä.”⁶¹

Siinä missä perustuslakivaliokunnan käytäntö antaa EU-asioille erityisasema täysivaltaisuusarvioinnissa on perusteltu, kritiikille altista on sitä vastoin se, että valiokunta eriytti vielä erikseen EY-asiat muista EU-asioissa Nizzan sopimusta koskeneessa lausunnossaan. Ensinnäkään perustuslain teksti ei anna tukea tällaiselle erottelulle. Perustuslaissa on yleisesti erottu EU-asiat kansainvälisistä asioista säätämällä erikseen esimerkiksi kotimaisista toimivaltasuhteista EU-asioissa. Perustuslakiuudistuksen esitöissä sekä perustuslakivaliokunnan muita kuin täysivaltaisuuskysymystä koskevissa lausunnoissa on myös erikseen painotettu sitä, että esimerkiksi perustuslain 93 §:n 2 momentissa tarkoitettu ”Euroopan unionissa tehtävä päätös” kattaa samalla tavalla kaikki Euroopan unionissa tehtävien päätösten kohteena olevat asiat ja asiaryhmät riippumatta siitä, minkä pilarin alaan ne kenties kuuluvat.⁶²

Lisäksi ongelmalliseksi EU/EY-erottelun tekee Euroopan unionin kehitys etenkin muutaman viimeisen vuoden aikana. Yleisesti ottaen Euroopan unionin eri perusosien, ns. pilarien, väliset erot ovat viime vuosina koko ajan hälventyneet, mikä on erityisesti koskenut ns. yhteisöpilarin (I pilari) ja III-pilarin (oikeus- ja sisäasioiden yhteistyö, jossa on ollut kysymys nimenomaan rikosoikeudellisesta ja poliisiasiaihin yhteistyöstä Amsterdamin sopimuksen voimaantulosta 1.5.1999 alkaen) välistä eroa.⁶³

Joka tapauksessa Brysselissä 18. kesäkuuta 2004 hyväksytty *sopimus Euroopan perustuslaista* tulisi voimaan tullessaan viimeistäänkin merkitsemään sitä, että erottelulle EY/EU ei enää olisi mitään perusteita. Perustuslakisopimukseen sisältyy ehdotus EU:n nykyisen pilarirakenteen poistamisesta sekä oikeushenkilön aseman tunnustamisesta koko unionille (eikä

⁶¹ Asia 6/64 Costa v. ENEL [1964] ECR 585.

⁶² Ks. HE 1/1998vp, s. 146/I. Ks. myös esim. PeVL 49/2001vp (Hallituksen esitys Euroopan unionin turvallisuusalan tutkimuslaitokselle ja satelliittikeskukselle sekä niiden elimille ja niiden henkilöstölle myönnettävistä erioikeuksista ja vapauksista tehdyn neuvoston kokoontuneiden Euroopan yhteisöjen jäsenvaltioiden hallitusten edustajien päätöksen hyväksymisestä sekä laiksi sen lainsäädännön alaan kuuluvien määräysten voimaansaattamisesta ja näiden virastojen oikeustoimikelpoisuudesta).

⁶³ Ks. yleisesti esim. Craig ja de Búrca, s. 29–53.

enää nykyiseen tapaan vain EY:lle). Asiallisesti tietyillä unioniasioilla, kuten esimerkiksi unionin ulko- ja turvallisuuspolitiikalla, on varmaan jatkossakin eräänlainen ”erikoisluonne”, mutta oikeudellisesti jaottelu yhteisö- ja unioniasioihin kuitenkin poistuisi perustuslain hyväksymisen ja voimaantulon myötä.

3.2.4 Poikkeus perustuslakivaliokunnan käytännöstä erottaa EU-asiat kansainvälisistä velvoitteista

Perustuslakivaliokunta ei ole aivan johdonmukaisesti seurannut linjaansa eriyttää EU-säädökset kansainvälisistä velvoitteista. Perustuslakivaliokunta omaksui vuoden 2003 valtiopäivillä kannan, jonka mukaan Euroopan unionin perustamissopimuksen 34 artiklan b-kohdassa tarkoitettu puitepäätös on ”kansainvälinen velvoite, jonka täytäntöönpanemista merkitsevän lakiehdotuksen käsittelyjärjestys määräytyy perustuslain 95 §:n 2 momentin säännösten mukaisesti”.

Lausunto koski hallituksen esitystä laiksi rikoksen johdosta tapahtuvasta luovuttamisesta Suomen ja muiden Euroopan unionin jäsenvaltioiden välillä sekä eräksi siihen liittyviksi laeiksi.⁶⁴ Lausunnossa valiokunta ei tarkastellut lakiehdotusta täysivaltaisuuden kannalta. Silti lausunto ansaitsee tarkastelun siitä syystä, että se tuo valiokunnan muutoin johdonmukaiseen linjaan eriyttää EU-säädöksiä kansainvälisistä velvoitteista poikkeaman, jolla saattaa olla jatkossa vaikutusta EU-asioiden täysivaltaisuusarviointiin(kin).

Perustuslakivaliokunnan lausunto koski hallituksen esitystä laiksi rikoksen johdosta tapahtuvasta luovuttamisesta Suomen ja muiden Euroopan unionin jäsenvaltioiden välillä sekä eräksi siihen liittyviksi laeiksi. Esityksellä oli tarkoitus panna täytäntöön unionin neuvoston puitepäätös eurooppalaisesta pidätysmääräyksestä ja jäsenvaltioiden välisistä luovuttamismenettelyistä. Perustuslakivaliokunta oli jo aiemmin katsonut, että puitepäätös on ristiriidassa perustuslain 9 §:n 3 momentin kanssa.⁶⁵ Tämän perustuslain kohdan mukaan ”Suomen kansalaista ei saa vastoin tahtoaan luovuttaa tai siirtää toiseen maahan”.

Siten myös puitepäätöksen valtiosisäistä toimeenpanoa tarkoittava lakiehdotuksen säännökset Suomen kansalaisen luovuttamisesta olivat ristiriidassa mainitun perustuslain kohdan kanssa, minkä lisäksi lakiehdotuksessa oli eräitä muita perustuslain vastaisia kohtia.

⁶⁴ PeVL 18/2003vp.

⁶⁵ PeVL 42/2001vp (Valtioneuvoston kirjelmä ehdotuksesta neuvoston puitepäätökseksi (eurooppalainen pidätysmääräys). Ks. myös PeVL 44/2002vp.

Esiin tuli kuitenkin kysymys siitä, mikä on lakiehdotuksen käsittelyjärjestys siltä osin kuin lakiehdotuksen perustuslain kanssa ristiriitaisissa kohdissa oli kysymys neuvoston puitepäätöksen täytäntöön panemisesta: Oliko perustuslain 95 §:n 2 momentin mukainen ns. supistettu perustuslainsäätämisyjärjestys käytettävissä? Vai olisiko lakiehdotukseen sovellettava perustuslain 73 §:ssä säädettyä käsittelyjärjestystä, joka on huomattavasti raskaampi kuin supistettu perustuslainsäätämisyjärjestys?

Esille tulleesta käsittelyjärjestystä koskeneesta kysymyksestä ei ollut valiokunnan aikaisempaa käytäntöä. Sitä vastoin oikeuskirjallisuudessa on ainakin *Antero Jyränki* katsonut, että direktiivien tai puitepäätösten toimeenpanoa tarkoittavan lakiehdotuksen käsittelyjärjestys ei määrydy kansainvälisten velvoitteiden voimaansaattamisesta säättävän perustuslain 95 §:n 2 momentin mukaan, koska direktiivejä tai puitepäätöksiä ei voida pitää kansainvälisinä velvoitteina perustuslain 94 §:ssä ja 95 §:ssä tarkoitetulla tavalla.⁶⁶ Näin ollen direktiivien valtiosisäistä toimeenpanoa merkitsevien lakiehdotusten käsittelyjärjestys olisi joko perustuslain 72 §:n mukainen tavallisen lain säätämisyjärjestys tai perustuslain 73 §:n mukainen perustuslainsäätämisyjärjestys siitä riippuen, onko lakiehdotus sopusoinnussa perustuslain kanssa vai ei.

Perustuslakivaliokunta mukaan puitepäätöksen täytäntöönpanoa tarkoittavan, perustuslain kanssa ristiriidassa olevan lakiehdotuksen käsittelyjärjestys on perustuslain 95 §:n 2 momentissa säädetty supistettu perustuslain säätämisyjärjestys. Valiokunnan argumentaatio rakentuu alusta alkaen sille lähtökohdalle, että puitepäätös on kansainvälinen velvoite, eikä valiokunta sanallakaan edes mainitse mahdollisuudesta ajatella toisin.

Valiokunta viittaa perusteluina ensinnäkin siihen, että perustuslain 95 §:ssä tarkoitetun kansainvälisen velvoitteen ei tarvitse olla valtiosopimuksen muodossa, vaan se voi myös olla kansainvälisen järjestön toimielimen tekemä päätös, kuten esimerkiksi YK:n turvallisuusneuvoston jäsenvaltioita velvoittava päätös. Valiokunta mainitsee edelleen perusteluna sen, että perustuslakiesityksessä (HE 1/1998vp, s. 151/II) supistettua perustuslainsäätämisyjärjestystä pidettiin tarpeellisena ennen muuta kansainvälisiin suhteisiin liittyvien erityispiirteiden vuoksi. Valiokunta toteaa: ”Velvoitteen kansainvälisoikeudellinen voimaantuloajankohta ei esityksen mukaan aina ole velvoitteen yhden osapuolen vapaasti valittavissa eikä voimaansaattamislain käsittelyä ole kaikissa tilanteissa mahdollista rytmittää yhteen eduskuntavaalien ajankohdan kanssa. Menettelyn tulisi siten olla riittävän joustava silloinkin, kun lakiehdotus velvoitteen voimaansaattamiseksi koskee perustuslakia.”

Lopuksi valiokunta tuo kantansa perusteina esiin puitepäätöksiin liittyviä näkökohtia: ”Euroopan unionin neuvoston puitepäätös on Euroopan unionista tehdyn sopimuksen VI osaston 34 artiklan perusteella jäsenvaltioita velvoittava. Puitepäätökset ovat käytännössä yleistyneet valtiosopimusten kustannuksella unionin sääntelyinstrumentteina. Esimerkiksi käsillä olevan puitepäätöksen 31 artikla sisältää luettelon niistä

⁶⁶ Jyränki 2003, s. 359.

yleissopimuksista, joiden määräykset korvataan puitepäätöksen säännöksillä. Käsillä olevassa puitepäätöksessä asetetaan jäsenvaltioille määräaika veloitteen täyttämiseksi.”

Valiokunnan esittämät asiaperusteet kannalleen pitää puitepäätöstä kansainvälisenä veloitteena perustuslain 95 §:ssä tarkoitettulla tavalla eivät ole erityisen vakuuttavia. Ensinnäkin perustuslain 95 §:n 2 momentti on poikkeussäännös suhteessa perustuslain 73 §:n säännökseen normaalista perustuslainsäätämisyjärjestyksestä. Näin ollen sitä pitäisi tulkita suppeasti ja epäselvissä tilanteissa katsoa, että on käytettävä perustuslain 73 §:n mukaista säätämisyjärjestystä.

Ennen muuta valiokunnan kantaa horjuttaa kuitenkin yhtäältä valiokunnan aikaisempi johdonmukainen käytäntö antaa asian EU-kytkennälle erityisluonne valtiosääntöoikeudellisessa arvioinnissa. Valiokunta on muissa yhteyksissä painottanut ajatusta, että EU-säädöksissä on kysymys aivan muusta kuin ”ulkopolitiikasta” tai ”kansainvälisistä asioista”, minkä vuoksi esimerkiksi kotimaiset toimivaltasuhteet on järjestetty EU-asioissa perustuslain 93 §:n 2 momentin mukaisesti toisin kuin perustuslain 93 §:n 1 momentin soveltamisalaan kuuluvissa tilanteissa, joissa on kysymys ”Suomen ulkopoliitikasta”.⁶⁷

Toisaalta valiokunnan kanta soveltaa puitepäätöksen valtiosisäistä toimeenpanoa tarkoittavan lakiehdotuksen käsittelyyn perustuslain 95 §:n 2 momentin mukaista käsittelyjärjestystä on myös pulmallinen kansainvälisten veloitteiden hyväksymisestä ja voimaansaattamisesta säätävien perustuslain 94 ja 95 §:n muodostaman normikokonaisuuden valossa. Kuten säännökset selvästi osoittavat, Suomi on omaksunut dualistisen mallin kansallisen ja kansainvälisen oikeuden väliseen suhteeseen. Tästä syystä kansainvälisen veloitteen valtiosisäinen voimassaolo ja sovellettavuus edellyttävät *sekä* kansainvälisen veloitteen hyväksymistä *että* sen erillistä valtiosisäistä voimaansaattamista. Myös perustuslakivaliokunta on muissa yhteyksissä korostanut perustuslain 94 ja 95 §:n välistä soveltamisyhteyttä.⁶⁸ Näin ollen eduskunnan olisi pitänyt hyväksyä puitepäätös siten kuin kansainvälisten veloitteiden hyväksymisestä säädetään perustuslain 94 §:n 2 momentissa tilanteissa, joissa kansainvälinen velvoite ”koskee” perus-

⁶⁷ Ks. esim. PeVL 49/2001vp.

⁶⁸ Ks. PeVL 38/2001vp, jossa valiokunta korostaa, että arvio siitä, koskeeko asia perustuslakia, on hyväksymisestä päättämisen yhteydessä perustuslain 94 §:n 2 momentin mukaisesti on samanlainen kuin voimaansaattamiskysymyksen eli perustuslain 95 §:n 2 momentin osalta. Muutoin tilanne olisi valiokunnan mukaan ”perustuslakiuudistuksen tarkoituksen (HE 1/1998vp, s. 50–51) vastainen ja asiallisesti kestävä”.

tuslakia. Eduskunta ei kuitenkaan koskaan hyväksynyt eurooppalaista pidätysmääräystä koskevaa puitepäätöstä siten kuin perustuslain 94 §:n 2 momentissa edellytetään perustuslain kanssa ristiriitaisten kansainvälisten velvoitteiden osalta, vaan se vain sääti supistetussa perustuslain säätämisyjärjestyksessä lain puitepäätöksen toimeenpanemiseksi Suomessa.

Valiokunnan kantaa selittänevätkin tiukan valtiosääntöoikeudellisten näkökohtien ohella ja osin kenties sijaankin poliittiset tarkoituksenmukaisuussyyt: halu varmistaa puitepäätöksen valtiosisäinen toimeenpano määräaikaan 1.1.2004 mennessä, ja tällä tavoin ylläpitää Suomen mainetta tunnollisen tinkimättömänä EU-säädösten toimeenpanijana. Valiokunnan lausunnon toivoisi jäävän anomaliaksi, joka ei yleisemmin ole oire muutoksesta valiokunnan käytäntöön eriyttää EU-asiat kansainvälisistä velvoitteista ja joka ei muutenkaan tarkoita sitä, että halu toimeenpanna EU-säädökset määräajassa erityisemmin vaikuttaisi *valtiosääntöoikeudelliseen* päätöksentekoon siitä, missä käsittelyjärjestyksessä EU-säädösten valtiosisäistä toimeenpanoa tarkoittavat lakiehdotukset pitää käsitellä.

3.2.5 Kokoavia näkökohtia

Perustuslain täysivaltaisuus säännösten tulkinnassa erottuu kaksi ”alalajia”: täysivaltaisuusarviointi yhtäältä EU-kytkentäisissä asioissa ja toisaalta muissa kuin EU-kytkentäisissä asioissa. Lisäksi perustuslakivaliokunta on ainakin Nizzan sopimusta koskevassa lausunnossaan eriyttänyt täysivaltaisuusarvioinnin EU-kategoriassa yhtäältä EY-asiat ja toisaalta muut EU-asiat lopputuloksella, että EY-kytkentäisissä asioissa valiokunta on ollut valmis katsomaan ongelmatomiksi jo hyvin pitkälle menneitä täysivaltaisuuden rajoituksia. Kuten edellä koetin perustella, EY-asioiden eriyttäminen muista EU-asioista on kuitenkin kritiikille altista yhtä hyvin valtiosääntöoikeudellisesta kuin EU-oikeuden näkökulmasta.

EU-kytkentäisten asioiden täysivaltaisuusarvioinnissa olennaista ei ole kuitenkaan ollut vain asian EU-kytkennän korostaminen, vaan myös täysivaltaisuuden *a priori* rajoitusten painottaminen unionin jäsenyyden myötä. Samoin EU-kytkentäisissä asioissa täysivaltaisuusarviointia on suunnannut voimakkaasti ajatus siitä, että EU-jäsenyyden sinänsä merkitsemä suvereniteetin rajoitus on samalla luonut edellytyksiä Suomelle käyttää ”osaa suvereniteetistaan yhdessä muiden täysivaltaisten jäsenvaltioiden kanssa eurooppalaisen yhteistoiminnan hyväksi” ja siten osallistua ja vaikuttaa Suomea ja täällä eläviä ihmisiä koskevaan päätöksentekoon EU:ssa.

Lopuksi EU:n/EY:n perustamissopimusten muuttamista koskevien sopimusmääräysten täysivaltaisuusarviointia varten valiokunta on kehittä-

nyt ”kolmijaottelun”, jossa keskeinen merkitys täysivaltaisuusarvioinnissa annetaan sopimusmääräysten asiayhteydelle ja luonteelle: Ensinnäkin lähinnä uusien toimivaltuuksien antaminen unionin toimielimille on valiokunnan mukaan asia, joka ”lähtökohtaisesti koskettaa perustuslain täysivaltaisuusjärjestelyjä”. Unionin tehtäväkentän vähäinen, esimerkiksi tarkistusluonteinen kehittäminen unionilla jo olevien toimivaltuuksien pohjalta saattaa taas ”tapauksesta riippuen olla sopusoinnussa perustuslain täysivaltaisuussääntelyn kanssa”. Unionin sisäisen toiminnan tavanomaisena pidettävä kehittäminen institutionaalisella tasolla puolestaan on yleensä merkityksetöntä täysivaltaisuuden kannalta.

Näiden kolmen tilanteen väliset erot eivät tietenkään ole useinkaan kovin tarkkarajaisia, vaan kysymys on enemmän aste-eroista. Lisäksi tulkinanvaraisuutta sisältyy jokaiseen yksittäiseen arviointikriteeriin, kuten esimerkiksi siihen, mitä on unionin ”tehtäväkentän vähäinen tarkistusluontoinen kehittäminen”. Tällaisiin kysymyksiin vastaaminen on mahdollista vasta konkreettisesti soveltamistilanteessa. Todellisen testin näille kriteereille tarjoaisi Euroopan perustuslakia koskevan sopimuksen hyväksyminen ja voimaansaattaminen eduskunnassa. Tämän sopimuksen hyväksyminen on kuitenkin kaikkea muuta kuin varmaa, kun otetaan huomioon perustuslakisopimusta koskevan keskustelun nykytila monissa Euroopan unionin jäsenvaltioissa.

Perustuslakivaliokunnan valmius katsoa jokin säädös, sopimus tms. ongelmattomaksi täysivaltaisuuden näkökulmasta ei ole rajoittunut EU-asioihin. Myös kansainvälisten velvoitteiden täysivaltaisuusarvioinnin lopputuloksena on toistaiseksi poikkeuksetta ollut, että velvoitetta ei ole pidetty ongelmallisena perustuslain täysivaltaisuussäännösten näkökulmasta. Kansainvälisten velvoitteiden täysivaltaisuusarvioinnissa on erityisen vahvasti vaikuttanut perustuslain 1 §:n 3 momenttiin kirjattu kansainvälisyysperiaate, johon valiokunta on johdonmukaisesti tukeutunut myös EU-asioissa. Nykyään perustuslain täysivaltaisuussääntely itse asiassa rakentuu perustuslain 1 §:n 1 momentista ja 3 momentista muodostuvan normikokonaisuuden varaan, eikä siis perustu vain itse täysivaltaisuussäännökseen. Perustuslakivaliokunnan käytännössä täysivaltaisuusarvioinnin lopputulos ilmaistaankin yleensä siten, että tietty EU-asia tai kansainvälinen velvoite ei ole ongelmallinen ”perustuslain *täysivaltaisuussäännösten* näkökulmasta” (kursivointi TO).

Näiden ”vakioperusteiden” (EU-asioiden eriyttäminen omaksi alalajikseen täysivaltaisuusarvioinnissa; ajatus täysivaltaisuuden suhteellistumisesta, mutta myös sen käytön merkityksen korostumisesta nykyaikaisessa kansainvälisessä yhteistyössä; sekä perustuslain 1 §:n 3 momentin kan-

sainvälisyysperiaate) ohella täysivaltaisuusarvioinnissa ovat saaneet merkitystä myös monet muut näkökohdat, joista yleisimpiä ovat olleet valtiosääntökäytännön valossa seuraavat. (Seuraavassa esitän näkökohdat kysymysten muodossa niin, että myönteinen vastaus kysymykseen yleensä puoltaa – yhdessä muiden näkökohtien ja varsinkin edellä selostettujen ”vakioperusteiden” kanssa – täysivaltaisuusarvioinnissa sellaista lopputulosta, jonka mukaan käsillä ollut EU-asia tai kansainvälinen velvoite ei vaikuta täysivaltaisuuteen muutoin kuin korkeintaan ”vähäisessä määrin”).

- (i) Rajoittuuko vieraan valtion viranomaisten toimivaltuuksien käyttö Suomen alueen ulkopuolelle?⁶⁹
- (ii) Rajoittuuko vieraan valtion viranomaisten toimivaltuuksien käyttö erityiselle toimialalle?⁷⁰
- (iii) Onko vieraan valtion viranomaisten toimivaltuuksien käyttö sidottu suomalaisten viranomaisten myötävaikutukseen?
- (iv) Määräytyykö vieraan valtion viranomaisten toimivaltuuksien käyttö Suomen oikeuden mukaan?
- (v) Onko vieraan valtion viranomaisten toimivaltuuksien käyttö Suomen oikeuden mukaisten oikeusturva- ja valvontajärjestelyjen piirissä?⁷¹
- (vi) Perustuuko kansainvälisen toimielimen päätöksenteko yksimielisyyteen?⁷²
- (vii) Jos kansainvälisen toimielimen päätöksenteko ei perustu yksimielisyyteen, ovatko määräenemmistöpäätöksenteolla muutettavissa olevat sopimusmääräykset merkitykseltään vähäisiä; so. ne koskevat teknisiä kysymyksiä, eivätkä ole siten merkittäviä esimerkiksi perusoikeussäännösten turvaamien seikkojen kannalta?⁷³

⁶⁹ Ks. esim. PeVL 6/2001vp ja PeVL 44/2002vp. Ks. myös PeVL 9/2003vp (Hallituksen esitys keskinäisestä oikeusavusta rikosasioissa Euroopan unionin jäsenvaltioiden välillä tehdyn yleissopimuksen ja keskinäistä oikeusapua rikosasioissa koskevan eurooppalaisen yleissopimuksen varauman peruuttamisen hyväksymisestä sekä niihin liittyviksi laeiksi). Tähän yleissopimukseen ei sisällynyt tällaista rajausta, vaan toisen sopimusvaltion viranomaiset olisivat saaneet vallan toimia myös Suomen alueella ja käyttää siellä oleskeleviin kohdistuvaa julkista valtaa.

⁷⁰ Ks. esim. PeVL 51/2001vp.

⁷¹ Ks. esim. PeVL 9/2003vp.

⁷² Ks. esim. PeVL 51/2001vp sekä PeVL 3/2001vp.

⁷³ PeVL 9/2003vp.

4 TÄYSIVALTAISUUSARVIOINNIN ERITYISIÄ KYSYMYKSIÄ

4.1 Kansainvälisten sopimusten mukauttaminen tai täydentäminen sopimukseen perustuvan toimielimen päätöksellä

Täysivaltaisuusarvioinnin ”erityistapauksia” ovat tilanteet, joissa perustuslakivaliokunta on tarkastellut täysivaltaisuuden kannalta sopimusjärjestelyjä, joiden nojalla sopimuksella perustettu kansainvälinen toimielin on saanut toimivallan mukauttaa tai täydentää sopimusta. Tällaiset sopimusjärjestelyt ovat nykyään varsin yleisiä, koska ne tarjoavat varsinaiseen sopimuksen muuttamiseen verrattuna huomattavasti kevyemmän ja nopeamman tavan tehdä sopimukseen tarvittavia tarkistuksia. Sopimusjärjestelyille on kuitenkin tyypillistä se, että toimielimen päättämien sopimusmukautusten tai täydennysten voimaantulo ei edellytä erillisiä valtiosisäisiä ratifiointi- ja voimaansaattamistoimenpiteitä sopijavaltioissa.

Tällaisten sopimusjärjestelyjen valtiosääntöoikeudellinen arviointi rakentuu ennen muuta perustuslain täysivaltaisuussääntelyn, so. perustuslain 1 §:n 1 momentin ja 1 §:n 3 momentin muodostaman normikokonaisuuden varaan. Niiden rinnalle on kuitenkin kehittynyt useita muita arviointikriteerejä valtiosääntökäytännössä. Toisin kuin on ollut joidenkin muiden täysivaltaisuuden arviointikriteerien laita, nykyään sovellettavat arviointikriteerit kehittyivät olennaisilta osiltaan jo vanhan hallitusmuodon voimassaolon viimeisinä vuosina, jolloin perustuslakivaliokunta joutui jo ottamaan kantaa kansainvälisten sopimusten muutoksiin tai täydentäisiin kansainvälisen toimielimen päätöksenteolla.⁷⁴ Tuolloin kehitetyt arviointikriteerit on sittemmin omaksuttu jokseenkin sellaisenaan uuden perustuslain mukaisessa täysivaltaisuusarvioinnissa.

Perustuslakivaliokunnan lausuntojen valossa seuraavilla kriteereillä on *keskeisin* merkitys arvioitaessa kansainvälisten sopimusten mukauttamista tai täydentämistä sopimuksella perustetun toimielimen päätöksellä.⁷⁵

⁷⁴ Ks. esim. PeVL 28/1997vp (Hallituksen esitys Euroopan poliisiviraston perustamisesta tehdyn yleissopimuksen ja siihen liittyvän pöytäkirjan eräiden määräysten hyväksymisestä sekä laiksi tullilain 26 §:n muuttamisesta).

⁷⁵ PeVL 33/2001vp (Valtioneuvoston kirjelmä ehdotuksesta neuvoston päätökseksi Europolin toimeksiannon laajentamisesta Europol-yleissopimuksen liitteessä lueteltujen törkeiden kansainvälisten rikollisuuden muotojen käsittelyyn), PeVL 38/2001vp; ja PeVL 13/2002vp (Valtioneuvoston kirjelmä ehdotuksesta neuvoston säädöksen antamiseksi Euroopan poliisiviraston perustamisesta tehdyn yleissopimuksen muuttamiseksi (Europol-yleissopimus)).

- (i) Sopimukseen perustuvalla toimielimellä voidaan antaa ainoastaan toimivaltaa mukauttaa sopimusta mutta ei muuttaa sitä.
- (ii) Sallittujen mukautusten tulee olla asialliselta merkitykseltään sellaisia, että ne eivät vaikuta itse sopimuksen luonteeseen, eivätkä toisaalta koske asioita, jotka perustuslain mukaan edellyttävät eduskunnan myötävaikutusta.

Lisäksi seuraavilla kriteereillä, jotka edellä jo selostetuilla tavoilla voivat yleisemminkin saada merkitystä täysivaltaisuusarvioinnissa, on ollut tapauksesta riippuen ainakin jonkinasteinen merkitys käsillä olevien sopimusjärjestelyjen valtiosääntöoikeudellisessa arvioinnissa.

- (iii) Onko kansainvälisen toimielimen toimivalta mukauttaa sopimusta sidottu yksimielisyysvaatimukseen?
- (iv) Onko kansainvälisen elimen toimivalta tarkasti ja yksityiskohtaisesti määritelty (ja koskee asioita, joiden vaikutus ei ulotu sopimuksen perusluonteeseen tai -tavoitteisiin eikä kansainvälisen järjestön ja sopijavaltioiden väliseen toimivallan jakoon)?
- (v) Ovatko määräenemmistöllä muutettavissa olevat sopimusmääräykset valtion täysivaltaisuuden kannalta merkitykseltään vähäisiä ja siten koskevat esimerkiksi teknisiä kysymyksiä?
- (vi) Onko asialla EU-kytkentä tai peräti EY-kytkentä?

Käytännössä edellä selostettuihin kriteereihin sisältyy tilanteesta riippuen varsin paljonkin tulkinnanvaraisuutta. Ei ole välttämättä aina kovinkaan yksiselitteinen asia esimerkiksi se, ovatko ”sallitut mukautukset” asialliselta merkitykseltään sellaisia, että ne eivät vaikuta itse sopimuksen luonteeseen. Samaa voidaan sanoa siitä, onko sopimuksella perustetulle toimielimelle kaavailtu toimivalta luonteeltaan sopimusta ”mukauttavaa” vai ”muuttavaa”. Näihin tulkinnanvaraisuuksiin ei ole kuitenkaan esitettävissä mitään yleispätevää ratkaisua, vaan kysymyksiin on mahdollista ottaa kantaa vasta kunkin asian erityispiirteiden valossa.

Varsin edustava esimerkki edellä esitetyistä kriteereistä ja niiden merkityksestä on edellä jo muilta osin selostettu perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä Euroopan unionista tehdyn sopimuksen sekä Euroopan yhteisöjen perustamissopimusten ja niihin liittyvien tiettyjen asiakirjojen muuttamisesta tehdyn Nizzan sopimuksen lainsäädännön alaan kuuluvien määräysten voimaansaattamisesta.⁷⁶

Euroopan yhteisön perustamissopimus (ja vastaavasti Euroopan atomienergiayhteisön perustamissopimus ja Euroopan hiili- ja teräsyhteisön perustamissopimus) sisälsivät useita artikloja, joiden nojalla neu-

⁷⁶ PeVL 38/2001vp.

vosto sai toimivallan päättää muutoksista, jotka vaikuttavat Nizzan sopimuksella muutettujen perustamissopimusten sisältöön tai niiden mukaisesti institutionaalisiin järjestelyihin. Neuvoston päättämien muutosten voimaantulo ei vaadi enää erillisiä valtiosisäisiä hyväksymis- ja voimaansaattamismenettelyjä jäsenvaltioissa.

Perustuslakivaliokunta kiinnitti ensinnäkin huomiota siihen, minkä luontoisia asioita neuvoston toimivalta koskisi. Valiokunta totesi, että neuvosto voisi muuttaa esimerkiksi EY-tuomioistuimen organisaatiota ja asian käsittelytapaa, sekä eräiltä osin Euroopan investointipankin perussäännön erinäisiä artikloja. Valiokunta painotti, että neuvoston päätöksentekoa koski kaikissa tilanteissa yksimielisyyden vaatimus.

Seuraavaksi valiokunta muistutti tarkastelleensa aiemmin jo useita kertoja vastaavanlaisia sopimusehdotuksia täysivaltaisuuden kannalta. Valiokunnan mukaan sen aikaisemmista kannanotoista oli tehtävissä ”se yleinen päätelmä, että sopimukseen perustuvalla toimielimelle voidaan antaa toimivaltaa mukauttaa sopimusta mutta ei muuttaa sitä. Sallittujen mukautusten tulee olla asialliselta merkitykseltään sellaisia, että ne eivät vaikuta itse sopimuksen luonteeseen eivätkä toisaalta koske asioita, jotka perustuslain mukaan edellyttävät eduskunnan myötävaikutusta.”

Näiden yleisten tulkintalinjausten ohella valiokunta antoi ”suurta painoa sille, että kysymys on Euroopan yhteisöjen perustamissopimuksista. EY on jäsenvaltioiden yhteistyön kiinteyden ja laajuuden perusteella erityisasemassa nykyisten kansainvälisten järjestelyjen joukossa”. Lausumasta tulee siten esiin ajatus EY-asioiden erityisluonteesta EU-asioiden joukossa – näkökohta, johon tukeutumisesta täysivaltaisuusarvioinnissa olen jo edellä kritisoinut valiokuntaa. Valiokunta muistutti myös siitä, että unionissa oli jo pitkään tunnustettu tarve kehittää unionin sopimusrakennelmia ja sopimusten muutosmekanismeja. Valiokunnan mielestä neuvostolle kaavailtu muutosvalta olikin ”nykytilanteessa käyttökelpoinen keino”.

Näistä lähtökohdista valiokunta palasi uudestaan tarkastelemaan käsillä olleita sopimusjärjestelyjä. Valiokunnan mukaan perustuslain täysivaltaisuussäännösten kannalta oli ”keskeisintä, että kaikista tarkoitettuista muutoksista päätetään yksimielisesti neuvostossa”. Neuvoston päätösvalta koski myös tarkasti ja yksityiskohtaisesti määriteltyjä asioita, jotka kohdistuivat eri tavoin toimielimiin tai niiden välisiin suhteisiin, so. institutionaalisiin seikkoihin, joiden kehittämistä valiokunta on yleensäkin pitänyt vain vähäisessä määrin merkityksellisenä täysivaltaisuuden kannalta. Valiokunta korosti, että neuvoston päätöksin ei voitaisi laajentaa EY:n toimivaltaa ja että neuvoston päätösvalta ei ulottuisi EY:n perustamissopimuksen perusluonteeseen tai -tavoitteisiin.

Lopputuloksena oli, että neuvoston muuttamisvalta ei ollut valiokunnan mielestä ristiriidassa perustuslain täysivaltaisuussäännösten kanssa, eikä siten vaikuttanut Nizzan sopimuksen hyväksymiseen ja voimaansaattamislakiehdotuksen käsittelyjärjestykseen.

Asian EU- tai edes EY-kytkentä ei kuitenkaan oikeuta katsoa mitä tahansa sopimuksella perustetun toimielimen sopimuksen muutosvaltaa ongelmattomaksi täysivaltaisuuden kannalta. Tämä tulee esiin perustuslakivaliokunnan lausunnosta valtioneuvoston kirjelmästä ehdotuksesta, joka koski neuvoston säädöksen antamista Euroopan poliisiviraston perustamisesta tehdyn yleissopimuksen muuttamiseksi (*Europol*-yleissopimus).⁷⁷ Lausunto on samalla yksi niistä hyvin harvoista uuden perustuslain voimassaolon aikana annetuista perustuslakivaliokunnan lausunnoista, joissa valiokunta on katsonut sopimusjärjestelyn ongelmalliseksi perustuslain täysivaltaisuus-säännösten kannalta.⁷⁸

Europol-yleissopimus perustuu Euroopan unionista tehdyn sopimuksen 34 artiklan 2 kohdan d alakohtaan. Sen mukaan neuvosto voi unionisopimuksen VI osastossa tarkoitettua yhteistyötä varten tehdä yleissopimuksia, joita se suosittaa jäsenvaltioiden hyväksyttäväksi kunkin jäsenvaltion valtiosäännön asettamien vaatimusten mukaisesti. *Europol*-yleissopimuksen muuttamismenettelystä määrätään sopimuksen 43 artiklassa, jonka 1 kohdan mukaan neuvosto antaa sopimuksen muutokset yksimielisesti ja suosittaa jäsenvaltioille muutosten hyväksymistä niiden valtiosääntöjen asettamien vaatimusten mukaisesti.

Käsillä olleessa aloitteessa ehdotettiin *Europol*-yleissopimuksen muuttamismenettelyn yksinkertaistamista siten, että muutokset olisi voitu tehdä neuvoston yksimielisellä päätöksellä ilman erillisiä valtiosääntöisiä ratifioimis- ja voimaansaattamismenettelyjä jäsenvaltioissa. Lisäksi aloitteessa ehdotettiin EY:n tuomioistuimen toimivaltaa laajennettavaksi siten, että tuomioistuimella olisi jatkossa toimivaltaa antaa ennakkoratkaisuja kansallisille tuomioistuimille neuvoston päätöksillä tehtyjen sopimusmuutosten pätevydestä ja tulkinnasta.

Perustuslakivaliokunta totesi aluksi aikaisempaan käytäntöön⁷⁹ viittaten, että *Europol*-yleissopimus sisälsi lainsäädännön alaan kuuluvia määräyksiä, mistä syystä sen muuttamismenettelyä koskevia muutos ehdotuksia olisi arvioitava valtion täysivaltaisuutta ja sopimuksentekovaltaa koskevien perustuslain säännösten kannalta. Valiokunta viittasi myös lausuntoonsa Nizzan sopimuksesta, jossa valiokunta oli kootusti tuonut esiin niitä näkökohtia, joiden valossa käsillä olevaa aloitetta pitäisi valtiosääntöoikeudellisesti arvioida perustuslain täysivaltaisuus-säännösten kannalta. Kun näitä lähtökohtia on jo selostettu edellä, viittaan tässä edellä Nizzan sopimuksen tarkastelun yhteydessä esittämäni.

Näistä lähtökohdista valiokunta totesi, että aloitteessa oli kysymys unionisopimuksen 34 artiklassa mainittuihin instrumentteihin kuuluvan

⁷⁷ PeVL 13/2002vp.

⁷⁸ Ks. myös PeVL 28/2002vp.

⁷⁹ PeVL 28/1997vp, PeVL 33/2001vp.

sopimuksen muuttamistoimivallan siirtämisestä Euroopan unionille. Valiokunta muistutti siitä, että se oli Nizzan sopimusta koskeneessa lausunnossaan unionin perustamissopimusten muuttamisen menettelystä antanut ”painoa sille, että unioni on jäsenvaltioiden yhteistyön kiinteyden ja laajuuden perusteella erityisasemassa nykyisten kansainvälisten järjestelyjen joukossa”.⁸⁰ Samoin valiokunta huomautti pitäneensä täysivaltaisuuden kannalta ”keskeisenä, että unionin neuvosto päättää sopimusmuutoksista yksimielisesti”. Lopuksi valiokunta muistutti siitä, että päätösvalvan pitäisi rajautua tarkasti ja yksityiskohtaisesti määriteltäviin institutionaalisiin kysymyksiin. Sopimuksen muuttamista tarkoittava päätösvalta ei siten saisi ulottua sopimuksen perusluonteeseen tai -tavoitteisiin, vaan sen pitäisi rajoittua ”voimassa olevan sopimuksen puitteisiin”.

Valiokunnan mielestä aloite ei täyttänyt kaikkia näitä edellytyksiä. Valiokunnan mukaan ehdotettu muuttamisen menettely koski ”koko yleissopimusta ja siten myös lainsäädännön alaan kuuluvia kaikkia sopimusmääräyksiä”. Valiokunnan mukaan ”näin avoin ja laaja kansainvälisen sopimuksen muutosvallan siirtäminen Euroopan unionille ylittää perustuslakivaliokunnan kannanotoista ilmenevät rajoitukset tällaiselle järjestelylle”. Ehdotus ei siten ollut sopusoinnussa valtion täysivaltaisuutta ja sopimuksentekovoimaa koskevien perustuslain säännösten kanssa.

4.2 Täysivaltaisuusnäkökohtien suhde muihin perustuslain säännöksiin ja erityisesti perusoikeuksiin kansainvälisten velvoitteiden tai EU-asioiden valtiosääntöoikeudellisessä arvioinnissa

Vanhan hallitusmuodon aikana täysivaltaisuusarviointi sai usein yksinomaisen tai ainakin keskeisen merkityksen kansainvälisten velvoitteiden valtiosääntöoikeudellisessä arvioinnissa – asia, joka kertonee osaltaan siitä, että täysivaltaisuusajattelu oli aikaisemmin hyvin keskeisessä asemassa yleensäkin suomalaisessa valtiosääntöoikeudessa.

Kansainvälisten velvoitteiden valtiosääntöoikeudellisen arvioinnin perusteet alkoivat kuitenkin vähitellen ”monipuolistua” jo vanhan hallitusmuodon voimassaolon viimeisinä vuosina.⁸¹ Siten täysivaltaisuusnäkökul-

⁸⁰ Tältä osin valiokunta ei täsmällisesti siteerannut Nizzan sopimuksesta antamaansa lausuntoa. Siinä valiokunta oli erikseen korostanut nimenomaan Euroopan yhteisön perustamissopimuksen ja yleisemmin EY:n erityisluonnetta kansainvälisten järjestelyjen joukossa: ”Tämän yleisen tulkintalinjan pohjalta on valiokunnan mielestä tässä tapauksessa annettava suurta painoa sille, että kysymys on Euroopan yhteisöjen perustamissopimuksista. EY on jäsenvaltioiden yhteistyön kiinteyden ja laajuuden perusteella erityisasemassa nykyisten kansainvälisten järjestelyjen joukossa.” PeVL 38/2001 vp.

⁸¹ Ks. erit. PeVL 28/1997 vp, jossa perustuslakivaliokunta tarkasteli yleissopimusta täysivaltaisuus- ja vallanjakonäkökohtien rinnalla myös perusoikeuksien turvaamisen seikkojen valossa.

man rinnalla merkitystä alkoivat saada esimerkiksi näkökohdat siitä, miten tietty kansainvälinen velvoite vaikutti suomalaisten valtioelinten keskinäisiin valtasuhteisiin. Yleisesti ottaen kansainvälisten velvoitteiden valtiosääntöoikeudellisessa arvioinnissa näyttävät kuitenkin olleen tavalla tai toisella hallitsevassa asemassa institutionaalisiksi ja vallanjaollisiksi luonnehdittavat näkökohdat aina uuden perustuslain voimaantulon ”kynnykselle” saakka.

Vuoden 1995 perusoikeusuudistus ja sen mukaan tuoma suomalaisen perus- ja ihmisoikeuskulttuurin murros on kuitenkin johtanut valta- ja instituutiokeskeisen näkökulman murtumiseen myös kansainvälisten velvoitteiden valtiosääntöoikeudellisessa arvioinnissa. Etenkin perustuslakivaliokunnan uuden perustuslain voimassaolon aikana syntyneen käytännön valossa on selvää, että kansainvälisten velvoitteiden ja EU-säädösten valtiosääntöoikeudellisessa arvioinnissa täysivaltaisuus- ja valtioelinten valanjakoa koskevilla näkökohdilla ei enää ole yksinomaista tai edes välttämättä hallitsevaa roolia. Niiden rinnalla ja käytännössä usein sijaankin merkitystä saavat erityisesti perusoikeus- ja ihmisoikeusnäkökohdat. Yhä useammin valtiosääntöoikeudellisen arvioinnin lopputuloksena on, että siinä missä tietty EU-säädösehdotus tai kansainvälinen sopimus on ongelmaton täysivaltaisuuden näkökulmasta, se samalla on kuitenkin ongelmallinen perus- ja ihmisoikeuksien kannalta.⁸²

Tässä suhteessa valtiosääntöinen kehityssuuntaus Suomessa näyttäisi menevän muualla Euroopassa havaittavissa olevan kehityksen ”vastavirtaan”. Muualla Euroopassa integraation perustavimpia rajoituksia näytettäisiin johdettavan nimenomaan tavalla tai toisella täysivaltaisuuteen viime kädessä ankkuroituvista perusteista. Esimerkiksi Saksassa on tehty täysin päinvastainen havainto täysivaltaisuus- ja perusoikeusnäkökohtien merkityksestä ja keskinäissuhteesta EU-asioiden arvioinnissa (Saksan) valtiosääntöoikeuden näkökulmasta.⁸³

Perusoikeusnäkökohtien kasvanut merkitys kansainvälisten velvoitteiden ja varsinkin EU-säädösehdotusten arvioinnissa voi osaltaan kertoa ”jotain” perus- ja ihmisoikeuskulttuurin nykytilasta Suomessa. Kenties se on oire siitä, että valtiosääntömme kahden perusosan, yhtäältä perus- ja ihmisoikeuksien ja toisaalta valtioelinten toimivaltuuksista ja keskinäissuhteista sekä yleensä valtakysymyksistä säätävän normiston, keskinäissuhde hahmotetaan nykyään perusteiltaan toisin kuin vielä muutama vuosi sit-

⁸² Ks. perusoikeuksien vaikutuksista EU-säädösehdotusten kansallisessa valmistelussa ja toimeenpanossa Ojanen, s. 1160–1162.

⁸³ Kokott, s. 81.

ten.⁸⁴ Siinä missä valta- ja valtioelinvoittoiset painotukset olivat aikaisemmin (yli)korostuneessa asemassa niin valtiosääntökäytännössä kuin -tutkimuksessakin, perus- ja ihmisoikeusasiat ovat nykyään yhä enemmän etusijalla suomalaisessa valtiosääntöoikeudessa, valtiosääntökäytäntö mukaan lukien.

Perusoikeus- ja ihmisoikeusnäkökohtien kasvanut merkitys kansainvälisten velvoitteiden ja EU-asioiden valtiosääntöoikeudellisessa arvioinnissa kertoo myös siitä, että kansainvälisillä sopimuksilla ja EU-säädösehdotuksilla on yhä useammin vahvoja ja välittömiä kytkentöjä perus- ja ihmisoikeuksiin. Yksi suurimpia syitä EU-säädösehdotusten ”perusoikeuslatautuneisuuteen” on ollut EU:n III-pilarin alaisen rikosoikeudellisen ja poliisiasioden yhteistyön käynnistyminen toden teolla viimeistään Tampereen huippukokouksesta vuodesta 1999 alkaen. Lisäksi New Yorkin tapahtumat 11. päivänä syyskuuta 2001 sekä yleensäkin ns. terrorismin vastainen sekä järjestäytyneen kansainvälisen rikollisuuden vastainen taistelu ovat entisestään kiihdyttäneet perus- ja ihmisoikeusherkkää norminantoa niin EU:ssa kuin kansainvälisellä tasolla.

On kuitenkin korostettava, että yhtäältä täysivaltaisuusarviointi ja toisaalta perusoikeus- ja ihmisoikeusnäkökohdat eivät ole toisiaan poissulkevia. Ensinnäkin EU-oikeuden soveltamishistorian valossa voisi väittää, että toisinaan *prima facie* perusoikeusargumentaation muodossa oleva valtiosääntöinen tarkastelu sisältää täysivaltaisuusnäkökulman – ja *vice versa*. Esimerkiksi Saksan valtiosääntötuomioistuimen vastarinta EU-oikeuden etusijaa vastaan klassisesta *Solange I* -ratkaisusta alkaen ei välttämättä perustunut vain huoleen perusoikeuksista, vaikka valtiosääntötuomioistuimen argumentaatio etenikin pääosin perusoikeuskysymyksissä. Kun valtiosääntötuomioistuin päätti pidättää itsellään toimivallan arvioida Saksan perustuslain perusoikeussäännösten valossa EU-oikeuden pätevyyttä, se samalla tuli tehneeksi jotain sellaista, joka oli huomionarvoista Saksan täysivaltaisuuden näkökulmasta. Itse asiassa monen mielestä Saksan valtiosääntötuomioistuimen vastarinnassa ei sittenkään ollut ”viimeisellä rannalla” kysymys perusoikeuksista. Kysymys oli sitä vastoin *kompetenssikompetenssista*: ke-

⁸⁴ Ks. perusoikeuksien ja vallanjaon sekä myös demokratian välisestä keskustelusta Husa, s. 4–25; Lämsineva, s. 274–285 ja Tuori, s. 915–943. Perusoikeuksien ja vallanjakoa koskevien kysymysten eriyttäminen toisistaan on ollut erityisen leimallista EU-jäsenyyden valtiosääntöisiä vaikutuksia koskevassa suomalaisessa valtiosääntötutkimuksessa, jossa Euroopan unionin jäsenyyttä on näihin päiviin asti pidetty mielenkiintoisena lähinnä institutionaalisten ja vallanjakoa koskevien kysymysten näkökulmasta. Ks. esim. Jyränki 1996, s. 20–53 sekä Husa 2003. Vrt. Ojanen 2003, s. 1149–1168, jossa olen koettanut osoittaa, että EU:n jäsenyydellä ja kotimaisella perusoikeusjärjestelmällä on yhtä ja toista tekemistä toistensa kanssa.

nellä on viime kädessä toimivalta päättää EU-oikeuden pätevydestä. Perusoikeuksiin kytketty argumentaatio tarjosi ”vain” erityisen hyväksyttävän oloisia perusteita Saksan valtiosääntötuomioistuimelle kamppailla kompetenssi-kompetenssista EY:n tuomioistuimen kanssa.⁸⁵

Tärkeintä on kuitenkin huomata, että perusoikeus- ja ihmisoikeusnäkökohdat sekä vallanjaolliset ja institutionaaliset seikat voivat aidosti saada samaan aikaan merkitystä kansainvälisen velvoitteen tai EU-säädösehdotuksen valtiosääntöoikeudellisessa arvioinnissa.

Yksi esimerkki täysivaltaisuus- ja perusoikeusnäkökohtien samanaikaisesta merkityksestä EU-säädösehdotuksen valtiosääntöoikeudellisessa arvioinnissa on perustuslakivaliokunnan lausunto valtioneuvoston kirjelmästä ehdotuksesta yleissopimukseksi huumausaineiden laittoman kaupan torjumisesta tullihallintojen toimesta aavalla merellä.⁸⁶ Lausunto myös havainnollistaa jälleen kerran asian EU-kytkennän vaikutusta täysivaltaisuusäännösten tulkintaan.

Käsillä ollut ehdotus perustui Euroopan unionista tehdyn sopimuksen 34 artiklan 2 kohdan d alakohtaan, joka sisältyy sopimuksen VI osastossa oleviin määräyksiin poliisiyhteistyöstä ja oikeudellisesta yhteistyöstä rikosasioissa. Sen mukaan neuvosto voi jäsenvaltion tai komission aloitteesta yksimielisesti tehdä yleissopimuksia, joiden hyväksymistä se suosittaa jäsenvaltioille kunkin jäsenvaltion valtiosäännön asettamien vaatimusten mukaisesti.

Ehdotuksen pääasiallisena tavoitteena oli tehostaa Euroopan unionin tullihallintojen yhteistyötä huumausaineiden ja psykotrooppisten aineiden laittoman kaupan torjunnassa. Tarkoitus oli laajentaa jäsenvaltioiden toimivaltaisten viranomaisten mahdollisuuksia kohdistaa aavalla merellä valvontatoimia jäsenvaltion lipun alla purjehtivaan alukseen ilman lippuvaltion ennalta antamaa lupaa. Yleissopimus sisältää määräyksiä mm. kriminalisointivelvoitteista, edustamisoikeuden myöntämisestä, valvontatoimiin liittyvistä takuista ja tuomiovallasta luopumisesta.

Perustuslakivaliokunta katsoi lausunnossaan, että ehdotus oli merkityksellinen yksilön perusoikeuksia ja valtion täysivaltaisuutta koskevien perustuslain säännösten kannalta siltä osin kuin siihen sisältyi ehdotuksia edustamisoikeudesta. Sen perusteella jäsenvaltion tulliviranomaisen alukset ja ilma-alukset voisivat ilman ennakkolupaa kohdistaa toisen jäsenvaltion aluksiin toimia, jos on perusteltua aihetta epäillä, että on tehty jokin 3 artiklassa tarkoitettu rikos. Edustamisoikeutta käytävillä viranomaisilla olisi oikeus pysäyttää alus ja nousta siihen, kuulustella aluksella olevia henkilöitä sekä tarkastaa asiakirjoja ja alus. Jos epäilyt tulevat vahvistetuiksi, viranomaisilla on oikeus takavarikoida

⁸⁵ Ks. Saksan valtiosääntötuomioistuimen käytännöstä suhteessa EY/EU-oikeuteen Kokott, s. 77–131.

⁸⁶ PeVL 44/2002vp.

huumausaineet, pidättää syyllisiksi epäillyt ja ohjata alus satamaan. Valiokunta myös katsoi, että edustamisoikeuteen näytti sisältyvän valtuus voiman käyttöön.

Edustamisoikeuden valtiosääntöoikeudellisessa arvioinnissa täysivaltaisuuden kannalta valiokunta viittasi ensin lähtökohtana perustuslain 1 §:n 3 momentin säännökseen Suomen osallistumisesta kansainväliseen yhteistyöhön. Tähän liittyen valiokunta muistutti siitä perustuslain esitöissä todetusta seikasta, että ”täysivaltaisuussäännöstä on tarkasteltava Suomen kansainvälisten velvoitteiden valossa ja erityisesti ottaen huomioon Suomen jäsenyys Euroopan unionissa”. Valiokunta myös totesi jo aiemmin lähteneensä perustuslain esitöiden pohjalta käytännössään siitä, että ”sellaiset kansainväliset velvoitteet, jotka ovat tavanomaisia nykyaikaisessa kansainvälisessä yhteistoiminnassa ja jotka vain vähäisessä määrin vaikuttavat valtion täysivaltaisuuteen, eivät ole sellaisenaan ristiriidassa perustuslain säännösten kanssa”.

Valiokunta siirtyi seuraavaksi tarkastelemaan sopimusehdotusta. Se ensinnäkin totesi, että ehdotuksessa oli kysymys nykyaikana tavanomaisena pidettävästä kansainvälisestä yhteistoiminnasta, koska huumausaineiden ja psykotrooppisten aineiden laitton kauppa on valtioiden rajat ylittävää toimintaa. Siksi sen torjumiseksi vaaditaan valtioiden kansainvälistä yhteistyötä, johon valiokunta huomautti Suomen myös jo sitoutuneen huumausaineiden ja psykotrooppisten aineiden laitonta kauppaa koskevassa YK:n yleissopimuksessa.

Sopimusehdotuksen merkitsemälle tullihallintojen yhteistyön tehostamiselle oli myös valiokunnan mielestä hyväksyttävät ja painavat perusteet, koska huumausaineiden ja psykotrooppisten aineiden laitton kauppa on uhka ihmisten terveydelle.

Lopuksi valiokunnan lausuntoon sisältyy uudelleen viittaus ehdotuksen EU-kytkentään, joka jo edellä mainittujen seikkojen oikeuttaisi johtopäätöksen, jonka mukaan ehdotettu sopimus ei olisi ongelmallinen perustuslain täysivaltaisuussäännösten näkökulmasta: ”*Kun kysymys lisäksi on Euroopan unionin jäsenvaltioiden yhteistoiminnasta, jossa toimivaltuuksia voidaan käyttää vain aavalla merellä, vaikuttaa sopimusehdotus valiokunnan mielestä vain vähäisessä määrin valtion täysivaltaisuuteen. Sopimusehdotus ei tältä osin ole ristiriidassa perustuslain säännösten kanssa valtion täysivaltaisuudesta.*” (kursivointi TO)

Heti perään valiokunta kuitenkin korosti tarvetta arvioida ehdotusta perusoikeusnäkökulmasta: ”Sopimusjärjestelyn on kuitenkin täytettävä myös muut perustuslaista, erityisesti sen perusoikeussäännöksistä johtuvat vaatimukset.” Tästä näkökulmasta valiokunta esittikin useita kriittisiä huomautuksia sopimusehdotuksesta. Niiden yksityiskohtaisempi tarkastelu ei ole kuitenkaan tarpeellista tässä, koska äskeisen ainoana tarkoituksena oli havainnollistaa täysivaltaisuus- ja perusoikeusnäkökohtien kykyä saada samanaikaisesti merkitystä jonkin kansainvälisen velvoitteen tai EU-säädös- tms. ehdotuksen valtiosääntöoikeudellisessa arvioinnissa.

5 LOPPUSANAT

Suomi on ollut itsenäinen vasta vajaat sata vuotta. Tätä taustaa vasten on kenties erityisen ymmärrettävää, että Suomen perustuslain aivan ensimmäinen lause on muodostunut nimenomaan täysivaltaisuussäännöksestä, että täysivaltaisuusarviointi on ollut aina näihin vuosiin saakka tiukkaa ja että täysivaltaisuusajattelulla sekä ylipäätään vallanjaollisilla ja instituutio-naalisilla näkökohdilla on ollut pitkään keskeinen sija suomalaisessa valtiosääntöoikeudellisessa ajattelussa. Nuoressa tasavallassa on varmaan ollut pakkokin kiinnittää korostettua huomiota täysivaltaisuuteen, valtioeliimiin ja muihin valta- ja valtiopainotteisiin kysymyksiin.

Suomen valtiosääntöoikeudessa on kuitenkin tultu olennaisesti uuteen tilanteeseen etenkin ihmisoikeussopimusten, perusoikeusuudistuksen, Euroopan integraation ja kansainvälistymisen myötä viimeisten parin vuosikymmenen aikana. Tähän liittyen valtiosääntöinen täysivaltaisuusajattelu on varsin perinpohjaisesti muuttunut tavalla, jota olen edellä koettanut eritellä ja systematisoida.

Yksi keskeisimmistä johtopäätöksistä kaikesta edellä esitetystä voisi olla kahtalainen: Yhtäältä täysivaltaisuusajattelulla on vielä merkitystä suomalaisessa valtiosääntöoikeudessa ja täysivaltaisuusnäkökulmalla on edelleen oma paikkansa EU-asioiden ja kansainvälisten velvoitteiden valtiosääntöisessä arvioinnissa. Erityisesti sisäisestä suvereniteetista pyritään edelleen pitämään kiinni. Tämä tulee hyvin esiin niistä perustuslakivaliokunnan lausunnoista, joissa tuodaan esiin valtiosääntöoikeudellisia edellytyksiä ja reunaehtoja, joiden mukaan esimerkiksi toisten EU:n jäsenvaltioiden viranomaisten mahdollisuus käyttää julkista valtaa Suomessa pitää määräytyä täysivaltaisuuden näkökulmasta. Samoin esimerkiksi uuden ulkomaalaislain eduskuntakäsittelyn aikana tuli hyvin esiin, että Suomessa halutaan edelleen pitää tiukasti kiinni valtiosuvereniteettiä perinteisesti kuuluneesta vallasta päättää siitä, kuka saa tulla maahan ja millä edellytyksillä.⁸⁷

Toisaalta täysivaltaisuusajattelun merkitys on kuitenkin huomattavasti vähentynyt siitä, mitä se oli vielä kymmenisen vuotta sitten, aikaisemmista ajoista puhumattakaan. Osin kysymys on yleisemmästä kehityssuuntauksesta suomalaisessa valtiosääntöoikeudessa, jossa valta- ja instituutiovoittoisilla painoituksilla ei enää ole niin hallitsevaa asemaa kuin aikaisemmin. Tästä on nykyään yhtenä osoituksena juuri EU-asioiden ja kan-

⁸⁷ Ks. esim. PeVL 4/2004vp (Hallituksen esitys ulkomaalaislaiksi ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi sekä hallituksen esitys tämän esityksen täydentämisestä).

sainvälisten velvoitteiden valtiosääntöoikeudellinen arviointi, jota perus- ja ihmisoikeusnäkökulma yhä enemmän suuntaa ja määrittää. Tässä mielessä voisi kenties myös sanoa, että EU-asioiden ja kansainvälisten velvoitteiden arviointi – kuten ylipäätään suomalainen valtiosääntöoikeus – on viime vuosina kehittynyt ”ihmisläheisemmäksi ja -lähtoisemmäksi”. Valtiosääntöoikeudessa ei ole muutoinkaan enää niin leimallisesti kysymys ”valtiollisista asioista”, vaan enenevässä määrin nimenomaan ”ihmisten asioista”.

”Ei tehrä tästä ny numeroo”, hämäläinen voisi kiteyttäen todeta täysivaltaisuuden asemasta ja roolista nykyaikaisessa suomalaisessa valtiosääntöajattelussa ja -käytännössä. (Tosin hämäläinen kuulemma sanoo näin, tulipa kohdalle sitten onnenpotku tai kuolema...)

LÄHTEET

Perustuslakivaliokunnan mietinnöt

PeVM 10/1998vp (Hallituksen esitys uudeksi Suomen Hallitusmuodoksi)

Perustuslakivaliokunnan lausunnot

Hallitusmuodon voimassaolon aikana

PeVL 14/1994vp (Hallituksen esitys Suomen liittymisestä Euroopan unioniin tehdyn sopimuksen eräiden määräysten hyväksymisestä)

PeVL 28/1997vp (Hallituksen esitys Euroopan poliisiviraston perustamisesta tehdyn yleissopimuksen ja siihen liittyvän pöytäkirjan eräiden määräysten hyväksymisestä sekä laiksi tullilain 26 §:n muuttamisesta)

PeVL 13/1998vp (Hallituksen esitys Suomen liittymisestä tarkastusten asteittaista lakkauttamista yhteisillä rajoilla koskeviin Schengenin sopimukseen tehdyn pöytäkirjan ja sopimuksen sekä yhteistyöstä henkilöiden tarkastusten lakkauttamiseksi yhteisillä rajoilla Islannin ja Norjan kanssa tehdyn sopimuksen eräiden määräysten hyväksymisestä sekä niihin liittyviksi laeiksi)

PeVL 23/1998vp (Hallituksen esitys laiksi ulkomaalaislain muuttamisesta)

Suomen perustuslain (731/1999) voimassaolon aikana

PeVL 11/2000vp (Hallituksen esitys Euroopan unionin ydinaseettomien jäsenvaltioiden, Euroopan atomienergiayhteisön ja Kansainvälisen atomienergiajärjestön välisen ydinaseiden leviämisen estämistä koskevan sopimuksen III artiklan 1 ja 4 kohdan täytäntöönpanosta tehtyyn sopimukseen liittyvän lisäpöytäkirjan eräiden määräysten hyväksymisestä sekä laiksi ydinenergialain muuttamisesta)

PeVL 12/2000vp (Hallituksen esitys laiksi merilain 9 luvun muuttamisesta sekä merioikeudellisia vaateita koskevan vastuun rajoittamisesta tehdyn vuoden 1976 yleissopi-

- muksen muuttamisesta tehdyn vuoden 1996 pöytäkirjan eräiden määräysten hyväksymisestä)
- PeVL 45/2000vp (Hallituksen esitys Kansainvälisen rikostuomioistuimen perussäännön hyväksymisestä sekä laiksi sen lainsäädännön alaan kuuluvien määräysten voimaansaattamisesta ja rikoslain muuttamisesta).
- PeVL 3/2001vp (Valtioneuvoston selvitys ehdotuksesta Schengenin yleissopimuksen rajat ylittävää tarkkailua koskevan 40 artiklan soveltamisalan laajentamiseksi)
- PeVL 6/2001vp (Hallituksen esitys hajallaan olevien kalakantojen ja laajasti vaeltavien kalakantojen säilyttämistä ja hoitoa koskevien 10 päivänä joulukuuta 1982 tehdyn Yhdistyneiden Kansakuntien merioikeusyleissopimuksen määräysten täytäntöönpanosta tehdyn sopimuksen hyväksymisestä ja laiksi sen lainsäädännön alaan kuuluvien määräysten voimaansaattamisesta sekä laiksi Euroopan yhteisen yhteisen kalastuspolitiikan täytäntöönpanosta annetun lain muuttamisesta)
- PeVL 31/2001vp (Hallituksen esitys Afrikan, Karibian ja Tyynenmeren valtioiden ryhmän sekä Euroopan yhteisön ja sen jäsenvaltioiden välisen kumppanuussopimuksen sekä Euroopan yhteisön jäsenvaltioiden tämän sopimuksen johdosta tekemän sisäisen rahoitus sopimuksen hyväksymisestä sekä laiksi kumppanuussopimuksen lainsäädännön alaan kuuluvien määräysten voimaansaattamisesta)
- PeVL 33/2001vp (Valtioneuvoston kirjelmä ehdotuksesta neuvoston päätökseksi Europolin toimeksiannon laajentamisesta Europol-yleissopimuksen liitteessä lueteltujen törkeiden kansainvälisten rikollisuuden muotojen käsittelyyn)
- PeVL 38/2001vp (Hallituksen esitys Euroopan unionista tehdyn sopimuksen sekä Euroopan yhteisöjen perustamissopimusten ja niihin liittyvien tiettyjen asiakirjojen muuttamisesta tehdyn Nizzan sopimuksen lainsäädännön alaan kuuluvien määräysten voimaansaattamisesta)
- PeVL 42/2001vp (Valtioneuvoston kirjelmä ehdotuksesta neuvoston puitepäätökseksi (eurooppalainen pidätysmääräys)
- PeVL 44/2001vp (Valtioneuvoston kirjelmä ehdotuksesta neuvoston päätökseksi Schengenin yleissopimuksen 40 artiklan 1 ja 7 kohtien muuttamisesta (Schengenin yleissopimuksen soveltamisalan laajentaminen)
- PeVL 49/2001vp (Hallituksen esitys Euroopan unionin turvallisuusalan tutkimuslaitokselle ja satelliittikeskukselle sekä niiden elimille ja niiden henkilöstölle myönnettävistä erioikeuksista ja vapauksista tehdyn neuvostossa kokoontuneiden Euroopan yhteisöjen jäsenvaltioiden hallitusten edustajien päätöksen hyväksymisestä sekä laiksi sen lainsäädännön alaan kuuluvien määräysten voimaansaattamisesta ja näiden virastojen oikeustoimikelpoisuudesta)
- PeVL 51/2001vp (Hallituksen esitys Latinalaisen Amerikan sijoitusyhtiön perustamisesta tehdyn sopimuksen hyväksymisestä ja laiksi sen lainsäädännön alaan kuuluvien määräysten voimaansaattamisesta)
- PeVL 13/2002vp (Valtioneuvoston kirjelmä ehdotuksesta neuvoston säädöksen antamiseksi Euroopan poliisiviraston perustamisesta tehdyn yleissopimuksen muuttamiseksi (Europol-yleissopimus)
- PeVL 20/2002vp (Hallituksen esitys laiksi turvallisuuden edistämistä yleisillä paikoilla koskevien säännösten uudistamiseksi)
- PeVL 28/2002vp (Valtioneuvoston selvitys komission tiedonannosta neuvostolle ja Euroopan parlamentille ”Kohti Euroopan unionin jäsenvaltioiden ulkorajojen yhdenntettyä valvontaa”)

- PeVL 44/2002vp (Valtioneuvoston kirjelmä ehdotuksesta yleissopimukseksi (huumausainneiden laittoman kaupan torjumisesta tullihallintojen toimesta aavalla merellä)
- PeVL 9/2003vp (Hallituksen esitys keskinäisestä oikeusavusta rikosasioissa Euroopan unionin jäsenvaltioiden välillä tehdyn yleissopimuksen ja keskinäistä oikeusapua rikosasioissa koskevan eurooppalaisen yleissopimuksen varauman peruuttamisen hyväksymisestä sekä niihin liittyviksi laeiksi)
- PeVL 11/2003vp (Hallituksen esitys Tshekin, Viron, Kyproksen, Latvian, Liettuan, Unkarin, Maltan, Puolan, Slovenian ja Slovakian liittymisestä Euroopan unioniin tehdyn sopimuksen hyväksymisestä sekä laeiksi sopimuksen lainsäädännön alaan kuuluvien määräysten voimaansaattamisesta ja näiden valtioiden kanssa tehtyjen Eurooppa-sopimusten voimaansaattamislakien kumoamisesta)
- PeVL 18/2003vp (Hallituksen esitys laiksi rikoksen johdosta tapahtuvasta luovuttamisesta Suomen ja muiden Euroopan unionin jäsenvaltioiden välillä sekä eräiksi siihen liittyviksi laeiksi)
- PeVL 4/2004vp (Hallituksen esitys ulkomaalaislaiksi ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi sekä hallituksen esitys tämän esityksen täydentämisestä)

Oikeuskirjallisuus

- Alter, Karen. J.: *Establishing the Supremacy of European Law*. Oxford 2001.
- Craig, Paul – de Burca, Grainne: *EU Law. Text, Cases & Materials*. Oxford 2003.
- Eriksson, Lars D.: The Disintegration of the Nation-State. *Rechtstheorie* 1993, s. 239–249.
- Eriksson, Lars D.: Vår nya grundlag – en grundlag för vår tid? *Oikeus* 2000, s. 407–413.
- Husa, Jaakko: Perusoikeudet ja vallanjako – suomalaisen perusoikeuskeskustelun sokea piste. *Oikeus* 2003, s. 4–25.
- Jyränki, Antero: Euroopan unioni ja Suomen valtiosääntö. *Oikeustiede – Jurisprudentia* XXIX:1996, s. 20–53.
- Jyränki, Antero: *Valta ja vapaus*. Helsinki 2003.
- Jääskinen, Niilo: Kolme aaltoa – miten Suomen oikeusjärjestys eurooppalaistui? *Defensor Legis* 2001, s. 603–619.
- Kokott, Juliane: Report on Germany. Teoksessa Anne-Marie Slaughter, Alec Stone Sweet ja Joseph H. H. Weiler, *The European Courts & National Courts. Doctrine and Jurisprudence*. Oxford 1998, s. 77–131.
- Koskeniemi, Martti: *From Apology to Utopia*. Helsinki 1989.
- Länsineva, Pekka: Perusoikeuskeskustelun kriittiset pisteet? *Lakimies* 2004, s. 274–285.
- MacCormick, Neil: Beyond the Sovereign State. *Modern Law Review* 1993, s. 1–18.
- MacCormick, Neil: *Questioning Sovereignty: Law, State and Nation in the European Commonwealth*. Oxford 1999.
- Ojanen, Tuomas: EY:n oikeuden perusvaikutustavat jäsenvaltioiden tuomioistuinten toiminnassa. *Oikeustiede – Jurisprudentia* XXXII:1999, s. 219–295.
- Ojanen, Tuomas: Euroopan unioni ja kotimainen perusoikeusjärjestelmä. *Lakimies* 2003, s. 1149–1168.
- Ojanen, Tuomas: The Impact of EU Membership on Finnish Constitutional Law. *European Public Law* 2004, s. 531–563.
- Rosas Allan: Suvereenisuuden kuolema. Teoksessa P. Länsineva ja V.-P. Viljanen (toim.): *Juhlajulkaisu Antero Jyränki 1933–9/8–1993*. Turku 1993, s. 169–182.

- Salminen, Janne: Täysivaltaisuuden rajoituksesta täysivaltaisuuden käyttöön – havaintoja valtiosisäisen valtiosääntöisen täysivaltaisuuskäsityksen muutoksesta. Alustuspaperi valtakunnallisilla jatkokoulutuspäivillä Turussa 19.–20.9.2004.
- Saraviita, Ilkka: *Kansainvälisen järjestön perussäännön hyväksyminen ja voimaansaattaminen Suomessa*. Vammala 1973.
- Saraviita, Ilkka: *YYA-sopimus*. Helsinki 1989.
- Saraviita, Ilkka: *Perustuslaki 2000*. Jyväskylä 2000.
- Scheinin, Martin: Suomen valtiosäännön peruseriaatteen (PL 1 §). Teoksessa Pekka Hallberg et al., *Perusoikeudet*, Juva 1999, s. 223–229.
- Suksi, Markku: *Finlands statsrätt*. Åbo 2002.
- Tiilikainen, Teija: Suomen ulkopoliittinen johtamisjärjestelmä perustuslain mukaan. Arvio järjestelmän toimivuudesta. *Perustuslakiuudistukseen liittyviä selvityksiä. Perustuslain seurantatyöryhmän mietinnön liite*, Työryhmämietinto 2002:8, s. 1–14.
- Tuori, Kaarlo: Tuomarivaltio – uhka vai myytti, *Lakimies* 2003, s. 915–943.
- Viljanen, Veli-Pekka: Eurooppalaistuminen valtiolinten välisissä suhteissa, *Lakimies* 2003, s. 1169–1183.

Tuomas Ojanen

”FINLAND IS A SOVEREIGN REPUBLIC” – THE INTERPRETATION OF SOVEREIGNTY IN THE ERA OF THE NEW CONSTITUTION OF FINLAND

The new Constitution of Finland (Finnish: Suomen Perustuslaki, Act No 731 of 1999) entered into force on 1 March 2000. As with the old constitutional enactment, the very first provision of the new Constitution affirms the sovereignty of Finland as follows: “Finland is a sovereign republic” (Section 1, subsection 1 of the Constitution of Finland).

However, the examination of the practice of the Constitutional Law Committee of Parliament clearly displays that the interpretation of the sovereignty clause has undergone a significant change in the era of the new Constitution.

The new interpretation rests on two premises. The first premise is the *a priori* acknowledgement of the fact that Finland’s sovereignty is, under the present conditions, significantly qualified by the international obligations binding on Finland and, especially, by its EU membership. Indeed, the explicit intention of the constitutional reform was to replace the traditional concept of sovereignty with a much more “internationalist” construction. This new construction is founded on the new provision according to which “Finland participates in international co-operation for the protection of peace and human rights and for the development of society” (Section 1, subsection 3 of the Constitution of Finland). According to *travaux préparatoires* of the new Constitution, this provision offers a new dimension for the interpretation of sovereignty with the end result that such international obligations that are deemed to be “conventional” in modern international co-operation and that only affect sovereignty in a minor way are no longer as such at variance with the sovereignty of Finland.

The second premise affecting the construction of sovereignty is founded on the idea of the *specificity* of the European Union. In other words, the EU is envisioned as something more than an international organization yet something less than a (federal) state. In essence, the distinction between the EU and other international organizations results in a greater tolerance of limitations on sovereignty stemming from EU membership than those flowing from other international organizations or international obligations more generally. In addition, the idea is that EU membership not only places a restriction upon the exercise of the sovereign powers of Finland. It also offers the possibility for Finland to participate in and influence, in co-

operation with other Member States, the decisions of the EU that concern Finland, thereby compensating for the loss of sovereignty stemming from the transfer of powers to the EU.

However, the preparedness of the Constitutional Law Committee to regard wider limitations on sovereignty than before as compatible with the Constitution does not mean the abandonment of sovereignty altogether. Instead, the overall approach of the Committee is still to accommodate the principle of sovereignty to the special characteristics of modern international co-operation and EU membership or, perhaps more to the point, to adapt the EU and Finland's international obligations within the principle of sovereignty.

Prior to the entry into force of the new Constitution, the principle of sovereignty seemed to function as the only constitutional limit to the reception of EU measures and international obligations. Today, however, constitutional rights have increasingly come into play in domestic decision-making pertaining to EU and international affairs. As a consequence, sovereignty and constitutional rights are often taken into account simultaneously in the consideration of EU measures and international obligations by the Constitutional Law Committee.

Leila Suvantola

**VAARAN VYÖHYKKEELLÄ –
LUONNONSUOJELUN JA
YMPÄRISTÖNKÄYTÖN
KONKURRENSSISTA**

Sisällys

| | | |
|-------|--|-----|
| 1 | JOHDANTO | 437 |
| 1.1 | Tutkimuksen kysymyksenasettelu ja rakenne | 437 |
| 1.2 | Ympäristönkäyttöön liittyvät kilpailutilanteet | 439 |
| 2 | LUPIEN VÄLISESTÄ KILPAILUSSISTA | 445 |
| 2.1 | Kilpailu ja hallinnon lainalaisuusperiaate | 445 |
| 2.2 | Riippumattomuussuhde | 446 |
| 2.3 | Edellytysuhde | 449 |
| 2.4 | Käyttöoikeus | 453 |
| 3 | KILPAILU LUONNONSUOJELULAIN JA YMPÄRISTÖNKÄYTTÖLAIN SÄÄDÄNNÖN VÄLILLÄ | 456 |
| 3.1 | Ympäristönkäyttölainsäädännön viittaukset luonnonsuojelulakiin | 456 |
| 3.1.1 | Viittaussäätöjen muoto | 456 |
| 3.1.2 | Luonnonsuojelulain vastaisuus | 460 |
| 3.2 | Kilpailu Natura 2000 -sääntöjen osalta | 462 |
| 3.2.1 | Päätöksentekomenettely | 462 |
| 3.2.2 | Lupamenettelyn yhteys korvaussäätöihin | 468 |
| 3.3 | Kilpailu luonnonsuojelulain muiden sääntöjen osalta .. | 471 |
| 3.3.1 | Kilpailun merkitys | 471 |
| 3.3.2 | Viranomaisen asiantuntemus ja toimivalta | 475 |
| 3.3.3 | Ehtojen asettamiseen liittyvät näkökohdat | 478 |
| 3.3.4 | Mahdollisuus poiketa suojelusäätöksistä | 480 |
| 3.3.5 | Korvaussäätöjen soveltamiseen liittyvät näkökohdat | 483 |
| 3.3.6 | Asiainmukainen päätöksentekomenettely kilpailutilanteissa | 487 |
| 3.3.7 | Edellytysuhde kumuloidumisen sijasta | 489 |
| 3.4 | Kilpailu viittaussäätöjen puuttuessa | 490 |
| 4 | KILPAILU LUONNONSUOJELULAIN ERI SÄÄNTÖJEN VÄLILLÄ | 492 |

| | | |
|-----|---|-----|
| 5 | VIITTAUSSÄÄNNÖSTEN VAIKUTUS | |
| | VIRANOMAISTEN PAKKOKEINOTOIMIVALTAAN | 493 |
| 5.1 | Alueellisen ympäristökeskuksen pakkokeinotoimivalta | |
| | luonnonsuojelulain vastaisuuden perusteella | 493 |
| 5.2 | Metsäkeskuksen pakkokeinotoimivallasta | |
| | luonnonsuojelulain vastaisuuden perusteella | 495 |
| 6 | HAVAINTOJA VALITUSOIKEUDESTA | |
| | KONKURRENSSITILANTEESSA | 499 |
| 7 | YHTEENVETO | 501 |
| | LÄHTEET | 502 |
| | OIKEUSTAPAUKSET | 507 |
| | LYHENTEET | 508 |
| | CONCURRENCE OF NATURE CONSERVATION | |
| | AND LAND AND RESOURCE USE | 509 |

Vaaran vyöhykkeellä – luonnonsuojelun ja ympäristönkäytön konkurrenssista¹

1 JOHDANTO

1.1 Tutkimuksen kysymyksenasettelu ja rakenne

Luonnonsuojelulain (1069/1996, LSL) ja sillä kansallisesti implementoidun luontotyyppejen sekä luonnonvaraisen eläimistön ja kasviston suojelusta annetun neuvoston direktiivin (92/43/ETY, luontodirektiivi) tavoitteena on turvata luonnon monimuotoisuuden säilyminen. Luonnonsuojelulainsäädäntö on vain osa ympäristölainsäädäntöämme, jolla pyritään soveltamaan yhteen erilaiset maankäyttötarpeet, minimoimaan ihmisen toiminnan ympäristöön ja luontoon kohdistuvat haittavaikutukset ja turvaamaan luonnonvarojen kestävä ja säästävä käyttö. Käytän tässä artikkelissa käsitettä *ympäristönkäyttö* sellaisesta ympäristöstä muuttavasta toiminnasta, jolla voi olla välittömiä haitallisia vaikutuksia luonnon monimuotoisuuden säilymiseen. Ympäristönkäyttöä säädellään mm. maankäyttöä ja rakentamista ohjaavassa,² uusiutuvien ja uusiutumattomien luonnonvarojen käyttämistä koskevassa, sekä ympäristönsuojelua koskevassa lainsäädännössä. Käytän vastaavasti mainitusta lainsäädännöstä käsitettä *ympäristönkäyttölainsäädäntö*³.

¹ Kiitän artikkelin varhaisemmista versioista saamistani arvokkaista kommentteista Joensuun yliopiston ympäristöoikeuden professori *Tapio Määttä*, hallinto-oikeuden professori *Marja Sutelaa* ja julkisoikeuden lehtori *Tarmo Miettistä*, ympäristöministeriön luonnonsuojelujohtaja *Ilkka Heikkistä* ja hallitusneuvos *Hannu Karjalaista* sekä Oikeustiede – Jurisprudentialian nimeämää referenttiä. Lopullisesta tekstistä kannan luonnollisesti vastuun yksin.

² Rakentamista koskevalla lainsäädännöllä on välittömiä vaikutuksia luonnon monimuotoisuuteen, mutta näin voi katsoa olevan myös maankäytön suunnittelua koskevalla lainsäädännöllä sikäli, että kaavalla voidaan muuta päätöksentekoa sitovasti päättää, millaista rakentamista alueelle voidaan sallia.

³ Ks. ympäristöoikeuden osa-alueista *Kuusiniemi* 2001a s. 56–57. Huomattakoon, että Kuusiniemi ei käytä yläkäsitettä ympäristönkäyttölainsäädäntö.

Biologista monimuotoisuutta koskevan yleissopimuksen⁴ 10 artikla velvoittaa sopimusosapuolet ryhtymään mahdollisuuksien mukaan biologisten luonnonvarojen käyttöä koskeviin toimenpiteisiin välttääkseen tai minimoidakseen haitalliset vaikutukset biologiseen monimuotoisuuteen. Luonnonsuojelunäkökohdat on tarpeen linkittää ympäristönkäyttölainsäädäntöön siten, että kaikessa ympäristöä koskevassa päätöksenteossa otetaan huomioon ympäristönkäytön vaikutukset luonnon monimuotoisuuden säilymiseen. Kuten *Määttä* toteaa, ”suojelu toteutuu käytännössä suhteessa mahdolliseen käyttöön”.⁵ Linkittäminen liittyy yleisemmin ympäristölainsäädännön yhtenäistämiseen. Ihmisen toiminnasta aiheutuvia, ympäristöön kohdistuvia haittavaikutuksia ei voida eristää toisistaan, vaan niitä tulee tarkastella kokonaisuutena. Tästä syystä myös Suomessa on viime vuosikymmenen aikana yhtenäistetty aiemmin sektorikohtaista ympäristölainsäädäntöä säättämällä ensin ympäristölupamenettelylaki (735/1991), sittemmin ympäristönsuojelulaki (86/2000, YSL). Vastaavasti ympäristöön kohdistuvia haittavaikutuksia ei voida tarkastella erillään luonnon monimuotoisuudelle aiheutuvista haitoista. Tähän haasteeseen on osittain vastattu sisällyttämällä ympäristönkäyttölainsäädäntöön sisällöllisiä luonnonsuojeluun liittyviä päätöksenteon edellytyksiä, kuten maankäyttö- ja rakennuslain (132/1999, MRL) kaavojen sisältövaatimukset ja ympäristönsuojelulain lupaedellytykset.

Luonnonsuojelutavoitteisiin liittyvien lupa- tms. edellytysten ohella useisiin ympäristönkäyttöä säänteleviin lakeihin kirjattiin luonnonsuojelulainsäädännön uudistamisen yhteydessä vuonna 1996 yleinen viittaus luonnonsuojelulakiin. Viittaussäännösten merkitys käytännön päätöksenteossa ei ole yksiselitteinen. Viittaussäännösten soveltaminen vaikuttaa lupien keskinäisen myöntämisjärjestyksen ohella myös lupien epäämisen johdosta mahdollisesti maksettavia korvauksia koskevien säännösten soveltamiseen. Esiin nousee myös kysymys viittaussäännösten vaikutuksesta viranomaisten toimivaltaan sekä lupa-asian käsittelyssä että pakkokeinotilanteissa. Tämän artikkelin keskeinen tavoite on selkeyttää säännösten tulkintaa (*de lege lata*) ja päätöksentekoa tilanteissa, joissa tulevat sovellettaviksi sekä ympäristönkäyttölainsäädännön säännökset että luonnonsuojelulain säännökset.

Analysoin artikkelin johdannoksi yleisesti konkurrenssin eri merkityksiä ja konkurrenssia ympäristöoikeudessa (luku 1.2). Viittaussäännösten käsittelemisen pohjaksi käyn läpi yleisten oppien tasolla lupien konkurrenssia (luku 2). Konkurrenssin merkityksen hahmottaminen yleisten oppien tasolla on heuristisesti tarpeen, sillä se normatiivisesti ohjaa käytän-

⁴ SopS 78/1994.

⁵ *Määttä* 2001 s. 318.

nön ratkaisutoiminnassa yksittäistapauksellista päätöksentekoa.⁶ Tämän jälkeen käyn yksityiskohtaisesti läpi ympäristönkäyttölainsäädäntöön kirjatut viittaukset luonnonsuojelulakiin (jakso 3.1). Sen jälkeen tarkastelen viittaussäännösten tulkintaa ja vaikutusta Natura 2000 -verkostoa koskevien luonnonsuojelulain säännösten osalta (jakso 3.2). Tarkastelen myös päätöksentekomenettelyn vaikutuksia korvauksiin, joita ei kuitenkaan tässä artikkelissa tarkastella kuin välttämättömässä laajuudessa. Tämän jälkeen käyn läpi viittaussäännösten tulkinnan ja vaikutukset muiden luonnonsuojelulain säännösten osalta (jakso 3.3). Päätöksentekomenettelyyn liittyvien epäselvyyksien vuoksi on tarvetta arvioida myös kysymyksiä viranomaisen asiantuntemuksesta ja toimivallasta, ehtojen asettamisesta sekä päätöksentekomenettelyn vaikutuksista korvaussäännösten soveltamiseen. Konkurensin tarkastelun pohjalta argumentoin, että yleisten oppien tasolla viittauksilla luonnonsuojelulakiin on luotu edellytysuhde luonnonsuojelulain säännösten hyväksi. Tarkastelen myös lyhyesti konkurensia viittaussäännösten puuttuessa (jakso 3.4). Lupien välinen konkurrensi ilmenee myös luonnonsuojelulain sisällä sen eri säännösten välillä (luku 4). Artikkelin lopussa teen eräitä huomioita viittaussäännösten vaikutuksista viranomaisten pakkokeinoitoimivaltaan lainvastaisen toiminnan estämiseksi (luku 5) sekä valitusoikeuksiin (luku 6). Lopuksi teen koontavia havaintoja artikkelissa käsitellyistä kysymyksistä (luku 7).

1.2 Ympäristönkäyttöön liittyvät konkurensitilanteet

Ympäristölainsäädännön keskeinen tehtävä on järjestää erilaisten ympäristön käyttötärpeiden välisiä suhteita: ratkaista, kuka saa tehdä, mitä, miten ja missä. Ympäristöoikeus onkin tästä johtuen usein määritelty perusluonteeltaan konfliktioikeudeksi.⁷ Ympäristön käytössä kilpaillaan sekä tiettyä aluetta samaan käyttötarkoitukseen tavoittelevien tahojen että saman alueen käyttämistä eri tarkoituksiin haluavien välillä. Tällaisista kilpailutilanteista on käytetty käsitettä *konkurrensi*⁸.

Konkurensilla on kielellisesti kaksoismerkitys *yhtäaikaisuus* ja *oikeuksien välinen kilpailutilanne*.⁹ Konkurensin käsite rinnakkaisuutta ilmai-

⁶ Ks. Tuori 2002 s. 6–7.

⁷ Ks. mm. ensimmäisessä ympäristöoikeuden yleisesityksessä Hollo 1991 s. 6 ja viimeisimmässä Kuusiniemi 2001a s. 54.

⁸ Westerlund 1975 s. 264.

⁹ Kielellisesti lähtökohtana on ruotsinkielinen termi *konkurrera* eli kilpailla, ja englanninkielinen *concurrance*.

sevana on rikosoikeudessa vakiintunut tarkoittamaan rikosten yhtymistä.¹⁰ Esineoikeudessa käsitteellä puolestaan on ollut vakiintuneesti toisenlainen, kilpailuun¹¹ liittyvä merkitys.¹² Ympäristöoikeudessa konkurrenssilla tarkoitetaan sekä varsinaista kilpailua tietyn alueen käyttötarkoituksesta että lupien yhtäaikaaisuutta eli tilannetta, jossa samaa ympäristönkäyttö-hanketta koskee usean eri lain lupavaatimus tai rajoitus.

*Westerlundin*¹³ mukaan konkurrenssi esiintyy erilaisten ympäristönkäyttö-hankkeiden välillä taulukossa 1 esitetyllä tavalla kilpailuna

- a) alueesta eli siitä, mihin tarkoitukseen mitäkin aluetta käytetään,
- b) resursseista eli siitä, miten (ja kuka) resursseja saa käyttää (ristiriita esimerkiksi vedenottamisen ja jäteveden päästämisen välillä), sekä
- c) resipientistä eli siitä, kuka saa käyttää vesialuetta päästöjen kohteena¹⁴ sulkien ainakin osan päästöihin halukkaista pois.¹⁵

¹⁰ Ks. *Honkasalo* 1947 s. 7–14. Käsite on kuitenkin merkittävästi vanhempi rikosoikeudessa, sillä *Forsman* (1930 s. III ja 546–550) luennoi jo vuosina 1889–1892 rikoskonkurrenssista. Vaikka rikosoikeuden uudistuksessa vuonna 1992 luovuttiin erottelusta reaali- ja ideaalikonkurrenssimuotoihin, konkurrenssin käsitettä käytetään edelleen oikeuskirjallisuudessa. Ks. *Koskinen* 2001 s. 81–83.

¹¹ Ks. esineoikeuksien välisestä konkurrenssista jo *Wrede* 1899 s.158–168.

¹² Esineoikeudellisen suojan osalta konkurrenssin käsitettä käytetään kollisiotilanteiden ratkaisemiseen *geneerisesti* eli vain laadun ja määrän mukaan määriteltyn oikeuksien toteuttamisessa. Ks. *Zitting* 1951 s. 76–85. Käsitteen tämä merkitys oli vakiintunut jo ennen Zittingin väitöskirjaa, jossa hän toi suomalaisen oikeuskeskusteluun *Rossin* omistusoikeuden dynaamisen ja staattisen suojan käsitteet. *Zitting* (1951 s. 85) toteaa *Vinding Kruseen* viitaten, että ”pitkäaikaisen kokemuksen perusteella on havaittu tarkoituksenmukaiseksi soveltaa individuaalisesti määrättyyn esineeseen kohdistuvien oikeuksien kollisiossa prioriteettiperiaatetta ja geneerisesti määrättyyn objektiin suuntautuvien oikeuksien kollisiossa konkurrenssiprinsiippiä”. Sittemmin konkurrenssista esineoikeudessa ks. *Zitting – Rautiala* 1982 s. 7–8, *Zitting* 1989 s. 11–12, *Tuomisto* 1993 s. 46 ja *Kartio* 2001 s. 254–255.

¹³ *Westerlund* 1975 s. 271.

¹⁴ *Vihervuori* (1983a s. 179–180) on käyttänyt konkurrenssin käsitettä tässä merkityksessä eli kuvaamaan taulukon 1 tilannetta c, jossa kaksi kuormittajaa kilpailee saman rajallisen resurssin käytöstä kuten saman vesialueen käytöstä resipientinä.

¹⁵ *Westerlund* (1975 s. 272) erottaa resipienttikilpailusta tilanteen, jossa myöhempi päästöoikeutta hakeva suljetaan aiemmalla luvalla tosiasiallisesti luvan saamisen ulkopuolelle. Tämä poissulkeva piirre on kuitenkin ominainen resipienttiperiaatteelle, jos lisäpäästöistä aiheutuisi resipientin kuormituksen sietokyvyn ylitys (ks. *Hollo* 1993 s. 6). Esimerkiksi ratkaisussa KHO 6.3.2001 t. 391 haetun luvan aiheuttama kuormitus olisi lisännyt kriittisesti resipientin kuormitusta, mistä johtuen vesilain (264/1961, VL) 10:24.1 §:n nojalla lupa evättiin.

| <p>Olemassa oleva toiminto</p> <p>Uusi toiminto</p> | <p>Ympäristönkäyttö</p> | <p>Luonnonsuojelu</p> |
|---|--|---|
| <p>Ympäristönkäyttö</p> | <p>a) Aluekonkurrenssi (samaa aluetta käytettäisiin eri tarkoituksiin)</p> <p>b) Resurssikonkurrenssi (samoja resursseja käytettäisiin eri tarkoituksiin)</p> <p>c) Resipientikonkurrenssi (toiminnot eri alueella, mutta sama resipientti)</p> | <p>Resurssikonkurrenssi:</p> <p>f) Sama alue poissulkevasti toiminnan tai suojelun kohteena</p> <ul style="list-style-type: none"> – Suojeltu maa-alue, jota heikentäisi alueella harjoitettava ympäristönkäyttö – Suojeltu maa-alue, jonka luonnonarvoja toiminta alueen ulkopuolella heikentäisi – Suojeltu vesialue resipientinä <p>g) Samaa aluetta koskevat sekä suojelu- että ympäristönkäyttö: metsätalousalueella LSL 49.1 §:ssä tarkoitettu lajien lisääntymis- ja levähdyspaikka</p> |
| <p>Luonnonsuojelu</p> | <p>Resurssikonkurrenssi:</p> <p>d) Luonnonsuojelualueen perustaminen ja olemassa olevien oikeuksien pysyvyys ilman käytön rajoitusta</p> <p>e) Luontotyyppin / erityisesti suojeltavan lajin esiintymispaikan rajaamispäätöksen oikeusvaikutukset olemassa olevalle maankäytölle</p> | <p>—</p> |

Taulukko 1 . Ympäristönkäytön konkurrenssitilanteet.¹⁶

¹⁶ Taulukko on kilpailevien ympäristökäyttötarkoitusten osalta mukailtu *Westerlundin* (1975 s. 271) konkurrenssianalyysistä. Lisäksi siinä esitetään ympäristönkäytön ja luonnonsuojelun väliset kilpailutilanteet.

Luonnonsuojelun ja ympäristönkäytön välillä syntyy kilpailutilanteita ensinnä silloin, kun olemassa olevaan ympäristönkäyttötoimintaan voi kohdistua uusia rajoituksia ennestään suojelemattoman¹⁷ luonnonarvon suojelemisen vuoksi. Rajoitus tulee voimaan viranomaisen päätöksen (kuten yksityisen luonnonsuojelualan perustamisen) tai lain voimaantulon (kuten kansallispuiston perustamisen) seurauksena (taulukon tilanne d). Lähtökohtaisesti tällaiset rajoitukset edellyttävät omistajan ja ympäristönkäyttäjän hyväksyntää. Esimerkiksi LSL 24.1 §:n nojalla yksityisen luonnonsuojelualan perustaminen edellyttää, että alueellinen ympäristökeskus ja maanomistaja sopivat rauhoitusmääräyksistä. Jos luonnonsuojelualueeksi perustettavaa aluetta perustetun rasiitteen, vuokraoikeuden tai muun vastaavan oikeuden nojalla käytävä vastustaa käyttöön kohdistuvia rajoitteita, tällaiseen oikeuteen kohdistuva rajoitus on LSL 71 §:n mukaan mahdollista asettaa vain lunastamalla oikeus lunastusmenettelyssä.¹⁸ Luonnonsuojelualue voidaan perustaa yksityismaalle LSL 24.3 §:n nojalla myös ilman maanomistajan suostumusta, jos kyseinen alue kuuluu valtioneuvoston hyväksymään luonnonsuojeluohjelmaan. Tällainen päätös ei myöskään LSL 71 §:n nojalla rajoita erityisen oikeuden haltijan oikeuksia ilman, että ne hankitaan tai viime kädessä lunastetaan valtiolle LSL 52.2

¹⁷ Suoraan lain nojalla voimaan tuleva suojeleminen on ikään kuin piilevänä olemassa, kunnes joku ryhtyy sitä vaarantavaan toimintaan. Esimerkiksi lajisuojelusäännökset, mukaan lukien LSL 49.1 §:ssä tarkoitettu luontodirektiivin liitteen IV (a) lajin lisääntymis- ja levähdyspaikan suojeleminen, ovat olleet voimassa 1.1.1997 lähtien. Tästä johtuen katson, että niiden osalta konkurrenssitilanteessa on kyse jo suojellusta luonnonarvosta, jota kilpailutilanteessa uusi ympäristönkäyttöhanke saattaa vaarantaa. Sama tilanne koskee vesilain suojaamia luontotyyppisiä, joiden suojeleminen on voimassa suoraan lain nojalla, eikä siten edellytä toteavaa viranomaispäätöstä. Ks. esim. KHO 2001:8, jonka mukaan VL 1:15 a §:ssä tarkoitettua fladaa koskevassa, tiepenkereen ja sillan rakentamista tarkoittavassa lupa-asiassa tuli VL 1:15 a §:n (1105/1996) mukaisesti ensin tutkia, vaarantaako kyseessä oleva toimenpide enintään 10 hehtaarin suuruisen fladan säilymisen luonnontilaisena. Jos toimenpide vaarantaa fladan säilymisen luonnontilaisena, on toimenpide pykälän 1 momentin mukaan kielletty. Tämän jälkeen oli tutkittava, voidaanko tästä kiellosta myöntää mainitun pykälän 2 momentissa tarkoitettu poikkeus. Harkittaessa mahdollisuutta myöntää poikkeusta VL 1:15 a §:n mukaisesta kiellosta on pykälän 2 momentin mukaisesti selvítettävä, aiheutuuko tiehankkeen toteuttamisesta seuraus, joka vaarantaa huomattavasti kyseisen fladatyyppin suojelemissuhteet. Koska tiepenkereen ja sillan rakentaminen vaaransi fladan säilymisen luonnontilaisena, oli sanottu rakentaminen kiellettyä ilman VL 1:15 a.2 §:ssä tarkoitettua poikkeusta. Kun tiehankkeen toteuttamisesta aiheutui kyseisen fladatyyppin suojelemissuhteiden huomattava vaarantuminen, ei poikkeusta voitu myöntää eikä lupahakemukseen voitu suostua.

¹⁸ Ks. *Vihervuori* 2000 s. 358. Luonnonsuojelualan perustaminen ei välittömästi estä saavutettujen oikeuksien käyttämistä, joten joissain tilanteissa alueelle on syytä asettaa toimenpidekielto tai panna oikeuden lunastaminen vireille, jotta alueen luonnonarvojen heikentyminen voidaan estää.

§:n nojalla. Maanomistajan oikeuksia päätös rajoittaa välittömästi, ja hänellä on oikeus LSL 53.2 §:n nojalla korvaukseen, mikäli päätös aiheuttaa hänelle merkityksellistä haittaa.

Rajoituksia on mahdollista asettaa ilman maanomistajan tai käyttöoikeuden haltijan suostumusta (taulukon tilanne e) myös alueellisen ympäristökeskuksen tekemällä LSL 30 §:n mukaisella päätöksellä luontotyyppin tai 47.3 §:n mukaisella päätöksellä erityisesti suojeltavan lajin esiintymispaikan rajojen määrittämisestä, jolloin rajoitukset tulevat välittömästi voimaan kaikkia – myös erityisen oikeuden haltijaa – kohtaan riippumatta käyttöoikeuden perusteesta¹⁹.

Toisenkaltainen, tässä artikkelissa keskeisesti tarkasteltava luonnonsuojelun ja ympäristönkäytön välinen kilpailutilanne muodostuu, kun vireille tulee uusi ympäristönkäyttöhanke, joka vaarantaa jo suojeltua luonnonarvoa. Kyseessä on aina kilpailu resurssien eli luonnonvarojen eri käyttötarkoitusten välillä. Kilpailu on toisen käyttötarkoituksen poissulkevaa (taulukon tilanne f), jos yhden käyttötarkoituksen toteutuminen tekee toisen mahdottomaksi, kuten saman alueen vanhan metsän suojelu ja metsätalouskäyttö. Kilpailu voi olla myös osittaista (taulukon tilanne g), kuten LSL 29 §:n mukaisen luontotyyppin tai LSL 47.3 §:n mukaisen erityisesti suojeltavan lajin esiintymispaikan suojelun yhteydessä, sillä suojelu estää taloudellisen toiminnan ainoastaan silloin, kun se aiheuttaisi laissa kiellettyjä seurauksia eli *luontotyyppin ominaispiirteiden muuttumista* tai erityisesti suojeltavan lajin esiintymispaikan hävittämisen tai heikentämisen *kyseisen lajin kannalta*. Vastaavasti suoraan lain nojalla voimassa olevan

¹⁹ *Similä* 1997 s. 258. *Vihervuori* (2000 s. 362) tulkitsee, että LSL 71 §:n säännös saavutettujen oikeuksien, kuten rasite- ja vastaavien oikeuksien pysyvyydestä ulottuisi myös luontotyyppien esiintymien rajaukseen. Tulkinta on kuitenkin säännöksen sanamuotoa laajentava, sillä siinä puhutaan *luonnonsuojelualueesta*. Säännöksellä ylläpidettiin vanhan luonnonsuojelulain (27/1923) 8 §:n mukaista tilannetta, jota hallituksen esityksen mukaan ollut tarkoitusta muuttaa (Ks. *HE 79/1996 vp* yksityiskohtaiset perustelut 71 §). Näin ollen säännös ei sovellu luontotyyppien esiintymien rajaamispäätökseen, kuten ei myöskään erityisesti suojeltavan lajin esiintymispaikan rajauspäätökseen LSL 47.3 §:n nojalla. Päinvastainen tulkinta johtaisi tilanteeseen, että rajauspäätös ei sinänsä estäisi ominaispiirteiden muuttamista tai erityisesti suojeltavan lajin esiintymispaikan hävittämistä tai heikentämistä, jos ympäristönkäyttö perustuisi perustettuun oikeuteen. Laissa suoraan säädetty suojelu ei tulisikaan voimaan alueellisen ympäristökeskuksen päätöksellä, vaan edellyttäisi lisäksi toimenpidekiellon asettamista ja esim. maa-ainesten otto-oikeuden lunastamista. Sanamukaista tulkintaa tukee myös se, että lain korvaussäännökset koskevat näissä kahdessa tilanteessa myös erityisen oikeuden haltijaa. Sen sijaan korvaussäännös ei koske erityisen oikeuden haltijaa tilanteessa, jossa LSL 24.3 §:n nojalla perustetaan luonnonsuojelualue ilman maanomistajan suostumusta. Perusteena on se, että LSL 71 §:n mukaisesti päätös ei voi rajoittaa kyseisiä oikeuksia ilman toimenpidekieltoa ja lunastusta.

LSL 49.1 §:ssä tarkoitetun luontodirektiivin liitteen IV (a) lajin lisääntymis- tai levähdyspaikan hävittämisen ja heikentämiskielto estää taloudellisen toiminnan ainoastaan kyseisen lajin lisääntymis- ja levähdyspaikan osalta ja *lajin kannalta*, ei laajan alueen käyttämistä metsätaloustoimintaan tai lajia haittaamatonta toimintaa.

Kolmantena kilpailutilanteena voidaan tunnistaa suojelemattoman, mutta arvokkaaksi todetun luonnonarvon mahdollinen vaarantuminen uuden ympäristönkäytön vuoksi, kuten kaavoitettaessa aluetta, jossa esiintyy luonnonsuojelulain 29 §:ssä tarkoitettu suojeltu, mutta vielä viranomaispäätöksellä rajaamaton luontotyyppi. Ympäristönkäyttölainsäädännössä on sisällöllisiä luonnonsuojelutavoitteisiin liittyviä säännöksiä,²⁰ joiden kautta näissä konfliktitilanteissa suojelutavoitteet voivat tulla huomioetuiksi.²¹

Lupien välisessä konkurrenssissa on kyse siitä, että sama hanke tai suunnitelma edellyttää useita eri lupia, niihin rinnastuvia päätöksiä laissa säädetystä kiellosta poikkeamisesta tai muita viranomaispäätöksiä, jotka perustuvat ainakin olennaisilta osiltaan eri syihin ja menevät limittäin.²² Sama asia käsitellään eri viranomaisissa eri näkökulmista. Kyse ei ole *normiritiriidasta*, jossa samaan tapaukseen soveltuvat useammat säännökset olisivat keskenään loogisesti ristiriitaisia siten, että niitä ei voitaisi samanaikaisesti noudattaa.²³ Pikemminkin ympäristönkäyttölakien lupajärjestelmät ovat *päällekkäisiä*²⁴ tai *rinnakkaisia*²⁵.

Luonnonsuojelulain tai sen nojalla annettujen säännösten tai määräysten ja ympäristönkäyttöön liittyvän lainsäädännön välisessä suhteessa on kyse sekä resurssikilpailusta eli luonnon käytön ja suojelun välisestä kilpailusta että lupien tarpeen yhtäaikaaisuudesta. Tässä artikkelissa keskityn

²⁰ Ks. *Kuusiniemi* 2002 s. 38.

²¹ Ks. *Hollo* 2001 s. 13, 284–285.

²² Ks. *Kuusiniemi* (1985 s. 44), joka antaa kunnian konkurrenssin käsitteen liittämistä puheena olevaan yhteyteen *Jatkolalle*. Ks. myös *Kuusiniemi* 1992 s. 720, *Kuusiniemi* 1995 s. 4–5, 374 ja *Kuusiniemi* 2001a s. 95. Käsitettä ei ole meillä tässä merkityksessä ympäristöoikeudessa kattavasti omaksuttu käyttöön, vaikkakin sitä on jossain määrin käytetty ja sen käyttö on viime vuosina lisääntynyt. Ks. *KM* 1989:52 s. 27, *KM* 1996:11 ja 12 s. 46, *Similä* 1997 s. 77 ja *Marttinen* 2001 s. 28, 119.

²³ Ks. normiritiriidasta esim. *Aarnio* 1989 s. 169–170 ja *Laakso* 1990 s. 134–139.

²⁴ Ks. mm. *Vihervuori* 1983b s. 319–320 av. 13 ja *Vihervuori* 1984 s. 51. Myös *Hollo* (mm. 1998 s. 255) on käyttänyt ilmaisua päällekkäisten ennakkovalvontakeinojen järjestelmä. Samoin hallinto-oikeudellisissa kirjallisuudessa puhutaan *päällekkäisyydestä* (ks. *Mäenpää* 1992 mm. s. 185).

²⁵ Ks. mm. *Vihervuori* 1989 s. 132, 135. Ks. myös *Vihervuori* 1981 s. 296 ss. ja *Hollo* 2001 s. 271.

ainoastaan tarkastelemaan lupien²⁶ – eli ympäristönkäyttöön tarvittavan luvan tai muun viranomaispäätöksen ja luonnonsuojelulain kiellon ja siitä tarvittavan poikkeuksen – välistä konkurrensia.

2 LUPIEN VÄLISESTÄ KONKURRENSSISTA

2.1 Konkurrensi ja hallinnon lainalaisuusperiaate

Lupien välinen konkurrensi liittyy kiinteästi *hallinnon lainalaisuusperiaatteeseen*, sillä ympäristönkäyttöön liittyvää lainsäädäntöä sovelletaan käytännössä pääosin eri viranomaisten hallintopäätöksiä koskevassa päätöksentekomenettelyssä.²⁷ Hallinnon lainalaisuusperiaate rajoittaa viranomaisen päätöksen alaa viranomaisten välisenä toimivaltajakona ja siihen liittyvänä päätöksenteon asiallisena rajoituksena.²⁸ Kukin viranomainen päättää luvan myöntämisestä sille lainsäädännössä myönnetyn toimivaltan rajoissa, eikä se voi ratkaista toisen viranomaisen toimivaltaan kuuluvaa asiaa.²⁹ Tästä johtuen viranomainen on ratkaisua tehdessään riippumaton toisten viranomaisten aiemmin tekemistä hallintopäätöksistä.³⁰ Toimivaltajakoon liittyy päätöksenteon asiallinen rajoitus, sillä tiukan säädoskohtaisen normatiivisen alan tulkinnan mukaan viranomainen ei saa soveltaa lupapäätöstä tehdessään muuta kuin kyseistä lupa-asiaa koskevia säännöksiä.³¹ Hallinto-oikeudessa ympäristönsuojelupäätökset mursivat 1970-luvulla tämän periaatteen jäljempänä edellytysuhdetta koskevassa jaksossa (2.3) selostettavalla tavalla, kun KHO alkoi soveltaa lakiin eräistä naapuruussuhteista (26/1920, NaapL) sisältyviä immisiosäännöksiä rakentamis- ja perustamislupaharkinnan yhteydessä.

Kun hankkeen toteuttaminen edellyttää usean eri lain säännösten mukaista päätöstä, asiaa koskevan yhden säännöksen perusteella annettu aiempi

²⁶ Lupa ymmärretään tässä edellä esitetyllä tavalla laajasti eli tarkoittaen myös päätöstä poiketa laissa asetetusta kiellosta.

²⁷ Todettakoon, että päätöksenteossa on otettava huomioon myös muut hallinnon oikeusperiaatteet eli yhdenvertaisuus-, tarkoitussidonnaisuus-, objektiviteetti-, suhteellisuus- ja luottamuksensuojaperiaatteet, joista säädetään hallintolain (434/2003, HalL) 6 §:ssä.

²⁸ Ks. *Mäenpää* 2003a s. 79.

²⁹ Ks. *Mäenpää* 2003a s. 79 ja *Mäenpää* 2003b s. 103, 366 sekä hallintolakia edeltävältä ajalta *Mäenpää* 1992 s. 193, 199, *Kuusiniemi* 1995 s. 250 ja *Hollo* 2001 s. 298–299.

³⁰ Ks. *Mäenpää* 2003b s. 387.

³¹ Ks. *Mäenpää* 1992 s. 196, *Mäenpää* 2003b s. 350.

myönteinen päätös (esim. tiesuunnitelma tai kaavan hyväksyminen) ei perusta hakijalle *luottamuksensuojaa*,³² jonka vastainen asiaan soveltuvan toisen lain säännöksen nojalla annettu myöhempi kielteinen päätös (kuten maa-aineksen ottamispäätös tai ympäristölupapäätös) voisi olla. *Luottamuksensuojaperiaate* suojaa luvanhaltijan luottamusta julkisen vallan nojalla hänelle myönnetyn luvan pysyvyyteen sekä vallitsevan tulkintalinjan noudattamiseen, mikäli olosuhteet eivät ole olennaisesti muuttuneet tai aiempi tulkintalinja ollut lainvastainen.³³ Se ei kuitenkaan suojaa hakijan luottamusta siihen, että hänellä olisi yhden lain nojalla myönnetyn luvan perusteella oikeutettu odotus saada toisen lain nojalla harkittava, saman hankkeen toteuttamisen edellyttämä lupa.

2.2 Riippumattomuussuhde

Ilman nimenomaista asiaa koskevaa säännöstä lupien välillä on *riippumattomuussuhde*.³⁴ Riippumattomuus ilmenee viidellä tavalla, jotka osittain ovat saman periaatteen muunnelmia:

- 1) yhdessä laissa oleva ehdotonkaan kieltä toimintaan ei estä luvan myöntämistä toisen lain nojalla;³⁵
- 2) yhden lain mukaisen luvan puuttuminen ei estä luvan myöntämistä toisen lain nojalla;
- 3) yhden lain nojalla myönnetty lupa ei tee monilupaista toimintaa sallituksi;
- 4) hankkeen säätäminen luvanvaraisuuden ulkopuolelle tietyssä lainsäädännössä ei tarkoita, ettei siihen saatettaisi edellyttää lupaa toisen lain nojalla;³⁶ ja

³² Ks. yleisesti *Niemivuo – Keravuori* 2003 s. 123, 126 ja ympäristöoikeudessa *Kuusiniemi* 2001b s. 233–235.

³³ Ks. *Niemivuo – Keravuori* 2003 s. 126, *Mäenpää* 2003a s. 95–96 ja *Mäenpää* 2003b s. 393–394. *Mäenpää* (ibid. s. 88 ja 2003b s. 271) liittyy tulkintalinjan johdonmukaisuuden myös yhdenvertaisuusperiaatteeseen.

³⁴ Ks. KM 1989:52 s. 27 ja *Hollo* 2001 s. 271. Todettakoon, että Ruotsissa *Westerlund* (1975 s. 57) on luokitellut lupien välisiä suhteita viiteen eri kategoriaan: *uteslutande prövning*: toinen laki syrjäyttää toisen mukaisen harkinnan; *supplerande prövning*: harkinta kaikki aspektit huomioon ottaen itsenäisesti molempien normien nojalla; *helt sektoriserad prövning*: lupaharkinta jaetaan eri säädösten mukaisiin osiin; *eksklusiv prövning*: harkinta vain toisen lain nojalla, mutta valvottava, ettei toisen lain säännöksiä rikota; ja *kombinerad prövning*: harkinta yhden nojalla yleisesti, muttei estä antamasta toisen nojalla kieltoa. Ks. niistä myös *Kuusiniemi* 1985 s. 48.

³⁵ Ks. *Similä* 1997 s. 75.

³⁶ Ks. *Kuusiniemi* 1985 s. 54–55. Ojituksen liittyvien ongelmien osalta ks. *Vihervuori* 1987 s. 68–69.

5) myönnetty lupa ei sido myöhempää, toisen lain nojalla tapahtuvaa lupapäätöksentekoa.³⁷



Kuvio 1. Lupien välinen riippumattomuus.

Lähtökohtaisesti yksi lupa ei korvaa toista, sillä niillä pyritään erilaisiin tavoitteisiin.³⁸ Luonnonsuojelulain osalta se tarkoittaa, että muulla lainsäädännöllä ei voida antaa lupaa poiketa luonnonsuojelulain tai sen nojalla annettujen päätösten määräyksistä.³⁹ Lupien ollessa toisistaan riippumattomia hakija voi hankkia eri luvat tai poikkeukset lain kiellosta vapaassa järjestyksessä.⁴⁰ Useaa lupaa edellyttävää toimintaa saa kuitenkin ryhtyä toteuttamaan vasta, kun kaikki tarvittavat luvat on saatu.⁴¹ Seuraavat tapaukset ilmentävät edellä esitettyjä riippumattomuusvaikutuksia:

KHO 1983 A II 154: KHO hylkäsi maanomistajan valituksen tie- ja vesirakennushallituksen päätöksestä, jolla maantien parantamissuunnitelman yhteydessä oli perustettu oikeus tienpitoaineen ottamiseen suunnitelman toteuttamisen ajaksi rajoitettuun määrään päätöksessä mainitulta alueelta. Ratkaistaessa, oliko tiesuunnitelmaa laadittaessa kiinnitetty huomiota ympäristönsuojelunäkökohtiin yleisistä teistä annetun lain (243/1954, YITieL) 10 §:ssä edellytetyllä tavalla, otettiin huomioon myös, ettei tällä päätöksellä perustettu oikeutta poiketa maa-aineslain säännöksistä eikä ratkaistu kysymystä sanotun lain mukaisen luvan myöntämisen edellytyksistä tai lupaehdoista.

KHO 1987 A 89: Opetusministeriön antamalla kirkkolain (635/1964) 338 ja 342 §:n mukaisella luvalla hautausmaan laajentamiseksi ei ollut ratkaistu kysymystä muinaismuistolain (295/1963, MuinaisML) edellyttämästä luvasta asiassa. Kun otettiin huomioon hautausmaan laajennuksen pinta-ala (12,2 ha) ja se, että hautausmaan laajennus esti toteu-

³⁷ Ks. *KM 1989:52* s. 30 ja *Mäenpää 1992* s. 196 sekä luonnonsuojelulain osalta *Vihervuori 2000* s. 372.

³⁸ *Kuusiniemi 2001a* s. 95. Samoin toteaa *Vihervuori (2001* s. 589) maa-aineslain ja ympäristönsuojelulain välisestä suhteesta.

³⁹ Näin totevat jo vanhan LSL:n (71/1923) aikana *Vihervuori (1989* s. 140) maa-ainesten ottoluvan osalta ja yleisesti uuden LSL:n osalta *Similä (1997* s. 74).

⁴⁰ Näin toteavat yleisesti *Kuusiniemi (1985* s. 111–112) ja häneen viitaten *Vihervuori (1989* s. 138). Ks. myös *KM 1989:52* s. 31 ja *Hollo 2001* s. 271.

⁴¹ Ks. *KM 1989:52* s. 27, *Mäenpää 1992* s. 194, *Marttinen 2001* s. 119 ja *Mäenpää 2003b* s. 366.

tettuna hakemuksen tarkoittamalla alueella muinaisjäännöksen tutkimisen, kysymyksessä oleva hanke edellytti MuinaisML 13 §:n mukaista menettelyä.

KHO 1.11.2001 t. 2701 (Irs⁴²): Rantakaava-alue käsitti mantereella olevan palstan ja kolme saarta, joista kahteen oli osoitettu rakentamista. Mantereella oleva osa-alue rajoittui Natura 2000 -kohteeseen ja saaret sijaitsivat sen alueella. Rakennuskortteleita oli osoitettu mannerpalstalle sekä kahteen saareen. Uutta rakentamista oli osoitettu vain mantereelle ja toiseen saareen. Laaditun luontoselvityksen mukaan toisessa saarista oli merenlahti, jota mahdollisesti voitiin pitää VL 1:15a §:ssä tarkoitettuna fladana, ja hirvenjuuren (*Inula salicina*) esiintymiä. Toisessa saarista oli hiekkarantojen esiintymiä. Rakentamista oli osoitettu osalle fladamaisen merenlahden ranta-alueetta. Hirvenjuuren esiintymisalue, hiekkarannat sekä kortteleiden ulkopuolinen osa lahden ranta-alueesta oli varattu SL-alueeksi.

Ympäristökeskus oli jättänyt kaupunginvaltuustossa hyväksytyt rantakaavan vahvistamatta mannerpalstan osalta ylimitoituksen perusteella ja saarten osalta sillä perusteella, ettei kaava edistänyt luonnonsuojelun kannalta arvokkaiden luontotyyppien sekä luonnonvaraiselle kasvistolle ja eläimistölle tärkeiden luonnon ominaispiirteiden säilymistä.

KHO katsoi, ottaen huomioon kaava-alueen rakennusoikeuden kokonaisuudessaan, ettei mannerpalstalle osoitettu rakennusoikeus ollut ylimitoitettu. KHO katsoi niinkään, että kaavassa oli riittävästi edistetty luonnonsuojelun kannalta arvokkaiden luontotyyppien sekä luonnonvaraiselle kasvistolle ja eläimistölle tärkeiden luonnon ominaispiirteiden säilymistä, ottaen muun ohella huomioon, että alueella mahdollisesti olevan fladan koskemattomuutta turvasi VL 1:15 a §, eikä kaavassa perustettu oikeutta vesilaissa luvanvaraisiksi säädettyihin toimenpiteisiin. Korkein hallinto-oikeus katsoi, ettei kaavaa ollut voitu jättää ympäristökeskuksen päätöksestä ilmenevillä perusteilla rakennuslain (370/1958, RakL) vastaisena vahvistamatta. KHO kumosi ympäristökeskuksen päätöksen, jolla valtuuston päätös oli jätetty vahvistamatta ja palautti asian ympäristökeskukselle uudelleen käsiteltäväksi (äänestys 4–1).

KHO 12.12.2002 t. 3293: KHO hylkäsi asemakaavaa koskevan valituksen, koska asemakaavan muutoksella ei oltu ratkaistu eikä ole voitukaan ratkaista toiminnan mahdollisesti edellyttämän ympäristöluvan tarvetta tai sen myöntämisen edellytyksiä eikä muutoinkaan toiminnan sallittavuutta ja lainmukaisuutta ympäristönsuojelulain ja kemikaalilain sekä niiden nojalla annettujen säännösten tai määräysten kannalta.

⁴² Artikkelissa käytetään KHO:n ilmaisua lyhyt ratkaisuseloste (Irs) yksinkertaisuuden vuoksi kaikista sellaisista KHO:n internet-sivulla (<http://www.kho.fi>) ja Valtion säädöstietopankki FINLEXissä (<http://www.finlex.fi>) julkaistuista ratkaisuista, jotka eivät ole vuosikirjaratkaisuja sekä kaikista FINLEXissä ja oikeuslaitoksen internetsivulla (<http://www.oikeus.fi/11680.htm>) julkaistuista hallinto-oikeuksien ratkaisuista.

Jonkin luvan myöntäminen voi tosiasiallisesti myötävaikuttaa toisen luvan saamiseen.⁴³ Ympäristöllisissä valvontajärjestelmissä jollekin laille on annettu *ratkaisuprioriteetti* eli jonkin seikan oikeudellisen merkityksen lopullinen arviointivalta. Esimerkiksi kaavoituksessa voidaan muuta päätöksentekoa sitovasti ratkaista, millaisia toimintoja tietyille alueelle voidaan sijoittaa.⁴⁴

Ennen luonnonsuojelulainsäädännön uudistamista voimassa ollut luonnonsuojelulaki (71/1923) ja ympäristönkäyttöä koskevat lait olivat konkurrenssitilanteessa riippumattomuussuhteessa toisiinsa, kuten seuraava ratkaisu osoittaa:

KHO 1984 A II 85: Lääninhallitus pyysi KHO:een tekemässään hakemuksessa rakennuslautakunnan mainostaulun pystyttämistä koskevan päätöksen purkamista, koska mainostaulu sijaitsi LSL 19 §:ssä tarkoitettuna taajaan rakennettuna alueen ulkopuolella, jossa luvan myöntäminen mainostaulun pystyttämiseen kuului lääninhallituksen toimivaltaan. KHO hylkäsi hakemuksen, koska rakennuslautakunnan päätös (ns. rakennustöiden lupa) ei ollut esteenä lääninhallituksen luonnonsuojelulakiin perustuville toimenpiteille eikä päätöksen purkaminen siten ollut tarpeen.

Toisen lain nojalla annettu lupa ei siten vaikuttanut luonnonsuojelulain soveltamiseen rajoittavasti, vaan sen lupavaatimuksia sovellettiin purkuhakemuksen kohteena olleesta päätöksestä huolimatta.

2.3 Edellytyssuhde

Keskenään konkurrenssissa olevien lupien välillä voi vallita *edellytyssuhde*. Tällöin luvan saanti edellyttää toista lupaa eli niiden hakeminen on kytketty *aikajärjestykseen*.⁴⁵ *Kuusiniemi* katsoo, että edellytyssuhde on olemassa *jos ja vain jos* luvan a myöntäminen (ennen lupaa b) on luvan b myöntämisen edellytys.⁴⁶ *Hollo* kuvaa tilannetta ympäristönsuojeluasioissa eräänlaisen perusluvan ajatuksen kautta, johon liittyy oikeuskäytännössä sijoitusluvalle annettu ajallinen etusija.⁴⁷

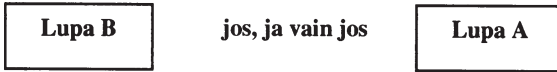
⁴³ Ks. *KM* 1989:52 s. 30.

⁴⁴ Ks. *Hollo* 2001 s. 298.

⁴⁵ Ks. mm. *Vihervuori* 1989 s. 134, *Mäenpää* 1992 s. 200 ja *Kuusiniemi* 2001a s. 95.

⁴⁶ Ks. *Kuusiniemi* 1985 s. 95.

⁴⁷ Ks. *Hollo* 2001 s. 272.



Kuvio 2. Lupien välinen edellytysuhde.

Edellytysuhteen olemassaolo edellyttää pääsääntöisesti asiaa koskevaa säännöstä. Ympäristönkäyttölainsäädäntö koordinoi vain poikkeuksellisesti eri lakien lupajärjestelmiä asettamalla tietyn luvan saamisen toisen luvan myöntämisedellytykseksi.⁴⁸ Esimerkiksi rakennuslupahakemus voidaan maankäyttö- ja rakennuslain (132/1999, MRL) 134.5 §:n (muut. 99/2000) mukaisesti lykätä, kunnes ympäristölupa-asia ratkaistu, jos se on rakennuksen käyttömahdollisuudet tai aiotun toiminnan ympäristövaikutukset huomioon ottaen perusteltua. Tämä on lähtökohtaisesti vain poikkeuksellisesti tarpeen, eikä säännöksellä ole tarkoitettu muutettavaksi sitä, että periaatteessa rakennusluvan ja ympäristöluvan myöntäminen ovat toisistaan riippumattomia.⁴⁹

Maa-aineslain (555/1981, MAL) 3.1,4 §:n mukaan maa-aineslupaa ei voida myöntää, jos sen takia aiheutuu tärkeän tai muun vedenhankintakäyttöön soveltuvan pohjavesialueen veden laadun tai antoisuuden vaarantumista, jollei siihen ole saatu vesilain mukaista lupaa. Maa-aineslupa-asia voidaan maa-ainesasetuksen (91/1982, MAA) 5.1 §:n (muut. 465/1997) mukaisesti lykätä, kunnes vesilupa-asia ratkaistu lainvoimaisesti.

KHO 19.03.2003 t. 587 (Irs): V:n ympäristölautakunta oli myöntänyt hakijoille A ja B maa-aineslain mukaisen luvan ottaa aineksia yhteensä 20 000 m³ V:n kunnan V:n kylässä sijaitseviin kahteen tilaan kuulualta pinta-alaltaan noin 10 200 m²:n suuruiselta purolaaksossa sijaitsevalta ottamisalueelta. Lupa oli myönnetty muun ohella pohjaveden suojelua ja padon rakentamista koskevin lupamääräyksin. HaO oli hylännyt mm. hankkeen naapuritilan omistajien lupapäätöksestä tekemät valitukset. KHO kumosi HaO:n ja ympäristöltk:n päätökset ja palautti asian ympäristöltk:lle uudelleen käsiteltäväksi. KHO katsoi ottamisalueella olevan puron olevan kokonaisuutena arvioiden VL 1:17 a §:ssä tarkoitettu uoma. Puron uomalaakson laajentamisesta kysymyksessä olevan kaltaisen soranoton seurauksena voi noissa ympäristöolosuhteissa aiheutua puron luonnontilaisuuden vaarantumista. Kun hakijat eivät olleet esittäneet VL 1:17 a.2 §:ssä tarkoitettua asianomaisen ympäristölupaviraston myöntämää poikkeusta saman pykälän 1 momentissa säädetystä kiellosta, MAL 2.3 §:n ja VL 1:17 a §:n nojalla ympäristölautakunta ei ollut tässä tilanteessa toimivaltainen ratkaisemaan ottamislupa-

⁴⁸ Ks. *Kuusiniemi* 1995 s. 6 ja *Kuusiniemi* 2001a s. 95.

⁴⁹ Ks. *Kumpula* 2001 s. 1245.

pahakemusta kyseisen puron uoman vesialueen osalta. Muilta osin toimivaltaisen ympäristöltk:n olisi pitänyt MAA 5.1 §:n nojalla osoittaa hakijat hakemaan ympäristölupavirastolta edellä tarkoitettua poikkeusta ja samalla lykätä maa-aineslupa-asian käsittelyä siksi, kunnes poikkeusta koskeva vesiasia on tullut lainvoimaisesti ratkaistuksi, koska hakijan ottamissuunnitelman käyttökelpoisuus riippui kyseiseen puroon kohdistuvista toimista. Ympäristöltk:n oli annettava uusi ratkaisu hakijoiden nyt vireille panemassa maa-aineslupa-asiassa, kun hakijoiden mahdollisesti vireille panema vesiasia oli tullut lainvoimaisesti ratkaistuksi.

Oikeuskäytännössä on jossain tilanteissa edellytysuhteen tavoin edellytetty tiettyä luvanhakemisjärjestystä ilman nimenomaista säännöstä.⁵⁰ *Kuusiniemi* on eritellyt kriteerejä, joiden perusteella tällainen edellytysuhte voi syntyä ilman säännöstä. Se voi ensinnä perustua siihen, että erityisviranomaisella ei ole käytössään pakkokeinoja valvoa lainsäädännön noudattamista, joten yleisviranomaisen tulisi tukea erityislain toteutumista, toiseksi se voi perustua siihen, että toisen luvan tarve on ilmeinen, ja kolmanneksi siihen, että lupien välillä on materiaallinen yhteys, jolloin erityisviranomaisen lupapäätös on dominoiva eli sisältää jälkimmäistä lupaharkintaa määrääviä aineksia, ja sillä on laaja harkintavalta.⁵¹

KHO teki 1970-luvun alussa lukuisia ratkaisuja, joissa naapurussuhdelain (26/1920, NaapL) säännökset otettiin huomioon muun lainsäädännön soveltamisessa esteenä antaa lupa mm. melun aiheutumisen takia (ks. ampumaratoja koskevat ratkaisut KHO 19.6.1972 t. 2471 (Irs), KHO 1973 A II 101, KHO 1973 A II 102 ja tanssihallia koskeva ratkaisu KHO 1974 A II 74).⁵² Edellytysuhteen tulkitseminen perustui siihen, että lupahakemuksen kohteena olevalla toiminnalla oli välitön ja suoranainen asiayhteys immisioiden syntymiseen.⁵³ Nytemmin immissiokiello sisältyy ympäristönsuojelulain mukaiseen lupaharkintaan YSL 42.1,5 §:n viittauksen kautta.

Tarukannel on todennut oikeuskäytännössä sittemmin ennen 1990-lukua vakiintuneen, että terveydenhoitolain (469/1965, kumottu terveydensuojelulalla 763/1994) 26.2 §:n mukainen lainvoimainen lupa oli oltava olemassa, jotta rakennuslautakunta saattoi myöntää rakennusluvan.⁵⁴

⁵⁰ *KM 1989:52* (s. 32) todetaan, että rakennusluvan katsottiin edellyttävän sijoitusluvan ja immisioiluvan myöntämistä. Ks. myös *Mäenpää* 1992 s. 200–201.

⁵¹ *Kuusiniemi* 1985 s. 104.

⁵² Ks. *Kuusiniemi* 1985 s. 103–104 sekä *Tarukannel* 1990 s. 266 ja *Vihervuori* 2002 s. 352–353.

⁵³ Ks. *Mäenpää* 1992 s. 196–197.

⁵⁴ *Tarukannel* 1990 s. 260 av. 53.

Oikeuskäytännössä edellytysuhde on tulkittu olevan olemassa myös seuraavassa rakennuslainsäädännön ja vesilain konkurrenssitapauksessa:

KHO 1983 A II 104: Yhdistyksen hakemus saada rakentaa 120 m pituinen pienvienelaituri koski sellaista rakentamista vesistöön, josta voi aiheutua VL 1:15 §:ssä tarkoitettu muutos tai seuraus. VL 2:2.1 §:n mukaan rakentamiseen oli siis hankittava vesioikeuden lupa. Rakennusasetuksen (266/1959, RakA) 121.1,6 §:ssä sanottua lupaa ei voitu myöntää ennen kuin hakija oli esittänyt selvityksen siitä, että se oli saanut rakentamiseen vesioikeuden luvan. KHO hylkäsi hakemuksen.

Kyseistä ratkaisua kritisoitiin oikeuskirjallisuudessa, sillä ratkaisu oli vallinneen riippumattomuusperiaatteen vastainen.⁵⁵ *Kuusiniemi* näkee ratkaisun rationaliteetin siinä, että rakennuslupa oikeusharkintaisena oli lähinnä muodollisuus, kun taas hankkeen sallittavuus riippui ensisijaisesti erityislain lupaharkinnasta, jonka tarpeellisuudesta kyseisessä tapauksessa oli ollut virheellinen käsitys.⁵⁶ Lopputulosta on pidetty poikkeuksellisenä.⁵⁷

Joihinkin lakeihin – kuten muinaismuistolakiin – sisältyy säännöksiä, joiden mukaan kilpailutilanteet eri käyttötartpeiden välillä ratkaistaan:

KHO 1973 A II 125: Kunnan pohjavedenottamohankkeen toimeenpanno saattoi tulla koskemaan lähdeä, joka oli muinaismuistolaisa tarkoitettu kiinteä muinaisjäännös. Ennen vesioikeudellisen luvan myöntämistä oli sen selvittämiseksi, ettei hanke ollut muinaismuistolain vastainen, hakijalle varattava tilaisuus esittää selvitys museoviraston kanssa käydyn neuvottelun tuloksesta tai valtioneuvoston ratkaisu asiassa.

Muinaismuistoa vaarantavaa hanketta koskevaa lupahakemusta ei ole mielekästä suoralta kädeltä hylätä, koska hankkeiden eräänlainen etusijajärjestys ratkaistaan MuinaisML 13 §:n mukaisissa neuvotteluissa tai valtioneuvoston päätöksellä.

Mäenpää on todennut, että oikeuskäytännössämme on noudatettu hyvin formaalia tulkintakäytäntöä tilanteissa, joissa lupahakemus olisi edellyttänyt toisen luvan myöntämistä. Mikäli edellytysuhteessa olevaa lupaa ei ole vielä joko myönnetty tai haettu, hakemus on hylätty sillä perusteella, että hakemuksen ratkaisemiseksi ei ole vielä riittäviä edellytyksiä.⁵⁸ Täl-

⁵⁵ Ks. *Kuusiniemen* (1985 s. 102) selostus esitetystä kritiikistä.

⁵⁶ *Kuusiniemi* 1985 s. 104.

⁵⁷ Ks. *KM 1989:52* s. 33. Myös *Vihervuori* (1985 s. 112) pitää ratkaisua ongelmallisena, koska luvat olivat tarpeen toisistaan riippumatta ja rakennusasiassa jouduttiin ottamaan kantaa vesilain kielto-säännöksiin.

⁵⁸ Ks. *Mäenpää* 1992 s. 194–195.

löin hakija on joutunut panemaan edellytysuhteessa olevan luvan vireille, ja vasta saatuaan siihen myönteisen päätöksen panemaan uudelleen vireille ensi vaiheessa hylätyksi tulleen hakemuksen. Mäenpää pitää perustelumpana hallinnon palveluperiaatteen mukaisesti pyytää tarvittavia lisäselvityksiä tai ohjata luvanhakija panemaan vireille samanaikaisesti muut tarvittavat luvat, sekä pyytää tarvittavat lausunnot muilta viranomaisilta.⁵⁹ Nähdäkseni tällaista menettelytapaa edellyttää myös Hall 7 §, jonka mukaan asian käsittely viranomaisessa on pyrittävä järjestämään niin, että hallinnossa asioiva saa asianmukaisesti hallinnon palveluita ja viranomainen voi suorittaa tehtävänsä tuloksellisesti.⁶⁰ Menettelyn asianmukaisuuden kannalta asian selvittäminen ja sisällöllisesti oikean ratkaisun tekeminen ovat vähintään yhtä merkittäviä tavoitteita kuin menettelysäännösten noudattaminen tai hyvä palvelu.⁶¹ Hallintomenettelyn joustamattomuus, kohtuuton vaikeus ja byrokraattisuus ovat esimerkkejä epäasianmukaisesta asian käsittelystä.⁶² Epäasianmukaista on myös asian käsittelyajan pitkittyminen siitä, mitä ”riittävän huolellinen ja asianmukainen käsittely kohtuudella edellyttävät asian erityispiirteet huomioon ottaen”.⁶³ Edellä selostettu formaalinen menettely, jossa hakemus hylätään, koska edellytysuhteessa olevaa lupaa ei ole vielä haettu, on epäasianmukaisen byrokraattinen hakijan kannalta. Se myös pitkittää asian kokonaiskäsittelyaikaa, johon on laskettava koko menettelyn kesto ensimmäisestä hakemuksesta asian uudelleen vireillepanon johdosta annettavaan lopulliseen ratkaisuun.

2.4 Konsumoituminen

Konkurrenssista on erotettava sellaiset tilanteet, joissa luvat tai päätökset *konsumoituvat*, eli joissa yksi lupa tai päätös tekee toisen luvan tarpeettomaksi.⁶⁴ Konsumoituminen edellyttää aina nimenomaista säännöstä.⁶⁵

⁵⁹ Näin jo aiemman hallintomenettelylainsäädännön aikaan *Mäenpää* 1992 s. 196.

⁶⁰ Todettakoon, että säännöstä on moitittu normatiivisesta ohuudesta. Ks. *HaVM* 29/2002 vp ja siitä *Niemivuo – Keravuori* 2003 s. 128.

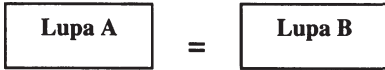
⁶¹ Ks. *Mäenpää* 2003a s. 78, 190.

⁶² Ks. *Mäenpää* 2003a s. 100, 149.

⁶³ Ks. *Mäenpää* 2003a s. 149.

⁶⁴ Ks. *Kuusiniemi* 1985 s. 45–46 sekä *Vihervuori* 1989 s. 134.

⁶⁵ Ks. *Vihervuori* 1984 s. 51 ja *Kuusiniemi* 1985 s. 45 av. 6 viitteineen, s. 46, 54. Ks. myös *Vihervuori* 1989 s. 134.



Kuvio 3. Lupien konsumoituminen.

Eräissä ympäristönkäyttölajeissa on säännöksiä, joiden mukaan kyseisen lain edellyttämää lupaa ei tarvita, jos hankkeeseen on saatu jonkin tietyn lain edellyttämä lupa. Esimerkiksi maa-ainesten ottaminen vesialueelta ei edellytä ottamislupaa MAL 2 §:n mukaan, jos hankkeeseen on saatu vesilain mukainen ympäristölupaviraston lupa tai kyse on rakentamiseen liittyvästä maa-aineksen ostopaikoista, johon on toisen lain nojalla annettu lupa.⁶⁶ Asiatyhteydet edellyttävät, että ottaminen tapahtuu vain konsumoivassa luvassa tarkoitettuun tarkoitukseen kuten tienrakentamiseen, eikä se ei mahdollista muuta maa-aineksen ottamista.⁶⁷ Konsumoitumissäännöksiä onkin tulkittava suppeasti.⁶⁸

Aiemmassa oikeuskäytännössä (KHO 18.1.1984 t. 161) on katsottu rakennuslain nojalla annetulla päätöksellä voitavan poiketa lailla perustetun kansallispuiston rauhoitusmääräyksistä. Voimassa ollut RakL 133 § velvoitti maanomistajan sallimaan rasitetyyppisesti johtojen sijoittamisen maalleen tietyin edellytyksin. Säännöksen mukaan rakennuslautakunta saattoi määrätä johtojen sijoittamisesta, mikäli asianomaiset eivät päässeet asiassa sopimukseen.⁶⁹ Kyseisessä tapauksessa rakennus oli rakennettu kokonaan puiston ympäröimälle kiinteistölle vasta puiston perustamisen jälkeen ja tarve johtojen sijoittamiseen oli syntynyt tässä yhteydessä. KHO katsoi, että hanke ei sen vähäisyyden ja johtojen vetämistavan vuoksi vaikuttanut epäedullisesti kansallispuiston luonnonoloihin, maisemaan tai eläin- ja kasvilajien säilymiseen ja oli olennaisesti vähäisempää, kuin Kolin kansallispuistoa koskevassa asetuksessa (674/1991) tarkoitettu ojittaminen. Tapausta mutkisti se, että kansallispuiston perustamista koskevassa asetuksessa oli kielletty mm. maaperän vahingoittaminen, eikä säännösten mukaan alueen hallinnasta vastaavalla metsäntutkimuslaitoksella ollut valtuuksia antaa lupaa suunniteltuun toimenpiteeseen. Näin katsoi myös ratkaisusta eri mieltä ollut KHO:n jäsen. Päätöstä onkin kirjallisuudessa perustellusti kritisoitu virheelliseksi, sillä siinä rakennuslautakunnan pää-

⁶⁶ Ks. myös *Vihervuori* 1989 s. 132.

⁶⁷ Ks. *Kuusiniemi* 1985 s. 84.

⁶⁸ Ks. *Tarukannel* (1990 s. 250), joka käsitteli RakL:n 5.2 §:n poikkeuslupaa. Luvalla voitiin korvata tietyissä tapauksissa asema- ja rakennuskaava, mutta se ei syrjäyttänyt terveydenhoitolain sijoituslupaa.

⁶⁹ Vastaava säännös sisältyy nykyisin MRL 161 §:ään.

tökselle annettiin toinen merkitys, kuin mikä sillä lain mukaan oli: se miellettiin *julkisoikeudelliseksi luvaksi* poiketa kansallispuiston rauhoitussäännöksistä. Oikeudellisesti se kuitenkin korvasi maanomistajan puuttuvan tahdonilmaisun eli suostumuksen johtojen asettamiseen tiettyyn paikkaan, mitä maa-alueen hallinnasta vastannut viranomainen ei kansallispuiston rauhoitussäännösten nojalla voinut antaa.⁷⁰ Yksinkertaistaen siis rakennuslautakunnan päätöksellä voitiin poiketa lailla perustetun kansallispuiston asetuksella annetuista rauhoitusmääräyksistä. Ilman nimenomaista konsumointisäännöstä rasitteiden asettamista koskevat viranomaispäätökset ovat kuitenkin konkurrenssitilanteessa riippumattomuussuhteessa muihin edellytettyihin lupiin. Rakennuslautakunnan päätöksen ohella johtojen asettaminen olisi edellyttänyt poikkeusta rauhoitussäännöksistä, jonka myöntäminen olisi itse asiassa edellyttänyt kansallispuiston rauhoitussäännöksiä koskevan asetuksen muuttamista.

Yllä esiteltyä KHO:n ratkaisua on tulkittu kolmella vaihtoehtoisella tavalla. Ensinnä KHO saattoi katsoa, että kyseessä ei ollut kansallispuistoa koskevan lainsäädännön kieltämä hanke. Tämä ei kuitenkaan ole kestävä tulkinta, koska maaperän vahingoittaminen on sinänsä kansallispuistoa koskevassa asetuksessa kielletty.⁷¹ Vaihtoehtoisesti on esitetty, KHO otti kantaa ainoastaan rakennuslain säännöksen tulkintaan, eikä rakennuslain ja kansallispuiston perustamislain väliseen kilpailutilanteeseen.⁷² Tällainen tulkinta on oikeudellisen ratkaisutoiminnan vaaran vyöhykettä: jos viranomainen jättää konkurrenssitilannetta koskevassa päätöksessä lausumatta, että hanke edellyttää annetun päätöksen lisäksi luvan poiketa päätösharkinnassa tarkastellun toisen lain säännöksistä, voi syntyä sellainen mielikuva, että tällaista tarvetta ei olisi. *Kuusiniemi* pitääkin tulkintaa vaarallisena sikäli, että luonnonsuojelulliset kysymykset ovat eräänlaisia maankäyttöpäätöksen esikysymyksiä. Tulkintaa ei myöskään tue se, että KHO:n päätös ”näyttää sisältävän sallivan kannan hankkeeseen kokonaisuutena”⁷³. Kolmas ja todennäköisin tulkinta onkin, että ratkaisu on yksittäistapauksellinen kohtuusratkaisu eikä tulkintalinjan ilmaisu, mitä tukee se, että ratkaisua ei löydy KHO:n vuosikirjasta tai atk-rekisteristä.⁷⁴

Sittemmin luonnonsuojelulain uudistamisen yhteydessä rakennuslakiin ja sittemmin maankäyttö- ja rakennuslakiin sisällytetyn viittaussäännök-

⁷⁰ Ks. *Kuusiniemi* 1994 s. 14 ja *Similä* 1997 s. 77.

⁷¹ Ks. tarkemmin *Kuusiniemi* 1994 s. 15, 18.

⁷² Ks. *Kuusiniemi* 1994 s. 19.

⁷³ Ks. *Kuusiniemi* 1994 s. 19 ja *Tarukannel* 1990 s. 260–261.

⁷⁴ Näin *Kuusiniemi* 1994 s. 15.

sen johdosta yllä esitetty ratkaisu ei jäljempänä esitettävällä tavalla ole enää mahdollinen. Kilpailutilanne kansallispuiston rauhoitusmääräysten ja muun maankäytön välillä nousi esiin uudelleen Kolin kansallispuistossa vuonna 1997 yksityistien peruskorjausta koskevan hankkeen yhteydessä. Korkein oikeus päätyi kyseisessä tapauksessa jäljempänä (luku 3.3.1) selostettavalla KHO:n yllämainitusta ratkaisusta poikkeavaan lopputulokseen.

3 KONKURRENSSI LUONNONSUOJELULAIN JA YMPÄRISTÖNKÄYTTÖLAINSAADÄNNÖN VÄLILLÄ

3.1 Ympäristönsuojelulainsäädännön viittaukset luonnonsuojelulakiin

3.1.1 Viittaussäännösten muoto

Luonnonsuojelulain uudistamisen (1096/1996) yhteydessä lukuisiin ympäristönsuojelulakeihin kirjattiin erisisältöisiä viittaussäännöksiä, joiden mukaan kyseisiä lakeja sovellettaessa on otettava huomioon luonnonsuojelulain säännökset. Hallituksen esityksen perustelujen mukaan on ”nimittäin järkevää ja tarkoituksenmukaista, että luonnonsuojelulain vaatimukset otetaan huomioon jo lupamenettelyissä sen sijaan, että lupa mahdollisesti ensin myönnetään ja myöhemmin havaitaan, että luonnonsuojelulaki asettaa esteitä sen toteuttamiselle”⁷⁵. Kuten *Vihervuori* on todennut, olisi ”absurdia” tehdä turhia luparatkaisuja, joita ei voitaisi toteuttaa.⁷⁶

Ympäristönsuojelulainsäädännössä viitataan luonnonsuojelulakiin kolmella eri tavalla:

- a) yleisesti kaikilta osin;
- b) vain tiettyjen säännösten osalta; tai
- c) edellisestä erotuksena Natura 2000 -säännösten osalta.

Yleinen viittaus luonnonsuojelulakiin sisällytettiin MAL 1.2 §:ään (muut. 1098/1996), erämaalain (62/1991) 2 §:ään (muut. 1104/1996) ja VL 1:23 c §:ään (muut. 1105/1996). Niiden mukaan lupa-asiaa ratkaistaessa tai muuta viranomaispäätöstä tehtäessä on noudatettava, mitä luonnonsuojelulaissa

⁷⁵ HE 76/1996 vp perustelut ”Yleistä muista lakiehdotuksista”.

⁷⁶ *Vihervuori* 2000 s. 371.

tai sen nojalla säädetään. YltieL 19 §:n (muut. 1100/1996) mukaan tiesuunnitelmaa valmisteltaessa ja vahvistettaessa, ja yksityistielain (358/1962, YksitTL) 51 b §:n (muut. 1101/1996) mukaan tietoimituksessa on noudatettava, mitä luonnonsuojelulaissa säädetään.⁷⁷

Kiinteän omaisuuden ja erityisten oikeuksien lunastuksesta annetun lain (607/1977, LunL) 5.4 §:n (muut. 1102/1996) mukaan lunastuslupahakemuksen koskiessa sellaista hanketta, jolla ilmeisesti on luonnonsuojelulaissa tarkoitettuja vaikutuksia, on lisäksi noudatettava, mitä luonnonsuojelulaissa ja sen nojalla säädetään. Viittaus oli tarpeen, koska mm. rautatien, kaasujohdon ja maakaasuputken rakentamista koskevat hankkeet ovat luonteeltaan sellaisia, että ne voivat haitallisesti vaikuttaa luonnonsuojelulailla suojeltuihin luonnonarvoihin.⁷⁸

Rakennuslakiin (muut. 1097/1996) ja ympäristölupamenettelylakiin (muut. 1099/1996) tehtiin myös yleinen viittaus luonnonsuojelulain noudattamisesta lupa-asioita ratkaistaessa ja muita viranomaispäätöksiä tehtäessä. Samansisältöiset säännökset sisältyvät kyseiset säädökset kumoneiden MRL 197.1 §:ään ja YSL 41.3 §:ään.

Luonnonsuojelulakiin viitataan ainoastaan tiettyjen säännösten osalta metsälain (1093/1996, MetsäL) 2 §:ssä, jonka mukaan metsän hoitamisessa ja käyttämisessä on metsälain lisäksi noudatettava, mitä luonnonsuojelulaissa säädetään luonnonsuojeluohjelmien oikeusvaikutuksista (9 §), suojelluista luontotyypeistä ja maisemansuojelusta (29–35 §), eläinten ja kasvien rauhoitussäännöksistä (39 ja 42 §), erityisesti suojeltavista lajeista (47–49 §) ja toimenpidekielloista (55 ja 56 §) sekä Natura 2000 -verkostosta (10 luku). Säännöksessä vielä viitataan luonnonsuojelun alueen perustamisen, alueen luonnonsuojelun alueeseen liittäminen ja luonnonmuistomerkin rauhoittamisen osalta luonnonsuojelulain säännöksiin.

Edelleen kaivoslain (503/1965) 71.2 §:n (muut. 1103/1996) mukaan lupasiaa ratkaistaessa ja muuta viranomaispäätöstä tehtäessä sekä muutoin kaivoslain mukaista toimenpidettä suorittaessa noudatetaan kaivoslain lisäksi luonnonsuojelulain Suomea velvoittavia kansainvälisiä luonnonsuojelua koskevia sopimuksia (4 §), luonnonsuojeluohjelmien oikeusvaikutuksia (9 §), suojeltuja luontotyyppisiä (4 luku), maisemansuojelua (5 luku), eläinten ja kasvien rauhoitussäännöksiä (39 ja 42 §), erityisesti suojeltavia lajeja (47–49 §) ja toimenpidekielloja (55 ja 56 §) sekä Natura 2000 -verkostoa (10 luku) koskevia säännöksiä sekä niiden nojalla annet-

⁷⁷ Vastaava säännös yleis- ja tiesuunnitelman osalta sisältyy ehdotetun maantielain (HE 17/2004 vp) 17.4 §:ään.

⁷⁸ HE 79/1996 vp yksityiskohtaiset perustelut LunL 5 §:n osalta. Ks. myös *Kuusiniemi* 1997 s. 38.

tuja säännöksiä. Luonnonsuojelualueella on niin ikään noudatettava, mitä erikseen on säädetty tai määrätty. Keskeisiä kaivoslain mukaisia viranomaispäätöksiä ovat valtaushakemuksen hyväksyminen ja kaivospiirin määrittäminen. KHO onkin palauttanut 30.1.1997 tehdyn valtauskirjojen myöntämispäätöksen kauppa- ja teollisuusministeriölle, joka yhtäältä oli riittävästi selvittänyt ja harkinnut asiaa poronhoitolain (848/1990) 2.2 §:n ja poronhoidon turvaamisen kannalta, ja toisaalta jättänyt huomiotta luonnonsuojelulain voimaantulon ja kaivoslain 71.2 §:n muutoksen merkityksen asian ratkaisun kannalta (KHO 1999:14).

Konkurrenssin kannalta metsälakiin ja kaivoslakiin tehtyjen viittaus-säännösten rajoituksilla ei ole tosiasiallista merkitystä, koska asiallisesti konkurrenssi ilmenee juuri viitattujen säännösten soveltamisen yhteydessä. Niiden ulkopuolelle ei jää luonnonsuojeluviranomaisen sallivaa päätöstä edellyttävistä toimista mitään ympäristönkäyttöön sinänsä liittyviä toimia.⁷⁹ Teoriassa metsälain ja kaivoslain nojalla voitaisiin antaa viittaus-säännöksen ulkopuolelle jääneen luonnonsuojelulain säännöksen kanssa ristiriitainen päätös. Luonnonsuojelulain säännöksen kieltämän toiminnan toteuttaminen kuitenkin edellyttäisi poikkeusta luonnonsuojelulain säännöksistä (ks. jäljempänä luku 3.4).

MRL 197.1 §:ssä viitataan kaavoituksen osalta ainoastaan Natura 2000 -säännöksiin. Säännöksen sanamuodon ja hallituksen esityksen perustelujen mukaan kaavapäätöksissä ei tarvitse noudattaa luonnonsuojelulakia muutoin kuin Natura 2000 -säännösten osalta, eli esim. lain 49.1 §:n mukaista luontodirektiivin liitteen IV (a) lajien kuten liito-oravien tai pienlepakkojen lisääntymis- ja levähdyspaikkojen hävittämis- ja heikentämiskieltoa ei tarvitse noudattaa kaavan hyväksymisessä. Asiallisesti kaavoituksen sisällölliset vaatimukset MRL 28 §:ssä, 39 §:ssä, 54 §:ssä ja 73 §:ssä edellyttävät luonnonsuojelunäkökohtien huomioon ottamista kaavan laatimisessa. Oikeuskäytännössä suoraan lain nojalla voimassa olevan suojelun ja uuden kaavahankkeen välinen konkurrenssi on ratkaistu luonnonsuojelulain hyväksi sillä perusteella, että kaavan laatimisessa tehdyt selvitykset eivät ole olleet riittäviä silloisen rakennuslain mukaisesti arvioiden:

KHO 2002:78: KHO katsoi, että LSL 49.1 §:n vaatimukset tiettyjen lajien eläinten luonnossa selvästi havaittavien lisääntymis- ja levähdyspaikkojen hävittämis- ja heikentämiskielto on RakL 1.4 §:n mukaan otet-

⁷⁹ Viitattujen säännösten ulkopuolelle jäävät luonnonsuojeluviranomaisen lupapäätöksistä LSL 36 §:n mainos- ja kieltotaulusäännökset ja 44–45 §:n maahantuonti- ja maastavientisäännökset sekä 43 §:n vierasperäisten eläin- ja kasvilajien luontoon päästämistä koskeva säännös, jonka soveltamisen ulkopuolelle on säännöksessä itsessään rajattu metsätalous.

tava huomioon kaavaa hyväksyttäessä ja vahvistettaessa sekä muun muassa asemakaavaa alueelle hyväksyttäessä ja rakennuslupia myönnettäessä. RakL 22.2 §:n mukaan yleiskaavalla on myös edistettävä luonnonsuojelun kannalta arvokkaiden luontotyyppien sekä luonnonvaraiselle eläimistölle ja kasvistolle tärkeiden luonnon ominaispiirteiden säilymistä. KHO katsoi, että laajojen ja muusta asutuksesta erillään olevien alueiden osoittaminen asuntorakentamiseen silloin, kun alueilla on tehty liito-oravahavaintoja, edellyttää liito-oravalle tarpeellisten kulkureittien selvittämistä ja selvitystä vielä siitä, miten liito-oravan selvästi luonnossa havaittavien lisääntymis- ja levähdyspaikkojen säilyminen kaavaa toteutettaessa voidaan turvata ja sovittaa yhteen liito-oravan suojele muiden maankäyttötarpeiden kanssa. Kaavaa laadittaessa ei kuitenkaan ollut tarpeellisessa määrin selvitetty edellä tarkoitettuja seikkoja. Näissä oloissa ei ollut myöskään riittäviä edellytyksiä arvioida sitä, täytävätkö aluevaraukset RakL 22.2 §:n vaatimukset.

Hallberg et al. katsovat, että myöskään kaavaa ei voida vahvistaa, jos se johtaa luonnonsuojelulain suojeluelvoitteiden rikkomiseen.⁸⁰ KHO on samoin seuraavassa ratkaisussaan edellä esitettyyn nähden yllättävästi ja viittaussäännöksen vastaiseksi katsottavalla tavalla ottanut kannan, että luonnonsuojelulain muutkin kuin Natura 2000 -säännökset on otettava kaavaa hyväksyttäessä huomioon:

KHO 25.10.1999 t. 2853 (Irs): Ympäristökeskus oli jättänyt rantakaavan osittain vahvistamatta kolmen rakennuspaikan osalta sillä perusteella, että mainitut rakennuspaikat sijaitsivat luontodirektiivin liitteen IV (a) lajin isoapollon (*Parnassius apollo*) lisääntymispaikkana, jota koskee luonnonsuojelulain 49.1 §:ssä tarkoitettu lisääntymis- ja levähdyspaikkojen hävittämis- ja heikentämiskielto. Ympäristökeskuksen päätöksen perustelujen mukaan rakentaminen vahvistamatta jätetyille rakennuspaikoille vaarantaisi isoapollon lisääntymispaikan säilymistä. Isoapollon toukkia oli havaittu eri puolilla selvityksen kohteena ollutta aluetta (yhteensä noin 40–45 hehtaaria), josta noin 16 hehtaaria oli kyseisellä kaava-alueella. Rantakaavassa oli isoapollon suojelemista varten kaavamääräys (sl), jonka mukaan tietyillä alueilla kasvillisuus ja eläimistö on säilytettävä, ja joilla ennen kuin mahdollisia toimenpiteitä oli mainitun hankittava ympäristönsuojeluviranomaisen lausunto. Vahvistamatta jätettyjen rakennuspaikkojen ohjeelliset rakennusalat sijaitsivat isoapollon lisääntymispaikka-alueella. Muuta osaa rakennuspaikkojen alueesta koski kokonaan tai osittain edellä mainittu suojelumääräys (sl). Rakennuspaikat olivat kooltaan keskimäärin noin 5 000–6 000 neliometriä. KHO katsoi, että LSL 49.1 §:n vaatimukset on otettava huomioon jo rantakaavaa vahvistettaessa. Kun kuitenkin otettiin huo-

⁸⁰ Ks. *Hallberg et al.* 2000 s. 649.

mioon isoapollon lisääntymispaikkojen sijainti alueella ja näiden alueiden koko, mahdollisuus määrätä tarkemmin rakennusalojen sijoittamisesta rakennuspaikalla sekä kaavassa jo annettu suojelumääräys (sl), KHO katsoi, ettei rakennuspaikkoja ollut voitu jättää vahvistamatta ympäristökeskuksen päätöksessä mainituilla perusteilla, joten se kumosi ympäristökeskuksen päätöksen ja palautti asian tältä osin ympäristökeskuskelle uudelleen käsiteltäväksi.

Kaavoituksen toteuttaminen tapahtuu rakennuslupien tai muiden viranomaispäätösten kautta, jolloin myös muut luonnonsuojelulain säännökset on otettava päätöksenteossa huomioon. Esimerkiksi ratkaisussa KHO 14.5.2002 t. 1106 tarkoitetussa tapauksessa on olemassa vuonna 1986 vahvistettu asemakaava, jossa LSL 49.1 §:ssä tarkoitetun liito-oravan lisääntymis- ja levähdyspaikan alue on osoitettu asuinrakennusten korttelialueeksi. Kaavan perusteella ei kuitenkaan voida myöntää rakennuslupaa, jos rakentaminen aiheuttaisi LSL 49.1 §:ssä kiellettyjä seurauksia. Ratkaisussaan KHO totesi, että alueen lunastamista koskeneen aloitteen hylkäämisellä ei ollut ratkaistu tai voitu ratkaista, mitä rajoituksia luonnonsuojelulain nojalla kohdistuu kyseisen alueen maankäyttöön tai rakentamiseen.

3.1.2 Luonnonsuojelulain vastaisuus

Luonnonsuojelulain vastaisuus liittyy lain velvoittaviin säännöksiin, joita pääsääntöisesti tehostavat luonnonsuojelulaissa tai rikoslain (39/1889, RL) 48:5 §:ssä (1108/1996) annetut sanktiosäännökset. Luonnonsuojelulain vastaisuus liittyy myös Natura 2000 -verkostoa koskeviin säännöksiin. On kuitenkin huomattava, että LSL 65 §:n mukaisen arviointivelvollisuuden laiminlyönti ei ole rikoslain nojalla rangaistavaa, sillä RL 48:5 teonkuvaus koskee ”hävittämistä” tai ”turmelemista” eli lainsäännösten rikkomista aktiivisella toiminnalla.⁸¹ Myöskään LSL 58 §:n rangaistussäännökset eivät ulotu henkilön passiivisuuteen, vaikka lain sanamuodosta niin saattaisi voida päätellä.⁸² Arvioinnin suorittamisen laiminlyönti ei siten ole rangaistavaa, mutta siitä voi seurata uhkasakon asettaminen ja sen tuomitseminen maksettavaksi, jos laiminlyöntiä ei korjata asetetussa määräajassa. Natura 2000 -verkoston säännökset kohdistuvatkin viranomaispäätöksen-

⁸¹ Ks. *Pirjatanniemi* (2001 s. 129), jonka mukaan teonkuvaus täyttyy, jos esim. laji häviää esiintymispaikasta jonkin ”toimenpiteen” seurauksena.

⁸² Vrt. *Kokko* (2003 s. 270), joka katsoo, että ”mikäli LSL 65 §:n mukainen arviointivelvollisuus jätetään suorittamatta, tai LSL 66.1 §:n mukaista päätöstä” (luvan epäämisestä) ”rikotaan tahallaan tai huolimattomuudesta, voi näistä laiminlyönneistä aiheutua LSL 58.2 §:n 1 kohdan mukaisesti luonnonsuojelurikkomus”.

tekoon,⁸³ ja sääntelevät konkurrensia päätöksentekomenettelynä. Luonnonsuojelulain ei-velvoittavia säännöksiä ei oteta huomioon päätöksen luonnonsuojelulain vastaisuutta arvioitaessa. Esimerkiksi LSL 5 §:n suotuisan suojelutason vastaisuus yleisesti arvioiden ei muodosta estettä luvan myöntämiselle, koska kyseiseen tavoitteelliseen säännökseen ei liity oikeusvaikutuksia.⁸⁴

Luonnonsuojelulain vastaisuutta arvioitaessa nousee esiin myös luonnonsuojelun alueellinen ulottuvuus. Luonnonsuojelualueiden suojelusään-
nökset kieltävät suojelun kannalta haitallisten toimien tekemisen *alueella*, vaikka merkittäviä haitallisia vaikutuksia voidaan saada aikaan alueen ulkopuolisilla toimilla.⁸⁵ Sen sijaan moderneiksi luonnehdittavat Natura 2000 -verkostoa, suojeltuja luontotyyppettä sekä erityisesti suojeltavien lajien ja luontodirektiivin liitteen IV a lajien esiintymispaikkoja koskevat säännökset eivät rajaudu mihinkään fyysiseen rajaan haitallisia vaikutuksia aiheuttavien toimien suorittamisen osalta. Osoitettavissa oleva raja koskee ainoastaan haitallisten vaikutusten ilmenemistä eli toisaallakin suoritettavat toimet ovat kiellettyjä, jos ne aiheuttavat osoitetulla alueella suojelluille luonnonarvoille kiellettyjä seurauksia.⁸⁶ Osittain luonnonsuojelualueiden rauhoitusmääräysten ulottuvuuden rajaa koskeva ongelma on ratkennut sitä kautta, että valtion luonnonsuojelualueet kuuluvat pääosin Natura 2000 -verkostoon, joten alueiden valinnan perusteena olevia luonnonarvoja heikentävät toimet tulevat LSL 65–66 §:n mukaisessa päätöksenteossa arvioiduiksi, vaikka ne suoritettaisiin alueen ulkopuolella. Sen sijaan Natura 2000 -verkostoon kuulumattomien alueiden ja Natura 2000 -verkostoon valittujen alueiden muut kuin alueen valinnan perusteena olevat luonnonarvot eivät saa luonnonsuojelulain suojaa alueen ulkopuolella suoritettavia toimia vastaan. Niiden osalta suojelualueen ulkopuolella suoritettavien hankkeiden osalta kyseessä ei ole luonnonsuojelulain vastaisuus, eikä tässä artikkelissa käsiteltävä konkurrensi tule kyseeseen.

KHO 2004:52: Tekopohjavesihankkeen varsinaiset toimenpiteet eli veden pumppaaminen suoritettiin Natura 2000 -verkostoon kuuluvan alueen ulkopuolella, mutta vaikutukset aiheutuivat Natura 2000 -verkoston alueella.

⁸³ Ks. mm. *Kuusiniemi* 2000 s. 27–28, 37. Vrt. *Pirjatanniemi* (2001 s. 122), joka virheellisesti katsoo, että Natura 2000 -alueilla olisi toimenpiderajoitus valtioneuvoston päätöksensä lähtien.

⁸⁴ Ks. *Tolvanen* 1998 s. 242 ja *Hallberg et al.* 2000 s. 649.

⁸⁵ Ks. *Vihervuori* 2000 s. 364–365.

⁸⁶ Ks. keskustelusta *Suvantola* 2003b s. 670 alaviitteineen.

Mikäli kyseessä olisi luonnonsuojelualue, olisi hankkeen suorittamisalueen tulkinnalla ratkaiseva merkitys sille, pitäisikö veden pumppaamista koskevassa lupa-asiassa arvioida luonnonsuojelulain vastaisuutta. Nähdäkse- ni tekopohjavesihankkeen toteuttaminen olisi syytä ymmärtää tekoaltai- den tavoin siten, että koko vaikutusalue, jolla (pohja)vedenpintaa noste- taan, on hankkeen suoritusalue, eikä ainoastaan pumppauspaikka, joka rinnastuu padon sijaintiin. Sekä patoaminen että pumppaaminen nostaa vettä koko alueelle (tekopohjavesihankkeessa maan pinnan alapuolella), jolloin koko vaikutusalue on pidettävä hankkeen suorittamisalueena. Näin ollen myös hankkeen vaikutusalueella sijaitsevan luonnonsuojelualueen rauhoitusmääräyksistä aiheutuva luonnonsuojelulain vastaisuus tulisi ar- vioida tekopohjavesihanketta koskevassa päätöksenteossa. Esimerkiksi LSL 13 §:n mukaisten kansallis- ja luonnonpuistojen rauhoitussäännösten mu- kaan on kiellettyä vahingoittaa kallio- tai maaperää, tai ryhtyä muihin- kaan kuin säännöksessä lueteltuihin toimiin, jotka vaikuttavat epäedulli- sesti mm. alueen luonnonoloihin. Maaperän kosteustasapaino on olennai- nen osa luontotyyppien ominaisuuksia, ja sen horjuttaminen saattaa vai- kuttaa haitallisesti luontotyyppin ja siitä riippuvaisen lajiston säilymiseen.

3.2 Konkurrenssi Natura 2000 -säännösten osalta

3.2.1 Päätöksentekomenettely

Natura 2000 -verkoston suojelusäännösten ja ympäristönkäyttöhankkeiden tai -suunnitelmien välistä konkurrenssia koskevat luontodirektiivin 6.3– 6.4 artiklan selkeät menettelysäännökset, jotka on implementoitu LSL 65 ja 66 §:ssä. Ne sääntelevät päätöksentekoa tilanteissa, joissa jokin hanke tai suunnitelma voi merkittävästi heikentää Natura 2000 -verkostoon ehdo- tetun tai sisällytetyn SCI-alueen (site of community interest, luontodirek- tiivin perusteella ehdotettu yhteisön tärkeänä pitämä alue) tai SPA-alueen (special protection area, Euroopan yhteisöjen neuvoston luonnonvaraisten lintujen suojelusta antaman direktiivin [79/409/ETY, lintudirektiivi] pe- rusteella ilmoitettu erityinen suojelualue) niitä luonnonarvoja, joiden pe- rusteella alue on valittu verkostoon. Säännökset soveltuvat täysin vain sel- laisiin hankkeisiin tai suunnitelmiin, jotka edellyttävät viranomaisen lupaa tai hyväksyntää. Sellaisiin hankkeisiin tai suunnitelmiin, jotka edellyttävät ennakkollista ilmoitusta viranomaiselle, säännökset soveltuvat ainoastaan vaikutusten arvioinnin osalta, ja muihin ne eivät käytännössä sovellu.⁸⁷

⁸⁷ Ks. laajemmin mm. Suvantola 2003a s. 38–43 viitteineen sekä vesilain ja metsälain *de lege ferenda* -suositukset s. 167.

Natura 2000 -verkostoon ehdotetun tai sisällytetyt alueen valinnan perusteena olevia luonnonarvoja todennäköisesti merkittävästi heikentävän hankkeen tai suunnitelman vaikutukset on LSL 65.1 §:n nojalla arvioitava asianmukaisesti.⁸⁸ Euroopan yhteisöjen tuomioistuin on ratkaisussaan 7.9.2004 (C-127/02) katsonut, että harkinnassa on noudatettava varovaisuusperiaatetta. Sen mukaan hankkeen vaikutukset Natura 2000 -verkostoon kuuluvan alueen koskemattomuuteen voidaan jättää arvioimatta ainoastaan sellaisessa tilanteessa, että ”ei ole olemassa mitään tieteelliseltä kannalta järkevää epäilyä tällaisten vaikutusten aiheutumatta jäämisestä”.⁸⁹ Valvovana viranomaisena toimii LSL 65.1 §:n mukaan lupaviranomainen tai suunnitelman hyväksyvä tai vahvistava viranomainen.⁹⁰ LSL 66.1 §:n mukaan viranomainen ei saa myöntää lupaa hankkeen toteuttamiseen taikka hyväksyä tai vahvistaa suunnitelmaa, jos lain 65 §:ssä tarkoitettu arviointi- ja lausuntomenettely osoittaa, että hanke tai suunnitelma heikentää merkittävästi⁹¹ niitä luonnonarvoja, joiden suojelemiseksi alue on sisällytetty tai on tarkoitus sisällyttää Natura 2000 -verkostoon.⁹² Ratkaisun hankkeen tai suunnitelman aiheuttamien heikentävien vaikutusten merkittävydestä tekee lupaviranomainen tai suunnitelman hyväksymis- tai vahvistamispäätöksen tekevä viranomainen. Viranomaisiksi katsotaan valtion ja kunnan lupaviranomaiset, mutta myös tuomioistuimet, jotka käsittelevät lupa- tai suunnitelman hyväksymis- tai vahvistamisasioita sekä julkista valtaa käyttävät yhteisöt ja toimielimet kuten metsäkeskukset.⁹³ Ratkaisun on perustuttava arviointi- ja lausuntomenettelyyn.⁹⁴

⁸⁸ Ks. laajemmin *Suvantola* 2003a s. 52–54 viitteineen.

⁸⁹ EYTI 7.9.2004, asia C-127/02 Landelijke Vereniging tot Behoud van de Waddensee ja Nederlandse Vereniging tot Besherming van Vogels v. Staatssecretaris van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij (<http://curia.eu.int/jurisp>, 28.9.2994).

⁹⁰ Ilmoitusvelvollisen hankkeen tai suunnitelman osalta ilmoituksen vastaanottava viranomainen eli esim. metsäkeskus ryhtyy toimivallassaan oleviin toimenpiteisiin hankkeen tai suunnitelman toteuttamisen keskeyttämiseksi ja tiedottaa metsänkäsittelyilmoituksesta alueelliselle ympäristökeskukselle, jos hankkeella on 65.1 §:ssä tarkoitettuja vaikutuksia.

⁹¹ Luonnonsojuelulakia muutettiin Natura 2000 -verkoston luvan myöntämis- ja suunnitelman hyväksymis-/vahvistamiskynnyksen sekä tarkasteltavia luontotyyppejä ja lajeja koskevien säännösten osalta lailla 371/1999, joka tuli voimaan 1.4.1999. Tässä yhteydessä en käsittele laajemmin muutosta tai sen taustaa, vaan viittaan *Kallion* (2001 s. 187) ja *Kuusiniemen* (2000 s. 32) asiasta lausumaan.

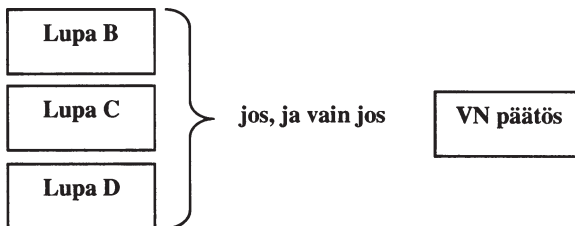
⁹² Vrt. *Belinskij* (2004 s. 52, 66–67), joka katsoo, että päätöksentekomenettelyssä tehdään lupaviranomaisen heikentämiskieltopäätös, mikäli lupa olisi myönnettävissä hankkeeseen soveltuvan ympäristönkäyttölainsäädännön nojalla, mutta LSL 66.1 §:n säännöksen johdosta lupaa ei voitaisi myöntää. Hän katsoo, että tällaisen päätöksen tulisi olla valituskelppoinen.

⁹³ Ks. *HE 79/1996 vp* yksityiskohtaiset perustelut 66 § ja *Kuusiniemi* 2000 s. 28.

⁹⁴ Ks. *Similä* 1997 s. 244 ja *Kuusiniemi* 2000 s. 29.

Kun kyseessä on erittäin tärkeän yleisen edun kannalta pakottavasta syystä toteutettava hanke tai suunnitelma, jolle ei ole olemassa vaihtoehtoa, se voidaan kuitenkin sallia LSL 66.2 §:n nojalla. Tämä edellyttää, että valtioneuvosto yleisistunnossaan tekee asian luonnetta koskevan periaatteellisen päätöksen (jäljempänä valtioneuvoston Natura 2000 -suojelusta poikkeamisen edellytykset toteava päätös). Valtioneuvosto voi arvioida vain osan hankkeesta olevan luonteeltaan yhteiskunnallisesti riittävän merkittävä suojelusta luopumiseen, ja todeta joltain osin, että hanke ei ole riittävän merkittävä.⁹⁵

Menettelysäännökset asettavat Natura 2000 -verkostoa merkittävästi heikentävän hankkeen tai suunnitelman hyväksymisen edellytykseksi sen, että valtioneuvosto tekee ensin päätöksen LSL 66.2 §:n nojalla. Vasta sen jälkeen voidaan tehdä päätös sovellettavan aineellisen lainsäädännön nojalla. Kyseessä on siis *edellytysuhde* LSL 65–66 §:ien hyväksi. Valtioneuvosto arvioi hankkeen merkittävyyttä vain kerran periaatteellisena ratkaisuna koko hankkeen tai suunnitelman osalta, vaikka hankkeeseen tarvittaisiin useita eri lupia tai esimerkiksi kaavallisia ratkaisuja. Valtioneuvoston Natura 2000 -suojelusta poikkeamisen edellytykset toteava päätös on edellytysuhteessa kaikkiin tarvittaviin ympäristönkäyttöpäätöksiin.



Kuvio 4. LSL 66 §:n mukainen Natura 2000 -alueen valinnan perusteena oleviin luonnonarvoihin merkittävästi haitallisesti vaikuttavien hankkeiden ja suunnitelmien edellyttämien lupien (luvat B, C, D) edellytysuhde valtioneuvoston 66.2 §:n mukaiseen päätökseen (VN päätös).

Valtioneuvoston harkittavaksi ei ole mielekästä viedä sellaista hanketta tai suunnitelmaa, jonka osalta LSL 66 §:ssä säädettyjä edellytyksiä hankkeen tai suunnitelman toteuttamisen sallimiselle ei ole olemassa. Tällaisia ovat esimerkiksi ainoastaan yksityistä etua palvelevat hankkeet tai suunnitelmat (yksityistie, yksityinen asuinrakennus) tai hankkeet, joiden osalta on

⁹⁵ Ks. *Similä* 1997 s. 248.

tiedossa toteutettavissa oleva vaihtoehto.⁹⁶ Päätöksentekijäviranomainen voi evätä luvan tai jättää suunnitelman hyväksymättä, mikäli hanke tai suunnitelma heikentää merkittävästi Natura 2000 -verkostoon kuuluvan alueen luonnonarvoja, ja mikäli heikentämiskiellosta ei voida myöntää poikkeusta, koska hankkeelle on olemassa vaihtoehto tai koska se on luonteeltaan vain yksityiseen etuun liittyvä.⁹⁷ Lähtökohtaisesti ratkaisevaa asian viemiselle valtioneuvoston käsiteltäväksi on hakijan tahto saada asiassa valtioneuvoston ratkaisu. Viranomaisen tulisi kuulla asianosaista ennen asian käsittelyn siirtämistä valtioneuvostolle.⁹⁸ Mikäli hakija ei halua saada valtioneuvoston Natura 2000 -suojelusta poikkeamisen edellytykset toteavaa päätöstä, viranomaisen on annettava päätös luvan epäämisestä heikentämiskiellon vuoksi.

Luontodirektiivin perusteella verkostoon ehdotettujen alueiden eli SCI-alueiden osalta valtioneuvoston päätökselle on lisäedellytyksiä, mikäli hankkeen tai suunnitelman haitalliset vaikutukset kohdistuisivat alueelle, jolla on ensisijaisesti suojeltavia luontotyyppisiä tai lajeja.⁹⁹ Tällaisessa tilanteessa hankkeen tai suunnitelman on liityttävä ihmisten terveyteen, yleiseen turvallisuuteen tai ympäristölle muualla koituihin erittäin merkittäviin suotuisiin vaikutuksiin. Muusta yleisen edun kannalta pakottavasta syystä toteutettavien hankkeiden tai suunnitelmien – kuten energiahuolto- tai liikennehankkeiden – osalta on komissiolta pyydettävä lausunto sen arvioimiseksi, onko hanke erittäin tärkeän yleisen edun kannalta pakottavasta syystä toteutettava. Komission lausunto ei sido valtioneuvostoa, mutta se ohjanee vahvasti päätöksentekoa.

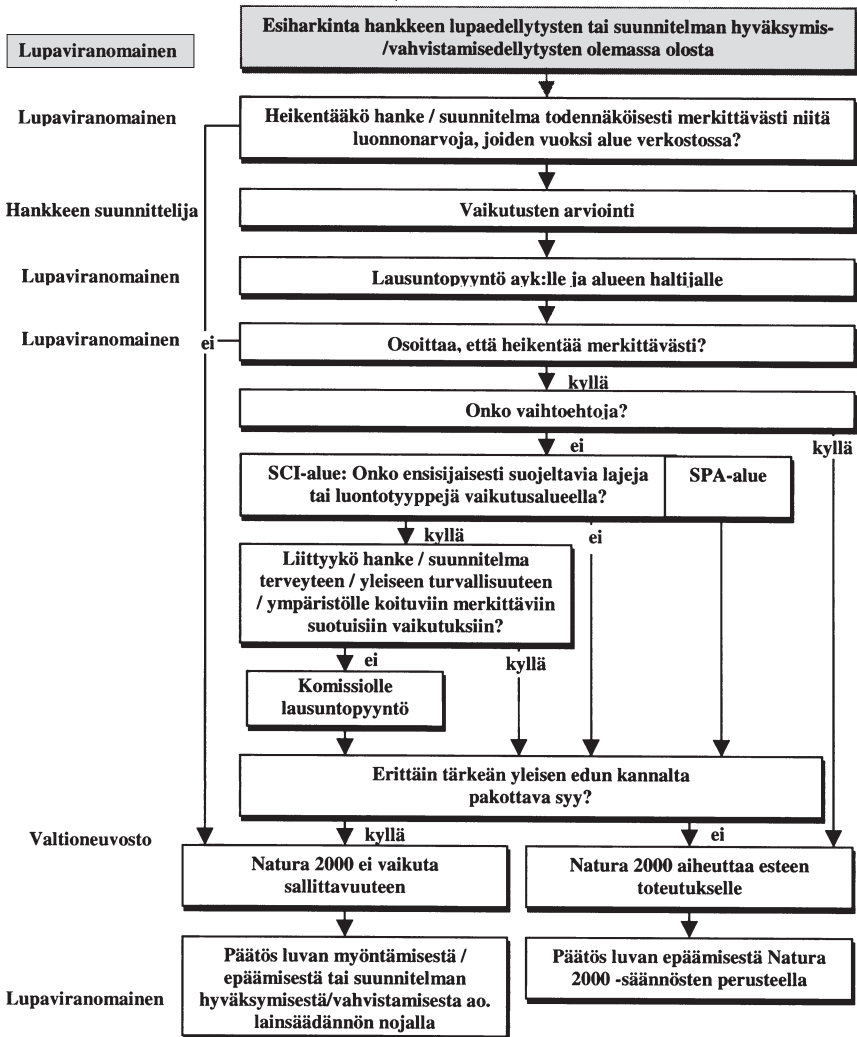
⁹⁶ Ks. oikeudellisten edellytysten osalta *Suvantola* 2003b s. 684, 686.

⁹⁷ Ks. *Suvantola* 2003a s. 59.

⁹⁸ Ks. *Kuusiniemi* 2000 s. 30. Vrt. *Belinskij* (2004 s. 57), joka ilmeisesti katsoo, että kyseessä olisi kaksi erillistä lupaprosessia, ja jotka molemmat panee vireille luvanhakija, sen sijaan, että lupaviranomainen siirtäisi alkuperäisen lupa-asian käsittelyn valtioneuvostolle.

⁹⁹ LSL 66.3 §:n sanamuodon mukaan säännöstä sovelletaan, jos alueella on ensisijaisesti suojeltava luontotyyppi tai laji. Koska Natura 2000 -verkoston alueiden koko saattaa olla satoja neliökilometrejä ja vaikutukset saattavat kohdistua vain muihin kuin ensisijaisesti suojeltaviin lajeihin tai luontotyypeihin, ei ole mielekäästä, että säännöstä tulkittaisiin sanamuodon mukaisesti. Sen on katsottava tarkoittavan, että merkittävien haitallisten vaikutusten alueella on ensisijaisesti suojeltavia lajeja tai luontotyyppisiä. *Komission* (Natura 2000 -alueiden suojelu ja käyttö 2000 s. 48) tulkinnan mukaan on kohtuullista katsoa, että säännöstä ei sovelleta, mikäli suunnitelma tai hanke ei vaikuta millään tavoin ensisijaisesti suojeltavaan lajiin tai luontotyyppiin. Säännöstä on kuitenkin nähdäkseni sovellettava tilanteeseen, jossa merkittävät heikennykset kohdistuvat muihin kuin ensisijaisesti suojeltaviin lajeihin tai luontotyypeihin, mutta jonkinlaisia heikennyksiä kohdistuu myös ensisijaisesti suojeltaviin lajeihin tai luontotyypeihin.

Valtioneuvoston päätöksen jälkeen asia palaa päätöksentekijäviranomaiselle. Jos valtioneuvosto ei pidä hankkeen tai suunnitelman yhteiskunnallista merkitystä riittävänä, viranomaisen epää luvan tai jättää suunnitelman hyväksymättä tai vahvistamatta. Jos valtioneuvosto katsoo hankkeen yhteiskunnallisen merkityksen riittäväksi, viranomaisen käsittelee hakemuksen tai suunnitelman muun lainsäädännön asettamien edellytysten osalta.



Kuvio 5. Natura 2000 -verkostoon mahdollisesti vaikuttavia hankkeita tai suunnitelmia koskeva päätöksentekomenettely.

Päätöksentekomenettelyn rationaalisuus edellyttää, että hankkeeseen tai suunnitelmaan soveltuvan lainsäädännön asettamien edellytysten olemassaolo on täytynyt harkita jo ennen asian siirtämistä valtioneuvostolle, vaikka muodollisesti niihin otetaan kantaa vasta lopullisessa päätöksessä (ks. kuvio 5).¹⁰⁰ Olisi epämieliekästä, että ensinnä hakija velvoitettaisiin teettämään vaikutusarvio ja toiseksi valtioneuvosto tekisi LSL 66.2 §:ssä tarkoitetun päätöksen, mutta lupa lopulta evättäisiin tai suunnitelma hylättäisiin sillä perusteella, että sovellettavan lainsäädännön asettamia edellytyksiä luvan myöntämiselle tai suunnitelman hyväksymiselle tai vahvistamiselle ei ole olemassa. Seuraavissa tapauksissa sovellettavan lainsäädännön lupaedellytykset päätökselle eivät täytyneet, joten Natura 2000 -verkostoa koskevat säännökset eivät tulleet harkittaviksi.

KHO 6.3.2001 t. 391: Turvetuotantoalueen kuivatusvesien johtaminen Natura 2000 -verkostoon ehdotettuun vesistöön olisi heikentänyt merkittävästi luonnonarvoja sekä vesistön kala- ja rapukantoja. Toimenpiteestä aiheutuvaa haittaa ei voitu katsoa saatavaan etuun verrattuna suhteellisen vähäiseksi eikä toimintaa voitu harjoittaa vastaanottavan vesistön kannalta riittävän haitattomasti eikä hakemukseen VL 10:24.1 §:n nojalla voitu näin ollen suostua.

KHO 2002:86: Pohjois-Suomen vesioikeus katsoi, ettei yhteensä 242 km² suuruisen Vuotoksen tekoaltaan ja voimalaitoksen rakentamisesta ja vesistön säännöstelystä aiheutunut sellaisia VL 2:5 §:ssä (467/1987) tarkoitettuja seurauksia, että lupa olisi evättävä. Suoritettuaan VL 2:6 §:ssä (264/1961) tarkoitetun intressivertailun, vesioikeus myönsi luvan hakemukseen liitetyn suunnitelman mukaisesti. Vaasan HaO kumosi vesioikeuden päätöksen ja hylkäsi lupahakemuksen, koska kokonaisuutena arvioiden hankkeen vaikutukset olivat sellaisia VL 2:5 §:ssä tarkoitettuja huomattavia ja laajalle ulottuvia vahingollisia muutoksia ympäristön luonnonsuhteissa ja vesiluonnossa ja sen toiminnassa, jotka estivät luvan myöntämisen. KHO katsoi, että hankkeen vaikutuksia, kun otettiin huomioon niiden laaja-alaisuus sekä erityisesti niiden syvälekäyvyys ja pysyvyys allasalueella ja allasalueella olevat luontoarvot, oli pidettävä VL 2:5 §:ssä tarkoitettuina huomattavina ja laajalle ulottuvina vahingollisina muutoksina ympäristön luonnonsuhteissa ja vesiluonnossa ja sen toiminnassa. KHO pysytti HaO:n päätöksen lopputuloksen. Koska asia ratkaistiin VL 2:5 §:n nojalla, ei VL 2:6 §:ssä tarkoitettua intressivertailun suorittamista ollut tarpeen (äänestys 6–1).

KHO 3.12.2002 t. 3186: Poikkeus RakL 6 a §:n kiellosta olisi tuottanut huomattavaa haittaa kaavoituksen toteuttamiselle ja vaikeuttanut vähäistä

¹⁰⁰ Myös *Belinskij* (2004 s. 55) pitää tarpeellisenä ensin harkita lupahakemusta siihen sovellettavan ympäristönkäyttölainsäädännön nojalla.

enemmän luonnonsuojelun tavoitteiden saavuttamista, kun rakennus olisi sijoitettu ainoalle tilaan kuuluvalla kovan maan paikalle, joka on kokonaisuudessaan suo- ja vesialueiden ympäröimä, ja 6 metrin etäisyydelle Kurjenrahkan kansallispuiston rajasta. Seutukaavassa tila ja lähes kaikki saman järven ranta-alueet on osoitettu suojelualueeksi, joiden suojele oli tarkoitus toteuttaa perustamalla luonnonsuojelualueeksi luonnonsuojelulain nojalla (SU 1–400). Alue kuului Natura 2000 -verkostoon ehdotettuun alueeseen. KHO hylkäsi hakemuksen poikkeuksesta RakL 132.1 §:n nojalla.

Valtioneuvoston Natura 2000 -suojelusta poikkeamisen edellytykset toteava päätös ei ensin mainitussa tapauksessa KHO 6.3.2001 t. 391 olisi mahdollistanut hankkeen toteuttamista, koska vesilain säännökset eivät salli luvan myöntämistä. Vuotosta koskevassa tapauksessa KHO 2002:86 todettiin, että riippumatta siitä, onko direktiivillä välitön vaikutus, yhteisöoikeudellisesti merkityksellistä kansallista lainsäädäntöä on tulkittava direktiivin sanamuodon ja päämäärän valossa, ja että myös sellaiselle kansalliselle oikeudelle, joka on säädetty jo ennen direktiivin voimaantuloa, tai jonka säätämällä ei ole tavoiteltu direktiivin mukaista oikeustilaa, on mahdollisuuksien mukaan annettava direktiivin sanamuodon ja päämäärän mukainen sisältö.¹⁰¹ Tästä lausumasta huolimatta KHO ei joutunut ottamaan kantaa luontodirektiivin soveltamiseen, sillä lupa-asia ratkesi suoraan vesilain säännösten perusteella.

3.2.2 Lupamenettelyn yhteys korvaussäännöksiin

Valtion korvausvelvollisuudesta Natura 2000 -verkoston suojelusäännösten aiheuttamista haitoista säädetään LSL 53.4 §:ssä. Erikseen asiasta on säädetty yksityistielaisissa (muut. 371/1999) sekä maankäyttö- ja rakennuslaissa.

Valtio korvaa LSL 53.4 §:n mukaan maanomistajalle¹⁰² tai erityisen oikeuden haltijalle kiinteistön käytön rajoituksesta aiheutuvan haitan täysimääräisesti, jos se ylittää merkityksellisen haitan kynnyksen, eikä luvan myöntämiselle muutoin olisi estettä. Valtion korvausvelvollisuutta ei siten ole, jos lupaa ei voitaisi myöntää hankkeeseen sovellettavan lainsäädän-

¹⁰¹ KHO 2002:86 ratkaisun perustelujen kohta 6.2.2.2.

¹⁰² Valtion korvausvelvollisuuden ulkopuolelle on rajattu haitankärsijöistä valtio, kunnat ja kuntayhtymät. Säännöstä tulkittaneen ahtaasti, koska se on poikkeus pääsäännöstä, joten oikeus korvaukseen ilmeisesti on esimerkiksi kirkolla ja seurakunnilla, sekä valtioemismistöisillä yhtiöillä tai valtion liikelaitoksilla kuten esimerkiksi Metsähallituksella. Ks. myös *Kuusiniemi* 1998b s. 32.

nön asettamien edellytysten puuttumisen takia.¹⁰³ Viranomaisen päätöksestä, jolla lupa evätään tai suunnitelma hylätään tai jätetään vahvistamatta, pitäisikin käydä ilmi, olisiko lupa voitu myöntää tai suunnitelma hyväksyä tai vahvistaa riippumatta sen vaikutuksista Natura 2000 -verkostoon kuuluvaan alueeseen. *Kuusiniemi* toteaa, että korvauksen määräämismenettelyssä toimitusmiesten asiantuntemus ei ole ”paras mahdollinen” sen arvioimiseksi, olisiko lupa voitu myöntää, jos aluetta eivät koskisi Natura 2000 -verkoston suojelusäännökset.¹⁰⁴

Korvausvelvollisuus ei koske tilanteita, joissa haitta aiheutuu vesilaissa tarkoitettujen pilaamis-, muuttamis- tai sulkemiskiellosta haetun poikkeuksen epäämisestä, ympäristöluvan epäämisestä, kaivospiirin määräämishakemuksen hylkäämisestä tai lunastusluvan epäämisestä. Hallituksen esityksessä luonnonsuojelulain ja yksityisistä teistä annetun lain muuttamisesta Natura 2000 -verkostoa koskevien säännösten tarkistamiseksi todetaan, että korvausten ulkopuolelle selvyuden vuoksi rajataan tilanteet, joissa korvauksen maksaminen olisi vastoin voimassa olevassa lainsäädännössä hyväksyttyä periaatetta luvan epäämisestä aiheutuvan menetyksen korvattavuudesta.¹⁰⁵ Tällä tarkoitettiin muun muassa vesilain pilaamis-, muuttamis- ja sulkemiskieltoa koskevia poikkeamislupia, ympäristölupamenettelylain mukaisia lupia ja kaivoslain mukaista kaivospiirin myöntämislupaa. Säännös on hallituksen esityksen mukaan tältä osin toteava, eikä sillä ole tarkoitus muuttaa olemassa olevaa korvausjärjestelmää. Lunastusluvan epäämisen korvauksettomuutta perustellaan hallituksen esityksessä sillä, että niissä tilanteissa tarkoituksenmukaisuusharkinnan osuus hankkeen lupaharkinnassa on merkittävä. Hakijalla ei siten ole *oikeutta* luvan saamiseen. *Vihervuori* ja *Kuusiniemi* ovat pitäneet säännöstä asiayhteydessä vaikeasti ymmärrettävänä, koska korvauksen maksaminen lunastusluvan hakijalle siitä, että hän ei saa lunastaa itselleen toisen omaisuutta on oikeusjärjestelmällemme täysin vieras ajatus.¹⁰⁶ *Kuusiniemi* on kiinnittänyt huomiota siihen, että esimerkiksi lunastuslupaan tarkoituksenmukaisuusharkintaisena rinnastuvaa mannermaajalustalakia (149/1965) ei ole rajattu korvausvelvollisuuden ulkopuolelle.¹⁰⁷

Maankäyttö- ja rakennuslain sekä maa-aineslain mukaisten lupien epäämisestä aiheutuvien haittojen korvaamisessa noudatetaan Natura 2000

¹⁰³ Ks. *Kuusiniemi* 1998b s. 31 ja *Kuusiniemi* 2000 s. 48.

¹⁰⁴ *Kuusiniemi* 1998b s. 32.

¹⁰⁵ HE 236/1998 vp yksityiskohtaiset perustelut.

¹⁰⁶ Ks. *Kuusiniemi* 1998b s. 31 ja *Vihervuori* 2000 s. 368–369.

¹⁰⁷ Ks. *Kuusiniemi* 1998b s. 32.

-verkoston vaikutusten osalta yksinomaan näiden lakien asianomaisia säännöksiä. Perusteluna ratkaisulle hallituksen esityksessä esitetään se, että kyseisissä säädöksissä on omat luvan myöntämiseen liittyvät ympäristölliset rajoituksensa, joihin liittyvät korvausjärjestelmät tulevat sovellettaviksi, jos aluetta luvan epäämisen jälkeen ei enää voida käyttää kohtuullista hyötyä tuottavalla tavalla. Tarkoituksena oli välttää tilanne, jossa Natura 2000 -alueilla noudatettaisiin korvausten osalta toisenlaista periaatetta kuin Natura 2000 -verkkostoon kuulumattomilla alueilla.¹⁰⁸

MRL 197.2 §:ään sisältyy Natura 2000 -verkoston suojelusta aiheutuvien haittojen korvaamissäännös. Jos rakennus- tai toimenpidelupahakemus on hylätty LSL 66 §:stä johtuvan rajoituksen vuoksi eikä luvan myöntämiselle olisi ollut muutoin estettä, maanomistajalla joka luvan epäämisen johdosta ei voi käyttää maataan kohtuullista hyötyä tuottavalla tavalla, on oikeus saada haitasta valtiolta korvaus. Tällaiset tilanteet ovat ilmeisesti hyvin harvinaisia, sillä maankäyttö- ja rakennuslain luonnonympäristön säilyttämistä edellyttävät säännökset pääsääntöisesti estäisivät rakentamisen myös ilman Natura 2000 -säännöksiä.¹⁰⁹ Korvausvelvollisuutta arvioitaessa ei oteta huomioon kiinteistöjaotuksessa tai omistussuhteissa 20.8.1998 jälkeen tapahtuneita muutoksia. Jos alue on rakennuslain nojalla ennen mainittua päivää vahvistetussa seutu- tai yleiskaavassa osoitettu suojelu- tai virkistysalueeksi, korvausvelvollisuutta arvioitaessa ei oteta myöskään huomioon kiinteistöjaotuksessa tai omistussuhteissa seutu- tai yleiskaavan vahvistamisen jälkeen tapahtuneita muutoksia.

MAL 8 §:n mukaan maanomistaja voi maa-aineksen ottamista koskevan lupahakemuksen tultua lainvoimaisesti evättyä vaatia maa-alueensa lunastamista, mikäli maata ei voida käyttää maa- ja metsätalouteen, rakentamiseen tai muuhun kohtuullista hyötyä tuottavaan tarkoitukseen. Säännöksen mukaan korvausvelvollisuus on valtiolla, jos alueella on luonnonsuojelun kannalta valtakunnallista merkitystä. Natura 2000 -verkkostoon sisällytetyt ja ehdotetut alueet ovat luonteeltaan valtakunnallisesti merkityksellisiä, joten lunastusvelvollisuus on aina valtiolla.

Yksityisistä teistä annetun lain ja Natura 2000 -verkoston suojelusäännösten välisten konkurrenssitilanteiden varalta YksitTL 7a.1 §:ään sisällytettiin yhteistyötä ja päätöksentekoa koskevat menettelysäännökset, joita noudattamalla tien tekemisestä Natura 2000 -alueelle aiheutuvat haitat pyritään minimoimaan. Jos tien tekeminen laissa säädetyn edellytyksin ei olisi mahdollista, tietoimitus jätetään sikseen. Valtio on säännöksen mu-

¹⁰⁸ HE 236/1998 vp yksityiskohtaiset perustelut.

¹⁰⁹ Ks. myös *Ekroos – Majamaa* 2000 s. 686.

kaan vaadittaessa velvollinen korvaamaan tien tekemisen estymisestä aiheutuvan haitan tai lunastamaan alueen, jonka hyväksi tieoikeutta on haettu perustettavaksi.¹¹⁰

Lienee kuitenkin hyvin poikkeuksellista, että valtion lunastusvelvollisuutta koskeva säännös tulisi sovellettavaksi. Natura 2000 -verkoston suojelusäännös nimittäin estää vain sellaisen hankkeen tai suunnitelman toteuttamisen, joka merkittävästi heikentäisi verkostoon ehdotetun tai sisällytetyn alueen valinnan perusteena olevia luonnonarvoja. YksitTL 7.2 §:n mukaan puolestaan tietä ei saa tehdä, jos siitä voisi aiheutua huomattavaa luonnon turmeltumista. Natura 2000 -verkoston luonnonarvoja merkittävästi heikentävän tien tekeminen estyisikin ilmeisesti suoraan yksityistielain nojalla.¹¹¹

Jos yksityistien tekemisestä toiseen kuin suunniteltuun paikkaan aiheutuu Natura 2000 -verkoston suojelusta johtuen lisäkustannuksia, tieoikeuden hakija vastaa niistä kohtuullisilta osin, ja kohtuullisen osuuden ylittävät kustannukset valtio joko maksaa tai lunastaa alueen,¹¹² jonka hyväksi tieoikeutta on haettu perustettavaksi. Myös tämän säännöksen soveltaminen jäänee poikkeukselliseksi, koska vaihtoehtoisen linjauksen etsiminen on pääsääntö silloin, kun tien tekeminen haettuun paikkaan olisi YksitTL 7.2 §:n vastaista. Korvaus- ja lunastusasia käsitellään LSL 53 §:n mukaisesti.

3.3 Konkurrenssi luonnonsuojelulain muiden säännösten osalta

3.3.1 Konkurrenssin merkitys

Ympäristönkäyttölakeihin sisällytetty viittaussäännös luonnonsuojelulakiin varmistaa, että konkurrenssitilanteet ratkaistaan jo ympäristönkäyttöä koskevan luvan harkinnassa, ei vasta sen jälkeen.¹¹³ Tämä myös varmistaa, että luvansaaja ei käytännössä ryhdy luonnonsuojelulain vastaiseen toimintaan siinä uskossa, että ympäristönkäyttöä koskeva lupa sinänsä sallisi luonnonsuojelulain kieltämän toiminnan.

¹¹⁰ Tämä säännös on täysin poikkeuksellinen lainsäädännössämme, sillä missään muussa yhteydessä ei ole valtiolle säädetty lunastusvelvollisuutta sen perusteella, että joku ei saa puuttua toisen henkilön omaisuuteen hakemallaan tavalla. Ks. *Vihervuori* 2000 s. 369.

¹¹¹ Ks. myös *Kuusiniemi* 1998b s. 34 ja *Vihervuori* 2000 s. 369.

¹¹² Hallituksen esityksen (*HE 236/1998 vp*) perusteluiden mukaan valtio saa ratkaista, korvaako se haitan vai lunastaako se alueen.

¹¹³ Ks. *Tolvanen* 1998 s. 239–240.

Viittaussäännöksen johdosta luonnonsuojelulain vastaisuus muodostaa oikeudellisen esteen luvan myöntämislle tai muun viranomaispäätöksen tekemiselle,¹¹⁴ kuten seuraavista tapauksista ilmenee:

KHO 25.06.2003 t. 1541 (Irs): F:n ympäristölautakunta oli myöntänyt yhtiölle maa-aineslain mukaisen luvan ottaa kalliokiviaineksia yhteensä 130 000 m³ noin 2,3 ha suuruiselta ottamisalueelta. Päätökseen liitettyjen lupamääräysten mukaan ennen ottamistoiminnan aloittamista luvan haltijan oli varmistettava, ettei ottamisalueella ollut liito-oravan pesäpuuta tai -puita; jos ottamisalueella oli liito-oravan pesäpuu tai -puita, oli noudatettava LSL 49 §:n määräyksiä; LSL 49 §:n ja MAL 3.2 §:n nojalla määrättiin, että maa-ainesta sai ottaa alueella vuosittain 1.1.–28.2. välisenä aikana HaO, ottaen huomioon myös MAL 1.2 §:n, kumosi päätöksen LSL 49.1 §:n vastaisena. HaO:n päätöksen perustelujen mukaan muun muassa ottamisalueen sisäpuolella oli useita liito-oravan jätöksillä merkittyjä puita, joissa oli liito-oravalle soveltuva kolo. Jätöksistä voitiin päätellä, että ne ovat liito-oravan jatkuvassa käytössä. Kun tällaisia kolopuita oli myös ottoalueen sisäpuolella, merkitsisi suunniteltu maa-ainesten ottaminen liito-oravan LSL 49.1 §:ssä tarkoitettujen lisääntymis- ja levähdyspaikkojen hävittämistä tai heikentämistä. Ympäristölautakunnan päätös on tämän vuoksi lainvastainen. KHO hylkäsi luvanhakijan tekemän valituksen lausumalla ”ei muutosta lopputulokseen”. KHO katsoi MAL 1.2 §:stä seuraavan, että LSL 49.1 §:ssä tarkoitettua kielto estää maa-ainesluvan myöntämisen kiellon kohteena olevalle alueelle.

Turun HaO 19.03.2002 n:o 02/0156/1 (Irs) (lainvoimainen ratkaisu): Kaupunki oli teettänyt alueesta A kasvillisuusinventoinnin, jossa alue oli todettu kasvillisuudeltaan rikkaaksi. Yleiskaavaselostuksen mukaan arvokkain osa alueesta oli osoitettu lähivirkistysalueeksi, jolla ympäristö säilytetään (VL/s). Alueelle oli merkitty myös rivitalojen alue (AR) sekä kirkkojen ja muiden seurakunnallisten rakennusten alue (YK). Yleiskaavan laatimisen ollessa vireillä alueellinen ympäristökeskus oli valmistellut luonnonsuojelulaissa tarkoitettujen suojellun luontotyypin rajojen vahvistamista alueelle. Ympäristökeskus katsoi, että alueella oli luontaisesti syntynyt, merkittäviltä osin jaloista lehtipuista koostuva metsikkö ja vahvasti suojellun luontotyypin rajat kolme päivää ennen kuin kaupunginvaltuusto hyväksyi yleiskaavan. Yleiskaavan mukainen AR-alue oli osittain luontotyyppirajauksen sisällä. HaO katsoi, että jo lähellä jalopuumetsikköä oleva asutus saattaa vaarantaa luontotyypin ominaispiirteiden säilymisen. Kun suppeahkon luontotyyppirajauksen sisälle oli osoitettu rivitaloasutusta, kaavassa ei ollut riittävästi otettu huomioon luonnonarvojen vaalimista. Valtuuston päätös kumottiin AR-alueen osalta.

¹¹⁴ Ks. Tolvanen 1998 s. 242.

Korkeimman oikeuden seuraavassa Kolin kansallispuiston alueella olevaa yksityistietä koskevassa tapauksessa 2000:47 tulkittiin, onko kyseessä olemassa olevan oikeuden ja uuden suojelun vai perustetun suojelun ja uuden hankkeen välinen kollisiotilanne. Lähtökohtaisesti luonnonsuojelualan perustaminen ei LSL 71 §:n¹¹⁵ mukaan rajoita olemassa olevan oikeuden – kuten perustetun yksityistieoikeuden – käyttämistä, mutta uusi yksityistiehanke ei saa olla luonnonsuojelulain tai sen nojalla annetun päätöksen tai määräyksen vastainen.

KKO 2000:47: Kolin kansallispuiston alueella osittain kulkeva yksityistie oli perustettu ennen kansallispuiston perustamista. Tiekunta päätti tien peruskorjauksesta, jossa mm. kuivatuksen tehostamiseksi asennettaisiin uusia muoviputkia ja rumpuputkia, puhdistettaisiin eräillä paa- luilla rumpujen päät ja laskuojat, tehtäisiin tien leikkauksia ja pengertämistä sekä tien kantavuuden parantamista kantavalla kerroksella 12–17 m. tiealueen rajoissa. Lieksan kaupungin maaseutulautakunnan tiejaosto katsoi, että maaleikkaukset ja pengertämiset, rakennekerroksien tekeminen, tien leventäminen, siirtäminen ja uuden tien tekeminen eivät kuulu kunnossapidon piiriin eikä näitä töitä voinut tehdä kansallispuiston alueella ilman ympäristöministeriön lupaa. Itä-Suomen MO kumosi tiejaoston päätöksen sikäli kuin sillä oli muutettu tiekunnan päätöstä ja jätti tiekunnan päätöksen voimaan. KKO kumosi MO:n tuomion ja jätti voimaan Lieksan kaupungin maaseutulautakunnan tiejaoston päätöksen yksityistiellä tehtävien maaleikkausten, pengertämisten ja tien rakennekerrosten huomattavan parantamisen osalta. Tiekunnan päätös jäi voimaan tierumpuihin ja laskuojiin liittyvien toimenpiteiden, tien kantavuuden ja kulutuskerroksen vähäisen parantamisen, maakivien hautaamisen ja tien maisemoinnin osalta. YksitTL 7.4 §:n mukaan tie on pidettävä sellaisessa kunnossa kuin sen tarkoitus ja siitä tuleva hyöty edellyttävät. KKO katsoi, että tien kuivatusta varten suoritettavat rumpuputkien uusiminen, korjaaminen ja puhdistaminen, laskuojien puhdistaminen, tien kantavuuden ja kulutuskerroksen vähäinen parantaminen sekä tien rakennusaikaisten maakivien hautaaminen ja tien maisemointi kuivatus- ja kantavuustöiden yhteydessä ovat tien kunnossapitoon liittyviä toimenpiteitä, joilla pyritään tien pysyttämiseen sen tarkoitusta vastaavassa kunnossa. Ottaen huomioon YksitTL 7.4 §:n velvoite, tällaiseen tien kunnossapitoon siltä osin kuin kunnossapitotyöt suoritetaan vahvistetun tiealueen puitteissa ei tarvita metsäntutkimuslaitoksen lupaa, koska Kolin kansallispuistosta annetun asetuksen 3 §:n säännös ei LSL 71 §:n mukaan rajoita sellaisen oikeuden käyttämistä, joka ennen sen voimaantuloa perustettuna oikeutena kohdistuu luonnonsuojelualueeseen. Maanpinnan leikkaukset, pengertämiset ja tien rakennekerroksien huomattava parantaminen eivät puolestaan johdu tien pitämisestä alkupe-

¹¹⁵ Kumotun LSL (71/1923) 8 §.

räistä tarkoitustaan vastaavassa kunnossa vaan tähtäävät tien tason parantamiseen. Tien parantaminen tällä tavalla rinnastuu sellaiseen tien rakentamiseen, joka on kielletty Kolin kansallispuistosta annetun asetuksen 1.1,1 §:n mukaan ja on siten sallittu vain ympäristöministeriön saman asetuksen 5.2 §:n nojalla antamalla luvalla (äänestys 3–2).¹¹⁶

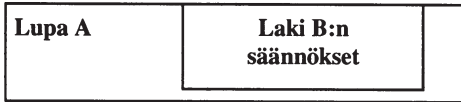
KKO tulkitsi perusparannustoimet tien tekemiseksi, eikä tien ylläpitämiseksi tarkoitustaan vastaavassa kunnossa, joten kyseessä oli uusi hanke, eikä LSL 71 §:n tarkoittama olemassa olevan oikeuden käyttäminen. Konkurenssi ratkaistiin luonnonsuojelulain hyväksi, eikä yksityistielain mukainen päätös saanut olla luonnonsuojelulain vastainen.¹¹⁷

Ympäristönkäyttölainsäädäntöön kirjatulla viittauksilla luonnonsuojelulakiin näyttäisi syntyneen uudenlainen konkurrenssisuhde luonnonsuojelulain ja muun ympäristönkäyttölainsäädännön välille. Viittaussäännöksellä ei ole suoraan lausuen muodostettu säännösten välille edellytysuhdetta, vaan luonnonsuojelulain rauhoitussäännökset näyttävät edellä esitellyn oikeuskäytännön valossa *kumuloituvan*¹¹⁸ (ks. kuvio 6) ympäristönkäyttöluvan myöntämisen edellytyksiin. Luvan saaminen yhden (ympäristönkäyttöä koskevaan lupahakemuksen sovellettavan, kuviossa 6 lupa A) lain nojalla ei ole mahdollista, jos hakemus on toisen lain (luonnonsuojelulain, kuviossa 6 laki B:n säännökset) vastainen. KHO on ratkaissut edellä esitellyn tapauksen 25.6.2003 t. 1541 (Irs) suoraan todeten maaineslain nojalla myönnetyn luvan olevan luonnonsuojelulain vastainen sen sijaan, että olisi palauttanut asian takaisin lupaviranomaiselle uutta käsittelyä varten, kuten edellytysuhteen vallitessa olisi tehtävä.

¹¹⁶ Äänestyksessä vähemmistöön jääneistä kaksi olisivat kumonneet MO:n päätöksen kokonaisuudessaan (yksi viimeisessä äänestyksessä kuulunut olisi jättänyt MO:n päätöksen voimaan kokonaisuudessaan). Kirjoittaja edusti ympäristöministeriötä kyseisessä valitusprosessissa.

¹¹⁷ Vastaavasti tulkittiin kaivosasiassa (KHO 6.10.1999 t. 2720), ettei kansallispuiston perustaminen rajoittanut LSL (71/1923) 8 §:n nojalla sellaista yksityisen oikeutta, joka ennen rauhoittamista oli saavutettu, kuten kullankaivuultausten käyttämistä kullankaivamiseen. Nämä oikeudet eivät kuitenkaan laajentuneet koskemaan myöhempiä kaivostoimintaa palvelevia toimintoja, jotka kansallispuistossa olivat kansallispuistoa koskevassa laissa kiellettyjä, kuten huoltoreitin perustamista kaivospiirin apualueeksi. KHO kumosi kauppa- ja teollisuusministeriön päätöksen ja kaivospiiritoimituksen toimitusmiesten päätöksen apualueen määräämistä koskevalta osalta. Perustettuja oikeuksia tulkitaan suppeasti, ja niiden laajentamista koskeva päätös rinnastuu uuteen kaivospiirin määräämiseen, jonka tekeminen edellyttää, että se ei ole luonnonsuojelulain vastaista.

¹¹⁸ *Tarukannel* (1990 s. 266–267) käytti ilmaisua *kumuloituminen* kuvatakseen NaapL ja RakL välistä suhdetta niissä tilanteissa, joissa katsottiin NaapL 17 §:n kohtuuttoman pysyvän rasituksen kiellon suoraan estävän rakennusluvan myöntämisen. Vrt. jakso 2.3 edellytysuhde. Kyse ei ole täsmälleen *Westerlundin* (1975 s. 57) tarkoittamasta *eksklusiv prövning* -harkinnasta.



Kuvio 6. Lupaedellytysten kumuloituminen.

Ympäristönsuojelulainsäädännön nojalla myönnettävien lupien ja luonnonsuojelulaisissa säädettyjen kieltojen ja niistä tarvittavien poikkeusten konkurrenssien hahmottamiseksi ja ratkaisemiseksi on välttämätöntä ymmärtää yleisellä tasolla kyseisten säädösten välinen suhde ottaen huomioon oikeusjärjestelmän koherenssivaatimus.¹¹⁹ Tarkastelen seuraavassa, miten viittaussäännöksen tulkitseminen vaihtoehtoisesti lupaedellytykset kumuloivaksi tai edellytysuhteen muodostavaksi vaikuttaa päätöksentekomenettelyyn ja sen vaikutuksiin. Kun viittaussäännöksistä ei selkeästi käy ilmi, miten konkurrenssitilanteet on määrä ratkaista, on viittaussäännösten merkitystä arvioitaessa otettava huomioon eri vaihtoehtojen vaikutus käytännössä.¹²⁰

3.3.2 Viranomaisen asiantuntemus ja toimivalta

Lähtökohtaisesti viranomainen ei voi ratkaista toisen viranomaisen toimivaltaan liittyviä kysymyksiä.¹²¹ Ympäristönsuojelulainsäädännön viittaukset luonnonsuojelulakiin kuitenkin murtavat tätä periaatetta, sillä ympäristönsuojelulupahakemusta käsittelevä viranomainen ei ainoastaan voi, vaan sen täytyy hylätä lupahakemus, jos luvan myöntäminen olisi vastoin luonnonsuojelulain säännöksiä. Muutos liittyy myös asiasidonnaisuuden periaatteeseen. Ympäristönsuojelulain liittyvää lupahakemusta käsittelevän viranomaisen harkintaan sisältyviä tekijöitä on laajennettu viittaussäännöksellä sen toimivaltaan pääsääntöisesti kuuluvasta lainsäädännöstä luonnonsuojelulainsäädäntöön liittyviin tekijöihin. Viranomainen ei kuitenkaan asiallisesti ratkaise lupa-asiaa luonnonsuojelulain osalta, vaan ainoastaan toteaa lainvastaisuuden. Ongelma kiteytyy viranomaisen kykyyn arvioida asia luonnonsuojelulain kannalta.

Jonkin ympäristönsuojeluhankkeen luonnonsuojelulain vastaisuus ei ole yksiselitteistä. Ensinnä hankkeen vaikutuksia voi olla vaikea arvioida ni-

¹¹⁹ Tolonen (2003 s. 157–160) käyttää ilmaisua systeemivaade eli ratkaisun yleistettävyyssvaatimus. Ks. myös Tuori 2002 s. 11.

¹²⁰ Ks. Tolonen 2003 s. 157–164.

¹²¹ Ks. Mäenpää 1992 s. 193.

menomaan suojeltavan luonnonarvon osalta. Toiseksi eräät luonnonsuojelulain säännökset eivät kiellä tiettyjä toimia sinänsä vaan tietynlaiset vaikutukset suojeltuihin luonnonarvoihin. LSL 29 §:ssä tarkoitettujen, ympäristökeskuksen päätöksellä rajattujen luontotyyppien esiintymien suojele kieltää niiden *ominaispiirteiden* muuttamisen. Erityisesti suojeltavien lajien LSL 47 §:n mukainen suojele puolestaan kieltää rajatun esiintymispaikan hävittämisen tai heikentämisen *suojellun lajin* kannalta. Samoin LSL 49.1 §:n mukaisen luontodirektiivin liitteen IV (a) lajien lisääntymis- ja levähdyspaikkojen hävittämis- ja heikentämiskielto suojelee paikkaa *kyseisen lajin kannalta*, ei kokonaisuudessaan, kuten käy ilmi seuraavasta KHO:n tapauksesta.

KHO 2003:38: Maanomistaja C:n metsäkeskukselle tekemässä metsälain mukaisessa metsänkäyttöilmoituksessa oli esitetty metsänkäsitteilytoimenpiteitä kolmelle eri hakkuukuviolle siten, että kuviolla 1 (1,0 ha) toteutettaisiin kasvatushakkuu, kuviolla 3 (2,5 ha) suojuspuuhakkuu ja kuviolla 2 (2,5 ha) uudistus- eli avohakkuu. Alueellinen ympäristökeskus oli päätöksellään hylännyt C:n naapurien A:n ja B:n LSL 57.2 §:ssä tarkoitettuina haittaa kärsivinä henkilöinä samoin kuin alueellisen luonnonsuojeluyhdistyksen X ry:n tekemät vaatimukset, että ympäristökeskus ryhtyisi LSL 57.1 §:ssä säädettyihin pakkokeinoihin estääkseen C:tä hakkaamasta tilansa metsää tekemänsä metsänkäyttöilmoituksen mukaisesti. HaO hylkäsi A:n ja B:n sekä X ry:n ympäristökeskuksen päätöksestä tekemät valitukset, joissa oli vaadittu hakkuun kieltämistä kaikilla kuvioilla 1–3. Kuitenkin HaO määräsi, että ympäristökeskuksen on merkittävä hakattavalla alueella selvästi havaittavissa olevat liito-oravan lisääntymis- ja levähdyspaikat eli käytössä olevat pesä-, kolo-, suoja- ja ravintopuut kulkuyhteyksineen. Hakkuuta ei saanut aloittaa ennen tuota merkitsemistä. KHO hylkäsi A:n, B:n ja X ry:n vaatimukset C:n metsänkäyttöilmoituksen mukaisten hakkuiden kokonaan kieltämiseksi, mutta hyväksyi vaatimukset hakkuiden toteuttamistavan osalta muuttamalla HaO:n päätöstä kuvioiden 1 ja 3 osalta siten, että hakkuu sallittiin metsänkäyttöilmoituksen mukaisesti niin, että sanotuilla kuvioilla olevat liito-oravan lisääntymis- ja levähdyspaikat eli pesäpuut, muut kolopuut näitä ympäröivine suoja- ja ravintopuineen sekä tarpeellisine kulkuyhteyksineen jätettiin riittävän laajoina hakkuun ulkopuolelle. Yksityiskohtainen raja-alue oli ennen hakkuun aloittamista laadittava yhteistyönä ympäristökeskuksen ja metsäkeskuksen kesken. Hakkuuta ei saanut toteuttaa liito-oravan lisääntymisaikana. KHO kumosi HaO:n ja ympäristökeskuksen päätöksen kuvion 2 osalta, ja kielsi metsänkäyttöilmoituksen mukaisen uudistus(avo)hakkuun kuitenkin samalla todeten, että mainitun määräyksen estämättä C voi tehdä metsäkeskukselle uuden metsänkäyttöilmoituksen siten, ettei liito-oravan lisääntymis- tai levähdyspaikoja kuviolla hävitetä tai heikennetä sekä että kysymys LSL 49.1 §:ssä säädetyn kiellon noudattamisesta tältä osin voidaan tarvittaessa saattaa erikseen hallintopakkoasiana käsiteltäväksi.

Kuten päätöksessä todetaan, lajin lisääntymis- ja levähdyspaikan suojelusäännös ei estä metsänkäyttötoimia alueella kokonaisuudessaan vaan ainoastaan siltä osin, kun ne vaikuttavat kielteisesti lajin säilymisedellytyksiin.

LSL 48 §:ssä on puolestaan säädetty tilanteista, joissa eläin- ja kasvilajien rauhoitussäännöksistä ei tarvita poikkeusta. Säännöksen merkitys on lain rakenteesta johtuen niin epäselvä, että kyseisen säännöksen soveltaminen yksittäistapauksessa olisi syytä varmistaa luonnonsuojeluviranomaiselta.¹²²

Edellä selostetusta päätöksestä KHO 2003:38 käy ilmi myös se, miten vaikeaa voi olla arvioida, onko hanke luonnonsuojelulain säännösten vastainen. Ympäristönkäyttöön liittyvän luvan myöntämisen ratkaisevalla viranomaisella ei välttämättä ole riittävää asiantuntemusta ratkaista asiaa luonnonsuojelulain vastaisuuden osalta, joten käytännössä asiallisesti keskeinen merkitys on alueellisen ympäristökeskuksen asiasta antamalla lausunnolla.¹²³ Lupaviranomainen on oikeutettu luottamaan luonnonsuojeluviranomaisen tulkintaan hankkeen vaikutuksista, kuten siitä, että luonnonsuojelulaissa tai sen nojalla annetut suojelusäännökset eivät muodosta estettä luvan myöntämiselle.¹²⁴

Lainsäädännössä on viranomaiselle asetettu velvollisuus tietyissä tapauksissa pyytää lausunto esimerkiksi alueelliselta ympäristökeskukselta (ks. YSL 36 §). Käytännössä on todettu tarpeelliseksi hankkia alueellisen ympäristökeskuksen lausunto sellaisissa tilanteissa, joissa ympäristönkäyttölainsäädännön nojalla ratkaistava asia liittyy luonnonsuojelulain mukaiseen suojeluun, vaikka laissa tällaista velvoitetta ei ole asetettukaan.¹²⁵ Tämä on välttämätöntä myös Hall 31 §:ssä säädetyn selvittämisvelvollisuuden¹²⁶ toteuttamiseksi, jotta viranomaisella on edellytykset tehdä asiassa päätös. Asianosaisellahan ei itsellään ole mahdollisuutta velvoittaa toista viranomaista antamaan asian ratkaisemisen edellyttämää selvitystä.¹²⁷ Hall 10 §:n viranomaisten välistä yhteistyötä koskevalla säännöksellä onkin pyritty siihen, että päätöksenteossa tarvittava asiantuntemus välittyy sen hallitsevalta viranomaiselta sitä tarvitsevalle viranomaiselle.¹²⁸

¹²² Ks. *Suvantola* 2001 s. 42–43, 45–46 ja *Suvantola* 2003b s. 577.

¹²³ Ks. *Tolvanen* 1998 s. 428.

¹²⁴ Ks. *Hollo* 2001 s. 286.

¹²⁵ Ks. *Tolvanen* 1998 s. 243–244.

¹²⁶ Hallintolaki ei asiallisesti muuta hallintomenettelylain (598/1982) 17 §:n mukaan viranomaiselle asetettua velvollisuutta selvittää asia. Ks. *Mäenpää* (2003a s. 191), joka toteaa, että viranomaisen on hankittava lisää selvitystä tarvittaessa.

¹²⁷ Ks. *Mäenpää* 2003a s. 197–199.

¹²⁸ Ks. *Niemivuo – Keravuori* 2003 s. 138.

3.3.3 Ehtojen asettamiseen liittyvät näkökohdat

Luonnonsuojelulain vastaisuuden aiheuttama este myöntää lupa ympäristönkäyttöön on joissain tilanteissa ehkäistävissä asettamalla ympäristönkäyttölupapäätöksessä tarvittavat ehdot¹²⁹ tai käyttämällä jotain vaihtoehtoista ratkaisua, kuten rakennuspaikan sijoittamista tai vaihtoehtoista yksityistien linjausta.¹³⁰ Ehtojen asettamisella voidaan jopa välttää luonnonsuojelulain mukaisen poikkeusluvan tarve, mikä edellyttää sekä oikeudellista luonnonsuojelainsäädännön että sisällöllistä luonnonsuojelun tuntemista. Näihin kysymyksiin luonnonsuojeluviranomainen voi yksittäistapauksen osalta ottaa kantaa siltä pyydettyssä lausunnossa.

Suhteellisuusperiaatetta rikkomatta voidaan päätöksessä asettaa sellaisia ehtoja, joita ilman ei ole oikeudellisia edellytyksiä luvan myöntämiselle. Näin rajoittava ehto voi korjata luvan myöntämisedellytysten puutteita.¹³¹ *Vihervuori* on todennut erityisesti maa-aineslain osalta, että kun lupamääräyksiä asettamalla luodaan puuttuvia MAL 3.1 §:n ehdottomia tai MAL 3.4 §:n sisällöllisiä luvan myöntämisedellytyksiä, syntyy teoriassa ristiriita MAL 11.4 §:n kanssa, jonka mukaan luvanhakijalle ei saa aiheuttaa lupamääräyksillä kohtuutonta haittaa ja vahinkoa suhteessa hänen saamaansa hyötyyn. Mitään vahinkoa tai haittaa luvanhakijalle ei kuitenkaan synny, jos ilman kyseisiä ehtoja lupaa ei voitaisi myöntää.¹³²

YSL 41 §:n nojalla ympäristölupa myönnetään, jos toiminta täyttää lain ja jätelain sekä niiden nojalla annettujen asetusten vaatimukset. Viranomaisella ei ole tarkoituksenmukaisuusharkintavaltaa.¹³³ YSL 43.1,5 §:n nojalla on kuitenkin annettava tarpeelliset määräykset myös muista toimista, joilla ehkäistään, vähennetään tai selvitetään pilaantumista, sen vaaraa tai pilaantumisesta aiheutuvia haittoja. *Hollo* pitää tätä ns. ”kaatokohtana”, jolla voidaan kattaa sellaisetkin ohjaustarpeet, jotka eivät sisälly muihin 43.1 §:ssä asetettavaksi säädettyihin lupamääräyksiin.¹³⁴ Tämän säännöksen nojalla voidaan antaa lupamääräyksiä myös sellaisista toimista tai rajoituksista, joilla vältetään luonnonsuojelulain vastaisuus. Lupaehtojen asettaminen ja lupaedellytysten täytyminen ympäristönsuojeluasioissa ovatkin kiinteässä keskinäisessä suhteessa toisiinsa, ja niiden erottaminen

¹²⁹ Ks. *Similä* 1997 s. 75.

¹³⁰ Ks. *Suvantola* 2003b s. 687.

¹³¹ Ks. *Vihervuori* 1981 s. 82–83, *Mäenpää* 1992 s. 224–225, *Hollo* 2001 s. 303 ja *Vihervuori* 2002 s. 358–359.

¹³² Ks. *Vihervuori* 1989 s. 292–293 ja *Vihervuori* 2001 s. 602.

¹³³ Ks. *Hollo* 2001 s. 263–264.

¹³⁴ *Hollo* 2001 s. 325.

toisistaan on vaikeaa.¹³⁵ Oikeuskäytännössä on jopa katsottu, että viranomaisen ei tulisi hylätä lupahakemusta luvan myöntämisedellytysten puuttumisen perusteella, jos se lupaehtojen asettamisella voi varmistaa edellytysten olemassaolon.¹³⁶ Päätös voidaan hallinto-oikeudellisia periaatteita noudattaen tehdä liukuvalla jatkumolla: lupahakemuksen mukainen lupa – osittainen lupa eli myös lupa, jota rajoittavat lupaehdot – ei lupaa.¹³⁷

KHO 1998:83: Kunnanhallitus myönsi päätöksellään yhtiölle maa-ainestiluvan kalliokiviaineksen ottamiseen. KHO katsoi, että ottamissuunnitelman mukaisesta, kokonaismäärältään noin 300.000 m³:n suuruisesta kalliokiviaineksen ottamisesta, aiheutuisi MAL 3 §:ssä tarkoitettua kauniin maisemakuvan turmeltumista ja huomattavia vahingollisia muutoksia maisemakuvaan. Yhtiö on kuitenkin KHO:n suullisessa käsittelyssä ilmoittanut, että suunniteltu kokonaisottomäärä ja kunnanhallituksen lupapäätöksen mukainen 20 vuoden ottamisaika voitiin tarvittaessa puolittaa ja mikäli asiassa siten harkittiin otettavan kokonaismäärän rajoittamista 150.000 m³:iin ja luvan voimassaoloajan rajoittamista 10 vuoteen, voitiin osa koillisuuntaan etenevästä ottamisesta rajata pois. Lisäksi yhtiö ilmoitti olevansa valmis rajaamaan ottoalueen 100 metrin etäisyydelle rannasta ja esitti myös murskevaraston siirtämistä mereltä näkymättömiin.

MAL 6 §:n mukaan lupa maa-ainesten ottamiseen on myönnettävä, jos asianmukainen suunnitelma on esitetty, eikä ottaminen tai sen järjestely ole ristiriidassa 3 §:ssä säädettyjen rajoitusten kanssa. Kysymys siitä, aiheutuuko louhimis- ja murskaustoiminnasta naapureille pysyvää kohtuutonta rasitusta tai terveydellistä haittaa, ratkaistaan erikseen haettavassa ympäristöluvassa. Kuitenkin myös MAL 3.2 §:n mukaan ottamispaikat on sijoitettava ja maa-ainesten ottaminen järjestettävä muun muassa niin, ettei toiminnasta aiheudu asutukselle tai ympäristölle vaaraa tai kohtuullisin kustannuksin vältettävissä olevaa haittaa. Asiaa harkittaessa on otettava huomioon myös lupamääräysten vaikutus. Alueen virkistyskäyttö tai se seikka, että kysymyksessä oleva alue vahvistetussa seutukaavassa oli osoitettu virkistysalueeksi, ei maa-ainestiluvan lupaharkinnassa sellaisenaan ole maa-ainestiluvan mukaisen luvan välitön este. Tämän vuoksi ja kun otettiin huomioon se, mitä paikalla toimitetussa katselmuksessa muutoin oli ilmennyt, KHO katsoi, että yhtiön alunperin hakemaa pienimuotoisempi maa-ainesten ottaminen kysymyksessä olevalla paikalla oli järjestettävissä hakemuksen mukaista ottamista ra-

¹³⁵ Ks. *Vihervuori* 1981 s. 82–83 ja *Hollo* 2001 s. 269. *Tarukannel* (1990 s. 254) on toisaalta huomauttanut, että rakennuslain ja terveydenhoitolain välisen suhteen osalta ehtojen eriyttäminen toimintaan kohdistuviksi ja rakentamiseen kohdistuviksi ei ole yksinkertaista tai edes mahdollista.

¹³⁶ Ks. *Mäenpää* 1992 s. 224–225.

¹³⁷ Ks. *Suvantola* 2003b s. 692. Aina edes tiukoilla lupaehdoilla ei voida mahdollistaa luvan myöntämistä. Ks. myös *Hollo* 2001 s. 265.

joitetumpuna siten, ettei siitä aiheutunut MAL 3 §:ssä tarkoitettua kauniin maisemakuvan turmeltumista, eikä huomattavia vahingollisia muutoksia maisemakuvaan edellyttäen, että maa-ainesten ottaminen järjestetään vähintään esitetyt suunnitelman muutokset huomioon ottaen. Asian näin tultua uuteen tilaan, KHO ottamatta asiaa välittömästi enemmälti ratkaistavakseen kumosi ympäristökeskuksen päätöksen ja palautti asian kunnanhallitukselle uudelleen käsiteltäväksi.

Mikäli samaan ympäristönkäyttöhankkeeseen tarvittavissa eri luvuissa on toisistaan poikkeavia ehtoja, niistä tiukimpia on noudatettava. On toki epärationaalista antaa eri päätöksissä toisistaan poikkeavia ehtoja,¹³⁸ mutta käytännössä tätä tuskin voidaan välttää.

3.3.4 Mahdollisuus poiketa suojelusäännöksistä

Luonnonsuojelulain säännösten vastaisuus ei kategorisesti tarkoita, että ympäristönkäyttöhanketta ei voitaisi toteuttaa, sillä kaikista luonnonsuojelulain rauhoitus- tai kieltoäännöksistä on lähtökohtaisesti mahdollista myöntää poikkeus.¹³⁹ Esimerkiksi luontotyypin suojelusta voidaan poiketa, jos poikkeus ei huomattavasti vaaranna luontotyypin suojelutavoitteita, tai jos suojelu estää yleisen edun kannalta erittäin tärkeän hankkeen tai suunnitelman toteuttamisen.¹⁴⁰ Luontotyypin suojelutavoitteiden vaarantuminen arvioidaan alueellisella tasolla¹⁴¹ ja poikkeuksen myöntämisedellytykset on arvioitava yksittäistapauksellisesti.

Konkurrenssitilanteessa olisi perusteltua katsoa, voidaanko kyseinen poikkeus myöntää.¹⁴² Sekä *Similä* että *Tolvanen* esittävät, että mikäli suunnitellun toimenpiteen todetaan olevan luonnonsuojelulain vastainen, haki-

¹³⁸ *Kuusiniemi* (1985 s. 138, 152–153) toteaa näin rakennuslupiin liittyen.

¹³⁹ Tähän kiinnittävät huomiota MRL:n osalta myös *Ekroos – Majamaa* 2000 s. 687.

¹⁴⁰ Ks. *Suvantola* 2003b s. 682, 684.

¹⁴¹ Ks. *Suvantola* 2003b s. 682–683 viitteineen. Valtakunnallinen arviointi johtaa vääjäämättä harhaan, sillä eri luontotyyppijä esiintyy alueellisesti hyvin poikkeavasti. Esimerkiksi jaloista lehtipuista koostuvia metsiköitä esiintyy Lounais-Suomessa ja Uudellamaalla, Hämeessä ja Pirkanmaalla melko runsaasti (n. 60–90 esiintymää kartoitettu 1.12.2002 mennessä), mutta ne ovat hyvin harvinaisia esimerkiksi Pohjois-Karjalassa (seitsemän esiintymää kartoitettu 1.12.2002 mennessä). Länsi-Suomessa, Pohjois-Pohjanmaalla ja Lapissa ei ollut löydetty yhtään esiintymää). Tervaleppäkorpia tai luonnontilaisia hiekkarantoja puolestaan on kautta maan hyvin vähälukuisesti. Ks. Suojellut luontotyypit, luontotyyppien kartoitus, lakikohteet ympäristökeskuksittain tilanne 1.12.2002, <http://www.vyh.fi/luosuo/tyypit/lakikoht2.htm>, 21.11.2003.

¹⁴² *Hollo* (2001 s. 286) pitääkin luonnonsuojelulain mukaista poikkeusta eräänlaisena ”esilupana”.

jalle tulisi varata mahdollisuus hakea poikkeusta luonnonsuojelulain säännöksistä. Muussa tapauksessa hakemus on hylättävä luonnonsuojelulain vastaisena.¹⁴³

Edellä (jakso 3.3.1) selostetussa KHO:n ratkaisussa 25.06.2003 t. 1541 (Irs) ei otettu kantaa mahdollisuuteen saada poikkeusta luonnonsuojelulain säännöksestä. Poikkeaminen LSL 49.1 §:n säännöksestä edellyttää LSL 49.3 §:n ja luontodirektiivin 16.1 artiklan nojalla, ettei hankkeelle ole vaihtoehtoista ratkaisua, poikkeaminen ei heikennä lajin suotuisaa suojelutasoa, ja että hanke on luonteeltaan sellainen, joka mainitaan luontodirektiivin 16.1 artiklassa.¹⁴⁴ Poikkeaminen on mahdollista luonnonvaraisen eläimistön ja kasviston suojelemiseksi ja luontotyyppien säilyttämiseksi; erityisen merkittävien viljelmiin, karjankasvatukseen, metsiin, kalatalouteen sekä vesistöihin ja muuhun omaisuuteen kohdistuvien vahinkojen ehkäisemiseksi; kansanterveyttä ja yleistä turvallisuutta koskeva tai muista erittäin tärkeän yleisen edun kannalta pakottavan syyn takia, mukaan lukien sosiaaliset ja taloudelliset syyt, ja ensisijaisen merkittävä hyöty ympäristölle; poikkeuksen kohteena olevien lajien tutkimus- ja koulutus-, uudelleensijoittamis- ja uudelleenistuttamistarkoitukseen ja näiden tarkoitusten kannalta tarvittaviin lisääntymistoimenpiteisiin, mukaan lukien kasvien keinotekoinen lisääminen; tarkoin valvotuissa oloissa valikoiden ja rajoitetusti tiettyjen liitteessä IV olevien lajien yksilöiden ottamiseen ja hallussa pitämiseen kansallisten toimivaltaisten viranomaisten määrittelemissä rajoissa. KHO:n ratkaisemassa yksittäistapauksessa oli kyse yksityisen taloudellisesta intressistä, jonka perusteella poikkeusta luonnonsuojelulain säännöksestä ei siten olisi voinut saada.

Joissain tilanteissa on etukäteen arvioitavissa, että oikeudellisia edellytyksiä poikkeuksen myöntämiselle luonnonsuojelulain säännöksistä ei ole olemassa. Tällaisia kategorisia tilanteita ovat mm. poikkeaminen erityisesti suojeltavan lajin rajatun esiintymispaikan suojelusta LSL 47 §:n nojalla,¹⁴⁵ sekä poikkeaminen LSL 49 §:ssä tarkoitettujen lajien rauhoitus-säännöksistä ja edellä kyseessä olleesta 49.1 §:n lisääntymis- ja levähdyspaikkojen hävittämis- ja heikentämiskiellosta, mikäli poikkeaminen ei ole tarpeen yleisen edun takia tai edellä viitattuihin viljelmiin, karjankasvatukseen tms. kohdistuvien erityisen merkittävien haittojen ehkäisemiseksi.

¹⁴³ Ks. *Similä* 1997 s. 79 ja *Tolvanen* 1998 s. 244.

¹⁴⁴ Ks. tarkemmin *Suvantola* 2003b s. 678–686.

¹⁴⁵ *Kuusiniemi* 2001b s. 276–277, *Suvantola* 2001 s. 46 ja *Suvantola* 2003b s. 680.

Luonnonsuojelulain säännöksistä ainoastaan Natura 2000 -verkostoa koskevien säännösten osalta luonnonsuojelulain edellyttämä lupaharkinta on yhdistetty osaksi ympäristönkäyttöä koskevaa päätöksentekoa.¹⁴⁶ Muiden luonnonsuojelulain säännösten osalta hakijan on itse osattava hakea tarvittavaa poikkeusta luonnonsuojelulain säännöksistä ennen ympäristönkäyttöluvan hakemista.¹⁴⁷ Hakijan on kuitenkin vaikea arvioida, onko poikkeuksen hakeminen tarpeen hankkeen toteuttamiseksi. Hakija voi luonnollisesti tiedustella asiaa alueelliselta ympäristökeskukselta, mutta mittään sitovaa ratkaisua asiaan viranomaisen ei anna. HalL 8 §:n mukainen viranomaisen velvollisuus neuvoa hallintoasioissa ei muodosta *luottamuk-sensuojaa* neuvojen oikeellisuudesta, eikä viranomaisen antama neuvo sido viranomaista ratkaisutoiminnassa.¹⁴⁸

Ympäristönkäyttölainsäädännön ja luonnonsuojelulain konkurrens-sitilanteiden ymmärtäminen siten, että luonnonsuojelulain suojelusäännökset kumuloituisivat ympäristönkäyttöluvan myöntämisedellytyksiin, johtaisi nähdäkseni epäasianmukaisen joustamattomaan hallintomenettelyyn. Ympäristönkäyttölupahakemus hylättäisiin sillä perusteella, että hakijalla ei vielä ole lupaa poiketa luonnonsuojelulain säännöksistä, vaikka oikeudelliset edellytykset poikkeuksen saamiselle saattaisivat olla olemassa, ja asia voitaisiin lykkätä luonnonsuojelulain mukaisen luvan hakemiseksi. Asian käsittelyn lykkääminen on mahdollista ilman, että siitä olisi erikseen säädetty etenkin kun hakija itse siihen suostuu. Hallintolaisissa ei ole ehdotonta määräaikaa, jossa asian käsittely olisi saatettava päätökseen, mutta HalL 23.1 §:n mukaan viranomaisella on yleinen velvollisuus käsitellä hallintoasia ilman aiheetonta viivytystä.

Viivytyksettömyys ja aiheeton viivytys ovat suhteellisia, joustavia käsitteitä, joiden tulkinta riippuu yksittäistapauksellisesti asian luonteesta, vaikeusasteesta ja asian käsittelyn edellyttämistä vaiheista.¹⁴⁹ Asian käsit-

¹⁴⁶ Tämä malli on vallitseva Saksan liittovaltion luonnonsuojelulainsäädännössä, jossa suojelusäännökset tulevat sovellettavaksi lupa- ym. muiden viranomaisten päätöksenteossa, eikä ainoastaan luonnonsuojelulain mukaisessa menettelyssä. *Kuusiniemi* 2001b s. 261 av. 263 viitteineen.

¹⁴⁷ Ks. KHO 2003:98 ja KHO 2003:99 koskien Turun ja Helsingin välisen E 18 -moottoritien rakentamista välille Muurla–Lohja. Tiehallinnon Uudenmaan tiepiiri haki poikkeusta LSL 49.1 §:n säännöksestä ennen kuin tiehallinnon keskushallinto esitti liikenne- ja viestintäministeriölle tiesuunnitelman hyväksymistä.

¹⁴⁸ Ks. *Mäenpää* 2003a s. 97, 179 ja *Mäenpää* 2003b s. 271. Todettakoon, että virheellisen neuvon antamisesta voi seurata velvollisuus korvata neuvon noudattamisesta aiheutunut vahinko. Kuten edellä on todettu, yhdenvertaisuusperiaatteen kannalta vallitsevaa tulkintalinjaa koskevillä neuvoilla on sitä kautta mahdollisesti merkitystä.

¹⁴⁹ *HE 72/2002 vp* yksityiskohtaiset perustelut 23 §. Ks. myös samoin *Mäenpää* 2003a s. 150.

telyn joutuisuutta on syytä arvioida kokonaisuutena, sillä joutuisuus käsittelyn yhdessä vaiheessa saattaa aiheuttaa kohtuuttoman viivästyksen asian kokonaiskäsittelyajassa. Ympäristönkäyttöä koskevan lupahakemuksen, kuten maa-aineksen ottamishakemuksen osalta asian lykkääminen luonnonsuojeluviranomaiselta pyydettävän lausunnon saamiseksi pitkittää asian käsittelyä. Hakemuksen hylkääminen suoraan sillä perusteella, että hakijan olisi ensin pitänyt hakea poikkeus luonnonsuojelulain säännöksistä, puolestaan pitkittää asian kokonaiskäsittelyaikaa. Hylkäämispäätöksen jälkeen hakija joutuu panemaan vireille luonnonsuojelulain säännöksistä poikkeamishakemuksen ja saatuaan mahdollisesti siihen myönteisen ratkaisun panemaan uudelleen vireille alkuperäisen hakemuksensa.

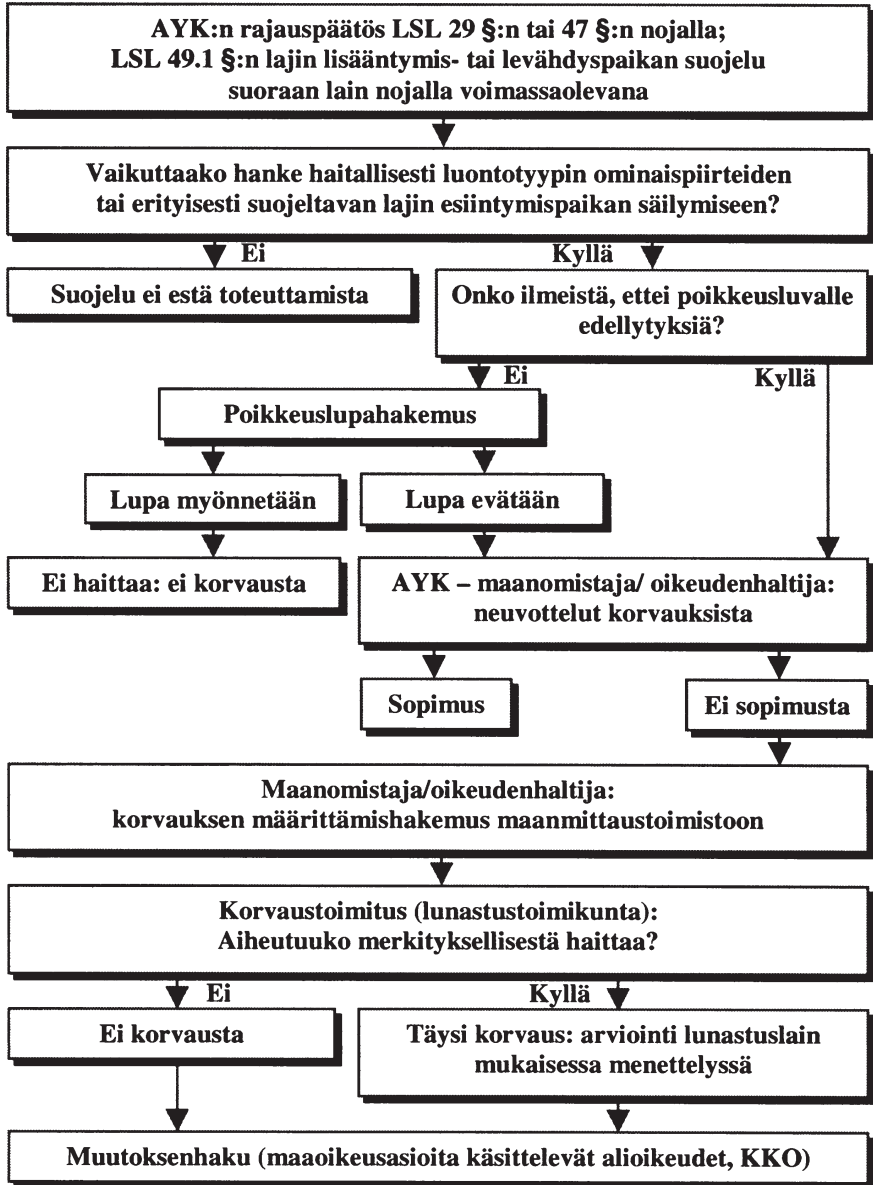
Kysymys asian lykkäämisestä kietoutuu takaisin edellä viitattuun kysymykseen pääasiaan sovellettavan lainsäädännön asettamien oikeudellisten edellytysten täyttymisestä. Kun päätöksentekoprosessissa hakija on osoitettu hakemaan poikkeusta luonnonsuojelulain säännöksistä, luonnonsuojeluviranomaisella on oltava esitieto, että haetulle maankäyttöluvalle ei ole muun lainsäädännön asettamaa estettä. Lähtökohta on, että poikkeus luonnonsuojelulain säännöksistä myönnetään vain, kun siihen on todellinen tarve. Luonnonsuojelulain säännöksistä ei ole mielekästä myöntää poikkeusta, jos esimerkiksi maa-aineslain nojalla ei ole edellytyksiä maa-ainesluvan myöntämiselle (kysymykseen palataan jäljempänä luvussa 3.3.6).

3.3.5 Korvaussäännösten soveltamiseen liittyvät näkökohdat

Pääsääntöisesti valtion korvausvelvollisuus perustuu siihen säännökseen, jonka perusteella ympäristönkäyttöön haettu lupa on eväty. Mikäli kyseessä olevaan hankkeeseen sovellettavan lainsäädännön perusteella lupaa ei voitaisi myöntää, ja kyseisen lainsäädännön nojalla hakijalla ei ole oikeutta korvaukseen, korvattavuutta ei tule voida johtaa siitä, että hanke on myös luonnonsuojelulain vastainen. Näin kuitenkin *näyttäisi* olevan erityisesti suojeltavan lajin esiintymispaikan, suojellun luontotyyppin ja LSL 49.1 §:n lisääntymis- ja levähdyspaikan¹⁵⁰ osalta. Valtion korvausvelvollisuus syntyy näissä tilanteissa LSL 53 §:n nojalla pääsääntöisesti vasta, kun maanomistaja tai erityisen oikeuden haltija on menestyksettä hakenut lupaa poiketa suojelusäännöksistä (ks. kuvio 7). Poikkeuksen hakeminen ei ole tarpeen, mikäli on ilmeistä, että luvan myöntämiselle ei ole olemassa edellytyksiä. Näissä vaihtoehtoisissa tapauksissa maanomistaja tai erityisen oikeuden haltija voi käynnistää korvauksen määrittämismenettelyn

¹⁵⁰ LSL 53.1§:n muutos 553/2004.

maanmittaustoimistolle tekemällään hakemuksella, mikäli hän ja alueellinen ympäristökeskus eivät ole päässeet sopimukseen maksettavan korvauksen määrästä.



Kuvio 7. Korvausvelvollisuuden määräytyminen LSL 53.1 §:n mukaisesti.

Korvausvelvollisuuden syntyminen perustuu siis evätyyn lupaan poiketa luonnonsuojelulain säännöksistä, tai ilmeiseen poikkeuksen saamisen mahdolluuteen, ja siitä aiheutuvan haitan merkityksellisyyteen. Säännös ei edellytä, että hankkeen tulee olla sallittavissa muun lainsäädännön nojalla, kuten Natura 2000 -verkostoon sovellettavassa korvaussäännöksessä edellytetään.

Esim. 1. Maanomistaja hakee maa-aineksen ottolupaa kiinteistölleen, joka kuuluu harjijensuojeluohjelmaan ja on maisemallisesti erittäin arvokas alue. Kunta epäilee MAL 3.1,1 §:n nojalla maa-aineslupan. Koska maanomistaja voi käyttää kiinteistöä metsätalouteen, hänellä ei MAL 8.1 §:n nojalla ole oikeutta vaatia kuntaa (tai valtiota) lunastamaan kiinteistöä.

Esim. 2. Jos edellä mainitun maa-aineksen ottolupahakemuksen kohteena olevalla alueella olisi alueellisen ympäristökeskuksen LSL 47.3 §:n nojalla antamalla päätöksellä rajattu erityisesti suojeltavan lajin säilymiselle tärkeä esiintymispaikka, maanomistaja voi hakea poikkeusta LSL 48.2 §:n mukaisesti. Poikkeusta ei kuitenkaan voitaisi myöntää, koska poikkeuksen myöntämisen edellytyksenä on, että lajin suojelutaso säilyy suotuisana. Erityisesti suojeltavat lajit ovat uhanalaisia lajeja. Lisäksi esiintymispaikan rajaamisen edellytyksenä on, että esiintymispaikka on lajin säilymiselle tärkeä.¹⁵¹ Mikäli haitta maanomistajalle poikkeuksen saamisen epäamisestä olisi merkityksellinen, hänellä olisi oikeus saada korvaus LSL 53.1 §:n nojalla. (Ks. kuitenkin jäljempänä selostettavan luonnonsuojelulain muutoksen (371/1999) vaikutus.)

Maanomistajalla ei kuitenkaan ole oikeutta LSL 53.1 §:n nojalla korvaukseen merkityksellisestä haitasta, mikäli hänellä ei ole voimassa olevaa lupaa sille toiminnalle, jonka perusteella poikkeusta on haettu. Haitta esimerkiksi edellä viitatussa tapauksessa LSL 47.3 §:n mukaisesta suojelusäännöksestä haetun poikkeuksen epäamisestä ei ole merkittävää, koska vaikka se maanomistajalle myönnettäisiin, hän ei voisi sen perusteella ryhtyä maa-aineksen ottamiseen.

Mikäli ympäristönkäyttölupahakemus evättäisiin konkurrenssitilanteessa suoraan luonnonsuojelulain vastaisuuden perusteella ilman, että hakija ohjataan hakemaan poikkeusta, jäisi epäselväksi, olisiko poikkeus voitu saada. Hakijan kannalta tämä saattaisi johtaa kohtuuttomiin tilanteisiin, sillä LSL 53.1 §:n korvaussäännöksen mukaan valtion korvausvelvollisuus syntyy pääsääntöisesti vasta, kun poikkeuslupahakemus on eväty.

¹⁵¹ Ks. laajemmin *Suvantola* 2003b s. 680–681 viitteineen.

Esim. 3. Maanomistaja hakee ympäristönkäyttölupaa esim. ojituslupaa erityisesti 47.2 §:n nojalla suojellun lajin rajatun esiintymispaikan hal-ki. Hakemus hylätään luonnonsuojelulain vastaisena. Maanomistaja hakee päätöksestä aiheutuneen haitan perusteella toimitusta korvausten määrittämiseksi LSL 53.1 §:n nojalla suojelusäännösten aiheuttaman haitan johdosta. Korvausta ei määrätä, koska maanomistaja hän ei ole hakenut poikkeusta, eikä ole ilmeistä, että poikkeusta ei voitaisi myöntää. Tämän seurauksena maanomistaja hakee poikkeusta luonnonsuojelulain säännöksistä voidakseen saada myönteisen korvauspäätöksen. Teorias- sa on mahdollista, että luonnonsuojeluviranomainen antaisi poikkeus- lupahakemukseen myönteisen päätöksen. Tällöin hakija ei olisi oikeu- tettu korvauksiin, vaan joutuisi aloittamaan lupahakemusprosessin uu- delleen ilman varmuutta siitä, että ympäristönkäyttölainsäädännössä asetetut lupaehdot täyttyvät.

Korvausvelvollisuus on selkiintynyt luonnonsuojelulakiin Natura 2000 -verkostoa koskevien korvaussäännösten muuttamisen yhteydessä, vaika- kakin ehkä tahattomasti. Luonnonsuojelulain muutoksella (371/1999) 53 §:ään lisättiin 5 momentti, jonka mukaan rakennuslain – nykyisin MRL:n – ja maa-aineslain mukaisten lupien epäämisestä aiheutuvan haitan kor- vaamisesta säädetään erikseen, kun taas MetsäL 10 §:n mukaisen, metsien käyttöä koskevan erityisen velvoitteen kohtuullistamisesta säädetään ky- seisen lain 11 §:ssä. Tarkoituksena oli rajoittaa korvausvelvollisuutta Na- tura 2000 -verkoston suojelun osalta, mutta säännöstä ei rajattu koske- maan ainoastaan kyseisiä tilanteita. Näin ollen säännös koskee yleisesti korvausvelvollisuutta luonnonsuojelulain nojalla, ja korvausvelvollisuus maa-aineksen ottamisen ja rakentamisen osalta kaikista luonnonsuojelu- lain rauhoitusmääräyksistä ratkeaa sen lainsäädännön nojalla, jonka tar- koittamasta luvasta olisi kyse. Edellä esitetty epäselvyys maanomistajan oikeudesta korvaukseen esimerkissä 2 tarkoitettussa tilanteessa on siten yk- siselitteinen: korvausvelvollisuus ratkeaa MAL 8 §:n nojalla.

Sen sijaan metsänkäytölle aiheutuvat haitat poikkeuksen epäämisestä LSL:n 29, 47 tai 66 §:n säännöksistä korvataan luonnonsuojelulain mu- kaisesti.

Esim. 4. Maanomistaja tekee metsänkäyttöilmoituksen alueesta, jolla on rajattu LSL 47 §:n nojalla erityisesti suojeltavan lajin esiintymis- paikka. Metsäkeskus, joka on tietoinen rajauspäätöksestä luonnonsuo- jeluasetuksen (160/1997) 11 §:n johdosta, ilmoittaa maanomistajalle, että metsänkäyttö on LSL 47 §:n mukaan kiellettyä, jos se hävittää tai heikentää lajin esiintymispaikkaa. Korvaus määräytyy luonnonsuojelu- lain nojalla.

Mikäli haettu poikkeus luonnonsuojelulain säännöksistä myönnetään, oi-

keutta korvaukseen ei luonnollisesti ole. Korvauksettomuus aiheutuu myös sillä perusteella, että hankkeelle on olemassa vaihtoehtoinen toteutustapa tai sijoituspaikka. Vaihtoehdon olemassaolo tarkoittaa, että maanomistajalle ei aiheudu haittaa suojelusta, koska hän voi toteuttaa haluamansa hankkeen vaihtoehtoisella tavalla, joka ei ole luonnonsuojelulain säännösten vastainen. Ongelmallisempaa on todeta, milloin vaihtoehto on olemassa. Selvimpiä tilanteita ovat rakentamiskaikan vaihtoehtoinen sijainti kiinteistöllä tai yksityistien toinen linjaus. Poikkeuslupaun liitettävien rajoittavien lupaehtojen asettamisella toimenpide voidaan sallia rajoitetussa muodossa siten, että korvausvelvollisuutta ei synny.¹⁵² Rajanveto sen suhteen, milloin ehdot muodostuvat liian vaativiksi ja asiallisesti muodostavat luvan epäämisen tulee kuitenkin mahdollisesti jossain vaiheessa vastaan.

YksitTL 7.2 § kieltää yksityistien tekemisen, jos siitä voi aiheutua huomattavaa luonnon turmeltumista. *Similä* on katsonut, että korvausharkinta luonnonsuojelulain säännöksen, kuten 30 §:n mukaisen rajatun luontotyypin esiintymän suojelun perusteella ei tule kyseeseen, jos kieltö perustuu myös yksityistielakiin.¹⁵³ Edellä esitetyllä tavalla myöskään tässä tapauksessa poikkeuksen epääminen luonnonsuojelulain säännöksistä ei aiheuta merkityksellistä haittaa, koska tietä ei saisi yksityistielain tehdä, vaikka poikkeus LSL 29 §:stä myönnettäisiinkin. Mikäli tieoikeus olisi vahvistettu ennen kuin LSL 29 §:ssä tarkoitettu luontotyyppi esiintymä tai LSL 47.2 §:ssä tarkoitettu erityisesti suojeltavan lajin tärkeä esiintymiskaipa rajattaisiin, korvausvelvollisuus olisi selvä, koska silloin konkurrenssissa olisi kyse oikeudellisesti sallitun, vaikkakin toteuttamattoman ympäristönkäyttöhankkeen ja uuden suojelun välillä.

3.3.6 Asianmukainen päätöksentekomenettely konkurrenssitilanteessa

Konkurrenssitilanteiden ratkaiseminen kiteytyy siihen, missä järjestyksessä ympäristönkäyttölain lupaviranomainen harkitsee lupaedellytyksiä. Päätöksentekomenettelyssä on kiinnitettävä huomiota lain soveltamisen rationaalisuuteen. Hall 7 §:n mukaan asian käsittely viranomaisessa on pyrittävä järjestämään niin, että hallinnossa asioiva saa asianmukaisesti hallinnon palveluita ja viranomainen voi suorittaa tehtävänsä tuloksellisesti. Menettelyn asianmukaisuutta on, että menettelyssä vältetään turhia kustannuksia aiheuttavia arviointeja, riippumatta siitä aiheutuvatko kustan-

¹⁵² Ks. laajasti *Suvantola* 2003b s. 687, 692 ja 694.

¹⁵³ Ks. *Similä* 1997 s. 193.

nukset luvanhakijalle vai viranomaiselle.¹⁵⁴ Lähes kaikkiin ympäristönkäyttöä koskeviin lakeihin sisältyy lupaedellytyksiä, joiden täytyttyä hakijalla vasta on oikeus saada lupa.¹⁵⁵ Näin ollen konkurrenssitilanteessa on syytä ensisijaisesti harkita, onko lupahakemukseen sovellettavan ympäristönkäyttölainsäädännön nojalla oikeudelliset edellytykset luvan myöntämiseksi olemassa.

Tarkastelen esimerkkinä vireille tulevaa maa-aineslupahakemusta, joka koskee alueellisen ympäristökeskuksen päätöksellä LSL 30 §:n mukaisesti rajattua suojellun luontotyyppin esiintymää. Mikäli ottaminen muuttaisi luontotyyppin ominaispiirteitä, maa-aineksen ottaminen edellyttää poikkeuksen luontotyyppisuojelusta. MAL 1.2 §:n viittaussäännöksen nojalla ei ole mahdollista myöntää ottamislupaa ilman LSL 31 §:n mukaista poikkeusta. Jos kyse olisi luonnontilaisesta hiekkarannasta, oikeudellisia edellytyksiä maa-ainesluvan myöntämiseksi ei mahdollisesti olisi olemassa, koska MAL 3.1,1 §:n mukaan kauniin maisemakuvan turmeltuminen on esteenä luvan myöntämiseksi. Luvan epäämisperuste ei olisi silloin luonnonsuojelulain vastaisuus vaan maa-aineslain vastaisuus. Samoin rakennuslainsäädännön lupaedellytykset voivat estää rakentamisen vastaavalaisessa tilanteessa:

KHO 16.10.2002 t. 2566: rakentamisen osoittaminen luonnontilaiselle hiekkarannalle ei sopeutunut rantamaisemaan, joten ympäristökeskuksen oli tullut jättää kunnanvaltuuston lainvastainen kaava vahvistamatta RakL 29.1 §:n ja 22.2 §:n perusteella.

Tapauksessa ei ollut kyseessä alueellisen ympäristökeskuksen rajaama luontotyyppin esiintymä. Luontotyyppin suojelusäännös ei kuitenkaan olisi asiallisesti muuttanut ratkaisua, koska jo rakennuslain säännökset estivät rakentamisen osoittamisen yleiskaavassa kyseiselle alueelle.

Korkeimman oikeuden edellä selostetussa ratkaisussa KKO 2000:47 todettiin, että YksitTL 7.2 §:n säännöstä, jonka mukaan tietä ei saa tehdä, jos sen tekemisestä voi aiheutua huomattavaa luonnon turmeltumista tai ympäristön kulttuuriarvojen vähentymistä tai muu niihin verrattava yleisen edun loukkaus, on kyseisen pykälän 3 momentin nojalla sovellettava

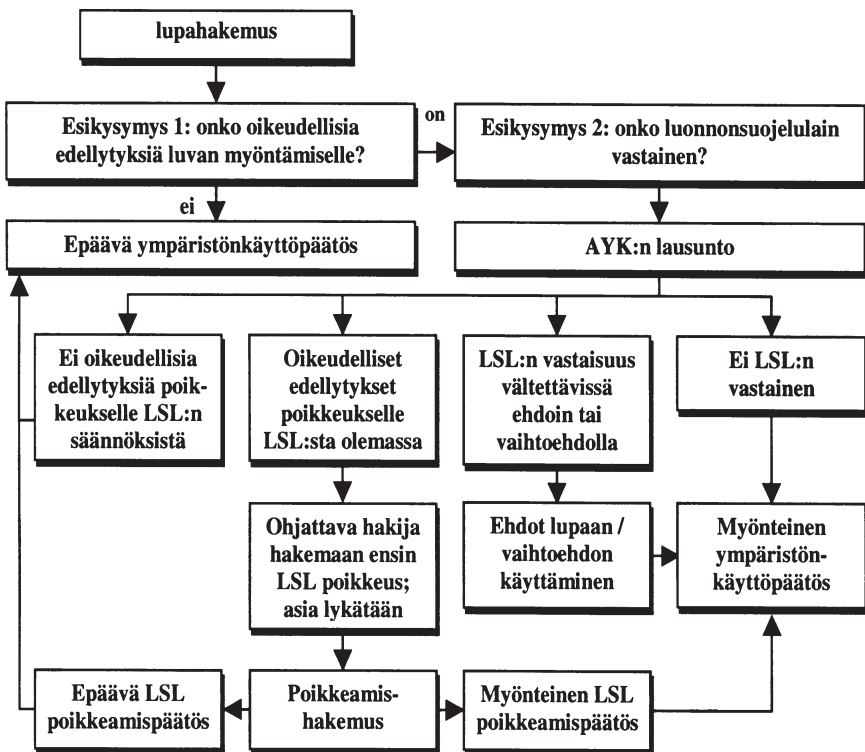
¹⁵⁴ Tämä liittyy myös edellä käsitelyyn Natura 2000 -verkostoa koskevien säännösten soveltamiseen. Olisi perusteetonta edellyttää hankkeen toteuttajalta arvioinnin teettämistä tai kumulatiivisten vaikutusten arviointia, jos lupaa hankkeeseen siihen sovellettavan lainsäädännön nojalla ei voitaisi myöntää.

¹⁵⁵ Poikkeuksen muodostaa mm. metsälaki, jossa ei kuitenkaan ole kyse lupamenettelystä, vaan metsänkäyttöilmoituksen tekemisestä, mutta johon myös liittyy tiettyjä metsälaissa asetettuja edellytyksiä.

myös tien käyttöön. Tien käyttöön liittyvistä kunnostamistoimista katsottiin voivan aiheutua sellaisia seurauksia, jotka saattavat vaikuttaa epäedullisesti kansallispuiston luonnonoloihin, maisemaan tai eläin- ja kasvilajien säilymiseen. Yksityistielain kyseinen säännös useimmissa tapauksissa estää sellaisen tien tekemisen ja käytön, joka olisi luonnonsuojelulain säännösten vastainen. Näissä tilanteissa konkurrensi luonnonsuojelulain säännösten kanssa ratkeaa suoraan yksityistielain nojalla.

3.3.7 Edellytyssuhde kumuloitumisen sijasta

Luonnonsuojelulain säätämisen yhteydessä ympäristönsuojelulainsäädäntöön tehtyjen viittaussäännösten tulkitseminen siten, että luonnonsuojelulain suojelusäännökset kumuloituisivat ympäristönsuojeluluvan myöntämisedellytyksiin aiheuttaa edellä esitetyllä tavalla lukuisia ongelmia.



Kuvio 8. Päätöksentekojärjestys konkurrenssitilanteessa.

Lupaedellytysten kumuloimisen sijasta viittaussäännösten on katsottava muodostavan edellytysuhteen luonnonsuojelulain eduksi. Päätöksenteon rationaalisuuden vuoksi päätöksentekomenettelyssä tulee ensin arvioida mahdollisuus myöntää haettu lupa siihen soveltuvan ympäristönkäyttölainsäädännön nojalla (ks. kuvio 8). Mikäli hanke olisi ympäristönkäyttölain aineellisten säännösten vastainen, kysymys luonnonsuojelulain vastaisuudesta ei tule edes arvioitavaksi. Mikäli lupa voitaisiin myöntää, edellytysuhteen vuoksi luonnonsuojelulain edellytykset on harkittava ennen luparatkaisun tekemistä. Tämän vuoksi lupaviranomaisen on pyydettävä alueelliselta ympäristökeskukselta lausunto sekä luonnonsuojelulain vastaisuudesta että mahdollisuuksista välttää luonnonsuojelulain vastaisuus asettavilla lupaehdoilla, vaihtoehtoisilla ratkaisuilla tai poikkeusluvalla. Kuten edellä on todettu, poikkeusta luonnonsuojelulain säännöksistä ei myöskään ole mielekästä myöntää ilman, että tiedetään, että ympäristönkäyttölainsäädännössä säädetyt oikeudelliset lupaedellytykset ovat olemassa.

3.4 Konkurensi viittaussäännöksen puuttuessa

Kaikkiin yksittäisiin ympäristönkäyttöä koskeviin lakeihin ei kirjattu viittausta luonnonsuojelulakiin sen säätämisen yhteydessä. Niitä ovat mm. laki kiinteän omaisuuden pakkolunastuksesta sähkölaitosta varten (168/1928), jonka perusteella voidaan lunastaa maa-alue tai sen käyttöoikeus sähkölaitokselle, jolla on yleisehköä merkitystä, kiinteistönmuodostamislaki (554/1995, KML), jonka perusteella voidaan muodostaa rasitteita¹⁵⁶ toisen kiinteistön alueelle pääsääntöisesti sopimuksella, mutta tietyin ehdoin myös ilman maanomistajan suostumusta, ulkoilulaki (606/1973) jonka perusteella voidaan perustaa ulkoilureittejä, ja maastoliikennelaki (1710/1995, MaastoLL) jonka perusteella voidaan perustaa moottorikelkkareittejä, molempien nojalla myös ilman maanomistajan suostumusta.¹⁵⁷

Ilman viittaussäännöstä edellä mainittujen ja niiden kaltaisten ympäristönkäyttölakien nojalla voidaan myöntää lupa johonkin hankkeeseen, vaikka se olisi luonnonsuojelulain vastaista sen vuoksi, että kyseisessä laissa on tyhjentävästi säädetty luvanedellytyksistä, eikä niihin sisälly luonnonsuo-

¹⁵⁶ Ks. KML 154 §, jossa luetellaan mm. veden johtaminen, viemäri- yms. johdon asettaminen, pysäköinti-, venevalkama, maa-aineksen ottaminen, väestönsuojelurakennelmien, lämpökeskuksen tai jätteiden kokoamispaikan sijoittaminen yms.

¹⁵⁷ Muita vastaavia lakeja ovat esim. merensuojelulaki (1415/1994) ja mannermaajalustalaki (149/1965).

jelulain säännösten huomioonottamisvelvoitetta.¹⁵⁸ Silti, kuten *Tolvanen-kin* huomauttaa, viittaussäännökset ovat sikäli tarpeettomia, että luonnonsuojelulakia on muutenkin noudatettava. Luonnonsuojelulain kanssa ristiriitainen viranomaispäätös ei anna oikeutta toimenpiteen toteuttamiseen luonnonsuojelulain vastaisesti,¹⁵⁹ vaan toteaa ainoastaan, että sovelletun lain mukaan sen toteuttamiseen ei ole estettä. Ympäristönkäyttöluvan ohella on saatava poikkeus luonnonsuojelulain säännöksestä. Ympäristönkäyttöluvassa tämä olisi syytä infomaatioluonteisesti todeta.

Esim. 5. Kiinteistön A maanomistaja hakee KML 154 §:n nojalla toimitusta rasitteen muodostamiseksi kiinteistönsä hyväksi sähköjohtojen vetämistä varten kiinteistön B alueelle, joka on pääosin muodostettu luonnonsuojelualueeksi. Alueen rauhoitusmääräysten mukaan maaperän vahingoittaminen on kielletty. Rasite voidaan KML 154 §:n nojalla muodostaa, mutta siitä huolimatta rasitteen tarkoittaman hankkeen toteuttamiseksi kiinteistön A maanomistajan on saatava poikkeus kiinteistöllä B sijaitsevan luonnonsuojelualan rauhoitusmääräyksistä.

Tällaiseen tilanteeseen rinnastuu myös tilanne, jossa sellaisen ympäristönkäyttölain nojalla, johon sisältyy viittaussäännös, on myönnetty lupa ympäristönkäyttöhankkeeseen ja luvan myöntämisen jälkeen ilmenee, että hanke edellyttää poikkeusta luonnonsuojelulain säännöksistä. Poikkeuslupa on tällaisessa tapauksessa haettava ennen kuin hanke voidaan toteuttaa siltä osin. Esimerkiksi ratkaisussa KHO 2003:38 todetaan, että ”(T)ielinjauksella mahdollisesti olevia muita sellaisia liito-oravan lisääntymis- ja levähdyspaikkoja, jotka moottoritien rakentamisella hävitetään tai heikennetään, ei käsitellä tämän poikkeuslupa-asian yhteydessä. Siinä tapauksessa, että tuollaisia tilanteita ilmenee, Tiehallinnon on niiden osalta tehtävä uusi LSL 49.3 §:ssä tarkoitettu poikkeushakemus.”

¹⁵⁸ Ks. *Tolvanen* 1998 s. 239. Mainituista säädöksistä MaastoLL 13 §:n mukaan moottorikelkkareitti valtion luonnonsuojelualueilla perustetaan alueen hallinnasta vastaavan viranomaisen (Metsähallitus tai Metsäntutkimuslaitos) päätöksellä. Lisäksi laissa on sisällöllinen viittaus luonnonsuojelulakiin yksityisten luonnonsuojelualueiden osalta, mutta viittaus puuttuu uusien luonnonsuojeluinstrumenttien, kuten luontotyyppien suojelun, erityisesti suojeltavien lajien esiintymispaikkojen suojelun ja Natura 2000 -säännösten osalta. Viimeksi mainitun osalta viittaussäännöksen puuttumisella ei ole merkitystä, koska LSL 65–66 §:ien menettelysäännökset kattavat nämäkin konkurrensitilanteet. Luontotyyppien suojelun osalta on mahdollista, että moottorikelkkareitit niiden lumipeitteisen ajan käytön takia eivät ole omiaan muuttamaan ominaispiirteitä kielletyllä tavalla, joten ristiriitaa ei ole. Sen sijaan erityisesti suojeltavissa lajeissa on mm. lintuja kuten maakotka (*Aquila chrysaetos*), joiden pesintä alkaa jo lumipeitteisenä aikana. Reitit perustamisedellytyksenä MaastoLL 16.2 §:n mukaan kuitenkin on, että siitä ei saa olla mm. luonnolle huomattavaa haittaa.

¹⁵⁹ Ks. yleisellä tasolla konkurrensista *Kuusiniemi* 1985 s. 103 ja erityisesti luonnonsuojelulain osalta *Vihervuori* 2000 s. 371–372.

4 KONKURRENSSI LUONNONSUOJELULAIN ERI SÄÄNNÖSTEN VÄLILLÄ

Luonnonsuojelulain eri säännökset voivat olla konkurrenssissa myös keskenään. Jonkin ympäristönkäyttöhankkeen toteuttaminen voi vaatia useampia kuin yhden luvan poiketa luonnonsuojelulain rauhoitussäännöksistä. Eri-tyisesti tämä koskee Natura 2000 -verkoston suojelusäännöksistä sallittavaa poikkeamista, joka tehdään ympäristönkäyttöä koskevan lain nojalla, mutta jonka mahdollistaa valtioneuvoston LSL 66.2 §:n nojalla antama päätös. Mikäli Natura 2000 -verkostoon kuuluvaa aluetta koskee myös jokin muu luonnonsuojelulain säännös, ne eivät *konsumoidu*. Vaikka valtioneuvosto tekisi Natura 2000 -suojelusta poikkeamisen edellytykset toteavan päätöksen, hankkeen toteuttaminen edellyttää lisäksi poikkeusta muista luonnonsuojelulain soveltuvista säännöksistä. Kyseeseen saattavat tulla säännökset poikkeusten myöntämisestä luonnonsuojelun alueen rauhoitussäännöksistä tai suoraan lain nojalla voimassa olevasta luonnonarvojen heikentämiskiellosta – kuten LSL 49.1 §:n kiellosta hävittää tai heikentää luontodirektiivin liitteen IV (a) lajin lisääntymis- ja levähdyspaikkaa – tai luonnonsuojelulain nojalla tehdystä päätöksestä – kuten LSL 29 §:n suojeltavan luontotyypin ominaispiirteiden muuttamiskiellosta tai LSL 47 §:n erityisesti suojeltavan lajin esiintymispaikan hävittämis- ja heikentämiskiellosta. Hankkeen toteuttaminen saattaa edellyttää myös esimerkiksi kansallispuiston perustamista koskevan lain tai sen rauhoitussäännöksiä koskevan asetuksen muuttamista.¹⁶⁰

Tällaisessa konkurrenssitilanteessa luonnonsuojelulaista poikkeamista koskevaa hakemusta käsittelevän viranomaisen tarkoituksenmukaisuusharkintaa rajoittaa käytännössä se, että toteutettavan hankkeen ja luonnonsuojelun välinen tarkoituksenmukaisuuskysymys on tavallaan jo ratkaistu valtioneuvoston Natura 2000 -verkostoa koskevista säännöksistä poikkeamista koskevalla periaatteellisella ratkaisulla. Mikäli viranomaisen päätäisi epäämään luvan tarkoituksenmukaisuusperustein, on todennäköistä, että valituksen johdosta valtioneuvosto päätyisi sallimaan poikkeuksen. Poikkeuksen myöntämisen oikeudellisten edellytysten harkintaan valtioneuvoston päätöksellä on merkitystä myös niissä tapauksissa, joissa poikkeaminen voidaan myöntää yleistä etua koskevan hankkeen tai suunnitelman toteuttamiseksi. Natura 2000 -verkoston suojelusta poikkeaminen edellyttää luonnonsuojelulain poikkeussäännöksistä kaikkein korkeinta yleisen edun vaatimusta (erittäin tärkeän yleisen edun kannalta pakottava

¹⁶⁰ Ks. Suvantola 2003a s. 61.

syy), joten vähäisemmän edellytyksen voidaan katsoa aina samalla täyttyvän.¹⁶¹ Muiden oikeudellisten edellytysten osalta valtioneuvoston päätöksellä ei ole merkitystä. Poikkeaminen erityisesti suojeltavan lajin esiintymispaikan suojelusta tai lajin rauhoitussäännöksistä ei lain mukaan ole mahdollista oikeudellisten edellytysten puuttuessa, jos poikkeus heikentäisi lajin suojelutasoa. Lintulajien osalta puolestaan oikeudelliset edellytykset rauhoitussäännöksistä poikkeamiselle ovat lintudirektiivin artiklan 9 nojalla hyvin suppeat, eikä poikkeus tule kyseeseen esimerkiksi työllisyyteen, valtionalouteen tai liikenteellisiin tarpeisiin liittyvin perustein.¹⁶²

Yleisimmin konkurrensi luultavasti ilmenee LSL 66.2 §:n nojalla annettavan Natura 2000 -verkostoa koskevan valtioneuvoston päätöksen ja LSL 49.1 §:ssä säädetyn luontodirektiivin liitteen IV (a) lajien lisääntymis- ja levähdyspaikan suojelusäännöksen välillä. Poikkeamiselle asetetut edellytykset poikkeavat osittain toisistaan. Molempien edellytyksenä on, että hankkeelle ei saa olla vaihtoehtoa. Sen sijaan LSL 49.1 §:stä myönnettävä poikkeus edellyttää, että lajin suotuisa suojelutaso ei poikkeuksen vuoksi heikkene, sekä että kyseessä on joku luontodirektiivin 16.1 artiklassa luetelluista perusteista (ks. edellä jakso 3.3.4).

5 VIITTAUSSÄÄNNÖSTEN VAIKUTUS VIRANOMAISTEN PAKKOKEINOTOIMIVALTAAN

5.1 Alueellisen ympäristökeskuksen pakkokeinotoimivalta luonnonsuojelulain vastaisuuden perusteella

Luonnonsuojelulain säännösten vastaisen toiminnan johdosta alueellisella ympäristökeskuksella on toimivalta LSL 57.1 §:n nojalla kieltää luonnonsuojelulain vastaisen toiminnan tai laiminlyönnin jatkaminen tai toistaminen, sekä sakon tai keskeyttämisen uhalla velvoittaa määrääjässä poistamaan oikeudenvastainen tila tai korjaamaan lain velvoitteen laiminlyönti. Ympäristökeskus voi tehostaa velvoittamispäätöstä asettamalla uhan, että määräyksen noudattamatta jättämistilanteessa tarpeelliset toimet teetetään

¹⁶¹ Muut luonnonsuojelulaissa käytetyt poikkeusperusteet edellyttävät vähäisempinä pidettäviä merkittävyyden vaatimuksia: yleisen edun kannalta *merkittävä* hanke tai suunnitelma, yleisen edun kannalta *tärkeä* hanke tai suunnitelma, *tärkeän* yleisen edun kannalta *välttämätön* hanke, yleisen edun kannalta *erittäin tärkeä* hanke tai suunnitelma. Ks. *Suvantola* 2003b s. 683–685.

¹⁶² Ks. laajemmin *Suvantola* 2003b s. 680, 683, 685.

asianomaisen kustannuksella. Kuten edellä on todettu, muun lain nojalla myönnetty, lainvoimainenkaan lupa ympäristönkäyttöön, joka olisi luonnonsuojelulain säännösten vastaista – kuten esimerkiksi maa-ainesten ottoon alueellisen ympäristökeskuksen päätöksellä rajatun luontotyypin esiintymän alueelta –, ei syrjäytä luonnonsuojelulain säännösten noudattamisvelvollisuutta. Myönnetty lupa ei myöskään poista tai rajoita alueellisen ympäristökeskuksen toimivaltaa käyttää pakkokeinoja luonnonsuojelulain säännösten noudattamisen valvonnassa.

Natura 2000 -verkostoon kuuluvien alueiden heikentämiskielto toteutuu ainoastaan lupa- tai vastaavissa menettelyissä. Kuten todettu, luonnonsuojelulaissa ei Natura 2000 -verkoston suojelun osalta ole kielto­säännöstä, jonka rikkomisesta voisi seurata rangaistus tai jonka perusteella voitaisiin sanoa jonkun tehneen lainvastaisen *teon*. LSL 65.1 §:ssä on kuitenkin säädetty hankkeen toteuttajalle tai suunnitelman laatijalle velvollisuus suorittaa hankkeen tai suunnitelman arviointi, jos merkittävän heikentymisen kynnyks todennäköisesti ylittyy. Arviointivelvollisuus on ilmaistu selkeästi ja se on kohdistettu yksilöidysti hankkeen toteuttajalle tai suunnitelman laatijalle. LSL 57.1 §:n mukainen säännös pakkokeinojen käyttämisestä luonnonsuojelulain säännöksen noudattamisen laiminlyönnin jatkamisen estämiseksi on mahdollista tulkita ulottuvan myös tilanteeseen, jossa hankkeen toteuttaja tai suunnitelman laatija ei suorita lain edellyttämää arviointia.

Kysymys pakkokeinon soveltuvuudesta ei ole merkityksellinen niissä tilanteissa, joissa hankkeen tai suunnitelman toteuttaminen edellyttää viranomaisen sallivaa päätöstä, koska LSL 65.2 §:n mukaan lupa- tms. viranomaisella on velvollisuus varmistaa, että arviointi on suoritettu ja arvioinnin suorittaminen on sallivan päätöksen oikeudellinen edellytys.¹⁶³ Mikäli alueellinen ympäristökeskus katsoo, että lupaviranomainen on lainvastaisesti laiminlyönyt arvioinnin edellyttämisen, se voi myöhemmin selostettavalla tavalla valittaa lainvastaisesta päätöksestä. Ongelma kuitenkin aktualisoituu ilmoituksenvaraisten hankkeiden yhteydessä, sillä ne ovat pääsääntöisesti toteutettavissa tietyn määräajan kuluttua ilmoituksen tekemisestä.

Esim. 6. Maanomistaja tekee metsänkäyttöilmoituksen alueesta, joka on ehdotettu tai sisällytetty Natura 2000 -verkostoon alueella esiintyvän boreaalisen luonnonmetsän perusteella. Maanomistaja ei ole suorittanut, eikä alueellisen ympäristökeskuksen otettua yhteyttä suostu

¹⁶³ Mikäli hankkeeseen ryhdyttäisiin ilman asianmukaista lupaa, siihen luonnollisesti puututaan asianomaiseen hankkeeseen sovellettavan lainsäädännön mukaisilla pakkokeinoilla. Ks. *Vihervuori* 2004 s. 156–157.

suorittamaan LSL 65.1 §:n mukaista arviointia, koska katsoo, että metsänkäyttö ei heikennä merkittävästi alueen valinnan perusteena olevia luonnonarvoja. Mikäli alueellinen ympäristökeskus katsoo hankkeesta aiheutuvan heikentämisen todennäköisesti olevan merkityksellistä, se voi velvoittaa maanomistajan LSL 57.1 §:n nojalla suorittamaan LSL 65.1 §:ssä säädetyn arvioinnin ja asettaa sakon uhan velvoitteen toteuttamisen varmistamiseksi. Vaihtoehtoisesti alueellinen ympäristökeskus voi asettaa alueen väliaikaiseen toimenpidekieltoon LSL 55.1 §:n nojalla, mikäli alue täyttää LSL 10.2 §:ssä säädetty luonnonsojelualueen perustamisedellytykset.¹⁶⁴

Ongelmallista on se, että haitallisten vaikutusten todennäköisyys ja merkittävyys eivät ole kiistattomasti yksittäistapauksessa arvioitavissa, vaikka ne ovat pakkokeinon asettamisen oikeudellisia edellytyksiä. Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen 7.9.2004 tekemän, edellä (luku 3.2.1) viitatus ratkaisun C-127/02 valossa todennäköisyyttä tulkitaan kuitenkin varovaisuusperiaatteen mukaisesti ikään kuin *käänteisesti* siten, että ainoastaan silloin ei ole tarvetta arviointiin, kun ei ole ”mitään tieteelliseltä kannalta järkevää epäilyä” merkityksellisten haitallisten vaikutusten aiheutumatta jäämisestä. Erimielisyys haitallisten vaikutusten merkittävydestä ja todennäköisyydestä ratkaistaan hallintolainkäytössä, sillä alueellisen ympäristökeskuksen tekemästä pakkokeinopäätöksestä voi päätöksen kohteena oleva luonnollisesti hakea muutosta.

5.2 Metsäkeskuksen pakkokeinotoimivallasta luonnonsojelulain vastaisuuden perusteella

Ympäristönsuojelulainsäädäntöön tehtyjen viittaussäännösten merkitystä on pidetty epäselvänä tulkittaessa metsäkeskusten pakkokeinotoimivallan laajuutta. Metsäkeskuksilla on MetsäL 16 §:n nojalla käytettävissään *käsittelykielto*. Käsittelykiellon antaminen edellyttää, että MetsäL 15 §:ssä tarkoitettu neuvottelu metsäkeskuksen ja hakkuuta suunnittelevan välillä metsälain vastaiseksi epäillyn suunnitellun hakkuun tai muun toimenpiteen johdosta ei ole johtanut lain mukaiseen tulokseen, ja että on perusteltua syytä epäillä, että suunniteltu tai aloitettu hakkuu tai muu toimenpide on ”tämän lain tai sen nojalla annettujen säännösten tai määräysten vastainen”.¹⁶⁵ Viit-

¹⁶⁴ *Similä* (1997 s. 244) toteaa, että tällaisessa tilanteessa tärkein alueellisen ympäristökeskuksen toimivallassa oleva keino on LSL 55.1 §:n mukaisen toimenpidekiellon asettaminen. Hän ei ole ottanut kantaa, soveltuisiko LSL 57.1 § kyseiseen tilanteeseen.

¹⁶⁵ Ks. käsittelykiellon asettamisesta tarkemmin *Kiviniemi* 2004 s. 339–342.

taussäännöksen mukaan ”metsän hoitamisessa ja käyttämisessä on tämän lain lisäksi noudatettava, mitä luonnonsuojelulain 9, 29–35, 39, 42, 47–49, 55 ja 56 §:ssä sekä 10 luvussa taikka muussa laissa säädetään”. Säännösten sanamuodon perusteella teko, joka on luonnonsuojelulain vastainen, ei ole metsälain vastainen teko.¹⁶⁶

Oikeuskirjallisuudessa on esitetty, että metsäkeskus voisi antaa käsittelykiellon, mikäli metsänkäyttöilmoituksessa tarkoitetut hakkuut olisivat luonnonsuojelulain säännösten vastaisia, esimerkiksi heikentäisivät merkittävästi Natura 2000 -alueen valinnan perusteena olevia luonnonarvoja, vaikka kyseessä ei olisi Metsäl 10 §:ssä lueteltu ns. avainbiotooppi.¹⁶⁷ *Kuusiniemi* toteaa viittaussäännöksen merkityksestä toimivallan osalta olevan kaksi tulkintalinjaa: kirjaimellinen tulkinta, jonka mukaan toimivaltaa ei ole,¹⁶⁸ ja laajentava, tavoitehakuinen tulkinta, jonka mukaan viranomaisella on toimivalta, joka perustuu tarpeeseen voida estää luonnonarvojen heikkeneminen.¹⁶⁹ *Pappila* tulkitsee toimivaltaa tavoiteiterationaalisin perustein laajentavasti sillä perusteella, että muutoin yhdelläkään viranomaisella ei olisi toimivaltaa keskeyttää LSL 65 §:n nojalla arviointia edellyttävää hanketta.¹⁷⁰ *Kuusiniemi* päättyy varovasti tukemaan Natura 2000 -verkostoa koskevien, yksilöityjen velvollisuusnormien osalta tavoitehakuista tulkintaa, jonka mukaan metsäkeskus antaisi käsittelykiellon vaikutusarvioinnin turvaamiseksi ja ratkaisisi sen perusteella, aiheutuuko todella haitallisia vaikutuksia. Näin voitaisiin välttää ”jopa tarpeettomia lunastustilanteita”, joita syntyisi siitä, että ympäristökeskus antaisi toimenpidekiellon LSL 55 §:n nojalla, joka ”lähtökohtaisesti johtaa alueen lunastamiseen”¹⁷¹.

Kokko tulkitsee metsäkeskuksella olevan toimivalta kieltää hakkuut sillä perusteella, että mikäli metsäkeskus ei tee käsittelykieltopäätöstä Metsäl 16 §:n nojalla, se olisi LSL 66.2 §:ssä tarkoitettuun viranomaisen lupapäätökseen rinnastuva ns. hiljainen hyväksyntä hankkeelle.¹⁷² Kyseinen tulkinta on kuitenkin lain sanamuodon vastainen. LSL 65.3 §:ssä on lisäk-

¹⁶⁶ Näin toteavat myös *Kuusiniemi* (1998a s. 101) ja *Kiviniemi* (2003 s. 138 ja sama 2004 s. 229), joista jälkimmäinen toteaa kansalaisiin kohdistuvia pakkokeinoja koskevien säännösten laajentavan tulkinnan olevan hallinnon lainalaisuusperiaatteen vastaista.

¹⁶⁷ Mm. *Similä* 1997 s. 243, *Pappila* 1998 s. 183, *Kokko* 2002 s. 25 ja *Kokko* 2003 s. 239–240.

¹⁶⁸ Ks. mm. *Tolvanen* 1998 s. 244–245 ja *Suvantola* 2003a s. 41 av. 149.

¹⁶⁹ Ks. *Kuusiniemi* 1998a s. 101. Laajentavan kannan on ensimmäisenä esittänyt *Similä* 1997 s. 243.

¹⁷⁰ Ks. *Pappila* 1998 s. 183.

¹⁷¹ *Kuusiniemi* 1998a s. 102.

¹⁷² Ks. *Kokko* 2003 s. 239–240.

si nimenomaisesti säädetty ilmoituksenvaraisista toimenpiteistä, joten ilmoitusten vastaanottamisen tulkitseminen viranomaisen ”hiljaiseksi päätökseksi” on säännöksen aiheeton laajennus.

Viranomaisten toimivaltaa koskevia normeja tulkitaan Suomessa perinteisesti suhteellisen tiukasti. Tietyn tehtävän katsotaan kuuluvan vain yhdelle viranomaiselle, eikä toisella samantasoisella viranomaisella ole oikeutta siihen puuttua ilman siihen oikeuttavaa erityistä säännöstä. Tästä periaatteesta poikkeuksena on erityisesti valvontatehtävissä joskus säädetty useammalle viranomaiselle päällekkäinen toimivalta.¹⁷³ Toimivallan konstruointi viittaussäännöksen kautta siten, että toisen lain vastaisuus muodostaisi samalla tarkasteltavana olevan lain vastaisuuden ja sitä kautta viranomaisen pakkokeinotoimivallan, ei ole vallitsevan, nimenomaista toimivaltasäännöstä edellyttävän tulkintalinjan mukainen.

Esitetyt tavoiterationaaliset perusteet eivät myöskään tue toimivallan laajentavaa tulkintaa. Edellä (luvussa 5.1) esitetyllä tavalla alueellinen ympäristökeskus voi käyttää LSL 57.1 §:n pakkokeinoja ja velvoittaa korjaamaan laiminlyönnin, mikäli LSL 65.1 §:n mukaista Natura 2000 -verkostoon vaikuttavan hankkeen tai suunnitelman arviointivelvollisuutta laiminlyödään. Alueellisella ympäristökeskuksella on lisäksi toimivalta asettaa väliaikainen toimenpidekielto hakkuiden tai muun toimenpiteen estämiseksi, jos alue täyttää LSL 10.2 §:n yleiset luonnonsuojelualueen perustamisedellytykset.¹⁷⁴ Pääsääntöisesti Natura 2000 -verkostoon sisällytetyt tai ehdotetut alueet täyttävät nämä edellytykset. Alueiden luonnonarvojen heikkeneminen pystytään siten estämään. Toimenpidekiellosta ei myöskään välttämättä seuraa alueen lunastamista valtiolle. Toimenpidekielto voidaan alueellisen ympäristökeskuksen päätöksellä myös kumota, jos luonnonsuojeluarvot vaarantavan hankkeen osalta löytyy hyväksyttävä ratkaisu tai osoittautuu, että ennakkokäsitys hankkeen luonnonarvot vaarantavasta merkityksestä osoittautuu vääräksi.¹⁷⁵ Mikäli muuta ratkaisua ei löydy, lunastus on joka tapauksessa viimeinen luonnonsuojeluviranomaisen käy-

¹⁷³ Ks. *Mäenpää* 2003b s. 101–103.

¹⁷⁴ Alueella elää tai on uhanalainen, harvinainen tai harvinaistuva eliölaji, eliöyhteisö tai ekosysteemi; alueella on erikoinen tai harvinainen luonnonmuodostuma; alue on erityisen luonnonkaunis; alueella on harvinaistuva perinneluontotyyppi; luontotyyppin tai eliölajin suotuisan suojelutason säilyttäminen tai saavuttaminen sitä vaatii; tai alue on muutoin niin edustava, tyypillinen tai arvokas, että sen suojelu voidaan katsoa luonnon monimuotoisuuden tai kauneuden säilyttämisen kannalta tarpeelliseksi.

¹⁷⁵ Ks. esimerkiksi Etelä-Savon ympäristökeskuksen päätös 9.1.1998 Dnro 0596L0203-251, jolla kumottiin LSL (71/1923) 18.2 §:n nojalla annettu toimenpidekielto, kun suunnitellun rakentamisen ei katsottu vaikuttavan vähäistä enempää alueelle asetettuihin luonnonsuojelutavoitteisiin.

tettävissä oleva vaihtoehto konkurrensin ratkaisemiseksi luonnonsuojelutavoitteet turvaavalla tavalla.

Metsäkeskuksen toimivalta kieltää hakkuut tai muu metsälain tarkoittama toimenpide luonnonsuojelulain vastaisuuden perusteella ei ole tarpeen myöskään muiden kuin Natura 2000 -verkostoa koskevien säännösten osalta, sillä kaikki muut luonnonsuojelulain säännökset velvoittavat suoraan maanomistajia ja muita tahoja, ja niihin liittyy myös asianomaiset rangaistus-säännökset. Luonnonsuojelulain vastainen toiminta, kuten alueellisen ympäristökeskuksen päätöksellä rajatun erityisesti suojeltavan lajin esiintymispaikan tai luontodirektiivin liitteen IV (a) lajien lisääntymis- tai levähdyspaikan hävittäminen tai heikentäminen metsänhakkuutoimin, on suoraan rangaistava teko. Alueellisella ympäristökeskuksella on toimivalta edellä esitetyllä tavalla tehdä pakkokeinopäätös hakkuiden estämiseksi LSL 57.1 §:n nojalla. Metsäkeskuksen on syytä informatiivisesti todeta metsänkäyttöilmoituksen tekijälle, että suunnitellut hakkuut ovat luonnonsuojelulain vastaisia ja luonnonsuojelurikoksena tai -rikkomuksena rangaistava teko ja siten alueellisen ympäristökeskuksen päätöksellä keskeytettävissä.

Edellä käsitellyssä tapauksessa KHO 2003:38 päätöksen perusteluissa pohdittiin metsäkeskuksen mahdollisuutta antaa käsittelykielto metsälain vastaisuuden perusteella sillä perusteella, että luonnonsuojelulain vastainen toiminta ymmärrettäisiin viittaussäännöksen kautta olevan myös metsälain vastaista:

Perustelut (kohta 2.1): Metsän hoitamiseen ja käyttöön Konikallion alueella sovelletaan lähtökohtaisesti metsälakia lain 2.1–2 §:n nojalla. Metsäl 2.3 §:n mukaan metsän hoitamisessa ja käyttämisessä on metsälain lisäksi noudatettava, mitä momentissa erikseen luetelluissa luonnonsuojelulain säännöksissä, muiden ohella LSL 49 §:ssä, säädetään. Metsäl 5 §:ssä säädetään puuston hakkuusta ja Metsäl 14 §:ssä metsänkäyttöilmoituksesta. Metsän käyttöön Konikallion alueella voivat edelleen tulla sovellettaviksi myös Metsäl 15.1 §:n säännökset metsäkeskuksen ja maanomistajan välisestä neuvotteluelvoitteesta muun muassa, jos on perusteltua syytä epäillä suunnitellun tai aloitetun hakkuun tai muun toimenpiteen olevan metsälain tai sen nojalla annettujen säännösten tai määräysten vastainen, sekä 16 §:n säännökset käsittelykiellosta. Mainitun 16.1 §:n mukaan, jos 15 §:ssä tarkoitettua neuvottelua ei ole muusta kuin metsäkeskuksesta riippuvasta syystä saatu aikaan tai jos neuvottelu ei ole johtanut tulokseen ja jos on perusteltua syytä epäillä, että suunniteltu tai aloitettu hakkuu tai muu toimenpide on metsälain tai sen nojalla annettujen säännösten tai määräysten vastainen, metsäkeskus voi kieltää toimenpiteen toistaiseksi tai määräajaksi. Käsittelykielto voidaan antaa muun muassa myös silloin, kun metsänkäyttöilmoitusta ei ole annettu 14 §:ssä säädettyssä määräajassa.

Päätöksen ratkaisuosassa perustelujen tähän kohtaan ei kuitenkaan liity johtopäätöstä, eikä päätöksestä käy edes *obiter dicta* ilmi, mikä on KHO:n kanta asiaan. Asiassahan oli haettu LSL 57.1 §:n mukaista hallintopakko-päätöstä lain 49.1 §:ssä säädetyn kiellon täytäntöön panemiseksi. Vaikuttaa siltä, että KHO:ssa metsälain mukaista toimivaltakysymystä on pohdittu, mutta ei ole päästy yhteiseen näkemykseen. Edellä esitetyillä perusteilla pakkokeinotoimivalta luonnonsuojelulain vastaisen toiminnan estämiseksi on vain alueellisella ympäristökeskuksella, eikä KHO:n ratkaisun kohteena olleessa tapauksessa ei olisi ollut perusteltua tai edes tarvetta tulkita säännöstä metsäkeskuksen toimivaltaa laajentavasti.

6 HAVAINTOJA VALITUSOIKEUDESTA KONKURRESSITILANTEESSA

Ympäristönkäyttöä koskevaa lupahakemusta käsittelevä viranomainen saattaa myöntää luvan sellaiseen toimintaan, joka on luonnonsuojelulain säännösten vastainen. On mahdollista, että asiassa ei ole riittävästi selvitetty tosiasioita, jolloin viranomaisen tietoon ei ole tullut, että asiassa tulisi ottaa huomioon luonnonsuojelulain säännöksiä. Erityisesti tämä on mahdollista, jos suojeluun tähtäävät toimet ja ympäristönkäyttöön haettava lupa ovat vireillä samanaikaisesti. Toisaalta lupaviranomainen saattaa harkita asian eri tavoin kuin luonnonsuojeluviranomainen ja katsoa, että kyseessä ei ole luonnonsuojelulain vastaisuus.

Alueellisella ympäristökeskuksella on LSL 63 §:n nojalla valitusoikeus sellaisesta muun lain nojalla tehdystä päätöksestä, joka on luonnonsuojelulain vastainen. Säännöksen esikuvana on ollut ympäristövaikutusten arvioinnista annetun lain (468/1994) 17 §, jossa on säädetty alueellisen ympäristökeskuksen valitusoikeudesta tilanteessa, jossa lain edellyttämää arviointia ei ole suoritettu. Lisäksi hallituksen esityksessä todetaan säännöksen olevan sopusoinnussa yhtäaikaisesti lakiesityksen kanssa eduskunnan käsiteltävänä olleen hallintolainkäyttölakiehdotuksen 6.2 §:n kanssa.¹⁷⁶

Valitusoikeuden käyttäminen käytännössä edellyttää, että alueellinen ympäristökeskus saa tiedon päätöksestä. Hall. 54.1 §:n mukaan viranomaisen on annettava viipymättä päätös tiedoksi asianosaisen lisäksi muulle tiedossa olevalla, jolla on oikeus hakea siihen oikaisua tai muutosta valittamalla. Tämä tarkoittaa, että sellaiset ympäristönkäyttöpäätökset, jotka liit-

¹⁷⁶ Ks. HE 79/1996 vp yksityiskohtaiset perustelut 63 § ja *Similä* 1997 s. 227.

tyvät luonnonsuojelulain soveltamiseen, on toimitettava tiedoksi muun muassa alueelliselle ympäristökeskukselle.¹⁷⁷ Lupaviranomaisen epäiteutoisuus asiaan liittyvistä luonnonsuojelutekijöistä kuitenkin saattaa aiheuttaa sen, että päätöstä ei anneta tiedoksi alueelliselle ympäristökeskukselle.

Valitusoikeuden säätäminen alueelliselle ympäristökeskukselle luonnonsuojelulain vastaisesta muun lain nojalla tehdystä päätöksestä on johtanut oikeuskäytännössä *e contrario* -tulkintaan siitä, että ympäristöjärjestöillä ei ole tarvetta valitusoikeuteen sellaisten muun lainsäädännön nojalla annettujen päätösten osalta, jotka ovat luonnonsuojelulain vastaisia. Alueellisilla luonnonsuojelujärjestöillä ei ole katsottu olevan valitusoikeutta ratkaisussa KHO 23.2.2000 t. 361 (lrs, ään. 4–1) valtioneuvoston lunastuslupapäätöksestä ja ratkaisussa KHO 2003:99 (ään. 3–2) yleis- ja tiesuunnitelman hyväksymistä koskevasta päätöksestä sillä perusteella, että valittajana olleella luonnonsuojelua edistävällä yhteisöllä ei ollut hallintolainkäyttölain (586/1996, HLL) 6 §:n nojalla valitusoikeutta, ja koska LSL 63 §:n mukaan alueelliselle ympäristökeskukselle on säädetty yksinomainen valitusoikeus muun lain nojalla annetuista päätöksistä, jotka ovat luonnonsuojelulain vastaisia.¹⁷⁸ KHO:n uudessa ratkaisussa (KHO 2004:76, ään. 4–1) valitusoikeudesta metsästysasetuksen 25 a §:ssä tarkoitettujen rauhoittamattomien lintujen rauhoitusajoista poikkeamista koskevassa asiassa on valitusoikeutta tulkittu Suomen perustuslain 20.1–2 §:n mukaisesti laajasti siten, että valitusoikeus katsottiin olevan LSL 61.3 §:ssä tarkoitettuja yhdistyksiä vastaavilla paikallisilla tai alueellisilla järjestöillä kuten seudullisella linnustonsuojelujärjestöllä. Ratkaisu on perusteluiden osalta linjassa edellä mainittujen ratkaisujen kanssa, sillä siinä nimenomaan todettiin, että alueellisella ympäristökeskuksella ei ole kyseisestä päätöksestä valitusoikeutta, koska se ei ole luonnonsuojelulain vastainen päätös.

Alueellisen ympäristökeskuksen valitusoikeus ei koske luonnonsuoje-

¹⁷⁷ Ks. myös *Mäenpää* 2003a s. 264 ja *Niemivuo – Keravuori* 2003 s. 350.

¹⁷⁸ Äänestyksessä vähemmistöön jääneet *Kuusiniemi* ja *Tarasti* totesivat, että ”Yleistiellaisa on tunnustettu luontoarvojen suoja tiesuunnitelmaa käsiteltäessä. Vuonna 1954 säädettyyn yleistiellakiin, jota tosin on monin kohdin myöhemmin muutettu, ei sisälly luonnontai ympäristönsuojelun alalla toimivien kansalaisjärjestöjen valitusoikeutta koskevia säännöksiä. Näin ollen valitusoikeuden olemassaolo ratkaistaan soveltamalla hallintolainkäyttölain 6 §:n 1 momentin joustavaa yleissäännöstä. Kun otan huomioon Suomen perustuslain 20 §:n 1 ja 2 momentin säännökset ja sen, että rekisteröidyille paikallisille tai alueellisille luonnonsuojeluyhdistyksille luonnonsuojelulaissa on nimenomaisesti annettu valitusoikeus, katson, että Lohjan Seudun Ympäristöyhdistys ry:llä on oikeus saattaa valituksessa tarkoitettua vaatimuksensa muutoksenhaun kohteeksi myös kyseisessä tiesuunnitelman hyväksymisasiassa, vaikka myös alueellisella ympäristökeskuksella luonnonsuojeluviranomaisena on yleistiellain 105 §:n 2 momentin ja luonnonsuojelulain 63 §:n mukaisesti oikeus valittaa tiesuunnitelmapäätöksestä muun muassa sillä perusteella, että päätös on luonnonsuojelulainsäädännön vastainen.”

lulain nojalla ensi asteessa tehtyjä päätöksiä.¹⁷⁹ Näin ollen sillä ei ole valitusoikeutta esimerkiksi valtioneuvoston LSL 66.2 §:n nojalla tekemästä päätöksestä sallia poikkeaminen Natura 2000 -verkostoa koskevasta suojelusta.¹⁸⁰

Mikäli alueellinen ympäristökeskus ei joko tiedoksi antamisen laiminlyönnin takia tai muusta syystä hae muutosta päätökseen, luonnonsuojelulain säännökset eivät kuitenkaan syrjäydy. Poikkeaminen luonnonsuojelulain säännöksistä on silti tarpeen, ja alueellinen ympäristökeskus voi käyttää pakkokeinoja, jos katsoo luvan myöntäneen viranomaisen kannasta poiketen, että kyseessä on luonnonsuojelulain vastaisuus. *Vihervuori* katsoo, että pakkokeinojen käyttäminen voisi olla vaikeasti perusteltavissa tilanteissa, jossa luonnonsuojelulain soveltaminen on ollut nimenomaisesti tuomioistuimen harkittavana ja ympäristöviranomaisen on voinut käyttää LSL 63 §:n mukaista valitusoikeuttaan.¹⁸¹ Näin toki onkin, mutta oikeudellista estettä myöskään tämä ei muodosta. Kysymys pakkokeinolla estetyn toimenpiteen lainmukaisuudesta tai -vastaisuudesta ratkaistaan silloin alueellisen ympäristökeskuksen pakkokeinopäätöstä koskevan muutoksenhaun yhteydessä.

7 YHTEENVETO

Olen tässä artikkelissa tarkastellut luonnonsuojelulain säätämisen yhteydessä ympäristönkäyttölainsäädäntöön tehtyjen viittaussäännösten soveltamiseen liittyviä merkittäviä ongelmia sekä lupakonkurrenssin osalta että niihin liittyvien korvaussäännösten osalta. Olen perustellut, miten nämä ongelmat voidaan pääasiassa välttää, jos viittaussäännösten ymmärretään muodostavan edellytysuhteen luonnonsuojelulain eduksi sen sijasta, että viittaussäännösten johdosta tulkittaisiin luonnonsuojelulain suojelusäännösten kumuloituvan haetun ympäristönkäyttöön liittyvän luvan ehtoihin.

¹⁷⁹ Alueellisella ympäristökeskuksella on LSL 62.2 §:n nojalla valitusoikeus sellaisesta hallinto-oikeuden ratkaisusta, jolla sen luonnonsuojelulain nojalla tekemää päätöstä on muutettu. Lakivaliokunnan (*LaVL 12/1996 vp*) esityksestä lakiin lisättiin metsälakiin ehdotetun kaltainen nimenomainen säännös, vaikka luultavasti sillä katsottaisiin ilman nimenomaista säännöstäkin useimmiten tällaisissa tilanteissa olevan valitusoikeus HLL 6.2 §:n nojalla sen valvottavana olevan edun vuoksi.

¹⁸⁰ Valtioneuvoston päätös on varsinaista päätösviranomaista tietyltä osin sitova ratkaisu, joten se on valituskelpoinen päätös. Ks. *Suvantola* 2003a s. 65–66.

¹⁸¹ Ks. *Vihervuori* 2000 s. 372.

Ympäristönkäyttöä koskevasta lupahakemuksesta ilmenevä luonnonsuojelulain vastaisuus ei sinänsä merkitse ympäristönkäyttöluvan epäämistä. Sen vuoksi on kuitenkin noudatettava päätöksentekomenettelyä, jossa lupaviranomainen pyytää lausunnon alueelliselta ympäristökeskukselta sekä luonnonsuojelulain vastaisuudesta sekä mahdollisuuksista välttää lupaehdoilla, vaihtoehtoisilla ratkaisuilla tai poikkeusluvalla luonnonsuojelulain vastaisuus. Päätöksenteossa on sekä päätöksentekomenettelyn rationaalisuuden että siihen mahdollisesti liittyvien korvaussäännösten soveltamisen kannalta ensisijaisen tärkeätä, että ympäristönkäyttöä koskevaa lupahakemusta käsittelevä viranomainen selkeästi harkitsee ensin omaan toimivaltaansa kuuluvan ympäristönkäyttölain lupaedellytysten täyttymisen, jotta olisi selvää, voitaisiinko lupa myöntää riippumatta hakemuksen vaikutuksista luonnonsuojelulailla suojeltuihin arvoihin. Tämän esikysymyksen ratkaiseminen on edellytys myös luonnonsuojelulain mukaisen korvausvelvollisuuden ratkaisemiselle.

LÄHTEET

Aarnio 1989

Aarnio, Aulis: *Laintulkinnan teoria*. Aulis Aarnio ja WSOY. Juva 1989.

Belinskij 2004

Belinskij, Antti: Luonnonsuojelulain Natura 2000 -säännösten vaikutus vesilupa-asian käsittelyyn. *Ympäristöjuridiikka* 1/2004, s. 41–68.

Ekroos – Majamaa 2000

Ekroos, Ari – Majamaa, Vesa: *Maankäyttö- ja rakennuslaki*. Edita. Helsinki 2000.

Forsman 1930

Forsman, Jaakko: *Anteckningar enligt Professor Jaakko Forsmans föreläsningar öfver straffrättens almänna läror*. Juridiska studentfakultetens förlagsrörelse (3. uppl.). Helsingfors 1930.

Hallberg et al. 2000

Hallberg, Pekka – Haapanala, Auvo – Koljonen, Ritva – Ranta, Hannu: *Uusi maankäyttö- ja rakennuslaki*. Kauppakaari – Lakimiesliiton Kustannus. Helsinki 2000.

Hallituksen esitykset eduskunnalle

HE 79/1996 vp luonnonsuojelulainsäädännön uudistamiseksi.

HE 236/1998 vp luonnonsuojelulain ja yksityisistä teistä annetun lain muuttamisesta.

HE 72/2002 vp hallintolaiksi ja laiksi hallintolainkäyttölain muuttamisesta.

HE 17/2004 vp maantielaiksi ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi.

Hollo 1991

Hollo, Erkki: *Ympäristöoikeus*. Lakimiesliiton Kustannus. Helsinki 1991.

Hollo 1993

Hollo, Erkki: Resipienttiperiaate. Teoksessa *Ympäristöoikeuden johtavat periaatteet*. Suomen ympäristöoikeustieteen julkaisuja 22. Helsinki 1993, s. 1–22.

Hollo 1998

- Hollo, Erkki: *Johdatus ympäristöoikeuteen*. Kauppakaari – Lakimiesliiton Kustannus. Helsinki 1998.
- Hollo 2001*
Hollo, Erkki: *Ympäristönsuojeluoikeus*. WSOY. Helsinki 2001.
- Honkasalo 1947*
Honkasalo, Brynolf: *Rangaistusten yhdistämisestä ja yhteenlaskemisesta*. WSOY. Helsinki 1947.
- Kallio 2001*
Kallio, Pasi: *Suotuisa suojelutaso luonnonsuojeluoikeudessa*. Edita. Helsinki 2001.
- Kartio 2001*
Kartio, Leena: *Esineoikeuden perusteet*. Kauppakaari – Lakimiesliiton Kustannus. Helsinki 2001.
- Kiviniemi 2003*
Kiviniemi, Matti: Neljäs näkökulma Natura 2000 -suojeluun. *Ympäristöjuridiikka 2–3/2003*, s. 138–139.
- Kiviniemi 2004*
Kiviniemi, Matti: *Metsäoikeus* (3. painos). Metsälehti Kustannus ja Matti Kiviniemi. Helsinki 2004.
- Kokko 2002*
Kokko, Kai: Kolme näkökulmaa Natura 2000 -suojeluun. *Ympäristöjuridiikka 3–4/2002*, s. 24–38.
- Kokko 2003*
Kokko, Kai: *Biodiversiteettiä turvaavat oikeudelliset periaatteet ja mekanismit*. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja A-sarja 243. Helsinki 2003.
- Komissio 2000*
Natura 2000 -alueiden suojelu ja käyttö – Luontodirektiivin 92/43/ETY 6 artiklan säännökset. Euroopan yhteisöjen virallisten julkaisujen toimisto. Luxemburg 2000.
- Komiteanmietinnöt*
Komiteanmietintö 1989:52: Ympäristölupakomitean mietintö.
Komiteanmietintö 1996:11 ja 12: Ympäristölupatoimikunnan ja ympäristöoikeustoimikunnan mietinnöt.
- Koskinen 2001*
Koskinen, Pekka: *Johdatus rikosoikeuteen*. Helsingin yliopisto – Forum iuris. Helsinki 2001.
- Kumpula 2001*
Kumpula, Anne: Ympäristönsuojelulaki. Teoksessa Kuusiniemi, Kari – Ekroos, Ari – Kumpula, Anne – Vihervuori, Pekka: *Ympäristöoikeus*. WSOY Lakitieto, Helsinki 2001, s. 1111–1322.
- Kuusiniemi 1985*
Kuusiniemi, Kari: *Rakentamiseen tarvittavien lupien keskinäisistä suhteista*. Suomen ympäristöoikeustieteen julkaisuja 6. Helsinki 1985.
- Kuusiniemi 1992*
Kuusiniemi, Kari: *Ympäristönsuojelu ja immisioajattelu*. Lakimiesliiton Kustannus. Helsinki 1992.
- Kuusiniemi 1994*
Kuusiniemi, Kari: Ympäristöä muuttavat hankkeet luonnonsuojelualueilla – katsaus oikeuskäytäntöön. *Ympäristöjuridiikka 1/1994* s. 11–17.

Leila Suvantola

Kuusiniemi 1995

Kuusiniemi, Kari: *Ympäristölupa*. Lakimiesliiton Kustannus. 2. uudistettu painos. Helsinki 1995.

Kuusiniemi 1997

Kuusiniemi, Kari: *Ympäristömuutosten korvattavuus pakkotoimitilanteissa*. Kauppa-kaari – Lakimiesliiton Kustannus. Helsinki 1997.

Kuusiniemi 1998a

Kuusiniemi, Kari: Perusoikeudet ja biodiversiteetin suojele. Teoksessa *Ympäristöoikeudellisia tutkimuksia 1998*. Suomen ympäristöoikeustieteen julkaisuja 30. Helsinki 1998, s. 7–124.

Kuusiniemi 1998b

Kuusiniemi, Kari: Natura ja korvausjärjestelmän tarkistukset, *Ympäristöjuridiikka 2/1998*, s. 28–35.

Kuusiniemi 2000

Kuusiniemi, Kari: Natura 2000 -verkoston oikeusvaikutukset. *Ympäristöjuridiikka 2–3/2000*, s. 10–50.

Kuusiniemi 2001a

Kuusiniemi, Kari: Ympäristöoikeus oikeudenalana. Teoksessa Kuusiniemi, Kari – Ekroos, Ari – Kumpula, Anne – Vihervuori, Pekka: *Ympäristöoikeus*. WSOY Lakitieto, Helsinki 2001, s. 45–96.

Kuusiniemi 2001b

Kuusiniemi, Kari: Biodiversiteetin suojele ja oikeusjärjestyksen ristiriidat. *Oikeustiede – Jurisprudentia XXXIV:2001*. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen vuosikirja. Helsinki 2001, s. 155–306.

Kuusiniemi 2002

Kuusiniemi, Kari: *Pääsykoekirja 1/2002*. Turun yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta. Turku 2002.

Laakso 1990

Laakso, Seppo: *Oikeudellisesta sääntelystä ja päätöksenteosta – erityisesti julkisoikeuden alalla*. Valtion painatuskeskus. Helsinki 1990.

Marttinen 2001

Marttinen, Kari: Ympäristönsuojelulainsäädännön uudistamisen kokonaistavoitteet ja Lupa yksilöllisenä ennakoivalvontamekanismina. Teoksessa Kuusiniemi, Kari (toim.): *Uusi ympäristönsuojelulainsäädäntö*. Edita. Helsinki 2001, s. 27–42, 113–119.

Mäenpää 1992

Mäenpää, Olli: *Hallintolupa* (2. uudistettu painos). Lakimiesliiton Kustannus. Helsinki 1992.

Mäenpää 2003a

Mäenpää, Olli: *Hallintolaki ja hyvän hallinnon takeet*. Edita. Helsinki 2003.

Mäenpää 2003b

Mäenpää, Olli: *Hallinto-oikeus*. (4. laitos). WSOY Lakitieto. Helsinki 2003.

Määttä 2001

Määttä, Tapio: Biodiversiteetti oikeudellisena kategoriana: näkökulmia ja tulkintoja. *Oikeustiede – Jurisprudentia XXXIV:2001*. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen vuosikirja. Helsinki 2001, s. 307–371.

Niemivuo – Keravuori 2003

Niemivuo, Matti – Keravuori, Marietta: *Hallintolaki*. WSOY Lakitieto. Helsinki 2003.

Pappila 1998

Pappila, Minna: Metsien käytön sääntely ja biologinen monimuotoisuus. Teoksessa *Ympäristöoikeudellisia tutkimuksia* 1998. Suomen ympäristöoikeustieteen seuran julkaisuja 30. Helsinki 1998, s. 125–214.

Pirjatanniemi 2001

Pirjatanniemi, Elina: *Ympäristöririkokset*. Kauppakaari – Lakimiesliiton Kustannus. Helsinki 2001.

Similä 1997

Similä, Jukka: *Luonnonsuojelulaki*. Kauppakaari – Lakimiesliiton Kustannus. Helsinki 1997.

Suvantola 2001

Suvantola, Leila: Päänvaivaa lajisuojelussa. *Ympäristöjuridiikka* 1/2001, s. 35–50.

Suvantola 2003a

Suvantola, Leila: *Valitusoikeus Natura 2000 -verkoston suojelun valvontakeinona*. Joensuun yliopiston oikeustieteellisiä julkaisuja 3. Joensuu 2003.

Suvantola 2003b

Suvantola, Leila: Lupa tappaa – poikkeaminen luonnonsuojelulain säännöksistä. *Defensor Legis* 2003 s. 668–696.

Tarukannel 1990

Tarukannel, Veijo: *Terveystieteellinen sijoituslupa*. Acta Universitatis Tamperensis A 284. Tampereen yliopisto. Tampere 1990.

Tolonen 2003

Tolonen, Hannu: *Oikeuslähdeoppi*. WSOY Lakitieto. Helsinki 2003.

Tolvanen 1998

Tolvanen, Jukka Pekka: *Maankäytön luonnonsuojelullinen sääntely*. Kauppakaari – Lakimiesliiton Kustannus. Helsinki 1998.

Tuomisto 1993

Tuomisto, Jarmo: *Tyypipakosta aikaprioriteettiin – Näkökohtia esineoikeudellisen siviilisoijan perusteista*. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja A 192. Helsinki 1993.

Tuori 2002

Tuori, Kaarlo: Yleiset opit: Mitä ne ovat, mitä niillä tehdään ja miten niitä kehitetään? Teoksessa Miettinen, Tarmo – Määttä, Tapio (toim.): *III Oikeustieteen tutkija- ja jatkokoulutuspäivät, 6.–8.6.2002 Savonlinna*. Joensuun yliopiston oikeustieteellisiä julkaisuja 2. Joensuu 2002, s. 1–15.

Valiokuntamietinnöt ja -lausunnot

LaVL 12/1996 vp Hallituksen esitys luonnonsuojelulain uudistamiseksi.

HaVM 29/2002 vp Hallituksen esitys hallintolaiksi ja laiksi hallintokäyttölain muuttamisesta.

Vihervuori 1981

Vihervuori, Pekka: *Viranomaisen asianosaispuhevallasta vesiasioissa*. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja. A-sarja 153. Vammala 1981.

Vihervuori 1983a

Vihervuori, Pekka: *Lupaharkinta ja yhdenvertaisuus*. Suomen ympäristöoikeustieteen seuran julkaisuja 1983 nro 4, s. 169–180.

Vihervuori 1983b

Vihervuori, Pekka: *Rantaviiva oikeudellisena ongelmana II*. Lakimies 1983 s. 314–344.

Vihervuori 1984

Vihervuori, Pekka: Vesituomioistuimen toimivallasta vesilain ulkopuolella. *Defensor Legis* 1984, s. 50–78.

Vihervuori 1985

Vihervuori, Pekka: *Rantaoikeuden perusteet*. Suomen lakimiesliiton Kustannus. Helsinki 1985.

Vihervuori 1987

Vihervuori, Pekka: *Vesistön järjestelyn ja ojituksen oikeuskysymykset*. Lakimiesliiton Kustannus. Helsinki 1987.

Vihervuori 1989

Vihervuori, Pekka: *Maa-ainesten ottaminen ja suojele*. Lakimiesliiton Kustannus. Helsinki 1989.

Vihervuori 2000

Vihervuori, Pekka: Luonnonsuojelun henkilörelaatiokysymyksiä. Teoksessa Vihervuori, Pekka – Kuusiniemi, Kari – Salila, Jari (toim.): *Juhlajulkaisu – Erkki Johannes Hollo 1940 – 28/11 – 2000*. Kauppakaari – Lakimiesliiton Kustannus. Helsinki 2000, s. 353–377.

Vihervuori 2001

Vihervuori, Pekka: Maa-ainekset. Teoksessa Kuusiniemi, Kari – Ekroos, Ari – Kumpulainen, Anne – Vihervuori, Pekka: *Ympäristöoikeus*. WSOY Lakitieto, Helsinki 2001, s. 585–614.

Vihervuori 2002

Vihervuori, Pekka: Ympäristönsuojelulaki ja yksityisten oikeussuoja. Teoksessa *Professori Kyösti Holman juhlakirja 11.6.2002*. Lapin yliopiston oikeustieteiden tiedekunta. Rovaniemi 2002, s. 347–267.

Vihervuori 2004

Vihervuori, Pekka: Kirja-arvostelu teoksesta Kokko, Kai: Biodiversiteettiä turvaavat oikeudelliset periaatteet ja mekanismit. *LM* 2004 s. 147–158.

Westerlund 1975

Westerlund, Staffan: *Miljöfarlig verksamhet – Rättstekniska studier av de centrala tillätlighetsreglerna i miljöskyddslagen på grundval av teori och praxis*. P A Norstedt & Söners förlag. Lund 1975.

Wrede 1899

Wrede, R. A.: *Anteckningar enligt professor R. A. Wredes föreläsningar öfver inhemsk civilrätt. Sakrätt I* (3. öfversedd upplaga). Lindstedts antikvariska bokhandel. Helsingfors 1899.

Zitting 1951

Zitting, Simo: *Omistajanvaihdoksesta silmällä pitäen erityisesti lainhuudatuksen vaikutuksia*. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja A 45. Helsinki 1951.

Zitting 1989

Zitting, Simo: *Sivullissuojasta varallisuus oikeudessa*. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja B 173. Helsinki 1989.

Zitting – Rautiala 1982

Zitting, Simo – Rautiala, Martti: *Esineoikeuden oppikirja: yleinen osa*. Suomen Lakimiesliiton Kustannus. Helsinki 1982.

OIKEUSTAPAUKSET

EY-tuomioistuin

EYTI 7.9.2004, asia C-127/02 Landelijke Vereniging tot Behoud van de Waddensee ja Nederlandse Vereniging tot Besherming van Vogels v. Staatssecretaris van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij s. 463, 495

KKO, vuosikirjaratkaisut

KKO 2000:47 s. 473, 488

KHO, vuosikirjaratkaisut

KHO 1973 A II 101 s. 451
 KHO 1973 A II 102 s. 451
 KHO 1973 A II 125 s. 452
 KHO 1974 A II 74 s. 451
 KHO 1983 A II 104 s. 452
 KHO 1983 A II 154 s. 447
 KHO 1984 A II 85 s. 449
 KHO 1987 A 89 s. 447
 KHO 1998:83 s. 479
 KHO 1999:14 s. 458
 KHO 2001:8 s. 442
 KHO 2002:86 s. 467, 468
 KHO 2002:78 s. 458
 KHO 2003:38 s. 476, 477, 491, 498
 KHO 2003:98 s. 482
 KHO 2003:99 s. 482, 500
 KHO 2004:52 s. 461
 KHO 2004:76 s. 500

KHO, taltiot

KHO 19.6.1972 t. 2471 (Irs) s. 451
 KHO 18.1.1984 t. 161 s. 454
 KHO 6.10.1999 t. 2720 s. 474
 KHO 25.10.1999 t. 2853 (Irs) s. 459
 KHO 23.2.2000 t. 361 s. 500
 KHO 6.3.2001 t. 391 s. 440, 467, 468
 KHO 01.11.2001 t. 2701 (Irs) s. 448
 KHO 14.5.2002 t. 1106 s. 460
 KHO 16.10.2002 t. 2566 s. 488
 KHO 3.12.2002 t. 3186 s. 467
 KHO 12.12.2002 t. 3293 s. 448
 KHO 19.03.2003 t. 587 (Irs) s. 450
 KHO 25.06.2003 t. 1541 (Irs) s. 472, 474, 481

Hallinto-oikeudet

Turun HaO 19.03.2002 t. 02/0156/1 (Irs) s. 472

LYHENTEET

| | |
|-----------|---|
| EYTI | Euroopan yhteisöjen tuomioistuin |
| HalL | hallintolaki (434/2003) |
| HaO | hallinto-oikeus |
| KHO | korkein hallinto-oikeus |
| KKO | korkein oikeus |
| KM | komiteanmietintö |
| KML | kiinteistönmuodostamislaki (554/1995) |
| LSA | luonnonsuojeluasetus |
| LSL | luonnonsuojelulaki (1096/1996) ja (71/1023, kumottu) |
| LunL | kiinteän omaisuuden ja erityisten oikeuksien lunastuksesta annettu laki (607/1977) |
| MAA | maa-ainesasetus (91/1982) |
| MaastoLL | maastoliikennelaki (1710/1995) |
| MAL | maa-aineslaki (555/1981) |
| MetsäL | metsälaki (1093/1996) |
| MO | maaoikeus |
| MRL | maankäyttö- ja rakennuslaki (132/1999) |
| MuinaisML | muinaismuistolaki (295/1963) |
| NaapL | laki eräistä naapuruussuhteista (26/1920) |
| RakA | rakennusasetus (266/1959, kumottu) |
| RakL | rakennuslaki (370/1958, kumottu) |
| RL | rikoslaki (39/1889) |
| VL | vesilaki (264/1961) |
| YksTL | laki yksityisistä teistä (358/1962) |
| YltieL | laki yleisistä teistä (243/1954) |
| YSL | ympäristönsuojelulaki (86/2000) |

Leila Suvantola

CONCURRENCE OF NATURE CONSERVATION AND LAND AND RESOURCE USE

The Convention on Biological Diversity requires that states take action to integrate consideration of the conservation and sustainable use of biological resources into national decision-making and that they adopt measures relating to the use of biological resources to avoid or minimize adverse impacts on biological diversity. Nature conservation point of view has to be taken into account in all environmental decision-making.

This article first analyses *concurrency* in environmental decision-making as a general question of environmental law theory. On the basis of the preliminary examination, the article examines situations where new land and resource use activity would conflict with established nature conservation. The research question is the *de lege lata* interpretation of the significance of references made in the land or resource use legislation (e.g. the Land Use and Planning Act, the Water Act, the Soil Extraction Act and the Environmental Protection Act) to the Nature Conservation Act. The article examines also a situation where the applicable legislation does not refer to the Nature Conservation Act.

The article concludes that the correct way to understand the interaction of the Nature Conservation Act and the land and resource use legislation is to regard the provisions of the Nature Conservation Act as preconditions for the application of other legislation. In the decision-making process, however, it should first be examined whether the conditions set by the relevant land and resource use legislation exist. Secondly, the relevant nature conservation authority should be consulted whether there is a conflict with Nature Conservation Act, and in such a case, whether the conflict could be avoided by setting conditions in a permit. If necessary, the applicant should be directed to apply an exemption from the provisions of the Nature Conservation Act before a decision on the land and resource use permit application is made. The decision-making process has significant implications on the application of the compensation provisions.

The article examines shortly the powers of different authorities to use coercive means to prevent activities that contradict the Nature Conservation Act. Also comments are made on the right of the nature conservation authority to appeal a land and resource use decision contradicting the Nature Conservation Act.

Paulina Tallroth

**KIELELLISET OIKEUDET OSANA
PERUSOIKEUSJÄRJESTELMÄÄ –
UUSI KIELILAKI PERUSTUSLAIN
NÄKÖKULMASTA**

Sisällys

| | |
|--|-----|
| 1 JOHDANTO | 513 |
| 2 PERUSTUSLAKI SUOMEN KIELIPOLITIIKAN PERUSTANA | 515 |
| 3 KIELELLISET OIKEUDET, JULKISEN VALLAN TEHTÄVÄ JA YHDENVERTAISUUS | 518 |
| 4 KIELELLISET OIKEUDET JA HYVÄ HALLINTO | 523 |
| 5 KIELELLISET OIKEUDET JA OIKEUDENMUKAINEN OIKEUDENKÄYNTI | 527 |
| 5.1 Kielellisesti ymmärrettävä oikeudenkäynti | 527 |
| 5.2 Asian käsittelykieli | 528 |
| 5.3 Päätöksen kieli | 531 |
| 6 KIELELLISET OIKEUDET JA OSALLISTUMISOIKEUDET | 532 |
| 6.1 Kielelliset oikeudet ja vaalioikeudet | 532 |
| 6.2 Kielelliset oikeudet ja tiedonsaanti | 533 |
| 7 KIELELLISET OIKEUDET JA EDUSTUKSELLINEN DEMOKRATIA | 536 |
| 8 KIELELLISET OIKEUDET JA OIKEUS TYÖHÖN | 537 |
| 9 LOPUKSI | 540 |
| LÄHTEET | 541 |
| LINGUISTIC RIGHTS AS PART OF THE CATALOGUE ON FUNDAMENTAL RIGHTS AND FREEDOMS – THE NEW LAN- GUAGE ACT FROM A CONSTITUTIONAL PERSPECTIVE | 543 |

Kielelliset oikeudet osana perusoikeusjärjestelmää – uusi kielilaki perustuslain näkökulmasta

1 JOHDANTO

Vuoden 2004 alusta tuli voimaan uusi *kielilaki* (423/2003), joka korvasi vuodelta 1922 peräisin olleen samannimisen lain (jatkossa *vuoden 1922 kielilaki*). Vuoden 1995 perusoikeusuudistuksen jälkeen useita perusoikeuksia koskevia lakeja on uusittu. Vanhentuneen ja vaikeaselkoisen kielilain korvaaminen uudella lailla voidaan siten käsittää osaksi perusoikeusuudistuksen täytäntöönpanoa. Kielilailla täsmennetään ennen kaikkea perustuslain 17 §:ssä turvattuja, suomen ja ruotsin kieltä koskevia kielellisiä oikeuksia. Kielilailla ja kielellisten oikeuksien toteutumisella on kuitenkin yhtymäkohtia miltei kaikkiin muihinkin perusoikeuksiin.

Tässä kirjoituksessa tarkastellaan kielilaisissa ja siihen liittyvässä lainsäädännössä täsmennettyjä maan kansalliskieliä, suomea ja ruotsia, koskevia kielellisiä oikeuksia – *kielellisiä perusoikeuksia* – osana perusoikeusjärjestelmää. Muiden kielten asemaa ja niitä koskevaa lainsäädäntöä käsitellään vain rajoitetusti.

2 PERUSTUSLAKI SUOMEN KIELIPOLITIIKAN PERUSTANA

Suomen virallinen kielipolitiikka on pääasiallisesti johdettavissa perustuslain 17 §:stä, jonka perusteella Suomessa käytettävät kielet, niiden käyttäjien ryhmät ja kielelliset oikeudet voidaan jakaa kolmeen ryhmään: ensimmäisen ryhmän muodostavat kansalliskielet suomi ja ruotsi, toisen ryhmän muut perustuslaissa mainitut kielelliset ryhmät, toisin sanoen saamelaiset, romanit ja viittomakieltä käyttävät, ja kolmannen ryhmän muut kielelliset ryhmät, joita ei perustuslaissa mainita nimeltä.

Suomen ja ruotsin kielen tasavertainen asema kirjattiin jo ensimmäiseen itsenäisen Suomen perustuslaintasoiseen säädökseen, Hallitusmuotoon, vuonna 1919. Perusoikeusuudistuksen yhteydessä vuonna 1995 kansalliskielten asema vahvistettiin uudelleen ja kielellisiä oikeuksia koskevat säännökset siirrettiin sisällöllisesti muuttumattomina uuteen, vuonna 2000 voimaan tulleeseen perustuslakiin.¹

Perustuslaki luo vakaan pohjan suomen ja ruotsin asemalle sekä näitä kieliä koskeville kielellisille oikeuksille. Perustuslain 17 §:n 1 momentin mukaan suomi ja ruotsi ovat kansalliskieliä. Ilmaisulle ”kansalliskieli” – jota käytettiin jo vuoden 1919 hallitusmuodossa – ei ole oikeudellisesti tarkkaa määritelmää. Kielilain perusteluissa todetaan muun muassa, että kansalliskielellä tarkoitetaan kieltä, jota voidaan käyttää virallisissa yhteyksissä, esimerkiksi viranomaisissa asioissa.² Edelleen käsite kansalliskieli kertoo sen, että kysymys on nimenomaan Suomen kansan käyttämistä kielistä. Suomen kansa koostuu vanhastaan, pitkän Ruotsin kanssa jaetun yhteisen historian ja kehityksen tuloksena, niin suomen- kuin ruotsinkielisistä ihmisistä.³ Samalla ilmaisulla on myös maamme rajojen ulkopuolella katsottu olevan myönteistä symboliarvoa, sillä esimerkiksi Irlannin perustuslain mukaan iiri on kansalliskieli, ja englanti – vain – virallinen kieli.

Perustuslain 17 §:n 3 momentin mukaan saamelaisilla alkuperäiskansana sekä romaneilla ja muilla ryhmillä on oikeus ylläpitää omaa kieltään ja kulttuuriaan. Säännöksen mukaan saamelaisten oikeudesta käyttää saamen kieltä viranomaisissa säädetään lailla.⁴ Edelleen viittomakieltä käyttävien

¹ Perusoikeusuudistuksen myötä kielelliset oikeudet – kuten suurin osa muistakin perusoikeuksista eräitä vaalioikeuksia ja liikkumavapauden rajoituksia lukuun ottamatta – saivat entistä laajemman kohderyhmän, sillä oikeudet koskevat nyt ”jokaista” eivätkä vain Suomen kansalaista. Kielellisten oikeuksien osalta ero merkitsee esimerkiksi sitä, että Ruotsin kansalaisella tai ulkomaille muuttaneella, Suomen kansalaisuudesta luopuneella henkilöllä on oikeus käyttää kansalliskieliä siten kuin kielilaisissa säädetään.

² Ks. HE 92/2002 vp, s. 64. Tässä kirjoituksessa käytetään osittain myös ilmaisua ”kotimaiset kielet”, jolla yleiskielessä tarkoitetaan suomen ja ruotsin kieliä.

³ Huomionarvoista on, että ruotsinkieliset suomalaiset kokevat olevansa nimenomaan suomalaisia, eivät ruotsalaisia, ks. HE 92/2002 vp, s. 5. Kansalliskielten käsite ja toteamus, että Suomen kansaan perinteisesti kuuluu niin suomen- kuin ruotsinkielisiäkin henkilöitä ei kuitenkaan ole ristiriidassa sen kanssa, että saamelaiset mainitaan perustuslaissa alkuperäiskansana ja että Suomen kansaan nyttemmin kuuluu myös kielelliseltä ja kulttuuriselta alkuperältään muunkielisiä henkilöitä.

⁴ Uusi saamen kielilaki (1086/2003) tuli voimaan vuoden 2004 alusta ja korvasi saamen kielen käyttämisestä viranomaisissa annetun lain (516/1991). Laki noudattaa monessa suhteessa kielilain periaatteita hyvän hallinnon toteutumisesta ja viranomaisten oma-aloitteisuudesta kielellisten oikeuksien toteutumiseksi käytännössä. Saamen kielilaki on kuitenkin soveltamisalaltaan kielilakia suppeampi, sillä se velvoittaa etupäässä saamelaisten kotiseutualueella sijaitsevia viranomaisia.

sekä vammaisuuden vuoksi tulkitsemis- ja käännösapua tarvitsevien oikeudet turvataan lailla.⁵ Perustuslain mainitsemat ”muut ryhmät” voivat olla esimerkiksi maahanmuuttajaryhmiä. Kielellinen moninaisuus maassamme on lisääntynyt nopeasti. Suomessa asuu nykyisin runsaat 100 000 ulkomaan kansalaista, ja maassamme puhutaan yli sataa kieltä äidinkielenä. Muiden kielten osalta laissa säädetyt kielelliset oikeudet kuitenkin ovat huomattavasti niukemmat.⁶ Jokaisen oikeus oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin ja hyvään hallintoon toteutetaan pääasiallisesti tulkkauksen avulla.⁷ Perustuslain 17 §:n 3 momentissa nimenomaisesti mainitut saamen kieli ja romani ymmärretään Suomen lainsäädännössä *vähemmistökieliksi*, joita myös kansainväliset vähemmistökielisopimukset koskevat.⁸

Perustuslain 17 §:ää täsmentävänä yleislakina kielilaki on suomen ja ruotsin kielen osalta kielellisen palvelun vähimmäistason määrittävä laki. Lailla on kuitenkin välillistä merkitystä myös muille kielille: viranomaisen voi kuitenkin kielilain 2 §:n 3 momentin mukaan antaa *parempaa kielellistä palvelua* kuin mitä laki edellyttää ja säännöstä voidaan eduskunnan perustuslakivaliokunnan näkemyksen mukaan soveltaa myös muihin kieliin.⁹ Näin ollen viranomaisen voi esimerkiksi ottaa vastaan myös vieraskielisiä asiakirjoja ja käsitellä asian niiden pohjalta vaatimatta käännät-

⁵ Viittomakieltä käyttävien ja vammaisuuden vuoksi tulkitsemis- ja käännösapua tarvitsevien kielellisestä asemasta ei ole annettu omaa lainsäädäntöä. Esimerkiksi hallintolain (434/2003) 26 §:llä pyritään kuitenkin turvaamaan muun muassa viittomakielisten ja tulkitsemis- ja käännösapua tarvitsevien oikeus hyvään, kielellisesti ymmärrettävään hallintoon.

⁶ Tämä vastaa monen muun maan lainsäädäntöä. Eräissä maissa muiden kuin virallisen kielen tai virallisten kielten käyttö viranomaisissa on nimenomaisesti kielletty ja lainsäädäntöön voi myös sisältyä säännöksiä, joiden tavoitteena on suojella virallista kieltä vieraskielisiltä vaikutteilta. Ks. Kielilainsäädäntö – kansainvälisoikeudelliset velvoitteet ja kansainvälinen vertailu, esimerkiksi Ranskan osalta s. 65 ss. ja Islannin osalta s. 33 s.

⁷ Ks. esimerkiksi hallintolain 26 §, hallintolainkäyttölain (586/1996) 77 §, oikeudenkäymiskaaren 4 luvun 2 §:n 3 momentti, rikosasioiden oikeudenkäynnin käsittelystä annetun lain (689/1997) 6 a luvun 2 §:n 3 momentti ja esitutkintalain (449/1987) 37 §:n 3 momentti.

⁸ Ks. HE 92/2002 vp, s. 38 ss. Näiden kielten nimenomainen maininta perustuslaissa ei kuitenkaan merkitse, että vähemmistökielten luettelo olisi tyhjentävä. Suomi onkin kansainvälisessä vähemmistösojimusraportoinnissa käsitellyt muun muassa jiddishin ja tatarin kielen asemaa.

⁹ Ks. PeVM 9/2002 vp, s. 4. Myös kielilain 37 §:ssä säädetyssä hallituksen eduskunnalle annettavan kielilainsäädännön soveltamista koskevassa kertomuksessa tulee lain mukaan käsitellä ainakin saamen kieltä, romanikieltä ja viittomakieltä. Edelleen eduskunta on kielilain säätämisen yhteydessä nimenomaisesti edellyttänyt, että ensimmäisessä kertomuksessa – joka annetaan vuonna 2006 – tulee käsitellä myös venäjän kielen asemaa, ks. PeVM 9/2002 vp, s. 4.

tämistä, jos viranomainen ymmärtää asiakirjojen sisällön ja jollei kenenkään etu tai oikeus loukkaannu menettelystä. Muun muassa tuomioistuimissa vieraskielisten asiakirjojen vastaanottaminen todisteina onkin sangen yleistä.

Edelleen voidaan *erityislainsäädännössä* säännellä tarkemmin niin kansalliskieliä kuin muitakin kieliä koskevista kielellisistä oikeuksista tietyillä hallinnonaloilla. Esimerkkinä voidaan mainita potilaan asemasta ja oikeuksista annettu laki sekä sosiaalihuollon asiakkaan asemasta ja oikeuksista annettu laki, joiden mukaan muun muassa potilaan ja asiakkaan äidinkieli ja kulttuurinen tausta on mahdollisuuksien mukaan otettava huomioon.¹⁰ Nämä säännökset koskevat kaikenkielisiä potilaita ja sosiaalihuollon asiakkaita.

3 KIELELLISET OIKEUDET, JULKISEN VALLAN TEHTÄVÄ JA YHDENVERTAISUUS

Perustuslain 22 §:n mukaan ihmisoikeuksien ja perusoikeuksien turvaaminen on julkisen vallan tehtävä.¹¹ Tämä koskee myös kielellisten oikeuksien turvaamista. Käsitteenä ”julkinen valta” on laaja ja vastaavasti myös kielilain soveltamisala on laaja.¹² Käsitteeseen sisältyvät perinteisen valtiovallan lisäksi muun muassa myös itsehallintoa nauttivat kunnat sekä kuntayhtymät. Tämä onkin luontevaa, sillä kunnilla on paljon tärkeitä peruspalvelutehtäviä, joissa yksilön kieli on merkittävässä asemassa. Esimerkkeinä voidaan mainita sosiaali- ja terveydenhuolto sekä perusope-

¹⁰ Ks. potilaan asemasta ja oikeuksista annetun lain (785/1992) 3 §; sosiaalihuollon asiakkaan asemasta ja oikeuksista annetun lain (812/2000) 4 §.

¹¹ Päävastuu perusoikeuksien toteuttamisesta katsotaan olevan *lainsäädännössä*. Pyrkimyksenä on toisin sanoen ensisijaisesti estää perusoikeuksia loukkaavien lakien säätäminen. Ks. esimerkiksi *Jyränki* 2000, s. 290.

¹² Kielilain 3 §:ssä säädetty lain soveltamisala on kahta poikkeusta lukuun ottamatta sama kuin samaan aikaan voimaan tulleen hallintolain: kielilakia sovelletaan suoraan valtioneuvoston oikeuskanslerin ja eduskunnan oikeusasiamiehen päätöksentekoon, mutta hallintolakia vain, jos siten säädetään. Hallintolaki koskee Ahvenanmaan maakuntaa niiltä osin kuin Ahvenanmaan hallintomenettelyä koskeva maakuntalaki on riittämätön, mutta Ahvenanmaa on kielilain 7 §:ssä nimenomaisesti rajattu lain soveltamisalan ulkopuolelle. Yksikielisesti ruotsinkielisen Ahvenanmaan itsehallintolakiin (1144/1991) sisältyy kattavat kielisäännökset, joilla turvataan Suomen kansalaisen oikeus käyttää omaa kieltään Ahvenanmaan maakunnassa toimivissa valtion viranomaisissa. Suomenkielisten osalta tämä oikeus toteutetaan käytännössä tulkin avulla. Ahvenanmaan maakunnan kuudentoista kunnan viranomaiset käyttävät ruotsin kieltä.

tus.¹³ Julkisen vallan käsitettä suhteessa kielellisiin oikeuksiin on perusoikeusmyönteistä tarkastella nimenomaan yksilön näkökulmasta. Esimerkiksi potilaalle on todennäköisesti yhdentekevää, järjestääkö valtio, kunta tai kuntayhtymä erikoissairaanhoidtoa, tai ostaako julkinen valta sairaanhoitopalveluita yksityisiltä tahoilta. Kielellisestä näkökulmasta merkittävää on tällöin se, että kielelliset oikeudet toteutuvat niin hoidossa kuin hoidon yhteydessä tehtävissä hallintopäätöksissä riippumatta siitä, kuka toteuttava taho on.¹⁴

Kielilain soveltamisala on näin ollen sidoksissa perustuslain 124 §:n säännökseen, jonka mukaan julkisen hallintotehtävän antaminen muulle kuin viranomaiselle on mahdollista tietyin edellytyksin, muun muassa vain silloin, kun tämä ei vaaranna perusoikeuksia – mukaan lukien kielellisiä perusoikeuksia. Tästä syystä myös yksityisoikeudellisilla subjekteilla – esimerkiksi säätiöillä, yhdistyksillä tai yksityishenkilöillä – on kielilain mukaan *kielellinen palveluvollisuus* silloin, kun ne hoitavat julkisia hallintotehtäviä.¹⁵ Jos julkinen hallintotehtävä on säädetty tällaiselle taholle lailla tai lain nojalla, soveltuvat siihen kielilain viranomaisia koskevat säännökset. Jos kuitenkin julkinen hallintotehtävä määräytyy viranomaisen päätöksen tai viranomaisen ja yksityisen välisen sopimuksen perusteella, on viranomaisella velvollisuus varmistautua siitä, että tehtävän vastaanottaja sitoutuu antamaan kielilain mukaista kielellistä palvelua. Viranomaisella on sama velvollisuus myös antaessaan tehtävän yksityiselle, jos kielilain edellyttämän palvelutason ylläpitäminen sitä vaatii. Kielilain sääntelyn tarkoituksena on varmistaa, etteivät kielelliset oikeudet heikene hallinnon uusia toimintatapoja käytettäessä; julkisista velvollisuuksista ei sopimuksin voi irrottautua. Tästä seuraa esimerkiksi, että kunnan tai kuntayhtymän on ostaessaan terveyden- tai sairaanhoitopalveluja var-

¹³ Perustuslain 16 §:n 1 momentin mukaan jokaisella on oikeus maksuttomaan perusopetukseen. Perusopetuslain (628/1998) 4 §:n mukaan kunta, jossa on sekä suomen- että ruotsinkielisiä asukkaita, on velvollinen järjestämään perusopetuksen erikseen kumpaakin kieliryhmää varten. Kunta voi järjestää palvelun itse tai yhdessä muiden kuntien kanssa taikka hankkimalla ne laissa tarkoitettulta perusopetuksen järjestäjältä. Perusopetuksessa käytettävästä opetuskielestä muidenkin kielten kuin suomen ja ruotsin osalta säädetään perusopetuslain 10 §:ssä, jonka mukaan opetuskieli voi olla myös saame, romani tai viittoma-kieli.

¹⁴ Potilaan hoitokieli määräytyy terveydenhoitolainsäädännön kielisäännösten nojalla. Sen sijaan mielenterveyslain (1116/1990), päihdehuoltolain (41/1986) ja tartuntatautilain (583/1986) nojalla pakkohoitoon määrättäessä määräytyy hallintopäätösten kieli kielilain säännösten nojalla.

¹⁵ Ks. kielilain 25 §.

mistauduttava kielellisen palvelun toimivuudesta.¹⁶ Ostopalvelu-ulottuvuus on uusi verrattuna vuoden 1922 kielilakiin.

Perustuslain 17 §:n 2 momentissa säädetään, että ”*julkisen vallan* on huolehdittava maan suomen- että ruotsinkielisen väestön sivistyksellisistä ja yhteiskunnallisista tarpeista *samanlaisten perusteiden mukaan*”.¹⁷ Säännöksellä on läheinen yhteys perustuslain 6 §:ssä säädettyyn ihmisten yhdenvertaisuuteen lain edessä ja kieltoon syrjiä ketään esimerkiksi kielellisin perustein. Kaksikielinen viranomainen ei näin ollen voi kieltäytyä palvelemasta asiakasta tämän käyttämän kielen perusteella.

Kielellinen yhdenvertaisuus on myös kielilain lähtökohta. Laki sääntelee yksilön¹⁸ oikeutta käyttää suomen ja ruotsin kieltä viranomaisissa sekä viranomaisten kielellisiä velvollisuuksia, muttei turvaa parempia oikeuksia kummankaan kielen käyttäjille. Kielilaki on näin ollen *kielineutraali*. On kuitenkin huomattava, ettei perustuslaissa käytetty ilmaisu ”samanlaisten perusteiden mukaan” merkitse ”samalla tavalla”. Kielellisten ratkaisujen ei toisin sanoen tarvitse olla täysin identtisiä. Käytännön ratkaisut saattavat näyttää erilaisilta kieliryhmien osalta. Ilmaisuu ei myöskään välttämättä merkitse ”samassa laajuudessa”. Esimerkiksi kaksikielisen kunnan vähemmän käytetyllä kielellä voidaan eräistä asioista tiedottaa suppeammin.¹⁹

Uusi kielilaki onkin *joustava*: kielellisistä tarpeista on huolehdittava perustuslain edellyttämällä tavalla, mutta ratkaisu siitä, miten tämä yksityiskohdissaan parhaiten tapahtuu, jätetään viranomaisten itsensä harkittavaksi. Sääntelyn lähtökohta on käytännönläheinen: yleislakina kielilaki koskee kaikkia viranomaisia ja tämän lisäksi myös eräitä yksityisiäkin ta-

¹⁶ Vrt. myös sosiaali- ja terveydenhuollon suunnittelusta ja valtionosuudesta annetun lain (733/1992) 4 §:n 3 momentti, jonka mukaan kunnan on yksityiseltä palvelun tuottajalta palveluja hankkiessaan varmistauduttava siitä, että hankittavat palvelut vastaavat sitä tasoa, jota edellytetään vastaavalta kunnalliselta toiminnalta. Palvelun laatuun kuuluu myös kielellinen näkökulma.

¹⁷ Ennen perusoikeusuudistusta kielellisiä oikeuksia koskevassa Hallitusmuodon säännöksessä velvollisuus huolehtia molempien kieliryhmien sivistyksellisistä ja yhteiskunnallisista tarpeista kuului ainoastaan *valtiolle*. Ero valtion ja julkisen vallan välillä on merkittävä ja se kuvastaa yhteiskunnan muutosta, perusoikeuksien arvon nousua ja perusoikeuksien toteutumisen monimuotoista kenttää.

¹⁸ Kielellisten oikeuksien subjektina on perinteisesti luonnollinen henkilö, josta kielilaisa käytetään ilmaisua ”yksityishenkilö”. Viranomaistoiminnassa ja varsinkin lainkäytössä asianosaisena on usein oikeushenkilö. Kielellisten oikeuksien ulottamista oikeushenkilöihin pidettiin kielilain säätämisen yhteydessä tämän vuoksi perusteltuna. Ks. kielilain 11 §; HE 92/2002 vp, s. 74.

¹⁹ Ks. kielilain 32 §.

hoja niiden suorittaessa julkisia tehtäviä. Monen toiminnaltaan erilaisen ja erikokoisen viranomaisen toimintatapojen yksityiskohtainen sääntely olisi tuskin mahdollista. Vaarana olisivat tällöin kaavamaiset ratkaisut, joiden noudattaminen ei soveltuisi viranomaisen toimintaan.

Lain joustavuus ei kuitenkaan poista viranomaisen velvollisuutta. Kielilain 23 §:n mukaan viranomaisten on oma-aloitteisesti huolehdittava kielellisten oikeuksien toteutumisesta käytännössä. Säännöksen painopiste on ilmaisuilla ”oma-aloitteisesti” ja ”käytännössä”. Kielilaki edellyttää viranomaisilta aktiivista, nimenomaan *oma-aloitteista* toimintaa kielellisten perusoikeuksien toteuttamiseksi. Valtion viranomaisilla ja kaksikielisten kuntien viranomaisilla, joiden on suoriuduttava virkavelvollisuuksistaan suomen ja ruotsin kielellä sekä palveltava yleisöä molemmilla kielillä, velvollisuus on kuitenkin laajempi kuin yksikielisten kuntien viranomaisilla.

Oma-aloitteisuusvelvollisuudesta seuraa, että viranomaisten toiminnan ja palvelun suunnittelussa kielen – tai paremminkin *kielten* – tulisi olla osa suunnittelu- ja laatuksiteerejä. Kysymys on tällöin kuitenkin pikemminkin suunnittelusta, logistiikasta ja käytäntöjen täytäntöönpanosta kuin oikeudellisesta toiminnasta. Esimerkiksi lakien, asetusten, oikeussääntöjen tai tiedotusmateriaalien valmistelussa tämä merkitsee muun muassa sitä, että työn aikataulua laadittaessa on otettava huomioon kahdella kielellä julkaistavan materiaalin käännös- ja tarkistamistarve. Huonosti suunniteltu toiminta johtaa helposti siihen, ettei suomen ja ruotsin kielellä julkaiseminen ole mahdollista samanaikaisesti. Edelleen palvelua järjestettäessä esimerkiksi voidaan päättää, että palvelua tarjotaan vähemmän käytetyllä kielellä tietyissä pisteissä tai eri palvelunumeroista. Tällainen ratkaisu mahdollistaa palvelun saamisen yhtäläisten perusteiden mukaan, kunhan huolehditaan siitä, että yksilöt tietävät, mistä he saavat omakielistä palvelua.

Vastoin eräitä ennakkokäsityksiä ei kielilaki merkinnyt kielellisten oikeuksien lisäämistä kummallekaan kieliryhmälle. Lailla pyritään siihen, että perustuslaissa turvatut kielelliset oikeudet toteutuisivat *käytännössä*. Vuoden 1922 kielilain suurena ongelmana olikin, että oikeudet olivat muodollisesti olemassa, mutta niiden käytännön toteuttaminen viranomaisissa jäi vajavaiseksi. Kielilakiin sisältyvän joustavuuden ja käytännönläheisyyden tarkoituksena on kielellisten oikeuksien tosiasiallinen toteutuminen.

Kielilakiin sisältyvä joustavuus ilmenee myös siten, ettei laki – tai siihen liittyvä laki julkisyhteisöjen henkilöstöltä vaadittavasta kielitaidosta (424/2003)²⁰ – edellytä kaikilta virkamiehiltä molempien kielten taitoa.

²⁰ Tämä laki korvasi valtion virkamiehiltä vaadittavasta kielitaidosta annetun lain (149/1922).

Laki ei estä esimerkiksi virkamiestä siirtämästä asiakaspuhelua eteenpäin kieltä hallitsevalle henkilölle tai kokoamaan luetteloa virkamiehistä tai viranhaltijoista, jotka palvelevat myös vähemmän käytetyllä kielellä. Näin ollen viranomaisen joustava toiminta *kokonaisuutena* ratkaisee sen, miten kielelliset oikeudet toteutuvat.

Julkisen vallan velvollisuus huolehtia suomen- ja ruotsinkielisen väestön sivistyksellisistä ja yhteiskunnallisista tarpeista samanlaisten perusteiden mukaan ilmenee myös kielilain 35 §:stä, jossa toistetaan julkisen vallan velvollisuus ja jonka 3 momentin mukaan ”viranomaisten tulee toiminnassaan vaalia maan kielellistä kulttuuriperintöä ja edistää molempien kansalliskielten käyttämistä”. Säännös on luonteeltaan tulevaisuuteen kurottava: kielellisten perusoikeuksien turvaamiseksi ei riitä, että viranomaisten päivittäinen toiminta on järjestetty kielilain edellyttämällä tavalla. Kahden kansalliskielen järjestelmä edellyttää julkisen vallan toimijoilta pidemällä aikavälillä myös kielellisten oikeuksien *edistämistä*. Pienessä, yleisesti ottaen kielellisesti homogeenisessa maassa kansalliskielten – tai ainakin suomen kielen – asema ja hyvinvointi saattaa ensi silmäyksellä vaikuttaa itsestäänselvyydeltä. Vaikutelma ei kuitenkin pidä paikkaansa. Suomen kieli sai aseman virallisena, viranomaisessa käytettävänä kielenä vasta vuonna 1863, joten suomen kielen historia hallintokielenä on varsin lyhyt. Ennen tätä suomen kieltä pidettiin liian ”kehittymättömänä” hallintoviranomaisissa käytettäväksi.²¹ Edelleen molemmat kansalliskielemme ovat eurooppalaisessa katsannossa sangen pieniä kieliä ja tällaisina alttiita muun muassa muiden kielten vaikutuksille.²² Molempien kielten huolto on välttämätöntä, jotta kielet pysyisivät elävinä ja käyttökelpoisina vaativiakin hallinnointitilanteita varten. Esimerkiksi kansanterveyden kannalta on keskeistä, ettei tieteellisen tutkimuksen kansainvälistymisen seurauksena ole tulevaisuus, jossa terveyttä koskevaa sanastoa ei ole lainkaan olemassa suomen ja ruotsin kielellä, eikä perusoikeuksiin kuuluvista terveyden kannalta merkittävistä asioista voida luontevalla tavalla keskustella kansalliskielillä.²³

²¹ Ks. KM 2001:3, s. 29.

²² Muiden kielten käytön lisääntyminen näkyy muun muassa mainonnassa, jossa käytetään paljon englannin kieltä. Edelleen yritysten nimissä käytetään nykyisin usein englantia. Kielilakihan ei sääntele mainonnan kieltä taikka yritysten käyttämää kieltä. Näin vieraista kieliä käytetään usein rinta rinnan kotimaisten kielten kanssa tai jopa niiden sijasta.

²³ Kielenhuoltajat puhuvat tällaisissa yhteyksissä kielen käyttöalan kapenemisesta. Käytännössä esimerkiksi tietokone- ja muu teknologia sekä luonnontieteellinen tutkimus ovat aloja, joilla englannin kielellä on keskeinen asema.

4 KIELELLISET OIKEUDET JA HYVÄ HALLINTO

Perustuslain 21 §:n 2 momentin mukaan hyvän hallinnon takeista säädetään lailla. Uusi, niin ikään vuoden 2004 alussa voimaan tullut hallintolaki sisältää useita säännöksiä hyvän hallinnon perusteista. Muun muassa viranomaisten hyvän kielenkäytön vaatimus sisältyy hallintolain 9 §:ään. Tämän mukaan kaikkien viranomaisten on käytettävä asiallista, selkeää ja ymmärrettävää kieltä. Hallintolaki määrittää näin ollen hallinnossa käytettävän kielen *laadulle* asetetut vaatimukset ja sen, että ymmärrettävyys tulisi arvioida hallinnon asiakkaan kannalta.²⁴ Hallintolaki ei kuitenkaan määrää sitä, kumpaa kieltä, suomea vai ruotsia, viranomaisten ja muiden hallinnossa toimivien henkilöiden yksittäistapauksessa tulee käyttää tai sitä, kummalla kielellä asia käsitellään ja ratkaistaan. Tämä määräytyy kielilain mukaan. Näin kielilaki osaltaan täydentää hallintolaissa täsmennettyjä hyvän hallinnon takeita.

Hyvän hallinnon käsite ei kuitenkaan rajaudu hallintoviranomaisten päätöksentekoon tai tosiasialliseen hallintotoimintaan: hyvän hallintoon kuuluu myös hyvä palvelu. Kielellisestä näkökulmasta voidaankin perustellusti kysyä, kuinka hallinto – mukaan lukien palvelu – voi olla hyvää, jollei se ole *kielellisesti ymmärrettävää*.

Kielilain 2 §:n 2 momentin mukaan lain tarkoituksena on muun muassa ”taata oikeus oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin ja hyvään hallintoon *kielestä riippumatta, ilman että kielellisiin oikeuksiin tarvitsee erikseen vedota*”. Tämä lain tarkoituksenympäristön momentti osittain toistaa perustuslain 21 §:n 2 momenttia ja osittain täydentää hallintolaissa säänneltyjä hyvän hallinnon takeita.

Säännöksen lähtökohtana on, että hallinnon tulee olla *laadullisesti yhtä hyvää* niin suomen kuin ruotsin kielellä. Yhteys perustuslain 6 §:ssä turvattuun yhdenvertaisuuteen on ilmeinen: jokaisen, niin suomen- kuin ruotsinkielisen, tulee voida luottaa hallinnon toimivuuteen ja asioiden käsittelyn oikeellisuuteen riippumatta siitä, millä kielellä hän asioi hallinnossa. Vuoden 1922 kielilain aikana kuitenkin todettiin toistuvasti, ettei näin aina ole. Julkisuudessakin tunnettuja esimerkkejä tästä ovat, etteivät ruotsinkieliset henkilöt käytä oikeuttaan käyttää omaa kieltään oikeudenkäynnissä, tehdä veroilmoitustaan omalla kielellään tai edes kannella viranomaisten toiminnasta laillisuusvalvojille omalla kielellään, koska he pelkäävät, että heidän asiansa käsitellään muita hitaammin tai etteivät viranomaiset ymmärrä heidän asiaansa. Toisaalta myös suomenkieliset ovat ruotsinkie-

²⁴ Vrt. myös HE 72/2002 vp, s. 59.

lisenemmistöisissä kunnissa osittain kokeneet kielellisten oikeuksiensa jääneen toteutumatta.

Kielilain mukaan kielellisten oikeuksien tulee toteutua ”ilman että kielellisiin oikeuksiin tarvitsee erikseen vedota”.²⁵ Säännöksen lähtökohta on, ettei kielellisten oikeuksien – kuten muidenkaan perusoikeuksien – toteutumisen tulisi olla yksittäisen henkilön erillisen vaatimuksen tai viranomaisen kanssa käydyn riidan tulos.²⁶ Perusoikeuksien turvaaminen on perustuslaissa määritelty julkisen vallan tehtäväksi. Tämä velvoittaa myös julkisen vallan edustajia perusoikeuksien, mukaan lukien kielellisten oikeuksien, osalta myötävaikuttamiseen oikeuksien toteutumiseksi. Perusoikeusmyönteisenä tuskin voidaan pitää viranomaisissa havaittua käyttäytymistä, jossa virkamies palveluhaluttomuuttaan päättää jättää kielellisten oikeuksien toteutumisen riippumaan siitä, vetoaako yksilö oikeuksiinsa. Myös vuoden 1922 kielilain 5 §:n 2 momenttiin sisältyi säännös, jonka mukaan asianosaisella oli yksikielisessä tuomioistuimessa oikeus tuomion käännökseen vain, jos hän välittömästi menettelyn alussa ymmärsi vaatia tätä. Vastavaa, kielellisten oikeuksien hinnalla hallinnon passiivisuutta suojelevaa säännöstä ei ole uudessa kielilaissa.

Tähänkin liittyy yhdenvertaisuusnäkökulma: hyvän hallinnon on oltava *saatavissa* suomen- ja ruotsinkieliselle väestölle samanlaisin perustein. Yhdenvertaisuus hallinnossa ei voi toteutua, jos jompaakumpaa kieltä käyttävien on erikseen vaadittava viranomaisia huolehtimaan laissa säädetyistä velvollisuuksistaan, tässä tapauksessa kielellisten oikeuksien toteutumisesta.

Vastakappaleena yksilön oikeudelle ”hyvään hallintoon ilman että kielellisiin oikeuksiin tarvitsee erikseen vedota” on jo otsikon 3 alla osittain käsitelty kielilain 23 §, jonka mukaan viranomaisen on oma-aloitteisesti huolehdittava kielellisten oikeuksien toteutumisesta käytännössä. Oma-aloitteisuus voidaan toteuttaa monella tavalla. Epäselvissä tapauksissa virkamies voi esimerkiksi kysyä asiakkaalta, kumpaa kieltä hän haluaa käyttää ja täten oma-aloitteisesti tarjota mahdollisuutta valita kieli, vaikka keskustelu olisikin alkanut toisella kuin asiakkaan kielellä. Kielellisestä palveluvelvollisuudesta kuitenkin seuraa, ettei kaksikielisessä viranomaisessa virkamies milloinkaan saa pyytää asiakasta vaihtamaan kieltä; jollei

²⁵ Vastavaa, nimenomaista säännöstä ei sisälly hallintolakiin muiden, hyvän hallinnon takeiden osalta, vaikka onkin selvää, että kaikkien hyvän hallinnon takeiden tulisi toteutua ilman hallinnon asiakkaan erillistä pyyntöä.

²⁶ Nimenomaista mainintaa pidettiin lain valmistelun yhteydessä tärkeänä muun muassa siksi, että ruotsin kieli on kansalliskielenäkin tosiasiallisessa vähemmistöasemassa.

virkamies itse selviä asiasta asiakkaan kielellä, on hänen huolehdittava asiakkaan kielellisten oikeuksien toteutumisesta siirtämällä asia asiakkaan kieltä hallitsevan virkamiehen hoidettavaksi. Vaikka kielilain lähtökohtana onkin asiakkaan oikeus saada omakielistä palvelua sekä asiansa ratkaistua omalla kielellään kaksikielisissä viranomaisissa, ei kielilaki kuitenkaan estäne asiakkaan ja virkamiehen kahdella kielellä tapahtuvaa keskustelua, jos tämä asiakkaan näkökulmasta on mielekästä.²⁷

Merkittävä uudistus kielellisesti hyvän hallinnon toteutumiseksi on säädetty kielilain 23 §:n 2 momentissa: kaksikielisiä viranomaisia koskeva velvollisuus sekä palvella yleisöä suomeksi ja ruotsiksi että palvelussaan ja muussa toiminnassaan *osoittaa yleisölle käyttävänsä molempia kieliä*. Niin suomen kuin ruotsin kielen tulisi siis *näkyä* viranomaisen toiminnassa ja ulkoisessa kuvassa.²⁸ Kaksikielisellä viranomaisella tulisi esimerkiksi olla sekä suomen- että ruotsinkielinen nimi.²⁹ Edelleen viranomaisen opasteiden ja lomakkeiden, kirjepohjien ja kirjekuorten, esitteiden ja muiden vastaavien julkaisujen tulisi olla sekä suomen- että ruotsin kielellä – tai kaksikielisinä.³⁰ Viranomainen voi viestittää kaksikielisyydestään pienissäkin eleissä. Esimerkkejä ovat virkamiesten kaksikieliset käyntikortit ja ”sähköiset allekirjoitukset” sähköpostiviesteissä, toisin sanoen virkamiehen virkanimikkeen ja yhteystietojen antaminen molemmilla kielillä.³¹

²⁷ Kahden kielen käyttäminen samanaikaisesti samassa yhteydessä onkin luontevaa ainakin tietyillä seuduilla Pohjanmaalla. Pääkaupunkiseudulla kuitenkin yleensä päädytään käyttämään vain yhtä kieltä, vaikka keskustelun osapuolet vaikeuksista ymmärtävätkin toistensa kieltä.

²⁸ Viranomaisen ”ulkoisella kuvalla” on myös yhteys kielilain 23 §:n 1 momentissa säädettyyn oma-aloitteisuusveloitteeseen. Huolehtimalla kaksikielisestä ulkoisesta kuvastaan, esimerkiksi tiedon, esitteiden ja lomakkeiden saatavuudesta molemmilla kielillä viranomainen myös oma-aloitteisesti huolehtii kielellisten oikeuksien toteutumisesta *käytännössä*.

²⁹ Viranomaisen nimen tulisi myös olla kieliopillisesti moitteeton niin suomen kuin ruotsin kielellä. Kielilaki ei varsinaisesti ota kantaa lyhenteestä koostuvaan nimeen, joita ovat esimerkiksi STAKES ja TE-keskus. Nimen tulisi kuitenkin kuvata viranomaisen toimintaa ja olla ymmärrettävissä vain yhdellä kielellä, toisin sanoen myös silloin, kun henkilö ei ymmärrä toista kieltä. Esimerkiksi TE-keskuksista yleisesti käytettävää ruotsinkielistä nimeä ”TE-central” tuskin voidaan pitää kieliopillisesti moitteettomana, eikä se ilman ennakkotietoja ole ymmärrettävissä yksinomaan ruotsin kielellä.

³⁰ Esimerkiksi kaksikielisessä Kanadassa viranomaisten esitteet ja muut julkaisut ovat säännönmukaisesti kaksikielisiä, jolloin englannin ja ranskan kieli ovat samassa julkaisussa. Kielilaki ei kuitenkaan sääntele kahden kielen käyttöä näin yksityiskohtaisesti. Viranomainen voi näin ollen valita asiayhteyden kannalta parhaimman toteuttamistavan.

³¹ Kaksikielisyydellä tarkoitetaan tässä yhteydessä – ja kielilakiyhteyksissä yleensäkin – suomea ja ruotsia. Näiden kielten näkyvyys ei kuitenkaan sulje pois muiden kielten käyttöä. Esimerkiksi virkamiesten käyntikortit voivat myös sisältää englanninkielisen virkanimikkeen, toisin sanoen olla kolmikielisiä. Virkamiehellä voi myös kansainvälisiä yhteyksiä varten olla erilliset, vierailla kielillä laaditut käyntikortit.

Molempien kansalliskielten näkyvyyden merkitystä voidaan tarkastella kahdesta näkökulmasta. Ensinnäkin kahdella kielellä on *symboliarvoa*. Molemmat kansalliskielet ovat yhdenvertaisia, molemmat ovat säilyttämisen arvoisia ja molempien käyttöä ja asemaa tulee vaalia.³² Varsinkin vähemmän käytetyn kielen – useimmiten ruotsin – puhujille oman kielen näkyvyys vahvistaa identiteettiä, käsitystä omasta itsestään. Oman kielen näkyvyys viestii, että kieli on osa yhteiskuntaa ja että yksilö itsekin on osa yhteiskuntaa kielensä kautta ja kielestään riippumatta. Jollei oma kieli kuitenkaan näy julkisuudessa, käy usein niin, ettei sitä käytetä. Jos kaksikielinen viranomaiskäyttää julkisessa kuvassaan, esimerkiksi kirjepapereissaan ja esitteissään, vain yhtä kieltä, sen voidaan tulkita epäsuorasti viestittävän, etteivät toista kieltä käyttävät ole tervetulleita asioimaan omalla kielellään.³³ Tällöin kynnys käyttää omaa kieltä nousee ja yksilö saattaa vaistomaisesti luopua kielellisistä oikeuksistaan vaihtamalla kieltä. Käyttäytymismalli on inhimillisesti ymmärrettävä, mutta käyttäytymisen taustalla on tällöin viranomaisen käytäntöön sisältyvä viesti, jota tuskin voidaan pitää perustuslain ja kielilain hengen tai hyvän hallinnon mukaisena.

Edelleen molempien kielten näkyvyys edistää *oikeusturvaa*. Asioidessaan viranomaisessa yksilön on tiedettävä, onko hänellä oikeus asioida omalla kielellään ja mistä omakielistä palvelua saa. Kaksikielisen viranomaisen opasteet kahdella kielellä ja esimerkiksi palveluluukkujen merkitseminen siten, että asiakas tietää, millä luukulla hän voi asioida kielellään, edistävät asiointin sujuvuutta ja oikeusturvan toteutumista. Myös esitteiden ja lomakkeiden tulee olla saatavilla – ja käytännössä *esillä* viranomaisessa – molemmilla kielillä. Tällöin asiakas voi vaivatta täyttää lupa- tai muun hakemuslomakkeen omalla kielellään, jolloin virheiden ja väärinkäsitysten vaara vähenee.

³² Vrt. kielilain 35 §:n 3 momentti.

³³ Usein yksikielisyyden – tai suomen ja englannin kieleen perustuvan kaksikielisyyden – taustalla on kuitenkin yksinkertaisesti tietämättömyys kielellisistä velvoitteista tai silkkä ajattelemattomuus. Kielilain hyväksymisen jälkeen helmikuussa 2003 sangen monet viranomaiset ryhtyivät kartoittamaan ja tarvittaessa kääntämään ennen kaikkea tiedotusmateriaalejaan kielilain hengessä. Varsinkin valtion keskushallintoviranomaisten verkkosivuilla on keväällä 2004 huomattavasti enemmän tietoa ruotsin kielellä kuin vuotta aikaisemmin.

5 KIELELLISET OIKEUDET JA OIKEUDENMUKAINEN OIKEUDENKÄYNTI

5.1 Kielellisesti ymmärrettävä oikeudenkäynti

Oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin perusteet turvataan perustuslain 21 §:n 2 momentin mukaan lailla. Kielellisten oikeuksien näkökulmasta oikeus oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin merkitsee oikeutta myös *kielellisesti ymmärrettävään oikeudenkäyntiin*. Kielilain yhtenä tavoitteena onkin lain 2 §:n 2 momentin mukaan taata oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin toteutuminen *kielestä riippumatta*. Tämä oikeus on yleensä turvattu oikeudella tulkkiin niin kansallisessa lainsäädännössä kuin kansainvälisissä sopimuksissa, esimerkiksi Euroopan ihmisoikeussopimuksessa ja kansalaisoikeuksia ja poliittisia oikeuksia koskevassa sopimuksessa.³⁴

Mainitut kansainväliset sopimusvelvoitteet sitovat myös Suomea, ja tämän lisäksi oikeus tulkkiin on turvattu esitutkintalaissa, oikeudenkäymiskaassa, oikeudenkäynnistä rikosasioissa annetussa laissa ja hallintolainkäyttölaissa. Oikeus tulkkiin turvaa siis sen, että oikeudenkäynnin eri tapahtumavaiheet tehdään ymmärrettäväksi asianosaiselle ja että hänen sanomansa ja hänelle osoitetut kysymykset tulkataan hänen ymmärtämälleen kielelle. Tämä ”ymmärrettävä kieli” ei kuitenkaan – muiden kuin suomen- ja ruotsinkielisten osalta – välttämättä ole henkilön oma kieli eikä kansainvälisistä sopimuksista voi johtaa oikeutta omakieliseen *käsittelyyn*: kysymys on nimenomaan ja vain käsittelyn ymmärrettäväksi tekemisestä tulkkausta ja tarvittaessa käännöksiä käyttäen.³⁵ Suomen- ja ruotsinkielisten kielelliset oikeudet oikeudenkäynnissä ovat muita kieltä käyttävien oikeuksia laajemmat, ja ne ratkeavat kielilain nojalla.

³⁴ Rikosprosessin ensimmäisen vaiheen, esitutinnan, tulkkauksäännöksiä – ja niiden puutteellisuuksia – Norjan, Ruotsin, Saksan, Suomen ja Tanskan kansallisessa lainsäädännössä on tarkasteltu väitöskirjassa Tallroth 2004. Kieltä osana oikeudenmukaista oikeudenkäyntiä ja kielilain haasteita oikeuslaitokselle on tarkasteltu artikkeleissa Tallroth 2003, s. 275–290 sekä Tallroth OHOI 2003, s. 12–16.

³⁵ Ns. Pohjoismaisen kielisopimuksen (Suomen, Islannin, Norjan, Ruotsin ja Tanskan välillä solmittu sopimus Pohjoismaiden kansalaisten oikeudesta käyttää omaa kieltään muussa Pohjoismaassa, SopS 11/1987) mukaan pohjoismaiden kansalaisella on toisessa Pohjoismaassa käytävässä rikosprosessissa oikeus tulkkaukseen äidinkielelleen. Sopimus ei kuitenkaan oikeuta asian käsittelyyn omalla kielellä.

5.2 Asian käsittelykieli

Asian käsittelykielellä tarkoitetaan sitä kieltä, jota tuomioistuin pääsääntöisesti käyttää oikeudenkäynnin aikana, asianosaisten ollessa läsnä ja jolla tuomio tai muu päätös annetaan.³⁶

Eräs vuoden 1922 kielilakiin itsepintaisesti liittynyt väärinkäsitys oli, että jokaisella suomea tai ruotsin kieltä käyttävällä on oikeus *omakieliseen* oikeudenkäyntiin. Tällaista oikeutta ei lakiin kuitenkaan sisältynyt, eikä uusi kielilakikaan turvaa sellaista: jos oikeudenkäyntiin osallistuu erikielisiä asianosaisia, on kielten täydellinen samanaikaisuus oikeussalissa käytännössä mahdoton toteuttaa siten, että tuomioistuin jatkuvasti kääntäisi jokaisen puheenvuoron yhdeltä kieleltä toiselle. Asialle määräytyy tästä syystä aina vain yksi käsittelykieli, joka on joko suomi tai ruotsi.³⁷

Oikeudenkäynnin asian käsittelykielen määräytymissäännökset ovat kielilaissa yksityiskohtaisemmat kuin vuoden 1922 kielilakiin sisällyneet säännökset: laissa säädetään erikseen asian käsittelykielestä hallintolainkäytössä lain 13 §:ssä, rikosasiassa lain 14 §:ssä³⁸, riita-asiassa lain

³⁶ Silloin, kun asianosaisia ei ole läsnä, esimerkiksi menettelyn ollessa kirjallista tai päätösharkinnassa, ei tuomioistuimen välttämättä tarvitse käyttää asian käsittelykieltä. Tällöin voidaan kielilain 26 §:ää noudattaen käyttää tuomioistuimen työkieltä, sillä asianosaisten oikeus ja etu eivät tästä loukkaannu.

³⁷ Ilmaisu ”asian käsittelykieli” on uusi ja vastaa vuoden 1922 kielilain toimituskirja- tai pöytäkirjakieltä. Asian käsittelykieli on aina joko suomi tai ruotsi, tai saamelaiden kotiseutualueella saame, muttei kuitenkaan koskaan vieras kieli vaikka asianosaisina olisivat yhtiöitä, joiden pöytäkirjakieli on englanti. Prosessilainsäädännöstä puuttui kuitenkin tuomioistuimen kieltä koskevat, nimenomaiset säännökset ja vieraskielisten asianosaisten määrän lisääntyessä suomalaisissa tuomioistuimissa selkeiden normien puute koettiin osittain ongelmalliseksi. Tämän vuoksi kielilain säätämisen yhteydessä oikeudenkäymiskaareen lisättiin uusi, oikeudenkäynnin kieltä koskeva 4 luku (425/2003) ja rikosasioiden oikeudenkäynnin käsittelystä annettuun lakiin vastaava 6 a luku (426/2003).

³⁸ Pykälän 3 momentin mukaan rikosasian asian käsittelykieltä koskevia kielenmääräytymissäännöksiä sovelletaan myös syyttäväviranomaisen toimintaan. Esitutkinnassa käytävästä kielestä säädetään tarkemmin esitutkintalaissa (449/1987), jota niin ikään täydennettiin kielilain säätämisen yhteydessä lailla 427/2003: Esitutkintalain 37 §:ssä säädetään kuulusteltavan oikeudesta käyttää omaa kieltään, joko suomea tai ruotsia, sekä – myös muita kieliä käyttävien – oikeudesta tulkkaukseen. Lain 39 §:n mukaan kuulustelusta on laadittava kuulustelupöytäkirja kuulustellun käyttämällä kielellä, jolla tarkoitetaan joko suomen tai ruotsin kieltä; säännös ei merkitse sitä, että kuulustelupöytäkirja voitaisiin tai tulisi vieraskielisen kuulusteltavan kohdalla laatia vieraalla kielellä. Edelleen esitutkintalain 40 §:ssä säädetään muun muassa, että esitutkintapöytäkirjaan on merkittävä asianosaisten kieli. Esitutkintalakiin tehdyillä täydennyksillä pyritään siihen, että kuulusteltavien kieli selviää välittömästi rikosprosessin ensimmäisessä vaiheessa ja että esitutkintapöytäkirja näin ollen laaditaan oikealla kielellä. Tarkoituksena on turvata kielellisten oikeuksien toteutuminen koko rikosprosessin aikana sekä välttää tilanteita, joissa esitutkintaineiston kääntäminen tulee yllättäen ajankohtaiseksi pääkäsittelyn alkaessa.

15 §:ssä³⁹, hakemusasiassa lain 16 §:n sekä muutoksenhaussa hovioikeudessa ja korkeimmassa oikeudessa lain 17 §:ssä.⁴⁰

Asian käsittelykieli määräytyy eri tavoin sen mukaan, onko tuomioistuimissa yksi- vai kaksikielinen. Tällä on vaikutuksia kielellisten oikeuksien toteutumistapaan: tuomioistuimissa, jonka tuomiopiiriin kuuluu vain samankielisiä, yksikielisiä kuntia, on kielilain määritelmän mukaan yksikielinen⁴¹ ja käyttää asian käsittelykielenä pääsääntöisesti tuomiopiirin kieltä. Toista kieltä käyttävällä asianosaisella on kuitenkin kielilain 10 §:n mukaan aina oikeus niin suullisesti kuin kirjallisestikin käyttää omaa kieltään sekä oikeus saada tuomiosta käännös siten kuin kielilaissa tarkemmin säädetään,⁴² sillä yksilön kielellisten oikeuksien toteutuminen valtion tuomioistuimissa on turvattava alueen kielestä riippumatta. Koska yksikielinen tuomioistuin kuitenkin pääsääntöisesti käyttää tuomiopiirinsä kieltä, voidaan kielelliset oikeudet tällöin tarvittaessa toteuttaa käyttämällä tulkin tai kääntäjän apua.

Kaksikielisissä tuomioistuimissa, toisin sanoen tuomioistuimissa, jonka tuomiopiiriin kuuluu joko erikielisiä – yksikielisesti suomenkielisiä ja yksikielisesti ruotsinkielisiä – kuntia tai edes yksi kaksikielinen kunta, käytetään asian käsittelykielenä joko suomen tai ruotsin kieltä sen mukaan kuin laissa tarkemmin säädetään.

Yhteistä kaikille kielenmääräytymissäännöksille on *asianosaislähtöisyys*: lähtökohtana on aina asianosaisen kieli. Jos asianosaiset kuitenkin ovat erikielisiä, on ratkaisu asian käsittelykielestä – muissa kuin rikosasioissa, joissa syytetyn kieli on määrävä – tehtävä ”asianosaisten oikeutta ja etua silmällä pitäen”. Asianosaislähtöisyyttä ilmentää myös 13 §:n mukainen sääntely: hallintolainkäyttöelimestä asian käsittelykieli on määriteltävä hallintolainkäyttöasian osapuolten kieltä lähtökohtana pitäen. Vuoden 1922 kielilain suoraviivaisempi sääntely, jonka seurauksena hallintolainkäyttöelimestä aina tuli käyttää samaa kieltä kuin asiaa hallintoasiana

³⁹ Pykälässä käytetystä sanasta ”alioikeudessa” huolimatta riita-asian käsittelykieltä koskevia säännöksiä tulee luonnollisesti soveltaa kaikkien riita-asioiden käsittelyyn, joita varten ei ole annettu omia menettelysäännöksiä. Näin ollen kielilain 15 §:ää tulee soveltaa esimerkiksi työtuomioistuimissa käsiteltävässä asiassa.

⁴⁰ Syynä asian käsittelykielen entistä yksityiskohtaisempaan sääntelyyn oli, että vuoden 1922 kielilain vastaavat säännökset koettiin liian niukoiksi ja vaikeaselkoisiksi. Vaarana oli tällöin tulkinnanvaraisuudesta johtuva lainsoveltamisen epäyhtenäisyys. Edelleen vuoden 1922 kielilain jäykät kielenmääräytymissäännökset johtivat osittain epätarkoituksenmukaisiin lopputuloksiin.

⁴¹ Ks. kielilain 5 ja 6 §, jotka ilmentävät kielilain alueperiaatetta.

⁴² Ks. kielilain 18 ja 20 §.

käsiteltäessä, johti eräissä tapauksissa epätarkoituksenmukaisiin tilanteisiin. Kielilaki antaa mahdollisuuden uudessa tilanteessa arvioida asian käsittelykielen määräytymistä mahdollisen uuden asianosaiskokoonpanon oikeuden ja edun mukaisesti.

Asianosaislähtöisyyteen kuuluu edelleen, ettei ratkaisevaa ole tuomioistuimen mahdollinen toive asian käsittelykielen suhteen tai esimerkiksi tuomarin kielitaito. Myöskään avustajan tai asiamiehen kielellä ei saa olla merkitystä ratkaisua tehtäessä: kielellisten oikeuksien subjektina on asianosainen, eikä avustajalla, asianmiehellä tai tuomarilla ole asianosaisten asemaa.⁴³

Asianosaislähtöisyydestä huolimatta kielellisten oikeuksien käytännön toteutumista oikeudenkäynnissä on vaikea mitata. Tilastollisesti on nimitäin ainoastaan selvitettävissä, mikä kieli kussakin asiassa on määräytynyt asian käsittelykieleksi, toisin sanoen niin sanottujen suomen- ja ruotsinkielisten juttujen määrä. Tämä tieto ei kuitenkaan kerro todellisesta kielellisestä monimuotoisuudesta oikeussalissa: samassa asiassa osapuolet ja todistajat käyttävät useinkin kukin omaa kieltään – tai vieraita kieliä – ilman että näistä tapauksista olisi tilastotietoja. Edelleen on mahdotonta arvioida, kuinka monessa tapauksessa henkilö luopuu oikeudestaan käyttäen omaa kieltään, esimerkiksi siksi, että asian käsittelykielenä on toinen kieli. Kielilain periaatteiden mukaan istunnon puheenjohtajalla on kuitenkin tällöinkin vastuu kielellisten oikeuksien toteutumisesta, sillä kielellinen tasa-arvo merkitsee, ettei yhden oikeus käyttäen omaa kieltään sulje pois toisen vastaavaa oikeutta. Näin ollen tuomarin prosessinjohtolisiin haasteisiin kuuluu myös kielellisen tasa-arvon toteutumisedellytyksistä huolehtiminen.

Asian käsittelykielen määräytymisessä lähtökohtana on asianosaisten kieli. Kuitenkin myös asiassa *kuultavalla* on kielellisiä oikeuksia myös silloin, kun hän ei ole asianosainen vaan esimerkiksi todistaja tai asiantuntija. Kuultavan oikeudesta on kielilain 10 §:ssä erillinen säännös, jonka mukaan viranomaisen on järjestettävä kuultavalle mahdollisuus tulla kuuluksi omalla kielellään. Viranomaisen on esimerkiksi selvitettävä kumpaa kieltä kuultava haluaa käyttää ja huolehdittava siitä, että kuultavalle suunnatut kysymykset tarpeen mukaan tulkitaan hänelle.⁴⁴ Kuultavan oikeutta koskevalla säännöksellä on merkitystä myös muutoin kuin kuultavan itsensä kannalta: oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin toteutumiseksi on tärkeää, että asiassa annetut todistajanlausunnot ovat mahdollisimman tark-

⁴³ Ks. HE 92/2002 vp, s. 75; Tallroth OHOI 2003, s. 12–16.

⁴⁴ Ks. HE 92/2002 vp, s. 72.

koja yksityiskohdissaan ja vivahteissaan. Tavoitteeseen päästäneen useimmiten silloin kun kuultava voi täysin keskittyä lausuntonsa sisältöön ilman mahdollisten kielivaikeuksien tuottamaa epävarmuutta.

5.3 Päätöksen kieli

Perustuslain 21 §:n 2 momentin mukaan jokaisella on oikeus perusteltuun päätökseen siten kuin lailla säädetään.⁴⁵ Päätös annetaan kielilain 19 §:n mukaan aina asian käsittelykielellä.⁴⁶ Oikeus perusteltuun päätökseen merkitsee kielellisten oikeuksien näkökulmasta sitä, että myös päätöksen perustelut sisältyvät samankielisenä päätökseen. Jos esimerkiksi korkeamman lainkäyttöasteen ratkaisussa viitataan alemmanasteisen päätös- tai lainkäyttöelimen ratkaisuun ja tämä on annettu toisella kielellä, tulisi viitasta koskeva ratkaisu sisällyttää asian käsittelykielellä, toisin sanoen käännettynä, korkeammanasteiseen ratkaisuun.

Päätös on aina yksikielinen. Asiassa, jossa on erikielisiä asianosaisia, eivät kaikki näin ollen voi saada päätöstä alkuperäisenä omalla kielellään. Jos päätös laaditaan toisella kuin asianosaisen kielellä, on tällä kuitenkin oikeus käännökseen sen mukaan, mitä kielilain 20 §:ssä säädetään.⁴⁷ Kielilain 21 §:ään sisältyy virallisen käännöksen määritelmä. Utta on, että laillistetun kääntäjän tekemän käännöksen lisäksi viranomaisen itsensä tekemä käänнос on virallinen. Virallinen käänнос on voimassa alkuperäisenä, ja sen nojalla voi esimerkiksi hakea muutosta. Mahdollisten virheiden korjaamiseksi kielilakiin sisältyy säännös uuden virhetyypin, *käännösvirheen*, korjaamisesta.⁴⁸

⁴⁵ Perusteluvollisuudesta ja poikkeuksista säädetään yksityiskohtaisesti hallintolaissa.

⁴⁶ Säännös koskee kaikkia viranomaisen tekemiä päätöksiä, toisin sanoen sekä hallintoviranomaisen tekemiä hallintopäätöksiä että tuomioistuimen antamia tuomioita ja muun nimisiä päätöksiä.

⁴⁷ Muun kuin suomen- tai ruotsinkielisen oikeudesta käännökseen säädetään oikeudenkäymiskaaren 4 luvun 2 §:ssä, rikosasioiden oikeudenkäynnin käsittelystä annetun lain 6 a luvun 2 §:ssä, hallintolain 26 §:ssä ja hallintolainkäyttölain 77 §:ssä. Kielilain 22 §:n mukaan toimituskirja tai muu asiakirja voidaan tietyin laissa määritellyin edellytyksin antaa alkuperäisenä vieraalla kielellä. Säännös on kuitenkin poikkeus pääsäännöstä, jonka mukaan suomalainen viranomainen käsittelee ja ratkaisee asiat suomen tai ruotsin kielellä eikä sitä voi soveltaa tuomioistuimen ratkaisuihin. Tuomio tai muu lainkäyttöelimen päätös tulee kielilain 19 §:n 2 momentin mukaan aina laatia alkuperäisenä joko suomen tai ruotsin kielellä.

⁴⁸ Ks. kielilain 21 § 3 momentti.

6 KIELELLISET OIKEUDET JA OSALLISTUMISOIKEUDET

Perustuslain 6 §:ssä turvataan ihmisten yhdenvertaisuus ja muun muassa se, ettei ketään saa syrjiä kielen perusteella. Kielellinen yhdenvertaisuus on myös sisällytetty perustuslain 17 §:n 2 momenttiin ja siinä säädettyyn julkisen vallan velvollisuuteen huolehtia maan suomen- ja ruotsinkielisen väestön sivistyksellisistä tarpeista yhtäläisten perusteiden mukaan. Kielellinen yhdenvertaisuus on edellytys muun muassa perustuslaissa turvattujen osallistumisoikeuksien kuten vaalioikeuksien toteutumiselle samoin kuin yleisemmin yhteiskunnalliselle osallistumiselle tiedonsaannin avulla. Näitä näkökulmia tarkastellaan seuraavassa erikseen.

6.1 Kielelliset oikeudet ja vaalioikeudet

Kielellisen yhdenvertaisuuden tarve ja merkitys ilmenee poliittisten oikeuksien keskeisen tukipilarin, vaalioikeuden, toteutumisessa, sillä perustuslain 14 §:n mukainen vaalioikeus kaventuu *tosiasiallisesti*, jollei vaaleista tiedoteta kielilain edellyttämällä tavalla. Vapaaseen tahtoon perustuvaa päätöstä vaalioikeuden käyttämisestä on nimittäin vaikea muodostaa, jollei saa asiallista, paikkansapitävää ja kielellisesti ymmärrettävää tietoa vaaleista ja sen ehdokkaista. Käytännössä tämä merkitsee, että yleisistä vaaleista – eduskunta-, europarlamentti-, kunnallis- ja presidentinvaaleista – on tiedotettava sekä suomen että ruotsin kielellä. Kansallinen vaaliviranomainen, oikeusministeriö, tiedottaa yleisistä vaaleista kielilain 32 §:n 2 momenttia noudattaen sekä suomen että ruotsin kielellä.⁴⁹ Samaa säännöstä tulisi soveltaa myös neuvoa-antavasta kansanäänestyksestä tiedotettaessa. Kunnallisvaaleista yksikielistä kuntaa koskevasta tiedotuksesta samoin kuin kunnan omasta tiedottamisesta voitaneen kuitenkin

⁴⁹ Verkkotiedottamisessaan oikeusministeriö soveltaa kielilain 2 §:n 3 momentin säännöstä paremmasta kielellisestä palvelusta, sillä vaaliverkkosivut ovat käännetty myös englannin kielelle. Myös saamen kielilain tiedottamista koskevassa 8 §:ssä mainitaan erityisesti saamelaiskäräjistä annetun lain (974/1995) 24 §:ssä tarkoitetut ilmoituskortit. Edelleen Suomessa äänoikeutetuille, muun jäsenvaltion kansalaiselle tiedotetaan europarlamenttivaaleista viidellä kielellä. Tiedottaminen perustuu kielilain 2 §:n 3 momentin lisäksi Euroopan yhteisöjen komission tiedoksiantoon direktiivin 93/109/EY soveltamisesta Euroopan parlamentin vaaleissa kesäkuussa 1999, joka koskee toisessa jäsenvaltiossa asuvien unionin kansalaisten äänoikeutta ja vaalikelpoisuutta Euroopan parlamentin vaaleissa, KOM (2000) 843.

kielilain 32 §:n 1 momentin mukaan huolehtia ainoastaan kunnan kielilä.⁵⁰

Vaaliviranomaisen molemmilla kansalliskielillä tapahtuvalla tiedottamisella on paitsi yhdenvertaisuuden myös perustuslain 14 §:n 3 momentin mukaisen velvoitteen toteutumisessa keskeinen asema: julkisen vallan tehtävänä on *edistää* yksilön mahdollisuuksia osallistua yhteiskunnalliseen toimintaan. Vaaleihin liittyvän virallistiedottamisen asema korostuu, kun otetaan huomioon, ettei kielilaki koske puolueiden vaalimainontaa eikä tiedotusvälineiden vaaleihin liittyvää tiedottamista, esimerkiksi yleisölle suunnattua ehdokastietoa, TV-ohjelmia tai vaalikoneita.⁵¹

6.2 Kielelliset oikeudet ja tiedonsaanti

Yksilön osallistumisoikeuksia ja -mahdollisuuksia sekä kielellistä yhdenvertaisuutta voidaan tarkastella yleisemmin tiedonsaannin kannalta. Tiedonsaannin varmistaminen on merkittävä osa yksilön yhteiskunnallisten osallistumismahdollisuuksien luomista.

Kielilaki sisältää paljon tiedottamiseen liittyviä säännöksiä. Eräänä esimerkkinä voidaan mainita kunnallisen päätöksenteon tiedonkulkua koskeva pykälä.⁵² Entistä yksityiskohtaisempia tiedonkulkua ja tiedottamista koskevia säännöksiä voidaankin pitää perusteltuina, sillä viranomaiset antavat nykyisin esimerkiksi verkkosivuillaan paljon tietoa suoraan yksityisille, ja sangen usein myös merkittävistä, yksilön oikeuksiin ja velvollisuuksiin liittyvistä asioista. Esimerkkejä tällaisesta tiedottamisesta ovat tieto yksilön oikeudesta saattaa vireille lupa-asia, asian menettelystä ja sen ehdoista sekä sairaanhoitopiiriin verkkosivuilla julkaistu potilaan asemaa ja oikeuksia koskeva potilasopas.

Tiedonsaannin merkitys kielellisten oikeuksien toteutumiseksi käy ilmi myös kielilain 24 §:stä: vaikka valtion tai kunnan määränemmistöisesti omistaman yhtiön kielelliset velvollisuudet ovatkin viranomaisten velvollisuuksia huomattavasti rajoitetummat, ovat yhtiöt nimenomaisesti velvollisia

⁵⁰ Esimerkkinä voidaan mainita vuonna 2004 järjestetyt Kainuun maakuntavaalit, joista tosin tiedotettiin oikeusministeriön ylläpitämällä valtakunnallisilla vaalisivuilla mutta jotka koskivat vain yksikielisesti suomenkielisiä kuntia ja joissa äänioikeutettuja olivat ainoastaan näiden kuntien asukkaat.

⁵¹ Erityislainsäädäntöön sisältyy kuitenkin myös eräitä kielellisiä velvoitteita. Esimerkiksi Yleisradio Oy:stä annetun lain (1380/1993) 7 §:n mukaan suomen- ja ruotsinkielisiä kansalaisia on ohjelmatoiminnassa kohdeltava yhtäläisin perustein.

⁵² Ks. kielilain 29 §, jota käsitellään otsikon 7 alla.

paitsi palvelemaan myös *tiedottamaan* toiminnastaan suomen ja ruotsin kielellä laissa säänneltyin reunaehdoin.

Kielilaki on medianeutraali, ja sen tiedottamista koskevat säännökset ulottuvat näin ollen perinteisestä lehdistö- ja esitetiedottamisesta viranomaisten verkkotiedottamiseen.⁵³

Kielilain tiedottamista koskevat säännökset ovat porrastetut, sillä vaatimus suomen ja ruotsin kielellä tapahtuvasta tiedottamisesta riippuu tiedon luonteesta ja sisällöstä. Velvoittavimmat säännökset koskevat lainsäädännön ja lainvalmistelun kieltä: perustuslain 79 §:n 4 momentin mukaan, jota kielilain 30 §:n 1 momentin ensimmäinen lause toistaa, lait säädetään ja julkaistaan suomen ja ruotsin kielellä. Samassa kielilain momentissa täsmennetään, että myös asetukset ja viranomaisten oikeussäännöt annetaan molemmilla kansalliskielillä.⁵⁴ Uutta on, että myös *säädösehdotukset* on julkaistava molemmilla kielillä, toisin sanoen jo säädösten valmisteluvaiheessa.⁵⁵ Säännös vaatii molempien kielten huomioon ottamista jo aikaisemmassa säädösvalmisteluvaiheessa, mutta mahdollistaa samalla kieliverzioiden vertailun ja virheiden korjaamisen sekä parantaa esimerkiksi lausunnonantajien mahdollisuuksia ottaa kantaa valmisteilla olevaan asiaan molemmilla kielillä. Säädösehdotuksia koskevat mietinnöt laaditaan pääsääntöisesti suomen kielellä, ja mietinnöstä on laadittava ruotsinkielinen tiivistelmä. Kielilaki mahdollistaa kuitenkin mietintöjen julkaisemisen sekä suomen että ruotsin kielellä sekä tietyissä tapauksissa vain ruotsin kielellä. Jälkimmäisessä tapauksessa mietinnöstä on laadittava suomenkielinen tiivistelmä.⁵⁶

Viranomaisten tiedottamisessa kielilain lähtökohtana on, että kaksikielissä kunnassa on aina tiedotettava kahdella kielellä, mutta yksikielisessä kunnassa tiedotetaan lähtökohtaisesti vain kunnan kielellä.⁵⁷ Eräiden tärkeiden perusoikeuksien turvaamiseksi säännöstä on kuitenkin poikkeus: kielilain 32 §:n 1 momentin toisen lauseen mukaan yksilön hengen, terveyden ja turvallisuuden sekä omaisuuden ja ympäristön kannalta oleellinen tieto

⁵³ Selvytyden vuoksi internet on nimenomaisesti mainittu kielilain esitöissä, ks. HE 92/2002 vp, s. 94.

⁵⁴ Asetusten ja oikeussääntöjen ”antamisella” tarkoitetaan, että lakien lisäksi myös nämä on julkaistava samanaikaisesti molemmilla kansalliskielillä. Vrt. HE 92/2002 vp, s. 92.

⁵⁵ Vrt. kielilain 31 §:n 1 momentti.

⁵⁶ Vrt. kielilain 31 §:n 2 ja 3 momentti. Esimerkiksi kielilakikomitean mietintö KM 2001:3 julkaistiin samanaikaisesti molemmilla kansalliskielillä.

⁵⁷ Kielilain 2 §:n 3 momenttia noudattaen yksikielinen kunta voi kuitenkin antaa parempaa kielellistä palvelua kuin mitä laki edellyttää ja tiedottaa useammalla – myös vieraalla – kielellä.

annetaan koko maassa molemmilla kansalliskielillä. Näin ollen esimerkiksi myrkytysvaarasta, vesistön saastumisesta tai säteilyvaarasta on tiedotettava niin suomen kuin ruotsin kielellä.⁵⁸ Asiasta vastaa asianomainen ministeriö.

Kielilain 32 §:n 2 momentin lähtökohtana on, että kaksikielisen viranomaisen on tiedotuksessaan käytettävä sekä suomen että ruotsin kieltä niiden tiedottamisen suuntautuessa kaksikielisiin kuntiin tai yleisellä tasolla kaikille kansalaisille.⁵⁹ Tämä koskee esimerkiksi kaikkia valtion keskuhallintoviranomaisia, jotka kielilain 6 §:n mukaan ovat kaksikielisiä.

Laki ei kuitenkaan edellytä, että tiedottamisen tulisi aina olla yhtä laajaa molemmilla kielillä. Esimerkiksi erilaisten selvitysten, kartoitusten ja muun tiedon laatiminen ja julkaiseminen yhdellä kielellä on mahdollista: lain 32 §:n 3 momentin mukaan tällaisia muita kuin virallistekstejä ei tarvitse ”kääntää sellaisenaan”. Näin ollen kaiken annettavan tiedon ei tarvitse olla samanlaista suomen ja ruotsin kielellä. Vähemmän käytetyllä kielellä voidaan esimerkiksi laatia tiivistelmä, josta ilmenee, mistä asiassa on kysymys, sekä keskeiset ehdotukset tai muut jatkotoimenpiteet. Lakisäänteen vähimmäismäärä – joka on läheisessä yhteydessä perustuslain 17 §:n 2 momenttiin – on kuitenkin, että viranomaisen on aina huolehdittava sekä suomen- että ruotsinkielisen väestön tiedonsaantitarpeista.

Yksilön hengen, terveyden ja turvallisuuden kannalta tärkeänä tiedottamisena voidaan pitää myös kielilain 33 §:n 1 momentin säännöstä, jonka mukaan viranomaisten kaksikielisessä kunnassa asettamien kilpien, liikennemerkkien ja muiden yleisölle suunnattujen vastaavien opasteiden tekstien on pääsääntöisesti oltava suomen- ja ruotsinkielisiä sekä 34 §:n säännöstä, jonka mukaan eräät tiedot kulutushyödykkeissä, esimerkiksi käyttöohjeet ja varoitukset, on yksikielisessä kunnassa myytävässä tuotteessa oltava ainakin kunnan kielellä ja kaksikielisessä kunnassa myytävässä tuotteessa ainakin suomen ja ruotsin kielellä.⁶⁰

⁵⁸ Poikkeussäännöstä käsitellään HE 92/2002 vp, s. 93. Vaikka säännös ensi silmäyksellä saattaa näyttää koskevan vain poikkeustilanteita on kuitenkin mahdollista, että täysin ennakoitavista tapahtumista on tiedotettava säännöksen edellyttämällä tavalla. Esimerkkejä voisivat olla yksilön hengen, terveyden ja turvallisuuden kannalta merkittävä tie- tai muu rakennustyö taikka ilman tai veden laatuun vaikuttava kokeilu.

⁵⁹ Jos kaksikielisen valtion viranomaisen tiedottaminen kuitenkin suuntautuu vain samankielisiin yksikielisiin kuntiin, sovelletaan 32 §:n 1 momenttia, jonka mukaan kunnan kielen käyttäminen on pääsääntö.

⁶⁰ Kulutushyödykkeitä koskevalle pykälälle on kielilain 43 §:n 4 momentissa säädetty viiden vuoden siirtymäaika. Säännökset tulevat näin ollen voimaan vuoden 2009 alusta.

7 KIELELLISET OIKEUDET JA EDUSTUKSELLINEN DEMOKRATIA

Kunnallinen itsehallinto turvataan perustuslain 121 §:ssä. Kunnallinen itsehallinto on myös lähtökohtana kielilain sääntelyssä: kunta on kielellisen jaotuksen perusyksikkö. Kunnan kielellinen asema yksikielisenä tai kaksikielisenä määräytyy kunnan asukkaiden kielen perusteella kielilain 5 §:n mukaan.⁶¹

Kielilain 28 §:n mukainen monijäsenisen toimielimen jäsenen oikeus käyttää suomea tai ruotsia liittyy kunnalliseen demokratiaan ja kunnan asukkaiden yhdenvertaisuuteen. Oikeus koskee niin kokouksia kuin pöytäkirjaan tai mietintöön liitettäviä kirjallisia lausuntoja riippumatta siitä, kumpaa kieltä toimielin käyttää pöytäkirjakielenään.⁶² Käytännössä tämä merkitsee, että esimerkiksi monijäsenisen toimielimen kokouksessa voidaan käyttää vuoroin suomea, vuoroin ruotsia. Jos toimielimen muu jäsen ei ymmärrä suullista puheenvuoroa, on se pyynnöstä lyhyesti selostettava hänelle. Sama koskee toimielimen jäsenen kirjallisia lausuntoja. Säännöksen tarkoituksena on turvata toimielimen jäsenten yhtäläiset ja tosiasialliset mahdollisuudet osallistua toimielimen työskentelyyn. Toimielimen puheenjohtajalla on viime kädessä vastuu huolehtia siitä, että toimielimen jäsenet ymmärtävät toistensa mielipiteet ja näin turvata kaikkien osallistumismahdollisuudet.⁶³

Kielilakia koskeissa keskusteluissa on tähän mennessä jäänyt vähälle huomiolle 28 §:ään sisältyvä periaatteellisesti merkittävä uudistus: myös valtioneuvoston jäsenellä on nyttemmin lain mukaan valtioneuvostossa oikeus käyttää suomea tai ruotsia valintansa mukaan. Säännös vastaa valtioneuvoston jäsenten osalta perustuslain 51 §:n 1 momentin säännöstä,

⁶¹ Kielilaissa säädetyt kunnan kielellistä asemaa koskevat määräytymisperusteet vastaavat vuoden 1922 kielilain määräytymisperusteita. Kielilain 43 §:n 3 momentin siirtymäsäännöksen nojalla virka- ja itsehallintoalueiden kielellisestä jaotuksesta vuosina 2003–2012 annettu valtioneuvoston asetus (1174/2002) on edelleen voimassa kuntien kielellisen aseman osalta.

⁶² Säännöstä voi verrata kielilain 10 §:n 1 momenttiin, jonka mukaan jokaisella on valtion ja kaksikielisen kunnan viranomaisessa oikeus käyttää suomea tai ruotsia valintansa mukaan. Kielilain 10 § koskee kuitenkin pääasiallisesti asiointia viranomaisissa ja 28 §:n tarkoituksena on nimenomaan varmistaa jokaisen oikeus käyttää valitsemaansa kieltä osallistuessa *kollektiiviseen päätöksentekoon* myös silloin, kun päätöksen tekevän toimielimen kieli on toinen kuin päätökseen osallistuvan henkilön.

⁶³ Puheenjohtaja voi esimerkiksi itse tarpeen mukaan tulkata puheenvuoroja tai valtuuttaa jäsenen tai ulkopuolisen henkilön huolehtimaan tarvittavasta tulkkauksesta ja käännösten tekemisestä.

jonka mukaan eduskuntatyössä käytetään suomen tai ruotsin kieltä ja josta seuraa kansanedustajan oikeus käyttää näitä kieliä.⁶⁴

Edelleen edustuksellinen kunnallinen demokratia voi toteutua vain, jos kunnan asukkailla on mahdollisuus saada tietoa kunnassa vireillä olevista asioista ja kunnallisesta päätöksenteosta sekä päättää osallistumisestaan kunnalliseen toimintaan. Tämän varmistamiseksi kielilain 29 §:n 1 momentin mukaan kaksikielisen kunnan valtuuston kokouskutsut ja pöytäkirjat on laadittava kunnan molemmilla kielillä.⁶⁵ Säännös on tulkittava poikkeukseksi kunnan itsemääräämisoikeudesta sen suhteen, millä kielellä kunnan elimet toimivat. Säännöksen mukaan kunta kuitenkin päättää muiden elinten asiakirjojen kielestä. Yksikielisen kunnan toimielinten kieltä koskevaa sääntelyä kielilakiin ei sisälly, sillä pääsääntöä noudattaen yksikielinen kunta toimii tässäkin asiassa kunnan kielellä, jollei se muuta päättä.

Myös kielilain 29 §:n 2 momentin tarkoituksena on edistää kielellistä yhdenvertaisuutta ja demokratiaa kaksikielisissä kunnissa. Säännöksen mukaan kaksikielisen kunnan johtosääntö ja muut vastaavat säännöt on annettava suomen ja ruotsin kielellä.

8 KIELELLISET OIKEUDET JA OIKEUS TYÖHÖN

Kielellisten oikeuksien toteutumista ja perustuslain yhdenvertaisuutta voidaan tarkastella myös suhteessa perustuslain 18 §:n turvaamaan oikeuteen työhön. Oikeudella työhön tarkoitetaan jokaisen oikeutta hankkia toimeentulonsa työllä, ammatilla tai elinkeinolla, mukaan lukien oikeutta päästä julkiseen virkaan.⁶⁶ Näin ollen julkisen vallan velvollisuus huolehtia kielellisten oikeuksien toteutumisesta ei saa olla esteenä tämän perusoikeuden toteutumiselle.

Kielilakiin kiinteästi liittyvän, julkisyhteisöjen henkilöstöltä vaadittavasta kielitaidosta annetun lain (424/2003) mukaan julkisyhteisöt voivat kielellisten oikeuksien toteutumisen turvaamiseksi asettaa henkilöstölleen

⁶⁴ Ks. HE 1/1998 vp, s. 100.

⁶⁵ Oikeusministeriö on Suomen Kuntaliiton pyynnöstä antanut lainkohdan tulkintaa koskevan lausunnon (19.12.2003, dn:o 20/912/2003). Oikeusministeriön tulkinnan mukaan kielilain 29 §:n 1 momentin tarkoituksena on kaksikielisissä kunnissa turvata molempia kieliryhmiä edustavien kunnanvaltuuston jäsenten yhdenvertaiset mahdollisuudet osallistua valtuuston työskentelyyn (HE 92/2002 vp, s. 91).

⁶⁶ Ks. HE 309/1993 vp, s. 67.

– perustuslain 125 §:n 2 momentissa säädettyjen yleisten kelpoisuusvaatimusten sekä mahdollisten muiden vaatimusten lisäksi – myös *kielitaitoa koskevia kelpoisuusvaatimuksia*.⁶⁷ Laki ei kuitenkaan edellytä kaikilta virkamiehiltä⁶⁸ molempien kotimaisten kielten taitoa, vaan päämääränä on, että kielitaitoa on niillä henkilöillä, jotka sitä tehtävissään tarvitsevat. Tämä koskee toki muitakin kieliä kuin suomea ja ruotsia.

Kielitaitoa koskevia kelpoisuusvaatimuksia asetettaessa on kiinnitettävä huomiota perustuslain 6 §:n 2 momentissa säädettyyn syrjintäkieltoon: kielitaidon puute ei saa muodostua viransaannin esteeksi, jollei kielitaitovaatimukselle ole viranhoidon kannalta objektiivisesti perusteltavaa syytä. Vastaavan rajoituksen asettaa myös Suomen jäsenyys Euroopan unionissa, sillä yhteisöoikeudellisesta syrjimättömyysperiaatteesta seuraa, ettei kansallisessa lainsäädännössä ilman perusteltua syytä saa säätää sellaisista kelpoisuusvaatimuksista virkaan tai tehtävään, jotka asettavat muiden maiden kansalaiset eriarvoiseen asemaan viranhakutilanteessa. Ylimi-toitetut kielitaitoa koskevat kelpoisuusvaatimukset – joko suomen tai ruotsin kieltä, tai molempia taikka muita kieliä koskevat – ovat näin ollen sekä perustuslain että yhteisöoikeuden vastaisia.⁶⁹

Edellä esitetyn seurauksena julkisyhteisöjen henkilöstöltä vaadittavasta kielitaidosta annetun lain lähtökohtana – sekä kelpoisuusvaatimusten osalta että yleisemmin viranhakukuulutuksia ja rekrytointia koskevassa sääntelyssä – onkin *riittävä, tehtävien edellyttämä kielitaito*. Tehtävästä riippuen tämän kielitaidon taso voi olla joko sangen korkea tai jopa olematon yhden tai useamman kielen osalta. Tarvittavan kielitaidon taso on näin ollen arvioitava tehtäväkohtaisesti.⁷⁰ Esimerkiksi tuomarit käyttävät lainkäyttö-

⁶⁷ Kielilain ja siihen liittyvän lainsäädännön yhteydessä otettiin käyttöön ilmaisu ”kielitaitoa koskevat kelpoisuusvaatimus”, joka korvaa aikaisemmin käytössä olleen ilmaisun ”kielitaitovaatimus”. Uusi ilmaisu sopii jo käytössä olevan ilmaisun ”koulutusta koskeva kelpoisuusvaatimus” järjestelmään ja korostaa samalla, että kielitaidon osalta kysymys on nimenomaan *kelpoisuudesta* virkaan tai tehtävään.

⁶⁸ Nimensä mukaisesti julkisyhteisöjen henkilöstöltä vaadittavasta kielitaidosta annetun lain soveltamisala on laaja ja sitä sovelletaan kaikkiin viranomaisten palveluksessa oleviin henkilöihin heidän virka- tai palvelussuhteensa laadusta tai kestosta riippumatta. Ks. lain 1 §; HE 92/2002 vp, s. 100–101. Tässä kirjoituksessa käytetään yksinkertaisuuden vuoksi ilmaisua ”virkamies” myös sellaisista julkisyhteisöjen palveluksessa olevista henkilöistä, jotka toimivat toisella virka- tai palvelusnimikkeellä.

⁶⁹ Ks. *Suviranta* LM 2002, s. 335–351; *Suviranta* NAT 2003, s. 208–221; *Tallroth* 2003, s. 275–290.

⁷⁰ Kielitaidon tasoista ja niiden osoittamismenetelmistä säädetään julkisyhteisöjen henkilöstöltä vaadittavasta kielitaidosta annetussa laissa sekä suomen ja ruotsin kielen taidon osoittamisessa valtionhallinnossa annetussa valtioneuvoston asetuksessa (481/2003).

tehtävissään merkittävää julkista valtaa, joka kohdistuu suoraan yksilöihin ja heidän oikeuksiinsa. Tuomareiden kielitaitoa koskevien kelpoisuusvaatimusten säätämistä voitiin tämän vuoksi pitää perusteltuna.⁷¹ Muita virkoja, joiden hoitamiseen sisältyy yksilön oikeuksien ja velvollisuuksien kannalta merkittävää julkisen vallan käyttöä ja joita varten lain mukaan on säädettävä kielitaitoa koskevia kelpoisuusvaatimuksia⁷², ovat esimerkiksi vapaudenriistoon ja siten henkilökohtaiseen vapauteen kajoamiseen oikeuttavat poliisimiesten virat.

Julkisyhteisöjen henkilöstöltä vaadittavasta kielitaidosta annettu laki sisältää sängen maltillisena pidettävät ja aikaisempaa sääntelyä sisältäen vastaavat kielitaitoa kelpoisuusvaatimukset eräille korkeille valtion virkamiehille.⁷³ Muiden virkojen osalta viranomaisten on otettava kantaa kielitaitoa kelpoisuusvaatimusten säätämiseksi asetuksin.⁷⁴

⁷¹ Tuomareiden kielitaitoa koskevista kelpoisuusvaatimuksista säädetään tuomareiden nimityksestä annetun lain (205/2000)12 §:ssä sellaisena kuin se on laissa 1202/2003. Ks. myös julkisyhteisöjen henkilöstöltä vaadittavasta kielitaidosta annetun lain 6 §:n 2 momentti. Edelleen tuomareiden kielitaitoa koskevien kelpoisuusvaatimusten uudistamisen yhteydessä täydennettiin eräitä muita lakeja tuomioistuinten henkilöstön kielitaitoa koskevilla kelpoisuusvaatimuksilla, ks. 1203–1211/2003; HE 103/2003 vp. Muun muassa tuomioistuinten toimistohenkilökunnalta vaadittavasta kielitaidosta säädetään eräiltä virkamiehiltä oikeusministeriön hallinnonalalla vaadittavasta kielitaidosta annetussa valtioneuvoston asetuksessa (1126/2003).

⁷² Ks. julkisyhteisöjen henkilöstöltä vaadittavasta kielitaidosta annetun lain 5 §:n 1 momentin toinen lause, jonka mukaan ”suomen ja ruotsin kielen taitoa koskevista kelpoisuusvaatimuksista on aina säädettävä, jos henkilöstön tehtäviin kuuluu yksilön oikeuksien ja velvollisuuksien kannalta merkittävää julkisen vallan käyttöä”. Muiden kuin näiden sekä 6 §:n 1 momentin mukaisten ”korkeakouluvirkojen” osalta valtion viranomaisten henkilöstölle kielitaitoa koskevia kelpoisuusvaatimuksia *voidaan* asettaa, lain 5 §:n 1 momentin ensimmäisen lauseen mukaan joko lailla tai lain nojalla valtioneuvoston tai asianomaisen ministeriön asetuksella. Kunnallisten viranomaisten henkilöstölle kielitaitoa koskevia kelpoisuusvaatimuksia voidaan asettaa siten kuin julkisyhteisöjen henkilöstöltä vaadittavasta kielitaidosta annetun lain 5 §:n 2 momentissa säädetään.

⁷³ Ks. lain 6 §:n 1 momentti.

⁷⁴ Kielellisten oikeuksien toteutumisen kannalta on kuitenkin merkittävää, että viranomaisen on – täysin riippumatta siitä, onko kielitaitoa koskevia kelpoisuusvaatimuksia säädetty – julkisyhteisöjen henkilöstöltä vaadittavasta kielitaidosta annetun lain 2 § mukaan velvollinen koulutusta järjestämällä ja muilla henkilöstöpoliittisilla toimenpiteillä huolehdittava siitä, että sen henkilöstöllä on riittävä kielitaito viranomaisen tehtävien hoitamiseksi kielilaisissa (423/2003) ja muussa lainsäädännössä asetettujen vaatimusten mukaisesti. Viranomaisella on näin ollen lakisääteinen velvollisuus huolehtia henkilöstönsä *kielitaidon jatkuvasta ylläpidosta*. Edelleen laki edellyttää rekrytointimenettelyn tarkistamista ja kielitaidon huomioimattamista jo ennen palvelukseen ottamista: lain 3 §:n mukaan on palvelukseen otettaessa varmistauduttava siitä, että palvelukseen otettavalla on työtehtävien edellyttämä kielitaito. Käytännössä säännös merkitsee, että ennen palvelukseen ottamista on selvítettävä, minkä kielten taitoa ja millä tasolla kysymyksessä oleva tehtävä edellyt-

Kielitaitoa koskevien kelpoisuusvaatimusten ja yleisemmin julkisyhteisöjen henkilöstöltä vaadittavasta kielitaidosta annetun lain yhteensopivuutta perustuslain turvaamaan oikeuteen työhön arvioitaessa on muistettava, ettei julkisyhteisöjen henkilöstöltä vaadittavasta kielitaidosta annettu laki lainkaan koske yrityksiä tai muuta yksityistä toimintaa. Näin ollen yritysten henkilöstön rekrytointi määräytyy myös kielitaidon osalta yritysten arvioiman tarpeen mukaan.

9 LOPUKSI

Kielelliset oikeudet ovat osa perusoikeusjärjestelmää. Tässä kirjoituksessa on tarkisteltu kielellisten oikeuksien lukuisia kytkentöjä muihin perusoikeuksiin. Useimmissa tapauksissa kysymys on kuitenkin kaikessa yksinkertaisuudessaan kielellisestä yhdenvertaisuudesta ja hyvästä hallinnosta. Kielellisiä oikeuksia on tähänastisessa käytännössä usein käsitelty erillään muusta hallinnosta, eräänlaisena lisänä. Tällöin kielelliset oikeudet ovat myös usein jääneet liian vähälle huomiolle – tai unohtuneet täysin. Haasteena – ja edellytyksenä perustuslaissa turvattujen oikeuksien toteutumiselle – onkin kielellisten perusoikeuksien tosiasiallinen sisällyttäminen osaksi hallintokulttuuria. Kielilaki ja siihen liittyvä lainsäädäntö luo myönteisen ja joustavan kehyksen kahdella kielellä toimivalle hallinnolle ja siten oikeuksien toteutumiselle.

Uuden lain täytäntöönpano on kuitenkin pitkäjänteistä työtä. Tämä koskee erityisesti yleislakeja, joilla on laaja soveltamisala. Voi kestää kauan, ennen kuin laki tunnetaan ja ymmärretään siten, että se toimii hyvin. Tämä selittyy ainakin osittain tietyllä viranomaistoiminnassa ilmenevällä jäykkyydellä: muutokset – ennen kaikkea asennemuutokset – vievät aikansa.

Kielellisiin oikeuksiin ja kielilakiin liittyy myös paljon intohimoja ja väärinkäsityksiä – molemmissa kieliryhmissä. Siksi onkin tärkeää palauttaa mieleen, mistä asiassa on kysymys, nimittäin perusoikeuksista ja kielellisestä yhdenvertaisuudesta. Näiden arvojen toteuttaminen ei koskaan

tää. Edelleen palvelukseen ottamista on selvitettävä, että hakijalla on sekä mahdollinen muodollinen kielitaitoa koskeva kelpoisuus että *tosiasiallinen* kielitaito. Rekrytointinnettelyyn liittyy myös julkisyhteisöjen henkilöstöltä vaadittavasta kielitaidosta annetun lain 4 §, jonka mukaan viranhakukuluutuksissa ja muissa työpaikkailmoituksissa on ”mainittava mahdollisista kielitaitoa koskevista kelpoisuusvaatimuksista sekä työtehtävien edellyttämästä taikka palvelukseen otettaessa eduksi luettavasta kielitaidosta”.

saisi olla irrallinen kysymys taikka yksinomaan yhden puolueen, kieliryhmän tai etujärjestöjen asia. Kielelliseen yhdenvertaisuuteen perustuvan hallintokulttuurin luomisessa laki on kehys ja täten ainoastaan väline. Vastuu on yhteinen.

LÄHTEET

HE 309/1993 vp

Hallituksen esitys Eduskunnalle perustuslakien perusoikeussäännösten muuttamisesta.

HE 1/1998 vp

Hallituksen esitys Eduskunnalle uudeksi Suomen Hallitusmuodoksi.

HE 72/2002 vp

Hallituksen esitys Eduskunnalle hallintolaiksi ja hallintolainkäyttölain muuttamiseksi.

HE 92/2002 vp

Hallituksen esitys Eduskunnalle uudeksi kielilaksi ja siihen liittyväksi lainsäädännöksi.

HE 103/2003 vp

Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi tuomareiden nimittämisestä annetun lain muuttamisesta sekä eräiden muiden lakien täydentämisestä tuomioistuinten henkilöstön kielitaitoa koskevilla säännöksillä.

Jyräki 2000

Jyräki, Antero, *Uusi perustuslakimme*, Iura Nova, Turku 2000.

Kielilainsäädäntö

Kielilainsäädäntö – kansainvälisoikeudelliset velvoitteet ja kansainvälinen vertailu. Oikeusministeriön lainvalmisteluosaston julkaisu 1/2001.

KM 2001:3

Kielilakikomitean mietintö ”Uusi kielilaki”. KM 2001:3.

KOM (2000) 843

Euroopan yhteisöjen komission tiedoksianto direktiivin 93/109/EY soveltamisesta Euroopan parlamentin vaaleissa kesäkuussa 1999, joka koskee toisessa jäsenvaltiossa asuvien unionin kansalaisten äänioikeutta ja vaalikelpoisuutta Euroopan parlamentin vaaleissa, KOM (2000) 843.

Oikeusministeriön lausunto

Oikeusministeriön lausunto Suomen Kuntaliitolle kielilain 29 §:n 1 momentin tulkinnasta (19.12.2003, dn:o 20/912/2003).

PeVM 9/2002 vp

Perustuslakivaliokunnan mietintö hallituksen esityksestä uudeksi kielilaksi ja siihen liittyväksi lainsäädännöksi.

Suviranta LM 2002

Suviranta, Outi, ”Virkamiesten kielitaitovaatimukset ja Euroopan yhteisön oikeus”, *Lakimies* 2002, s. 335–351.

Suviranta NAT 2003

Suviranta, Outi, ”EG-rätten och språkkunskapskrav för tjänstemän”, *Nordisk Administrativt Tidskrift* 2003, s. 208–221.

Paulina Tallroth

Tallroth 2003

Tallroth, Paulina, "Reflektioner över språkliga aspekter i internationell rättspraxis", juhlaulkaisussa *Festschrift für Karin Cornils zum 25-jährigen Jubiläum als Referentin am Max-Planck-Institut* (toim. Mohr, Tilmann – Nemitz, Jan Christoph), Shaker Verlag, Aachen 2003, s. 275–290.

Tallroth OHOI 2003

Tallroth, Paulina, "Kielilaki asettaa haasteita koko oikeuslaitokselle", *OHOI* 2003, s. 12–16.

Tallroth 2004

Tallroth, Paulina, *Informationsrechte des Beschuldigten im Vorverfahren. Die Verwirklichung prozessualer Garantien in Deutschland und den nordischen Ländern unter Berücksichtigung der EMRK*. Edition iuscrim, Freiburg im Breisgau 2004.

Paulina Tallroth

LINGUISTIC RIGHTS AS PART OF THE CATALOGUE ON FUNDAMENTAL RIGHTS AND FREEDOMS – THE NEW LANGUAGE ACT FROM A CONSTITUTIONAL PERSPECTIVE

The linguistic policy of Finland is laid down in the Constitution, according to which Finnish and Swedish are our national languages. Section 17 subsection 2 of the Constitution provides that “the public authorities shall provide for the cultural and societal needs of the Finnish-speaking and Swedish-speaking populations on an equal basis”. Everyone’s right to use his or her language – Finnish or Swedish – shall be guaranteed by an Act. The new Finnish Language Act (423/2004), that entered into force on 1 January 2004, therefore determines the rights and obligations with regard to the usage of *linguistic constitutional rights*.

Linguistic constitutional rights are part of the catalogue on fundamental rights and freedoms and cannot be isolated from this context. They also are closely connected to a number of other fundamental rights and freedoms. These connections are examined in this article.

The first connection to the catalogue on fundamental rights and freedoms is the responsibility of public authorities to guarantee the observance of fundamental rights and freedoms (Section 22 of the Constitution). Therefore public administrative tasks may be delegated to others than public authorities – e.g. private corporations or foundations – only if fundamental rights and freedoms are not endangered (Section 124 of the Constitution). This obviously also includes linguistic rights. The Language Act provides specifically that if a public administrative task has been assigned by or under law to a private individual, the provisions of the Act on an authority apply to this private individual in attending to this task (Section 25). An example of such delegation of tasks are health care services: A bilingual municipality must provide health care services in both Finnish and Swedish, even when these services in practice are carried out by others, e.g. private foundations.

The second connection is that to the principle of equality: No one shall be treated differently *inter alia* on the ground of language (Section 6 of the Constitution). The Language Act is also based on the principle of linguistic equality and neutrality: Neither Finnish-speakers nor Swedish-speakers gain privileges in comparison to each other. In fact, the Act guarantees

no new rights to either language group. Rather, its focus is on the realisation in the practice of the linguistic rights laid down in the Constitution.

This closely relates to the constitutional right to good administration (Section 21 subsection 2 of the Constitution): One of the goals of the Language Act is to provide good administration irrespective of language (Section 2 subsection 2). This naturally means that administration should be *equally good* in Finnish and in Swedish. The principles of good administration also reflect in the provisions in Section 23 of the Language Act: Authorities shall on their own initiative ensure that the linguistic rights of individuals are secured in practice and bilingual authorities shall make both languages visible in their activities.

An important constitutional connection is that to the right to a fair trial (Section 21 subsection 2 of the Constitution). From the point of view of linguistic rights a trial can only be fair if it is *linguistically comprehensible*. The Language Act lays down detailed provisions both as to the language of proceedings as to when an interpreter shall be called for and when a translation of a judgement shall be provided for (Sections 12–21).

Linguistic rights meet the participatory rights, i.e. everyone's right to vote (Section 14 of the Constitution), in the right to gain information in one's own language: Access to proper and comprehensible information e.g. about the candidates and the election procedure is crucial in deciding how to exercise one's right to vote. The Language Act contains a number of provisions with regard to information given by authorities (e.g. Section 32). The Language Act is neutral with regard to media and applies to all means of distributing information, including the Internet.

The administration of municipalities is based on the self-government of the residents (Section 121 of the Constitution). The Language Act provides that summons to and records of the council of a bilingual municipality are drafted in Finnish and Swedish (Section 29). The purpose of the provision is to ensure the equal possibilities of both Finnish-speakers and Swedish-speakers in bilingual municipalities to participate in the municipal decision-making and thereby in the strengthening of municipal democracy.

In order for the Language Act to work properly, civil servants and other personnel of public bodies need to have a sufficient command of both Finnish and Swedish. To ensure this, statutory requirements for civil servants regarding the knowledge of Finnish and Swedish may be issued. However, with respect to the right to work (Section 18 of the Constitution) it is important to ensure that such requirements do not unjustly hinder the possibilities to access civil service. Requirements regarding the knowledge of

language – be it Finnish, Swedish or another language – must always be justified by the nature of and the skills needed for each task.

Linguistic rights are without doubt part of the constitutional catalogue on fundamental rights and freedoms. The new Language Act forms a precise, yet flexible, frame of reference for linguistic equality and for good administration – in Finland’s both national languages.

Kirjoittajat

Kristina Andström

OTL

Johanna Harsu

OTK, lakimies, Roschier Holmberg Asianajotoimisto Oy

Mia Kartio

OTK, siviilioikeuden ma. assistentti, Turun yliopisto

Juhani Kortteinen

OTK, tutkija, Erik Castrén instituutti, Helsingin yliopisto

Jari Laasanen

oik. yo.

Tuomas Ojanen

OTT, eurooppaoikeuden professori, Turun yliopisto

Leila Suvantola

VT, HTL, tutkija, Joensuun yliopiston oikeustieteiden laitos

Paulina Tallroth

Dr. Jur., hallitusneuvos, oikeusministeriö

