

Ahti Saarenpää

O S I T U S

sopimuksena,
toimituksena,
ammattitaitona

OIKEUSTIETEIDEN TIEDEKUNTA
OIKEUDENHOIDON KOULUTUSKESKUS
LAPIN YLIOPISTO

LUKIJALLE

Tämä suomalaista ositusta kuvaava esitys perustuu käytännön lakimiehille eri yhteyksissä annetun täydennyskoulutuksen oppimateriaaleihin. Nykyisessä muodossaan se on täydennetty ja ajankohtaistettu syyskuussa 2005.

Kirjoitus jakautuu kahteen osaan. Ensimmäisessä osassa tarkastellaan avioliittolain systemaattisia, ositukseen vaikuttavia perusratkaisuja. Jälkimmäinen jakso puolestaan koostuu avioliiton varallisuusjärjestelmän sekä ositusmenettelyn lähemmistä kuvauksista. Näin jälkimmäinen osa täydentää alkuosan tietosisältöä. Osittainen päällekkäisyys on tarkoitettua päällekkäisyyttä.

Lähtökohtana esitykselle on vain osituksen systemaattisten yleispiirteiden kuvaus. Kattavaksi osituksen analyysiksi ei kirjoitusta tule luulla. Kysymys on oppimateriaalista. Tavoitteena on vain antaa riittävä peruskuva osituksesta vaikeasti hallittavana oikeudellisena toimituksena.

Kirjoitus on tässä muodossaan alaviitteetön ja vailla hakemistoa. Se tullaan myöhemmin julkaisemaan viittein täydennettynä laajemman ositusta koskevan esityksen yhteydessä.

Otan mielelläni vastaan kommentteja. Ne voi parhaiten toimittaa sähköpostitse osoitteeseen asaarenp@ulaplandi.fi

Ahti Saarenpää

ensimmäinen osa

1 OSITUS INSTITUUTIONA

Ositus on vihkimisen jälkeen keskeisin avioliitto-oikeudellinen *toimitus*. Sitä voitaisiin perustellusti luonnehtia myös oikeudelliseksi instituutioksi. Siinä määrin omaleimaisesta toimituksesta on kysymys. Kaiken lähtökohtaisena ytimenä on *avio-oikeus*. Tuo aviopuolison oikeus toteutetaan - näin on yleensä tapana sanoa - *osituksessa*. Avio-oikeuden nojalla osituksessa saadaan, kuten jo avioliittolaissa (AL) nimenomaisesti todetaan, osuus puolisojen avio-oikeuden alaisen omaisuuden säästöstä. Lainsäätäjät on olettanut, että tyyppitilanteessa puolisoilla on avio-oikeuden alaista omaisuutta, minkä säästö jaetaan osituksessa.

Osituksen osaaminen on perinteisesti ollut osa käytännön lakimieheltä odotettavaa välttämätöntä *perusammattitaitoa*. Sitä se on edelleen. Eri professioiden keskinäisten suhteiden jatkuvista muutoksista huolimatta ositus on jotain sellaista, missä lakimiehille ei juurikaan ole ilmaantunut kilpailijoita. Ja silloin kun on ilmestynyt, lakimiehiä on yleensä myöhemmin tarvittu jälkien selvittelyyn.

Ositusten vuotuinen määrä tietynasteinen on arvoitus. Niitä kaikkia ei rekisteröidä. Lähtökohtaisesti vuosittain syntyy merkittävä määrä ositusperusteita ja omaisuuden erottelun perusteita. Avioerojen määrä on pysynyt viime vuosina

koko lailla vakiona. Väestötilaston mukaan eronneita aviopareja oli vuonna 2004 kaikkiaan 13200. Pienen lisän tähän lukuun tuovat samana vuonna eronneet 15 rekisteröidyssä parisuhteessa elänyttä paria.. Kun jo avioerohakemus aikaansaa ositusperusteen, mahdollisten eroon liittyvien ositus- ja erottelutilanteiden määrä ylittää vähässä määrin erojen määrän. Toinen keskeinen ositusperuste taas on puolison kuolema. Kuolemantapausten vuotuinen määrä on viime aikoina ollut vajaat 50.000; vuonna 2004 se oli 47600. Kuolleista yli 40 % jättää jälkeensä lesken.

Näin saadut perusluvut ovat kuitenkin vain suuntaa antavia. Ositus kun ei ole määräaikaan sidottu toimitus. Avioerojen määrää ei seuraa samana tai seuraavana vuonna sama määrä osituksia. Oikeus osituksen vaatimiseen ei vallitsevan käsityksen mukaan myöskään vanhene. Asiaan ei ole kajottu äskettäisen vanhentumissäännösten uudistamisen yhteydessä. Niinpä yhä vielä käytännössä tulee esiintymään tilanteita, missä keskeiseen osaan nousevat jopa nykyistä avioliittolain edeltäneen AOL:n säännökset. Niitä enää harva käytännön lakimies hallitsee. Ja toisaalta törmäämme usein tilanteisiin, missä toinen eronneista puolisoista vaatia vuosien kuluttua osituksen toimittamista ja toinen väittää sen tosiasiallisesti tapahtuneen.

Osituksesta puhuttaessa ja siitä oikeuskirjallisuudessa kirjoitettaessa tarkastellaan yleensä vain avioliittolain - sen II ja IV osien - säännöksiä. Tämä on sinänsä luonnollista. Juuri noissa avioliittolain osissa ja niiden eri luvuissa käsitellään puolisoitten *varallisuussuhteita* sekä niiden muutoksiin liittyviä erilaisia korjausmahdollisuuksia ja menettelyjä. Juuri niissä myös piilevät käytännössä usein vaikeiksi valitellut asiat otto-oikeudesta vastikkeisiin ja sovitteluun. Ositusta ei oikeudellisessa katsannossa voikaan menestyksellä toimittaa tuntematta hyvin avioliittolain II ja IV osia.

Eri asia on, että käytännössä on sinänsä menestyksellä toimitettu ja toimitetaan osituksia auktoritatiivisesti lainsäädännöstä riippumatta *sopuun* ohjaten. Niissä saattaa toisaalta piillä oikeudellisia aikapommeja, koska osituksessa tehdyn sopimuksen jälkikäteiseen riitauttamiseen suhtaudutaan nykyisin, kuten jäljempänä havaitaan, aikaisempaa jossain määrin joustavammin.

Vain ositusta nimenomaisesti koskettavien sääntöjen puitteissa ositukseen avautuva näkökulma on toisaalta kuitenkin vaarallisen suppea. Se ei aina kerro riittävästi avioliittolain varallisuus oikeudellisen sääntelyn systemaattisista perusteista eikä niiden liittymistä muuhun lainsäädäntöön. Tässä esityksessä pyritäänkin aluksi huomauttamaan eräistä osituksen keskeisimmistä avioliitto-oikeudellisista *systemaattista asiayhteyksistä* ja niiden oivaltamiseen liittyvistä käytännön ongelmista. Niin ikään on aina muistettava, että muussa lainsäädännössä on eräitä, jopa koko joukko nimenomaisesti ositukseen liittyviä merkityksellisiä erityissäännöksiä. *Asumisoikeuslainsäädäntö* on tästä hyvänä esimerkkinä. Sinne on sijoitettu ositusta merkittävästi muotoava, asunnon asemaa osituksessa koskeva erityissääntely. Asumisoikeusasuntojen toistaiseksi vähäisestä määrästä johtuen sitä ei tässä yhteydessä lähemmin käsitellä.

Osituksesta puhuttaessa ei nykyisin tule myöskään unohtaa osituksen uutta aluevaltausta; sen soveltamista *rekisteröityjen parisuhteiden* päättymiseen. Parisuhdeoikeus laveni kiintoisalla, joskin käytännössä ainakin vielä vähämerkityksellisellä tavalla parisuhdelain voimaantulon myötä. Vuosittain on rekisteröity vajaat 200 parisuhdetta ja eroihin niistä on jo päättynyt muutamia; vuonna 2004 kaikkiaan 15. Koska parisuhdelain liittymäsääntö (PasuL 8 §) on asiallisesti kattava, parisuhdelain mukaiset ositukset eivät kuitenkaan tule tässä esityksessä näkyville muutamaa yksittäistä lausumaa lukuun ottamatta.

Kun puhumme osituksesta oikeudellisena instituutiona on samalla huomattava, että sen sijoittuminen erilaisten oikeudellisten tointen joukkoon on osoittautunut

prosessuaalisessa katsannossa ongelmalliseksi. Asianosaisten keskenään toimittama ositus on *sopimus* ja siihen sovelletaan myös sopimusta koskevia sääntöjä. Sitä vastoin pesänjakajan toimittama ositus eli ns. *toimitusositus* on kiperämpi asia. Se on tarkoitettu tuomioistuinmenettelyn vaihtoehdoksi. Toimitusosituksen toimittaa pesänjakajana luotettava, esteetön, asiantunteva henkilö. Sitä voidaan *moittia*. Mutta oikeuskäytännössä on meillä katsottu, että toimitusositusta ei ole “sellainen” lainvoimaiseen tuomioon rinnastettava ratkaisu, johon voidaan puuttua ylimääräisin muutoksenhakekeinoin. Tämän asian tiimoilta on annettu kaksi perustelematonta korkeimman oikeuden ennakkoratkaisua (KKO:1976-II-54 ja 2002:94). Ne ovat kritiikille alttiita, mutta niiden viesti on yhdessä katsannossa selkeä. *Ositus edellyttää toimittajaltaan tavanomaista parempaa oikeudellista ammattitaitoa.*

2 AVIOLIITOLAIN SYSTEMAATTISET PERUSRATKAISUT

Oikeudellisen elämän käytännöille tärkeistä yleisistä systeemyhteyksistä sekä lainsäätäjän valitsemista avioliittolain (AL) systemaattisista perusratkaisuista keskeisimpiä ovat seuraavat kuusi kiistatonta tämän päivän avioliitto-oikeuden lainsäädännöllistä lähtökohtaa:

- * sopimusvapaus ALn sääntelyn lähtökohtana
- * rajoitettu omistusinterventio sääntelyn lähtökohtana
- * osituksen menettelykytkentä jäämistöoikeuden järjestelmään
- * ALn varallisuusjärjestelmän aikarajaisuus
- * avioyhteyden kattava päättäminen osituksen tavoitteena
- * sovittelu osana ALn aviovarallisuusjärjestelmää

Kaikki nämä kysymykset ovat toistuvasti osoittautuneet käytännössä osituksia toimitettaessa ja niiden pätevyys sittemmin riitautettaessa merkittäviä ongelmia aiheuttaviksi. Avioliittolain varallisuus oikeudellisten säännösten systemaattisia perusteita sekä niistä seuraavia menettelyitä ei aina tunneta riittävän hyvin. Lakiteksti ei myöskään ole erityisen informatiivinen; ei edes uusimpien muutosten osalta. Siksi asioiden muutoin tiivistettyyn erittelyyn liittyy jäljempänä myös koko joukko viittauksia eräisiin keskeisiin ennakkoratkaisuihin sekä niiden sisältämiin viesteihin lain soveltajille.

Kokonaisuutena ositusta voidaan tänä päivänä luonnehtia instituutioksi, joka kaipaisi kiireellistä kohennusta. Se on epätasaisesti eri aikoina säännelty ja jo siksi tarpeettomasti tulkintaongelmia aiheuttava toimitus. Kun avioliittolaki kokonaisuudessaan on edelleen kansalaisten enemmistöä koskettava yleislaki ja kun avioero koskettaa entistä useampia ihmisiä, informatiivinen, selkeä lainsäädäntö olisi todennäköisesti tarpeen. Valitettavasti mahdollisuuksia osituksen nopeaan, kattavaan uudistukseen ei näytä olevan. Asiassa edetään jäämistölainsäädännön uudistamisen tavoin alustavien perusselvitysten ja niihin ilmeisesti liittyvien kuulemisten kautta useamman vuoden tähtäimellä. Hyvä, että niinkin menetellään, mutta kiireellisempää toimintaan tulisi tuki pystyä.

Ennen aihepiirin lähempään kartoittamiseen siirtymistä on syytä muistuttaa erästä tärkeästä *käsitteellisestä kaksijaosta*. Aviopuolisoiden varallisuussuhteita tarkasteltaessa on välttämätöntä erottaa toisistaan avioliittolain vaikutukset puolisoiden varallisuus oikeudellisen asemaan yleensä ja puolisoiden välinen avio-oikeusjärjestelmä. Kutsun niitä tässä esityksessä *avioliiton varallisuusjärjestelmäksi* ja *aviovarallisuusjärjestelmäksi*. Tällöin avioliiton varallisuusjärjestelmä on yläkäsite, jonka yhtenä osatekijänä on *avio-oikeudelle* rakentuva aviovarallisuusjärjestelmä. Ne ovat merkittävällä tavalla eri asioita sekä ositusta toimitettaessa että muutoin. Tätä ei aina käytännössä havaita.

2.1 Sopimusvapaus sääntelyn lähtökohtana

Esitys on tältä osin syytä aloittaa perinteisestä *yleislain* ja *erityislain* keskinäisen suhteen lyhyestä erittelystä. Tuo tärkeä tulkintoihin vaikuttava erottelu näet unohtuu usein käytännössä. Yleinen vaihtuu helposti erityiseksi ja erityinen yleiseksi.

Yksityisoikeutemme järjestelmässä avioliittolaki (AL) on samalla kertaa *yleislaki* ja *erityislaki*. Sillä, kummassa merkityksessä lain säännökset kulloinkin tulevat käytettäviksi, on oma merkityksessä lain tulkinnoissa ja erilaisia tulkintamahdollisuuksia kartoitettaessa. Laista saatetaan turhaan etsiä jotain sellaista, mitä siellä ei ole tai ei edes voi olla. Ja vastaavasti tulkinnoissa saatetaan ylittää rajoja, joita ei ole tarkoitettu ylitettäväksi. Avioliittolain säännösten suhteessa sopimusvapauteen sekä jäämistölainsäädäntöön nämä seikat tulevat havainnollisesti esiin.

2.1.1 Avioliittolaki yleislakina

Vaikka avioliitto sinänsä on perinteinen uskonnollinen ja yhteiskunnallinen instituutio, sen on lähemmässä katsannossa myös *sopimus*. Avioliitto on erityinen sopimus. Se solmitaan määrämuotoisesti ja sen purkamiseen on asetettu erinäisiä rajoitteita. Vihkimismenettely ja erosäännökset eivät kuitenkaan poista avioliiton sopimusluonnetta. Niinpä vihkimistä toimituksena ei voida purkaa. Asiaa koskevassa ennakkoratkaisussaan korkein hallinto-oikeus kuvaakin vihkimistä viranomaisen myötävaikutuksella tehdyksi yksityisoikeudelliseksi toimeksi (KHO 2003:69).

Avioliitto ei sitä solmittaessa tai siinä eletäessä myöskään edellytä erityisiä tunnesiteitä. Sopimussuhde alkaa ja jatkuu, vaikka läheistunnetta ei olisi. Kautta

aikojen onkin ollut erilaisia ns. järkiavioliittoja. Avioliittoa sopimuksena voidaan siten käyttää myös välillisiin tarkoituksiin. Niinpä ennakkoratkaisussa KKO:2005:84 on todettu, että ulkomaalaisavioliiton muodollinen solmiminen oleskeluluvan saamiseksi toiselle osapuolelle ei merkitse syyllistymistä *rekisterimerkintärikokseen*.

Avioliiton eri syistä solmiville henkilöille AL on lähtökohtaisesti *yleislaki*, joka tulee sovellettavaksi joko sellaisenaan tai puolisoiden *sopimusvapautensa* rajoissa sopimin varallisuusoikeudellisin muutoksin. Puolisot toimivat avioliittolain tarkoitetussa järjestelmässä. Se on sekä *persoonallisuus- että varallisuusoikeudellinen* laki avioliiton solmiville, siinä eläville sekä eroaville. Yhtä lailla se on *varallisuusoikeudellinen* laki puolisoiden seuraajille kuoleman päätettyä avioliiton.

Yleislakina avioliittolakia on kuitenkin toisinaan - sekä oikeuskirjallisuudessa että käytännössä - erehdytty luulemaan kattavammaksi kuin miksi se on tarkoitettu. Laista on etsitty sääntöjä tilanteisiin, joita ei tuossa laissa ole lainkaan säännelty. Etenkään AL 33 §ssä sinänsä selkeästi julkilausuttua *puolisoiden yleisen sopimusvapauden* merkitystä ei aina ole asianmukaisesti oivallettu.

Puolisot elävät sekä yleisen siviilioikeudellisen sopimusvapauden että avioliittolain siihen mukanaan tuomien rajoitusten puitteissa. Yleislaki tuo mukanaan eräitä säännöksiä ja sääntöjä, jotka erottavat puolisoiden oikeussuhteet muista oikeussuh-teista. Kysymys ei kuitenkaan ole suljetusta järjestelmästä tahi järjestelmästä, jota tulkittaisiin. *Avioliiton yleislaki on näet samalla kertaa sopimusvapauden erityislaki*.

Siksi ennakkoratkaisussa *KKO 1985-I-1* on nimenomaisesti haluttu osoittaa sopimusvapauden asema puolisoiden välisissä suhteissa. Tämä tuolloin selostuksena julkaistu tapaus koski jo ennen avioliittoa sen päättymisen varalta solmitun

sopimuksen eli ns. *ositussopimuksen* mahdollisia oikeudellisia vaikutuksia. Ratkaisun paljon kertova otsikko on seuraava:

A ja B olivat ennen avioliittoaan tehneet avioehtosopimuksen, keskinäisen testamentin ja sopimuksen mahdollisen asumus- tai avioeron varalta, jossa A oli sitoutunut suorittamaan Blle elatusapua ja korvausta B:n avioliiton takia tekemistä taloudellisista uhrauksista ja jossa lisäksi oli sovittu B:n asumisoikeudesta A:n ja B:n yhteisessä asunnossa. Kun A ja B tuomittiin asumuseroon, katsottiin mainittu asumus- tai avioeron varalta tehty sopimus päteväksi, ja B:n sopimukseen perustuvat vaatimukset hyväksyttiin.

Oikeudellisen arvioinnin lähtökohta on tässä tilanteessa sinänsä selkeä. Puolisoiden kesken vallitsee pitkälle menevä *sopimusvapaus*. Sen puitteissa sopimus vastaisen eron varalta on tehtävissä jo ennen avioliittoa. Lainsäätäjällä oli tosin aikanaan ajatellut tällaisten sopimusten yleensä syntyvän vasta eron lähestyessä. Siksi laissa oli aiemmin erityissäännös (AL 115 §) niiden sovittelusta. Se oli yksi nykyisten sovittelusäännösten edeltäjistä. Vastaavasti oikeustiede huomattavan esityöuskollisena tieteenä aiemmin pohti ennen kaikkea sitä, miten aikaisessa vaiheessa avioliiton aikana sopimus voidaan solmia. Tarkastelukulma oli tällöin liian suppea. *AL rajoittaa yleistä sopimusvapautta vain siinä määrin kuin laissa on nimenomaisesti säädetty.*

Noita rajoituksia tarkasteltaessa havaitaan, että jo ennen avioliittoa kihlakumppanit joutuvat avioehtosopimuksen sisältöä koskevien rajoitusten alaisiksi (AL 41 §). Avioehtosopimus on verraten ankarasti säännelty sopimus - sekä muodollisesti että sisällöllisesti. *Ositus sopimuksista* eli osituksen esisopimuksista puolisoiden välisinä sopimuksina laki sitä vastoin nykyisin vaikenee. Erillisen rajoitussäännöksen puuttuessa ne ovat näin ollen sopimusvapauden puitteissa sallittuja. Yksin avioehtosopimuksen erityissääntelyn pohjalta niiden käyttömahdollisuutta ei voida perustellusti torjua. Avioliittolaki ei rakennu *tyyppipakkoajattelun* varaan. Se vielä AL:n vuoden 1987 osittaisuudistukseen liittyneen koulutuksen yhteydessä esitetty näkemys, että ositus sopimukset olisivat peräti kiellettyjä erillissäännöksen puutteessa, onkin perustunut lain soveltamisalan rajojen havaitsematta jäämiseen. Ei

ole havaittu, että suhteessa yleiseen sopimusvapauteen AL on myös *erityislaki*, joka rajoittaa sopimusvapautta vain siinä mainituin osin. Tämän mukaisesti ositussopimustakin osituksen esisopimuksena on luonnollisesti mahdollista osituksen yhteydessä *sovittella oikeustoimilain* yleisen sovittelusäännön (OikTL 36 §) puitteissa. Vastaavasti *sopimusositusta* sovittellaan saman säännöksen nojalla. ALn erityisen osituksen sovittelusäännön (AL 103b) on vakiintuneesti katsottu soveltuvan vain pesänjakajan toimittaman toimitusosituksen sovitteluun. Tämäkin on osa sopimusvapautta.

Puolisoiden sopimusvapauden ilmaiseva AL 33 § on vielä syytä kirjata tässä näkyviin:

Avioliitto ei rajoita puolison oikeutta tehdä sopimuksia, mikäli 2 luvussa ei toisin säädetä, eikä myöskään hänen oikeuttaan esiintyä kantajana ja vastaajana. Puolisot saavat tehdä sopimuksia myöskin keskenään, kuitenkin ottaen huomioon, mitä 3 luvussa sanotaan.

Periaatteellisella tasolla AL 33 § on - tätä on syytä korostaa - taloudellisten ja avioliitto-oikeudellisten erityissopimusten rajapinta. Se avaa tosiasiallisesti mahdollisuuden tehdä myös *taloudellisia sopimuksia avioliitosta*. Sellainen näet ennakkoratkaisussa KKO:1985-I-1 tarkoitettu useiden oikeustointen kokonaisuus epäilemättä oli. Alemmat oikeudet sekä kaksi korkeimman oikeuden jäsentä asian ratkaisseessa vahvennetussa jaostossa pitivätkin ositussopimusta avioliittolain varallisuusjärjestelmän vastaisena. Sitä se ei kuitenkaan ollut. Avioliittolaki yleislakina ei lavennu ohi nimenomaisten rajojensa. Kun tällaista sopimusta ei ollut rajattu pois puolisoiden sopimusvapauden kentästä eikä se ollut ristiriidassa muun lainsäädännön kanssa ja kun se ei myöskään ollut kohtuuton, sopimus oli pätevä.

Eri asia on, että *sopimus avioliitosta* voi viime kädessä osoittautua hyvän tavan vastaisena pätemättömäksi, jos sopimuksen tarkoituksena on ollut sopia avioliiton hinnasta. Siitä ei tässä tapauksessa asiakirjojen valossa välittömästi ollut kysymys,

joskaan ero ei ollut mittava. Kiintoisaksi tilanne olisi tuolloin - asian aktualisoi-
tuessa 1970-luvun lopulla - muuttunut, mikäli asiaan olisi toisen puolison
toimesta vedottu. Ajatus avioliitosta sopimuksena ei tuolloin ollut yhtä vakiintunut
kuin nykyisin.

Erikseen on tässä yhteydessä vielä huomattava, että historiallisessa katsannossa AL
33 § on myös merkittävä tasa-arvosäännös. Sillä haluttiin aikanaan osaltaan
osoittaa miehen *edusmiehyiden* vaimoon nähden poistuminen AL:n voimaantulon
yhteydessä 01.01.1930. Sen sekä myöhempien muutosten jäljiltä avioliittolaki on
tänä päivänä selkeästi *sukupuolineutraali* säännöstö. Silti uudessa parisuhdelaissa
(PasuL 9 §) on yleinen varauma siitä, että parisuhteessa elävään ei sovelleta
sukupuoleen perustuvia säännöksiä.

On tärkeää havaita, että yksityisoikeudellinen sopimusvapaus ulottuu yhtä lailla
osituksen sisältöön. Perinnönjaon tavoin osituksen asianosaiset voivat sopia
osituksen sisällöstä. Esimerkiksi avioehtosopimus ei sitä estä. Avioehtosopimus
on ensisijaisesti mittapuu velkojille näiden pohtiessa mahdollista takaisinsaantia,
sopimusvapaus taas ohjenuora puolisoille inter partes. Mutta heillekin avioehto
toisaalta on mittapuu siitä, miten ositus lakisääteisesti toimitettaisiin ilman sen
lopputuloksen muutamista sopimuksin, erilaisin tasauksin sekä sovitteluin.

Ositusmenettelyä ohjaava PK 23:7 velvoittaa myös *pesänjakajan* yrittämään
sopimuksen aikaansaamista osituksessa. Sopimusvapautta hyödynnettäessä
osituksesta muodostuukin ensisijaisesti muotosidonnainen sisältövapaa toimitus.
Muusta kuin muodosta voidaan tehokkaasti sopia.

Toisaalta voidaan ja tulee ymmärtääkseni perustellusti puolustaa sitä käsitystä, että
toimitusosituksessa *pesänjakajan* on sopimusesityksensä pohjaksi esitettävä
osituslaskelmaan perustuva osituksen alustava lopputulos. Sopimukseen kehotta-
minen ei saa olla kehottamista sopimaan jostain, minkä perusteet eivät ole riittäväl-

lä tarkkuudella sopijapuolten tiedossa. Onkin syytä ihmetellä sitä sitkeyttä, millä käytännön lakimiehet eri koulutustilaisuuksissa ovat puolustaneet haluaan jättää osituslaskelma. Tavallistakin tärkeämmäksi osituslaskelma muodostuu silloin, kun joku asianosaisista on edunvalvonnassa.

Tässä yhteydessä on toisaalta muistutettava siitä, että sopimusvapaus osituksen sisällöstä voi toisaalta tuottaa *verotuksellisia* ongelmia. Se, mikä on ositusta yksityisoikeudellisesti, voi näyttäytyä verotuksellisesti esimerkiksi vaihtona. Tästä on seuraava KHO:n ratkaisu havainnollisena esimerkkinä:

KHO 1.10.1999 Taltio 2655

Varainsiirtovero—Muu vastikkeellinen luovutuskirja—Omaisuuksien erottelu

Puolisoiden, joilla oli avio-oikeuden poissulkeva avioehto, välillä toimitetun omaisuuden erottelun yhteydessä tapahtuviin kiinteistön saantoihin ei ollut sovellettava perhe- ja perintöoikeudellisia saantoja koskevia varainsiirtoverolain 4 §:n 3 momentin säännöksiä. Näin ollen vaihdon käsittävistä kiinteistön määräosuuksien saannosta, joka siis ei ollut osituksen piiriin kuuluvan omaisuuden saanto, oli suoritettava varainsiirtovero.

Varainsiirtoverolaki 4 § 3 mom. ja 6 § 1 mom

2.1.2 Avioliittolaki erityislakina

Varsinaisena *erityislakina* AL taasen sisältää *oikeudellisen järjestelmän*, joka on vain avioliiton - ja nyttemmin myös rekisteröidyn parisuhteen - solmiville tarkoitettu. Se on siten *parisuhteiden erityislaki* ja *avioliiton yleislaki*. Avioliittolain ratkaisumallien suora analoginen käyttö muihin parisuhteisiin ei nykyisen käsityksen mukaan ole mahdollista. Niinpä esimerkiksi ajatus parisuhteessa elävien omaisuuden automaattisesta *puolittamisesta* AL:n puolittamisperiaatteen mukaisesti on oikeuskäytännössäkin torjuttu. Selkeimmin tämä kysymys on tullut näkyvästi

esille ennakkoratkaisussa *KKO:1993:168*. Ratkaisun otsikko, mistä avioliiton ja *asuinliiton* eli *avoliiton* eron tulisi käydä selkeästi ilmi, on seuraava:

A:n ja B:n pitkään jatkuneen, välirikkoon päättyneen avoliiton aikana A oli käyttänyt ansiotulonsa perheen elatukseen ja toiminut kodissa perheen hyväksi. Sen lisäksi, että A oli näin osallistunut lastensa elatukseen, hän oli osaltaan mahdollistanut B:n kiinteistön ja perheen asuntona käytetyn omakotitalon hankkimisen. A:n asumista kodissaan ei pidetty riittävänä vastikkeena hänen toimistaan B:n omaisuuden kartuttamiseksi eikä ollut pääteltävissä, että A olisi tarkoittanut kartuttaa B:n omaisuutta siinä tapauksessa, että avoliitto päättyi välirikkoon. A:lla katsottiin olevan oikeus saada kohtuullinen korvaus panoksestaan B:ltä.

Tässä tapauksessa kantaja pyrki kanteessaan saamaan puolet entisen avopuolison omaisuuden arvosta *perusteettomana etuna*. Vaikka avioliittolakiin ei suoraan vedottukaan, ajatus puolittamisesta on, myös EYL 2 § huomioon ottaen, epäilemättä nähtävissä erityisesti ALn mukaisen puolittamisperiaatteen taustaa vasten. Yhdessä asuen tultaisiin aviovarallisuusosoikeudellisen *ansaintaperiaatteen* mukaiseen varallisuuden puolittamiseen.

Kantajan ajatusta ei lopulta hyväksytty. Korkein oikeus jatkoi ratkaisussaan jo aikaisemmin ennakkoratkaisuisissa *KKO:1988:27*, *KKO 1988:28* ja *KKO:1988:85* omaksuttua ilmeisen selkeää *sopimussuhdeajattelua; ajatusta läheisten sopimussuhteesta*. Varallisuudensiirron perusteena olevan seikan - tässä tapauksessa yhteisen asumisen - lakattua sopimuskumppanilla on oikeus *kohtuulliseen* korvaukseen panoksestaan. Läheisten suorituksia ei oleteta vastikkeettomiksi. *Vesa Annolaa* mukaillen voidaan sanoa, että avoliitto parisuhteena on *dynaaminen sopimus*. Sen vaikutuksista ei ole ennalta täsmällisesti sovittu.

Perusteettoman edun kanssa tällaisella vaatimuksella ei ymmärtääkseni ole mitään tekemistä ellei tuota ilmaisuä käytetä samassa yleiskielisessä merkityksessä kuin se on ilmaistuna AL 103b §n sovittelusäännöksessä. Etu ei ole ollut perusteeton. Suoritus on ollut sinänsä oikea, mutta suhteen päättyessä avopuoliso ei voi enää itse siitä hyötyä. Siksi panos on korvattava.

Kysymys ei tällöin myöskään voi olla suorituksen ja vastasuorituksen aritmeettisesta, täsmällisestä mittaamisesta. Asuin- eli avoliitto luo väistämättä *olettaman* sellaisesta *läheisten varallisuussuhteesta*, missä panoksia ei anneta toiselle kaupallisessa tarkoituksessa ja missä taloudellisia suhteita ei jälkikäteisesti järjestetä tarkan kirjanpitovelvollisuuden pohjalta. Läheissuhteessa kohtuullinen korvaus on lähtökohtaisesti suoritusten yleistä käypää arvoa alempi korvaus. Henkilöt ovat toimineet yhdessä ja osin yhteiseen lukuun. Tämä jää usein havaitsematta perustettaessa asianajollisessa käytännössä vaatimukset muun perusteen puutteessa vain yleisluonteisesti *perusteettoman* edun konstruktion ja etujen markkinahintaiseen palautukseen.

Ennakkoratkaisun toinen perussanoma on yhtä lailla tärkeä. Avopuolison *asumista omassa kodissaan* ei pidetty riittävänä korvauksena hänen panoksestaan avopuolisuuden yhteisen talouden hyväksi. Tämä kannanotto on välitön viesti hovioikeudelle, joka oli tylästi katsonut pitkäaikaisen asumisen riittäneen korvaukseksi. Mutta se on myös yleisempi viesti kaikille niille, jotka eivät huomaa avosuhteen muodostavan parisuhteena sopimusvapauden alaan kuuluvaa *sopimussuhdetta* ja näkevät sen vain erilaisiin rooleihin perustuvana huoltosuhteena. *Kohtuullinen korvaus työ- tai rahoituspanoksesta on jotain enemmän, kun läheissuhteeseen liittyvä tavanomainen asumispohjainen luontaisuuoritus asuttaessa yhteistaloudessa*. Kohtuutta etsitään *markkina-arvon* ja *huolenpito-arvon* väliltä.

Palatkaamme takaisin avioliittolakiin. Se on siis parisuhteiden erityislaki. Ja *avioehtosopimus* puolestaan kertoo osaltaan paljon avioliittolain tästä puolesta. Avioehtosopimus on avio-oikeusjärjestelmää muotoava *erityissopimus*. Avio-oikeuden alaista omaisuutta on lähtökohtaisesti kaikki se omaisuus, jota ei ole avioehdolla tai lahjakirjalla tahi testamentilla määrätty avio-oikeudesta vapaaksi omaisuudeksi.

Avioehtosopimus erityissopimuksena säädettiin aikanaan sekä muodoltaan että sisällöltään sopimusvapautta merkittävästi rajoittavaksi. Tämä on niin lakitekstin kuin lainvalmistelutöiden valossakin kiistatonta. Vastaavasti avioehtosopimusta koskevien tulkintojen tulisi normaalien tulkintastandardien puitteissa toimittaessa olla suppeita, ei laventavia. Käytäntö on kuitenkin ollut luisumassa laveiden tulkintojen tielle. Ensimmäinen merkki tästä saatiin jo vuosia sitten avio-oikeudesta vapaan omaisuuden *tuottoa* koskevassa ennakkoratkaisussa (KKO 1974-II-45):

Avioehtosopimuksen määräyksellä, ettei kummallakaan puolisoilla ollut avio-oikeutta toistensa omaisuuteen, puolisoitten katsottiin tarkoittaneen myös omaisuutta, jonka he saivat myöhemmin. Avioehtosopimus oli siten avio-oikeuden kokonaan poissulkevana käsittänyt myös puolisoitten omaisuuden tuoton. Kun osituksen suorittaja oli käsitellyt omaisuuden tuoton avio-oikeuden alaisena omaisuutena, hänen päätöksensä ko. kohdin kumottiin moitekanteen johdosta.

Tuotto on AL 35.2 §n mukaan avio-oikeuden alaista elleivät puolisot ole tehneet nimenomaista sitä koskevaa määräystä. Edellinen ennakkoratkaisu poikkeaa siten lain sanamuodosta. Ratkaisun mukaan molemminpuolinen avio-oikeuden täydellisesti poissulkeva avioehto luo tulkinnallisen *olettaman* myös tarkoituksesta sulkea tuotto avio-oikeuden ulkopuolelle.

Toisella tapaa avioehtosopimuksen sekä lain sanamuodon merkitys puolisoitten sopimusvapauden rajoittajana on tullut esille ALn vuoden 1987 osittaisuudistuksen jälkeen. Uusien tulkintojen mahdollisuuksien etsiminen liittyi vallintarajoitusten irrottamiseen *avio-oikeusjärjestelmästä*.

Avio-oikeusjärjestelmän sääntelyn kiistattomana lähtökohtana on ollut *avio-oikeuden esineellisyys*. Toisin sanoen tietty esine on tai ei ole avio-oikeuden alainen. Tämän mukaisesti avioehtojen sallittua sisältöä koskeva AL 41 § on kirjoitettu erittäin rajoitetuksi. Vain siinä mainitut avioehdot ovat, näin asia on

perinteisesti ymmärretty, olleet sallittuja. Puolisoiden sopimusvapautta on siten merkittävästi rajoitettu. Säännös on seuraava:

Ennen avioliittoa tai sen aikana tekemässään avioehtosopimuksessa voivat kihlakumppanit tai puolisot määrätä, että avio-oikeutta ei ole sellaiseen omaisuuteen, joka jommallakummalla heistä on tai jonka hän myöhemmin saa. Samassa järjestyksessä voidaan sopia siitä, että puolisollla on avio-oikeus omaisuuteen, johon hänellä aikaisemmin tehdyn avioehtosopimuksen perusteella ei olisi sellaista oikeutta.

Muita kuin tässä sanottuja poikkeuksia älköön kihlakumppanien tai puolisoiden välisin sopimuksin tehdä siitä, mitä puolisoiden omaisuussuhteista on säädetty.

Tästä poissulkevasta sääntelytavasta seuraa lainvalmistelutöiden ja yleisten tulkintaoppien valossa se, että *prosentuaaliset* ja *suhteelliset* avioehdot ovat olleet ALn tarkoitetun järjestelmän vastaisia. Vastaavasti avioehtosopimusta ei ole voitu pätevästi tehdä erikseen eroa ja erikseen kuolintapausta silmällä pitäen. Säännöksen sanamuodon on nähty olevan muut kuin siinä mainitut sisällöt pois sulkeva.

Vallintarajoitusten kumoamisen yhteydessä osassa oikeuskirjallisuutta otaksuttiin aluksi muutoksen merkitsevän myös mahdollisuutta ryhtyä aikaisempaa vapaammin laatimaan avioehtoja. Kun vallintarajoitukset oli siirretty *avio-oikeusjärjestelmästä* avioliiton *varallisuusjärjestelmään*, kenttä oli - näin ajateltiin - vapaa uusille tulkinnoille vanhoin sanamuodoin. AL 41 § on näet pysynyt ja pysytetty ennallaan. Ja vastaavasti PK 6:1, missä säädetään avio-oikeuden alaisesta omaisuudesta annatusta ennakoperinnöstä, on säilytetty aikaisemmassa muodossaan esineellisenä.

Nyttemmin korkein oikeus on ennakkoratkaisussa *KKO:200:100* pitänyt kirjallisuudesta ilmeisesti lähtökohtansa saanutta, avioeron varalta erilaista ja kuoleman varalta erilaista avioehtosopimusta pätevänä. Tämän perin yllättävän äänestysratkaisun otsikko on seuraava:

Puolisot oli tuomittu avioeroon. Puolisoiden välisessä avioehtosopimuksessa oli sovittu, että avioliiton purkautuessa avioeron vuoksi kummallakaan puolisolla ei ollut avio-oikeutta toisen omaisuuteen ja että avioliiton purkautuessa toisen puolison kuoleman johdosta leskellä oli avio-oikeus kuolleen puolison omaisuuteen. Avioehtosopimus katsottiin päteväksi.

Ratkaisun perustelut ovat yhtä lailla yllättävät. Niissä myönnetään, että ratkaisu ei ole lain sanamuodon mukainen, mutta katsotaan, että sanamuoto ei aseta esteitä tulkita lakia aikaisemmasta poikkeavalla tavalla. Kun “säännösympäristö” on muuttunut vallintarajoitusjärjestelmän ja takaisinsaantilain muutosten myötä, sopimuksen kaksijakoisuus hyväksyttiin. Sille ei löydetty “asiallisia vastasyitä”. Vähemmistöön jäänyt oikeusneuvos *Tulokas* sitä vastoin kiinnitti huomiota muun ohella järjestelmän selkeyteen ja siihen, että avioehtosopimusta koskevaa säännöstä ei ALn osittaisuudistuksen yhteydessä muutettu.

Ratkaisu on paitsi yllättävä, myös paljossa hämmentävä. Se näyttäisi sallivan sellaisen “*salaisen lainsäädännön*”, jota on erinomaisen vaikea tavoittaa lain sanamuodon perusteella. Yhtä lailla siinä viitataan sellaiseen oikeuskirjallisuuden konstruktion - vallintarajoitusten yhteys avioehtoon - jota on lainvalmistelutöistä jokseenkin turha etsiä. Ne kun puhuvat pikemminkin toiseen suuntaan. Avioehto koskevia erityissäännöksiä on jokseenkin kepein perusteluin tulkittu laventaen.

Oikeuskirjallisuudessa on nyttemmin perustellusti epäilty ratkaisun soveltuvuutta tilanteisiin, joissa avioliitto päättyy toisen puolison kuolemaan. Toisin sanoen avio-oikeuden poissuljenta vain kuoleman varalta ei olisi AL 41 §n ja edellä mainitun ennakkoratkaisun valossa mahdollista. Perustelu on selkeä. Kuolemanvaraisista omaisuusjärjestelyistä on omat säännöksensä *perintökaaressa*. Niiden sivuuttaminen AL 41 §n sanamuodon vastaisella tulkinnalla johtaisi kovin outoon tulokseen. Asia tulisi kokonaisuudessaan kiireimmiten ratkaista, kuten oikeusneuvos *Tulokas* eriävässä mielipiteessään esittää, lakia muuttaen. Ennakkoratkaisun kaltaiset

tulkintamuutokset ovat omiaan heikentämään kansalaisten luottamusta oikeuteen ja oikeuslaitokseen.

2.2 Rajoitettu omistusinterventio avio-oikeuden sääntelyn lähtökohtana

Toinen merkillä pantava *avioyhteyden* varallisuus oikeudellisen sääntelyn lähtökohta on *rajoitettu omistusinterventio*. Toisin sanoen avioliitto-oikeudellisella avioyhteydellä puututaan vain rajoitetusti puolisojen *omistusoikeuteen*. Asia on tai sen ainakin pitäisi olla kaikille tuttu myös avioliitto-oikeudellisen *omaisuuden erillisyyden periaatteen* nimellä. Avioyhteyden alkaminen sellaisenaan ei puolisojen yhteiselämän ja sitoutuneisuuden olettamasta (AL 2 §) huolimatta vaikuta omistussuhteisiin puolisojen välillä. *Avioliiton solmiminen ei luo oikeudellisesti yhteistä pesää eikä synnytä yhteisomistusta*.

Omaisuuksien erillisyyden periaate on selkeästi ilmaistu AL 34 §ssä:

Se omaisuus, mikä puolisoilla on avioliittoon mennessään, kuuluu edelleen hänelle. Niin ikään on hänen omaisuuttaan, mitä hän avioliiton aikana saa.

Ajatus *rajoitetusta omistusinterventiosta* ilmenee monin tavoin avioliiton varallisuusjärjestelmässä. Omistajapuolison omistajan vapautta rajoittavat *vallintarajoitukset* ovat näkyvimpiä esimerkkejä rajoitetun omistusintervention periaatteesta. Vain laissa nimenomaisesti mainittu omaisuus (AL 38-39 §§) kuuluu nykyisin vallintarajoitusten alaisuuteen. Tuon omaisuuden oikeudelliset ja fyysiset luovutukset edellyttävät lähtökohtaisesti toisen puolison suostumusta tai viime kädessä tuomioistuimen lupaa (AL 40 §). Omistajan vapautta on näin rajoitettu asettamalla sen hyödyntäminen ensisijaisesti riippuvaiseksi toisen puolison tahdosta. Kun asia ei liity avio-oikeuteen, siihen ei myöskään voida ennakkollisesti puuttua avioehtosopimuksin.

Muuta omaisuuttaan puoliso vallitsee avioliiton aikana suhteessa kolmanteen toisesta puolisoista riippumatta. Täysin eri asia on, että omistajapuolison määräämistoimet avioyhteyden aikana voivat ositettavan omaisuuden määrään ja arvoon vaikuttavina sittemmin osituksessa johtaa *tasaukseen* puolisoiden välillä, jos luovutusten vaikutus on ollut olennainen. Tällöin avio-oikeuden alaista omaisuutta lahjana saanut kolmas voi joutua palautusvelvolliseksi (AL 40a §).

Vallintarajoitusten ohella rajoitetun omistusintervention periaate käy havainnollisesti ja avioyhteyden päättämistä ajatellen tärkeällä tavalla ilmi seuraavista neljästä avioliitto-oikeudellisista *pääsäännöistä*:

- * avioyhteys ei synnytä omistusoikeutta
- * puolisoilla on oikeus maksaa tasinko rahana
- * puolisoilla on oikeus valita tasinkona luovutettava omaisuus
- * osituksessa ei perusteta yhteisomistussuhteita

2.2.1 Avioyhteys ei synnytä omistusoikeutta

Kihlauksen solmimisesta alkavaa ja osituksen lainvoimaiseksi tuloon päättyvää puolisojen oikeussuhdetta voidaan luonnehtia *avio-yhteydeksi*. Tuona aikana he ovat tavanomaisesta poikkeavassa suhteessa keskenään ja osin myös kolmanteen vaikuttavalla tavalla. Omistusoikeutta avioyhteys ei kuitenkaan sellaisenaan synnytä.

Omaisuuden erillisyyden periaatteen mukaisesti omaisuutta, jonka puoliso avioliiton aikana hankkii tahi saa, pidetään hänen omaisuutenaan. Tämä *omistuksen toteamisen* näkökulmasta usein myös *nimiperiaatteeksi* kutsuttu ratkaisumalli on lainsäätäjän tietoinen ratkaisu (AL 34 §). Puolisot voivat hankkia tai saada omaisuutta yksin

tahi yhdessä; toisen tai yhteisiin nimiin. Tuo nimeäminen luo pääsääntöisesti omistusolettaman.

Yhtäläinen yhteisomistus tulee omistussuhteiden arvioinnissa kuvaan mukaan vasta, jos sitä on tarkoitettu tai on epäselvää, kummalle omaisuus kuuluu. Tätä varten AL 89 § sisältää *irtainta omaisuutta* koskevan *yhteisomistusolettaman*:

Jos puolisojen omaisuutta eroteltaessa jonkin irtaimen esineen suhteen ei käy olosuhteista selville eikä myöskään voida näyttää, kummanko puolison omaisuuteen se kuuluu tai että se on yhteistä omaisuutta, on puolisojen katsottava saaneen sen yhteisesti yhtäläisin oikeuksin.

Tuo yhteisomistusolettama on aikanaan luotu toisenlaiseen talouteen. Tämän päivän markkinataloudessa vähäisetkin hankinnat ovat yleensä kassa- ja takuukuitein osoitettavissa. Voimme kenties puhua *kuittiperiaatteesta* nimiperiaatteen täydentäjänä. Siitä poikkeavaan omistukseen vetoavan todistustaakka on aikaisemmasta poikkeava. Toisaalta yhteisen talouden kone- ja laitehankinnat luovat käytännössä helposti kuiteista riippumattoman tosiasiallisen olettaman yhteisomistuksesta.

Toisinaan on avioliitto-oikeudellisessa keskustelussa oletettu ja myös haluttu olettaa, että puolison *toiminta yhteisessä taloudessa* syrjäyttäisi nimiperiaatteen. Toisin sanoen tiivis avioyhteys ja erityisesti puolison toiminta kotona kotitaloudessa loisivat yhteisomistuksen heidän välilleen. Tukea tälle ns. pohjoismaiselle kotityökasitykselle on etsitty myös ennakkoratkaisusta *KKO:1975-II-62* missä *kotityö* nimenomaisesti mainitaan yhtenä omistukseen vaikuttavana tekijänä. Ratkaisun otsikko on seuraava:

Puolisot olivat avioliiton aikana hankkineet asunto-osakkeet yhteiseksi omaisuudekseen. Vaimon katsottiin toiminnallaan puolisojen lasten ja kodin hoitajana sekä osallistumalla puolisojen aikaisemmin omistamalla tilalla rakennustyöhön ja tilapäisesti myös ansiotyöhön kodin ulkopuolella osaltaan kohottaneen perheen varallisuusasemaa siinä määrin, että vaikka mies olikin palkkatuloistaan suorittanut puolisojen aikaisempien asuntojen hankkimisesta johtuneet kustannukset ja niiden hallintaan oikeuttavien osakkeiden ostoa varten otetun pankkilainan lyhennysmaksut, osakkeet kuuluivat puolisoille yhtäläisin osuuksin. Vaimon mainittua osuuden-

saantoa ei ollut pidettävä lahjana tai maksuvelvollisuuden aiheuttavana luovutuksena (Ään).

Tämä ratkaisu, jossa myös lasten huollon syyllisyysperusteisessa avioerossa saanut mies koetti heikentää vaimon taloudellista asemaa väittäen omistavansa asunto-osakkeet yksin, vaikka ne oli hankittu yhteisiin nimiin, ei kuitenkaan lähemmässä katsannossa ole nimiperiaatteen sivuuttava; ei suinkaan. Se päin vastoin *tukee nimiperiaatetta*. Yhteisiin nimiin hankittu on yhteistä, vaikka puhtaat rahoituspanokset olisivatkin erisuuruisia. Kotityö on tällöin tekijä, joka puoltaa nimiperiaatteen mukaista, tarkoitettua omistusta puolisoiden välisessä suhteessa. Se on välillinen suoritus. Avioyhteys läheisyhteytenä ei ole aritmeettista panospunnintaa edellyttävä yhteys.

Mitään sellaista oikeuskäytäntöä, jossa kotityölle annettaisiin omistusoikeuden luova, nimiperiaatteesta poikkeava merkitys, ei ennakkoratkaisuin ole meillä syntynyt. Lähtökohtana kiistatilanteessa on aina nimiperiaatteen rinnalla omistustahdon selvittäminen.

Kotityöhön liittyvä erityinen *perheoikeudellinen yhteisomistusolettama* ei myöskään näyttäisi soveltuvan ALn tarkoitettuun järjestelmään. Tässä järjestelmässä *avio-oikeus* on se väline, jolla tosiasiallinen omistusinterventio jälkikäteisesti tai vallintarajoituksin toteutetaan. Ja avio-oikeuden mahdolliseen poissuljentaan voidaan taasen nykyisin puuttua ositusta *sovittelemalla*. *Osituksen sovittelu* on nyttemmin merkittäväällä tavalla täydentänyt ALn alkuperäistä järjestelmää. Samalla se on vähentänyt tarvetta pyrkiä luomaan rooliperusteista oikeuskäytäntöä kotona työskennelleen puolison tueksi.

Edellä mainittu ennakkoratkaisu ei siis - todettakoon se vielä kerran - sellaisenaan tue ajatusta kotityöstä omistuksen synnyttävänä tekijänä. Täysin eri asia on se, että nimiperiaatteesta luonnollisesti on mahdollista poiketa silloin, kun *tarkoituksena* on ollut yhteisomistus, mutta omaisuus on jostain syystä merkitty vain toisen puolison

nimiin. Tämä edellyttää riittävää näyttöä yhteisomistustarkoituksesta. Riitatilanteessa sen esittäminen on perin vaikeaa.

Oman ongelmaryhmänsä muodostavat tilanteet, missä nimiperiaatteen mukainen tavoitetila ei ole toteutunut. On esimerkiksi hankittu kiinteistö yhteisiin nimiin ja alettu rakentaa sille taloa. Jos puolisoiden suhde katkeaa ennen talon valmistumista, panokset siihen jäävät toisinaan huomattavan epäsuhtaisiksi. Alkuperäinen nimiperiaatteen mukainen tavoite ei toteudu. Näissä tilanteissa on mahdollista poiketa nimiperiaatteesta ja arvioida omistusta panosten perusteella.

Kysymys menettelystä nimiperiaatteesta poikkeamiseksi on jatkuvasti herättänyt käytännössä epätietoisuutta. Lähtökohta on kuitenkin erinomaisen selkeä. Viime kädessä *pesänjakajan* toimivaltaan *osituksessa* kuuluu aina oikeus ratkaista kiistanalaiseksi saatettu omistussuhde puolisoiden kesken ellei asiaa ole aikaisemmin oikeusteitse riitautettu. Yksin se seikka, että kiinteistöön on saatu lainhuuto toisen puolison nimiin, ei sulje omistusoikeuden ratkaisemista pesänjakajan toimivallan ulkopuolelle. Pesänjakaja ei vain totea, vaan hän myös niin vaadittaessa tutkii. Kysymys ei ole kirjaamiseen liittyvästä asiasta eikä yksinomaisesti tuomioistuimen toimivaltaan kuluva asiasta. Näin ollen se on täysin pesänjakajajärjestelmään sen tavoitteiden puitteissa luontevasti liittyvä asia. Ennakkoratkaisu KKO:1979-II-125 on siten vain selventävä, ei varsinaisesti kiperä tapaus:

Oikeuden määräämän pesänjakajan ryhtyttyä toimittamaan aviopuolisoiden omaisuuden ositusta ja erottelua toinen puoliso vaati alioikeudessa vireille panemassaan kanteessa, että hänen selitettäisiin omistavan jaettavana olevat asunto-osakkeet. Koska pesänjakajan toimivaltaan kuului tuon toimituksen yhteydessä ratkaista kysymys osakkeiden omistusoikeudesta, eikä puolisoilla niin ollen ollut oikeudellista tarvetta erikseen saada tuomiota mainitusta seikasta, kanne jätettiin tutkimatta.

Puolisoiden välisessä suhteessa nimiperiaatteen kiistäminen osituksessa on aina mahdollista. Suhteessa velkojaan ulosmittaus puolestaan katkaisee tehokkaasti riitautusmahdollisuuden. Velkojan on voitava luottaa nimiperiaatteeseen. *Salainen*

omistusoikeus ei saa vaarantaa velkojan etua. Asiaan liittyvä, omistusoikeutta kiinteistöön koskeva ennakkoratkaisu KKO:1992:168 on edelleen merkityksellinen. Tapauksen otsikko on seuraava:

Kiinteistö oli ostettu miehen nimiin ja mies oli yksin saanut lainhuudon siihen. Kiinteistön tultua ulosmitatuksi miehen veloista vaimo oli kanteessaan väittänyt, että kiinteistö oli tosiasiassa ostettu heidän yhteiseen lukuunsa, ja vaatinut omistusoikeutensa vahvistamista puoleen kiinteistöstä. Vaimo ei voinut tehokkaasti vedota väittämänsä omistusoikeuteen miehen ulosmittausvelkoja vastaan. Kanne hylättiin. (Ään.)

Edellinen ratkaisu on saanut äskettäin rinnalleen yhdensuuntaisena ennakkoratkaisun KKO:2003:82. Siinä etsittiin suhdetta *konkurssivelkojiin*. Ratkaisun otsikko on seuraava:

Kiinteistö oli ostettu A:n nimiin ja hän oli yksin saanut lainhuudon siihen. A:n vaimo B oli yhdessä A:n kanssa rahoittanut kiinteistön oston sekä kiinteistölle myöhemmin rakennetut rakennukset ja avioparin kesken kiinteistö rakennuksineen oli ymmärretty yhteisesti omistetuksi. Tämän jälkeen A asetettiin konkurssiin. Kiinteistö kuului A:n konkurssipesään lukuun ottamatta vaimon omistamaa osuutta eli puolta kiinteistön rakennuksista. Ks. KKO:1992:168

Sen ohella, että uusi ratkaisu on johdonmukainen aikaisemman ks. maininnoin viitatus ratkaisun kanssa - ulosmittausvelkojaa ja konkurssivelkojaa ei tule asettaa eri asemaan - olennaista on huomata, että ratkaisussa tietoisesti rikotaan mekanistinen *kiinteistö/ainesosa*-suhde. Kiinteään omaisuuteen ei suhteessa kolmanteen voi olla tehokasta salaista omistusoikeutta, mutta irtain, jota ei koske erityinen kirjajärjestelmä, seuraa omia sääntöjään. Siksi puolisoiden *tarkoitus*, jota jo alioikeus rohkeasti puolsi, sai keskeisen merkityksen asiaa ratkaistaessa. Avioliitto sinänsä sitä vastoin ei tässäkään tapauksessa luonut mitään yhteisomistusolettamaa.

Asunto-osakeyhtiön osakkeiden lunastamista koskevassa ennakkoratkaisussa KKO:2004:91 puolisoiden asema omistajina on tullut toisella tapaa kiintoisasti esille. Ratkaisun otsikko on seuraava:

Asunto-osakeyhtiön yhtiöjärjestyksen mukaan osakkeenomistajalla oli oikeus lunastaa yhtiön ulkopuoliselle uudelle omistajalle siirtyvät osakkeet. Aviopuolisot A ja B, joista vain A oli osakkeenomistaja, ostivat yhdessä asuinhuoneiston hallintaan oikeuttavan yhtiön osakkeen. Osakkeenomistaja C esitti määräajassa lunastusvaatimuksen B:n ostamasta osakkeen määräosasta.

Korkeimman oikeuden ratkaisusta ilmenevillä perusteilla osakkeen kauppaa pidettiin kokonaan lunastuksenalaisena ja C:n lunastusvaatimuksen olisi siten pitänyt koskea myös A:n saantoa. (Ään.)

Tämä ratkaisu ilmentää ensi näkemältä eräänlaista yhteisen pesän henkeä. Yhteisomistajina puolisoita käsitellään yhdessä, vaikka vain toinen on uusi omistaja suhteessa yhtiöön.

Ratkaisun perusteet ovat kuitenkin toisaalta osakeyhtiöoikeudellisia ja toisaalta yhteisomistuksen luonteeseen liittyviä. Osalunastuksen salliminen olisi vastoin sitä periaatetta, että osakkeet pääsääntöisesti muodostavat kokonaisuuden ja toisaalta saattaisi yhteisomistajan tälle epäedulliseen asemaan. Tässä äänestysratkaisussa vähemmistö olisi tulkinnut lunastussäännöksiä muodollisesti kiinnittämättä enempää huomiota tulkintojen vaikutuksiin.

Vaikka ratkaisun lopputulos toimi tässä tilanteessa ostajan eduksi, kokonaisuutena se on johtamassa päinvastaiseen suuntaan. Yhteinen osto on osakkeiden mahdollisen myöhemmän lunastuksen kannalta riskitoimi.

2.2.2 Puolisolla on oikeus maksaa tasinko rahana

Tasinko on avio-oikeusjärjestelmän keskeinen työväline. Osituslaskelman ja mahdollisen sovittelun jälkeen vähemmän avio-oikeuden alaista omaisuutta omaavalla puolisollla on oikeus tasinkoon. Avio-oikeus toteutetaan viime kädessä tasinkoa luovuttamalla.

Oikeus maksaa tasinko rahana (AL 103.1 §) on tasinkoa luovuttavalle puolisolle annettu keskeinen oikeus puolustaa tehokkaasti esineellistä omistusoikeuttaan. Avio-oikeuden toteuttamiseen liittyvä omistusinterventio on ensi sijassa *määrälli-*

nen, ei esineellinen. Tasingon määrän käytyä *osituslaskelman* myötä selville puoliso voi pitää oman omaisuutensa luovuttamalla toiselle ositustaholle tasingon rahana. Kysymys ei, kuten toisinaan erheellisesti luullaan, ole millään tavoin *lunastamisesta*. Omistajapuoliso ei osituksessa joudu lunastamaan omaa omaisuuttaan. Tasingon saajalla ei *aviovarallisuusjärjestelmän* puitteissa ole mitään esineellistä odotusoikeutta luovuttajan omaisuuteen lukuun ottamatta erittäin rajoitetuiksi säänneltyjä AL 103.3 § n ja AL 103a §n mukaisia *otto-oikeuksia*. Ne ovat poikkeussääntöjä, joilla on yleensä vähäinen merkitys.

Niin ikään on huomattava, että ei myöskään ole perusteltua puhua minkäänlaisesta *vaihdosta* avio-oikeuden alaisen omaisuuden piirissä. Sitä tapaa, millä ja mistä *luovuttajapuoliso* tasinkona luovutettavat *rahat* hankkii ei ole laissa mitenkään rajoitettu. Tasinkorahojen ei tarvitse esineellisesti kuulua ositettavaan omaisuuteen. Myös tämä on toisinaan käytännössä unohdettu luultaessa ositettavan omaisuuden asettavan puolison päätäntävällälle ja pesänjakajan toimivallalle kiinteät rajat. Oikeus suorittaa tasinko rahana on nimenomaisesti avio-oikeuden alaisen varallisuuden esineelliset rajat sivuuttava ja siten luovuttajan esineellistä omistusoikeutta kunnioittava oikeus.

Täysin eri asia on se, että tasingon maksamisen rahana edellytetään yleensä tapahtuvan *välittömänä suorituksena*. Tästä ei laissa ole nimenomaista mainintaa, mutta oikeuskäytännössä on vanhoin, perin vanhoin ennakkoratkaisuin vakiinnutettu välittömän rahasuorituksen vaatimus (esim. KKO:1953-II-121).

Tuo käsitys on sinällään perusteltavissa *ositusjärjestelmän tarkoituksella*; toinen on velvollinen luovuttamaan toiselle omaisuuttaan ja ositus päättyy omaisuuden luovuttamiseen. Aviovarallisuusyhteys on tuolloin purettu. Tasinko ei siten vastoin sitä saavan ositustahon tahtoa voi jäädä velaksi eikä käteisen rahan asemasta ole rahasuoritusta tarkoittaen mahdollista luovuttaa esimerkiksi myöhemmin erääntyvää saatavaa. Yhtä lailla välittömyyden vaatimus liittyy ositettavan omaisuuden

arvostukseen; osituksen ajankohta on lähtökohtaisesti arvostusajankohta. Nämä seikat puhuvat vahvasti sen puolesta, että ositus päättyisi tasingon konkreettiseen luovuttamiseen.

Toisaalta yleinen prosessuaalinen käsitys päätöksen lainvoimaisuudesta suorituksen edellytyksenä johtaisi toiseen, *lainvoimaisuutta* luovutuksen edellytyksenä puoltavaan näkemykseen. Vasta silloin on viime kädessä selvillä, mitä ja millaisin edellytyksin tulee luovuttaa. Esimerkiksi ennakkoratkaisussa KKO:1985-II-190 korkein oikeus näyttää kuitenkin jatkaneen vanhaa välittömän suorituksen vaatimusta koskevaa traditiota. Ratkaisussa oli kysymys tasingon maksamista koskevan suorituskanteen tutkimisesta osituksen moitekanteen vireillä ollessa. Korkeimman oikeuden kannan mukaan kante tuli tutkia. Ennakkoratkaisun otsikko on seuraava:

A vaati moitekanteella, että tasinkoa, jonka hän pesänjakajan toimittaman osituksen mukaan oli velvollinen maksamaan B:lle, alennettaisiin. KO hylkäsi kanteen. Moitejutun ollessa vireillä HO:ssa B nosti tasinkoa koskevan suorituskanteen. KO jätti kanteen tutkimatta sillä perusteella, että moitejuttu oli vielä HO:ssa vireillä. HO jätti suorituskannetta koskevan KO:n päätöksen lopputuloksen pysyväksi, koska moitejuttua ei ollut tuomioistuimessa lopullisesti ratkaistu eikä B siten ollut oikeussuojan tarpeessa.

Kun B:n suorituskannetta ei olisi pitänyt sanotuilla syillä jättää tutkimatta eikä juttu ollut A:n ja B:n oikeudenkäynnin aikana tekemän tasingon maksamista koskevan sopimuksen vuoksi välittömästi KKO:ssa ratkaistavissa, juttu palautettiin KO:een.

Koska täsmällinen ja jyrkkä sitoutuminen osituksen päättymisen hetkeen olisi käytännössä varsin vaikea toteuttaa avioero-osituksessa ja koska pesänselvittäjä luovuttaa tasingon kuolinpesän ollessa luovuttajatahona (PK 21:16), on pesänjakajalla kuitenkin katsottu olevan oikeus päättää siitä, mikä on maksamattomalle tasingolle laskettavan *viivästyskoron eräpäivä*.. Tämä on sinänsä yhdenmukaista sen kanssa, että pesänjakaja viime kädessä päättää myös osituksen lopullisesta toimittamishetkestä. Ennakkoratkaisun KKO:1997:106 perusteluissa korkein oikeus ohimennen toteaa:

Pesänjakajalla on toimivalta määrätä osituksessa rahana maksettavalle tasingolle eräpäivä. Tasinkovelalle on suoritettava korkolain 5 §:n 1 momentin mukaista viivästyskorkoa näin määrätystä eräpäivästä.

Kuten tämäkin perustelu osoittaa, välittömyys tasingon luovuttamisessa rahana ei välttämättä ole fyysistä. Rahan luovutus ei ole osituksen loppuun saattamisen edellytys. *Viivästyksen reagoidaan korolla.* Tämä on kuitenkin eri asia kuin välittömän rahasuorituksen ja velkasuhteen välinen ero. Jos tasinkovelvollinen puoliso ei ilmoita käyttävänsä oikeuttaan tasingon maksamiseen rahana, hän joutuu velkasuhdekiellon vuoksi luovuttamaan tasingon esineellisesti tai suostumaan pesänjakajan valitsemaan tasinkoon.

Erikseen on huomattava, että ositusta toimittavalla pesänjakajalla ei toimivaltansa puitteissa pääsääntöisesti ole oikeutta estää rahasuoritusta. Vaikka pesänjakaja toimitusjaossa viime kädessä muodollisesti päättää tasinkona luovutettavasta omaisuudesta, hänen päätäntävaltansa ei ohita luovuttajan AL 103.1 §n mukaista valintavaltaa. Oikeus luovuttaa tasinko rahana on eräänlainen luovuttajalle ALn aviovarallisuusjärjestelmän mukaan kuuluva perusoikeus osituksessa. Saatuaan osituslaskelman sekä mahdollisen sovittelun pohjalta tietää tasingon määrän puoliso voi halutessaan valita rahaluovutuksen ja sivuuttaa näin esineluovutuksen. Pesänjakaja ei toimitusosituksessa voi tätä oikeutta harkinnanvaraisesti syrjäyttää, vaikka toinen puoliso vaatisi esineellistä luovutusta tai omaisuuden myyntiä. Hänen on kunnioitettava omistusoikeutta. Tätä sinänsä ALn järjestelmän valossa selkeää asiaa valaisevan ennakkoratkaisun KKO:1971-II-76 otsikko on seuraava:

Kun osituksessa se puoli, jonka tuli luovuttaa omaisuutta, sai sellaisen omaisuuden sijasta, jonka hän tahtoi itse pitää, antaa rahaa omaisuudelle osituksessa määrätyn arvon mukaan eikä ositettavan omaisuuden myyminen näin ollen ollut tarpeen osituksen toimittamiseksi, hylättiin pesänjakajan PK 23 luvun 8 §:n 2 mom:n nojalla tekemä esitys ositettavaan omaisuuteen kuuluvien asunto-osakkeiden määräämisestä myytäväksi.

Vastaavasti luovuttajan valintavallan kunnioittaminen tulee näkyvästi esille ositusta moitittaessa. Mikäli ositusta muutetaan merkittävästi, tasingon luovuttajalla tulee olla mahdollisuus harkita rahasuoritushalukkuuttaan muuttuneessa tilanteessa. Tällöin ositus tulisi palauttaa pesänjakajalle. Tämä myös aikanaan jo ennakkoratkaisussa KKO:1960-II-24 ilmaistu periaatteellinen kanta on rajoitetun omistusintervention periaatteen näkyviä ilmaisuja ositusprosessissa.

Omaisuu- den myyminen pesänjakajan toimesta on viimekätinen vaihtoehto. Tällöin esille tulee yhtä lailla omistusoikeuden kunnioittaminen mahdollisimman pitkälle. Tämä kysymys on tullut näyttävästi esille uudehkossa ennakkoratkaisussa KKO:2002:105. Sen otsikko on seuraava:

Puolisolla ei ollut oikeutta hakea muutosta ratkaisuun, jolla puoliso- iden omaisuu- den ositusta varten määrätyn pesänjakajan hakemus toiselle puolisol- le kuuluvan omaisuuden määräämisestä myytäväksi oli hylätty.
Vrt. KKO 1979-II-108

Korkeimman oikeuden vahvennetun kokoonpanon perustelut kuvaavat oivallisesti asian systemaattista taustaa:

Tuomioistuimen ratkaisuun, jolla pesänjakajan hakemus on hyväksytty, hake- musta vastustaneella puolisol- la on oikeudellista tarvetta saada hakea erikseen muutosta, koska muutoksen hakeminen vasta koko ositusta koskevan moitte- en yhteydessä olisi merkityksetöntä, jos pesänjakaja on myyntimääräyksen turvin realiso- inut omaisuutta. Toisin on sen sijaan arvioitava puolison oikeutta muutok- senhakuun silloin, kun pesänjakajan hakemus on hylätty ja tämä on tyytynyt hylkäävään ratkaisuun. Puolison väite siitä, että toimitus olisi pitänyt suorittaa omaisuus myymällä, on toimituksen joutuisan loppuun- suorittamisen kannalta tarkoituksenmukaista ratkaista vasta koko toimitusratkaisua koskevassa moiteoi- keudenkäynnissä

2.2.3 Puolison oikeus valita tasinkona luovutettava omaisuus

Puolison lähtökohtainen oikeus itse valita tasinkona luovutettava omaisuus silloin, kun hän ei luovuta vain rahaa, edustaa niin ikään rajoitetun omistusintervention periaatteen mukaisia ratkaisumalleja. Yksin se seikka, että puoliso ei halua tai voi käyttää tasinkona rahaa, ei avaa toiselle puolisolle mahdollisuutta osallistua tehokkaasti esineellisen tasingon valintaan. Luovuttajataho valitsee omasta avio-oikeuden alaisesta omaisuudestaan sen, mitä haluaa luovuttaa. *Nimiperiaate* ohjaa myös tasingon valintaa. Vain sen menestyksellinen sivuuttaminen omistustahtoa koskevan näytön avulla voi johtaa toisenkaltaiseen tulokseen.

Rahasuorituksen tavoin esineellinen tasingon valinta edellyttää aidosti tietoa siitä, mikä on tasingon määrä. Näin ollen pesänjakajan ei toimitusosituksessa tule ennakkollisesti pyytää luovuttajalta sitovaa kantaa siihen, mitä tämä luovuttaa. Valintatilanne tulee aidosti esiin vasta silloin, kun tasingon määrä on tiedossa. Vastaavasti - kuten edellä jo todettiin - osituksen moitteen yhteydessä tasingon määrän merkittävän muutoksen tulisi pääsääntöisesti johtaa siihen, että tasingon luovuttaja saa tilaisuuden tuon määrän mukaiseen valintaan.

Erikseen on huomattava, että valintamahdollisuus ulottuu myös *yhteisesti omistettuun* omaisuuteen. Puoliso voi luovuttaa toiselle myös osuutensa yhteisesti omistetuksi omaisuudesta. Yhteisomistajanakaan saajapuoliso ei voi sitä estää. Pikemminkin on niin, että AL 85.3 §n mukainen oikeus vaatia yhteisomistussuhteen purkamista tukee tällaista tasingon valintaa.

Yhtä lailla luovuttaja voi luovuttaa osuutensa omaisuuteen, jonka hän omistaa yhdessä jonkun toisen kanssa ellei tuosta yhteisomistussuhteesta muuta johdu. Avioliittolaissa (AL 103.1 §) ei puolison lakisääteistä valintavaltaa ole rajoitettu vain yksin omistettuun omaisuuteen. Eri asia on, että luovutettavan omaisuuden arvon tulee olla todellinen. Toisin sanoen yhteisomisteisuus ei saa tehdä omaisuudesta saajan kädessä vähempiarvoista. Se on arvostettava yhteisomistuksen mukanaan tuomien rajoitteiden mukaisesti.

Oikeuskirjallisuudessa on toisinaan katsottu, että toimitusjaossa puolison oikeus tasingon valintaan voisi väistyä silloin, kun kysymyksessä on yhteisesti omistettu omaisuus ja toinen puoliso vaatii yhteisomistuksen purkamista osituksessa. Ymmärtääkseni rajoitetun omistusintervention periaate kuitenkin rajoittaa tällöinkin osaltaan pesänjakajan mahdollisuutta tasingon valintaan. Vaikka pesänjakajalla on nähty olevan lopullinen valintavalta tasingon laadun suhteen (KKO:1975-II-24), myös hänen toimintaansa ohjaa puolison ensisijainen oikeus itse valita luovutettava omaisuus. Juuri siihen AL 98 §n linkkisäännös ALn ja PKn yhdistäjänä mitä selkeimmin viittaa velvoittaessaan ottamaan osituksessa soveltuvien osien huomioon ALn IV osan 2 luvun säännökset. PKn menettelysäännösten seuraaminen ei saisi johtaa poikkeamiseen ALn varallisuusjärjestelmästä.

Jos siis puoliso vaatii yhteisomistuksen purkamista tavoitellen omaisuuden luovuttamista kolmannelle, toinen puoliso voi yleensä estää tämän luovuttamalla osuutensa tasinkona.

2.2.4 Osituksessa ei perusteta yhteisomistussuhteita

Osituksen toimittaminen yhteisomistussuhteita perustaen ei ole osituksen tavoitteiden mukaista elleivät ositustahot siitä sovi. Jo AL 85,3 § ilmaisee selkeästi lainsäätäjän tarkoittaneen osituksen ja siihen liittyvän yhteisen omaisuuden jaon aidolla tavalla puolisojen yhteiset suhteet päättäväksi. Tuon säännöksen mukaan puolisojen välinen yhteisomistussuhde on vaadittaessa purettava osituksessa:

AL 85:3 § Jos puolisoilla on yhteistä omaisuutta, on omaisuus vaadittaessa jaettava omaisuuden osituksessa taikka erottelussa.

.

Osituksessa ja omaisuuden erottelussa pyritään lähtökohtaisesti turvaamaan puolison oikeus päästä varallisuussuhteissa mahdollisimman kattavasti eroon toisesta puolisoista. Puolisoiden yhteisomistussuhteiden purkaminen on tämän tavoitteen mukaista. Yhteisomistussuhteen perustaminen ositustahojen välille olisi näin ollen selkeästi vastoin ALn varallisuusjärjestelmän tavoitteita.

Avioliittolaissa ei toisaalta ole edellä mainittua tasingon rahana luovuttamista ja eräitä otto-oikeutta koskevia säännöksiä lukuun ottamatta erillissäännöksiä osituksen *ns. reaalisesta* vaiheesta. AL 98 §n linkkisäännön viittaus perinnönjakoa koskeviin säännöksiin tuo reaalisen jaon ohjeeksi perinnönjaon toimittamista koskevan PK 23:8n. Sitä *jäämistöoikeudellisesti tulkittaessa* yhteisomistussuhteen perustamista on hieman yllättäen pidetty yhtenä jaon toteutustapana. Siten myös osituksen yhteydessä joudutaan kysymään, avaako AL 98 §n näin kuitenkin tien yhteisomistussuhteen perustamiselle myös osituksessa?

Vastaus on lähtökohtaisesti kielteinen. Yhteisomistussuhteen perustaminen on perinnönjaossa tietyin edellytyksin mahdollinen jäämistöoikeudellisen *tasajaon periaatteen* mukaisesti. Perittävälle kuulunut omaisuus jaetaan hänen seuraajiansa kesken lähtökohtaisesti esineellisen tasan ellei testamentista tai PKn tasaussäännöksistä muuta johdu.. Tällöin yhteisomistussuhteen perustaminen on poikkeuksellisesti mahdollista silloin, kun tätä kautta omaisuuden reaaliseseen jakoon edeten voidaan turvata jako-osuuksien yhtäläisyys. Avioliitto-oikeudellinen *puolittamisperiaate* taasen on täysin eri asia. Se ei ole esineellinen periaate. Se ei ole tasajaon periaate. Yhteisomistussuhteen perustaminen osituksessa on siten tästäkin syystä vastoin ositusjärjestelmän keskeisiä tavoitteita.

Tässä yhteydessä on syytä todeta, että puolittamisperiaatteen ja tasajaon periaatteen valitettava sekoittuminen käsitteinä ovat toisinaan tulleet näkyviin korkeinta oikeutta myöten; viimeksi ennakkoratkaisun 2003:29 yhteydessä kahden jäsenen

puoltamassa esittelijän mietinnössä. Perhe- ja jäämistöoikeuden tenteissä tuo erhe on perin yleinen.

Kuten edellä jo on todettu, AL 98 §n mukainen liittymä PKn jakomenettelyyn ei suoranaisesti oikeuta sivuuttamaan ositusjärjestelmää. Myös yhteinen omaisuus on aidosti jaettava eikä yhteisomistussuhdetta aikaisemmin erikseen omistettuun omaisuuteen pitäisi yleensä perustaa ilman erityisen perusteltua syytä.

AL 98 §n valossa on puollettavissa sellainen näkemys, että yhteisomistussuhteen perustaminen voi tulla kysymykseen, jos se poikkeuksellisesti yksittäistapauksessa olisi nähtävissä ositusjärjestelmän mukaisena tai ositusjärjestelmän valossa *ositustahoa suojaavana* ratkaisumallina. Ositettavan varallisuuden jakamisen vaikeus sinänsä ei kuitenkaan ole riittävä peruste puolisoiden sitomiseksi yhteen yhteisomistuksen avulla heidän - ainakin toisen ositustahon - halutessaan varallisuus oikeudellisesti eroon toisistaan. Viimekätisenä ratkaisumallina on aina käytettävissä omaisuuden myyminen PK 23:8n mukaisesti.

Kysymys yhteisomistussuhteen perustamisesta osituksessa on ollut muutaman kerran havainnollisesti esillä ennakkoratkaisukäytännössä. Osa ratkaisuista on ollut näkyviä viestejä siitä, että osituksen tarkoitus on pidettävä mielessä yhteisomistussuhteen perustamista pohdittaessa. Esimerkiksi pesänjakajan pyytämää myyntilupaa koskeneessa ennakkoratkaisussa *KKO:1994:34* päädyttiin aikaisemman linjan mukaisesti ilmaisemaan, että yhteisomistussuhteen perustaminen ei ole ALn säännösten mukainen ratkaisu. Ennakkoratkaisu on valitettavasti äänestyksen tulos, mutta sellaisenaan selkeä. Sen otsikko on seuraava:

Pääosan ositettavista varoista muodosti omakotitalo vuokraoikeuksineen. Pesänjakajalle myönnettiin myyntilupa, kun lunastus pesän ulkopuolisilla varoilla ei tullut kysymykseen toisen puolison vastustaessa sitä eikä reaalin jako ollut mahdollinen. Jakoa murto-osiin ei pidetty perusteltuna, kun yhteishallinnan edellytykset puuttuivat. (Ään.)

Maininnalla siitä, että *yhteishallinnan edellytykset puuttuivat* korkein oikeus ymmärtääkseni viestii selkeästi osituksen tarkoitusta puoltavan tulkinnan puolesta. Yksin se seikka, että puoliset jo omistivat omakotitalon yhdessä ei oikeuttanut siirtämään tuota yhteisomistussuhdetta EYLn alaiseksi. Kun myöskään PK 23:8 ei tunne lunastusmahdollisuutta - näin on oikeuskäytännössä asia vakiintuneesti nähty - esineellinen omistusoikeus väistyy viime kädessä myynnin tieltä. Vastaa- vasti omistusinterventio yhteisomistussuhde aikaisemmin yksin omistettuun omaisuuteen perustaen edellyttää lähtökohtaisesti omistajapuolison suostumusta.

Sellaisesta ääritilanteesta, missä yhteisomistussuhteen perustaminen jopa toisen puolison avioliiton aikana yksin omistamaan omaisuuteen on mahdollista, on havainnollisena esimerkkinä uudempi ennakkoratkaisu KKO:1997:157. Siinä oli kysymys tilanteesta, missä pesänjakaja pyysi myyntilupaa PK 23:8n nojalla myydäkseen toisen puolison omistaman kiinteistön tasingon maksamista varten. Myyntilupahakemuksen asteelle tapaus eteni puolisoitten oltua erimielisiä tasingon määrästä ja enemmän omistavan puolison vaadittua sovittelua, joka olisi laskenut tasingon määrää. Tässä tilanteessa pesänjakajan toimittama myynti ennen osituksen sovitteluvaatimuksen lopullista ratkaisemista olisi voinut merkitä toisen puolison oikeusturvan olennaista vaarantumista. Hän olisi menettänyt omistusoikeutensa epätietoisena tasingon määrästä.

Tapaus jatkaa siten jo aikaisemmin ennakkoratkaisuin omaksuttua *turvaamistavoitteista* tulkintalinjaa. Siksi jutun otsikkoon on, kuten seuraavassa havaitaan, liitetty *ks. viittaus* aikaisempiin ratkaisuihin:

Pesänjakaja pyysi perintökaaren 23 luvun 8 §:n 2 momentissa tarkoitettua lupaa saada myydä miehen yksin omistama tontin vuokraoikeuden rakennuksineen. Tasingon määrästä oli riitaa miehen esittämän sovitteluvaatimuksen vuoksi. Ositus oli käsillä olevassa tapauksessa tarkoituksenmukaisinta toimittaa kiinteistöä myymättä ja se oli toimitettavissa perustamalla tarvittaessa yhteisomistussuhde siihen. Pesänjakajan hakemus hylättiin. Ks. KKO:1983-II-167 KKO:1990:75

Tällainen yhteisomistussuhteen perustaminen on siis sallittua ja ositusjärjestelmän puitteisiin sinällään soveltuvaa. Tilan ennenaikainen myyminen olisi merkinnyt sellaista omistusinterventiota, joka olisi tehnyt tyhjäksi enemmän omistavan puolisoiden muiden oikeuksien käytön osituksen edetessä pitemmälle. Tällöin voimme puhua puolison oikeuksia turvaavasta yhteisomistussuhteen perustamisesta.

Vastaavasti esimerkiksi ratkaisussa KKO:1990:75 omistajapuoliso ei tarjonnut välitöntä rahasuoritusta. Näin ollen yhteisomistussuhteen perustaminen suojasi myös hänen omistusoikeuttaan. Sitä vastoin yhteisomistussuhteen perustaminen vain jaon vaikeuden vuoksi olisi epäilemättä ongelmien lakaisemista maton alle. Tällaisiakin osituksia on kuitenkin tehty.

Uusimmasta oikeuskäytännöstä on löydettävissä yhtä lailla kiintoisa omaisuuden myyntiin liittyvä ennakkoratkaisu KKO:2002:121. Ratkaisun otsikko on seuraava:

Kysymys siitä, voitiinko pesänjakajalle antaa määräys puolisoiden yhdessä omistaman kiinteän omaisuuden myymiseen osituksen toimittamiseksi.

Kuten lyhyt bibliografinen otsikko osoittaa, perustilanne sinänsä oli jossain määrin edellisistä poikkeava. Puolisot omistivat yhdessä kiinteää omaisuutta. Mutta yhtä lailla myynti tällöinkin merkitsee puuttumista omistusoikeuteen. Asiaa tosin mutkisti se, että puolisot olivat harjoittaneet maatilataloutta siten, että toinen puoliso vastasi pääelinkeinona karjataloudesta ja toinen sivuelinkeinona villisikojen tarhauksesta sekä ravintolatoiminnasta.

Korkein oikeus otti käyttöön mielenkiintoisen ilmaisun. Se pohti onko omaisuuden jako toimitettavissa ”osituksen keinoin”. Perustelujen mukaan ”tämä tarkoittaa sitä, että yhteisomistussuhde voi tulla puretuksi, kun enemmän omaisuutta omista-

va joutuu luovuttamaan omaisuuttaan toiselle puolisolle niin sanottuna tasinkona”. Eli toisin sanoen lähtökohtana oli omistuksen suoja. Kun tasingon luovuttaminen ja velkojen järjestely AL 88 §n mukaan eivät olleet mahdollisia, siirryttiin AL 98 §n linkkisäännön myötä PK 23:8n sisältöön. Ja tuota jäljempänä lähemmin esille tulevaa säännöstä soveltaen asiassa jäi harkittavaksi yhteisomistussuhteen pysyttäminen tai omaisuuden myynti.

Ratkaisussa pohditaan yhteisomistussuhteen pysyttämistä puoltavia ja myyntiä puoltavia seikkoja. Ensiksi mainittuna tulee esille mahdollisuus jakaa omaisuus osituksen jälkeen kiinteistötoimituksessa. Ja toiseen suuntaan puhuu tilanpidon jatkuvuuden vaarantuminen. Lopputuloksena tästä harkinnasta on myynnin salliminen. Täsmällisempi punninta vaihtoehtojen kesken tuomioistuimelta jäi kuitenkin tekemättä. Kysymys on uudesta kielenkäytöstä perusteluissa; asioita punnitaan. Mutta punnuksista ei aina kerrota riittävästi. Tällöin punninta ei juurikaan poikkea perinteisestä, paljon kritisoidusta katsomisesta.

2.3 Menettelykytkentä jäämistöoikeuden järjestelmään

Kun AL 98 §n edellä jo useampaan otteeseen mainittu linkkisääntö ohjaa soveltaamaan perinnönjakoa koskevaa perintökaaren (PK) 23 lukua ositukseen *noudattamalla sen ohessa* AL IV osan 2 luvun säännöksiä, joudutaan kahden olennaisella tavalla erilaisen järjestelmän tulkinnalliseen yhteensovittamiseen. Se menettely, mihin osituksessa ja omaisuuden erottelussa turvaudutaan, on varsinaisesti säädetty perinnönjakoa eli *perinnönyhteyden lakkauttamista* varten. Kysymys on tuolloin seuraannon järjestämisestä, ei yhdenvertaisten osapuolten keskinäisten, tiettyyn järjestelmään liittyvien varallisuussuhteiden purkamisesta. Kahden erilaisen toimituksen menettelyllisessä yhdistämisessä kohdataan väistämättä merkittäviä vaikeuksia. Sen jo edelliset yhteisomistusta koskevat ongelmat ymmärtääkseni selkeästi osoittivat.

Käytännössä on tavallista - valitettavan tavallista - hoitaa ositus ja perinnönjako ikään kuin yhtenä toimituksena. Osin yhtenäinen menettely ei saisi siihen johtaa. Ositus kun edeltää perinnönjakoa. Osituksen lopputulos vaikuttaa siihen, millaiseksi jäämistö muodostuu. Ja osituksessa ratkaistaan - ellei toisin sovita - vain ositukseen kuuluvia asioita. Esimerkiksi lesken PK 3 luvun mukaisen suojan käsittely ei, vaikka joskus on toisin kirjallisuudessa esitetty, kuulu osituksen sisältöön. Ainoan poikkeuksen tekee lesken vaatimus tilanpidonjatkajaksi tulosta PK 25 luvun mukaan. Se käsitellään PK 25:9n nimenomaisen määräyksen nojalla jo osituksessa.

Ajallisesti kiintoisalla tavalla toimituksia yhdistää se, että niitä ei saa toimittaa ennen perittävän velkojen maksamista tai vakuuden asettamista niistä (PK 21:6). Tämäkään seikka ei kuitenkaan anna aiheuttaa yhdistää toimituksia sisällöltään. Kysymys on eri asioista ja esimerkiksi perintö- sekä esineosuuksien luovutuksien vaikutukset perinnönjaossa jäävät paljossa riippumaan osituksen lopputuloksesta. Tämä kysymys on viimeksi ollut kiintoisalla tavalla esillä uudessa ennakkoratkaisussa KKO:2004:107, missä muodollisesti oli kysymys lahjakirjan muodosta. Ratkaisun otsikko on seuraava:

Leski, jolla oli avio-oikeus puolisonsa omaisuuteen, luovutti lahjakirjan mukaan "omistamansa osuuden" puolisonsa kuolinpesästä, joka käsitti vain kiinteistön.

Kun ositusta ei ollut toimitettu eikä tasingon maksutavasta siten ollut päätetty, leski ei vielä lahjoitushetkellä omistanut määräosaakaan kuolinpesään kuuluneesta tilasta. Luovutuksen kohteena oli vain lesken oikeus saada avio-oikeuden nojalla tasinkoa puolisonsa perillisiltä. Lahjakirjaa ei siten tarvinnut tehdä maakaaren 2 luvun 1 §:ssä säädetyssä muodossa. (Ään.)

Nykyisin lienee osituksen ja jäämistöoikeuden järjestelmän liittymän ongelmien yhteydessä jo klassisena pidettävä kysymystä siitä, millainen toimivalta *pesänjakajalla* on osituksessa. PK 23 luvun ns. sanamuodon mukainen tulkinta yhdistettynä AL 103.1 §n vastakohtaistulkintaan johtaisi siihen, että *pesänjakajalla*

katsottaisiin olevan yksinomainen toimivalta *tasingon valinnassa*. Toisin sanoen pesänjakaja syrjäyttäisi tyystin puolison ja päättäisi omistusintervention esineellisestä toteutuksesta. Tällaisia tulkintoja on myös aikaisemmin esitetty. Avio-oikeusjärjestelmän ydin sivuutettaisiin hakemalla pesänjakajaa.

Systemaattinen, ALn varallisuus oikeudellisen järjestelmän huomioon ottava tulkinta taas johtaa perustellusti edellä jo kuvatulla tavalla siihen, että tasingon valinta on tasinkoa luovuttavan puolison oikeus. Puolisolle on tasingon määrän tultua selville varattava tilaisuus joko luovuttaa tasinko rahana tai valita tasinkona luovutettava omaisuus.

Näitä puolison ratkaisuja pesänjakajan on kunnioitettava ellei valinta osoittaudu *shikaaninomaiseksi* tai muutoin hyvän tavan vastaiseksi. Vasta tällöin puolison oikeus valita tasinko syrjäytyy. Pesänjakaja on siten ylimääräinen suojaelementti myös tasingon valinnassa. Tästä ollaan nykyisin oikeuskirjallisuudessa yksimielisiä, vaikka ennakkoratkaisutasolta on löydetävissä varhempia, toisensuuntaiselta ensi näkemältä vaikuttavia kannanottoja; erityisesti ennakkoratkaisu KKO:1975-I I- 24 .Sekin on sittemmin saanut oikeuskirjallisuudessa systeeminmukaisen tulkinnan.

Vaikeampaa on löytää käytännössä tilanteita, joissa aidosti voitaisiin puhua *shikaanista*. Jos näet luovutettavalla omaisuudella on *vaihdanta-arvoa*, ei yksin se seikka, että toisella puolisoilla on esimerkiksi emotionaalisia syitä vastustaa sen vastaanottoa, voi olla riittävä peruste. Syiden tulee ensi sijassa olla taloudellisia, *omaisuuden arvoon saajan kädessä* liittyviä. Tyypiesimerkkinä voidaan pitää tilannetta, missä omaisuus saajapuolison käsissä menettäisi merkittävästi arvoaan tai jo sen vastaanotto edellyttäisi sellaisia kustannuksia, jotka tekisivät saannon saajalleen olennaisesti vähemmän arvokkaaksi.

Jonkin verran ongelmallisemmaksi on osoittautunut kysymys siitä, tulisiko pesänjakajan ottaa tasingon valinnassa huomioon tasinkoa saavan puolen tekemä *testamentti* toimittaessaan osituksen toisen puolison kuoltua. Käytännössä esiintyy toisinaan tapauksia, joissa henkilö tekee testamentin pitäen silmällä tavanomaisessa osituksessa itselleen mahdollisesti tulevaa omaisuutta. Testamentissa ennakoidaan osituksen lopputulos. Tällainen testamentti luo pesänjakajalle ensisijaisesti *eettisen* velvoitteen, mutta ei voi sitoa häntä. Testamentti ei myöskään voi sivuuttaa luovuttajapuolison valintavaltaa eikä oikeuttaa pesänjakajaa sen syrjäyttämiseen. Vanha periaate testamentin täyttämisestä antajan osasta on edelleen tulkintojen peruslähtökohta. Testaattori ottaa siten aina riskin tehdessään testamentin omaisuudesta, joka ei tuolloin ole hänen nimissään tai siirry hänen nimiinsä ennen kuolemaa..

Erittäin keskeinen perimyksen ja osituksen suhdetta koskeva ongelma liittyy taas siihen, ketkä milloinkin ovat osituksen *asianosaisia*. Tämä osituksen vireillepanon yhteydessä lähemmin käsiteltävä ongelma pohjautuu siihen, että AL ei tunne kuolinpesän osakasta osituksen asianosaisena. Laissa puhutaan vain *perillisestä*.

AL 85.1 § Kun avioeroa koskeva asia on vireillä taikka kun avioliitto on purkautunut, omaisuuden ositus on toimitettava, jos puoliso tai kuolleen puolison perillinen sitä vaatii.

Oikeuskirjallisuudessa onkin vakiintuneesti todettu, että *ositus ei ole yhteishallintoasia*. Toisin sanoen perilliset eivät osallistu ositukseen kuolinpesän osakkaina eikä heitä edusta osituksessa *pesänselvittäjä*. Vasta silloin, kun tasinkoa luovutetaan kuolinpesästä, tulee pesänselvittäjä kuvaan mukaan hallitessaan pesää. Hän luovuttaa tasingon, josta perilliset tahi pesänjakaja ovat päättäneet. Kun velkojien mahdollisuudet saada kuolinpesä pesänselvittäjän haltuun ovat PK 21 luvun muutoksen myötä marraskuusta 2004 lähtien kasvaneet, osituksen jääminen pesän hallinnon ulkopuolelle on tullut entistä merkittävämmäksi seikaksi.

Täysin selvältä AL 85 §n merkitys käytännössä ei kuitenkaan näytä. Korkein oikeus on näet antanut ratkaisun, jossa yhtenä perusteluna kielteiselle käsitykselle osituksen toimittamismahdollisuudesta on yllättäen käytetty perilliseltä tuolloin puuttunutta osakkuutta. Tuon puolison perintöoikeutta ja siihen liittyvää osituksen käynnistysmahdollisuutta koskevan ratkaisun *KKO:1997:107* ennakkoratkaisuarvo on, vaikka samansuuntainen ratkaisu *KKO:1999:104* jopa vahvennetussa jaostossa annettuna viestii vahvasti korkeimman oikeuden näkemyksestä, kuitenkin kyseenalainen sekä kokonaisuudessaan että ennen kaikkea mainitun perustelun osalta. Vaikka nuo ennakkoratkaisut sinänsä hyväksyttäisiin, mitä en omalta osaltani edelleenkaan haluaisi suositella, on pidettävä erillään asianosaisasema osituksessa ja osakkaana toimiminen kuolinpesässä.

AL 98 §n ja PK 23 luvun keskinäinen suhde aikaansaa toisinaan myös puhtaasti säännösten tuntemattomuudesta aiheutuvia ongelmia. Korkeimpaan oikeuteen saakka on muutama vuosi sitten tullut tapaus, jossa koetettiin väittää, että osituksen moitteesta ei ole laisinkaan säännöksiä. Tällöin vedottiin siihen, että AL 98 §n sanamuoto ei viittaa PK 23 luvun moitesäännöksiin. Väite ei menestynyt eikä se edes näy julkaistussa tapauselostuksessa. Muutoksenhakijalta oli unohtunut AL 106 §, joka ohjaa käyttämään osituksen moitteeseen perinnönjaon moitetta koskevia PK 23 luvun säännöksiä. Onkin muistettava, AL 98 § ei ole ainoa osituksen ja perinnönjaon suhdetta järjestävä säännös. Mutta se on lyhydestään huolimatta tärkein säännös aloittaessaan osituksen toimittamista koskevan luvun avioliittolaisissa:

.

AL 98 § Ositus on toimitettava siinä järjestyksessä, kuin perinnönjaosta on säädetty, noudattamalla sen ohessa, mitä tässä luvussa sanotaan.

2.4. Varallisuusjärjestelmän aikarajaisuus

Avioliittolain varallisuusjärjestelmän erikoisuuksiin kuuluu sen varsin tiukka *aikarajaisuus*. Osituksen näkökulmasta avioliitto ja avioyhteys eivät muodosta yhtenäistä ajallista jatkumoa. Osituksessa ei lähtökohtaisesti pureta avioliiton solmimisen ja osituksen toimittamisen välistä puolisojen varallisuussuhteistoa koko tuolta ajalta ja tuota aikaa yhtenä jaksena pitäen. Aika avioliiton solmimisesta ns. *ositusperusteen* syntyyn ja aika ositusperusteen synnystä ositukseen eroavat osin merkittävästikin toisistaan. Tämä on jäänyt usein käytännössä havaitsematta niin asianosaisilta kuin pesänjakajiltakin.

Erityisesti *avio-oikeuden* toteuttamisessa ositusperusteen syntyhetkeen sidottu ns. *katkaisuvaikutus* näyttelee merkittävää osaa. Aika ennen katkaisuvaikutusta on se aikajakso, jolloin *avioyhteys* nimenomaisesti järjestelmänä vaikuttaa puolisojen kesken. Katkaisuvaikutushetki (AL 90 §) muuttaa merkittävällä tavalla sekä heidän keskinäistä asemaansa että lesken ja ensiksi kuolleen perillisten välistä suhdetta.

Keskeisimmät katkaisuvaikutukseen liittyvät järjestelmämuutokset ovat aviovarallisuuden (AL 90 §) ja velkojen (AL 99 §) kertymän katkeaminen. AL 90 § on saanut uuden muodon marraskuun alussa 2004 PK 21 luvun muuttamisen yhteydessä. Säännöksen asiasisältö ei kuitenkaan muuttunut. Vain vuoden 1987 lainmuutoksen yhteydessä syntynyt erheellinen viittaus pesänjakajan määräämiseen poistettiin. Säännös on nyt seuraavan sisältöinen:

90 § Omaisuuden ositusta toimitettaessa on omaisuutena, johon toisella puolisoilla ei ole avio-oikeutta, pidettävä:

- 1) omaisuutta, jonka puoliso on ansainnut taikka saanut perintönä, lahjana tai testamentin nojalla avioliiton purkaututtua toisen puolison kuoleman vuoksi;
- 2) omaisuutta, jonka puoliso on ansainnut taikka saanut perintönä, lahjana tai testamentin nojalla sen jälkeen, kun avioeroa koskeva asia on tullut vireille.

Poiketen siitä, mitä 1 momentin 2 kohdassa säädetään, toisella puolisollla on kuitenkin avio-oikeus kohdassa tarkoitettuun omaisuuteen, jos avioeroa koskeva asia on rauennut muusta syystä kuin sen vuoksi, että puoliso on kuollut asian vireillä ollessa.

Ositus on lähtökohtaisesti *taakse päin katsova toimitus*. Avioyhteyden aiheuttamat varallisuussuhteet pyritään siinä järjestämään niin, että avioyhteyden vaikutukset päätetään kattavasti, ellei toisin sovita. Sitä vastoin ositus ei pääsääntöisesti ole puolisojen tulevaisuuden järjestämisen väline.

Osituksen *sovittelussa* voidaan tosin rajoitetusti, erittäin rajoitetusti ottaa kantaa puolisojen tulevaisuuteen. Ensisijainen väline tuohon tarkoitukseen on kuitenkin puolisojen elatus. Puolison elatusvelvollisuus toista puolisoa kohtaan sinänsä päättyy pääsääntöisesti avioeroon (AL 46 §). Mutta erityisistä syistä toinen puoliso voidaan velvoittaa maksamaan elatusapua myös eron jälkeiseltä ajalta (AL 47 §).

Erityinen syy ei kuitenkaan ole yksin se, että puoliso on ollut avioliiton aikana kotona. Elatusavun saamiseen vaaditaan jotain enemmän. Asia on viimeksi ollut näyttävästi esillä ennakkoratkaisussa KKO:2004:104. Siinä osoitetaan, että yksin työelämään palautumisen mahdollinen hankaluus ei ole riittävä elatusavun määräämisen peruste.

Koko lailla monista aikarajaisuuden tunnistamisen ongelmista on tässä yhteydessä syytä mainita kolme systemaattisessa katsannossa merkittävää seikkaa; suhtautuminen ositusperusteen synnystä alkavan ns *välitilan* aikaisiin luovutuksiin käsitys *puolison asumisoikeuden* taloudellisista vaikutuksista sekä kysymys osituksen vaikutuksesta *lesken asemaan kuolinpesän osakkaana*. Kaikkien kolmen ongelmaryhmän käsittelyssä käytännössä on nähtävissä taipumusta ongelman systemaattisen tunnistamisen sijasta yleisluonteisiin, aikarajat unohtaviin kokonaisratkaisuihin. Siksi asioita on osin lähestytty viime aikoina myös ennakkoratkaisuin.

2.4.1 Restituution edellytykset

Kun ositettava omaisuus määräytyy *ositusperusteen syntyhetken* mukaisesti ja kun ositettavan omaisuuden arvo taasen määräytyy säännöksittä - edellä mainittuun tapaan vakiintuneen, ositusjärjestelmän tavoitteiden mukaisen käytännön nojalla - *ositusajankohdan* mukaisesti, aiheuttavat erilaiset ositusperusteen syntyhetken ja osituksen toimittamisen välisen ns *välitilan* aikaiset luovutukset poikkeaman arvostuksen yksinkertaisesta esineellisestä pääsäännöstä. Kysymys on viime kädessä siitä, miten arvostetaan sellainen avio-oikeuden alaisena ollut omaisuus, joka ei enää ole ositustahon vallinnassa konkreettisesti ositettavana?

Ennakkoratkaisussa *KKO:1997:106* on - jälleen kerran - käsitelty tätä arvostusongelmaa. Ratkaisu tarjoaa soveliaan lähtökohdan ongelmamme lähempään tarkasteluun. Ennakkoratkaisuun johtaneen kiistan lähtökohtana oli asuinhuoneiston myynti verraten pian ositusperusteen syntyhetken jälkeen. Ositusta toimitettaessa huoneiston arvo olisi ollut jo merkittävästi korkeampi. Ratkaisun otsikko on seuraava:

A oli myynyt omistamansa asunnon hallintaan oikeuttavat osakkeet ositusperusteen syntymisen jälkeen ennen osituksen toimittamista. Jutussa ei ollut väitetty, että osakkeet olisi myyty niiden käypää arvoa alemmalla hinnalla. A oli hyväksynyt osakkeiden osituksessa käytettäväksi arvoksi niistä saamansa myyntihinnan. Osakkeet otettiin osituksessa huomioon niillä myyntiajankohtana olleesta arvostaan eikä ositusajankohdan korkeammasta arvosta. Vrt. *KKO:1971-II-105 KKO:1979-II-58 KKO:1983-II-2*

Välitilan eli ositusperusteen syntyhetken ja osituksen välisiin luovutustilanteisiin lainsäätäjä on säännöstasolla varautunut vain välitilan aikaisin *vallintarajoituksin* sekä samaan AL 86 §ään sisältyvän erityisen *tilisäännön* avulla. Sen mukaan

puolison on tehtävä tili vallinnastaan ositusperusteen synnyn jälkeiseltä ajalta. Tilivelvollisuus koskee kaikkea puolison omaisuutta; siis myös avio-oikeudesta vapaata omaisuutta. Näin voidaan myöhemmin osituksessa seurata koko varallisuusmassan muutoksia. Puolisoiden keskinäinen varallisuussuhde muuttuu siten ositusperusteen syntyhetkellä eräänlaisen *kirjanpitovelvollisuuden* sisältäväksi. Luottamussuhde vaihtuu näyttövelvollisuussuhteeksi.

Lain sanamuodon mukaan avioero-osituksessa tilivelvollisuus koskisi sanamuotoa teknisesti tarkoin noudattaen vain aikaa *erosta* ositukseen. Tämä lainsäätäjän ilmeinen lapsus ALn vuoden 1987 muutosten yhteydessä voitaneen korjata systemaattisella tulkinnalla ymmärtäen AL 86 §n 2 ja 3 momenttien keskinäinen suhde aikarajallisesti yhtenäisenä tai edellyttämällä AL 37 §n nojalla riittävää muuta näyttöä huolenpitovelvoitteen noudattamisesta ositusperusteen syntyhetken ja osituksen väliseltä ajalta. AL 86. 2 ja AL 86.3 §, joissa tilistä säädetään, on syytä kirjata tässä näkyviin:

Eloojäänyt puoliso olkoon oikeutettu sanottuna aikana yksin vallitsemaan omaisuuttaan. Kuitenkin on, jos eloojäänyt puoliso tahtoo tehdä sellaisen luovutus- tai muun toimen, johon toisen puolison suostumus 38 tai 39§:n mukaan olisi tarpeen, hankittava siihen oikeuden lupa tai, jos perilliset ovat täysivaltaisia, vaihtoehtoisesti näiden kirjallinen, 66§:n mukaisesti annettu suostumus. Eloojäänyt puoliso tehköön osituksessa tilin omaisuuden vallinnasta kuolemantapauksen jälkeiseltä ajalta sekä sen tuotosta.

Milloin avioliitto on tuomiolla purettu, olkoon, kunnes ositus on toimitettu, puolisoilla avioliiton purkautuessa ollut omaisuus edelleen hänen vallittavanaan, niin kuin avioliitto vielä jatkuisi. Mitä osituksessa tehtävästä tilistä on 2 momentissa sanottu, sovellettakoon vastaavasti.

Selostettavassa ennakkoratkaisussa *KKO:1997:106*, jossa kiisteltiin kovasanaisesti puolisojen ja myös asiamiesten välillä lukuisasta määrästä eri asioita, puolison tekemä puutteellinen tili oli yksi kiistojen kohteista. Hovioikeus piti tiliä puutteellisenä ja antoi sille merkitystä asian ratkaisussa. Se oli näkyvästi esillä myös valituslupahakemukseen annetussa vastauksessa. Korkeimman oikeuden ratkaisussa tili ei kuitenkaan lopulta näytellyt enää keskeistä osaa. Ennakkoratkaisu

keskittyi *laskennallisen restituuition* käytön edellytyksiin eli kysymykseen siitä, *milloin välitilan aikana luovutetun omaisuuden arvoksi voidaan ottaa sen laskennallinen arvo ositushetkellä.*

Korkeimman oikeuden niukasti perustellussa tuomiossa lähtökohtana oli se, että kysymyksessä ei ollut myytyjen osakkeiden alihintainen luovutus. Sitä ei ollut edes väitetty. Lisäksi myyjäpuoliso oli osituksen yhteydessä hyväksynyt myyntihinnan käytettäväksi ositushintana. Näiden havaintojen jälkeen ratkaisu oli selkeä:

”Tämän vuoksi ei ole perustetta noudattaa laskennallisen restituuition periaatetta ja määrätä osakkeille osituksessa käytettävää laskennallista arvoa jakohetken hintatason mukaan. Osakkeet on otettava osituksessa huomioon niiden myyntihetken arvosta.”

Ratkaisun lopputulos on epäilemättä selkeästi oikeasuuntainen. Ns. *restituutiomalli*, jota kielellistä ilmaisua poikkeuksellisesti siis käytetään jopa korkeimman oikeuden tuomiossa, on oikeustieteessä kehitetty tilanteisiin, joissa toinen puoliso käyttää välitilan aikana vallintaoikeuttaan toisen vahingoksi. Yleisesti käytetään tässä yhteydessä ilmaisua *omaisuuden hukkaaminen*. Lähtökohtana välitilankin aikana on näet AL 37 §ssä ilmaistun *huolenpitovelvollisuuden* jatkuminen. Katkaisuvaikutus ei ulotu siihen. Mutta vastikejärjestelmän se kyllä katkaisee. Katkaisuvaikutuksen alun jälkeinen luovutus ei johda vastikkeisiin. Mahdollisen taloudellisen epäsuhtan syntyminen on korvattava muulla tavalla.

Näin ollen se oikeudellinen peruskysymys, johon tapauksessa oli vastattava, oli korkeimman oikeuden havaitsemalla tavalla kysymys siitä, oliko luovutuksen mahdollisella *alihintaisuudella* aiheutettu omaisuuden hukkaantumista toisen vahingoksi. Tällaista väitettä ei korkeimman oikeuden käsityksen mukaan ollut lainkaan tehty. Asianosaisten laajassa ja rönsyilevässä keskustelussa oikeudellisesti

merkityksellinen perusväite jäi tyystin puuttumaan; väite kaupanteon aikaan alihintaisesta kaupasta ja siten huolenpitovelvollisuuden loukkaamisesta.

Avioliitto-oikeudellisessa oppimateriaalissa on esitetty, että avio-oikeusyhteyden päättymisen alentaisi kynnystä, jonka jälkeen omaisuuden hukkaamiseen voidaan tehokkaasti puuttua. Maininnalla on otettu kantaa AL 94 §ään, joka koskee avioliiton aikaista hukkaamista ja siitä seuraavaa *vastikevelvollisuutta*. On mahdollista, että tämä sinänsä oikea lausuma on johtanut käytännössä eräänlaiseen yleisolettamaan, jossa kaiken mittapuuna pidetään sitä, mikä olisi ositushetken syntyperusteen aikaan puolisoilla olleen omaisuuden jakohetkinen arvo.

Tällainen mekanistinen ajattelu on kuitenkin vastoin ALn järjestelmän tavoitteita. Pääsääntönä hukkaamisväitteiden tarkastelussa on *omaisuuden esineellinen seuranta*. Mikäli luovutus on tapahtunut käyvään hintaan, ei kysymyksessä yleensä voi olla omaisuuden hukkaaminen. Poikkeuksina ovat ilmeisesti vain tilanteet, joissa luovutus tapahtuu erityisittä perusteita tiedossa ollutta välitöntä hintojen nousua välttäten. Muutoin puolison omaisuus on *ositusperusteen synnyn jälkeen* rajoituksitta normaalin vaihdannan alaista ellei se käyttötarkoitukseltaan ole AL 86 §ssä tarkoitettua valintarajoitusten alaista omaisuutta.

Perusteluissa ja otsikossa oleva maininta myyjäpuolison myöntymisestä myyntihetken hintaan on jossain määrin arvoituksellinen, jos ei tunne tapauksen kulkua. Se liittyy asian hoitotapaan. Kun luovutusta ei ollut edes väitetty alihintaiseksi, asia olisi voitu ratkaista yksin tuolla perusteella. Myyjäpuolison kannanotolla ei siihen nähden voinut olla merkitystä. Lausuma täytyykin ymmärtää vain myöntymyksenä tiettyyn summaan asiassa, missä sopimus on sallittu eikä vastapuolella ollut esittää vaihtoehtoa poissulkeutuvalla restitutiomallilla. Valituslupahakemuksessakin puhuttiin vain yleisesti pesänjakajan käyttämää arvoa alemmasta arvosta.

Tapauksen otsikon yhteydessä on vertailutapauksina mainittu ennakkoratkaisut KKO:1971-II-105, KKO:1979-II-58 sekä KKO:1983-II-2. Niissä kaikissa on ollut kysymys tilanteista, joissa puoliso oli *alihintaisesti luovuttanut* jotain tai *luopunut* varallisuusarvoisesta etuudesta (pesäosuus). Kysymys oli siten täysin eri asioista. Korkein oikeus halunnee vertailuviittauksin varottaa yleistämisestä aikaisempia ratkaisuja kaikkea varallisuuden luovutusta koskeviksi. Tavanomainen, puolison sallitun vallinnan puitteissa tapahtunut luovutus ei käynnistä restitutiota.

Käytännössä on niin ikään tilanteissa, joissa omaisuutta on myyty välitilan aikana - eli ennen ositusta - toisinaan haluttu vähentää mahdollinen *luovutusvoittovero* myydyn omaisuuden arvosta. On ajateltu, että näin saadaan selville omaisuuden todellinen arvo luovuttajalle ja vain se olisi osituksessa huomioon otettava arvo. Näin ei ymmärtääkseni tulisi kuitenkaan tehdä. Myöskään osituksen aikaan jäljellä olevan omaisuuden käyvästä arvosta ei vähennetä mahdollisia myöhempiä veroja. Tämäkin kanta perustuu avio-oikeusjärjestelmään sinänsä. Osituksessa ositetaan se, mikä on jäljellä alkuperäisenä tahi surrogaattina; tai hukkaamistilanteissa restitutioerä. Omaisuuden myöhempää kohtaloa ei ennakoida. Omaisuutta ennen ositusta myymällä ja verotuksen näin käynnistämällä puoliso ei voi siirtää osaa luovutuksen johdosta maksettavasta verosta toisen puolison välillisesti maksettavaksi. ALn järjestelmä ei tunne tällaista omaisuuden ja velkojen yhteyttä. Vastaavasti osituksessa ei pääsääntöisesti ole lupa ennakoida omaisuuden tulevaa myyntiä ja siitä aiheutuvia veroseuraamuksia ellei tosin sovita..

Tietyn poikkeuksen muodostavat tilanteet, joissa veroseuraamus voidaan ottaa huomion omaisuuden arvoon vaikuttavana tekijänä sen vuoksi, että omaisuutta tasingon saajana saavalta puolisolta puuttuu kelpoisuus sen hyödyntämiseen ja hänen on siksi välttämättä realisoitava omaisuus.

2.4.2 Asumiskorvaus

Avioliittolain vuoden 1987 uudistuksen yhteydessä lakiin luotiin aikaisempaa selkeämpi *yhteiselämän* pikaista päättämistä palveleva järjestelmä. Yhtenä sen välttämättömänä osana on *asumisoikeus*. Yhteiselämän lopettamispäätöksessä voidaan määrätä puolison oikeudesta jäädä asumaan yhteiseen kotiin (AL 24 §). Tästä seuraa välttämättä kysymys tuon asumisoikeuden taloudellisesta merkityksestä puolisoitten kesken. Asunnon suuruudesta, sijainnista sekä asumisoikeuden käytön pituudesta riippuen asialla voi olla merkittävä taloudellinen vaikutus osituksen lopputulokseen ja yleisemmin puolisoitten varallisuussuhteisiin.

Lainvalmistelutöissä asiaa käsiteltiin lyhyesti ja asumisoikeus todettiin tarkoitetun maksuttomaksi. Säännösten asiana ei kuitenkaan otettu kantaa. Oli syntynyt tilanne, jota on usein luonnehdittu *esitöissä säätämiseksi*. Tässä tapauksessa se koski omistajan oikeuksien tuomiooperusteisen rajoittamisen - omistusintervention - taloudellisia vaikutuksia.

Korkein oikeus on sittemmin ennakkoratkaisuissa KKO:1996:53 ja KKO:1996:54 äänestysten jälkeen todennut, että AL 24 §n mukainen asuminen toisen puolison omistamassa asunnossa ei ole vastikkeetonta. Korvausvelvollisuus alkaa puolisoitten AL 46 §n mukaisen elatusvelvollisuuden päättymisestä - ei siis katkaisuvaikutushetkestä - ja osituksessa pesänjakaja voi päättää siitä *osituksen päättymishetkeen* saakka. Tuolloin hänen toimivaltansa puolestaan katkeaa. Tämäkin on osa AL:n varallisuusjärjestelmän aikarajaisuutta.

Ratkaisut ovat epäilemättä yleisen varallisuusosoikeuden järjestelmän mukaisia. Jos asumisoikeus säädetään maksuttomaksi, siitä on aidosti säädettävä. Yksin se seikka, että kysymys on *sosiaalisesta suojaäännöksestä*, ei luo maksuttomuutta eikä katkaisuvaikutuksesta alkava välitila myöskään sellaisenaan ohjaa maksuttomuuteen. Täysin eri asia on se, että kysymys on tällöinkin läheissuhteeseen liittyvästä *kohtuullisesta* korvauksesta. Suojaäännöksen merkitystä edun nykyinen korvattavuus luonnollisesti heikentää olennaisesti.

Lainsäätäjän erettä ei kuitenkaan voitane edellä mainittujen ennakkoratkaisujen jälkeen paikata muutoin kuin lakia muuttamalla.

2.4.3. Ositus ja lesken osakkuus

Avioliiton päättyessä toisen puolison kuolemaan leskelle syntyy avio-oikeuden nojalla myös *kuolinpesän osakkuus* (PK 18:1 ja AL 86.1 §). Näin hän pääsee pesän hallintoon valvomaan etujaan. Säännöksellä on käytännöllistä merkitystä leskelle silloin, kun leski on saamassa tasinkoa perillistaholta ja esimerkiksi silloin, kun leski kiistää ensiksi kuollutta puolisoa suosivan nimiperiaatteen mukaisen omistuksen. Osakkaana leskellä on sama yleinen kelpoisuus kuin muillakin osakkailla täysin riippumatta avio-oikeuden laajuudesta.

Lakitekstin mukaan lesken osakkuus jatkuu osituksen toimittamiseen saakka. Tämä on synnyttänyt tulkintaongelmia siitä, onko kysymys osituksen tosiasiallisesta toimittamisesta vaiko sen lainvoimaiseksi tulosta. Pääsääntöisesti voidaan lainvoimaisuutta pitää ratkaisevana tekijänä. Vasta tällöin lesken suojaamisen tarve näet viime kädessä väistyy.

2.5 Tavoitteena kattava avioyhteyden päättäminen

Käytännössä tyypillisimmät yhteisomistajat yhteiskunnassa ovat puolisoita. Avioeron yhteydessä joudutaan siksi lähes aina käsittelemään tavalla tai toisella puolisoiden *yhteisomistussuhteita*. Tehtävä ei ole helppo. Lainsäätäjä on, jollei systemaattisessa katsannossa torkahtanut, ainakin ollut perin huoleton ottaessaan kantaan yhteisomistussuhteiden asemaan osituksessa. Sekä *yhteisomistussuhteen purkaminen* osituksen yhteydessä että edellä jo mainittu mahdollisuus perustaa ääritilanteessa *yhteisomistussuhde* eronneiden puolisoiden välille tuottavat

jatkuvasti käytännön ongelmia. Tarkastelen tässä yhteydessä sekä yhteisomistussuhteen purkamista että sen mahdollista jatkamista avioliiton päättyessä.

Laki eräistä yhteisomistussuhteista (EYL) ei lähtökohtaisesti sellaisenaan sovellu yleislakina puolisojen välisiin suhteisiin. Tästä on EYL 1.3 § nimenomaisena osoituksena:

Aviopuolisoiden ja jakamattoman kuolinpesän sekä yhtiön osakkaiden välisistä oikeudellisista suhteista samoin kuin yhteisestä kaivoksesta ja laivanisännistöyhtiöstä ja sijoitusrahastosta on noudatettava, mitä niistä on erikseen säädetty. Tämän lain säännösten estämättä on myös noudatettava mitä muun kuin lailla säännellyn yhtiön osakkaiden välisestä oikeudellisesta suhteesta on osakkaiden kesken katsottava sovituksi ja mitä muussa lainsäädännössä on yhteisestä omaisuudesta erikseen säädetty.

Puolisoiden välillä voi silti olla ja useimmiten myös on yhteisomistussuhteita. EYL ei sitä toki estä. Tämä on yksiselitteistä jo puolisojen *sopimusvapauden* perusteella. Myös lainsäätäjällä on sen selkeästi hyväksynyt laatiessaan AL 89 §n *yhteisomistusolettaman*. Yhteisomistus aviopuolisoiden välillä on yhteisomistusta, joka on lähtökohtaisesti sopimussuhteista ja siten lain toissijaisuudesta johtuen suurelta osin juuri sopimusperustein EYLn ulkopuolelle jäävää. Mutta siltä osin, mitä ei ole avioliittolaissa erikseen säännelty ja mistä puolisot eivät ole sopineet, ei ymmärtääkseni ole estettä soveltaa EYLn säännöksiä, jotka myös paljossa vastaavat yleisiä siviilioikeudellisia periaatteita yhteisomistuksesta.

Toisella tapaa yhteisomistussuhde nousee ongelmalliseksi kysyttäessä, miten se puretaan osituksen yhteydessä. Asiaa ei ole erikseen säännelty ja siitä esitetään kirjallisuudessa eriäviä näkemyksiä. AL 85.3 § itsessään kertoo vain oikeudesta saada omaisuus jaetuksi, ei itse menettelystä eikä jakotavasta.

Lainsäätäjällä on kuitenkin mitä ilmeisimmin tarkoittanut sitä, että yhteisen omaisuuden jakokin noudattaa edellä jo kuvattua osituksen suhteellista sidonnaisuutta perinnönjakoon. Kun ositus on AL 98 §:n linkkisäännön mukaan toimitettava *soveltuvin osin* siinä järjestyksessä kuin perinnönjaosta on säädetty, sama linkkisääntö koskee yhteisen omaisuuden jakamista. EYL 1.3 § on omalta osaltaan vahvistanut tämän tulkinnan hyväksyttävyyden. Yhteisen omaisuuden jaolle osituksen yhteydessä ei siten ole omaa menettelyä eikä jakotapaa. Elleivät puoliset pääse sopimukseen jaosta, se on pesänjakajan toimitettava. EYL 11 §:ssä tarkoitettu uskottu mies ei tällöin ole käytettävissä. Vuonna 1997 uusittu EYL 11 § on seuraavan sisältöinen:

Esineen myymisestä ja kauppahinnan jakamisesta huolehtimaan oikeuden tulee tarvittaessa määrätä uskottu mies. Jos esine on määrätty myytäväksi huutokaupalla, on uskotun miehen asiana yhteisomistajien kanssa neuvoteltuaan määrätä myyntiehdot siltä osin, kuin oikeus sitä ei ole tehnyt, julkisesti ilmoittaa huutokaupan toimittamisesta sekä toimittaa tai toimituttaa huutokauppa. Uskottu mies allekirjoittaa kauppakirjan, milloin sellainen laaditaan.

Yksinkertaisin tapa jakaa avio-oikeuden alainen yhteinen omaisuus on luovuttaa se *tasinkona* toiselle puolisolle. Kun tasinkoa luovuttavalla puolisollla kuitenkin on viime kädessä oikeus valita tasinko, pesänjakaja ei yleensä voi tehdä tätä vastoin tasinkoa maksavan puolison tahtoa. Yksin se seikka, että yhteinen omaisuus joudutaan myymään tasingon maksajan valitessa muuta omaisuutta tasingoksi, ei pääsääntöisesti oikeuta pesänjakajaa poikkeamaan puolison mielipiteestä. Kysymys ei ole shikaanista. Yhteisomistukseen liittyy aina riski toisen omistajan toimista aiheutuvasta myynnistä. Omistusoikeuden suoja osituksessa ei myöskään ohita yhteisomistajapuolison valintavapautta tasingon valinnassa.

Vastaavasti puolisollla ei ole oikeutta lunastaa toisen puolison osuutta omaisuudesta. AL ei tunne lunastusmenettelyä eikä sitä ole oikeuskäytännössä hyväksytty myöskään PK 23 lukua sovellettaessa. Ositusta koskien lunastustien epääminen on ollut näkyvästi esillä edellä yhteisomistussuhteen perustamisen

yhteydessä esillä olleessa ennakkoratkaisussa *KKO:1994:34*. Tapauksen otsikko on syytä kerrata tässäkin yhteydessä:

Pääosan ositettavista varoista muodosti omakotitalo vuokraoikeuksineen. Pesänjakajalle myönnettiin myyntilupa, kun lunastus pesän ulkopuolisilla varoilla ei tullut kysymykseen toisen puolison vastustaessa sitä eikä reaalin jako ollut mahdollinen. Jakoa murto-osiin ei pidetty perusteltuna, kun yhteishallinnan edellytykset puuttuivat. (Ään.)

Tämän tapauksen osalta on syytä erikseen mainita kaksi seikkaa. Ensinnäkin korkein oikeus argumentoi lunastuskielteisen kantansa pesänjakajan toimivallan rajoittumisella ositukseen. Näin ollen se osoitti, että tasingon maksu rahana ja omaisuuden lunastus ovat eri asioita. Omistusinterventio osituksen ulkopuolisin varoin ei kuulu ositusjärjestelmään eikä pesänjakajan toimivaltaan.

Toinen merkille pantava seikka on se, että asiassa pyrittiin vetoamaan myös lasten oikeuksiin. Äiti halusi lunastaa asunnon turvataksaan huoltoonsa jääville lapsille tutun kotiympäristön ja vetosi tässä yhteydessä kansainväliseen sopimukseen lapsen oikeuksista. Sen mukaan lasta koskevat asiat on ratkaistava lapsen edun mukaisesti. Korkein oikeus ei yllättäen edes maininnut tätä seikkaa ratkaisussaan. Lakisystemaattisesta näkökulmasta ratkaisu on ymmärrettävä. Osituksessa ei voimassa olevan lainsäädännön mukaan päätetä lasten asioista. Voidaan toisaalta kysyä, olisiko ratkaisu ollut toisensuuntainen, mikäli lapsilainsäädäntöä ei aikanaan olisi eritetty avioliittolainsäädännöstä?

Yhteisomistussuhteen purkamisen vaikutus ositukseen on toisinaan tuottanut päänvaivaa pesänjakajille jo osituksen laskelmallisessa vaiheessa silloin, kun yhteinen omaisuus on avio-oikeuden alaista. Asia sinällään näyttäisi olevan lähtökohdiltaan verraten selkeä. Yhteisomistettu omaisuus on osituslaskelmassa muun omaisuuden kanssa yhdenvertaista. Vasta silloin, kun omistussuhdetta ei ole mahdollista purkaa tasingon luovuttamisella, joudutaan erikseen arvioimaan, mitä yhteiselle omaisuudelle tehdään. Tästäkin sinänsä yksinkertaisesta asiasta on

korkein oikeus joutunut antamaan havahduttavaksi tarkoitetun ennakkoratkaisun.

Tapauksen *KKO:1996:38* otsikko on seuraava:

Pesänjakaja suoritti osituksen ja sen yhteydessä yhteisen omaisuuden jaon siten, että hän ensin antoi kahdesta kiinteistöstä, joista molemmista kumpikin puoliso omisti puolet, arvokkaamman omakotikiinteistön miehelle ja kesämökkikiinteistön vaimolle. Tämän jälkeen hän vahvisti kummankin puolison omaisuuden säästön ja tasingon määrän, jonka mies oli velvollinen vaimolle suorittamaan. Kun mies ei ollut menettelyyn suostunut ja kun hän näin olisi joutunut suorittamaan tasinkoa enemmän kuin avioliittolain 100 § edellytti, ositus kumottiin ja palautettiin pesänjakajalle.

Viittaus AL 100 §ään ei ole ensimmäinen ennakkoratkaisukäytännössä. Pesänjakajilta unohtuu toisinaan se, että *osituslaskelma* on osituksen ydin. Sen avulla lasketaan omistusintervention sallittu raja pääsääntöjen mukaan toimittaessa. Avio-oikeuden alaista yhteistä omaisuutta ei - toisin kuin pesänjakaja oli ennakkoratkaisun tarkoittamassa tilanteessa tehnyt - jaeta ennen osituslaskelman tekemistä eikä tuollainen jako ohjaa osituslaskelmaa ellei toisin sovita. Silloinkaan, kun mukavuus- ja helppoussyyt ehkä puoltaisivat toisenkaltaista ratkaisua, pesänjakajalla ei ilman ositustahojen suostumusta ole lupa poiketa tasingon määrällisestä enimmäisrajasta. Puolisoiden sopimusvapaus ja pesänjakajan toimivallan rajat kulkevat eri teitä.

Arvioitaessa lähemmin niitä tapoja, joilla yhteisomistus voidaan purkaa, törmätään avioliittolainsäädännön, perintölainsäädännön ja yhteisomistusta koskevien periaatteiden näkyvään ristiriitaan. Mikäli omistaja ei luovuta osuuttaan tasinkona, jää käytännössä helposti ainoaksi mahdollisuudeksi omaisuuden myyminen. Perintökaaren jakosäännösten mukainen mahdollisuus vaikeasti jaettavan omaisuuden panemisesta yhteen osaan merkitsisi omistajapuolisoiden välillä lunastusjärjestelmää, jossa puututaan omistusoikeuteen. Siihen ei edellä kerrottuun tapaan pitäisi olla mahdollisuutta lunastustyyppisesti. Korkein oikeus on kuitenkin ennakkoratkaisujen *KKO:1994:34* ja *KKO:1996:38* yhteydessä omaksunut eräänlaisen *mekanististyyppisen* PK 23:8n soveltamisen ositukseen. Toisin sanoen

PK 23:8n katsotaan ohittavan omistusoikeusrajan silloin, kun kysymyksessä on samanlaisen omaisuuden jakaminen. Jälkimmäisen ratkaisun perustelut on tältä osin syytä kirjata näkyviin:

Yhteisen omaisuuden jaossa noudatettavan perintökaaren 23 luvun 8 §:n 1 momentin mukaan pesänjakajan on myös osituksessa suoritettava jako siten, että kummallekin puolisolle annetaan osa kaikenlaatuisesta omaisuudesta. Kuitenkin omaisuus, jota ei voida sopivasti jakaa osiin tai erotella, on pantava, mikäli mahdollista, samaan osaan.

Tämän perusteella on sinänsä mahdollista, että yhteisistä kiinteistöistä jaetaan osituksessa toinen miehelle ja toinen vaimolle. Tällöin kuitenkin edellytetään, että kumpikin saa jaossa arvoltaan saman määrän yhteistä omaisuutta. Jos kiinteistöt ovat eriarvoiset, arvokkaamman kiinteistön saanut on velvollinen vastaavasti tyytymään jaossa pienempään osuuteen muusta yhteisestä omaisuudesta, mikäli pesässä sellaista on.

Omaksuttu tulkinta on voimakas ja merkitsee sinällään puuttumista omistusoikeuteen. Se näyttäisi kuitenkin olevan - tätä ei ole syytä kieltää - ääritilanteissa sinänsä mahdollinen AL 98 §n avoimuudesta johtuen. Tasingonluovutusjärjestelmä ja yhteisomistuksen purkaminen sulautuvat PK 23:8n myötä *omistuksenmuuntojärjestelmäksi*. Tällöinkin lähtökohtana tulee kuitenkin olla ALn pääsääntöjen mahdollisimman pitkälle ulottuva kunnioittaminen.

Mikäli yhteinen omaisuus on avio-oikeudesta vapaata, sulkeutuu tasingon antaminen luonnollisesti pois ellei vastaanottava puoliso sitä hyväksy. Myynti jää tässäkin tapauksessa keskeiseksi välineeksi elleivät edellä kuvatut samanlaisen omaisuuden omistuksenmuuntoedellytykset täyty. Yleensä ne eivät täyty. Asia vaatisi epäilemättä lainsäätäjän toimenpiteitä.

Erikseen on huomattava, että omistaja saa suojaa myös pesänjakajaa vastaan. Omaisuuden myyminen pesänjakajan palkkion varmistamiseksi ei kuulu PK 23:8n jakojärjestelmään. Tämä on nimenomaisesti todettu myös perinnönjakoa koskevassa ennakkoratkaisussa KKO:2004:1. Tuohon ratkaisuun sisältyy esittelijän eriävä mielipide, missä myyntilupa olisi myönnetty tarkoituksenmukaisuussyistä. Outoa!

2.6 Sovittelu osana aviovarallisuusjärjestelmää

Osituksen sovittelu on uudehko, yhteiskunnan ja oikeusjärjestyksen muutoksiin liittyvä, vuoden 1988 alusta lukien voimassa ollut instituutio. Tuolloin säädettiin AL 103 b §. Se toi osituksen pääsääntöjen eli sopimusvapauden ja tavanomaisen eli vailla laajempaa harkintaulottuvuutta olevan toimitusosituksen rinnalle rajoitetun kohtuullisuusharkinnan tarjoavan *sovitteluosituksen*. Samalla katkaistiin aikaisempi epävarmuus OikTL 36 §n soveltuvuudesta sopimusosituksen sovitteluun. Ositus liitettiin kokonaisuudessaan sovittelun aikakauden lainsäädäntöön.

Varsinainen *sovitteluositus* on sellainen *pesänjakajan toimittama ositus*, missä hän voi puolison tai perillistahon vaatimuksesta AL 103 b §n nojalla muuttaa osituksen lopputulosta siitä, mikä se olisi tavanomaisessa osituksessa. Sovitteluvaatimus on, sen sosiaalisesta funktiosta johtuen, mahdollista tehdä myös jälkikäteisesti toimitusosituksen moitteen yhteydessä. Sopimusositusta sitä vastoin sovitellaan OikTL 36 §n nojalla. Kysymys on tuolloin *sopimusvapauden* puitteissa tehdyn sopimuksen sovittelusta.

Tunnistamisen ongelmia näiden kahden erilaisen sovittelun rajapinnoilla ovat toisinaan aiheuttaneet tilanteet, missä sovitaan jostain pesänjakajan toimittamassa osituksessa. Pesänjakajanhan tulee PK 23:7n mukaisesti pyrkiä sopimukseen myös osituksessa. Tällöin joudutaan kysymään, miten tuollaiseen sopimukseen tulee suhtautua se myöhemmin riitautettaessa. Onko pesänjakajan toimittaman osituksen puitteissa tehty sopimus vielä riitautettavissa? Sopimusositus ja toimitusositus kun eroavat lähtökohtaisesti sitovuudeltaan siinä, että sopimusositusta ei ole mahdollista moittia sisällöllisin perustein (PK 23:10).

Tulkinnallinen lähtökohta on sinänsä yksinkertainen. Myös toimitusosituksessa tehty sopimus sinänsä sitoo asianosaisia. Yksin toimitusosituksen muoto ei avaa sisältöä täysimääräisesti moitteelle. Mutta sovittelu on eri asia. Ennakkoratkaisussa KKO:2001:103 on havainnollisesti käsitelty tätä kysymystä. Sen sanoma on, että toimitusosituksessa sovitun sopimuksen sovittelua voidaan OikTL 36 §n nojalla vaatia myös toimitusosituksen moiteajan kuluttua umpeen. Ratkaisun otsikko on seuraava:

Pesänjakajan toimittama ositus perustui asunto-osakkeiden arvon osalta puolisoiden sopimukseen. Osituksen moitteelle säädetyn kuuden kuukauden määräajan kuluttua umpeen puoliso vaati varallisuus oikeudellisista oikeustoimista annetun lain 36 §:n nojalla osituksen kohtuullistamista.

Puoliso voi vaatia pesänjakajan toimittaman osituksen lopputuloksen kohtuullistamista osituksen moiteajan päättymisen jälkeenkin kohtuullisessa ajassa sillä perusteella, että puolisoiden toimituksessa tekemä sopimus oli jälkepäin ilmenneen seikan vuoksi kohtuuton. Kanne, jonka puoliso oli nostanut usean vuoden kuluttua mainitusta seikasta tiedon saatuaan, hylättiin Korkeimman oikeuden tuomiosta ilmenevillä perusteilla.

Ennakkoratkaisu oli tarpeen jo siksi, että hovioikeus yllättäen näki moiteajan kaiken kattavana. Mutta yhtä lailla ratkaisun keskeinen viesti on siinä, että osituksessa tehdyn sopimuksen sovittelua koskeva vaatimus ei suinkaan tarkoita koko *osituksen sovittelua*. AL 103 b §:n ohjaama sovittelu on *avio-oikeuden ulottuvuutta* koskevaa sovittelua..

Korkein oikeus toteaaakin opettavaisesti perusteluissaan, “että avioliittolain 103 b §:n mukaisessa osituksen sovittelussa on kysymys avio-oikeuden ulottuvuuden määrittämisestä: tällaisella sovittelulla avio-oikeuden alaa joko supistetaan tai laajennetaan siitä, mikä se muuten olisi. Mainitun säännöksen nojalla ei sitä vastoin ole korjattavissa sen kaltainen osituksen väitetty virheellisyys, johon esillä oleva kanne perustuu.” Tämä systeemieron kuvaus ei tarvitse lisäkommentteja.

Ensimmäisten vuosien sovitteluinnostuksen jonkin verran laannuttua sovittelua on nyttemmin opittu käyttämään toisaalta avio-oikeusjärjestelmään sisältyvänä

poikkeussääntönä ja toisaalta myös eräänlaisena mielihyvä-sääntönä. Sovittelemalla vähän saadaan ositus helpommin hyväksytettyä asianosaisilla. Tämän voidaan kenties sanoa olevan osa osituksen toimittamisen ammattitaitoa toimitusosituksissa. Eri asia on, onko se tarkkaan ottaen lain mukaista, kun sovittelun tulisi olla poikkeussääntöön perustuvaa.

Osituksen sovittelun asema avio-oikeusjärjestelmän *poikkeussääntönä* käy hyvin esille sitä koskevista ennakkoratkaisuista. Sovittelu ei avaa tietä yleiseen kohtuullisuusharkintaan osituksessa. Ennakkoratkaisuista on tässä katsannossa erityisesti syytä mainita usein unohdettu ratkaisu *KKO:1993:113*. Sen lopputulos voi vaikuttaa jopa kohtuuttomalta, mutta korkein oikeus on tulkinnut poikkeussäännön soveltamisalaa suppeasti, kuten oikein onkin. Kiistanalaista omaisuutta ei tuossa tapauksessa ollut hankittu erillään asuttaessa. AL 103b.2 § antaa mahdollisuuden jättää avio-oikeuden alaisen omaisuuden ulkopuolelle erillään asuttaessa ansaittua tai saatua omaisuutta. Tapauksen otsikko on seuraava:

Puoliso oli runsaat neljä kuukautta ennen asumusero tuomiota hankkinut asunto-osakkeet erilleen muuttamista varten, mutta ei ollut kuitenkaan välittömästi muuttanut erilleen. Osakkeita ei voitu määrätä sellaiseksi omaisuudeksi, johon toisella puolisoilla ei ole avio-oikeutta.

Kuten jo otsikossa välillisesti osoitetaan, säännöksen soveltamista ei voida viedä niin pitkälle, että tavanomainen asunnon vaihtoon liittyvä aikajärjestys - osto ennen muuttoa - ei olisi mahdollinen. Ennakkoratkaisun tarkoittamassa tilanteessa puoliso oli kuitenkin ostanut asunnon erilleen muuton varalle. Kun AL 103b § on poikkeussääntö, sen puitteissa erityinen kohtuullisuusharkinta ei enää voinut ulottua näin pitkälle. Yhteiselämään päättämiseen liittyvä sosiaalinen varmistustoimi ei enää kohdannut avio-oikeudellista sovittelujärjestelmää.

Toinen järjestelmän rakenteen kannalta keskeinen ennakkoratkaisu on ratkaisu *KKO 2000:27*. Siinä pyrittiin sovittelemaan ositusta tilanteessa, missä puolisoilla oli avioehto. Keskeisenä ajatusmallina kannetta perusteltaessa oli se, että yhteinen

talous pitkäkestoisessa avioliitossa kumoisi avioehdon vaikutuksen. Ajatusmallia ei hyväksytty. Ratkaisun otsikko on seuraava:

A ja B olivat tehneet avioehtosopimuksen, jonka mukaan kaikki A:n ennen avioliittoa hankittu omaisuus oli avio-oikeudesta vapaata. Korkeimman oikeuden tuomiosta ilmenevillä perusteilla katsottiin, ettei osituksen sovittelulle avioehtosopimusta sovittelemalla ollut edellytyksiä.

Perusteluissa keskeiselle sijalle nousivat sekä *avioehto tietoisena valintana* että avio-oikeuden ulkopuolisen varallisuuden suhteellisen osuuden pysyvyys ja viime kädessä se seikka, että vähemmän omaisuutta saavan puolison asema ei ollut turvaton. Näin poikkeussäännön hyödyntäminen ei ollut tarpeen.

Ensi näkemältä ehkä toisensuuntaiselta saattaa vaikuttaa ennakkoratkaisu KKO:2003:29. Siinä ositusta soviteltiin perillistahon hyväksi. Ratkaisun otsikko on seuraava:

A ja B olivat solmineet avioliiton noin kuukausi ennen A:n kuolemaa. Sitä ennen he olivat noin neljä vuotta asuneet tosiasiallisesti yhteistaloudessa. Heillä ei ollut yhteisiä rintaperillisiä. Ositettava omaisuus koostui lähes kokonaan A:n ennen yhteiselämän alkamista omistukseensa saamista osuudesta asunto-osakkeisiin ja muusta omaisuudesta. Korkeimman oikeuden tuomiosta ilmenevillä perusteilla ositusta soviteltiin A:n perillisten vaatimuksesta, koska B muutoin olisi saanut perusteettomasti taloudellista etua. (Ään.)

Ratkaisu äänestysratkaisuna (3-2) tuo hyvin esiin sovitteluun liittyviä perusteluongelmia. Tapauksessa enemmistö luettelee sovittelun puolesta ja sitä vastaan puhuvia seikkoja, mutta tyytyy lopulta kokonaisharkintaan *katsoen*. Vähemmistö taas paitsi sekoittaa puolittamisperiaatteen ja tasajaon periaatteen, haluaa laventaa sovittelua ottamalla huomioon asianosaisia koskevia seikkoja laajemminkin tukeutuen muun ohella ensiksi kuolleen oletettuun tahtoon. Lopputulos on sovitteluvastainen. Puuttumatta tässä yhteydessä lähemmin ratkaisun ilmentämiin perusteluongelmiin totean, että siitä tuskin löytyy aineksia aikaisempien linjanvetojen muuttamiseen. Kysymys oli lyhytaikaisen avioliiton

problematiikasta tilanteessa, missä perillistaho jo omisti osan jäämistön keskeisenä varallisuutena olleesta huoneistosta ja missä pohdittiin lesken toimeentuloa..

Kun sovittelusääntö tuli voimaan, sitä oli syytä tulkita poikkeussääntönä kaikin osin suppeasti. Tänään voidaan ja tulee kysyä, onko mikään tässä suhteessa muuttunut? Voidaanko sovittelua pitää herkemmin yleistyvävälineenä?

Näin tuskin voidaan tehdä. Mutta yhdessä suhteessa voitaisiin ajatella sovitteluherkkyyden jonkin verran kasvaneen. On syytä erottaa selvemmin toisistaan ansaittu ja saatu omaisuus. Sovittelusääntö antaa mahdollisuuden sovittelulla jättäen puolison saamaa omaisuutta osituksen ulkopuolelle. Tähän ns. marginaaliomaisuuteen kuuluvat esimerkiksi jäämistösaannot ja pelivoitot. Kun sovittelu nyt on vakiintunut osaksi ALn aviovarallisuusjärjestelmää, on ajateltavissa, että marginaaliomaisuuden jättäminen avio-oikeuden ulkopuolelle on helpompaa kuin sovittelun alkuaikoina. Tätä tukee jäämistösaantoja ajatellen osaltaan se, että puolisoilla on myös oikeus olla vastaanottamatta jäämistösaantoja. Luopuminen kuuluu puolison puhtaasti henkilökohtaiseen harkintaan. Siihen tosin voidaan poikkeuksellisesti, mutta vain poikkeuksellisesti puuttua vastikejärjestelmän puitteissa, kuten ennakkoratkaisu KKO:2003:95 osoittaa.

Osituksen sovittelua on toisinaan pidetty poikkeuksellisen vaikeana ja mielivaltaan johtavana instituutiona. Mukaan mahtuu kiperiäkin tapauksia. Mutta yleisesti ottaen sovittelussa ei ole kuitenkaan kysymys kovinkaan vaikeasta tehtävästä. Sovittelussa on eräitä vaikeita asioita, mutta pääsääntöisesti se on verraten helppoa, mikäli tuntee osituksen keskeissäännöt. Toimitusosituksessa sovittelu on vain yksi mahdollinen, systeemisidonnainen vaihe lopputulokseen edettäessä.

Sovittelun helpot ja vaikeat asiat voidaan luettelonomaisesti kuvata seuraavalla tavalla:

2.6.1 Sovittelun helpot asiat:

1. Sovittelusääntö on systeemisidonnainen *poikkeussääntö*. Osaamalla osituksen on helppoa myös sovittaa osituksessa.
2. Sovittelu on valinnaisen avio-oikeusjärjestelmän lopputuloksen muuntamista. Sopimusvapautensa puitteissa puolisoit voivat sitovasti valita avioehtosopimuksin sen avio-oikeusjärjestelmän, jota he haluavat käyttää. Sovitteluedellytyksiä verrataan siihen; ei yksinomaaisesti puolittamisperiaatteeseen.
3. Sovittelukeinot on lakisääteisesti rajoitettu avoimen harkinnan estämiseksi. Kysymys ei ole avoimesta kohtuullistamisesta. AL 103b § ei ole yleislauseke, vaikka se sallii avoimemman harkinnan kuin ALn muut tasaussäännöt.
4. Sovittelu on ensisijaisesti määrällistä harkintaa osituksen laskelmallisessa vaiheessa. Se edellyttää siten osituslaskelman tekemistä. Vain näin saadaan selville sovittelun mittapuuna oleva normaalin laskennallinen tulos.
5. Osituksen laskelmalliseen lopputulokseen vaikuttavana viimekätisenä korjausjärjestelmänä sovittelu tulee käyttöön vasta *vastikejärjestelmän* käytön jälkeen. Siksi pesänjakajan on asianosaisia sovittelusta informoidessaan informoitava myös vastikkeista.
6. Sovittelu on syyllisyys- ja sukupuolineutraalia taloudellista kohtuullisuusharkintaa, joka ei saa merkitä toisen - ei heikomman eikä vahvemman - puolison suosimista.
7. Sovittelu on taaksepäin katsovaa oikeudellista harkintaa avio-oikeutta toteutettaessa. Siinä ei ole lupa ottaa huomioon puolisoitten taloudellisen aseman tulevaa kehitystä. Sitä varten avioliittolaissa on elatusapujärjestelmä.

8. Sovittelu on asianosaisaloitteinen, mutta pakottavasti tarjolla olevaksi tarkoitettu sosiaalinen suojajärjestelmä. Siitä ei ennakkollisesti voida sitovasti luopua esimerkiksi ositus sopimuksessa eli osituksen esisopimuksessa.
9. Sovittelu on toimitusosituksen suojajärjestelmä ja sopimusosituksen toissijainen mittapuu vaadittaessa sopimusosituksen sovittelua OikTL 36 §n nojalla.
10. Pesänjakajan on perusteltava sovittelupäätöksensä. Perusteluiden, joissa on eroteltava sovittelun peruste ja sovittelutapaa, tulee olla muutakin kuin yleisiä viittauksia AL 103b §ään.

2.6.2. Sovittelun vaikeat seikat:

1. Erityistä määrällistä sovittelukynnystä sovitteluun ryhtymiseksi ei ole. Kun sovittelusäännös on poikkeussäännös ja kun avio-oikeusjärjestelmä muutoinkin antaa mahdollisuuden vähäisiin joustoihin, sovittelukynnystä ei tulisi pitää vähäisenä. Kysymys ei ole millimetrioikeuden mukaisuudesta, vaan vääristymien korjaamisesta.
2. Erityistä määrällistä sovittelutavoitetta ei ole. Puolittamisperiaate on vain yksi mittapuu sovittelua sitä kohden toimitettaessa.
3. Erityistä sovittelukeinojen järjestystä ei ole, mutta oikeuslähdeaineiston valossa avioehdon sovittelun voidaan pitää sovittelun järeimpänä ja siten ainakin joskus vasta viimeksi käyttöön tulevana välineenä. Tällöin on kysymys puuttumisesta aikaisempaan sopimusvapauden käyttöön.
4. Lainvalmistelutöiden eräät lausumat saattavat ohjata luulemaan sovittelua eräänlaiseksi pääsäännöksi, vaikka kysymys siis on poikkeussäännöstä. Siihen turvautumisen mahdollisuudesta pesänjakajan on kuitenkin aina informoitava asianosaisia.

5. Tunneperusteet ja asiaperusteet ovat vaikeasti toisistaan erotettavia asioita sovittelussa.
6. Sovittelu edellyttää ositusjärjestelmän tuntemusta; kokonaisvaltaista tuntemusta vastikejärjestelmää ja muita tasaussääntöjä myöten. Sovittelu tulee kysymyksen vasta niiden käytön jälkeen ja se on erotettava elatusjärjestelmästä.
7. Sovittelu on ensisijaisesti määrällistä, mutta sen tehokas käyttö edellyttää tasinkovalinnan ennakoimista ja testaamista ennen lopullista sovittelupäätöstä. Sovittelulla ei tule vaikeuttaa osituksen reaalista vaihetta.
8. Sovittelu on pidettävä erossa omistussuhteiden määrittelystä ja puolisoiden sopimusten pätevyyden arvioinnista. Niitä ei AL 103b §n nojalla sovitella.
9. Sovittelu ei ole täsmällisesti jakavaa puolisoiden panosten arviointia, vaan avioyhteyden luonteen huomioon ottavaa kohtuullisten panosten arviointia läheissuhteessa.
10. Sovittelu ei ole tarveharkintaa, vaan aitoa ositusta

toinen osa

3 A V I O Y H T E Y D E N V A R A L L I S U U S O I K E U D E L L I S E T V A I K U T U K S E T

Ositus yleisemmin luonnehdittuna on käytännössä toimitus, missä pyritään selvittämään ja päättämään puolisoitten keskinäiset varallisuussuhteet. Kysymys ei useinkaan ole vain ahtaasti avio-oikeuden toteuttamisesta. Jo *omaisuuden erottelu* osituksen merkityksellisenä, avio-oikeudesta riippumattomana lakisääteisenä osana osoittaa tämän (AL 85.2 §). Ja lisäksi asianosaiset sopimusvapautena turvin tuovat usein sopimusosituksiin myös muuta sovittavaa asumisesta lasten elatukseen. Tällöin tosin kysymys on jo toimesta, jonka eri osien erilaiset sitovuudet saattavat tuottaa jälkikäteen ongelmia.

Etenkin lapsen elatus hämmentää käytännössä osituksen toimittajia. Jos ja kun se tyydytään vain kuittaamaan osituksessa, otetaan riski koko osituksen myöhemmästä pätemättömyydestä elatustilanteen muuttuessa esimerkiksi lapsen huoltajan vaihtuessa. Ja pahimmassa tapauksessa lapsen omaisuus sekoittuu vanhemman omaisuuteen.

Tyypillinen sopimusositus onkin *sekatyyppinen sopimus*. Siinä tehdään muutakin, kuin puretaan aviovarallisuussuhteet. Osituksen oikea systemaattinen paikka ja sen erilaiset oikeudelliset yhteydet tulevatkin paremmin näkyviin vasta otettaessa tarkastelun lähtökohdaksi yleisemmin *avioliiton varallisuus oikeudelliset* perusratkaisut. Esittelen niitä tässä jaksossa lyhyesti ensimmäisessä osassa jo lausuttua täydentäen ja erityisesti oikeudellisten ongelmien tunnistamista silmällä pitäen.

3.1 Yleisperiaatteet

Avioliittolain säännöksiin aviopuolisoiden ja vastaavasti rekisteröidyssä parisuhteessa elävien henkilöiden varallisuus oikeudellista asemaa muovataan jossain määrin toiseksi siitä, mikä se on ollut ennen avioliiton solmimista.

Avioliitto ja rekisteröity parisuhde ovat laissa säänneltyjä erityisiä yksityisoikeudellisia *sopimussuhteita*.

Usein jää kuitenkin havaitsematta, että avioliiton lähtökohtainen ero tavanomaisin sopimussuhteisiin on sittenkin yllättävän vähäinen. Tämä on tarkemmassa katsannossa verraten helposti todettavissa. Järjestelmälleiksi valitut *sopimusvapauden, omaisuuden erillisyyden ja velkojen erillisyyden* periaatteet ovat näet itse asiassa samoja kuin oikeudelliset lähtökohdat yksityisoikeudellisissa sopimussuhteissa muutoinkin.

Nuo keskeiset periaatteet ovat saaneet ilmaisunsa myös nimenomaisina säännöksinä (AL 33 §, AL 34 § ja AL 52 §). Kuten niin usein muutoinkin, periaatteet kirjoitetaan näkyville säännön muotoon. Niitä täydentävät avioliitto-oikeudelliset erityissäännökset sekä erityinen sopimussuhteen päättämijärjestelmä - *ositusjärjestelmä*.

Lyhyesti kuvattuna avioliiton varallisuusjärjestelmä perustuu seuraaviin keskeisiin, tässä lähinnä *pääsääntöinä* ilmaistaviin osatekijöihin:

- sopimusvapaus inter partes ennen avioliittoa
- sopimusvapaus inter partes avioliiton aikana
- sopimusvapaus inter partes osituksessa
- sopimusvapaus ultra partes ennen avioliittoa
- sopimusvapaus ultra partes avioliiton aikana
- omistussuhteiden jatkuvuus avioliitosta huolimatta
- omistuksen erillisuus avioliiton aikana
- velkasuhteiden jatkuvuus avioliitosta huolimatta
- velkasuhteiden erillisuus avioliiton aikana
- velkasuhteiden ultra partes jatkuvuus avioerossa ja avioerosta huolimatta
- aviovarallisuusjärjestelmä sopimussuhdejärjestelmänä inter partes
- huolenpitovelvollisuus avio-oikeusodotusten tukena
- rajoitettu muotovapaus
- pesänjakajajärjestelmä ongelmanratkaisujärjestelmänä

Kaikkiin näihin kysymyksiin on välttämättä kiinnitettävä huomiota haluttaessa luoda asianmukainen kuva osituksesta sopimuksena ja toimituksena. Esitys täydentää siis osin sitä, mitä ensimmäisessä osassa on jo todettu, mutta tuo suurelta osin esiin myös uusia asioita.

Yleisemmin on aluksi tärkeää vielä havaita, että osituksessa *katsotaan taaksepäin*. Se on taakse päin katsova toimitus. Osituksessa otetaan kantaa avioliiton varallisuusjärjestelmän sekä erityisesti aviovarallisuusjärjestelmän puitteissa avioliiton aikana tapahtuneeseen. Tässä suhteessa ositus sopimuksenakin poikkeaa tyypillisistä eteenpäin katsovista sopimuksista. Niinpä itse avioliittoa on - ainakin analogisesti - perusteltua pitää eräänlaisena dynaamisena sopimuksena; sopimuksena joka edellyttää täydentämistä ja jonka avoimet kysymykset ratkaistaan ensi sijassa osituksessa. Käsite dynaaminen sopimus on *Vesa Annolan* väitöskirjassaan käyttöön ottama, tarkoituksella avoimiksi, epätäydellisiksi jätettyjä sopimuksia kuvaava käsite.

Toinen erinomaisen tärkeä seikka on se, että aviopuolisot eivät oikeudellisessa katsannossa muodosta ”yhteistä pesää”. Puhumme usein avioliiton luomasta *avio-yhteydestä*. Sillä tarkoitetaan avioliiton puolisojen välille luomaa oikeudellista yhteyttä oikeuksien ja velvollisuuksien kokonaisuutena. Avio-yhteyteen liittyy merkittävänä tekijänä erityinen huolenpitovelvollisuus omasta varallisuudesta toisen puolison etua silmällä pitäen (AL 37 §). Sitä vastoin avioliitto ei merkitse pidemmälle menevää ”yhteisen pesän” syntymistä. Käytännössä ilmenee kuitenkin alinomaa virheellistä kielenkäyttöä ja joskus myös siitä aiheutuvia oikeudellisia väärinkäsityksiä. Havainnollisena esimerkkinä on ennakkoratkaisu KKO:2003:74, missä petos toimitusjaossa oli alun perin tunnistettu virheellisesti eräänlaiseksi pesäntekovallukseksi. Yhtä lailla osituskirjoissa näkee toisinaan puhuttavan ositettavasta pesästä. Mitään pesää ei puolisojen välillä siis kuitenkaan ole. Kuolinpesä taasen on täysin eri asia.

Eri asia on, että aviopuolisoiden väliset luovutustoimet ovat *läheisten* toimina takaisinsaantilain toisinaan peräytettävissä ja että ulosottolain säännökset (UL 4:9) antavat mahdollisuuden ulosottotoimin sivuuttaa sellaiset järjestelyt joiden oikeudellinen muoto ei vastaa niiden sisältöä tai tarkoitusta. Tästä tulee jäljempänä lähemmin puhe.

3.1.1 Sopimusvapaus

Puolisoilla on avioliiton solmiessaan ja myös sen aikana pääsääntöisesti *sopimusvapaus* sekä keskenään (*inter partes*) että niin ikään suhteessa kolmanteen (*ultra partes*). Näiden vapauksien rajoitukset on lähtökohtaisesti koottu omiin lukuihinsa. AL II osan 2 luvussa, jonka otsikkona on *puolisoiden omaisuus* säädetään rajoituksista sopimusvapauteen *ultra partes* ja saman osan III luvussa, jonka otsikkona on *avioehtosopimukset sekä puolisojen väliset lahjat*, säädetään rajoituksista sopimusvapauteen *inter partes*.

AL 33 § on kuitenkin sikäli harhaanjohtavasti kirjoitettu, että vain sen sanamuotoa tarkastelleen sopimusvapaus näyttäisi saaneen erittäin suppean sisällön. Siten säännöksen viittaukset johtavat helposti harhaan. Sopimusvapautta ja sen rajoituksia koskevia säännöksiä löytyy näet muistakin lain II osan luvuista.

Klassinen esimerkki avioliittolain sääntelyn epäinformatiivisuudesta on AL II osan 6 luvun *erinäisten* säännösten sisältämä avioehtosopimusten *muotosäännös* (AL 66 §). Se on poikkeuksellisen yksityiskohtainen ja varsin tarkoin oikeuskäytännössä tulkittu muotosäännös. *Muotofunktioteoria* ei toistaiseksi ole ennakkoratkaisujen tasolla löytänyt välittömästi tietään avioehdon *muotosäännösten* tulkintaan. Toisaalta on vaikea löytää perusteita sille, miksi todistajien esteettömyyttä koskevat, osituksen ja perinnönjaon muotoon liittyvät ennakkoratkaisut KKO:1984-II-229 ja KKO:1995:34 eivät soveltuisi myös

avioehdon todistajien asemaan. Toisin sanoen toisen todistajan esteellisyys ei välttämättä yksin johtaisi avioehdon pätemättömyyteen.

Vain kirjallisen muodon tarpeen ilmaisevaan AL 42 §ään luottava tiedonhakija ei kuitenkaan hevin löydä varsinaista muutosäännöstä ilman lakikirjansa viitettä. Tästä on käytännössä toistuvasti aiheutunut avioehtojuen laatijoihin kohdistuneita korvausvaatimuksia muotovirheellisen avioehdon osoittauduttua pätemättömäksi. Havahduttavana esimerkkinä tästä toimii iästään huolimatta Itä-suomen hovioikeuden ratkaisu vuodelta 1983:

A oli asianajotoimintaa harjoittaessaan B:n toimeksiannosta laatinut B:lle ja tämän aviopuolisolle avioehtosopimuksen, jonka mukaan puolisoilla ei ollut avio-oikeutta kummankaan puolison tuolloin omistamaan tai myöhemmin saamaan omaisuuteen. A oli asiakirjaa B:lle luovuttaessaan antanut hänelle neuvon, jonka mukaan B:n setä tai äiti voisi olla avioehtosopimuksen toisena todistajana. B:n puolison allekirjoitettua myöhemmin avioehtosopimuksen B:n äiti oli allekirjoittanut sen toisena todistajana. Sitten B oli toimittanut avioehtosopimuksen A:lle, joka oli B:n asiamiehenä jättänyt sen oikeudelle. Tämän jälkeen puoliset oli tuomittu avioeroon ja avioehtosopimus oli B:n puolison kanteesta julistettu pätemättömäksi sen johdosta, ettei se ollut ollut kahden esteettömän henkilön todistama. B oli joutunut puolisoitten välisessä osituksessa suorittamaan puolisolleen tasinkona 300.000 markkaa. Lisäksi B:lle oli aiheutunut avioehtosopimuksen pätemättömäksi julistamista koskevassa oikeudenkäynnissä 2.637,50 markan oikeuden käyntikulut. A veloitettiin suorittamaan B:lle korvaukseksi virheellisesti antamastaan neuvosta aiheutuneesta vahingosta mainitut 300.000 ja 2.637,50 markkaa.

AL 66 §ssä on koottuna useamman eri avioliitto-oikeudellisen asiakirjan muotovaatimukset. Se on sisällöltään seuraava:

Lahjakirjan, kirjallisen suostumuksen, avioehtosopimuksen ja luettelon, joista puhutaan 35 §:n 2 momentissa sekä 38, 42 ja 60 §:ssä, tulee, jotta ne olisivat päteviä, olla päivätyjä, asianmukaisesti allekirjoitettuja ja kahden esteettömän henkilön oikeaksi todistamia.

3.1.2. Omistusoikeus

Omistusta silmällä pitäen avioliiton solmiminen ei vaikuta puolisoiden omistusoikeuteen muutoin kuin puolison omistajan asemaa rajoittavin, tiettyä omaisuutta koskevin *vallintarajoitussäännöin*. Se mikä on ollut omaa tai mikä on ollut yhteistä, pysyy edelleen sellaisena (AL 34 §). Vastaavasti se, minkä puoliso omin varoin hankkii on hänen omaisuuttaan.

Avioliiton varallisuusjärjestelmässä on itse asiassa vain yksi *omistuksen siirtymiseen* avioliiton aikana vaikuttava erityissäännös. AL 65 §n mukaan puolison henkilökohtaiseen käyttöönsä toisen puolison antamin *elatusvaroin* hankkimat tarvikkeet ovat käyttäjän omaisuutta. Tämä alun perin naisen asemaa turvaamaan säädetty, sinänsä luonnollinen säännös on suppeatulkintainen erityissäännös, jolla on oma vastineensa myös osituksen yhteydessä (AL 91 §). Puoliso voi osituksessa erottaa itselleen kuten laissa sanotaan - päältäpäin - 65 §ssä tarkoitettua omaisuutta kohtuullisen määrän; määrän, mikä jää myös osituslaskelmassa omaisuuden ositettavan säästön ulkopuolelle. Tämäkin osoittaa, että AL 65 § on enemmänkin personallisuus oikeudellinen, puolison itsemääräämisoikeuteen liittyvä säännös, kuin varsinainen varallisuus oikeudellinen säännös. Kun tällainen omaisuus toisaalta on otettava osituslaskelmaan mukaan ja se voidaan vähentää AL 100 §n mukaan vain, mikäli puoliso ei ole ylivelkainen, sekin olisi periaatteessa arvostettava ellei toisin sovita. Näin ei yleensä tehdä.

65 §. Ne tarpeelliset esineet, mitkä puoliso on henkilökohtaista käyttöönsä varten hankkinut niillä varoilla, jotka toinen puoliso on elatusvelvollisuutensa nojalla antanut hänen käytettäväkseen, ovat ensiksi mainitun puolison omaisuutta.

Avioliiton aikana *vallintarajoitukset* tarjoavat toiselle puolisolle toisen omistusoikeuden käyttöön vaikuttavan avioliitto-oikeudellisen suojakeinon. Vallintarajoitusten alaista omaisuutta ajatellen voidaankin kolmannen näkökulmasta ainakin varoen puhua eräänlaisesta yhteisestä pesästä.

Toisaalta on huomattava, että perheyhteys voi olla tekijä, joka otetaan huomioon muun lainsäädännön soveltamisen yhteydessä silloinkin, kun sitä ei ole laissa nimenomaisesti mainittu. Tätä on havainnollisena esimerkkinä velkajärjestelyä koskeva ennakkoratkaisu KKO:1994:141. Lain 5 §n kertoo omaisuudesta, minkä katsotaan kuuluvan *perusturvaan*. Säännös antaa mahdollisuuden täydentävälle tulkinnalle. Ennakkoratkaisun puitteissa toisen puolison työmatkoihin käyttämä auto luettiin perusturvaa kuuluvaksi. Ratkaisun otsikko on seuraava:

Aviopuolisoiden velkajärjestely oli aloitettu ja heille oli vahvistettu maksuohjelmat. Harkittaessa rahoitusyhtiön oikeutta puolisolle osamaksusopimuksella myydyn auton takaisinottoon, katsottiin auton kuuluvan hänen perusturvaansa, koska toinen puoliso tarvitsi autoa työmatkoihinsa turvatakseen perheen toimeentulon.

Toisella tapaa yhteisen pesän ongelma tai ainakin sille analoginen ilmiö tulee esiin lahjoitusten yhteydessä. Lahjoittaja voi määrätä, että saajan aviopuolisolla ei ole *avio-oikeutta* lahjoitettuun omaisuuteen. Jos näin ei tehdä, lahja on saajan kädessä avio-oikeuden alaista ja se voi osituksessa vaikuttaa saajan puolison hyväksi. Tähän kysymykseen palataan lähemmin jäljempänä.

3.1.3 Vallintarajoitukset

Vallintarajoitukset merkitsevät puuttumista omistajan asemaan *rajoitetun omistuseräintervention periaatteen* mukaisesti. Vallintarajoitussäännöksissä on lueteltu vallintarajoitusten alainen omaisuus. Tuota luetteloa ei puolestaan ole lupa tulkita laajentavasti. Vallintarajoitukset ovat poikkeus pääsäännöstä.

Ennakkoratkaisussa KKO:1992:93 oli kysymys asumistarkoituksen ja kiinteistön suuruuden välisestä suhteesta. Äänestysratkaisussa (3-2) voitti käsitys siitä, että vallintarajoitus koskee ahtaasti vain asumistarvetta. Tulkintaongelma syntyi omistajapuolison myytyä kaksi määräalaa, jotka muodostivat 2/3 kiinteistöstä. Tapauksen otsikko on seuraava:

A oli ilman puolisonsa B:n suostumusta myynyt omistamastaan tilasta kaksi rakentamatonta määräalaa. Myymättä jätetyllä noin 5.000 neliömetrin suuruisella tilanosalla sijaitseva rakenteilla oleva puolisoitten kodiksi tarkoitettu omakotitalo. Kun tämä tilansa muodosti käyttökelpoisen ja luontevan tontin mainitulle omakotitalolle eikä määräalan luovutuksilla siten ollut vaikutusta puolisoitten asuntoon ja sen tarkoituksenmukaiseen käyttöön, B:n avioliittolain 38 §:n nojalla ajama kanteen määräalojen kaupan julistamisesta pätemättömäksi hylättiin. (Ään.)

Vallintarajoitukset kuuluvat avioliittolain perinteiseen sääntelykoneistoon. Ne kuitenkin uudistettiin vuoden 1987 AL:n osittaisuudistuksen yhteydessä olennaisella tavalla. Tuolloin poistettiin vallintarajoitusten vanha yhteys avio-oikeuteen ja muutettiin vallintarajoitusten alaisen omaisuuden tyypittelyä. Näin tehtäessä vallintarajoitusten funktio muuttui avio-oikeuden puolustamisesta perheen ja perhe-elämän puolustamiseksi. Silti edelleenkin käytännössä ilmenee, joskin onneksi harvenevassa määrin, käsityksiä, joiden mukaan vallintarajoitukset liittyisivät ja vaikuttaisivat avio-oikeuteen. Eivät ne liity eivätkä vaikuta.

Vallintarajoitukset on nyt siis määritelty *sosiaalisella perusteella*. Niillä vaikutetaan puolisoitten yhteisen asunnon, asunto-irtaimiston, toisen puolison työvälineiden sekä puolison ja lasten henkilökohtaisten välineiden vallintaan (AL 38 § ja AL 39 §). Merkittävintä on asunnon lukeminen vallintarajoitusten alaisuuteen, mutta puolison ja lasten henkilökohtaiseen käyttöön tarkoitettujen välineiden suoja on yleisempi osoitus perheen suojasta. Lapsioikeuden lähtökohtaisesta erillisyydestä huolimatta myös AL sisältää näin vallintarajoitusten muodossa säännöksiä, joissa myös lasten tarpeet on otettu huomioon.

Maakaaren säätämisen yhteydessä AL:n vallintarajoituksia on sittemmin muotoiltu jonkin verran uudelleen. Merkittävimmät muutokset ilmenevät AL 38 §:stä.

Materiaalisesti tärkeä muutos koskee kiinteistöjä, joiden yhteydessä on asunto, mutta joiden pääkäyttötarkoitus on muu kuin asuminen. Asunnon suojaa on lievennetty tapauksissa, joissa kiinteistön myynti asunto siitä erottaen olisi taloudellisesti epätarkoituksenmukaista. Säännöstä ei kuitenkaan tule tulkita niin, että vähäinen arvonalennus riittäisi vallinrajoituksen syrjäytymiseen. Kysymys on edelleen aidosta vallintarajoituksesta ei optimaalisesta hyödyn tavoittelusta tulkintatekijänä.

Menettelylliseltä kannalta on huomattava, että erillinen lainhuudosta luettava määräaika pätemättömyyskanteelle on poistunut. Lainhuudon myöntäminen katkaisee nyt kanneoikeuden. Muutos liittyy lainhuudon uuteen asemaan kiinteistöjen vaihdannassa. AL 38 § on uudistettuna seuraavan sisältöinen:

Puoliso ei saa ilman toisen puolison kirjallista suostumusta luovuttaa kiinteää omaisuutta, joka on tarkoitettu käytettäväksi puolisojen yhteisenä kotina. Puolison suostumusta ei kuitenkaan tarvita, jos luovutettava omaisuus on tarkoitettu käytettäväksi pääasiallisesti muuhun tarkoitukseen ja jos kotia ja siihen liittyvää maa-aluetta ei voida jättää luovutuksen ulkopuolelle alentamatta merkittävästi kiinteän omaisuuden arvoa. Mitä tässä momentissa säädetään kiinteästä omaisuudesta, koskee myös toisen maalla olevaa rakennusta ja käyttöoikeutta maahan. Luovuttamiseen rinnastetaan myös kiinteän omaisuuden antaminen vuokralle tai muun sitä koskevan käyttöoikeuden perustaminen. Oikeustoimi, jonka puoliso on tehnyt vastoin 1 momentin säännöstä, on julistettava pätemättömäksi, jos toinen puoliso nostaa tästä kanteen kolmen kuukauden kuluessa saatuaan tiedon oikeustoimesta. Kiinteän omaisuuden luovutus tulee kuitenkin päteväksi, jos saannolle on myönnetty lainhuuto eikä luovutuksensaaja saannon tapahtuessa tiennyt eikä hänen pitänyt tietää, ettei luovuttajalla ollut oikeutta luovuttaa kyseistä omaisuutta. Vuokraoikeuden tai muun kiinteää omaisuutta koskevan käyttöoikeuden kirjaamisen vaikutuksista on soveltuvien osin voimassa, mitä tässä momentissa säädetään lainhuudosta.

Vallintarajoitukset antavat suojaa *inter partes*. Säännöksissä mainittujen tointen luvanvaraisuus tekee puolisojen suhteen, kuten *Tapani Lohi oikeuskirjallisuudessa* huomauttaa, tietyissä tilanteissa yhteisomistussuhdetta lähestyväksi suhteeksi. Yhteisomistussuhde se ei kuitenkaan ole eivätkä vallintarajoitukset myöskään anna suojaa velkojia vastaan.

3.1.4. Nimi ja omistus

Avioliitto sellaisenaan tai sen aikana tehty työ yhteisen talouden hyväksi eivät sinällään tuota omistusoikeutta eivätkä myöskään luo prosessuaalista olettaa omaisuuden hankinnasta yhteiseen lukuun. Vain sellainen irtain omaisuus, jonka omistuksesta ei ole näyttöä tai synny olosuhdeperusteista olettaa, oletetaan avioliiton nojalla yhteisesti omistetuksi (AL 98 §). Tämän mukaisesti voimme perustellusti puhua *nimiperiaatteesta* myös avioliittovarjosteisen omistuksen pääsääntönä. Omaisuus on sen, jonka nimiin se on hankittu ellei voida osoittaa sitä hankitun tarkoituksin omistaa yhdessä. Tämä tarkoitus on pystyttävä näyttämään. *Pesänjakajalla* on - toisin kuin yhä edelleen toisinaan luullaan - toimivaltansa puitteissa oikeus ratkaista omistuskysymys *inter partes* osituksessa.

Yhteistä hankintatarkoitusta koskevan näytön merkitystä puolisojen omistussuhteiden selvittämisessä valaisee hyvin ennakkoratkaisu KKO:1986-II-103. Jo sen otsikossa on näkyvästi ilmaistu puolisojen yhteisen liiketaloudellisen toiminnan merkitys kiistatilanteissa. Nimiperiaatteen mukainen omistus kumoutui näytöllä yhteisen omistuksen tarkoituksesta ja sen mukaisesta puolisojen toiminnasta yhteiseen lukuun:

Puolisot A ja B olivat hankineet kiinteistön käytettäväksi sekä perheen asuntona että A:n liiketoiminnassa. Näihin tarkoituksiin kiinteistöä oli käytetty ensimmäisen rakennusvaiheen valmistumisesta puolisojen välien rikkoutumiseen asti. Kiinteistö oli hankittu A:n nimiin ja hän oli osallistunut hankintakustannuksiin ainakin liiketoiminnastaan saamallaan tuloilla. Rakentamista oli rahoitettu myös A:n ja B:n yhteisesti ottamalla lainoilla. Lisäksi B oli osallistunut rahoitukseen ansiotyöstään hankkimillaan tuloilla sekä toiminnallaan kotona ja A:n liikkeessä. A:n ja B:n katsottiin yhdessä omistavan kiinteistön siinä suhteessa kuin he olivat osallistuneet kiinteistön hankintakustannuksiin. (Ään.)

Tästäkään tapauksessa ei ole lupa tehdä yleistystä yleisen *perheoikeudellisen yhteisomistusajatuksen* suuntaan. Avioliitto ja yhteinen talous sinällään eivät luo yhteisomistusolettaa. Siihen tarvitaan jotain enemmän. Ennakkoratkaisun

perustana olleessa tilanteessa sekä yhteinen rahoitus että kiinteistön käyttö liiketoimintaan, joka oli osin yhteistoimintaa, muodostivat riittävän näytön yhteisomistuksesta.

Perheoikeudellisen yhteisomistuksen ajatuksen yleinen torjuttavuus tulee havainnollisesti näkyviin myös ennakko ratkaisussa *KKO:1988:85*. Se koskee tilannetta, missä *aviopari* ensin erosi ja sittemmin alkaneen *avoliiton* aikana rakensi talon miehen nimiin. Tapauksen otsikko on seuraava:

A:n ja B:n avoliiton aikana oli A:n omistamalle tilalle rakennettu omakotitalo, jossa A ja B sekä heidän lapsensa olivat asuneet. Muutettuaan tilalta B vaati vahvistettavaksi, että hän omisti talon yhteisesti A:n kanssa. Koska B ei ollut näyttänyt, että olisi tarkoitettu A:n ja B:n yhteisesti omistavan talon, B:n vaatimus hylättiin. (Ään.)

Erikseen on - kuten alkuosassa jo huomautin - muistettava, että sellaisissa tilanteissa, missä omaisuutta on hankittu yhteisiin nimiin, on kotityölle eräissä tapauksissa annettu jonkin verran merkitystä *nimiperiaatteen mukaisen yhteisomistuksen vahvistavana tekijänä*. Tästä on ensimmäisenä ennakkoratkaisuna mainittava *KKO:1975-II-62*. Tapauksen otsikko on seuraava:

Puolisot olivat avoliiton aikana hankkineet asunto-osakkeet yhteiseksi omaisuudekseen. Vaimon katsottiin toiminnallaan puolisoiden lasten ja kodin hoitajana sekä osallistumalla puolisoiden aikaisemmin omistamalla tilalla rakennustyöhön ja tilapäisesti myös ansiotyöhön kodin ulkopuolella osaltaan kohottaneen perheen varallisuusasemaa siinä määrin, että vaikka mies olikin palkkatuloistaan suorittanut puolisoiden aikaisempien asuntojen hankkimisesta johtuneet kustannukset ja niiden hallintaan oikeuttavien osakkeiden ostoa varten otetun pankkilainan lyhennysmaksut, osakkeet kuuluivat puolisoille yhtäläisin osuuksin. Vaimon mainittua osuudensaantoa ei ollut pidettävä lahjana tai maksuvelvollisuuden aiheuttavana luovutuksena (Ään).

Vaikka avoliitto ei siis luo omistusoikeutta, avoliittolaissa on useampia siihen liittyviä erityissäännöksiä. Niistä käytännössä keskeisimmät ovat edellä jo mainitut omistuksen siirtymistä koskeva AL 65 § sekä irtaimen omaisuuden viimekätinen yhteisomistusolettama (AL 89 §).

Puolison elatusvelvollisuutensa puitteissa toiselle puolisolle luovuttamin varoin hankitut, henkilökohtaiseen käyttöön tarpeelliset esineet kuuluvat AL 65 §n nojalla käyttäjäpuolisolle. Säännöstä voitaneen, kuten edellä jo todettiin, perusteiltaan luonnehtia personallisuus oikeudelliseksi, puolison yksityisyyden kunnioittamista puolustavaksi säännöksi. Samalla se eroaa yleisistä varallisuus oikeudellisista periaatteista.

Irtaimen omaisuuden *yhteisomistusolettama* (AL 89 §) taasen on jo varallisuus oikeudellisesti merkittävämpi säännös. Se on perheyksikön kokonaisuuden, sen yhtenäisyyden tunnustava *näyttösääntö*. Omistusnäytön puuttuessa on säännös sallii ensin olosuhteisiin perustuvan omistusharkinnan. Ja viime kädessä se asettaa yhtäläisen yhteisomistuksen irtainta omaisuutta koskevaksi *omistusoikeusolettamaksi*. Kun nimiperiaate ei toimi, *avioyhteys* johtaa lopulta yhteisomistusolettamaan. AL 89 § on syytä kirjata tässä näkyviin:

Jos puolisoiden omaisuutta eroteltaessa jonkin irtaimen esineen suhteen ei käy olosuhteista selville eikä myöskään voida näyttää, kummanko puolison omaisuuteen se kuuluu tai että se on yhteistä omaisuutta, on puolisoiden katsottava saaneen sen yhteisesti yhtäläisin oikeuksin.

Kaksi muuta avioliiton omistusoikeussäännöstä; erityinen hallintaan liittyvä tuotosäännös (AL 63 §) ja omaisuuden luettelointisäännös (AL 60 §) ovat vähemmän tunnettuja ja harvoin käytettyjä. Nekin on kuitenkin syytä tässä yhteydessä mainita.

AL 63 rakentuu ajatukselle *toimeksiannosta*. Puolison annettua omaisuuttaan toisen puolison hallintaan, tällä on oikeus käyttää omaisuuden tuottoa perheen elatukseen. Säännöksen alkuperäinen tausta oli vaimon varojen hallinta miehen toimesta silloisessa yhteiskunnassa. Tällöinkin pidettiin silmällä ensi sijassa vähäistä omaisuutta. Sen tuottoa oli lupa käyttää *tilinpitovelvollisuudetta*. Tämän

päivän käytännössä säännös voi olla merkityksellinen lähinnä osituksen sovittelun yhteydessä pohdittaessa puolisoiden panoksia yhteiseen talouteen.

Omaisuuksien luettelointia koskeva AL 60 § oli merkityksellinen aiemmin. Sen avulla pyrittiin usein tosiasiallisesti siirtämään omistusoikeus puolisolta toiselle. Ulosoton tehostuessa säännös on jäänyt *ultra partes* merkityksettömäksi, joskin se laman myötä koki 1990-luvulla eräänlaisen uudelleensyntymän; hetkellisen ja tehottoman. Sitä vastoin *inter partes* säännös on edelleen merkityksellinen ja käymässä tärkeämmäksi osituksen sovitteluun vaikuttavana tekijänä. Pelkkä luettelo on kuitenkin vailla erityistä lakisääteistä todistusarvoa.

3.3 Velat

Puolisoiden velkoja koskee AL II osan 5 luku, joka on vain viiden pykälän laajuinen. Sen ydinosan muodostavat säännökset, missä ilmaistaan sääntelyn lähtökohtana oleva *erillisvelkojen* eli velkojen erillisyyden periaate (AL 52.1 §) sekä poikkeukset siitä (AL 52.2-3 § ja AL 54 § sekä AL 56 §). Erillisvelkojen periaate liittyy olennaisella tavalla omaisuuden erillisyyden periaatteeseen.

Elatusvelkojen yhteisyys (AL 52.2 §) on sekä periaatteessa että käytännössä tärkeä poikkeus velkojen erillisyydestä. Varhemmin sitä pidettiin kirjallisuudessa jopa avioliiton oikeusjärjestelmän keskeisenä tunnusmerkkinä. Näin ei toki ole asian laita. Kysymys on vain puolisojen keskinäiseen elatusvelvollisuuteen (AL 46 §) paljossa niveltyvästä oikeussäännöstä. Yhteisvastuu koskee velkoja, jotka sinänsä kuuluvat yleensä myös puolisojen *elatusvelvollisuuden* puitteisiin.

Toisaalta elatus on verraten epämääräinen, avoin ja muuttuva käsite. Ennakkoratkaisu onkin käyty rajanvetoa siitä, miten laaja elatuksen käsite on. Tulkintalinja on ollut *suppea*, kuten poikkeussäännön tulkinnan yleensä tuleekin

olla. Esimerkiksi työnhankinnan vuoksi tehdyistä matkoista aiheutuneista kuluja ei ole hyväksytty puolison elatusvastuun piiriin kuuluviksi. Suppeasta tulkinnasta on esimerkkinä myös seuraava ennakkoratkaisu:

KKO:1991:142. Puoliso A oli välien rikkoutumisen johdosta muuttanut pois puolisoiden yhteisesti omistamalta maatilalta. Puoliso B oli tämän jälkeen tehnyt velaksi hankintoja tilaa varten. Kysymys ei ollut sellaisesta puolison velasta, josta toinen puoliso lain nojalla olisi vastuussa. A:n ei ollut näytetty valtuuttaneen B:tä tekemään kyseisiä hankintoja eikä B:n muutoinkaan toimineen puolisoiden yhteiseen lukuun. Puolison A ei katsottu olevan vastuussa velasta.

Kuten jo otsikosta havaitaan, tämä ennakkoratkaisu on kaksitasoinen. Toisaalta siinä on otettu kantaa elatusvelan käsitteeseen. Rajaksi otettiin *yksityistalouden* ja *ansainnan* välinen raja. Elatus onkin AL 46 §:n määrittelyn mukaan puolisoiden yhteisten sekä kummankin henkilökohtaisten tarpeiden tyydyttämistä. Se ei ole taloudellista ansaintaa eikä toimeentulovalmiuksien ylläpitoa. Ennakkoratkaisu noudattaa selkeästi tätä peruslinjaa. Toisaalta taas kysymys oli tavanomaisesta näyttöä koskevasta arvioinnista mahdollisen yhteisen tarkoituksen osoittamiseksi. Pelkkä yhteisomistus ei riittänyt näytöksi yhteisestä toiminnasta toisen omistajan muutettua pois yhteisesti omistetulta tilalta. Tosiasiallinen hallinta oli muuttunut. Aikaisemmin on jo ennakkoratkaisussa KKO:1970-I-1 omaksuttu paljon vastaava tulkinta-asette. Tuon ratkaisun otsikko oli:

Mies oli ostanut yhtiöltä velaksi rakennustarvikkeita sekä traktoria varten tarvikkeita ja varaosia. Kun vaimo ei ollut sitoutunut maksamaan sanottuja tavaroita eikä hänen ollut näytetty valtuuttaneen miestä toimimaan velaksiostossa hänen puolestaan ja kun AL 52 §:n mukaan puoliso ei vastannut velasta, jonka toinen puoliso oli tehnyt muuta tarkoitusta kuin perheen elatusta varten, eikä vaimo silläkään perusteella, että tarvikkeet ehkä oli käytetty puolisoiden yhteisesti hallitseman tilan hyväksi, ollut vastuussa miehen ostamien tavaroiden hinnan maksamisesta, yhtiön vaimoa vastaan ajama velkomiskanne hylättiin (Täysist Ään).

Käytännössä on viime vuosina ilmennyt jatkuvaa epätietoisuutta siitä, ovatko *maksu-* ja *luottokortein* tapahtuvat hankinnat yhteisen elatusvastuun tarkoittamia

hankintoja. Myös oikeuskirjallisuudessa asiasta on eriäviä näkemyksiä. Oma käsitykseni on se, että yhteisvastuun synty elatusvelasta on riippumatonta maksutavasta. Yhteisvastuun perustana on AL 52.2 §n mukainen *hankinta*, ei maksutapa. Sitä vastoin tavanomainen rahalaina sulkeutuu pois säännöksen soveltamisalasta jo AL 52.3 §n poissuljentasäännön nojalla. Tämän mukaisesti luottokorttiyhteisön ja kortinhaltijan välinen *katesuhde* on asia, mihin puolisoiden yhteisvastuu ei ulotu ellei toisin ole sovittu.

Velkojen erillisuus houkuttaa myös yrityksiin käyttää puolisoiden erilaista varallisuusasemaa väärin suhteessa velkoihin. Siksi on ennakkoratkaisuun pyritty osoittamaan, että erillisvastuuta ei ole lupa käyttää velkojen erehdyttämiseen. Tästä on havainnollisena esimerkkinä ennakkoratkaisu *KKO:1984-II-192*. Sen otsikko on seuraava:

Puolison A tilauksesta oli puolison B omistamaan ja heidän yhteisesti hallitsemaansa omakotitaloon tehty talon lämmitysjärjestelmän muuttamiseen liittyviä sähköasennustöitä. B oli ollut tietoinen tilauksesta ja töiden suorittamisesta sekä siitä, että A taloudellisten vaikeuksiensa vuoksi tuskin oli kykenevä maksamaan töitä. Kun B ei ollut tilauksen tekemisestä tai töiden aloittamisesta tiedon saatuaan ilmoittanut sähköliikkeelle, ettei hän vastaa töiden maksamisesta, hänet veloitettiin talon omistajana yhteisvastuullisesti A:n kanssa suorittamaan töistä aiheutuneiden laskujen määrä. (Ään.)

Tässä tapauksessa kysymys oli kolmanteen nähden toimivasta avioliitosta ja sen mukaisesta omistajien *yhteistoimintaolettamasta*. Jos tällaisessa tilanteessa olisi sallittu toisen yhteisomistajan vetäytyminen yhteisestä velkavastuusta muodollisin avioliitto-oikeudellisin perustein, erillisvelkojen periaatetta olisi käytetty selkeästi yli sen tarkoitetun vaikutusalan. Puolisoilla kun voi luonnollisesti olla ja usein on myös yhteistä velkaa. Viime kädessä asia on arvioitava heidän toimintansa perusteella. Kiintoisa on tässä suhteessa myös ennakkoratkaisu *KKO:1984-I-5*. Tapaus on esimerkki tilanteesta, joissa puolisoiden toiminta näyttäytyy kolmannelle “yhteisen pesän” tyyppisenä yhteistoimintana.

Uusimmassa oikeuskäytännössä on ennakkoratkaisussa KKO:2005:97 otettu tärkeällä tavalla kantaa siihen, millaisin edellytyksin puolisoiden välinen varallisuudensiirto voidaan ulosmittauksessa katsoa keinotekoiseksi. Ratkaisu, joka liittyy UL 4:9n toistuviin tulkintaongelmiin, on saanut seuraavan *kysymysluonteisen* otsikon:

Aviopuolisot A ja B olivat omistaneet yhteisesti kiinteistön, jolla sijaitsi heidän yhteinen kotinsa. A oli ostanut mieheltään B:ltä tämän osuuden kiinteistöstä ja sen jälkeen ulkopuoliselta taholta kaksi kiinteistöön liittyvä määräalaa. A oli ostanut B:ltä myös kiinteistön, jolla sijaitsi puolisoiden loma-asunto. A:n nimiin oli lisäksi hankittu B:n varoilla henkilöauto. Ulosottomies oli ulosottolain 4 luvun 9 §:n 4 momentin nojalla ulosmitannut B:n veloista edellä mainitun A:n omaisuuden. Kysymys siitä, perustuiko A:n omistusoikeus ulosmitattuun kiinteään omaisuuteen ja henkilöautoon säännöksessä tarkoitettu tavoin keinotekoiseen järjestelyyn siten, että ulosmittaus ei loukannut A:n todellista oikeutta.

A oli avannut pankissa luotollisen shekkitilin, jonne oli ohjattu B:n tuloja. Ulosottomies oli antanut B:n ulosottovelkojen johdosta sekä A:lle että B:lle tiliä koskevan maksukiellon. Kysymys siitä, loukkasiko maksukiello A:n tilinhaltijan asemaan liittyviä oikeuksia.

Itse ratkaisussa korostettiin takaisinsaannin ja keinotekoiseen järjestelyyn perustuvan velkojan suojan erilaisuutta. Ja vastaavasti eri tapahtumat arvioitiin niiden syntyäikaisen tilanteen pohjalta. Tämä oli alemmilta oikeuksilta jäänyt tekemättä. Lopputuloksena kotikiinteistön sekä siihen liittyvien määräalojen käyvästä arvosta tapahtuneet kaupat, joissa kiinteistön hankintaan liittyneet velat siirtyivät yksin ostajapuolison vastattaviksi, jäivät pysyviksi. Se seikka, että myös myyjä käytti asuntoa kotinaan ei tehnyt luovutusta keinotekoiseksi. Myöskään toisen puolison velanmyöhempi lyhentäminen ei ylittänyt keinotekoisuuskynnystä. Puolisoiden välillä voi tapahtua luonnollisia varallisuudensiirtoja.

Velkajärjestelmään sisältyy lisäksi nimenomainen oletama *solidaarisesta vastuusta* puolisoiden yhteisestä velasta (AL 53 §). Se on kuitenkin täysin velkakirjalain mukainen ja nykyisin vain informatiivinen säännös. Puolison palkkasaatava toiselta puolisolta on niin ikään laissa erikseen säännelty (AL 64 §

). Näissä säännöksissä lainsäätäjällä on suhteessa kolmanteen ottanut huomioon perheen aseman eräänlaisena tosiasiallisena "yhteisenä pesänä".

4 AVIO-OIKEUSJÄRJESTELMÄ

4.1 Avio-oikeus

Aviovarallisuusjärjestelmä avioliiton varallisuusjärjestelmän keskeisosana rakentuu ajatukselle *avio-oikeuden alaisesta omaisuudesta* (AL 35 §), jota on hoidettava myös *toisen puolison lukuun* (AL 37 §).

Tuon *huolenpitovelvollisuuden* on nyttemmin sanottu olevan ilmentymä *lojaliteettivelvollisuudesta*. Näin asian esittää oikeuskirjallisuudessa *Eva Gottberg*. Ilmaisu tuskin on täysin oikeaan osunut, koska lojaliteettivelvollisuudesta sopimussuhteissa yleensä tarkoitetaan velvollisuutta ottaa huomioon myös vastapuolen intressit. Avioliittolain (AL 2 §) mukaisen yhteistoimintavelvollisuuden huomioon ottaen kysymys on avioliiton aikana pikemminkin lakisääteisen *myötäpuolen* eduista huolehtimisesta läheissuhteessa. Näin ollen avioliitto-oikeudellisessa katsannossa kysymys näyttäisi olevan jossain määrin eri asioista. Ilmaisu *läheislojaliteetti* sinällään sitä vastoin kuvaa hyvin läheissuhteeseen poikkeuksellisen sopimussuhteena liittyvää erityispiirrettä.

Avio-oikeuden perusajatus on sinällään yksinkertainen. Aviovarallisuus on varallisuutta, jonka tulee asianmukaisesti hoidettuna koitua kummankin puolison hyväksi. Vähemmän omistavan puolison katsotaan *ansainneen* osan aviovarallisuudesta puolisoiden avioliiton aikana, mutta vasta osituksessa toteutuen. Siksi se jaetaan *osituksessa* avioliiton päättyttyä; tarkemmin sanottuna ositusperusteen synnyttyä ja puolison tai hänen seuraajiensa vaatiessa avio-oikeuden toteuttamista. Puhumme

ansaintaperiaatteesta. Ellei puolisoiden avioehtosopimuksesta, otto- ja lunastusoikeuksista, tasinkoprivilegistä tai osituksen sovittelusta muuta johdu, ositettava omaisuus puolitetaan ja enemmän omistava puoliso luovuttaa *tasinkona* valitsemaansa avio-oikeuden alaista omaisuuttaan tai vaihtoehtoisesti rahaa (AL 103.1 §).

Avio-oikeusjärjestelmä on se osatekijä, joka selvimmin erottaa avioliiton varallisuusjärjestelmän yksityisoikeuden yleisestä varallisuusjärjestelmästä. Se on lähtökohtaisesti kaavamainen, omistussuhteista ja suorituksen sekä vastasuorituksen mitoituksesta poikkeamaan oikeuttava erityinen varallisuusjärjestelmä. Näin vältetään avioliiton taloudellisen historian yksityiskohtaiselta selvittelyltä avioliiton päättyessä. Lyhyesti sanottuna *avio-oikeus vapauttaa puoliset keskinäisestä kirjanpitovelvollisuudesta keskinäisissä varallisuussuhteissaan.* Avioyhteys on siten poikkeuksellinen taloudellinen sopimussuhde ilman kirjanpitovelvollisuutta.

Avio-oikeus on lähtökohtaisesti molemminpuolinen oikeus. Kumpikin puoliso saa avio-oikeuden toisen puolison omaisuuteen. Tätä kaksipuolisuutta on kuitenkin merkittävästi heikennetty AL 103.2 §n *tasinkoprivilegisäännöin.* Ensin vuonna 1976 varattiin lapsilainsäädännön uudistamisen yhteydessä *leskelle* oikeus pidättää tasingon luovuttamisesta toisen puolison kuoltua toimitettavassa osituksessa. Avio-oikeus muuttui näin ns. kuolinosituksessa eli osituksessa, missä toisen puolison kuolema on ositusperuste, yksipuoliseksi.

Leski voiluonnollisesti luovuttaa tasinkoa, mutta hän ei ole siihen velvollinen. Toisaalta luovuttaminen ei myöskään merkitse lahjanluonteista luovutusta. Kysymys on harkinnanvaraisesta oikeudesta. Tätä ei aina ole havaittu väitettäessä lesken suorittamaa tasingon luovutusta lahjaksi.

Sittemmin *takaisinsaantilainsäädännön* uudistuksen yhteydessä tasinkoprivilegi laajennettiin koskemaan myös luovutuksia puolison konkurssipesälle. Näin tasinkojärjestelmä on merkittävässä määrin muuttunut osin harkinnanvaraisesti yksipuoliseksi. Puolisoiden välisessä suhteessa se on kuitenkin edelleen vain heidän itsensä sopimusperusteisesti sivuutettavissa joko avioehdolla tai sopimusvapautta osituksessa hyödyntäen.

4.1.1 Ositus ja omaisuuden erottelu

Avio-oikeus sanan mukaisesti toteutetaan *osituksessa*. Näin todetaan myös suoraan avioliittolaissa (AL 35.1 §). Ositus on usein monimutkaiseksi ja vaikeaksi luonnehdittu oikeudellinen toimitus. Vaikka aviovarallisuusjärjestelmä sinällään on lähtökohtaisesti yksinkertainen ja kaavamainen, tekevät käsiteltävien asioiden moneus ja lukuisat poikkeussäännöt osituksesta kieltämättä tavanomaista vaikeamman oikeudellisen toimituksen. Lainsäätäjänkin toiminnallaan tunnustama monimutkaisuus näkyy havainnollisesti myös siinä, että ositus on säännösmäärin mitattuna avioliittolain kaikkein laajimmin säännelty osa-alue (AL 85-107 §).

Mikäli puolisoitten välillä ei ollut avio-oikeutta - se on suljettavissa avioehtosopimuksella pois (AL 42 §) tai kaikki omaisuus on muutoin avio-oikeudesta vapaata - ositus ei tule kysymykseen ensisijaisena toimituksena. Puolisoilla ei tuossa tilanteessa ole varsinaisesti mitään ositettavaa. Tällöinkin on kuitenkin käytössä erityinen avioliitto-oikeudellinen toimitus puolisoitten varallisuussuhteiden selvittämiseksi: *omaisuuden erottelu* (AL 85.2 §, 99 § ja 107 §). Erottelusta voidaan myöhemmin joutua siirtymään ositukseen, mikäli avio-oikeuden puuttuminen riitautetaan. Tästä tulee jäljempänä lähemmin puhe.

Ositusta ja erottelua erikseen säänneltyinä avioliitto-oikeudellisina toimituksina on pidetty tarpeellisina sekä avioyhteyden ja sen purkamisen erityisluonteen että puo-

lisoiden oikeusturvan vuoksi. Eroavien puolisojen oikeussuhteiden loppuselvittelyn jättäminen yksin puolisojen sopimusvapauden ja riitatilanteissa tuomioistuintien varaan ei olisi toimiva ratkaisu avioliittokeskeisessä ja nyttemmin myös laajalti avioeroisessa yhteiskunnassa.

Tähän samaan ajatuskulkuun liittyy luontevasti mahdollisuus purkaa puolisojen yhteisomistussuhde osituksen ja omaisuuden erottelun yhteydessä. Vaikka AL 107 §, missä säädetään omaisuuden erottelusta, ei nykyisin sisälläkään nimenomaista viittausta AL 85 §ään, jo AL 85.3 § sekä AL 107 §n viittaus AL 98 §ään johtavat sinällään yhteisomistussuhteen purkamisen mahdollisuuteen avioliitto-oikeudellisessa toimituksessa. Tämä on osa pyrkimystä puolisojen varallisuussuhteiden kattavaan purkamiseen osituksessa.

Käytännössä omaisuuden erottelun ja osituksen keskinäistä suhdetta ei aina ole tunnistettu oikealla tavalla. Siksi ennakkoratkaisussa *KKO:1990:5* on jouduttu osoittamaan, että myös pelkkää omaisuuden erottelua varten voidaan määrätä pesänjakaja. Erottelu on *avioliitto-oikeudellinen toimitus*, mihin on määrättävissä pesänjakaja. Ratkaisun, jonka taustalla oli kiista aloitetun omaisuuden erottelun keskeneräisyydestä, selkeä ja lyhyt otsikko on seuraava:

Pesänjakaja voitiin määrätä pelkästään omaisuuden erottelua varten.

Erikseen on syytä huomauttaa siitä, että ennen *ositusperusteen* syntyä tapahtunut keskinäinen sopimus pohjainen toimitus, jossa omaisuus on eroteltu, ei korvaa ositusta ja erottelua eikä estä pesänjakajan määrämistä ositusta ja erottelua toimittamaan. Ositus ja erottelu avioliitto-oikeudellisina toimituksina edellyttävät aina ositusperusteen olemassaoloa. Vasta sen jälkeen avautuu mahdollisuus hyödyntää sopimusvapautta varallisuussuhteiden lopullisessa muotoamisessa. Kysymys on näin lakisääteisestä oikeusturvaelementistä avioliiton varallisuusjärjestelmässä. Tämäkin sinänsä yksinkertainen seikka on käytännössä

esiintyneen epätietoisuuden vuoksi jouduttu erikseen osoittamaan ennakkoratkaisussa *KKO:1991:126*

A ja B olivat tehneet ennen avioeroon tuomitsemista avioehtosopimuksen ja sopimuksen avioeron varalta. A:lla oli avioehtosopimuksesta ja sopimuksesta huolimatta oikeus vaatia ositus suoritettavaksi sen jälkeen kun A ja B oli tuomittu avioeroon. A:n vaatimuksesta määrättiin pesänjakaja toimittamaan omaisuuden ositus. (Ään.)

Ositus ei kuitenkaan aina ole tarpeen. Puolisoiden kuoltua ei ole tarpeen edetä osituksesta perinnönjakoon. PK 23:1.2 hämää lukijaa. Siinähan todetaan perinnönjaon seuraavan ositusta:

Kun pesä on selvitetty, on jokaisella sen osakkaalla oikeus vaatia jakoa.
Jos vainaja oli naimisissa, on ennen perinnönjakoa toimitettava omaisuuden ositus.

Tämä on kuitenkin vain asioiden tavanomaista järjestystä osoittava sinänsä luonnollinen ja välttämätön *pääsääntö*. Siitä on olemassa kolme keskeistä poikkeusta.

Ensinnäkin lesken perintöoikeus PK 3 luvun mukaan on järjestetty niin, että ositusta *ei yleensä ole tarpeen toimittaa*. Leski saa perimänsä omaisuuden haltuunsa ilman ositusta ja perinnönjakoa. Häntä ei ole haluttu rasittaa velvollisuudella osallistua erillisiin jakotoimituksiin. Toiseksi on huomattava, että perinnönjako voidaan sopimus pohjaisesti toimittaa jo ennen lopullista ositusta. Tällöin tosin otetaan riski jaon myöhemmästä peräytymisestä velkavastuun vuoksi. Asian on nykyisin jossain määrin erikoisella tavalla säännelty. Siitä kertoo kaksi jossain määrin toisistaan poikkeavaa säännöstä. (PK 21:6 ja PK 23:1).

Ja kolmanneksi viimein ositus on siviilioikeudellisessa katsannossa tarpeeton, mikäli perilliset kummankin perittävän jälkeen ovat samat eikä kelläkään heistä ole

vaatimuksia, jotka pitäisi erikseen toteuttaa osituksessa. *Ositusintressi* puuttuu tällöin. Inter partes kysymys on sopimusvapauden alaisesta asiasta, ei lakisääteisestä pakollisesta toimituksesta. Kun myöskään kolmannella ei ole oikeutta käynnistää ositusta - asianosaiset on tyhjentävästi mainittu AL 85 §ssä - osituksen toimittaminen kuolleen puolison jälkeen on ositustahojen tahdosta riippuva asia. Tätä ei aina ole havaittu. Toisaalta on huomattava, että osituksen toimittamatta jättäminen voi johtaa verotuksellisiin ongelmiin verottajan turvautuessa laskelmalliseen ositukseen.

Ositus voidaan myös toimittaa osittaisena. Vastaavasti myös perinnönjako on osittaisen osituksen jälkeen mahdollista toimittaa osittaisena. Tämäkin perustuu sopimusvapauteen. Näin voidaan järjestää esimerkiksi tietyn omaisuuden jakaminen ennen muuta ositusta ja jakoa. Avioliittolain ja perintökaaren järjestelmät eivät estä osittaista ositusta eivätkä osittaista perinnönjakoa. Jostain syystä tätä ei aina käytännössä havaita.

Jokaisella osituksen asianosaisella on kuitenkin aina oikeus vaatia osituksen toimittamista hänen osaltaan täydellisenä. Milloin joku asianosaista on edunvalvonnan alainen, osittainen ositus on niin ikään mahdollinen, mutta se tulee toimittaa niin, että toimitus ei vaaranna päämiehen etua myöhemmässä, täydentävässä osituksessa. Tätä ei ole aina havaittu ja toisaalta eräät maistraatit ovat yllättäen ottaneet kielteisen kannan osittaiseen ositukseen yleisemminkin.

4.2 . Ositus toimituksena

Ositus silloin, kun se toimitetaan kokonaisuudessaan lain edellyttämällä tavalla, on monivaiheinen ja lukuisten yksityiskohtien huomioon ottamista edellyttävä toimitus. Osituksen askelpolku aina vireillepanosta toimituksen päättämiseen ja viimein moitteeseen on kuvattu liitteenä olevassa luettelonomaisessa esityksessä

(liite 1). Sen täydellinen läpikäynti ei tässä yhteydessä ole mahdollista. Puutun lähemmin vain eräisiin käytännön kannalta kiinnostavimpiin kysymyksiin.

4. 2.1 Ositusperusteet

Osituksen toimittaminen edellyttää aina *ositusperustetta*. Sopimusvapautensa puitteissa puoliset voivat varautua ositukseen mitä moninaisimmin tavoin jo avioliiton aikana ennen ositusperusteen syntyä, mutta ositus voidaan käynnistää vasta kun ositusperuste syntyy. Tyypillinen varautumistapa on ns. ositussopimus eli sopimus avioeron varalta. Sitä kutsutaan myös osituksen esisopimukseksi.

Ositusperusteen syntytapoja on laissa mainittuna vain kaksi: avioeron vireilletulo ja avioliiton purkautuminen puolison kuoleman johdosta (AL 85.1 §):

Kun avioeroa koskeva asia on vireillä taikka kun avioliitto on purkautunut, omaisuuden ositus on toimitettava, jos puoliso tai kuolleen puolison perillinen sitä vaatii.

Avioerotapauksissa ositus voidaan näin ollen toimittaa jo harkinta-ajan kuluessa ennen lopullisen avioeron hakemista. Kysymys on tällöin poikkeuksellisesti osituksesta avioliiton aikana. Järjestely vastaa paljossa aikaisempaa osituksen toimittamista asumuseron perusteella. Olennaista on laissa säädellyn ositusperusteen synty. Avioerolla sinällään ei ole mitään merkitystä ositusperusteena. Vuoden 1987 AL:n uudistuksen yhteydessä kaavailtu mahdollisuus ositukseen milloin hyvänsä avioliiton aikana ei toteutunut. Näin ollen vasta ositusperuste oikeuttaa osituksen käynnistämiseen.

Avioeron vireille tulolla ja puolison kuolemalla on osin erilaisia vaikutuksia puolison asemaan ja oikeuksiin osituksessa. Siksi on tärkeää pitää selvillä, mihin perusteeseen ositus ja siinä esitettävät vaateet perustuvat. Ositusperusteet voivat

näet olla päällekkäisiä puolison kuollessa avioeron tultua vireille. Tällöin noudatetaan ensimmäisenä syntyneen ositusperusteen mukaista *aikarajaa*. Jos erohanke siis on vireillä puolison kuollessa, ositusperusteen katsotaan syntyneen *AL 90 §n 2 kohdan* vastakohtaistulkinnan mukaan jo eron vireille tullessa. Tuo säännös osoittaa, että ositusperuste väistyy erohankkeen rauetessa muusta syystä kuin puolison kuoleman johdosta.

Jos ositus toimitetaan harkinta-aikana ja erohanke sittemmin raukeaa puolisoiden passivisuuden vuoksi, ositus jää kuitenkin pysyväksi. Sitä ei ole millään tavoin sidottu erohankkeen toteutumiseen. Vastaavasti jo vireille pantua ositusta voidaan jatkaa erohankkeen rauetessa. *AL 90.2 §* estää vain osituksen aloittamisen erohankkeen rauettua. Tätä ei ole käytännössä aina havaittu. Myös alan oppimateriaalissa on yllättäen esitetty poikkeavia näkemyksiä. Prosessuaalisen jatkuvuusperiaatteen näkökulmasta on kuitenkin pidettävä selvänä, että ositus voidaan toimittaa loppuun, kun se on asianmukaisen ositusperusteen pohjalta käynnistetty. Yksin se sattumanvarainen seikka, että ositusta ei harkinta-ajan kuluessa ehditä esimerkiksi pesänjakajan hitauden, asioiden monimutkaisuuden tai puolisoiden uusien asuinpaikkojen kaukaisuuden vuoksi saattaa loppuun, ei voi jälkikäteisesti rauettaa puolisoille jo syntynyttä oikeutta, johon on turvauduttu. Täysin eri asia sitä vastoin on se, että ositusperusteen raukeaminen luonnollisesti estää osituksen myöhemmän vireillepanon.

4.2.2 Osituksen vireillepano

Ositus on asianosaissidonnainen avioliitto-oikeudellinen toimitus. Sen voivat käynnistää vain ositustahot; puoliset tai perilliset tahit konkurssipesä sijaantulijana (*AL 85 §*). Jos toinen puoliso on kuollut, hänen perillisillään on kullakin itsenäinen oikeus panna ositus vireille. Ositus ei , kuten edellä jo todettiin, ole *yhteishallintotoimi*. Kuolinpesä ei siinä ole millään tavoin edustettuna ellei

kysymys ole ositusperusteen synnyn jälkeen kuolleen asianosaisen edustamisesta kuolinpesän ollessa jakamattomana. Tämä unohtuu käytännössä usein pidettäessä kuolinpesää ositustahona.

Velkojalla ei tässä asemassaan eikä edes puolison omaisuuden ulosmittauksen jälkeen ole oikeutta osituksen käynnistämiseen. Tässä tulee näkyvästi esiin velkojen erillisyyden periaate. Velkoja ei voi hyötyä aviovarallisuusjärjestelmän puolisolle tuomasta taloudellisesta hyödystä ennen kuin ositus on tullut toimitetuksi. Velkojen suoja puolisoitten aviovarallisuus oikeudellisia toimia vastaan taasen on järjestetty toisella tapaa; luovutussidonnaisesti *takaisinsaantilainsäädännön* nojalla. Vain konkurssitapauksessa konkurssipesä tulee muodollisesti asianosaisasemaan, mutta AL 35.4 § ja AL 103.2 § suojaavat tällöin tehokkaasti muita ositustahoja.

Käytännössä on yllättäen joskus luultu, että PK 23:3n maininta *kuolinpesän osakkaan ulosmittausvelkojasta* tarkoittaisi puolison velkojaa ositusta käynnistettäessä.. Kysymys on kuitenkin perintökaaren ja vain sen mukaisesta järjestelystä. Pesän osakkaan ulosmittausvelkoja rinnastuu paljossa osakkaaseen PK 23 luvun nojalla (PK 23:12). Tässä ominaisuudessa hänellä on oikeus vaatia perinnönjakoa ja vastaavasti sen edellytyksenä olevaa ositusta. Kysymys on kuitenkin täysin eri asiasta kuin puolison velkojan pyrkiessä perimään saatavaansa. Puolisoiden velkojen erillisyyden periaatetta ei ole lupa supistaa PKn säännösten lauantavalla tulkinnalla. Vaikka asiaa on voitu pitää sinänsä verraten yksinkertaisena, siitäkin on jouduttu antamaan myös ennakkoratkaisu. Tapauksen KKO:1990:115 otsikko on seuraava:

Perintökaaren 23 luvun 3 §:ssä tarkoitettiin osuudella pesästä kuolinpesän osakkaan pesäosuutta, joka ulosottolain 4 luvun 11 §:n mukaan voidaan ulosmitata hänen velastaan. Ensiksi mainittua säännöstä ei siten ollut sovellettava aviopuolisoiden väliseen ositukseen, jota toimitettaessa toisen puolison osuus puolisoitten yhteisesti omistamista asunto-osakkeista oli ulosmitattu.

Poikkeuksellinen ositustilanne tulee esille lesken perittyä puolisonsa. PK 3 luvun järjestelmä on siten rakennettu, että ositus ei lähtökohtaisesti ole tarpeen ensiksi kuolleen puolison kuoleman jälkeen. Tähän on jo edellä viitattu. Lähinnä jäämistöoikeudellisista syistä ositus tulee kuitenkin kysymykseen monissa tilanteissa. Tyypillinen esimerkki on tilanne, jossa ensiksi kuollut puoliso on testamentilla muodonnut puolison perintöoikeutta. Sen lisäksi leskellä on oikeuskirjallisuudessa kuitenkin katsottu olevan aina oikeus vaatia ositusta. Näin hän voisi käyttää avioliiton varallisuusjärjestelmään nykyisin kuuluvaa oikeutta *tasinkoprivilegiin* hyväkseen myös periessään ensiksi kuolleen puolison.

Korkein oikeus on koko lailla yllättäen päätenyt toiseen tulokseen kahdessa eri ennakkoratkaisussaan; ratkaisuissa KKO:1997:107 ja KKO:1999:104. Ratkaisujen otsikot ovat seuraavat:

Leski, joka oli perinyt puolisonsa, oli toimittanut osituksen hänen ja kuolleen puolison sukulaisten välillä. Osituksessa leski, jonka omaisuuden säästön oli todettu olevan kuolleen puolison jäämistön säästöä suurempi, oli vedonnut avioliittolain 103 §:n 2 momenttiin perustuvaan oikeuteen olla luovuttamatta omaisuutta kuolleen puolison perillisille.

Ositus oli vailla oikeudellista merkitystä. (Ään.)

Perintökaaren 3 luvun 5 a §:ssä tarkoitetun jaon yhteydessä ei voitu laillisesti toimittaa ositusta. Eloönjäänyt puoliso ei siten voinut jaon yhteydessä vedota avioliittolain 103 §:n 2 momentissa säädettyyn oikeuteen olla luovuttamatta omaisuuttaan ensiksi kuolleen puolison perillisille. (Ään.)

Ks. KKO:1997:107

Olen aikaisemmin ollut kirjallisuudessa Aulis Aarnion ja Urpo Kankaan tavoin sillä kannalla, että ositus ilman PK 3 luvun tarkoittamaa jakoa olisi mahdollinen. Käsitykseni olen perustellut laajasti systemaattisin seikoin. Uudet ennakkoratkaisut eivät anna minulle aihetta muuttaa käsitystäni.

Lainsäätäjän huolettomuudessaan lähemmin käsittelemättä jättämässä erikoislaatuissa tulkintatilanteissa kummallekin vaihtoehdolle on yleisellä tasolla epäilemättä löydettävissä perusteluja. Korkeimman oikeuden enemmistön vuoden 1997 ratkaisussa käyttämin perusteluin kielteinen kanta osituksen

toimittamiseen ei yleisesti omaksuttujen tulkintaperiaatteiden valossa kuitenkaan ole hyväksyttävissä. Perusteluja, joissa arvioidaan osituksen käynnistäneen lesken motiiveja ja oletetaan, että osituksen käynnistäminen on sidottu pesän osakkuuteen, uskallan poikkeuksellisesti luonnehtia sekä asenteellisiksi ja sellaisina korkeimman oikeuden arvovaltaa murentaviksi että jopa lain vastaisiksi. Jälkimmäinen, vahvistetussa jaosta mutta osin aikaisemmassa kokoonpanossa annettu ratkaisu jatkaa hieman pelkistetympin outoa tapaa lähestyä esitöitä - sekä toteutumattomien että toteutuneen muutosehdotuksen perusteluita - ja siinäkin sivuutetaan osituksen käynnistämisen keskeinen säännös AL 85 §. Tuo säännös kertoo, ketkä voivat käynnistää osituksen. Sitä ei muutettu lesken tasinkoprivilegin säätämisen yhteydessä.

Olisikin toivottavaa, että lainsäätäjä mahdollisimman pikaisesti ottaisi asiakseen osituksen ja perinnönjaon yhteyksien asianmukaisen arvioinnin. Tilanne, jossa aviovarallisuusjärjestelmään keskeisenä osana kuuluva, rintaperillisiä vastaan tehokas tasinkoprivilegi sulkeutuu ilman nimenomaista säännöstä pois toisen ositustahon koostuessa kaukaisemmista sukulaisista, on jo *omistuksen suojan* näkökulmasta outo. Tasinkoprivilegihän on - se on syytä muistaa - osaltaan omistuksen suojaa koskeva rajoitetun omistusintervention periaatteen mukainen säännös.

Tässä yhteydessä on myös huomautettava siitä, että PK 12:1n linkkisäännös liittää PK 3 luvun lesken hyväksi tehtyihin vallintatestamentteihin ellei testamentista muuta johdu. Noudatettaessa edellä selostettuja ennakkoratkaisuja myös PK 12:1n nojalla vallintatestamenttien yhteydessä joudutaan tilanteeseen, jossa lesken ei useissa tilanteissa kannattaisi ottaa lainkaan vastaan hänen hyväkseen tehtyä vallintatestamenttia. Tällainen tulos olisi absurdi. Onkin perusteltua olettaa, että ennakkotapauksessa ilmaistua kantaa ei voida ulottaa koskemaan testamenttaustilanteita. *Testamentista* pääsääntöisesti johtuu, että lesken

varallisuus oikeudellinen asema siihen liittyvine tasinkosuojineen ei heikkene testamenttiin turvauduttaessa.

Jonkin verran ongelmallisempi on PK 3:5:n tulkinta. Säännös oikeuttaa nykyisin lesken kiistatta luopumaan PK 3 luvun mukaisesta jäämistösaannostaan sen vastaanotettuaan. Tässä selventäväksi tarkoitettussa säännöksessä osoitetaan *luopumisjaon* tapahtuvan PK 3 luvun mukaisesti. Säännös on seuraava:

Eloonjääneen puolison vaatimuksesta on toimitettava jako hänen ja ensiksi kuolleen puolison perillisten kesken. Jakoon sovelletaan tämän luvun jakoa koskevia säännöksiä ja se sitoo myös niitä ensiksi kuolleen puolison perillisiä, joilla eloonjääneen puolison kuoltua olisi oikeus perintöön.

Näin ollen on ennakkoratkaisujen valossa mahdollista, että leskellä ei hänen elinaikanaan toimitettavassa jaossa katsottaisi olevan oikeutta vedota tasinkoprivilegiinsä. Vähäinenkin PK 3 lukuun turvautuminen veisi tämän mahdollisuuden. Tämäkin tulkinta on AL:n järjestelmän näkökulmasta epäilemättä systeeminvastainen.

Menettelyllisesti osituksen vireillepano tapahtuu joko vapaamuotoisesti ositusvaatimus muille ositustahoille esittäen tai hakemalla pesänjakajaa. Pesänjakajan määrääminen ei elossa olevien puolisojen välisessä osituksessa edellytä luetteloa puolisojen omaisuudesta, mutta PK 23 luvun pesänjakajajärjestelmän mukaista on esittää riittävät perustiedot puolisojen varallisuudesta hakemuksen yhteydessä pesänjakajan valintaa varten. Kuoleman ollessa ositusperusteena perunkirjoituksen toimittaminen on pesänjakajamääräyksen ehdoton edellytys. Hakemukseen on liitettävä jäljennös perukirjasta (PK 23:4.1).

4.2.3 Osituksen käynnistäminen

Osituksen *vireillepano* ja osituksen *käynnistäminen* ovat eri asioita. *Vireillepano* merkitsee *ositusvaateen* esittämistä. Siihen kullakin osituksen asianosaisella on itsenäinen oikeus ositusperusteen syntyessä. Oikeus *vireillepanoon* ei vanhene. Sopimusositus pannaan *vireille* ilmoittamalla asiasta muille asianosaisille. Toimitusositus taas pannaan *vireille* *pesänjakajahakemuksella*. Sille ei tarvitse esittää mitään muuta syytä kuin ositusperusteen synnyn jälkeen kokonaan tai osittain toimittamatta oleva ositus.

Osituksen *käynnistäminen* puolestaan tarkoittaa itse toimituksen aikaansaamista ja aloittamista. *Sopimusosituksessa* on vaikea löytää tarkkaa rajaa osituksen *käynnistämiseen*; sekin on sopimuksenvaraista. Olennaista kuitenkin on, että kaikki asianosaiset ovat edustettuina sopimukseen pyrittäessä. Jos joku ei suostu saapumaan ilmoitettuun jakotilaisuuteen, toimitus ei käynnisty. Toimitusosituksessa *pesänjakajan* tulee määrätä toimituksen aika ja paikka sekä kutsua asianosaiset todistettavasti toimitukseen (PK 23:7). Vasta tällöin ositus on alkanut siten, että siitä voi muotoutua moitekelpoinen toimitus.

Yksin se seikka, että *pesänjakaja* on asianosaisen vaatimuksesta määrätty, ei merkitse toimitusosituksen sitovaa alkamista. Toimitusosituksesta on mahdollista palautua sopimusositukseen. Näin on katsottu myös lakimiespiireissä paljon huomiota herättäneessä ennakkoratkaisussa *KKO:1996:143*. Sen otsikko on seuraava:

Pesänjakaja oli määrätty toimittamaan puolisojen omaisuuden ositus. Puolisot olivat tehneet sopimusosituksen ilman *pesänjakajan* myötävaikutusta. Ositus ei ollut pätemätön sen johdosta, että *pesänjakaja* ei ollut sitä toimittanut eikä allekirjoittanut osituskirjaa.

Tässä tapauksessa puolisot olivat toimittaneet keskenään osituksen pian *pesänjakajan* määräämisen jälkeen. Selkeissä systemaattisissa ja lain tarkoitukseen pohjautuvissa perusteluissaan korkein oikeus katsoi, että sopimusvapautensa

puitteissa puoliset voivat tällaisessa asiassa, missä sopimus on sallittu, sivuuttaa tehtävään jo määrätyn pesänjakajan. Osituksen muoto, mistä asiassa sittemmin kiisteltiin sovun jälleen väistyttyä, ei näin ollen edellyttänyt pesänjakajan allekirjoittamaa osituskirjaa. Riittävää oli sopimusosituksen muodon täyttyminen ja se tässä tapauksessa täyttyi.

Ratkaisu on epäilemättä oikeaan osunut. Ositustahot eivät menetä oikeuttaan sopia osituksen sisällöstä ja muodosta pesänjakajan tultua määrätyksi pesään. Joinkin verran ongelmallisempi on kysymys siitä, voivat he sivuuttaa pesänjakajan tämän jo käynnistettyä osituksen. Korkeimman oikeuden perustelut on kirjoitettu niin avoimesti, että tähänkin tulokseen on niiden pohjalta mahdollista päätyä. Perustelut ovat tältä osin seuraavat:

“Edellä esitettyyn nähden perintökaaren säännöksistä voidaan päätellä lain tarkoituksen olevan, että osakkailla on oikeus sopia jaon sisällön lisäksi myös sen toimittamistavasta. Perintökaaren säännösten tulkitseminen siten, että pesänjakajan tultua määrätyksi jakoa ei enää saisi toimittaa muulla tavalla kuin pesänjakajan toimittamana jakona, on vastoin tätä tarkoitusta. Pesän osakkaiden kannalta myös käytännölliset näkökohdat ja jaon kustannustekijät puoltavat sanottua osakkaiden valinnanvapautta. Tämän vuoksi ei ole perusteita katsoa, etteivät osakkaat oikeuden määrättyä pesänjakajan voisi toimittaa jakoa keskenään sopimalla.”

Prosessuaalinen jatkuvuusperiaate sekä erilaiset muoto- ja moitesäännökset sopimusjaolle sekä toimitusjaolle puoltaisivat lähtökohtaisesti ajatusta puolisoitten sopimusvapauden supistumisesta materiaaliin kysymyksiin pesänjakajan käynnistettyä jaon. Toisaalta on myönnettävä, että kysymys on asiasta, jossa sovinto on sallittu. Jos ja kun tälle sekä sopimusvapaudelle annetaan yhdenmukaisesti keskeinen painoarvo, pesänjakaja väistyy osapuolten sopimusten tieltä missä vaiheessa ositusta hyvänsä.

Edellisestä täysin eriäväinen on käytännössä tämän tapauksen yhteydessä käydyssä keskustelussa esitetty huoli pesänjakajan palkkiosta. Hän saa normaaliin tapaan

palkkionsa tehdystä työstä. Osituksen osapuolet vastaavat siitä. Ongelmallisempaa on se, voiko muut tehtävänsä ja aikataulunsa ositus huomioon ottaen suunnitellut pesänjakaja vaatia menestyksellä korvausta ositustahojen toiminnallaan hänelle aiheuttamasta menetyksestä. Suoranaista estettä tälle ei pitäisi olla.

5 OSITETTAVA VARALLISUUS

Ositukseen ei toimituksena liity erillistä, varsinaista ositusta edeltävää ositusselvitystä. Tästä suhteesta ositus eroaa jäämistösaannoista. Ositusta varten ei myöskään ole mahdollista saada pesänselvittäjän määräystä. Mutta voimme asiallisesti erottaa osituksessa *selvitysvaiheen*, *laskelmavaiheen* sekä *reaalisen* jaon vaiheen.

Keskeisimmät osat osituksen aloittamisen jälkeistä *selvitysvaihetta* ovat kannanotot ositettavan omaisuuden laatuun, määrään sekä arvoon. Niistä koostuu paljossa myös osituksen toimittajan käytännöllinen ammattitaidollinen ydin.

Osituksessa huomioon otettava, ositettava varallisuus määräytyy toisaalta sen mukaan, mitä omaisuutta pidetään AL 35 §n nojalla avio-oikeuden alaisena ja toisaalta aviovarallisuuden kertymän katkaisevan ns. *katkaisuvaikutushetken* (AL 90 § ja AL 99 §) mukaan. Näitä kumpaakin seikkaa on syytä käsitellä lähemmin erikseen.

5.1 Avio-oikeuden alainen omaisuus

5.1.1 Avio-oikeuden laajuuden valinnaisuus

Lain lähtökohtana on *kattava avio-oikeus*. Avioliiton solmiminen ja parisuhteen rekisteröinti tuovat lähtökohtaisesti avio-oikeuden alaisiksi myös jo ennen liittoa hankitun ja saadun omaisuuden. Tämä on suomalaisen järjestelmän erikoisuus esimerkiksi Norjaan verrattuna. Siellä avio-oikeus on rajoitettu avioliiton aikaan varallisuuteen. Meillä avioyhteydellä on tässä katsannossa taannehtiva vaikutus. Omaisuuden hankinta-aika ei välittömästi vaikuta avio-oikeuden lakisääteiseen ulottuvuuteen.

Avio-oikeuden alaista omaisuutta on lähtökohtaisesti kaikki se *omaisuus*, jota ei ole avioehdolla tai lahjakirjalla tai testamentilla määrätty avio-oikeudesta vapaaksi omaisuudeksi. Vastaavasti myös tuollaisen omaisuuden tuotto kuuluu avio-oikeuden alaiseen omaisuuteen. Se on siten teoriassa oman kasvava eränsä puolisojen varallisuudessa.

Kattavan avio-oikeuden vaihtoehtona on puolisojen sopimusvapautensa puitteissa valitsema avio-oikeuden laajuus. Valinta edellyttää avioliiton tai parisuhteen aikana avioehtosopimuksen käyttöä. Tällöin omaisuus ja sen tuotto ovat kumpikin erikseen huomioitavia seikkoja. Tuotto ei seuraa omaisuuden avio-oikeussidonnaisuutta. Myös avio-oikeudesta vapaan omaisuuden *tuotto* on avio-oikeuden alaista elleivät puolisot ole tehneet molemminpuolista avio-oikeuden täydellisesti poissulkevaa avioehto. Vasta se näet luo *oletettaman* myös tarkoituksesta sulkea tuotto avio-oikeuden ulkopuolelle (KKO 1974-II-45):

Avioehtosopimuksen määräyksellä, ettei kummallakaan puolisoilla ollut avio-oikeutta toistensa omaisuuteen, puolisojen katsottiin tarkoittaneen myös omaisuutta, jonka he saivat myöhemmin. Avioehtosopimus oli siten avio-oikeuden kokonaan poissulkevana käsittänyt myös puolisojen omaisuuden tuoton. Kun osituksen suorittaja oli käsitellyt omaisuuden tuoton avio-oikeuden alaisena omaisuutena, hänen päätöksensä ko. kohdin kumottiin moitekanteen johdosta.

Avioehtosopimus on siis *inter partes* tapa valita avio-oikeuden laajuus. Mutta myös kolmas voi siihen vaikuttaa. Varallisuus-oikeuden järjestelmä tuntee

mahdollisuuden liittää *lahjoihin* ja *lahjanluonteisiin luovutuksiin* sekä testamentteihin verraten vapaasti erilaisia ehtoja. Se, mikä ei ole mahdollista kaupassa, voi olla mahdollista lahjassa ja testamentissa. Tämän mukaisesti AL 35.2 § sisältää nimenomaisen maininnan mahdollisuudesta sulkea saajan puolison avio-oikeus pois lahjakirjassa ja testamentissa.

Avio-oikeutta ei kuitenkaan ole omaisuuteen, josta avioehtosopimuksin taikka lahjakirjassa tai testamentissa on niin määrätty, eikä myöskään siihen, mikä on tullut sellaisen omaisuuden sijaan. Jos sitä paitsi on määrätty, että avio-oikeutta ei ole myöskään tällaisen omaisuuden tuottoon, noudatettakoon tätä määräystä.

Käytännössä saajan puolison avio-oikeuden poissuljenta on yleistynyt jokseenkin pääsäännöksi. Sen pätevyys edellyttää nimenomaista määräystä, ei vain testamentin tai lahjakirjan tulkintaa tuohon suuntaan.

Yksipuolisesti avio-oikeuden laajuuteen voidaan avioliiton aikana vaikuttaa konkurssitilanteessa. Toisen puolison jouduttua konkurssiin toinen voi vuoden kuluessa konkurssin alkamisesta poistaa avio-oikeuden puolisoiden väliltä tekemällä asiasta ilmoituksen *maistraattiin* (AL 35.4 § ja laki maistraattien eräistä henkilörekistereistä 4-6 §§). Ilmoitus suojaa puolisoita mahdollisessa erotilanteessa siltä, että konkurssipesästä tulisi osituksen osapuoli. Toisaalta se ei kuitenkaan poista konkurssipesän asianosaisasemaa omaisuuden erottelussa.

5.1.2 Avioehtosopimuksen sisältö

Avio-oikeusjärjestelmän sääntelyn lähtökohtana on ollut ALn voimaantulosta lähtien ollut *avio-oikeuden esineellisyys*. Toisin sanoen tietty esine on tai ei ole avio-oikeuden alainen. Tämän mukaisesti avioehtojen sallittua sisältöä koskeva

AL 41 § on alun perin kirjoitettu erittäin rajoitetuksi. Vain siinä mainitut avioehdot ovat sallittuja. Puolisoiden sopimusvapautta on merkittävästi rajoitettu. Muita sopimusmahdollisuuksia ei, kuten lainvalmistelutöissä todetaan, pidetty tarpeellisina. Säännös on seuraava:

Ennen avioliittoa tai sen aikana tekemässään avioehtosopimuksessa voivat kihlakumppanit tai puolisot määrätä, että avio-oikeutta ei ole sellaiseen omaisuuteen, joka jommallakummalla heistä on tai jonka hän myöhemmin saa. Samassa järjestyksessä voidaan sopia siitä, että puolisoilla on avio-oikeus omaisuuteen, johon hänellä aikaisemmin tehdyn avioehtosopimuksen perusteella ei olisi sellaista oikeutta.

Muita kuin tässä sanottuja poikkeuksia alkoon kihlakumppanien tai puolisoiden välisin sopimuksin tehtäkö siitä, mitä puolisoiden omaisuussuhteista on säädetty.

Tästä poissulkevaksi ymmärretystä sääntelytavasta on vakiintuneen käsityksen mukaan yleisten tulkintaoppien valossa seurannut se, että *prosentuaaliset* ja *suhteelliset* avioehdot ovat olleet ALn tarkoitetun järjestelmän vastaisia.

Kun vallintarajoitusjärjestelmä erotettiin vuoden 1987 muutoksin avio-oikeusjärjestelmästä, osassa oikeuskirjallisuudessa otaksuttiin aluksi tämän merkitsevän myös mahdollisuutta ryhtyä aikaisempaa vapaammin laatimaan avioehtoja. Kun tuollainen tulkinta merkitsisi kuitenkin ns salaisen *lainsäädännön* eli lain yleiskielisestä sanamuodosta ilmi käymättömien normien hyväksymistä ja kun AL 41 § on pysynyt ja pysytetty ennallaan, suhtauduin itse epäilleen uustulkintaan. Tämän puolesta puhuu myös se, että PK 6:1, jossa säädetään avio-oikeuden alaisesta omaisuudesta annetusta enakkoperinnöstä, on kiistatta edelleen esineellinen. Ja vastaavasti tasinkoon annettava avio-oikeuden alaisesta omaisuudesta. Käytännössä uudentyyppisiä sopimuksia alettiin kuitenkin tehdä jopa mittavassa määrin.

Ennakkoratkaisussa KKO:2000:100 korkein oikeus omaksui yllättäen - näin täytyy todeta - erittäin vapaamielisen kannan AL 41 §n tulkintaan. Tuomioistuin hyväksyi avioehtosopimuksen, missä avio-oikeus poistettiin avioliiton päättyessä eroon ja

pysytettiin avioliiton päättyessä toisen puolison kuolemaan. Ennakkoratkaisun otsikko on seuraava:

Puolisot oli tuomittu avioeroon. Puolisoiden välisessä avioehtosopimuksessa oli sovittu, että avioliiton purkautuessa avioeron vuoksi kummallakaan puolisoilla ei ollut avio-oikeutta toisen omaisuuteen ja että avioliiton purkautuessa toisen puolison kuoleman johdosta leskellä oli avio-oikeus kuolleen puolison omaisuuteen. Avioehtosopimus katsottiin päteväksi. (Ään.)

Ratkaisun kolme keskeistä perustelua olivat käsitys siitä, että AL 41 §n sanamuoto ei kuitenkaan olisi poissulkeva, että vallintarajoitusten irrottaminen avio-oikeudesta teki aikaisemmat, vallintarajoituksista johtuneet esineelliset tulkinnat tarpeettomiksi ja että ennakkoratkaisun yhteydessä esillä olleelle sopimustyyppille oli käytännön tarve. Näistä perusteluista yksikään ei vakuuta. Käytännön tarve on oikeusvaltiossa jopa täysin kestävä peruste silloin, kun lain yleiskielinen sanamuoto viittaa muuhun. Tällaisessa tapauksessa lakia tulisi, kuten vähemmistöön jäänyt oikeusneuvos totesi, muuttaa. Tästä on jo edellä ollut puhe.

Edellä kuvattu ennakkoratkaisu kilpistyi ositusperusteen merkitykseen. Tässäkään yhteydessä siitä ei ole rohjettu tehdä johtopäätöstä, minkä mukaan päinvastainen avioehto olisi myös mahdollinen. Jos näet avioehdolla suljettaisiin avio-oikeus pois vain kuolinosituksissa, oltaisiin jo kuolemanvaraistointien alueella. Tällöin lähtökohtaisesti edellytetään testamentin käyttöä.

Myöskään prosentuaalisten ja suhteellisten avioehtojen sallittuuteen ei ennakkoratkaisu voine antaa selvää ratkaisua. Etenkin prosentuaalisten avioehtojen käyttö näyttäisi olevan lain vastaista jo siksi, että toinen puoliso on osituksessa velvollinen ottamaan tasinkona vastaan vain avio-oikeuden alaista omaisuutta. Ja jo edellä mainittu PK 6:1 on niin ikään esineellinen. Prosentuaalinen avioehto olisi näiden säännösten vastainen.

Sitä vastoin suhteellinen avioehto eli avioehto, jonka mukaan tietty osuus jostain esineestä on avio-oikeuden alaista omaisuutta tai siitä vapaata omaisuutta, saa nykyisin tukea myös osituksen sovittelusäännöksestä (AL 103 b §), joka sallii sovittelussa määrätä tietyn omaisuuden kokonaan osittain avio-oikeudesta vapaaksi.

Suhteellinen esineellinen avio-oikeus on toisaalta myös tyypillinen vaihdannassa syntyvä tilanne. Sellaista avio-oikeuden alaisen omaisuuden sijaan tullutta omaisuutta, jota on rahoitettu avio-oikeudesta vapaalla omaisuudella, voidaan pitää osittain avio-oikeudesta vapaana. Esineellinen surrogaattiperiaate eli ajatus sijaantulevan omaisuuden samanlaisesta avio-oikeudellisesta asemasta ei tällöin täysin toimi. Vastaava ongelma syntyy päinvastaisessa rahoituksessa. Eräissä tapauksissa tällaisten varallisuudensiirtojen vaikutukset voidaan luonnollisesti korjata myös *vastikejärjestelmän* avulla omaisuuden parantamisena (AL 92 ja AL 95 §).

Kokonaisuutena kysymys avioehdon muuttamisesta tarkoin esineellisestä sisältövapauden suuntaan edellyttäisi pikaisia lainsäädännöllisiä toimenpiteitä. Järjestelmä ei ole riittävän selkeä.

5.1.3 Kolmannen omaisuuslajin ongelmia

Avioliittolain avio-oikeusjärjestelmässä erinomaisia tulkinnallisia ongelmia aiheuttaa ns. *kolmas omaisuuslaji*. Se koostuu oikeuksista, jotka ovat *luovuttamattomia* tai *henkilökohtaisia* (AL 35.3 §). Avioyhteys avio-oikeuden muodossa on lähtökohtaisesti ulotettu vain varallisuuteen, mikä - tässä karkeasti ilmaisten - kuuluu tavanomaisen vaihdannan piiriin. Mutta toisaalta säännöksen mukainen poissuljenta on aina suhteellista. Avio-oikeutta koskevia säännöksiä on tuollaiseen omaisuuteen sovellettava ”sikäli kuin ne eivät ole vastoin sitä, mitä sellaisesta omaisuudesta erityisesti on voimassa”.

Kolmannen omaisuuslajin omaisuuksien yhteydessä joudutaan näin olleen aina erikseen ratkaisemaan, onko tuollainen oikeus avio-oikeuden alaista omaisuutta ja miten avio-oikeus siihen mahdollisesti vaikuttaa. Tulkinnallisena lähtökohtana on se, että *avio-oikeuden olemassaolo* on pääsääntö, josta poikkeaminen on voitava perustella. Yksin vetoaminen henkilökohtaisuuteen ja luovuttamattomuuteen ei riitä. Niiden ohella on kysyttävä yksilöidysti, millainen varallisuusarvoinen etuus puolisoilla on varallisuuspiirissään ja miten hän voi sitä hyödyntää. Tyyppivirheenä näissä tilanteissa esiintyy oikeuden ja sen käyttöön liittyvän pääomapanoksen sekä tuoton sekoittaminen toisiinsa.

Asiaa valottaa verraten hyvin apteekkitoimintaa koskeva ennakkoratkaisun KKO:1994:6. Sen yhteydessä jouduttiin ottamaan kantaa markkinoiden ulkopuolisen varallisuuden asemaan. Ratkaisun otsikko on seuraava:

Apteekkiliikkeellä, jonka harjoittaminen perustui henkilökohtaiseen luovuttamattomaan oikeuteen (apteekkilupa), ei katsottu olevan osituksessa huomioon otettavaa tuottoarvoa. Liikkeen arvo määrettiin sen omaisuuden nettoarvon perusteella (substanssiarvomenetelmä) ja osa liikkeen tuloksesta ositusperusteen syntymisen ja osituksen väliseltä ajalta otettiin huomioon apteekkarin avio-oikeuden alaisen omaisuuden tuottona. Vrt. KKO:1982-19

Tässä äänestysratkaisussa vapaan luovutettavuuden puuttuminen sekä apteekkitoiminnan menestymisen riippuminen apteekkarin henkilökohtaisesta työpanoksesta vaikuttivat arvostukseen. Omaisuus sinänsä oli avio-oikeuden alaista, mutta se arvostettiin ainoastaan *substanssiarvoon*, ei vapaiden markkinoiden mukaiseen tuottoarvoon. Ja kun omaisuus oli avio-oikeuden alaista, myös sen tuotto oli avio-oikeuden alaista. Sitä vastoin henkilökohtaista työpanosta ei voida osittaa ja arvioidusta tuotosta toisaalta vähennettiin piilevä verovelka. Eri mieltä ollut jäsen olisi arvioinut tuoton korkeammaksi.

Kysymys eläkkeiden ja vakuutusten mahdollisesta lukemisesta ositettavaksi omaisuudeksi on viime vuosina tullut aikaisempaa näkyvämmiin keskustelun

kohteeksi. Perinteisesti on aiemmin keskusteltu katsottu, että *lakisääteiset* eläkkeet ovat sellaisia henkilökohtaisia, myöhemmin realisoituvia varallisuuseriä, jotka eivät kuulu ositukseen. Niillä ei ole varallisuusarvoa ositushetkellä. Kysymys on lakisääteisestä, henkilökohtaisesta sosiaaliturvasta. Lakisääteisten eläkkeiden lukeminen ositettavaan varallisuuteen edellyttäisi lainsäädännön muutosta. Tämä kanta on edelleen puollettavissa. Maissa, missä myöhemmät eläkkeet ositetaan, asiasta on säädetty laissa.

Ongelmallisempi on kysymys *puolison lisäeläkkeistä* sekä etenkin *eläkevakuutuksista*. Niihin liittyy aina yksilöllinen pääomapanos. Oikeuskirjallisuudessa on puollettu sellaisten henki- ja eläkevakuutusten, joilla on *takaisinostoarvo*, lukemista vakuutusteknisestä arvostaan ositettavaan omaisuuteen. Samalla on myös katsottu, että vakuutuksenottaja ei voi yksipuolisesti määrätä siitä, kuuluuko vakuutus avio-oikeuden alaiseen omaisuuteen.

Takaisinostoarvon lukemista ositettavaan omaisuuteen voidaan puoltaa siitä näkökulmasta, että kysymyksessä epäilemättä on *varallisuusarvoinen etuus*, joka on realisoitavissa myös lopullisesta, vain henkilökohtaiseksi tarkoitettua edusta poiketen. Myös korkein oikeus on välillisesti ottanut kantaan tähän suuntaan lukemalla säästövakuutuksen osituksessa huomioon yhtiömiehen osuuden arvoon ennakkotapauksessa *KKO:1993:62*. Tapauksesta ei kuitenkaan - toisin kuin kirjallisuudessa on tehty - saa tehdä yleistä johtopäätöstä vakuutusten kuulumisesta ositettavaan varallisuuteen. Kysymys oli näet liiketoimintaan liittyvästä, yhtiömiehen osuuden arvoa lisäävästä erästä.

Kun henkilö- ja eläkevakuutuksille on tyypillistä viimekätinen henkilökohtaisuus ja kun ALn järjestelmä antaa mahdollisuuden vastikkeisiin ylisuurten vakuutusmaksujen osalta, ajatus vakuutusten automaattisesta lukemisesta avio-oikeuden alaisena omaisuutena ositettavaan omaisuuteen on kuitenkin myös

kritiikille altis. Ensisijaisesti niitä tulisi pitää luonteeltaan henkilökohtaisena varallisuutena. Tästä lähtökohdasta eri vakuutusten tyypilliset avio-ero ym ehdot ovat toista puolisoa sitovia. Silloin, kun eläkevakuutukseen sisältyy takaisinostoehto avioeron varalta, voitaneen taasen pitää lähtökohtana sitä, että kysymys on sellaisesta varallisuusarvoisesta edusta, joka otetaan huomioon osituksessa. Vaikka tuollainen ehto merkitsee takaisinostomahdollisuuden syntymistä ositusperusteen synnyn jälkeen, kysymys on laajemmin avioeroon liittyvästä ehdosta, jolla vakuutus muutetaan tulevaisuuteen tähtäävästä henkilökohtaisesta etuudesta eron perusteella realisoituvaksi varallisuusarvoiseksi eduksi. Näissä tilanteissa voidaan puoltaa sitä, että ajallinen liittymä ositusperusteeseen on riittävän selkeä.

Sitä vastoin se kirjallisuudessa niin ikään esitetty ajatus siitä, että henkilövakuutus, missä edunsaajana on *leski*, tulisi ositettavaksi omaisuudeksi ja sitä kautta ehkä vaikuttamaan jäämistön suuruuteen, on vaikeasti hyväksyttävissä. Vakuutusopimuslain järjestelmässä lähdetään ensinnäkin jäämistöön tulevien ja sen ohittavien vakuutusetuksien erottelusta. Meillä on nimenomainen mahdollisuus ohjata edunsaajamääräyksin vakuutussummat ohi jäämistömme (VaksopL 47 §) .Ajatus vakuutussumman kuulumisesta tästä huolimatta ositettavaan varallisuuteen on outo. Ja toisaalta kun vakuutuksen maksun aiheuttaa vasta perittävän kuolema, kummankin lain yhteinen systemaattinen tulkinta johtaa lesken puolisoltaan kuoleman johdosta saaman etuuden jättämiseen osituksen ulkopuolelle. Yksin se seikka, että vakuutusopimuslaissa ei erikseen mainita ositusta, ei ole riittävä peruste toisensuuntaiselle tulkinnalle. Kun ositus on taakse päin katsova toimitus, siihen ei ilman eri määräystä ole syytä lukea mukaan kuoleman aiheuttamaa varallisuuden lisäystä. Ja tässäkin yhteydessä on muistettava, että AL antaa mahdollisuuden tasata suurten vakuutusmaksujen vaikutuksia ositettavaan varallisuuteen viime vastikejärjestelmän avulla.

Vakuutuksen takaisinostoarvon lukeminen joissain tilanteissa ositettavaan omaisuuteen tulee epäilemättä yllätyksenä merkittävälle osalle lakimieskuntaa. Siinä määrin selkeästi ja vakiintuneesti olemme aikaisemmin tottuneet jättämään vakuutusedut ositettavan omaisuuden ulkopuolelle.

5.2 Katkaisuvaikutus

Osituksen käynnistämisen varhaisimman ajankohdan osoittamisen ohella ositusperuste on merkityksellinen ns. *katkaisuvaikutuksen* osoittajana. Katkaisuvaikutuksella ymmärretään yleisesti luonnehdittuna sitä, että avio-oikeuden alaisen omaisuuden ja osituksessa huomioon otettavien velkojen muutoksille on asetettu tietty *aikaraja*. Avioyhteys muuttaa muotoaan. Katkaisuvaikutushetken jälkeen kertyvä omaisuus ja sen jälkeen otettavat tahi maksettavat velat eivät enää vaikuta ositukseen. Avio-oikeuden alaisen omaisuuden kertymistä koskeva katkaisuvaikutussääntö on erikseen säännelty AL 90 §ssä ja siihen viittaava velkojen vähentämistä koskeva katkaisusääntö AL 99.1 §ssa. Säännökset ovat seuraavan sisältöiset:

90 §. Omaisuuden ositusta toimitettaessa on omaisuutena, johon toisella puolisollla ei ole avio-oikeutta, pidettävä:

- 1) omaisuutta, jonka puoliso on ansainnut taikka saanut perintönä, lahjana tai testamentin nojalla avioliiton purkaututtua toisen puolison kuoleman vuoksi;
- 2) omaisuutta, jonka puoliso on ansainnut taikka saanut perintönä, lahjana tai testamentin nojalla sen jälkeen, kun avioeroa koskeva asia on tullut vireille.

Poiketen siitä, mitä 1 momentin 2 kohdassa säädetään, toisella puolisollla on kuitenkin avio-oikeus kohdassa tarkoitettuun omaisuuteen, jos avioeroa koskeva asia on rauennut muusta syystä kuin sen vuoksi, että puoliso on kuollut asian vireillä ollessa.

99.1 § Kun puolisoitten omaisuus on eroteltu ja se vastike, mikä puolisolle 92 §:n nojalla ehkä on tuleva, on otettu lukuun, määrätään sen omaisuuden säästö, johon puolisoilla on avio-oikeus, erikseen kumpaisenkin puolison

omaisuuden osalta siten, että omaisuuden arvosta vähennetään ne puolison yksityiset velat, jotka ovat syntyneet ennen 90 §:n 1 ja 2 kohdassa tarkoitettua ajankohtaa sekä veloista, joista puoliset ovat vastuussa kumpikin omasta ja toistensa puolesta, niin paljon kuin hänen osalleen tulee. (16.4.1987/411)

Kuten havaitaan, AL 99.1 ei välittömästi kerro mitään välitilan aikana tapahtuneen velan maksun vaikutuksista. Omaisuuden ja velan arvo ovatkin asioita, joista ei ole erikseen säädetty. Ne ovat järjestelmäkysymyksiä, jotka vain tulee tuntea. Tästä tulee myös jäljempänä puhe.

Erikseen on huomattava, että katkaisuvaikutus ei välittömästi vaikuta omaisuuden vallintaan. Vallintaa koskeva säännös ja sen mukana asianosaiset tosin vaihtuvat siirryttäessä ositusperusteen synnyn jälkeen AL 86 §n *välitilasäännöksen* alaisuuteen. Vallintarajoitusten kohteena ollut omaisuus sitä vastoin säilyy ennallaan.

Jo nämä esimerkit osoittavat katkaisuvaikutuksen merkittävyyden. Mutta ne ovat vain osia siitä. Avioliittolain varallisuusjärjestelmässä katkaisuvaikutuksella on yllättävän suuri merkitys. Sitä voidaan - tyhjentyvyyteen tässä edes pyrkimättä - kuvata seuraavan vaikutusten ja toteamusten luettelon avulla:

1. Aviovarallisuuden kertymä katkeaa (AL 90 §)
2. Velkojen kertymä katkeaa (AL 99 §)
3. Vastikejärjestelmän toiminta katkeaa
4. Lahjanpalautussäännön käyttöala päättyy (AL 40a §)
5. Mahdollisuus avioehdon tekemiseen katkeaa (AL 44.2 §)
6. Välitilan aikainen tilivelvollisuus alkaa (AL 86 §)
7. Välitilan vallintarajoitukset alkavat (AL 86 §)
8. Restituutioperiaatteen soveltaminen alkaa
9. Ajankohtina eron vireille tulo tai puolison kuolema (AL 90 §)
10. Raukeaa erohankkeen rautessa ellei ositusta ole aloitettu

11. Ei raukea sopimuksin osituksen jälkeen (AL 107a §)
12. On osin siirrettävissä osituksen sovittelussa (AL 103 b)

Kun katkaisuvaikutuksella on näin moninaiset liittyvät avioyhteyteen, sen täsmällisempi käsittely tässä yhteydessä ei ole tarpeen. Katkaisuvaikutus tulee näkyville kunkin asiaryhmän yhteydessä. Tärkeää on kuitenkin korostaa sitä, että katkaisuvaikutuksen sivuuttaminen osituksessa johtaa yleensä virheelliseen tulokseen. Tyypiesimerkkinä voidaan mainita tilanteet, missä katkaisuperusteen jälkeiset puolison velkojen maksut on otettu huomioon maksajan avio-oikeudenalaisen omaisuuden säästöä vähentävinä tekijöinä. Tällöin puolisoitten aviovarallisuussuhteet muuttuvat järjestelmän tarkoituksen vastaisella tavalla välitilan aikana.

6. VAROJEN JA VELKOJEN ARVOSTUS

6.1 Varat

Ositettavan omaisuuden arvostuksesta ei ole erillissäännöstä; ei avioliittolaissa eikä perintökaareissa. Käytännössä on vakiintunut selkeä oikeusperiaate omaisuuden arvostamisesta käypään arvoon. Tämä on sekä ositus- että perinnönjakojärjestelmän perustavoitteen mukaista; kaikki ositushetkellä jaettavissa oleva jaetaan. Omaisuuden käypä arvo on siten luonnollinen, systemaattinen arvostusperiaate.

Käyvällä arvolla tarkoitetaan - kuten korkein oikeus edellä mainitun ennakkoratkaisun *KKO:1994:6* yhteydessä totesi - pääsääntöisesti *omaisuuden luovutusarvoa*. Toisin sanoen puolisoilla on avio-oikeus omaisuuteen, jota ei

arvosteta tavallisuudesta poikkeavalla tavalla perhesuhteiden vuoksi. Läheissuhde sinällään ei enää vaikuta ositetavan omaisuuden arvostukseen osituksessa. Sitä vastoin se voi vaikuttaa puolisoiden keskinäisten, avioliiton aikaisten suoritusten - esimerkiksi työsuoritusten - arvostukseen.

Käytännössä on joskus esitetty näkemyksiä siitä, että asuntoirtaimisto, ennen kaikkea käyttöirtaimisto tulisi arvostaa muusta omaisuudesta poikkeavalla tavalla. Perusteluna *jälleenhankinta-arvon* käyttämiselle on muun ohella esitetty, että poismuuttava puoliso joutuu ostamaan uuden irtaimiston ja on tämän vuoksi asuntoon jäävää heikommassa asemassa. Perusteluna irtaimiston jättämiselle tyystin huomiotta on taasen esitetty, että kodin pitävä puoliso - yleensä nainen - ei joudu "maksamaan kahdesti" irtaimistosta. Nämä lähinnä tunneperäiset seikat eivät kuitenkaan voi olla riittävänä perustana käyvän arvon periaatteesta poikkeamiseen. Osituksessa puretaan aviovarallisuussuhde, ei arvioida tulevaisuutta. Lisäksi irtaimiston poikkeava arviointi voisi johtaa muusta varallisuustilanteesta riippuen satunnaisiin tuloksiin. Toisaalta usein tavanomainen irtaimisto jätetään sopimuksenvaraisesti osituslaskelman ulkopuolelle.

Omaisuuden luovutusarvon määrittelyssä ongelmallisia ovat sellaiset varallisuuserät, jotka henkilökohtaisuuden, luovutusrajoitusten, henkilökohtaisen ammattitaidon tai muun vastaavan syyn vuoksi eivät omaa tavanomaista luovutusarvoa. Tyypitilanteessa kysymys on puolison liiketoiminnan arvostuksesta. Mikäli yrityksen liiketoiminta ei ole riippuvaista omistajapuolison omasta ammattitaidosta tai muista henkilökohtaisista ominaisuuksista, yrityksen arvotus tapahtuu yleensä ns *tuottoarvon* perusteella. Se olisi tavanomaisen luovutusarvon määrittymisen perusta.

Omistajan keskeinen henkilökohtainen panos muuttaa tilannetta merkittävästi. Liikeyritysten arvostuksessa käytetään tällöin substanssiarvoa tuottoarvon vertailukohtana ja eräissä tapauksissa pelkkää substanssiarvoa. Tästä on

esimerkkinä edellä jo mainittu ennakkoratkaisu *KKO:1994:6*. Sen otsikko on seuraava:

Apteekkiliikkeellä, jonka harjoittaminen perustui henkilökohtaiseen luovuttamattomaan oikeuteen (apteekkilupa), ei katsottu olevan osituksessa huomioon otettavaa tuottoarvoa. Liikkeen arvo määrättiin sen omaisuuden nettoarvon perusteella (substanssiarvomenetelmä) ja osa liikkeen tuloksesta ositusperusteen syntymisen ja osituksen väliseltä ajalta otettiin huomioon apteekkarin avio-oikeuden alaisen omaisuuden tuottona. (Ään.) Vrt. *KKO:1982-II-19*

Otsikon yhteydessä vertailutapauksena ilmoitettu aikaisempi ennakkoratkaisu *KKO:1982-II-19* on oikeuskirjallisuudessa joskus ymmärretty substanssiarvolle vastaisena tapauksena. Tästä ei kuitenkaan välttämättä ollut kysymys. Tuon ratkaisun selkeä otsikko oli näet seuraava:

Puolison harjoittaman, toiminnassa olleen huoltoasemaliikkeen arvoa osituksessa määrättäessä oli otettava huomioon, paitsi liikkeen omaisuuden nettoarvo, myös liikkeellä sen tuoton perusteella ollut ns. goodwill-arvo (Ään).

Tässä tapauksessa kiistan kohteena oli keskeisesti se, oliko huoltoasemaliikkeellä omistajan henkilöstä riippumatonta tuottoarvoa. Vastaus oli tässä yksittäistapauksessa myönteinen. Siten käypä arvo ylitti substanssiarvon. Jos sitä vastoin omistajan henkilö on ratkaiseva kriteeri arvostuksessa, tuottoarvon etsiminen merkitsisi omistajan tulevien tulojen lukemista ositettavaan omaisuuteen. Tämä taasen ei ole ositusjärjestelmän mukaista.

Erityisesti onkin syytä jälleen korostaa sitä, että *ositus on taaksepäin katsova toimitus*. Siinä ei ole lupa osittaa tulevia tuloja eikä ammattitaitoa. Henkilösidonnaisissa yrityksissä tuottoarvon käyttäminen sellaisenaan arvostusperusteena merkitsisi useimmiten tätä.

Vastaavasti omaisuus arvostetaan pääsääntöisesti vain *ositusajankohdan arvoon*, ei johonkin tulevaan arvoon eikä ositusta voida - paitsi yhteisestä sopimuksesta -

lykätä omaisuuden tulevan arvonnousun toivossa. Eräissä tilanteissa on arvostuksessa osituksen moitteen yhteydessä kuitenkin mahdollista ottaa huomioon vertailukohtana arvo, joka omaisuudesta on pian osituksen toimittamisen jälkeen saatu. Tällöin on tosin yleensä liikuttu jo sellaisissa tapauksissa, missä arvonnäilytyksessä on ollut piirteitä, joiden nojalla ositus olisi ollut kumottavissa oikeustoimipiillisin perustein. Tästä on havainnollisena esimerkkinä ennakkoratkaisu *KKO:1993:62*. Siinä osituksen moitteen yhteydessä myöhempi luovutusarvo otettiin arvostuksen lähtökohdaksi osituksessa käytetyn arvon oltua ilmeisen erheellinen. Tapauksen otsikko, josta käy ilmi myös omistajapuolisolle asetettu näyttövelvollisuus, on seuraava:

Puoliso oli vajaan yhdeksän kuukautta pesänjakajan toimittaman osituksen jälkeen myynyt osuutensa kommandiitti-yhtiössä hinnasta, joka oli monikymmenkertainen verrattuna pesänjakajan osituksessa käyttämään yhtiöosuuden arvoon. Puoliso ei ollut näyttänyt, että yhtiöosuuden kauppahinnan ja sen osituskirjaan merkityn arvon erotus olisi johtunut pelkästään osituksen jälkeisestä arvonnoususta taikka että kauppahintaan olisi ratkaisevasti vaikuttanut hänen henkilökohtainen työpanoksensa tai muu vastaava seikka, jota ei osituksessa olisi otettava huomioon. Kauppahinta otettiin osituksen moitekanteen yhteydessä huomioon yhtiöosuuden ositusarvoon vaikuttavana seikkana. (Ään.)

Ratkaisu, missä äänestys korkeimmassa oikeudessa koski vain perusteluja, on siis vain arvostusta koskeva. Siitä ei tule tehdä laajempia johtopäätöksiä tulevan arvon ennakkoinnin ja tulevien tulojen osittamisen suuntaan. Arvostushetkeä sinällään ei muutettu. Äänestys tässä tapauksessa aiheutui ennen kaikkea siitä, että eri mieltä ollut jäsen halusi huomauttaa pesänjakajan tekemästä kardinaalivirheestä. Tämä oli sekoittanut *katkaisuvaikutushetken* ja *ositushetken* pitäen arvostuksen lähtökohdaksi katkaisuvaikutushetkeä. Myös tällä seikalla oli oma merkittävä vaikutuksensa käytetyn arvon erheellisyyteen.

Usein ajatellaan, että arvostusajankohta olisi yksiselitteisesti *ositushetki*. Tarkemmassa katsannossa tuo näkemys osoittautuu erinomaisen ongelmalliseksi. Etenkin toimitusositus on *prosessi*, jossa pääsääntöisesti on tai yleensä tulisi olla useita eri vaiheita asianosaisten koolle kutsumisesta ja alkukokouksesta

loppukokoukseen sekä viime vaiheessa *tasingon* luovutukseen. Kun tavoitteena on käyvän arvon käyttö, arvostusajankohta tuleekin ensisijaisesti pitää osituksen päättämishetkeä. Siitä tasingon luovutukseen tasinko on saajansa korollinen saatava. Kun toisinaan on luultu, että tasinko ei voisi jäädä saatavaksi ja tästä syystä jätetty korko määräämättä, asia on tullut esille myös ennakkoratkaisutasolla. Tasinko erääntyy maksettavaksi osituskirjan allekirjoitushetkellä, kuten ennakkoratkaisussa KKO:1992:37 on todettu:

Osituksessa rahana maksettavaksi määrätyn tasingon eräpäivänä pidettiin sitä päivää, jona osituskirja oli asianmukaisesti allekirjoitettu. Siitä päivästä alkaen tasinkovelalle oli maksettava viivästyskorkoa korkolain 5 §:n 1 momentin mukaisesti.

Mutta myös ajatukseen osituksen päättämisaikahetkestä arvostusajankohtana on syytä liittää ainakin kaksi eri varaumaa.

Ensinnäkin osituksen päätöshetki on viime kädessä pesänjakajan ratkaistavissa. Näin ollen on ainakin varoen hyväksyttävissä myös se yleinen käytäntö, että arvostushetki ajoittuu pesänjakajan päätöksellä laskentateknisistä syistä päätöshetken edelle niin, että kokouskutsun yhteydessä päätösluonnoksen saadessaan asianosaisilla on tiedossaan pesänjakajan tuolloin jo tekemät arvostukset. Niistä luonnollisesti voidaan ja tulee poiketa, mikäli tähän on omaisuuden myöhemmistä arvonmuutoksista aiheutuvia riittäviä syitä.

Toinen merkittävä poikkeama aiheutuu nopeamuutoksien - esimerkiksi pörssinoteeratun ja valuuttakurssisidonnaisen - varallisuuden arvoista. Niiden arvomuutokset voivat olla lyhyessäkin ajassa merkityksellisiä. Tästä syystä yksittäisen päivän valitseminen arvostusajankohdaksi voi johtaa merkittäviin ositustahojen keskinäisen aseman muutoksiin. Kun ositus on taaksepäin katsova, purkava toimitus, sen tulos ei saisi olla merkittävästi riippuvainen satunaisista tekijöistä. Tämän välttämiseksi ositusajankohtaan liittyvien keskikurssien

käyttämistä voidaan pitää arvostuksen sallittuna lähtökohtana. Voimme puhua *arvostuspuskurista*. Poikkeaminen osituksen päätöshetken arvoista on kuitenkin aina erikseen perusteltava ja perusteluissa erikseen todettava, miten vaihtoehtoiset arvot vaikuttaisivat osituksen asianosaisten keskinäiseen asemaan.

Erikseen on huomattava, että omaisuuden arvostus on perinteisesti tapahtunut aikasidonnaisen *bruttoperiaatteen* mukaisesti. Toisin sanoen omaisuuden myöhempää kohtaloa ja myöhempiä verotusvaikutuksia ei ole ennakoitu. Vastaavasti omaisuutta ennen ositusta myymällä ja verotuksen näin käynnistämällä puoliso ei voi siirtää osaa luovutuksen johdosta maksettavasta verosta toisen puolison välillisesti maksettavaksi. AL ei tunne tällaista omaisuuden ja velkojen yhteyttä.

Myöskään myyntikuluja ei ole lupa ennakoida. Tässä suhteessa perintö- ja lahjaverotus on, joskin epäröiden samoilla linjoilla. Ennakkoratkaisu KHO:2002:25 on näet äänestyksen tulos (3-2):

Vajaan kahden kuukauden kuluttua perinnönjättäjän kuolemasta vuonna 1999 myytyjen asunto-osakkeiden arvoksi perintöverotuksessa eli käyväksi arvoksi perinnönjättäjän kuolinhetkellä vahvistettiin osakkeiden myyntihinta. Myyntihinnasta tai pesän omaisuuden arvosta muutoinkaan ei vähennetty osakkeiden myyntikuluja. Äänestys 4-3.

Toisaalta oikeuskirjallisuudessa on lähinnä *Pertti Välimäen* toimesta esitetty, että omaisuuden arvostuksessa voitaisiin ottaa ennakollisesti huomioon kohtuulliset myyntikulut sekä luovutusvoittovero. Kanta on ongelmallinen. Se johtaisi osituksen muuttumiseen taaksepäin katsovasta toimituksesta osin eteenpäin katsovaksi. Samalla ositukseen sisällytettäisiin epävarmuustekijä myynnin mahdollisesti jäädessä toteutumatta.

Toisesta näkökulmasta asiaa voidaan tarkastella lähdetessä siitä, että osituksen käyvän arvon tulee olla käypä arvo *saajan kädessä*. Tasinkona ei ole lupa luovuttaa omaisuutta, mikä ei saajan kädessä vastaa osituksessa käytettyä arvoa. Tässä on - muun ohella - shikaaninluonteisen tasingon valinnan raja toimitusosituksessa. Pesänjakaja voi toimivaltansa puitteissa evätä tasingon luovuttamisen omaisuutena, joka olisi shikaaninluonteista vaikutuksiltaan.

Näin ollen näyttäisi mahdolliselta ajatella, että myyntikulut ja niihin liittyen luovutusvoittovero olisivat vähennyskelpoisia, mikäli tiedetään riittävällä varmuudella, että saaja joutuu myymään tasinkona saamansa varallisuuden. Mutta asialla on myös toinen puolensa. Eli joudumme kysymään, onko tasinko-omaisuudella eri arvo osituslaskelmassa ja saajan kädessä? Tätä arvon eräänlaista kehäliikettä ei myyntikuluja puoltavissa kannanotoissa juurikaan ole huomioitu.

Omaisuutta arvostettaessa sen hankintaa varten otettuja velkoja ei vähennetä omaisuuden arvosta. Puolison omaisuus ja velat käsitellään erikseen osituksessa laskettaessa avio-oikeuden alaisen omaisuuden säästöä. Välitilan aikaista tuottoa arvioitaessa voi kuitenkin ilmetä tilanteita, joissa tietyn omaisuuden bruttotuotosta voidaan ja tulee vähentää sen hankkimisesta aiheutuneita kuluja. Tällainen tilanne käy havainnollisesti ilmi ennakkoratkaisusta KKO:1988:62. Tapauksen otsikko on seuraava:

Puoliso oli suorittanut ositettavaan omaisuuteen kuuluneen autonsa hankkimista varten ottamastaan velasta korkoa asumuseron ja osituksen toimittamisen väliseltä ajalta. Autosta ei ollut ollut tuona aikana tuloa. Korkoa ei otettu huomioon osituksessa. (Ään.)

Tässä tapauksessa alemmat oikeudet olisivat vähentäneet maksetun koron maksajan omaisuuden säästöstä. Hovioikeus perusteli käsitystään sillä, että laina kohdistui avio-oikeuden alaiseen autoon. Eri mieltä ollut jäsen korkeimmassa oikeudessa olisi yllättäen pysyttänyt hovioikeuden tuomion Ennakkoratkaisu on täysin omaisuuden ja velkojen arvostusta koskevien pääsääntöjen mukainen. Jos

omaisuudesta on tuloa välitilan aikana, nettotulo kuuluu ositettavaan omaisuuteen. Avio-oikeuden alaisen omaisuuden välitilan aikainen tuotto kuuluu ositettavaan omaisuuteen.

6.2 Puuttuvat varat

Kun ositettava omaisuus määräytyy *ositusperusteen syntyhetken* mukaisesti ja kun ositettavan omaisuuden arvo taasen määräytyy säännöksittä - edellä mainittuun tapaan vakiintuneen, ositusjärjestelmän tavoitteiden mukaisen käytännön nojalla - *ositusajankohdan* mukaisesti, aiheuttavat erilaiset ositusperusteen syntyhetken ja osituksen toimittamisen välisen ns *välitilan* aikaiset luovutukset poikkeaman arvostuksen yksinkertaisesta esineellisestä pääsäännöstä. Miten arvostetaan sellainen omaisuus, joka ei enää ole ositustahon vallinnassa ositettavana?

Ennakkoratkaisussa *KKO:1997:106* on käsitelty selventävällä tätä arvostusongelmaa. Ratkaisu tarjoaa soveliaan lähtökohdan ongelmamme tarkasteluun. Tapauksen otsikko on seuraava:

A oli myynyt omistamansa asunnon hallintaan oikeuttavat osakkeet ositusperusteen syntymisen jälkeen ennen osituksen toimittamista. Jutussa ei ollut väitetty, että osakkeet olisi myyty niiden käypää arvoa alemmalla hinnalla. A oli hyväksynyt osakkeiden osituksessa käytettäväksi arvoksi niistä saamansa myyntihinnan. Osakkeet otettiin osituksessa huomioon niillä myyntiajankohtana olleesta arvostaan eikä ositusajankohdan korkeammasta arvosta. Vrt. KKO:1971-II-105 KKO:1979-II-58 KKO:1983-II-2

Välitilan aikana toimeenpantujen luovutusten jälkikäteiseen arviointiin lainsäätäjä on säännösten varautunut puolison yleisen huolenpitovelvollisuuden ohella erikseen vain AL 86 §n *tilisäännön* avulla. Sen mukaan puolison on tehtävä tili vallinnastaan ositusperusteen synnyn jälkeiseltä ajalta. Tilivelvollisuus koskee *kaikkea puolison omaisuutta* - siis myös avio-oikeudesta vapaata omaisuutta.

Tämä saattaa tuntua ensi näkemältä oudolta. Välitilan alkaminen tavallaan lisää avioyhteyden vaikutuksia. Taustalla on kuitenkin perusteltu huoli puolison muun varallisuuden ja avio-oikeuden alaisen omaisuuden sekaantumisesta. Tilivelvollisuuden myötä voidaan myöhemmin osituksessa seurata koko varallisuusmassan muutoksia. Puolisoiden varallisuussuhteet muuttuvat välitilan aikana eräänlaisen *kirjanpitovelvollisuuden* sisältäviksi. Näin itse asiassa lähestytään muita sopimussuhteita.

AL 86. 2 ja AL 86.3 §t, missä ositusperusteen jälkeisestä tilistä säädetään, on syytä kirjata tässä näkyviin:

Eloonjäänyt puoliso olkoon oikeutettu sanottuna aikana yksin vallitsemaan omaisuuttaan. Kuitenkin on, jos eloonjäänyt puoliso tahtoo tehdä sellaisen luovutus- tai muun toimen, johon toisen puolison suostumus 38 tai 39§:n mukaan olisi tarpeen, hankittava siihen oikeuden lupa tai, jos perilliset ovat täysivaltaisia, vaihtoehtoisesti näiden kirjallinen, 66§:n mukaisesti annettu suostumus. Eloonjäänyt puoliso tehköön osituksessa tilin omaisuuden vallinnasta kuolemantapauksen jälkeiseltä ajalta sekä sen tuotosta.

Milloin avioliitto on tuomiolla purettu, olkoon, kunnes ositus on toimitettu, puolisoilla avioliiton purkautuessa ollut omaisuus edelleen hänen vallittavanaan, niinkuin avioliitto vielä jatkuisi. Mitä osituksessa tehtävästä tilistä on 2 momentissa sanottu, sovellettakoon vastaavasti.

AL 86.2§n sanamuodon mukaan aviero-osituksessa tilivelvollisuus koskisi sanamuotoa tarkoin noudattaen vain aikaa erosta ositukseen. Lainsäätäjän ilmeinen lapsus, joka liittyy vuoden 1987 muutoksiin, voitaneen korjata tulkinnallisesti joko edellyttämällä tilijärjestelmän tavoitteiden mukaisesti tiliä ositusperusteen syntyhetkestä alkaen tai edellyttämällä AL 37 §n nojalla riittävää muuta näyttöä huolenpitovelvoitteen noudattamisesta ositusperusteen syntyhetken ja osituksen väliseltä

Edellä mainitussa ennakkoratkaisussa *KKO:1997:106* puolison tekemä puutteellinen tili oli yksi kiistojen kohteista aina valituslupahakemukseen saakka. Korkeimman oikeuden ratkaisussa tili ei kuitenkaan lopulta näytellyt enää keskeistä osaa. Sen merkitys väistyi prosessuaalisista syistä. Ennakkotapaus keskittyi *laskennallisen restitution* käytön edellytyksiin eli kysymykseen siitä,

milloin välitilan aikana luovutetun omaisuuden arvoksi voidaan ottaa sen laskennallinen arvo ositushetkellä. Tästä näkökulmasta tili ei enää ollut pääasian kannalta merkityksellinen.

Korkeimman oikeuden sinänsä niukasti perustellussa tuomiossa lähtökohtana oli havainto osakkaiden myynnistä käypään hintaan. Kysymyksessä ei ollut puolison vallintavapautensa puitteissa myymien osakkeiden alihintainen luovutus. Sitä ei vastapuoli edes väittänyt. Lisäksi myyjäpuoliso oli osituksen yhteydessä hyväksynyt myyntihinnan käytettäväksi ositushintana. Näiden perustoteamusten pohjalta ratkaisu oli sinänsä selkeä:

” Tämän vuoksi ei ole perustetta noudattaa laskennallisen restitUTION periaatetta ja määrätä osakkeille osituksessa käytettävää laskennallista arvoa jakohetken hintatason mukaan. Osakkeet on otettava osituksessa huomioon niiden myyntihetken arvosta.”

Jutun lopputulos on epäilemättä oikeasuuntainen. Oikeuskirjallisuudessa kehitetty ns. *restituutiomalli*, jota kielellistä ilmaisua poikkeuksellisesti käytetään siis jopa korkeimman oikeuden tuomiossa, on tarkoitettu tilanteisiin, joissa toinen puoliso käyttää vallintaoikeuttaan välitilan aikana toisen puolison vahingoksi. Yleisemmin käytetään tässä yhteydessä kuitenkin ilmaisua *omaisuuden hukkaaminen*.

Asiaa lähemmin tarkasteltaessa on vielä huomattava, että katkaisuvaikutukseen ei vakiintuneen käsityksen mukaan liity AL 37 §ssä ilmaistun *huolenpitovelvollisuuden* katkeamista. Se päin vastoin korostuu tilivelvollisuuden myötä. Avioyhteys ja tilivelvollisuus linkittyvät saumattomasti toisiinsa. Se oikeudellinen peruskysymys, johon tapauksessa oli vastattava, on siten kysymys siitä, oliko luovutuksen mahdollisella *alihintaisuudella* aiheutettu omaisuuden *hukkaantumista* toisen vahingoksi. Tällaista väitettä ei korkeimman oikeuden käsityksen mukaan kuitenkaan ollut kantajan sivumääräisesti arvioiden sinänsä huomattavan laajoiksi kasvaneissa vaatimuksissa ja arvioinneissa lainkaan tehty. Lopputulokseen vaikutti ilmeinen asianajollinen erhe.

Perusteluissa ja otsikossa oleva maininta vaimon myöntymisestä myyntihetken hintaan on jossain määrin arvoituksellinen, jos ei tunne tapauksen kulkua. Kun luovutusta ei ollut edes väitetty alihintaiseksi, asia olisi voitu ratkaista yksin tuolla perusteella. Vaimon kannanotolla ei siihen nähden voinut olla merkitystä. Lausuma täytyykin ymmärtää vain myöntymyksenä tiettyyn summaan asiassa, missä sopimus on sallittu eikä vastapuolella ollut esittää vaihtoehtoa poissulkeutuvalla restitutiomallilla. Valituslupahakemuksessakin puhuttiin vain yleisesti pesänjakajan käyttämää arvoa alemmasta arvosta.

Tapauksen otsikon yhteydessä on vertailutapauksina mainittu ennakkoratkaisut KKO:1971-II-105, KKO:1979-II-58 sekä KKO:1983-II-2. Niissä kaikissa oli kysymys tilanteista, joissa puoliso oli *alihintaisesti luovuttanut* jotain tai *luopunut* varallisuusarvoisesta etuudesta (pesäosuus). Restitutiomallia oikeuskirjallisuudessa käsiteltäessä juuri nämä tapaukset on vakiintuneesti nähty restitution sallivina. Vertailumaininnalla korkein oikeus osoittaa siis, että uudemmassa ennakkoratkaisussa perustilanne oli toinen. Tavanomainen puolison sallitun vallinnan puitteissa tapahtunut luovutus ei voi käynnistää restitutiota.

6.3 Velat

Aviovarallisuusyhteyden päättyessä on välttämätöntä määritellä hetket, jolloin avio-oikeuden alaisen omaisuuden kertyminen lakkaa ja jolloin omaisuus arvostetaan. Varojen osalta ne edellä kerrotulla tavalla poikkeavat toisistaan. Tätä ei aina muisteta. Niinpä - sanottakoon se vielä kertaalleen - edellä mainitun ennakkoratkaisun *KKO:1993:62* yhteydessä eriävä mielipide aiheutui vain siitä, että eri mieltä ollut jäsen halusi osoittaa pesänjakajan luulleen ositusperusteen syntyhetkeä ja arvostushetken olevan yhtenevän. Tuo eriävä mielipide viestinee yleisemminkin huolestuneisuutta siitä, että käytännössä arvostushetkeen ei aina kiinnitetä riittävästi huomiota.

Vastaavasti on yhtä lailla välttämätöntä määritellä ne hetket, jolloin *velkojen* muutokset lakkaavat vaikuttamasta ja jolloin velat arvostetaan. Ne taasen eivät - toisin kuin joskus on luultu - poikkea toisistaan. Velkojen arvostushetki on sekä pääoman että koron osalta ositusperusteen syntyhetki eli *katkaisuvaikutushetki* (AL 99.1 §).

Käytännössä on joskus - eikä edes kovin harvoin - erehdytty siirtämään myös velkojen arvostus eli niiden suuruuden arvioimisen hetki ositushetkeen. Näin toimittaessa puolisoiden varallisuusasemat saattavat muuttua merkittävästi välitilan aikana. Jos velkaa on maksettu tuona aikana , lyhennyksen ottaminen huomioon velan määrää vähentävänä tekijänä voisi johtaa esimerkiksi siihen, että velkaansa lyhentäneen puolison maksettavaksi tuleva tasinko kasvaisi hänen netto-omaisuutensa määrän lisääntyessä. Vastaavasti lyhentäjän ollessa tasinkoa saava puoli, hänen omaisuutensa määrän kasvu vähentäisi toisen puolen maksettavaksi tulevan tasingon määrää. Katkaisuvaikutuksella pyritään juuri tällaisten muutosten ehkäisemiseen. Siksi velan arvo osituksessa on juuri katkaisuhetken arvo.

Osituksen toimittaminen ei tavanomaisessa avioero-osituksessa edellytä velkojen maksamista. Ne vain *katetaan* ositusperusteen arvoisina. Velkojan kannalta avioyhteyden lakkaaminen ei ole tapahtuma, joka oikeuttaisi velan perintään ellei siitä ole erikseen sovittu.

Poikkeuksena pääsäännöstä ovat puolisoiden yhteiset velat. Niiden osalta AL 88 § antaa toiselle puolisolalle avioero-osituksessa - ei siis velkojille - oikeuden vaatia maksua tai vakuutta. Tämä on osituksen yleistavoitteiden mukaista. Puolisoiden tulee päästä varallisuus oikeudellisesti erilleen toisistaan. Säännöstä tukee AL 101 §, joka AL 88 §n vaatimuksen jäädessä tehottomaksi antaa vaatijapuolisolle mahdollisuuden koko velasta vastuun ottaen "kuitata" vastaava määrä osituksessa.

Avioliiton päättyessä toisen puolison kuolemaan tilanne on toinen. AL 87 § ohjaa maksamaan tai kattamaan kuolleen puolison velat ennen ositusta. Säännös on systemaattisessa yhteydessä PK 21 luvun velkavastuujärjestelmään. Puolison kuolema on velkojan kannalta poikkeuksellinen tapahtuma, vaikka kuolema sinällään ei eräännytkään velkoja maksettaviksi. Oikeaan tasingon määrään pääseminen edellyttää jäämistöoikeuden järjestelmän huomioon ottamista.

Vuoden 2004 alussa voimaan tullut PK 21 luvun velkavastuujärjestelmän uudistaminen on tuonut myös velan huomioon ottamiseen osituksessa uuden, ensi alkuun yllättävältä tuntuvan elementin. Tuossa uudistuksessa otettiin kantaan sellaisten velkojen asemaan, jotka eivät ulosottolain mukaan ole täytäntöönpantavissa ulosottoperusteen lakattua. Perittävän kuollessa nuo velat ikään kuin heräävät uudestaan henkiin (PK 21:1).

Osituksessa tuollainen velka katetaan pääsääntöisesti vain, jos se on ollut kuolleen puolison velkaa. Mutta myös elossa olevan puolison velka on vähennettävä, mikäli tämän omaisuutta on sen vakuutena tai velkojalla on kuittausoikeus. Uusi AL 99.4 § on seuraavan sisältöinen:

Velka, jota koskevan ulosottoperusteen täytäntöönpanokelpoisuus on lakannut ulosottolain 2 luvun 24–26 §:n mukaisesti, on vähennettävä vain, jos kysymyksessä on kuolleen puolison velka. Elossa olevan puolison tällainen velka on kuitenkin vähennettävä, jos velkojalla on oikeus saada velasta suoritus vakuutena olevasta puolison omaisuudesta tai käyttää saatavansa puolisolta olevan velkansa kuittaamiseen.

Osituslaskelmassa puolison *ylivelkaisuus* jätetään aina huomiotta. Hänen avio-oikeuden alaisen omaisuuden säästökseen tulee 0. Tämä etenkin opiskelijoita hämmentävä seikkaa johtuu velkojen erillisyyden periaatteesta. Ylisuuren velan kattaminen johtaisi toisen puolison aseman heikkenemiseen hänen

tasinkovelvollisuutensa kasvaessa määrällisesti ja sitä myöten välillisesti velkojen erillisyyden vaihtumiseen velkojen yhteydeksi inter partes.

Velkojen merkityksellinen rooli osituksessa näkyy myös siinä, että avioliittolakiin on julkista haastetta koskevien säännösten uudistamisen yhteydessä lisätty uusi 88 a §. Se parantaa, joskin hitaasti, muutoin jossain määrin puutteellisia mahdollisuuksia saada tieto toisen puolison omaisuudesta. Säännös on seuraava:

88 a §) Kun avioeroa koskeva asia on vireillä tai kun avioliitto on purkautunut, voi puoliso hakea julkista haastetta omien tai toisen puolison velkojen selvittämiseksi osituksen toimittamista varten niin kuin julkisesta haasteesta annetussa laissa (729/2003) säädetään.

Avio-oikeuden toteutumisen kannalta tärkeä, mutta käytännössä usein havaitsematta jäävä kysymys on se, millä omaisuudella velat katetaan. Onko olemassa avio-oikeuden alaista ja vastaavasti avio-oikeudesta vapaata velkaa? Velkojen erillisyyden periaate antaisi kenties aiheen olettaa näin olevan. Toisaalta velkoja on vaikea kohdentaa samalla tavoin esineellisesti kuin avio-oikeutta. Siksi lainsäätäjä on valinnut *sekatyypin kattamismallin*. Velkojen vähentämistä yksityiskohtaisesti koskeva AL 99.1 § osoittaa, että *lähtökohtana on velkojen kattaminen avio-oikeuden alaisella omaisuudella*. Velkojen käyttötarkoitusta ei pääsääntöisesti oteta huomioon. Säännöksessä erotetaan vain yksityiset ja yhteiset velat.

Tästä velkojen kohdentumattomuuden pääsäännöstä on tehty kaksi merkittävää poikkeusta. Avio-oikeudesta vapaaseen omaisuuteen nimenomaisesti syntyvaiheessa kohdennetut velat ja toisaalta huolenpitovelvollisuuden vastaiset velat katetaan ensisijaisesti avio-oikeudesta vapaalla omaisuudella. Nämä poikkeukset ovat selkeästi avio-oikeusjärjestelmää tukevia ratkaisumalleja, vaikka ne siis sallivat myös velan viimekätisen kattamisen avio-oikeuden alaisella omaisuudella. Niitä koskevat AL 99.2 ja 3 §§ ovat seuraavan sisältöiset:

Jos omaisuus, johon ei ole avio-oikeutta, avioliittoa päätettäessä tahi silloin, kun se avioliiton aikana avioehtosopimuksin tehtiin tahi lahjakirjalla tai testamentilla puolisolle annettiin sellaiseksi omaisuudeksi, oli kiinnityksen nojalla tai muuten erityisesti velan vakuutena, on tätä velkaa 1 momentissa mainitusta arvosta vähennettävä ainoastaan sikäli, kuin sitä ei voida saada maksetuksi tästä tai tämän tilalle tulleesta omaisuudesta. Sama olkoon lakina velasta, jonka puoliso on tehnyt sellaisen omaisuuden hankkimiseksi tai parantamiseksi, johon ei ole avio-oikeutta.

Jos velka on johtunut siitä, että puoliso on huolimattomasti hoitanut taloudellisia asioitaan tai muuten menetellyt hänen oloihinsa soveltumattomalla tavalla, on tätä velkaa vähennettävä 1 momentissa mainitusta arvosta ainoastaan sikäli, kuin sitä ei voida saada maksetuksi sellaisesta omaisuudesta, johon ei ole avio-oikeutta.

On huomattava, että siirtyminen näissä kattamistilanteissa avio-oikeuden alaisen ja avio-oikeudesta vapaan omaisuuden rajan yli, ei välttämättä koidu toisen puolison vahingoksi. Tällöin on näet viime kädessä mahdollista käyttää myös vastikejärjestelmää (AL 93 §) kattamisesta aiheutuvan laskennallisen tappion korjaamiseksi. Epätasapainoa korjataan vastikkeella.

6. 4 Vastikejärjestelmä

Ositettavan varallisuuden - varojen ja velkojen - selvittämisen jälkeen seuraa osituksessa jonkun ositustahon niin vaatiessa *vastikejärjestelmän* käynnistys. Vastikkeilla tehdään korjauksia ositettavan omaisuuden määrään. Ne perustuvat avioliiton aikana *ennen ositusperusteen syntyä* tapahtuneisiin omaisuuden määrää tai laatua koskeviin muutoksiin. Näin ollen vastikejärjestelmä merkitsee tietynasteista avioliiton taloudellisen historian jälkikäteistä tarkastelua. Se on avioliittolaissa alusta lähtien ollut korjausosa, sekin osittainen askel eräänlainen kirjanpitojärjestelmän suuntaan sopimussuhteessa.

Vastikejärjestelmää pidetään vaikeana. Asianajollisena perimätietona kulkeekin ajatus vastikkeiden välttämisestä viimeiseen saakka niiden vaikeuden vuoksi. Kuitenkin vastikejärjestelmä on sinänsä hyvin yksinkertainen. Se antaa

mahdollisuuden selkeisiin korjauseriin osituslaskelmassa. Niitä käytettäessä on vain muistettava muutama sinänsä yksinkertainen järjestelmän soveltamisen rajoja sekä menettelyä koskeva sääntö. Näitä ovat:

1. Vastikkeet koskevat vain avioliiton aikana ennen ositusperusteen syntymää tapahtuneiden avio-oikeuden alaisen omaisuuden määrän muutosten korjaamista. Tämä seikka ei valitettavasti näy suoraan lakitekstistä. Se on tiedettävä osana systeemin tuntemusta. Kysymys on *osituksen* korjauserästä.
2. Vastikejärjestelmä ei koske lainkaan puolisolta toiselle tapahtuneita varallisuuden siirtoja, vaan ainoastaan puolison oman varallisuuden muutoksia. Kysymys on osituslaskelman oikeaa lopputulosta tukevista laskennallisista korjauksista. Tämä seikka näkyy laista - eri vastikesäännöksistä - selkeästi, mutta sitä ei aina tunnisteta. Niinpä vastikejärjestelmää on erheellisesti pyritty käyttämään myös puolisojen välisten oikeustoimien vaikutusten korjaamiseen.
3. Vastikkeet ovat osituslaskelman korjauseriä, eivät itsenäisiä saatavia. Siksi ne sammuvat osituksessa ellei niitä pystytä tuolloin täysin hyödyntämään (AL 96 §).
4. Vastikejärjestelmään kuuluu sekä puolisoa itseään suojaava vastike (AL 92 §), jolla hän voi parantaa omaa asemaansa että toista puolisoa suojaavia vastikkeita (AL 93-95 §), joiden käyttö suojaa puolisoa toisen tekemiltä varallisuusmuutoksilta. Niiden laskennallinen asema on tästä syystä erilainen. AL 92 §n mukainen vastike oikeuttaa puolison vähentämään omaa avio-oikeuden alaista omaisuuttaan. Siksi laskennallinen vähennys tehdään ennen velkojen kattamista.
5. Vastikejärjestelmään kuuluu - sen vaikeimpana osana - myös ennakkoperinnön vähentäminen osituksessa kuoleman ollessa ositusperusteena (AL 94a §). Tällöin ennakon antajana voi olla myös eloonjäänyt puoliso. Kysymys on *perheyksikkökohtaisesta* vastiketilanteesta, jossa ennakkoperinnön varallisuutta vähentävä vaikutus otetaan huomioon myös osituksessa. Osituksen jälkeen ennakkoperintö vähennetään tavalliseen tapaan jäämistöstä jonkun perillisen niin vaatiessa.
6. Useimmat vastikkeet ovat täsmällisiä, todettuihin summiin perustuvia. Poikkeuksena on AL 94 §n mukainen *huolellisuusvelvoitteen* rikkomiseen perustuva vastike. Sen käyttö edellyttää omaisuuden *oleellista* vähentymistä ja siten merkittävysharkintaa ositusta toimitettaessa.
7. Lahjoitustilanteissa vastikejärjestelmää täydentävät AL 40a §n mukaiset lahjanpalautusvelvollisuus sekä lahjanlupauksen täyttökielto silloin, kun vastikkeella ei voida kokonaan korjata syntynyttä vajetta osituksessa. Koska

lahjanpalautus merkitsee puuttumista täytettyyn oikeustoimeen, sillä on erityinen yhden vuoden kanneaika.

Laskennallisesti on erityisesti huomattava, että AL 92 §n tarkoittama vastike ja muut vastikkeet poikkeavat toisistaan sen suhteen, miten otetaan huomioon osituslaskelmassa.

AL 92 §ssä tarkoitettu vastike suojaa puolisoa tai hänen jälkeläisiään avio-oikeuden alaisen ja siitä vapaan omaisuuden sekoittumiselta omistajan vahingoksi. Avio-oikeuden alaisen omaisuuden *parantaminen* avio-oikeudesta vapaalla omaisuudella oikeuttaa vastaavan suuruiseen vastikkeeseen. Kysymys on tällöin avio-oikeuden alaisen omaisuuden määrittämisestä. Siksi tämä vastike toteutetaan laskennallisesti ennen puolisojen avio-oikeuden alaisen omaisuuden säästön laskemista. Laskelmaa tehtäessä etsitään tuossa vaiheessa siis sitä *puolison omaisuutta*, joka kuuluu avio-oikeusjärjestelmään.

Muut vastikkeet (AL 93-95 §) sitä vastoin perustuvat *avio-oikeuden alaisen omaisuuden säästön muutoksiin*. Ne ovat paljossa sanktiotyyppejä. Avio-oikeuden alaisen omaisuuden säästö halutaan palauttaa siihen määrään, missä se olisi ollut ennen kyseisiä toimia. Siksi nämä vastikkeet otetaan osituslaskelmassa huomioon vasta alustavan säästön toteutuksen jälkeen.

Ennakkoperinnön ottaminen huomioon osituksessa (AL 94 a §) on osoittautunut ongelmalliseksi ennen kaikkea siksi, että ennakkoperinnön vähentämisen perusajatusta ei ole tunnistettu. Myös osituksessa ylisuuri ennakkoperintö jää vähentämättä. Siksi vähentämislaskelman perusteiden hallinta on tarpeen. Vastaavasti on havaittava, että yksin laskelma osituksessa ei riitä, mikäli ennako halutaan vähentää myös perinnönjakoissa. Osituslaskelmassa ennakon merkitys on vain osituksen lopputulokseen vaikuttava. Perinnönjako on sitten asia erikseen.

Vastikejärjestelmän ja puolison huolenpitovelvollisuuden välinen suhde on äskettäin tullut havainnollisesti esiin ennakkoratkaisun KKO:2003:95 puitteissa. Ratkaisun otsikko on seuraava:

Puoliso oli ennen avioeron vireille tuloa luopunut oikeudestaan perintöön äitinsä jälkeen perintökaaren 17 luvun 2 a §:n mukaisesti. Korkeimman oikeuden ratkaisusta ilmenevin perustein perinnöstä luopumisen ei katsottu oikeuttavan toista puolisoa saamaan osituksessa vastiketta avioliittolain 94 §:n nojalla. (Ään.)

AL 37 § ilmentää siis velvollisuuden hoitaa omaisuutta myös toisen puolison edut huomioon ottaen. “ Puoliso hoitakoon omaisuutta, johon toisella puolisoalla on avio-oikeus niin, ettei se aiheettomasti vähene tämän vahingoksi.” Velvollisuus on siis avioliiton aikana rajattu avio-oikeuden alaiseen omaisuuteen. Kysymys on sekä määrällisestä että esineellisestä velvoitteesta. Jos huolenpitovelvollisuudesta laistetaan, työvälineenä vinouman korjaamiseksi on vastikejärjestelmä, ensi sijassa AL 94 §n “huolettomuusvastike”.

Ennakkoratkaisussa KKO:1993:95 vastakkain nousivat sinänsä perinteisellä tavalla puolison itsemääräämisoikeus ja avioyhteys. Toinen puoliso oli perintökaaressa sallituin tavoin luopunut perinnöstä. Siihen hänellä on kiistaton oikeus. Tuloksena oli varallisuusaseman merkittävä heikentyminen siitä, mikä se olisi ollut perintöön ryhdyttäessä. Luopuminen oli tapahtunut kaksi kuukautta ennen ositusperusteen syntyä. Mikäli AL 37 §n huolellisuusvelvoitteelle annetaan laaja tulkinta, jäämistösaanto, joita ei ole testamentilla ohjattu avio-oikeudesta vapaaksi, olisi saanto, joka tulee ottaa vastaan. Pesänjakaja omaksui tuollaisen laajan tulkinnan, mutta koska luopuminen oli tapahtunut lasten hyväksi ja koska kysymys oli “sivuomaisuudesta”, hän luki vain puolet jäämistösaannon määrästä ositettavaan omaisuuteen. Toisin sanoen pesänjakaja sovitteli määrää. Tähän laki ei ymmärtääkseni anna mahdollisuutta.

Alemmat oikeudet päättyivät toiseen tulokseen. Puolison ei katsottu ottaneen perintöä vastaan - siitäkin kiisteltiin - ja näin hän ei ollut toiminut AL 37 §n

vastaisesti. Korkein oikeus puolestaan paikansi asian oikeudellisesti toisin. Yksin perinnön vastaanottaminen ei AL 37 §:n kannalta ollut asiassa ratkaisevaa. Ennakkoratkaisussa asetettiin pääsäännöksi perimys henkilökohtaisena asiana. Toisella puolisoilla ei yleensä ole oikeutta vaatia toista ottamaan perintöä vastaa. Poikkeussäännöksi nähtiin taas se, että luopuminen voi perustua erityisiin toisen puolison ”oikeutettuja etuja” loukkaaviin perusteisiin. Tällöin se olisi AL 37 §:n vastainen. Kun tällaisia seikkoja ei - kuten korkeimman oikeuden enemmistö lakonisesti totesi - tässä asiassa ollut, vastikejärjestelmä ei käynnistynyt. Tältä osin ratkaisu ei täyttänyt nykyaikaista tuomioiden perusteluvaatimusta.

Vähemmistöön jäänyt oikeusneuvos *Könkkölä* päätyi samaan tulokseen. Hän ei kuitenkaan hyväksynyt enemmistö pääsääntö/poikkeussääntö-ajattelua, vaan piti perinnöstä luopumista henkilökohtaisena oikeutena tukien käsitystään sekä velkojien aseman erityissääntelyyn että jäämistösaantojen sattumanvaraisuuteen varallisuuteen vaikuttavina tekijöinä. Tähän kantaan on helppo yhtyä.

6.5 Osituslaskelma

Osituksen ytimen muodostaa *osituslaskelma*. Osituslaskelma on yksiselitteisesti arvoihin perustuva laskelma, joka kertoo, millaiseksi osituksen lopputulos lain mukaan muodostuisi. Juuri siksi se on oikean osituksen ydin. Siitä säädetään AL 100 §:ssä, joka valitettavan usein sivuutetaan jopa tuhoisin seurauksin käytännössä. AL 100 § on syytä kirjata näkyviin opiksi:

Sitten kun on menetelty niin kuin 99 §:ssä sanotaan, ja 91 §:ssä sallittu erottaminen puolison vaatimuksesta on tapahtunut, annetaan kumpaisellekin puolelle, tälle 93, 94 tai 95 §:n nojalla ehkä tulevan vastikkeen lisäksi, puolet siitä, mitä on jäljellä sellaisen omaisuuden arvosta, johon jommallakummalla puolisoilla on avio-oikeus, mikäli muuta ei johdu siitä, mitä 59 §:ssä tai 103 §:n 2 momentissa on säädetty tai toinen puoli ole saava lisää 101 tai 102 §:n nojalla.

Osituslaskelman *kriittisestä merkityksestä* osituksessa kertoo havainnollisesti ennakkoratkaisu KKO:1996:38, josta jo aikaisemmin oli puhetta johdannossa yhteisomistuksen yhteydessä. Tapauksen otsikko on seuraava:

Pesänjakaja suoritti osituksen ja sen yhteydessä yhteisen omaisuuden jaon siten, että hän ensin antoi kahdesta kiinteistöstä, joista molemmista kumpikin puoliso omisti puolet, arvokkaamman omakotikiinteistön miehelle ja kesämökkikiinteistön vaimolle. Tämän jälkeen hän vahvisti kummankin puolison omaisuuden säästön ja tasingon määrän, jonka mies oli velvollinen vaimolle suorittamaan. Kun mies ei ollut menettelyyn suostunut ja kun hän näin olisi joutunut suorittamaan tasinkoa enemmän kuin avioliittolain 100 § edellytti, ositus kumottiin ja palautettiin pesänjakajalle.

Kuten jo tämä otsikko osoittaa, virheellinen laskelma johti virheelliseen, koko ositusjärjestelmän tavoitteiden vastaiseen tulokseen. Toimitus oli nimeltään ositus, sisältö jotain aivan muuta. Osituksessa juuri laskelma ja sen lopputulos tulos ovat tärkeitä. Sen on tarkoitus osoittaa, millaiseksi *oikea ositus* määrälliseltä tulokseltaan muodostuisi tavanomaisesti toimitettuna.

Puolisot voivat sopimusvapautensa puitteissa sopimusosituksessa luonnollisesti jättää laskelman tekemättä. Tällöin he kuitenkin ottavat riskin sopimuksen sitovuudesta. Sopimusositus sitoo inter partes ilman laskelmaakin, mutta laskelma voi olla merkityksellinen toisen ositustahon riitauttaessa sopimusosituksen *oikeustoimiopillisin perustein*. Sovittaessa jostain, mitä ei riittävästi tunneta, on merkityksellisen erehdyksen riski suuri.

Pesänjakajan toimittamassa osituksessa osituslaskelma taasen on sellainen osituksen perusosa, jonka puuttuminen on arvioitava laiminlyönniksi. Oikeuskirjallisuudessa olen aikaisemmin esittänyt, että ositusta voitaisiin myös pitää suoraan mitättömänä, jos laskelma puuttuu. Tällöin on kuitenkin edellytettävä, että osakkaat eivät ole suostuneet sen puuttumiseen. Korkein oikeus

on ennakkoratkaisun *KKO:1991:124* yhteydessä korostanut sitä, että osapuolten mahdollisuus olla selvillä siitä, mikä on osituksen oikeellisuuden aste, vaikeutuu asianmukaisen omaisuus- ja velkaselvityksen puuttuessa. Sama havainto koskee ymmärtääkseni vielä painavammin osituslaskelman puuttumista. Se antaa sekä yleiskuvan että ideaalin tuloksen, johon asianosaiset voivat verrata sitä tulosta, jonka he ovat valmiit hyväksymään. Pesänjakaja, joka pyrkii osituksen toimittamiseen ilman laskelmaa, ei täytä ositusetiikan perusvaatimuksia eikä osoittaudu PK 23 luvussa tarkoitettulla tavalla taitavaksi osituksen toimittajaksi.

Erikseen on huomattava, että osituksessa, missä joku asiaosaista on edunvalvonnan alainen, osituslaskelman merkitys korostuu. Sekä pesänjakajan että maistraatin on voitava verrata lopullista ositustulosta osituslaskelman mukaiseen tulokseen arvioidessaan päämiehen edun toteutumista.

6. 6 Osituksen ja omaisuuden erottelun suhde

Ositus ja omaisuuden erottelu ovat avioyhteyden päättäviä toimituksia kumpainkin. Niiden keskinäinen suhde on näennäisen yksinkertainen. Jos avioehto on poissuljettu, toimitetaan vain omaisuuden erottelu. Mutta lähemmässä katsannossa asia osoittautuu jonkin verran ongelmallisemmaksi.

Avio-oikeuden mahdollinen poissuljenta tapahtuu pääsääntöisesti avioehtosopimuksella. Sitä puolestaan tulkitaan ja viime kädessä tarvittaessa sovitellaan *osituksessa*. Näin ollen ositus on itse asiassa se toimitus, josta lähdetään liikkeelle silloinkin, kun puolisoilla on täydellisesti poissulkeva avioehto. Omaisuuden erottelua koskeva AL 107 § on viittauksineen osituksen sovitteluun kuitenkin niin kirjoitettu, että erottelua voidaan pitää myös omana erillisenä toimituksenaan,

johon ei edettäisi osituksen kautta. Ja näin on myös katsottu edettävän korkeimman oikeuden ennakkoratkaisussa KKO:1992:30. Ratkaisun otsikko on seuraava:

Avioehtosopimuksessa oli määrätty, ettei kummallakaan puolisoilla ollut avio-oikeutta toisensa omaisuuteen. Kun omaisuuden erottelua ei ollut suoritettu, puolison kanne avioehtosopimuksen kohtuullistamisesta jätettiin tutkimatta. (Ään.)

Toisaalta ennakkoratkaisussa *KKO 1991:126* pesänjakaja määrättiin toimittamaan ositus sellaisten puolisoitten välillä, joilla oli molemminpuolisesti poissulkeva avioehto. Hovioikeus oli tässä tapauksessa, joka ensisijaisesti koski ositussopimuksen merkitystä, määrännyt pesänjakajan toimittamaan omaisuuden erottelun. Äänestys (4-1) jutussa koski yksin sitä, mihin toimitukseen pesänjakaja määrätään.

Osituksen ja omaisuuden erottelun keskinäinen suhde olisi ongelmallinen käytännössä, jos pidettäisiin tarkoin kiinni siitä, mihin toimitukseen pesänjakaja määrätään. Kun näin ei ole tehty asianosaisten ollessa samoja, asialla ei ole pesänjakajan toimivallan kannalta tärkeää merkitystä. Sitä vastoin itse toiminnassa on olennaista, että erottelua ja ositusta ei sotketa toisiinsa. Erotteluun eivät sovellu osituksen erilaiset tasausmenettelyt eikä erottelun lopputulosta sinänsä sovitella. AL 107 § ei viittaa sovitteluun. Erottelu on vain omistusoikeuksia toteava toimitus avioyhteyden päättyessä..

6.6 Ositus uskottavana toimituksena

Perinnönjaon tavoin toimitusositus on tarkoitettu lopulliseksi toimitukseksi. Pesänjakajan määräämiseen vaikuttavat siksi samat tekijät kuin perinnönjaon yhteydessä. Pesänjakajajärjestelmän perustavoitteet ovat *luotettavuus, kattavuus, joustavuus, palvelevuus ja halpuus*. Niistä luotettavuudella tarkoitetaan pesänjakajan uskottavuutta ja ammattitaitoa. PK 23:4n mukainen pesänjakajan *sopivuus* on ensi sijassa juuri tätä. Pesänjakajan tulee olla esteetön ja ammattitaitoinen;

kykenevä ja halukas muun ohessa osituslaskelman tekoon ja vastikejärjestelmän soveltamiseen.

Esteettömyys merkitsee lähtökohtaisesti olemista *kaiken epäilyn yläpuolella* ja sitä on arvioitava ensisijaisesti asianosaisten näkökulmasta. Ratkaisevaa on se, voiko asianosainen luottaa yksityisen pesänjakajan, vailla tuomioistuinlaitoksen erityisiä uskottavuustakeita toimivan henkilön uskottavuuteen.

Pesänjakajan esteettömyyden vaatimuksesta tuli jo varhain 1960-luvulla eräänlainen iäisyysongelma osituksiin ja perinnönjakoihin. Pesänjakajiksi määrättiin esimerkiksi samoissa tiloissa asianajollista toimintaa harjoittavia henkilöitä. Ja vastaavasti sitten kun esteellisyysväitteitä havahduttiin esittämään, ne jäivät usein perustelemattomien väitteiden tasolle. Myöskään oikeuskäytäntö ei ollut yhtenäinen. Sittemmin 1990-luvun puolivälin ennakkoratkaisukäytännössä jouduttiin viimein viestimään siitä, että uskottavuus on koko instituution toiminnan perusedellytys. Samalla on haluttu osoittaa, että yksin väite esteellisyydestä ei riitä, mikäli esteellisyys ei ole itsestään selvä. Se on myös pyrittävä näyttämään.

Keskeisten asiaan liittyvien, samanaikaisesti peräkkäin julkaistujen korkeimman oikeuden ennakkoratkaisujen KKO:1995:174-177 otsikot ovat sinällään mitäänsanomattomia: Kysymys pesänjakajan määräämisestä. Ne ovat kuitenkin lähemmässä katsannossa johdonmukainen kooste kolmesta merkittävästä asiasta. Ensinnäkin pesänjakajalta edellytetään aitoa esteettömyyttä. Toiseksi pelkää väite esteettömyydestä ei riitä oikeudenkäynnissä. Se on myös riittävässä määrin osoitettava. Kolmanneksi tuomioistuimille kerrotaan, että asianosaisten enemmistön kannatus ei ole asiassa ratkaiseva. Perinnönyhteydessä ei ratkaisuja tehdään enemmistöpäätöksin eikä myöskään ositustilanteessa lesken ja perillisten ollessa asianosaisia. Ja viimein neljänneksi nuo ratkaisut osoittavat, että muutoksenhaku pesänjakajan henkilöstä on yleensä turhaa, mikäli tehtävään on määrätty asianajaja. Tähän voitaisiin vielä lisätä, että asianajajien kilvoittelussa

erikoistuminen selkeästi muihin kuin perhe- ja jäämistöoikeudellisiin asioihin on joissain tapauksissa ollut alioikeusvaiheessa yksi valintaan vaikuttavista tekijöistä.

Liite 1.

O S I T U S

1. VIREILLEPANO

-ASIANOSAISET

-MENETTELY

2. ALOITUS

-MENETTELY

-VAIKUTUKSET

3. SELVITYS

-HENKILÖSUHTEET

-TILITYS

-OMISTUSSUHTEET

-VELAT

-EROTTELU

4. AVIOVARALLISUUS

-AVIO-OIKEUDEN LAAJUUS

-OMAISUUDEN JA VELKOJEN ARVOSTUS

-PÄÄLTÄPÄIN EROTTAMINEN

- VASTIKKEET
- ENNAKKOPERINTÖ

5. OSITUSLASKELMA

- YHTEINEN SÄÄSTÖ
- OSITETTAVA SÄÄSTÖ
- AVIO-OSA
- TASINGON MÄÄRÄ
- VELKAKORJAUS
- ELATUSAVUN KUITTAUS

6. TASINGON VALINTA

- OTTO-OIKEUS
- VALINTA
- MÄÄRÄÄMINEN
- MYYN TI

7. SOVITTELU

- PERUSTEET
- MÄÄRÄLLINEN
- ESINEELLINEN

8. YHTEISEN OMAISUUDEN JAKO

- JAKOTAVAT
- MYYN TI

9. KESKINÄISET SAATAVAT JA KORVAUKSET

- KUITTAUKSET
- ASUMISKORVAUKSET

10. TASINGON LUOVUTUS

- AJANKOHTA
- LAINVOIMAISUUS
- KORKO