

OIKEUSTIEDE

JURISPRUDENTIA

XXXVII

2004

SUOMALAISEN LAKIMIESYHDISTYKSEN VUOSIKIRJA

Toimitusneuvosto

Pekka Vihervuori, puheenjohtaja

Antti Jokela

Matti Ilmari Niemi

Pekka Timonen

Toimittaja

Leena Halila

Tilausosoite

Suomalainen Lakimiesyhdistys

Kasarmikatu 23 A 17

00130 Helsinki

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

sly@lakimies.org

www.lakimies.org

© 2004 kirjoittajat ja Suomalainen Lakimiesyhdistys

ISSN 0355-8215

ISBN 951-855-238-X

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

Gummerus Kirjapaino Oy, Jyväskylä 2004

Mia Kartio

**HEIKON OIKEUDEN
SIVULLISSUOJASTA**

Sisällys

| | |
|--|-----|
| 1 JOHDANTO | 157 |
| 2 PERUSTELUJA SITOMATTOMUUDELLE | 166 |
| 2.1 Sopimuksen vaikutusten rajoittuminen sopimuksen osapuoliin | 166 |
| 2.2 Suojan tarpeen vähäisyys | 168 |
| 2.3 Primuksen oikeuden epätarkoituksenmukaisuus | 170 |
| 2.4 Sekunduksen selonottovaikeudet | 176 |
| 2.5 Primuksen laiminlyönti tai tietoinen riskinotto | 181 |
| 2.6 Objekttiivisten sitovuusperusteiden paremmuus | 187 |
| 2.7 Osittaisen sitovuuden epätarkoituksenmukaisuus | 191 |
| 2.8 Ennakoitavuuden vaatimus | 193 |
| 3 SITOMATTOMUUDEN PERUSTELUJEN RYHMITTELYÄ JA JOHTOPÄÄTÖKSIÄ | 195 |
| 4 PERUSTELUJEN SOVELTUMINEN KOLLUSIIVISEN MENETTELYN TAPAUKSIIN | 204 |
| 5 LOPUKSI | 210 |
| LÄHTEET | 211 |
| LYHENTEET | 216 |
| PROTECTION OF “WEAK RIGHTS” AGAINST THIRD PARTIES | 217 |

Heikon oikeuden sivullissuojasta

1 JOHDANTO

Tämä kirjoitus käsittelee dynaamisen sivullissuojan sääntöjä eli sääntöjä, joiden perusteella ratkaistaan kahden esineeseen kohdistuvan oikeuden kollisionossa, kumpi oikeus jää voimaan ja kumpi joutuu väistymään. Tarkastelun kohteena ovat sellaiset kollisionot, joissa ei noudateta aikaisempaa oikeudenhaltijaa (primusta) lähtökohtaisesti suosivaa aikaprioriteettisääntöä, vaan myöhemmän oikeudenhaltijan (sekunduksen) oikeus voi syrjäyttää aiemman oikeuden jopa siinä tapauksessa, että sekundus ei ole ollut vilpittömässä mielessä. Tarkoituksena on selvittää, voidaanko tällaista oikeuksien täydellistä sivullissuojan puutetta pitää järkevänä ratkaisuna, vai tulisiko oikeuksien saada suojaa ainakin silloin, jos sekundus on tiennyt niistä.

Oikeudessamme annetaan usein kollisionratkaisussa keskeinen merkitys perustellun vilpittömän mielen suojaamiselle tilanteissa, joissa vastakkain joutuvat aikaisempi primuksen oikeus ja myöhempi sekunduksen oikeus. Aikaisemman oikeuden kanssa kilpaileva myöhempi oikeus jää voimaan vain, jos sekundus ei ole tiennyt eikä hänen ole pitänytään tietää aikaisemmasta oikeudesta. Tällaisia sääntöjä ovat esimerkiksi KK 11:4 esineen oikeudettomasta myynnistä, VKL 14 § velkakirjan oikeudettomasta luovutuksesta ja MK 13:3 kiinteistön kaksoisluovutuksesta.

Lainsäädännössämme on kuitenkin myös sääntöjä, joissa sekunduksen perusteltu vilpittömän mielen ei ole kollisiontilanteessa ratkaiseva. Eräissä tapauksissa primusta suojataan vain, jos sekundus tiesi hänen oikeudestaan, eli merkitystä ei anneta sille, mitä sekunduksen olisi pitänyt tietää. Esimerkiksi muut kuin MK 14:1:n mukaan kirjattavat kiinteistöön kohdistuvat erityiset oikeudet sitovat vain niistä tietoista kiinteistön ostajaa. Lopulta tiettyjen oikeuksien suoja on vielä näidenkin suoja heikompi: ne eivät sido sekundusta edes silloin, kun tämä on tiennyt niistä.

Tietoisuus voidaan kollisionratkaisussa nähdä kolmessa eri merkityksessä. Sekunduksen tietoisuus voi vaikuttaa vilpittömän mielen ja siten myös luottamuksensuojan pois sulkevana tekijänä tapauksissa, joissa oikeus lähtökohtaisesti sitoo sekundusta, mutta hän voi saada hyväkseen ekstinktion, jos ei tiennyt primuksen oikeudesta. Toisaalta tietoisuus voi saada itsenäistä merkitystä sitovuusperusteena, jolloin primuksen lähtökohtaisesti sitomaton oikeus sitoo sekundusta, koska tämä tiesi siitä. Tietoisuuden perusteella voidaan myös päätellä, että sekundus on hyväksynyt oikeuden itseään sitovaksi.¹

Kahden ensin mainitun välinen ero voidaan kyseenalaistaa: Mitä eroa on säännöllä, joiden mukaan joko (1) oikeus lähtökohtaisesti sitoo sekundusta, mutta sitovuus poistuu, jos sekundus ei tiennyt oikeudesta² tai (2) oikeus ei lähtökohtaisesti sido sekundusta, mutta sekunduksen tietoisuus aiheuttaa sitovuuden? *Forssell* pitää eroa täysin esitysteknisenä: hänen mukaansa täysin sama sääntö voidaan ilmaista kummallakin tavalla.³ *Tuomisto* katsoo erottelun perustuvan lähinnä siihen, selitetäänkö tietoisuuden merkitys luottamuksensuojan vai sekunduksen presumoidun tahdon pohjalta. Hän katsoo erottelun usein vaikeaksi eikä pidä sen tekemistä välttämättömänä, minkä vuoksi hän lukee sitomattomuusperiaatteen alaan eli lähtökohtaisesti sekundusta sitomattomiksi kaikki sellaiset primuksen oikeudet, jotka voivat sitoa vain niistä tietoista sekundusta.⁴ *Tammi-Salminen* näyttäisi pääpiirteissään omaksuvan Tuomiston käsityksen sitomattomuusperiaatteen alasta, mutta joissain tilanteissa hän pitää aikaprioriteettiperiaatteen alaan kuuluvina eli lähtökohtaisesti sekundusta sitovina myös sellaisia oikeuksia, joista sekunduksella ei ole selonottovelvollisuutta eli jotka sitovat vain niistä tietoista sekundusta.⁵

Tässä kirjoituksessa lähdän *Forssellin* ja *Tuomiston* tavoin siitä, että säännöt (1) ja (2) tarkoittavat samaa asiaa eli ilmaisutavan valinta ei vaikuta lopputulokseen.⁶ Tässä merkityksessä puhutaan *tietoisuudesta*

¹ Ks. esim. *Zitting* LM 1970 s. 830–833. *Tepora* käyttää ilmaisua kvalifioitu tieto viitattaessaan tietoisuuteen osoituksena hyväksymisestä (ks. esim. *Tepora* 1984 s. 184).

² Kyseessä ovat siis tilanteet, joissa sekundukselle ei ole asetettu selonottovelvollisuutta, vaan pelkkä tiedon puuttuminen poistaa sitovuuden. Arvioitavaksi tulee siis vain se, mitä sekundus on tiennyt, ei se, mitä sekunduksen olisi pitänyt tietää.

³ *Forssell* 1976 s. 142.

⁴ *Tuomisto* 1993 s. 56.

⁵ Ks. *Tammi-Salminen* 2001 s. 158 ja vrt. s. 155 av. 8, jossa *Tammi-Salminen* käsittelee aikaprioriteettiperiaatteen mukaisina myös sellaisia kollisionratkaisuja, joissa sekunduksella ei ole selonottovelvollisuutta, vaan kollisionratkaisu sekunduksen eduksi aina, kun tämä ei tiedä primuksen oikeudesta.

⁶ Tietoisuudelle annettavan merkityksen taustalla voi tosin *Zittingin* esittämällä tavalla toisinaan olla luottamuksensuoja-ajattelu ja toisinaan ajatus tietoisuuden perusteella presumoidusta hyväksymisestä (ks. *Zitting* 1989 s. 44–46). Lopputuloksen kannalta tällä ei kuitenkaan ole merkitystä, jos merkitystä annetaan vain sekunduksen tiedolle tai sen puuttumiselle – ei siis toisaalta sille, mitä sekunduksen olisi pitänyt tietää, eikä toisaalta sille, onko hän todellisuudessa suhtautunut primuksen oikeuteen hyväksyvästi. Tässä kirjoituksessa tarkastellaan nimenomaan vain sekunduksen tosiasiallisen tiedon merkitystä.

sitovuusperusteena. Sen sijaan kirjoituksessa ei käsitellä lainkaan tilanteita, joissa tietoisuuden perusteella presumoidaan oikeuden hyväksyminen. Tällöin ei näet ole kysy tietoisuuden välittömästä vaikutuksesta oikeuden sitovuuteen, vaan sitovuus perustuu tietoisuuden sijasta sekunduksen tahtoon, josta tietoisuus on ainoastaan indisio.⁷

Täysin sivullisia sitomattomiksi katsotuista kiinteistöön kohdistuvista oikeuksista keskeisimmät ovat kiinteistökaupan esisopimus ja vielä täyttämätön sitoumus panttioikeuden perustamisesta kiinteistöön. Jos A sitoutuu myymään kiinteistön B:lle tai perustamaan tälle panttioikeuden parhaalla etusijalla, mutta myykin kiinteistön C:lle tai perustaa tälle ko. panttioikeuden, A:n ja C:n välinen oikeustoimi on siten B:tä sitova, että B:n ei pääsääntöisesti ole enää mahdollista saada alkuperäisen sopimuksen mukaista suoritusta.⁸ Maakaaressa säädetään B:n oikeussuojakeinoksi molemmissa tapauksissa mahdollisuus vaatia A:lta vahingonkorvausta (MK 17:3.2 ja MK 2:7.3).

Korkein oikeus ei ole pitänyt tietoisuutta sitovuusperusteena myöskään irtaimiin esineisiin kohdistuvia oikeuksia koskeneissa ratkaisuisissa KKO 1999:111 ja KKO 2002:58. Ensin mainitussa todettiin asunto-osakkeita koskeva esisopimus myöhempää luovutuksensaajaa sitomattomaksi, ja jälkimmäisessä sama todettiin leasing sopimukseen liittyvästä lunastusehdosta. Ratkaisuisissa sitomattomuutta on perusteltu hyvin lyhyesti. Niissä on viitattu vaihdannassa vakiintuneisiin oikeussääntöihin (KKO 2002:58) tai sen kummemmin perustelematta todettu, etteivät oikeudet ilman erityistä perustetta sido luovutuksensaajaa (KKO 1999:111).

⁷ Tuomisto toteaa perustellusti, ettei kysymys ole sivullissuojasta, jos sekunduksen siidonaisuus perustuu hänen hyväksymiseensä. Tällöinhän sitovuus seuraa sekunduksen omasta toiminnasta eikä primuksen ja hänen sopimuskumppaninsa välisestä sopimuksesta. (Tuomisto 1993 s. 127 av. 2.) Toisaalta *Teporan* mukaan tietoisuudesta pääteltyä hyväksymistä on käytetty oikeuskäytännössä keinona torjua lainsäädännön jälkeenyjääneisyydestä johtuvia kohtuuttomia kollisionratkaisuja (*Tepora* JJ 1985 s. 302). Tämä viittaisi siihen, että myös hyväksymisen yhteydessä voitaisiin puhua sivullissitovuudesta, jos tuomioistuimissa päädytään tulkitsemaan tietoisuus hyväksymiseksi sen vuoksi, että tietoisuudesta riippumattomasti sitomattomuutta ei pidetä kohtuullisena lopputuloksena.

⁸ Ks. panttauksen osalta HE 120/1994 s. 111 ja *Jokela – Kartio – Ojanen* 2004 s. 481–482 ja esisopimuksen osalta HE 120/1994 s. 44 ja *Jokela – Kartio – Ojanen* 2004 s. 58. Ennen nykyisen maakaaren säätämistä oikeuskäytännössä on todettu monia kiinteistöön kohdistuvia oikeuksia niistä tietoistakin sekundusta sitomattomaksi: tällaisia ovat olleet muun muassa soranotto-oikeus (KKO 1985 II 131) ja oikeus pitää rakennusta toisen kiinteistöllä (KKO 1985 II 140 ja KKO 1992:157). Nykyisen maakaaren mukaan kiinteistöön kohdistuvat erityiset oikeudet sitovat pääsääntöisesti ainakin niistä tietoista sekundusta riippumatta siitä, ovatko ne kirjaamiskelpoisia vai eivät.

Tammi-Salminen on kritisoinut ratkaisun KKO 2002:58 niukkoja perusteluja. Ratkaisussa pidettiin leasing sopimukseen liittyvää lunastusehtoa leasingkohteen luovutuksensaajaa sitomattomana. Tammi-Salminen korostaa, että irtaimen esineeseen kohdistuvan lunastusehdon sivullissitovuudesta ei ole lain säännöksiä, oikeuskäytäntöä eikä oikeuskirjallisuuden nimenomaisia kannanottoja. Tämän vuoksi korkeimman oikeuden olisi ollut syytä tuoda esiin ratkaisun taustalla olevia perusteita – esimerkiksi lunastusoikeuden tarkoituksenmukaisuutta koskevaa pohdintaa.⁹

Oikeuskirjallisuudessa puolestaan on viime aikoina yleensä puollettu tietoisuuden katsomista sitovuusperusteeksi¹⁰. Tätä voidaankin perustella monilla syillä: Esineoikeudellisen sivullissuojan täydellinen puuttuminen tietyiltä oikeuksilta näyttäisi haittaavan uusien oikeustyyppien kehittyä ja ohjaavan tiettyjen, suojaa saavien oikeustyyppien käyttämiseen, vaikka jokin muu järjestely olisi tarkoituksenmukaisempi.¹¹ Lisäksi suojattaessa primuksen oikeudesta tietoista sekundusta toimitaan tavallaan luottamuksensuojaperiaatteen vastaisesti.¹² Tällöin ei nähdäkseen toteudu *Teporan* kollisionratkaisusäännöille asettama tavoite, että niiden soveltaminen ”ainakin keskimäärin johtaa eri intressenttien tasapuoliseen ja järkevään kohteluun”¹³. Se, että primuksen oikeus joutuu väistymään sekunduksen oikeuden tieltä, vaikka juuri sekunduksella on ollut mahdollisuus välttää kollision syntyminen, näyttäisi pikemminkin yleensä johtavan sekunduksen perusteettomaan suosimiseen.

Henkilösuhteittain vaihtelevan suojan aiheuttama ongelma on myös ns. kollusiivisen menettelyn mahdollisuus: oikeuden sivullissitomuutta voidaan käyttää keinona vapautua sitovuudesta *inter partes* -suhteessa. A on esimerkiksi sopinut B:n kanssa, että B saa käyttää hänen omistamaansa

⁹ *Tammi-Salminen* LM 2003a s. 133–134.

¹⁰ Ks. esim. *Tuomisto* 1993 s. 129 ja siinä alaviitteessä 10 mainittu kirjallisuus, *Havansi* 1996 s. 97–98, *L. Kartio* JJ 1997 s. 162 ja *Tammi-Salminen* 2001 s. 180–182.

¹¹ *Majamaa* pitää tästä huolimatta esineoikeudellisen suojan rajoittamista tiettyihin oikeustyyppihin ”yleiseltä kannalta terveisiin lähtökohtiin” perustuvana. Tällä hän viittaa ilmeisesti tarpeeseen suojata sivullisia, mutta ei tuo esiin perusteita, joiden vuoksi myös vilpillisessä mielessä oleva sivullinen tarvitsisi suojaa. (*Majamaa* DL 1991 s. 507.)

¹² *L. Kartio* JJ 1997 s. 161. Myös *Zitting* näyttäisi pitävän tietoisuudesta riippumatonta sitomuutta joissain tilanteissa luottamuksensuojaperiaatteen vastaisena. Tosin hän korostaa luottamuksensuojaa enemmän tietoisuuden merkitystä osoituksena siitä, että sekundus on hyväksynyt primuksen oikeuden itseään sitovaksi. (*Zitting* LM 1970 s. 835–838.) *Tammi-Salminen* katsoo *rehellisen vaihdannan* edellyttävän lähtökohtaisesti *inter partes* -suhteessa sitovan oikeuden sitovuutta siitä tietoista sekundusta kohtaan (*Tammi-Salminen* LM 2001 s. 869).

¹³ *Tepora* JJ 1985 s. 307.

esinettä määräjän tiettyä vastiketta vastaan. Myöhemmin, tämän määräjän vielä kestäessä, A haluaa päästä eroon sopimuksesta. Tässä tarkoituksessa hän voi myydä esineen C:lle, sillä vallitsevan käsityksen mukaan käyttöoikeus irtaimeen esineeseen ei sido kohteen luovutuksensaajaa.¹⁴ Jos C ei hyväksy B:n oikeutta itseään sitovaksi, B menettää tämän oikeuden ja hänen ainoaksi oikeussuojakeinokseen jää mahdollisuus vaatia vahingonkorvausta A:lta.¹⁵

Kirjoituksessa tarkastellaan paitsi B:n oikeuden sitovuutta suhteessa C:hen, myös B:n oikeutta saada vahingonkorvausta C:ltä – kysymystä, joka usein sivuutetaan kollisiotutkimuksessa¹⁶. Pidän tätä sivuuttamista jokseenkin ongelmallisena: B:n suojan kannalta on merkittävää paitsi se, jääkö hänen oikeutensa voimaan sivullissuhdekollisiossa, myös se, voiko hän saada korvausta kollisioiselta osapuolelta. Mahdollinen vahingonkorvaus on siis olennainen osa B:n oikeuden dynaamista suojaa. Vastavasti esineoikeuksien staattisen suojan keinoina yleistä sivullistahoa vastaan käsitellään yleensä paitsi omistajankanteita – hallinta-, kiello- ja ennallistamiskanteita – myös oikeutta vaatia vahingonkorvausta.¹⁷

B:n suojaa arvioitaessa on siis ratkaistava kaksi kysymystä: 1) saako B suojaa C:tä vastaan ja 2) suojataanko B:n oikeutta vai intressiä. Jos B:tä ei suojata lainkaan, hänen oikeutensa raukeaa A:n ja C:n välisen oikeustoimen seurauksena, eikä hän voi edes vaatia korvausta tästä C:ltä.¹⁸ Jos taas B:tä suojataan, suoja voi kohdistua joko oikeuteen, jolloin B:n oikeus jää

¹⁴ Ks. esim. *L. Kartio* 2001 s. 262.

¹⁵ Oikeuskirjallisuudessa on katsottu, että myös lähtökohtaisesti sivullisia sitomaton oikeus voi tulla C:tä sitovaksi, jos C on menetellyt kollusiivisesti. Ks. esim. *Ylöstalo* 1956 s. 153–155, *Wirilander* 1986 s. 22–24, *L. Kartio* 1988 s. 49, *Tuomisto* 1993 s. 136 ja *Tammi-Salminen* 2001 s. 252–257. *Havansi* hyväksyy kollusiivisen menettelyn sitomattomuuden, mutta kannattaisi kollisioratkaisun selkeyttämiseksi siviilioikeudellista kirjoitettua normia, joka kieltäisi kollusiot (*Havansi* JJ 2004 s. 28).

¹⁶ Uudemmassa kirjallisuudessa on alettu kiinnittää huomiota myös kollisiotilanteisiin liittyvään vahingonkorvausvastuuseen. Esimerkiksi *Tammi-Salminen* käsittelee väitöskirjassaan laajasti paitsi negative pledge -ehtojen sivullissitovuutta, myös ehtojen kanssa ristiriitaisesti toimivien sivullisten vahingonkorvausvastuuta. (*Tammi-Salminen* 2001 s. 309 ss.) *Kaisto* pitää vahingonkorvausta keinona vähentää esinekohtaisen kollisioratkaisun jyrkkyyttä (*Kaisto* LM 1996 s. 464). Ruotsissa kollisiotilanteisiin liittyvää vahingonkorvausta ovat esineoikeuden yleisesityksissä käsitelleet *Hessler* (1973 s. 296, 463 ja 495) ja *Rodhe* (1985 s. 330–335).

¹⁷ Ks. esim. *Zitting – Rautiala* 1982 s. 238 ja *L. Kartio* 2001 s. 228.

¹⁸ B:llä voi kuitenkin olla oikeus vaatia korvausta sopimuskumppaniltaan A:lta. Tästä huolimatta on syytä tarkastella myös B:n mahdollisuutta saada korvausta C:ltä, koska C:n korvausvastuulla on merkitystä erityisesti tilanteissa, joissa A on maksukyvytön tai -haluton.

voimaan A:n ja C:n välisestä oikeustoimesta riippumatta, tai intressiin, jolloin oikeus raukeaa, mutta C:n on korvattava rahallisesti B:lle tästä aiheutuva vahinko.¹⁹

Arvioitaessa vaihtoehtoja, joissa joko B jää kokonaan vaille suojaa suhteessa C:hen, B:n intressiä suojataan tai B:n oikeutta suojataan, tulee ottaa huomioon myös perusoikeusnäkökulma, erityisesti B:n oikeus omaisuudensuojaan.

Perusoikeudet määrittävät paitsi sitä, mitä lainsäätäjä ei saa tehdä, myös sitä, mitä sen tulee tehdä.²⁰ Vapausluontoisetkin perusoikeudet voivat siis edellyttää julkiselta vallalta aktiivisia toimia perusoikeuksien suojaamiseksi.²¹ Perusoikeuksia – kuten omaisuudensuojaa – on suojattava myös yksityisten toimijoiden taholta tulevilta loukkauksilta. Lainsäätäjän on toiminnallaan taattava jokaisen varallisuusarvoisille oikeuksille riittävä ja yhtäläinen turva. Omaisuuden perustuslainsuojasta seuraa siis muun muassa vaatimus oikeudenmukaiseen ja tasapuoliseen varallisuus-suhteita koskevaan normistoon.²² Myös siviilioikeudellisissa kysymyksissä tulisi siis pyrkiä osapuolten perusoikeuksia turvaaviin ratkaisuihin.

Omaisuuden suoja on perusoikeus, josta säädetään PL 15 §:ssä, jonka mukaan ”jokaisen omaisuus on turvattu”. Omaisuudella tarkoitetaan paitsi omistusoikeutta myös muita varallisuusarvoisia etuja.²³ Kaikki sopimukseen perustuvat oikeudet kuuluvat siis omaisuudensuojan piiriin. Siviilioikeudellisessa sääntelyssä tulisi siis pyrkiä estämään näiden oikeuksien loukkaaminen. Tämän tavoitteen kanssa on ristiriidassa se, että monien oikeuksien katsotaan sitovan vain sopimuksen osapuolia. PL 15 §:n 1 momentti ”jokaisen omaisuus on turvattu” saa hyvin rajoitetun merkityksen, jos sopimukseen perustuvat oikeudet ovat suojattuja vain suhteessa sopimuskumpaniin.

Kuitenkin kollisiotilanteissa on huomioitava myös C:n oikeus omaisuudensuojaan. Samalla tavalla kuin B:n sopimukseen perustuva oikeus on suojattavaa omaisuutta, myös C:n myöhempään sopimukseen perustuva oikeus on lähtökohtaisesti suojan arvoinen. Lisäksi myös *sopimusvapauden* katsotaan tiettyssä määrin kuuluvan suojattavan omaisuuden alaan.²⁴

¹⁹ Ks. oikeuden ja intressin suojaamisen erottelusta *Mattei* 2000 s. 80–81.

²⁰ Ks. esim. HE 309/1993 s. 26.

²¹ *Länsineva* 2002 s. 4.

²² *Länsineva* 2002 s. 254–255.

²³ HE 309/1993 s. 62.

²⁴ HE 309/1993 s. 62. Sopimusvapautta suojattaessa suojataan henkilöiden oikeutta määrätä omaisuudestaan. Sopimusvapauden suoja koskee siis nimenomaan varallisuus oikeudellisia sopimuksia. (*Lehtonen* 1999 s. 191–192.)

Toisin sanoen C:tä tulisi suojata sekä siltä, että hänen jo tekemäänsä sopimukseen perustuvaa oikeutta rajoittaisi B:n oikeus, että siltä, että hänen mahdollisuuksiaan sopimuksen tekemiseen A:n kanssa rajoittaisi A:n ja B:n välillä aiemmin tehty sopimus. Kollisiotilanteissa on välttämätöntä tinkiä toisen osapuolen omaisuuden suojusta, koska niissä molempien oikeuksia ei voida toteuttaa täysimääräisesti. B:n ja C:n oikeuksien suojan tarvetta on siis punnittava vastakkain. Kyse ei varsinaisesti olekaan jomman kumman omaisuuden suojan rajoittamisesta, vaan omaisuuden käytösääntelystä. Käytösääntelyllä tarkoitetaan niitä normeja, joiden varaan yksilön varallisuus-oikeuksien sisältö ja laajuus rakentuvat. Omaisuuden suojan rajoittaminen taas tarkoittaa lähinnä sellaisia toimenpiteitä, joilla oikeutta kavennetaan tai yksilön oikeusasemaan puututaan julkisen vallan toimenpiteillä.²⁵

Kahden perusoikeuden keskinäiset kollisiotilanteet tulee ratkaista punnitsemalla perusoikeuksia vastakkain. Tällöin perusoikeussäännöksiä voidaan pitää optimointikäskynä, joiden tarkoituksena on turvata kunkin yksilön perusoikeuksien toteutuminen mahdollisimman hyvin. Tulee siis pyrkiä mahdollisimman hyvään tasapainotilanteeseen yhteensovittettavien perusoikeusintressien kesken siten, että kaikkien kilpailevien perusoikeuksien toteutuminen turvataan mahdollisimman hyvin.²⁶ Kun käsitellään tilannetta, jossa kollisio B:n ja C:n sopimukseen perustuvien oikeuksien välille on jo syntynyt, B:n ja C:n oikeusasemat ovat täysin vastakkaiset: kun päätetään suojata B:n oikeutta, kavennetaan samalla C:n oikeutta vastaavasti. Jos esimerkiksi päädytään siihen, että B:n oikeus sitoo C:tä, B:n omaisuus on tuon oikeuden arvon verran suurempi ja C:n omaisuus oikeuden arvon verran pienempi kuin päinvastaiseen ratkaisuun päädyttäessä.

Tilanne on erilainen, jos tarkasteluajankohtaa vaihdetaan ja otetaan käsitteeseen tilanne, jossa C vasta harkitsee B:n oikeuden kanssa ristiriidassa olevan sopimuksen tekemistä. Tällöin ovat vastakkain B:n oikeuden suoja ja C:n oikeus tehdä vapaasti sopimuksia. Näyttäisi siltä, että B:n menetyksessä, jossa hänen oikeuttaan ei suojattaisi, olisi suurempi kuin C:n menetyksessä, jossa B:n oikeus saisi suojaa. B:lle epäedullinen ratkaisu tarkoittaisi jo olemassa olevan oikeuden menettämistä, kun taas C:lle epäedullinen ratkaisu merkitsisi vain, ettei hän voi tehdä A:n kanssa sopimusta, jolla olisi hänen toivomansa vaikutukset, mutta hän ei menettäisi mitään jo konkreettisesti hänelle kuuluvaa. Esimerkiksi vahingonkorvaus-

²⁵ V.-P. Viljanen 2001 s. 14 ja 35 ja *Länsineva* 2002 s. 244–245. Länsineva mainitsee esimerkkinä käytösääntelystä juuri kollisioratkaisunormit.

²⁶ Ks. V.-P. Viljanen 2001 s. 12 ja siinä viitattu *Scheinin* 1991 s. 29–39.

oikeudessa omaisuuden arvon alentumista onkin pidetty helpommin korvattavana vahinkona kuin tulevaisuuteen suuntautuvien odotusten heikkenemistä.²⁷ Näyttäisi siis siltä, että perusoikeuksien suojan maksimoinnin kannalta olisi perusteltua suojata B:tä.

Perusoikeuksien keskinäisiä suhteita käsiteltäessä ei voida sivuuttaa *Karhun* käsityksiä varallisuus oikeuden kiinnittämisestä perusoikeusjärjestelmään. Hän katsoo perusoikeuksien välittyvän varallisuus oikeuden järjestelmään varautumisperiaatteena, luottamuksensuojana ja avoimuusperiaatteena.²⁸ Näistä erityisesti varautumisperiaate on huomionarvoinen tässä yhteydessä. Se edellyttää, että toimijat huolehtivat siitä, ettei heidän oma toimintansa epäasianmukaisesti haittaa muiden toimijoiden mahdollisuuksia pyrkiä toteuttamaan tavoitteitaan. Esimerkiksi vahingonkorvausoikeudessa varautumisperiaate ilmenee tuottamus- ja aiheuttamisperiaatteina. Vastuu vahingosta määräytyy sen mukaan, kenellä on parhaat mahdollisuudet vahingon välttämiseen.²⁹

Käsiteltävässä tilanteessa vaikuttaa selvältä, että C:llä on parhaat mahdollisuudet välttää kollision syntyminen. Tutkittavanahan ovat tapaukset, joissa C tietää B:n oikeudesta. C voi siis valita, tekeekö hän B:n oikeuden kanssa ristiriitaisen sopimuksen vai ei. Sen sijaan B ei voi sopimusta tehdessään tietää C:n oikeudesta, koska A:n ja C:n välistä sopimusta ei tuolloin ole vielä edes olemassa. Hän voi korkeintaan pitää mahdollisena, että A myöhemmin tekee sopimuksen jonkun toisen kanssa. B:lle ainoa keino varmasti välttää kollision olisi kokonaan pidättäytyä sopimuksen tekemisestä. Yleistettynä tämä tarkoittaisi sitä, että sopimusten tekemistä tulisi välttää, koska ne voivat joutua kollision myöhemmin tehtävien sopimusten kanssa.³⁰ Ajatus on täysin absurdi.

Karhu rajaakin varautumisperiaatteen alaa suhteellisuusperiaatteen mukaisesti käsittämään vain tarkoituksenmukaiset ja kohtuulliset toimet. Huolenpitovelvollisuus muiden asemasta ei ulotu niin pitkälle, että se tekisi tyhjäksi toimijan omat toimintamahdollisuudet.³¹ Toisin sanoen varautumisperiaatteen mukaista ei olisi, että kaikkien sopimusten tekemistä

²⁷ Ks. esim. *Hemmo* 1998 s. 94. *Länsinevan* mukaan jo solmittuihin sopimuksiin perustuvat oikeudet nauttivat tehokkaampaa omaisuudensuojaa kuin yksilöiden vapaus solmia sopimuksia tulevaisuudessa (*Länsineva* 2002 s. 182–183).

²⁸ *Pöyhönen* 2000 s. 109.

²⁹ *Pöyhönen* 2000 s. 112.

³⁰ Joskus B voi toki vaikuttaa siihen, ettei A enää voi disponoida samasta oikeudesta kahden kertaan. Vaatiessaan kiinteistön panttauksen yhteydessä heti panttikirjan hallinnan B varmistaa, ettei A voi pantata kiinteistöä paremmalla etusijalla enää kenellekään muulle.

³¹ *Pöyhönen* 2000 s. 114.

tulisi välttää kollisioiden välttämiseksi. Sen sijaan näyttäisi täysin suhteellisuusperiaatteen mukaiselta, että C:n tulisi välttää sellaisten sopimusten tekemistä, jotka hänen tietensä ovat ristiriidassa hänen potentiaalisen sopimuskumppaninsa A:n aikaisempien sopimusten kanssa. Tämä sääntö ei tekisi tyhjäksi C:n omia toimintamahdollisuuksia, koska hänen toimintamahdollisuuksiensa ulkopuolelle rajautuisi vain sellainen pieni joukko sopimuksia, jotka loukkaisivat B:n oikeutta. Varautumisperiaatteen mukaan kollision syntyessä C:n tulisi kärsiä kollisiotappio, koska hän olisi varautumalla voinut välttää koko kollision syntymisen.

Yleisellä tasolla kollisionratkaisusääntöjen kannalta relevantteja ovat myös Karhun esittämät avoimuusperiaate ja luottamuksensuoja³². Esineoikeudessa niiden voi nähdä ilmenevän julkisuusperiaatteena ja vilpittömän mielen suojana: sivullisiin kohdistuvien oikeusvaikutusten on liitettävä havaittaviin tunnusmerkkeihin ja sivullisen luottamusta tähän suojataan siten, että häntä sitovat yleensä vain sellaiset oikeudet, joista hän joko tiesi tai hänen olisi pitänyt tietää³³. Näillä periaatteilla ei ole kuitenkaan tässä yhteydessä merkitystä sekunduksen suojana, koska käsittelyssä ovat vain tilanteet, joissa sekundus tietää primuksen oikeudesta eli vilpittömän mielen suojan edellytykset eivät täyty.

Näiden alustavien näkökohtien perusteella vaikuttaisi perustellulta suojata primuksen asemassa olevaa B:tä. Jäljelle jää vielä kysymys siitä, onko B:n oikeuden suojaaminen tarpeen vai täyttäisikö pelkkä intressin suojaaminen omaisuudensuojan vaatimukset. Omaisuudensuoja on selvästi varallisuusarvoisten oikeuksien suojaamista sellaisenaan, ei vain omaisuuden arvon suojaamista.³⁴ Varallisuusarvoista oikeutta ei voi mielivaltaisesti vähentää pelkäksi vahingonkorvausvaateeksi. Tällä perusteella näyttäisi siltä, että B:n suojan kannalta oikeus vahingonkorvaukseen ei olisi riittävä, vaan hänen oikeutensa pysymistä tulisi suojata.

Käsiteltävässä tilanteessa on kuitenkin – kuten edellä on todettu – kysymys perusoikeuksien käytön sääntelystä ja B:n ja C:n oikeuksien välisestä

³² Ks. näistä periaatteista Pöyhönen 2000 s. 116–128.

³³ Ks. esim. L. Kartio 2001 s. 124–126.

³⁴ Tätä pidettäneen itsestään selvänä, koska asiaa ei nimenomaisesti todeta omaisuuden suojaa koskevissa esityksissä. Se ilmenee kuitenkin *e contrario*: Esimerkiksi pakkolunastus täyttää korvausta vastaan mainitaan perustuslaissa (PL 15.2 §) omaisuudensuojan rajoituksena. Vaikka omaisuudesta saadaan täysi korvaus, lunastamisen edellytyksenä on myös yleinen tarve. Samoin omaisuuden käyttörajoituksille asetetaan myös muita edellytyksiä kuin rajoituksesta aiheutuvan taloudellisen menetyksen korvaaminen (Saraviita 1998 s. 225). Varallisuusarvoisten oikeuksien korvaaminen oikeudella vahingonkorvaukseen on siis selvästi omaisuudensuojan puuttumista.

punninnasta. Mitä kokonaisvaltaisemmin B:n oikeutta suojataan, sitä enemmän rajoitetaan C:n oikeutta. Vaikka B:n oikeus sinänsä nähtiinkin edellä suojan arvoiseksi, C:n aseman turvaamiseksi saattaa olla perusteltua rajoittaa suoja vain B:n oikeudeksi vahingonkorvaukseen C:ltä. Mahdollisesti myös yleiseen etuun liittyvät näkökohdat voivat tukea tätä ratkaisua. Vertailuun oikeuden sitovuuden ja vahingonkorvauksen välillä palataan jaksossa 3.

Perusoikeusnäkökulma puoltaisi siis B:n oikeuden sitovuutta suhteessa C:hen tai ainakin B:n oikeutta vahingonkorvaukseen, jos hänen oikeutensa joutuu väistymään. Kuten edellä käy ilmi, oikeudessamme on usein päädytty toisenlaiseen ratkaisuun. Seuraavassa käsitellenkin niitä argumentteja, joilla on perusteltu B:n oikeuden jäämistä suojaa vaille. Arvioin sekä sitä, ovatko nämä perusteet riittävä syy olla suojaamatta B:n oikeutta, että myös sitä, ovatko ne riittävä syy olla suojaamatta edes B:n intressiä. Jaksossa 2 käsitelen niitä perusteluita, joilla voidaan puoltaa sitä, että eräät oikeudet eivät sido edes niistä tietoista sekundusta. Jaksossa 3 hahmottelen nämä perustelut huomioon ottaen tarkoituksenmukaista kollisionsratkaisumallia. Viimeisessä jaksossa 4 tarkastelen edellä kuvaamaani, kollusiiviseksi menettelyksi nimitettyä erikoistapausta: voidaanko muissa tilanteissa perusteltuna pidettäviä kollisionsratkaisusääntöjä soveltaa silloin, kun kollisio on tarkoituksellisesti järjestetty kollision toisen osapuolen oikeuden hävittämiseksi?

2 PERUSTELUJA SITOMATTOMUUDELLE

2.1 Sopimuksen vaikutusten rajoittuminen sopimuksen osapuoliin

Sopimuksen oikeusvaikutusten katsotaan usein rajoittuvan vain sopijapuolten väliseen suhteeseen. Kahden henkilön ei ole katsottu voivan keskinäisellä sopimuksellaan velvoittaa kolmatta. Esimerkiksi *Saarnilehto* perustelee asunto-osakkeiden kaupan esisopimuksen sitomattomuutta suhteessa myöhempään, sopimuksesta tietoiseen ostajaan sillä, että antamalla merkitystä sekunduksen tietoisuudelle ajaututtaisiin helposti siihen, että kolmatta sitova sopimus olisi mahdollinen.³⁵ Tämä perustelu ei kuitenkaan ole riittävä, koska siinä ei tule esiin, *miksi* kolmatta sitova sopimus ei saisi olla mahdollinen.

³⁵ *Saarnilehto* Oikeustieto 2/2000 s. 3–4.

Toki sopimuksen oikeusvaikutusten rajoittuminen sopimuksen osapuolten väliseen suhteeseen on useissa tapauksissa helposti perusteltavissa. Sopimusten sitovuuden taustalla on yksityisautonomia: lainsäätäjät antaa kansalaisia yleisesti velvoittavat normit, mutta yksilöillä on oikeus säädellä keskinäisiä suhteitaan. Tätä kutsutaan yksityisautonomiaksi eli itsemääräämisoikeudeksi.³⁶ Yksityisautonomiaan kuuluu, että yksilö voi tahdonilmaisullaan perustaa *itselleen* velvollisuuksia. Toisen velvoittaminen ei ole mahdollista ilman toisen suostumusta, minkä vuoksi sopimussuhteen syntyminen edellyttää kummankin osapuolen myötävaikutusta, tarjousta ja hyväksymistä, joilla osapuolet velvoittavat itsensä toimimaan sopimuksen mukaisesti.³⁷ Koska kolmas on sopimukseen nähden ulkopuolinen eikä ole antanut tahdonilmaisua, jolla olisi perustanut itselleen velvollisuuden sopimuksen noudattamiseen, sopimus ei lähtökohtaisesti voi velvoittaa häntä.

Edellä sanottu ei kuitenkaan nähdäkseni estä sitä, että kolmas voi oman toimintansa perusteella tulla sopimuksen sitomaksi. Tässä käsiteltävinä olevissa tapauksissa sekundus on hankkinut oikeutensa tietoisena primuksen aikaisemmasta oikeudesta, minkä voidaan katsoa velvoittavan sekundusta noudattamaan sopimusta. Silloin primuksen oikeus ei tulisi sekundusta sitovaksi pelkästään sopimuksen perusteella vaan siksi, että sekundus sopimuksesta tietoisena vapaaehtoisesti hankkii kyseessä olevan oikeutensa. Mikään ei estä sitä, että sekunduksen vapaaehtoisesti tekemä oikeustoimi voi aiheuttaa mainitun sidonnaisuuden. Sekundus siis perustaisi itselleen velvollisuuden yksityisautonomiansa puitteissa.

Kuten johdannossa on esitetty, suuri osa sopimuksin perustetuista oikeuksista sitoo vilpillisessä mielessä olevaa kolmatta.³⁸ Tämä jako sitoviin ja sitomattomiin sopimuksiin jää täysin selittämättä, jos vain todetaan lakonisesti, että sopimus velvoittaa vain osapuoliaan. *Tepora* nimittää sivullisia sitomattomia oikeuksia heikoiksi ja sitovia oikeuksia vahvoiksi. Kun primuksen oikeus on vahva oikeus, noudatetaan takautuvan sivullissuhteen kollisionratkaisuisissa pääsääntöisesti aikaprioriteettiperiaatetta; kun primuksen oikeus on heikko, se joutuu väistymään joutuessaan kollision sekunduksen vahvan oikeuden kanssa. Jaottelu ei ole kuitenkaan oikeusteoreettisista lähtökohdista tehty ”perustavanlaatuinen” ja muuttumaton

³⁶ *Telaranta* 1990 s. 4.

³⁷ *Telaranta* 1990 s. 15–17.

³⁸ *Tammi-Salminen* onkin kiinnittänyt huomiota jopa täysin vastakkaisten iskulauseenomaisten normien olemassaoloon. Näihin kuuluvat mm. (Saarnilehdon mainitsema) ”sopimus ei voi velvoittaa kuin sen osapuolia” ja toisaalta ”kukaan ei voi luovuttaa toiselle parempaa oikeutta kuin hänellä itsellään on”. (*Tammi-Salminen* LM 2003b s. 96.)

jaottelu, vaan jako tehdään käytännöllis-rationaalisilla perusteilla ja se on altis muutoksille. Lisäksi oikeus voi yhdessä henkilörelaatioissa olla heikko ja toisessa vahva.³⁹ Oikeuksien jako vahvoihin ja heikkoihin perustuu lainsäätäjän ratkaisuihin, ja olosuhteiden muuttuessa lainsäätäjä voi – tai sen pitää – harkita uudelleen, tuleeko tietyille oikeudelle myöntää sivullis-suojaa.⁴⁰

Seuraavassa käsitelen niitä ”käytännöllis-rationaalisia” argumentteja, joiden perusteella on katsottu, ettei tiettyjen oikeuksien tule sitoa sivullisia. Käsitelen sekä sitä, onko perusteltua myöntää sivullissitovuus vain lainsäädännön osoittamissa tilanteissa, että sitä, voidaanko lainsäätäjän tekemiä ratkaisuja tiettyjen oikeuksien sitomattomuudesta pitää hyväksyttävänä.

2.2 Suojan tarpeen vähäisyys

Suojan epäämistä on perusteltu myös sillä, että väistymään joutuvat oikeudet ovat yleensä niin lyhytaikaisia ja vähäarvoisia, ettei suoja ole tarpeen.⁴¹ Tämän väitteen paikkansapitävyys on kyseenalainen: se edellyttäisi, että kaikki käytännössä merkittävät ja arvokkaat sopimukset kuuluvat niihin suhteellisen harvalukuisiin sopimustyypeihin, jotka lainsäädännön tai tavanomaisen oikeuden erityisen säännön perusteella sitovat sivullisia. Esimerkiksi leasingsopimusten sitomattomuutta pidetään ongelmallisena, koska sopimukset ovat pitkäaikaisia ja niihin liittyy usein suuri taloudellinen intressi.⁴² Lainsäätäjä reagoi aina yhteiskunnan muuttumiseen viipeellä, minkä vuoksi ei ole realistista olettaa, että kaikki sellaiset (uudet) sopimustyytit, joiden sivullissitovuudesta ei ole säännöksiä laissa, olisivat taloudellisesti merkityksellisiä.

Vaikka jokin oikeus todettaisiinkin lyhytkestoiseksi ja vähäarvoiseksi, se ei välttämättä ole peruste suojan epäämiselle. Toisaalta oikeus on arvoltaan niin vähäinen, ettei B ehkä kärsi suurta vahinkoa sen lakatessa, mutta toisaalta myöskaan C ei kärsisi suurta vahinkoa, jos oikeus olisikin häntä

³⁹ *Tepora* 1984 s. 126–133 ja s. 138. *Tepora* on saanut vaikutteita *Hessleriltä*, joka jakaa oikeudet täysin esineoikeudellisesti suojattuihin, osittain esineoikeudellisesti suojattuihin ja täysin esineoikeudellista suojaa vaille jääviin (*Tepora* 1984 s. 167–169 ja *Hessler* 1974 s. 80–81).

⁴⁰ *Tepora* JJ 1985 s. 302.

⁴¹ *Hessler* 1973 s. 82.

⁴² Ks. esim. *Tepora* JJ 1985 s. 302.

sitova. Esimerkiksi lyhytaikainen B:n käyttöoikeus ei olisi suuri rasitus käyttöoikeuden kohteen ostaneelle C:lle. Suojan tarpeen vähäisyydellä voidaan siis perustella paitsi sitä, että B ei tarvitse suojaa oikeuden raukeamista vastaan, myös sitä, että C ei tarvitse suojaa oikeuden sitovuutta vastaan.

Toisaalta argumenttia suojan tarpeen vähäisyydestä voidaan arvioida erikseen sellaisten oikeuksien kohdalla, jotka on nimenomaan lainsäätämismvaiheessa jätetty ilman sivullissuojaa. Perustuuko sitomattomuus näissä tapauksissa suojan tarpeen vähäisyydelle? Maakaaren esitöissä kiinteistökaupan esisopimuksen sitomattomuutta ei ole perusteltu lainkaan. Panttaussitoumuksesta on todettu, että velkojan edellytetään luottoa antaessaan huolehtivan kaikista vakuusoikeuden pysyvyyteen vaikuttavista seikoista.⁴³

Pääsääntöisesti ostaja ei maksa kauppahintaa ennen lopullisen kaupan tekemistä eikä luotonantaja anna luottoa ennen panttikirjojen hallinnan saantia. Tämän vuoksi esisopimukseen ja panttaussitoumukseen perustuvien oikeuksien suojan tarvetta voidaan pitää vähäisenä: koska B ei ole vielä tehnyt omaa suoritustaan, hän ei kärsi vahinkoa, vaikka lopullista kauppaa ei syntyisikään tai hän ei saisi panttioikeutta kiinteistöön. Kuitenkin kiinteistöstä maksettaneen yleensä käsiraha jo esisopimuksen teon yhteydessä, ja ostaja voi esisopimukseen luottaen ryhtyä toimenpiteisiin, joista aiheutuu hänelle vahinkoa, jos kauppa ei toteudukaan. Ammattimainen luotonantaja ei yleensä antane luottoa ennen panttikirjan hallinnan saantia – tämä ei kuitenkaan poista sitä tosiasiaa, että jos luottoa on annettu, luotonantajan suojan tarve on huomattava. Panttaussitoumuksen saajan suojan tarpeen vähäisyyttä ei ole pidetty ratkaisevana irtaimisto-oikeudessakaan, koska sekä irtaimen esineen että arvopaperin panttaussitoumus sitoo sivullista, joka ei ole vilpittömässä mielessä.

Sitomattomuuden perustelu suojan tarpeen vähäisyydellä oudoksuttaa myös siksi, että määrämuodossa tehtyä irtaimen lahjanlupausta pidetään meillä paitsi lupaaajaa, myös lupaaajan seuraajia sitovana. Jos A myy B:lle lahjaksi lupaamansa esineen C:lle, lupaus sitoo C:tä, jos tämä tiesi tai tämän olisi pitänyt tietää lahjanlupauksesta.⁴⁴ Täytetyksi lahja tulee vasta, kun lahjoitettavan esineen hallinta luovutetaan lahjansaajalle. Lahjanlupaus siis muistuttaa paljon panttaussitoumusta: lahjanlupauksessa lupaaaja sitoutuu saattamaan lahjoituksen loppuun luovuttamalla lahjaesineen hal-

⁴³ HE 120/1994 s. 111.

⁴⁴ Irtaimen esineen kahdellemyyntiä koskevien sääntöjen katsotaan koskevan myös vastikkeettomia luovutuksia (*Hakulinen* 1962 s. 47).

linnan, panttaussitoumuksessa taas saattamaan panttauksen loppuun luovuttamalla panttikirjan hallinnan.⁴⁵ Vaikuttaa kummalliselta ratkaisulta toisaalta suojata lahjansaajaa, joka ei ole joutunut suorittamaan minkäänlaista vastiketta, ja toisaalta olla suojaamatta panttaussitoumuksen saajaa, joka saattaa pantin menettämisen vuoksi jäädä kokonaan ilman suoritusta saatavalleen.⁴⁶ Tällaisen ratkaisun perustelu on löydettävä muualta kuin suojan tarpeen vähäisyydestä.

2.3 Primuksen oikeuden epätarkoituksenmukaisuus

Sitomattomuus voi olla perusteltua, jos primuksen oikeutta pidetään yhteiskunnallisesti epätarkoituksenmukaisena ja vaihdantaa ja luotonantoa haittaavana.⁴⁷ Tällöin sitomattomuus on keino ohjata esineiden käyttöä ja vaihdantaa siten, että suojan puutteet vähentävät epätarkoituksenmukaisen oikeustyyppien käyttöä tai ainakin lieventävät niiden vaikutuksia vaihdantaan ja luotonantoon.⁴⁸

Tammi-Salminen toteaa, että sitomattomuuden perustelu oikeuden epätarkoituksenmukaisuudella on aina ongelmallinen, koska ratkaisu riippuu aina ratkaisuntekijän arvostuksista. Vastakkaisina näkökohtina ovat toisaalta sopimussitovuuden painottaminen myös suhteessa sivullisiin ja toisaalta omistuksen vapaus. Jälkimmäinen näkökohdan mukaan oikeuden epätarkoituksenmukaisuus johtuu omistajan vapauden rajoittamisesta.⁴⁹ On

⁴⁵ Lahjanlupausta on oikeuskirjallisuudessa pidetty myös esisopimuksena. Sellaisena se rinnastuisi läheisesti kaupan esisopimukseen, jolloin vaikuttaisi erityisen epäsuhtaiselta suojata vastikkeettoman oikeustoimeen perustuvaa etua ja jättää vastikkeelliseen oikeustoimeen perustuva oikeus suojatta. Lahjanlupauksen pitäminen esisopimuksena vaikuttaa kuitenkin perusteettomalta: esisopimus on sopimus varsinaisen sopimuksen tekemisestä myöhemmin, kun taas lahjanlupauksen jälkeen erillinen sopimus ei ole enää tarpeen, vaan pelkkä tosiasiallinen täyttämistoimi on riittävä. (Ks. keskustelusta *Kaisto* 2001 s. 306–308.)

⁴⁶ Pantinsaajan aseman heikkoutta kuvastaa sekin, että lahja rinnastetaan maakaaren sivullissuojaa koskevissa säännöksissä muihin luovutuksiin. Toisin sanoen B ei saa mitään oikeutta kiinteistöön, jos kiinteistön hänelle pantiksi luvannut A lahjoittaa kiinteistön C:lle. Tosin lahjoitus saattaa A:n maksukyvyttömyystilanteissa helposti peräytyä. Vähemmän kuin vuotta ennen määräpäivää tehdyt lahjoitukset peräytyvät, ja myös yli vuoden mutta alle kolme vuotta ennen määräpäivää läheiselle annettu lahja voidaan peräyttää, jos ei näytetä, ettei velallinen lahjan antaessaan ollut ylivelkainen tai lahjan antamisen vuoksi tullut ylivelkaiseksi (TakSL 6 §). Takaisinsaanti tulisi kuitenkin koko velkojakollektiivin eikä yksin B:n hyväksi.

⁴⁷ *Forssell* 1976 s. 207 ja *Tuomisto* 1993 s. 132.

⁴⁸ *Tuomisto* 1993 s. 64.

⁴⁹ *Tammi-Salminen* 2001 s. 168.

katsottu, että esineen uuden omistajan tulisi voida käyttää omaisuuttaan tarkoituksenmukaisella tavalla hyväkseen ilman, että edellisen omistajan perustamat oikeudet rajoittavat hänen oikeuksiaan. Tällainen näkökohta on perustunut omistusoikeuden pitämiseen yhteiskunnallisesti tärkeimpänä oikeustyyppinä.⁵⁰

Toisaalta omistuksen vapaus voi kärsiä myös siitä, että omistaja ei voi halutessaan perustaa toiselle omistamaansa esineeseen sellaista oikeutta, joka saisi sivullissuojaa. Ilman sivullissuojaa jäävä oikeus on luonnollisesti vähemmän kiinnostava kuin suojattu oikeus, minkä vuoksi omistaja todennäköisesti saa oikeudesta huonomman vastikkeen kuin saisi täysin suojatusta oikeudesta. Mahdollisesti ketään ei edes kiinnosta hankkia sellaista suojaamatonta oikeutta, jonka omistaja haluaisi perustaa. Siten sitomattomuus itse asiassa rajoittaa omistajan vapautta, kun tämä voi perustaa vain tietyn tyyppisiä omistamaansa esineeseen kohdistuvia oikeuksia.⁵¹

Tuomisto ei pidä ainakaan nykyoloissa mahdollisena luokitella omistusoikeutta tai muita esineoikeuksia kaikkia muita oikeustyypejä tärkeämmiksi. Yhteiskunnallisesti merkittäviä varallisuusoikeuksia ei hänen mukaansa voida määritellä suljetun oikeustyyppistön avulla, vaan oikeuden tarkoituksenmukaisuus olisi ratkaistava tapauskohtaisesti. Lähtökohtana olisi oikeuksien tarkoituksenmukaisuus ja suojaaminen. Se, ettei jokin oikeus ole suojan arvoinen, tulisi erikseen perustella.⁵² *Tuomisto* kuvaa epätarkoituksenmukaista oikeutta ”esineiden käyttöä ja vaihdantaa haittaavaksi sidonnaisuudeksi”.

Tammi-Salminen on määritellyt oikeuden epätarkoituksenmukaisuuden tarkemmin siten, että epätarkoituksenmukaisen oikeuden sivullissitovuudesta aiheutuu enemmän haittaa kuin hyötyä vaihdannalle ja luotonannolle. Suojattavan oikeuden tulisi olla merkittävämpi kuin haitta, joka siitä aiheutuu omistajan vapaudelle. Tämä arviointi tulee tehdä punnitsemalla sekä yleisiä yhteiskunnallisia, taloudellisia ja sosiaalisia näkökohtia että oikeuden sitovuuden vaikutuksia sopimuksen osapuolten sekä sivullisten asemaan.⁵³ *Tammi-Salminen* käsittelee oikeuden tarkoituksenmukaisuuden yhtenä kriteerinä sitä, suojataanko oikeutta tehokkaasti kaikissa henkilösuhteissa – tätä aspektia käsitellään erikseen jäljempänä.

⁵⁰ *Tepora* JJ 1985 s. 291 ja *Tuomisto* 1993 s. 62–63.

⁵¹ *Kylänpää* pitää sopimustyyppin perusteella määräytyvää sivullissuojaa tosiasiallisena sopimusvapauden rajoituksena (*Kylänpää* 2000 s. 396).

⁵² *Tuomisto* 1993 s. 63–67.

⁵³ *Tammi-Salminen* 2001 s. 27–29 ja *Tammi-Salminen* LM 2003a s. 129.

Oikeuden epätarkoituksenmukaisuus on sitomattomuuden peruste, jonka taustalla on yleinen etu, ei yksittäisten toimijoiden suojaaminen. Oikeudesta tietoinen sekundus ei näet yleensä tarvitse suojaa: Hänellä on mahdollisuus olla tekemättä oikeustointa, jolla hän hankkii primuksen oikeuden kanssa vastakkain olevan oikeuden. Jos hän näkee, että hänen oikeuttaan tulisi rajoittamaan epätarkoituksenmukainen oikeus, hän voi jättää oikeuden hankkimatta. Myöskään esineen omistaja ei tarvitse suojaa, vaikka epätarkoituksenmukaiset sopimukseen perustuvat oikeudet näyttäisivät rajoittavan hänen mahdollisuuksiaan luovuttaa esine tai perustaa siihen kohdistuvia tarkoituksenmukaisempia oikeuksia. On näet huomattava, että tällainen oikeus perustuu esineen omistajan primuksen kanssa tekemään sopimukseen – omistaja on siis itse halunnut perustaa tällaisen oikeuden. Jos hän nyt pitääkin oikeutta epätarkoituksenmukaisena, tulisi hänen yrittää vapautua sidonnaisuudesta *inter partes* -suhteessa primuksen kanssa, esimerkiksi vetoamalla sopimuksen alkuperäiseen kohtuuttomuuteen tai olosuhteiden muutoksesta johtuvaan liikavaikeuteen⁵⁴.

Myös B:n ja C:n välisen suhteen tarkastelussa olisi mahdollista kiinnittää enemmän huomiota tapauskohtaisiin tekijöihin ottamalla käyttöön samat keinot kuin alkuperäisten sopimusosapuolten eli A:n ja B:n välillä. Lähtökohtana siis olisi, että A:ta sitova oikeus sitoisi myös hänen seuraajaansa C:tä, mutta tämän oikeuden sisältöä voitaisiin esimerkiksi sovitella samoilla edellytyksillä kuin oikeustoimia yleensäkin. Toisin sanoen B:n oikeus voisi raueta kokonaan tai sen haitallisia vaikutuksia C:n oikeusasemaan voitaisiin lieventää, jos oikeuden sitovuus olisi kohtuutonta. Kohtuuttomuuden arvioinnissa otettaisiin huomioon – oikeustoimilain 36 py-

⁵⁴ Liikavaikeudella tarkoitetaan tilannetta, jossa sopimuksen osapuoli joutuisi tekemään kohtuuttomia uhrauksia sopimuksen täyttämiseksi. Liikavaikeuden perusteella sopimusta voidaan sovitella tai sopijapuoli voi vapautua sopimuksen täyttämisestä tai sopimusrikkomuksen haitallisista seuraamuksista. (*Saarnilehto* 2001 s. 456.) Liikavaikeus saattaa poistaa luontoissuoritusvelvollisuuden, mutta jättää korvausvastuun jäljelle (*Hemmo* 2003b s. 198–199). Kauppalain liikavaikeutta koskevan 23.1 §:n mukaan myyjä ei ole velvollinen täyttämään sopimusta, jos sopimuksen täyttäminen edellyttäisi uhrauksia, jotka ovat kohtuuttomia verrattuna ostajalle sopimuksen täyttämisestä koituvaan etuun. Samaa oikeusohjetta soveltaen voidaan katsoa, että A:ta ei sido sellainen B:n sopimukseen perustuva oikeus, josta muuttuneiden olosuhteiden vuoksi aiheutuu A:lle huomattavasti enemmän haittaa kuin siitä on hyötyä B:lle. A:lla olisi siis mahdollisuus vapautua B:n oikeudesta jo *inter partes* -suhteessa, eikä epätarkoituksenmukaisiin oikeuksiin tarvitsisi puuttua sivullisittomuutta koskevilla säännöillä.

Myös maakaaren esitöissä on painotettu, ettei kiinteistön luovutusta tulee käyttää kiinteistöön kohdistuvista sivullisten oikeuksista eroon pääsemiseen: ”Nykyistä periaatetta, jonka mukaan ’kauppa rikkoo vuokran’ silloinkin kun ostaja on tiennyt aikaisemmasta vuokraoikeudesta tai muusta erityisestä oikeudesta, ei voida hyväksyä. Omistajanvaihdos ei saa olla keino vapautua kiinteistön rasituksista.” (HE 120/1994 s. 28.)

kälän mukaisesti – oikeuden sisältö, osapuolten asema, oikeutta perustettaessa ja sen jälkeen vallinneet olosuhteet sekä muut seikat. Oikeuden sitovuus B:n ja C:n välisessä suhteessa voisi olla kohtuutonta, vaikka se ei olisikaan sitä B:n ja A:n välisessä sopimussuhteessa. Oikeustoimen sovitteluun juuri osapuolten tosiasiallisen vaihtumisen vuoksi on päädytty maanvuokraa koskevissa korkeimman oikeuden ratkaisuissa KKO 2004:10 ja 2004:11, joissa osapuolet tosin muodollisesti säilyivät samoina, mutta sopimuksen toisena osapuolena olleen asunto-osakeyhtiön osakkeet olivat siirtyneet eri henkilöille kuin sopimuksentekohetkellä.⁵⁵

B:n oikeuden pysyvyyden ja lopullisen sisällön määräytyminen vasta B:n ja C:n välisen oikeussuhteen sovittelun tai muun vastaavan menettelyn perusteella johtaisi kuitenkin epävarmuuteen siinä vaiheessa, kun C vasta suunnittelee A:n kanssa tehtävää oikeustointia. Hän ei voisi tässä vaiheessa tietää, miten B:n oikeus tulee lopulta vaikuttamaan hänen oikeusasemaansa. Tämä epävarmuus vaikuttaisi C:n halukkuuteen ryhtyä oikeustoimeen ja saattaisi siten haitata vaihdantaa ja oikeussuhteiden järjestymistä tarkoituksenmukaisella tavalla. C saattaisi siis luopua suunnittelemastaan oikeustoimesta kollision pelossa, vaikka B:n oikeus todennäköisesti olisikin sellainen, että se tulisi C:tä kohtaan kohtuuttomana raukeamaan. Näin käy, jos C on riskinkarttaja ja valitsee mieluummin sellaisen varman – tai varmemman – tavan sijoittaa varansa kuin kaupan, jonka kannattavuus riippuu sovittelu- tms. vaateen menestymisestä.⁵⁶ Tämän vuoksi ei voida pitää hyvänä vaihtoehtona sitä, että kaikki A:n ja B:n välisessä suhteessa perustetut oikeudet sitoisivat myös A:n seuraajia, mutta seuraajilla olisi käytössään sopimusoikeudelliset keinot – mm. sovittelu – näihin oikeuksiin puuttumiseen.

Toisaalta myös sivullissitomattomuuden merkitys yleisen edun kannalta voidaan riitauttaa: epätarkoituksenmukaisten oikeuksien sivullissitovuuskaan ei välttämättä johtaisi siihen, että tällaiset haitalliset sidonnaisuudet jäisivät voimaan. Epätarkoituksenmukaisuuden voi määritellä siten, että

⁵⁵ Tapauksissa sopijakumppanit osakeyhtiö A ja asunto-osakeyhtiö B olivat toisilleen läheisiä tahoja, minkä vuoksi ne olivat sopineet toisessa tapauksessa käypää korkeammasta, toisessa tapauksessa käypää alhaisemmasta vuokratasosta. Kun B:n osakekanta siirtyi henkilöille, jotka eivät olleet vastaavassa läheisyysuhteessa A:han, vuokran määrää koskeva ehtoa voitiin sovittella MVL:n 4 §:n 2 momentin ja 7 §:n 3 momentin nojalla.

⁵⁶ Yleensä ihmisiä pidetään lähtökohtaisesti riskinkarttajina: kahdesta vaihtoehdosta, jotka johtavat odotusarvoltaan samanarvoiseen lopputulokseen, he valitsevat sen, jossa mahdollinen voitto on todennäköisempi vaikkakin ehkä pienempi kuin epävarmemmassa vaihtoehdossa. Erityisesti ihmiset arvostavat täysin varmoja voittoja. Tosin joissain tilanteissa riskiä ei karteta, vaan esimerkiksi arpajaisissa ollaan valmiita tavoittelemaan suuria voittoja hyvinkin pienillä todennäköisyyksillä. (Ks. esim. *Wärneryd JEP* 1996 s. 750–752.)

oikeudesta on sen haltijalle vähemmän hyötyä kuin siitä on haittaa muille: esimerkiksi käyttöoikeus vähentää esineen omistusoikeuden arvoa enemmän kuin itse käyttöoikeuden arvo on.⁵⁷ Tällöin ongelma voitaisiin ratkaista omistajan (A) ja käyttöoikeuden haltijan (B) välisellä vapaaehtoisella sopimuksella. Jos käyttöoikeus aiheuttaisi A:lle 150 euron haitan ja B:lle 100 euron hyödyn, olisi kummankin edun mukaista sopia, että A maksaa B:lle 125 euroa ja käyttöoikeus päättyy. Näin rationaaliset toimijat järjestäisivät joka tapauksessa oikeussuhteensa niin, että vain tarkoituksenmukaiset oikeudet jäisivät voimaan.⁵⁸

Useat tekijät voivat kuitenkin johtaa siihen, että A tai C ja B eivät onnistu keskinäisissä neuvotteluissaan pääsemään järkevään lopputulokseen.⁵⁹ Siksi oikeussääntöjen tulisi olla sellaiset, että niiden soveltaminen johtaa mahdollisimman tehokkaaseen lopputulokseen.⁶⁰ Tämän vuoksi oikeuksien sivullisittomuutta mietittäessä on otettava huomioon niiden tarkoituksenmukaisuus.

Maakaassa epätarkoituksenmukaisten sidonnaisuuksien välttämisen keinona on pätemättömyys jo *inter partes* -suhteessa: kiinteistökaupassa pätemättömiä ovat mm. ostajan oikeudellista määräämisvaltaa rajoittavat ehdot (MK 2:11.1:n 2-kohta). Epätarkoituksenmukaisiin oikeustyyppisiin tulisi ehkä myös irtainten esineiden kohdalla suhtautua samalla tavalla eli pyrkiä säätämään ne jo osapuolten välillä sitomattomiksi.⁶¹ Tällöin jää kuitenkin ongelmaksi se, että sopimuksin on mahdollista perustaa aina uudentyypisiä oikeuksia. Jos kaikki oikeudet, joiden tarkoituksenmukaisuuteen lainsäätäjät ei ole ehtinyt ottaa kantaa, katsottaisiin sivullisia

⁵⁷ Ks. esim. *Nial* SvJT 1940 s. 682.

⁵⁸ Tämä on ns. Coasen teoreeman mukaista. Sen mukaan osapuolet pääsisivät tehokkaaseen lopputulokseen riippumatta siitä, mitkä heidän keskinäistä suhdettaan koskevat oikeussäännöt ovat, jos he vain voisivat neuvotella ilman transaktiokustannuksia. (*Coase* 1988 s. 104.)

⁵⁹ Tällaisia syitä voivat olla esimerkiksi neuvotteluun liittyvät transaktiokustannukset – jotka em. Coasen teoreemassa on oletettu olemattomiksi – tai osapuolten huonot välit.

⁶⁰ *Mattei* 2000 s. 57. Lisäksi säännöt määrittävät, kumpi osapuoli on paremmassa asemassa. Jos B:n oikeus ei sido C:tä, se lakkaa automaattisesti ja B kärsii tappion. Jos se taas sitoo, C joutuu maksamaan B:lle sen lakkaamisesta. Molemmissa tapauksissa oikeus lakkaa. Tässä jaksossa ei kuitenkaan käsitellä B:n ja C:n välistä suhdetta, joka tulee esiin muissa jaksoissa, vaan arvioitavana on yleisen tason hyöty epätarkoituksenmukaisten oikeuksien lakkaamisesta.

⁶¹ *Forssell* on korostanut *inter partes* -suhteen sääntelyn merkitystä ensisijaisena keinona puuttua omistajan oikeusasemaa liikaa rajoittaviin sidonnaisuuksiin (1976 s. 216). Näkökohdan pääpiirteissään hyväksyvät myös *Rodhe* (1985 s. 610) ja *Tepora* (JJ 1985 s. 303).

sitoviksi, myös epätarkoituksenmukaiset oikeudet saisivat suojaa.⁶²

Kuitenkin sellaiset kiinteistöjä koskevat käyttö- ja muut oikeudet, joita ei ole maakaassa erikseen säädetty joko *inter partes* tai *ultra partes*-suhteessa sitomattomiksi, voivat pääsääntöisesti tulla sivullisia sitoviksi, eikä tämä sitovuus edellytä oikeuden tarkoituksenmukaisuutta. Jos lainsäätäjä pitäisi epätarkoituksenmukaisten oikeuksien välttämistä perusteena sitomattomuudelle sivullisia kohtaan, olisi tämä perusteltua huomioida juuri kiinteistöjä koskevassa sääntelyssä. Liittyyhän kiinteistöjen käyttöön yleensä irtaimia esineitä suurempi yleinen intressi, koska kiinteistöjä on vain rajoitettu määrä.⁶³ Sen sijaan irtaimia esineitä voidaan usein valmistaa lisää, minkä vuoksi niihin kohdistuvat epätarkoituksenmukaiset oikeudet eivät ole yhtä haitallisia yleisen edun kannalta. Siksi irtaimiin esineisiin kohdistuvia oikeuksia ei ole syytä kontrolloida yleisen edun perusteella ainakaan enempää kuin kiinteistöön kohdistuvia oikeuksia. Tämä tukisi ajatusta, että myös irtainten esineiden kohdalla voitaisiin pitää sitovina kaikkia sellaisia oikeuksia, joita ei ole säädetty sitomattomiksi.

Kiinteiden esineiden suuri merkitys voidaan kuitenkin nähdä myös päinvastaiseen suuntaan vaikuttavana argumenttina. Koska kiinteistöillä ja niihin kohdistuvilla oikeuksilla on suuri merkitys, on ollut perusteltua käyttää resurssuja siihen, että jo lainsäädäntövaiheessa on pohdittu, minkä oikeuksien sitovuus ei ole tarkoituksenmukaista. Sen sijaan irtainten esineiden kohdalla tämä ei olisi järkevää, koska irtaimet esineet eivät keskimäärin ole yhtä arvokkaita kuin kiinteistöt. Lisäksi irtaimia esineitä on niin monenlaisia, ja niihin kohdistuvia oikeuksia voi kehittää lähes rajattomasti, minkä vuoksi edes kaikkien taloudellisesti merkittävien oikeuksien tarkoituksenmukaisuuden tarkastelu lainsäädännön tasolla ei olisi mahdollista. Irtaimiin esineisiin kohdistuvien oikeuksien pitäminen pääsääntöisesti sivullisia sitovina ja kaikkien epätarkoituksenmukaisten oikeuksien torjuminen lainsäädännöllä ei siis näytä toimivalta ratkaisulta.

Myöskään pääsääntöisen sivullissitomattomuuden käyttäminen epätarkoituksenmukaisten oikeuksien torjumiseen ei ole onnistunut keino, koska tarkoituksenmukaisuudesta riippumaton sitomattomuus kohdistuisi useammin tarkoituksenmukaisiin kuin epätarkoituksenmukaisiin oikeuksiin, koska rationaaliset toimijat sopinevat useimmiten tarkoituksenmu-

⁶² Tuomisto pitää oikeuden tarkoituksenmukaisuutta sivullissitovuuden edellytyksenä, koska kaikkiin epätarkoituksenmukaisiin oikeuksiin ei voida puuttua lainsäädännöllä (Tuomisto 1993 s. 65).

⁶³ Kiinteistöjen irtaimia esineitä tärkeämmästä merkityksestä ks. esim. L. Kartio 2001 s. 70–71.

kaisista oikeuksista⁶⁴. Tämä ongelma voitaisiin ratkaista edellä esitetyn *Tuomiston* kannan mukaan siten, että sopimuksella perustetut oikeudet lähtökohtaisesti sitoisivat sopimusosapuolen seuraajaa, mutta soveltamistilanteessa olisi mahdollista todeta oikeus epätarkoituksenmukaiseksi ja siksi sivullisia sitomattomaksi. Kuitenkin tällainen sitomattomuussääntö, joka vaikuttaisi vain epätarkoituksenmukaisiin oikeuksiin, johtaisi epäselvyyteen ja lisääntyviin oikeudenkäynteihin epätarkoituksenmukaisuuden arvioinnin vaikeuden vuoksi.⁶⁵ Jaksossa 3 yritän sovittaa yhteen toisaalta oikeusseuraamusten ennakoitavuuden vaatimuksen ja toisaalta mm. tässä käsitellyn pyrkimyksen välttää epätarkoituksenmukaisia oikeuksia.

Tässä jaksossa on keskitytty sellaisiin oikeuksiin, joiden sivullissitovuuteen ei ole otettu kantaa lainsäädännössä. Samalla on todettu, että *lainsäätäjän* on mahdollista evätä *inter partes* -sitovuus sellaisilta oikeuksilta, jotka eivät ole tarkoituksenmukaisia. Sen sijaan sivullissitovuuden epäämistä sellaisilta oikeuksilta, joille on myönnetty *inter partes* -sitovuus, mutta joita pidetään epätarkoituksenmukaisina, ei vaikuta hyväksyttävältä. Jos oikeus on niin epätarkoituksenmukainen, että puuttuminen sen sivullissitovuuteen katsotaan perustelluksi, ei liene syytä myöntää sille sitovuutta myöskään sopimussuhteessa.⁶⁶

2.4 Sekunduksen selonottovaikeudet

Sekundukselle aiheutuvien selonottovaikeuksien on katsottu voivan olla syynä siihen, ettei tietoisuuskaan muodostu sitovuusperusteeksi. Vaikka sekunduksella olisi tieto siitä, että tiettyyn esineeseen kohdistuu jokin

⁶⁴ *Tuomiston* mukaan oikeuksia voidaan pitää lähtökohtaisesti tarkoituksenmukaisina. Hän vertaa *ultra partes* -suhdetta *inter partes* -suhteeseen ja toteaa, että kun *inter partes* -suhteessa sopimusvapauden presumoidaan johtavan hyväksyttävään tulokseen, samoin voidaan tehdä myös *ultra partes* -suhdetta tarkasteltaessa.

⁶⁵ Oikeudenkäyntien välttämiseksi esineoikeudellisten sääntöjen tulisi olla mahdollisimman selviä, jotta osapuolet tietäisivät ilman oikeudenkäyntiäkin, kumpi kollision oikeudessa voittaisi. Jos kollisionratkaisu riippuu sellaisesta tulkinnanvaraisesta asiasta kuin B:n oikeuden tarkoituksenmukaisuudesta, kumpikin osapuoli voi perustellusti uskoa voittavansa oikeudenkäynnissä. (Ks. *Mattei* 2000 s. 65–66.)

⁶⁶ Toki on mahdollista, että lainsäätäjä rajoittaa tiettyjen *inter partes* -suhteessa sitovien oikeuksien sivullissitovuutta muista syistä kuin oikeuden epätarkoituksenmukaisuuden perusteella. Tässä jaksossa oikeuden epätarkoituksenmukaisuudella on näet tarkoitettu vain sitä, että oikeuden sitovuus johtaa oikeuden kohteen tehottomaan käyttöön. Epätarkoituksenmukaisuutta siinä merkityksessä, että oikeuden sivullissitovuudesta muuten aiheutuu haittaa vaihdannalle – esimerkiksi selonottokustannusten kasvun ja ennakoitavuuden heikkenemisen vuoksi – käsitellään muissa jaksoissa.

primuksen oikeus, hänellä ei silti välttämättä ole tarkkaa tietoa oikeuden sisällöstä ja hänen tietonsa voivat olla virheellisiä. Sujuvaa vaihdantaa haittaisi, jos sekunduksen olisi otettava lähemmin selvää kaikista tietoonsa tulleista primuksen oikeuksista.⁶⁷ Eräänä ratkaisuvaihtoehtona *Tuomisto* esittää, että sekundus olisi sidottu vain niihin primuksen ja tämän sopimuskumppanin välisen sopimuksen ehtoihin, joista sekundus on ollut tietoinen. Hän kuitenkin torjui itse tämän mahdollisuuden todennäköisesti epätarkoituksenmukaisiin lopputuloksiin johtavana.⁶⁸

Argumenttia sujuvasta vaihdannasta voidaan arvioida vaihdannan tehokkuuden näkökulmasta. Tavoitteena on löytää tasapaino tilanteessa, jossa pyritään toisaalta kollisioiden välttämiseen ja toisaalta selonottovelvollisuudesta aiheutuvien kustannusten minimoimiseen. Selvää on, että nämä tavoitteet eivät voi toteutua maksimaalisesti yhtä aikaa, koska selonottovelvollisuuden laajentaminen toisaalta lisää selonottokustannuksia ja toisaalta vähentää kollisioita. Sekunduksen selonottovelvollisuutta on pyrittävä rajoittamaan siten, ettei sekunduksen tarvitsisi ottaa selvää primuksen mahdollisesta oikeudesta silloin, kun selonotosta aiheutuvat kustannukset ovat suuremmat kuin selonotolla vältettävä vahinko, joka kollisioista aiheutuisi.

Amerikkalaisessa oikeuskäytännössä on arvioitu vahingonaiheuttajan huolimattomuutta (negligence) siten, että käyttäytyminen on huolimattontaa, jos se on tehotonta (inefficient). Jos varotoimenpiteestä aiheutuvat kustannukset (B) ovat pienemmät kuin sen laiminlyönnistä todennäköisesti aiheutuva vahinko (PL , jossa P on vahingon todennäköisyys ja L aiheutuneen vahingon suuruus), varotoimen laiminlyöminen on tehotonta.⁶⁹

Kaisto arvioi tämän alun perin vahingonkorvausoikeuteen sovelletun ns. *Handin* formulalan perusteella etenevän sivullissuhteen kollisionratkaisusääntöjä. Hän pyrkii määrittämään koneen ostajan selonottovelvollisuutta: voiko ostaja luottaa siihen, että konetta hallussaan pitävä myyjä on koneen omistaja, vai tuleeko hänen pyrkiä selvittämään, kuuluuko kone mahdollisesti myyjän sijaan leasingyhtiölle. Tehokkuuteen pyrittäessä on siis perusteltua edellyttää ostajan ottavan selvää leasingyhtiön mahdollisesta oikeudesta, jos selonotosta aiheutuvat kustannukset (B) ovat pienemmät kuin

⁶⁷ *Tuomisto* 1993 s. 130–131 ja *Tammi-Salminen* 2001 s. 165.

⁶⁸ *Tuomisto* 1993 s. 130–131.

⁶⁹ *Judge Learned Hand* käytti arviointitapaa oikeustapauksessa *United States v. Carroll Towing Co* (1947) (ks. esim. *Posner* 1998 s. 180–181). *Handin* formulalan kritiikistä ks. esim. *Wright* 1995 s. 205–252 ja *Simons* 1995 s. 474–476.

selonotolla vältettävästä kollisiosta todennäköisesti aiheutuva vahinko (PL) eli $B < PL$.⁷⁰

Samaa kaavaa voidaan soveltaa myös arvioitaessa, milloin esineen ostajan (C) on otettava selvää siitä, kohdistuuko kiistatta myyjälle (A) kuuluvaan esineeseen joitakin sivullisten oikeuksia. Kun C tietää edes jonkin verran B :n oikeudesta, hänen on helpompi ottaa tarkemmin selvää siitä kuin sellaisesta oikeudesta, josta hänellä ei ole mitään tietoa. Siten kaavassa mainittu B (selonottokustannukset) on pienempi kuin sellaisissa tilanteissa, joissa B vain tietää, että on mahdollista, että jokin sivullisen oikeus on olemassa. Tällaisessa tilanteessa myös todennäköisyys (P) sille, että A :n ja C :n välisestä oikeustoimesta aiheutuu vahinkoa, on suurempi kuin satunnaisesti valitussa tilanteessa. Sen voi ajatella olevan hyvin lähellä yhtä eli vahinkoa aiheutuu lähes varmasti: onhan jo tiedossa, että sivullisen oikeus on olemassa, ja – kollisionratkaisusta riippuen – se joko raukeaa, mistä aiheutuisi vahinkoa primukselle, tai jää voimaan, mistä aiheutuisi vahinkoa sekundukselle. Siksi mahdollinen kollisiovahinko (H), joka ei ole niin suuri, että sen perusteella asetettaisiin selonottovelvollisuus tilanteessa, jossa C :llä ei ole mitään tietoa sivullisen oikeudesta, voi riittää perusteeksi asettaa C :lle velvollisuus hankkia *lisätietoja* B :n oikeudesta.

Tässä yhteydessä on kuitenkin huomattava, että tehokkuusarvioinnin näkökulmasta kollisiosta aiheutuva vahinko ei ole yhtä kuin B :lle (tai C :lle) aiheutuva vahinko siitä, että tämä menettää oikeutensa kollision seurauksena. Kollision seurauksena varallisuus ainoastaan jakaantuu A :n, B :n ja

⁷⁰ *Kaisto* 1997 s. 339–341. Kaisto pitää kuitenkin ongelmallisena sitä, että kaavassa ei huomioida koneen oikean omistajan eli leasingyhtiön toimintaa. Vaikka ostajalle kollision välttämisestä aiheutuvat selonottokustannukset olisivatkin pienemmät kuin kollisiosta aiheutuvan vahingon odotusarvo, oikea omistaja saattaa omalla toiminnallaan kyetä kollision estämiseen vielä alhaisemmin kustannuksin esimerkiksi merkitsemällä koneen siten, ettei sen omistajasta voida erehtyä. (Mts. 340–341.) Tämä näkökohta ei kuitenkaan liene relevantti tässä yhteydessä, kun C :llä oletetaan jo olevan jonkin verran tietoa B :n oikeudesta. Jos C tietää, että esineeseen kohdistuu sivullisen oikeus, B on ilmeisesti huolehtinut riittävällä tavalla oikeutensa tekemisestä julkiseksi – tai julkisuuden puuttumisella ei ole merkitystä, koska oikeus on joka tapauksessa tullut C :n tietoon. Kaistokin on valmis asettamaan ostajalle selonottovelvollisuuden jo sen perusteella, että koneesta voisi havaita jälkiä omistajan nimikyltin poistamisesta – siis tilanteessa, jossa ostajalla ei ole varsinaista tietoa oikean omistajan oikeudesta vaan ainoastaan syytä epäillä jotakin.

On toki mahdollista, että koko kollisiota ei olisi voinut lainkaan syntyä, jos B olisi toiminut huolellisesti. Näin on esimerkiksi kiinteistön panttaussitoumuksen tapauksessa: jos B olisi vaatinut A :lta viivästyketöntä panttikirjojen luovuttamista, panttikirjoja ei olisi voitu luovuttaa A :n sijaan C :lle. Palaan primuksen laiminlyönnin merkitykseen seuraavassa jaksossa.

C:n kesken eri tavalla kuin A:n ja B:n tai A:n ja C:n välisessä sopimuksessa on sovittu. Kollisioin häviäjän kärsimä menetys ei siis johda yhteiskunnan kokonaisvarallisuuden vähenemiseen.

Aiheutuuko kollisioista siis lainkaan sellaista vahinkoa, jonka välttämistä olisi syytä tavoitella?⁷¹ Jos kaikki olisi sujunut A:n ja B:n alkuperäisen sopimuksen mukaan, B:llä olisi edelleen A:n esineeseen kohdistuva oikeus eikä kenelläkään olisi sen kanssa kilpailevaa oikeutta. Kun kollisio nyt syntyy, B menettää tämän oikeuden tai vaihtoehtoisesti myöhemmän sopimuksen tehnyt C ei saakaan sopimukseen perustuvaa oikeutta, vaikka on jo mahdollisesti maksanut siitä vastikkeen A:lle. Kollisiotilanteessa siis A on saanut kaksi kertaa vastikkeen samasta oikeudesta: varallisuutta on siis siirtynyt perusteettomasti B:ltä tai C:ltä (kollisioin häviäjältä) A:lle. Myös tällaista A:n perusteetonta hyötymistä voidaan pitää yhteiskunnalliselta kannalta haitallisena, koska se voi johtaa varallisuuden tehottoon allokointiin.⁷² Kun A voi luovuttaa saman oikeuden useampaan kertaan, hänen kannattaa disponoida oikeudesta uudelleen niissäkin tilanteissa, joissa oikeus olisi arvokkaampi primukselle kuin sekundukselle. Jos B tällaisen menettelyn seurauksena menettää oikeutensa C:lle, jolle oikeus ei ole yhtä arvokas, syntyy kokonaistaloudellista tappiota resurssien tehottomasta allokoinnista.

Toki ongelmaa lieventää se, että A:n tulee yleensä korvata sopimus-kumppanilleen näin aiheuttamansa vahinko. Jos A ottaisi tämän korvausvastuun huomioon, hän ryhtyisi kaksoisdisponointeihin vain silloin, kun hänen C:ltä saamansa vastike ylittäisi B:lle maksettavan vahingonkorvauksen⁷³. On kuitenkin epävarmaa, tuleeko B koskaan saamaan korvaus-

⁷¹ Mm. puhtaiden varallisuusvahinkojen korvattavuuden rajoittamista on perusteltu sillä, että kaikki varallisuusvahingot eivät ole vahinkoja yhteiskunnan kokonaishyödyn kannalta. Näitä vahinkoja koskevaa korvausvastuuta ei voi siksi perustella tarpeella välttää yleistä varallisuuden vähenemistä. (*Hemmo* 1998 s. 103–104.) Kollisiovahingot ovat yksi esimerkki tällaista vahingoista, jotka ovat vain varallisuuden redistribuutiota, eivät kokonaisvarallisuuden vähenemistä.

⁷² Tämä johtuu siitä, että resurssija siirtyy B:ltä A:lle muuten kuin markkinamekanismin – A:n ja B:n välisen kaupanteon – välityksellä. Markkinat eivät siis pääse toteuttamaan tehtäväänsä resurssien tehokkaan allokointi takajina. (Ks. resurssien tällaisen siirtymisen haitallisuudesta *Mattei* 2000 s. 60.)

⁷³ Jos C on valmis maksamaan vastikkeen, joka on B:lle oikeuden raukeamisesta aiheutuva vahinkoa suurempi, kyseessä on ns. tehokas sopimusrikkomus, jota voidaan pitää kokonaistaloudellisesti edullisena. Tehokkaiden sopimusrikkomusten mahdollistamista pidetään esimerkiksi syynä suosia sopimusoikeudellista vahingonkorvausta suhteessa luontoissuorituksen pakkotäytäntöönpanoon. (Ks. esim. *Posner* 1998 s. 145–146.) Samoin sillä voitaisiin perustella sopimukseen perustuvien oikeuksien sitomattomuutta suhteessa sivullisiin, jos kollisiotappion kärsinyt aina saisi korvauksen sopimus-kumppaniltaan.

ta A:lta – kaksoisdisponointeja harrastava sopimuskumppani ei ole luotettavin mahdollinen velallinen. A ei välttämättä aiokaan maksaa korvauksia, eikä siksi ota niitä huomioon harkitessaan kaksoisdisponoinnin kannattavuutta. Tämän vuoksi vahingonkorvausvastuu ei riittävällä tavalla estä A:n hyötymistä B:n kustannuksella kollisiotilanteissa.

Kollisiot ovat haitallisia paitsi allokaatio-ongelmien vuoksi myös siksi, että ne vähentävät vaihdannan varmuutta. Vaihdannan varmuus voidaan tässä yhteydessä määritellä B:n tai C:n mahdollisuudeksi tehdä oikeustoimia siten, että riski näihin oikeustoimiin perustuvien oikeuksien menettämisestä kollisioon vuoksi on mahdollisimman pieni. B:n näkökulmasta tämä tarkoittaisi aikaprioriteettiperiaatteen mahdollisimman laajaa noudattamista, kun taas C:n kannalta edullista olisi sitomattomuusperiaatteen noudattaminen.⁷⁴ Jos oman oikeuden pysyvyydestä ei ole kohtuullista varmuutta, B ja C eivät joko lainkaan ryhdy oikeustoimiin A:n kanssa tai ainakaan he eivät uskalla käyttää varojaan sellaisiin toimenpiteisiin, jotka käyvät hyödyttömiksi kollisiotappion myötä. Tämä on omiaan estämään tuottavaa, suunnitelmallista toimintaa.⁷⁵

Käsiteltävissä tilanteissa päästäisiin kuitenkin ilmeisesti molempien kannalta tyydyttävään tilanteeseen valitsemalla B:lle edullinen kollisioratkaisu: koska C:n kollisiotappio edellyttäisi joka tapauksessa tämän tietoisuutta B:n oikeudesta, hän voisi luottaa siihen, ettei kärsisi menetyksiä täysin yllättävien sivullisten oikeuksien vuoksi. *Kaisto* katsookin, että oikeustointen tekeminen on ”tehokkaimmillaan silloin, kun oikeussäännöllä turvataan maksimaalisen järkevästi toimiville henkilöille mahdollisuus luottaa oikeustoimen sivullissitovuuteen”⁷⁶. C:n ei voi katsoa toimivan ”maksimaalisen järkevästi”, jos hän tekee oikeustoimen tietoisena siten syntyvästä kollisiosta.

Sekä vaihdannan varmuuden, allokaatio-ongelmien välttämisen että suunnitelmallisen toiminnan kannustamisen voi siis katsoa puoltavan pyrkimystä kollisioiden välttämiseen.⁷⁷ Näyttäisi siltä, että vaihdannassa tällaisissa tilanteissa aiheutuvat selonottokustannukset olisivat niin pieniä, että jonkinasteinen selonottovelvollisuus olisi syytä asettaa. Edellä on näet jo

⁷⁴ *Tuomisto* 1993 s. 73.

⁷⁵ Resurssien tehokkaan ja suunnitelmallisen käytön edistäminen on perusteena esineoikeuksien suojaamiselle (ks. esim. *Posner* 1998 s. 36 ja *Mattei* 2000 s. 58–59). Samoin kuin tarvetta suojata oikeuksia staattisesti voidaan perustella tarvetta ylläpitää sellaista dynaamisen suojan tasoa, että oikeudenhaltija voi yleensä luottaa oikeutensa pysyvyyteen.

⁷⁶ *Kaisto* 1997 s. 320.

⁷⁷ Tämä tavoite edellyttää, että A:n ja B:n välistä sopimusta pidetään tarkoituksenmukaisena. Edellisessä jaksossa on todettu tämä hyväksi lähtökohdaksi.

todettu, että kustannuksia pienentävästi vaikuttaa se, että C:llä on jo valmiiksi jonkin verran tietoa B:n oikeudesta.⁷⁸ Lisäksi tiedonsaanti voi usein hoitua yksinkertaisesti, esimerkiksi kysymällä oikeudenhaltija B:lta oikeudesta. Tämän intressissähän olisi selvittää oikeuden sisältö mahdollisimman tarkkaan, jotta oikeuden sitovuus C:tä kohtaan varmistuisi. Ongelmia voisivat kuitenkin aiheuttaa tilanteet, joissa C saa ristiriitaisia tietoja oikeudesta. Kenen antamiin tietoihin hän voi silloin luottaa?

Kaiken kaikkiaan selonottovaikeudet vaikuttavat relevantilta argumentilta primuksen oikeuden sitovuutta vastaan. Kuitenkin jokaisen primuksen oikeuden kohdalla olisi erikseen ratkaistava, onko selonotto siitä niin vaikeaa, että oikeuden olisi oltava sekundusta sitomaton; yksittäistapaukselliset selonottovaikeudet eivät saisi olla este oikeuksien pääsääntöiselle suojaamiselle. Lisäksi selonoton vaikeudella ei tulisi olla merkitystä silloin, kun sekundus on jo ottanut selon oikeudesta ja tietää kaiken olennaisen sen sisällöstä.

2.5 Primuksen laiminlyönti tai tietoinen riskinotto

Tietoisuuden hyväksymistä sitovuusperusteeksi vastustetaan myös siksi, että ei ole syytä suojata primusta, joka on laiminlyönyt velvollisuutensa suojata oikeutensa.⁷⁹ Perustelussa on ainakin kaksi heikkoa kohtaa. Ensinnäkin se voi olla relevantti vain tilanteissa, joissa primuksella on mahdollisuus tällaiseen oikeutensa suojaamiseen. Johdannossa mainituista oikeuksista tulisi siis kyseeseen kiinteistön panttaussitoumukseen perustuva oikeus, kun pantinsaaja ei ole saanut panttikirjaa vielä haltuunsa. Toiseksi yhtä lailla voidaan ajatella, ettei tule suojata toisen oikeutta tietoisesti loukkaavaa sekundusta. Ratkaistavaksi jää, kumpi on vähemmän suojarvoista:

⁷⁸ On myös huomattava, että C:n olisi joka tapauksessa oikeustointa suunnitellessaan otettava selvää sellaisista ”vahvoista” sivullisen oikeuksista, jotka sitovat häntä aina, jos hän ei ole perustellussa vilpittömässä mielessä. Tässä yhteydessä hän voi saada lisätietoa myös ”heikommista” oikeuksista samalla vaivalla: esimerkiksi kiinteistöä koskevia saantotietomerkintöjä tarkastaessaan C saa tiedon myös mahdollisista esisopimuksista, koska myös niistä tehdään merkintä lainhuuto- ja kiinnitysrekisteriin (KirjRekA 14.1 §). Eräissä tilanteissa C:n pitäisi ottaa selvää oikeuden tarkemmasta sisällöstä siksi, että hän voisi päätellä, edustaako oikeus suojaattua vai suojaaa vaille jäävää oikeustyyppeä.

⁷⁹ Esimerkiksi maakaaren esitöissä perustellaan panttaussitoumuksen sitomattomuutta suhteessa sivullisiin sillä, että luotonantajan edellytetään luottoa antaessaan huolehtivan kaikista panttioikeuden pysyvyyteen vaikuttavista seikoista (HE 120/1994 s. 111). Panttivelkojaa ei siis olisi syytä suojata, jos hän luovuttaa luottopääoman velallisen käyttöön ennen kuin on saanut itselleen panttikirjojen hallinnan.

oman oikeutensa suojaamisen laiminlyönti vai toisen oikeuden tahallinen loukkaaminen. Selvältä näyttäisi, että pyrkimys toisen oikeuden tietoiseen loukkaamiseen on moitittavampi kuin omaa oikeutta koskeva laiminlyönti, eli primuksen oikeus olisi tämän laiminlyönnistä huolimatta suojan arvoisen.

Läheinen vertailukohta voidaan ottaa maakaaren lainhuutoa ja kirjaaamista koskevista säännöksistä, joiden mukaan lainhuudon hakemisen tai erityisen oikeuden kirjaamisen laiminlyönti ei johda oikeuden suojaattomuuteen suhteessa sivullisiin. Kiinteistön kauppa tai kirjaamiskelpoisen erityisen oikeuden perustaminen sitoo kirjaamattomanakin myöhempää kiinteistön luovutuksensaajaa, jos tämä on tiennyt tai tämän olisi pitänyt tietää oikeudesta (MK 13:3). Tätä perustellaan sillä, että toisen oikeudesta tietoinen tai selonottovelvollisuutensa laiminlyönyt ei ansaitse suojaa.⁸⁰ Kollisionsratkaisu perustuu siis kollision molempien osapuolten toiminnan arvioimiseen: sekundus voi saada suojaa primuksen oikeutta vastaan, kun primus on laiminlyönyt oikeutensa suojaamisen, mutta suoja edellyttää sekunduksen vilpittömyyttä.⁸¹

Nähdäkseni oikeudessamme on voimassa sivullissuojakysymysten ulkopuolellekin ulottuva periaate, jonka mukaan huolimattomuus oman oikeuden turvaamisessa ei ole yhtä moitittavaa kuin toisen oikeuden tietoinen loukkaaminen, ja tämän vuoksi B:n huolimattomuudella ei ole merkitystä, jos C tietoisesti toimii B:n vahingoksi. Tämän käsityksen tueksi voidaan viitata sellaisiin kaupan osapuolten suhdetta koskeviin säännöksiin, joissa säädetään ostajan tarkastusvelvollisuuden tai reklamaation laiminlyönnin seurauksista. Tarkastus- ja reklamaatiovelvollisuushan ovat siinä mielessä vertailukelpoisia julkivarmistusvelvollisuuden kanssa, että ne ovat tarpeen velvoitetun oman oikeuden turvaamiseksi.⁸²

Jos ostaja on tarkastanut tavaransa ennen kauppaa tai laiminlyönyt tarkastuksen myyjän kehotuksesta huolimatta, hän ei saa irtaimen kaupassa ve-

⁸⁰ Tammi-Salminen JJ 1998 s. 301 ja Tammi-Salminen 2001 s. 163.

⁸¹ Tammi-Salminen 2001 s. 177–179.

⁸² Velvollisuudesta voidaan puhua eri merkityksissä. Niistä yksi on tässä puheena oleva käyttäytymisvaatimus, jonka rikkomisesta seuraa tiettyjen oikeudellisten etujen menettäminen. Ks. 'velvollisuus'-termin vaihtelevasta käytöstä L. Kartio 1974 s. 108–109, jossa Leena Kartio pitää termin käyttöä aiheellisena vain silloin, kun joku ulkopuolinen voi käyttää oikeudellisia keinoja saadakseen velvoitetun toteuttamaan velvollisuutensa. Itse kuitenkin katson, että termillä vakiintuneesti kuvataan käyttäytymisvaatimusta, jonka noudattamatta jäämisestä on haitallisia seuraamuksia – esimerkiksi oman oikeuden menetys. Tässä merkityksessä puhutaan esimerkiksi sekunduksen selonottovelvollisuudesta, jonka laiminlyönnillä sekundus menettää mahdollisuutensa ekstinktion oikeuksien kollisiotilanteessa. (Ks. esim. Zitting 1989 s. 39–41.)

dota virheenä seikkaan, joka hänen olisi pitänyt havaita tarkastuksessa (KL 20.2 §). Myöskään kiinteistökaupassa ostaja ei saa vedota sellaiseen laatu-
virheeseen, joka olisi voitu havaita kiinteistön tarkastuksessa ennen kaupan tekemistä (MK 2:22.1). Ostajalla on siis tarkastusvelvollisuus, jonka laiminlyödessään hän menettää oikeutensa vedota virheeseen. Pääsäännöstä on kuitenkin poikkeus: tarkastusvelvollisuutensa laiminlyönyt ostaja saa vedota virheeseen, jos myyjä on menetellyt kunnianvastaisesti ja arvottomasti (KL 20.2 § ja MK 2:22.3). Kiinteistökaupassa vetoaminen on mahdollista paitsi myyjän kunnianvastaisen ja arvottoman menettelyn myös tämän törkeän huolimattomuuden perusteella (MK 2:22.3).

Ostajan on ilmoitettava virheestä myyjälle kohtuullisessa ajassa vetoamisoikeuden menettämisen uhalla (KL 32 § ja MK 2:25.1). Ostaja ei kuitenkaan menetä oikeuttaan vedota virheeseen reklamaation viipymisen perusteella, jos myyjä on menetellyt törkeän huolimattomasti tai kunnianvastaisesti ja arvottomasti (KL 33 § ja MK 2:25.3).

Kunnianvastaisena ja arvottomana menettelynä tai törkeänä huolimattomuutena pidetään esimerkiksi tahallista virheellisten tai harhaanjohtavien tietojen antamista⁸³ ja kohteen ominaisuuksien tietoista salaamista.⁸⁴ Samoin voidaan suhtautua siihen, että myyjä on tiennyt virheestä.⁸⁵

Näille tapauksille on yhteistä, että ostajan edellytetään toimivan tietyllä tavalla (tarkastavan kohteen tai reklamoivan virheestä), jotta hän säilyttäisi oikeutensa suhteessa myyjään. Ostajalle on asetettu tämä velvollisuus myyjän suojaamiseksi: kohteen tarkastusvelvollisuuden vuoksi myyjä voi luottaa siihen, että ostaja ei tule kaupan jälkeen vetoamaan virheinä sellaisiin seikkoihin, jotka ovat olleet ostajan havaittavissa ja jotka myyjä siksi olettaa ostajan havainneen. Vastaavasti hän voi reklamaatiovelvollisuuden vuoksi luottaa siihen, ettei ostaja pitkän ajan kuluttua kaupan tekemisestä esitä yllättäviä vaatimuksia. Koska säännöt ovat olemassa myyjän suojaamiseksi, ne menettävät merkityksensä tämän toimiessa vilpillisesti: jos myyjä tiesi siitä, että ostaja ei ollut huomannut kohteen virhettä, ja käytti tätä hyväkseen, hän ei tarvitse suojaa. Myöhäinen reklamaatiokaan ei tule hänelle yllätyksenä, jos hän on itse tiennyt virheestä.

Edellä esitetyt yksittäiset säännöt ilmentävät nähdäkseni laajempaa periaatetta, jonka mukaan oman oikeuden turvaamisen edellytyksenä olevien velvoitteiden laiminlyönnillä ei ole merkitystä silloin, kun se, jonka suojaksi nämä velvoitteet on säädetty, on toiminut vilpillisesti tai ei tietoi-

⁸³ HE 120/1994 s. 57.

⁸⁴ HE 120/1994 s. 59, *Jokela – Kartio – Ojanen* 2004 s. 143 ja *Ämmälä* JJ 2004 s. 275–277.

⁸⁵ *Ämmälä* 2002 s. 113 ja *Kihlman* 1999 s. 324.

suutensa vuoksi tarvitse suojaa.⁸⁶ Julkivarmistuksella suojataan C:n luotamusta siihen, ettei hänen ostamaansa objektiin kohdistu oikeuksia, jotka eivät ole havaittavissa.⁸⁷ Samoin kuin edellä kuvatuissa esimerkeissä voidaan päätellä, ettei C tarvitse suojaa, jonka B:n oikeuden julkivarmistus hänelle antaisi, jos hän on ilman julkivarmistustakin tiennyt oikeudesta ja voinut ottaa sen huomioon toiminnassaan.

Toisaalta sitomattomuus on hyväksytty myös siksi, että B on sivullisia sitomattomasta oikeudestaan sopiessaan tiennyt, että oikeus ei saa sivullissuojaa. *Leena Kartion* mukaan esimerkiksi kiinteistökaupan esisopimuksen sivullissitomattomuus on ns. lakijohteinen tyyppiriski (ilmaisu *Havansilta*⁸⁸): oikeudenhaltijan on osattava varautua oikeusasemansa heikkenemiseen ulkopuolisten tekemien ratkaisujen vuoksi. Esisopimuksen sivullissitomattomuudesta on säädetty maakaarissa, koska osapuolille on haluttu antaa mahdollisuus käyttää ehdollista kiinteistökauppaa ”lievempää” vaihtoehtoa.⁸⁹ Taustalla näyttäisi olevan ajatus, että asemansa suojaamisesta kiinnostuneen C:n tulisi pyrkiä käyttämään sivullisia sitovaa ehdollista kiinteistökauppaa ja toisaalta kärsiä seuraukset itse, jos valitsee huonommin suojatun vaihtoehdon.

Näkökohtaa voi puoltaa myös sopimusvapauden perusteella. Vaikka yleisenä käsityksenä onkin, että sopimuksen osapuolet eivät voi sopia sopimuksella perustamiensa oikeuksien sivullissuojasta kollisionratkaisusääntöjen vastaisesti,⁹⁰ he voivat kuitenkin sopimustyyppiä valitessaan ottaa huomioon kunkin sopimuksen oikeusvaikutukset suhteessa sivullisiin. Kun melko samanlaiseen tulokseen osapuolten välillä on mahdollista päästä sekä kiinteistökaupan esisopimuksella että ehdollisella kiinteistökaupalla, voitaisiin osapuolten ajatella tekevän valintansa juuri sivullissitovuusnäkökohtien perusteella.

⁸⁶ *Kihlman* korostaa, että tavaran tarkastusvelvollisuutta koskeva säännös asettaa ostajalle riskin siitä, ettei tavara ole hänen odotustensa mukainen. Riski kuitenkin siirtyy myyjälle, jos tämä *tietää*, ettei tavara vastaa ostajan odotuksia. (*Kihlman* 1999 s. 324.) Riskinjako on järkevä, koska ei ole perusteita asettaa ostajalle velvollisuutta käyttää aikaa virheen etsimiseen tavaraa tarkastamalla, jos myyjä jo tietää virheestä.

⁸⁷ Julkivarmistuksella on myös muita tehtäviä, mutta niillä on merkitystä pääasiassa suhteessa velkoihin (ks. näistä tekijöistä *Hessler* 1973 s. 87–88). C:n kannalta on merkitystä paitsi oikeuden julkisuudella myös sillä, että julkivarmistus on osaltaan tae siitä, ettei aikaisempi oikeustoimi ole tekaistu tai väärin päivätty. Tälläkään näkökohdalla ei nähtävästi ole merkitystä silloin, kun C on jo ennen luovutussopimuksen tekemistä tiennyt aikaisemmasta disponoinnista.

⁸⁸ *Havansi* 1981 s. 61.

⁸⁹ *L. Kartio* JJ 1997 s. 159–163.

⁹⁰ Ks. esim. *L. Kartio* 2001 s. 53–54.

Tällainen ajattelutapa on kuitenkin altis kritiikille. Ensinnäkin ongelmia aiheuttaa se, että käytännössä kollisionsratkaisusäännöt eivät edes lie ne kaikkien kiinteistökaupan esisopimuksia – tai muita sivullisia sitomattomia sopimuksia – tekevien tiedossa, saati sitten vaikuta sopimustyyppin valintaan. Vaikka kaikkien oletetaan tietävän lain sisällön,⁹¹ ei tunnu asianmukaiselta päätellä osapuolten tavoittelevan sopimustyyppin valinnallaan tietynlaista kollisionsratkaisua, jos he eivät edes tunne ratkaisuun vaikuttavia sääntöjä.

Tästä syystä voidaan kritisoida sitä, että säännöstä esisopimuksen sitomattomuudesta suhteessa sivullisiin ei ole otettu maakaareen, vaan sitomattomuus ilmenee vain joko *e contrario* -päätelmänä MK 2:7.3:sta tai lain esitöistä. Kiinteistökaupoissa on usein osapuolena luonnollisia henkilöitä, jotka ostavat kiinteistön ehkä vain kerran elämässään, minä vuoksi relevanttien sääntöjen tulisi ilmetä selvästi suoraan laista.

Toiseksi voidaan kysyä, miksi A:n ja B:n tulisi saada sopia sopimuksensa sitomattomuudesta suhteessa sivullisiin. Esisopimuksen sivullissitomattomuudella on merkitystä vain, jos esisopimusmyyjä A luovuttaa kiinteistön esisopimuksen vastaisesti C:lle. Sitomattomuus helpottaa tällaisessa tapauksessa sopimusrikkomusta, koska A ei todennäköisesti löytäisi kiinteistölle uutta ostajaa, jos esisopimus sitoisi sivullista ja C olisi vaarassa menettää kiinteistön B:lle. *Prima facie* vaikuttaisi oudolta perustella esisopimuksen ja ehdollisen kiinteistökaupan erilaista kohtelua sillä, että näin annetaan osapuolille mahdollisuus valita vaihtoehto, joka tekee A:lle helpommaksi rikkoa sopimusta.

Sopimusrikkomuksen seuraamuksista sopimisen katsotaan kuitenkin kuuluvan sopimusvapauden piiriin.⁹² Osapuolet voivat vapaasti sopia, että toisen jättäessä sopimusveloitteen täyttämättä, toinen osapuoli voi vaatia esimerkiksi vain ennalta määritettyä sopimussakkoa. *Kaisto* on kiinnittänyt huomiota siihen, että tällöin voi itse asiassa olla kyse vaihtoehtoisista velvoitteista: velallinen joko tekee teon X tai maksaa etukäteen määrätyn summan. Asianmukaiselta ei siis vaikuttaisi sanoa, että velallinen on velvollinen tekemään teon X.⁹³ Jos samaa sovelletaan esisopimukseen, jossa osapuolet ovat sopineet, että sopimuksen rikkonut A on velvollinen maksamaan B:lle vahingonkorvausta, mutta B ei voi vaatia luontoissuoritusta,

⁹¹ Asianosaisen on katsottu kantavan itse riskin, jos hän tietämättömänä lain sisällöstä ryhtyy toimenpiteeseen, josta siviilioikeudellisen sääntelyn mukaan aiheutuu hänelle haitallisia oikeusseuraamuksia (*Kivimäki – Ylöstalo* 1981 s. 10).

⁹² *Saarnilehto* 1987 s. 138.

⁹³ *Kaisto* 2001 s. 70–71.

A ei itse asiassa ole velvollinen tekemään lopullista kiinteistökauppaa, vaan hän on velvollinen *joko* tekemään kaupan *tai* maksamaan vahingonkorvausta. Jos A tekee jommankumman, kyseessä ei siis olisi lainkaan sopimusrikkomus.

Samoin osapuolet voivat luonnollisesti sopia, että A:n velvoitteena on lähtökohtaisesti luovuttaa kiinteistö, mutta jos A ehtii luovuttaa kiinteistön jollekulle toiselle, A:n on maksettava tietty vahingonkorvaus. A toimii tällöin sopimuksen mukaisesti, jos hän joko luovuttaa kiinteistön B:lle tai luovuttaa kiinteistön C:lle ja maksaa B:lle vahingonkorvausta.⁹⁴ Jälkimmäinen vaihtoehto ei siis olisi sopimusrikkomus vaan sopimuksen vaihtoehtoisen velvoitteen täyttäminen. Näin ajatellen sopimuksen sivullissitomattomuus ei helpottaisi sopimusrikkomusta vaan ainoastaan antaisi A:lle mahdollisuuden käyttää sopimukseen perustuvaa oikeuttaan velvoitteen valintaan.

Sopimusvapauden perusteella voidaan siis oikeuttaa se, että A ja B voivat valita joko sivullisia sitovan tai sitomattoman sopimustyyppin sen mukaan, mikä heille parhaiten sopii. Tämä puoltaa siis sivullisia sitomattomien vaihtoehtojen olemassaoloa silloin, kun tarjolla on keino sopia samasta asiasta myös sivullisia sitovasti.⁹⁵ Kuitenkin esimerkiksi irtaimen vuokraa pidetään – poikkeustapauksia⁹⁶ lukuun ottamatta – aina esineen luovutuksensaajaa sitomattomana. A ja B eivät siis edes halutessaan voi sopia vuokrasta sivullisia sitovasti. Primuksen tietoisin riskinoton perusteella voidaan nähdäkseni puoltaa oikeuden sitomattomuutta suhteessa siitä tietoiseen sivulliseen vain, kun lähes samaan tarkoitukseen voidaan käyttää sekä sivullisia sitovaa että sitomatonta sopimustyyppiä ja sopimuksen osapuolet ovat valinneet sitomattoman tyyppin.

Tosin esim. leasingsopimuksen vaihtoehtona on käytännössä usein osamaksukauppa. Leasingsopimukset voidaan myös muotoilla ehdoiltaan

⁹⁴ *Kaisto* on ratkaisua KKO 2002:58 arvioidessaan kiinnittänyt huomiota siihen, että omistuksenpidätysostaja ja -myyjä voivat sopia, että ostajan oikeus lakkaa, jos myyjä luovuttaa esineen sivulliselle (*Kaisto* LM 2003 s. 644).

⁹⁵ Voidaan kuitenkin asettaa kyseenalaiseksi, onko kiinteistökaupan esisopimukselle kaikissa tilanteissa todellista sivullisia sitovaa vaihtoehtoa. *L. Kartion* vaihtoehdoksi esittämä ehdollista luovutussopimusta esimerkiksi koskee samanlainen lainhuudatusvelvollisuus kuin ilman purkavaa tai lykkävää ehtoa tehtyä kauppaakin, koska lainhuudatusaika alkaa kaupakirjan tekemisestä, ei kaupan tulemisesta lopulliseksi (MK 11:1.2). Koska varainsiirtovero on maksettava ennen lainhuudon hakemista, ehdollinen kauppa on verotuksellisesti esisopimusta epäedullisempi vaihtoehto. Ehdollista luovutusta ei myöskään – toisin kuin esisopimusta – voi tehdä yksipuolisesti velvoittavana.

⁹⁶ Huoneenvuokra sitoo luovutuksensaajaa huoneiston hallinnan perusteella (LHVL 31.1 § ja AHVL 38.1 §).

hyvin paljon kauppaa muistuttaviksi.⁹⁷ Näillä perusteilla voidaan ajatella, että irtaimen vuokran sivullissitomattomuus on kauppaa muistuttavien leasingosopimusten kohdalla perusteltua, koska osapuolet ovat tietoisesti valinneet kaupan sijaan sivullissuojaltaan heikomman vaihtoehdon. Koska leasingosopimuksella ja kaupalla on kuitenkin muitakin – esimerkiksi verotukseen ja kirjanpitokäsittelyyn liittyviä – eroja, osapuolten ei yleensä voitane katsoa valinneen leasingosopimusta siksi, että he näin saavat käyttöönsä sivullisia sitomattoman sopimustyyppin.

2.6 Objekttiivisten sitovuusperusteiden paremmuus

Tietoisuuden hyväksymistä sitovuusperusteeksi on pidetty vallan antamisena moraalisisille argumenteille vaihdannan edistämisen sijaan: vaihdannan varmuuden on nähty edellyttävän kollisioiden ratkaisemista objektiiivisten sitovuusperusteiden mukaan.⁹⁸ Tietoisuus olisi myös objektiiivisiä sitovuusperusteita epämääräisempi, koska se jouduttaisiin aina tuomioistuimissa päättelemään näytön arvioinnin perusteella. Oikeudenkäynnissä tulisi esittää näyttöä sellaisesta asiasta, josta vain sekunduksella itsellään on välitöntä tietoa. *Caselius* on epäillyt, että merkityksen antaminen tietoisuudelle voisi johtaa siihen, että ratkaisevaksi tulisi se, mitä sekunduksen arvellaan aavistavan tai mitä tämän piti tietää. Tällöin luovuttaisiin vanhan maakaaren aikana lähtökohtana olleesta ajatuksesta, jonka mukaan kiinteistön ostajaa suojataan ja kiinteistöön kohdistuva erityinen oikeus sitoo vain kirjattuna.⁹⁹

Forssell pitää todisteluvaikeuksien merkitystä vähäisenä ensinnäkin siksi, että *presumption* on sekunduksen vilpittömän mielen ja primuksen tehtävänä on näyttää tämän tietoisuus. Siten todistelusta aiheutuu vaikeuksia lähinnä primukselle, joka kuitenkin näin saa parempaa suojaa kuin siinä tapauksessa, että hänen oikeutensa ei lainkaan sitoisi sekundusta. Lisäksi tietoisuuden (tai perustellun vilpittömän mielen, jota *Forssell* käsittelee) hylkääminen sitovuusperusteena voisi johtaa siihen, että primuksen oikeuden suojaamista vaadittaisiin sillä perusteella, että sekundus on syyllistynyt kollusiiviseen menettelyyn – tällöin todisteluongelmaksi tulisi sekunduksen vahingoittamistarkoituksen näyttäminen.¹⁰⁰

⁹⁷ Ks. leasingin ja osamaksukaupan yhteisistä piirteistä esim. *Tuomisto* 1988 s. 25–26.

⁹⁸ *Hessler* 1973 s. 283 ja *Tammi-Salminen* 2001 s. 164.

⁹⁹ *Caselius* 1934 s. 182–184.

¹⁰⁰ *Forssell* 1976 s. 94.

Kaikkiin sellaisiin kollisionratkaisusääntöihin, joissa merkitystä annetaan subjektiiviselle momentille, liittyy näyttövaikeuksia. Tällöin on esitettävä näyttöä C:n tietoisuudesta tai hänen toimintansa tarkoituksesta eli asioista, joista viime kädessä vain C itse tietää. Nähdäkseni todisteluongelmien ei kuitenkaan tulisi ratkaista kollisionratkaisusääntöjä. Näyttöongelmia ei tulisi pelätä ainakaan silloin, kun riski tietoisuuden näyttämättä jäämisestä on B:llä, jota sääntö C:n tietoisuudesta sitovuusperusteena kuitenkin suojaisi.

Oikeusjärjestyksessämme on paljon sääntelyä, jonka soveltaminen johtaa väistämättä vaikeuksiin todistelussa: tietoisuuden osoittamiseen liittyvät näyttövaikeudet on hyväksytty esimerkiksi maakaassa, jonka mukaan kirjaamiskelvottomatkin oikeudet sitovat niistä tietoista sekundusta. Myös esimerkiksi kaksoisluovutuksessa relevantin vilpittömän mielen – ”tiesi tai olisi pitänyt tietää” – poissulkeminen voi tapahtua joko osoittamalla, että sekundus on laiminlyönyt selonottovelvollisuuteensa, tai osoittamalla sekunduksen tosiasiallinen tietoisuus. Jos tietoisuuden osoittamisen ei ole liian vaikeaa näissä tapauksissa, sen ei pitäisi olla sitä muidenkaan oikeuksien kollisionratkaistaessa.

On kuitenkin huomattava, että kollisionratkaisulla on merkitystä paitsi kollision osapuolille, myös ulkopuolisille. Ajatellaan esimerkiksi tilannetta, jossa A on luvannut perustaa B:lle panttioikeuden omistamaansa kiinteistöön, mutta onkin myynyt kiinteistön C:lle. Tämän jälkeen C tarjoaa panttioikeutta kiinteistöön D:lle. Jos *inter partes* -sitova oikeus sitoisi sivullista tietoisuuden perusteella, muodostuisi seuraavanlainen asetelma:

Jos C tiesi B:n oikeudesta, B:llä on häntä sitova oikeus saada kiinteistöön kohdistuva panttioikeus.

Jos B:llä on tällainen oikeus, se sitoo myös D:tä, jolle C perustaa panttioikeuden, jos D tietää oikeudesta.

Tilanne on ongelmallinen sellaisen D:n kannalta, joka tietää B:n ja C:n välisestä kollisionratkaisusta mutta ei sen ratkaisusta. Katsotaanko hänen tällöin tietävän B:n C:tä sitovasta oikeudesta?

Tietoisuus sitovuusperusteena voisi aiheuttaa ongelmia myös kiinteistöpanntijärjestelmälle. Ainakin järjestelmän luotettavuus kärsisi, kun sivullisia sitoisivat jossain määrin myös sellaiset panttaussitoumukset, jotka eivät ilmene rekisteristä.¹⁰¹ Kaiken kaikkiaan sivullisten näyttäisi ole-

¹⁰¹ Tosin lainhuuto- ja kiinnitysrekisterin julkisella luotettavuudella tarkoitetaan tarkasti ottaen sitä, että rekisterin tietoihin luottanut ja oman oikeutensa kirjaamista viipymättä

van helpompi saada tietoa esineeseen kohdistuvista oikeuksista, jos tietoisuus ei olisi sitovuusperuste.

Tietoisuudelle annettavan merkityksen katsotaan usein perustuvan moraalisiin syihin. Niitä ei ole pidetty relevantteina, vaan tietoisuuden merkitystä on esimerkiksi *Hesslerin* mukaan perusteltava asiallisilla (”sakliga”) syillä. Hän kiinnittää huomiota siihen, onko kyseessä primuksen oikeus, joka voi saada suojaa sellaisen objektiivisen esineoikeudellisen momentin (esim. kirjaamisen tai hallinnan siirron) nojalla, jota ei vielä ole tehty, vai oikeus, joka ei voi saada absoluuttista esineoikeudellista suojaa. Jos kyseessä on oikeus, joka voi saada suojaa ja jonka kohdalla esineoikeudellisen momentin tarkoituksena on julkisuuden tuominen, primuksen suojaaminen on perusteltua, koska riittävä julkisuus (suhteessa sekundukseen) on joka tapauksessa saavutettu. Jos esineoikeudellisen momentin tarkoituksena taas on oikeuden ”kypsytyden osoittaminen”, sekunduksen tietoisuudella ei ole merkitystä. Jos vaihdannan intressin vuoksi taas ei katsota perustelluksi myöntää jollekin oikeudelle absoluuttista suojaa, oikeutta ei ole syytä suojata myöskään suhteessa siitä tietoiseen sekundukseen.¹⁰² *Hesslerin* mukaan siis sekunduksen tietoisuudella on merkitystä vain niissä tapauksissa, joissa oikeus voidaan saada kaikkia kohtaan suojatuksi jollakin julkisuutta tuovalla toimenpiteellä, mutta tätä toimenpidettä ei ole vielä tehty.

Tepora katsoo, että oikeussuojan kytkeminen ainoastaan objektiivisiin sitovuusperusteisiin turvaa selvyyttä ja oikeusvarmuutta mutta johtaa kaavamaiseen ja jäykkään järjestelmään, joka saattaa aiheuttaa kohtuuttomia ratkaisuja yksittäistapauksissa. Hänen mukaansa kollisionratkaisusääntöjä luotaessa on perinteisesti otettu huomioon moraaliset näkökohdat, vaikka niitä uudemmassa oikeuskirjallisuudessa¹⁰³ vähätelläänkin. Hän näyttäisikin subjektiivisiin sitovuusperusteisiin liittyvistä näyttöongelmista huolimatta vieroksuvan oikeustilaa, jossa objektiivisen momen-

hakenut saa suojaa muiden tekemiä väitteitä vastaan (ks. esim. *Jokela – Kartio – Ojanen* 2004 s. 232). Tämä pitäisi edelleen paikkansa, koska toisen oikeudesta tietoinen henkilö ei toimi *rekisterin tietoihin luottaen*: luottamuksen suoja voi tulla kyseeseen vain erehdytilanteissa. Kuitenkin voidaan pitää tavoiteltavana myös rekisterin tosiasiallista luotettavuutta eli kiinteistöä koskevien oikeuksien mahdollisimman kattavaa ilmenemistä rekisteristä.

¹⁰² *Hessler* 1973 s. 284–285.

¹⁰³ Selvyyden vuoksi mainittakoon, että *Teporan* käsittelemä ”uudempi” oikeuskirjallisuus on 1970-luvulta. Tuolloin erityisesti *Zitting* korosti, että toisen oikeuden sitovuus siitä tietoista sivullista kohtaan ei perustu moraalisiin näkökohtiin, vaan vilpittömästä/vilpillisestä mielestä puhutaan juridis-teknisenä käsitteenä (*Zitting* DL 1977 s. 184–185). Myöhemmässä tuotannossaan *Zitting* on tuonut esiin myös moraaliset näkökohdat – rehellisyyden ja kunniallisuuden vaatimuksen – kollisionratkaisunormien taustalla (*Zitting* 1989 s. 41).

tin täyttyminen ratkaisisi yksiselitteisesti suojan tason kaikissa henkilösuhteissa.¹⁰⁴

Pidän moraalien merkityksen vähättelyä hieman oudoksuttavana. Oikeus ja moraalit kuuluvat väistämättä yhteen; oikeuden on oltava oikeudenmukaista tai ainakin siihen on pyrittävä. Kuten Niemi toteaa, ”moraalinen ja oikeudenmukaisuuden periaatteet, muiden aineellisten, esim. liike- tai kansantaloudellisten argumenttien ohella, ovat eräs keskeinen *tapa aineellisesti oikeuttaa oikeuden säännöt* ja se mahdollistaa myös positiivisen oikeuden arvioinnin ja kritiikin”.¹⁰⁵ Sivullissuhteisiin liittyvänä keskeisenä moraalisenä sääntönä Niemi tuo esiin *Gauthierin* oikeudenmukaisuusteoriaan kuuluvan sivullisten perusteettoman rasittamisen kiellon, jonka mukaan oikeussääntöjen on estettävä vaihdannan kustannusten perusteeton vyöryttäminen sivullisille.¹⁰⁶ Jos kollisiotilanteessa primuksen oikeus joutuu väistymään, kun esine myydään sekundukselle, myyjä hyötyy primuksen kustannuksella. Toisaalta jos sekundus, joka ei ole tiennyt aiemmasta kaupasta, häviäisi kollision, myyjä hyötymään hänen kustannuksellaan: siksi sivullisten oikeuksien yhteensovittaminen voikin olla vaikea kysymys.¹⁰⁷ Niemi mainitsee siis vain kollisiot, joissa sekundus ei ole tiennyt primuksen oikeudesta. Tämä on ymmärrettävää, sillä ongelmaa ei näyttäisi muodostuvan, jos sekundus tietää primuksen häntä sitovasta oikeudesta. Tällöinhän primuksen oikeus ei tule sekunduksen rasitukseksi perusteetta, vaan siksi, että sekundus siitä tietoisena on ryhtynyt oikeustoimeen myyjän kanssa.

Edellä kuvattu moraalinen perustelu tukee tietoisuuden pitämistä sitovuuksiperusteena. Se on kuitenkin vain yksi huomioon otettava peruste, jonka

¹⁰⁴ *Tepora* 1984 s. 134–137. Moraalisten näkökohtien merkitystä kollisionratkaisusääntöjen taustalla osoittaakin nähdäkseni jo erottelun vilpittömän mieli/vilpillinen mieli käyttäminen. Jos sääntö alun perin perustuisi ainoastaan vaihdannan intressiin, käytettäisiin todennäköisesti vähemmän arvolutautunutta ilmaisua.

¹⁰⁵ Niemi 1996 s. 127–128. Materiaalisen oikeudenmukaisuuden merkitystä perinteisesti vaihdannan edulle perustuneessa esineoikeudessa ovat korostaneet mm. *L. Kartio* (ks. esim. *JJ* 1997 s. 158–163, jossa Kartio on kuvannut kunniallisen ja rehellisen vaihdannan ideaalimallia, ja *LM* 1998 s. 1059), *Tepora* (1984 s. 134–136, *JJ* 1985 s. 307 ja *LM* 1998 s. 777–779) ja *Tammi-Salminen* (ks. esim. 2001 s. 20–21 ja 30–32 ja *LM* 2001 erit. s. 870).

¹⁰⁶ Niemi 1996 s. 202. Tosin tämä kieltä voidaan kuvata paitsi edellä vieroksuttuna moraalisääntönä myös yleisesti hyväksytympänä vaihdannan etuun perustuvana argumenttina, sillä vaihdannan kustannusten vyöryttäminen sivullisille johtaisi taloudellisen toiminnan ja markkinoiden vääristymiseen ja sitä kautta yhteisön taloudellisten etujen vähenemiseen.

¹⁰⁷ Niemi 1996 s. 202–203. Tosin esimerkissä myyjä olisi kuitenkin velvollinen korvaamaan kollision hävinneelle aiheutuneen vahingon, eli sikäli hänen hyötynsä ei jäisi lopulliseksi. Kollision ratkaisu on kuitenkin merkittävä, koska kollisiovoittaja on huomattavasti turvatummassa asemassa kuin häviöjä, joka esineen omistusoikeuden sijaan joutuu tyytymään epäluotettavaan myyjään kohdistuvaan vahingonkorvausvaateeseen.

lisäksi on huomioitava muut sitovuuden puolesta ja sitä vastaan puhuvat argumentit, joita tässä kirjoituksessa käsitellään. Kuitenkaan sitä tai muita moraalisia perusteluja ei pitäisi vieroksua vaan ne tulisi hyväksyä tasaverlaisina taloudelliseen tehokkuuteen pohjautuvien perustelujen rinnalle.

2.7 Osittaisen sitovuuden epätarkoituksenmukaisuus

Eräiden oikeuksien täydellistä sitomattomuutta on puollettu myös sillä, että ei ole perusteltua myöntää tietoisuuden perusteella suojaa (velvoite)-oikeuksille, jotka eivät muilla perusteilla voi sitoa sivullisia.¹⁰⁸ Tietoisuutta on pidetty epätarkoituksenmukaisena sitovuusperusteena, koska se johtaa tilanteisiin, joissa oikeus saa vain osittaista suojaa. Jos oikeudenhaltija saa suojaa vain hänen oikeudestaan tietoista omistajan seuraajaa vastaan, oikeudenhaltijan asema jää hyvin epävarmaksi, minkä vuoksi osittainen suoja ei ole tarkoituksenmukainen.¹⁰⁹

Tuomisto korostaa kuitenkin mainitun argumentin soveltumista vain vakuusoikeuksiin. Tätä hän perustelee sillä, että velkojia sitomaton vakuusoikeus on vakuutena kelvoton eikä voi täyttää vakuusoikeuksien perustehtävää eli parantaa velallisen mahdollisuuksia saada luottoa edullisilla ehdoilla. Sen sijaan käyttöoikeuden haltijaa voidaan suojata suhteessa omistajan luovutuksensaajiin riippumatta siitä, saako hän suojaa suhteessa omistajan velkojiin. Käyttöoikeus voi näet olla käyttökelpoinen, vaikka se ei nauttisikaan suojaa kaikissa henkilösuhteissa.¹¹⁰

Velkojia sitomattomia ovat sellaiset vakuusoikeudet, joissa esinettä käytetään vakuutena ilman asianmukaisen julkivarmistuksen suorittamista. Esimerkiksi voidaan ottaa A:n ja B:n välinen sopimus siitä, että jokin A:n omistama irtain esine toimii velan vakuutena, vaikka onkin koko ajan A:n hallussa. Tällaisessa tilanteessa B:llä ei ole oikeutta itse ottaa esinettä halluunsa A:lta, vaikka A laiminlöisikin velan maksun.¹¹¹ Hänen olisi siis

¹⁰⁸ *Tammi-Salminen* 2001 s. 164–165.

¹⁰⁹ *Håstad* 1996 s. 441.

¹¹⁰ *Tuomisto* 1988 s. 138 ja *Tuomisto* 1993 s. 113–114.

¹¹¹ Tämä perustuu hallinnan oikeussuojaan ja omankädenavun kieltoon. Hallinnan riistäminen toiselta ilman lakiin perustuvaa oikeutusta on kiellettyä. Yhteiskuntarauhan takaamiseksi pyritään näet suojaamaan vallitsevia tosiasiallisia olosuhteita, kunnes tuomioistuinkäsittelyssä on todettu niiden oikeudenvastaisuus. Tämänkin jälkeen hallintasuhteiden oikaiseminen on täytäntöönpanoviranomaisten asia. (Ks. esim. *Zitting – Rautiala* 1982 s. 68 ja *L. Kartio* 2001 s. 146–149.) Hallinnan loukkaus, jota mm. hallinnan riistäminen tuomioistuinja ulosotto prosessi sivuuttaa on, on myös kriminalisoitu rikoslain 28 luvun 11 §:ssä.

ensin saatava A:han kohdistuva suoritusuomio ja tämän jälkeen haettava esineen ulosmittausta.¹¹² Toisaalta hän voisi toimia samoin ilman *inter partes*-sitovaa vakuusoikeuttakin. Jos A on luovuttanut vakuuskohteen C:lle, B voisi toimia muuten samalla tavalla, mutta kohdistaa ulosmittausvaatimuksensa johonkin muuhun A:lle kuuluvaan esineeseen. Koska B:lle velkojana on yhdentekevää, minkä A:n esineen ulosmittauksella hän saa suorituksen saatavallaan, hän kärsii tällaisessa tilanteessa vahinkoa vain, jos A:lle ei esineen luovutuksen jälkeen jää ulosmittauskelpoista omaisuutta. Jos A tulee luovutuksen seurauksena maksukyvyttömäksi tai ylivelkaiseksi, B:tä ja muita A:n velkojia suojaavat takaisinsaantisäännökset.¹¹³

Erityisesti A:n konkurssissa tai vakuusesineeseen kohdistuvassa ulosmittauksessa vakuusoikeus olisi arvoton, koska se ei sitoisi A:n muita velkojia: esine kuuluisi A:n konkurssipesään ja se voitaisiin ulosmitata A:n velasta A:n ja B:n välisestä sopimuksesta riippumatta. Jos taas B olisi ehtinyt saada suorituksen vakuusesineen arvosta juuri ennen konkurssia tai ulosmittausta, suoritus tultaisiin todennäköisesti peräyttämään.¹¹⁴ Jos sen sijaan vakuuskohte olisi myyty C:lle ja B:n vakuusoikeus sitoisi C:tä, B olisi paremmassa asemassa kuin ennen esineen luovutusta. B näet voisi saada suorituksen esineen arvosta, vaikka tämä ei olisi ollut mahdollista, jos esine olisi ollut edelleen A:n omistuksessa.

Osittaisen sitovuuden epätarkoituksenmukaisuus vaikuttaakin hyvältä syytä olla suojaamatta sellaisia vakuusoikeuksia, jotka eivät voi saada suojaa suhteessa velkojiin. B:lle ei näyttäisi aiheutuvan juurikaan vahinkoa hänen oikeutensa raukeamisen vuoksi, ja toisaalta B:n oikeuden tuleminen C:tä sitovaksi olisi C:lle suuri rasitus. B näyttäisi hyötyvän perusteettomasti, jos hänen oikeutensa sitoisi C:tä.

Mikään johdannossa esimerkkinä esitetyistä oikeuksista ei kuitenkaan ole vakuusoikeus, joka ei saa suojaa suhteessa velkojiin.¹¹⁵ Niinpä niiden kohdalla voidaankin pitää ongelmallisena perustelua, jonka mukaan se-

¹¹²B:n asema on siis tässäkin suhteessa heikompi kuin käteispanntioikeuden haltijalla, jolla on pantti hallussaan ja joka voi velan jäädessä maksamatta ottaa omatoimisesti suorituksen pantista (ks. panttiavelkojan edullisesta asemasta esim. *Havansi* 1992 s. 400–401).

¹¹³Tosin takaisinsaantisäännösten perusteella tapahtuva peräyttäminen tulee koko velkojakollektiivin, ei ainoastaan B:n hyväksi. Tämä ei kuitenkaan aseta B:tä huonompaan asemaan, kuin missä hän alun perin oli, koska hänen oikeutensa ei missään vaiheessa ole ollut A:n velkojia sitova.

¹¹⁴Tällaisessa tilanteessa kyseessä olisi TakSL 10 §:ssä mainittu velan maksu epätavallisin maksuvälinein.

¹¹⁵Vaikka kiinteistön panttaussitoumus ei tuotakaan saajalleen kiinteistöön kohdistuvaa oikeutta kiinteistön ulosmittauksessa tai kiinteistön omistajan konkurssissa, se on kuitenkin yksi askel tiellä suojatun aseman saavuttamiseksi.

kunduksen olisi sallittua tietoisesti huonontaa primuksen asemaa vain siksi, ettei hänen suojansa (vielä) ole paras mahdollinen. Pitäisikin voida esittää erityisiä syitä, joiden vuoksi oikeuden osittainen suojaaminen olisi *haitallista*. Jos tällaisia syitä ei voida esittää, voidaan oikeutta yhtä hyvin suojatakin. Niinpä tällaisen osittaisen sitovuuden epätarkoituksenmukaisuutta voidaan pitää lähinnä lisäargumenttina, kun primuksen suojaamiselle nähdään olevan muitakin (esimerkiksi edellä mainittuja) esteitä. ”Kaikki tai ei mitään” -tyyppistä ajatusta siitä, että suojan heikkoutta jossakin henkilösuhteessa pidetään riittävänä perusteena suojan epäämiselle jossakin toisessa suhteessa, onkin kritisoitu.¹¹⁶ Koska primuksen oikeuden suojaamisesta aiheutuisi haittaa vain siitä tietoiselle ja siten varautumaan pystyvälle sekundukselle, en pidä perusteltuna suojan epäämistä muilta kuin vakuusoikeuksilta *vain* muissa suhteissa puutteellisen suojan perusteella.

2.8 Ennakoitavuuden vaatimus

Edellä on todettu, että joillakin sitomattomuutta puoltavilla argumenteilla on merkitystä vain tietynlaisten oikeustyyppien kohdalla. Eri oikeustyyppien sitomattomuuden voi siis katsoa perustuvan eri syihin. Esimerkiksi kiinteistökaupan esisopimusta voi pitää sitomattomana siksi, että osapuolet ovat vapaaehtoisesti valinneet sopimustyyppin, joka ei sido sivullisia. Panttaussitoumuksen sitomattomuus on maakaaren esitöissä perustettu primuksen laiminlyöntiin: huolimattomasti toimiva luotonantaja ei ansaitse suojaa. Joitakin A:n ja B:n väliseen sopimukseen perustuvia oikeuksia voi pitää sellaisina, että C:n on hyvin vaikea saada tieto niiden tarkasta sisällöstä, vaikka hän tietäisikin niiden olemassaolosta.

Toisaalta kaikkien oikeustyyppien kohdalla voidaan kiinnittää huomiota näkökohtiin, joiden mukaan objektiiviset sitovuusperusteet ovat subjektiivisia parempia tai osittainen sitovuus on epätarkoituksenmukainen. Olen kuitenkin edellä todennut, ettei muiden oikeuksien kuin vakuusoikeuksien osittaisen sitovuuden epätarkoituksenmukaisuudelle tulisi antaa itseinäistä painoarvoa ja että subjektiiviset sitovuusperusteet ovat ongelmallisia lähinnä kollision ulkopuolisten tahojen kannalta.

¹¹⁶ Ks. esim. *Forssell* 1976 s. 113, jossa Forssell esittää *Brunnerin* varsin osuvan vertauksen, jonka mukaan yhtä vähän, kuin leijonan syömäksi joutuvaa lohduttaa se, että hän olisi voinut joutua myös tiikerin syömäksi, lohduttaa oikeutensa kohde-esineen myynnin vuoksi menettävää käyttöoikeuden haltijaa se, että hän olisi voinut menettää oikeutensa myös esineeseen kohdistuvan ulosmittauksen vuoksi.

Koska eri oikeustyyppien kohdalla eri argumentit saavat merkitystä, mahdollisimman tarkoituksenmukaisten yleisten kollisionratkaisusääntöjen muodostaminen näyttää vaikealta. Tyydyttävältä ratkaisulta ei vaikuta se, että kaikkia *inter partes* -sitovia oikeuksia pidettäisiin lähtökohtaisesti niistä tietoisia sivullisia sitovina ja ratkaistaisiin aina yksittäistapauksittain, onko jotakin oikeutta kuitenkin jollakin edellä mainitulla perusteella pidettävä sitomattomana. Laissa ei olisi käytännössä mahdollista säätää erikseen kaikkien mahdollisten oikeuksien sivullissitovuudesta, joten ainoaksi vaihtoehdoksi jäisi *in casu* -ratkaisujen tekeminen soveltamistilanteissa. Vaikka tapauskohtainen harkinta mahdollistaisikin materiaalisesti oikeudenmukaiset ratkaisut yksittäistapauksissa, se vaarantaisi oikeusvarmuuden, sillä tuomioistuinten arvioinnit edellä esitettyjen perusteiden soveltumisesta yksittäisiin oikeustyyppeihin saattaisivat olla hyvin vaikeasti ennakoitavissa.¹¹⁷ Tällainen oikeusvarmuuden puute vaarantaa oikeusturvaa, heikentää toimijoiden mahdollisuuksia rationaaliseen päätöksentekoon ja johtaa oikeudenkäyntien lisääntymiseen.¹¹⁸

¹¹⁷Kyseessä olisi tyyppiesimerkki sellaisista *Teporan* tarkoittamista tilanteista, joissa oikeudellisen ratkaisun ennakointi on vaikeaa, koska siihen vaikuttavat monet erilaiset intressit ja tavoitteet. Tällöin materiaalisesti oikeudenmukaisuuteen pyrkiminen vaarantaa yksilöiden oikeusturvaa, koska heillä ei toiminnastaan päättäessään ole varmaa tietoa siihen liittyvistä oikeusseuraamuksista. (*Tepora* LM 1998 s. 775.)

Mononen korostaa ennakoitavuuden sijaan ratkaisujen johdonmukaisuutta ja perustelujen avoimuutta. Hän pitää mahdollisena perustaa ratkaisut myös moraalisiin argumentteihin ja katsoo perustelujen avoimuuden tällöin toteuttavan muodollista oikeusturvaa, vaikka ennakoitavuudesta joudutaankin tinkimään. (*Mononen* 2001 s. 2003.) *Wilhelmssonin* mukaan argumentoinnin avoimuus on osa ennakoitavuutta: vaikka punninnan lopputulos olisikin heikosti ennakoitavissa, ratkaisuun vaikuttavien argumenttien ennakoitavuus olisi parempi. Hän näyttäisikin pitävän ratkaisujen materiaalista oikeudenmukaisuutta pääsääntöisesti niiden ennakoitavuutta tärkeämpänä. (*Wilhelmsson* LM 2004 s. 219–222.)

Tolonen katsoo, että ennakoitavuusvaade on aina sovittava yhteen ns. asianmukaisuusvaateen kanssa: jokaisen jutun kohdalla on erikseen arvioitava, missä määrin tulee painottaa ennakoitavuutta ja oikeuskäytännön yhtenäisyyttä, missä määrin asianmukaisuutta eli konkreettisiin olosuhteisiin perustuvaa harkintaa ja joustavuutta. (*Tolonen* 2003 s. 121.)

Nähdäkseni perustelujen avoimuus ei takaa muodollista oikeusturvaa, jos ratkaisujen ennakoitavuus kärsii. On toki selvää, etteivät ratkaisut koskaan voi olla täysin ennakoitavissa – normit ovat tulkinnanvaraisia, ja näissä tulkinnanvaraisissa tilanteissa tuomarin on Tolosen esittämällä tavalla harkittava, pyritäänkö ennemmin noudattamaan oikeuskäytännössä vakintuntua tulkintalinjaa vai ratkaisemaan asia kaikki relevantit tosiseikat huomioon ottaen ja mahdollisesti aikaisemmasta linjasta poiketen. Ennakoitavuuteen on kuitenkin pyrittävä suorittamalla mahdollisimman suuri osa kohtuus- ja tarkoituksenmukaisuusharkinnasta jo lainsäädäntövaiheessa. Materiaalisesti oikeudenmukaisiin ratkaisuihin voitaisiin päästä korvaamalla koko lainsäädäntö yhdellä normilla, jonka mukaan tuomarin on ratkaistava asiat niin kuin katsoo oikeudenmukaiseksi. Muodollisen oikeusturvan kannalta tämä ei ole riittävää, vaikka ratkaisut perusteltaisiin kuinka avoimesti.

¹¹⁸Rationaalinen päätöksenteko vaikeutuu, kun esimerkiksi C ei oikeustointa harkitessaan tiedä, miten hänen ja B:n välinen kollisio tulee ratkeamaan. Hän voi esimerkiksi luottaa B:n oikeuden raukeamiseen ja siksi tehdä oikeustoimen, joka osoittautuu kannattamattomaksi, kun B:n oikeus jääkin häntä sitovaksi. Ennakoitavuuden merkitystä oikeudenkäyntien vähentämisessä on käsitelty edellä jakson 2.3 lopussa.

Ennakoitavuuden vaatimus saattaisikin olla peruste sille, että oikeuksia pidettäisiin lähtökohtaisesti niistä tietoisekin sivullisia sitomattomina. Lisäksi lainsäätäjän harkinnan mukaan voitaisiin säätää sivullisia sitoviksi sellaiset oikeudet, joiden suojaaminen katsotaan perustelluksi.¹¹⁹

3 SITOMATTOMUUDEN PERUSTELUJEN RYHMITTELYÄ JA JOHTOPÄÄTÖKSIÄ

Edellä olevat perustelut voidaan jakaa kahteen ryhmään: toiset perustuvat intressipunnintaan B:n ja C:n intressien välillä, toiset yleisemmän tason tehokkuus- ja oikeusvarmuuspyrkimyksiin.¹²⁰

B:n ja C:n intressien väliseen punnintaan liittyvät syyt, joiden vuoksi B:n ei katsota tarvitsevan tai ansaitsevan suojaa: suojan tarpeen vähäisyys sekä primuksen laiminlyönti tai tietoinen riskinotto. Yleisen edun huomioivia argumentteja ovat primuksen oikeuden epätarkoituksenmukaisuus, sekunduksen selonottovaikeudet, objektiivisten sitovuusperusteiden paremmuus, osittaisen sitovuuden epätarkoituksenmukaisuus sekä ennakoitavuuden vaatimus.

En ole pitänyt suojan tarpeen vähäisyyttä relevanttina argumenttina, ja olen kyseenalaistanut myös primuksen laiminlyönnin merkityksen silloin, kun C tietää B:n oikeudesta. Tietoisella riskinotolla voi olla merkitystä, jos sen tulkitaan tarkoittavan, että A ja B ovat tietoisesti valinneet tietyn sopimustyyppin, koska eivät ole halunneet sopimuksensa oikeusvaikutusten ulottuvan sivullisiin. Tehokkuushenkisistä argumenteista olen katsonut objektiivisten sitovuusperusteiden paremmuuden ja osittaisen sitovuuden epätarkoituksenmukaisuuden muuten kuin vakuusoikeuksien kohdalla melko vähämerkityksiseksi, kun taas primuksen oikeuden epätarkoituksenmukai-

¹¹⁹ *Tepora* on kiinnittänyt huomiota siihen, että muuttuneet yhteiskunnalliset olosuhteet voivat antaa aiheen suojata aiemmin vain *inter partes* -suhteessa suojattuja oikeuksia myös suhteessa sivulliseen. Tämän tulisi pääsääntöisesti tapahtua lainsäätäjän oikeustyypeittäin tapahtuvan tarkoituksenmukaisuusharkinnan perusteella, mutta käytännössä myös lainsoveltaja voi korjata suojan puuttumisen aiheuttamia kohtuuttomia seuraamuksia. Korjaaminen on tapahtunut esimerkiksi tulkitsemalla sekunduksen tietoisuus aikaisemmasta oikeudesta osoitukseksi siitä, että sekundus hyväksyy tämän oikeuden itseään sitovaksi. (*Tepora* JJ 1985 s. 302.)

¹²⁰ Esineoikeudessa on perinteisesti painotettu jälkimmäisiä. Sivullissuhteissa oleellisena pidetään vallitsevan kannan mukaan *ennakoitavuuden* sekä *vaihdannan intressin* ja *luotonannon varmuuden* edistämistä. (Ks. esim. *Tepora* LM 1998 s. 777.)

suus ja sekunduksen selonottovaikeudet ovat relevantteja ainakin joissakin tilanteissa. Lopuksi oikeusvarmuus edellyttää yksinkertaisia ja selkeitä yleisen tason kollisionsratkaisusääntöjä kaikki olosuhteet huomioon ottavien *in casu* -punnintojen sijaan. Nykyinen oikeustila – sellaisena kuin se ilmenee korkeimman oikeuden käytännössä – tyydyttäne jossain määrin oikeusvarmuusvaatimukset, mutta ratkaisee B:n ja C:n välisen intressiristiriidan epätydyttävällä tavalla B:n oikeudesta tietoisesti C:n hyväksi. Tällainen ratkaisu loukkaa B:lle perusoikeutena kuuluvaa omaisuudensuojaa.¹²¹ Lisäksi voidaan pitää tehokkuuden kannalta ongelmallisena sitä, että sinänsä tarkoituksenmukaisetkin oikeudet ovat sivullisia sitomattomia, kunnes lainsäätäjällä on ottanut kantaa niiden sitovuuteen. Ongelman muodostaa myös A:n ja C:n mahdollisuus vyöryttää kustannuksia heidän väliseen oikeustoimeensa nähden sivulliselle B:lle.

Sekä oikeusvarmuus, taloudellinen tehokkuus että varallisuusarvoisten oikeuksien suojaaminen ovat tärkeitä päämääriä, joiden välillä on vaikeaa valita tärkeintä. Niinpä tulisikin pyrkiä ratkaisuun, jolla voitaisiin turvata kaikkien näiden toteutuminen tyydyttävällä tavalla. Seuraavassa selvitetään tällaisen ratkaisun mahdollisuutta: Onko mahdollista muokata yleisen tason sääntö, joka turvaa B:n oikeutta mutta ei johda epätarkoituksenmukaisiin sidonnaisuuksiin?

Tällainen sääntö voisi olla, että B:n oikeus ei sitoisi C:tä, jos tämä ei hyväksyisi oikeutta itseään sitovaksi, mutta C:n olisi korvattava B:lle oikeuden lakkaamisesta aiheutuva vahinko. Vahingonkorvausvastuu toimisi keinona estää se, että oikeuksien sivullissitomattomuus johtaisi tarkoituksenmukaisten oikeuksien raukeamiseen, ainakin jos tarkoituksenmukaisina pidetään oikeuksia, joista on enemmän hyötyä B:lle kuin haittaa A:lle tai C:lle. Jos C olisi velvollinen korvaamaan B:lle kollisiotappiosta aiheutuvan vahingon, hänen kannattaisi hyväksyä tällaiset oikeudet itseään sitoviksi. Vastaavasti C:n ei kannattaisi hyväksyä itseään sitoviksi sellaisia oikeuksia, joiden raukeamisesta aiheutuu B:lle pienempi vahinko kuin C:lle aiheutuisi niiden jäämisestä pysyviksi.¹²²

Esimerkiksi: B:llä on käyttöoikeus A:n omistamaan esineeseen, ja tämän käyttöoikeuden arvo B:lle on 100 euroa. Oikeudesta aiheutuu A:lle 50 euron haitta verrattuna tilanteeseen, jossa B:n oikeutta ei olisi. A myy esineen C:lle, jolle oikeudesta aiheutuisi myös 50 euron haitta.

¹²¹ Ks. johdannossa esitettyä.

¹²² Samaan tapaan perustellaan sitä, miksi sopimusrikkoellinen vahingonkorvaus mahdollistaessaan tehokkaat sopimusrikkomukset on parempi sopimusrikkomuksen seurauksena kuin luontoissuorituksen pakkotäytäntöönpano (ks. esim. *Posner* 1998 s. 145–146).

Tällaisessa tilanteessa C:n kannattaisi hyväksyä B:n oikeus itseään sitovaksi, koska B:n oikeuden rautessa hän joutuisi maksamaan tälle 100 euron korvauksen. Vastaavasti, jos oikeudesta aiheutuisi C:lle 150 euron haitta, hänellä ei olisi intressiä hyväksyä oikeutta, koska vahinko, jonka hän joutuisi oikeuden rautessa korvaamaan B:lle, olisi vain oikeuden arvo B:lle eli 100 euroa. Näin sääntö, jonka mukaan sivullinen olisi sidottu vain hyväksymiinsä oikeuksiin, mutta joutuisi korvaamaan oikeuden raukeamisesta aiheutuvan vahingon, johtaisi tarkoituksenmukaisten oikeuksien pysymiseen ja epätarkoituksenmukaisten oikeuksien raukeamiseen.¹²³

Tehokkaaseen ratkaisuun voitaisiin tosin päästä B:n ja C:n välisillä neuvotteluilla myös silloin, jos B:n oikeus olisi C:tä sitova. Tällöin voitaisiin sopia C:n oikeuden raukeamisesta korvausta vastaan. Edellä olen kuitenkin kiinnittänyt huomiota neuvotteluista aiheutuviin transaktiokustannuksiin. Vahingonkorvaussääntö johtaisi siihen, että hyvin informoitu ja rationaalisesti toimiva B voisi saada aikaan tehokkaan lopputuloksen ilman C:n kanssa saavutettavaa yksimielisyyttäkin.

Vahingonkorvaus olisi myös kollisionratkaisua joustavampi keino säädellä B:n ja C:n välistä suhdetta. Vahingonkorvausta voidaan esimerkiksi sovittaa vahingonkärsijän eli kollision hävinneen osapuolen myötävaikutuksen perusteella (VahL 6:1) ja siten jakaa vahinkoa kollision osapuolten välillä, kun taas esinekohtaisissa kollisioissa päädytään joko tai ratkaisuihin – kollisio joko voitetaan tai hävitään, välimuotoa ei ole.¹²⁴ Vahingonkorvaussäännöt mahdollistavat myös kohtuusnäkökohtien huomioimisen, sillä vahingonkorvausta voidaan sovittaa vahingonkärsijän ja -aiheuttajan varallisuusolojen tai muiden olosuhteiden perusteella (VahL 2:1.2).

¹²³ Vrt. *Ulfbeck* 2000 s. 27–28, jonka mukaan vahingonkorvausvastuuta toisen sopimusrikkomukseen osallistumisesta voidaan pitää tehottomana sääntönä, jos hyväksytään teoria tehokkaista sopimusrikkomuksista. Nähdäkseni tehokkaat sopimusrikkomukset ovat mahdollisia riippumatta siitä, onko niissä B:tä kohtaan korvausvelvollinen ainoastaan tämän sopimuskumppani A vai myös A:n myöhempi sopimuskumppani C, jos korvauksen määrä kuitenkin on sama. Harkitessaan aikaisemman sopimuksen kanssa ristiriidassa olevan sopimuksen tekemistä A ja C ottanevat yleensä huomioon B:hen kohdistuvan vahingonkorvausvastuun riippumatta siitä, onko tuosta korvauksesta vastuussa vain jompikumpi heistä vai vastaavatko he siitä molemmat.

¹²⁴ *Koulu* tosin kiinnittää huomiota siihen, että aksioomaa joko/tai -ratkaisun välttämättömyydestä esineoikeudellisissa kollisioissa ei ole vakavasti tutkittu. Hän pitää mahdollisena, että aksioomalle ei ehkä olisikaan löydettävissä rationaalista perustaa. (*Koulu* 1992 s. 8.) Kollisioiden ratkaisuun ei kuitenkaan voimassa olevassa oikeudessa ole käytössä muita kuin toisen osapuoleen voittoon ja toisen häviöön johtavia ratkaisumalleja. Vahingonkorvausoikeudelliset säännöt voisivat kuitenkin olla sovellettavissa kollisioihin, mikä poistaisi tarpeen yrittää luoda monivaihteisempia esinekohtaisia kollisionratkaisua koskevia sääntöjä.

Varsinaista esineoikeudellista kollisionratkaisua ei voida voimassa olevan oikeutemme mukaan sovitella.¹²⁵ Vahingonkorvausvastuu edellyttää tuotamusta, minkä vuoksi vahingonkorvausta ei tuomittaisi tilanteessa, jossa C:llä olisi ollut jotakin tietoa B:n oikeudesta, mutta tieto olisi ollut niin puutteellista, ettei hänen sen perusteella olisi ollut järkevää hankkia lisätietoja tai pidättäytyä oikeustoimen tekemisestä – silloin näet C:n toimintaa ei voisi pitää huolimattomana.¹²⁶ Tällä ratkaisulla vältettäisiin siis myös C:n liiallinen selonottovelvollisuus.

Vahingonkorvaus olisi oikeuden sitovuutta parempi vaihtoehto myös sivullisten (D) kannalta. Jaksossa 2.6 kiinnitin huomiota siihen, että sivullisten voi joissain tapauksissa olla vaikeaa selvittää, mitä oikeuksia kenellekin kuuluu, jos tietoisuus on sitovuusperuste. Sivullisilla ei sen sijaan yleensä liene tarvettakaan tietää, onko C velvollinen maksamaan B:lle vahingonkorvausta.¹²⁷

Vahingonkorvauksen joustavuudesta seuraa luonnollisesti, että lopullinen korvausmäärä – tai aina edes koko korvausvastuun olemassaolo – ei ole helposti ennakoitavissa. Edellä olen korostanut yleisen tason kollisionratkaisujen merkitystä, koska *in casu* tehtävät ratkaisut ovat oikeusvarmuuden kannalta ongelmallisia. Lopullisen korvausvastuun vaikea ennakoitavuus ei näyttäisi kuitenkaan olevan yhtä haitallista. Jos osapuolille on epäselvää, kumman esineeseen kohdistuva oikeus jää kollisiotilanteessa voimaan, esineen käyttö voi kokonaan estyä kiistan aikana.¹²⁸ Silloin kun esi-

¹²⁵ Sivullissuojaoikeudessa on perinteisesti suhtauduttu kielteisesti sovittelukohtuuteen ja korostettu, että kohtuus voidaan ottaa huomioon korkeintaan yleisten kollisionratkaisusääntöjen muotoilussa. Vaikka viime aikoina onkin varovasti tuotu sovittelun mahdollisuutta myös esineoikeudellisena pidettävään sääntelyyn – esimerkiksi TakSL 22 §:ssä säädetään takaisinsaannin sovittelusta painavan syyn perusteella – yleistä, OikTL 36 §:ää vastaavaa sovittelusääntöä ei ole. Oikeuskirjallisuudessa on kuitenkin alettu suhtautua myös sovittelukohtuuteen myönteisemmin, ja sitä pidettäisiin *de lege ferenda* mahdollisena myös kollisionratkaisussa, vaikka sivullissuhteissa ei voitaisikaan käyttää täysin samoja sovitteluperusteita kuin sopimuksen osapuolten välillä (Ks. esim. *Koulu* 1992 s. 8, *Kaisto* LM 1996 s. 464–467, *Tepora* LM 1998 s. 786–788 ja *L. Kartio* LM 1998 s. 1061 av. 17).

¹²⁶ Ks. jakso 2.4.

¹²⁷ Tämän vuoksi Ranskassa pidetään sekunduksen vahingonkorvausvastuuta primukselle oikeuden sitovuutta parempana vaihtoehtona eräissä kiinteistöoikeudellisissa kollisioissa. Lain mukaan kiinteistön jälkimmäinen ostaja saa ensimmäistä paremman oikeuden kiinteistöön, jos hän julkistaa saantonsa ensin (ks. esim. *Terré – Simler* 2002 s. 302). Oikeuskäytännössä on kuitenkin katsottu sekundus vahingonkorvausvelvolliseksi silloin, kun hän on tiennyt primuksen oikeudesta. Tällainen ratkaisu on kiinteistön mahdolliselle myöhemmälle ostajalle eli siis sen sekundukselta hankkivalle edullisempi vaihtoehto, koska hän voi luottaa rekisteristä ilmenevään sekunduksen omistusoikeuteen. (*Capitant* 1984 s. 669–670.)

¹²⁸ B ja C eivät riidellessään paremmasta oikeudesta esineeseen todennäköisesti pysty sopimaan tarkoituksenmukaisella tavalla siitä, kumpi voi käyttää esinettä ennen kiistan ratkaisua.

nekohtainen kollisionratkaisu on selvä, B voi käyttää esinettä hyväkseen riippumatta siitä, onko hänen mahdollinen vahingonkorvausvastuunsa suhteessa C:hen vielä ratkaisematta. Tämä näkökohta tosin on relevantti vain niissä tilanteissa, joissa C:n oikeuden sisältönä on esineen käyttö eikä esimerkiksi oikeus saada kiinteistöön kohdistuva panttioikeus perustetuksi.

C:n harkitessa, ryhtyykö hän lainkaan oikeustoimeen A:n kanssa, mahdollisesta vahingonkorvausvastuusta aiheutuva epävarmuus on yleensä pienempi ongelma kuin olisi esinekohtaisen kollisionratkaisun epävarmuus. C näet tietää, että hän voi oikeustoimen tehtyään neuvotella B:n kanssa siitä, kuinka suuri hänen vahingonkorvausvastuunsa tulisi olemaan, jos B:n oikeus raukeaisi. Tällaisen neuvottelun jälkeen hän päättää hyväksyä oikeuden itseään sitovaksi, jos vahingonkorvaus ylittäisi oikeuden sitovuudesta hänelle aiheutuvan haitan, tai päättää vaatia oikeuden raukeamista ja maksaa vahingonkorvauksen, jos korvaus olisi pienempi kuin oikeuden sitovuudesta hänelle aiheutuva haitta. C:n korvausvastuu muodostuu siis *enimmillään* oikeudesta C:lle aiheutuvan haitan suuruiseksi.¹²⁹ Siten oikeustoimen tekemiseen liittyy C:n kannalta jonkin verran pienempi riski kuin silloin, jos vaihtoehtona olisi esinekohtaisen kollision häviäminen.

Lisäksi vaikuttaisi helpommalta ennakoida – suurin piirtein oikein – rahamääräisen vahingon suuruutta kuin esimerkiksi sitä, tulisiko tuomioistuimien pitämään B:n oikeutta tarkoituksenmukaisena. C voisi arvioinnissaan lähteä siitä, että hän joutuu korvaamaan B:lle aiheutuvan vahingon täysimääräisesti. Vastuusta vapauttaminen tuottamuksen puuttumisen perusteella tai korvausvastuun sovittelu tulee kysymykseen vain poikkeuksellisissa tilanteissa.

Epävarmuuden voisi välttää oikeastaan vain 1) luettelemalla kaikki sivullisia sitovat oikeudet ja toteamalla, ettei muilla ole vaikutuksia muuten kuin *inter partes* -suhteessa tai 2) luettelemalla kaikki sivullisia sitomattomat oikeudet ja toteamalla, että kaikki muut oikeudet sitovat sivullisia.¹³⁰ Tässä kirjoituksessa olen esittänyt useita syitä sille, miksi kumpaakaan selkeää ratkaisua ei voida pitää tyydyttävänä. On siis luovuttava jossain määrin ennakoitavuudesta materiaalisesti hyväksyttävään lopputulokseen pääsemiseksi.¹³¹

¹²⁹ C:n harkinta voi tosin vaikeutua, jos B antaa hänelle vääriä tietoja itselleen kollisiotapioista aiheutuvan vahingon suuruudesta.

¹³⁰ Tällöinkin tosin voisi syntyä epäselvyyttä siitä, katsotaanko tietty oikeus suojaa saavan / suojatta jäävän oikeuden tyypiksi.

¹³¹ *Wilhelmsson* on kiinnittänyt huomiota siihen, että taloudellisen tehokkuudenkin kannalta normien materiaallinen oikeudenmukaisuus voi olla tärkeämpää kuin ennakoitavuus. Kun joustavilla tilannekohtaisilla ratkaisuilla päästään kohtuullisiin lopputuloksiin, esimerkiksi sopimuksia tehtäessä osapuolten ei tarvitse pyrkiä etukäteen ottamaan huomioon kaikkia sopimuksesta mahdollisesti seuraavia kohtuuttomia lopputuloksia. (*Wilhelmsson* LM 2004 s. 221–222.)

B:n oikeuden sitomattomuus ja oikeus vahingonkorvaukseen C:ltä ratkaisisi myös velkojia kohtaan sitomattomiin vakuusoikeuksiin liittyvän ongelman. B saisi ansaitsematonta hyötyä, jos hänen A:n velkojia sitomaton vakuusoikeutensa tulisi C:tä sitovaksi. Tällöin hän voisi näet saada suorituksen, vaikka A tulisi maksukyvyttömäksi. Ilman A:n ja C:n välistä oikeustointahan B:n saamisen turvana olisi vain A:n velkojia sitomaton vakuusoikeus, joka olisi A:n konkurssissa tai vakuuskohteeseen kohdistuvassa ulosmittauksessa arvoton.

Vahingonkorvaussääntöjä sovellettaessa B:n tulisi näyttää toteen kärsimänsä vahinko. Hänen tulisi siis näyttää, että häneltä A:n ja C:n välisen oikeustoimen vuoksi jäi saamatta suoritus sellaisesta saatavasta, josta hän olisi saanut suorituksen, jos oikeustointa ei olisi tehty. Kuten edellä jaksossa 2.7 on todettu, B:n *inter partes* -sitova vakuusoikeus olisi käytännössä arvoton, minkä vuoksi sen menettämisestäkään ei aiheutuisi B:lle vahinkoa. Vahingonkorvausvastuu johtaisi siis näissäkin tilanteissa parempaan ratkaisuun kuin oikeuden sitovuus.

Ongelmalliselta voi tosin vaikuttaa se, että C joutuisi vahingonkorvausvastuuseen siitä, että loukkaa oikeutta, jota hänen kollisionratkaisusääntöjen perusteella on ”lupa” loukata. Ongelma on kuitenkin näennäinen. Kollisionratkaisusääntö, jonka mukaan ”kauppa rikkoo vuokran”, ei tarkoita, että toisen vuokraaman esineen ostaminen ja vuokraoikeuden loukkaaminen tällä tavalla olisi hyväksyttävää. Se tarkoittaa ainoastaan, että ei ole pidetty tarkoituksenmukaisena tehdä vuokraoikeudesta esineen ostajaa sitovaa; sen sijaan ostajalle voi aiheutua toiminnastaan muita haitallisia seuraamuksia.

Tällainen ajatustapa ei ole oikeudellemme vieras: sopimusoikeudessa on tilanteita, joissa sopijapuolta ei voida sopimuksen nojalla pakottaa luontoisuoritukseen, mutta hänelle syntyy kuitenkin vahingonkorvausvastuu. Ensinnäkin sopijapuolen on korvattava sopimuskumppanilleen positiivinen sopimusetu silloin, kun pätevä sopimus on syntynyt, mutta sopimuksen mukainen suoritus tulee sopijapuolen omasta syystä mahdottomaksi tai kysymyksessä on velvoite, jonka luontoistäyttyön ei sen henkilökohtaisen luonteen vuoksi voida velvoittaa.¹³² Toiseksi sopijapuolelle syntyy velvollisuus korvata negatiivinen sopimusetu eräissä tapauksissa, jos pätevää sopimusta ei synny lainkaan. Esimerkiksi kiinteistöjen vaihdannassa on muotovaatimuksin haluttu edistää luovutusten aineellista virheettömyyttä, tosiasiallista luotettavuutta ja kauppojen tekemistä vakaassa harkinnassa.¹³³ Sekä kiin-

¹³² Hemmo 2003b s. 195–199.

¹³³ Niemi 2002 s. 57.

teistökauppa että esisopimus kiinteistökaupasta on tehtävä määrämudossa, eikä esimerkiksi muotovirheinen esisopimus sido osapuolia: sen perusteella ei voi vaatia kiinteistökaupan tekemistä tai edes siinä sovittua sopimussakkoa. Kaupanteosta kieltäytynyt muotovirheisen sopimuksen osapuoli joutuu kuitenkin korvaamaan toiselle osapuolelle aiheutuneet kustannukset (MK 2:8). Myös silloin, kun sopimusta ei ole neuvotteluista huolimatta syntynyt, vilpillisesti neuvotellut voi joutua korvaamaan toiselle osapuolelle neuvotteluista aiheutuneet kustannukset.¹³⁴

Nämä ovat esimerkkejä tilanteista, joissa sopimus ei sido osapuoltaan – tai sopimusta ei ole edes syntynyt – siinä merkityksessä, että osapuolen tulisi tehdä sopimuksen mukainen suoritus. Kuitenkin sopimuksesta tai sopimusneuvotteluista seuraa vahingonkorvausvastuu.¹³⁵ Samalla tavalla on mahdollista, että B:n käyttöoikeus ei sido C:tä siten, että hänen olisi sallittava B:lle esineen käyttö, mutta C:lle silti syntyy velvollisuus korvata B:lle käyttöoikeuden lakkaamisesta aiheutuva vahinko. Tällainen käsitys on myös analyttisen perinteen mukainen: C:n käyttöoikeus voidaan jaotella momentteihin, joista yksi on käyttöoikeuden dynaaminen suoja. Dynaaminen suoja voidaan edelleen jaotella eri sivullisuhteissa saatavaan dynaamiseen suojaan.¹³⁶ Jaottelua voidaan jatkaa erittelemällä dynaamisen suojan eri muodot eli oikeuden sitovuus ja oikeus saada vahingonkorvausta oikeutta loukkaavalta sivulliselta. Dynaamisen suojan saanti suhteessa eri henkilötahoihin voidaan ratkaista itsenäisesti eri perusteilla; näin voidaan tehdä myös dynaamisen suojan eri muotojen kohdalla. Se, että C:n ei tarvitse sallia B:lle esineen käyttöä, ei estä sitä, että C voi joutua korvaamaan B:lle käyttöoikeuden menetyksestä aiheutuvan vahingon.¹³⁷

¹³⁴ Ks. esim. *Saarnilehto* JJ 1999 ja *Hemmo* 2003a s. 204 ss.

¹³⁵ *Zittingin* mukaan sopimuksen sitovuudella on perinteisesti tarkoitettu, että se saa sisältönsä mukaisen vaikutuksen. Nykyään sopimus katsotaan sitovaksi myös silloin, jos suorituksen laiminlyövä velallisen on korvattava sopimuskumppanilleen positiivinen sopimusetu eli asetettava sopimuskumppani siihen taloudelliseen asemaan, jossa hän olisi, jos velallinen olisi tehnyt sopimuksen mukaisen suorituksen. (*Zitting* 1989 s. 20.)

¹³⁶ *Zitting* on omistusoikeutta käsitellessään jaotellut luovutuksensaajan suojan henkilösuhteittain. Suojaa voidaan arvioida erikseen asianosaissuhteessa, etenevässä ja takautuvassa sivullisuhteessa sekä suhteessa yleiseen sivullistahoon. Lisäksi etenevässä ja takautuvassa sivullisuhteessa voidaan erotella kollisiot sen mukaan, onko luovutuksensaajan vastapuolena luovuttajan velkoja, perillinen, toinen luovutuksensaaja tms. (*Zitting* 1951 s. 48–51.) Tämä esineoikeudessa vakiintuneen aseman saavuttanut jaottelu soveltuu myös käyttöoikeuden haltijan suojan tarkasteluun: kussakin henkilösuhteessa voidaan tarkastella erikseen, saako käyttöoikeus suoja.

¹³⁷ Tosin oikeutta vahingonkorvaukseen ei ole perinteisesti käsitelty oikeuden dynaamiseen suojaan kuuluvana. Olen kuitenkin johdannossa perustellut, miksi myös vahingonkorvaus tulee ottaa huomioon dynaamisen suojan muotona.

Näillä perusteilla voidaan pitää tarkoituksenmukaisena – ja jo *de lege lata* mahdollisena – ratkaisuna sitä, että C:tä sitovat vain sellaiset B:n oikeudet, joiden sitovuudelle on lain tai tavanomaisen oikeuden tuki. Sen sijaan B:n oikeudesta tietoinen C voi joutua korvaamaan B:lle oikeuden menettämisestä aiheutuvan vahingon. C:n tietoisuutta B:n oikeudesta voitaisiin pitää sellaisena VahL 5:1:ssä tarkoitettuna erittäin painavana syynä, jonka perusteella myös puhdas varallisuusvahinko tulisi korvattavaksi.¹³⁸

Entä miten tulisi suhtautua oikeuksiin, joiden sitomattomuudesta suhteessa sivullisiin on lainsäädäntöä? Katson, että tällainen sääntely rajoittaa primuksen omaisuuden suojaa, minkä vuoksi sitä ei tulisi tulkita laajentavasti ainakaan, kun primuksen ja sekunduksen omaisuudensuojan välinen punninta ei tue tällaista laajentavaa tulkintaa.¹³⁹ Maakaassa ei varsinaisesti mainita, ettei esisopimusostajalla olisi oikeutta vaatia kiinteistöä myöhemmältä ostajalta tai ettei panttaussitoumuksen saaja voisi vaatia panttikirjat sitoumuksen jälkeen saanutta panttivelkojaa parempaa panttioikeutta. Tämä ilmenee kuitenkin lain säännöksistä *e contrario* ja lisäksi erittäin selvästi lain esitöistä. Sen sijaan sekunduksen mahdolliseen vahingonkorvausvastuuseen ei oteta kantaa laissa eikä esitöissä. Siksi maakaaren sääntelyn ei voi katsoa rajoittavan primuksen oikeutta saada sekundukselta vahingonkorvausta oikeutensa loukkaamisesta.

Panttaussitoumuksen sivullissitomattomuutta on kritisoitu. *Havansi* katsoo sitomattomuuden muodostavan vilpillisessä mielessä olevaa sekundusta suosivana sellaisen poikkeuksen esineoikeudessaamme vallitsevasta kollisionratkaisuperiaatteesta, että sitomattomuuden olisi selvästi ilmevä

¹³⁸Tosin toisen tahallistakaan vahingoittamista ei pidetä aina vahingonkorvausvastuun perusteena. Tätä perustellaan sillä, että erityisesti liikekilpailussa aiheutetaan helposti toiselle vahinkoa, vaikka ei meneteltäisikään moitittavasti. Jos X perustaa päivittäistavarakaupan Y:n omistaman kaupan viereen, osa Y:n asiakkaista siirtyy todennäköisesti asioimaan X:n kaupassa. Y:lle aiheutuu siis taloudellista vahinkoa X:n toiminnan vuoksi, mutta Y ei ole velvollinen korvaamaan tätä vahinkoa, jos ei ole toiminut hyvän tavan vastaisesti. (Ks. esim. *Routamo – Ståhlberg* 2000 s. 47–52.) Tämä perustuu siihen, että kilpailu nähdään hyödyllisenä ja resurssien tehokasta käyttöä edistävänä. Edellä on kuitenkin osoitettu, että käsiteltävässä kollisiotyypissä C:n vahingonkorvausvastuu johtaisi tehokkaaseen lopputulokseen. Siksi toisen tahallisen vahingoittamisen sallimiseen – toisin kuin edellä kuvatussa tavallisessa kilpailutilanteessa – ei ole perusteita.

On kuitenkin epäselvää, voidaanko tietoisuutta toisen oikeudesta voimassaolevan oikeutemme mukaan pitää vahingonkorvauslaissa tarkoitettuna erittäin painavana syynä. Aion palata tähän kysymykseen myöhemmin erillisessä kirjoituksessa.

¹³⁹Suomessa hyväksytään yleisesti ajatus, että perusoikeuksien käyttöä koskevia lainsäädäntöksiä on tulkittava perusoikeusmyönteisesti (ks. perusoikeusmyönteisestä laintulkinnasta V.-P. *Viljanen* LM 1990 s. 203 ss). Perusoikeusmyönteisen tulkinnan merkitystä on korostettu nykyisen perustuslain esitöissä (ks. *Tuori* 1999 s. 669–670 ja siinä viitatu HE 1/1998 s. 164 ja PeVM 10/1998 s. 30–31).

lain sanamuodosta. Kun lakiteksti kuitenkin on tulkinnanvarainen, Havansi päätyy suosittamaan, että esitöiden asiaa koskeva lausuma sivuutetaan ja lakia tulkitaan niin, että vilpillisessä mielessä ollut sekundus häviää kollision.¹⁴⁰

Kaiston mukaan Havansi liioittelee aikaprioriteetin merkitystä katsoessaan, ettei siitä ole mahdollista poiketa suhteellisen selvällä lainkohdalla ja esitöissä esitetyllä tarkennuksella. Kaisto pitää kuitenkin mahdollisena nykyisenkin lainsäädännön puitteissa suojata primusta säännöllä, jonka mukaan hyvän tavan vastaisen oikeustoimi on pätemätön, ainakin niissä tilanteissa, joissa panttaussitoumuksen saanut primus on jo tehnyt suorituksen ja sekunduksen täytyy olettaa tietneen tästä.¹⁴¹ *Tammi-Salminen* päätyy pitämään Havansin kantaa *de lege ferenda* perusteltuna, mutta ei kuitenkaan todennäköisesti *de lege lata* mahdollisena tulkintavaihtoehtona. Sitovuutta tukisi hänen mukaansa se, että maakaareissa on noudatettu useimmissa kohdissa periaatetta, jonka mukaan vilpillisessä mielessä olevaa ei suojata.¹⁴²

Edellä jaksossa 2.5 olen todennut, että on aiheellisempaa suojata oman oikeutensa suojaamisen laiminlyönyttä kuin toisen oikeutta tietoisesti loukkaavaa. Tällä perusteella katsonkin, ettei maakaareen olisi tullut ottaa vilpillisessä mielessä olevaa sekundusta suosivaa säännöstä. Kuitenkaan en pidä mahdollisena säännön sivuuttamista *de lege lata* – säännös ei ole niin tulkinnanvarainen, kuin Havansi antaa ymmärtää, ja näin uuden lainsäädännön tulkinnassa esitöiden sivuuttaminen ei ole asianmukaista.¹⁴³

Mallia, jossa oikeudet katsotaan lähtökohtaisesti sivullisia sitomattomaksi, mutta niitä loukannut sivullinen voidaan tuomita korvaamaan aiheuttamansa vahinko, voidaan ehkä kritisoida edellä kuvatusta perusoikeusnäkökulmasta: miksi primuksen esineeseen kohdistuva oikeus supistuu pelkäksi oikeudeksi saada vahingonkorvausta oikeutta loukanneelta? Kuten johdannossa kuvattiin, omaisuudensuoja on pelkkää vahingonkorvausoikeutta laajempi. Tätä vertailukohtaa vasten näyttäisi oudoksuttavalta, että primuksen oikeus supistuu pelkäksi sekundukseen kohdistuvaksi oikeudeksi vahingonkorvaukseen jopa ilman lain nimenomaista säännöstä.

Vastaus löytyy kuitenkin johdannossa käsitellystä punninnasta. Kollisiossa joko primuksen tai sekunduksen perusoikeutta – omaisuudensuojaa

¹⁴⁰ *Havansi* 1996 s. 91–98.

¹⁴¹ *Kaisto* 1997 s. 19–20. Kaiston kanta MK:ssa tehtyyn ratkaisuun primuksen oikeuden lähtökohtaisesta sitomattomuudesta ei käy ilmi.

¹⁴² *Tammi-Salminen* 2001 s. 175–176.

¹⁴³ Esityöt ovat erityisen merkittäviä tuoreen lainsäädännön tulkinnassa, mutta menettävät merkitystään yhteiskunnallisten olojen muuttuessa. Vanhempien esitöiden merkitystä vähentää myös lain säätämisen jälkeen syntynyt oikeuskäytäntö. (*Tolonen* 2003 s. 116–117.)

– on rajoitettava. Arvioitaessa sekä primuksen suojan tarvetta, sekunduksen suojan tarvetta että yleiseen etuun liittyviä näkökohtia voidaan tulla siihen tulokseen, että primuksen sinänsä suojan arvoista oikeutta on syytä turvata vain varallisuusarvoisena intressinä. Vastaavasti sekunduksen sopimusvapautta rajoitetaan vain siten, että hänellä säilyy mahdollisuus tehdä primuksen oikeuden kanssa ristiriitaisia sopimuksia, mutta hänen on korvattava näin aiheutuva vahinko.

Hahmottelemani malli on kuitenkin ongelmallinen sellaisissa tapauksissa, joissa A ja C ovat ryhtyneet oikeustoimeen tarkoituksenaan saada B:n oikeus raukeamaan. Tällöin vahingonkorvaus voi olla riittämätön seuraus, koska osapuolet ovat pyrkineet nimenomaan B:n oikeuden raukeamiseen ja B:n jäämiseen pelkän vahingonkorvausvaateen varaan. Vaikka B saisikin varmemmin suorituksen, kun vahingonkorvausvastuussa olisi hänen sopimuskomppaninsa A:n ohella myös C, osapuolet kuitenkin onnistuisivat tavoitteessaan riistää B:ltä oikeus luontoissuoritukseen. Seuraavassa tarkastelenkin, tulisiko B:n oikeuden olla C:tä sitomaton myös silloin, kun A ja C pyrkivät käyttämään tätä sitomattomuutta hyväkseen loukatakseen B:n oikeutta.

4 PERUSTELUJEN SOVELTUMINEN KOLLUSIIVISEN MENETTELYN TAPAUKSIIN

Edellä olen pitänyt ainakin jossain määrin hyväksyttävänä perusteina B:n oikeuden sitomattomuudelle oikeuden mahdollista epätarkoituksenmukaisuutta, sekunduksen selonottovaikeuksia, primuksen tietoista riskinottoa eli sivullisia sitomattoman sopimustyyppin valitsemista ja ennakoitavuuden vaatimusta.¹⁴⁴ Näillä perusteilla voi kuitenkin olla erilainen merkitys

¹⁴⁴Keskityn seuraavassa käsittelemään lähinnä näitä edellä asianmukaisiksi katsomiani argumentteja. Huomautan kuitenkin lyhyesti, että myös edellä vieroksumieni argumenttien – esimerkiksi moraalisten perusteiden vähättelyn – perusteella sitomattomuuteen päätyneet tutkijat ovat usein hyväksyneet sitovuuden kollisiotapauksissa. Esimerkiksi *Hessler* pitää mahdollisena myös yleensä suojatta jäävän B:n oikeuden suojaamista niissä tapauksissa, joissa A:n ja C:n toiminnan tarkoituksena on ollut vahingoittaa B:tä (*Hessler* 1973 s. 286). Hän ei kuitenkaan juuri perustele tätä kantaansa; mahdollista on, että hän perustaa käsityksensä moraalisille näkökohdille, vaikka torjuukin näiden merkityksen arvioitaessa pelkän C:n tietoisuuden vaikutuksia (mts. 296). Myös objektiivisia sitovuusperusteita subjektiivisia parempina pitävä *Caselius* suhtautuu hyväksyvästi siihen, että A:n ja C:n moitittava tarkoitus aiheuttaa kollision ratkaisemisen B:n hyväksi (*Caselius* 1934 s. 118 av. 1).

silloin, kun A:n ja C:n tarkoituksena on loukata B:n oikeutta.¹⁴⁵ Toisaalta kollusiivisen menettelyn tapauksissa tulee erityisen voimakkaana esiin subjektiivisten sitovuusperusteiden ongelmallisuus, kun ratkaisevana pidetään A:n ja/tai C:n tarkoitusta loukata B:n oikeutta. Tarkoitus lienee vielä vaikeampi näyttää toteen kuin tietoisuus.

Epätarkoituksenmukaisten sidonnaisuuksien ehkäisemisen kannalta ei näyttäisi olevan merkitystä sillä, toimivatko A ja C kollusiivisesti vai eivät. B:n oikeus voi olla epätarkoituksenmukainen riippumatta siitä, onko sekundus C tietoinen tuosta oikeudesta tai pyrkiikö hän jopa tietoisesti loukkaamaan sitä. Edellä olen kuitenkin katsonut, että epätarkoituksenmukaiset oikeudet ovat ongelmallisia siksi, ettei oikeustointa A:n kanssa suunnitteleva C tiedä, miten epätarkoituksenmukainen C:n oikeus lopulta tulee vaikuttamaan hänen oikeusasemaansa.¹⁴⁶ Toisin sanoen esimerkiksi esinettä A:lta ostamassa oleva C ei tietäisi, missä määrin B:n käyttöoikeus tulee rajoittamaan hänen oikeuksiaan esineen omistajana. Tällöin C saataisi luopua kaupasta liian riskin vuoksi, vaikka mahdollisuudet B:n oikeuteen puuttumiseen esimerkiksi sovittelulla olisivatkin hyvät. B:n oikeutta voisi siis pitää vaihdannan kannalta haitallisena.

Samaa ongelmaa ei ole, jos A:n ja C:n välisen oikeustoimen tarkoituksena olisi loukata B:n oikeutta. Tällaista motiiveiltaan hylättävää oikeustointa voidaan pitää vaihdannan kannalta ei-toivottuna, eikä sellaisten edistäminen ole tarpeen. On vain hyvä, jos C luopuu oikeustoimesta riskiä välttääkseen.¹⁴⁷ Tosin voidaan ajatella, että C välttäisi varmuuden vuoksi

¹⁴⁵ Kollusiivisen menettelyn määritelmät vaihtelevat oikeuskirjallisuudessa jonkin verran. A ja C toimivat kollusiivisesti, kun heidän yhteisenä tarkoituksenaan on B:n oikeuden loukkaaminen (ks. esim. *Ylöstalo* 1956 s. 154, *Nial* 1983 s. 387 av. 1, *Agell* 1985 s. 87–88, *Tammi-Salminen* 2001 s. 252, *L. Kartio* 2001 s. 57 ja *Niemi* 2002 s. 179–180) tai toisen tarkoituksena on oikeuden loukkaaminen ja toinen tietää tästä tarkoituksesta (ks. esim. ja *Wirilander* 1986 s. 22 ja *Tepora ym.* 2002 s. 196). Tässä kirjoituksessa katson kollusiiviseksi molempien määritelmien mukaisen toiminnan.

¹⁴⁶ Ks. jakso 2.3. Vaikka epätarkoituksenmukaisen oikeuden sisältöön voitaisiinkin A:n ja C:n välisen oikeustoimen jälkeen puuttua esimerkiksi sovittelulla, B ei voi olla varma sovittelevaateensa menestymisestä ennen oikeustoimen tekemistä.

¹⁴⁷ *Undén* on todennut samoin shikaanitilanteista: Hänen mukaansa subjektiivista eli pahantahtoiseen motiiviin perustuvaa shikaanikieltoa ei voida kritisoida sen perusteella, että sen vaikutukset ovat ennakoimattomia. Onhan vain terveellistä, jos kiello aiheuttaa epävarmuutta sellaiselle, joka aikoo käyttää muodollista oikeuttaan vahingoittamistarkoituksessa. (*Undén* JFT 1938 s. 27.)

Tammi-Salminen katsoo, että C:n toimiessa hyvän tavan vastaisesti edellytys sivullisuhteissa suojaa saavan oikeuden tarkoituksenmukaisuudesta ylittyy. Tällöin C:n oikeutta ei ole perusteltua suojata, vaikka loukattua B:n oikeutta ei pidettäisikään yhteiskunnallisesti tarkoituksenmukaisena. (*Tammi-Salminen* 2001 s. 241.) Hän katsoo siis moraalisten perustelujen olevan näissä tapauksissa taloudellista tehokkuutta merkittävämpiä. Toisaalta

myös sellaisia oikeustoimia, joita voitaisiin ehkä pitää loukkaamistarkoituksessa tehtyinä, vaikka hänen motiivinsa olisivat sinänsä moitteettomat. Tämä vaikuttaa kuitenkin varovaisuuden liioittelulta: koska todistustaakka loukkaamistarkoituksesta on siihen vetoavalla B:llä, on hyvin epätodennäköistä, että asiallisista syistä tehtyä oikeustointa pidettäisiin tuomioistuimessa kollusiivisena. C:llä ei siis ole asianmukaisesti toimiessaan syytä pelätä kollusioväitettä eikä kollusioikiellon olemassaolo ole hänen kannaltaan relevantti riski, jolta häntä tulisi suojata.

Sekunduksen selonottovaikeuksilla ei voine juuri olla merkitystä kollusiivisen menettelyn ollessa kyseessä, koska kollusiivisen menettelyn on katsottu edellyttävän joko yhteistyötä A:n ja C:n välillä tai ainakin C:n tietoisuutta A:n tarkoituksesta loukata B:n oikeutta. Kollusiivisiin oikeustoimiin puuttumisen edellytyksenä on siis, että C tuntee B:n oikeuden sisällön tarpeeksi hyvin ymmärtääkseen, että hänen toimintansa loukkaa tätä oikeutta.

Huomiota on itse asiassa kiinnitetty siihen, että tahallisen vahingoittamisen tilanteissa selonottokustannukset ovat negatiiviset. Tämä johtuu siitä, että toista tahallaan loukkaava joutuu käyttämään resursseja onnistuakseen loukkauksessa.¹⁴⁸ Kun A ja C suunnittelevat yhteistoimintaa B:n oikeuden hävittämiseksi, he näkevät vaivaa tavoitteeseen pääsemiseksi. Tilanne on siis päinvastainen kuin tuottamuksellisen loukkamisen tilanteissa, joissa arvioidaan niitä selonottokustannuksia, joita syntyy pyrkimyksestä välttää vahingon aiheutuminen.

Kollusiivisen menettelyn kieltä tulisi ongelmalliseksi selonottovaikeuksien vuoksi vasta, jos A:n ja C:n välinen oikeustoimi voisi tulla B:tä sitomattomaksi myös silloin, kun A:n tarkoituksena on loukata B:tä ja C:n pitäisi tietää tästä tarkoituksesta. Tällainen selonottovelvollisuus ei vaikuta perustellulta, sillä C:llä ei ole juurikaan keinoja ottaa selvää sopimus-kumppaninsa motiiveista.

Tosin raja tosiasiallisen tietoisuuden ja selonoton laiminlyömissä välillä voi olla häilyvä silloin, kun A:n toiminnasta on helposti pääteltävissä, että hänen tarkoituksenaan on loukata B:n oikeutta. Rajanvedon vaikeutta havainnollistaa ratkaisu KKO 1973 II 19.

hänen mukaansa hyvän tavan noudattamista voidaan perustella myös tehokkaan vaihdannan ja luotonannon intresseillä, koska tehokkaan vaihdannan ja luotonannon edistäminen vaatii tietynlaista moraalialueita. Luottamus, rehellisyys ja muiden vaihdantaan osallistuvien subjektien intressien huomioon ottaminen ovat näet sujuvan vaihdannan toimimiseksi välttämättömiä tekijöitä. (Mts. 242.)

¹⁴⁸ Posner 1998 s. 226–227.

A oli saanut B:ltä tunnusteen käyttäen hyväkseen B:n ymmärtämättömyyttä ja edustaen itselleen aineellisen edun, joka oli ilmeisessä epäsuhteessa A:n B:lle antamien sitoumusten arvoon. Kun tunnusteen B:ltä saaneet C_1 ja C_2 olivat tunnusteen saadessaan olleet tietoisia A:n arvostelua aiheuttaneista menettelytavoista liiketoimissa, hänen heikosta taloudellisesta asemastaan ja huonosta luottotilanteesta ja kun heillä tämän vuoksi ja huomioon ottaen vielä, että tunnuste oli annettu pääomääränkin suhteen avoimena, oli ollut erityinen aihe ottaa selkoa tunnusteen syntymisolosuhteista, mutta he olivat tämän laiminlyöneet ja heidän niin ollen oli katsottava tunnusteen saadessaan VeksL 17 §:ssä tarkoitettu tavoin tahallaan toimineen B:n vahingoksi, C_1 :n ja C_2 :n B:tä vastaan tunnusteesta täydennetyn vekselin perusteella ajama kanne hylättiin.

Ratkaisussa katsottiin C_1 :n ja C_2 :n toimineen tahallaan A:n vahingoksi, kun he olivat laiminlyöneet velvollisuutensa ottaa selvää vekselin syntymisolosuhteista. Tahallisen vahingoittamisen on katsottu edellyttävän vahingoittamistietoisuutta¹⁴⁹ – tässä siis rinnastettiin selonoton laiminlyöminen ja tietoisuus.

Edellä olen pitänyt primuksen oikeutta suojan arvoisena suhteessa oikeudesta tietoiseen sekundukseen myös silloin, kun primus on laiminlyönyt oikeutensa suojaamisen julkivarmistuksella. Tämä perustui käsitykseeni, jonka mukaan toisen oikeuden tietoinen loukkaaminen on moitittavampaa kuin oman oikeutensa suojaamisen laiminlyönti. Edellä olen jo esittänyt perusteluja tälle kannalle. Primuksen suojaaminen näyttää vielä aiheellisemmalta silloin, kun sekundus ei ainoastaan tiedä primuksen oikeudesta vaan pyrkii aktiivisesti loukkaamaan sitä tai tietää sopimusikumpaninsa loukkaamistarkoituksesta.

Tietoinen riskinottoakaan ei näyttäisi oikeuttavan tahallista loukkaamista. Edellä tarkoitettiin tietoisella riskinotolla sitä, että B on hyväksynyt, että hänen ja A:n välinen sopimus tehdään sivullisia sitomatonta sopimustyyppiä käyttäen. Tarkoituksena voi esimerkiksi olla, että esisopimusostaja B on ollut jo valmis sitoutumaan sopimukseen kiinteistökaupasta mutta esisopimusmyyjä A on halunnut vielä odotella parempia tarjouksia. Tämä olisi ns. tehokkaan sopimusrikkomuksen¹⁵⁰ mahdollistava järjestely: A voisi myydä kiinteistön esisopimuksen vastaisesti C:lle, jolle kiinteistö olisi niin paljon arvokkaampi kuin B:lle, että A voisi saamallaan korvauksella maksaa positiivisen sopimusedun mukaisen vahingonkorvauksen B:lle mutta jäisi silti voitolle.

¹⁴⁹ *Ylöstalo* 1956 s. 139–141.

¹⁵⁰ Tehokkaalla sopimusrikkomuksella tarkoitetaan sopimusrikkomusta, jonka seurauksena on resurssien tehokkaampi allokaatio (ks. edellä alaviitteet 71, 122 ja 123).

Tarkoituksena on siis vapauttaa A luontoissuoritusvelvollisuudesta, jos hän syystä tai toisesta haluaa luovuttaa B:n oikeuden kohteen sivulliselle. Sopimusosapuolten – ainakaan B:n(!) – tarkoituksena ei ilmeisesti ole ollut antaa A:lle yksipuolista oikeutta välttää luontoissuoritus. Jos tarkoitus olisi ollut tämä, he eivät olisi tyytyneet valitsemaan sivullisia sitomatonta sopimustyyppiä, vaan olisivat sopineet, että A voi halutessaan vetäytyä sopimuksesta ja joko korvata B:lle aiheutuneen vahingon tai maksaa ennalta määritetyn sopimussakon. B on siis tietoisesti ottanut riskin vain siitä, että A:lle tarjoutuu mahdollisuus kannattavampaan sopimukseen ja tämä siksi haluaa eroon hänen oikeudestaan – ei siitä, että A vain käyttää myöhempää sopimusta keinona hänen oikeutensa lakkauttamiseen.

Edellä olen todennut, ettei näyttövaikeuksien pitäisi olla ratkaisevia kollisionratkaisusääntöjä päätettäessä.¹⁵¹ Tämä kanta tulee kuitenkin uudelleen harkittavaksi, kun puhutaan tietoisuuden näyttämisen sijaan motiivin eli loukkaamistarkoituksen näyttämisestä. B:n lienee näet vielä vaikeampi näyttää toteen A:n ja C:n kollusiivinen tarkoitus kuin C:n tietoisuus hänen oikeudestaan. Se, mihin A ja C ovat oikeustoimellaan pyrkineet, on heidän tahdonmuodostukseensa liittyvä seikka, josta vain heillä itsellään voi olla välitöntä tietoa. Yleensä heidän intressissään on pyrkiä salaamaan moitittavat tavoitteensa ja väittää, että B:tä loukkaavan oikeustoimen tarkoituksena on ollut esimerkiksi se, että C saa oikeustoimen kohteena olevan esineen itselleen, eivätkä he ole tavoitelleet B:n esineeseen kohdistuvan oikeuden raukeamista.

Oikeusjärjestyksessämme kytketään kuitenkin oikeusvaikutuksia ainakin lähes yhtä vaikeasti toteen näytettäviin seikkoihin. Esimerkiksi rikosoikeudessa, jossa oikeusvarmuuden vaatimus on erityisen suuri, rangaistavuuden edellytyksenä on usein teon tahallisuus. Tahallisuus ei tosin tarkoita ainoastaan pyrkimystä tietyn seurauksen aiheuttamiseen, vaan tahallisuutta on sekä tarkoitus-, varmuus- että ehdollinen tahallisuus. Tarkoitustahallisuudessa tekijän tarkoituksena on tietyn seurauksen aiheuttaminen, varmuustahallisuudessa hän pitää toimintansa johtamista tiettyyn seuraukseen käytännöllisesti katsoen varmana ja ehdollisessa tahallisuudessa hän pitää seurausta todennäköisenä.¹⁵² Näistä tarkoitustahallisuus lienee samanasteista tahallisuutta kuin kollusiivinen tarkoitus, tarkoitus loukata B:n oikeutta.

Muilla ei voi olla A:n ja/tai C:n tarkoituksesta välitöntä tietoa, vaan tietoa on mahdollista saada vain A:n tai C:n kertomana tai heidän käytökseltään ja ulkoisista olosuhteista päättelemällä.¹⁵³ Koska A:n ja C:n intressissä

¹⁵¹ Ks. jakso 2.6.

¹⁵² Nuutila 1995 s. 112–114.

¹⁵³ Cane OJLS 2000 s. 542.

on salata toimintansa kollusiivinen luonne, ainoaksi vaihtoehdoksi jää subjektiivisen tarkoituksen päätelemineen objektiivisten tekijöiden perusteella. Kolluusiokielto voitaisiin muotoilla samaan tapaan kuin eräistä naapurussuhteista annetussa laissa (1920/26) oleva shikaanikielto, jonka mukaan naapurilla on oikeus vaatia alueen palauttamista entiseen kuntoon ja haitan ja vahingon korvaamista, jos hänen naapurinsa on käyttänyt oikeuttaan alueeseen ”sillä tavalla tai sellaisissa oloissa, että toimenpiteen pääasiallisena tarkoituksena ilmeisesti on tuottaa naapurille vahinkoa tai haittaa”.

Tässä yhteydessä ei ole syytä tarkastella yksityiskohtaisesti, miten loukkaamistarkoitus voidaan näyttää toteen. Johtoa voidaan hakea oikeustoimen valeoikeustoimiluonteen osoittamisesta. Tämä tehdään *Aurejärven* mukaan suhteuttamalla annettu tahdonilmaisu esillä oleviin ”asianhaaroihin” ja päätelemällä, voisiko oikeustoimen tekijän todellinen tahto niiden vallitessa vastata hänen antamaansa ilmaisua. Arvioitavaksi tulee, olisiko oikeustoimen tekijän tiedoilla ja muilla ominaisuuksilla varustettu henkilö rationaalisesti toimien tahtonut tehdä oikeustoimen.¹⁵⁴ Samoin kollusiivisen tarkoituksen arvioinnissa tulisi olosuhteiden perusteella ratkaistavaksi, onko uskottavaa, että A ja C olisivat tahtoneet tehdä kyseisen oikeustoimen muusta syystä kuin B:n oikeuden loukkaamiseksi. C:n aseman turvaamiseksi tulisi tosin vaatia varsin vahvaa näyttöä kollusiivisesta tarkoituksesta.

Näyttäisikin siltä, että primuksen oikeudelta ei ole syytä evätä kolluusiotilanteessa suojaa samoilla perusteilla kuin niissä tilanteissa, joissa sekundus vain on tietoinen primuksen oikeudesta. Kolluusiotilanteissa on siis perusteltua katsoa, että primuksen oikeus sitoo sellaisenaan sekundusta eikä supistu pelkäksi vahingonkorvausvaateeksi. Tällä säännöllä estetään se, että A ja C onnistuisivat tavoitteessaan riistää B:ltä tälle kuuluva oikeus A:n ja B:n välisen sopimuksen mukaiseen luontoissuoritukseen.¹⁵⁵

¹⁵⁴ *Aurejärvi* LM 1980 s. 212–213. Ks. todellisen ja näennäisen oikeustoimen erottamisesta rikosoikeudellisesta näkökulmasta *Koponen* DL 2001 s. 232 ss. Tässä on tosin riski, että päädytään arvioimaan, miten ”normaali henkilö” toimisi kyseisessä tilanteessa. Jos normaali henkilö toimisi kyseisellä tavalla vain silloin, jos hänen tarkoituksenaan olisi loukata B:n oikeutta, tämän katsottaisiin olevan myös C:n tarkoituksena. Näin B:n oikeus voisi tulla C:tä sitovaksi niissäkin tilanteissa, joissa C ei tosiasiaa pyri loukkaamaan tätä oikeutta. (*Cane* OJLS 2000 s. 542–544.)

¹⁵⁵ Edellä alaviitteessä 144 olen tuonut esiin sen, että eri kirjoittajat määrittelevät kollusiivisen menettelyn eri tavoin. Näyttäisikin siltä, että käsitteen täsmentäminen olisi tarpeen, koska aiheen käsittely suomalaisessa oikeuskirjallisuudessa on ollut melko vähäistä: kollusiivinen menettely on yleensä tullut esiin jonkin yksittäisen oikeuskysymyksen tutkimisen yhteydessä, jolloin ns. kollusiivisen menettelyn kieltoa on käytetty yhtenä ratkaisuperusteena (ks. esim. *Ylöstalo* 1956 s. 153–155, *Wirilander* 1986 s. 22–24 ja *L. Kartio* 1988 s. 49 ja) tai siitä on kirjoitettu lyhyesti jonkin laajemman asiakokonaisuuden osana (ks. esim. *Tuomisto* 1993 s. 136 ja *L. Kartio* 2001 s. 57–58). Lisäksi kolmatta loukkaavia oikeustoimia on käsitelty käyttämättä kollusiivisen menettelyn käsitettä (ks. esim. *Wilhelmsson* OTJP

5 LOPUKSI

Edellä olen päätenyt siihen, että kollisiotilanteissa olisi yleensä perusteltua suojata primusta ainakin silloin, kun sekundus on tiennyt hänen oikeudesta. Tämä suojaaminen voidaan kuitenkin toteuttaa joko primuksen oikeuden suojaamisena sellaisenaan tai primuksen intressin suojaamisena. Oikeuden suojaamisen puolesta puhuisi johdannossa esitetty perusoikeusnäkökulma: sivullisen ei tulisi voida vähentää primuksen oikeutta pelkäksi vahingonkorvausvaateeksi. Suojan rajoittamista intressin suojaamiseen silloin, kun lainsäädännöstä tai tavanomaisesta oikeudesta ei saada tukea oikeuden suojaamiselle, puoltavat kuitenkin nähdäkseni painavammat syyt. Sääntö, jonka mukaan primuksen oikeus ei sido sekundusta mutta primuksella on oikeus vahingonkorvaukseen sekundukselta, johtaa todennäköisesti tarkoituksenmukaisten oikeuksien pysymiseen ja epätarkoituksenmukaisten oikeuksien raukeamiseen. Sääntö on myös selkeämpi kuin oikeuskirjallisuudessa usein puollettu lähtökohtainen primuksen oikeuden sitovuus, josta voidaan poiketa erityisten syiden – esimerkiksi primuksen oikeuden epätarkoituksenmukaisuuden – perusteella.

Esittämäni sääntö lieventäisi sitä ongelmaa, ettei lainsäätäjät pysy mukana uusien oikeustyyppien kehityksessä. Kuitenkin pidän toivottavana, että lainsäätäjät suorittaisi oikeuksien tarkoituksenmukaisuusarviointia, ja tämän arvioinnin perusteella säädettäisiin sivullisia sitoviksi – joko vilpittömän mielen puuttumisen tai tietoisuuden perusteella – sellaisia oikeustyppejä, jotka harkinnassa katsottaisiin suojaamisen arvoisiksi. Oikeus vahingonkorvaukseen jäisi siis eräänlaiseksi varoventtiiliksi niitä tilanteita varten, joissa lainsäädäntöön tai tavanomaiseen oikeuteen perustuvaa suojaa ei ole.

Primuksen oikeuden sitovuuteen tulisi joka tapauksessa päätyä niissä tilanteissa, joissa jälkimmäinen oikeustoimi on tehty vain primuksen oikeuden hävittämiseksi. Tämä on näet ainoa keino estää kollusiiviseen toimintaan ryhtyneiden onnistuminen pyrkimyksessään. Kollusiivisen menettelyn tilanteita voitaneen pitää niin harvinaisina, ettei edes joidenkin epätarkoituksenmukaisten oikeuksien tuleminen sekundusta sitoviksi aiheuttaisi merkittäviä ongelmia.

1978 s. 75–77 ja *Ämmälä* 1993 s. 136–143). Laajin esitys kollusiivisesta menettelystä lienee aihetta käsittelevä osio *Tammi-Salmisen* negative pledge -ehtojen sivullissitovuutta käsittelevässä väitöskirjassa (*Tammi-Salmisen* 2001 s. 252–257). Aionkin myöhemmin palata kollusiiviseen menettelyyn ja pyrkiä määrittämään toisaalta tarkemmin sen, millaista menettelyä on pidettävä kollusiivisena, ja toisaalta sen, mihin voimassa olevan oikeutemme sääntöihin ja periaatteisiin kollusiivisen menettelyn kieltö voidaan perustaa.

LÄHTEET

Agell 1985

Agell, Anders: *Äganderätten till fastighet för makar och samboende. En studie av kommissionsköp*. Lund 1985.

Aurejärvi LM 1980

Aurejärvi, Erkki: Valeoikeustoimen tunnusmerkistöstä. *LM* 1980 s. 205–229.

Cane OJLS 2000

Cane, Peter: *Mens Rea* in Tort Law. *Oxford Journal of Legal Studies* 2000 s. 533–556.

Capitant 1984

Capitant, Henri: *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*. Par Weill, Alex – Terré, François – Lequette, Yves. 8^e édition. Paris 1984.

Caselius 1934

Caselius, Ilmari: *Sopimukseen perustuvat irrottamisoikeudet. Varallisuus oikeudellinen tutkimus Suomen voimassaolevan oikeuden mukaan*. Helsinki 1934.

Coase 1988

Coase, Ronald: The Problem of Social Cost. *The Firm, the Market and the Law* s. 95–156. Chicago 1988.

Forssell 1976

Forssell, Hans: *Tredjemansskyddets gränser. En studie av principen ”köp bryter lega” och indelningen i sakrätter och obligatoriska rättigheter*. Lund 1976.

Hakulinen 1962

Hakulinen, Y. J.: *Obligationsrätt I. Allmänna läror*. Tammerfors 1962.

Havansi 1981

Havansi, Erkki: *Panttioikeus osakkeeseen. Toinen osa*. Vammala 1981.

Havansi 1992

Havansi, Erkki: *Esinevakuusoikeudet. Panttioikeus. Pidätys oikeus. Omistuksenpidätys. Vakuusluovutus*. Toinen, uudistettu painos. Helsinki 1992.

Havansi 1996

Havansi, Erkki: *Kiinteistöpanntioikeus uuden maakaaren mukaan*. Jyväskylä 1996.

Havansi JJ 2004

Havansi, Erkki: Kollisio ja kolluusio. *Omistus, sopimus, vaihdanta. Juhlakirja Leena Kartiolle* s. 19–28. Jyväskylä 2004.

HE 309/1993

Hallituksen esitys Eduskunnalle perustuslakien perusoikeussäännösten muuttamisesta.

HE 120/1994

Hallituksen esitys Eduskunnalle maakaareksi ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi.

HE 1/1998

Hallituksen esitys Eduskunnalle uudeksi Suomen Hallitusmuodoksi.

Hemmo 1998

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

Hemmo 2003a

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

Hemmo 2003b

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

Hessler 1973

Hessler, Henrik: *Allmän sakrätt. Om det förmögenhetsrättsliga tredjemansskyddets principer*. Stockholm 1973.

Mia Kartio

Håstad 1996

Håstad, Torgny: *Sakrätt avseende lös egendom*. Sjätte, omarbetade upplagan. Stockholm 1996.

Jokela – Kartio – Ojanen 2004

Jokela, Marjut – Kartio, Leena – Ojanen, Ilmari: *Maakaari*. 3., uudistettu painos. Jyväskylä 2004.

Kaisto 1997

Kaisto, Janne: ”*Tiesi tai olisi pitänyt tietää*”. *Varallisuus oikeudellinen tutkimus perustellun vilpittömän mielen vaatimuksesta KK 11:4 ja 12:4:n sekä VKL 14 §:n mukaan*. Vammala 1997.

Kaisto 2001

Kaisto, Janne: *Sopimusvapaus, laki ja maksusuoja. Varallisuus oikeudellinen tutkimus yksityisautonomiasta systemaattisena ja aineellisena lähtökohtana etenkin hyvässä uskossa tehdyn suorituksen velvoitteesta vapauttavaa vaikutusta silmällä pitäen*. Jyväskylä 2001.

Kaisto LM 1996

Kaisto, Janne: Sääntely- ja sovittelukohtuudesta sivullissuojaoikeudessa. *LM* 1996 s. 447–467.

Kaisto LM 2003

Kaisto, Janne: Lunastusoikeuden pysyvyydestä irtaimen kaupassa. *LM* 2003 s. 638–671.

L. Kartio 1974

Kartio, Leena: *Rakennuksen omistajan oikeusasemasta erityisesti silmällä pitäen maapohjan omistussuhteiden merkitystä*. Vammala 1974.

L. Kartio 1988

Kartio, Leena: *Maanvuokralaki hovioikeuskäytännössä*. Jyväskylä 1988.

L. Kartio 2001

Kartio, Leena: *Esineoikeuden perusteet*. 2., uudistettu painos. Jyväskylä 2001.

L. Kartio JJ 1997

Kartio, Leena: Sopimus ja kolmas. *JJ Aulis Aarnio 1937–1997* s. 152–163. Jyväskylä 1997.

L. Kartio LM 1998

Kartio, Leena: Esineoikeus valinkauhassa. *LM* 1998 s. 1057–1064.

Kihlman 1999

Kihlman, Jon: *Fel. Särskilt vid köp av lös och fast egendom*. Stockholm 1999.

Kivimäki – Ylöstalo 1981

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

Koponen DL 2001

Koponen, Pekka: Todellinen ja näennäinen varallisuuden luovutus velallisen rikoksissa. *DL* 2001 s. 228–250.

Koulu 1992

Koulu, Risto: Esineoikeudellisesta tutkimuksesta 1990-luvulla. *Uudistuva esineoikeus 1991* s. 1–10. Helsinki 1992.

Kylänpää 2000

Kylänpää, Katriina: Tyypipakkoperiaatteesta Suomen ja Ranskan oikeusjärjestelmässä. *Kirjoituksia varallisuus oikeudesta muuttuvassa toimintaympäristössä* s. 365–407. Helsinki 2000.

Lehtonen 1999

Lehtonen, Niina: Sopimusvapauden perustuslainsuoja. *Perusoikeudet Suomessa* s. 177–220. Helsinki 1999.

Länsineva 2002

Länsineva, Pekka: *Perusoikeudet ja varallisuussuhteet*. Jyväskylä 2002.

Majamaa DL 1991

Majamaa, Vesa: Eräs yritys kiinnityksen kohteen ongelma – ajatustottumustemme aikaansaannos? *DL* 1991 s. 506–521.

Mattei 2000

Mattei, Ugo: *Basic Principles of Property Law. A Comparative Legal and Economic Introduction*. Westport 2000.

Mononen 2001

Mononen, Marko: *Sopimusoikeuden materiaalisuudesta*. Helsinki 2001.

Nial 1983

Nial, Håkan: *Om handelsbolag och enkla bolag*. Stockholm 1983.

Nial SvJT 1940

Nial, Håkan: Nya sakrätter? *SvJT* 1940 s. 673–683.

Niemi 1996

Niemi, Matti Ilmari: *Päämäärien valtakunta. Konventionalisitinen analyysi lainopillisen tiedon edellytyksistä ja oikeusjärjestelmän perusteista*. Vammala 1996.

Niemi 2002

Niemi, Matti Ilmari: *Maakaaren järjestelmä I*. Toinen, uudistettu painos. Porvoo 2002.

Nuutila 1995

Nuutila, Ari-Matti: *Rikosoikeuden ABC-kirja*. Turku 1995.

PeVM 10/1998

Perustuslakivaliokunnan mietintö 10/1998 vp. hallituksen esityksestä uudeksi Suomen Hallitusmuodoksi.

Posner 1998

Posner, Richard A.: *Economic Analysis of Law*. Fifth edition. New York 1998.

Pöyhönen 2000

Pöyhönen, Juha: *Uusi varallisuus oikeus*. Jyväskylä 2000.

Rodhe 1985

Rodhe, Knut: *Handbok i sakrätt*. Lund 1985.

Routamo – Ståhlberg 2000

Routamo, Eero – Ståhlberg, Pauli: *Suomen vahingonkorvausoikeus*. 4., uudistettu painos. Jyväskylä 2000.

Saarnilehto 1987

Saarnilehto, Ari: *Sopimusoikeuden perusteet*. Jyväskylä 1987.

Saarnilehto 2001

Saarnilehto, Ari: Sopimuksen sitovuus. *Varallisuus oikeus* s. 425–457. Juva 2001.

Saarnilehto JJ 1999

Saarnilehto, Ari: Sopimusneuvotteluissa aiheutetun vahingon korvaaminen. *Juhlajulkaisu Jukka Peltonen 60 vuotta* s. 221–234. Vammala 1999.

Saarnilehto Oikeustieto 2/2000

Saarnilehto, Ari: Sitooko sopimus luovutuksensaajaa? *Oikeustieto* 2/2000 s. 3–4.

Saraviita 1998

Saraviita, Ilkka: *Suomen perusoikeusjärjestelmä*. Rovaniemi 1998.

Scheinin 1991

Scheinin, Martin: *Ihmisoikeudet Suomen oikeudessa*. Jyväskylä 1991.

Simons 1995

Simons, Kenneth W.: Contributory Negligence. *Philosophical Foundations of Tort Law* s. 461–485. New York 1995.

Tammi-Salminen 2001

Tammi-Salminen, Eva: *Sopimus, kompetenssi ja kolmas. Varallisuus oikeudellinen tutkimus negative pledge -lausekkeiden sivullisittomuudesta*. Jyväskylä 2001.

Tammi-Salminen JJ 1998

Tammi-Salminen, Eva: Sekunduksen tiedolle maakaassa annettu merkitys ja vaihdannan etu. *JJ Leena Kartio 1938–30/8–1998* s. 299–308. Turku 1998.

Tammi-Salminen LM 2001

Tammi-Salminen, Eva: Tehokas ja rehellinen vaihdanta. *LM* 2001 s. 866–871.

Tammi-Salminen LM 2003a

Tammi-Salminen, Eva: Oikeustapauskommentti ratkaisusta KKO 2002:58. *LM* 2003 s. 121–137.

Tammi-Salminen LM 2003b

Tammi-Salminen, Eva: Sopimus ja kolmas uuden esineoikeuden osa-alueena. *LM* 2003 s. 96–98.

Telaranta 1990

Telaranta, K. A.: *Sopimusoikeus*. Vammala 1990.

Tepora 1984

Tepora, Jarno: *Omistuksenpidätyksestä. Varallisuus oikeudellinen tutkimus omistusoikeuden käytöstä vakuus- ja hallinnoimistarkoituksessa omistuksenpidätysehdon muodossa erityisesti rakennustoiminnassa*. Vammala 1984.

Tepora JJ 1985

Tepora, Jarno: Esine- ja velvoiteoikeuden erottelulle asetetuista tehtävistä. *JJ Simo Zitting 1915–1985* s. 290–307. Helsinki 1985.

Tepora LM 1998

Tepora, Jarno: Oikeuden materiaalistuminen ja esineoikeuden perusteet. *LM* 1998 s. 774–778.

Tepora ym. 2002

Tepora, Jarno – Kartio, Leena – Koulu, Risto – Wirilander, Juhani: *Kiinteistön käyttö ja luovutus*. Neljäs, uudistettu painos. Jyväskylä 2002.

Terré – Simler 2002

Terré, François – Simler, Philippe: *Droit civil. Les biens*. 6^e edition. Paris 2002.

Tolonen 2003

Tolonen, Hannu: *Oikeuslähdeoppi*. Vantaa 2003.

Tuomisto 1988

Tuomisto, Jarmo: *Omistuksenpidätys ja leasing. Varallisuus oikeudellinen tutkimus omistuksenpidätysehdestä ja leasingsopimuksesta tavaran toimittajan ja rahoittajan vakuuskeinona*. Vammala 1988.

Tuomisto 1993

Tuomisto, Jarmo: *Tyypipakosta aikaprioriteettiin. Näkökohtia esineoikeudellisen sivullisuujojan perusteista*. Vammala 1993.

Tuori 1999

Tuori, Kaarlo: Perusoikeuksien ja ihmisoikeuksien turvaamisvelvollisuus (PL 22 §). *Perusoikeudet* s. 667–673. Juva 1999.

Ulfbeck 2000

Ulfbeck, Vibe: *Kontraktens relativitet. Det direkte ansvar i formueretten*. København 2000.

Undén JFT 1938

Undén, Östen: Om rättsmisbruk eller s.k. chikan. *JFT* 1938 s. 10–30.

V.-P. Viljanen 2001

Viljanen, Veli-Pekka: *Perusoikeuksien rajoitusedellytykset*. Vantaa 2001.

V.-P. Viljanen LM 1990

Viljanen, Veli-Pekka: Perustuslaki ja laintulkinta. *LM* 1990 s. 203–236.

Wilhelmsson LM 2004

Wilhelmsson, Thomas: Yleiset opit ja pienet kertomukset ennakoitavuuden ja yhdenvertaisuuden näkökulmasta. *LM* 2004 s. 199–227.

Wilhelmsson OTJP 1978

Wilhelmsson, Thomas: Om tro och heder i finsk avtalsrätt. *OTJP* 1978 s. 34–88.

Wirilander 1986

Wirilander, Juhani: *Kiinteistökauppa sopimuksena. Kiinteistökauppa ja sen verotus* s. 9–37. Vammala 1986.

Wright 1995

Wright, Richard W.: The Standard of Care in Negligence Law. *Philosophical Foundations of Tort Law* s. 249–275. New York 1995.

Wärneryd JEP 1996

Wärneryd, Karl-Erik: Risk attitudes and risky behavior. *Journal of Economic Psychology* 1996 s. 749–770.

Ylöstalo 1956

Ylöstalo, Matti: *Tutkimuksia vekselioikeuden alalta*. Vammala 1956.

Zitting 1951

Zitting, Simo: *Omistajanvaihdoksesta silmällä pitäen erityisesti lainhuudatuksen vaikutuksia*. Vammala 1951.

Zitting 1989

Zitting, Simo: *Sivullissuojasta varallisuus oikeudessa*. 2., uudistettu painos. Jyväskylä 1989.

Zitting DL 1977

Zitting, Simo: ”Tiesi tai piti tietää”. *DL* 1977 s. 184–191.

Zitting LM 1970

Zitting, Simo: Tiedon ja puuttuvan tiedon merkityksestä sivullissuhteissa. *LM* 1970 s. 830–839.

Zitting – Rautiala 1982

Zitting, Simo – Rautiala, Martti: *Esineoikeuden oppikirja. Yleinen osa*. 5. tarkistettu ja täydennetty painos. Vammala 1982.

Ämmälä 1993

Ämmälä, Tuula: *Sopimuksen pätemättömyyden korjaantumisesta. Oikeustoimilain pätemättömyysperusteita koskeva tutkimus*. Jyväskylä 1993.

Ämmälä 2002

Ämmälä, Tuula: *Virhe. Erityisesti kuluttajankaupassa ja asuntokaupassa*. Jyväskylä 2002.

Ämmälä JJ 2004

Ämmälä, Tuula: Kauppaa koskevista reklamaatioista. *Omistus, sopimus, vaihdanta. Juhlakirja Leena Kartiolle* s. 261–280. Jyväskylä 2004.

LYHENTEET

| | |
|------|---|
| DL | Defensor Legis |
| HE | Hallituksen esitys eduskunnalle |
| JFT | Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland |
| JJ | Juhlajulkaisu |
| LM | Lakimies |
| OTJP | Oikeustiede – Jurisprudentia |
| SvJT | Svensk Juristtidning |

Mia Kartio

PROTECTION OF “WEAK RIGHTS” AGAINST THIRD PARTIES

This article deals with rules that regulate conflicts of rights, when A first enters into a contract with B and then enters into an inconsistent contract with C. For example, A leases an object to B and then sells the same object to C. I analyse arguments that are commonly used to justify a rule according to which B’s prior right is not binding on C even if C knew of the right at the time of his contract with A.

These arguments are:

- 1) Third parties should not be bound by contracts. Thus, a contract between A and B should not limit C’s freedom to act.
- 2) Some rights do not need protection because they are short-term and of little value.
- 3) Some rights can be considered inefficient. Denying protection is a means of discouraging people from using these types of rights or at least a means of diminishing their harmful effects.
- 4) Even though C knows something of B’s right, it could be difficult for him to find out the exact content of the right. Transaction costs would increase, if people had to use resources to get information on other people’s rights.
- 5) There is no reason to protect B, if he has neglected the precautions to protect his right. B does not even need protection, if he has known that a specific right is not protected and thus can have foreseen that he could lose the right.
- 6) Rules should be based on economic analysis, not on moral arguments. Rules should be as clear as possible, and it is better to solve the conflict based on objective criteria (for example registration) than on such subjective criteria as C’s knowledge of B’s right.
- 7) Rights that are not binding on all third parties should not be protected even against third parties who know of them. If B is protected only against those with knowledge of the right, his right will be so weak, that there is no reason to protect it at all.
- 8) Rules should be so simple, that people can easily foresee how the conflict will be solved. A rule, according to which contractual rights do not bind third parties at all, is simpler than a rule, according to which some contractual rights bind third parties under some circumstances.

After considering these arguments, I come to conclusion that they are not sufficient grounds for denying B protection in cases where C knows of his right. However, legal system can protect either his right or his interest. The right is protected, when it is binding on C: for example, his lease will continue in spite of C's subsequent purchase. The interest is protected, when the right expires, but B is entitled to compensation for damages.

Protection of B's interest would, on one hand, guarantee B sufficient protection and, on the other hand, probably lead to an efficient resolution of the conflict. Therefore, I support a general rule, according to which B's right should only be protected in cases determined by rules of statutory or customary law. In other cases, his right should not be binding on C, but C should be liable, if he enters into an interfering contract with knowledge of B's right.

However, this general rule is not satisfactory, if A and C enter into the contract in pursuit of harming B by reducing his right to a mere claim for damages. They should not be able to succeed, and therefore B's right should be protected in these – probably very rare – cases.