

SUOMALAISEN LAKIMIESYHDISTYKSEN JULKAISUJA
A-SARJA N:o 57

P. J. MUUKKONEN

MUOTOSÄÄNNÖKSET

VARALLISUUSOIKEUDELLISIA SOPIMUKSIA
KOSKEVA TUTKIMUS

AKATEEMINEN KIRJAKAUPPA
JAKAJA

SUOMALAISEN
LAKIMIESYHDISTYKSEN
JULKAISUJA

A-SARJA

N:o 57

SUOMALAISEN LAKIMIES-
YHDISTYKSEN JULKAISUJA

A-SARJA

N:o 57

P. J. MUUKKONEN

MUOTOSÄÄNNÖKSET

VARALLISUUSOIKEUDELLISIA SOPIMUKSIA
KOSKEVA TUTKIMUS

JAKAJA AKATEEMINEN KIRJAKAUPPA

MUOTOSÄÄNNÖKSET

VARALLISUUSOIKEUDELLISIA SOPIMUKSIA
KOSKEVA TUTKIMUS

KIRJOITTANUT

P. J. MUUKKONEN

LAKITIEEEN LSENSIAATTI, VARATUOMARI

*Yliopistollinen väitöskirja, joka Helsingin yliopiston
Lainopillisen tiedekunnan suostumuksella esitetään
julkisesti tarkastettavaksi luentosalissa XII lauan-
taina helmikuun 22 päivänä 1958 kello 12*

SUOMALAINEN LAKIMIESYHDISTYS

Vammala 1958,
Vammalan Kirjapaino Oy.
ISBN 978-951-855-820-3 (PDF)

ALKUSANAT

Tässä tutkimuksessa pyritään antamaan yleiskuva varallisuus oikeudellisten sopimusten muutosäännöksistä. Kun oikeusjärjestyksemme osalta ei ole julkaistu ainuttakaan systemaattista yleisesitystä muotomääräyksistä, lienee tutkimustehtävää pidettävä tarkoituksen mukaisena, varsinkin kun asianlaita on jokseenkin samoin muissa pohjoismaissa.

Tutkimusaineistosta ei ole ollut puutetta. Pikemminkin aineiston ja tutkimusalaan liittyvien kysymysten runsaus ovat tuottaneet vaikeuksia. — Yleisesityksessä ei aina voida yhtä perusteellisesti tarkastella jokaista mahdollista kysymystä. Päämääränä näet on tutkimusalan hahmottaminen.

Erittäin miellyttävänä velvollisuutenani on esittää kunnioittavimmat kiitokseni professori *Ilmari Caseliukselle*. Hän opasti minua kiinnittämään huomiota muutosäännöksiin sekä on monin tavoin tukenut työtäni ja auttanut sen edistymistä. Erittäin lämpimästi haluan kiittää myös esimiestäni, professori *Väinö Vihmaa*, joka auliisti ja vaivojaan säästämättä on tukenut ja ohjannut tutkimustyötäni. Vielä pyydän kiittää vt. professori *Matti Ylöstaloa*, joka, samoin kuin edellä mainitut, on lukenut teokseni käsikirjoituksen. Tehdyt huomautukset eivät ole voineet olla vaikuttamatta esityksen parantumiseen. Filosofian maisteri *Aili Jalava* on suorittanut teoksen kieliasun tarkastuksen, mistä pyydän lausua kiitokseni.

Kiitollisena mainitsen, että *Helsingin yliopiston Herra Kansleri* myönsi minulle vuosiksi 1954 ja 1955 nuorten tieteenharjoittajain apurahan. *Kauppakorkeakoulun Herra Kanslerin* myöntämänä nautin sanottua apurahaa vuonna 1956. *Vuipurilaiselta osakunnalta* vuonna 1953 saamani apuraha on myös tukenut työtäni taloudellisesti. *Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen* myötävaikutus tutkimuksen julkaisemisessa on niin ikään kiitollisuudella mainittava.

Helsingissä, marraskuussa 1957.

P. J. Muukkonen

SISÄLLYSLUETTELO

Alkusanat	VII
Sisällysluettelo	IX
Kirjallisuusluettelo	XIV
Lyhennyksiä	XXXIII

JOHDANTO

1 §. Tehtävän asettaminen ja tarkastelukulma

1. Lähtökohta	1
2. Tehtävän asettaminen	4
A. Tutkimustehtävän rajoittaminen	4
B. Katsaus kirjallisuuteen	4
3. Tarkastelukulma	8

I LUKU. MUOTOSÄÄNNÖKSEN KÄSITE

2 §. Muotosäännöksen yleistunnusmerkistö

1. Yleistä	12
A. Määritelmän vaikeus ja vaarallisuus	12
B. Muoto-sanana monimerkityksisyys	13
C. Yleistunnusmerkistön ja erikoistunnusmerkistöjen eron tarpeellisuus ..	16
2. Yleiset tunnusmerkit	17
A. Missä järjestyksessä sopimus on tehtävä?	17
B. Muodon ulkoisuus	19
C. Muodon välitön liittyvyys sopimuksen tekemiseen	19
D. Muotosäännöksen määritelmä	26

3 §. Muotosäännösten erikoistunnusmerkistötapauksia

A. Vekselin ja shekin muoto	31
B. Päiväminen ja tekopaikan merkitseminen	33

a. Testamentissa	34
b. Avioehtosopimuksessa	35
c. Vekselissä ja shekissä	36
d. Kiinteistön luovutuksessa	37
e. Yhteen veto	41
C. Eräistä kansainvälisistä perheoikeudellisista suhteista 5. 12. 1929 annettu laki	42
D. Johtopäätökset	43

4 §. Eräitä rajankäyntejä

A. Rajankäynnin tarpeellisuus	44
B. Traditiovaatimus	44
C. PK 12: 4:n arpajako	46
D. Kielivaatimukset	47
E. Tahdonilmaisun nimenomaisuusvaatimus	50
F. Vaatimukset tahdonilmaisun »selvyydestä» ja »todistettavuudesta»	53
G. Sopimuksen sisältöä koskevat normit	54
a. Oppi oikeustoimen aineosista	55
b. Muotosäännöksen kahdenlainen soveltamisala	59
c. Johtopäätökset	65
H. Apuoikeustoimet	69

II LUKU. MUOTOSÄÄNNÖSTEN JÄRJESTELMÄ

5 §. Pääjaotukset

1. Luokituksesta yleensä	71
2. Perusjako	73
3. Varsinaiset, epävarsinaiset ja ohjesisällöiset muotosäännökset	76
A. Eräs kaksijako	76
B. Kolmijako on välttämätön	79
C. Jaotus kompetenssi- ja käyttäytymisnormit	80
4. Menettelytapakaavojen erilaisuus luokitusperusteena	82
A. Muotosäännösten kaavoittuminen eli typologisoituminen	82
B. Tyyppiluokittelusta	84
5. Ns. sekamuotosäännökset	85

6 §. Yksi- ja kaksipuoliset muotosäännökset

A. Luokituksen tarkoituksenmukaisuus	86
B. Kaksipuolisuus — pääsääntökö?	89

7 §. Kilpailevat muutosäännökset

A. Muotojen kilpailusta yleensä	91
B. Muutosäännöksen korvattavuuden periaate	93

8 §. Eräiden kirjallisuudessa esiintyvien luokitusten arvostelua

A. Solenniteettimuodot	101
B. Symbolit	104
C. Muita luokituksia	105

III LUKU. PÄTEMÄTTÖMYYS, YKSI MUOTO- SÄÄNNÖSTEN NOUDATTAMATTA JÄÄMISEN VAIKUTUKSISTA

9 §. Havaintoja pätemättömyysopista

1. Tehottomuus- ja olemattomuustapaukset	107
A. Tehottomuus ahtaassa merkityksessä ja pätemättömyys	107
B. Ns. olemattomuus- eli ineksisstenssitapaukset	109
2. Klassillinen pätemättömyysoppi	113
3. Analyyttinen pätemättömyysoppi	116
4. Pätemättömyyden asiallinen merkitys	122
A. Lähtökohta	122
B. Skandinaavinen työhypoteesi	124
C. Bramsjön käsite «återgång»	128
D. Eräitä johtopäätöksiä	128

10 §. »Tämän luvun säännökset eivät koske määrämuotoisia sopimuksia»
eli OikTL 1₂ §:n tulkintaa

A. Määrämuotoisten sopimusten käsite OikTL 1 ₂ §:ssä	134
B. Sitooko määrämuotoisen sopimuksen tarjous?	138
C. Oikeusteoreettisia näköaloja	142

11 §. Muotovirheen aiheuttama osapätemättömyys

A. Johtaako muotovirhe osapätemättömyysprobleemiin?	146
B. Osapätemättömyyskysymyksen ratkaisemisesta	147
a. Katsaus kirjallisuuteen	148
b. Oikeuskäytäntömme	150
c. Yhteenveto	155

IV LUKU. ERILAISTEN MUOTOSÄÄNNÖSTEN NOUDATTAMATTA JÄÄMINEN SEKÄ MUITA PERUSONGELMIA

12 §. Yksityisautonomisista muotosäännöksistä

1. Sopiminen muotosäännöksestä	158
2. Muotosäännöksen noudattamatta jäämisen oikeusvaikutus	164
3. Hyväksymisen ja täyttämistoimen vaikutus muutovirheeseen	168
A. Hyväksyminen	168
B. Täyttämistoimi	170

13 §. Tavanomaisoikeudelliset muotosäännökset 173

14 §. Lakisääntöiset muotosäännökset

1. Muotosäännösten noudattamatta jäämisen erilaisista oikeusvaikutuksista ..	176
A. Varsinaiset muotosäännökset	176
B. Ohjesisältöiset muotosäännökset	178
C. Epävarsinaiset muotosäännökset	181
a. AL 108 §:n elatussopimus	181
b. AULapsiL 11 §:n elatussopimus	184
c. Huoneenvuokrasopimus	186
d. Kiinteistönvälityssopimus	186
e. Kommandiittiyhtiön perustamissopimus	188
f. Moottoriajoneuvon luovutussopimus	190
g. Oppisopimus	191
h. Osamaksukauppa	191
i. Osuuskunnan perustamissopimus	192
j. Yhteenveto	192
D. Oikeusvaikutusten erottelun tarpeellisuudesta	195
2. Pätemättömyys — pääsääntökö?	197
3. Muutovirheeseen vetoamisen norminvastaisuus	206
A. Onko muutovirheeseen vetoaminen tavan ja moraalien normien vastaista?	206
B. Onko muutovirheeseen vetoaminen oikeusnormien vastaista?	209
a. Ns. muutovirheen vaikutuksettomuuden periaate	209
b. Pienet muutovirheet	210
c. Ns. salaiset muutovirheet	213
d. Muutovirheeseen vetoamisen kohtuuttomuus	214
e. Onko muutovirheeseen vetoaminen OikTL 33 §:n vastaista?	217
f. Yhteenveto	219

15 §. *Suppean tulkinnan vaatimus*

A. Katsaus kirjallisuuteen	222
B. Eräitä tulkintatapauksia	224
a. Esisopimuksen muoto	224
b. Purkusopimuksen muoto	226
c. Valtuutuksen muoto	229
C. Yhteenveto	230

V LUKU. VAPAAMUOTOISUUDEN PERIAATE
JA SEN MERKITYS

16 §. *Kehityksen avaamia näköaloja*

1. Kehityksen suuret aaltoliikkeet	231
A. Kohti konsensualismia	231
B. Vapaamuotoisuuden periaate ja sen suhde sopimusvapauteen	234
C. Muotosäännösten renessanssiko?	236
2. Kehitys Ruotsissa ja Suomessa	238
A. Ankarasta formalismista vapaamuotoisuuteen	238
B. 1800-luvulta nykypäiviin	239
3. Eräitä johtopäätöksiä	242

KIRJALLISUUSLUETTELO

- Aaltonen, Aimo O.*: Tavarán virheistä. Hankintaa koskeva kauppaoikeudellinen tutkimus I. Helsinki 1955.
- Ahländer, Björn*: Är juridiken en vetenskap? Uppsala 1950.
- Ahlman, Erik*: Oikeuden mukaisuus ja sen suhde moraaliin. Helsinki 1943.
- Ahrnborg, Bertil*: Rättegång och skiljedom såsom medel att lösa affärstvister. SvJT 1950 s. 488 ss.
- Ailio, Lauri*: Kiinteistön luovutuksen muodosta. LM 1923 s. 137 ss.
- Alanen, Aatos*: Yleinen oikeustiede. Turku 1948.
- Alkio, Paavo*: Kiinteistönluovutusleimasta. LM 1946 s. 1 ss.
- Almási, Anton*: Ungarisches Privatrecht. I. Berlin und Leipzig 1922.
- Almén, Tore*: Om auktion såsom medel att åvägbringa aftal. II. Uppsala 1900. (Om auktion II)
- » — Lagen om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område av den 11 juni 1915 samt därav föranledda författningar med litteraturhänvisningar och förklarande anmärkningar. Stockholm 1916. (Avtalslagen)
- » — Om köp och byte av lös egendom. I. Kommentar till lagen den 20 juni 1905. 3 uppl. ombesörjad av Rudolf Eklund. Stockholm 1934. (Köp I)
- Almén, Tore—Eklund, Rudolf*: Lagen om avbetalningsköp. Stockholm 1926. (Avbetalningsköp)
- » — Lagen om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område av den 11 juni 1915. Stockholm 1949. (Almén—Eklund)
- Almquist, Jan Eric*: Den svenska fastighetsrättens historia. Stockholm 1944.
- Aminoff, Gregori*: Korkeimman oikeuden ratkaisujen hakemisto 1910—1939. Hämeenlinna 1943.
- von Amira, Karl*: Nordgermanisches Obligationenrecht. I. Altschwedisches Obligationenrecht. Leipzig 1882.
- Anderegg, Karl*: Die Formerfordernisse im neuen Bürgschaftsrecht. Bern 1943.
- Andersen, Kristen*: Noen spredte trekk fra norsk ugyldighetslaere idag. TFR 1934 s. 97 ss.
- Anson, William R.*: Principles of the English Law of Contract and of Agency in its Relation to Contract. 20 edition by J. L. Brierly. Oxford 1952.
- Arndt*: Zur exceptio doli bei Schwarzkäufen. DJZ 1926 s. 805 ss.
- Arnholm, Carl Jacob*: Alminnelig avtalerett. Oslo 1949. (Arnholm)
- » — Arvostelu teoksesta Bramsjö, Sven: Om avtals återgång. TFR 1950 s. 488 ss.
- » — Noen metodologiske betraktninger. SvJT 1952 s. 505 ss.
- » — Sammansatte avtaler. Oslo 1952. (Sammansatte avtaler)

- Arnholm, Carsten*: Den aksjerettslige ugyldighetspraeskripsjon. TFR 1930 s. 363 ss.
- Ask, John*: Om formaliteter vid kontrakt enligt romersk och svensk förmögenhetsrätt. I—II. Lund 1887.
- Aubert, Wilhelm*: Om straffens sosiale funksjon. Oslo 1954.
- Augdahl, Per*: Aksjeselskapet efter norsk ret. Oslo 1926. (Augdahl)
- » — Den norske obligasjonsretts almindelige del. Oslo 1954. (Obligasjonsrett)
- Baer, Friedrich*: Die Auflassung auf Grund eines formlosen Kaufvertrages. Bornaleipzig 1907.
- Bang, J.*: Falsa demonstratio. Ein Beitrag zur Lehre der Auslegung und Anfechtung der Rechtsgeschäfte. Jena 1916.
- Becker, H.*: Obligationenrecht. I. Allgemeine Bestimmungen. — Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, begründet von M. Gmür, herausgegeben von H. Becker. Band VI: 1. Bern 1941.
- Beckman, Nils*: Verkan av vittnesjävens avskaffande på formföreskrifter om vittnen. SvJT 1940 s. 43 ss.
- » — Svensk rättspraxis. SvJT 1951 s. 17 ss.
- Beckman, Rudolf*: Muutama sana muotovaatimuksesta kiinteistönkaupassa suomalaisen oikeuskäytännön mukaan. Juhlajulkaisu 1734 vuoden lain muistoksi IV, Helsinki 1934, s. 79 ss.
- » — Inbegripes i formkravet vid fastighetsköp att säljare och köpare samtidigt skola vara närvarande hos offentligt köpevitne? JFT 1936 s. 276 ss.
- » — Suomen merioikeus. Luentoja. Turku 1940.
- Benckert, Karl*: Några spörsmål angående kravet på skriftliga form vid köp av fast egendom. Festskrift till Birger Ekeberg, Stockholm 1950, s. 76 ss.
- Bergman, C. G.*: Testamentet i 1600-talets rättsbildning. Lund 1918.
- Bergström, Svante*: Kollektivavtalslagen. Uppsala 1948.
- Björling, C. G.*: För vilka avtal är anbudet bindande enligt avtalslagens första kapitel? SvJT 1916 s. 353 ss.
- » — Än en gång frågan om tillämpningsområdet för avtalslagens första kapitel. SvJT 1918 s. 341 ss.
- » — »Egenhändig namnunderskrift« — verkställd av annan. Festskrift tillägnad Erik Marks von Würtemberg, Stockholm 1931, s. 78 ss. (Egenhändig namnunderskrift)
- » — Till rättshandlingsläran. SvJT 1932 s. 428 ss.
- Björling, C. G.* — *Malmström, Åke*: Civilrätt. Lärobok för nybörjare. 14 uppl. Malmö 1954.
- Boehmer, Gustav*: Der Erfüllungswille. München 1910. (Erfüllungswille)
- » — Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung. II: 2. Praxis der richterlichen Rechtsschöpfung. Tübingen 1952. (Boehmer)
- Braekhus, Sjur*: En analyse og vurdering av den såkalte negative kontraktinteresse i nordisk kontraktrett. TFR 1947 s. 515 ss.
- Bramsjö, Sven*: Om avtals återgång. En studie över innehållet i återgångspåföljden. Lund 1950.
- Brauer, M.*: Prozessvollmacht und Vollmacht zu Rechtsgeschäften. Berlin 1905.
- Brunner, Heinrich*: Deutsche Rechtsgeschichte. I, II. Leipzig 1887, 1892.

- Brusiin, Otto*: Joustavat normit oikeuden käytössä. DL 1938 s. 286 ss.
- » — Tuomarin harkinta normin puuttuessa. Vammala 1938. (Tuomarin harkinta)
- » — Über die Objektivität der Rechtsprechung. Helsinki 1949. (Objektivität)
- » — Über das juristische Denken. Helsingfors 1951. (Juristische Denken)
- » — Aineettoman vahingon korvaamisesta. Siviilioikeudellinen tutkimus. Helsinki 1953. (Korvaus)
- » — Oikeusvertailusta. LM 1954 s. 434 ss.
- Bugge, Nicolay*: Avtaleloven med motiver og henvisninger. Oslo 1949.
- Burckhardt, Walther*: Methode und System des Rechts. Zürich 1936. (Methode)
- » — Einführung in die Rechtswissenschaft. Zürich 1939. (Einführung)
- Calonius, Matthias*: Siviilioikeuden luennot. Vilhelm Chydeniuksen ja Väinö Nordströmin julkaisemasta latinankielisestä painoksesta suomentanut Edwin Linkomies. Vammala 1946.
- Carlson, B. C.*: Är skriftlig avtal, varigenom en fastighetsägare förbinder sig att inom utsatt tid försälja sin fastighet för uppgivet pris och på för övrigt överenskomna villkor vid äventyr att eljest nödgas erlägga överenskommet vite, bindande beträffande vitet, om ägaren utan laga skäl vägrar fullgöra avtalet. JFT 1932 s. 131 ss.
- » — Naturafullgörelse vid leverans och försträckning. Festskrift för Otto Hjalmar Granfelt, Helsingfors 1934, s. 185 ss.
- » — Några anmärkningar om formlost ingången avtalsvite till säkerhet om formbundna avtal. DL 1951 s. 1 ss.
- » — Vähän K. A. Telarannan väitöskirjasta ja vastaväittäjän lausunnosta. LM 1954 s. 151 ss.
- » — Rätten. Ett rättsteoretiskt försök. Hyvinkää 1954. (Rätten)
- » — Varallisuus oikeudellinen tahdonilmaisu. LM 1956 s. 595 ss.
- » — Suhde- ja olemuskäsitteistä lainopissa. LM 1957 s. 22 ss.
- Caselius, Ilmari*: Omistajankiinnityksestä Suomen oikeuden mukaan. Helsinki 1924. (Omistajankiinnitys)
- » — Panttioikeuden käsitteestä Suomen oikeuden mukaan. Helsinki 1925. (Pantti)
- » — Huoneenvuokralaki. Sosiaalinen aikakauskirja 1925 s. 581 ss.
- » — Kiinnityksen lainvoimasta. DL 1926 s. 48 ss.
- » — Sopimukseen perustuvat irroittamisoikeudet. Varallisuus oikeudellinen tutkimus Suomen voimassaolevan oikeuden mukaan. Helsinki 1934. (Irroittamisoikeudet)
- » — Säättäjän tahdonilmaisusta ja sen peruuttamisesta. DL 1938 s. 133 ss.
- » — Kommandiittiyhtiöstä. DL 1945 s. 257 ss.
- » — Arvostelu teoksesta Vihma, Väinö: Vakuutuksenottajan tiedonantovelvollisuus vakuutus sopimusta tehtäessä vakuutus sopimuslain mukaan. LM 1945 s. 541 ss.
- » — Arvostelu teoksesta Rautiala, Martti: Puolisoiden velkasuhteet avioliittolain mukaan. I. Avioliiton aikana. LM 1945 s. 279 ss.
- » — Kiinteistöjen omistussuhteita koskevista fidusiaarisista sopimuksista. DL 1952 s. 277 ss.
- » — Arvostelu teoksesta Ylöstalo, Matti: Testamentin moitteesta. LM 1953 s. 965 ss.

- Caselius, Ilmari*: Avioehtosopimuksen määrämuotoisuudesta. DL 1954 II s. 43 ss.
- » — Näkökohtia aviottoman lapsen tunnustamisen muodosta. LM 1955 s. 865 ss.
- Caselius, Ilmari — Rautiala, Martti*: Siviilioikeudellisia oikeustapauksia. Avustajana Jorma Penttinen. Helsinki 1953. (Caselius—Rautiala)
- Caselius, Ilmari — Heikonen, A. R.*: Osakeyhtiö. I. 2 painos. Porvoo 1955. (Caselius—Heikonen)
- Chydenius, Jakob Wilhelm*: Försök till kort framställning af läran om köp enligt finsk rätt. JFT 1892—93 s. 337 ss.
- » — Om tolkning af rättsäranden. Akademisk inbjudningsskrift. Helsingfors 1909. (Om tolkning)
- » — Sananen lahjasta. LM 1919 s. 25 ss.
- » — Lärobok i finsk arfs- och testamentsrätt. 3 uppl. Helsingfors 1920. (Arfsrätt)
- » — Finsk äktenskapsrätt. 2 uppl. Helsingfors 1922. (Äktenskapsrätt)
- » — Lärobok i finsk kontraktsrätt. I. 3 uppl. Helsingfors 1923. — II. 2 uppl. Helsingfors 1925. (Chydenius KR I—II.) — II, 1 uppl. Helsingfors 1918. (Chydenius, Vanha KR II)
- » — Lagen om aktiebolag. Helsingfors 1936. (Om aktiebolag)
- Cederberg, Lauri*: Lisiä oppiin kauppiaskäsitteestä Suomen siviilioikeuden mukaan. LM 1912 s. 53 ss., s. 105 ss.
- » — Prokura Suomen lain mukaan. Helsinki 1915.
- » — Arvostelu teoksesta Nial, Håkan: Om klanderbara och ogiltiga bolagsstämmobeslut. TFR 1935 s. 435 ss.
- Colin, Ambroise — Capiant, Henri*: Cours élémentaire de droit civil français. Tome deuxième. 10 édition. Paris 1953.
- Corbin, Arthur Linton*: Corbin on Contracts. One volume Edition. St. Paul, Minn. 1952.
- Curti, Arthur*: Englands Privat- und Handelsrecht. II. Handelsrecht. Berlin 1927.
- Danz, Erich*: Die Auslegung der Rechtsgeschäfte. Zugleich ein Beitrag zur Rechts- und Tatfrage. 2 Aufl. Jena 1906.
- Dehn, Hans*: Die Bedeutung mündlicher Nebenabreden bei formellen Verträgen nach bürgerlichem Rechte. Leipzig 1908.
- Dernburg, Heinrich*: Die allgemeinen Lehren des bürgerlichen Rechts des Deutschen Reichs und Preussens. 3 Aufl. Halle 1906. (Dernburg)
- » — System des Römischen Rechts. Der Pandekten. 8 Aufl., bearbeitet von Paul Sokolowski. I—II. Berlin 1911—1912. (RR I—II)
- Eberstein, Gösta*: Den svenska växelrätten. Stockholm 1934.
- Ehdotus* laiksi varallisuus oikeudellisista sopimuksista ja muista varallisuus oikeudellisista oikeustoimista ynnä perustelut. Lainvalmistelukunnan julkaisuja N:o 2/1925. Helsinki 1925.
- Ehrenzweig, Armin*: System des österreichischen allgemeinen Privatrechts. I: 1. Allgemeiner Teil. Bearbeitet von Adolf Ehrenzweig. Wien 1951. — II: 1. Das Recht der Schuldverhältnisse. Wien 1928.
- Ek, C. H.*: Bidrag till läran om utomobligatoriskt skadeståndsansvar vid rättsenlig farlig verksamhet enligt Finlands gällande civilrätt. Helsingfors 1943.
- » — Alustus Lainopillisen yhdistyksen keskustelukysymykseen n:o 4 vuodelta 1951. JFT 1952 s. 146 ss.

- Ekeberg, Birger*: Till frågan om tillämpningsområdet för avtalslagens första kapitel. SvJT 1917 s. 444 ss.
- » — Replik till C. G. Björlings artikel: Än en gång frågan om tillämpningsområdet för avtalslagens första kapitel. SvJT 1918 s. 343.
- » — Om testamentsvittnen. En rättsfallsstudie. SvJT 1925 s. 1 ss.
- » — Om bevisskyldigheten för testamentes laga tillkomst. Festskrift för Berndt Julius Grotenfelt, Helsingfors 1929, s. 22 ss.
- » — Arvostelu teoksesta Undén, Östen: Svensk sakrätt. I. TFR 1937 s. 469 ss.
- Ekelöf, Per Olof*: Juridisk slutledning och terminologi. TFR 1945 s. 211 ss.
- » — Om begagnandet av termen rättighet inom juridiken. Festskrift till Birger Ekeberg, Stockholm, 1950 s. 176 ss.
- » — Är den juridiska doktrinen en teknik eller en vetenskap. Lund 1951.
- Ekholm, Aleksis*: Korkeimman oikeuden ratkaisujen hakemisto 1940—1954. Helsinki 1957.
- Ekström, F. W.*: Läran om »viljans autonomi» i den internationella privaträtten. Till professorn Robert Hermanson, Helsingfors 1916, s. 159 ss.
- » — Sju internationellt privaträttsliga uppsatser. Helsingfors 1920. (Sju uppsatser)
- » — Privaträttens allmänna läror. Utgiven av Einar Cavinus. Helsingfors 1921—1925. (Ekström)
- » — Om borgen. 3 uppl. Helsingfors 1947. (Om borgen)
- Ellilä, Tauno*: Sivullisen oikeussuojan takeista ulosotossa erityisesti silmälläpitäen ulosmittausmenettelyä. Vammala 1947.
- Endemann, F.*: Das eigenhändige Testament im Lichte der Praxis. DJZ 1914 s. 22 ss.
- Enneccerus, Ludwig — Kipp, Theodor — Wolff, Martin*: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. — Erster Band: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. 14. neubearbeitete Aufl. von Hans Carl Nipperdey. Erster Halbband. Tübingen 1952. Zweiter Halbband. Tübingen 1955 (*Enneccerus—Nipperdey*). — Zweiter Band: Recht der Schuldverhältnisse. 13. Bearbeitung von Heinrich Lehmann. Tübingen 1950. (*Enneccerus—Lehmann*)
- Erma, Reino*: Työurakka Suomen velvoiteoikeuden mukaisena sopimustyyppinä. Vammala 1955.
- Esser, Josef*: Lehrbuch des Schuldrechts. Karlsruhe 1949.
- Fehr, Hans*: Oikeus ja todellisuus. Katsaus oikeusmuotojen syntymiseen ja häviämiseen. Helsinki 1933.
- Fischer, Max*: Der Begriff der Vertragsfreiheit. Zürich 1952.
- Flour, Jacques*: Quelques remarques sur l'évolution du formalisme. Le droit privé français au milieu du XX^e siècle. Études offertes à Georges Ripert. I. Paris 1950, s. 93 ss.
- Forsman, Jaakko*: Suomen lainsäädännön historia. Sen pääpiirteet. Edellinen osa. Helsinki 1896.
- Förslag till lag om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område, lag om avbetalningsköp mm.* Stockholm 1914. (Förslag till avtalslagen)
- Förslag till jordabalk I.* SOU 1947: 38. Stockholm 1947.
- German, O. A.*: Grundlagen der Rechtswissenschaft. Einführung in deren Probleme, Methoden und Begriffe. Bern 1950.

- Gjelsvik, Nikolaus*: Innleiding i rettsstudiet. Oslo 1945.
- Godenhielm, Bertil*: Inbegripes i formkravet vid fastighetsköp att säljare och köpare samtidigt skola vara närvarande hos offentligt köpevitne? JFT 1936 s. 252 ss.
- Godenhielm, Berndt*: Skisser i allmän avtalsrätt. JFT 1952 s. 181 ss.
- » — Om säljarens bundenhet under ändrade förhållanden. Helsingfors 1954. (Godenhielm)
- Gram, G. W.—Vogt, Hans*: Den nordiske obligationsret. Kjøbenhavn 1888.
- Granfelt, George*: Finlands växelrätt i sammandrag. Fullbordad och utgiven av O. Hj. Granfelt under medverkan av A. Candolin. Helsingfors 1926. (G. Granfelt)
- Granfelt, O. Hj.*: Bör på utländskt språk utfärdad rättegångsfullmakt godkännas av domstol i Finland? JFT 1946 s. 223 ss.
- Grönvall, F.*: Asetus torpan, lampuotitilan ja mäkitupa-alueen vuokrauksesta 12 pöytä maaliskuuta 1909. Maanomistajia ja vuokramiehiä varten selityksillä varustanut Filip Grönvall. 2 painos. Porvoo 1909. (Vuokra)
- » — Uusi avioliittolainsäädäntö selityksineen. Porvoo 1929. (Grönvall)
- » — Vekseli- ja shekkilait selityksineen. Toinen lisätty painos. Toimittanut A. R. Heikonen. Helsinki 1951. (Grönvall—Heikonen)
- Guhl, Theo*: Das schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels-, Wechsel- und Versicherungsvertragsrechtes. Zürich 1948.
- Haataja, Kyösti*: Vuokran käsite yksityismaan vuokrasta maalla nykyään voimassa olevan Suomen lainsäädännön mukaan. Vuokralakitutkimuksia I. Porvoo 1921. (Käsite)
- » — Suomen maanvuokraoikeus. Porvoo 1934. (Maanvuokraoikeus)
- Hagerup, Francis*: Forelaesninger over retsencyclopaedi. 2 udg. Kristiania 1919.
- Hakulinen, Y. J.*: Perusteettoman edun palautus. Siviilioikeudellinen tutkimus. Helsinki 1931. (Perusteeton etu)
- » — Maksun oikeudellisesta luonteesta. LM 1931 s. 239 ss.
- » — Avioliittolainsäädäntö kiinteistön luovutusta ja maanmittaustoimitusta silmälläpitäen. Maanmittaus 1933 s. 78 ss.
- » — Inbegripes i formkravet vid fastighetsköp, att säljare och köpare samtidigt skola vara närvarande hos offentligt köpevitne? JFT 1936 s. 266 ss.
- » — Arvostelu teoksesta Raninen, Huugo: Vahvistuskirje sopimuksen tekemisessä. LM 1938 s. 276 ss.
- » — Arvostelu teoksesta Rekola, Aarne: Saamisoikeuden vanhentuminen Suomen lain mukaan. LM 1940 s. 134 ss.
- » — Pohjoismaista velvoiteoikeutta. LM 1940 s. 319 ss.
- » — Arvostelu teoksesta Wrede, R. A.: Velvoiteoikeuden yleinen osa luentojen mukaan. Toimittanut Lars Wasastjerna. Suomentanut Onni Heimonkoski. LM 1943 s. 532 ss.
- » — Testamentin muodosta. DL 1945 II 87 ss.
- » — Sovintojako ja perintöosuuden luovutus. LM 1945 s. 31 ss.
- » — Om formkravet vid fastighetsöverlåtelse enligt finsk rätt. SvJT 1946 s. 737 ss.
- » — Velkakirjalaki siihen liittyvine lakeineen. Porvoo 1947. (Velkakirjalaki)

- Hakulinen, Y. J.*: Kiinteistön luovutuksen muodosta sekä julkisen kaupanvahvistajan asemasta ja tehtävistä. 2 painos. Vammala 1949. — 1 painos. Helsinki 1939. (Luovutus; — sama 1 p.)
- » — Presumptiivisesta isyydestä. LM 1950 s. 115 ss.
- » — Kuolinpesäkö juridinen henkilö? LM 1955 s. 357 ss.
- » — Lain tai hyvän tavan vastainen ehto testamentissa. Toivo Mikael Kivimäen juhlaulkaisu, Vammala 1956, s. 104 ss.
- Hakulinen, Y. J.* — *Rapola, Marjos*: Osuuskuntalaki selityksineen. Helsinki 1954. (Hakulinen—Rapola)
- Halila, Jouko*: Todistustaakan jaosta silmälläpitäen erityisesti varallisuus oikeudellisistä oikeussuhteista. Porvoo 1955.
- Haneberg, Lisa*: Unwahre und unechte Urkunden. Ein Beitrag zur Lehre vom Zeichnen mit fremdem Namen. Leipzig 1917.
- Hannikainen, Antti*: Arvostelu teoksesta Zitting, Simo: Omistajanvaihduksesta erityisesti lainhuudatuksen vaikutuksia silmällä pitäen. LM 1951 s. 795 ss.
- Hastig, Carl Axel*: Ett spörsmål om tillämpligheten av den i ÄB 13:1 stadgade klandertiden. JFT 1947 s. 121 ss.
- Heck, Philipp*: Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz. AcP 1914 s. 1 ss. (Interessenjurisprudenz)
- » — Grundriss des Schuldrechts. Tübingen 1929. (Heck)
- Heikonen, A. R.*: Avoimen yhtiön perustamisesta. DL 1930 s. 347 ss., s. 373 ss.
- » — Perinnönyhteydestä Suomen oikeudessa silmälläpitäen erikoisesti perillisten omistusoikeussuhteita. I—II. Helsinki 1936, 1937. (Perinnönyhteys I—II)
- » — Testamentin hyväksymisestä ennen testamentintekijän kuolemaa. LM 1939 s. 353 ss.
- » — Eräs kiinteistön saannon lainhuutoa ja saantokirjan leimalla varustamista koskeva tapaus. DL 1940 s. 321 ss.
- » — Testamentin peruuttamisesta. LM 1941 s. 253 ss.
- » — Testamentin hyväksymisen muodosta ja oikeusvaikutuksista. DL 1942 II s. 33 ss.
- » — Onko perikunnan myymän kiinteistön kauppa perillisen moitekanteen johdosta julistettava kokonaisuudessaan mitättömäksi vaiko vain hänen perintöosuuttaan vastaavalta osalta? DL 1943 s. 239 ss.
- » — Omaisuuden osituksessa tapahtuvan kiinteän omaisuuden luovutuksen muodosta. LM 1948 s. 275 ss.
- » — Avoin yhtiö Suomen oikeuden mukaan. Porvoo 1948. (Avoin yhtiö)
- » — Jäämistöön kuuluvan kiinteistön osan luovutus. DL 1949 s. 186 ss.
- » — Omaisuuden osituksessa ja perinnönjaossa saadun kiinteistön lainhuudatusleimasta. DL 1949 II s. 64 ss.
- » — Kahden ostettua yhdessä kiinteistön kauppakirjan osoittamatta, miten omistusoikeus on ostajien kesken jaettu, kumpaisenkin on katsottava omistavan yhtä suuren osan kiinteistöstä. DL 1951 s. 320 ss.
- Heldrich, Karl*: Die Form des Vertrages. Vorschläge zur Neugestaltung des Rechts auf Grund eines Referates. Herausgeg. von Hueck. AcP 1941 s. 89 ss. Gesetzsvorschlag s. 127 ss. (Heldrich; Heldrichin lakiehdotus)
- Hemmer, Ragnar*: Suomen oikeushistorian oppikirja. I. Helsinki 1950.

Hernberg, Alarik: Om prokura. JFT 1911 s. 86 ss.

— » — Uppsatser i juridiska ämnen. Helsingfors 1912. (Uppsatser)

— » — Grunddragen av Finlands familjerätt. Helsingfors 1925. (Familjerätt)

— » — Rättshandbok. Helsingfors 1922. (Rättshandbok)

— » — Föravtalet. DL 1925 s. 359 ss.

— » — Numerus clausus. DL 1926 s. 286 ss.

— » — Velvoittautuminen. LM 1926 s. 68 ss.

— » — Yleissiviilioikeus Suomen lain mukaan. Helsinki 1927. (Hernberg)

— » — Lainhuudatus ja kiinteistönsaannon moite. Helsinki 1932. (Lainhuudatus)

— » — Om urkunders kraftlösförklaring. Helsingfors 1935. (Kraftlösförklaring)

Hessler, Henrik: Ett spörsmål om lagstiftning inom fastighetsrätten. SvJT 1957 s. 241 ss.

Heusler, Andreas: Institutionen des deutschen Privatrechts. I. Leipzig 1885.

Hildebrandt, Heinz: Erklärungshaftung, ein Beitrag zum System des bürgerlichen Rechtes. Berlin 1931.

Hirvelä, Erkki — *Hari, J. A.* — *Veisterä, Rainer*: Pankkitoimen lakiasiat. Vammala 1950.

Holmbäck, Åke: Om 1868 års testamentsstadga. Stockholm 1916.

Homberger, A.: Das schweizerische Zivilgesetzbuch. Zürich 1933.

Honka, Olavi: Eräistä yksityisoikeudellisista käsitteistä ja oikeustoimista hallinto-oikeudellisen lainkäytön näkökulmasta. LM 1946 s. 57 ss.

Honkasalo, Brynolf: Erinäisistä säännöksistä uudessa huoneenvuokralaissa. DL 1925 s. 296 ss.

— » — Suomen rikosoikeus. Yleiset opit. I, II. Helsinki 1948, 1949.

Huttunen, Oiva: Avioliittolaki ynnä siihen liittyvät lait ja asetukset. 2 painos. Porvoo 1945.

Hägerström, Axel: Der römische Obligationsbegriff im Lichte der allgemeinen römischen Rechtsanschauung II. Über die Verbalobligation. Uppsala 1941.

Hällfors, Edvard: Lega af jord på landet enligt gällande finsk rätt. Helsingfors 1917.

af Hällström, Erik: Om villfarelse såsom divergens mellan vilja och förklaring vid rättshandlingar på förmögenhetsrättens område. Helsingfors 1931. (Villfarelse)

— » — Formkravet vid fastighetsöverlåtelse. JFT 1932 s. 278 ss., s. 395 ss.

— » — Något om rättshandlingars ogiltighet enligt avstalslagens 28—35 §§. Festschrift för Otto Hjalmar Granfelt, Helsingfors 1934, s. 320 ss. (Ogiltighet)

— » — Inbegripes i formkravet vid fastighetsköp, att säljare och köpare samtidigt skola vara närvarande hos offentligt köpevitne? JFT 1936 s. 272 ss.

— » — Bör avtal om återgång av fastighetsköp ingås på sätt JB 1:2 stadgar? JFT 1939 s. 173 ss.

— » — Verkan av ägareförbehåll på rättsförhållandet mellan säljaren och köparen. Åbo 1942. (Ägareförbehåll)

— » — Verkan av att det avtalade priset vid fastighetsköp är ett annat än det i köpebrevet angivna. JFT 1944 s. 320 ss.

— » — Om av rätten utsett offentligt köpvitne bestyrkt riktigheten av ett köp av fastighet, som är belägen utom rättens domkrets, så frågas om sådant köp är formellt ogiltigt? JFT 1947 s. 111 ss.

- af Hällström, Erik*: Alustus Lainopillisen yhdistyksen keskustelukysymykseen n:o 1 vuodelta 1951. JFT 1952 s. 134 ss.
- Ilum, Knud*: Forelaesninger over almindelig Formueret ved det økonomiske Fakultet ved Aarhus Universitet. 3 udg. Aarhus 1950.
- Iuul, Stig — Ross, Alf — Trolle, Jørgen*: Indledning til retsstudiet. København 1956.
- Jacoby, Konrad*: Der Einwand der allgemeinen Arglist (exceptio doli generalis) gegenüber der Berufung auf Formmängel von Rechtsgeschäften. Königsberg i. Pr. 1928.
- von Jhering, Rudolph*: Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. Zweiter Teil. Zweite Abteilung. 8 Aufl. Basel 1955.
- Johanson, Helge*: Bör avtal om återgång av fastighetsköp ingås på sätt JB 1:2 stadgar? JFT 1939 s. 178 ss.
- Jokela, Heikki*: Avioliiton pätevyystä kansainvälisen yksityisoikeuden kannalta. LM 1955 s. 779 ss.
- Jotuni, Olavi*: Avioliiton päättäminen. DL 1933 s. 253 ss.
- Jörs, Paul — Kunkel, Wolfgang — Wenger, Leopold*: Römisches Privatrecht. 3 Aufl. Würzburg 1949.
- Kaila, Elieser*: Oikeuslogiikka. I. Muodollinen oikeuslauseoppi. Helsinki 1924. (Oikeuslogiikka)
- » — Sanctiivioppi varhaisemmassa roomalaisessa oikeudessa. LM 1926 s. 265 ss.
- » — Laki varallisuus oikeudellisista oikeustoimista. LM 1929 s. 187 ss.
- » — Yksityisoikeuden pääkohdat. Monistettu 1937. (Pääkohdat)
- Kalha, J. E.*: Perintökaaren 16 luku uudistettuna. DL 1954 s. 88 ss.
- Karlgren, Hjalmar*: Om stiftelseurkund och aktieteckning vid bildande av aktiebolag enligt svensk rätt. Lund 1930. (Stiftelseurkund)
- » — Studier i allmän avtalsrätt. Lund 1935. (Studier)
- » — Svensk sakrätt. SvJT 1937 s. 383 ss.
- » — Om handpenningsavtal i samband med köp av fast egendom. Festskrift tillägnad Birger Ekeberg, Stockholm 1950, s. 302 ss. (Handpenningsavtal)
- » — Ett gammalt tvisteämne: nullitet och angrifflighet. En rättssystematisk undersökning. Festskrift til Henry Ussing, København 1951, s. 247 ss. (Nullitet)
- » — Formkravet vid fastighetsköp. Några anteckningar i anledning av en nyutkommen avhandling. SvJT 1952 s. 783 ss.
- » — Avtalsrättsliga spørsmål. Andra uppl. Lund 1954. (Spørsmål)
- Karlowa, Otto*: Das Rechtsgeschäft und seine Wirkung. Berlin 1877.
- Karsten, Rafael*: Filosofinen etiikka I. Etiikan periaateoppi. Loviisa 1941.
- Karttunen, Osmo*: Näkökohtia osakeyhtiön yhtiökokouksen päätöksen mitättömyydestä. DL 1951 s. 291 ss.
- Kauppi, Kalle*: Kaupparekisteristä Suomen oikeuden mukaan rekisterimerkintäin yksityisoikeudellisia vaikutuksia silmälläpitäen. Helsinki 1927. (Kaupparekisteri)
- » — Osakeyhtiön nimessä ennen rekisteröimistä päätetyistä oikeustoimista johutuva vastuu. Helsinki 1929. (Osakeyhtiön nimessä)
- » — Kauppaoikeus. Eripainos Liikemaailman Pikku Jättiläisen 2 painoksesta. Porvoo 1947. (Kauppaoikeus)

Keller, Max: Das negative Interesse im Verhältnis zum positiven Interesse. Aarau 1948.

Kivimäki, T. M.: Asianajajan siviilioikeudellinen vastuu. Helsinki 1924. (Vastuu)

— » — Irtainta omaisuutta koskevan lahjanlupauksen sitovaisuudesta. LM 1925 s. 85 ss.

— » — Kiellonvastaisten sopimusten ja varsinkin väärän asian ajamisesta tehdyn välipuheen sitovaisuudesta. DL 1927 s. 1 ss.

— » — Lainkäytön ja oikeustieteen oikeutta kehittävästä merkityksestä. LM 1937 s. 476 ss.

— » — Siviilioikeuden yleiset opit pääpiirteittäin. 3 painos. Porvoo 1946. (Kivimäki)

— » — Tekijänoikeus. Tutkimus kirjailijan, taiteilijan ja tiedemiehen oikeudesta teokseensa. Turku 1948. (Tekijänoikeus)

— » — Suomen siviilioikeuden kodifioimisesta. DL 1950 s. 275 ss.

— » — Yleislausekkeet oikeusvarmuutta heikentävinä tekijöinä. LM 1950 s. 302 ss.

— » — »Tunneperäisistä» tuomioista. DL 1952 s. 347 ss.

— » — Arvostelu teoksesta Erma, Reino: Työurakka Suomen velvoiteoikeuden mukaisena sopimustyyppinä. DL 1955 s. 282 ss.

— » — Faktuurahinnasta ja tavarän omaksiotosta. LM 1955 s. 736 ss.

— » — Luontaisuuritukselta tekemiseen tai tekemättä jättämiseen velvoittavissa sopimuksissa. JFT 1957 s. 156 ss.

Knoph, Ragnar: Utviklingslinjer i moderne formuerett. Oslo 1934. (Utviklingslinjer)

— » — Oversikt over Norges rett. Oslo 1937. (Norges rett)

— » — Rettslige standarder. Oslo 1939. (Standarder)

— » — Norsk arverett. Annan utgave ved Hans Lütken. Oslo 1944. (Arverett)

Konttinen, J. H.: Negotiorum gestioista ja edustuksesta ilman valtakirjaa siviili-prosessissa. DL 1921 s. 329 ss., s. 416 ss.

Kopponen, Urho: Työehtosopimus työsuhteen perussäännöksenä. Helsinki 1954.

Kotonen, Anton: Työehtosopimuslaki selityksillä varustettuna. Helsinki 1925.

Koskenjaakko, A. A.: Sananlaskututkimuksia. I. Laki, oikeus ja oikeudenkäynti suomalaisissa sananlaskuissa. Suomalaisen tiedeakatemian toimituksia. Sarja B. Nide IX. Helsinki 1920.

Kuuskoski, Reino: Näkökohtia lapsen elatusavun suorittamisesta työllä työlaitoksessa. Huoltaja 1950 s. 459 ss.

Köersner, Albert: Om föreslagna reformerna af vårt lagfarts- och intekningsväsen och hvad därmed har samband. Anteckningar ur och med anledning af lagberedningens förslag till jordabalk mm. Stockholm 1910.

Laakso, Antero: Ehdollisesta irtisanomisesta. LM 1939 s. 534 ss.

Lagerlöf, K.: Kauppaoikeuden oppikirja. Tarkastanut Kalle Kauppi. Porvoo 1928. (Lagerlöf—Kauppi)

Lahtinen, Osvi: Zum Aufbau der rechtlichen Grundlagen. Helsinki 1951.

— » — Arvostelu teoksesta Zitting, Simo: Omistajanvaihdoksesta silmällä pitäen erityisesti lainhuudatuksen vaikutuksia. DL 1952 s. 208 ss.

— » — Ns. mustaa kauppahintaa koskevasta erästä ajatuksenjuoksusta. DL 1954 s. 312 ss.

— » — Oikeustoimen muoto-ongelmasta. LM 1957 s. 134 ss.

- Lang, Eduard*: Teilweise Nichtigkeit der Rechtsgeschäfte § 139 BGB. Berlin 1926.
- Larenz, Karl*: Lehrbuch des Schuldrechts. I. Allgemeiner Teil. Nordlingen 1953.
- Lassen, Jul.*: Haandboog i Obligationsretten. Almindelig Del. 3 Udg. Kjøbenhavn 1917—1920. (Lassen)
- » — Løfte og Aksept. Et sammenlignende Retsstudie. — Teoksessa Udvalgte Afhandlinger, Kjøbenhavn 1924, s. 75 ss. (Løfte og Aksept)
- » — Indledende Forelaesninger over den skandinaviske Faelleslovgivning, navnlig Loven om Aftaler. — Teoksessa Udvalgte Afhandlinger, Kjøbenhavn 1924, s. 36 ss. (Løven om Aftaler)
- » — Nullitet og Anfaegtighed. — Teoksessa Udvalgte Afhandlinger, Kjøbenhavn 1924, s. 179 ss. (Nullitet)
- Latte, Kurt*: Heiliges Recht. Untersuchungen zur Geschichte der sakralen Rechtsformen in Griechenland. Tübingen 1920.
- Leake, S. Martin*: Principles of the Law of Contracts. 8 ed. by R. R. A. Walker. London 1931.
- Lehtinen, J. N.*: Mitä oikeus on? Tutkielma oikeuden luonteesta yhteiskunnallisenä ilmiönä. Eräiden oikeustieteessä esitettyjen perinnäisten käsitysten arvostelua. Vammala 1949.
- Lehto, Sakari T.*: Piirteitä Englannin sopimusoikeudesta. DL 1957 s. 35 ss.
- Leonhard, Franz*: Allgemeines Schuldrecht des BGB. Das Schuldrecht des BGB. I. München und Leipzig 1929.
- Lilius, F. O.*: Testamentin muodosta Suomen oikeuden mukaan. Helsinki 1903.
- » — Onko testamentti muuttumaisillaan meillä vapaamuotoiseksi? LM 1907 s. 44 ss.
- » — Lainkäytöstä Korkeimmassa oikeudessa v. 1920. LM 1920 s. 258 ss.
- » — Testamentin peruuttamisesta. LM 1925 s. 101 ss.
- Lind, Erik*: Om arvskiftes form. Festskrift tillägnad Erik Marks von Würtemberg, Stockholm 1931, s. 359 ss.
- Ljungman, Seve*: Om prestation in natura. I. Särskilt vid köp av lös egendom. Uppsala 1948.
- Loewe, Cornelius C.*: Die Form der Rechtsgeschäfte im Bürgerlichen Gesetzbuch. Berlin 1899.
- Lumiala, E. A.*: Vuokrasuhteista tilan siirtyessä vapaaehtoisesti, pakkohuutokaupalla tai konkurssin johdosta uudelle omistajalle. DL 1933 s. 1 ss.
- Lundstedt, V.*: Fiktion eller sanning i juridiken. SvJT 1924 s. 241 ss.
- Lögberg, Åke*: Spörsmål angående rembours. Uppsala 1950.
- » — Arvostelu teoksesta Bramsjö, Sven: Om avtals återgång. SvJT 1951 s. 345 ss.
- Malmström, Åke*: Några anteckningar till fastighetsköpets historia. SvJT 1941 s. 230 ss.
- Manigk, Alfred*: Willenserklärung und Willensgeschäft, ihr Begriff und ihre Behandlung nach Bürgerlichem Gesetzbuch. Ein System der juristischen Handlungen. Berlin 1907. (Willenserklärung)
- » — Das rechtswirksame Verhalten. Systematischer Aufbau und Behandlung der Rechtsakte des Bürgerlichen und Handelsrecht. Berlin 1939. (Manigk)
- Mannerheim, Carl*: Om fullmakt. JFT 1887 s. 271 ss.

- Marks von Württemberg, E. — Sterzel, F.:* Lagen om skuldebrev jämte dithörande författningar. 2 uppl. Stockholm 1947.
- Martin, Anton:* Heilung formwidrig begründeter Verbindlichkeiten durch Erfüllung mit rechtsgeschichtlichem und -vergleichendem Überblick. Berlin 1936.
- Melander, Ilmari:* Lapsen huollosta. Yksityisoikeudellinen tutkimus. I. Vammala 1939. (Lapsen huollosta)
- » — Avioeron ja puolisoitten välien rikkoutumisesta johtuneen erillään-asumisen vaikutuksesta lapsen huoltoon. Vammala 1940. (Avioeron vaikutuksesta)
- » — Asumusero. Vammala 1949.
- Merikoski, V.:* Erivapauden käsite. Helsinki 1936. (Erivapaus)
- » — Suomen julkisoikeuden oppikirja. II nide. Porvoo 1946. (Merikoski II)
- Meyer, Felix:* Das Weltwechselrecht. I. Die geltenden Wechselrechte in vergleichender Darstellung. Leipzig 1909.
- Miettinen, Martti:* Korkeimman oikeuden täysistuntoratkaisusta. LM 1954 s. 134 ss.
- Montgomery, Robert:* Om bolagskontraktet i 1734 års lag. Helsingfors 1870. (Bolagskontraktet)
- » — Till läran om inbördes testamenten. JFT 1878—79 s. 89 ss.
- » — Handbok i Finlands allmänna privaträtt. Första delen. Inledande läror. I. Om rättsatserna. 2 uppl. Helsingfors 1908. — II. Om rättsförhållandena. 2 uppl. Helsingfors 1910. (Montgomery)
- Motive* zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich. I. Allgemeiner Theil. Berlin und Leipzig 1888. (BGB Motiv I)
- Munch — Petersen, H.:* Den borgerlige ret i hovedtraek ved Erwin Munch — Petersen. København 1943.
- Murén, Edvard:* Arvostelu teoksesta Kuuskoski, Reino: Suomen kunnallisoikeus pääpiirteittäin. LM 1957 s. 189 ss.
- Müller — Freienfels, Wolfram:* Die Vertretung beim Rechtsgeschäft. Tübingen 1955.
- Nawiasky, Hans:* Allgemeine Rechtslehre als System der rechtlichen Grundbegriffe. 2 Aufl. Einsiedeln 1948.
- Nial, Håkan:* Om klanderbara och ogiltiga bolagsstämmobeslut. Stockholm 1934.
- » — Om bevitning av äktenskapsförord. Festschrift, tillägnad Birger Ekeberg, Stockholm 1950, s. 383 ss.
- Nipperdey, H. C.:* Formmängel, Vertretungsmängel, fehlende Genehmigung bei Rechtsgeschäften der öffentliche Hand und Treu und Glauben. JZ 1952 s. 577 ss.
- Noponen, V. K.:* Kiinteistön luovutuksesta. Maanmittaus 1933 s. 59 ss.
- Nordling, E. V.:* Anteckningar efter prof. E. V. Nordlings föreläsningar i svensk civilrätt. Allmänna delen. Upsala 1882. — Sama, Uppsala 1891. (Nordling. — Sama p. 1891)
- Nybergh, Gunnar:* Äger aktionär, som efter bolagsstämma blivit ägare av aktie, föra talan om upphävande av beslut, som av bolagsstämman fattats? JFT 1933 s. 158 ss.
- » — Förlagsrättsliga studier jämte kritiska betraktelser över lagberedningens förslag till förlagsavtal. JFT 1939 s. 79 ss.
- » — När det pris på fastighet, som köpebrevet anger, är annat än det faktiskt avtalade... JFT 1944 s. 363 ss.

- Nybergh, Gunnar*: Om rättegångsfullmaktens form. JFT 1952 s. 224 ss.
- » — Till frågan om den egenhändiga rättegångsfullmaktens form. JFT 1955 s. 298 ss.
- Nykysuomen sanakirja*. Valtion toimeksiannosta teettänyt Suomalaisen kirjallisuuden Seura. III osa. Porvoo 1954.
- Ofstad, Harald*: Om deskriptive definisjoner av begreppet rettsregel. TFR 1952 s. 38 ss.
- Olivecrona, K.*: Testamentsrätten enligt svensk lagstiftning. 2 uppl. Upsala 1898.
- Olivecrona, Karl*: Några ord om löften och tillit i det gamla Rom. SvJT 1941 s. 271 ss.
- Ollinen, Ilmo*: Kiinteistön pakkohuutokaupasta Suomen oikeuden mukaan silmälläpitäen erityisesti ulosottoprosessuaalisia kysymyksiä. I. Valmistavat toimenpiteet ennen myytäväksi tarjoamista. II. Myytäväksi tarjoaminen ja sen jälkeiset toimenpiteet. Vammala 1938, 1939.
- Olsson, Curt*: Den oåterkalleliga fullmakten. JFT 1952 s. 236 ss.
- » — Om köparens borgenärsskydd vid köp av lös egendom. Helsingfors 1954. (Borgenärsskydd)
- Oser, Hugo—Schönenberger, Wilhelm*: Das Obligationenrecht. Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 30. März 1911. — Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, herausgegeben von A. Egger, Arnold Escher, Robert Haab, H. Oser. V Band: Das Obligationenrecht. Erster Halbband. 2 Aufl. Zürich 1929.
- Palandt, Otto*: Bürgerliches Gesetzbuch. Kurz-Kommentar. 8 Aufl. München und Berlin 1950.
- Palmén, Johan Philip*: Juridisk handbok för medborgerlig bildning. Helsingfors 1859. (Handbok)
- » — Rättshistoriska bidrag till tolkningen af 1734 års lag. 2 uppl. Helsingfors 1894. (Palmén)
- Palmgren, Bo*: Kan rättegångsfullmakten i viss utsträckning avskaffas? JFT 1938 s. 347 ss.
- » — Om av rätten utsett offentlig köpvittne bestyrkt riktigheten av ett köp av fastighet, som är belägen utom rättens domkrets, så frågas om sådant köp är formellt ogiltigt? JFT 1947 s. 112 ss.
- » — Förbud mot verkställighet av bolagsstämmobeslut. JFT 1949 s. 4 ss.
- » — Keskustelupuheenvuoro Lainopillisen yhdistyksen keskustelukysymyksessä n:o 1 vuodelta 1951. JFT 1952 s. 135 ss.
- » — Reformbehov inom skiljemannarätten. JFT 1956 s. 113 ss.
- » — Rättegångsfullmaktens form. JFT 1957 s. 189 ss.
- Palmgren, Gunnar*: Om påföljderna av säljares mora. Helsingfors 1936. (Mora)
- » — Om säljares rätt att åberopa svek eller bedrägeri vid överlåtelse av fast egendom. JFT 1942 s. 247 ss.
- » — Suomen siviilioikeus pääpiirteittäin I. Perhe- ja jäämistöoikeus. Tampere 1945. (Siviilioikeus)
- » — Kauppaoikeutta liikemiehelle. 3 painos. Toimittanut Curt Olsson. Helsinki 1954. (Palmgren—Olsson)
- Pehkonen, F. A.*: Arvostelu teoksesta Chydenius, Wilhelm: Finsk kontraktsrätt II. LM 1918 s. 154 ss.

- Petäys, O.*: Kysymys oikeudenkäyntivaltakirjan sinetillä varustamisesta ja todistamisesta. DL 1932 II s. 15 ss.
- » — Kiinteistön pakkohuutokaupan yhteishuutajan luopuminen huudosta huutajakumppanin hyväksi. DL 1932 II s. 131 ss.
- Planiol, Marcel*: Traité élémentaire de droit civil de Planiol. Refondu et complété par Georges Ripert et Jean Boulanger. Tome deuxième. 4 édition. Paris 1952.
- Planitz, Hans*: Deutsches Privatrecht. Wien 1948.
- Platou, Oscar*: Forelaesninger over udvalgte emner af privatrettens almindelige del. Kristiania 1914.
- Pollock's Principles of Contract*. 13 Edition by Percy H. Winfield. (Winfield)
- Rabel, Ernst*: Das Recht des Warenkaufs. Eine rechtsvergleichende Darstellung. I. Berlin und Leipzig 1936. (Rabel)
- » — The Conflict of Laws. A comparative Study. I. Chicago 1945. (Conflict)
- Randers-Pehrson og Truls Hansen*: Handelsrett. Oslo 1948.
- Raninen, Huugo*: Fob-lauseke hankinta- ja kauppasopimuksissa. Helsinki 1934. (Fob)
- » — Vahvistuskirje sopimuksen tekemisessä. Helsinki 1937. (Vahvistuskirje)
- » — Eräitä myyjän toimituksen viivästystä koskevia näkökohtia lähinnä ylivoimaista estettä silmälläpitäen. LM 1942 s. 232 ss.
- » — Suomen kauppatapalausuntoja selityksineen. I. Helsinki 1943. (Kauppatapalausuntoja)
- » — Kauppaoppi ja -oikeus. Helsinki 1950. (Kauppaoikeus)
- » — Valmiin puutavaran kauppa. Helsinki 1951. (Puutavaran kauppa)
- » — Osakeyhtiön yhtiökokouksen pöytäkirjasta. LTA 1956 s. 113 ss.
- Rapola, Marjos*: Perintökaaren 16 luku muutettu. LM 1954 s. 353 ss.
- Rautiala, Martti*: Avioehdon laatimisesta. LM 1944 s. 539 ss.
- » — Puolisoiden velkasuhteet avioliittolain mukaan. I. Avioliiton aikana. Vammala 1945. (Velkasuhteet)
- » — Avioliiton purkaminen. Avioliiton pätemättömyys ja avioero. Vammala 1946. (Purkaminen)
- » — Avioliitto-oikeus. Turku 1948.
- » — Ositus. Helsinki 1950.
- » — Kiinteistönkaupasta, jossa ostajana on alaikäinen. LM 1950 s. 751 ss.
- » — Holhousoikeus. Helsinki 1952.
- » — Arpajakoperiaatteen soveltamisesta pesänositukseen ja ositukseen. LM 1953 s. 503 ss.
- » — Todistajain yhtäaikaisuusvaatimuksesta avioehtosopimusta tehtäessä. LM 1955 s. 545 ss.
- » — Aviottoman lapsen tunnustamisen muodosta. LM 1955 s. 621 ss.
- » — Testamentin tekemisestä ja pätemättömyydestä. Helsinki 1956. (Testamentin tekemisestä)
- » — Siviilioikeuden peruskurssi. Helsinki 1957. (Peruskurssi)
- » — Avioehdon muodosta. DL 1957 II s. 49 ss.
- » — Perillisen lakiosa. Perintökaaren uusitun 17 luvun selitykset. Helsinki 1957. (Lakiosa)

- Regelsberger, Ferdinand*: Zivilrechtliche Erörterungen I. Die Vorverhandlungen bei Verträgen. Weimar 1868.
- Reichel, H.*: Zur Behandlung formnichtiger Verpflichtungsgeschäfte. AcP 1909 s. 1 ss.
- Rekola, Aarne*: Saamisoikeuden vanhentuminen Suomen lain mukaan I—II. Helsinki 1938. (Vanhentuminen)
- » — Tulo- ja omaisuusverolaki. Porvoo 1947. (Vero)
- Reuterskiöld, C. A.*: »Pacta de contrahendo». Spridda studier I. Romerskrättslig obligationslära. Uppsala 1899. (Esisopimus)
- » — Bidrag till läran om aftal särskildt mellan frånvarande. En komparativ rättsstudie. I. Uppsala 1900. (Aftal)
- Riechert, Ernst*: Das Ehrenwort zur Bestärkung bürgerlichrechtlicher Verträge. Königsberg Pr. 1934.
- Rodhe, Knut*: Om fastighetsindelningen och dess betydelse. Uppsala 1941. (Fastighetsindelning)
- » — Om gränserna för lagstiftarens makt på civilrättens område. Ekonomen 1944 s. 96 ss.
- » — Om begreppet hävning av avtal. Festskrift til Henry Ussing, København 1951, s. 458 ss. (Hävning)
- » — Obligationsrätt. Stockholm 1956.
- Rosin, Heinrich*: Die Formvorschriften für die Veräußerungsgeschäfte der Frauen nach langobardischen Recht. Breslau 1880.
- Ross, Alf*: Videnskab og politik i juridisk doktrin. TFR 1952 s. 252 ss.
- » — Om ret og retfærdighed. En indførelse i den analytiske retsfilosofi. København 1953.
- Rytkölä, Olavi*: Julkisoikeudellinen sopimus. Käsité, esiintymismuodot ja oikeusvaikutukset. Vammala 1950.
- » — Virkamies hallinto- ja rikosoikeudellisena käsitteenä. LM 1955 s. 758 ss.
- Sainio, Toivo*: Kansainvälisten sopimusten kirjaamisesta ja julkaisemisesta. JFT 1956 s. 307 ss.
- Salmond, John — Williams, James*: Principles of the Law of Contracts. London 1945.
- Sariola, Sakari*: Sosiaalitutkimuksen menetelmät. Porvoo 1956.
- von Savigny, Friedrich Carl*: System des heutigen Römischen Rechts. III. Berlin 1840.
- Saxén, Hans*: Förlagsavtalet. Åbo 1955.
- Scherrer, Werner*: Die geschichtliche Entwicklung des Prinzips der Vertragsfreiheit. Basel 1948.
- Schirrmeister, Gustav — Prochownick, Wilhelm*: Das Bürgerliche Recht Englands. Band II: Zweites Buch. Obligationen. Berlin 1912.
- Schlesinger, Rudolph*: Zur Lehre von den Formalcontracten und der Querela non numeratae pecuniae. Leipzig 1858.
- Schlyter, C. J.*: Juridiska afhandlingar. I. Upsala 1836.
- Schmidt, Folke*: Om ägareförbehåll och avbetalningsköp. Helsingfors 1938. (Ägareförbehåll)
- » — Kollektiv arbetsrätt. Lund 1950.
- Schneider, Max*: Formbedürftige Rechtsgeschäfte nach schweizerischem Zivilrecht. Zürich 1912.

- Schwindt, Bertel*: Av rätten förordnat offentligt köpvittnes befogenhet. JFT 1946 s. 245 ss.
- Serlachius, Allan*: Lainopin alkeet. Porvoo 1910. (Allan Serlachius)
- » — Oikeudenjakomme saksalaistumisesta. LM 1907 s. 37 ss., s. 69 ss.
- » — Enemmän arvoa muodoille. LM 1909 s. 26 ss.
- Serlachius, Julian*: Om preskription af klander i jordfång enligt 1734 års lag. JFT 1884 s. 1 ss.
- » — Om arfskifte. JFT 1885 s. 197 ss. II. JFT 1887 s. 1 ss.
- » — Om begreppet fast egendom. I—II. JFT 1888 s. 1 ss., s. 166 ss.
- » — Rättsärandes ogiltighet i 1734 års lag. JFT 1902 s. 1 ss.
- » — Sakrätten enligt gällande finsk rätt. 3 uppl. Helsingfors 1916. (Sakrätt)
- » — Suomen yleisen obligatsioonioikeuden oppikirja. Suomentanut Rafael Erich. Uudenmaan lainsäädännön aiheuttamilla lisäyksillä täydentänyt Lauri Cederberg. Helsinki 1927. (Serlachius—Cederberg)
- von Seth—Karlgrén, Hjalmar*: Die Zivilgesetze der Gegenwart. Band X. Teil I. Das Zivilrecht Finnlands und Schwedens. I. Einleitung und Allgemeiner Teil. B. Schweden. Mannheim 1933.
- Sipilä, Arvo*: Suomen työoikeuden käsite ja järjestelmä sekä suhde sosiaaliseen lainsäädäntöön. Helsinki 1938. (Järjestelmä)
- » — Suomen työoikeus I. Imatra 1947. (Työoikeus I)
- » — Työehtosopimuksen tunnusmerkistö. LM 1950 s. 654 ss.
- Sjögren, Ivar W.*: Rättshistoriska studier angående oguldens köpeskillings rätt vid föryttring av fast egendom. Stockholm 1930. (Rättshistoriska studier)
- » — Kompendium över den svenska rättshistoriens allmänna del. 5 uppl. Lund 1953. (Kompendium)
- Sohm, Rudolph*: Institutionen. Geschichte und System des römischen Privatrechts. Bearbeitet von Ludwig Mitteis. Herausgegeben Leopold Wenger. Berlin 1949. (Sohm—Mitteis—Wenger)
- Sokolowski, Paul*: Die Philosophie im Privatrecht. Sachbegriff und Körper in der klassischen Jurisprudenz und der modernen Gesetzgebung. Halle 1902.
- Sommer, Hans W.*: Zur Lehre vom Formmangel und seiner Heilung. Rechtsvergleichende Untersuchungen aus dem Gebiete des deutschen, französischen, österreichischen und schweizerischen Obligationen-, Gesellschafts- und Eherechts. Leipzig 1927.
- Stammler, Rudolf*: Die Lehre von dem richtigen Rechte. Berlin 1902.
- Stang, Fredrik*: En utvecklingslinje i de formuerettslige ugyldighetsregler. JFT 1933 s. 365 ss.
- » — Innledning til Formueretten. 3 Udg. Oslo 1935. (Stang)
- Staub's* Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Bearbeitet von Heinrich Koenige, Albert Pinner, Felix Bondi. I. Berlin und Leipzig 1926.
- Stenius, Jaakko*: Välituspalkkiosta. DL 1947 s. 51 ss.
- Stjernquist, Per*: Arvostelu teoksesta Vahlén, Lennart: Formkravet vid fastighetsköp. TFR 1952 s. 546 ss.
- Stjernstedt, Georg*: Våra avtalslagar i deras praktiska tillämpning. Handbok. Stockholm 1926.
- Stobbe, Otto*: Handbuch des Deutschen Privatrechts. III. 2 Aufl. Berlin 1885.

- Ståhlberg, K. J.*: Laki maanvuokrasta maalla selityksillä varustettuna. Kuopio 1903.
- Söderhjelm, J. O.*: Keskustelupeheenvuoro Lainopillisen yhdistyksen keskustelukysymyksestä n:o 9 vuonna 1932. JFT 1933 s. 213 ss.
- Söderlund, Birgit*: Ett spörsmål rörande inregistrering av äktenskapsförord. JFT 1955 s. 356 ss.
- Söderlund, Erik*: Några anteckningar i anslutning till 1946 års lagstiftning om vittnen vid rättshandlingar. SvJT 1950 s. 766 ss.
- Tawaststjerna, Ilmari*: Onko lupaus, joka tarkoittaa arvomäärän lahjoittamista, antajaa sitova. LM 1924 s. 73 ss.
- Taxell, L. E.*: Juridisk litteratur i Finland 1954—55. SvJT 1957 s. 60 ss.
- Telaranta, K. A.*: Varallisuus oikeudellinen tahdonilmaisu. Porvoo 1953. (Telaranta)
- » — Varallisuus oikeudellisen tahdonilmaisuuden tulkinnasta ja täydentämisestä. LM 1953 s. 841 ss.
- » — Tahdonilmaisuuden ja käyttäytymisvastuun käsitteistä varallisuus oikeuden alalla. Toivo Mikael Kivimäen juhla julkaisu, Vammala 1956, s. 363 ss.
- » — Aviopuolisoiden välisistä sopimuksista. LM 1957 s. 33 ss.
- Tiilikä, K. K.*: Kaipaako kaupan vahvistamissäännöstö uudistamista? DL 1955 s. 65 ss.
- Tirkkonen, Tauno*: Välitustuomion pätemättömyydestä. LM 1940 s. 263 ss.
- » — Välimiesmenettely. Prosessioikeudellinen tutkimus. Vammala 1943. (Välimiesmenettely)
- » — Uusi todistuslainsäädäntö. Vammala 1949. (Todistuslainsäädäntö)
- » — Arvostelu teoksesta Ellilä, Tauno: Oikeudenkäynti ja täytäntöönpano. Prosessioikeutta oikeustapausten valossa. LM 1954 s. 752 ss.
- Tobias, Friedrich*: Der Vorvertrag nach dem BGB. Lübeck 1916.
- af Trolle, Herved*: Lagberedningens förslag till jordabalk. En redogörelse för några huvudpunkter. SvJT 1948 s. 97 ss.
- Trygger, Ernst*: Om fullmakt såsom civilrättsligt institut. Upsala 1884.
- » — Om skriftliga bevis såsom civilprocessuellt institut. 2 uppl. Stockholm 1921.
- von Tuhr, Andreas*: Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts. II: 1—2. München und Leipzig 1914—1918.
- » — Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts. Zweite ergänzte Aufl. herausgegeben von Alfred Siegart. I. Zürich 1942. II. Zürich 1944. (Tuhr—Siegart)
- Tynkkynen, Erkki*: Elatusvelvollisuuden määrittäminen. Esitys on teoksessa Lastenvalvojan käsikirja s. 31 ss. Helsinki 1955.
- » — Elatusavun turvaaminen. Esitys on teoksessa Lastenvalvojan käsikirja s. 81 ss. Helsinki 1955.
- Undén, Östen*: Om panträtt i rättigheter. 2 uppl. Lund. 1923. (Panträtt)
- » — Om solennitetsvittnen och deras funktion. Förhandlingarna vid Sveriges Advokatsamfundets årsmöte i Stockholm. 1931 s. 16 ss. (Solennitetsvittnen)
- » — Om vittnen vid fastighetsköp. Uppsala 1931. (Om vittnen)
- » — Svensk sakrätt. I. Lös egendom. 2 uppl. Lund 1946. — II. Fast egendom. Förra avdelningen. 3 uppl. Lund 1951. Senare avdelningen. 2 uppl. Lund 1948. (Undén I, II: 1, II: 2).

- Ussing, Henry*: Dansk Obligationsret. Almindelig Del. 3 Udg. København 1946. (Obligationsret)
- » — Aftaler paa Formuerettens Omraade. 3 Udg. København 1950. (Ussing)
- Vahlén, Lennart*: Formkravet vid fastighetsköp, särskilt dess inverkan på regler om förutsättningar och fel. Stockholm 1951.
- Walin, Gösta*: Några synpunkter på lagberedningens förslag till jordabalk I. SvJT 1948 s. 401 ss.
- Walldén, K. W.*: Oikeustapauksien hakemisto. Kokoelma ylioikeuksien tuomioita ja päätöksiä. Porvoo 1913.
- Walker, Gustav*: Internationales Privatrecht. 3 Aufl. Wien 1924.
- Wasastjerna, Lars*: Bör avtal om återgång av fastighetsköp ingås på sätt JB 1:2 stadgar? JFT 1939 s. 167 ss.
- Wieland, Karl*: Handelsrecht II. Altenburg 1931.
- Vihma, Väinö*: Vakuutuksenottajan tiedonantovelvollisuus vakuutus sopimusta tehtäessä vakuutus sopimuslain mukaan. Helsinki 1945. (Tiedonantovelvollisuus)
- » — Sopimussakko. Helsinki 1950.
- » — Om giltighet av ett vitesavtal, som fogats till ett formlost avslutat föravtal om en fastighetsöverlåtelse. DL 1951 s. 209 ss.
- » — Arvostelu teoksesta Almgren, Göran: Om förfoganden över livförsäkring. En civilrättslig undersökning. LM 1957 s. 184 ss.
- » — Suorituksen mahdottomuus varallisuus oikeudellisessa sopimussuhteessa. Vammala 1957. (Mahdottomuus)
- Windscheid, Bernhard*: Lehrbuch des Pandektenrechts I—II. 4 Aufl. Düsseldorf 1875. (PR I—II)
- Winfield, ks. Pollock*.
- Winroth, Alfred Ossian*: Strödda uppsatser IV. 2 uppl. Upsala 1907.
- Vinogradoff, Paul*: Outlines of Historical Jurisprudence. I—II. Oxford 1920, 1922.
- Virkkunen, Henrik*: Laskentatoimi johdon apuna. Systemaattis-teoreettinen tutkimus teollisuus yrityksen laskentatoimen haaroista ja tehtävistä erityisesti johtotehtävien kannalta. Helsinki 1954.
- Voipio, Viljo*: Ehdot kiinteistönluovutuksessa Suomen oikeuden mukaan. LM 1914 s. 233 ss.
- » — Potestatiivisista ehdoista kiinteistökaupassa. LM 1917 s. 133 ss.
- Wrede, R. A.*: Todistusoikeuden pääpiirteet voimassaolevan lain mukaan. Suomen-tanut Ernesti Forsman. Helsinki 1910. (Todistusoikeus)
- » — Die Zivilgesetze der Gegenwart. Band X. Teil I. Das Zivilrecht Finnlands und Schwedens. I. Einleitung und Allgemeiner Teil. A. Finnland. Mannheim 1933. (Allgemeiner Teil)
- » — Velvoiteoikeuden yleinen osa luentojen mukaan. Luennoitsijan oikeuden-omistajien luvalla Lainopillisen Ylioppilastiedekunnan puolesta toimittanut Lars Wasastjerna. Neljännessä painoksesta suomentanut Onni Heinonkoski. Helsinki 1942. (Wrede—Heinonkoski)
- » — R. A. Wreden luentoihin perustuvia perintökaaren selityksiä. Toimittanut Lars Wasastjerna. Luennoitsijan ja toimittajan antamalla luvalla suomen-tanut A. K. Ahlfors. Kolmas, lisätty painos, toimittanut Ilmari Melander. Porvoo 1946. (Wrede—Melander)

- Wrede, R. A.*: Esineoikeuden pääpiirteet Suomen oikeuden mukaan. I—II. 2 p. Toimittanut Ilmari Caselius. Helsinki 1946—1947. (Wrede—Caselius)
- » — Laki varallisuus oikeudellisista oikeustoimista 13 päivästä kesäkuuta 1929 sekä sen yhteydessä julkaistut lait. Suomentanut Onni Heinonkoski. 2 p. Helsinki 1947. (Oikeustoimilaki)
- » — Finlands gällande civilprocessrätt. I. 4 uppl. Utgiven av Bo Palmgren. Vammala 1953. — III. Tammerfors 1929. (Civilprocessrätt I, III)
- Vuorio, Jorma*: Työsuhteen ehtojen määrittäminen. Tutkimus Suomen työoikeuden normijärjestelmästä. Helsinki 1955.
- » — Oikeustoimesta funktio- ja substanssikäsittelynä. LM 1956 s. 444 ss.
- » — Har man skäl att arbeta med skilda arbetstagarebegrepp? SvJT 1957 s. 249 ss.
- Würdinger, Hans*: Kommentar zum Handelsgesetzbuch. I. Berlin 1953.
- von Völderndorff, Dr.*: Die Form der Rechtsgeschäfte nach allgemeinen Grundsätzen und den positiven Rechten. Nördlingen 1857.
- Ylöstalo, Matti*: Testamentinmoitetta koskevia kysymyksiä. LM 1953 s. 570 ss.
- » — Testamentin moitteesta. Helsinki 1953. (Moite)
- » — Peruutetun testamentin voimaansaattamisesta. I—II. DL 1953 s. 17 ss. ja s. 98 ss.
- » — Testamentinmoitejuttujen lukuisuudesta. DL 1953 s. 359 ss.
- » — Testamentin tulkinnasta. Helsinki 1954. (Tulkinta)
- » — Tutkimuksia vekselioikeuden alalta. Helsinki 1956. (Vekselitutkimuksia)
- » — Takauksesta. Porvoo 1957. (Takauksesta)
- Zitelmann, Ernst*: Internationales Privatrecht. II. München und Leipzig 1912.
- Zitting, Simo*: Omistajanvaihdoksesta silmällä pitäen erityisesti lainhuudatuksen vaikutuksia. Vammala 1951. (Zitting)
- » — Omistajan oikeuksista ja velvollisuuksista. II. LM 1952 s. 501 ss.
- » — Arvostelu teoksesta Telaranta, K. A.: Varallisuus oikeudellinen tahdon ilmaisu. LM 1953 s. 975 ss.
- » — Esine- ja velvoiteoikeuden erosta varallisuus oikeuden järjestelmän perustana. LM 1954 s. 607 ss.
- » — Kiinteistön osto omassa nimessä toisen lukuun. LM 1956 s. 549 ss.
- » — Saantosuoja irtaimisto-oikeudessa. Vammala 1956. (Saantosuoja)
- » — Näkökohtia pohjoismaisesta kehityksestä kirjaamisoikeuden alalla. Toivo Mikael Kivimäen juhlaulkaisu, Vammala 1956, s. 511 ss.
- » — Kiinteistön omistajanhaltijan oikeusasemasta saantokirjan puuttuessa. DL 1957 s. 21 ss.
- » — Arvopaperin luovutuksensaajan oikeussuojasta. Porvoo 1957. (Arvopaperi)
- Öhberg, Jarl*: Bör på utländskt språk utfärdad rättegångsfullmakt godkännas av domstol i Finland? — JFT 1946 s. 223 ss.
- Øvergaard, Jørgen*: Om ugyldighet av viljeserklæringer på grunn av viljemangler, utnyttning og otidbørilige vilkår. Oslo 1948.

LYHENNYKSIÄ

ABGB	Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch (Itävallan)
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ALR	Allgemeines Landrecht (Preussin)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Saksan)
Cc	Code civil (Ranskan)
DJZ	Deutsche Juristen Zeitung
DL	Defensor legis
DL II	Defensor legis, oikeustapausosasto
HGB	Handelsgesetzbuch 1897 (Saksan)
JFT	Tidskrift, utgiven av Juridiska Föreningen i Finland
JZ	Juristenzeitung
LM	Lakimies
LTA	Liiketaloudellinen Aikakauskirja
LVK	Lainvalmistelukunta
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv. Grundat av G.B.A. Holm
OR	Obligationenrecht.1911 (Sveitsin)
SOU	Statens offentliga utredningar (Ruotsin)
SvJT	Svensk Juristtidning
TFR	Tidskrift for Rettsvitenskap
ZGB	Zivilgesetzbuch (Sveitsin)

Muutoin on lyhennyksissä noudatettu pääasiassa Y. J. Hakulisen Lakikielen sanakirjassa suositettuja lyhennyksiä.

JOHDANTO

1 §. TEHTÄVÄN ASETTAMINEN JA TARKASTELUKULMA

1. LAHTOKOHTA

Sopimuksia on sanottu kaiken inhimillisen toiminnan tärkeimmiksi oikeudellisiksi välineiksi.¹ Niillä on keskeinen asema oikeuselämässä ja niiden merkitys on kasvanut sikäli, kuin yhteiskunnallinen elämä ja erityisesti vaihtotoiminta on vilkastunut.² Kohottavatpa *Hume*, *Locke* ja *Rousseau* ne suorastaan kaikkeahallitseviksi oikeushahmoiksi, joiden vieläpä katsotaan vapauttaneen ihmisen luonnontilasta.³ — Sopimuksia solmittaessa on kysyttävä, missä muodossa ne on tehtävä. Kysymys ei tunne ajallisia eikä paikallisia rajoja.

Muotovapauden vallitessa sopimusten tekeminen voi tapahtua millä tavoin tahansa.⁴ On yhdentekevää, solmitaanko sopimukset suullisesti tai kirjallisesti, todistajain myötävaikutuksella tai ilman sitä. Myös erilaiset toiminnat, konkludenttiset tosiasiat (*facta concludentia*), kuten nyökkääminen, pään pudistus, kädenlyönti tms., ovat riittäviä. Ei siis vaadita muuta kuin oikeustoiminnallisten tahtojen yhtyminen.

Kirjallisuudessa kutsutaan oikeustoiminnallisen tahdon ilmaisuvälineitä usein sopimuksen (tai oikeustoimen) muodoksi. Sanotaan vain, että ilmaisuvälineet ovat sopimuksen muotoa.⁵ Tällaista mielipidettä voi-

¹ Kivimäki, s. 76.

² Ks. *Illum*, s. 26.

³ *Fischer*, s. 46.

⁴ Ks. esim. *Almäsi*, I s. 119; *Larenz*, s. 48 ss.; *Loewe*, s. 9 ss.; *von Tuhr*, II: 1 s. 496.

⁵ Esim. *Ehrenzweig*, I: 1 s. 263; *Jhering*, s. 472; *Montgomery*, s. 586; *Savigny*, s. 237; *Schneider*, s. 5; *von Tuhr*, II: 1 s. 496; *Tuhr—Siegwart*, I s. 221; *Vahlén*, s. 13; *Ylöstalo*, *Moite* s. 148.

daan kutsua *aksiomaattiseksi muodon käsitteeksi*. Jos sopimuksen muodolla tarkoitetaan samaa kuin sopimuksen ilmaisuvälineillä, niin sopimuksen muotoa koskevan opin on sanottava olevan oppia sopimuksen ilmaisuvälineistä.

Tutkimuksessa, jonka kohteena ovat varallisuus oikeudellisten sopimustemme muutosäännökset, on syytä varoa lähtemästä liikkeelle edellä mainitusta muodon aksiomaattisesta käsitteestä.⁶ Muodon aksiomaattinen käsite, rajoitettuna tahdonilmaisuvälineisiin, on näet liian suppea.⁷ Se ei kata kaikkia niitä oikeustositietoja, joita oikeusjärjestyksemme pitää muotona. Vieläkin painavampi huomautus on tehtävä muodon aksiomaattista käsitystä vastaan. Se, samoin kuin kirjallisuudessa kenties poikkeuksetta esitetyt käsitykset,⁸ sisältää väitteen, että muodon käsite on yhtenäinen ja yksiselitteinen. Kuitenkin on niin, ettei tämä pidä paikkaansa ainakaan meidän oikeutemme osalta. Oikeutemme mukaan muodon käsite vaihtelee.⁹ — Kirjallisuudessa lausutaan muun muassa, että muotovaatimus voi merkitä erilaisia seikkoja¹⁰ tai että muodon kokoonpano vaihtelee.¹¹ Tällaiset sanonnat eivät vielä merkitse, että muodon käsite vaihtelisi. Onhan nimittäin niin, että varsin erilaisia vaatimuksia, kuten esimerkiksi kirjallisuusvaatimusta, todistajien myötävaikutusvaatimusta, samanaikaisuusvaatimusta tms., yleisesti pidetään muotovaatimuksina. Toisinaan vaaditaan yhtä niistä, toisinaan toista. Muutosäännökset vaihtelevat siis sisällöltään. Tämä ei tietystikään vielä merkitse, ettei noista erilaisista oikeustositietoista voitaisi johtaa yhtenäistä muodon käsitelmää. Näin on kirjallisuudessa

⁶ All vetenskaplig verksamhet bottnar ytterst i vissa av övertygelsen omfattade trossatser, lausuu *Carlson*, Rätten, s. 14. — Eri asia vain on, miltä tasolta aksiooma kulloinkin otetaan.

⁷ Ks. *Lahtinen*, LM 1957 s. 135 sekä 2 ja 3 § jäljempänä.

⁸ Ks. esim. *Ask*, I s. 2 ss.; *Burckhardt*, Einführung s. 41 ss.; *Caselius*, LM 1955 s. 866; *Ekström*, s. 694 ss.; *Lilius*, s. 9 ss.; *Schneider*, s. 5 ss.; *Telaranta*, s. 69; *von Tuhr*, II: 1 s. 496 ss. Kansainvälisen yksityisoikeuden osalta ks. esim. *Walker*, s. 189 ss.; *Zitelmann*, II s. 154 ss.

⁹ *Kaila*, Pääkohdat s. 193: »Muoto on myös aineen vastakohta, mutta nämä käsitteet ovat relatiivisia, sillä mikä yhdeltä kannalta on muotoa, saattaa toiselta kannalta olla ainetta jne.» Tämä klassillisesta filosofiasta peräisin oleva lausuma (ks. *Sokolowski*, s. 24) tuskin sisältää väitettä, että oikeusjärjestyksemme mukainen sopimuksen muodon käsite vaihtelisi.

¹⁰ *Arnholt*, s. 116.

¹¹ *Lilius*, s. 11: »Käytännöllisen tarpeen mukaan määrää lainsäätävä muodon kokoonpanon aina siihen nähden, mitä etuja hän muodolla kulloinkin tahtoo saavuttaa.»

tehty tai ainakin pyritty tekemään. Vasta silloin voidaan puhua muodon käsitteen vaihtelemisesta, jollei niistä erilaisista oikeustosiasioista, joita oikeusjärjestyksemme käsittelee muotona, voida johtaa yhtä ja yhteistä tunnusmerkitä, joka samalla on tarkoituksenmukainen. Jos siis tietty oikeustositiasia toisinaan on ja toisinaan ei ole luonteeltaan muotoa, silloin vasta muodon käsitteen on sanottava vaihtelevan. Tällaisista vaihteluista mainittakoon nyt esimerkkinä asiakirjan päiväysvaatimus. Toisinaan tuollainen vaatimus on muotovaatimus, toisinaan ei.¹²

Lähtökohdaksi ei siis voida ottaa muodon aksiomaattista käsitettä. Näin ollen on ensiksi selvitettävä, mitä sopimusten muodolla oikeusjärjestyksessämme tarkoitetaan.¹³ Se ei ole välttämätöntä vain sen vuoksi, että tiedettäisiin, mistä puhutaan,¹⁴ vaan siksi, että meidänkin oikeusjärjestyksemme on asettanut muotosäännökset tietynlaiseen erikoisasemaan. Tämä erikoisasema ilmenee muun muassa siinä, että muotosäännösten tulkinta vaatii määrätynlaista, jäljempänä selvitettävää tulkinta-asennetta¹⁵ ja että muotovirheet ovat toisinaan eri asemassa kuin muut virheet.¹⁶ Muodon käsitteen selvittäminen on siis välttämätöntä ja reaalista, vaikka sitä onkin joskus epäilty.¹⁷

Ennen muotosäännöksen käsitteen selvittelyä lienee paikallaan, että tutkimuksen päämäärä paljastetaan suorittamalla selvästi tutkimustehtävän asettaminen. Niin ikään on syytä määrätä tarkastelukulma (Auswahlprinzip).

¹² Ks. päiväysvaatimuksesta jäljempänä 3 §:n B-kohta.

¹³ Kysymyksen tärkeyttä korostaa mm. *Arnholm*, s. 116: Både når man skal skildre gjeldende rett og når man skal vurdere fordeler og mangler, er det nødvendig at man gjør seg klart hva man mener med formkrav, og hvilke virkninger det skal ha om en påbudt form er forsømt. *von Tuhr*, II: 1 s. 499 av. 22 huomauttaa kysymyksen tärkeydestä kansainvälisen yksityisoikeuden kannalta.

¹⁴ Vrt. esim. *Rautiala*, LM 1955 s. 621 ss.; siinä muotoprobleemi on sekoitettu eräisiin toisiin problemeihin. Tästä lausuu *Caselius*, LM 1955 s. 866: »Kun Rautiala on käsittänyt esittämänsä ongelman oikeudellisen luonteen virheellisesti, on siitä johtunut, että hän esittää sellaisia perusteluja mielipiteensä tueksi, joilla ei saata olla merkitystä.»

¹⁵ Ks. muotosäännösten tulkinnasta 15 §:ssä lausuttua.

¹⁶ Ks. 2 §:n av. 28 kohdalla mainittua.

¹⁷ *af Hällström*, Villfarelse s. 176: Godtages vår definition på förklaringen, kan man draga ett sträck över alla dessa mer eller mindre skarpsinniga men också mer eller mindre överflödiga distinktioner mellan förklaring, förklaringsinnehåll, förklaringshandling, förklaringsmedel, tolkningsresultat, tolkningsmedel, uttrycklig och tyst förklaring. Vrt. kuitenkin s. 154.

2. TEHTÄVÄN ASETTAMINEN

A. Tutkimustehtävän rajoittaminen. Tässä teoksessa otetaan tarkastelun kohteeksi eräitä muutosäännöksiemme yleisiä kysymyksiä. Muutosäännöstemme epäyhtenäisyys on monin tavoin vaikuttanut kysymysten asetteluun. Se on vaikeuttanut myös asetettujen kysymysten ratkaisua. Tässä tutkimuksessa otetaan tarkasteltavaksi lähinnä seuraavat neljä kysymysryhmää:

- a) muutosäännösten käsitteen selvittäminen,
- b) muutosäännösten systematisointi,
- c) muutosäännösten »luonteen» kuvaaminen,
- d) eräiden muotovirheiden tarkastelu.

Tehtävän asettaminen osoittaa, että tutkimuksessa pyritään synteesiin, joilla muutosäännökset saataisiin kartoitetuiksi. Tämä ei tietystikään merkitse, että johtopäätökset olisi yleensä suoritettu deduktiivisesti. Tällaiset ajatukset on torjuttava ja korostettava tutkimustyön analyttisyyttä, minkä esitysteknilliset seikat ovat usein työntäneet liiankin taka-alalle.

Teoksen alaotsikkona on »varallisuus oikeudellisia sopimuksia koskeva tutkimus». Tämän rajoituksen tarkoituksena on suunnata tutkimus lähinnä varallisuus oikeudellisten sopimusten muutosäännöksiin.^{17a}

B. Katsaus kirjallisuuteen. Asetetusta tehtävästä voidaan aina olla eri mieltä. Tutkimustehtävän asettaminen on arvoprobleemi.¹⁸ Vaikka

^{17a} Jäljempänä käsitellään mm. avioehtosopimuksen, testamentin, perinnönjaon, AL 108 §:n ja AULapsiL 11 §:n elatussopimuksien sekä oikeudenkäyntivaltakirjan muotomääräyksiä. Niitä ei voida tavanomaisen käsityksen mukaan pitää varallisuus-oikeudellisten sopimusten muutosäännöksinä. Tästä huolimatta voidaan perustellusti käyttää puheena olevaa alaotsikkoa. Raja varallisuus oikeuden ja muiden oikeusalojen välillä ei ole niin selvä, että siihen voitaisiin aina ehdottoman varmasti luottaa. Ei ole myöskään sanottu, etteikö kaikki se, mikä tässä teoksessa esitetään lähinnä varallisuus oikeuden pohjalta, voi ainakin *mutatis mutandis* koskea laajempaan oikeusalaan. Pääasia on, ettei alaotsikkoon suhtauduta liian ankarasti. On myös muistettava, että muutosäännöksiä tutkittaessa ei yleensä ole rajoitettu yksinomaan sille suppealle alueelle, mihin tutkimuksen nimi viittaa. Ks. esim. *Arnholm*, s. 118 ss.; *Ask*, II s. 28 ss., s. 49, s. 62, s. 126 ss.; *Chydenius*, Om tolkning, s. 28; *Lasen*, s. 62 ss.; *Telaranta*, s. 73 ss.; *Ussing*, s. 105 ss.; *Wrede-Heinonkoski*, s. 101 ss.

¹⁸ *Harva, Urpo*: Sosiaalitieteet ja arvot, Suomalainen Suomi 1956 s. 357: »Tieteellisen toiminnan arvosidonnaisuus ilmenee mm. siinä, että tiedemies valitsee tutkimuskohteensa ottamalla huomioon arvönäkökohtia.» Ks. lisäksi *Nieminen, Armas*:

»makuasioista ei kannatakaan kiistellä», lienee paikallaan muutamin sanoin selvittää niitä syitä, jotka ovat johtaneet edellä mainitulla tavalla asetettuun tutkimustehtävään. Samalla tulee muutamin sanoin kosketelluksi muutosäännöksistä olevaa kirjallisuutta.

Tarkasteltaessa muutosäännöksistä olevaa kirjallisuutta ja pyritäessä esittämään jonkinlaisia päälinjoja voidaan todeta, että viime vuosikymmenet ovat olleet hiljaiselon aikaa muutosäännösten yleiskysymysten tutkimisen suhteen. Yksityisoikeuden yleisiä oppeja käsittelevissä oppikirjoissa esiintyy jokseenkin poikkeuksetta »oikeustoimen muodon» tai muulla vastaavalla nimellä kulkeva luku. Suppeudestaan johtuen niitä on usein pidettävä epätäydellisinä ja — mikä valitettavinta — niissä on varsin usein »omaksuttu» käsitys, jonka synty juontaa jopa ajalta ennen Saksan siviililakikirjan säätämistä. Tuo aikahan oli pandektologian kulta-aikaa, jota *Knoph*¹⁹ kuvaa sanoen, että se oli spekulatiivista ja elämälle vierasta. Knophin mukaan oli siitä seurauksena käsitteiden ja konstruktioiden palvonta, positiivisen oikeuden normien yksipuolisesti looginen analyysi, joka eristi lainopin muista yhteiskuntatieteistä ja, mikä pahinta, elävästä oikeuselämästä. — Jos tarkastellaan uudempaa,²⁰ muutosäännöksiä koskevaa kirjallisuutta, voidaan todeta, että tutkimustyö jokseenkin poikkeuksetta on suuntautunut joko yksityisiin muutosäännöksiin tai tutkimuskohteeksi on otettu joidenkin erityiskysymysten selvittely. Muutosäännöksiä koskevat tutkimukset ovat kokeneet samaa kuin muukin tutkimustyö: ne ovat erikoistuneet.

Oikeusjärjestyksemme osalta ei ole julkaistu ainuttakaan laajempaa systemaattista yleisesitystä muutosäännöksistä. Jokseenkin samoin on asianlaita *muiden Pohjoismaiden* osalta. Viime vuosisadan puolella tosin *Ask* julkaisi kaksiosaisen teoksen,²¹ mutta se on katsottava lähinnä

Mitä on sosiaalipolitiikka? Porvoo 1955, s. 169; *Paakkanen, Jouko*: Eräs tutkimus osuustoiminnan taloudellisesta luonteesta, LTA 1957 s. 64; *Russell, Bertrand*: Etiikka ja politiikka, Porvoo 1955 s. 6 ss.; *Tamminen, Mikko*: Politiikka vai tiede talouspoliittisten päätösten perustana, LTA 1956 s. 126 ss.

¹⁹ *Knoph*, *Utviklingslinjer* s. 53.

²⁰ Muutosäännösten tutkijoiden »klassikkoina» voidaan pitää sekä *Savigny*ä että *Jhering*iä. Kummalle heistä annetaan etusija, on makuasia. *Savigny*n tutkimukset ovat vanhempia, kun taas *Jhering*in esitys on täydellisempi. *Jhering*ille antavat etusijan mm. *Ask*, I s. 5 av. 1; *Undén*, *Solennitetsvittnen* s. 17; *Vahlén*, s. 45 av. 6. *Savigny*n merkitystä taas korostaa *Haataja*, *Käsite* s. 45 av. 1.

²¹ *Ks. Ask*, I s. 1 ss., II s. 1 ss. — *Vahlénin* väitöskirjan ensimmäinen osa sisältää kenties varteenotettavimman esityksen muutosäännöksistä yleensä, vaikkakin teos on kirjoitettu Ruotsin kiinteistöluovutuksen muutosäännöksiä silmällä pitäen.

oikeushistorialliseksi esitykseksi. Oppikirjoissa samoin kuin monissa muissa julkaisuissa on esitetty mielipiteitä muutosäännöksistä yleensä. Esitysten suppeus on täydellisyyden esteenä. Niinpä voidaan todeta, ettei muutosäännöstemme epäyhtenäisyyttä ja epäselvyyttä ole riittävästi tuotu esiin.²² Ollaanpa valmiita lausumaan, että »oikeustoimen muotoa koskevat säännökset ovat yleensä laaditut niin tarkoin, ettei säännöllisesti synny epäselvyyttä, mitkä seikat vaaditaan lailliselta muodolta», kuten *Lahtinen*²³ tekee. Oikeuskäytäntömme osoittaa kuitenkin aivan päinvastaista. Sama toteamus voidaan tehdä kirjallisuuden osalta. Muotovirheisiin perustuvia oikeudenkäyntejä on meillä ollut aivan omiksi tarpeiksi, erityisesti viime vuosina.²⁴ Kirjallisuudessa taas esiintyy melkoisesti mielipide-eroja muotomääräysten tulkinnassa.²⁵

Meillä Suomessakin on tehtäväksi yleensä asetettu yksityisten muotomääräysten tai muiden erityiskysymysten selvittäminen. Yksityisten muutosäännösten tutkiminen on ollut vireää, varsinkin viime aikoina. Tätä osoittavat kirjallisuusluettelossa mainitut viisi monografiaa²⁶ ja lukuisat pienemmät kirjoitukset.

Erityiskysymysten selvittämiseen sisältyy tiettyjä vaaroja.²⁷ Yksityisten kysymysten tutkimisessa joudutaan näet jokseenkin poikkeuksesta turvautumaan joihinkin »yleisiin periaatteisiin». Niistä johdetaan lopputuloksia.²⁸ Esimerkkinä tällaisesta mainittakoon asennoituminen muutosäännöksiin yleensä. Toiset suhtautuvat muutosäännöksiin ankarasti, toiset taasen lievästi. Jotkut pyrkivät kulkemaan keskietä. Tässä tutkimuksessa ei liene syytä ryhtyä selvittämään eri oikeusoppineiden suhtautumisasennetta, niin tärkeää kuin se on yksityisten

²² Tällaiseksi kenties voitaneen katsoa *Montgomeryn* (s. 597) esittämä väite: *Hvad som hör formföreskrifternas fullgörande att iakttaga hörer till läran om resp. rättsärenden, för hvilka viss form är i lag stadgad*. Huomaa sama, JFT 1878—79 s. 90. Ks. lisäksi *Arnholm* s. 118, *Stang* s. 268, joissa on esitetty samansuuntaisia ajatuksia.

²³ *Lahtinen*, LM 1957 s. 139.

²⁴ Ks. *Caselius*, LM 1955 s. 870; *Rautiala*, DL 1957 II s. 57.

²⁵ Tämän osoittamiseksi riittänee viittaus tässä teoksessa useissa eri yhteyksissä käsiteltäviin yksityistapauksiin.

²⁶ Näillä tarkoitetaan *Hakulisen* ja *af Hällströmin* esityksiä kiinteistön luovutuksen muodosta sekä *Liliuksen*, *Palménin* ja *Rautialan* testamentin muotoa koskevia tutkimuksia.

²⁷ *Carrel*: »Mitä etevämpi spesialisti on, sitä vaarallisempi hän on». (*Carrel*, *Alexis*: *Tuntematon ihminen*, Porvoo 1937 s. 49.)

²⁸ Ks. *Brusiin*, DL 1938 s. 449; *af Hällström*, *Ägareförbehåll* s. 129 ss. olevia näkökohtia siitä, kuinka määritelmistä kehrätään lopputuloksia.

tulkintakysymysten osalta.²⁹ Jos tämä asenne tai jokin muu yleinen periaate ei pidäkään paikkaansa, on yksityistutkimus rakennettu hie-
kalle. Voi käydä myös niin, että jotakin yleisperiaatetta lähdetään
etsimään vertailevan oikeustutkimuksen avulla. Tällöin saatetaan
oikeusjärjestyksemme kuljettaa aivan vieraita käsityksiä.³⁰ Vielä
on mainittava vaarasta, joka sisältyy toisaalta erikoistutkimuksiin ja
toisaalta »oikeustieteessä havaittavissa olevaan tendenssiin työskennellä
mahdollisimman vähillä peruskäsitteillä ja siihen liittyvään yhtenäistä-
mis- ja yksinkertaistamispyrkimykseen».³¹ Muutaman yksityistapauk-
sen perusteella päädytään yleistykseen, väittämään jostakin yleisestä
positiivisoikeudellisesta periaatteesta.³² On näin ollen syytä olla varo-
vaisia liikuttaessa »juridiikan mikrotasossa»,³³ jolloin joidenkin harvojen

²⁹ Ks. esim. *Caselius*, DL 1954 II s. 45 ss., *sama*, LM 1955 s. 870, mistä ilmenee Caseliuksen melko ankara suhtautuminen muotomääräyksiin; *Rautiala*, LM 1955 s. 628 ss., *sama*, DL 1957 II s. 52 ss., *sama*, Lakiosa s. 143 ss., mistä ilmenee Rautialan lievä suhtautumisasenne. Ks. lisäksi mm. *Björöling*, *Egenhändig namnunderskrift* s. 88; *Endemann*, DJZ 1914 s. 22 ss.; *Körsner*, s. 42 ss.; *Nial*, *Festschrift Ekeberg* s. 368; *Schlyter*, s. 150 ss., s. 180 ss.; *Undén*, *Om vittnen* s. 20; *Walén*, SvJT 1948 s. 406 ss. Mainittujen oikeusoppineiden suhtautumisasenteet ilmenevät melko selvinä viita-
tuissa kohdissa. Yleensä suhtautumisasenne on luettavissa »rivien välistä», jos sil-
loinkin.

³⁰ Tätä tietä selittyvät monesti eräät ilmeiset virheellisyydet, joita muutosään-
nostemme osalta on lausuttu ja joihin tässäkin teoksessa puututaan. Erityisesti Sak-
san oikeuden vaikutuksesta on syytä huomauttaa. Ks. tässä yhteydessä *Allan Ser-
lachius*, LM 1907 s. 37 ss., s. 69 ss., olevaa hätähuutoa »oikeudenjakomme saksalais-
tumisesta», ja *Vuorio*, s. 67 olevaa mainintaa »liian voimakkaiden vaikutusten omak-
sumisesta ulkomaisesta oikeudesta».

³¹ *Zitting*, s. 1.

³² Voidaan kysyä, mistä kosketeltu yleistyshalu johtuu. Vastaus kuulune: se
on varsin useiden syiden tulos. Kahdesta seikasta on syytä huomauttaa. Kuten
tunnettua 1734-vuoden lain laatijat sirottelivat »yleisiä periaatteita» lain kasuistisiin
normeihin. Ei ole siis kumma, jos vielä nytkin halutaan nähdä yhdessä normissa
tuollainen yleinen periaate. Toinen huomautus koskee ajattelutapaa yleensä. On
näet muistettava, että »die unkritische Verallgemeinerung ist ein Fehler der soge-
nannten Begriffsjurisprudenz oder des Rechtslogismus» (*Burckhardt*, *Methode* s. 63).

³³ Taloustieteessä erotetaan yleisesti makrotaloustiede ja mikrotaloustiede tai
oikeammin makro- ja mikronäkökulmat. Edellinen etsii taloustieteellisiä invarians-
seja laajassa sektorissa. Jälkimmäinen pyrkii samaan päämäärään kapeammalla
sektorilla. Ks. esim. *Erich Schneider*: *Einführung in die Wirtschaftstheorie*, II,
Tübingen 1949, s. 40 ss. — Myös sosiologiassa on erotettu makro- ja mikrososiolo-
gia. Ks. esim. *Mauno Koivisto*, *Teoreettisesta ja soveltavasta sosiologiasta*. Suo-
malainen Suomi 1957 s. 12 ss. — Lainopissakin voidaan kaiketi erottaa makrojuri-
diikka ja mikrojuridiikka.

tapausten perusteella, siis kapeassa sektorissa, nähdään jokin positiivis-oikeudellinen säännönmukaisuus (invarianssi).³⁴

3. TARKASTELUKULMA

Tutkimusobjekteja voidaan tarkastella useista eri näkökulmista. Mistä näkökulmasta muutokysymyksiä olisi tarkoituksenmukaisinta katella, jotta ne valottuisivat mahdollisimman hyvin? Tällainen näkökulmahan olisi »löydettävä», jos halutaan saada aikaan kartoitustutkimus, tarkasteluobjektien yleishahmotus. Eräs kysymys johtaa tiettyyn näkökulmaan. Tätä kysymystä voidaan kutsua tavanomaiseksi »muodon» määrittelykysymykseksi.

Kirjallisuudessa esitetään yleisesti, että on olemassa *kaksi muodon käsitettä*. Toista kutsutaan *laajaksi* ja toista *suppeaksi*³⁵ tai teknilliseksi³⁶ käsitteeksi. Laajempaa muodon käsitettä käytetään ilmaisemaan niin sanoakseni kaikkia muotoja.

Laajan ja *suppean* muodon käsitteiden erottaminen perustuu sopimuksen rakenteelliseen tarkasteluun, jossa klassillisen filosofian spekulatiolla on vahva jalansijansa. Niinpä *Aristoteleen* filosofiassa on muodon ja materian erottelulla huomattava merkitys.³⁷ Sieltä se heijastuu juridiseenkin ajatteluun.³⁸ Lähtökohta voidaan ilmaista *El. Kailan*³⁹ sanoilla: »Kun puhutaan oikeustoimen muodosta, niin on muistettava, että kaikki sisältö ilmenee välttämättä jossakin muodossa, ettei ole sisältöä ilman muotoa ja päinvastoin». ⁴⁰ Tätä tietä päädytään lausumaan, että kaikilla sopimuksilla (tai oikeustoimilla) on oma muotonsa. Niillä on se muoto, jossa ne tosiasiallisesti ilmenevät.⁴¹ Tämä on muotoa

³⁴ *Eino Kaila*: »Jos kysytään, mitkä ovat inhimillisten tiedonpyrkimysten tavoitteet, voidaan tähän vastata yhdellä sanalla: ne ovat invarianssit». (Inhimillinen tieto, Helsinki 1939, s. 13.)

³⁵ Esim. *Jhering*, s. 473 ss.

³⁶ Esim. *Lilius*, s. 9; *von Tuhr*, II: 1 s. 496; *Tuhr—Siegwart*, I s. 221; *Vahlén*, s. 13. *Kaila*, Pääkohdat s. 193 käyttää termiä »muoto juriidisessa merkityksessä».

³⁷ Ks. *Sokolowski*, s. 23 ss., s. 74 ss.

³⁸ Ks. *Sokolowski*, s. 25 ss.

³⁹ *Kaila*, Pääkohdat s. 193.

⁴⁰ *Kaila*, Oikeuslogiikka, s. 40: »Aine ja muoto ovat loogillisesti yhdenaikaisia, eivätkä voi olla olemassa toinen toisettaan».

⁴¹ Ks. esim. *Jhering*, s. 473: In diesem Sinne gibt es also keinen formlosen Willensakt — eine Wille ohne Form wäre gleich dem Lichtenbergschen Messer ohne Klinge, dem der Stiel fehlt. *Schneider*, s. 5: Somit gäbe es rein sprachlich wenig-

laajassa (filosofisessa) merkityksessä. Tältä pohjalta ei myöskään voida lausua, että sopimus on *muotovapaa*.⁴² Kaikkiin sopimuksiinhan kuuluu tuollainen laajan käsitteen mukainen muoto. Muoto ja sisällitys ovat tältä pohjalta toistensa vastakohtia. Kirjallisuudessa korostetaan usein tätä vastakohtaisuutta.⁴³

Suppealla eli teknillisellä muodolla tarkoitetaan sellaista muotoa, joka täyttää tietyt vaatimukset. Sillä ei tarkoiteta »kaikkia muotoja», vaan — karkeastikin mitaten — yhtä määrättyä⁴⁴ tai muutamia määrättyjä⁴⁵ muotoja, joiden noudattaminen on pakollista. Tämä pakollisuus ilmenee siinä, että ellei muotoa noudateta, tulee voimaan noudattamattajätön oikeudellinen vaikutus. Yleisesti tuoksi oikeusvaikutukseksi asetetaan pätemättömyys.⁴⁶ Saatettiinpa vielä viime vuosisadan vaihteessa lausua suorastaan asian luonnosta johtuvan, että ellei muoto säännöstä ollut noudatettu, sopimus oli pätemätön.⁴⁷ Toisinaan sallitaan jonkin muun oikeusvaikutuksen kuin pätemättömyyden luoda suppea muodon käsite.⁴⁸ Ratkaiseva merkitys puheena olevassa erottelussa on siis oikeusvaikutuksella. Muodon ulkoisella asulla ei ole merkitystä.⁴⁹

stens überhaupt keine formlosen Rechtsgeschäften. *Wrede—Heinonkoski*, s. 101: »Muodolla tarkoitetaan, kuten tunnetua, yleensä ilmiön ulkoista hahmoa. Tässä merkityksessä jokaisella oikeustoimella on tietysti joku muoto.» Ks. vielä *Ekström*, s. 693; *Burckhardt*, Einführung s. 41 ss.; *Loewe*, s. 9; *von Tuhr*, II: 1 s. 496; *Tuhr—Siegwart*, I s. 221; *Völderndorff*, s. 13 ss.

⁴² Esim. *Windscheid*, PR I s. 183 av. 6: Man nennt die Willenserklärung, für welche eine bestimmte Form nicht vorgeschrieben ist, eine formlose — dem Sprachgebrauch gemäss, und desswegen nicht weniger mit Recht, weil auch sie, wie jedes Ding, eine äussere Erscheinung (Form in diesem Sinne) hat. Ks. erit. *Burckhardt*, s. 42 ss., jossa arvostellaan kielelliseltä kannalta OR 115 käyttämää sanontaa »formlos», sekä *Fischer*, s. 37 av. 77; *Schneider*, s. 5.

⁴³ Esim. *Burckhardt*, Einführung s. 42; *Ekström*, s. 694; *Jhering*, s. 472; *Telarranta*, s. 69; *von Tuhr*, II: 1 s. 496. Vrt. sen sijaan *af Hällström*, Villfarelse s. 172; vrt. tässä yhteydessä sanojen muoto ja sisällitys (materia) käyttää oikeus-sanon yhteydessä, esim. *Alanen*, s. 61; *Burckhardt*, Methode s. 104 ss.; *Germann*, s. 207 ss.; *Lahtinen*, s. 197 ss.

⁴⁴ Esim. *Ask*, I s. 2 ss.; *Jhering*, s. 476 ss.; *Savigny*, s. 238 ss.; *Schneider*, s. 5; *Tuhr—Siegwart*, I s. 221; *Vahlén*, s. 13.

⁴⁵ Esim. *Burckhardt*, Einführung s. 42; *Ekström*, s. 693.

⁴⁶ Esim. *Savigny*, s. 238; *Ask*, I s. 1 ss., II s. 7 ss.; *Burckhardt*, Einführung s. 41; *Danz*, s. 138.

⁴⁷ *Reuterskiöld*, Aftal s. 168: Är aftal lagligen form fordrande, så ligger det i sakens natur, att dess perfektion icke kan inträda, förrän det iklädts behörig form.

⁴⁸ Ks. esim. *Vahlén*, s. 13.

⁴⁹ Tuskin selvemmin voidaan asia ilmaista kuin sanomalla *Jheringin* (s. 475) tavoin: ei muodon ulkonainen asu, vaan sen sisäinen juridinen luonne, sen oikeu-

Tässä yhteydessä ei ole syytä ryhtyä lähemmin tarkastelemaan erilaisia teknillisen muodon käsitteitä. Tehtävänähän on nyt aluksi tarkastelukulman valinta. Tässä tarkoituksessa on kysyttävä, mihin teknillisen muodon käsitettä oikeastaan on tarvittu. Vastaus kuuluu: Sitä on tarvittu määrämuotoisten sopimusten käsitettä varten.

Erottelu *määrämuotoisiin* sopimuksiin ja niiden vastakohtaan, *vapaa-muotoisiin* sopimuksiin on eräs teknillis-systemaattinen erottelu.⁵⁰ Se voidaan suorittaa ja sen tekeminen on välttämätöntäkin, kun esimerkiksi selvitetään OikTL:n 1 §:n 2 momentin sisältöä.⁵¹ Puhutaanhan mainituissa lainkohdassa »määrämuotoisista sopimuksista».

Jos lähtökohdaksi otetaan erottelu määrämuotoisiin ja vapaamuotoisiin sopimuksiin, johtaa tämä helposti teknillisen muodon käyttöön. Sen selvittäminen, mitä määrämuotoiset sopimukset ovat, ei ole ainakaan helppoa,⁵² ellei koko kysymyksen asettamistakin ole pidettävä vähemmän tarkoituksenmukaisena. Missään tapauksessa ei voida lähteä siitä, että OikTL:n 1 §:n 2 momentissa on ilmaistu oikeusjärjestyksemme kaikkiin yksityistapauksiin soveltuva käsite. Mainittuun lainkohtaan on päinvastoin suhtauduttava »kenttätöön»⁵³ tavoin: on selvítettävä, mitä

dellinen välttämättömyys on ratkaisevaa. Ks. lisäksi *Loewe*, s. 10, erit. av. 6 viitteineen.

⁵⁰ Roomalaisen oikeuden sopimukset on tapana luokitella reaali-, verbaali-, litteraali- ja konsessuaalisopimuksiin (Ks. esim. *Jörs—Kunkel—Wenger*, s. 218 ss.; *Sohm—Mitteis—Wenger*, s. 387 ss.). Tämä luokitus on sopimusten luokittelua, ja luokitteluperusteen muodostavat ne erilaiset oikeustositiasiat, jotka olivat välttämättömiä, jotta sopimus sai roomalaisessa oikeudessa kannekelpoisuutensa. Vastaavallaista sopimusten luokittelua on sekin ryhmittely, jossa puhutaan määrämuotoisista sopimuksista. Tällaisella luokituksella on vahva jalansija meidänkin kirjallisuudessamme. (Ks. esim. *Chydenius*, Tolkning s. 28 ss.; *Ekström*, s. 522; *Erma*, s. 4 ss.; *Haataja*, Käsite s. 41; *Hernberg*, s. 205; *Kaila*, Pääkohdat s. 192; *Kivimäki*, s. 66 av. 1; *Lagerlöf—Kauppi*, s. 25; *Palmgren—Olsson*, s. 73; *Raninen*, Vahvistuskirje s. 49 av. 113; *Vihma*, Mahdottomuus s. 189.) Luokitusperusteeksi ei oikeutemme osalta tietystikään kelpaa sopimusten kannekelpoisuus. Luokitus suoritetaan sopimusten pätevyyttä silmällä pitäen.

⁵¹ Ks. jäljempänä 10 §.

⁵² Jo *Schlesinger* s. 4 voi todeta: Es soll hier nicht auf die Abweichungen eingegangen werden, welche zwischen diesen einzeln Schriftstellern in Bezug auf die Auffassungen des Formalcontractes und seinen Gegensatzes zu den anderen obligatorischen Verträgen obwalten.

⁵³ *Carlson*, LM 1957 s. 32: »Käytännön lainopilla, oikeustieteen kenttätöyllä, sitä vastoin ei ole aihetta karttaa lainsäätäjän... käyttämien käsitteiden — ehkä olisi tarkemmin sanottava: käyttämien sanojen tarkoittamien empiiristen kohteiden — olemuksen tutkimista.»

»määrämuotoisia sopimuksia»-sanoilla on juuri tuossa tapauksessa tarkoitettu. Teknillisen muodon pahimpana puutteena on, että käsite ilmaisee sen oikeusvaikutuksen, mikä on sillä seikalla, ettei sopimusta ole tehty määrättyssä muodossa. Teknillisen muodon käyttö sitoo siis tutkimukselta kädet. Eikä vain sillä hyvä: se saattaa aiheuttaa sen virheellisen käsityksen, että muutosäännösten noudattamattajätöstä aina, loogisella välttämättömyydellä, seuraa vain tuo käsitteen sisältämä vaikutus, esimerkiksi pätemättömyys.⁵⁴

Muutosäännösten yleisesityksen lähtökohdaksi ei siis ole syytä ottaa erottelua määrämuotoisiin ja vapaamuotoisiin sopimuksiin. Sitä vastoin on tarkoituksenmukaista lähteä liikkeelle muotomääräyksistä sellaisina kuin ne esiintyvät oikeusjärjestyksessämme. Tutkimus on tällöin normeja koskeva tutkimus ja tutkimusnäkökulma voidaan pitää positiivisoikeudellisena, tuon sanan parhaassa merkityksessä.⁵⁵ Täten tutkimus pysyy riittävän reaalisenä.⁵⁶

⁵⁴ Ks. jäljempänä 4 §:n 3-kohdassa olevaa jakoa a) varsinaiset, b) epävarsinaiset ja c) ohjesisältöiset muutosäännökset. Tämä jaotus on suoritettu käyttämällä muutosäännösten noudattamattajätön oikeusvaikutusten erilaisuutta luokitusperusteena.

⁵⁵ Huomaa *Carlson*, s. 15: Att hos oss i Finland, som i tiden introducerade det passiva politiska motståndets förfaringssätt, vilket förutsatte en starkt helst religiös tro på rättens absoluta, överpositiviska helgd, positivismen icke ännu vunnit en obestridd härskarställning, är kanske förklarligt. Ja kuitenkin, käyttääkseni *Hesslerin* sanoja: Under intryck av lagformens högtidlighet förbiser man, att lagen dock icke är annat än en meddelelseform, en form för kommunikation av de politiska makthavandes önskningsar till medborgarna (SvJT 1957 s. 246).

⁵⁶ Mainittu tarkastelukulma on vaikuttanut tämän tutkimuksen nimeenkin. Tutkimuksen nimenä on muutosäännökset, eikä esimerkiksi sopimuksen muoto tai muu vastaava ja yleinen nimi. Sopimusten tai oikeustointen muodosta puhuvat mm. *Ekström*, s. 693 ss.; *Hakulinen*, Luovutus; *Kivimäki*, s. 93 ss.; *Telaranta*, s. 67 ss.; *Wrede—Heinonkoski*, s. 101 ss.; lisäksi *Corbin*, s. 337 ss.; *Enneccerus—Nipperdey*, II s. 647 ss.; *Winfield*, s. 107 ss. Muutosäännöksistä tai muotomääräyksistä puhuvat mm. *af Hällström*, JFT 1932 s. 278 ss.; *Larenz*, s. 48 ss.; *Vahlén*. Ks. myös BGB 125 ja seuraavat §:t.

I LUKU. MUOTOSÄÄNNÖKSEN KÄSITE

2. §. MUOTOSÄÄNNÖKSEN YLEISTUNNUSMERKISTÖ

1. YLEISTÄ

A. Määritelmän vaikeus ja vaarallisuus. Varallisuusoikeudellisten sopimusten muotosäännöksillä tarkoitetaan normeja, jotka määräävät varallisuusoikeudellisten sopimusten muodosta. Tätä ei pidä käsittää miksikään varsinaiseksi määritelmäksi. Sisältäähän se kehämääritelmän. Kehämääritelmästä vapaudutaan, kun selvitetään, mitä muotosäännöksellä tarkoitetaan.

Yhdysnomini »muotosäännös» muodostuu kahdesta eri sanasta: muoto ja säännös. Tämän tutkimuksen kannalta ei ole syytä puuttua säännöksen eli normin varsin riidanalaiseen käsitteeseen.¹ Sitä vastoin muodon käsitettä pyritään valaisemaan mahdollisimman tarkasti.

Kun tehtäväksi otetaan muodon käsitteellinen selvittely, ei tehtävää täytetä, ellei lopputulos kiteydy määritelmäksi.² Tehtävä ei tule täytetyksi, jos ainoastaan luetellaan ne oikeustositiasiat, joita oikeusjärjestyk-

¹ Normin käsiteanalyysi kuulunee vähintään yleisen oikeusteorian piiriin, ellei peräti yleiseen tietoteoriaan. Ks. normin käsitteestä esim. *Aubert*, s. 14 ss.; *Kaila*, *Oikeuslogiikka* s. 41 av. 1; *Lahtinen*, s. 124 ss.; *Ofstad*, TFR 1952 s. 38 ss.

² *Vuorio*, s. 47: »Käsite ja (siitä käytetty) termi tosin ikäänkuin peittävät toisensa. Samoja asioita ne eivät kuitenkaan ole, ja se käykin selvästi ilmi, kun kysymystä katsotaan merkitysrelaation valossa... Niinpä samaa sanaa käytetään erilaisissa merkityksissä, ja toisaalta voidaan sama asia (käsite) ilmaista käyttämällä siitä eri sanoja (merkkejä).» Tästä huolimatta, kielellisistä syistä, käytetään jäljempänä sanoja käsite, termi ja määritelmä synonyymeina. Tämä ei voine aiheuttaa epäselvyyttä. Ks. tässä yhteydessä *Sariola*, s. 192: »Määritelmä: Toteamus, jolla kahden ilmaisun yhtäläisyys vahvistetaan. Toinen ilmaisu (definiendum) on määriteltävä ilmiö, toinen (defiens) sisältää ne attribuutit tai operaatiot, joilla edellinen tunnustetaan.»

sämme pitää muotona. Tällaisen luettelon laatiminen, jotta se olisi täydellinen, lienee tapausten runsauden vuoksi mahdotontakin, varsinkin jos samalla luodaan katse taaksepäin, muutosäännösten kehitykseen.³

Mitä sopimuksen muodolla tarkoitetaan? Kysymykseen ei ole helppo vastata.⁴ Vaikeus ei saa olla esteenä pyrittäessä muodon määrittelemiseen, koska oikeutemme osalta voidaan »löytää» muodon yleistunnusmerkistö. Se yritetään esittää seuraavassa, korostaen kuitenkin: *definitio periculosissima est* -määritelmä on mitä vaarallisin.⁵

B. Muoto-sanan monimerkisyys. Ryhdyttäessä etsimään oikeusjärjestyksemme mukaisen muodon käsitteen tunnusmerkkejä, voidaan tehtävä suorittaa monin tavoin. Luonnollisinta on lähteä liikkeelle lainsäädännöstämme. — Voidaan kyllä ajatella, että muodon käsitteellisessä selvittelyssä ei olisi otettava huomioon ainoastaan legaalisia muutosäännöksiä, vaan myös tavanomaisoikeudelliset ja yksityisautonomiset (sopimukseen perustuvat) muutosäännökset. Näin ei seuraavassa kuitenkaan tehdä. Tavanomaisoikeudelliset muutosäännökset ovat jääneet tekijälle jokseenkin tuntemattomiksi jäljempänä ilmenevistä syistä.⁶ Tavanomaisoikeudellisina muutosäännöksinä pidetäänkin tämän vuoksi sellaisia tavanomaisoikeudellisia normeja, jotka täyttävät lähinnä legaalinormien pohjalta johdetun muutosäännösten yleistunnusmerkistön. Yksityisautonomisia muutosäännöksiä ei taas ole otettu huomioon sen vuoksi, että sopimuskumppanit voivat kutsua muodoksi miltei minkälaisia oikeustositasiota tahansa. Muodon käsite tulisi tätä tietä täysin heterogeeniseksi. Sitä paitsi »*falsa demonstratio non nocet*». Väärä nimi ei siis periaatteessa vaikuta asiaan.⁷ Tämä roomalaisoikeudellinen, sopimusten typologiaa eli tyyppioppia koskeva tulkintaohje soveltuneekin tässäkin tapauksessa.⁸

³ Zitelmann, II s. 154 ss. tarkastelee yksityistapauksia, joissa kysymys on erittäin tärkeä, ja laatii täten luettelon, joka ei pyrikään olemaan täydellinen.

⁴ Ks. esim. Walker, s. 192; Zitelmann, II s. 154.

⁵ Zitelmann, II s. 154.

⁶ Ks. 13 §.

⁷ Eri asia on se, että väärällä nimellä on tosiasiaa vaikutusta. Se luo kuvitelman nimen (symbolifunktion) ja tosiasiaa tarkoitetun yhtäläisyydestä. Ks. esim. af Hällström, Villfarelse s. 204 ss.; Ylöstalo, Takaus s. 1, jossa todetaan väärän nimen käytön tuottavan vaikeuksia sitoumusten tulkinnassa (esim. KKO 1950 II 383).

⁸ Ks. po. oikeuslauseesta erit. Bang, s. 1 ss., varsinkin s. 62 ss., missä kysymystä tarkastellaan muutosäännösten näkökulmasta; Danz, s. 134, s. 147 ss. Ks. lisäksi Chydenius, Om tolkning s. 9, s. 31; Ekström, s. 757; Haataja, Käsite s. 133 ss., s. 228; Hernberg, s. 151, s. 174 ss.; af Hällström, Villfarelse s. 204 ss., sama, JFT 1932 s. 435

Lainsäädännöllemme, samoin kuin pohjoismaiselle lainsäädännölle yleensä, on tunnusomaista, ettei oikeuskäsitteitä määritellä.⁹ Niinpä pohjoismaisessa lainsäädännössä ei ole määritelty muotoa tai muoto-säännöstä, vaikka näiden sanojen käyttö onkin melko yleistä. Myöskään ei lainsäädännössä ole suinkaan selvästi ilmaistu, mitä »määrämuotoisilla sopimuksilla» (OikTL 1² §) tarkoitetaan, vaikka tällä käsitteellä on erittäin tärkeä merkitys arvosteltaessa tarjouksen sitovuutta.¹⁰

Jos tarkastellaan lainsäädäntömme sopimuksia koskevia normeja ja kysytään, missä merkityksessä niissä on käytetty muoto-sanaa, havaitaan pian, että sana esiintyy monimerkityksisenä. Toisinaan on sana jollakin tavoin yhdistetty sopimuksen solmimistapaan.¹¹ Toisinaan sana esiintyy niin itsenäisenä, ettei se paljasta ainakaan välittömästi omaa merkitystään. Voitaneen sanoa, että muoto-sanalle on haluttu antaa jokin siihen sinänsä sisältyvä merkitys.¹² Usein käytetään sanaa siitä, mitä sopimuksissa ilmaistaan, mutta ei suinkaan ilmaisu- tai solmimistavasta.¹³ Voitaneen sanoa, että tuolloin on muodolla tarkoitettu lähinnä sopimuksen (oikeustoimen) sisältöä. Muoto-sanaa on siis käytetty eri merkityksissä. Sanan käyttöä ei ole lainsäädännössämme täsmennetty, jos se asian luonnon huomioon ottaen lienee tarkoituksenmukaistakaan.

Kirjallisuuden osalta voidaan myös havaita, että sielläkin muoto-sana esiintyy useissa eri merkityksissä. Yleistä on, että muoto-sanaa käytetään sopimuksen solmimistavasta.¹⁴ Mutta myös muut merkitykset ovat melko tavallisia. Niinpä sillä toisinaan tarkoitetaan sopimustyyppisiä tai -lajeja.¹⁵ Sanotaan esimerkiksi, että sopimuskumppanit voivat tehdä tietyssä muodossa sopimuksensa, kun tarkoitetaan sanoa, että sopimuskumppanit voivat tehdä tietyn tyyppisiä (tai lajisia) sopi-

av. 338; *Kauppi*, Osakeyhtiön nimessä s. 100; *Olsson*, JFT 1952 s. 248; *Telaranta*, s. 175; *Vihma*, Sopimussakko s. 29 av. 2, s. 126. Ks. lisäksi KonkS 46 § b-kohta; IlmVelvL 16² §; PerintöveroL 18³ §; TOL 95² §; VähittäismaksuL 1³ §.

⁹ Esim. *Aaltonen*, s. 39.

¹⁰ Ks. jäljempänä 10 §:ssä olevaa esitystä OikTL 1 §:n 2 momentin tulkinnasta.

¹¹ Esim. OYL 15 §. Ks. myös PK 16: 9 ja 11.

¹² Esim. OikTL 1 § 2 mom.; LainhL 20 §.

¹³ Esim. TyösopL 26 § 3 mom., 37 §; TOL 95 §; TOA 57 §; IlmVelvL 16 §; KonosementtiL 6 §.

¹⁴ Esim. *Jhering*, s. 472; *Lilius*, s. 9; *Savigny*, s. 237; *Schneider*, s. 5; *Telaranta*, s. 69; *Vahlén*, s. 13.

¹⁵ Esim. *Arnholm*, s. 69 verratuna s. 116 ss.; *Esser*, s. 26; *Honka*, LM 1946 s. 59 ss.; *Kivimäki*, DL 1955 s. 283, 287; *Montgomery*, JFT 1878—79 s. 95; *Stang*, s. 273 ss.

muksia.¹⁶ Joskus taas muoto-sanalla on tarkoitettu sopimuksen sisältöä yleensä.¹⁷

Missä merkityksissä muoto-sanaa käytetään yleisessä kielenkäytössä ja Korkeimman oikeutemme kielenkäytössä? Nykysuomen Sanakirja osoittaa lukuisan määrän erilaisia merkityksiä muoto-sanalle.¹⁸ Niinpä sanaa käytetään muun muassa merkityksessä hahmo, ulkomuoto, olo-muoto, ilmenemismuoto, miten jokin asia on ulkonaisesti toteutettu, hahmoteltu, suunniteltu, rakennettu, esitetty tms. Varsinkin sellaiset monikolliset sanonnat ovat tavallisia, joista esimerkkinä mainittakoon ulkonaiset muodollisuudet, menot, seremoniat ja etikettiseikat. Tässä mielessä voidaan jostakin henkilöstä sanoa, että hän on »turhien muotojen ihminen». Niin ikään puhutaan yleisesti »muodon vuoksi tekemisestä», esimerkiksi, että »rouvat hiukan kursailivat muodon vuoksi». — Jos noista yleisen kielenkäytön muoto-sanana merkityksistä halutaan lausua jotakin, niin on suorastaan varoitettava olettamuksesta, että kaikki se, mikä yleisen kielenkäytön kannalta on »muodollisuutta», olisi muotoa lainsäädännöstemme merkityksessä. — Korkeimman oikeutemme kielenkäytöstä on nyt vain syytä todeta, että joskus muoto-sanaa on käytetty yleisen kielenkäytön merkityksessä »turhanpäiväinen muodollisuus».¹⁹

Muoto-sana esiintyy lainsäädännössämme, kirjallisuudessa, yleisessä kielenkäytössä ja Korkeimman oikeutemme kielenkäytössä monimerkityksisenä. Olemme siis tilanteessa, ettemme tiedä, mitä tuolla tämän tutkimuksen kannalta ensiarvoisen tärkeällä sanalla tarkoitetaan. Ja sanoilla on kuitenkin suuri valta ajatukseen.²⁰ Tilanteen ratkaisemiseksi lienee olemassa vain yksi mahdollisuus. On asetettava aksiomaattinen perusväittämä: sopimuksen muoto on jollakin tavoin yhteydessä sopimuksen solmimistapaan. Tämän perusväittämän pohjalta pyritään esittämään muodon tunnusmerkit.

¹⁶ Esim. Aaltonen, s. 42; Esser, s. 26; Heikonen DL 1940 s. 327; Palmgren—Olsson, s. 76.

¹⁷ Esim. Kivimäki, s. 144; Serlachius, Sakrätt s. 44.

¹⁸ Ks. *Nykysuomen Sanakirja*, III s. 545 ss., jossa päähakusana muoto sisältää lähes 3,5 kookasta palstaa po. sanan semanttista selvitystä. Ks. lisäksi s. 541 ss., päähakusanat muodollinen ja muodollisuus.

¹⁹ Ks. KKO:n 17. 6. 1955 antamaa lausuntoa kuolinpesän selvitystä ja perinnönjakoa koskevan lainsäädännön uudistamisesta s. 26. Ks. jäljempänä av. 32 mainittua.

²⁰ Esim. *Arnholm*, SvJT 1952 s. 506.

C. Yleistunnusmerkistön ja erikoistunnusmerkistöjen eron tarpeellisuus. Edellä on mainittu, että muodon käsite ei ole oikeusjärjestyksessämme aina samankaltainen. Toisinaan käsite on laajempi, toisinaan suppeampi. Tällainen käsitteellinen »vaihtelevaisuus» ei ole oikeusjärjestyksessämme millään tavalla harvinaista. Esimerkkeinä voidaan mainita, että näin on asianlaita muun muassa hallinnan käsitteeseen nähden. Hallinnalla tarkoitetaan lainsäädännössämme — eri lainpaikoissa — niin useanlaisia oikeustositioita, »ettei yleensä voida asettaa täsmällistä yleispätevää määritelmää», kuten *Zitting*²¹ lausuu. Niin ikään työoikeuden keskeinen käsite, työsuhde, on siksi vaihteleva, että joskin siitä voidaan ilmaista yleinen tunnusmerkistö, niin tätä on kuitenkin täydennettävä erikoistunnusmerkistöillä.²² Vastaavanlaisen käsitteellisen vaihtelevaisuuden toteaa *Vihma*²³ ylivoimaisen esteen (*force majeure*) osalta.²⁴

Muodon käsitteellinen vaihtelevaisuus ilmenee seuraavasta, jossa pyritään ensin esittämään oikeusjärjestyksemme mukainen²⁵ muodon yleinen tunnusmerkistö. Tämän jälkeen tarkastellaan eräitä lainsäädäntömme normeja, joita on pidettävä muotosäännöksinä, vaikka ne eivät sellaisia ole yleisen tunnusmerkistön näkökulmasta. Nämä tapaukset muodostavat muodon erikoistunnusmerkistön.

²¹ *Zitting*, s. 157.

²² *Vuorio*, s. 69 ss.

²³ *Vihma*, *Mahdollisuus* s. 213 ss., s. 290.

²⁴ Ks. kiinteän omaisuuden käsitteellisestä vaihtelevaisuudesta lainsäädännössämme esim. *Ollinen*, I s. 42 ss.; *Rekola*, *Vero* s. 21 ss.; *J. Serlachius*, *JFT* 1888 s. 1 ss., s. 166 ss. »Handel»-sana esiintyy 1734 vuoden laissa eri merkityksissä. Ks. *Cederberg*, *LM* 1912 s. 64. — Ks. tässä yhteydessä *Burckhardt*, *Methode* s. 75 ss. olevia näkökohtia käsitteiden vaihtumisesta. Ks. vielä *Caselius*, *Pantti* s. 3 ss., missä puhutaan käsitteiden »relatiivisuudesta».

²⁵ Oikeuttamme selvittäessä ei liene tarkoituksenmukaista pyrkiä sellaisen muodon käsitteeseen, joka olisi muodostettu useiden eri oikeusjärjestysten pohjalta. Tämä johtuu siitä, että jo meidän oikeusjärjestyksemme mukaan muodon käsite vaihtelee. Puhtaasti vertailevassa tutkimuksessa saattaa positiivisen käsitteen rinnalle olla tarpeellista luoda ns. yleinen käsite. Missään tapauksessa yksinomaan positiivisen käsitteen käyttö ei estä vertailevia tutkimuksia. Ks. *Caselius*, *Pantti* s. 10, missä lausutaan: »ettei oikeustiede tunne esim. mitään ehdotonta ja pysyvää panttioikeuden käsitettä, vaan enintään kunkin maan positiivisen oikeuden mukaisen panttioikeuskäsitteen»; *Merikoski*, *Erivapauden käsite* s. 14, missä todetaan, että »kaikkiin oikeusjärjestyksiin soveltuva erivapauden käsite» on »käytännöllisesti katsoen arvoton. Tällaisen käsittemääritelmän täytyisi tyytyä niin kovin ylimalkaisiin tuntomerkkeihin, että käsitteellä ei voisi olla mitään käytännöllistä merkitystä». Vrt. kuitenkin *Hiltunen*, *Paavo*: *Syyllisyyskäsite rikoksen uusimisessa*, *Vammala* 1951, s. 17 ss.; *Tirkkonen*, *Välimiesmenettely* s. 1 ss.

2. YLEISET TUNNUSMERKIT

A. Missä järjestyksessä sopimus on tehtävä? Eräissä lainsäädäntömme normeissa ²⁶ on selvästi erotettu muotovirheet asiallisista ²⁷ virheistä. Tällaisista normeista voidaan esimerkkeinä mainita OYL 30 § sekä LainhL 20 ja 21 §.²⁸ Niissä muotovirheiden oikeusvaikutukset ovat aivan toisessa asemassa kuin asiallisten virheiden oikeusvaikutukset. Saadaanko noista normeista johtoa muutosäännöksen käsitteen määrittelyyn? LainhL:n osalta on kysymykseen vastattava kieltävästi. LainhL:n 20 §:ssä puhutaan vain siitä, että kiinteistönluovutussopimusta ei ole tehty »lain säätämässä muodossa», eikä siinä paljastu minkäänlaista muutosäännöksen tunnusmerkkiä. Näin on asianlaita, vaikka LainhL 20 §:ää verrattaisiin lain 21 §:ään.

OYL:n 30 §:ssä säädetään muun muassa: »Jollei päätös, vaikka se yhtiökokouksen toimivaltaan kuuluu, ole tehty oikeassa järjestyksessä, olkoon osakas oikeutettu vaatimaan uutta yhtiökokousta...» Lain sanamuodon perusteella voidaan sanoa, että silloin kun yhtiökokouksen päätöstä ei ole tehty »oikeassa järjestyksessä», on kysymyksessä muodollisesti virheellinen yhtiökokouksen päätös.²⁹ — Vaikka OYL 30 §:n sanamuoto pyrkiikin osoittamaan, milloin on kysymyksessä muoto-

²⁶ Lainsäädännön pohjalta lähteminen ei suinkaan merkitse niin sanotun »normiajattelun» hyväksymistä. Ks. siitä esim. *Manigk*, s. 105: Wer sich... auf in den gesetzlichen Normen verwendeten Worte formalbegrifflich verlässt, verfällt dem Normdenken und verfehlt die Rechtswirklichkeit, hinter der jene Worte oft zurückbleiben. Tähän voidaan yhtyä; samoin on korostettava sitä vaaraa, jonka »oikeusteknikon» asteelle jäävät lakimiehet todellisuustajun puutteineen muodostavat. Ja kuitenkin: oikeusjärjestykseenhän inhimillisenä yhteiskuntajärjestyksenä liittyy kenttä, jota se säätelee. Ks. »oikeusteknikoista» *Fehr*, s. 23 ss., s. 122 ss.; oikeudesta yhteiskuntajärjestyksen osana esim. *Lehtinen*, s. 8 ss.; todellisuustajun merkityksestä esim. *Brusiin*, Harkinta s. 204 ss.

²⁷ Kirjallisuudessa käytetään usein muodollisen vastakohtana sanaa »aineellinen». Suositeltavampaa lienee käyttää asiallinen-sanaa. Näin *Lehtinen*, DL 1944 s. 286.

²⁸ Ks. vielä esim. PK 16: 9; OYL 15 §; OsuuskuntaL 92 §.

²⁹ Osakeyhtiöiden yhtiökokousten päätösten edellytykset jaetaan yleisesti A) yleisiin eli perusedellytyksiin sekä B) erityisiin edellytyksiin. Viimeksi mainitut taas jaetaan a) muodollisiin edellytyksiin ja b) materiaalsiin edellytyksiin. Ks. ensiksi mainitusta jaosta esim. *Augdahl*, s. 381 ss., s. 472; *Nial*, s. 57 ss.; *Wieland*, II s. 103, s. 865; ja jälkimmäisestä *Augdahl*, s. 462; *Chydenius*, Om aktiebolag s. 86; *Nial*, s. 5 ss.; *Lainvalmistelukunnan ehdotus asetukseksi osakeyhtiöstä ynnä perustelut*, Helsinki 1914, s. 84 ss.

virhe, ei rajanveto näiden ja asiallisten virheiden välillä ole vailla vaikeuksia. Tämä on todettu kirjallisuudessa, ja se koskee myös oikeuskäytäntöä.³⁰

OYL 30 §:n sanat »oikeassa järjestyksessä» sisältävät erään sopimustenkin muodon yleisen tunnusmerkin. Jos näet kysytään, »missä järjestyksessä» sopimus on tehty, merkitsee se muun muassa samaa kuin kysyttäessä, missä muodossa sopimus on tehty. Tämän tunnusmerkin tarkoituksenmukaisuus (yleisenä tunnusmerkkinä) on ilmeinen. »Missä järjestyksessä»-kysymykseen on näet rinnastettava kysymykset »millä tavalla», »miten», »kuinka» ja »millä keinoin». Viimeksi mainitut kysymykset ovat sellaisia, jotka kirjallisuudessa³¹ ja oikeuskäytännössämme³² — jopa lainsäädännössämme³³ — esiintyvät muutokysymysten

³⁰ Ks. po. rajanvedosta ja sen vaikeudesta esim. *Chydenius*, Om aktiebolag s. 86; *Cederberg*, TFR 1935 s. 436; *Karttunen*, DL 1951 s. 292 ss.; *Bo Palmgren*, JFT 1949 s. 16 av. 26. Ks. lisäksi JFT 1916 s. 180 ss.; *Nial*, s. 5, s. 8. Palmgren viittaa eräisiin oikeustapauksiin.

³¹ *Caselius*, LM 1955 s. 866: »Jos jokin säännös määrää, millä tavalla tahto on ilmaistava, niin tällöin voidaan sanoa, että on kysymys oikeustoimen muodosta.» Ks. lisäksi *Aaltonen*, s. 269; *Burckhardt*, Einführung s. 42: Die Form ist die Art und Weise, das Mittel der Mitteilung einen gewollten fertigen Inhaltes; *Ek*, JFT 1952 s. 152; *Kopponen*, s. 146; *Schneider*, s. 5; *Telaranta*, s. 68: »millä tavoin... toisin sanoen: missä muodossa»; *Vihma*, Tiedonantovelvollisuus s. 47; *Zitting*, DL 1957 s. 32: »...saantokirja on laadittu asianmukaisessa järjestyksessä...»; *Ylöstalo*, Moite s. 148 pitää testamentin muoto-ongelmana sitä, kun kysytään »onko lausuma annettu tiettyä laissa osoitettua ilmaisukeinoa käyttäen».

³² Ks. esim. *SOO tuomio 11.4.1900* (JFT 1901 Bilaga s. 32 b), jossa testamentinmoite on hyväksytty, koska testamenttia ei ollut tehty »i enlighet med 1 § 16 kap. Å.B.»; *SOO tuomiot 10.5. ja 11.5.1910* (JFT 1911 Bilaga s. 50 b.ss.), joissa ratkaisujen perusteluissa käytetään sanontoja »ei ollut tehty niinkuin M.K:n 1 luvun 2 §:ssä säädetään» ja »siten» (so. sillä tavoin) ilmaissut tahtonsa; *KKO t. 1920 II 44*: »...oli...P.K:n 16 luvun 1 §:ssä säädettyssä järjestyksessä...»; *KKO 1930 II 239*: katsoi selvitetyn, että A »oli laillisessa järjestyksessä tehnyt... testamentin»; *1940 II 81*: »...kun sopimus... oli ollut tehtävä kirjallisesti, jollaista sopimusta kerrotuilla toimenpiteillä ei voitu katsoa aikaansaadun...»; *1950 II 37 ja 154*, joissa on ollut kysymys siitä, »oliko suullisia lausumia pidettävä laillisessa järjestyksessä tehtynä testamenttina?»; *1951 II 79* lausutaan oikeudenkäyntivaltakirjasta: »koskei... valtakirjassa olevaa nimikirjoitusta ollut varmennettu sinetillä tai säädettyllä tavalla oikeaksi todistettu...»; *1952 I 14*: »koska... kiinteistönkaupan... esisopimusta ei ollut laadittu... määrättyllä tavalla...»; *1953 II 133*: »ettei asiakirjaa voitu pitää... säädettyin tavoin laadittuna...»; *1954 II 121*: »koska kysymyksessä olevaa välisopimuskirjaa, ...ei ollut sillä tavoin oikeaksi todistettu kuin... säädettiin».

³³ PK 16: 4: »säädettyllä tavalla»; A kirjailijan ja taiteilijan oikeudesta työnsä tuotteisiin 15.3.1880, 28 §: »siten»; UL 5:48: »sillä tavoin»; TEhtöL 2 §: »sovitulla tavalla»; OppisopL 7 §: »säädettyllä tavalla».

yhteydessä. Yhtenä muodon yleisenä tunnusmerkkinä on siis pidettävä sitä, että sen osalta voidaan kysyä, missä järjestyksessä (millä tavalla, millä keinoin, miten tai kuinka) sopimus on tehty tai tehtävä.

B. Muodon ulkoisuus. Kirjallisuudessa sanotaan usein muodoksi sitä ulkoista asua, missä sopimus esiintyy.³⁴ Muodon ulkoisuus on siis kirjallisuuden mukaan sen yleisiä tunnusmerkkejä. Tähän tulokseen lieenee yleensä tultu spekulatiivista tietä. Olipa tuo ulkoisuutta koskeva tunnusmerkki johdettu millä tavalla tahansa, ei tietystikään merkitse sen tarkoituksenmukaisuuden kannalta mitään. On nimittäin niin, että puheena olevaa tunnusmerkkiä on pidettävä yhtenä muodon yleisenä tunnusmerkkinä. Jos ajatellaan esimerkiksi kirjallisuusvaatimusta, todistajien myötävaikutusvaatimusta, yhdenaikaisuusvaatimusta tai muuta sellaista vaatimusta, jota riidattomasti käsitellään muotovaatimuksena, niin kaikkien noiden vaatimusten on sanottava olevan jollakin tavoin ulkoisia.

Kun sanotaan, että muodon yhtenä yleisenä tunnusmerkkinä on ulkoisuus, ei ole sanottu riittävästi. On selvitettävä, mitä ulkoisuudella tarkoitetaan. Parhaaseen tulokseen päästäneen, kun ulkoisuustunnusmerkkiä verrataan sopimuksen sisältöön. Tällöin on päädyttävä siihen, mihin kirjallisuudessa on viitattu. On sanottava, että muotoa on sellainen ulkoisuus, joka voidaan ottaa pois tai vaihtaa toiseksi sopimuksen sisällön muuttumatta.³⁵ — On myönnettävä, että vertaus sisältöön merkitsee sopimuksen sisällön tuntemista ja edellyttää sopimuksen rakenteellista jakoa muotoon ja sisällykseen. Tämä ei ole yksityistapauksissa helppoa.

C. Muodon välitön liittyvyys sopimuksen tekemiseen. Muodon tunnusmerkiksi asetetaan usein myös ns. välittömyystunnusmerkki. Sanotaan, että muodon tulee liittyä välittömästi sopimuksen tekemiseen.³⁶

³⁴ Esim. *Caselius*, LM 1955 s. 866: »Oikeustoimen muotoa koskevien kysymysten voidaan sanoa tarkoittavan oikeustoimen ulkoista asua.» Näin myös mm. *Ehrenzweig*, I: 1 s. 263; *Hernberg*, *Kraftlösförklaring* s. 99; *Jhering*, s. 476; *Jokela*, LM 1955 s. 784; *Olivecrona*, SvJT 1941 s. 271; *Lilius*, s. 9; *Palmén*, *Handbok*, s. 124; *Schneider*, s. 6; *von Tuhr*, II: 1 s. 496; *Tuhr—Siegwart*, I s. 221; *Wrede*, *Oikeustoimilaki* s. 16.

³⁵ *Ekström*, s. 694: »För att något skall vara endast form, måste det alltid kunna antagas vara borta utan att viljeförklaringen kommer kvalitativt eller kvantitativt innehålla något annat. Ks. myös *Zitelmann*, II s. 158.

³⁶ *Caselius*, LM 1955 s. 866 asettaa muotosäännöksen tunnusmerkiksi sen, että »säännös koskee välitöntä tahdon ilmaisemista». Samalla sivulla av. 6 *Caselius* lausuu: »Olen korostanut sitä, että muotoa on vain se, joka välittömästi koskee tahdon ilmaisua, jotta ns. julkaisemistoimet tulisivat erotetuksi muotokysymyk-

Minkä vuoksi tällainen tunnusmerkki on asetettu? Sen vuoksi, että eräät normit, joiden mukaan sopimus on jollakin tavoin saatettava julkisuuteen, voitaisiin erottaa muotomääräyksistä.

Julkisuuteensaattamistoimet muodostavat varsin heterogeenisen joukon oikeustosiasioita. Sellaisiksi voidaan katsoa erilaiset rekisteröimistoimet,^{36a} oikeuden pöytäkirjaan merkitsemistä koskevat toimet,³⁷ erilaiset kuulutustoimet,³⁸ sopimusten nähtävillepanotoimet ja muut vastaavanlaiset toimet.³⁹ Julkaisemistoimiksi on syytä katsoa myös lainhuudatus,⁴⁰ kiinnitys⁴¹ ja osakkeiden sekä eräiden niiden veroisten arvo-paperien kaupoista tehtävät kirjalliset laskelmat, jotka säädetyllä tavalla on varustettava leimamerkein.⁴²

Jos edellä esitettyjen tunnusmerkkien valossa tarkastellaan julkaisemistoimia, voidaan todeta, että ne poikkeuksetta mahtuvat muodon tunnusmerkkien alaan. Niiden kaikkien voidaan näet sanoa olevan ulkoisia. Ne kaikki voidaan eliminoida tai vaihtaa toiseksi julkaisemistoimiksi, ilman että sopimukset sisällöllisesti muuttuvat. Ne kaikki koskevat jollakin tavoin sopimuksen solmimistapaa, vastaavatpa vielä kysymykseen, missä järjestyksessä sopimus on tehtävä. Mutta jos muodon tunnusmerkistöön liitetään välittömyystunnusmerkki, putoavat julkisuuteensaattamistoimenpiteet pois muodon käsitteen alasta.

sistä.» — Näin myös Ask, I s. 3, II s. 68, s. 126; Ekeberg, SvJT 1917 s. 446; Ekström, s. 696; Montgomery, s. 595; Schneider, s. 7; von Tuhr, II:1 s. 491 ss.; Tuhr—Siegwart, I s. 223; Vahlén, s. 13 ss. — Ks. vielä OK 17:43: »Milloin lain mukaan oikeustoimi on päätettävä...». Kenties tässä on jollakin tavoin nähtävissä välittömyys-tunnusmerkki.

^{36a} Esim. OYL 13 §:ssä, OppisopimusL 7 §:ssä, TontinvuokraL 5 §:ssä mainitut rekisteröimistoimet. Vrt. kuitenkin Guhl, s. 95.

³⁷ Esim. AL 43 § 2 mom.:ssa mainittu toimenpide.

³⁸ Esim. AL 43 § 2 mom.:ssa mainittu toimenpide.

³⁹ Esim. TEhtol 12 §:ssä mainittu nähtävillepanotoimi. Ks. lisäksi KiinteistönvälittäjäA 14 §.

⁴⁰ Lainhuudatusta eivät pidä muotona mm. Ask, I s. 3, II s. 128; Montgomery, s. 595; Noponen, Maanmittaus 1933 s. 67; af Hällström, JFT 1932 s. 284 ss., erit. s. 295, s. 432; von Tuhr, II:1 s. 499; Ussing, s. 108; Vahlén, s. 13 ss. — Vahlén s. 14 av. 5 väittää Ussingin edustavan vastakkaista käsitystä.

⁴¹ Kiinnitystä ei voida pitää muotona, vaan ainoastaan kirjaamistoimena, vaikka siitä voidaankin joskus lausua arvostelma, että se on »kaikin puolin muodollinen toimenpide» (Caselius, Omistajankiinnitys s. 138). Ks. esim. Ask I s. 3, II s. 127; Ekström, s. 694; Caselius, Omistajankiinnitys s. 136 ss.; Rautiala, LM 1955 s. 631.

⁴² Vrt. Palmgren—Olsson, s. 119, jossa lausuttu saattaa aiheuttaa käsityksen, että po. laskelman teko kuuluisi ko. kauppasopimuksen muotoon. Vrt. vielä Burckhardt, Einführung s. 43; Ekström, Sju uppsatser s. 88; Illum, s. 109.

Onko tarkoituksenmukaista, että julkaisemistoimet niputetaan omaksi — tosin varsin epäyhtenäiseksi — ryhmäkseen, joka sitten välittömyystunnusmerkillä erotetaan muodoksi katsottavista oikeustosasioista? Kysymykseen on yleensä vastattu myöntävästi.⁴³ Muutaman yksityistapauksen lähempi tarkastelu on nyt paikallaan.

Avioehtosopimus on AL 42 §:n mukaan tehtävä kirjallisesti sekä muilla AL 66 §:ssä lähemmin mainituilla tavoilla. AL 43 § määrää avioehdon annettavaksi oikeuteen⁴⁴ sekä velvoittaa oikeuden ottamaan avioehtosopimuksen pöytäkirjaansa ja toimittamaan siitä kuulutuksen Viralliseen lehteen. Näiden normien keskinäisen rakenteen ja sanamuodon perusteella voidaan tehdä seuraavat toteamukset: 1) AL 42 ja 66 §:ssä säädetään avioehtosopimuksen tekemisestä; 2) AL 43 §:n 1 momentin mukaan »avioehtosopimus», valmis sopimus on annettava oikeuteen; 3) AL 43 §:n 2 momentti sisältää oikeuden tehtävät. Erityisen merkittävää on, että AL 42 ja 66 §:ien noudattamisesta on säädetty, »jotta ne (avioehtosopimukset) olisivat päteviä». Avioehtosopimuksen oikeuteen antamisen ja avioehdon avioehtoasainpöytäkirjaan ottamisen oikeusvaikutuksena on AL 44 §:n mukaan, että »avioehtosopimus... tulee voimaan...». Avioehtosopimuksen kuulutuksen oikeusvaikutuksesta ei sitä vastoin säädetä mitään. — AL:ssä on siis erotettu avioehtosopimuksen muutosäännökset julkisuuteensaattamistoimista. Tämä käsitys on vallitseva kirjallisuudessamme.⁴⁵

Työehtosopimus on TEhtoL 2 §:n 1 momentin mukaan tehtävä kirjallisesti. Sopimus syntyy myös siten, että sopimuksen sisältö merkitään sopimuspuolten pitämässä neuvottelussa laadittuun pöytäkirjaan.

⁴³ Näin mm. *Caselius*, LM 1955 s. 866; *Ekström*, s. 696; *Montgomery*, s. 595; *Olsson*, *Borgenärsskydd* s. 73, vrt. s. 88; *Sainio*, JFT 1956 s. 310; *Zitting*, s. 199. Ks. vielä *Ask*, II s. 126 ss.; *von Tuhr*, II:1 s. 499; *Tuhr—Siegwart*, I s. 223. Ks. myös jäljempänä mainitut yksityistapaukset viitteineen.

⁴⁴ AL 43 § 3 mom.: »Milloin oikeuden istuntopäivää ei ole, saa avioehtosopimuksen maalla antaa tuomarille, jonka tulee pitää huoli siitä, että 2 momentin säännöksiä noudatetaan.»

⁴⁵ Näin esim. *Caselius*, DL II 1954 s. 47; *Chydenius*, *Äktenskapsrätt* s. 128; *Grönvall*, *Avioliittolainsäädäntö* s. 51; *Hernberg*, *Familjerätt* s. 29 ss.; *Huttunen*, *Avioliittolaki* s. 84 ss.; *Telaranta*, s. 74 ss.; *Ylöstalo*, *Moite* s. 56. Vrt. *Rautiala*, *Avioliitto-oikeus* s. 260, 264, *Peruskurssi* s. 23. Ks. toisaalta *Rautiala*, LM 1944 s. 540. Ks. *Ask*, II s. 126. Vrt. sen sijaan *Björling—Malmström*, s. 260. Ks. myös NK 8 luku, *AvioehtoA* 1864 1 ja 4 §, *AOL* 3 luku, *KansainvPerheoikL* 16 §.

Pöytäkirja on yhteisesti sovitulla tavalla todettava oikeaksi.⁴⁶ Sanotun pykälän 2 momentin mukaan sopimukseen osallisen työnantajapuolen on toimitettava määräajassa valmiista sopimuksesta (»siitä») oikeaksi todistettu jäljennös sosiaaliministeriölle. TEhtöL 12 § velvoittaa sopimukseen sidotut työnantajat panemaan sopimuksen työpaikoille nähtäville. Kiistatonta on, että 2 §:n 1 momentin määräysten laiminlyömisestä oikeusvaikutuksena on sopimuksen pätemättömyys, vaikka tämä ei ilmene selvänä lain sanamuodosta.⁴⁷ Sosiaaliministeriölle tehtävän ilmoituksen laiminlyömisestä merkityksestä ei säädetä mitään. Ilmeistä on, ettei oikeusvaikutuksena ole sopimuksen pätemättömyys.⁴⁸ Työehtosopimuksen asettaminen nähtäville on lain 13 §:ssä kriminalisoitu. — Lain perusteella voidaan todeta, että ne oikeustositukset, joita pidetään työehtosopimuksen muotona, ja ne oikeustositukset, joita pidetään julkisuuteensaattamistoimina, on erotettu toisistaan. Erottamisen tarkoituksenmukaisuus on erittäin ilmeistä.⁴⁹ Sopimuksen muotoa ja julkisuuteensaattamistoimia koskevien normien noudattamattajätön oikeusvaikutukset ovat erilaiset.

Kiinteistön luovutuksen yleisestä⁵⁰ muodosta säädetään MK 1 luvun 2 §:ssä ja sitä täydentävässä saman kaaren 3 §:ssä, 9. 6. 1933 annetussa kaupanvahvistaja-asetuksessa sekä OK 17:43:ssa. Kiinteistön luovutussopimuksen kirjaamista koskevat pääperiaatteet sisältyvät LainhL:iin. Niin kuin edellä mainittiin, on kiinteistönluovutussopimuksen muoto yleensä kirjallisuudessa erotettu julkaisemistoimenpiteistä eli lainhuudatuksesta.⁵¹ Tämä on niin selvää, ettei se kaipaa nykyisin juuri perus-

⁴⁶ Ks. *Työtuomioistuin* 1950:9, missä työehtosopimus katsottiin pätemättömäksi, kun laaditun pöytäkirjan oli allekirjoittanut vain sen pitäjä. Pöytäkirjassa ei ollut edes mainintaa, että se olisi todettu oikeaksi sovitulla tavalla.

⁴⁷ Ks. esim. LVK 1922, s. 29: »Kirjallinen muoto on oleva työehtosopimuksen pätevyys ehdoton edellytys»; v. 1945 *komitea*, s. 21: »voivat saada pätevyys»; *Hallituksen esitys n:o 20/1946*, s. 1: »syntyy myös siten että...» Kirjallisuudessa näin mm. Kopponen, s. 146 ss.; Kotonen, s. 18, 12; Sipilä, Työoikeus s. 166; Vihma, Sopimussakko s. 123.

⁴⁸ Ks. Kopponen, s. 151 av. 53. Näin mielestäni siksi, että v. 1924 TyöehtöL 14 §:ssä oli säädetty rangaistus po. laiminlyönnistä, mutta nyt siitä ei säädetä edes sitäkään. Korostettakoon, että v. 1945 komitean mietintö ja v. 1946 vp. asiakirjat eivät osoita, miksi rangaistussanktiosta luovuttiin.

⁴⁹ Ks. LVK 1922, s. 29 ss.; v. 1945 *komitean mietintö*, s. 21; Kopponen, s. 146 ss., s. 173 ss.; Kotonen, s. 13; Sipilä, Työoikeus s. 166, joissa kaikissa voidaan sanoa tehdyn tämän eron.

⁵⁰ Eräitä yksityistapauksia varten on olemassa omat erikoisnormit. Ks. esim. UL 5:48, AsutusL 76 §, MaanhankintaL 74 §.

⁵¹ Ks. edellä av. 40.

telujakaan. Jos lainhuudatus katsottaisiin kiinteistön luovutussopimuksen muodoksi, jouduttaisiin sellaiseen mahdottomuuteen, että olisi lausuttava sopimuksen muodon (lainhuudatuksen), tosin yhdessä eräiden muiden oikeustosiasiain kanssa, korjaavan luovutussopimuksen muodossa olleen virheen.⁵² — Nykyisin luovutuksen kirjaamistoimi on helpposti erotettavissa muodosta. Näin ei ole ollut asianlaita suinkaan aina. Jos mennään kiinteistönluovutuksen osittain hämärän peitossa⁵³ olevaa kehitysrataa tarpeeksi kauas taaksepäin, tultaneen jo keskiajan loppupuolella aikaan, jolloin silloiset julkaisemistoimet ja muoto tosiasiassa muodostivat erottamattoman yhteyden.⁵⁴ Tuossa vanhassa yhtenäisyydessä voidaan erottaa erilaisia oikeustosiasiota. Kenties joitakin niistä voidaan pitää muotona ja joitakin julkaisemistoina. Mitään reaalista tarvetta tällaiseen erotteluun tuskin on.

Yhteenvetona edellä käsitellyistä *esimerkeistä* (avioehtosopimuksesta, työehtosopimuksesta ja kiinteistön luovutuksesta) voidaan todeta, että niissä on tarkoituksenmukaista tehdä ero muodoksi katsottavien oikeustosiasiain ja julkisuuteensaattamistojen välillä. Poikkeavathan noiden oikeustosiasiain noudattamattajätön oikeusvaikutukset toisistaan. Avioehtosopimuksen osalta tämä ei kuitenkaan täysin pidä paikkaansa. Avioehtosopimuksen muutosäännösten noudattamattajätön oikeusvaikutuksena on, että avioehtosopimus on pätemätön. Oikeuden pöytäkirjaan ottamista koskevan julkaisemistojen noudattamattajätön oikeusvaikutuksena taas on, että avioehtosopimus ei »tule voimaan». Tätä oikeusvaikutusta on pidettävä samana kuin sitä oikeusvaikutusta, joka kulkee nimellä pätemättömyys.⁵⁵ Vaikka siis avioehdon osalta voidaan

⁵² Ks. LainhL 20 §. Huomaa myös LainhL 2 §:n sisältämä väliaika saannon ja lainhuudatuksen välillä ja PerinnönluovA 3 §, joista ilmenee, että sopimuksen tekeminen ja julkisuuteensaattamistoimi (kirjaamistoimi), on pidettävä erillään.

⁵³ Kiinteistönluovutuksen historian tutkimisen hypoteettista luonnetta korostavat *Almen*, *Auktion* II s. 291; *Malmström*, *SvJT* 1941 s. 230; *Vahlén*, s. 17.

⁵⁴ Ks. esim. *Almquist*, s. 85 ss.; *af Hällström*, *JFT* 1932 s. 284 ss.; *J. Serlachius*, *JFT* 1884 s. 1 ss., erit. s. 4.

⁵⁵ Ks. jäljempänä 9 §:n 4-kohta, mistä ilmenee, että pätemättömyydellä tarkoitetaan aivan tietynlaista oikeusvaikutuksen puutetta. Tämän johdosta ei ole »periaatteellista» estettä sille, että kuuluttamattomalla avioehdolla katsotaan olevan tiettyjä oikeusvaikutuksia. Avioehdon solmiminen onkin jo sellainen oikeustosiasi, joka antaa toiselle sopimuspuolelle kelpoisuuden yksin jättää avioehdon oikeuteen. Näin mm. *Chydenius*, *Äktenskapsrätt* s. 129; *Rautiala*, *LM* 1944 s. 550, *DL* 1957 II s. 53 ss., missä päädytään esitettyyn lopputulokseen mm. siitä syystä, että jos toinen sopimuspuoli voisi peruuttaa avioehdon vielä senkin jälkeen, kun hän on kirjoittanut sen alle, jouduttaisiin vaikeihin todistuskysymyksiin. *Rautiala* arve-

oikeustosiasioina erottaa puheena oleva julkisuuteensaattamistoimi ja muoto, ovat niitä koskevien normien noudattamattajätön oikeusvaikutukset sopimuksen sitovuuteen nähden samat.⁵⁶ Onko siis avioehtosopimuksen ja muiden vastaavien tapausten osalta tarvetta erottaa muoto ja julkisuuteensaattamistoimet?

Esitettyyn kysymykseen on syytä vastata myöntävästi, kuitenkin vain tämän tutkimuksen näkökulmasta. Olkootpa siis muodon ja julkisuuteensaattamistoimien oikeusvaikutukset samat tai erilaiset, on itse oikeustosiasiat tässä tutkimuksessa erotettava. Jos näet erottamisprobleemia tarkastellaan tarpeeksi pitkällä tähtäimellä, koko oikeusjärjestyksemme näkökulmasta,⁵⁷ on myöntävän vastauksen antaminen ilmeistä.⁵⁸ Julkisuuteensaattamistoimilla on siksi tärkeä asema oikeusjärjestyksessämme, että ne on tällaisessa kartoitustutkimuksessa erotet-

lee, että vastakkainen käsitys olisi »teoreettisesti» oikeampi. Ks. vielä *Söderlund*, JFT 1955 s. 356 ss., erit. s. 366, s. 367. Ks. *Rautiala*, Avioliitto-oikeus s. 264. Näin myös KKO 1955 II 52: Lain edellyttämässä järjestyksessä laadittu avioehtosopimus satoi puolisoita jo ennen sopimuksen ottamista oikeuden pöytäkirjaan sikäli, että kumpikin puoliso voi toisen suostumuksetta antaa sopimuksen oikeuteen sanotussa tarkoituksessa; KKO:n *täysistuntoratkaisussa 12.12.1956* (julkaistu DL 1957 II s. 49 ss.), lausutaan, ettei sillä seikalla, onko toinenkin sopimuspuoli vaikuttanut ko. kirjaamistoiimeen, ole merkitystä. Vrt. 1954 II 118: Puolisojen tehtyä avioehtosopimuksen mies on yksinään antanut sen tuomarille avioehtoasiainpöytäkirjaan ottamista varten. Vaimo, joka väittää, että avioehtosopimus ei ole tullut voimaan, on velvollinen näyttämään, että sopimuksen antaminen on tapahtunut vastoin sitä tarkoitusta, joka puolisoilla avioehtosopimuksen tehdessään oli. — Lienee selvää, että puheena olevaa, avioehdon pätevyyden kannalta varsin merkittävää kompetenssikysymystä ei voida jättää riippumaan näytöstä. Joko puolisollla on yksinkin kelpoisuus jättää po. asiakirja oikeuteen tai hänellä ei ole sitä. Tarkoituksenmukaista on katsoa, että puolisollla on yksinkin oikeus tähän. Sen puolesta puhuu lähinnä se, että kysymys on eräästä avioehdon julkaisemisjärjestelmän osasta. Julkaisemisjärjestelmän tarkoitus taas puhuu tuollaisen yksinoikeuden puolesta. Pääasia julkaisemisjärjestelmän näkökulmasta on, että avioehto saatetaan julkisuuteen. — Huomaa vielä KKO 1950 II 219: Avioehtosopimusta ei voitu ottaa oikeuden pöytäkirjaan toisen puolison kuoltua.

⁵⁶ Jos oikeus laiminlyö lähettää kuulutuksen Viralliseen lehteen, ei tämä voine vaikuttaa avioehtosopimuksen pätevyyteen. Sen sijaan tällaiseen laiminlyöntiin syyppää syyllistyy virkavirheeseen. Muunlainen käsitys ei ole ainoastaan »liian» kohtuuton vaan myös vastoin AL 44 §:n sanamuotoa. AL 44 §:n mukaan näet »avioehtosopimus tulee voimaan» yleensä jo ennen po. kuulutusta.

⁵⁷ Siis tämänkin tutkimuksen näkökulmasta.

⁵⁸ Joidenkin yksityistapausten tutkimuksessa saattaa olla mm. esityksen selvyiden kannalta tarkoituksenmukaista yhdistää muodoksi kutsutut ja julkaisemistoimiksi kutsutut oikeustosiasiat, edellyttäen, että niiden oikeusvaikutukset ovat samat.

tava. Joskus näet julkisuuteensaattamistoimi yksinään paikkaa muotovirheen.⁵⁹ Toisinaan sillä on yhdessä joidenkin muiden oikeustosiasiain kanssa tuollainen muotovirheenkin parantava vaikutus.⁶⁰ Eikä vain julkisuuteensaattamistoimien kuvatulainen merkitys puolla puheenaolevan erotuksen tekemistä. Jollei erottelua tehtäisi aina, vaan ainoastaan toisinaan, merkitsisi tämä, että muodon tunnusmerkistön tulisi olla niin väljä, että se kattaisi julkisuuteensaattamistoimet. Tämä taas merkitsisi, että muodon yleisen tunnusmerkistön olemassaolo kävisi kysymyksenalaiseksi. Yleisen tunnusmerkistön olemassaoloa ei kuitenkaan voitane kieltää. Jos se tehdään, kielletään samalla muutosäännösten yhtenäisyys normisysteeminä.⁶¹ Tätä taas ei voida tehdä, sillä muotomääräyksiin liittyy useita samankaltaisuuksia, kuten tässä teoksessa osoitetaan. Muutosäännökset muodostavat siis yhtenäisen normisysteemin.⁶²

Muodoksi katsottavista oikeustosiasioista on siis erotettava julkisuuteensaattamistoimiksi katsottavat oikeustosiasiat. Erottelu suoritetaan välittömyystunnusmerkillä. Välittömyystunnusmerkillä tarkoitetaan sitä, että oikeustosiasian tulee koskea sopimuksen tekemistä, tahdonilmaisujen yhtymistä, välittömästi. Usein julkisuuteensaattamistoimi eroaa ajallisessakin suhteessa sopimuksen tekemisestä. Ajallinen ero ei kuitenkaan ole ehdottoman välttämätöntä.

Välittömyystunnusmerkin käytännöllistä merkittävyyttä on syytä korostaa. Joissakin yksityistapauksissa saattaa esiintyä vaikeuksia, kun on ratkaistava, onko jokin oikeustosiasia muotoa vai ei.⁶³ Välittö-

⁵⁹ Ks. OYL 15 §, OsuuskuntaL 15 § sekä niistä ja niiden parantavasta vaikutuksesta esim. *Hakulinen—Rapola*, s. 113 ss.; *Karlgren*, Stiftelseurkund s. 66 ss., Nullitet s. 252; *Kauppi*, Kaupparekisteri s. 294 ss.; *Rautiala*, Holhousioikeus s. 145, s. 249, jossa Rautiala lausuu mm.: »Tästä johtuu (so. parantavasta vaikutuksesta), ettei mainittu kysymys (so. perustamissopimusten pätemättömyys) juuri käytännössä esiinny.»

⁶⁰ Ks. LainhL 20 § sekä siitä esim. *Zitting*, s. 298 ss. viitteineen.

⁶¹ *Vuorio*, s. 70 lausuu työsuhteen yleisen tunnusmerkistön osalta mm., että ellei voitaisi kehittää yleistä tunnusmerkistöä, vaan työsuhte hajoaisi useammaksi perustunnusmerkistöksi ja useampiin perusrühmiin, merkitsisi tämä, »ettei normisysteemikään voisi olla yhtenäinen». Saman suuntaisia ajatuksia on lausunut myös *Merikoski*, Erivapaus s. 35 ss.

⁶² Tällaisina niitä kirjallisuudessa käsitellään. Asiaa pidetään niin »itsestään selvänä», ettei po. kysymystä yleensä esitetäkään. Ks. *Kivimäki*, s. 80, missä korostetaan, että »määrämuotoisuutta koskevat oikeussäännöt» ovat yhtenäisiä.

⁶³ Esimerkiksi pöytäkirjaan merkitseminen voi olla joko julkisuuteensaattamistoimi tai muodoksi katsottava oikeustosiasia siitä riippuen, liittyykö se välittömästi

myystunnusmerkin tarkoituksenmukaisuus ajatuskuvia kirkastavana karsinoimisena on paljastunut jo käsiteltyjen esimerkkien valossa. Jäljempänä lausuttu osoittaa tätä samaa vieläkin selvemmin. Siellä näet tarkastellaan yksityisautonomisia muutosäännöksiä. Niistä on erotettu yksityisautonomiset julkaisemistoimet, joista nyt esimerkkinä mainitakoon sellaiset yksityisautonomiset kirjaamisaktit kuin ns. vahvistuskirjeet.⁶⁴

D. Muutosäännöksen määritelmä. Sopimuksen (tai oikeustoimen) muodolla tarkoitetaan sellaisia välittömästi sopimuksen solmimiseen liittyviä ulkoisia oikeustositasiota, jotka ilmaisevat, missä järjestyksessä (tai kuinka, miten, millä tavoin, millä keinoin) sopimus on tehty tai tehtävä. Ulkoisuustunnusmerkin suhteen on korostettava, että ulkoisuuden tulee olla sellaista, joka voidaan ottaa pois tai vaihtaa toiseksi sopimuksen sisällön muuttumatta.⁶⁵ Tämän muodon määritelmän avulla voidaan määritellä tutkimusobjektimme: muutosäännöksiä ovat normit, jotka määräävät sellaisista oikeustositasioista, jotka täyttävät edellä esitetyn muodon määritelmän.

Esitetty muodon määritelmä sisältää *ainoastaan* muodoksi katsottavien oikeustositasiain *yleistunnusmerkistön*. Se ei siis sulje pois sitä, että joitakin oikeustositasioita, vaikka niitä ei voida pitää muotona yleistunnusmerkistön näkökulmasta, kuitenkin pidetään muotona erikoistunnusmerkistön näkökulmasta. Noita erikoistunnusmerkistötapauksia tarkastellaan lähemmin seuraavassa pykälässä. Siellä lausuttu paljastaa, että erikoistunnusmerkistötapaukset muodostavat niin heterogeenisen joukon oikeustositasioita, ettei ole mahdollista kehittää mitään käyttökelpoista muodon yleiskäsitettä. Jos yleiskäsite kuitenkin halutaan esittää, voidaan se tietystikin tehdä sanomalla, että se on sellainen käsite, jonka alakäsitteitä (subordinoituja käsitteitä) ovat yleistunnusmerkistön mukaiset muodot sekä varsin erilaiset erikoistunnusmerkistötapaukset. Tällä käsitteellä ei ole kuitenkaan mitään käyttötarkoitusta.

sopimuksen solmimiseen vai ei. Niinpä TEhtol:n 2 §:ssä mainittu pöytäkirjaan merkitseminen on muotoa, kun taas avioehtosopimuksen avioehtotasiain pöytäkirjaan ottaminen on julkisuuteensaattamistoimi. Vertailevassa intressissä on nyt mainittava, että Saksan BGB:n 128 §:ssä määrätty »gerichtliche oder notorielle Beglaubigung», samoin kuin eräät samankaltaiset Sveitsin oikeusjärjestyksen erillismääräykset ovat noiden oikeusjärjestysten muotomääräyksiä. Ks. esim. *Loewe*, s. 54. ss.; *Schneider*, s. 75 ss.

⁶⁴ Ks. jäljempänä 12 §:n av. 11–13 kohdalla lausuttua.

⁶⁵ Ks. edellä av. 34 kohdalla mainittua.

Yleistunnusmerkistön suhteen voidaan tehdä eräitä huomioita. Sen avulla voidaan erottaa eräät lähikäsitteet. Valitettavasti rajankäynti lähikäsitteisiin ei ole aina helppoa.⁶⁶ Mitä tämä merkitsee oikeuskäytännön kannalta, sen ymmärtää jokainen sanomattakin. — Muodon käsitteen määritelmä, sellaisena kuin se tässä esitetään, on huomattavasti laajempi kuin aivan alussa mainittu aksiomaattinen muodon käsite.⁶⁷ Esitetty määritelmä ei rajoitu ilmaisukeinoihin.⁶⁸ Tämä johtuu siitä, ettei voitane sanoa esimerkiksi kädenlyönnin, litkan juonnin ja rajankierron olevan ilmaisukeinoja. Ei myöskään voitane sanoa, että todistajat ovat tahdon ilmaisukeinoja,⁶⁹ varsinkaan, ellei heidän tarvitse tietää mitään ilmaisun sisällöstä, niin kuin on nimenomaan säädetty testamentin todistajiin nähden.⁷⁰ Enintään mainitunlaiset todistajat

⁶⁶ Ks. 4 §.

⁶⁷ Ks. 1 §:n av. 5 kohdalla mainittua.

⁶⁸ Tässä mielessä *Lahtisen* käsitys muodosta (LM 1957 s. 135) on sama kuin tekijän. *Lahtinen* lausuu kuitenkin: »Ainakin meillä on mielestäni syytä käyttää muoto-sanaa laajemmin, niin että se tarkoittaa yleensä *kaikkia* itse tahtomisen lisäksi tulevia seikkoja, koskei oikeusjärjestyksemme käsittele muista eroavalla tavalla pelkästään tahdon ilmaisemiseen kuuluvia seikkoja.» Tähän en ole voinut yhtyä. Mielestäni vain eräitä tahtomisen lisäksi tulevia seikkoja on syytä pitää muotona. Tässä suhteessa käsitykseni on samankaltainen kuin vallitsevat, joskin hyvin vaihtelevat mielipiteet kirjallisuudessa. — Lähinnä se on sama kuin *Caseliuksen* käsitys (LM 1955 s. 866), joskin *Caseliuksen* on rajoittanut käsitteensä aksiomaattisesti koskemaan tahdon ilmaisua (ks. 1 §:n av. 8 sekä edellä tässä §:ssä olevat viitteet kirjallisuuteen).

⁶⁹ Ks. *Lahtinen*, LM 1957 s. 135.

⁷⁰ PK 16:2:ssä säädetään todistajiin nähden: »Heidän tulee tietää asiakirjan olevan testamentti, mutta testamentin tekijän vallassa on, tahtooko hän ilmoittaa heille sen sisällön.»

Kun muotosäännös määrää todistajien myötävaikutuksen, sisältää tämä menettelytapakaava lukuisia muodollisuuksia eli kysymyksiä todistajien myötävaikutuksen lähemmästä sisällöstä. Näiden kysymysten käsitteleminen kuuluu esitykseen, jossa tarkastellaan todistajavaatimuksen lähempää sisältöä, kuten esimerkiksi kysymyksiä todistajien yhdenaikaisuudesta, esteettömyydestä, tietämisvelvollisuudesta tms. Tässä yhteydessä on vain syytä lausua, että PK 16:2 ei sisällä mitään yleissäännöstä todistajien tietämisvelvollisuudesta. Kysymystä on näet arvosteltava kussakin tapauksessa erikseen, ottamalla huomioon, millaisista muista menettelytapakaavoista kuin todistajavaatimuksesta muotosäännös koostuu. On nimittäin suorastaan »asian luonnosta» johtuvaa, että jos sopimus on laadittava kirjallisesti ja todistajien myötävaikutuksella tai suullisesti ja todistajien myötävaikutuksella, niin todistajien tietämisvelvollisuutta on arvosteltava eri tavoin kummassakin tapauksessa. Ks. todistajien tietämisvelvollisuudesta testamenttiin nähden *Rapola*, LM 1954 s. 358; *Rautiala*, Testamentin tekemisestä s. 31 ss.; lisäksi *Ekeberg*, SvJT 1925 s. 20; *Holmbäck*, s. 39 ss.; *Lilius*, s. 66, s. 95, s. 163 ss.; *Palmén*, s. 49 ss.; eräisiin muihin oikeustoimiin

osoittavat testamenttaustahdon olemassaoloa, mutta varsinaisia tahdon ilmaisukeinoja ne eivät ole. Kuinka voisivat todistajat olla sopimuksen sisällön välittäjiä, siltoja sisällön välittämisessä sopimuskumppanilta toiselle (tai muulle adressaatille),⁷¹ jos sopimuksen sisällöllä ja todistajien tietoisuudella ei ole mitään tekemistä toistensa kanssa. — Vielä voidaan todeta, että tarkastelun alaisena oleva muodon käsite on »puhdas». Se on muodostettu yksinomaan oikeustosasian pohjalta, joskin sen käyttökelpoisuutta on koeteltu oikeusvaikutusten valossa. Oikeustosasiat on siis erotettu oikeusvaikutuksista, vaikkakin niillä käsitteen muodostuksessa on ollut tietty riippuvaisuussuhde. — Tässä yhteydessä on sivuttu erästä käsitteenmuodostuksen »suurta kysymystä». Pohjoismaisessa kirjallisuudessa on viime aikoina muutaman kerran selvästi esitetty kysymys, voidaanko käsitteisiin sisällyttää oikeusvaikutuksia vai ei.⁷² Onko siis käsitteet muodostettava yksinomaan oikeustosasian pohjalta?

nähdessä *Caselius*, DL 1954 II s. 47; *Hakulinen*, Luovutus s. 127 ss.; LVK N:o 1/1953 s. 40; *Schneider*, s. 76, s. 82 ss.; *Söderlund*, SvJT 1950 s. 770. Ks. vielä KKO 1953 II 133, jossa enemmistö lausuu: »Koska asiakirjan todistajiksi siten kirjoittautuneet eivät saattaneet todistaa, että S:n puoliset olisivat tehneet asiakirjan osoittaman sopimuksen (avioehtosopimuksen), ja heidän nimikirjoituksensa siinä siis olivat merkitsevätksettömät.» Aivan samoin KKO:n vähemmistö (6) täysistuntoratkaisussa 12.12.1956. Tapaus on julkaistu DL 1957 II s. 49 ss.

⁷¹ Ks. *Telaranta*, s. 105: »Ilmaisukäyttäytymistä voitaisiin siten karkeasti yleistää verratta siltaan, jota myöten ilmaisun antaja voi siirtää määrätyn tietoisuutensa sisällön adressaatin tietoon.»

⁷² Näin esim. *Godenhjelm*, s. 183 ss., missä kysymykseen on kajottu muodostettaessa purkamisen käsitettä. Saman kysymyksen yhteydessä on *Rodhe* joutunut käsitteiden puhtausongelmaan (ks. *Hävning* s. 461 ss.; *Obligationsrätt* s. 417 ss.). *Rodhe* ei pidä soveliaana oikeustosasian ja oikeusvaikutusten yhdistämistä samaan käsitteeseen. *Godenhjelm* katsoo myös parhaaksi määritelmän, joka on puhdas, muodostettu vain oikeustosasian pohjalta, joskin hän joutuu myöntämään, että näin ei voida aina menetellä, kuten on laita mm. purkamisen käsitteeseen nähden. Ks. vielä mm. *Aaltonen*, s. 148, jossa päädytään tulokseen, että tavaran virheen käsite on määriteltävä muulla tavoin kuin oikeusvaikutusten avulla. *Vihma*, *Mahdottomuus* s. 302 esittää ajatuksen, että määritelmät olisi yleensä muodostettava oikeustosasian pohjalta. Jos nimittäin käsitteen »sisällys on johdettu sen seurauksista päin», niin »teoreettisesti katsoen on tuollainen käsite huono», kuten *Vihma* lausuu. *Vuoriolla* lienee päinvastainen käsitys. Hänen mielestään (LM 1956 s. 447) »huomio kiinnitetään ensi kädessä oikeusvaikutuksiin, ja käsitteiksi muodostetaan ne tapaukset, joissa sama vaikutus esiintyy». Ks. *Telaranta*, s. 136, jossa todetaan, että »mitä erilaisimmat tunnusmerkistöt (me: oikeustosasiat) voivat synnyttää samanlaatuisia oikeusvaikutuksia». — Yhdistetäänkö käsitteeseen oikeusvaikutukset ja oikeustosasiat, ei tietystikään merkitse juuri niiden käsitteiden samastamista.

Määritelmien puhtausprobleemia lienee pidettävä jokseenkin tarpeettomana kysymyksenä. On osoitettavissa, että siihen nähden ei voida ottaa mitään ehdotonta »kantaa».⁷³

Käsitteille on asetettava tiettyjä vaatimuksia. »Käsitteenmuodostuksen teorian»⁷⁴ mukaan niiden tulee olla paitsi mahdollisimman yksiselitteisiä, sellaisia, että ne ovat *tarkoituksenmukaisia* asetetun kysymyksen selvittämisessä.⁷⁵ Tämä vaatimus koskee myös lainopin käsitteitä.⁷⁶ Lainopin käsitteiden tulee lisäksi olla sellaisia, että ne ovat johdetut tarkastelun alaisen oikeusjärjestyksen normeista.⁷⁷

Edellä esitettyä taustaa vasten tarkasteltuna on ilmeistä, että mitään »kantaa» ei voida ottaa käsitteiden puhtausongelmaan. Käsitteenmuodostus on tapahtuva ennen kaikkea tarkoituksenmukaisuuden näkökulmasta. Eräs luokittelun alalta otettu probleemi varmaan valaisee asiaa. Käsitteen muodostus ja sen pukeminen määritelmäksi on ilmiökentän rajoitusta. Käsitteen avulla eräät ilmiöt suljetaan pois tarkastelukohteesta. Luokittelu taas on »kohteiden järjestelyä suhteessa toisiinsa käyttäen apuna niiden systemaattista kuvausta attribuuteilla».⁷⁸ Voitanee sanoa myös, että luokittelu on käsitteen alan pilkkomista yhden-suuntaisiin viivoin. Noiden luokitusperusteiden arvon määrää myös tarkoituksenmukaisuus.⁷⁹ Niinpä ei voine olla mitään estettä sille, että muutosäännökset luokitellaan niiden noudattamattajätön oikeusvaikutusten perusteella, jos se vain on tarkoituksenmukaista. Tässä luo-

⁷³ Ks. *Zitting*, Arvopaperi s. 34 ss.

⁷⁴ Sanontaa käyttää *Lassen*. Ks. Jul. Lassen, *Nogle Bemærkninger om Definitioner i Retslitteraturen*. Kirjoitus on kokoomateoksessa *Udvalgte Afhandlingar*, København 1924 s. 59 ss.

⁷⁵ Ks. erit. *Bengt Höglund*, *Form och fakta i ekonomisk teori*, *Ekonomisk Tidskrift* 1955 s. 235 ss. Po. tarkoituksenmukaisuusvaatimus oikeuttaa puhumaan käsitteiden funktionaalisuudesta (ks. *Tirkkonen*, I s. 17 ja *Vuorio*, LM 1956 s. 446 ss.). *Godenhjelm*, s. 190 taas puhuu operatiivisuusvaatimuksesta. Vrt. *Carlson*, LM 1957 s. 22 ss.

⁷⁶ Lainopillisessa kirjallisuudessamme esiintyy aivan dogmina mielipide, että käsitteiden arvon määrää niiden tarkoituksenmukaisuus. Ks. esim. *Brusiin*, *Korvaus* s. 170; *Honkasalo*, I s. 36; *Sipilä*, *Järjestelmä* esim. s. 214; *Tirkkonen*, av. 79 edellä ja *Ståhlbergin* *Juhlajulkaisu* s. 422; *Zitting*, s. 3, s. 11; *Ylöstalo*, *Moite* s. 179.

⁷⁷ Esim. *Caselius*, *Pantti* s. 9: »Käsite on siksi haettava esille positiivisesta oikeudesta, eikä päinvastoin positiivista oikeutta ole yritettävä puristaa käsitesysteemin ahtaisiin rajoihin»; *Vuorio*, SvJT 1957 s. 253.

⁷⁸ *Sariola*, s. 191, jatkaen: »Luokitus perustuu kohteiden yhtäläisyyden ja erojen tunnistamiseen.»

⁷⁹ Ks. 4 §:n 1-kohta.

kituksessa on luokitusperuste oikeusvaikutusten »maailmasta».⁸⁰ Tätä luokitusperustetta käyttämällä päädytään eräisiin alakäsitteisiin, jotka on muodostettu sekä oikeustositasioista että oikeusvaikutuksista. Käsitteiden »puhtautta» koskevaan ongelmaan ei siis voida ottaa mitään ehdotonta kantaa.

⁸⁰ Ks. 4 §:n 2-kohta, missä on menetelty näin.

3 §. MUOTOSÄÄNNÖSTEN ERIKOISTUNNUS- MERKISTÖTAPAUKSIA

A. Vekselin ja shekin muoto. Vekselin ja shekin osalta säädetään VeksL 80 §:ssä ja ShekL 60 §:ssä, että noiden sitoumusten »muotoon nähden on noudatettava sen valtion lakia, missä sitoumus on allekirjoitettu». Mitä noiden lainkohtien mukaan muoto-sanalla tarkoitetaan, ei ole kuitenkaan aivan selvää.

Kirjallisuudessa ei ole kysymykseen kiinnitetty suurta huomiota. Eräs mielipide esiteltäköön lähemmin. *Telaranta*¹ puhuu vekselin muodosta (yleensä) ja lausuu siitä muun muassa: »Vekselilain 1 §:ssä luetellaan ne seikat, jotka asiakirjassa tulee olla, jotta sillä olisi ne oikeusvaikutukset, jotka laki asetteisiin liittää. Sanotun lainkohdan mukaan tulee asetteeseen sisältyä, paitsi nimitystä vekseli, kaikki maksuosoituksen yksilöimiseen tarvittavat tiedot...». Hän jatkaa: »Sen mukaisesti, mitä edellä on sanottu tahdonilmaisun muodosta, kuuluvat luetellut vaatimukset tahdonilmaisun sisältöön. Jotta tahdonilmaisua voitaisiin käsitellä vekselinä tai shekinä, tulee sen sekä muodollisen että aineellisen sisällyksensä puolesta täyttää lainsäätäjän asettamat vaatimukset.» *Telaranta* jatkaa vielä: »Tahdonilmaisun muotoon kuuluu vain se, että vekselin tai shekin antaja ilmaisee tahtonsa kirjallisesti, asiakirjan välityksellä.» — Samassa yhteydessä lausutaan, ettei tällaista eroa muodon ja sisällyksen kesken ole aikaisemmin tehty, ei ainakaan meillä.²

¹ *Telaranta*, s. 70 ss.

² Tämä on erehdys. Eroa eivät kylläkään ole tehneet *Calonius*, s. 349; *Grönfelt*, s. 21 ss.; *Grönvall—Heikonen*, s. 20 ss.; *af Hällström*, JFT 1932 s. 336; *Allan Serlachius*, s. 64. Eron ovat tehneet tai ainakin pyrkineet tekemään mm. *Ekström*, s. 513, s. 619; *Wrede—Heinonkoski*, s. 106. Ks. lisäksi *Ask*, II s. 125; *Chydenius*, KR II s. 1. — Ks. erit. *Burckhardt*, Einführung s. 42, jonka mukaan, kun vekselin tulee sisältää lukuisia »merkintöjä» (VeksL 1 §:ää vastaa Sveitsin OR 991 Art.), tätä vaatimusta ei voida pitää pelkkänä muotovaatimuksena »in unserem Sinn», vaan myös tietyn toimitahdon, tietyn sisällyksen vaatimuksena. Vrt. lisäksi *Becker*, s. 13: Was den Inhalt betrifft, so ist er bei formalen Rechtsgeschäften, wie z.B. beim Wechsel,

Tarkastelun alaista mielipidettä on kenties selostettu liikaa. Näin on tehty, jotta puheena olevan probleemin ydin paljastuisi. VeksL 1 §:ssä ja ShekL 1 §:ssä luetellaan tiettyjä vaatimuksia, joiden oikeusvaikutukset mainittujen lakien 2 §:n 1 momentit ilmaisevat lausumalla: »Asia-kirjaa, josta puuttuu jokin 1 §:ssä luetelluista merkinnöistä, ei pidetä asetteena (vastaavasti: shekkinä), paitsi niissä tapauksissa, jotka jäljempänä tässä pykälässä mainitaan.» Nämä vaatimukset ovat kirjallisuusvaatimus³ ja eräitä »merkintöjä» koskevat vaatimukset. Jätettiinpä noudattamatta kirjallisuusvaatimus tai »merkintöjä» koskevat vaatimukset, niin oikeusvaikutukset ovat samat, kuten 2 §:stä ilmenee. — Jos nyt kysytään sekä VeksL 80 §:n että ShekL 60 §:n näkökulmasta, mitä vaatimuksia noiden lainkohtien »muotoon nähden»-vaatimuksilla on tarkoitettu, on päädyttävä siihen, että tällöin tarkoitetaan *kaikkia* 1 §:ssä olevia vaatimuksia sekä kirjallisuusvaatimusta.⁴

VeksL 1 §:ssä ja ShekL 1 §:ssä olevia vaatimuksia ei kuitenkaan voida *yleisen tunnusmerkistön* näkökulmasta pitää muotovaatimuksina,⁵ joskin ne VeksL 80 §:n ja ShekL 60 §:n näkökulmasta ovat sellaisia. Juuri tältä pohjalta Telarannankin mielipide selittyy. Hän on tarkastellut asiaa vain yleisen tunnusmerkistön näkökulmasta.⁶

Voidaan kysyä, eikö kuitenkin olisi tarkoituksenmukaista yleisen tunnusmerkistön avulla vetää rajaa VeksL 1 §:ssä ja ShekL 1 §:ssä olevien »merkintöjen» ja kirjallisuusvaatimuksen välille. Kysymykseen on syytä vastata kieltävästi. Koska kaikkien noiden vaatimusten noudattamattajätön oikeusvaikutukset ovat samat, VeksL 2 §:ssä ja ShekL 2 §:ssä mainittuine poikkeuksineen, niin erotteluun ei ole reaalista tarvetta. — Vastattaessa esitettyyn kysymykseen kieltävästi päädytään siihen, että vekselin ja shekin »muodot» koostuvat sellaisista oikeustositasiatioista, joista suurin osa lankeaa yleisen tunnusmerkistön ulkopuolelle. Kun niitä kuitenkin edellä mainituin perustein ja vallit-

durch das Gesetz genau vorgeschrieben. — Ks. tässä yhteydessä Zitting, LM 1953 s. 977.

³ VeksL:ssa ja ShekL:ssa ei nimenomaan säädetä, että vekseli on tehtävä kirjallisesti, vaan tämä vaatimus ilmenee mm. po. lakien 1 ja 2 §:ien sanoista »asia-kirja». Ks. esim. G. Granfelt, s. 64, jossa lausutaan jopa, että vekseli »käsitteensä mukaan» on kirjallinen.

⁴ Ks. G. Granfelt, s. 87, 118, 302.

⁵ Ks. jäljempänä 4 §:n H-c kohdassa mainittua.

⁶ Huomaa, että Burckhardt lausuu nimenomaan, että »in unserem Sinn» OR 991 Art ei ole muutosäänös (s. 42).

sevan mielipiteen mukaisesti⁷ pidetään muotoon kuuluvina oikeustosi-asioina, merkitsee tämä erään erikoistunnusmerkistötapausten olemassaoloa.

B. Päivääminen ja tekopaikan merkitseminen. Lainsäädännössämme ei ole harvinaista, että kirjallisesti laadittava sopimus määrätään päivätäväksi ja (tai) varustettavaksi tekopaikkaa koskevalla merkinnällä.⁸ Ovatko tuollaiset vaatimukset muotoa koskevia vaatimuksia?

Kirjallisuudessa on yllä esitetyn tavoin asetettuun kysymykseen vastattu eri tavalla.⁹ Noihin mielipiteisiin ei ole syytä tutustua sen enempää, sillä niissä on esitetty yleiskysymys, johon edellytetään aina vastausta kyllä tai ei. Lisäksi kysymystä on tarkasteltu vain yleisen tunnusmerkistön näkökulmasta. Kielteiset mielipiteet ovat kuitenkin siinä suhteessa oikeita, että päiväystä ja tekopaikan merkitsemistä koskevia vaatimuksia ei voitane pitää muutosäännöksinä yleisen tunnusmerkistön näkökulmasta. Mutta tähän ei sulje pois sitä mahdollisuutta, että jossakin yksityistapauksessa lainsäädäntömme käsittelee puheena olevan laatuista vaatimusta muutosäännöksenä. Kysymystä on siis ensin tarkasteltava tapaus tapaukselta, ja vasta sitten on syytä palata edellä asetettuun yleiskysymykseen.

Kun seuraavassa tarkastellaan eräitä esimerkeiksi otettuja yksityistapauksia, erotetaan tarkastelussa toisaalta kysymys päiväyksen tai tekopaikan *välttämättömyydestä* ja toisaalta kysymykset niiden *oikeellisuudesta*. Ei näet ole itsestään selvää, että vaikka päiväys vaaditaankin suoritettavaksi, sen ehdottomasti tulisi olla oikea, ts. vastata täsmälleen

⁷ Ks. edellä av. 2 mainitut *Calonius*; *Gränfelt*; *Grönvall—Heikonen*; af *Hällström*; *Allan Serlachius*. Ks. lisäksi esim. *Eberstein*, s. 231 ss.; *Meyer*, I s. 659.

⁸ Ks. esim. PK 16:3 (testamentti); MVL 3 § (maanvuokrasopimus); YhdL 6 § (perustamissopimus); AL 66 § (mm. avioehtosopimus ja puolisoitten AL 38 §:n mukaiset suostumukset); Veksl 1—2 §; ShekL 1—2 §; A. julkisista kaupanvahvistajista 3 § (kiinteistönluovutussopimus); TontinvuokraL 3 §; MeriL 151 § (konossementti); PatenttiL 71 § (mm. patentinluovutussopimus).

⁹ Esim. *Burckhardt*, Einführung s. 42 pitää omakätisen testamentin päiväyksen oikeellisuusvaatimusta (»dass es richtig sei») testamentin sisältöä koskevana vaatimuksena; *Schneider*, s. 47 ss. pitää sekä tekopaikan merkitsemistä että päiväysvaatimusta sisältöä koskevin vaatimuksina; joskin ne ovat täysin riippumattomia muusta asiakirjasisällöstä, sillä ne eivät ole oikeustoiminnallisen tahdon osia (Bestandteil); *Telaranta*, s. 70 pitää kysymystä päiväyksen virheettömyydestä sisällykseen kuuluvana vaatimuksena lausuen toisaalta avioehdon osalta (s. 74), että päiväyksen suorittaminen kuuluu tässä muotoon. — Ks. lisäksi *Bang*, s. 83 viitteineen; *Enneccerus—Nipperdey*, II s. 657; *Tuhr—Siegwart*, I s. 228; sekä erit. jäljempänä mainitut yksityistapaukset.

asiakirjan laatimispäivää.¹⁰ Jostakusta voi tuntua paradoksilta, että lainsäätäjät vaatii päiväämistä, mutta sallii, että se suoritetaan »väärin». Tällainen ajatus häviää seuraavien yksityistapausten yhteydessä.

a. Testamentti. PK 16:2:ssa, joka koskee testamentin tekemistä, ei säädetä mitään testamentin päiväämisestä tai tekopaikan merkitsemisestä. Sen sijaan PK 16:3:ssa määrätään todistajista, että he »merkitkööt nimikirjoituksensa ohteen» muun muassa »todistamisen paikan ja ajan».

Todistajille asetettua päiväysvaatimusta, samoin kuin tekopaikan merkitsemistä koskevaa vaatimusta on pidettävä vain lainsäätäjän neuvona, kuten tätä lähinnä Ruotsista saatua normia on sielläkin tulkittu.¹¹ Olipa testamentissa päiväys tai ei, ei vaikuta testamentin pätevyyyteen. Tällaisesta asiantilasta johtuu, että samoin on arvosteltava asiaa silloinkin, kun testamentti on päivätty väärin tai tekopaikka merkitty virheellisesti.¹²

Onko sitten puheena olevaa määräystä pidettävä muotomääräyksenä, tosin sellaisena muotomääräyksenä, jota kutsutaan ohjesisältöiseksi muutosäännöksi?¹³ Kysymykseen on syytä vastata kieltävästi.¹⁴ Silloin nimittäin PK 16:9 on helpommin tulkittavissa. Mainitussa lainkohdassa säädetään testamentin moiteperusteista ja sellaisena mainitaan se, että »testamenttia ei ole tehty laissa säädetyn muodon». Jos PK 16:2 määräyksiä pidettäisiin muotomääräyksinä, vaatisi PK 19:9:n tulkinta ohjesisältöistenkin muutosäännösten huomioonottamisen eikä ole reaalista tarvetta pyrkiä sellaiseen. Asia vain monimutkaistuisi.

Päiväyksen ja tekopaikan merkitsemistä testamenttiin on testamentin laatijoille tietysti syytä suositella. Mainittuihin merkintöihin, varsinkin päiväysmerkintään, liittyy sellaisia todistamisvaikutuksia, joiden

¹⁰ *Telaranta*, s. 70 tarkoittaa päiväyksen virheettömyydellä sitä, »että asiakirja todella on annettu siinä ilmoitettuna aikana».

¹¹ Näin oikeutemme osalta *Rapola*, LM 1954 s. 356; *Rautiala*, Testamentin tekemisestä s. 35 ss.; *Ylöstalo*, Moite s. 156. — Samoin aikaisemman oikeuden osalta SOO t. 5.10.1911 N:o 5, jossa ratkaisussa lausutaan, ettei asiaan vaikuttanut »sekään, että testamentista puuttui päivämäärä, kun sen teko aika oli likimäärin todistettu». Samaan suuntaan KKO 1943 II 272, sekä *Chydenius*, Arfsrätt s. 191; *Lilius*, s. 65 av. 2, s. 100, s. 197 ss.; vrt. sen sijaan *Olivecrona*, s. 210 ss. Ks. tässä yhteydessä erit. *Bang*, s. 82 ss.

¹² Ks. *Ylöstalo*, Moite s. 156; KKO 1938 II 28.

¹³ Ks. niistä jäljempänä 5 § 3-kohta ja 14 § B-kohta.

¹⁴ Näin *Rapola*, LM 1954 s. 356; *Rautiala*, Testamentin tekemisestä s. 35. Vrt. esim. *Bang*, s. 82 ss.; *Tuhr—Siegwart*, I s. 228; *Ylöstalo*, Moite s. 156, joissa tapausta lienee tarkasteltu muutosäännöskysymyksenä.

käyttöä kenenkään ei ole syytä laiminlyödä. Ajateltakoon vain tapauksia, jolloin testamentintekijä on jättänyt jälkeensä useita testamentteja ja on osoitettava, mikä on ollut hänen »viimeinen tahtonsa».¹⁵

b. Avioehtosopimus. AL 66 § määrää, että muun muassa avioehtosopimuksen tulee olla päivätty,¹⁶ jotta se olisi pätevä. Lainkohdan jokseenkin selvästä sanamuodosta huolimatta on lausuttu epäilyksiä päiväyksen tarpeellisuudesta.¹⁷ Toisaalta taas on todettava, että sekä kirjallisuudessamme yleensä että oikeuskäytännössämme on vaadittu päiväyksen suorittamista, jotta avioehtosopimus olisi pätevä.¹⁸ Lausutaanpa yleisesti, että mainittu vaatimus on muotovaatimus.¹⁹

AL 44 §:n mukaan avioehtosopimus on voimassa siitä päivästä lähtien, jona se on otettu oikeuden pöytäkirjaan. Kihlakumppanien tekemä avioehtosopimus sen sijaan käy voimaan avioliiton päättämisestä, edellyttäen, että se annetaan oikeuteen (tai tuomarille) kuukauden kuluessa avioliiton päättämisestä. — Voitaisiin kenties ajatella, että ensiksi mainitussa tapauksessa päiväyksellä ei olisi sitä merkitystä kuin jälkimmäisessä tapauksessa. Eihän päiväys puolisoitten välisessä avioehtosopimuksessa ole yhtä tärkeä kuin kihlakumppanien välisessä avioehtosopimuksessa, jonka osalta on voitava todeta, että se on laadittu ennen avioliittoa. Niin »johdonmukaiselta» kuin tällainen erottelu tuntuukin, ei lakimme kuitenkaan tee tuollaista eroa. Ja kun kihlakumppanien avioehtosopimuksen osalta ei voida tinkiä päiväysvaatimuksesta, ei sitä voida tehdä puolisoittenkaan välisen avioehdon osalta. Näin ollen päädytään siihen, että avioehtosopimus on päivättävä, jotta se olisi pätevä. Tätä vaatimusta on pidettävä AL 42 sekä 66 §:ien keskinäisen suhteen mukaisesti muotovaatimuksena.

¹⁵ *Rautiala*, Testamentin tekemisestä s. 36.

¹⁶ Avioehtosopimusta ei sen sijaan tarvitse AL 66 §:n mukaan varustaa *tekopaikkaa* koskevalla merkinnällä, joskin on tavallista, että avioehto tehtäessä näin menetellään. Vrt. *Caselius*, DL 1954 II s. 45.

¹⁷ Näin *Lahtinen*, LM 1957 s. 140; hän pitää vaatimusta vain »ohjeena». Näin kenties myös *Rautiala*, *Holhousoikeus* s. 232, vaikka hän toisaalta (LM 1944 s. 541, *Avioliitto-oikeus* s. 260 ja *Caselius—Rautiala*, s. 20) katsookin päiväyksen kuuluvan avioehtosopimuksen muotoon.

¹⁸ Näin mm. *Caselius*, DL 1954 II s. 46; *Chydenius*, *Äktenskapsrätt* s. 128; *Grönvall*, s. 184; *Huttunen*, s. 122; *SOO* 7.2.1911: Kun avioehtosopimusta ei ollut päivätty, se katsottiin mitättömäksi, vaikka vihkimisen suorittanut pappi ja sopimuksen todistajat olivatkin merkinneet siihen, että sopimus oli tehty ennen vihkimistä (tapaus on julkaistu JFT 1911 s. 125 ss.). Ks. lisäksi *KKO* 1940 II 119 sekä siitä *Caselius—Rautiala*, s. 20 ss.

¹⁹ Ks. edellinen viite sekä *Telaranta*, s. 74.

Avioehtosopimuksen muotovaatimukseen kuuluvan päiväysvaatimuksen on katsottava sisältävän myös oikeellisuusvaatimuksen.²⁰ Ellei päiväystä ole suoritettu oikein, on avioehdossa muotovirhe. — Saattaa kuitenkin sattua niin, että aviopuolisot tai kihlakumppanit erehdyksessä merkitsevät väärän päivän avioehtosopimukseensa. Avioehtosopimus päivätään esimerkiksi päivämäärälle 1. 1. 1955, vaikka todellinen tekopäivä olikin 1. 1. 1956. Vuosien vaihtumista ei »muistettu» asiakirjaa laadittaessa. Saattaa käydä myös niin, että avioehtosopimus joistakin »pieteettisistä syistä» halutaan päivätä toiselle päivälle kuin laatimis-päivälle. Jos avioehtosopimuksessa on tuollainen virhepäiväys eikä sillä ole vahingoitettu tai tahdottu vahingoittaa ketään, tuntuu avioehtosopimuksen pätemättömäksi julistaminen oikeudentuntoa loukkaavalta.²¹ Tästä huolimatta pitänee katsoa avioehdossa olevan muotovirheen. Siltä sopimuskumppanilta, joka aikoo vedota puheena olevaan muotovirheeseen, voidaan tuo oikeus joskus evätä. Periaatteessa tämä on jo eri kysymys.²² Niinpä kysymykseen palataan jäljempänä, missä tarkastellaan kysymystä, onko muotovirheeseen vetoaminen joskus norminvas-taista.²³

c. Vekseli ja shekki. VeksL 1 §:ssä ja ShekL 1 §:ssä säädetään, että vekselissä ja shekissä tulee olla tiettyjä merkintöjä. Noiden merkintöjen joukossa on myös vaatimus, joka koskee tekopaikan merkitsemistä ja päiväämistä. Niin vekseliin kuin shekkiinkin on merkittävä asettamispäivä ja -paikka.

Aikaisemmin on esitetty, että kaikkia VeksL 1 §:n ja ShekL 1 §:n vaatimuksia on pidettävä muotosäännöksinä.²⁴ Näin ollen puheena olevat

²⁰ Caselius, DL 1954 II s. 46 korostaa oikeusvarmuuden kannalta avioehdon päiväyksen totuudenmukaisuutta.

²¹ Lahtinen pitää ko. vaatimusta vain ohjeena, kuten av. 17:stä ilmenee. Tähän tulokseen hän on päätenyt ilmeisesti siksi, että »muotovaatimusten noudattamisen ja aineellisen oikeuden välillä saattaa esiintyä vakavaa ristiriitaa», niin kuin hän itse lausuu (LM 1957 s. 137). Nyt tarkasteltavassa tapauksessa näin varmaan on asianlaita.

²² Ks. Bang, s. 84 ss. Bang vaati Saksan BGB:n nyt jo kumottujen normien perusteella testamentin oikeaa päiväämistä ja sen tekopaikan virheetöntä merkitsemistä. Jos tällöin erehdyksessä on tehty virhe, on se Bangin mukaan eri asemassa kuin tahallisesti aiheutettu virhe. Erehdystapaukseen nähden Bang soveltaa periaatetta »*falsa demonstratio non nocet*», eväten siten muotovirheeseen vetoamisen oikeuden. Bang perustelee käsitystään myös kohtuusnäkökohdilla.

²³ Ks. 14 §:n 3-B-kohta.

²⁴ Ks. edellä av. 7 kohdalla lausuttua.

tekopaikan merkitsemisvaatimus ja päiväamisvaatimus ovat muoto-säännöksiä. Ellei vekselissä ja shekissä ole noita merkintöjä, ei asiakirjoja muotovirheen vuoksi pidetä vekseleinä ja shekkeinä, kuitenkin sellaisin lisäyksin, että asettajan nimen ohteen merkitty paikkakunta käy tekopaikkamerkinnästä.²⁵ Jollei asettajan nimen ohessa ole paikkakuntamerkintää, puuttuu vekselistä tai shekistä tekopaikkamerkintäkin.

Vaikka vekselissä ja shekissä pitää olla tekopäivää ja -paikkaa ilmaisevat merkinnät, niin niiden ei tarvitse täyttää totuudenmukaisuusvaatimusta kehenkään nähden.²⁶ Puheena olevaan muotovaatimukseen ei tässä tapauksessa kuulu oikeellisuusvaatimus.²⁷ Kunhan vain puheena olevat merkinnät ovat olemassa, olivatpa ne tosia tai ei-tosia, on asiakirja oikein laadittu. Tähän tulokseen on päädyttävä siitä syystä, että päiväysvaatimusta on pidettävä pääasiassa ajanmäärittelyvaatimuksena tietyille vekselioikeudellisille toimenpiteille²⁸ ja on yhdentekevää, mistä päivästä tuo aika luetaan.²⁹ Samankaltaisena järjestysmääräyksenä on pidettävä myös tekopaikan merkitsemisvaatimusta.³⁰ Mainittuihin lopputuloksiin on päädyttävä myös siitä syystä, että vekseli ja shekki voidaan asettaa avoimenakin.³¹ — Korostettakoon, että käytännössä vekselit päivätään usein vasta diskontattaessa niitä pankkiin. Päiväämätön vekseli on annettu esimerkiksi sopimussakon maksamisen vakuudeksi.

d. Kiinteistön luovutus. MK 1:2:ssa ei lausuta mitään kiinteistön luovutus sopimuksen päiväamisestä tai tekopaikan merkitsemisestä. Sen sijaan asetuksessa julkisista kaupanvahvistajista säädetään (3 §) seuraavaa: »Maakaaren 1 luvun 2 §:ssä tarkoitettu luovutuskirjan oikeak-

²⁵ VeksL 2 § ja ShekL 2 §. Ks. Grönvall—Heikonen, s. 20 ss.

²⁶ G. Granfelt, s. 67 ainoastaan vilpittömässä mielessä olevaan kolmanteen henkilöön nähden. Ks. lisäksi Eberstein, s. 33 ss., s. 61. — Jos vekselin tai shekin päiväys ei ole totuudenmukainen, ei kysymyksessä ole muotovirhe. Sen sijaan tuollainen »virheellisyys» merkitsee paljon vanhentumissäännösten näkökulmasta. Ks. juokseviin velkakirjoihin nähden esim. Hakulinen, LM 1940 s. 147 ss.; Rekola, Vanhentuminen s. 110 ss.; Väinö Vihma, Velvoiteoikeuden yleisen osan luennot siviilioikeuden peruskurssista (moniste), Helsinki 1954, s. 49.

²⁷ Kun oikeellisuusvaatimusta ei ole, ei se ole sisältöäkään koskeva vaatimus. Vrt. sen sijaan Burckhardt, Einführung s. 42; Telaranta, s. 70.

²⁸ Ks. G. Granfelt, s. 67.

²⁹ Ei edes KS 46 § ja ULVpA 29 § vaikuta asiaan. Eri asia on sitten, mistä hetkestä ko. tapauksissa teko aika luetaan noiden lainkohtien määäämiin henkilö-tahoihin nähden.

³⁰ VeksL 80 § ja ShekL 60 § eivät voine vaikuttaa esitettyyn ratkaisuun.

³¹ Näin perustelee asiaa G. Granfelt, s. 67.

sitodistaminen tapahtuu siten, että kaupanvahvistaja merkitsee todistuksen luovutuskirjaan; ja on todistuksessa mainittava... paikka, jossa, ja aika, jolloin luovutuskirjan oikeaksitodistaminen on tapahtunut.» Kaupanvahvistajan laatiman todistuksen tulee siis asetuksen sanamuodon mukaan sisältää päiväys ja tekopaikan maininta. Mitä oikeusvaihtokutsia on tämän normin noudattamattajätöllä?

Kysymystä ei kirjallisuudessa ole käsitelty juuri ollenkaan eikä sieltä voitane esittää ainuttakaan mielipidettä, jossa olisi selvästi ilmaistu vastaus esitettyyn kysymykseen.³² Korkein oikeus on tietävästi kaksi kertaa joutunut ratkaisemaan tämäntyyppisiä kysymyksiä. Vuonna 1936 Korkein oikeus tuntuu olleen sillä kannalla, että päiväyksen ja tekopaikan merkitseminen ei ole välttämätöntä, ei ainakaan siinä mielessä, että luovutussopimus tuollaisten puutteiden johdosta olisi pätemätön.³³ Sen sijaan vuonna 1954 annetussa ratkaisussa esiintyneen toi-

³² Hakulinen, Luovutus s. 21 korostaa vuoden 1933 lainmuutoksen pyrkimyksenä olleen mm. todistamistehtävän totuudenmukaisuuden saavuttamisen. Hakulinen lausuu po. yhteydessä: »Luovutuskirjan sisällön totuudenmukaisuudella tarkoitetaan sen sisäistä todistusvoimaa, sitä, että luovutuskirjassa mainitut seikat vastaavat todellisuutta. Tähän kuuluu mm. se, että luovutuskirja on oikein päivätty.» Rautiala, Holhousoikeus s. 232 vertaa toisiinsa avioehdon ja kiinteistön luovutussopimuksen päiväysvaatimuksia lausuen: »Tärkeämpi merkitys sopimuksen päiväyksellä on esim. kiinteistönkaupassa, joka tulee aina voimaan jo päiväyksestä lukien.» Ks. vielä Zitting, s. 184.

³³ KKO 1936 I 56: Kanteessa vaadittiin mm. 28.12.1934 laaditun kauppakirjan ja kauppavälikirjan sekä niihin perustuvien lainhuutojen julistamista mitättömiksi mm. sillä perusteella, että ostajat ja myyjä sekä kaupanvahvistaja ja hänen kutsumansa todistaja eivät olleet olleet kaupantekotilaisuudessa samalla kertaa saapuvilla ja kaupanvahvistajan kauppakirjaan merkitsemästä todistuksesta puuttui sekä merkintä tästä että myös siitä, mikä oli kaupanvahvistajan virka-asema ja toimintapiiri, eikä kauppavälikirjassa oleva kaupanvahvistajan todistus lainkaan sisältänyt niitä tietoja, joita sellaisen todistuksen tuli sisältää. Kaikki oikeusasteet hylkäsivät kanteen. KKO perusteli ratkaisuaan lausuen mm.: »Koska julkinen kaupanvahvistaja oli kutsumansa todistajan kanssa todistanut oikeaksi kauppakirjan ja kauppavälikirjan ja hänen kauppakirjaan merkitsemänsä todistuksen mukaan sekä myyjä että ostajat olivat tuossa tilaisuudessa olleet saapuvilla ja allekirjoituksellaan hyväksyneet kaupan.» Tällä KKO:n perustelulla, verrattuna tapauksen otsikointiin, on se merkitys, että KKO:n kantana po. tapauksessa täytynee katsoa olevan kielteisen vastauksen kysymykseen: Mikä merkitys on kiinteistönkaupan muodolliseen pätevyYTEEN nähden julkisista kaupanvahvistajista annetun asetuksen 3 §:n säännöksillä? — Ks. po. oikeustapauksesta *Schwindt*, JFT 1946 s. 248 ja *Zitting*, s. 185 av. 10—11, joissa tapausta on tarkasteltu kaupanvahvistajan alueellisen toimivaltakysymyksen näkökulmasta.

senkaltainen, joskaan ei aivan päinvastainen käsitys.³⁴ Kumpaa näistä ratkaisuksista on pidettävä oikeutemme mukaisena?

Ei voida kieltää, että ainakin päiväyksen merkitsemisellä kauppakirjaan on varsin tärkeä merkitys. Ellei päiväystä esiintyisi, niin mistä lainhuudatusaika luettaisiin?³⁵ Toisaalta on selvää, että vain kaupanvahvistajan todistuksessa olevalle päiväykselle voidaan asettaa tuollainen merkitys. Sopimuskumppaneita ei voida katsoa velvollisiksi päiväämään sopimustaan, ja vaikkapa he päiväisivätkin sen, ei sille voitane antaa suurta merkitystä. Päiväämättömät kauppakirjat syntyvät tavallisesti siten, että kauppakirjaa laadittaessa jätetään aukko päiväyksen kohdalle. Tarkoituksena on, että se täytetään kaupanvahvistajan luona, mutta tämä unohdetaan. Onko sitten syytä pysyä päiväysvaatimuksessa? Kysymykseen lienee vastattava myöntävästi. Muuten tehdään liian suuri karhunpalvelus oikeusvarmuudelle. Onko päiväyksen oltava totuudenmukainen? Tähän kysymykseen on syytä vastata myöntävästi, varsinkin, kun vuoden 1933 lainmuutoksilla pyrittiin poistamaan pula-ajan synnyttämät valeluovutukset ja niihin liittyvät kauppakirjojen varhennuspäiväykset (antedateeraukset).³⁶ Mikä vaikutus on sillä, ettei päiväystä ole suoritettu tai että se on virheellinen? Tähän kysymykseen vastaaminen on huomattavasti vaikeampaa kuin edelliseen kysymykseen vastaaminen. Katsoisin kuitenkin, että koska päiväyksen suorittaminen on jätetty julkisen kaupanvahvistajan tehtäväksi, seu-

³⁴ KKO 1954 II 121: »Kun kiinteistönluovutuksen esisopimusta, jonka tosin julkinen kaupanvahvistaja oli laatinut ja yhdessä toisen henkilön kanssa todistanut, kuitenkin ainoastaan nimensä allekirjoituksella, ilmaisematta edes itseään kaupanvahvistajaksi, vielä vähemmin esiintyneensä kaupanvahvistajan toimestaan, ei ollut sillä tavoin oikeaksi todistettu kuin MK 1 luv. 2 §:ssä ja julkisista kaupanvahvistajista 9.6.1933 ann. asetuksen 3 §:ssä säädetään, niin esisopimuksen mukaan annettu sitoutuminen kiinteistönosan luovuttamiseen tuollaisen oleellisen muodollisen puutteen takia ei ollut pätevästi syntynyt.» Ratkaisu oli äänestyksen tulos (4:1). Vähemmistöön jäänyt oikeusneuvos Brunou katsoi, että kun sitoumus oli laadittu MK 1:2 muodossa, niin sitä oli pidettävä sitovana, vaikka 9.6.1933 ann. asetuksen 3 §:n määräyksiä ei ollutkaan noudatettu.

Tässä KKO:n ratkaisussa ei ole suinkaan selvästi otettu kantaa päiväykseen ja tekopaikan merkitsemiseen. Siinä on vain lausuttu, että jos ko. 3 §:n määräyksiä on oleellisesti rikottu, niin luovutus sopimus (pro esisopimus) on pätemätön. Yksityistapauksittain on siis harkittava, mikä merkitys 3 §:n noudattamattajätöllä on. Mittapuun muodostaa virheen »oleellisuus». — Tällaisen kriteerin esiintuominen merkitsee erittäin suurta epävarmuutta, varsinkin jos se ulotetaan muutosäännöksiinsyleensä. Ks. jäljempänä olevaa esitystä 14 §:n 3-B-b-kohdassa.

³⁵ Ks. Rautiala, Holhousoikeus s. 232.

³⁶ Ks. esim. Hakulinen, Luovutus s. 19 ss.; Zitting, s. 183, s. 186.

rauksen tulee olla sellainen, että vain hän joutuu siitä vastuuseen. Olisi varsin kohtuutonta, jos kaupanvahvistajan virkavelvollisuuksien laiminlyömisestä koituisi sopimuskumppaneille haitallisia seuraamuksia, varsinkin kun ainoa ajateltavissa oleva seuraus olisi pätemättömyys ja kun sopimuskumppanit eivät voine saada kaupanvahvistustodistusta päivätyksi, vaikka he sitä pyytäisivätkin, jos kaupanvahvistaja ei siihen suostu.³⁷

Jos katsotaan, kuten edellä on tehty, että päiväyksen puuttuminen tai virheellinen suorittaminen aiheuttaa vain kaupanvahvistajalle vastuun,³⁸ tullaan tästä siihen lopputulokseen, että puheena olevaa vaatimusta ei ole syytä pitää muotovaatimuksena, vaan omana itsenäisenä vaatimuksenaan.³⁹ Samaan lopputulokseen täytynee päätyä tekopai-
kankin merkitsemisen suhteen. Se ei siis ole muotovaatimus, joskin kaupanvahvistaja joutuu vastuuseen sen noudattamattajätöstä tai virheellisyydestä.⁴⁰

³⁷ Erääksi po. käsityksen argumentiksi voidaan esittää vielä se, että sellaista »karkeaa» virhettä kuin oikeuden määräämän kaupanvahvistajan alueellisen toimivallan ylitystä ei vallitseva mielipide aseta sopimuskumppanien kannettavaksi, vaan sopimus katsotaan päteväksi tuollaisesta virheestä huolimatta. Näin *Hakulinen*, Luovutus s. 136 ss., SvJT 1946 s. 742, joskin hän oli alun perin toista mieltä (Luovutus, 1 p., s. 75 ss.). Ks. lisäksi af *Hällström*, JFT 1947 s. 111 ss.; *Bo Palmgren*, JFT 1947 s. 112 ss. KaupanvahvA 6 §:n 2 mom:n voidaan sanoa tukevan tätä ratkaisua. Vrt. *Schwindt*, JFT 1946 s. 245 ss., jossa lausutaan, että kysymyksessä on muotovirhe, joka aiheuttaa mm. sen, ettei lainhuutoa voida myöntää, mutta ei oikeustoimen mitättömyyttä (nulliteettiä). Tähän käsitykseen yhdyttiin yleensä Lainopillisen yhdistyksen keskusosastossa ja alaosastoissa, joissa kysymystä käsiteltiin keskustelukysymyksenä (keskustelukysymys N:o 3/1946; ks. JFT 1947 s. 111 ss.). *Zitting*, s. 184 av. 10 rinnastaa tällaisen virheen piilevään muotovirheeseen. Ks. piilevistä muotovirheistä jäljempänä 14 §:n 3-B-c-kohta. — Vaikka alueellisen toimivallan ylitys ei aiheuttane pätemättömyyttä, on asianlaita toisin, jos joku luulee olevansa kaupanvahvistaja ja »vahvistaa» luovutuksen. Näin *KKO 1953 II 106*: Kiinteistökaupan oli vahvistanut lautamies luullen olevansa, niinkuin hänen edeltäjänsä, myös kaupanvahvistaja. Kanne myyjinä esiintyneiden henkilöiden velvoittamisesta antamaan uusi kauppakirja hylätty. Vrt. 1948 I 20: Apulaisnimismies oli virkansa puolesta pätevä toimimaan julkisena kaupanvahvistajana. Tällaista ilmeisen oikeaa kohtuusratkaisua ei nykyisin tarvitse tehdä, sillä MK 1:3 mainitsee nykyisin apulaisnimismiehetkin julkisina kaupanvahvistajina (L 14.6.1951).

³⁸ Ks. *Hakulinen*, Luovutus s. 155 ss.; *Zitting*, s. 185.

³⁹ Jos joku katsoisi, että ko. puutteellisuudet on jätettävä sopimuskumppanien kannettavaksi, silloin päädytään siihen tulokseen, että po. vaatimukset ovat muotovaatimuksia. Muu tulos olisi asian luonnon vastaista. Tapaukseen on siis tällöin sovellettava LHL 20 §:n määräämää yhden vuoden aikaa.

⁴⁰ Voidaan kenties ajatella, että esim. virheellisellä päiväyksellä olisi erilainen

e. Yhteenveto. Edellä on esimerkkeinä tarkasteltu eräitä päiväämistä ja tekopaikan merkitsemistä koskevia normeja. Esimerkit osoittavat, että toisinaan nuo vaatimukset ovat muotovaatimuksia, toisinaan eivät.⁴¹ Tämä puolestaan merkitsee, että päiväysvaatimusta ja tekopaikan merkitsemisvaatimusta on pidettävä erikoistunnusmerkistötapauksiin kuuluvina. Niin ikään tarkastellut yksityistapaukset osoittavat, että päiväysvaatimuksen tai tekopaikan merkitsemisvaatimuksen olemassaolo ei vielä sinänsä merkitse, että niihin nähden olisi noudatettava totuudellisuusvaatimusta, joskin tämä vaatimus esitettyjen esimerkkien valossa on yleistä. Se ei kuitenkaan johdu »asian luonnosta» sinänsä. Näin ollen on selvää, että niin päiväysvaatimusta kuin tekopaikan merkitsemistä koskevaa vaatimusta on aina arvosteltava kussakin yksityistapauksessa erikseen ja itsenäisesti.⁴²

Päiväysvaatimusta samoin kuin tekopaikan merkitsemisvaatimusta on arvosteltava itsenäisesti ja kussakin tapauksessa erikseen. Tämä itsenäisyys osoittautuu myös siinä, että noita vaatimuksia ei voida asettaa, ellei ole normia, joka määrää sopimuksen päivättäväksi tai varustettavaksi tekopaikkaa koskevalla merkinnällä.⁴³ Mainitusta itsenäisyydestä huolimatta on todettavissa eräitä yhtäläisyyksiä kaikkien niiden normien välillä, jotka määräävät tarkasteltavana olevasta vaatimuksesta. Kansanomaisesti ajatellen noita vaatimuksia, silloin kun niitä on pidettävä muotovaatimuksina, on usein katsominen jossain määrin turhanpäiväisiksi muodoiksi. Ovathan nuo vaatimukset »etupäässä järjes-

merkitys erilaisissa henkilötahoissa, niin että esim. lainhuudatusviranomaiseen nähden huudatusaika luettaisiin toisesta hetkestä kuin esim. veroviranomaisiin, sopimuskumppaneihin ja konkurssi- tai ulosmittausvelkoihin. Tällaista käsitystä ei ole syytä suositella. Se merkitsisi liian suurta »monimutkaisuutta».

⁴¹ Esim. Avioehtosopimuksessa on kysymys muotovirheestä, mutta näin ei ole asianlaita kiinteistönluovutuksen osalta, vaikkakin *Räutialaan* yhtyen (Holhous-oikeus s. 232) jälkimmäisen päiväystä on pidettävä »tärkeämpänä» kuin avioehtosopimuksen päiväystä. Lopputulosten erilaisuus ei johdu kuitenkaan mistään »tärkeysjärjestyksestä», vaan siitä, että avioehtosopimuksen päiväys tapahtuu ilman julkista kontrollia, kun taas tilanne on aivan päinvastainen kiinteistönluovutusopimusten osalta. Viimeksi mainitussa voidaan päiväyksen suorittaminen ja sen oikeellisuus jättää yksinomaan viranomaisen vastuulle.

⁴² Vrt. *Bang*, s. 84. Hänen mielestään on oletettava, että päiväysvaatimus ja tekopaikan merkitsemisvaatimus sisältävät oikeellisuusvaatimuksen.

⁴³ Näin yleisesti. Ks. esim. *Oser—Schönenberger*, s. 26; *Schneider*, s. 47 ss.; *Telaranta*, s. 70; *Tuhr—Siegwart*, I s. 228. — Huomaa *SOO p. 1919 II 27*: Avoin asianajovaltakirja, mistä puuttui vuosiluku, katsottu päteväksi.

tysnäkökohtia» varten annettuja, kuten on lausuttu.⁴⁴ Tästä johtuu, että muotovirhe voi olla sellainen, johon ei voida vedota jossakin yksityistapauksessa. Toisaalta taas on korostettava, ettei sanotulla ole haluttu järkyttää niitä yksityistapauksia, joissa on syytä tiukasti pysyä päiväyksen ja tekopaikan merkitsemisvaatimuksissa. — Ratkaistaessa noita yksityistapauksia on ns. oleellisuuskriteerillä huomattava merkitys. Tällä tarkoitetaan sitä, että aina on kysyttävä, kuinka oleellinen päiväysmerkintä tai tekopaikkamerkintä on kunkin sopimuksen osalta.⁴⁵

C. Eräistä kansainvälisistä perheoikeudellisista suhteista 5. 12. 1929 annetussa laissa esiintyvät sanat muoto ja muotomääräys varsin usein. Niinpä lain 5 §:ssä säädetään, että »on kuuluttamisen ja muutoin avioliiton päättämismuodon suhteen noudatettava Suomen lakia». 6 ja 7 §:ssä toistuvat sanat muoto tai muotomääräys useaan otteeseen. 15 §:ssä puhutaan avioehtosopimuksen »muodosta» ja »laillistuksesta». 25 §:ssä puhutaan lapseksiottamisen »muodosta». 50 §:ssä puhutaan jälleen »avioliittoa päätettäessä tapahtuneesta muotovirheestä».

Kysyttäessä, mitä mainituissa lainpaikoissa muodolla ja muotosäännöksellä tarkoitetaan, voidaan helposti todeta, että noita sanoja on usein käytetty toisessa merkityksessä kuin yleinen tunnusmerkistö edellyttää. Niinpä 5 §:ssä on avioliiton päättämismuotoon luettu kuuluvaksi sellainen oikeustosiasiakin kuin kuuluttaminen.⁴⁶ 6 ja 7 §:ssä on viitattu vieraan maan lakiin. Muotosäännös saa siinä sisältönsä vieraan lain mukaan. Mitä oikeustosiasioita tällöin luetaan muodoksi, on kysymys, johon ei tietystikään voida vasta millään yleisellä säännöllä. Kussakin tapauksessa on erikseen selvitettävä, mikä on muotoa.

Tarkastelun kohteena olevan lain mukainen muoto on siis usein sellaista, ettei sitä voida pitää muotona yleisen tunnusmerkistön näkökulmasta. Kun laki kuitenkin puhuu muodosta (muotosäännöksistä), on mahdotonta ajatellakaan muuta, kuin että lain tarkoittamat oikeustosiasiat ovat muotoa. Kun ne eivät aina ole sitä yleisen tunnusmerkistön näkökulmasta, on ne katsottava kuuluviksi erikoistunnusmerkistötapauksiin.

⁴⁴ *Telaranta*, s. 70.

⁴⁵ Tähän näkökohtaan ovat yksityistapauksissa nojautuneet mm. *Beckman*, *Merioikeus* s. 234 ss.; *Hakulinen*, *Luovutus* s. 21; *Lilius*, s. 197 ss.; *Rapola*, LM 1954 s. 356; *Schneider*, s. 47 ss.

⁴⁶ Kuuluttaminen luetaan kansainvälisen yksityisoikeuden näkökulmasta yleensä muotovaatimuksiin. Ks. *Jokela*, LM 1955 s. 784; *Rabel*, *Conflict I* s. 208 ss. — Yleisen tunnusmerkistön näkökulmasta kuuluttaminen ei ole muotoa.

D. Johtopäätökset. Edellä on ainoastaan esimerkkeinä käsitelty tapauksia, joissa muodoksi on katsottava sellaisia oikeustosiasiota, jotka eivät yleisen tunnusmerkistön näkökulmasta ole muotoa. Tarkastellut tapaukset eivät pyri olemaan tyhjentäviä.⁴⁷ Tapausten tarkastelu on kuitenkin ollut välttämätöntä, jotta luokitus yleiseen ja erikoistunnusmerkistöön osoitettaisiin tarkoituksenmukaiseksi. Samalla on osoitettu, että muodon käsite vaihtelee ja ettei muodon käsitteen selvittäminen ole aina kovin helppoa. Näiden tapausten heterogeenisuus osoittaa, ettei voida kehittää yhteistä ja tarkoituksenmukaista muodon käsitettä, joka yläkäsitteenä sisältäisi yleis- ja erikoistunnusmerkistötapaukset.

⁴⁷ Esim. osakeyhtiön yhtiökokouksen päätöksen muotovirheet ovat OYL 30 §:n mukaan eri asemassa kuin muut virheet (ks. edellä 2 §:n av. 28—29 kohdalla lausuttua). Useat yhtiökokouksen päätöksen muodollisista edellytyksistä ovat sellaisia, ettei niitä voida pitää muotona yleisen tunnusmerkistön näkökulmasta. Tällaisia *erikoistunnusmerkistötapauksia* lienevät kaikki yhtiökokouksen *tahdonmuodostusta* koskevat muodollisuudet (esim. kokouskutsu), kun taas toiset tapaukset selittyvät jokseenkin poikkeuksetta yleisenkin tunnusmerkistön näkökulmasta (esim. OYL 28 §:n pöytäkirjaamisprobleemi. Ks. siitä esim. *Chydenius*, Om aktiebolag s. 61 ja *Raninen*, LTA 1956 s. 121 ss., joissa katsotaan, että pöytäkirjaaminen ei ole päätöksen sitovuuden edellytys. Ks. myös *Nial*, Bolagsstämmbeslut s. 19.).

4 §. ERAITA RAJANKÄYNTEJÄ

A. Rajankäynnin tarpeellisuus. Muodon käsite vaihtelee oikeudessamme. Se on siis relatiivinen. Tämän vuoksi on tarpeellista suorittaa eräiden lähikäsitteiden erotteluja, varsinkin kun niistä toiset lähentyvät muotoa toiselta puolen, toiset taas toiselta puolen. Rajatapauksen tarkastelua puoltaa sekin, että tuollainen tarkastelu on omiaan selventämään muodon käsitettä. Oma erityinen mielenkiintonsa on niillä rajatapauksilla, joilla voidaan sanoa olevan käytännöllistä merkitystä. Siksi tarkastelu suunnataankin niihin.

B. Traditiovaatimus. Kirjallisuudessa on muodon käsite usein niin laaja, että sen alaan mahtuu traditio.¹ Toisinaan asetetaan joitakin edellytyksiä, jotta traditiota voitaisiin pitää muotona.² Tämän mieliteoksen mukaan traditio siis toisinaan olisi muotoa, toisinaan ei. Yleisintä on, että traditiota ei pidetä muotona.³ Tätä käsitystä edustaa varsinkin uudempi kirjallisuus.

Eräät lakitekstimme osoittavat, että niissä on erotettu traditio ja muoto. Mainittakoon vain käteispanntausta koskeva KK 10:14 ja siihen

¹ Esim. *Calonius*, s. 320; *Chydenius*, KR I s. 65: *Emellertid torde ofta själfva afskiljandet vara det moment, då köpslutet eger rum; afskiljandet är då, kunde man säga, vald form för öfverlåtelsen*, s. 205: *rättsärendets form var valutans öfverlåtelse*, II s. 20; *Ehrenzweig*, II:1 s. 150; *Raninen*, Kauppaoikeus s. 291: »Oikeustoimi on joko määrämuotoinen tai vapaamuotoinen. Edelliseen vaaditaan, että sitä tehtäessä noudatetaan säädettyjä muodollisuuksia. Tämän oikeustoimityypin(!) erikoislaji on reaaliosopimus, joka edellyttää tiettyä suoritusta.»; *Winroth*, NJA II 1880 s. 6, vaikka hän roomalaisen oikeuden osalta toteaaakin: *På detta sätt voro alltså vissa rättsvärkningar förenade med själfva köpeaftal, andra åter med tradition.*

² Näin *Ask*, I s. 4 ss., lisäksi s. 50 ss., II s. 79 ss., s. 94 ss. Ks. vielä *Stobbe*, s. 63 av. 3 mainittua.

³ Esim. *Björling*, SvJT 1918 s. 342; *Björling—Malmström*, s. 40, s. 146; *Ekeberg*, SvJT 1917 s. 446; *Ekström*, s. 694; *Jhering*, s. 476; *Rautiala*, Holhousioikeus s. 213 av. 508, vrt. s. 214 av. 509; *Schneider*, s. 7; *von Tuhr*, II:1 s. 499; *Tuhr—Siegwart*, I s. 223; *Undén*, I s. 275 ss.; *Wrede—Caselius*, II s. 505, 507; *Wrede—Heinonkoski*, s. 103; *Zitting*, s. 139 av. 49.

⁴ »...joka panee pantiksi kultaa, hopeata tahi mitä irtainta tavaraa tahansa,

välittömästi liittyvät KonkS 32 §⁵ ja EtuoikA 3 §.⁶ LainL 20 §:ssä puhutaan sekä muodosta että omistajan hallinnasta. LahjaL 1—4 §:ssä tehdään niin ikään ero muodon ja hallinnan välillä. Ja tuskinpa selvemmin voitaneen eroa lausua, kuin sen lausuu OikTL 1 §:n 2 momentti, jossa säädetään mm.: »Tämän luvun säännökset eivät koske määrämuotoisia sopimuksia eivätkä myöskään sopimuksia, joiden päättämiseen vaaditaan suorituksen toimittaminen toiselle sopimuspuo-
lelle...»⁷

Puheena olevan eron tarkoituksenmukaisuus on ilmeinen. Tradition ja muodon merkitys voi oikeutemme mukaan olla erilainen, silloinkin kun ne esiintyvät samassa sopimustyyppissä. Niinpä käteispanntauksen muotosäännös on vain ohjemuotosäännös, *lex imperfecta*.⁸ Sen noudattamattajätöllä ei ole oikeudellista merkitystä. Sitä vastoin traditio on käteispanntauksen pätevyysn edellytys.⁹ LahjaL:n mukaan traditio poistaa lahjan lupauksessa olleen muotovirheen.¹⁰ Sama merkitys on omistajan hallinnalla yhteisvaikutuksessa eräiden muiden oikeustosiasiain kanssa kiinteistönluovutuksessa tapahtuneeseen muotovirheeseen.¹¹

Edellä esitetyn perusteella on päädyttävä siihen, että muodon ja tradition käsitteitä ei voida samastaa. Tämä ei estä myöntämästä, että puheena olevat oikeustosiasiat ovat sukua toisilleen.¹² Tuo sukulaisuus koskee niiden alkuperää¹³ ja merkitystä (funktia).¹⁴ Tämäkin lienee vaikuttamassa siihen, että traditio ja muoto on saatettu samastaa.¹⁵

tehköön sen kahden todistajan läsnäollessa taikka ottakoon pantinsaajalta todistus-
kirjan siitä». Vrt. ruotsinkieliseen asuun: »...sätter man i pant...».

⁵ »Velkoja, jolla on irtainta omaisuutta panttina tahi muuten panttioikeudella
hallussansa...».

⁶ »Jolla on irtain pantti hallussaan...».

⁷ Ks. OikTL 12 §:n tulkinnasta jäljempänä 9 §.

⁸ Esim. Björling—Malmström s. 146; Undén, I s. 275; Wrede—Caselius, II s. 507.
Ks. erit. 14 §:n av. 12 mainittua kirjallisuutta.

⁹ Ks. Undén, I s. 289 ss.; Wrede—Caselius, II s. 505 ss. sekä siinä mainitut
oikeustapaukset.

¹⁰ Hakulinen, Velkakirjalaki s. 249; Marks von Württemberg—Sterzel, s. 126.

¹¹ LainhL 20 §.

¹² Sokolowski, s. 272: Engt verwandt in Ursprung und Wirkungen ist dem for-
malen Rechtsgeschäft der Realvertrag.

¹³ Sopimusoikeuden kehityksessä voidaan erottaa kolme kehitysvaihetta. Sopi-
mukset olivat aluksi reaalisopimuksia. Niistä kehittyivät sitten määrämuotoiset
sopimukset, kunnes vapaamuotoisuuden periaate johti konsensuaalisopimuksiin. Ask,
II s. 3 esittää, että jo maakuntalakien aikakaudella oli oikeutemme saavuttanut toi-

C. PK 12:4:n arpajako. Mainitussa lainkohdassa säädetään muun muassa: »Jos on vajaavaltaisia perillisiä, älköön perintöä arpomatta jaettako. Toisin tehty jako olkoon mitätön, jos vajaavaltainen, täysivaltaiseksi tultuansa, laillisessa ajassa moittii sitä.»¹⁶ Onko tämä määräys muutosäännös?

Vaikka perinnönjaon luonteesta onkin vaihdettu mielipiteitä varsin runsaasti,¹⁷ on esitetty kysymys jäänyt vähäisen mielenkiinnon kohteeksi. Tämä on ymmärrettävää. Kysymys on puhtaasti systematisoimis- eli lokeroimisprobleemi.

Eräistä asiayhteyksistä voidaan päätellä, että arpomismenettelyvaatimusta ei kirjallisuudessamme yleensä pidetä muotovaatimuksena.¹⁸ Tällä kannalla on katsottava olevan muun muassa *Chydeniuksen*,¹⁹ *Hakulisen*,²⁰ *Heikosen*²¹ ja *Rautialan*.²² Tätä käsitystä on syytä pitää

sen po. kehitysvaiheista. — Tämän kehityksen rajat eivät tietystikään ole jyrkkiä, sillä mikään kehitysaste ei ole syrjäyttänyt täysin toista eikä voine sitä tehdä. Ks. muutosäännösten kehityksestä jäljempänä 16 §.

¹⁴ Ks. tradition vaikutuksista esim. *Hernberg*, s. 205 ss.; *Olsson*, *Borgenärskydd* s. 98 ss.; *Undén*, *Panträtt* s. 95 ss.; *Zitting*, s. 137 ss. Ks. muotomääräysten funktioista jäljempänä 14 §:n 2-kohta.

¹⁵ Traditio-sanaa on joskus käytetty merkityksessä »muodollinen», mikä lienee ollut yhtenä samastuksen syynä. Ks. *Ask*, I s. 2 ss.; *Raninen*, *Kauppa-oikeus* s. 291.

¹⁶ PK 12:8 säättää: »Kaikki kaupungissa perittävä omaisuus, olkoonpa kiinteätä taikka irtainta, jaettakoon arvalla.» Tämä säännös ei ole esteenä sille, että täysivaltaiset suorittavat perinnönjaon kaupungeissakin sopimalla. Näin todennäköisesti mm. *Chydenius*, *Arfsrätt* s. 110 ss.; *Hakulinen*, *Luovutus* s. 99; *Heikonen*, *Perinnönyhteys* II s. 77 av. 4 (selvästi); *J. Serlachius*, *JFT* 1885 s. 225. Vrt. sen sijaan *Calonius*, s. 495 ss. ja *Wrede-Melander*, s. 158 verrattuna s. 152, joissa lausutusta saa sen käsityksen, kuin jako kaupungissa olisi aina toimitettava arpomalla.

¹⁷ Suorastaan klassillisena on pidettävä kysymystä, onko perinnönjako sopimus (alakysymyksenä: minkälainen sopimus?) vai ainoastaan eräänlainen toimitus. Toiset puolustavat sopimusteoriaa (= vallitseva käsitys), toiset taas toimitusteoriaa. Ks. esim. *Heikonen*, *Perinnönyhteys* II s. 76 ss.; *Rautiala*, *Ositus* s. 170 ss.; *J. Serlachius*, *JFT* 1885 s. 214 ss.; sekä niissä olevat runsaat kirjallisuusviittaukset. — Sovintojaon oikeudellisesta luonteesta ks. *Heikonen*, *emt.*; *Hakulinen*, *Luovutus* s. 98 ss.

¹⁸ *J. Serlachius*, *JFT* 1885 s. 225 ss. katsoo arpomisen niin kuin sovintojaonkin perinnönjaon muodoksi.

¹⁹ *Chydenius*, *Arfsrätt* s. 110 ss., verrattuna s. 116.

²⁰ Ks. *Hakulinen*, *Luovutus* s. 102, s. 105, *LM* 1945 s. 43 ss.

²¹ *Heikonen*, *Perinnönyhteys* II s. 103 verrattuna s. 76 ss.

²² Ks. *Rautiala*, *Ositus* s. 176 ss. sekä toisaalta s. 184 ss., s. 282 ss., *LM* 1953 s. 508 puhutaan pätemättömyyden perustana olevasta »materiaalisesta seikasta», kun taas s. 514 puhutaan »turhasta muodollisuudesta» ja teoksessa *Caselius—Rautiala*, s. 147 ss. on eräs PK 12:4-tapaus sijoitettu hakemistossa (s. 266) muutosäännökseksi.

oikeana. Arpomisvaatimus ei missään tapauksessa voi olla yleisen tunnusmerkistön mukainen muotovaatimus. Yleisen tunnusmerkistön mukaan muodoksi katsottavan oikeustosiasian tulee olla sellainen, että se voidaan vaihtaa toiseksi sopimuksen sisällön muuttumatta. Ja arpomisvaatimushan vaikuttaa ennen kaikkea perinnönjaon sisältöön. Arpomisvaatimusta ei ole syytä pitää myöskään erityisen tunnusmerkistön mukaisena muotovaatimuksena, vaan sopimuksen sisällön muodostamista koskevana normina. Tätä käsitystä tukee myös se, että lakiteknisesti PK 12: 4 on varsin erillinen normi eikä tunnu liittyvän välittömästi PK 12: 2:een ja 12: 11:een, jotka sisältävät määräyksiä perinnönjaon muodosta. Esitettyä käsitystä tukee vielä se, että mainittuja muotosäännöksiä PK 12: 2:ta ja 11:tä on sovellettava täysin riippumatta siitä, onko jako toimitettava arpomalla vai ei.²³

Tässä yhteydessä on syytä huomauttaa eräästä tärkeästä seikasta. PK 12: 4:n määräyksiä arpajaon suorittamisesta ei ole kirjallisuudessamme²⁴ eikä oikeuskäytännössämme²⁵ tulkittu siten, että vajaavaltaisen pesänosakkaan mukanaolo aina ehdottomasti vaatisi arpomismenettelyn. Puheena olevaa normia on päinvastoin tulkittu sangen joustavasti ja siitä on sallittu laajoja poikkeuksia, joiden selvittäminen ei nyt kuitenkaan kuulu asiaan. Näin on siitäkin huolimatta, että noihin modifikaatioihin lienevät vaikuttamassa samankaltaiset näkökohdat kuin eräisiin muotosäännöstenkin modifikaatioihin.²⁶

D. Kielivaatimukset. Lainsäädännössämme on eräitä normeja, jotka määräävät käytettäväksi tiettyä kieltä. Tällaisia kielivaatimuksia sisältävät *VeksL* 1 § ja *ShekL* 1 §, jotka ovat kielivaatimuksen suhteen samankaltaisia. *VeksL* 1 §:ssä säädetään ns. vekselilausekkeesta, että asetteessa tulee olla »asiakirjan kielellä ilmaistu nimitys vekseli». Tätä normia, samoin kuin vastaavaa *ShekL*:n normia on pidettävä muotosäännöksenä.²⁷ Onhan aikaisemmin lausuttu, että kaikkia *VeksL*

²³ Heikonen, Perinnönyhteys II s. 103, LM 1944 s. 501.

²⁴ Ks. *Caselius—Rautiala*, (Rautiala) s. 147 ss.; *Hakulinen*, LM 1945 s. 31 ss., Luovutus s. 105; *Rautiala*, Ositus s. 283 av. 209, Holhousoikeus s. 106 ss., LM 1953 s. 503 ss. Vrt. toisaalta *Calonius*, s. 495; *Chydenius*, Arfsrätt s. 110 ss.; *Wrede—Melander*, s. 152.

²⁵ KKO 14.11.1921 (plenum, äänestys, julkaistu LM 1922 s. 105), 1945 II 188; SOO t. 15.1.1914 tied. 2, KKO 1927 I 41, 1946 II 258; KKO 1927 II 267, 1931 II 363.

²⁶ Ks. jäljempänä 14 §:n 3-B-kohdassa olevaa esitystä.

²⁷ Ks. esim. *Eberstein*, s. 36 ss.; *G. Granfelt*, Växelrätt s. 66 ss.; *Grönvall—Heikonen*, s. 21.

1 §:n ja ShekL 1 §:n määramiä merkintöjä on pidettävä mainittujen asiakirjojen muotoon kuuluvina oikeustosiasioina.²⁸

Kesäkuun 1 päivänä 1922 annettu *KieliL* sisältää eräitä kieleen kohdistuvia normeja. Ovatko ne muotosäännöksiä? Kysymykseen on kirjallisuudessamme vastattu kielteisesti, joskin toisaalta on todettava, ettei siihen aina ole suinkaan selvästi otettu kantaa.²⁹ Kielteistä käsitystä on syytä pitää oikeana. Kielilain asettamia, kieleen kohdistuvia vaatimuksia on pidettävä omina kielivaatimuksinaan eikä muotovaatimuksina. Kielilain normien noudattamattajätöllä näet on täysin-omat oikeusvaikutuksensa, jotka ovat riippumattomia kulloinkin kysymyksessä olevan sopimuksen muotovaatimusten noudattamattajätön oikeusvaikutuksista. Jos *KieliL*:n normeja ei ole noudatettu, ei asiaa — kenties lykkäyksen tapahduttua — oteta enemmälti tutkittavaksi.³⁰ Lisäksi huomautettakoon, että kun *KieliL*:n vastaisesti laadittu asiakirja voidaan aina korvata laillisella käännöksellä, ei puheena olevista normeista voida lausua, että ne koskisivat suoranaisesti sopimuksen solmimista, mikä on yksi muodon yleiseen tunnusmerkistöön kuuluva tunnusmerkistökijä.³¹ *KieliL*:n normit eivät siis täytä muodon yleistä tunnusmerkistöä, eikä niitä ole syytä pitää erikoistunnusmerkistötapauksina. Niitä on pidettävä ainoastaan eräänlaisina »kielitekniillisinä» normeina, jotka takaavat kansalaisillemme oikeuden käyttää maan kansallaiskieliä tuomioistuimissa ja viranomaisissa asioidessaan.³²

On lausuttu, että sopimuksen solmimista koskeva kirjallisuusvaatimus edellyttää tiettyjä kielivaatimuksia, niin että asiakirjaa, joka on laadittu *salakirjoituksella tai salakielellä*, ei voida katsoa laadituksi

²⁸ Ks. edellä 3 §:n 7 av. kohdalla lausuttua.

²⁹ *Hakulinen*, *Luovutus* s. 146 ss. on selvästi ilmaissut käsityksensä. Ks. lisäksi *Granfelt*, *JFT* 1946 s. 223 ss.; *Öhberg*, *JFT* 1946 s. 273 ss., joissa kysymystä *KieliL*:n vaatimuksista on tosiasiaassa käsitelty omana kielivaatimuksenaan eikä muotovaatimuksena.

³⁰ *KHO* 1926 I 22: Yksikielisen itsehallintoalueen viranomaisen puoleen kääntyäessä on myöskin asiamiehen valtakirja oleva laadittu alueen kielellä. Samoin *KHO* 1933 II 3269. — Kysymys ulkomaisella kielellä annetun oikeudenkäyntivaltakirjan hyväksymisestä suomalaisissa tuomioistuimissa on ollut Lainopillisen yhdistyksen keskustelukysymyksenä (N:o 10/1945), ja käydyssä keskustelussa on kysymykseen niin keskus- kuin alaosastoissakin vastattu myöntävästi, tosin erän varauksin. Ks. *JFT* 1946 s. 273 ss.

³¹ *KieliL*:n kielivaatimuksen osalta voidaan kyllä kysyä, »missä järjestyksessä» asiakirja on laadittu. Ks. *KHO* 1926 I 22 olevia perusteluja.

³² Ks. *Granfelt*, *JFT* 1946 s. 225.

siten, että se täyttäisi kirjallisuusvaatimuksen.³³ Niin ikään on sanottu, että asiakirjan tulee olla laadittu jollakin sivistyskielellä — vaikkapa kuolleellakin — jotta se täyttäisi kirjallisuusvaatimuksen. Jonkin alkuasukasheimon kieli ei siis tätä vaatimusta täyttäisi. Tällaisia vaatimuksia on perusteltu sillä, että kolmannen henkilön tulee voida saada selvyys asiakirjan sisällöstä, koska kirjallisuusvaatimuksen yhtenä tarkoituksena on edistää todistettavuutta, eikä tätä tarkoitusta saavuteta, ellei aseteta puheena olevia kielivaatimuksia.³⁴ — Kun mainittuja vaatimuksia on tarkasteltu kirjallisuusvaatimuksen muodollisuuksina eli osasina, ovat nuo vaatimukset muotovaatimuksia.³⁵ Tunteeko oikeutemme tuollaisia kirjallisuusvaatimukseen liittyviä muodollisuuksia?

Lainsäädännössämme ei ole ainuttakaan legaalinormia, mistä saataisiin ratkaisu puheena olevaan kysymykseen. Korkein oikeutemme ei liene joutunut muodostamaan käsitystään. Näin ollen kysymykseen voidaan ajatella vastattavaksi joko myönteisesti tai kielteisesti. Kielteisen ratkaisun tueksi voidaan viitata muotomääräysten tulkintaperiaatteisiin.³⁶ Voidaan sanoa, että koska puheena olevaa vaatimusta ei ole lainsäädännössä selvästi ilmaistu, sellaisen asettaminen on perusteetonta. Myönteistä ratkaisua voidaan puolustaa niillä näkökohdilla, jotka edellä on mainittu. Täydennykseksi lausuttakoon, että salakielen tai salakirjoituksen salliminen tuskin lisää sopimuksen todistettavuutta ja sisällöllistä selvyttä, mihin päämääriin muotosäännöksillä yleensä pyritään.

Jos edellä mainittuja yhteismitattomia näkökohtia ryhdytään »punnitsemaan», on se mahdollista vain siten, että kullekin näkökohdalle yritetään antaa oma arvonsa. Kun seuraavassa »syyllistytään» tällaiseen, esittäen normisuositus, tehdään se tietoisena suosituksen arvoväritteisyydestä.³⁷ Normisuosituksesta ei siis voida sanoa, että se on ehdottoman oikea.

³³ *Schneider*, s. 41 ss. Toisin *Oser—Schönenberger*, s. 96, joka katsoo salakirjoituksen ja salakielen täyttävän kirjallisuusvaatimuksen, kunhan vain sopimus-kumppanit sitä ymmärtävät.

³⁴ *Schneider*, s. 41 ss.

³⁵ Esim. *Oser—Schönenberger*, s. 96; *Schneider*, s. 41 ss. — *Olivecrona*, SvJT 1941 s. 272 lausuu roomalaisen oikeuden stipulaation osalta mm.: Formbundenhet var så sträng att det icke ens gick för sig att använda det motsvarande grekiska ordet. Då »tog det icke». Kielivaatimusta käsitellään tässäkin muotovaatimuksena.

³⁶ Ks. jäljempänä 15 §.

³⁷ Ruotsissa on vallalla kaksi suuntaa, joista toista voidaan kutsua »ekelöfiläiseksi» ja toista »rodhelaiseksi». Edellinen katsoo lainoppiin kuuluvan suositusten

On syytä suositaa sellaisen kannan omaksumista, että salakirjoitus tai salakieli ei täytä kirjallisuusvaatimusta. Tämä on ainoastaan *lähtökohta*. Joissakin yksityistapauksissa on päädyttävä toisenlaiseen tulokseen. Ratkaisu on siis loppujen lopuksi tehtävä kussakin yksityistapauksessa erikseen. — Liike-elämä käyttää erilaisia koodeja, varsinkin ulkomaankaupassa. Täten säästetään sekä aikaa että varoja ja saavutetaan useita muitakin etuja: muun muassa tietyt monimutkaiset asiat voidaan ilmaista täsmällisesti ja lyhyesti. Koodien käytöllä on omat haittansakin, joista tässä mainittakoon virheellisyysherkkyys ja hitaus.³⁸ Jos kysytään, täyttääkö tuollaisten koodi-symbolien käyttö kirjallisuusvaatimuksen, täytynee kysymykseen usein vastata myöntävästi. Asiaa on kuitenkin harkittava kussakin yksityistapauksessa erikseen kiinnittäen huomiota ennen kaikkea selvyys- ja tarkoituksenmukaisuusnäkökohtiin. — Muitakin vastaavanlaisia modifikaatioita on sallittava puheena olevaan kielivaatimukseen.

E. Tahdonilmaisun nimenomaisuusvaatimus. Eräissä lainsäädännöksissämme puhutaan tahdonilmaisun »nimenomaisuudesta».³⁹ Tässä tutkimuksessa ei voida sivuuttaa kysymystä, onko nimenomaista ilmaisua vaativa normi muutosäännös. Kysymyksestä on kirjallisuudessa esitetty eriäviä mielipiteitä.⁴⁰ Esikysymyksenä on selvitettävä, mitä nimenomaisilla ja hiljaisilla tahdonilmaisilla tarkoitetaan.

teon. Jälkimmäinen ei salli niitä ollenkaan. Ks. po. erimielisyydestä *Ekelöf*, År den juridiska doktrinen en vetenskap s. 5 ss., erit. s. 41 ss.; *Rodhe*, *Ekonomien* 1944 s. 96 ss., *Obligationsrätt* s. III. Ks. lisäksi *Arnholm*, SvJT 1952 s. 508 ss.; *Ross*, TFR 1952 s. 252 ss., erit. s. 255, missä *Ross* pitää asennetta tieteellisenä, jos suosituksen tekijä ei nojaudu omiin arvostuksiinsa, vaan eläytyy niihin arvoihin ja käsitelmiin, mitkä vallitsevat tuomarikunnassa.

³⁸ Ks. *Raninen*, Puutavaran kauppa s. 455 ss., jossa puhutaan sähkeiden osalta selvästä kielestä ja salakielestä. Jälkimmäisen kirjoittaja jakaa sovituksi kieleksi (code) ja salamerkkikieleksi.

³⁹ Ks. esim. MK 11:6; TNimiA 24 §; TyösopL 4 §; ValokL 6 §; OikTL 8 §; TilustielL 6 §; TontinvuokraL 2 §.

⁴⁰ *Arnholm*, s. 117 ei pidä po. vaatimusta muotovaatimuksena, vaan pikemmin tahdonilmaisun sisältöä koskevana vaatimuksena. *Kivimäki*, LM 1955 s. 749 ss. erottanee muotovaatimuksen ja nimenomaisuusvaatimuksen. *Ussing*, s. 104 ss. pitää taas ko. vaatimusta muotovaatimuksena. *Staub*, s. 289 pitää Saksan HGB 48 §:n nimenomaisuusmääräystä muutosäännöksenä. Ks. lisäksi *Ekström*, s. 564: Skillnaden i praktiskt hänseende mellan uttryckliga och icke-uttryckliga viljeförklaringar visar sig även däri, att det vid de senare — åtminstone i nutida rätt — icke kan bliva fråga om någon viss form.; *Montgomery*, s. 587.

Tahdonilmaisut jaetaan yleisesti ⁴¹ *nimenomaisiin* ja *hiljaisiin* ⁴² eli konkludenttisiin tahdonilmaisuihin. Kirjallisuudessa noiden tahdonilmaisujen raja on erittäin epäselvä. Harvoin tapaa niin epäselviä ja monimerkityksisiä käsitteitä, kuten tätä rajanvetoa perusteellisesti käsitellyt *Karlgren* ⁴³ lausuu. *Karlgrenin* suorittaman käsiteanalyysin vuoksi ei ole syytä ryhtyä selvittämään ja ryhmittelemään kirjallisuudessa esiintyviä mielipiteitä. Todettakoon ainoastaan, että hän osoittaa käsitettä käytetyn ainakin kuudessa »varsin tavallisessa» merkityksessä. ⁴⁴ Kuitenkin *Karlgren* on rajoittanut tutkimuksensa alaa siten,

⁴¹ Jakoa pitävät meillä tarpeellisena tai ainakin käyttävät mm. *Ekström*, s. 561 ss.; *Godenhjelm*, JFT 1952 s. 182; *Haataja*, Käsité s. 68 ss.; *Kivimäki*, s. 67; *Montgomery*, s. 588; *Raninen*, Vahvistuskirje, s. 74, 102; *Rautiala*, Avioliitto-oikeus, s. 147, 198, 290; *Telaranta*, s. 205 ss.; *Ylöstalo*, Moite s. 262. Vrt. sen sijaan *af Hällström*, Villfarelse s. 176 av. 519: Vad speciellt angår skillnaden mellan uttrycklig och tyst förklaring erkännes allt mera allmänt, att en sådan icke kan och icke bör göras. *Hällströmin* väite ei pidä paikkaansa. Ks. esim. *Arnholm*, s. 113 ss.; *Karlgren*, Studier s. 17 ss. ja siinä mainittu kirjallisuus; *Manigk*, Willenserklärung s. 214 ss., eritt. s. 295 ss.; *von Tuhr* II: 1 s. 416 ss.; *Ussing*, s. 103 ss.

⁴² Nimitys »hiljainen tahdonilmaisuus» on harhaanjohtava, sillä hiljaisiksi tahdonilmaisuiksi ei lueta vain passiivista toimintaa, vaan myös tietynlainen aktiivinen toiminta. Ko. harhaanjohtavuutta korostavat mm. *Ekström*, s. 561; *Larenz*, s. 45; *Tuhr—Siegwart*, I s. 153.

⁴³ *Karlgren*, Studier, s. 17. Eron epätarkkuutta korostetaan varsin yleisesti, ks. esim. *Montgomery*, s. 587 av. 2; *Stang*, s. 276.

⁴⁴ *Karlgrenin* mukaan (Studier s. 18 ss.) po. kuusi merkitystä ovat:

1)—2) merkityksiä voidaan kutsua klassillisiksi määritelmiksi. »Klassikkojen» mukaan nimenomaisia ovat tahdonilmaisut, jotka muodostuvat sellaisista sanoista tai toimista, joiden yksinomaisena tai päätarkoituksena on ilmaista oikeustoimitahto. Hiljaisia (konkludenttisia) ovat taas sellaiset tahdonilmaisut, jotka muodostuvat sanoista tai toimista, joiden yksinomaisena tai päätarkoituksena on muu kuin edellä mainittu tarkoitus, mutta joiden perusteella kuitenkin voidaan todentaa oikeustoimitahto — tosin epäsuorasti. (Korostettakoon, että mainitussa klassillisessa merkityksessä voidaan erottaa kaksi eri käsityskantaa. *Karlgren*, Studier s. 18—19.)

3) Nimenomaisiksi sanotaan tahdonilmaisuja, jos on käytetty ns. objektiivisia ilmaisukeinoja eli sellaisia keinoja, jotka, olkootpa ne sanoja tai toimintoja, jo sinänsä ovat omiaan ilmaisemaan oikeustoimitahdon. Muut tahdonilmaisut ovat hiljaisia.

4) Nimenomaiseksi sanotaan tahdonilmaisuja, jossa oikeustoimitahto ilmenee sanoista (tai sanoja muodostavista merkeistä). Muut tahdonilmaisut ovat hiljaisia.

5) Nimenomaiseksi sanotaan tahdonilmaisuja, jossa oikeustoimitahto ilmenee sanoista (tai sanoja muodostavista merkeistä), edellyttäen että po. kielellinen ilmaisu on »adekvaattinen» ja tällä perusteella suhteellisen selvä.

6) Jotkut vetävät rajan selvyyskriteerion nojalla, niin että tietyn selvyysasteen saavuttanutta tahdonilmaisuja pidetään nimenomaisena ja vastaavasti epäselvää tahdonilmaisuja hiljaisena.

ettei hän ole ottanut huomioon niitä hiljaisiksi tahdonilmaisuuksi kutsuttuja tapauksia, jolloin oikeustointen oikeusvaikutukset syntyvät välittömästi lain nojalla, vaikkei mitään sen suuntaista tahdonilmaisua esiinnykään.

Ussing⁴⁵ arvelee Tanskan oikeuden osalta, että sikäläisessä lain-säädännössä esiintyvät tahdonilmaisun nimenomaisuutta vaativat normit eivät ole yksiselitteisiä. Sanalla nimenomainen on saatettu symbolisoida erilaisia tosiasioita, mistä seuraa, ettei rajanvetoa voida suorittaa kaikissa tapauksissa samalla tavoin.⁴⁶ Tätä käsitystä on syytä pitää tarkoituksenmukaisena *lähtökohtana* selvitetessä meidänkin oikeutemme näkökulmasta,⁴⁷ mitä nimenomaisilla tahdonilmaisulla tarkoitetaan. Jos näin menetellään, silloin ei päädytä tarpeettomiin yleistyksiin.

Tahdonilmaisun nimenomaisuusvaatimus voi merkitä toisinaan sitä, toisinaan tätä. Yksityistapauksittain on selvitetävää, mitä sillä kulloinkin on tarkoitettu, ja ennen kaikkea, mikä on sen noudattamattajätön oikeusvaikutus.⁴⁸ Kysymys, onko tällainen normi muotosäännös,

⁴⁵ Ussing, s. 104 ss. — Stang, s. 276 lausuu tahdonilmaisun nimenomaisuusvaatimuksesta, että »herved må overalt forståes at den skal være tydelig». Stang jatkaa sitten: Hvor stor tydelighet man skal forlange, må avgjøres efter hver enkelt lovs innhold og fienvend.

⁴⁶ Ussing, s. 104: og det er meget muligt, at Graensen ikke bør drages paa samme Maade i alle Tilfaelde.

⁴⁷ Sveitsin OR 1 artiklassa säädetään: Zum Abschlusse eines Vertrages ist die übereinstimmende gegenseitige Willensäusserung der Parteien erforderlich. Mainittu lainkohdan toisessa momentissa sanotaan: Sie kann eine ausdrückliche oder stillschweigende sein. Tällaisen yleissäännöksen olemassaolo aiheuttaa kysymään, eikö Sveitsin oikeudessa po. raja olisi aina vedettävä samalla tavoin. Ottamatta kantaa tähän vieraan oikeusjärjestyksen kysymykseen todettakoon vain, että po. rajanvetoa ei Sveitsin kirjallisuudessa katsota kovin tärkeäksi kysymykseksi. Tärkeämpi on kysymys hiljaisten tahdonilmaisujen ja virheellisten tahdonilmaisujen rajasta. Näin Oser—Schönenberger, s. 39. Ks. lisäksi Becker, s. 11 ss.; Tuhr—Siegwart, I s. 153 ss.

⁴⁸ Usein lausutaan, että ellei nimenomaisuusnormia ole noudatettu, niin oikeusvaikutuksena on pätemättömyys. Ks. HGB 48 §, jossa määrätään prokuran annosta, että sen on tapahduttava »mittels ausdrücklicher Erklärung»; sen laiminlyömisestä esim. Staub, s. 289 ja Würdinger, s. 463 katsonevat johtuvan po. oikeusvaikutuksen. Ks. lisäksi Oser—Schönenberger, s. 39; Tuhr—Siegwart, I s. 153 ss.

Oikeusjärjestyksemme osalta ei voitane asettaa mitään sääntöä siitä, mikä oikeusvaikutus on nimenomaisuusnormin noudattamattajätöllä. Kysymys on ratkaistavissa vain kunkin normin osalta erikseen. Ks. Kivimäki, LM 1955 s. 750; Lehtinen, s. 46, jossa esitetyistä oikeustapauksista ilmenee, että TSL 4 §:n nimenomai-

on luonteeltaan vain systematisoimis- eli lokeroimiskysymys. Omalta osaltani lokeroin nämä normit muotosäännösten ryhmään. Ne ovat näet muotosäännöksiä yleisen tunnusmerkistön näkökulmasta. — Juristeilla on tapana katsoa tiettyjä ilmiöitä »sui generis»-ilmiöinä, jos ratkaisu ei muuten miellytä. Onhan ajatuksenjuoksu sillä niin helposti tasapainotettavissa. Joku kenties haluaisi pitää tarkastelun alaisina olevia normeja tuollaisina omalaatuisina muotosäännöksinä. Tähän ei ole syytä, kun muistetaan, että kysymyshän on luokittelukysymys. Esitettyyn lopputulokseen on päädytty myös sen vuoksi, että nimenomaista tahdonilmaisua vaativat normit ovat samankaltaisia kuin ne normit, joita seuraavassa tarkastellaan ja joita epäilyksittä on pidettävä muotosäännöksinä.⁴⁹

F. Vaatimukset tahdonilmaisun »selvyydestä» ja »todistettavuudesta». Lainsäädännössämme esiintyy eräitä normeja, joiden mukaan tahdonilmaisun (tai sopimuksen) tulee olla »selvä»⁵⁰ tai »todistettava».⁵¹ Ovatko nämä määräykset muotomääräyksiä? Kysymyksen ratkaiseminen ei ole aivan helppoa. Ennen tähän kysymykseen vastaamista on selvitettävä, mitä tahdonilmaisun »selvyydellä» ja »todistettavuudella» tarkoitetaan.⁵²

Lähtökohta on syytä määrätä samalla tavoin kuin edellä tehtiin tahdonilmaisun nimenomaisuusvaatimuksiin nähden. Kullakin tarkastelun alaisena olevalla vaatimuksella saattaa olla oma merkityksensä kussakin lainkohdassa. Näin menetellen ei syyllistytä liiallisiin yleistyksiin, vaikkapa »intuitiivinen analogiasilmä»⁵³ puhuu sen puolesta,

suusvaatimus on vain todistettavuutta koskeva ohje. Samoin on asianlaita TNimiA 24 §:n suhteen, kuten jäljempänä av. 55 kohdalla osoitetaan.

⁴⁹ TNimiA 24 §:ssä, joka sisältää muotosäännöksen, on vaihtoehtoisesti annettu kaksi menettelytapakaavaa: prokuravaltuutus voidaan antaa valtakirjalla, jossa »nimenomaan» joku julistetaan prokuristiksi, tai se voidaan tehdä muulla »todistettavalla» tavalla. Kun »todistettavuusvaatimusta» on pidettävä muotovaatimuksena, on näin syytä menetellä myös toiseen menettelytapakaavaan, »nimenomaisuusvaatimukseen», nähden.

⁵⁰ Esim. PK 16: 6 (testamentin peruuttaminen).

⁵¹ Esim. VanhA 2 § (vanhentumisen katkaiseminen tunnustamisella); TNimiA 24 § (prokuran anto); HVL 24 § (huoneenvuokrasopimuksen purkaminen ja irtisanominen).

⁵² Ks. esim. Cederberg, Prokura s. 93 ss. olevaa esitystä TNimiA 24 §:stä; Rekola, Vanhentuminen s. 253 ss. ja Wrede—Heinonkoski, s. 236 ss. VanhA 2 §:n osalta; Rautiala, Testamentin tekemisestä s. 77 ss. olevaa esitystä PK 16:6:sta.

⁵³ Sanontaa käyttää Ellilä, Sivullisen oikeussuoja s. 75.

että samanlaisia säännöksiä olisi tulkittava aina samalla tavoin.⁵⁴ Viisainta lienee kuitenkin olla varovainen ja tarkastella kutakin lainkohtaa omana erityissisältöisenä määräyksenään.

Kysymyksessä olevia määräyksiä pidän muutosäännöksinä. Lainsäädäntöteknilisest tuollainen selvyys- tai todistettavuusvaatimus esiintyy yleensä tasaveroisena menettelytapavaatimuksena jonkin muun menettelytapakaavan (esim. kirjallisuusvaatimuksen) kanssa. Näissä muutosäännöksissä ei kuitenkaan ole rajoitettu muodoksi kutsuttavien oikeustosiasiain lukumäärää muuta kuin sillä, että oikeustointen tulee olla selviä tai todistettavia. Vaikka po. normeja onkin syytä kutsua muutosäännöksiksi, niin niiden noudattamattajätöstä ei silti seuraa sopimuksen pätemättömyyttä. Niissä on annettu vain todistelua koskeva ohje sanomalla, että sopimuksen (tai oikeustoimen) tulee olla tehty siten, että se voidaan todistaa.⁵⁵ Puheena olevat lainkohdat julistavat siis määrämuotoisuutta. Sen raja on todistettavuudessa, mutta ei muussa. *Todistettavuuden aste*⁵⁶ on ratkaistava kussakin tapauksessa erikseen. Yleissäännön antaminen lienee mahdotonta.⁵⁷

G. Sopimuksen sisältöä koskevat normit. Lainsäädännössämme esiintyy määräyksiä, joiden mukaan sopimuksessa tulee olla tiettyjä välipuheita. Niinpä KommYA 2 §:n mukaan »kontrahdin tulee sisältää» asetuksessa lähemmin mainitut kuusi kohtaa. Samankaltaisia legaalnormeja esiintyy muun muassa MVL:ssa,⁵⁸ MVA:ssa,⁵⁹ OYL:ssa,⁶⁰ YhdL:ssa,⁶¹ VekL:ssa,⁶² ShekL:ssa,⁶³ MeriL:ssa,⁶⁴ KonossementtiL:ssa,⁶⁵ OppisopL:ssa,⁶⁶ TontinvuokraL:ssa⁶⁷ ja OsuuskuntaL:ssa.⁶⁸ Näiden ja

⁵⁴ Ks. Björling, Egenhändig namnunderskrift s. 78.

⁵⁵ TNimiA 24 §:n osalta näin kaiketi Cederberg, Prokura s. 93 ss., erit. s. 94; Chydenius, KR II s. 263 ss.; Hernberg, JFT 1911 s. 95: Prokurans giltighet är icke bunden vid någon formföreskrift ja s. 96 Hernberg toteaa kysymyksessä olevan vain »beviskraften». Ks. lisäksi Kauppi, Kauppaoikeus s. 79; Palmgren—Olsson, s. 85.

VanhA 2 §:stä lausuu Rekola, Vanhentuminen s. 253: »Tämä vaatimus ei kuitenkaan tarkoita minkään muotomääräyksen antamista. Se sisältää vain jo ilman muutakin selvän ohjeen siitä, että velkojan on näytettävä toteen väittämänsä katkeamisen tapahtumisesta.» Ks. jäljempänä 14 §:n 1-B-kohdassa olevaa esitystä ns. ohjesisältöisistä muutosäännöksistä.

PK 16:6:ssa määrättyä testamentin peruuttamisen »selvyysvaatimusta» on pidettävä niin ikään todistamiskysymyksenä. Näin Rautiala, Testamentin tekemisestä s. 79. Ks. myös Ylöstalo, DL 1953 s. 111.

⁵⁶ Jos esimerkiksi A on puhelimella soittanut B:lle ja sanonut huoneenvuokrasopimuksen irti (HVL 24 §), ei irtisanominen ole suinkaan pätemätön, jos B myöntää irtisanomisen tapahtuneen, vaikka A ei tätä in abstracto kykene näyttämään. Jos B ei myönnä tätä, niin täytyy irtisanomista pitää HVL 24 §:n vastaisena ja

vastaavanlaisten muiden normien osalta on kysyttävä, ovatko ne sopimuksen sisältöä vai muotoa koskevia määräyksiä. Kysymyksen aiheellisuus on ilmeinen, sillä edellä⁶⁹ päädyttiin tulokseen, että VeksL:n ja ShekL:n »merkintämääräykset» ovat muotomääräyksiä, mutta yllä luetelluissa laeissa sanotaan toisinaan, että sopimuksen tulee sisältää⁷⁰ nuo välipuheet.

Ennen asetettuun kysymykseen vastaamista on tarkasteltava paria ratkaisua selventävää esikysymysryhmää.

a. Oppi oikeustoimen aineosista. Sopimuksia (tai oikeustoimia) voidaan tarkastella useista näkökulmista. Kahden näkökulman eroa on korostettava. Toisen mukaan sopimus on normi tai — oikeammin — normikokonaisuus. Toiset taas pitävät sopimuksia tunnusmerkistöinä, joihin oikeusvaikutukset liittyvät.⁷¹ Viimeksi mainittua tarkastelutapaa on pidettävä vallitsevana, joskin meidän uudemmassa kirjallisuudessamme yksityisnorminäkemyksellä on jalansijansa.⁷² Omalta osaltani en katso tarkoituksenmukaiseksi, jäljempänä mainituin perustein,⁷³ ottaa kantaa kysymykseen, kumpi näkökulma on tarkoituksenmukaisempi sopimus-oikeutemme erilaisia ilmiöitä selventävänä ajattelutienä.

A:n mahdollinen häätökanne on hylättävä, koska irtisanomista ei ole voitu näyttää tapahtuneeksi.

⁵⁷ Ks. *Stang*, s. 276 olevaa lausumaa nimenomaisuusvaatimuksesta (edellä av. 45).

⁵⁸ 3 §.

⁵⁹ 5 §.

⁶⁰ 1 § verrattuna 2 §:ään.

⁶¹ 6 § verrattuna 7 §:ään.

⁶² 1 § verrattuna 2 §:ään.

⁶³ 1 § verrattuna 2 §:ään.

⁶⁴ 151—152 §.

⁶⁵ 3 § 3-kohta.

⁶⁶ 3 §.

⁶⁷ 3 §.

⁶⁸ 4 § verrattuna 5 §:ään.

⁶⁹ Ks. edellä 3 §:n 7 av. kohdalla mainittua.

⁷⁰ KommYA 2 §. Samoin vanha OTL 9 §; IrtaimistokiinL 17 §.

⁷¹ Tällä erottelulla on ratkaiseva merkitys oikeustoimen sitovuuden niin sanoakseni teoreettisessa selvittelyssä. Ks. *Zitting*, LM 1953 s. 980 ss.

⁷² Käsityksen vallitsevuuden toteaa *Zitting*, LM 1953 s. 982. Vrt. kuitenkin *Vuorio*, LM 1956 s. 455, josta saataneen päinvastainen käsitys.

Yksityisautonomiaan perustuvan yksityisnormiajattelun hyväksyvät *Erma*, s. 23; *Telaranta*, s. 24 ss.

⁷³ Ks. jäljempänä 5 §:n 22 av. kohdalla mainittua.

Oppia sopimuksen aineosista on pidettävä sopimuksen rakenne-analyysin tuloksena. Tältä pohjalta on todettu sopimuksen koostuvan yksityisistä välipuheista.⁷⁴ Sopimus rakentuu niistä. Ne ovat sopimuksen sisällön rakennusaineita. Niitä voidaan kutsua sopimuksen rakennuskiviksi⁷⁵ tai oikeustoimiopin vakiintuneen terminologian mukaan aineosiksi.

Aineosat on tapana luokitella kolmeen ryhmään: oleellisiin aineosiin (*essentialia negotii*), tilapäisiin aineosiin (*accidentalialia negotii*) ja luonnollisiin aineosiin (*naturalia negotii*). Tällä kolmijaolla on vallitseva asema kirjallisuudessamme.⁷⁶ Toisaalta voidaan todeta, että toisenlaisiakin käsityksiä esiintyy, tosin ei yleensä meikäläisten keskuudessa.⁷⁷

Melkoinen yksimielisyys vallitsee siitä, mitä käsitteillä olleelliset, tilapäiset ja luonnolliset aineosat tarkoitetaan. Oleellisilla aineosilla ymmärretään välipuheita, jotka ratkaisevat sopimuksen kuulumisen tiettyyn tyyppiin.⁷⁸ Ne määräävät juuri tämän oikeustoimen luonteen, kuten *Windscheid*⁷⁹ sattuvasti sanoo. Ilman niitä ei synny tarkoitettua sopimustyyppiä; joko sopimusta ei synny ollenkaan, tai se syntyy toisentyyppisenä, kuin on tarkoitettu.

⁷⁴ Sopimuksen yksityisiä määräyksiä koskeva terminologia ei ole vakiintunut kirjallisuudessamme. Välipuhe-sanaa käyttävät mm. *Kivimäki*, s. 76 av. 1, vrt. DL 1927 s. 1, DL 1930 s. 295; *Telaranta*, s. 82 av. 1; *Vihma*, Sopimussakko s. 29 av. 1. Vrt. *Kopponen*, s. 1 av. 3. Lainsäädäntö on puheena olevassa suhteessa täysin epäjohdonmukainen, kuten *Telaranta*, s. 82 ss. osoittaa. Vrt. tässä yhteydessä käsitettä julkisoikeudellinen välipuhe sekä siitä esim. *Rytkölä*, s. 40.

⁷⁵ Ks. tässä yhteydessä *Fehr*, s. 29 ss. olevaa esitystä oikeusjärjestyksen rakennuskivistä.

⁷⁶ Jaon hyväksyvät *Chydenius*, Om aktiebolag s. 7; *Ekström*, s. 511 ss.; *Erma*, s. 30 ss.; *Hernberg*, s. 151 ss.; *Kivimäki*, s. 66; *Montgomery*, s. 563 ss.

⁷⁷ Esim. *Enneccerus—Nipperdey*, II s. 812: Man nennt sie naturalia, natürliche Geschäftsbestandteile; aber wenig passend, weil es sich hier nicht um Bestandteile sondern um Folgen des Geschäfts handelt. Ks. lisäksi *Arnholm*, s. 56 ss.; *Caselius—Heikonen*, s. 36 ss.; af *Hällström*, Villfarelse s. 177 ss.; *Lassen*, s. 8 verrattuna s. 231; *Ussing*, s. 435 av. 66; *Windscheid*, PR I s. 231 av. 1; *Vuorio*, s. 183 ss., s. 191, s. 212 av. 66.

⁷⁸ Ks. esim. *Ekström*, s. 511; *Enneccerus—Nipperdey*, II s. 812; *Erma*, s. 30; *Kivimäki*, s. 66; *Montgomery*, s. 564; *Platou*, s. 308; *Telaranta*, s. 61; *von Tuhr*, II: 1 s. 194; *Tuhr—Siegwart*, I s. 145. Vrt. sen sijaan *Hagerup*, s. 63.

⁷⁹ *Windscheid*, PR I s. 231. Ks. *Dernburg*, RR I s. 163: sie geben demselben seine Eigenart.

Tilapäisiksi aineosiksi sanotaan välipuheita, jotka eivät ole sopimustyyppin kannalta oleellisia eivätkä sisälly sopimukseen lain säännösten perusteella.⁸⁰ Ne samoin kuin oleelliset aineosat edellyttävät sopimuskumppanien niihin kohdistuvaa tahdonilmaisua.⁸¹

Luonnollisilla aineosilla tarkoitetaan lain (tai vastaavien) normien perusteella sopimukseen kuuluvia välipuheita. Ne kuuluvat sopimukseen, ellei niitä ole suljettu pois.⁸² Niiden syntymiseen ei siis vaadita tahdonilmaisua, vaan ne seuraavat oleellisia aineosia, ellei niitä ole pois suljettu.

Edellä mainituin tavoin luonnehdittua kolmijakoa on vastustettu sanomalla, etteivät luonnolliset aineosat ole »luonteeltaan» aineosia.⁸³ Omalta osaltani en näe asiaa aivan näin. Vastustan kolmijakoa sen epäjohtomukaisuuden vuoksi.

Kolmijaon epäloogisuus ei käy ilmi, jos vain lausutaan kuten *Stang*⁸⁴: Til en helt annen begrepssfaere hører kategorien naturale negotii. Mens de to begreper jeg nettop har nevnt er logiske, er dette praktisk. Tämän lausuman osalta jää epäselväksi, mitä *Stang* tarkoittaa loogisuudella ja sen ilmeisellä »vastakohdalla», käytännöllisyydellä. — Jos sen sijaan loogisuus-sanaa käytetään sen tavallisessa merkityksessä, symbolisoimaan jonkin johtomukaisuutta, voidaan kolmijaon johtomukaisuus kieltää.

⁸⁰ *Kivimäki*, s. 66: »Tilapäiset aineosat ovat asianosaisten välipuheita, joilla naturalia suljetaan pois tai joissa sovitaan muista oikeusseikoista.» Ks. lisäksi esim. *Ekström*, s. 511; *Erma*, s. 32; *Montgomery*, s. 564.

⁸¹ Toisinaan esitetään, että accidentalialia-osat liittyvät sopimukseen sopimuskumppanien nimenomaisesta tahdosta. Näin mm. *Erma*, s. 32; *Montgomery*, s. 564. Jos mainitulla vaatimuksella on tarkoitettu konkludenttisuuden vastakohtaa, ei se voi pitää paikkaansa. Kun kerran oleellisiin välipuheisiin riittää konkludenttisuus, täytyy sen riittää tilapäisiinkin välipuheisiin. Tällaista vaatimusta ei yleensä asetetaakaan. Ks. esim. *Ennéccerus—Nipperdey*, II s. 812; *Ekström*, s. 511; *Kivimäki*, s. 66; *Tuhr—Siegwart*, I s. 145. Joskus vaaditaan, että naturalia-osien poissulkemisen tulee tapahtua »selvästi». Näin mm. *Munch—Petersen*, s. 358; *Stang*, s. 283. Tahdonilmaisun selvyysvaatimus on eri asia kuin tahdonilmaisun nimenomaisuusvaatimus (ks. tämän §:n E- ja F-kohdat), joten viimeksi mainitustakaan ei saada tukea nimenomaisuusvaatimukselle.

⁸² Ks. edellä av. 78—80 mainittua kirjallisuutta, jonka suhteen voidaan todeta, että toiset katsovat naturalia-osiksi vain lain määräämät välipuheet (esim. *Kivimäki*, s. 66) ja toiset käyttävät paljon laajempaa käsitettä (esim. *Stang*, s. 283: Ved naturalia forstår man de deler av et rettsforholds innhold som er så almindelige i det praktiske rettsliv, at de forstår sig av selv og derfor ikke behøver saerlige å avtales).

⁸³ Ks. edellä av. 77 mainittua kirjallisuutta.

Mitkä seikat muodostavat kolmijaon luokitusperusteet? Voidaan helposti todeta, että luokitus nojautuu kahteen erilaiseen jakoperusteeseen. Toisena jakoperusteena on välipuheen oleellisuus sopimustyyppin synnyn kannalta. Toisena luokitusperusteena taas on se, onko välipuhe sopimuksessa tahdonilmaisun vai lain (tai vastaavan) normien perusteella. Kolmijako nojautuu kahteen täysin erilaiseen luokitusperusteeseen. Toiselle on annettu ratkaiseva merkitys toisessa tapauksessa, toiselle toisessa. Tällainen luokittelu ei ole johdonmukaista.⁸⁵

Tarkasteltakoon kolmijaon epäjohdonmukaisuutta vielä esimerkinakin valossa. Puhuttaessa oleellisista aineosista esiintyy kirjallisuudessa suorastaan klassillisena kouluesimerkkinä kauppasopimus⁸⁶ ja sen oleelliset aineosat: luovutusobjekti ja sen hinta. Nämä ovat oleellisia aineosia siitä riippumatta, mihin ne perustuvat. Hinta säilyttää siis oleellisen aineosanluonteensa, vaikka sen sisältö joskus määräytyisikin muun normin kuin tahdonilmaisun perusteella. Tuollaisista muista normeista mainittakoon vain niin sanotut rajahinnat niitä koskevine hintapäätöksineen. Tällöin kauppahintaa koskevan välipuheen osalta täytyy puhua sekä oleellisesta että luonnollisesta aineosasta. Määräytyyhän hinta nyt jonkin muun kuin tahdonilmaisun perusteella. Mistä tämä sitten johtuu? Se johtuu siitä, että luokitusperusteet ovat erilaiset eivätkä sulje pois toinen toistaan.

Kolmijaossa esiintyvien aineosien samankaltaisuus (oleellisten ja tilapäisten aineosien osalta) ja erikaltaisuus (ensiksi mainittujen ja luonnollisten aineosien osalta) ilmenee selvimmin, jos sopimusta tarkastellaan yksityisnormina. Tällöin voidaan sanoa, että oleelliset ja tilapäiset aineosat ovat yksityisnormeja. Luonnolliset aineosat ovat sen sijaan legaalinormeihin (tai vastaaviin) perustuvia välipuheita. Miltei yhtä selvänä ilmenee asia, vaikka sopimusta tarkasteltaisiin tunnusmerkistönäkin. Tällöin näet voidaan lausua, että oleelliset ja tilapäiset aineosat kuuluvat tunnusmerkistötekijöihin, kun taas luonnolliset aineosat ovat oikeusvaikutuksia.

⁸⁴ Stang, s. 283.

⁸⁵ Ks. Virkkunen, Laskentatoimi s. 12 sekä jäljempänä 5 §:n 1-kohdassa mainittua.

⁸⁶ Esimerkkiä käyttävät mm. Dernburg, RR I s. 163; Ekström, s. 551 av. 4; Enneccerus—Nipperdey, II s. 812; Esser, s. 212; Kivimäki, s. 66; Stang, s. 10 av. 5; Montgomery, s. 564; Telaranta, s. 61; Tuhr—Siegwart, I s. 145; Windscheid, PR I s. 231 av. 1.

Edellä olevan perusteella päädytään lopputulokseen, että puheena olevasta kolmijaosta on luovuttava,⁸⁷ tehtäköönpä se sitten millä tavoin tahansa. Yleistä on, että luonnollisilta aineosilta evätään aineosan luonne ja niitä kutsutaan jollakin muulla nimellä.⁸⁸ Näin ei välttämättä tarvitse menetellä. Riittänee, kun todetaan sopimuksen (normikokonaisuuden) koostuvan yksityisistä välipuheista. Noita välipuheita voidaan luokitella useilla eri perusteilla, jotka on pidettävä erillään. Niinpä oleellisuuskriteerio ja välipuheen »syntyperustekriteerio» on pidettävä erillään. Näin meneteltäessä välipuheella voidaan tarkoittaa samaa kuin aineosalla ja aineosia voidaan luokitella muillakin perusteilla kuin edellä mainituilla.⁸⁹

b. Muotosäännösten kahdenlainen soveltamisala. Muotosäännösten soveltamisalasta puhuttaessa lienee tarkoituksenmukaista erottaa materiaallinen eli asiallinen ja muodollinen soveltamisala. *Asiallisella soveltamisalalla* tarkoitan sitä oikeustoimityyppien tai -lajien alaa, johon muotosäännöstä on sovellettava.⁹⁰ *Muodollisella soveltamisalalla* tarkoitan sitä, missä laajuudessa sopimuksen yksityiset välipuheet joutuvat muotosäännöksen alaisiksi.⁹¹ Jos muotosäännöksen muodollinen

⁸⁷ Mm. *Chydenius*, Om aktiebolag s. 7; *Ekström*, s. 512; *von Tuhr*, II:1 s. 194 av. 18 katsovat, että kolmijako voidaan esittää oikeustoimen oikeusvaikutusten pohjalta. Tämä on mahdotonta, jos jako pyritään suorittamaan loogisesti.

⁸⁸ Esim. *Arnholm*, s. 57 puhuu sivuvaikutuksista; *af Hällström*, Villfarelse s. 177 käyttää naturalia-osista nimitystä »legala rättsföjderna»; *Telaranta*, s. 66 kutsuu niitä »lain luomaksi aukko-oikeudeksi», kuten *Burckhardtin* (Methode s. 173 ss.; ks. myös *Telaranta*, LM 1953 s. 873); *Munch-Petersen*, s. 358 ss. käyttää varsinkin vanhemman kirjallisuuden käsitettä hiljaiset (= fingeratut) tahdonilmaisut; *Ussing*, s. 434 puhuu »om de udfyldende Retsregler».

⁸⁹ Välipuheet voidaan jakaa oleellisiin ja epäoleellisiin välipuheisiin subjektiivisellakin mittapuulla. Tällöin ei kysytä, mikä merkitys välipuheella on sopimustyyppiin synnylle, vaan mikä merkitys välipuheella on sopimuskumppanille, miten sopimuskumppanit arvostavat sen. Ks. esim. *Ekström*, s. 513; *Montgomery*, s. 565; *von Tuhr*, II:1 s. 197. — Tulkinnan näkökulmasta voitaneen välipuheet jakaa kertoviin ja määrääviin välipuheisiin, ks. *Ylöstalo*, Tulkinta s. 57. — Jaotuksesta primääriset ja sekundääriset määräykset ks. *Raninen*, Fob s. 2 ss.

⁹⁰ Esim. kun *Baer*, s. 16 kysyy, »welche Rechtsgeschäfte fallen unter die Formvorschrift des § 313 BGB», on kysymys asiallisesta soveltamisalasta. — Termiä asiallinen soveltamisala käyttävät meillä mm. *Caselius*, LM 1955 s. 869; *Hakulinen*, Luovutus s. 37 ss.

⁹¹ *Lahtinen*, DL 1954 s. 316 lausuu MK 1:2:n osalta sanat, jotka sattuvasti osoittavat ko. probleemin luonteen: ».... valittavana on ollut kaksi vaihtoehtoa:

soveltamisala ulottuu kaikkiin välipuheisiin, voidaan sanoa, että muodollinen soveltamisala on *totaalinen* tai että muotosäännös on *totaalinen*.⁹²

Esitettjä nimityksiä ei liene käytetty sen kirjallisuuden puitteissa, johon olen tutustunut.⁹³ Luokituksen uutuuteen liittyvän outouden johdosta on lausuttava muutama sana. — Muotosäännöksen materiaallinen soveltamisala on usein kytketty sopimusten (tai oikeustointen) typologiaan.⁹⁴ Esimerkiksi MK 1:2:ssa säädetään, että »kauppa, vaihto ja lahja on tehtävä» lainkohdassa mainitulla tavalla.⁹⁵ Sopimustyyppira-

muotoankaruus oli koskeva vain itse omistusoikeuden luovutusta, mutta ei sensijaan luovutusehtoja (kauppahintaa yms.); muotoankaruus oli koskeva kaikkia luovutusehtojakin.» *Vahlén*, s. 24 puolestaan kysyy, mikä on kirjallisuusvaatimuksen laajuus sopimuksen sisältöön nähden.

⁹² Näin *Vahlén*, s. 96 ss. Vrt. tässä yhteydessä *Rodhe*, *Fastighetsindelning* s. 163.

⁹³ Vrt. esim. *Ailio*, LM 1923 s. 138 ss.; *Anderegg*, s. 7 ss.; *Baer*, s. 16 ss.; *Hakulinen*, *Luovutus* s. 37 ss.; *Schneider*, s. 32 ss.; *Serlachius*, *Sakrätt* s. 132. Ks. vielä *Heldrich*, s. 105 ss.; missä on ilmeisesti tahdottu esittää soveltamisalakysymyksistä tyhjentävä luettelo. *Heldrich* puhuu neljänlaisista kysymyksistä: 1) missä määrin muotosäännös koskee sopimuksen solmimista, koskeeko se koko sopimusta vai ainoastaan sen oleellisia osia; 2) koskeeko muotosäännös sopimuksen solmimisen jälkeen tehtyjä muutoksia; 3) koskeeko muotosäännös myös sopimuksen purkamista ja 4) koskeeko muotosäännös myös esisopimusta. *Heldrichin* luettelo ei ole tyhjentävä, sillä *kysyähän* aina voidaan, koskeeko muotosäännös esim. apuoikeustoimia, kuten valtuutusta, erilaisia suostumustahdonilmaisuja tms. (ks. tämän §:n H-kohta). — Esitetyn soveltamisalakysymysten erottelun pohjalta on *Heldrichin* kysymyksiä 1—2 pidettävä muodollista soveltamisalaa ja kysymyksiä 3—4 asiallista soveltamisalaa koskevinä kysymyksinä.

⁹⁴ Tämäkin osoittaa sopimusten typologian tärkeyttä, jota korostaa mm. *Chydenius*, *Vanha KR II* s. 471. Sen vuoksi ei voida muuta kuin »pahoitella» legaalior-
miemme vaillinaisuutta ko. suhteessa. Ks. esim. *Erma*, s. 81 ss.; *Kivimäki*, DL 1950 s. 279.

⁹⁵ Ks. lisäksi esim. PK 12:2: »...perinnönjaot ovat toimitettavat...»; PK 16:2: »Testamentti on tehtävä...»; AULapsiL 20 §: »Joka tahtoo tunnustaa lapsen...»; AL 25 §: »Vihkiminen toimitetaan siten...»; AL 42 §: »Avioehtosopimus on tehtävä...» — Aina ei materiaallinen soveltamisala ole kytketty typologiaan. Esimerkkinä mainittakoon eräissä vieraissa oikeusjärjestyksissä olevat normit, jolloin *sopimuksen arvo* määrää sen, sovelletaanko muotosäännöstä. Tällaisia säännöksiä on mm. Ranskan, Englannin ja Yhdysvaltain lainsäädännössä. Ks. esim. *Raninen*, *Vahvistuskirje* s. 1 ss.; *Winfield*, s. 128. Puheena olevia normeja arvostelee voimakkaasti *Heldrich*, s. 95. — Tampereen kauppiaskokouksen ehdotusasteelle jääneissä kotimaisten tuotteiden kauppaehdoissa ajateltiin määrättäväksi: »Jos kauppasumma ylittää 10.000 markkaa ja tavarant toimitus tapahtuu heti toimitusta myöhemmin, on

jojen relatiivisuus, epätarkkuus,⁹⁶ tekee joskus vaikeaksi asiallisen soveltamisalan määrittämisen. On näet ratkaistava kunkin sopimuksen osalta, onko se tyypiltään (tai lajiltaan) sellainen, että muutosäännöstä on siihen sovellettava. Materiaalisen soveltamisalan piiriin kuuluvat sellaisetkin kysymykset kuin muutosäännöksen soveltaminen esisopimukseen, purkusopimukseen ja valtuutukseen.⁹⁷

Jos muutosäännöstä on sovellettava johonkin oikeustoimeen, on vielä ratkaistava, kuinka laajalle muotopakkoisuus ulottuu tuon oikeustoimen puitteissa. On siis selvitettävä, koskeeko se kaikkia tai kenties vain joitakin tiettyjä välipuheita. Näitä kysymyksiä, kuten edellä mainittiin, voidaan kutsua muodollisiksi sovellutusalakysymyksiksi.

kaupan ollakseen oikeudellisesti pätevä, jommankumman tai molempien sopijapuolten vahvistettava kirjallisesti, ellei kahden, jatkuvasti kauppasuhteissa olevan sopijapuolen kesken ole tästä kohdasta toisin sovittu» (Ks. Kotimaisten tuotteiden kauppaehdot (Ehdotus), Helsinki 1946, s. 3). Tätä normiehdotusta on pidettävä epäonnistuneena, sillä siinä on sopimuksen pätevyys jätetty riippumaan liian monista tulkinanalaisista seikoista.

⁹⁶ Sopimustyyppien rajojen relatiivisuus ilmenee varsin selvästi, kun tarkastellaan ns. lähikäsitteiden rajanvetoja. Esimerkiksi kaupan, vaihdon ja lahjoituksen rajat ovat epätarkkoja. Ks. näiden sopimustyyppien rajanvedoista esim. *Aaltonen*, s. 60 av. 107; *Caselius*, LM 1945 s. 283; *Chydenius*, KR II s. 11 ss., sama LM 1919 s. 25 ss.; *Hernberg*, DL 1926 s. 294; *Pehkonen*, LM 1918 s. 155 ss.; *Rautiala*, Velkasuhteet s. 232 ss., Avioliitto-oikeus s. 126. Ks. MK 3:2 ja Perintö- ja lahjaverol 18 §, joilla ei saata olla yleistä ja suoranaista merkitystä po. kysymykseen. Eräänlaisena yleistoteamuksena voidaan lausua, että kirjallisuudesta voidaan poimia varsin paljon rajanvetotapauksia, joissa on päädytty havaintoon rajanvedon vaikeudesta tai epätarkkuudesta. Ks. esim. takauksen osalta *Ekström*, Om borgen s. 13 ja *Ylöstalo*, Takaus s. 31 ss.; maanvuokrasopimuksen osalta *Haataja*, Käsité s. 221, s. 227, s. 237, sama, Maanvuokraoikeus s. 14 ss.; avoimen yhtiön yhtiösopimuksen osalta *Heikonen*, Avoin yhtiö s. 31 ss.; asianajosopimuksen osalta *Kivimäki*, Vastuu s. 141, ks. sama, DL 1955 s. 298. Esimerkkiluetteloa on helppo jatkaa. Ks. vielä mm. *Erma*, s. 43 ss.; *Lilius*, s. 144; *Saxen*, s. 43 ss.; *Vihma*, Sopimussakko s. 121 verrattuna s. 99, s. 261; *Ylöstalo*, Moite s. 135. — Rajojen relatiivisuutta osoittaa myös ajatusrakennelma ns. sekasopimuksista. Sillä on vahva jalansija kirjallisuudessamme. Ks. esim. *Chydenius*, Tolkning s. 7 ss.; sama, Vanha KR II s. 473; *Haataja*, Käsité s. 167 av. 1, s. 235 ss.; *Hakulinen*, Luovutus s. 132; *Hernberg*, DL 1926 s. 291; *Kivimäki*, Vastuu s. 143, sama DL 1930 s. 295; *Sipilä*, Järjestelmä s. 95. Lienee selviö, ettei sekasopimusten problematiikkaa voida lähteä ratkaisemaan yleisten teorioiden pohjalta. Ks. esim. *Enneccerus—Lehmann*, s. 381; *Esser*, s. 26; *Lögdberg*, s. 30 ss.; *Ussing*, s. 436. Vrt. vanhemman saksalaisen kirjallisuuden osalta *Erma*, s. 55 ss., sekä Erman esityksestä *Kivimäki*, DL 1955 s. 285.

⁹⁷ Ks. po. kysymyksistä jäljempänä 15 §:n B-kohdassa lausuttua.

Kirjallisuudessamme lausutaan usein vanha »klassillinen» käsitys,⁹⁸ että suulliset sivuvälipuheet eivät sido.⁹⁹ Kirjallisuusvaatimus on tämän mukaan totaalinen. Muotomääräys ulottuu kaikkiin sopimuksen yksityisiin välipuheisiin. Tällainen käsitys perustuu lähinnä siihen, että ellei muutosäännöstä pidetä totaalisena, on varsin vaikeaa erottaa lopullinen sopimus sitomattomiksi tarkoitetuista valmistavista toimista ja luonnoksista. Lisäksi voidaan viitata siihen, että kansanomaisesti ajatellen vain se pitää, mikä on »pantu paperille». Toisaalta ehdoton totaalisuusvaatimus johtaa siihen, että sopijapuolten kannalta tärkeätkin välipuheet ovat pätemättömiä, mikä ei aina liene tarkoituksenmukaista ja kohtuullista.¹⁰⁰ Tämän vuoksi ehdottomaan totaalisuusvaatimukseen on tehtävä eräitä rajoituksia. Sitä on ensiksikin pidettävä ainoastaan *lähtökohtana*. On myös ilmeistä, että sääntö suullisten sivuvälipuheiden sitomattomuudesta koskee vain varsinaisia sivuvälipuheita eli sellaisia välipuheita, jotka on tehty ennen tai samanaikaisesti kuin itse »pääsopimus».¹⁰¹ Asian luonteesta johtuu, että lähtökohta koskee var-

⁹⁸ Vanhemman kirjallisuuskatsauksen osalta ks. *Dehn*, s. 1 ss., erit. s. 9 ss. Huomaa, että Saksan BGB:n esitöissä lausuttiin nimenomaan: *Stellt das Gesetz ein Rechtsgeschäft unter eine besondere Form, so erstreckt das Formerfordernis sich auf alle von den Beteiligten zu treffenden Bestimmungen. Verabredungen, welche nicht in die erforderliche Form gebracht sind, haben keine Gültigkeit (BGB Motiv, I s. 183).*

⁹⁹ Toisinaan liitetään sääntöön pieni varaus sanomalla, että näin on yleensä. Ks. *Ekström*, s. 701 ss.; *Kivimäki*, s. 97 (yleinen sääntö); *Kotonen*, s. 13, joka perustelee käsitystään, että näin on »yleisten oikeusperiaatteiden mukaan»; *Montgomery*, s. 596 ss.; *Rautiala*, Peruskurssi s. 23; *Vihma*, Sopimussakko s. 123 (yleensä pätemättömiä). — Puheena olevaa sääntöä täydennetään tavallisesti lausumalla, että vaikka suulliset sivuvälipuheet eivät sido, voidaan niitä käyttää tulkinnan apuna. Näin mm. *Ekström*, s. 702; *Kivimäki*, s. 97. Vrt. sen sijaan *Montgomery*, s. 597; *Wrede—Heinonkoski*, s. 107.

¹⁰⁰ Ks. edellisen johdosta *Heldrich*, s. 106 ss.; *af Hällström*, JFT 1944 s. 320 lausuu totaalisuusvaatimuksesta, että kokemus osoittaa, ettei kaikissa olosuhteissa siinä voida pysyä; *Leonhard*, s. 272 ss.; *Vahlén*, s. 96 ss.

¹⁰¹ *Vahlén*, s. 100 av. 90 käyttää sivuvälipuheen käsitettä em. merkityksessä. *Dehn*, s. 8 ss. sen sijaan jakaa aikatekijällä sivuvälipuheet kolmeen ryhmään: a) varsinaisiin sivuvälipuheisiin, jotka on solmittu samanaikaisesti pääsopimuksen kanssa tai niin läheisessä yhteydessä pääsopimukseen, ettei väliaikaa saa ottaa huomioon (s. 34), b) esivälipuheisiin (*Vorberedungen*) ja c) jälkeinpäin tehtyihin välipuheisiin (*nachträgliche Beredungen*). — Jos välipuhe on tehty sopimuksenteon jälkeen, on mielestäni tarkoituksenmukaista puhua *lisäyksistä* (täysin uusista välipuheista) ja *muutoksista* (ennen tehtyjen välipuheiden muuttamisista). Ks. *Haataja*, Käsité s. 80 ss.; *Hakulinen*, Luovutus s. 124 ss.; *Leonhard*, s. 274 ss.; *Wrede—Caselius*, I s. 246 (vrt. kuitenkin s. 338). Niissä on erotettu jälkikäteen tehdyt »sivuväli-

sinaisia muutosäännöksiä.¹⁰² Ne ovat siis totaalisia varsinaisten sivuvälipuheiden osalta, ellei muuta ilmene. Poikkeuksia on olemassa,¹⁰³

puheet» varsinaisista sivuvälipuheista. Vrt. sen sijaan *af Hällström*, JFT 1932 s. 440. — Ks. tässä yhteydessä *Bramsjö*, s. 28 ss., jossa puhutaan »sekundäärisistä sopimuksista». Niitä on pidettävä vain muutoksina ja lisäyksinä, kuten *Arnholm*, TFR 1950 s. 491 toteaa käyttäen termiä sivusopimukset.

Suorastaan loogisena edellytyksenä sivuvälipuheen käsitteelle voidaan pitää sitä, että se on osa kokonaisuutta. Jollei ole olemassa kokonaisuutta, johon sivuvälipuhe liittyy, vaan kysymyksessä on itsenäinen välipuhe, ei voida puhua mistään sivuvälipuheesta, sopimuksen osasta. Ks. esim. *Lang*, s. 19 ss.; *Vahlén*, s. 97 ss. — Aivan eri asia on, onko jokin »sivuvälipuhe» itsenäinen sopimus vai onko se pääsopimuksen osa. Tämän ratkaiseminen ei ole aina helppoa.

¹⁰² Lausuttu koskee kaikkia varsinaisia muutosäännöksiä, joten menettelytapakaavojen erilaisuudella ei sinänsä ole merkitystä. Näin todennäköisesti *Vihma*, Sopimussakko s. 123. Ks. *Becker*, s. 59; *Oser—Schönenberger*, s. 96; *Schneider*, s. 32 ss. Niissä lausutaan, että Sveitsin OR 12 art. soveltuu myös muihin muutosäännöksiin, vaikka siinä säädetäänkin ainoastaan: *Ist für einen Vertrag die schriftliche Form gesetzlich vorgeschrieben, so gilt diese Vorschrift auch für jede Abänderung, mit Ausnahme von ergänzenden Nebenbestimmungen, die mit der Urkunde nicht im Widerspruche stehen.* Usein sanotaan, että OR 12 art. sanamuotonsa mukaan koskee vain jälkikäteen tehtyjä välipuheita, mutta ei varsinaisia sivuvälipuheita. Muutoksesta ei näet voida puhua, jos välipuhe tehdään samanaikaisesti pääsopimuksen kanssa. Näin *Oser—Schönenberger*, s. 94; *Tuhr—Siegwart*, I s. 230; *Vahlén*, s. 110.

¹⁰³ MK 1:2:ta on pidettävä erittäin ankarana muutosäännöksenä. Vallitsevan mielipiteen mukaan normi on totaalinenkin. Säädetäänhän lainkohdassa: »pantakoon luovutuksen perustuksena olevat ehdot kirjaan». Ks. erit. *R. Beckman*, 1734 vuoden lain juhlaulkaisu s. 94 ss.; *af Hällström*, JFT 1932 s. 451 ss. Niissä on laajat kirjallisuuskatsaukset. Ks. lisäksi *Hakulinen*, Luovutus s. 24; s. 121; *Honka*, LM 1946 s. 67; *Wrede—Caselius*, I s. 246. Vrt. kuitenkin *af Hällström*, JFT 1932 s. 451, jossa *Hällström* omana mielipiteenään lausuu, että määräys ehtojen kirjaanpanosta on vain lainsäätäjän ohje, ks. sama, JFT 1944 s. 320. Ruotsin ja Saksan oikeus ovat »periaatteessa» samalla kannalla, joskin ensiksi mainittu sallii eräitä modifikaatioita. Ks. edellisestä esim. *Benckert*, Några spörsmål s. 76; *Undén*, II:1 s. 154 ss.; II:2 s. 318; erit. *Vahlén*, s. 95 ss.; jälkimmäisen osalta *Baer*, s. 41 ss. — Lähtökohtana oikeutemme MK 1:2:n tulkinnessa on ehdottomasti pidettävä normin totalisuutta. Poikkeuksia on kuitenkin olemassa. Niinpä oikeuskäytäntömme pitää sitovana pelkkää suullista *sivuvälipuhetta*, jossa toinen henkilö ostaa kiinteistön omiin nimiinsä, mutta toisen lukuun. Tuollainen välikäsiostaja on välipuheen perusteella velvollinen antamaan päämiehelleen luovutuskirjan. Tämä on KKO:n vakiintunut, joskaan ei aivan johdonmukaisesti noudatettu kantä. Ks. pö. oikeuskäytännön kannasta *Caselius*, DL 1952 s. 277 ss.; *Zitting*, LM 1956 s. 571 ss. Kirjoitukset sisältävät runsaan oikeustapausesittelyn. Vrt. *Heikonen*, DL 1951 s. 320 ss. Heikosen mukaan pääluvun mukaisesta omistusoikeudesta voidaan poiketa vain MK 1:2:n muodossa tehdyllä asiakirjalla.

ja näin on asianlaita erityisesti muutosten ja lisäysten osalta.¹⁰⁴ Tämän johdosta ei »epävarsinainen sivuvälipuheiden» osalta ole tarkoituksenmukaista ottaa totaalisuusvaatimusta edes lähtökohdaksi.

Eräissä laeissamme on vastaavanlaisia totaalisuuteen viittaavia määräyksiä kuin MK 1:2:ssa. Ks. esim. PK 16:7; MVL 3 §; TontinvuokraL 3 §; vrt. HVL 15 §. Näistä lainkohdista ei voida tietystikään johtaa yleistä totaalisuusvaatimusta, sillä noissakin tapauksissa täytynee joissakin yksityiskohdissa luopua totaalisuusvaatimuksesta. Niinpä testamentin osalta ei liene aina kiellettyä viitata vapaamuotoisiin asiakirjoihin testamentin sisällön määrittelemiseksi ja täydentävien ohjeiden antamiseksi. Viittausten laatu ratkaisee asian. Ks. *Rapola*, LM 1954 s. 356. Hän lausuu samalla, että »testaattorin on syytä varmistautua käytettävissä olevin keinoin siitä, ettei viittausten tosiasiallisesta tarkoituksesta hänen kuolemansa jälkeen synny epätietoisuutta, esim. yhdistämällä varmalla tavalla asiakirjat tai niiden jäljennökset liitteinä testamenttiin». Ks. *KKO 1929 II 340*: katsoi selvitetyn, että A:n testamentteja valvottaessa oli KO:ssa näytetty ei ainoastaan itse testamentit vaan myöskin niihin kuuluvina eräät A:n vaakunamerkillä varustetulla sinetillä kirjavihkoksi yhdistetyt asiakirjat kuin myös erillinen »A:s Additionella Akt»-niminen asiakirja liitteineen; ja vaikka sanotuissa asiakirjoissa ja liitteissä ei ollutkaan testamenttien tekotilaisuudessa saapuvilla olleiden todistajain todistuksia siitä, että ne olivat juuri ne luettelot ja liitteet, joita testamentteissa tarkoitettiin, niin koska kuitenkin oli katsottava näytetyksi, että valvontatilaisuudessa testamenttien kera esitetyt asiakirjat olivat samat kuin ne, jotka A testamenttia tehtäessä oli näyttänyt todistajille siihen kuuluvina, ja A:n jälkisaadös niin ollen oli myöskin mikäli nuo asiakirjat yhdessä itse testamenttien kanssa sisälsivät hänen viimeisen tahtonsa, pidettävä laillisesti todistettuna. Tällä ja eräillä muilla perusteilla KKO jätti asian KO:n ja HO:n päätösten varaan, joilla muotovirheeseen nojautuva moitekanne oli hylätty. Vrt. *Rautiala*, Testamentin tekemisestä, jossa viittauksia ei pidetä sitovina, vaan ainoastaan apuvälineinä testamenttaajan tarkoituksen tulkinnassa. Jollei ko. yhdistämistä tehdä tai se tehdään todistajien myötävaikutuksesta, on luovuttu totaalisuusvaatimuksesta, sillä ankarasti ottaen totaalisuusvaatimus sisältää sen, ettei tuollaisiin vapaamuotoisiin asiakirjoihin voida edes viitata. Ks. esim. *Hakulinen*, Luovutus s. 24; *Ylöstalo*, Tulkinta s. 76 verrattuna s. 39. — Toisena esimerkkinä totaalisuusvaatimuksesta luopumisesta mainittakoon *perinnönjakoa ja ositusta* koskevat muotosäännökset. Mainitut asiakirjat voivat olla hyvinkin epätäydelliset. Jonkinlaisena yleisenä ohjeena voidaan lausua, että »pääasia on että jakokirjasta käy ilmi, että omaisuus on tullut jaetuksi», kuten *Rautiala*, Ositus s. 190 lausuu. Ks. lisäksi *Lind*, s. 378. Myöskään *työehtosopimuksessa* ei liene kiellettyä viittaamasta joihinkin sen ulkopuolisiin asiakirjoihin. Ks. *Schmidt*, Kollektiv arbetsrätt s. 95. Toisin meillä *Kopponen*, s. 149, jonka mukaan »muotomääräys koskee koko sopimusta». *Kopponen* lausuu vielä: »Myöskin allekirjoittamattomat asiakirjat voidaan ottaa huomioon, milloin nämä ovat työehtosopimuksen liitteinä, koska sopimukseen kuuluvan allekirjoituksen on katsottava peittävän myös liitteiden sisällön» (s. 150).

¹⁰⁴ Muutosten, jopa sivusopimustenkin osalta lausutaan usein, että jos ne ovat velvoitteita lisääviä, on ne tehtävä muotomääräyksiä noudattaen, mutta jos ne ovat velvoitteita vähentäviä tai supistavia, voidaan ne tehdä vapaamuotoisesti. Viimeksi mainitun pääargumenttina on se, että kun määrämuotoiset sopimukset voidaan

Muotosäännösten muodollista soveltamisalaa koskevat kysymykset ovat vaikeita ja meidänkin oikeutemme osalta jokseenkin tutkimatonta aluetta.¹⁰⁵ Erityisesti tämän vuoksi lienee tarkoituksenmukaista pitää niitä omana probleemiryhmänä. Tällöin näet päästään riittävästi rajoittamaan kysymyksen asettelua, jolloin mahdolliset häiritsevät sivuvaikutuksetkin voidaan eliminoida.¹⁰⁶ Lisäksi on otettava huomioon, että materiaallinen ja muodollinen soveltamisala poikkeavat »luonteeltaankin». Materiaalisessa soveltamisalassahan on kysymys muotosäännöksen soveltamisesta johonkin oikeustoimityyppiin (tai -lajiin), kun taas muodollinen soveltamisalakysymys koskee oikeustoimen yksityisiä välipuheita.

c. Johtopäätökset. Nyt on vastattava kysymykseen, sisältävätkö tarkastelun alaiset lainkohdat, joissa määrätään tietty välipuhe otettavaksi sopimukseen, muotoa vai sisältöä koskevia määräyksiä. Edellä a- ja b-kohdissa lausutun perusteella tähän on mutkatonta vastata: kysymyksessä olevissa lainkohdissa olevat normit koskevat sekä sisältöä että muotoa. Kun lainkohta määrää sopimaan mainituista välipuheista, on

yleensä purkaa vapaamuotoisesti, on näin oleva tuollaiseen osittaiseenkin purkamiseen nähden. On selvää, että jos purkaminen on tehtävä muotosäännöstä noudattaen, kuten yleensä on asianlaita, jos sopimuksen solmimiseen kuuluu viranomaisen myötävaikutus (ks. jäljempänä 15 §:n B-b-kohdassa lausuttua), ei mainittu pääargumentti pidä paikkaansa. Tästäkin huolimatta on po. periaatetta suositeltu. Ks. edellisen johdosta esim. *Enneccerus—Lehmann*, s. 115 ss.; *Hakulinen*, Luovutus s. 124 ss.; *Oser—Schönenberger*, s. 94; *Schneider*, s. 32 ss.; *Tuhr—Siegwart*, I s. 230. — *Heldrichin* lakiehdotuksen 5 § 2 mom.: Auch nachträgliche Änderungen eines Vertrages sind formbedürftig, es sei den, dass sie nur unwesentliche Punkte betreffen oder die Verpflichtung, um derentwillen des Gesetz vorschreibt, beschränken.

¹⁰⁵ Ks. sivusopimuksista, muutoksista ja lisäyksistä vielä mm. *Anderegg*, s. 7 ss.; *Baer*, s. 41 ss.; *Dehn*, s. 1 ss.

¹⁰⁶ Noilla häiritsevillä sivuvaikutuksilla tarkoitan mm. kysymystä määrämutoisten sopimusten tulkinnasta ja kysymystä vilpittömässä mielessä olevan kolmannen henkilön oikeudesta luottaa asiakirjaan sellaisenaan. On näet niin, että näillä kysymyksillä on taipumusta sotkea totaalisuusvaatimuksen tutkimista. Kuitenkaan »oikeustoimen määrämutoisuudesta ei vielä voida tehdä mitään johtopäätöksiä sen tulkinnassa noudatettavaan metodiin nähden», niin kuin *Ylöstalo*, Tulkinta s. 38 ilmaisee tulkintakysymysten ja totaalisuuskyymysten periaatteellisen eroavaisuuden. Ks. myös *Vahlén*, s. 105, jossa korostetaan, että vaikka po. kysymysten pitäminen erillään onkin vaikeaa ja vaikka vapaamuotoisten välipuheiden tulkinnalla voidaan järkyttää motovaatimusta, näiden kysymysten erillään pitäminen on tarpeen. Ks. vielä *Rodhe*, Fastighetsindelnig s. 164 ss. viitteineen. Niin ikään OikTL 34 § suorastaan velvoittaa pitämään erillään totaalisuusvaatimuksen ja vilpittömässä mielessä olevan kolmannen henkilön oikeuden luottaa sopimuksen sanamuotoon. Ks. *Rodhe*, mt. s. 169 ss. Vrt. af *Hällström*, JFT 1932 s. 445 ss.

se tällöin sisältöä koskevaa. Samalla se on muotoakin koskevaa, sillä se määrää muutosäännöksen muodollisesta soveltamisalasta. Ei riitä, että sopimuskumppanit vapaamuotoisesti solmivat määrätyn välipuheen. Heidän on otettava se kirjalliseen sopimukseensa tai annettava välipuheelle muu lain määräämä asu.

Edellä lausuttua on syytä pitää vain *lähtökohtana* Joissakin tapauksissa saattaa olla tarkoituksenmukaista olla tekemättä mainittua erotelua muodon ja sisällön välillä. Näin on asianlaita VeksL:n ja ShekL:n osalta. Eron tekeminen ei niissä ole tarkoituksenmukaista. Kysymystä on näet tarkasteltava erityisesti VeksL 80 §:n ja ShekL 60 §:n näkökulmasta.¹⁰⁷ Muitakin vastaavia tapauksia on olemassa. Ne eivät kuitenkaan liene kovin yleisiä. Erääseen tällaiseen tapaukseen on nyt syytä tutustua.

Roomalaisen oikeuden yleisin sopimustyyppi, *stipulaatio*, edellytti määrättyjen sanojen käyttämistä. Sopimus oli tehtävä tietyssä kysymys- ja vastaussanojen kaavassa.¹⁰⁸ Eivätpä edes vastaavat kreikan-kieliset sanat kelvanneet korvaamaan »oikeita» latinan kielen sanoja.¹⁰⁹ Tällaista vaatimusta voidaan kutsua *määräsanavaatimukseksi* tai jollakin muulla vastaavalla nimellä.¹¹⁰ Sillä tarkoitetaan siis sitä, ettei sopimuksen ainoastaan tule sisältää vaaditunlaista välipuhetta, joka on ilmaistu itse sopimuksessakin, vaan että välipuhe on ilmaistava tietyin sanoin. Tunteeko oikeusjärjestyksemme määräsanavaatimuksia ja onko niitä pidettävä muutosäännöksinä?

Oikeusjärjestyksemme tuntee eräitä — tosin harvoja — määräsanavaatimuksia. Tällaisina vaatimuksina on pidettävä VeksL 1 §:n 1 kohtaa ja vastaavaa ShekL:n kohtaa. Vaaditaanhan niissä, että niin asetteessa kuin shekissäkin tulee olla nimitys vekseli tai shekki.¹¹¹ Vastavanlaisina määräsanavaatimuksina on syytä pitää määräyksiä, joiden

¹⁰⁷ Ks. edellä 3 §:n B-kohta.

¹⁰⁸ Ks. edellisen johdosta esim. Ask, I s. 17 ss.; Hågerström, s. 37 ss.; Jörs—Kunkel—Wenger, s. 96 ss., s. 218; Sohm—Mitteis—Wenger, s. 402 ss., s. 483 ss.

¹⁰⁹ Olivecrona, SvJT 1941 s. 272.

¹¹⁰ Esim. Ask, I s. 2 ja Hågerström, s. 42 puhuvat solenneista ilmaisutavoista, jälkimmäinen myös sanamuodoista s. 1 ss., s. 22 ss., s. 189; Ekström, s. 513 käyttää termiä muodolliset essentialiat ja s. 695 termiä solennit sanat (*verba solennia*), mistä puhuvat myös mm. Brauer, s. 16, Sokolowski, s. 269 ss., Vinogradoff, s. 232 ss.; Lilius, s. 142 selvittää verba formalioita ja kysyy s. 182 ss., tuleeko testaattorin ilmaista testamentintekotarkoituksensa »expressis verbis».

¹¹¹ Lisäksi ko. sanan tulee olla asiakirjan kielellä. Tämä taas on kielivaatimus. Ks. edellä tämän §:n D-kohta.

mukaan sopimusta solmittaessa tulee käyttää valmiita mallikaavoja (ns. tyyppisopimuskaavoja ¹¹²), kuten on asianlaita oppisopimusten laatimisessa.¹¹³ Määräsanavaatimuksiksi voitaneen katsoa muunlaisetkin »kaavat», kuten esimerkiksi AL 25 §:ään perustuvat vihkimiskaavat.¹¹⁴ Oikeusjärjestyksemme tuntee siis määräsanavaatimuksia.¹¹⁵ Ovatko ne muotomääräyksiä, vai olisiko niidenkin osalta tarkoituksenmukaista suorittaa jonkinlainen eri osatekijöiden hajotus?

Kysymykseen ei ole helppo vastata, sillä onhan se »luonteeltaan» tarkoituksenmukaisuusharkintaan perustuva systematisoimis- eli loke-roimiskysymys. Omalta osaltani pidän määräsanavaatimuksia aina muotovaatimuksina. VeksL:n ja ShekL:n osalta kysymys aivan kuin itsestään ratkeaa näin. Samaa ei voida sanoa OppisopL:iin ja AL:iin perustuvien kaavojen osalta. OppisopL:n määräsanavaatimuksen jäädessä noudattamatta välittömänä vaikutuksena ei ole pätemättömyys vaan se, että ammattioppilaslautakunta ei rekisteröi sopimusta kuin myös mahdollinen ammatinharjoittajaan kohdistuva rangaistusseuraamus.¹¹⁶ Avioliitto taas on tehokas, vaikka vihkimiskaavaa ei noudatettaisi, kunhan vain AL 25 §:n minimivaatimukset on täytetty.¹¹⁷ Tästä huolimatta noita määräsanavaatimuksia on syytä käsitellä muotovaatimuksina. Ne ovat sellaisia yleisen tunnusmerkistön näkökulmasta. Lisäksi kehitykselliset näkökohdat puoltavat tehtyä ratkaisua. Stipulaatiota on aina pidetty määrämuotoisena sopimuksena. Sen kysymys- ja vastauskaavaa on käsitelty varauksettomana muutosäännök-

¹¹² Ks. sopimukseen perustuvista tyyppisopimuksista ja niiden käytöstä esim. Aaltonen, s. 159 ss.; Fischer, s. 56 ss.; Godenhjelm, s. 114 ss. Vrt. tässä yhteydessä Ussing, s. 435.

¹¹³ Ks. OppisopL 3 §:n 5 mom. Vrt. TapaturmaL 39 §; TontinvuokraL 2 §.

¹¹⁴ Esim. AvioliittoA 19 §.

¹¹⁵ Vrt. kuitenkin *Lilius* 182, mistä saa sen käsityksen, että meillä ei ole ollenkaan määräsanavaatimuksia.

¹¹⁶ Ks. *Sipilä*, Työoikeus s. 128, jossa sitä, että oppisopimus on tehtävä »säädettyä kirjallista muotoa noudattaen», pidetään muotovaatimuksena. Kun *Sipilä* (s. 127) lausuu, että sopimus on tehtävä »kirjallisesti... kaavan mukaan», merkinnee tämä, että kaavaakin on käytettävä rangaistusvaatimuksen uhalla. Tähän viittaavat rangaistusnormin, OppisopL 21 §:n sanat: »sellaista kirjallista sopimusta kuin 3 §:ssä on säädetty». Syytä on korostaa, että rangaistus seuraa vasta sen jälkeen kun ammattioppilaslautakunta on antanut varoituksen (21 §). Jos esim. on tehty muunlainen kuin kaavakkeelle laadittu kirjallinen sopimus ja ammattioppilaslautakunta vaatii kaavan käyttämistä, on tämän laiminlyönnistä seurauksena rangaistus. Ks. Norjan oikeuden osalta *Stang*, s. 268.

¹¹⁷ Ks. esim. *Rautiala*, Avioliiton purkaminen s. 31 ss., Avioliitto-oikeus s. 67. Ks. tässä yhteydessä *Schlyter*, s. 152 ss.

senä. Mitäpä eroa onkaan vihkimiskaavassa ja stipulaatiossa? Tosin niiden noudattamatta jäämisen oikeusvaikutukset ovat erilaisia, ja stipulaatiossa kaavaa käyttelivät sopimuskumppanit, kun taas vihkikaavan luku kuuluu vihkijäviranomaiselle, mutta ei tämä kaiketi vielä merkitse niiden »luonne-eroa»?¹¹⁸

Lainsäädännöllemme on tunnusomaista, että niiden sopimusten osalta, joille lainsäätaja on määrännyt tietyn muodon, on usein annettu luetelo välipuheista, joita sopimuksen tulee sisältää.¹¹⁹ Kuitenkaan ei saa lähteä siitä, että tuollaiset erilaiset välipuheet aina olisivat välttämättömiä¹²⁰ sopimuksen synnylle.¹²¹ Joidenkin välipuheiden osalta saattaa näet kysymyksessä olla ainoastaan lainsäätäjän toive, että välipuhe solmittaisiin ja siihen nähden noudatettaisiin muutosäännöstä. Asiaa on siis harkittava välipuhe välipuheelta.

Määräsanavaatimuksia voidaan pitää rudimentteina, koska niiden esikuva on roomalaisessa oikeudessa. Ne ovat kuitenkin uudestisyntyneitä rudimentteja. Niiden kehitys ei juonnu katkeamattomana roomalaisesta oikeudesta, vaan niiden käyttö on havaittu tarkoituksenmukaiseksi nykyisissäkin oikeusjärjestyksissä. — Määräsanavaatimuksia ei kuitenkaan voida asettaa, ellei tätä ole säädetty tai ellei sellaisen käytöstä ole sovittu. Muunlainen käsitys ei ole puolustettavissa. Muutosäännöksiä ei kyllä aina tarvitse tulkita ehdottoman »suppeasti», joskin laventavaan tulkintaan nähden on oltava varovainen.¹²² Jossakin vaiheessa mennään liian pitkälle laventamisessa ja silloin tulkintaa ei voida enää hyväksyä. Näin on asianlaita, jos määräsanavaatimus asetetaan, vaikka sellaista ei ole säädetty tai sovittu.¹²³

¹¹⁸ Jotuni, DL 1933 s. 258 lausuu vihkimisestä, että »se on sidottu juhlallisiin kaavamaisiin muotoihin».

¹¹⁹ Näin Sveitsin osalta Becker, s. 13.

¹²⁰ Essentialia-määräyksistä käytetään kirjallisuudessamme erilaisia nimityksiä. Esim. sanonnat »välttämättömät määräykset» ja »oleelliset osat» ovat yleisiä. Ks. esim. Hakulinen—Rapola, s. 83; Ståhlberg, Vuokra s. 61; Tirkkonen, Välimiesmenetely s. 91 ss.; Wrede—Caselius, I s. 325; OsuuskuntaL 5 §.

¹²¹ Esim. MVL 3 §:n ja MVA 5 §:n määräyksiä vuokra-aluerajojen tarkasta määrittämisestä pidetään pelkkänä ohjeena (Haataja, Käsité s. 116) tai tulkitaan niitä hyvin vapaasti (Grönvall, Vuokra s. 81). Vrt. sen sijaan Hållfors, s. 37 ss.; Ståhlberg, Vuokra s. 60 ss. Ks. lisäksi Tuhr—Siegwart, I s. 226 av. 43. Huomaa vielä JFT 1882 s. 368 ss. (Keskustelukysymys N:o 9).

¹²² Ks. muutosäännösten tulkinnasta jäljempänä 15 §.

¹²³ Ks. esim. Kopponen, s. 148; Laakso, LM 1939 s. 540; Lilius, s. 182 ss. ja Rautiala, Testamentin tekemisestä, s. 24, jossa testamentin osalta päädytään tulokseen, ettei testamentissa tarvitse olla testamentti-sanaa tai muuta muodollista lausumaa;

H. Apuoikeustoimet. Tarkasteltaessa sopimuksia rakenteellisesta näkökulmasta, voidaan lausua, että niiden tekemiseen tarvitaan usein erilaisia apuoikeustoimia.¹²⁴ Jos tätä käsitettä käytetään mahdollisimman laajassa merkityksessä, voidaan sen piiriin mahdollistaa muun muassa kompetenssia täydentävät tahdonilmaisut. Näillä tahdonilmaisuilla tarkoitan esimerkiksi puolison AL 38 ja 39 §:n mukaista suostumusta tai hyväksymistä, jolla hän täydentää toisen puolison luovutuskompetenssin, jota on rajoitettu avio-oikeuden turvaamiseksi.¹²⁵ Kompetenssia täydentäväksi tahdonilmaisuksi on katsottava myös AL 42 §:n mukainen holhoojan suostumus avioehdon solmimiseen sekä AULapsiL:ssa mainitut muiden kuin tunnustajan tahdonilmaisut.¹²⁶ Kun käsitettä apuoikeustoimi käytetään laajassa merkityksessä, on sellaiseksi katsottava myös valtuutus.¹²⁷

Sen perusteella, mitä edellä 2 §:ssä on lausuttu muutosäännöksen yleistunnusmerkistöstä, on selvää, etteivät valtuutuksen käyttömahdollisuus ja kompetenssitahdonilmaisun antaminen ole muutokysymyksiä.

Sipilä, LM 1950 s. 655: »Muotomääräyksiin ei kuulu, että kirjallisen sopimuksen tai mainitunlaisen pöytäkirjan tulisi sisältää sana 'työehtosopimus'.»; *Tirkkonen, Välimiesmenettely s. 93* lausuu, että »VML ei sido asianosaisia minkäänlaisten määrättyjen sanontojen käyttämiseen»; *Ylöstalo, Takaus s. 23* lausuu takauksen osalta: »Mutta toiselta puolen ei ole välttämätöntä käyttää sanaa takaus tai sitä vastaavia verbaalisia ilmauksia».

¹²⁴ Ajatushahmo (konstruktio) pää(oikeus)toimi — apu(oikeus)toimi on yleinen saksalaisessa kirjallisuudessa, mutta sillä on kannatusta meilläkin. Ks. esim. *Enneccerus—Nipperdey, I: 2 s. 612 ss.*; *von Tuhr, II: 1 s. 419*; *Caselius, LM 1955 s. 871 ss.*; *Hernberg, s. 160*, sekä av. 127 mainittua kirjallisuutta.

¹²⁵ Ks. *Ekström, Sju uppsatser s. 87*.

¹²⁶ Vrt. *Caselius, LM 1955 s. 871 ss.*, jossa äidin suostumus katsotaan, tosin epäroiden, isän tarjouksen hyväksymiseksi. Omaksumaani käsitystä tukevat ennen kaikkea eettilliset näkökohdat. Tunnustaja täyttää »moraalisen velvollisuuden» tunnustaessaan lapsen. Tältä pohjalta olisi teon väheksymistä, jos se katsottaisiin vain tarjoukseksi. Tunnustamistahdonilmaisun pääoikeustoimen luonnetta tukevat myös AULapsiL 20 §:n sanat. Lainkohdassa sanotaan: »Joka tahtoo tunnustaa lapsen... Jotta tunnustaminen olisi pätevä... on se... hyväksyttävä.» Ks. lisäksi *Hakulinen, LM 1950 s. 119 ss.*; *Hernberg, s. 283*, jossa tunnustamista ei ole käsitelty ainakaan tarjouksena, pikemminkin omana tahdonilmaisunaan. Ks. *Caseliuksen em. kirjoituksen s. 873 av. 24*, jossa mainituista oikeustapauksista ilmenee, että tunnustamisen hyväksyminen on katsottu lailliseksi, vaikka se on tehty vuosien kuluttua tunnustamisesta. Tämäkin viittaa siihen, että hyväksyminen ei ole tarjouksen hyväksymistä, vaan apuoikeustoimi.

¹²⁷ Näin mm. *Hernberg, s. 161*; *Kivimäki, s. 106*; *Palandt, s. 151*. Ks. erit. *Müller—Freienfels, s. 1 ss.* olevaa kirjallisuuskatsausta.

Näin lausutaan kirjallisuudessa usein,¹²⁸ vaikka sekään ei ole harvinaista, että nämä kysymykset ovat sekoittuneet.¹²⁹ Puheena olevat kysymykset eivät siis ole muotokysymyksiä yleisen tunnusmerkistön näkökulmasta. Ne eivät ole erikoistunnusmerkistötapauxiakaan. Tämä johtuu lähinnä siitä, että apuoikeustoimille voi olla säädetty oma muotonsa.¹³⁰ »Asian luonteesta» ei siis voida johtaa sellaista yleistä sääntöä, että apuoikeustoimiin olisi sovellettava pääoikeustoimen muotosäännöksiä.¹³¹ Eri asia on se, että jossakin yksityistapauksessa saattaa olla tarkoituksenmukaista ulottaa pääoikeustoimen muotosäännös apuoikeustoimeenkin, niin kuin joskus on asianlaita valtuutuksen osalta.¹³²

¹²⁸ Esim. *Walker*, s. 193; *Zitelmann*, II s. 156. Ks. *Ekström*, *Sju uppsatser* s. 87 ss., jossa vaimon suostumusta ei pidetä muotovaatimuksena, mutta kyllä kysymystä valtuutuksen käyttömahdollisuudesta.

¹²⁹ Ks. esim. *Björling*, *Egenhändig namnunderskrift* s. 78 ss., missä valtuutuksen käyttömahdollisuutta ja muotokysymystä ei ole riittävästi erotettu. Ks. vielä *Rautiala*, LM 1955 s. 621 ss. olevaa käsitystä. Tätä arvostelee *Caselius*, LM 1955 s. 865 ss.

¹³⁰ Ks. esim. AL 38 §; MK 10:1.

¹³¹ *Hernberg*, s. 160 ss.: »Yleensä suostumus näyttää olevan pidettävä pääoikeustoimesta irrallisena oikeustoimena, mistä seuraa, että pääoikeustointa varten ehkä säädettyä muotoa ei ole suostumukselle vaadittava.»

¹³² Ks. valtuutuksen muodosta lähemmin jäljempänä 15 §:n B-c-kohtaa.

II LUKU. MUOTOSÄÄNNÖSTEN JÄRJESTELMÄ

5 §. PÄÄJÄOTUKSET

1. LUOKITUKSESTA YLEENSÄ

Lähdettäessä etsimään sopivia luokitusnäkökohtia muotosäännöstemme järjestelmää varten, on syytä todeta, että luokitus voidaan suorittaa useiden erilaisten perusteiden mukaan. Ei myöskään ole olemassa a priori oikeaa muotosäännösten järjestelmää, joka pitäisi löytää tai oivaltaa. Tavoitteeksi voidaan asettaa vain tarkoituksenmukaisin systematiikka, joka johdonmukaisesti noudattaa jäsentelyperusteita. Sen tähden on alun perin syytä määrätä tarkoitus, jota varten jäsenitys suoritetaan. Olisi näet varsin epärationaalista kehittää jokin »kaunis», mielivaltaisesti valittua jäsenitysnäkökohtaa noudattava järjestelmä, jonka tarkoituksenmukaisuutta kokeiltaisiin vasta sen valmistuttua.¹ Loogiselta kannalta ei mikään estäisi systematisoimasta muotosäännöksiä esimerkiksi sen mukaan, kenen presidenttimme toimikautena ne on annettu. Mitään lainopillista tarkoitusta tällainen systematiikka tuskin kuitenkaan palvelisi.

Mitä tarkoitusta luokituksen sitten tulisi palvella? En näe sille muuta tarkoitusta kuin sen, mitä on pidettävä lainopin tarkoituksena.² Lainopin päämääräksi lienee katsottava oikeusjärjestyksemme normien systemaattinen esitys ja tulkinta.³ Tämä käytännöllinen näkökulma

¹ Virkkunen, s. 32 on esittänyt ajatukset laskentatointa koskevassa tutkimuksessaan.

² Ks. Lainopin ja ns. yleisen oikeusteorian erosta *Brusiin*, *Objektivität* s. 5 ss.; *Carlson*, LM 1957 s. 32; vrt. *Kaila*, *Oikeuslogiikka*, s. 27 ss.

³ Lainopin tehtävästä yleensä ks. esim. *Alanen*, s. 71 ss.; *Brusiin*, *Harkinta*, s. 189 ss.; *Objektivität*, s. 77 ss.; *Burckhardt*, s. 212; *Ekelöf*, s. 31 ss., s. 39 ss.; *Ekström*, s. 37, ss.; *Kivimäki*, LM 1937 s. 478 ss.

määrää siis muutosäännöstenkin järjestelmän luokitusperusteet. Mitä tarkoituksenmukaisemmin luokitus palvelee tätä päämäärää, sitä parempana sitä on pidettävä.

Edellä on lausuttu, että tavoitteeksi voidaan asettaa vain tarkoituksenmukainen systematiikka, joka johdonmukaisesti noudattaa jäsentelyperusteita. Tämä merkitsee, että luokituksen tulee täyttää sekä johdonmukaisuus- että tarkoituksenmukaisuusvaatimus — lainopissakin.⁴ Loogisuusvaatimuksella tarkoitetaan sitä, että luokitus suoritetaan johdonmukaisesti.^{5, 6} Jos luokitus ei nojaudu samankaltaisiin luokitusperusteisiin, niin se ei ole johdonmukainen.⁷ Erilaiset luokitusperusteet on pidettävä erillään toisistaan.⁸

Tarkoituksenmukaisuusvaatimuksella ymmärretään sitä, että luokitusperusteet on valittu niin, että ne parhaiten täyttävät asetetun päämäärän. Voiko epälooginen systematiikka koskaan olla tarkoituksenmukainen? Onko siis järjestelmän johdonmukaisuus sen tarkoituksenmukaisuuden *conditio sine qua non*? Asetettuun kysymykseen ei ole helppo vastata. Sen verran rohkenen lausua, että jos systematiikka on epäjohdonmukainen, tuottaa yksityistapausten sijoittaminen siihen vai-

⁴ Vrt. *Carlson*, LM 1957 s. 32, joka erottaa »oikeusteoreettisen tutkimuksen» ja »lainopin» ja katsoo ensiksi mainitun käsitteiden (»konstruktioiden») päämääränä olevan loogisuuden ja käyttökelpoisuuden. Lainopin käsitteille *Carlson* ei aseta po. vaatimuksia, sillä lainopin tehtävänä hänen mielestään on lähinnä »selvittää laeissa ja sopimuksissa käytettyjen empiiristen käsitteiden tarkempi sisällys».

⁵ *Virkkunen*, Laskentatoimi, s. 12 av. 6 sisältää oivan esimerkin johdonmukaisuudesta ja epäjohdonmukaisuudesta: »Johdonmukainen olisi esim. systematiikka: 1) punakantiset kirjat, 2) sinikantiset kirjat, 3) kirjat, joilla on muunväriset kannet; epälooginen sen sijaan esim. seuraava: 1) punakantiset kirjat, 2) nidotut kirjat, 3) kuvitetut kirjat, 4) muut kirjat. Ensiksi mainitun systematiikankin tarkoituksenmukaisuus ja siis 'hyvyys' — esim. kirjaston järjestämisessä — on asia erikseen.»

⁶ Epäjohdonmukaisista lainopillisista luokituksista ks. esim. *Zitting*, s. 82, joka toteaa esine- ja velvoiteoikeuden tavanomaisen jaotuksen takana olevan useita vastakohtaisuuksia ja lausuu: »Niiden kaikkien ilmaiseminen yhdellä kahtiajaolla kävisi päinsä vain sillä edellytyksellä, että ne kaikki ovat keskenään välittömässä riippuvaisuussuhteessa.» *Ylöstalo*, Tulkinta s. 100 osoittaa, kuinka eräs varsin tavalinen testamenttien luokitus ei nojaudu yhtenäiseen perusteeseen.

⁷ Ks. esim. *Aaltonen*, s. 146 ss. ja *Vihma*, Mahdottomuus s. 291 ss., joissa ympyröillä havainnollistetaan, että kaksi erilaista luokitusperustetta ei voi olla samoja alaltaan.

⁸ *Zitting*, s. 54 korostaa eri ryhmittelyperusteiden erilläänpitoa, tosin ei loogisuuden vuoksi, vaan siitä syystä, että muuten »joudutaan helposti vääriin yleisiin».

keuksia.⁹ Tämä taas puhuu sen puolesta, että epäjohtonmukainen jäsentely on usein päätarkoituksenmukainenkin.¹⁰

2. PERUSJAKO

Muutosäännökset voidaan luokitella sillä perusteella, miten ne syntyvät. Tällä perusteella lienee suoritettava kolmijako: 1) sopimukseen perustuvat eli *yksityisautonomiset* muutosäännökset, 2) *tavanomais-oikeudelliset* muutosäännökset ja 3) *legaaliset eli lakisääntöiset* muutosäännökset. Tätä jakoa voidaan kutsua muutosäännösten perusjaotukseksi.

Vaikka edellä mainituista nimityksistä ilmenee, mitä niillä on tarkoitettu, on silti paikallaan selventää mainittuja käsitteitä. Yksityisautonomisilla muutosäännöksillä tarkoitetaan sellaisia muutosäännöksiä, jotka on luotu sopimuksella (tahdonilmaisulla). Tavanomaisoikeudelliset muutosäännökset ovat tavanomaisen oikeuden normeja. Lakisääntöiset muutosäännökset taas ovat lainsäädäntöteitse tai siihen verrattavalla tavalla syntyneitä normeja.

Esitetyllä kolmijaolla ei ole kirjallisuudessa suurta sijaa. Missään tapauksessa se ei ole yleinen. Varsinkin vanhemmassa kirjallisuudessa on yleinen sellainen käsitys, että muutosäännöksiä ovat ainoastaan lakisääntöiset, mutta eivät sopimukseen perustuvat (yksityisautonomiset) muutosäännökset.¹¹ Tällä mielipiteellä on jalansijansa meikäläisessäkin kirjallisuudessa,¹² joskin vallitseva mielipide meilläkin tunnustaa yksi-

⁹ Virkkunen, Laskentatoimi s. 13: »Jos systematiikka on lisäksi epäjohtonmukainen voivat toiset asiaryhmät kuulua useampaan kuin yhteen systematiikan 'lokeroon' ja leikkaavat siis pahasti raja-aitojen poikki, samalla kuin toisilla asioilla ei ehkä lainkaan ole omaa paikkaansa sen puitteissa. Nämä molemmat asiaryhmät jäävät usein vaille huomiota.»

¹⁰ Ks. Ahlstedt, Leo, Liiketaloudellisen organisaatio-opin typologiasta, LTA 1956 s. 330 ss. Kirjoittajan kysymyksenasettelu ja esitys paljastavat hänen mielipiteensä: epäloogisuus ei vielä merkitse systematiikan tarkoituksettomuutta.

¹¹ Esim. Ask, I s. 3; Jhering, s. 474; Jörs—Kunkel—Wenger, s. 89 av. 1.

¹² Näin kaiketi esim. Carlson, DL 1951 s. 1 ss.; Hirvelä—Hari—Veisterä, s. 3; Lagerlöf—Kauppi, s. 25; Montgomery, s. 586, s. 593, vrt. s. 596; Wrede—Heinönkoski, s. 105. Kaikissa niissä katsotaan määrämuotoisiksi sopimukset, joilla laissa on määrätty tietty muoto. Ks. lisäksi Vihma, Sopimussakko s. 122 ss. Vihmankin mukaan määrämuotoinen on sellainen sopimus, jolle »on laissa säädetty... muoto». Tällainen käsitys perustuu lähinnä OikTL 12 §:ään. Ks. lähemmin jäljempänä 10 §, erit. av. 14.

tyisautonomiset muotosäännökset muotosäännöksiksi.¹³ Tavanomais-oikeudelliset muotosäännökset ovat kuitenkin jääneet pois muotosään-nösten ryhmittelyistä.¹⁴ Kirjallisuudessa esiintyy kyllä lausumia, jotka osoittavat tavanomaisoikeudellisten muotosäännösten olemassaolon,¹⁵ mutta systemaattista sijaansa ne eivät näy saaneen.

Jos kysytään, mistä johtuu, ettei lausutulla kolmijaolla ole yleistä asemaa muotosäännöksiä koskevassa kirjallisuudessa, saanee se selityk-sensä lähinnä kahdesta seikasta. Ensinnäkin se johtuu siitä, että varsin yleisesti, niin kuin alussa on lausuttu,¹⁶ tutkimuksen kohteena ovat olleet määrämuotoiset sopimukset eivätkä muotosäännökset. Tämä tutkimusnäkökulma on johtanut käyttämään jonkinlaista teknillistä muodon käsitettä, jolloin mainittu jako on aivan kuin itsestään sul-keutunut pois, semminkin kun sanoja »määrämuotoinen sopimus» käytetään aivan tietyissä erityismerkityksessä OikTL 1 §:n 2 momen-tissa.¹⁷ Kenties »torjuva» asenne kolmijakoon johtuu siitäkin, että kirjallisuudessa ei ole tunnettu tarvetta luokitella muotosäännöksiä.

Esitettyä muotosäännösten perusjakoa (kolmijakoa) on pidettävä tarkoituksenmukaisena. Yleisen oikeusteorian näkökulmasta katseltuna jaotus on suorastaan »asian luonteesta»¹⁸ johtuva. Varsin tavallista on jako kirjoitetun lain ja tavanomaisen oikeuden normeihin.¹⁹ Mutta se,

¹³ Ks. nyt vain esim. *Ekström*, s. 704; *Dehn*, s. 8 lausuu, että Saksan BGB tekee aivan periaatteellisen eron ko. muotosäännösten välille; *Kivimäki*, s. 94: »Määrämuo-toisuus oikeustoimen pätevyys edellytyksenä voi olla joko lakisääntöistä tai sopi-mussääntöistä.» Ks. erit. 11 §:ssä olevaa esitystä yksityisautonomisista muotosään-nöksistä viitteineen.

¹⁴ Esim. *Jhering*, s. 505 pitää jakoa legaalisiin ja tavanomaisoikeudellisiin muotosäännöksiin täysin perusteettomana. — Ks. tässä yhteydessä myös *Lassen*, s. 64 av. 4e; *Stang*, s. 278 av. 29; *Ussing*, s. 103. Po. kohdissa lausutaan, että sopimus-kumppanilla voi olla oikeus vaatia suullisen sopimuksen perusteella kirjallisen sopi-muksen tekoa jälkeenpäin. Ja tämän *kirjaamistoimen* perusta voi olla laissa tavan-omaisessa oikeudessa tai sopimuskumppanien välisessä sopimuksessa. Tätä lausu-maa ei voida pitää muotosäännösten luokitteluna, vaan kirjaamistoimien luokitte-luna. Ks. 12 § av. 14 kohdalla lausuttua.

¹⁵ Ks. jäljempänä 12 §:ssä olevaa esitystä tavanomaisoikeudellisista muotosään-nöksistä.

¹⁶ Ks. edellä 1 §:n av. 50—56 kohdalla lausuttua.

¹⁷ Ks. jäljempänä 9 §:ssä lausuttua.

¹⁸ Vetoamisella »asian luonteeseen» ei tässä eikä muulloinkaan tarkoiteta mi-hinkään metafyylliseen vetoamista. Ks. tästä esim. *Brusiin*, Harkinta s. 227 ss.; *Telaranta* s. 13 ss. Huomaa *Ross*, s. 116 ss.

¹⁹ Ks. *Lahtinen*, s. 127 av. 1, jossa todetaan, ettei ole aivan oikein, kun Skandi-navian kirjallisuudessa puhutaan kirjoitetusta ja kirjoittamattomasta oikeudesta ja

joka lukee oikeusjärjestyksen normeiksi myös yksityisautonomiset normit, joutuu johdonmukaisuuden vuoksi puhumaan kolmenlaisista oikeusjärjestyksen normeista: kirjoitetun lain, tavanomaisen oikeuden ja yksityisautonomisista normeista. Tässä ei ole syytä ryhtyä tutkimaan tämän perusjaotuksen tarkoituksenmukaisuutta yleisen oikeusteorian kannalta.²⁰ Riittää, että se meidän oikeutemme muotosäännösten näkökulmasta on tarkoituksenmukainen. Nyt mainittakoon vain eräs esimerkki ja muuten viitattakoon kaikkeen jäljempänä lausuttavaan. Jos otetaan tarkasteltavaksi hyväksymisen ja täyttämistoimen merkitys muotovirheeseen, niin noilla oikeustositasioidella on erilaiset merkitykset, jos kysymystä tarkastellaan legaalisten muotosäännösten tai yksityisautonomisten muotosäännösten aiheuttamissa pätemättömyystilanteissa.²¹

Sopimukseen perustuvista muotosäännöksistä on edellä käytetty ja tullaan vastedes käyttämään nimitystä yksityisautonomiset muotosäännökset. Tällöin ei ole suinkaan seurattu mitään oikeusteoreettista »muotivirtausta»,²² joka käsittelee noita yksityisnormeja yksityisten henkilöiden antamina normeina ja tässä mielessä rinnastaa ne muihin oikeusnormeihin.²³ Ei ole myöskään haluttu ottaa kantaa kysymykseen, onko

tavanomaista oikeutta pidetään yksinomaan kirjoittamattomana oikeutena. Tästä huolimatta on käytetty po. sanoja, koska ne ovat jossain määrin vakiintuneita, tosin muistaen Lahtisen huomautuksen.

²⁰ Mikäli olen ymmärtänyt oikein, niin Zittingin mukaan (LM 1953 s. 980) kysymys yksityisautonomiasta voisi olla vain joko oikeusteoreettinen tai oikeuspoliittinen, muttei kaikeksi siis positiivisoikeudellisen luokittelun tarkoituksenmukaisuuskysymys. Ks. oikeusteoreettisista tarkastelutavoista esim. Zitting, LM 1952 s. 508 ss., jossa esitellään mm. *Nawias*kyn kelpoisuusteoria ja josta Zitting lausuu mm.: »Oikeamman kuvan näiden aktien (= lainsäädännön ja yksityisautonomian) keskinäisestä suhteesta saamme, jos vertaamme niitä kelpuutusastejärjestelmän pohjalta. Silloin havaitaan, että näissä tapauksissa on kysymys tosin samanluontoisesta, mutta eri asteisesta kelpoisuudesta.» Kelpoisuusteoria johtaa siis erottamaan legaaliset ja yksityisautonomiset muotosäännökset. Ks. suhteesta tavanomaiseen oikeuteen ja tavanomaisen oikeuden »luonteesta» yleensä esim. *Alanen*, s. 65 ss.; *Brusiin*, *Harkinta* s. 6 ss. *Burckhardt*, *Methode* s. 135 ss.; *Germann*, s. 21 ss.; *Raninen*, *Fob* s. 47 ss.; *Ross*, s. 107 ss., s. 110: En rättsäedvane er saedvane på et livsämråde, der er undergivet retlig regulering.

²¹ Ks. jäljempänä 12 §:n 3-kohta.

²² Zitting, LM 1953 s. 980 ss. toteaa, että yksityisautonomia-termi on taas »tullut suosioon».

²³ Ks. yksityisautonomiasta ja sen perusteella annetuista normeista esim. *Erma*, s. 23; *Fischer*, s. 23 ss.; *Larenz*, s. 31 ss.; *Manigk*, s. 28 ss.; *Telaranta*, s. 24 ss. — Yksityisautonomiasta on arvosteltu varsin kärkevästikin. Ks. erit. *Flour*, s. 114 olevia loistavia näköaloja sekä lisäksi *Ekström*, *Viljans autonomi* s. 151 ss.; *Stang*, *JFT* 1933 s. 369 ss.

tuollainen yksityisautonominen normiajattelu aina tai edes yleensä tarkoituksenmukaista. A priori tuntuu kuitenkin siltä, ettei mitään yleistä kantaa voida ottaa. Toiset kysymykset varmaan valottuvat hyvin, jos sopimuksia tarkastellaan yksityisautonomisina normeina. Toisia kysymyksiä lienee tarkoituksenmukaista tarkastella tunnusmerkistöajattelun näkökulmasta. — Kun jäljempänä käytetään sanoja »yksityisautonomiset muutosäännökset», on tällöin vain turvauduttu sanojen sisältämään oivalliseen symboliikkaan. Mitkään oikeusteoreettiset katsomukset eivät pyri vaikuttamaan yksityistapausten tarkasteluun.

3. VARSINAISET, EPAVARSINAISET JA OHJESISALTOISET MUOTOSÄÄNNÖKSET

A. Eräs kaksijako. Oikeusjärjestyksemme muutosäännösten osalta toteaa *Kivimäki*,²⁴ että lakiin on todistelun helpottamiseksi otettu joitakin säännöksiä, jotka vain kehottavat, mutta eivät velvoita muodon noudattamiseen. Lisäksi muutosäännökset saattavat olla oikeustoimen pätevyyden edellytyksenä. *Rautiala*²⁵ ilmaisee tämän jaotuksen lausumalla: »Laki saattaa vaatia oikeustoimelle määrätyn muodon ehdottamana edellytyksenä oikeustoimen pätevyydelle, tai sitten oikeustoimen muoto saattaa olla määrätty vain ohjeeksi asianosaisille vastaisen todistamisen helpottamiseksi, niin että oikeustoimi on pätevä riippumatta siitä, missä muodossa se on tehty.»

Tarkasteltaessa mainittuja mielipiteitä voitaneen lausua, että niissä esiintyy kaksijako: muutosäännösten noudattamattajätön oikeusvaikutuksena on joko pätemättömyys tai ei mitään. Kolmatta mahdollisuutta ei jaotukseen sisältyne. Puheena olevia mielipiteitä ei näet liene lupa ymmärtää siten, että niissä esiintyisi sellainen kaksijako, jonka mukaan muutosäännöksen noudattamattajätön oikeusvaikutuksena olisi joko pätemättömyys tai ei-pätemättömyys.

Esitetyllä kaksijaolla on vakaa jalansijansa kirjallisuudessamme. Mainittakoon vain nimet *Ek*,²⁶ *Haataja*,²⁷ *Hakulinen*,²⁸ *Heikonen*,²⁹ *Hern-*

²⁴ *Kivimäki*, s. 93 ss., Tekijänoikeus s. 260.

²⁵ *Rautiala*, LM 1944 s. 541, Avioliitto-oikeus s. 260, s. 517; *Caselius—Rautiala*, (Rautiala), s. 20, s. 142, Peruskurssi s. 22.

²⁶ *Ek*, JFT 1952 s. 152.

²⁷ *Haataja*, Käsité s. 50.

²⁸ *Hakulinen*, Luovutus s. 17 ss., vrt. *Hakulinen—Rapola*, s. 79, s. 364.

²⁹ *Heikonen*, Avoin yhtiö s. 127 ss.

berg,³⁰ af Hällström,³¹ El. Kaila,³² Kopponen,³³ Montgomery,³⁴ Telaranta,³⁵ Wrede—Heinonkoski³⁶ ja Ylöstalo.³⁷ Eikä jaotuksen käyttäminen rajoitu vain kirjallisuuteen.³⁸ Se esiintyy myös lainsäädännöllisissä esitöissä.³⁹ — Puheena olevasta jaotuksesta käytetään mainittujen oikeusoppineiden kirjoituksissa sellaisia »vastakohtaisuutta» ilmentäviä käsitteitä kuin varsinaiset (todelliset) ja epävarsinaiset muutosäännökset tai päättämismuodot (solenniteettimuodot) ja todistusmuodot (todisteluohjeet). Käytetäänpä joskus varsinaisista muutosäännöksistä nimityksiä pakolliset tai ehdottomat muutosäännökset.

Voidaan hyvinkin väittää, että jotkut edellä mainituista oikeusoppineista ovat suorittaneet jaotuksen vain suhteessa pätemättömyys ja ei-pätemättömyys. Tällöin viimeksi mainittu kategoria sisältäisi ei vain pelkkiä ohjetapauksia, vaan myös ne tapaukset, jolloin muutosäännöksen noudattamattajätöllä on muu oikeudellinen merkitys kuin pätemättömyys. Puheena oleva väite on kuitenkin torjuttavissa. Meidän kirjallisuudessamme ei yleensä esiinny sellaisia lausumia kuin varsinkin uudemmassa pohjoismaisessa kirjallisuudessa, jossa korostetaan sitä, ettei pätemättömyys ole ainoa muutosäännöksen noudattamattajätön oikeusvaikutus,⁴¹ vaan »ugyldighet er bare en mulighet blant flere, og tilmed den mest ytterliggående», kuten Arnholm⁴² toteaa. Toisaalta jo Ekström

³⁰ Hernberg, Rättshandbok s. 29.

³¹ af Hällström, JFT 1932 s. 323.

³² Kaila, Pääkohdat s. 195.

³³ Kopponen, s. 147.

³⁴ Montgomery, Bolagskontraktet s. 102.

³⁵ Telaranta, s. 78.

³⁶ Wrede—Heinonkoski, s. 101 verrattuna s. 105.

³⁷ Ylöstalo, Moite s. 150, erit. av. 29, Tulkinta, s. 38. Vrt. sen sijaan LM 1953 s. 580, Takaus, s. 107 av. 3.

³⁸ Ks. vielä Caselius—Rautiala (Caselius), s. 146 verrattuna Wrede—Caselius, II s. 507; Osvi Lahtinen, LM 1957 s. 134 ss., erit. s. 140; Nybergh, JFT 1952 s. 224 av. 2.

³⁹ Esim. Lainvalmistelukunnan ehdotus laiksi avioliiton ulkopuolella syntyneistä lapsista 1919, s. 24 ss.

⁴¹ Ks. Osvi Lahtinen, LM 1957 s. 135 ss., missä lausutaan mm.: »Vallitseva on meikäläisessä lainopissa käsitys, että muotovirhettä armotta seuraa oikeustoimen pätemättömyys.» Joskin tämä lausuma on liioittelua, koska yleensä tunnustetaan ohjesisältöisten muutosäännösten olemassaolo, niin se osoittaa kuitenkin vallitsevan käsityksen »suunnan» luokittelussa, varsinkin koska Lahtinen itsekkin operoi meikäläisellä kaksijaolla.

⁴² Arnholm, s. 118. Ks. lisäksi Illum, s. 107 ss.; Lassen, s. 63 ss.; Stang, s. 269; Ussing, s. 105; Vahlén, s. 14; Undén, Om vittnen s. 3 ss., Om solennitetsvittnen s. 16. Vrt. sen sijaan esim. Björling—Malmström, s. 40.

lausui selvästi, että laissa olevien muotomääräysten noudattamattajätön vaikutus ei ole aina sama.⁴³ Toisinaan voi sillä olla vain tiettyjä oikeusvaikutuksia, esimerkiksi rangaistus normin noudattamatta-jättäjälle.⁴⁴

Meikäläiselle kaksijaolle (pätemättömyys — ei mitään) on sukua jaotus solenniteetti- ja todistusmuotosäännöksiin. Tällä kaksijaolla on jalansijansa varsinkin saksalaisella kielialueella.⁴⁵ Solenniteettimuotomääräyksen käsite on siellä saanut tarkan teknillisen merkityksen.⁴⁶ Sillä tarkoitetaan sellaisia muotosäännöksiä, joiden noudattamatta jäämisen oikeusvaikutuksena on pätemättömyys. Sen sijaan sen ilmeisellä »vastakohdalla», todistusmuotosäännöksellä, ei tarkoiteta kaikkia muita oikeusvaikutuksia (ei-pätemättömyyttä), vaan sitä, että muotosäännöksen noudattamatta jäämisellä on säännelty todistusvaikutus. Joskus korostetaan, että nämä muotosäännökset kuuluvat prosessioikeuteen⁴⁷ ja niiden klassillisena tyyppiesimerkkinä mainitaan Ranskan Cc:n 1341—1348 artikkelit. Niissä määrätään, että jos sopimuksen arvo kohoa yli 5000 frangin (L 21. 2. 1948), on sopimus tehtävä kirjallisesti. Muunlaista näyttöä kuin kirjallista ei hyväksytä. Näitä ns. todistusmuotosäännöksiä⁴⁸ on meidänkin oikeusjärjestyksessämme, niin kuin jäljempänä osoitetaan.⁴⁹ Ne eivät suinkaan ole pelkkiä ohjeita, ohjesisältöisiä määrämuotoja.⁵⁰

⁴³ Ekström, s. 705, vrt. s. 693. Ks. myös Zitting, Kivimäen juhlaulkaisu s. 517.

⁴⁴ Ks. myös edellä av. 28 ja 37.

⁴⁵ Ks. jaotuksesta esim. Becker, 51 ss.; Oser—Schönenberger, s. 90; Schneider, s. 8; von Tuhr, II:1 s. 500 ss.; Tuhr—Siegwart, I s. 223; Undén, Om vittnen s. 4 ss.; Vahlén, s. 14; Windscheid, PR I s. 183 av. 2.

⁴⁶ Ks. jäljempänä 8 §:n A-kohdassa olevaa esitystä solenniteettimuotosäännöksistä.

⁴⁷ Esim. Tuhr—Siegwart, I s. 223. Samoin Burckhardt, Einführung s. 44, vaikka hän ei käytäkään po. kaksijakoa. — Mainitulle kaksijaolle rakentuu asiakirjoja koskeva erottelu dispositiivisiin ja todistusasiakirjoihin. Ks. siitä esim. Brunner, I s. 395; Kivimäki, s. 52; Tuhr—Siegwart, I s. 152.

⁴⁸ Kysymyksessä on muotosäännös, siitä ei voida olla eri mieltä. Ks. esim. Becker, s. 51; Hakulinen, LM 1943 s. 535; Stobbe, s. 129; Ussing, s. 101; Vahlén, s. 42; Wrede—Heinonkoski, s. 109.

⁴⁹ Ks. jäljempänä 14 § C-kohdassa, erit. C-j-kohdassa esitettyä.

⁵⁰ Todistusmuotosäännöksen käsitettä on käytetty joskus merkityksessä ohjesisältöinen muotosäännös. Näin ainakin af Hällström, JFT 1932 s. 323 ss. — Tällaista samastusta ei voida pitää tarkoituksettomana, jos se tehdään tietoisena normien periaatteellisesta erosta. Niinpä kun jäljempänä useaan otteeseen tarkastellaan sen tyyppisiä kysymyksiä kuin esim., onko muotosäännöksen noudattamatta jäämisen oikeusvaikutuksena pätemättömyys vai onko kysymyksessä ainoastaan ohje, niin ohjesisältöisinä mielipiteinä pidetään käsityksiä, joissa ei puhuta ohjeista vaan todistusmuotosäännöksistä. Tällainen ei voine antaa virheellistä kuvaa.

B. Kolmijako on välttämätön. Tässä teoksessa muutosäännökset luokitellaan niiden noudattamattajätön oikeusvaikutusten erilaisuuden perusteella kolmeen ryhmään: varsinaisiin, epävarsinaisiin ja ohjesisältöisiin muutosäännöksiin. *Varsinaisilla* muutosäännöksillä tarkoitetaan sellaisia muotonormeja, joiden noudattamatta jättämisen oikeusvaikutuksena on sopimuksen pätemättömyys. *Epävarsinaisilla* muutosäännöksillä tarkoitetaan sellaisia muutosäännöksiä, joiden noudattamatta jättämisellä on jokin muu välitön,⁵¹ sopimuspuoliin kohdistuva oikeusvaikutus kuin pätemättömyys. Muutosäännöksen noudattaminen ei siis ole sopimuksen pätevyys, vaan joidenkin muiden oikeusvaikutusten edellytys. *Ohjesisällöillä* muutosäännöksillä tarkoitetaan sellaisia muutosäännöksiä, joiden noudattamatta jättämisellä ei ole välitöntä oikeudellista merkitystä. Tämä jako on asiallisesti katsoen sama kuin *Dernburgin* esittämä kolmijako.⁵²

Esitetyn kolmijaon tarkoituksenmukaisuus on ilmeinen. Jos käytetään esimerkiksi meillä yleisesti esitettyä kaksijakoa, sisältää se väitteen: muutosäännöksen noudattamatta jättämisen oikeusvaikutuksena on joko pätemättömyys tai ei mitään. Tällainen harhakuva on syytä pyrkiä torjumaan. Kolmijaolla on muitakin etuja. Kun on lausuttava jotakin sellaisista muutosäännöksistä, joita on pidettävä epävarsinaisina muutosäännöksinä, on kaksijaon käyttäminen ilmeisen hankalaa. Saa-tetaan päätyä sanomaan, kuten esimerkiksi *Ekeberg*,⁵³ että on olemassa myös »heikomman lajisia» määrämuotoisia sopimuksia. Puhuttaessa sopimuksista, joista on olemassa epävarsinaisia muutosäännöksiä, lausutaan esimerkiksi, että »sanan varsinaisessa mielessä nämä eivät ole

⁵¹ Muutosäännöksen noudattamisella ja noudattamatta jättämisellä on aina välillisiä merkityksiä: tiettyjä »etuja» tai »haittoja», sosiaalisia funktioita tai miten niitä halutaan kutsua.

⁵² Ks. *Dernburg*, RR I s. 169, missä ei ole annettu nimiä noille erilaisille muutosäännöksille. Kirjallisuudessa tavataan kyllä eräitä kolmijakoja, jotka kuitenkin poikkeavat huomattavasti nyt esitetystä. Esim. *Burckhardt*, Einführung s. 43 ss. puhuu varsinaisista ja epävarsinaisista muutosäännöksistä samassa merkityksessä kuin yllä, käyttäen samoja käsitteitäkin. Sen sijaan kolmantena käsitteekategoriana ovat todistusmuutosäännökset, jotka eivät ole vain ohjeita. Ks. lisäksi jaotuksesta pätevyys—kannekelpoisuus—todistettavuus esim. *Stobbe*, s. 127; *Windscheid*, PR II s. 199, sekä *Schneider*, s. 8 esitettyä erikoista kolmijakoa.

⁵³ *Ekeberg*, *Birger*, Obligationsrättens allmänna del. Kompendium. 3 uppl. Stockholm 1925 s. 39. Samoin saman monisteen 5 painos (Stockholm 1934) s. 44, jolloin monisteen toisena tekijänä on *Karl Benckert*. — Myöhemmistä painoksista po. monistetta (*Ekeberg—Benckert*) on jätetty pois sanonta »heikommasta lajista».

määrämuotoisia».⁵⁴ Voidaanpa puhua »epäsuorasta» määrämuotoisuudesta tai muotopakkoisuudesta.⁵⁵ Tällaiset lausumat ovat ilmeisen epätarkkoja. Lukija jää arvailemaan sanotun tarkoitusta.

Muutama sana itse luokitusperusteesta, oikeusvaikutusten erilaisuudesta, on vielä paikallaan siitä huolimatta, että luokitus varsinaisiin, epävarsinaisiin ja ohjesisältöisiin muotosäännöksiin joutuu vielä 14 §:ssä lähemmän tarkastelun kohteeksi. Jos sallitaan, että muotosäännösten erilaiset ja toisistaan erillään pidettävät luokitusperusteet asetetaan jonkinlaiseen keskinäiseen arvojärjestykseen, tulisivat puheena olevat luokitusperusteet käytännöllisen merkittävyytensä vuoksi kenties ensimmäisiksi. Käytännön lakimiehelle, joka havaitsee jostakin sopimuksesta säädetyn, että se on tehtävä tietyssä muodossa, esimerkiksi kirjallisesti, on tärkeintä se, mikä oikeusvaikutus on sillä, ettei tuota normia ole noudatettu.⁵⁶ Tämä kysymys on yhtä tärkeä lakisääntöisten, tavanomaisoikeudellisten ja yksityisautonomisten muotosäännösten osalta.

C. Jaotus kompetenssi- ja käyttäytymisnormit. Tässä yhteydessä on syytä kosketella erästä oikeusnormien luokittelua, jolla meidän uudemmassa kirjallisuudessamme on tietty jalansijansa. Tarkoitin jakoa käyttäytymisnormeihin ja kompetenssinormeihin.⁵⁷ Tämä kaksijako on

⁵⁴ Ks. esim. *Raninen*, Vahvistuskirje s. 2; *Lehto*, DL 1957 s. 36.

⁵⁵ Ranskan Cc:n todistusmuotosäännösten osalta lausutaan usein, että Ranskan oikeus rakentuu epäsuoralle muotopakkoisuudelle. Ks. esim. *BGB Motiv*, I s. 178; *Raninen*, Vahvistuskirje s. 2; *Scherrer*, s. 24; *Schneider*, s. 11. Mitä epäsuoraa muotopakkoisuutta tällöin vaaditaan? Eikö vaadita suoraan, että sopimus on tehtävä kirjallisesti, joskaan vaatimuksen noudattamatta jäämisen oikeusvaikutus ei ole pätemättömyys. Tämä ei kuitenkaan ole millään tavoin epäsuoraa.

Ks. *Ylöstalo*, Moite s. 150 av. 29: »On syytä erottaa kaksi sanontaa: muotoa koskevat määräykset ja muotomääräykset. Jälkimmäisiin kuuluvat ne muotoa koskevat määräykset, joiden noudattamattajäämisestä on seuraamuksena pätemättömyys.» Tässä Ylöstalon luokittelussa on luokitusperusteena ymmärtääkseni oikeusvaikutusten erilaisuus.

⁵⁶ Ks. *Ussing*, Obligationsret s. 65 ss. *Ussing* rakentaa sopimuksen täyttämättä jäämistä koskevan systematiikan niille seuraamuksille, jotka aiheutuvat täyttämättä jättämisestä, eikä tavanomaiselle jaotukselle niistä seikoista, jotka ovat syynä täyttämättä jättöön. Ks. lisäksi *Hakulinen*, LM 1940 s. 320 ss.; *Ylöstalo*, Tulkinta, s. 112 av. 8: »On tietenkin selvää, että metodi (lienee luettava: järjestelmän jäsenyyssperusteet) mikä voi olla toisella oikeudenalalla edullinen, voi osoittautua toisissa kysymyksissä tarkoituksettomaksi.»

⁵⁷ Ks. po. jaosta esim. *Burckhardt*, Methode s. 237 ss.; *Nawiasky*, s. 105 ss.; *Ross*, s. 45 ss.

suorastaan pohjana *Zittingin*⁵⁸ ja *Vuorion*⁵⁹ tutkimuksissa, mutta sen käyttö ei rajoitu aivan tähänkään.⁶⁰

Käyttäytymisnormeilla tarkoitetaan sellaisia normeja, jotka esiintyvät käskyinä ja kieltoina. Jollei käskyä tai kieltä ole noudatettu, seuraa siitä oikeudellinen reaktio. Normi on sanktioitu. *Kompetenssinormit* sen sijaan eivät ole käskyjä tai kielloja. Ne päinvastoin ratkaisevat, kenellä useammista vaatijoista on oikeus vaatimukseensa. Niin kuin *Vuorio*⁶¹ toteaa, selvittellään tällöin tehottomuusvaikutusta, ei sanktiota. Yksi kilpailevista eli kollisiotilanteesta olevista vaatimuksista selitetään tehokkaaksi, muut tehottomiksi eli pätemättömiksi. — Tämän luokituksen pohjalta tarkastellaan kutakin oikeusasemaa, erikseen käyttäytymisnormien ja erikseen kompetenssinormien näkökulmasta. »Tätä vastaa oikeuksien tarkastelu staattisessa ja dynaamisessa vaiheessa», kuten *Zitting*⁶² lausuu.

Silloin kun kirjallisuudessa käytetään puheena olevaa jaotusta, lausutaan, että muotosäännökset ovat kompetenssinormeja.⁶³ Kun kompetenssinormit käsitteensä mukaan eivät ole »sanktionormeja», ei tietystikään voida sanoa, että pätemättömyys on eräs muotosäännösten sanktio. — Niin sanoakseni klassillisen mielipiteen mukaan pätemättömyyttä voidaan tarkastella sanktiona.⁶⁴

Aikaisemmin on esitetty, että luokituksen tulee olla asetetun päämäärän kannalta tarkoituksenmukainen. Päämäärän asettaminen taas on arvoprobleemi. Siitä voidaan siis perustellusti olla eri mieltä. Tässä tutkimuksessa muotosäännökset on luokiteltu muun muassa varsinaisiin, epävarsinaisiin ja ohjesisältöisiin muotomääräyksiin. Luokituksen päämääränä on selvittää, mitä seuraa, ellei muotosäännöstä ole noudatettu. Tässä kysymyksessä ei jaotus kompetenssinormeihin ja käyttäytymis-

⁵⁸ Esim. *Zitting*, LM 1954 s. 611 ss.; LM 1956 s. 563 av. 33, joissa nimenomaan lausutaan, että po. jako on kaiken esitetyn lähtökohta.

⁵⁹ *Vuorio*, s. 58 ss.

⁶⁰ Ks. *Carlson*, LM 1957 s. 27 ss. Ks. lisäksi *Olsson*, *Borgenärsskydd*, s. 13 ss., jossa »rossilaiset» ajattelukaavat näkyvät selvästi, kuten *Taxell*, SvJT 1957 s. 62 toteaa.

⁶¹ *Vuorio*, s. 63.

⁶² *Zitting*, LM 1954 s. 611.

⁶³ Näin mm. *Burckhardt*, *Methode* s. 239; *Zitting*, LM 1953 s. 979.

⁶⁴ Ks. esim. *Alanen*, s. 53; *Ask*, II s. 128 av. 1, missä käytetään jopa sanontaa »pätemättömyysrangaistus»; *Hernberg*, s. 424; *Kivimäki*, s. 121 ss.; *Martin*, s. 1 ss.; *Rodhe*, *Fastighetsindelning* s. 169; *Tirkkonen*, LM 1940 s. 267; *Undén*, *Vittnen vid fastighetsköp* s. 5.

normeihin tunnu olevan tarkoituksenmukainen, varsinkin kun pidetään silmällä käytännöllisen oikeuselämän yleisintä tapausta: sopimuskumppanien välistä suhdetta.

Esitetyllä ei suinkaan ole haluttu väittää, että Zittingin ja Vuorion tarkastelemissa kysymyksissä olisi ollut tarkoituksetonta lähteä liikkeelle jaotuksesta kompetenssinormit ja käyttäytymisnormit, joskin, se myönnettäköön, ajattelun apuvälineiksi tarkoitettut kaaviot ovat niin raskaita, että niiden »arvo» kärsii siitä. Ei myöskään ole haluttu väittää, että vain muutosäännösten kokonaishahmotuksen osalta on syytä luopua kaksijakoisuuden kaaviosta.⁶⁵ Kussakin tapauksessa on erikseen harkittava, mikä ryhmittely on kulloinkin tarkoituksenmukainen asetetun päämäärän näkökulmasta.

4. MENETTELYTAPAKAAVOJEN ERILAISUUS LUOKITUS- PERUSTEENA

A. Muutosäännösten kaavoittuminen eli typologisoituminen. Tarkasteltaessa muutosäännösten sisältöä rakenteellisesta näkökulmasta todetaan, että muutosäännökset ovat kiteytyneet tietyiksi *menettelytapakaavoiksi*.⁶⁶ Määrätäänhan muutosäännöksissä, että sopimukset on tehtävä kirjallisesti, todistajien läsnä ollessa, viranomaisen edessä tai jotain muuta sellaista.

Jos tarkastellaan noita menettelytapakaavoja, voidaan niissä erottaa yksityisiä *osavaatimuksia eli muodollisuuksia*. Kirjallisuusvaatimuksen

⁶⁵ Ks. Eino Kaila, Laatuksen asema suureiden maailmassa, Valvoja 1953, s. 275: »Arkiajattelua, jokapäiväistä käsitystä nimenomaan kaikista periaatekysymyksistä vallitsee laajassa mitassa eräs piirre, ... summittaisesti suomennettuna kaksijakoisuuden kaavio. Tämä... sisältyy siihen, että kokemuksessamme esiintyvät erilaisuudet kärjistetään ja tiivistetään jyrkkien toisensa poissulkevien vastakohtien pariin — siitä huolimatta, että kokemus säännöllisesti osoittaa, että on ylimenoja toisesta äärimmäisyydestä toiseen ja että niiden vastakkaisuus ei ole ehdoton vaan suhteellinen.» — Kuten tunnettua Kaila edustaa ns. monistista käsitystä, joka suhtautuu torjuen kaikkiin kaksijakoihin.

⁶⁶ Tällainen kaavoittuminen on esitetty ikään kuin itsestään selvänä. Ks. esim. Lassen, s. 65 ja Ussing, s. 106, missä kysytään, mitä lähempiä vaatimuksia sisältää se, että ilmaisun on oltava kirjallinen; Bergström, s. 49: När KAL stadgar att ett kollektivavtal skall vara upprättat skriftligen, har man i första hand att falla tillbaka på att allmänt skriftlighetsbegrepp.

yhteydessä säädetään usein, että sopimus on myös allekirjoitettava.⁶⁷ Vastaavasti laissa oleva todistajavaatimuskaava saattaa sisältää muun muassa todistajien jäävittömyyttä koskevan muodollisuuden.⁶⁸

Edellä lausutun perusteella puhutaan jäljempänä muotosäännösten menettelytapakaavoista ja muodollisuuksista.⁶⁹ Esimerkiksi Saksan ja Sveitsin oikeusjärjestyksissä on pyritty antamaan yleissäännökset siitä, mitä muodollisuuksia noiden oikeusjärjestysten menettelytapakaavat sisältävät.⁷⁰ Näin ei ole meillä asianlaita. Samanlainen tilanne vallitsee muissakin Pohjoismaissa. Tästä huolimatta voidaan ja onkin kysyttävä, voidaanko oikeutemme osalta esittää yleisiä sääntöjä menettelytapakaavojen muodollisuuksista.⁷¹ Kysymys on käytännöllisesti erittäin merkittävä. Tässä yhteydessä ei siihen voida puuttua, sillä kysymykseen vastaaminen edellyttää omaa erityistutkimusta. Sen verran voidaan nyt lausua, että oikeutemme menettelytapakaavat eivät aina sisällä samoja muodollisuuksia.⁷²

⁶⁷ Esim. PK 12: 11 ja 16: 2; MVL 1 §; YhdL 6 §; AL 66 §; PatL 71 §; OsuuskL 16 §. Sen sijaan esim. vanhassa PK 16: 1:ssä; MK 1: 2:ssa; OYL 1 ja 9 §:ssä; SäätiöL 1 ja 3 §:ssä; TilusrauhL 4, 20 ja 36 §:ssä; TontinvuokrasopL 2 §:ssä; OppisopL 3 §:ssä ja TEhtöL 2 §:ssä ei säädetä mitään allekirjoittamisesta. Näiden esimerkkien valossa syntyy aivan itsestään kysymys: sisältyykö kirjallisuusvaatimukseen aina myös allekirjoitusvaatimus?

⁶⁸ Esim. PK 16: 2 ja 5; MK 1: 2; AL 66 §. Vrt. toisaalta esim. AL 25 §.

⁶⁹ Jaottelu muotosäännös—menettelytapakaavat—muodollisuudet ei näy kiinnostaneen tutkijoita, joskin tähän viittaavia irrallisia lausumia kirjallisuudessa esiintyykin. Ks. esim. *Jhering*, s. 482, jossa puhutaan »elementeistä», joista muoto on muodostunut. Tarkoittaako *Jhering* noilla elementeillään menettelytapakaavoja vai yksityisiä muodollisuuksia, jää epäselväksi. Lisäksi *Ask*, I s. 2, jossa erotetaan muotosäännökset ja muodollisuudet (formaliteter) — viimeksi mainitulla tarkoitetaan kaikkea sitä, mitä muotosäännösten mukaan on noudatettava; *Becker*, s. 60; *af Hällström*, JFT 1932, s. 325 puhuu »elementeistä»; *Olivecrona*, s. 170, s. 179; *Rautiala*, LM 1955 s. 563 puhuu »Solenniteettitodistajain kaavasta»; *Schneider*, s. 40; *Undén*, Om vittnen, s. 10.

⁷⁰ Ks. BGB 126—129 §; OR 13—16 art.

⁷¹ Ks. esim. *Kivimäki*, s. 94 ss., missä on esitetty useita yleisiä periaatteita.

⁷² Ks. edellä av. 67, mistä ilmenee, että asiakirjan allekirjoittamista koskeva vaatimus on lainsäännösten valossa erittäin epäselvä. Todistajien tietämisvelvollisuus ei ole aina samanlainen, kuten edellä 2 §:n 70 av. osoittaa. Todistajien esteellisyyskysymys on myös melko epäselvää, mikä ilmenee jäljempänä 8 §:n A-kohdasta ja 14 §:n 3-B-d-kohdasta. Tässä yhteydessä korostettakoon, että testamentin todistajien esteellisyyteen on noudatettava PK 16: 5:n normeja, jotka poikkeavat melkoisesti OK 17 luvun (17: 43:n) yleisistä määräyksistä. PK 16: 5:n säätämisellä voidaan sanoa lisätyn muotosäännöstemme muutenkin suurta epäyhtenäisyyttä, joka ei voi olla juuri kenellekään eduksi. Tämän vuoksi PK 16: 5:n olemassaoloa ei voida

B. Tyypiluokittelusta. Kirjallisuudessa esiintyy jokseenkin poikkeuksetta sellainen muutosäännösten luokittelu, joka nojautuu menettelytapakaavojen erilaisuuteen.⁷³ Tätä jaotusta käytetään meikäläisessäkin kirjallisuudessa aivan yleisesti. Niinpä *Kivimäki*⁷⁴ esittää jaotuksen: a) asiakirja ilman todistajia, b) suullinen tahdonilmaisuus todistajain saapuvilla ollessa, c) asiakirja ja todistajat, d) viranomaisen toimittama asiakirjan oikeaksi todistaminen ja e) viranomaisen edessä päätettävä oikeustoimi. Vastaavanlaisia jaotuksia, joskin jossain määrin *Kivimäen* jaotuksesta poikkeavasti, käyttävät muun muassa *Ekström*,⁷⁵ *Hernberg*,⁷⁶ *El. Kaila*,⁷⁷ *Kopponen*,⁷⁸ *Montgomery*⁷⁹ ja *Telaranta*.⁸⁰

Menettelytapakaavojen erilaisuuteen perustuva jaotus on tarkoituksenmukainen sellaisissa esityksissä, jotka pyrkivät selvittämään jonkin oikeusjärjestyksen menettelytapakaavoja ja niiden lähempää sisältöä, muodollisuuksia. Tällä luokittelulla ei ole vain pedagogista arvoa, vaan myös systemaattis-tulkinnallinen merkityksensä. — Millä tavoin menettelytapakaavoihin perustuva luokitus suoritetaan?⁸¹ Kysymyksen ratkaisu riippuu muun muassa siitä, kuinka paljon yleisiä periaatteita on olemassa. Ilmeistä on, että kirjallisuusvaatimus muodostaa yhden ryhmän. Sama koskee todistajien myötävaikutusvaatimusta. Niin ikään lienee tarpeen muodostaa ryhmä »muut menettelytapavaatimukset», jotta systematiikka olisi aukoton.⁸² Onko tarpeen muodostaa sellaisia ryhmiä kuin »viranomaisen myötävaikutusvaatimus», »yhdenaikaisuus-

»tervehtiä ilolla». Ks. po. normin oikeuspoliittisesta arvostelusta *Kalha*, DL 1954 s. 98; *Rautiala*, Testamentin tekemisestä s. 53.

⁷³ Ks. esim. *Ask*, II s. 9 ss.; *Enneccerus—Nipperdey*, II s. 653 ss.; *Loewe*, s. 24 ss.; *Schneider*, s. 40 ss.; *Ussing*, s. 105 ss.

⁷⁴ *Kivimäki*, s. 94 ss.

⁷⁵ *Ekström*, s. 696 ss.

⁷⁶ *Hernberg*, s. 213 ss., s. 230 ss.

⁷⁷ *Kaila*, Pääkohdat s. 194.

⁷⁸ *Kopponen*, s. 147 käyttää *Telarannan* jakoa.

⁷⁹ *Montgomery*, s. 594 ss.

⁸⁰ *Telaranta*, s. 69 ss., jossa suoritettu jaotus on varsin yksinkertainen: a) solenniteettimuodot, joilla hän tarkoittaa tahdonilmaisun antamista erityistä juhlallisuutta noudattaen, ja b) yksinkertaiset määrämuodot, jotka on käsitettävä edellisten vastakohdaksi. Yksinkertaisina määrämuotoina *Telaranta* mainitsee, kaiketi esimerkkinä, kirjallisen tahdonilmaisun.

⁸¹ Tästä luokituksesta, jos mistä, voidaan tietysti olla eri mieltä. Muun muassa asetettu päämäärä ratkaisee luokituksen tarkoituksenmukaisuuden. Oikeushistoriallisessa tutkimuksessa on varmaan välttämätöntä suorittaa po. jaotus toisin kuin nykyistä oikeutta koskevassa tutkimuksessa.

⁸² Esim. *Ussing*, s. 105 ss. sisältää ryhmän »muut vaatimukset».

vaatimus» tai joitakin muita ryhmiä, jää riippumaan, kuten sanottu, yleisten periaatteiden olemassaolosta. Pääasia on, että luokitus on tarkoituksenmukainen ja mahdollisimman joustava.

5. NS. SEKAMUOTOSÄÄNNÖKSET

Kirjallisuudessa tavataan lausumia, joiden mukaan yhden ja saman muotosäännöksen noudattamattajätöllä voi olla useita eri merkityksiä.⁸³ Jos tarkastelemme eri oikeusjärjestyksiä, niin vieraita oikeusjärjestyksiä⁸⁴ kuin omaammekin,⁸⁵ tulemme pian vakuuttuneiksi tämän lausuman tietynlaisesta paikkansapitävyydestä. — Kun sanotaan, että muotosäännöksellä voi olla useita merkityksiä, kun luodaan tuollainen sekamuotosäännöksen käsite, on todennäköisesti pidetty silmällä jotakin tiettyä lainkohtaa. Jos lainpaikan ja normin (säännöksen) käsitteet samastetaan, silloin on puhuttava sekamuotosäännöksistä. Jollei niin tehdä, ei tarvitse puhua sekamuotosäännöksistä, vaan voidaan sanoa, että jokin lainpaikka sisältää useita erilaisia muotosäännöksiä. Viimeksi mainittua on muotosäännösten systemaattisessa esityksessä pidettävä tarkoituksenmukaisena. Jäljempänä ei siis puhuta mitään sekamuotosäännöksistä.

⁸³ Esim. *Burckhardt*, Einführung s. 44 ss.; *Vahlén*, s. 14: Ingenting hindrar att en formföreskrift samtidigt är en bevis- och en solennitetsregel.

⁸⁴ Ruotsissa esimerkiksi tulkitaan MK 1:2:ta, joka siellä vieläkin on vuoden 1734 lain alkuperäisessä muodossa, siten, että kirjallisuuskaavan noudattamattajätöstä on seurauksena sopimuksen pätemättömyys. Kaavan lähemmästä sisällöstä ei ole päästy yksimielisyyteen. Sen sijaan todistajia koskeva vaatimus on epävarsinainen muotovaatimus. Todistajat ovat yksinomaisia todistuskeinoja, jos sopimuksen todellisuus kielletään. Jokseenkin samoin tulkittiin aikaisemmin vastaavia testamentintekosäännöksiä. Ks. edellisen johdosta esim. *Almén*, Om auktion II s. 280 ss.; *Ask*, II s. 116 ss.; *Ekeberg TFR*, 1937 s. 481 ss., *SvJT* 1925 s. 1 ss.; *Undén*, Om vittnen s. 20 ss. Ks. lisäksi *Holmbäck*, s. 42 ss.; *Karlgren*, *SvJT* 1937 s. 392 ss.; *SOU* 1947:38, s. 145 ss., s. 154 ss.; *Vahlén*, s. 57 ss.

⁸⁵ AL 66 §:n noudattamattajätön merkitys ei kaikissa siinä mainituissa tapauksissa voine olla sama, vaikka po. lainkohdassa sanotaankin »jotta ne olisivat päteviä». Näin on asianlaita ainakin AL 60 §:ssä mainitun luettelon suhteen. Ks. AL 60 §: »Milloin omaisuudesta tulee riitä, ratkaisee oikeus, mikä todistusvoima luettelolle on annettava.»

6 §. YKSI- JA KAKSIPUOLISET MUOTOSÄÄNNÖKSET

A. Luokituksen tarkoituksenmukaisuus. Sopimuksen »kaksipuolisuus», tahdonilmaisujen yhtyminen (*consensus*), herättää kysymyksen, koskeeko muotosäännös aina molempia tahdonilmaisuja.¹ Onko siis molempiin tahdonilmaisiin nähden noudatettava sopimuksesta annettua muotosäännöstä?

Esitettyyn yleiskysymykseen on vastattu aikojen kuluessa eri tavoin. Vanhemmassa kirjallisuudessa näyttää pidetyn suorastaan itsestään selvänä, että muotosäännöksen tuli koskea molempia tahdonilmaisuja.² Tämä käsitys perustui lähinnä ns. *sopimuksen yhtenäisyysoppiin*.³ Mainitun opin ajatuksena oli, että sopimus, joka ei sitonut toista sopimuskumppania, ei voinut sitoa toistakaan. Tältä kannalta, niin kuin *Ailio*⁴ lausuu, »oli niin luonnollista, että molemminpuoliset tahdonilmaisut, jotka olivat sellaisessa riippuvaisuussuhteessa, myös oli puettava samaan ulkoiseen asuun: jos toinen vaati määrättyä muotoa, oli se ulotettava toiseenkin».

Sopimuksen yhtenäisyysopilla ei kuitenkaan voi olla mitään merkitystä muotosäännöksen molemminpuolisuuskysymykseen nähden⁵ ja

¹ Kysymys muotosäännöksen yksi- tai kaksipuolisuudesta ei koske muodollista sovellutusalaa. Problematiikan selvyiden vuoksi on tarkoituksenmukaista pitää po. kysymykset erillään.

² Esim. *Ask*, II s. 116 ajattelee seuraavasti: kauppa on kontrahti, ilmaus kahdesta yhtäpitävästä tahdosta. Jos kauppa on tehtävä kirjallisesti, niin ankarasti ottaen molempien sopimuskumppanien tulisi allekirjoittaa kauppakirja. Muussa tapauksessa vain toinen sopimuskumppani on ilmaissut tahtonsa po. tavalla. Ks. lisäksi erit. *Almén*, Om auktion II s. 284 av. 4 olevia viitteitä.

³ Tämän toteavat mm. *Ailio*, LM 1923 s. 139 ss.; *Almén*, Om auktion II s. 284; af *Hällström*, JFT 1932 s. 293.

⁴ *Ailio*, LM 1923 s. 139.

⁵ af *Hällström*, JFT 1932 s. 293: Emellertid är det så, att denna lära varken har eller ens haft något samband med frågan om formkravets gestaltning.

se onkin jo viime vuosisadan vaihteessa aivan yleisesti hylätty.⁶ Sillä ei siis voida perustella muutosäännösten molemminpuolisuusajatusta.

Ehdottomasta muutosäännösten molemminpuolisuusajatukselta on luovuttu kirjallisuudessa varsin yleisesti. Niinpä jo eräät maineikkaat pandektologit opettivat, että vain »velvoittautuvan» sopimuskumppanin tuli allekirjoittaa kirjallinen sopimus.⁷ Onpa tämän opin mukainen normi legalisoitu Sveitsin OR 13 artiklassa.⁸

Nykyisin lähdetään yleisesti siitä, ettei mikään periaatteessa estä muutosäännösten yksipuolisuutta.⁹ Ulkomaisista oikeusjärjestyksistä voimme varsin helposti löytää yksipuolisia muutosäännöksiä.¹⁰ Eivät ne ole tuntemattomia meidänkään oikeusjärjestyksemme osalta. Niinpä lahjanlupausta koskeva LahjaL 1 § sisältää yksipuolisen muutosäännöksen.¹¹ MVL 1 § on erään oikeustapauksen valossa yksipuolinen.¹²

⁶ Ks. po. opista esim. Ailio, LM 1923 s. 139 ss.; Almén, Om auktion II s. 106 av. 2, s. 216 av. 1; Vahlén, s. 72 ss. — Ks. lisäksi jaotusta yksipuoliseen ja kaksipuoliseen pätemättömyyteen jäljempänä 9 §:n 58 av. kohdalla.

⁷ Almén, Om auktion II s. 284 av. 4 sisältää kirjallisuuskatsauksen. Siitä käy ilmi, että saksalaisessa kirjallisuudessa vaadittiin kaksipuolisuutta. Myöhemmin eräät pandektologit (mm. Brunner, Regelsberger, Windscheid) esittivät, että ainoastaan velvoittautuvan pitää allekirjoittaa sopimus.

⁸ OR 13 art.: Ein Vertrag, für den die schriftliche Form gesetzlich vorgeschrieben ist, muss die Unterschriften aller Personen tragen, die durch ihn verpflichtet werden sollen. Ks. tästä esim. Becker, s. 60 ss.; Oser—Schönenberger, s. 96 ss.; Tuhr—Siegwart, I s. 225 ss.

⁹ Näin Vahlén, s. 61. Ks. lisäksi Ekström, s. 698; Seth—Karlgrén, s. 140; Söderhjelm, JFT 1933 s. 213 ss.

¹⁰ Esim. Ruotsissa tulkitaan vuoden 1734 MK 1:2:ta siten, että se kiinteistönkaupassa koskee vain myyjän tahdonilmaisua. Ks. esim. Almén, Om auktion II s. 280 ss.; Undén, II:1 s. 102 ss.; Vahlén, s. 59 ss. Ks. muista Ruotsin yksipuolisista muutosäännöksistä esim. Schmidt, Ågareförbehåll s. 165, Kollektiv arbetsrätt s. 93 ss. Ks. Saksan BGB osalta 518, 761, 766 ja 780 §, joita von Tuhr, II:1 s. 498 pitää yksipuolisina; Sveitsin osalta ks. edellä av. 8 mainittua. Ks. lisäksi Loewe, s. 39 ss.; Schneider, s. 51 ss.

¹¹ Ks. Hakulinen, Velkakirjalaki s. 249; Marks von Württemberg—Sterzel, s. 161. Näin selvästi Saksan oikeuden osalta von Tuhr, II:1 s. 498 (BGB 518 §) ja Sveitsin oikeuden osalta Oser—Schönenberger, s. 96 (OR 243 art.)

¹² MVL:n mukaisen maanvuokrasopimuksen osalta kysymys on varsin riidanalainen, huolimatta MVL 1 §:n sanonnasta, että »sopimus... on... vuokranantajan, vuokramiehen ja todistajien allekirjoitettava». Haatajan mielestä sopimuskumppanien allekirjoitukset eivät olisi ollenkaan tarpeen (Vuokran käsite s. 67 ss.; Maanvuokraoikeus, s. 44). KKO 1953 II 152: Maanvuokrasopimus katsottu päteväksi vaikka siitä puuttui vuokramiehen allekirjoitus. Vallitseva mielipide sen sijaan vaatii molempien sopimuskumppanien allekirjoituksen, ks. esim. Chydenius, KR II

Esimerkkiluetteloa voidaan täydentää muillakin tapauksilla.¹³ — Uusimassa kirjallisuudessaamme tapaa vielä lausumia, joissa esitetään ajatus muutosäännösten ehdottomasta kaksipuolisuudesta.¹⁴

Yhteenvetona edellä lausutusta voidaan todeta, että meidänkin oikeusjärjestyksemme tuntee sekä yksipuolisia että kaksipuolisia muo-

s. 65; *Hällfors*, s. 27 verrattuna s. 30; *af Hällström*, JFT 1932 s. 294; *Ståhlberg*, s. 35 ss.; *Telaranta*, s. 75 ss. — Po. KKO:n ratkaisu selittyy siitä, että vuokramies oli saanut kiinteistön hallintaansa, mikä oikeustosiasiassa MVL 63 §:n mukaan paikkaa muotovirheen. Vaikka KKO:n ratkaisun lopputulosta onkin pidettävä oikeana, on sen perusteena virheellinen oikeusohje. Ks. kysymyksestä lähemmin *Grönvall*, *Vuokra* s. 86 ss.; *Karlgren*, *Nullitet* s. 251; *Ståhlberg*, s. 187; *Wrede—Caselius*, I s. 337. Vrt. *Hernberg*, s. 173; *Kivimäki*, s. 79, jossa MVL 63 §:ää tarkastellaan esisopimusnormina. Vrt. vielä *Lumiala*, DL 1933 s. 9. Huomaa tässä yhteydessä KKO 1931 II 182: A, joka suullisella välipuheella oli saanut vuokralle erään tilan, vaati välipuheen vahvistamista kirjalliseksi. Koska A, joka 1917 tai 1918 oli suullisen sopimuksen mukaan ryhtynyt tilan vuokraajaksi, MVL 63 §:n nojalla olisi ollut oikeutettu 10 vuoden aikana nauttimaan vuokraoikeuttaan hyväkseen, mutta tuo määräaika jo oikeudenkäynnin alkaessa oli kulunut umpeen, hylättiin kanne.

¹³ Suorastaan »klassillisena» voidaan pitää kysymystä kiinteistön luovutuksesta. Vallitseva mielipide kiinteistökauppaan nähden on vaatinut kaksipuolisuutta, ks. esim. *Ekström*, s. 698 av. 3; *Hakulinen*, *Luovutus* s. 131 ss.; *Hernberg*, s. 214; *af Hällström*, JFT 1932 s. 292 ss.; *Kauppi*, *Osakeyhtiön* nimessä s. 72 ss.; *Kivimäki*, s. 94 av. 2; *Pehkonen*, LM 1918 s. 159; *Serlachius*, s. 131; *Telaranta*, s. 77; *Voipio*, LM 1914 s. 233; *Wrede—Caselius*, I s. 245. Toisin sen sijaan *Ailio*, LM 1923 s. 139; *Chydenius*, KR I s. 23 ss. Ks. myös *Lagerlöf—Kauppi*, s. 87. Oikeuskäytäntömme on ollut valitsevan mielipiteen kannalla. Sen suhteen viitataan edellä olevaan kirjallisuuteen. — Kiinteistökauppaan nähden mielipide on jo vakiintunut, mutta ei lahjoitukseen nähden. Lahjansaaajan allekirjoitusta eivät vaadi mm. *Ailio*, LM 1923 s. 142; *Chydenius*, KR I s. 23 ss. ja LM 1919 s. 27; *Hakulinen*, *Luovutus* s. 132; *Serlachius*, s. 147. Toisin *af Hällström*, JFT 1932 s. 363 ss.; *Rautiala*, *Holhousioikeus* s. 210 ss.; *Wrede—Caselius*, I s. 255. Ks. lisäksi *Lagerlöf—Kauppi*, s. 102; *Palmgren—Olsson*, s. 148 verrattuna s. 138. Oikeuskäytäntömme on horjuva. Ks. *af Hällström*, JFT 1932 s. 367 ss. ja *Rautiala*, *Holhousioikeus* s. 210 av. 502 mainittuja oikeustapauksia.

¹⁴ Esim. *Hernberg*, s. 214; *Rautiala*, LM 1944 s. 541: »Avioehtosopimus on kaksipuolinen oikeustoimi, mistä johtuu, että molempien sopimuspuolten tahdonilmaisun on oltava kirjallinen», sama, *Avioliitto-oikeus* s. 260: »Nimitys avioehtosopimus osoittaa, että sen täytyy olla molempien puolisoitten allekirjoittama»; *Telaranta*, s. 74: »Asian luonteesta taas johtuu, kun on kysymys kirjallisesta sopimuksesta, että molempien tahdonilmaisujen tulee sisältyä samaan asiakirjaan». Ks. lisäksi *Huttunen*, s. 85; *Kivimäki*, s. 94. Kivimäen täytynee katsoa edustavan kaksipuolisuutta, sillä hän sanoo: »Jos sopimuskirjaa laaditaan vain yksi kappale, on molempien sopijapuolien se allekirjoitettava, jos useampia, riittää, että jokainen allekirjoittaa vain toisille tulevat kappaleet.» — Väitetään, että Saksan BGB 126 § 2 mom. sisältää kaksipuolisuusperiaatteen. Ks. esim. *Almén*, *Om auktionen* II s. 284 av. 4; *Schneider*, s. 52; vrt. *Loewe*, s. 40 ss.

tosäännöksiä. Tämän johdosta on muotosäännökset luokiteltava yksipuolisiin ja kaksipuolisiin muotosäännöksiin.¹⁵

B. Kaksipuolisuus — pääsääntökö? Muotosäännökset on edellä luokiteltu yksipuolisiin ja kaksipuolisiin muotosäännöksiin. Sen perusteella, mitä aikaisemmin on lausuttu, herää kysymys, onko muotosäännösten kaksipuolisuus ns. pääsääntö.

Kysyttäessä, mikä on ns. pääsääntö, joudutaan kahden merkittävän probleemin eteen. Ensimmäinen koskee pääsäännön merkitystä yleensä ja toinen pääsäännön tutkimisen metodia. Jos sanotaan, että kaksipuolisuus on pääsääntö, luettelematta poikkeuksia, ei ole lausuttu muuta kuin eräänlainen tilastollinen todennäköisyysarvostelma. Se ei siis vapauta harkinnasta in casu. Jos taas mainitaan kaikki poikkeukset, merkitsee se, että jokainen yksityistapaus on täytynyt tutkia. Tällaisen induktiivisen tutkimuksen suorittaminen on useinkin käytännöllisesti mahdotonta. Tähän vedoten ei kuitenkaan saa jättää probleemia ratkaisematta. Vaikka näet kaikkia yksityistapauksia ei tutkittaisikaan, voidaan usein esittää näkökohtia, jotka vaikuttavat kussakin yksityistapauksessa.

Lähtökohtana on pidettävä sitä, että kysymys muotosäännösten yksitai kaksipuolisuudesta on ratkaistava kussakin tapauksessa erikseen.¹⁶ Muuten suoritetaan tarpeettomia yleistyksiä. Yksityistapausten ratkaiseminen ei ole suinkaan helppoa. Jo sen seikan selvittäminen, onko jokin oikeustoimi sopimus vai ei, on varsin vaikeaa. — Mitä sitten tulee yksityistapauksissa vaikuttaviin näkökohtiin, on ensinnäkin syytä korostaa, että eräänlainen luontainen ajattelu puoltaa kaksipuolisuutta. Onhan näet »maallikkomaisesti ajatellen» jokseenkin luonnollista, että molemmat sopimuskumppanit allekirjoittavat sopimuksen eikä ainoastaan toinen. Tätä käsitystä tukevat myös muotosäännösten tarkoitukset. Muotosäännöksillä pyritään mm. täsmentämään sopimuksen solmimishetki, jotta sitomattomat neuvottelut voitaisiin erottaa lopullisesta sopimuksesta.¹⁷ Jos toisen sopimuskumppanin ei tarvitse noudattaa oman

¹⁵ Ks. esim. *Loewe*, s. 39 ss. »einseitige-zweiseitige Schriftlichkeit»; *von Tuhr*, II: 1 s. 460 av. 13 »einseitig», s. 521 »beiderseitig»; *Tuhr—Siegwart*, I s. 224 »einseitig-zweiseitig».

¹⁶ Vrt. *Hakulinen*, *Luovutus* s. 132; *af Hällström*, *JFT* 1932 s. 294, jossa lausutaan, että vain silloin, kun laissa nimenomaan mainitaan, voidaan luopua kaksipuolisuusvaatimuksesta; *Vahlén*, s. 61 lausuu taas yksipuolisuudesta, että sellaista ei ilman muuta voida olettaa, jos laki määrää, että sopimus on tehtävä kirjallisesti.

¹⁷ Ks. jäljempänä 14 § 132 av. lausuttua.

tahdonilmaisunsa osalta muutosäännöstä, jää hänen kohdaltaan avoimeksi, onko hän antanut sopimuksen sitovuudelle välttämättömän tahdonilmaisunsa.¹⁸ Kysymyksen ratkaisussa on otettava huomioon myös, millä tavoin sopimus velvoittaa sopimuskumppaneita.¹⁹ Lisäksi on huomio kiinnitettävä kaikkiin muihin tulkinnallisiin näkökohtiin.

Edellä esitettyä taustaa vasten voidaan sanoa, että muutosäännösten kaksipuolisuus on meidän oikeusjärjestyksessämme yleistä. Tämä ei kuitenkaan vapauta harkinnasta in casu. Muutosäännös saattaa siis olla yksipuolinenkin. Tässä yhteydessä on syytä huomauttaa, että kun *asiakirjaa* laaditaan *useita kappaleita*, riittää joskus, että kumpikin sopimuskumppani allekirjoittaa vain toiselle tulevan kappaleen. Jos näin on asianlaita,²⁰ ei tämä merkitse, että muutosäännös on yksipuolinen. Kysymys on kaksipuolisen muutosäännöksen kirjallisuuskaavan allekirjoittamismuodollisuudesta tuollaisessa »erikoistapauksessa», mikä käytännöllisessä oikeuselämässä on erittäin yleistä.²¹

¹⁸ Ks. *Hakulinen*, Luovutus s. 131 olevia perusteluja.

¹⁹ Ks. edellä av. 7—8 kohdalla lausuttua.

²⁰ Milloin näin on asianlaita, voidaan ratkaista vain kussakin tapauksessa erikseen. Esim. kiinteistön kauppakirjan jokainen kappale on molempien sopimuskumppanien allekirjoitettava. Näin A julkisista kaupanvahvistajista 3 § sekä mm. *Hakulinen*, Luovutus s. 145 ss.; *Serlachius*, *Sakrätt* s. 131 ss.; *Wrede-Caselius*, I s. 245; samoin Ruotsin oikeuden osalta *Vahlén*, s. 64. Vrt. *Almén*, Om auktion II s. 281 av. 6; *af Hüllström*, JFT 1932 s. 308.

Saksan BGB 126 §:ssä säädetään mm.: Werden über den Vertrag mehrere gleichleutende Urkunden aufgenommen, so genügt es, wenn jede Partei die für die andere Partei bestimmte Urkunde unterzeichnet. Varmaan tämän §:n perusteella meilläkin on esitetty vastaavia mielipiteitä. Näin mm. *Kivimäki*, s. 94. Vrt. *Telaranta*, s. 74. Ks. lisäksi *Loewe*, s. 38 ss.; *Schirrmeister-Prochownick*, s. 62 ss.; *Schneider*, s. 52 ss.

²¹ *Loewe*, s. 38 katsoo tämän säännöksi.

7 §. KILPAILEVAT MUOTOSÄÄNNÖKSET

A. Muotojen kilpailusta yleensä. Muotosäännökset kilpailevat usein toistensa kanssa siitä, mitä säännöstä on sovellettava kulloinkin kysymyksessä olevaan sopimukseen. Tätä kilpailua voidaan luokitella useilla eri perusteilla. Yksi luokitteluperuste on kilpailussa sinänsä. Tätä tietä voidaan suorittaa luokittelu *varsinaiseen konkurrenssiin* ja *epävarsinaiseen konkurrenssiin*. Edelliseen ryhmään katsotaan kuuluvan kysymykset muotosäännösten ajallisesta¹ ja paikallisesta² kilpailusta, yleis- ja eri-

¹ Meidänkin lainsäätäjämme ovat noudattaneet periaatetta, että muotoon nähdén on sovellettava tekoajan lakia, joka ilmaistaan sääntönä »*tempus regit actum*». Esim. PK 16:11: »Ennen tämän lain voimaantuloa tehtyyn testamenttiin sovelletakoon aikaisemman lain säännöksiä. Älköön sellaista testamenttia kuitenkaan pidettävä pätemättömänä, ellei se olisi pätemätön tämän lain mukaan.» Mikään ei tietysti estä lainsäätäjää määräämästä toisin, ks. esim. MVL 652 §. — Jollei laissa ole säädetty mitään kysymyksestä, täytynee — ainakin varsinaisten muotosäännösten osalta (ks. Oser—Schönenberger, s. LI) — pitää tempus regit actum -periaatetta lähtökohtana, sillä oikeusvarmuuden kannalta on arveluttavaa julistaa pätemättömiksi oikeustoimet, jos ne ovat aikaisemman lain mukaan olleet päteviä, mutta eivät vastaa uuden lain muotovaatimuksia. Ks. esim. Alanen, s. 128; Ekström, s. 110 ss.; Hakulinen, Velkakirjalaki s. 268; Montgomery, s. 130 ss.; Ylöstalo, Moite s. 157 ss. Ks. lisäksi Becker, s. 52; Oser—Schönenberger, s. XLIX ss.; Schneider, s. 86 ss.

Jos varsinaista muotosäännöstä helpotetaan, herää kysymys, onko aikaisemman lain mukaan muotovirheellistä sopimusta pidettävä pätevänä, jos se on uusien muotomääräysten mukainen. Onko siis sääntöä »*tempus regit actum*» sovellettava kirjaimellisesti, ellei kysymystä ole lainsäädäntöteitse järjestetty. Lähtökohtana on tarkoituksenmukaista pitää säännön johdonmukaista soveltamista. (Ks. esim. Ekström, s. 110; Montgomery, s. 131; Schneider, s. 86. Testamentin osalta puoleltaa vastakkaista sääntöä mm. Ylöstalo, Moite s. 157 ss. Tällainen periaate säädettiinkin PK 16 luvun muuttumisen yhteydessä.) Lähtökohdasta voidaan poiketa, milloin erinomaiset syyt puoltavat sitä.

² Vanhemmassa kirjallisuudessa vaadittiin sovellettavaksi sopimuksen tekopai-kan muotosäännöksiä »*locus regit actum*» -periaatteeseen vedoten. Tällaista ehdotonta sääntöä ei kuitenkaan voida asettaa. Nykyisin korostetaan säännön fakulta-tiivisuutta. Ks. po. periaatteesta esim. Alanen, s. 253 ss.; Ekström, s. 153 ss.; sama, Sju uppsatser s. 69 ss.; Hernberg, s. 21 ss.; Montgomery, s. 158 ss.; Raninen, Vahvistuskirje s. 63 ss.; Rekola, Vanhentuminen s. 443 ss., erit. av. 8; Ylöstalo, Tulkinta s. 88 ss. Ks. lisäksi Schneider, s. 88 ss.; Walker, s. 189 ss.; Zitelmann, II s. 143 ss.

koisnormin ristiriitatapaukset³ sekä erityyppisten normien tyyppikollisiot.⁴ Näitä kysymyksiä ei ole syytä tarkastella tässä yhteydessä. Sen sijaan huomio kiinnitetään epävarsinaiseen konkurrenssiin.

Epävarsinainen konkurrenssi on aina muutosäännöksen menettelytapakaavojen tai muodollisuuksien »kilpailua». Epävarsinaista se on siksi, että tällöin on kysymyksessä muutosäännöksen menettelytapakaavojen tai muodollisuuksien vaihtoehtoisuus. Muutosäännöksen vaihtoehtoisuudessa on tarkoituksenmukaista erottaa muutosäännöksen valinnaisuus (*valinnaiset muutosäännökset*)⁵ ja korvattavuus (*korvattavat muutosäännökset*).⁶ Edellisessä tapauksessa vaihtoehtoisuus on avointa. Vaihtoehtoisuus ilmenee itse muutosäännöksestä. Jälkimmäisessä tapauksessa vaihtoehtoisuus sen sijaan on problemaattista, vain tulkinnan varassa.

³ Tapaukseen on sovellettava sääntöä »*lex specialis derogat legi generali*», erikoislaki syrjäyttää yleislain (ks. *Honkasalo*, II s. 251, jossa kysymystä on käsitelty rikosoikeuden kannalta). Vrt. *Esser*, s. 23: Beim Zusammentreffen mehrerer Formerfordernisse gilt das strengere.

⁴ Jos esim. legaalinen ja yksityisautonominen muutosäännös ovat todellisessa ristiriidassa, ratkeaa kilpailu yleensä edellisen hyväksi, koska legaaliset muutosäännökset ovat yleensä pakottavaa (absoluuttista) oikeutta (ks. *af Hällström*, JFT 1932 s. 311). Jos sen sijaan yksityisautonomisessa muutosäännöksessä on vain lisätty legaalisen muutosäännöksen menettelytapakaavoja tai muodollisuuksia, ei voitane puhua mistään ristiriidasta ja tällöin on noudatettava yksityisautonomistakin muutosäännöstä.

⁵ Termiä valinnaisuus eli alternatiivisuus käyttävät muutosäännösten yhteydessä mm. *Arnholm*, s. 116 av. 1; *Hakulinen*, Luovutus s. 102; *Nybergh*, JFT 1955 s. 298; *von Tuhr*, II:1 s. 497; *Tuhr—Siegwart*, I s. 222; *Wrede—Heinonkoski*, s. 104; *Ylöstalo*, Moite s. 149 ss.

Varsinkin vanhemmassa kirjallisuudessa katsottiin muutosäännökseksi ainoastaan sellainen normi, jossa sopijakumppaneilla oli käytettävissään vain yksi menettelytapakaava. Kaikki valinnaisuus oli siis pois suljettu. Lienee selvää, että tällainen käsitys on epätarkoituksenmukainen. Ks. mainituista käsityksistä esim. *Ask*, I s. 2 ss.; *Jhering*, s. 471 ss. lausuu mm., että vapaamuotoisessa oikeustoimessa esiintyy valinnaisuutta, während das formelle Geschäft jede Wahl und Freiheit ausschliesst. — *Ekström*, s. 693 katsoo muutosidonnaisuuden voivan olla eriasteista. Siinä tapauksessa, että laki sulkee pois jonkin muodon käytön tai rajoittaa menettelytapakaavojen käytön pieneen määrään niitä, pitää *Ekström* oikeustointa määrämuotoisena rajoitetussa mielessä (»i en inskränkt mån formbundna»). Tämä käsitys ei ole tarkoituksenmukainen. Kun valinnaisuus hyväksytään, se on aivan tarpeeton.

⁶ Kirjallisuudessa samastetaan usein muutosäännöksen korvattavuus ja valinnaisuus. Ks. esim. *Oser—Schönenberger*, s. 90; *Nybergh*, JFT 1955 s. 298 verrattuna s. 300; *von Tuhr*, II:1 s. 497; *Tuhr—Siegwart*, I s. 222. Toisin *Schneider*, s. 77, joka ei pidä valinnaisuutta todellisena korvausmahdollisuutena. — On totta, että jos toi-

Muutosäännösten *valinnaisuus* on usein ilmaistu käyttämällä taiseinaa. Esimerkkeinä mainittakoon PK 16: 4:n ja OK 15: 4:n sisältämät muutosäännökset.⁷ Myös muunlaisia ilmaisuja esiintyy.⁸ Pääasia kuitenkin on, että vaihtoehtoisuus on avointa, vailla problemaattisuutta. — Valinnaismahdollisuuksien asettamisessa on joskus menty miltei rajattomiin. Tällaisina tapauksina on pidettävä niitä muutosäännöksiä, joilla sopimus on määrätty tehtäväksi »nimenomaan», »selvästi» tai »todistettavasti».⁹ Voidaanhan näet tuollaisten määräysten osalta sanoa, että melkeinpä mikä tahansa menettelytapakaava voi täyttää niissä asetetun vaatimuksen.

B. Muutosäännöksen korvattavuuden periaate. Eräistä lainsäädäntömme normeista ilmenee, että tietty menettelytapakaava voidaan korvata toisella menettelytapakaavalla. Näin on asianlaita mm. OsuuskuntaL 165 §:ssä. Jos näet osuuskunnan sääntöjen mukaan riidat eräiden henkilöiden välillä, mm. riidat osuuskunnan ja sen jäsenten välillä, on välimiesten ratkaistava, on tuollaisella sääntöjen määräyksellä sama merkitys kuin välityssopimuksella.¹⁰ Niin ikään PK 16: 2 noudattaen tehty testamentti korvaa PK 16: 4:n ns. hätätilatestamentin muutosäännökset, mutta jälkimmäinen ei korvaa edellistä. Aivan samoin on asianlaita MK 1: 2:n ja UL 5: 26:n osalta. Edellinen korvaa jälkimmäi-

nen menettelytapa korvaa toisen, niin voidaan sanoa näiden menettelytapakaavojen olevan vaihtoehtoisia. Voidaanhan niitä kumpaakin käyttää vaihtoehtoisesti. Tästä huolimatta erotan valinnaisuuden ja korvattavuuden yllä mainitulla tunnusmerkillä, jotta kysymyksen asettelu kävisi täsmälliseksi ja samalla tarkoituksenmukaiseksi.

⁷ Ns. hätätilatestamentti voidaan PK 16: 4:n mukaan tehdä »suullisesti kahden todistajan ollessa läsnä tai todistajittakin omakätisesti kirjoittamallaan ja allekirjoittamallaan asiakirjalla». — Oikeudenkäyntivaltuutus on annettava OK 15: 4:n mukaan suullisesti oikeuden edessä »taikka» on esitettävä asianomistajan avoin, sinetillä varustettu valtakirja. Ks. myös AuLapsiL 20 § sekä jäljempänä 11 ja 13 av. kohdalla mainittua, josta ilmenee, että sinetinkäytön korvaavat kahden todistajan nimi- kirjoitukset.

⁸ Ks. esim. VälimL 3 §; TyöehtoL 2 §.

⁹ Ks. edellä 4 §:n E- ja F-kohdissa lausuttua.

¹⁰ OsuuskuntaL 165 § on sikäli periaatteellisesti merkittävä, että siinä on osuuskuntien osalta *expressis verbis* lausuttu po. korvausperiaate. Muiden oikeushenkilöiden osalta kysymys on edelleenkin avoinna ja erittäin riidanalainen. Esim. *Tirkkonen*, Välimiesmenettely s. 90 ei hyväksy korvautumista. Vrt. *Bo Palmgren*, JFT 1956 s. 122. Ks. KKO 1934 II 498: korvautumista ei hyväksytty; 1950 I 24: osakeyhtiön yhtiöjärjestyksessä olevan ja osakekirjoihin merkityn määräyksen siitä, että riita osakkeiden lunastushinnasta on välimiesten ratkaistava, on katsottu sisältävän välityssopimuksen. Samoin KKO 1951 II 28 ja 6/8 1953 annettu, DL 1953 II s. 70 ss. julkaistu tapaus.

sen, mutta jälkimmäinen ei korvaa edellistä. Mainittakoon vielä eräs käytännöllisesti merkittävä korvaustapaus. Oikeuskäytäntömme on jokseenkin vakiintuneesti sillä kannalla, että OK 15:4:n sanonta »taikka hän näyttää asianomistajan avoimen, sinetillä varustetun valtakirjan» on ymmärrettävä joko aivan sananmukaisesti tai siten, että kahden todistajan allekirjoitukset *korvaavat* sinetin käytön. Silloin tällöin on Korkeimman oikeuden ratkaisuihin voittanut sellainenkin käsitys, että todistajien myötävaikutusta ei tarvittaisi avoimissa asianajovaltakirjoissa.¹¹ Vahvana argumenttina esiintyy tällöin se, että OK 15:4 ei määrää todistajien myötävaikutuksesta mitään tässä tapauksessa. Kun siis todistajista ei säädetä mitään ja kun muutosäännöksiä on tulkittava erittäin varovasti laajentaen,¹² tuntuu tuollainen perustelu kovin vakuuttavalta. Näin ei ole asianlaita, jos kysymys todistajien myötävaikutuksesta nähdään sinetinkäyttövaatimuksen korvauksena.¹³ Kun nyt laki määrää sinetinkäytön vaatien sitä, täytyy valtakirjassa olla sinetti tai sinetin korvaava todistajien myötävaikutus.¹⁴ Omalta osaltani suo-

¹¹ Ks. po. kysymyksistä *Miettinen*, LM 1954 s. 145; *Nybergh*, JFT 1952 s. 224 ss., JFT 1955 s. 298 ss.; *Bo Palmgren*, JFT 1957 s. 189 ss.; *Petäys*, DL 1932 II s. 15 ss. niissä olevine kirjallisuus- ja oikeustapausviitteineen. Ks. vielä KKO 22.2.1956, jolloin kysymys otettiin täysi-istuntoon ja siinä omaksuttiin aikaisempi kanta todistajien tarpeellisuudesta. Äänet jakaantuivat tässä plenumratkaisussa 11:10. Tapaus on julkaistu DL 1957 II s. 7 ss. Kysymys oli vuonna 1932 niin ikään täysi-istunnossa esillä (KKO 1932 I 8) ja silloin äänet jakaantuivat 12:9. Ks. KHO:n oikeuskäytännöstä mm. *Ikkala, A. K.—Honka, Olavi*: Korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisujen hakemisto 1933—1948, Helsinki 1950, s. 404 ss., sekä mm. KHO 1951 II 155, 175, 240, 318; 1953 II 19, 92, 327, 362, 363; 1954 II 98, 103, 340. Tapaukset ilmentävät jossain määrin vapaata suhtautumista. Muotomääräys ei kuitenkaan ole menettänyt kaikkea merkitystään, vaikka hallintoasioissa voidaan laajassa mitassa toimia postin välityksellä, ks. L asiakirjain lähettämisestä 26.2.1954. — Huomaa vielä KKO 1949 II 14: Sähkösanomaa, jota ei ollut laadittu siten kuin OK 15:14a §:ssä säädetään, ei hyväksytty valtakirjaksi; keskustelu, mikä suoritettiin Suomalaisen lakimiesten yhdistyksen kokouksessa 6.10.1932. Siinä »todettiin viimeaikaisesta oikeudenkäytöstä ilmenevä pyrkimys tulkita asianajovaltakirjaa koskevia säännöksiä vapaammin kuin aikaisemmin» (LM 1932 s. 240).

¹² Ks. 15 § jäljempänä.

¹³ Ks. *Nybergh*, JFT 1955 s. 300. *Nybergh* näkee kysymyksen kenties korvauskysymyksenä. Hän ei anna korvautumisajatukselle merkitystä, koska »allmänt erkänt ju, att en ovillkorlig form icke kan ersättas på annat sätt». Tämän perusteen kestävättömyys ilmenee tästä §:stä.

¹⁴ Ks. sinetin käytöstä yleensä esim. *Lilius*, s. 46, 66, 76 ss., erit. s. 93 ss., josta ilmenee mm., että todistajavaatimus hävisi 14. vuosisadalla testamentista, koska sinetti korvasi todistajat; *Nybergh*, JFT 1952 s. 226 ss.

sittelen siis joko sinettiä tai todistajien myötävaikutusta. On kyllä totta, että oikeudenkäyntivaltakirjoissa esiintyy suorastaan tekaistuja nimiä tai että nimikirjoitukset ovat »väärennetyjä». Tämän vuoksi voidaan hyvin suositella asian muuttamista lainsäädäntöteitse.¹⁵ Mainittu asiantila ei kuitenkaan voi olla kovin painava argumentti sen käsityksen puolesta, että todistajia *de lege lata* ei tarvita.¹⁶ »Vastapainoksi» voidaan näet lausua, että koska Korkein oikeutemme on omaksunut todistajavaatimuksen ja kumousesityksistä huolimatta pitänyt sitä oikeusjärjestyksemme normina, tietäisi muutoksenteke aikaisemman normin virheelliseksi-julistamista. Tähän ei ole syytä mennä, koska oikeuskäytännön vakiintuminen on sellainen arvo, jota ei käy väheksyminen.

Esimerkkeinä mainitut tapaukset herättävät kysymyksen, tunteeko meidän oikeusjärjestyksemme *yleisen korvattavuuden periaatteen*. Kysymys on aiheellinen, sillä esimerkiksi Saksan BGB:n 126 §:n 3-kohdassa on säädetty eräs yleinen korvausperiaate. Muutama sana siitä on paikallaan probleemin kaikinpuoliseksi valaisemiseksi.

Saksan BGB 126 §:ssä säädetään muun muassa: Die schriftliche Form wird durch die gerichtliche oder notarielle Beurkundung ersetzt. Tällaista säännöstä ei ole Sveitsin oikeusjärjestyksessä. Niinpä Sveitsin kirjallisuudessa on kysytty, tunteeko Sveitsin oikeus tuollaisen korvausperiaatteen. Mielipiteet ovat jakaantuneet puolesta ja vastaan.¹⁷ Myönteistä käsitystä on suositeltu sillä perusteella, että mainitunlainen julkinen kirjaamisakti täyttää paljon paremmin muutosäännösten »edut»

¹⁵ OK 15:4 on lainsäädännöllisten muutostöiden alaisena. Tarkoituksena on supistaa muotovaatimuksia. Ks. esim. *Bo Palmgren*, JFT 1957 s. 190, sekä muutostöistä yleensä *sama*, JFT 1938 s. 347 ss.

¹⁶ Vrt. kuitenkin *Nybergh*, JFT 1952 s. 224 ss., *sama*, JFT 1955 s. 298 ss.; *Bo Palmgren*, JFT 1957 s. 189 ss. — Molempien mielipiteen mukaan todistajavaatimus ei kuulu oikeudenkäyntivaltakirjan muotoon. *Palmgren* lähtee eräästä 14.7.1762 annetusta kuninkaallisesta päätöksestä, mikä on Ruotsin oikeuskäytännön pohjana, mutta mitä meillä ei ole seurattu. *Palmgren* lausuu mm., että on kohtalon leikkiä meillä ihmisillä, että *totuus*, so. ko. oikeustapaus ja sen merkitys, tulee niin myöhään esiin, jolloin se on tullut hyödyttömäksi. Niin vakuuttavalta kuin *Palmgrenin* esitys tuntuukin, on siinä mielestäni eräs perusvirhe. Tapaus on ajanjaksolta, mitä perustellusti voidaan kutsua vapaamuotoisuuden ajaksi (Ks. jäljempänä 16 §:n 2-A-kohta). Tapauksen arvon määrää tuo ajanjakso; tapaus on projisioitava siihen. Sittemmin on kehitys muuttunut ja kulkenut valtakirjan osalta kenties tarkoituksettomuuteen. Tätä ei *Palmgren* ole ottanut huomioon.

¹⁷ Esim. *Guhl*, s. 97 ja *Tuhr—Siegwart*, I s. 222 hyväksyvät korvausperiaatteen. Toisin mm. *Oser—Schönenberger*, s. 90; *Schneider*, s. 76 ss.

kuin yksinkertainen kirjallisuuskaava.¹⁸ Kielteistä käsitystä on taas perusteltu sillä, ettei voida sanoa toisen menettelytapakaavan merkitsevän enemmän kuin toinen.¹⁹

Palaamme kysymykseen, tunteeo oikeusjärjestyksemme jonkinlaisen yleisen korvausperiaatteen. Voidaan kenties ajatella, että jos toinen menettelytapakaava täyttää paremmin muutosäännöksen edut, se kykenee korvaamaan tähän päämäärään huonommin johtavan menettelytapakaavan. Tällaista yleissääntöä (*funktioarvoperiaate*) ei kuitenkaan voida hyväksyä. Tämä ei estä myöntämästä, että puheena olevaan näkökohtaan voidaan yksityisissä tapauksissa vedota, mutta vain yhtenä argumenttina. Näin on kirjallisuudessamme eräiden yksityistapausten osalta meneteltykin.²⁰ — Yleissääntöä ei siis ole mahdollista esittää noiden funktioiden punninnan nojalla. Sen punnitseminen, kumpi kahdesta muutosäännöksestä on edullisempi tai ovatko ne yhtä edullisia, on siinä määrin arvoväritteinen, ettei sitä voida jättää sanotussa laajuudessa lainkäyttäjän tehtäväksi. Se kuuluu lainsäätäjälle, joka määrää mielestään tarkoituksenmukaisimman tai tarkoituksenmukaisimmat menettelytapakaavat kutakin yksityistapausta varten. Jos lainkäyttäjälle jätettäisiin tuollainen punninta, kuljetettaisiin oikeutemme sellainen yleislauseke, joka perusteellisesti järkyttäisi yhtä muutosäännösten tärkeimmistä tehtävistä: oikeusvarmuutta. Tähän ei ole syytä mennä edes *de lege ferenda*.

Jos sopimus on tehty *tuomioistuimen edessä*, tuottaa se varsin tehokkaalla tavalla ne edut, joihin muutosäännöksillä pyritään. Tämän vuoksi on kysyttävä, tunteeo oikeutemme sellaisen yleisen korvausperiaatteen, että *tuomioistuimen edessä* voidaan solmia sopimus kuin sopimus. Korvaako tuomioistuimen edessä tapahtunut sopimuksen solmiminen muut menettelytapakaavat?

*Liliuksen*²¹ mielestä NK 11:1:ssä »lainsäätävä lausuu sen yleisen periaatteen, että *todistajain läsnäolo* voidaan korvata oikeuden edessä tapahtuvalla toiminnalla». Käsitystään Lilius perustelee erityisesti sillä,

¹⁸ Tuhr—Siegwart, I s. 222. Ks. lisäksi Schneider, s. 77, joka tämän vuoksi ei pidä Sveitsin oikeuden kantaa tyydyttävänä.

¹⁹ Oser—Schönenberger, s. 90.

²⁰ Ks. Hakulinen, Luovutus, 1 painos, s. 52 ss., 2 painoksen s. 102 oleva sanonta »riittävänä» sisältäneen myös tuon punninnan; Lilius, s. 213; Bo Palmgren, JFT 1956 s. 121; Vihma, LM 1957 s. 185. Huomaa myös mm. Ehrenzweig, I:1 s. 266 ja II:1 s. 152, missä Itävallan ABGB 886 §:n osalta lausutaan: Dies ist die strengere, höhere Gewähr bietende Form.

²¹ Lilius, s. 212 ss.

että 1734 vuoden lainsäätäjä ei esittänyt »yleisiä abstraktisia sääntöjä, vaan erityisissä konkreettisissa tapauksissa esittää yleisemmätkin periaatteet». Lisäksi hän viittaa tällaisen muodon vaikutuksiin. Lilius ei kuitenkaan esitä sääntöään aivan varauksettomana, vaan sitä »on noudatettava soveltuviissa tapauksissa». — Edellä esitettyä taustaa vasten lienee selvää, että tällainenkaan yleinen periaate ei vallitse oikeudessamme.²² Sitä ei voida johtaa muodon funktioista eikä myöskään NK 11:1:stä tai muista samankaltaisista normeista, joissa yhtenä menettelytapakaavana on mainittu mahdollisuus oikeustoimen tekemiseen tuomioistuimen edessä.²³ Muutamien yksityistapausten tarkastelu on nyt paikallaan.

Korvaako tuomioistuimen edessä annettu *testamenttia* koskeva tahdonilmaisu PK 16 luvun muutosäännökset? Aikaisemman oikeuden osalta kysymys oli riidanalainen.²⁴ Uuden PK 16 luvun osalta kysymys on selvä. Ns. julkista testamenttia ei hyväksytä, ja vastaus korvauskysymykseen on siis kielteinen.²⁵ — Voidaanko tuomioistuimen edessä tehdä *kiinteistönkauppa*? Tähänkin korvauskysymykseen on vastattava kielteisesti.²⁶ Olisi varsin outoa ajatella tuomioistuinta pitämässä kaupanvahvistajan päiväkirjaa ja lähettämässä siitä otteita, kun tällaista velvollisuutta ei ole sille nimenomaan asetettu. — Voidaanko *avioton lapsi tunnustaa* tuomioistuimen edessä? Tähänkin kysymykseen on

²² Ks. J. Serlachius, JFT 1902 s. 4 av. 1.

²³ Esim. OK 15: 4, VälimL 3 §.

²⁴ Ns. julkisen testamentin hyväksyivät mm. *Chydenius*, AR s. 200 ss.; *af Hällström*, JFT 1932 s. 307 av. 84; *Lilius*, s. 212 ss.; *Palmgren*, Siviilioikeus s. 189; *Wrede-Melander*, s. 208. Toisin mm. *Olivecrona*, s. 222 ss.; *Palmén*, s. 68 ss. Ks. lisäksi JFT 1888 s. 257 ss. olevaa keskustelua eriävine mielipiteineen sekä *Aminoff*, s. 529 ja *Walldén*, s. 181 olevia oikeustapauksia.

²⁵ Tämä käy selvästi ilmi lain esitöistä ja KKO:n asiasta antamasta lausunnosta. Näin *Rautiala*, Testamentin tekemisestä s. 34, erit. av. 29. Ks. *Rapola*, LM 1954 s. 362: »Ns. julkisesta testamentista laki ei sisällä säännöksiä, koska oikeudessa tapahtuvalle testamentin tekemiselle ei meidän oloissamme ole katsottu olevan tarvetta.»

²⁶ Näin *af Hällström*, JFT 1932 s. 307. Ks. lisäksi av. 33 mainittua. — Vrt. tässä yhteydessä KKO 1933 I 49: Sitten kun vuokranantaja ja vuokramies vuokralautakunnan edessä, jossa asia vuokra-alueen lunastamisesta oli ollut käsiteltävänä, vuokralautakunnan pöytäkirjaan otetulla ja asianosaisten allekirjoittamalla välipuheella olivat sopineet alueen luovuttamisesta vapaaehtoisella kaupalla ja kauppaehtoista, oli vuokranantaja kieltäytynyt kauppasopimusta täyttämästä, minkä vuoksi hänet velvoitettiin allekirjoittamaan kauppakirja (äänestys).

syytä vastata kieltävästi.²⁷ Avioliiton ulkopuolella syntynyttä lasta ei voida tunnustaa muutoin kuin AULapsiL 20 §:ssä säädetyin tavoin.²⁸ — Voidaanko AL 38 §:ssä mainittu puolison kirjallinen suostumus korvata tuomioistuimessa annetulla suostumuksella? Kysymykseen on syytä vastata myöntävästi. Tämän korvausmahdollisuuden perusta on AL 40 §:ssä. Siinä on tuomioistuimelle annettu valta, jos puoliso kieltäytyy antamasta suostumustaan, sallia toisen puolison ryhtyä AL 38 §:ssä mainittuihin toimiin ilman toisen suostumustakin. Kun tuomioistuimen päätös tässä korvaa toisen puolison koko suostumuksenkin, korvannee tuomioistuimen edessä annettu suostumus sille muuten kuuluvan muodon, kirjallisuusvaatimuksen.²⁹

Edellä esimerkkinä mainitut tapaukset osoittavat, että tuomioistuimen edessä tapahtuva sopimuksenteko ei yleensä korvaa muutosäännöstä.³⁰ Joskus se kuitenkin on mahdollista.³¹ Mitään yleistä periaatetta

²⁷ Näin kaiketi mm. *Caselius*, LM 1955 s. 865 ss., erit. s. 868; *Hakulinen*, LM 1950 s. 119 ss.; *Rautiala*, LM 1955 s. 621 ss.; *Wrede—Melandner*, s. 85. Näissä kaikissa puhutaan vain siitä, että tunnustamisen tulee tapahtua »asianomaisen viranomaisen edessä». (Ks. AULapsiL 20 §:n sanamuotoa, jossa käytetään po. sanoja.) — Kysymys valtuutuksen käytön mahdollisuudesta tunnustusta annettaessa on riidanalainen. Ks. erit. em. *Caseliuksen* ja *Rautialan* kirjoitukset viitteineen.

²⁸ Jos joku »tunnustaa» lapsen tuomioistuimen edessä, ei kysymyksessä tietystikään ole adoptio. Tämä johtuu siitäkin, että po. tahdonilmaisu ei tarkoita adoptiota. Niin ikään on lausuttava, niinkuin vuoden 1919 LVK ehdotuksessaan avioliiton ulkopuolella syntyneistä lapsista tekee (s. 25), että elatussopimuksen tekeminen ei tietystikään ole lapsen tunnustamista.

²⁹ Näin *Caselius*, LM 1945 s. 284; *Rautiala*, Velkasuhteet s. 119. *Caseliuksen* mukaan »tämä onkin luonnollista, sillä lain ratio — oikeusvarmuus — ei vaadi siinä enää kirjallista muotoa». Sitä vastoin esim. maanjakotoimituksessa maanmittarille annettu suullinen suostumus ei voine korvata AL 38 §:n muotomääräystä, ks. *Hakulinen*, Maanmittaus 1933 s. 85.

Jos puolison antamassa suostumuksessa on muotovirhe, on suostumusta samoin kuin suostumukseen perustuvaa »pääoikeustoimea», moitittava kuuden kuukauden kuluessa. Muunlainen tulkinta on AL 38₂ §:n valossa mahdotonta.

³⁰ Koska tuomioistuimen edessä annettu tahdonilmaisu ei yleensä korvaa muotomääräystä, on sitä suuremmalla syyllä omaksuttava käsitys, että julkisen notaarin edessä annettu tahdonilmaisu ei yleensä kykene korvaamaan muutosäännöstä. Vrt. *Caselius*, DL 1938 s. 133, missä lausutaan, että »asian luonnosta lankeaa, että säädekirja voidaan tehdä julkisen notaarin edessä»; KKO p. 1924 II 8: ulkomailta tehty oikeudenkäyntivaltakirja, mikä oli ainoastaan julkisen notaarin vahvistama, katsottiin päteväksi.

³¹ Ks. vielä *Wrede—Caselius*, I s. 153, missä katsotaan, että kiinteistön omistajan KiinnA 5 §:n mukainen suostumus on korvattavissa omistajan henkilökohtaisesti tuomioistuimen edessä antamalla suostumuksella.

poikkeukset eivät kuitenkaan ilmaise. Oikeutemme ei tunne myöskään muunlaista yleistä korvattavuuden periaatetta.³²

Asian luonteesta johtuu, että jos on noudatettu jotain väärää muutosäännöstä, joka on sisältänyt oikean muutosäännöksen menettelytapakaavat, niin tuo virheellinen muutosäännös »korvaa» oikean muutosäännöksen. Tällöin ei kuitenkaan ole syytä puhua korvautumisesta, sillä ainoastaan se, että samalla on noudatettu oikean muutosäännöksen menettelytapakaavoja, on ratkaisevaa. Niinpä, jos perinnönjako tehdään MK 1:2 muodossa, on samalla noudatettu PK 12 luvun muutosäännöksiä ja perinnönjako on toimitettu pätevästi.³³

Korvattavuuden periaatetta ei saa samastaa kysymykseen, millä tavoin muotovirheellistä sopimusta on käsiteltävä oikeudenkäynnissä. Korvattavuuden periaate koskee kysymystä, voivatko sopimuskumppa-

³² Vrt. tässä yhteydessä *Ailio*, LM 1923 s. 143 av. 2. *Ailio* esittää, että UL 5:48 sisältää erään yleisen korvattavuuden periaatteen. UL 5:48:n mukaan pakko-
huutokaupan toimittaja antaa kauppakirjan julkisena viranomaisena ja viran puolesta, eikä sitä sanotun lainkohdan mukaan tarvitse todistaa sillä tavoin, kuin MK:ssa on säädetty. *Ailio* lausuu tämän vuoksi: »Epäilemättä tässä on lausuttu sääntö, joka pitää paikkansa jokaiseen kauppakirjaan nähden, minkä julkinen viranomainen viran puolesta antaa ja jossa seurataan viranomaisen annettavien toimitusasiakirjojen muotoa.» Tämä ei pidä paikkaansa. Sen osoittavat mm. AsutusL:n 76 § ja MaanhankintaL:n 74 §. Niitä ei olisi tarvinnut säätää, jos *Ailion* esitys pitäisi paikkansa. Sitä paitsi viranomaisen käsite on oikeudessamme niin laaja (ks. esim. *Rytkölä*, LM 1955 s. 758 ss.), että sekin osoittaa lausutun yleissäännön mahdottomuuden. Kuka tahansa »nurkkakirjuri» ei näet voine antaa kauppakirjaa MK 1:2 vastaisesti.

³³ Perinnönjako ja ositus voidaan aina tehdä PK 12 luvun muutosäännöksiä noudattaen. Tämä koskee sitäkin tapausta, että perillinen tai osituksessa puoliso (tai hänen oikeudenomistajansa) »saa» koko kiinteistön. Asiaan ei vaikuta, mitä varoja saaja käyttää muiden osuuksien lunastamiseen. Näin mm. *Hakulinen*, Luovutus s. 102, s. 106 ss. (vrt. esim. *sama*, LM 1945 s. 35); *Heikonen*, Perinnönyhteys II s. 101 ss., *sama*, DL 1940 s. 340, LM 1948 s. 280, DL 1949 s. 192 ja DL 1949 II s. 68; *Rautiala*, Ositus s. 278 ss., *sama* teoksessa *Casélius—Rautiala*, s. 149. Näin myös KKO 1944 II 218; 1949 II 283; 1951 II 152. Ks. lisäksi *Alkio*, LM 1946 s. 4 ss. Tämä on katsottava myös KHO:n kannaksi. KHO katsoo perinnönjaon yhteydessä tehdyn »luovutuksen» sellaiseksi, josta on suoritettava leimaveroa tietyissä tapauksissa (ks. kysymyksestä esim. *Alkio*, em. kirjoitus; *Heikonen*, DL 1940 s. 321 ss.). Kun saantokirjan muodostaa perinnönjako- tai ositus sopimus, on se varustettava leimamerkein. Tällaista vaatimusta ei tietenkään voida esittää, ellei »luovutusta» katsota päteväksi. — Joka katsoo perinnönjaossa olevan kysymyksessä kiinteistön luovutuksen, joutuu turvautumaan MK 1:2:n korvattavuuden ajatukseen pitäessään PK 12 luvun muutosäännöksiä riittävinä. Ks. *Hakulinen*, em. viitteitä ja LM 1955 s. 367.

nit solmia sopimuksen jollakin muulla tavoin, kuin muotomääräys vaatii, eikä sitä, miten tuomioistuimen on suhtauduttava oikeudenkäynnissä muotovirheelliseen sopimukseen.³⁴

Korvattavuudella on merkitystä eräissä yksityistapauksissa. Mitään yleistä periaatetta ei voida esittää. Korvattavuuskysymyksille on varsinkin meillä uhrattu kovin vähän huomiota. Tämä ei ole tarkoituksenmukaista. Korvattavuuskysymyksien edellyttämästä näkökulmasta voidaan valottaa eräitä muotoprobleemoja sangen hyvin.

³⁴ Kirjallisuudessa esitetään yleisesti, ettei oikeuden päätös voi korjata muotovirhettä, jos se johtuu varsinaisesta muutosäännöksestä. Vaikka *asianosaiset tunnustaisivat* esim. kiinteistönkaupan tapahtuneeksi, ei se tee saantoa päteväksi. Näin mm. *Ailio*, LM 1923, s. 149; *Hakulinen*, Luovutus s. 34; *af Hällström*, JFT 1932 s. 314; *Vahlén*, s. 93; *Zitting*, LM 1956 s. 565 ss. Ks. myös KKO 1951 II 57, missä lausutaan nimenomaan, ettei oikeustoimen määrämuodon puutteellisuus ollut tuomioistuimen toimenpitein korjattavissa. Ks. vielä jäljempänä 14 §:n av. 93 kohdalla lausuttua.

Johdonmukaista lausutun kanssa on, että *sovintoa* ei saa vahvistaa, jos sovinto on tehty vapaamuotoisesti, varsinaista muutosäännöstä noudattamatta. Näin *Oser-Schönenberger*, s. 87. Ks. KKO 1955 II 43: Kun asianosaisten tekemää sovintoa, johon sisältyi mm. määräys kiinteistönkaupan purkamisesta, ei ollut tehty siinä järjestyksessä, kuin laissa on säädetty kiinteistön luovutuksesta, pyyntö sovinnon vahvistamisesta jätettiin huomiotta. Ks. myös KKO 1955 II 97, jossa kiinteistöä koskeva sovinto vahvistettiin, kun siinä ei ollut kysymys kiinteistönkaupan teosta tai purkamisesta, vaan materiaalsen virheen (OikTL 31 §) synnyttämästä moiteoikeudesta luopumisesta. Vrt. sen sijaan *Dernburg*, I s. 459; *Schneider*, s. 18 ss. — Huomaa *Hakulinen*, SvJT 1946 s. 746.

8 §. ERAIDEN KIRJALLISUUDESSA ESIINTYVIEN LUOKITUSTEN ARVOSTELUA

A. Solenniteettimuodot. Kirjallisuudessa on käsitteellä solenniteettimuoto tai -muutosäännös vahva jalansija. Se esiintyy ennen kaikkea saksankielisessä ja pohjoismaisessa kirjallisuudessa.¹ Voidaan hyvin perustein kysyä, eikö jo ole aika luopua mainitun käsitteen käytöstä ainakin suomenkielisessä kirjallisuudessa.

Solenniteettikäsite on muodostunut kirjallisuudessa sangen monimerkityksiseksi. Vanhimmassa kirjallisuudessa sanonnalla on usein tarkoitettu ainoastaan muutosäännöksen laatua.² Jos muutosäännös on juhlallinen, sanotaan muutosäännöstä latinalaisittain solenniksi.³ Varsinkin uudemmassa saksankielisessä kirjallisuudessa näyttää solenniteettimuodon käsite saaneen tarkan teknillisen merkityksen. Solenniteettimuutosäännöksellä tarkoitetaan sellaista muutosäännöstä, jonka noudattamatta jäämisen oikeusvaikutuksena on pätemättömyys.⁴ Näin ei ole asianlaita pohjoismaisessa kirjallisuudessa. Tämä koskee ennen kaikkea käsitettä solenniteettitodistajat. Heidän tehtäviään ja ominaisuuksiaan koskevat erimielisyydet tuntuvat juontuvan varsin kauas

¹ Ainakin ranskalaisessa kirjallisuudessa on solenniteettimuodon ja varsinkin solenniteettitodistajien käsitteen käyttö vähemmän tavallista. Sen sijaan sopimusten luokittelussa solenniteetti-sanalla on vakiintunut asema (»contrats solennels»). Ks. esim. *Colin—Capitant*, s. 22 ss.; *Planiol—Ripert*, s. 27 ss.

² Ks. *Völderndorff*, s. 20 ss.; Ks. lisäksi *Kopponen*, s. 147 ja *Telaranta*, s. 69 ss., jotka menettelevät näin.

³ lat. solennitas = juhlallisuus.

⁴ Ks. esim. *Dernburg*, RR I s. 168 av. 5; *Fischer*, s. 37 av. 78; *Oser—Schönenberger*, s. 90; *Schneider*, s. 8; *von Tuhr*, II: 1 s. 500 ss.; *Tuhr—Siegwart*, I s. 223. Ks. myös *Hakulinen*, *Luovutus* s. 138. Toisaalta tapaamme esityksiä, joissa ei puhuta mitään solenniteettimuodosta, kuten esim. *Burckhardt*, *Einführung* s. 41 ss.; *Esser*, s. 22 ss.; *Larenz*, s. 48 ss. Näissä ei kuitenkaan nimenomaan ole hylätty po. käsitettä.

taaksepäin ajassa.⁵ Milloin sanotaan solenniteettitodistajien olevan sellaisia todistajia, joiden yhdenaikainen läsnäolo on välttämätöntä.⁶ Toisinaan taas sanotaan, että solenniteettitodistajien on oltava esteettömiä.⁷ Toisten mielestä solenniteettitodistajien ei arvitse olla esteettömiä.⁸ Kiinteistönkaupan osalta on korostettu, että solenniteettitodistajien luonne ei suinkaan sinänsä sisällä sitä, että molempien tulisi kirjoittaa nimensä luovutuskirjaan.⁹ Testamentin todistajien esteellisyys voi aiheuttaa osittaisen pätemättömyyden.¹⁰ Sen vuoksi on lausuttu, että »todistajat eivät enää ole ns. solenniteettitodistajia, joiden esteellisyys aiheuttaisi koko oikeustoimen pätemättömyyden».¹¹ Kirjallisuudesta ei puutu solenniteettiuden määritelmiäkään.¹²

Yksinpä mainittu monimerkityksisyys saattaa solenniteetti-sanana käytön tarkoituksenmukaisuuden kysymyksenalaiseksi. Lisäksi sen käyttö on johtanut epävarmalle deduktion tielle. Kun on täytynyt ratkaista esimerkiksi sellainen yksityinen kysymys, kuin onko todistajien oltava yhtäaikaa läsnä sopimusta solmittaessa, on ensin ratkaistu kysymys todistajien »luonteesta». Ensin on tutkittu, ovatko todistajat solenniteettitodistajia. Kun tämä esikysymys on ratkaistu, on siitä dedusoitu joko todistajien yhdenaikaisuus tai päinvastainen käsitys, aina sen mukaan, katsotaanko tämän kuuluvan solenniteettitodistajien käsitteeseen. Tällaista deduktiota ei voida hyväksyä, ennen kuin käsitteen

⁵ Ks. *Amira*, s. 288 ss. Ks. lisäksi *Dernburg*, RR I s. 168 av. 5; *Latte*, s. 28 ss.; *Völderndorff*, s. 41.

⁶ Näin meillä mm. *Ekström*, s. 703; *Kivimäki*, s. 94; *Lilius*, s. 166; *Rautiala*, LM 1944 s. 543, Avioliitto-oikeus s. 261 (ks. kuitenkin 13 av. mainittua); *Wrede*, Allgemeiner Teil s. 49 vaatii aina todistajien yhdenaikaisuutta, jos heidän myötävaikutuksensa on välttämätöntä.

⁷ Näin mm. *Hakulinen*, DL 1945 II s. 88, Luovutus s. 138; *Lilius*, LM 1907 s. 48. Ks. myös *Lind*, s. 372; *Vahlén*, s. 62.

⁸ Näin mm. *Chydenius*, KR I s. 25; *Kivimäki*, s. 94; *Noponen*, Maanmittaus 1933 s. 62; *Zitting*, s. 187. Ks. myös *Undén*, Om vittnen s. 12 av. 1. Huomaa *Caselius*, DL 1926 s. 56.

⁹ cf. *Hällström*, JFT 1932 s. 325.

¹⁰ Ks. jäljempänä 11 § 1 av. kohdalla lausuttua.

¹¹ *Kalha*, DL 1954 s. 97. Ks. lisäksi *Rautiala*, Testamentin tekemisestä s. 62.

¹² *Heusler*, s. 73: Solennitäten endlich sind solche Vorkehren, welche nicht selber eine Rechthandlung darstellen, sondern bloss einem Akte eine besondere Feierlichkeit und Würde zu geben bestimmt sind, und zwar so, dass diese Handlung nur durch Anwendung der Solennität Rechthandlung, als Rechtsakt giltig wird.

sisältö on täydellisesti tutkittu.¹³ Näin on siitakin huolimatta, että kuvatuslainen päättely on harvinaisen yleistä kirjallisuudessamme.¹⁴

Kumpi on tarkoituksenmukaisempaa: luopuako solenniteettikäsitteen käytöstä vai pyrkiäkö saamaan sille tarkoituksenmukainen sisältö? Kirjallisuudessa esiintyy käsityksiä, joissa on milloin jyrkemmin,¹⁵ milloin varovaisemmin¹⁶ vastustettu tämän käsitteen käyttöä. Ainakaan selvin sanoin sitä ei ole hennottu hylätä. Omalta osaltani suosittelen puheena olevasta käsitteestä luopumista enkä siis käytä sitä. Perusteluissa ei tarvitse rajoittua vain edellä mainittuihin näkökohtiin. Lisäksi voidaan lausua, ettei oikeusjärjestyksemme ainoassakaan legaaliormissa mainita solenniteetti-sanaa.¹⁷ Jos joku tuntee tarvetta ryhmitellä nykyisen oikeusjärjestyksemme muutosäännöksiä juhlallisuuskriteerillä, hän voisi käyttää suomenkielistä juhlallisuus-sanaa. Vältettäisiin sillä solenniteetti-sanaan liittyvä monimerkityksisyys.¹⁸ Omalta osaltani en kylläkään näe sellaista lainopillista tarkoitusta, jonka vuoksi muutosäännökset nykyään olisi tarkoituksenmukaista luokitella juhlalli-

¹³ *Rautiala*, LM 1955, s. 563: »Tuskinpa on pidettävä oikeana menettelytapana, että tutkitaan ensin, onko todistajia pidettävä solenniteettitodistajina, ja sitten, jos tullaan myönteiseen tulokseen, katsotaan, että todistajille on asetettava yhtäaikaisuus- ja esteettömyysvaatimus.» Samoin *Rautiala*, Testamentin tekemisestä s. 63 av. 33.

¹⁴ Näin menettelevät mm. *Chydenius*, KR I s. 26; *Lilius*, s. 166, LM 1907 s. 48: »Itse solenniteettitodistajain juriidisesta luonteestakin johtuu kuitenkin, että todistajien juuri myötävaikuttaessaan oikeustoimen aikaansaamiseksi tulee siihen nähden olla täysin jäävittömiä.»; *Rautiala*, LM 1944 s. 543, Avioliitto-oikeus s. 261, Testamentin tekemisestä s. 27 ss.; *Telaranta*, s. 77: »Oikeustoimen solenniteettimuodosta johtunee...» Ks. lisäksi *Lind*, s. 372; *Söderlund*, SvJT 1950 s. 769; *Zitting*, s. 187: »Kysymyksessä ei ole todistus vaan solenniteettimuoto, joka periaatteellisesti ei edellytä todistajien jäävittömyyttä.»

¹⁵ *Rautiala*, LM 1955 s. 563, Testamentin tekemisestä s. 63 av. 33. Tästä huolimatta *Rautiala* dedusoi erittäin selvästi solenniteettiudesta (Testamentin tekemisestä s. 27 ss.).

¹⁶ *Undén*, Solennitetsvittnen s. 20; *Ylöstalo*, Moite s. 150 av. 29. — *Hakulinen*, Luovutus s. 138 oleva lausuma kysymyksen »teoreettisuudesta» viitanee jossain määrin tähän.

¹⁷ Tämän toteaa *Rautiala*, Testamentin tekemisestä s. 63 av. 33.

¹⁸ Kysyttäessä, miksi käsitettä solenniteettimuoto on ryhdytty käyttämään ja käytetään vieläkin oikeuskielessämme, lienee vastattava, että se johtuu useista erisyistä. Osittain siihen ovat vaikuttaneet oikeushistorialliset näkökohdat (näin *Ylöstalo*, Moite s. 150 av. 29), osittain varmaan jonkinlainen »lukkarinrakkaus» latinalaisperäistä terminologiaa kohtaan. Kenties termin kansainvälinen yleisyys on sekin osatekijä, kenties on muitakin syitä.

siin ja ei-juhlallisiin, varsinkin kun näin vapaudutaan yhdestä luokitusperusteesta, joita muutosäännösten luokituksessa esiintyy muutoinkin »omiksi tarpeiksi».

B. Symbolit. Kirjallisuudessa erotetaan joskus kaksi oikeustosi-asiaryhmää, toisaalta muodot ja toisaalta symbolit.¹⁹ Tällainen luokittelu ei ole muotojen luokittelua. Ei siis ole haluttu puhua symbolisista muutosäännöksistä, vaan muutosäännöksistä erillään pidettävistä normeista. Näin ei kirjallisuudessa kuitenkaan yleensä menetellä.²⁰ Yleensä puhutaan symbolisista muutosäännöksistä.²¹ Omalta osaltani en missään tapauksessa erottaisi symboleja omaksi oikeustosi-asiaryhmäkseen ja niitä koskevia normeja muutosäännöksistä erillään oleviksi normeiksi.

Onko sitten tarkoituksenmukaista puhua symbolisista muutosäännöksistä? Jos symbolisilla muutosäännöksillä halutaan ilmaista ainoastaan muutosäännöksen ulkonaista laatua, ei käsitteen käyttö ole millään tavoin vaarallista. Toisaalta voidaan lausua, että nykyisen oikeusjärjestyksemme muutosäännösten osalta ei ole tarpeen käyttää puheena olevaa käsitettä. Varhaisempia muutosäännöksiä sen sijaan voidaan luonnehtia symbolisiksi yhtä hyvin kuin solenneiksikin (= vain juhlallisiksi). Minkäänlaista lainopillista päämäärää tuollainen luokitus ei kuitenkaan kykene palvelemaan.

C. Muita luokituksia. Muutosäännösten laatua, luonnetta tai jotain muuta on luonnehdittu erilaisilla adjektiiveilla. Varsinkin vanhemmassa kirjallisuudessa puhutaan *negatiivisista* ja *positiivisista* muutosäännöksistä.²² Edellisillä tarkoitetaan muutosäännöksiä, joissa tietty menettelytapakaava on pois suljettu. Jälkimmäisillä taas tarkoitetaan sellaisia muutosäännöksiä, joissa sopimuskumppaneille on annettu käytettäväksi yksi tai useita menettelytapakaavoja. — Toisinaan puhutaan *yhdenkertaisista*, *kahdenkertaisista*, *kolminkertaisista* jne. muutosään-

¹⁹ Ks. *Manigk*, s. 75, jonka mukaan tällöin on kysymyksessä »ein innerer Unterschied». Ks. lisäksi *Sjögren*, *Kompendium* s. 46.

²⁰ Esim. *Heusler*, s. 68 ss., jossa todetaan lisäksi, että »Solennität und Symbol ... sind keine einander ausschliessenden Gegensätze». Ks. lisäksi mm. *Ekström*, s. 695; *Haataja*, *Käsite* s. 46; *Jhering*, s. 506; *Lilius*, s. 10; *Savigny*, s. 238 ss.; *Stobbe*, s. 62.

²¹ Ks. symbolin käsitteellisestä selvityksestä kirjallisuudentutkimuksessa ja psykologiassa esim. *Kaila*, *Eino*; *Persoonallisuus*, Helsinki 1946, s. 151; *Mattila*, *Pekka*, V. A. Koskeniemi lyyrillisenä taiteilijana. Tutkimus hänen symboleistaan, kielestään ja rytmistään, Porvoo 1954, s. 14 ss.

²² Esim. *Ask*, I s. 2; *Jhering*, s. 474; *Schlesinger*, s. 11.

nöksistä.²³ Tällä tarkoitetaan ilmaista, kuinka monta menettelytapakaavaa muutosäännös sisältää. Jos sopimus on tehtävä vain kirjallisesti, on kysymyksessä yhdenkertainen muutosäännös. Jos muutosäännös määrää kirjallisuuskaavan lisäksi todistajien myötävaikutuksen, on kysymyksessä kahdenkertainen muutosäännös. Vastaavasti voidaan puhua *yhdenkertaisista* ja *yhdistetyistä* muutosäännöksistä.²⁴ Yhdistetyissä muutosäännöksissä on vähintään kaksi menettelytapakaavaa. — Muutosäännösten kehityksellistä väriä, lähinnä niiden syntytapaa, on ilmaistu puhumalla *naiiveista* ja *tietoisista* muodoista.²⁵ Samaa on tuotu esiin *representatiivisuudella*.²⁶ Tähän luokkaan voidaan lukea edellä mainitut solennit (= juhlalliset) ja symboliset muutosäännökset. Asianmukaista sanaa käyttämällä on haluttu korostaa jotain muutosäännöksen erityispiirrettä. — Pidettäessä silmällä muutosäännöksen jotain funktiota voidaan puhua *suojanormeista*, *varoitusmuodoista* tai jostakin muusta *vastaavasta*.²⁷ — Asian luonteesta johtuu, että muutosäännöksiä voidaan luokitella sangen useilla eri perusteilla.²⁸

Edellä on mainittu, että kaiken luokituksen tulee olla asetetun päämäärän kannalta tarkoituksenmukainen.²⁹ Mitä päämäärää puheena olevat luokitukset palvelevat? Lienee selvää, että niiden varaan ei voida rakentaa »suuria linjoja», joilla olisi systemaattis-tulkinnallista merkitystä. Sen sijaan ne palvelevat niin sanoakseni lyhytjännitteisiä päämääriä: niiden avulla voidaan usein osuvastikin tuoda esiin jokin erityinen näkökulma. — Onko syytä käyttää noita lyhytjännitteisiä luokituksia? Omalta osaltani pyrin välttämään niitä mahdollisimman paljon. Tämä johtuu siitä, että muutosäännösten luokituksessa on välttämättä käytettävä niin useita luokitusperusteita, että yhdestäkin »tarpeettomasta» luokituksesta vapautuminen on esityksen selvyuden kan-

²³ Ks. *Chydenius*, KR I s. 17; *Arfsrätt* s. 116.

²⁴ Ks. *Loewe*, s. 12.

²⁵ Ks. *Ekström*, s. 694; *Jhering*, s. 504; *Lilius*, s. 11; *Savigny*, s. 238. Vrt. *Heusler*, s. 69, joka katsoo, että muutosäännökset eivät koskaan ole olleet naiiveja. Vrt. lisäksi *Ussing*, s. 100.

²⁶ Ks. *Ekström*, s. 694; *Jhering*, s. 506.

²⁷ Ks. esim. *Boehmer*, s. 73 ss., »formale Ordnungsnormen»; *Heck*, s. 125 »Wahrnungsform»; *Larenz*, s. 49 »Zweckform» (erotukseksi symbolisista muodoista).

²⁸ Ks. esim. *Ekström*, Sju uppsatser s. 86 ss. olevaa arvostelua ranskalaisessa kirjallisuudessa esiintyvistä jaosta sisäisiin ja ulkoisiin muotoihin (formalités intrinsèques-formalités extrinsèques). Vrt. lisäksi *Ehrenzweig*, I:1 s. 263; *Jörs-Kunkel-Wenger*, s. 106.

²⁹ Ks. 5 §:n 1-kohdassa lausuttua.

nalta edullista. Tarpeettomien väärinkäsitysten välttämiseksi on syytä muistuttaa, että minkään edellä mainitun luokituksen osalta ei voida sanoa, että ne olisivat »oikeita» tai »vääriä» siinä mielessä, että ne olisivat tosia tai epätosia. Jos puheena olevia luokitusperusteita käytetään johdonmukaisesti, ne ovat oikeita. Eri asia on niiden tarkoituksenmukaisuus.³⁰ Se on, kuten sanottu, usein kyseenalainen.

³⁰ Ks. *Virkkunen*, *Laskentatoimi* s. 12.

III LUKU: PÄTEMÄTTÖMYYS, YKSI MUOTOSÄÄNNÖSTEN NOUDATTAMATTA JÄÄMISEN VAIKUTUKSISTA

9 §. HAVAINTOJA PÄTEMÄTTÖMYYSOPISTA

1. TEHOTTOMUUS- JA OLEMATTOMUUSTAPAUKSET

A. Tehottomuus ahtaassa merkityksessä ja pätemättömyys. Pätemättömyys on muotosäännöksen noudattamattajäämisen oikeusvaikutuksia. Pätemättömyysoppia on siis syytä tarkastella jo senkin vuoksi, että täten valottuu yksi muotomääräyksen laiminlyönnin vaikutuksista. Mainittu syy ei ole kuitenkaan ainoa. Pätemättömyydestä ei ole meillä eikä muuallakaan esitetty selvää ja riidatonta oppia. Tätä osoittaa jo pätemättömyysopin terminologian kirjavuus, mikä osaltaan vaikeuttaa tähän oppiin tutustumista.¹ Erityisesti tästä syystä ja siitä, että klassilinen luokittelu mitättömyyteen ja moitteenvaraisuuteen on ilmeisen epätäydellinen, niin kuin kohta osoitetaan, yritetään seuraavassa tehdä havaintoja pätemättömyysopista yleensä.

Oikeusjärjestyksemme pätemättömyyttä (tehottomuutta) koskevat normit eivät ole laaditut kiinteän luokituksen pohjalta. Tämä tunnus-tetaan kirjallisuudessamme aivan yleisesti.² Lainsäätäjä ei ole seurannut kiinteitä luokituksia, vaan on antanut yleensä kutakin pätemättömyystapausta varten oman norminsa. Sanottu koskee muotosäännöksiäkin.³ Tästä on tietysti seurauksena, että pätemättömyystapausten

¹ Ks. esim. *Arnholm*, s. 77; *Ehrenzweig*, I:1 s. 285; *Ussing*, s. 117. Ks. vielä *Halila*, s. 145; *Karlowa*, s. 116.

² Näin esim. *Ekström*, s. 673; *Hernberg*, s. 165; *af Hällström*, *Ogiltighet* s. 338 ss.; *Karttunen*, DL 1951 s. 291; *Kivimäki*, s. 117; *Rautiala*, *Purkaminen*, s. 17, 29, LM 1950 s. 753; *Zitting*, s. 53.

³ *Wrede*, *Oikeustoimilaki* s. 82 toteaa sanotun lain osalta: »Myöskään laki ei

luokitteluun liittyvä tarkoituksenmukaisuusharkinta muodostuu varsin vaikeaksi.

Ennen kuin riittävän tarkat yksityistapausten tutkimukset on suoritettu, on mahdotonta sanoa, kuinka laaja ala pätemättömyysopin tulisi peittää.⁴ Tulisiko sen koskea vain joitakin suppeita alueita, tulisiko sen ulottua koko varallisuus oikeuden alueelle vai vieläkin laajemmalle, ovat kysymyksiä, jotka on ratkaistu ilman riittävän perusteellisia yksityistapausten tutkimuksia.⁵ Kun sellaisia ei ole tehty, on tarkoituksenmukaista, että jäljempänä esitetyt havainnot rajoitetaan pääasiassa varallisuus oikeuden alalle, mitä tämäkin tutkimus koskee.

Sopimusta tai (oikeustointa) sanotaan yleensä *tehottomaksi*, ellei se aikaansaa niitä oikeusvaikutuksia, jotka siihen normaalisti liittyvät.⁶ Oikeusvaikutusten puuttuminen voi johtua monestakin syystä. Se voi aiheutua sopimuksessa olevasta välipuheesta, kuten esimerkiksi ehdosta, mutta se voi aiheutua myös petollisesta viettelystä, muutosäännöksen noudattamattajätöstä, puuttuvasta luovutuskompetenssista tms. syystä.

sisällä mitään määräyksiä sen seikan vaikutuksesta, ettei, kun määrätty muoto on oikeustoimelle laissa säädetty, tätä muotoa ole noudatettu oikeustoimen teossa.» Samoin *El. Kaila*, LM 1929 s. 188; *Wrede*, Allgemeiner Teil s. 61.

⁴ Ks. *J. Serlachius*, JFT 1902 s. 2.

⁵ Esim. *Arnholm*, s. 188 toteaa, että pätemättömyysopin rajoittaminen varallisuus oikeuden alaan on »traditionaalinen»; *af Hällström*, JFT 1932 s. 407 ss. ja *Ogiltighet* s. 338 ss. lausuu, ettei yleistä pätemättömyysoppia voida kehittää, koska, jos sellainen tehdään, säännöt tulevat niin yleisiksi, etteivät ne kykene toimimaan tiennäyttäjinä, ja koska on aina helppo osoittaa tapauksia, jotka ovat ristiriidassa noiden yleispätevinä esitettyjen sääntöjen kanssa. Niinpä on erotettava oikeustoimilain kompetenssinpuutteen, inhabilitietin, *muotovirheen* jne. aiheuttamat pätemättömyystapaukset. Tämän jälkeen olisi kussakin ryhmässä erikseen tutkittava pätemättömyyden vaikutusta. Kun *af Hällström* joutuu käyttämään sanoja »ja niin edelleen», osoittaa tämä, että kysymys ei ole »opista», vaan vain ohjelmanjulistuksesta; *J. Serlachius*, JFT 1902 s. 1 ss. on ottanut pätemättömyysopillisen tarkastelunsa piiriin mm. perhe- ja perintöoikeuden. Tätä arvostelevat *af Hällström*, *Ogiltighet*, s. 339 av. 1 ja *Rautiala*, Purkamainen, s. 29. Toisaalta *Rautiala* (s. 30) lausuu, että »jonkinlainen pätemättömyyden yleisempi ryhmittely on kuitenkin koko siviilioikeuden — — — kannalta kieltämättä välttämätön» (ks. *Rautiala*, LM 1950 s. 753). — *Randers—Pehrson og Hansen*, s. 50 ss. esiintyy jaotus: a) OikTL:n pätemättömyyssäännökset, b) pätemättömyyssäännökset OikTL:n ulkopuolella. — Todettakoon, että siviilioikeudellinen pätemättömyysoppi heijastuu mm. yhtiöoikeudessa, jopa julkisoikeudessaakin. Ks. esim. *Cederberg*, TFR 1935 s. 444; *Karttunen*, DL 1951 s. 291 ss.; *Merikoski*, II s. 38 ss.; *Nial*, Bolagsstämmobeslut s. 63 ss.; *Rytkölä*, s. 89 ss.

⁶ Ks. esim. *Zitting*, s. 52 siinä olevine viitteineen.

Kirjallisuudessa esitetään luokittelu, joka perustuu tehottomuusperusteiden erilaisuuteen. Tämän jaotuksen on kirjallisuuteen tuonut *Windscheid*.⁷ Sen mukaan eräiden seikkojen aiheuttamaa tehottomuutta kutsutaan *tehottomuudeksi ahtaassa merkityksessä* ja taas toisten seikkojen aiheuttamaa tehottomuutta *pätemättömyydeksi*. Tehottomuudeksi ahtaassa merkityksessä luetaan yleisesti ehdosta, aikamääräyksestä, peruuntumisesta tms. tehottomuusperusteesta johtuva oikeusvaikutusten puuttuminen. Pätemättömyydeksi taas kutsutaan niitä tapauksia, jotka erityisesti sopimuksen syntymisessä, *muodossa*, sisällyksessä tai muutoin siinä itsessään aiheuttavat sen, ettei oikeustoimeen liity normaaleja oikeusvaikutuksia. Tällä luokituksella on meidänkin kirjallisuudessamme huomattavaa kannatusta.⁸

Rajanveto pätemättömyyden ja tehottomuuden ahtaassa merkityksessä välillä ei ole suinkaan selvä. Tätä osoittaa jo se, ettei ns. *kompetenssipätemättömyyden* asemasta ole saavutettu yksimielisyyttä.⁹ Rajanvedon epätarkkuus selittyy siitä, ettei sen tarkoituksenmukaisuutta ole voitu harkita yksityistapausten riittävän laajojen tutkimusten pohjalta. Kun tässä on tarkoituksena vain esittää havaintoja pätemättömyysopista, ei tuon päämäärän kannalta ole tarkoituksenmukaista puuttua lähemmin puheena olevaan rajanvetokysymykseen. Rajanvedon välttämättömyys on kuitenkin niin ilmeistä, vedettäköönä se sitten yksityistapauksissa mihin kohtaan tahansa, että rajan olemassaolo otetaan työhypoteettiseksi aksiomaksi. Seuraavassa lähdetään siis siitä, että pätemättömyys on erotettu tehottomuudesta ahtaassa merkityksessä.¹⁰ Tehottomuus on siis yläkäsite, joka on nyt jaettu kahteen alakäsitteeseen, pätemättömyyteen ja tehottomuuteen ahtaassa merkityksessä. Luokitusperusteena on tehottomuusperusteiden erilaisuus.

B. Ns. olemattomuus- eli ineksisstenssitapaukset. Ei liene liioittelua, jos sanotaan, että kullakin ajanjaksolla on tiettyjä muotiprobleemoja. Tällainen muotikysymys on ollut kysymys siitä, voidaanko ollenkaan puhua oikeustoimesta, jos se on pätemätön. Pohjoismaisessa kirjallisuus-

⁷ Näin *Lassen*, *Nullitet* s. 183. Ks. *Windscheid*, PR I s. 216 av. 1:

⁸ Ks. esim. *Ekström*, s. 667 ss.; *Kivimäki*, s. 117; *Rautiala*, Testamentin tekemisestä s. 104, sama, *Lakiosa* s. 84; *J. Serlachius*, JFT 1902 s. 2; *Wrede*, Oikeustoimilaki s. 79; *Zitting*, s. 52 ss.

⁹ Meillä puhutaan yleisesti kompetenssipätemättömyydestä, vaikka toisenlaisiakin käsityksiä on lausuttu. Ks. *Zitting*, s. 52 av. 3—4 mainittua viitteineen, sekä erit. *Lassen*, s. 165 ss. ja *Nullitet* s. 250 ss.

¹⁰ Ks. vielä po. rajanvedosta esim. *Andersen*, TFR 1934 s. 97 ss.; *Ehrenzweig*, I: 1 s. 284; *Lassen*, s. 71 ja *Nullitet*, s. 212; *Stang*, s. 519 ss.; *Ussing*, s. 118 ss.

nessa tätä kysymystä pohdittiin aikoinaan melkoisesti, ja se huipentui seuraavaan: Ruotsin ja Suomen OikTL:n 3. luvun nimenä on »oikeustointen pätemättömyys», mutta vastaavissa Norjan ja Tanskan laeissa ei haluttu käyttää oikeustoimi-sanaa. Olisihan ollut vähintään »epäkorrektia» puhua pätemättömistä oikeustoimista.¹¹

Mainittu kysymys on jo poistunut pohjoismaisen kirjallisuuden poltopisteestä. Varsinkin Ruotsin ja Suomen kirjallisuudessa puhutaan estoitta pätemättömistä oikeustoimista.

Jäljempänä 4-kohdassa pyritään osoittamaan, millaista oikeusvaikutuksen puutetta symbolisoidaan pätemättömyys-sanalla. Joskus saattaa oikeusvaikutuksen puute olla sellaista, että sitä ei käy sanominen pätemättömyydeksi eikä myöskään tehottomuudeksi ahtaassa merkityksessä. Tällöin puhutaan olemattomuus- eli ineksistenssitapauksista eikä käytetä ollenkaan termiä oikeustoimi. Varsinkin Ranskan kirjallisuudessa puhutaan ineksistenssitapauksista (*actes inexistantes*).¹² Erottelu pätemättömiin oikeustoihin ja olemattomuustapauksiin ei ole vieras meidänkään kirjallisuudessamme.¹³

Olemattomuustapausten erottamista omaksi ryhmäkseen on kirjallisuudessa vastustettukin.¹⁴ Tämä ei ole aivan aiheetonta. Olemattomuuden käsite ei näet ole selvä ja täsmällinen. Sen sisältö näyttää määräytyneen ennen kaikkea kunkin yksityisen tapauksen mukaan. Käsitettä käytetään lähinnä silloin, kun oikeustoiminnallista tahtoa ei voida katsoa olevan olemassa. Ineksistenssitapaukset voitaneen luonnehtia sanomalla, että tällöin on olemassa ainoastaan ulkoinen tila, mikä muistuttaa oikeustointa, mutta oikeustointa ei ole kuitenkaan tehty.¹⁵ Ole-

¹¹ Ks. edellä lausutun johdosta esim. Bugge, s. 89; Ekström, s. 669 ss.; Nial, Bolagsstämmbeslut s. 57; J. Serlachius, JFT 1902 s. 1 ss.; Stang, s. 210; Telaranta, s. 82 ss.; Ussing, s. 4.

¹² Ks. esim. Planiol—Ripert, I s. 150 ss. viitteineen.

¹³ Ks. Caselius, LM 1953 s. 971; Ekström, s. 670 av. 3; Hakulinen, Luovutus 1 p. s. 8 av. 3, uudesta painoksesta tämä on poistettu; Palmgren, Siviilioikeus s. 207; Rautiala, Avioliitto-oikeus s. 350, Ositus s. 322, Testamentin tekeminen s. 121; Vuorio, s. 133 ss.; Ylöstalo, Moite s. 161 ss., lisäksi s. 139, s. 144. Ks. vielä Hernberg, s. 166.

¹⁴ Esim. Ussing, s. 119.

¹⁵ Väärennystapausten yhteydessä voidaan joskus puhua olemattomuudesta. Ks. esim. Ylöstalo, Moite s. 160 ss., missä testamentin ineksistenssitapausten tarkastelun yhteydessä on kiinnitetty erityistä huomiota väärennystapaukseen, mikä on erotettu moitteen alasta (ks. myös Chydenius, Arfsrätt s. 309). Ks. käytännöllisesti merkittävistä väärennystapauksista (huom. LM 1934 s. 105) yleensä esim. Arnholm, s. 259 ss.; Stang, s. 229 ss.; Ylöstalo, LM 1953 s. 581 ss., sama, Vekselitutkimuksia

mattomuustapausten omaksi ryhmäkseen erottamista vastaan ei puhu vain mainittu käsitteellinen epäselvyys ja epätarkkuus. Sitä vastaan puhuvat ennen kaikkea käytännölliset näkökohdat. Yksityistapauksissa on näet varsin vaikeaa pitää erillään pätemättömyys ja kokonaan olematonta oikeustointia.¹⁶

Onko sitten ineksisenssin käsite hylättävä? Puheena olevaa käsitettä voidaan käyttää samottaessa tehottomuusopin syvissä ja hämäriissä pohjavesissä. Ottamalla mukaan sekä pätemättömyyden että olemattomuuden käsitteet saadaan joissakin yksityistapauksissa aikaan suurempaa systemaattista selvyyttä kuin turvautumalla yksinomaan pätemättömyyskäsitteeseen. Olemattomuuskäsitteellä työskentely saattaa siis joissakin yksityistapauksissa merkitä huomattavaakin käytännöllistä etua. Myös jos oikeustoimessa on useita pätemättömyysperusteita, voi olemattomuuskäsitteeseen turvautuminen olla tarkoituksenmukaisempaa kuin eri pätemättömyysperusteiden erittelyn pohjalta lähtien pätemättömyydestä puhuminen.¹⁷ — Asian luonteesta johtuu, että tämä tarkoituksenmukaisuusharkinta voidaan suorittaa vain kussakin yksityistapauksessa erikseen.¹⁸

s. 52 ss. ja Takaus s. 109 ss. Ks. erit. *Haneberg*, s. 1 ss., missä vallitsevaksi saksalaiseksi käsitykseksi todetaan, että väärennetty asiakirja ei ole mikään asiakirja (s. 35) ja että kysymys väärennetyn allekirjoituksen hyväksymisestä on varsin riidanalainen (s. 30 ss.). — Oikeustoimen olemattomuus ei tietystikään merkitse sitä, että se ei olisi oikeustositia, millä voi olla merkittäviä oikeusvaikutuksia. Ks. väärennysten osalta esim. *Hakulinen*, Y. J., Väärennetyn vekselin tai shekin maksusta, DL 1941 s. 17 ss.; *Ylöstalo*, Takaus s. 109 ss. Huomaa VeksL 7 §; ShekL 10 §; VelkakirjaL 17 §.

Osakeyhtiön yhtiökokousten päätöksissä erotetaan yleisesti tapaukset, jolloin ei voida puhua edes yhtiökokouksesta, ja sellaiset tapaukset, jolloin puhutaan virheellisistä yhtiökokouksen päätöksistä. Ks. noista »Nichts-Beschluss»-tapauksista esim. *Arnholm*, TFR 1930 s. 368; *Nial*, Bolagsstämmobeslut s. 57 ss.; *Schlegelberger*, s. 865 (*Schlegelberger*, Fr., Quassowski, L., Herbig, G., Getzler, E., Hefermehl, W.: *Aktiengesetz. Gesetz über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften vom 30. Januar 1937. 3. Aufl. Berlin 1939*).

¹⁶ *Caselius*, LM 1953 s. 971: »Totta on, että teoreettisesti voidaan pitää erillään epätäydellinen ja kokonaan olematon oikeustoimi, mutta käytännössä tämä on vaikeata.»

¹⁷ Ks. *Zitting*, Saantosuoja s. 67, jossa todetaan erästä yksityistapauksesta, että »luovutuksensaajan saannossa on tarkoitettua tilanteessa kaksi virhettä», ja jatkeaan: »eri tehottomuusperusteita... ei ole riittävästi eroteltu». Tätä on korostettu nyt siitä syystä, että pätemättömyysperusteet on aina samassakin sopimuksessa eriteltävä. Usein tämä vain laiminlyödään.

¹⁸ Ks. tässä yhteydessä käsitteestä epätäydellinen oikeustoimi esim. *Tuhr—Siegwart*, I s. 213 ss.

Onko yksinomaan muotovirheen osalta syytä käyttää olemattomuuden käsitettä? Kysymykseen lienee vastattava kieltävästi. On kuitenkin myönnettävä, että kirjallisuudessa ja oikeuskäytännössä on muotovirheen osalta turvauduttu olemattomuusajatukseseen. Tämä lienee tarpeetonta. Niissä yksityistapauksissa, joita on käsitelty olemattomuustapauksina, ei näet voine olla kysymyksessä mikään muotovirhe, vaan todella sellainen tapaus, jossa sopimuspuolen tahdonilmaisuu puuttuu. Kun näin on asianlaita, ei liene syytä puhua tahdonilmaisesta (sopimuksesta) ja siinä olevasta muotovirheestä. Jos tahdonilmaisua ei ole olemassa, on kysymys ineksisistenssistä eikä suinkaan mistään »olevan» tahdonilmaisun muotovirheestä.¹⁹

¹⁹ Ko. yksityistapaukset koskevat perinnönjakoa (tai ositusta) ja testamenttia. Mitä tulee ensinnäkin *perinnönjakoon ja ositukseen*, niin oikeuskäytännössämme on katsottu, ettei ainakaan sen, joka ei ole läsnä po. toimituksissa tai joka ei ole allekirjoittanut ositusta tai perinnönjakoa (eikä ole kysymys ns. niskoittelevasta sopimuspuolesta), tarvitse moittia niitä. Näin mm. *KKO* 1931 I 7; 1931 II 540; 1932 I 83; 1934 II 598; 1944 II 147; 1944 II 180; 1947 II 35; 1955 II 57: Kun ositus oli toimitettu toisen puolison olematta toimituksessa edustettuna eikä hän myöhemminkään ollut allekirjoittanut toimituskirjaa, niin ositus sanotun puolison kanteesta, samalla kun vastapuolen väite siitä, että kanne oli pantu vireille liian myöhään, hylättiin lakiin perustumattomana, on julistettu mitättömäksi. — Puheena oleva mielipide voidaan »konstruoida» siten, että lähtökohdaksi otetaan kaikkien osallisten tahdonilmaisut. Ellei sellaista ole annettu (poissaolo) tai jos erilaisista olosuhteista voidaan päätellä, ettei sellaista ole tahdottukaan antaa (allekirjoittamattomuus), on kysymyksessä po. tahdonilmaisun osalta ineksisistenssitapaus. Jos sen sijaan perinnönjako tai osituksesta on päästy sopimukseen, ei voitane puhua ineksisistenssistä (vrt. kuitenkin *Chydenius*, *Arfsrätt* s. 123 av. 2; *LVK N:o 1/1953*, s. 40; *Rautiala*, *Avioliitto-oikeus* s. 350: »Toisinaan esiintyy sitäpaitsi tapauksia, jolloin jako on toimitettu niin muodollisesti epätäydellisesti, että on kysymyksenalaista, voidaanko toimitusta edes pitää minään jakona.» Ks. suullisista jaoista *KKO* 1932 II 53; 1944 II 221). Tällaisissa tapauksissa vasta herää kysymys, mitä vaaditaan po. sopimuksen muodolta ja mikä oikeusvaikutus on muotosäännöksen noudattamatta jättämisellä. Kysymys on oikeutemme osalta varsin riidanalainen jo siinäkin suhteessa, koskeeko PK 13:1:n moiteaika muotovirheitä. — Syytä lienee huomauttaa, että *allekirjoittamattomuustapauksissa* on erotettava mahdollinen ineksisistenssitapaus (tahdon puuttuminen) ja muotovirhe (olevan tahdon virheellisyys). Käytännössä tämä varmasti on vaikeaa. Ks. perinnönjaon ja osituksen muodosta esim. *Chydenius*, *Arfsrätt* s. 116 ss., erit. s. 123 ss.; *Hastig*, *JFT* 1947 s. 121 ss.; *Heikonen*, *Perinnönyhteys* II s. 78 av. 4; *af Hällström*, *JFT* 1947 s. 357 ss.; *Rautiala*, *Avioliitto-oikeus*, s. 348 ss., sama, *Ositus* s. 177 ss., s. 315 ss.; *J. Serlachius*, *JFT* 1887 s. 20 ss.; *Wrede-Melander*, s. 147 ss., s. 159 ss. Ks. Ruotsin oikeuden osalta esim. *Lind*, s. 359 ss.; *Undén*, *Solennitetsvittnen* s. 24 ss.

Testamentin osalta täytynee pitää PK 16:9 perusteella riidattomana, että muotovirhe on aina vain moiteperuste. Näin *Ylöstalo*, *Moite* s. 149. Vrt. kuitenkin

2. KLASSILLINEN PÄTEMÄTTÖMYYSOPPI

Klassillisen pätemättömyysopin²⁰ luojina pidetään *Savigny*ta ja *Windscheidia*.²¹ Savigny suoritti jaottelun »Anfechtbarkeit—Nichtigkeit».²² Siitä lähtien tämä jaottelu on ollut pätemättömyysopin kiistanalaisimpia kysymyksiä, mutta samalla kuitenkin vallitseva luokitus.²³ Se on jättänyt jälkensä jokseenkin kaikkiin länsimaisiin oikeusjärjestyksiin tai niitä koskeviin esityksiin. Se on omaksuttu Saksan siviilioikeuden lakikirjassa. Se on vaikuttanut niin ranskalaisessa kuin angloamerikkalaisessa kirjallisuudessa. Se on tuttu pohjoismaisissa

Rautiala, Testamentin tekemisestä s. 121, jossa esitetään käsitys, että jos kirjallisesta testamentista puuttuu testaattorin allekirjoitus tai todistajien nimikirjoitukset, niin »testamenttia tuskin voidaan katsoa tehdyksi». Lienee selvää, että po. seikat eivät yksin voi konstituoida olemattomuutta. Kyllä sen, joka on saanut tiedon testamentin valvonnasta, on vaivauduttava moittimaan testamenttia, jos aikoo nojautua muotovirheeseen, varsinkin kun PK 16:2 nimenomaan mainitsee k. allekirjoitukset muotoon kuuluviksi. Eri asia on, jos voidaan näyttää testamenttaustahdon puuttuneen, mihin allekirjoitustenkin puute usein viittaa. (*Palmgren*, Siviilioikeus s. 187 asettaa tämän jopa presumptioksi.) Tällöin voidaan turvautua ineksisenssitapaukseen, johon ei ole sovellettava moiteaikaa (ks. esim. *Ylöstalo*, Moite s. 160 ss. Vrt. sen sijaan *Palmgren*, Siviilioikeus s. 207; *Wrede—Melandner*, s. 241; *Rautiala*, Ositus s. 322).

Yhteenvetona edellä esitetystä voidaan lausua: Silloin kun kirjallisuusvaatimus sisältää sopimuspuolen allekirjoitusvaatimuksen (mikä on erittäin tavallista), konstitui sen puute muotovirheen. Allekirjoituksen puute on usein indisio olemattomuustapauksesta, mutta se ei yksinään konstitui olemattomuustapausta. Ineksisenssitapaus on erotettava muotovirhetapauksesta. Asian luonnosta kuitenkin johtuu, että jos allekirjoitus puuttuu, käytännössä yleensä turvaudutaan muotovirheeseen. Sen olemassaolo on näet kiistatonta.

²⁰ Sanontaa käyttävät mm. *Karlgren*, Nullitet s. 248; *Ylöstalo*, Moite s. 37.

²¹ Ks. *Lassen*, Nullitet s. 181 ss.

²² Ks. *Windscheid*, Pr I s. 216 ss. — *Savigny*n ja *Windscheidin* esitykset on laadittu voimakkaasti roomalaista oikeutta silmällä pitäen. Tämä koskee erityisesti *Savigny*ta, joka katsoi roomalaisen oikeuden rakentuvan po. luokitukselle. Jaotuksen tarkoituksenmukaisuus voitaneen asettaa kyseenalaiseksi jo roomalaisen oikeuden osalta. Niinpä *Lassen*, Nullitet s. 196 lausuu mm.: Den romerske Ret har udelukkende behandlet hver enkelt Ugyldighedsgrund for sig og undergivet den sine saeregne Regler, men giver intet brugbart Bidrag til en almindelig Ugyldighedslaere... Romeretten giver saaledes ingen støtte for en brugbar almindelig sondring imellem Nullitet og Anfaegtighed. Ks. lisäksi *Jörs—Kunkel—Wenger*, s. 103 ss. Vrt. lisäksi *Ekström*, s. 670; *Dernburg*, PR 1 s. 213; *Ylöstalo*, Moite s. 33.

²³ *Lassen*, Nullitet s. 180. Ks. myös *Karlgren*, Nullitet s. 247.

oikeusjärjestyksissä.²⁴ Meikäläisessä kirjallisuudessa tuo kaksijako kulkee nimillä moitteenvaraisuus — mitättömyys.

Jos kysytään, mitä klassillisen pätemättömyysopin toisella käsiteparilla, mitättömyydellä, tarkoitetaan, päädytään Saksan siviililakikirjan *Nichtigkeit*'ia muistuttaviin lausumiin. Saatetaan sanoa, ettei mitätön oikeustoimi saa aikaan mitään sillä tarkoitettuja oikeusvaikutuksia, vaan on itsestään pätemätön, siihen voi jokainen vedota, onpa se vielä otettava *ex officio* huomioon.²⁵ Tällaisen mitättömyyskäsitteen rinnalla esiintyy toisena käsiteparina, jonkinlaisena edellisen vastakohtana,^{25a} moitteenvaraisuus. — Jos tarkastellaan edellä esitetyn tavoin luonnehdittua klassillista mitättömyyden käsitettä, havaitaan, että se antaa vastauksen ainakin seuraaviin eri kysymyksiin. Se vastaa ensinnäkin siihen, saako oikeustoimi aikaan sillä tarkoitettuja oikeusvaikutuksia. Vastaus on kielteinen. Sen jälkeen se vastaa kysymykseen, onko oikeustoimi itsestään pätemätön, ilman mitään reaktioita vai edellyttääkö se jotakin reaktiota. Vastaus on edellisen vaihtoehdon mukainen. Se vastaa vielä kysymykseen, kuka voi vedota pätemättömyyteen, tai oikeammin, keihin pätemättömyysvaikutus ulottuu. Ja vastaus kuuluu: Se ulottuu kaikkiin. Loppujen lopuksi se vielä vastaa kysymykseen, poistuuko vai eikö pätemättömyyden vaikutus jonkin oikeustositien olemassaololla. Tähänkin kysymykseen vastataan kieltävästi.

Klassillisen pätemättömyysopin mitättömyyskäsitettä on edellä tarkoituksellisesti kärjistetty. Totuuden nimessä on näet lausuttava, että klassillisissa pätemättömyysopeissa on yleensä jokin edellä esitetty kysymys nostettu pääluokitusperusteeksi ja tuota pääluokitusperustetta (mitättömyys—moitteenvaraisuus) on täydennetty ns. sekundäärisillä jaotuksilla.²⁶ Pääjaotuksen ja sekundääristen jaotusten välillä annetaan kuitenkin vallita jonkinlaisen riippuvaisuussuhteen, joskaan tuo riippuvaisuussuhde ei ole niin täydellinen, kuin mitättömyyden käsite kärjisi-

²⁴ Ks. yleensä esim. *Lassen*, *Nullitet* s. 197 ss., jossa on laaja oikeusvertaileva tutkimus, sekä *Stang*, s. 533 ss. Ks. erityisesti ranskalaisen kirjallisuuden jaotuksesta »nullité absolue — nullité relative» *Colin—Capitant*, s. 184 ss.; *Planiol—Ripert*, s. 283 ss. Viimeksi mainitun mukaan tämä jaotus on »distinction traditionnelle». Ks. anglo-amerikkalaisesta jaotuksesta void—voidable esim. *Anson*, s. 16 ss.; *Corbin*, s. 11 ss.; *Salmond—Williams*, s. 28 ss.

²⁵ cf. *Hällström*, *Ogiltighet* s. 321 luonnehtii mitättömyyden näin. *Rautiala*, *Peruskurssi* s. 24 ei luonnehdi asiaa, vaan esittää sen meidän oikeutemme osalta näin. Ks. vielä esim. *Ussing*, s. 237.

^{25a} Esim. *Karlowa*, s. 132: Die herrschende Lehre stellt der Nichtigkeit der Rechtsgeschäfte eine Anfechtbarkeit derselben gegenüber.

²⁶ Ks. *Lassen*, *Nullitet* s. 225.

tettynä osoittaa. Ei siis voida ehdottomasti päätellä, että jos pätemättömyys ulottuu kaikkiin henkilöihin, niin tästä johtuu loogisuuden vuoksi esimerkiksi se, että pätemättömyys on otettava viran puolesta huomioon ja pätemättömyys on sellaista, ettei mikään oikeustosiasiä kykene sitä paikkaamaan.

Klassillinen pätemättömyysoppi on kärjistetty sen johdosta, että on saatu riittävän selvästi esiin mainitun opin heikkoudet. Nuo heikkoudet sisältyvät siihen, että luokitus on pyritty suorittamaan vain kahteen luokitusperusteeseen nojautuen eikä ole tuotu esiin sitä, että jaotuksen taakse kätkeytyy useita erilaisia luokitusperusteita.²⁷ Kun näin on asianlaita, johtuu siitä, että erilaiset luokitusperusteet on pidettävä täysin erillään. Niitä ei saa asettaa mihinkään »loogiseen» riippuvaisuussuhteeseen. Tällöin ei myöskään tarvita sellaisia loppujen lopuksi epämääräisiä lausumia, joita kirjallisuudessa esiintyy melkoisesti ja joista esimerkkinä²⁸ voidaan mainita *Stangin*²⁹ sanonta: Pätemättömyyden käsite sulkee sisäänsä joukon erilaisia nyansseja (»en rekke forskjellige nyanser»). Jos nimittäin kysytään, mitä nuo nyanssit ovat, niin eivät kai ne muuta voine olla kuin pätemättömyysopillisia luokitusperusteita.

Seuraavassa pyritään kulkemaan erittelyn tietä ja osoittamaan pätemättömyyden mahdollisia erilaisia luokituksia.³⁰ Noiden erilaisten luokitusperusteiden välillä ei katsota vallitsevan mitään loogista riippuvaisuussuhdetta. Tällä ei ole haluttu kieltää sitä mahdollisuutta, että jos yksityistapauksia riittävän laajasti tutkittaisiin, voitaisiin havaita joitakin riippuvaisuussääntöjä. Jos sellaisia löydetään — todennäköisesti niitä on ja niitä on pitäminen pätemättömyysopin ydinkysymyksinä — ei tuo riippuvaisuus johdu luokitusperusteiden samankaltaisuudesta, vaan omista säännöistä. Näitä sääntöjä voidaan kutsua esimerkiksi riippuvaisuussäännöiksi.

Edellä lausuttu merkitsee sitä, ettei ole tarkoituksenmukaista ryhtyä tarkastelemaan erilaisia klassillisen pätemättömyysopin pääjaotuksia ja alajaotuksia, niin mielenkiintoista kuin se olisikin. Todettakoon kui-

²⁷ Ks. *Bramsjö*, s. 10 ss.; *Lassen*, *Nullitet* s. 298 ss., s. 240 ss.; *Zitting*, s. 53 ss.

²⁸ Mm. *J. Serlachius*, *JFT* 1902 s. 26 toteaa, ettei moitteenvараisuus ole aivan »korrekti» mitättömyyden vastakohta.

²⁹ *Stang*, s. 518. Ks. vielä esim. *Ylöstalo*, *Moite* s. 150 av. 29, jossa lausutaan, että pätemättömyys voi olla »eri asteista»; *Øvergaard*, s. 96 ss. taas puhuu vahvemista vaikutuksista ja karkeuserosta.

³⁰ *Zitting*, s. 53 av. 7 lausuu mm.: »Nähdäksemme on edullisempi kulkea erotelun kuin yhdistämisen tietä pyrittäessä saamaan selville erityyppisiä tapauksia koskevat yleiset periaatteet.»

tenkin, että klassillinen pätemättömyysoppi on kirjallisuudessamme valitseva.³¹ — Klassillisen pätemättömyysopin vastakohtana voidaan pitää niin sanoakseni analyyttistä pätemättömyysoppia. Siinä ei siis vallitse »loogista» riippuvaisuussuhdetta eri luokitusperusteiden välillä eikä millään luokituksella ole suurempaa merkitystä toiseen nähden.³²

3. ANALYYTTINEN PÄTEMÄTTÖMYYSOPPI

Heti alkuunsa on syytä korostaa, ettei kirjallisuudessa, niin kuin jo edellä on sanottu, ole voitu esittää minkäänlaista riidatonta pätemättömyysoppia. Sellaisena ei myöskään voida pitää sitä »oppia», jota nyt kutsutaan analyyttiseksi pätemättömyysopiksi. Se ei näet pyri olemaan mikään valmis oppi, vaan se sisältää ainoastaan joidenkin luokitusperusteiden esiintuomisen ja niiden täysin erillään pitämisen.

Zitting on tutkimuksillaan tuonut meidän oikeusjärjestykseen niin sanotun funktionaalisen omistusoikeuden tarkastelutavan.³³ Omia tutkimuksiaan varten hän on kajonnut myös pätemättömyysoppiin. Sen osalta hän korostaa, että toisiaan vastaamattomat luokitusperusteet on pidettävä selvästi erillään. Tältä pohjalta ja oman tutkimuksensa tarvetta silmällä pitäen Zitting esittää kolmeen täysin erilliseen luokitusperusteeseen nojautuvan jaotuksen.

Zittingin³⁴ mukaan tehottomuus (pätemättömyys)³⁵ voi ensinnäkin olla joko *lopullista tai riippuvaa* eli korjauskelpoista pätemättömyyttä. Tämän jaotuksen luokitusperusteena on kysymys, onko oikeustoimen tehottomuus definitiivistä vai riippuuko se asiantilan myöhemmästä kehityksestä. Jos tehottomuus on lopullista, ei oikeustoimi voi synnyttää sisältönsä mukaista oikeusvaikutusta missään olosuhteessa, vaan oikeustoimen aikaansaaminen on mahdollista vain uudella oikeustoi-
mella. Edellisen lisäksi Zitting erottaa itsestään vaikuttavan ja reaktiota

³¹ Ks. esim. Ekström, s. 667 ss.; Hernberg, s. 164 ss.; Kivimäki, s. 117 ss.; Kopponen, s. 151; Montgomery, s. 649 ss.; Rautiala, Purkaminen s. 17 ss., Testamentin tekemisestä s. 103 ss.; LM 1950 s. 753; J. Serlachius, JFT 1902 s. 1 ss.; Tirkkonen, LM 1940 s. 265 av. 3; Vuorio, s. 133 av. 1; Wrede, Oikeustoimilaki s. 79 ss., Allgemeiner Teil s. 59 ss.

³² Vrt. sen sijaan af Hällström, Ogiltighet s. 338 av. 3, jossa erilaiset yhteismitattomat luokitusperusteet »punnitaan» ja tätä tietä asetetaan arvojärjestykseensä.

³³ Ks. esim. Zitting, s. 1 ss.; Olsson, Borgenärsskydd s. 13 ss. — Huomaa Tarell, SvJT 1957 s. 62.

³⁴ Zitting, s. 54.

³⁵ Ks. Zitting, s. 52 ss.

edellyttävän tehottomuuden. Tämän jaotuksen luokitusperusteen paljastavat selvästi jo mainitut nimityksetkin. Kolmantena ryhmänä Zitting erottaa *absoluuttisen* (rajoittamattoman) ja *relatiivisen* (rajoitetun) tehottomuuden. Tämän jaotuksen luokitusperuste on siinä, kohdistuuko tehottomuusvaikutus kaikkiin vai vain tiettyssä asemassa olevaan tai oleviin henkilöihin.

Zittingin luokitusperusteet eivät ole uusia siinä mielessä, etteivät ne esiintyisi klassillisen pätemättömyysopinkin yhteydessä.³⁶ Vain sikäli Zittingin esitys on uutta, että siinä luokitusperusteet on pidetty erillään. Näitä luokitusperusteita on pidettävä tarkoituksenmukaisina, jos päämääräksi asetetaan se, että pätemättömyysopin on vastattava edellä mainittuihin kolmeen kysymykseen. — Zittingin luokitus otetaan seuraavassa työhypoteettiseksi aksioomaksi. Luokitusperusteiden tarkoituksenmukaisuusharkintaan ei siis pyritä. Se olisikin mahdotonta, kun käytettävissä ei ole riittävän laajoja yksityistapausten tutkimuksia.

Jaettaessa pätemättömyys *lopulliseen ja riippuvaan eli korjauskelpoiseen pätemättömyyteen* on syytä korostaa, että riippuvassa pätemättömyydessä voi oikeustoimen korjautuminen eli paikkaantuminen tapahtua varsin useiden erilaisten oikeustosiasiain vuoksi. Niinpä oikeustoimi saattaa korjautua määrääjän kulumisen,³⁷ hyväksymisen,³⁸ hallinnan luovutuksen,³⁹ rekisteröimistoimenpiteen⁴⁰ tms. syyn vuoksi. Toisinaan saattavat tuollaiset oikeustosit, kukin erikseen, kyetä paikkaamaan pätemättömän oikeustoimen. Toisinaan taas vain jokin niistä kykenee sen tekemään joko yksinään tai yhdessä joidenkin toisten oikeustositasiain kanssa.

Jos jokin oikeustositasia poistaa oikeustoimessa olleen virheellisyyden, sanotaan yleisesti, että tuolla oikeustositasialla on ollut *parantava vaikutus* (*heilende Wirkung*).⁴¹ Kun sanotaan, että jollakin oikeustosi-

³⁶ Esim. Kivimäki, s. 117 ss. esittää suunnilleen samat luokitukset kuin Zitting, mutta sillä erolla, että Kivimäki suorittaa pääjaotuksen moitteenvaraisuuteen, väitteenvaraisuuteen ja mitättömyyteen ja antaa tämän pääjaotuksen ja alajaotusten olla melkoisessa riippuvaisuussuhteessa. Vrt. Kivimäki, DL 1927 s. 16 av. 5.

³⁷ Esim. AL 38 §; PK 18: 3; LHL 20—21 §.

³⁸ Esim. OYL 30 §; OikTL 25 §.

³⁹ Esim. LHL 20—21 §.

⁴⁰ Esim. OYL 15 §; LHL 20—21 §.

⁴¹ Ks. esim. Andereg, s. 66 ss.; Baer, s. 59 ss.; Bramsjö, s. 8 ss.; Ekström, s. 682; Esser, s. 244; Hakulinen, Velkakirjalaki s. 256; af Hällström, JFT 1932 s. 408; Larenz, s. 49; Martin, s. 1 ss.; Schneider, s. 21 ss.; Vahlén, s. 54 ss. — Muitakin nimityksiä voidaan käyttää. Esim. Kauppi, Kaupparekisteri s. 294 ja s. 316 puhuu kaupparekisterimerkinnän preklusiivisesta vaikutuksesta.

asialla on tuollainen parantava vaikutus, ei se tietystikään ole muuta kuin nimen antamista oikeusvaikutuksille, »lapsen kastamista». — Jos jollakin oikeustositasiassa on parantava vaikutus, ei siitä voida tehdä johtopäätöstä, että jollakin toisella oikeusvaikutuksella olisi samanlainen vaikutus.⁴² Niinpä, jos lainsäätäjällä on jossakin tapauksessa katsonut aiheelliseksi liittää traditioon tuollaisen vaikutuksen, ei se siis merkitse sitä, että esimerkiksi hyväksymisellä olisi samankaltainen merkitys. Kussakin yksityistapauksessa on selvitettävä, mitkä oikeustositasiat kykenevät poistamaan pätemättömyydeksi nimitetyn virheellisyyden. — Kenties voidaan esittää joitakin yleisiä sääntöjäkin erilaisista paikkautumislmiöistä ennen kaikkea siinä suhteessa, voiko jokin oikeustositasia, jolle ei ole nimenomaan säädetty parantavaa vaikutusta, *korvata* sellaisen oikeustositasian, jolle on säädetty mainitunlainen vaikutus.⁴³ Tässä yhteydessä ei voida puuttua tähän kysymykseen, joka eittämättä on pätemättömyysopin mielenkiintoisia ydinkysymyksiä.

Sanottaessa, että oikeustoimi on korjauskelpoisesti pätemätön, ei loppujen lopuksi ole sanottu paljoakaan, ellei samalla ilmaista, mitkä oikeustositasiat paikkaavat pätemättömyyden. Voitaneenpa sanontaa »korjauskelpoinen pätemättömyys» pitää tiettyssä mielessä vaarallisena. Se näet synnyttää herkästi mielikuvan, että varsin useat oikeustositasiat kykenevät poistamaan virheellisyyden. Tämä vaara voidaan torjua korostamalla, ettei näin suinkaan ole asianlaita. Vaara voidaan joko- seenkin täydellisesti torjua, jos korjauskelpoinen pätemättömyys luokitellaan niiden erilaisten oikeustositasiain perusteella, jotka kykenevät paikkaamaan pätemättömyyden. Tällöin käsite »korjauskelpoinen pätemättömyys» jää vain muodollis-loogisen yläkäsitteen asemaan. Tarkat alakäsitteet ovat sinänsäkin etu. — Miten tuollainen jaotus suoritetaisiin, jotta käsitteet olisivat käyttökelpoisia ja tarkoituksenmukaisia, siihen voidaan vastata sen jälkeen, kun yksityistapauksia on tutkittu riittävästi. Tällä hetkellä ei sitä liene missään tehty.

⁴² Näin mm. *Arnholm*, TFR 1950 s. 491; *Karlgren*, Nullitet s. 251 ss.; *Lassen*, Nullitet s. 233 ss.

⁴³ Varsin tavallista on, että jos määräjän kuluminen poistaa pätemättömyysvaikutuksen, niin sanotaan, että sanottu vaikutus on myös hyväksymisellä ja moiteoikeudesta luopumisella. Onhan näet sopimuskumppanin vapaassa tahdossa, haluaako hän reagoida määräjän kuluessa vai antaa hän ajan tehdä tehtävänsä. Ks. esim. *Kivimäki*, DL 1927 s. 24; *J. Serlachius*, JFT 1902 s. 7; *Ylöstalo*, Moite s. 262: »Kun moiteoikeus menetetään moiteajan loppuunkuluessa ipso iure on luonnollista, että perillinen voi jo sitä ennen sitovasti selittää luopuvansa (testamentin) moiteoikeudesta.» Ks. lisäksi *af Hällström*, JFT 1932 s. 405.

Itsestään vaikuttavassa ja reaktiota edellyttävässä pätemättömyydessä pätemättömyyttä tarkastellaan kahdesta näkökulmasta: toisaalta tuomioistuimen (tai muun viranomaisen) ja toisaalta asianosaisten näkökulmasta. Näiden eri näkökulmien tulokset huipentuvat puheena olevaan luokitukseen. Tämä luokitus on mahdollinen siitä syystä, että mainittujen näkökulmien välillä on tietty riippuvaisuussuhde.

Kun puhutaan itsestään vaikuttavasta pätemättömyydestä, merkitsee se ensiksi sitä, että *asianosaisten* ei tarvitse ryhtyä toimenpiteisiin pätemättömyysvaikutuksen voimaan saattamiseksi. *Tuomioistuimen näkökulmasta* itsestään vaikuttava pätemättömyys taas merkitsee sitä, että tuomioistuimella on tarkastamisvelvollisuus eikä vain oikeus siihen. Tämä *tarkastamisvelvollisuus* on *kahdenlaista*. Se voi olla niin sanoakseni normaalia kontrolloimista. Mutta se voi olla myös prosessioikeudellisista normeista johtuvaa. Asianosaisten poissaolo oikeudenkäyntitilaisuudesta laajentaa tuomioistuimen pätevyystarkastuksen koskemaan kaikkia mahdollisia pätemättömyysperusteita.⁴⁵

Puheena olevasta tarkastamisvelvollisuudesta tuskin voidaan esittää yleisiä sääntöjä. Sellaisia on kyllä esitetty, mutta niihin on yleensä tehty joitakin varauksia.⁴⁶ Tämän vuoksi on tuomioistuimen kussakin

⁴⁵ Ks. *Zitting*, Saantosuoja s. 66 av. 54 siinä olevine viitteineen. Lisäksi esim. *Stang*, s. 525, s. 534.

⁴⁶ Ks. esim. *Zitting*, Saantosuoja s. 60 av. 41: »Säännön mukaan tuomioistuimen on otettava huomioon ex officio vain sellainen pätemättömyys, johon nähden asianosaisten ei ole määräämisvaltaa. Näin on asianlaita, jos pätemättömyys on kaikkiin kohdistuvaa. Poikkeuksellisesti on tuomioistuimen omasta aloitteestaan otettava huomioon myös sellainen pätemättömyysperuste, joka ei aiheuta absoluuttista pätemättömyyttä».

Esitettyä sääntöä on helppo järkyttää. Tuomioistuimella ei ole edes tarkastamisoikeutta *avioehtosopimuksen rekisteröimisvaiheessa*, vaikka avioehtosopimuksen muotomääräysten laiminlyönti aiheuttaa absoluuttisen pätemättömyyden. Ks. esim. *Caselius*, LM 1953 s. 966; *Rautiala*, LM 1944 s. 551, sama, *Avioliitto-oikeus* s. 262; *Ylöstalo*, Moite s. 56. Toisin *Chydenius*, *Äktenskapsrätt* s. 128. Ks. lisäksi *oikeuskanslerin kertomus vuodelta 1935*, s. 95, mistä ilmenee, että tuomioistuin jäsenet tuomittiin virkavirheestä sakkorangaistukseen, kun tuomioistuin ei rekisteröinyt avioehtosopimusta, vaikka se oli AL 45 §:n vastainen. — Voidaan kenties sanoa, että rekisteröimisvaihe on aivan eri asia. Tähän tuskin on perusteltua aiheetta. Ks. *Stang*, s. 525, jossa ex officio huomioonottovelvollisuus katsotaan syntyväksi »hvis-saken av en eller annen grunn innbringes for dem».

Tässä yhteydessä huomautettakoon, että *testamentin valvonnassa* tuomioistuin ei ole oikeutettu kontrolloimaan testamentin pätevyyttä. Ks. esim. *Caselius*, LM 1953 s. 966; *Ylöstalo*, Moite s. 56 ss.; JFT 1872 s. 50 ss. olevaa keskustelua. — *Lainhuudatusta haettaessa* on kiinteistön luovutuksen laillisuus tarkastettava, kuten

oikeustoimessa ja kunkin pätemättömyysperusteen osalta erikseen ratkaistava, onko pätemättömyys, jos se havaitaan, otettava viran puolesta huomioon. Näin meneteltäessä ei ainakaan tehdä tarpeettomia yleistyksiä.

Kun pätemättömyyteen nähden on olemassa tarkastamisvelvollisuus, tulevat pätemättömyyden oikeusvaikutukset itsestään esim., jos tuomioistuimien tai muu viranomaisen havaitsee pätemättömyysperusteen;⁴⁷ jollei tarkastamisvelvollisuutta eikä edes oikeuttakaan siihen ole, on asianomaisen reagoitava pätemättömyyttä vastaan. *Reaktiokeinojen* erilaisuuden perusteella voidaan suorittaa luokitus moitteenvaraiseen, väitteenvaraiseen ja reklamaationvaraiseen pätemättömyyteen. Kirjallisuudessa on vastustettu reklamaationvaraisuuden ottamista pätemättömyysopilliseen luokitukseen. Reklamaatio näet tulee kysymykseen useissa sellaisissakin tapauksissa, joita ei voida pitää pätemättömyytenä, kuten esimerkiksi viivästys- ja suorituksen virheellisyytapauksissa. Tästä huolimatta on esitettyä kolmijakoa pidettävä tarkoituksenmukaisena.⁴⁸

Absoluuttisen ja relatiivisen pätemättömyyden erottelu perustuu henkilötahoerotteluun. Pätemättömyyttä tarkastellaan erilaisissa henkilörelaatioissa. Tämä luokitus on kiistanalainen jo pelkästään luokitusperusteensa vuoksi.⁴⁹ Esimerkiksi *Stang*⁵⁰ käyttää jaotusta absoluuttinen ja relatiivinen pätemättömyys sillä perusteella, parantuuko päte-

LainhL 7 § säätää. Ks. tästä tarkastamisvelvollisuudesta esim. *af Hällström*, JFT 1932 s. 371 ss. ja *Zitting*, s. 185 ss. niissä olevine viitteineen. — Kysymys työtuomioistuimen velvollisuudesta ottaa viran puolesta huomioon *työehtosopimuksen* muotovirhe on riidanalainen. *Schmidtin* mukaan se on otettava ex officio huomioon. Toisin Ruotsin työtuomioistuimien (ks. *Schmidt*, *Kollektiv arbetsrätt* s. 95). Ks. *Kopponen*, s. 151, missä katsotaan, että muotovirhe on työehtosopimuksen mitättömyysperuste ja mitättömyyden »olemukselta» johdetaan ex officio huomioonottovelvollisuus. — Ks. *KKO 1931 II 139*: Ehdottoman edellytyksen puute *vekselissä* viran puolesta huomioitu (äänestys).

⁴⁷ Ks. jäljempänä 14 §:n 3-B-c-kohdassa olevaa esitystä näkyvistä ja salaisista muotovirheistä.

⁴⁸ Jakoa käyttävät mm. *Lassen*, *Nullitet* s. 57; *Ussing*, s. 244 ss. erit. av. 22; *Zitting*, s. 53. Ks. lisäksi *Halila*, s. 159; *Rautiala*, Testamentin tekemisestä s. 104, vrt. Avioliiton purkaminen s. 30. Vrt. sen sijaan esim. *af Hällström*, *Ogiltighet* s. 335 ss., jossa moitteenvaraisuuteen on mahduttettu reklamaationvaraisuuskin; *Kivimäki*, s. 117 ss., jossa reaktiota edellyttävä pätemättömyys on luokiteltu moitteenvaraiseen ja väitteenvaraiseen pätemättömyyteen; *J. Serlachius*, JFT 1902 s. 34 ss., jossa lausutaan moitteen tulevan aina muulloin kysymykseen, paitsi Kiina 32 §:n mainitsemassa tapauksessa. Tätä arvostelee perustellusti mm. *Ekström*, s. 667.

⁴⁹ Ks. esim. *Dernburg*, RR I s. 212 ss.; *Windscheid*, PR I s. 218.

⁵⁰ *Stang*, s. 522 ss.

mättömyys hyväksymisellä vai ei. Stangin luokitusperuste kuuluu siis tässä omaksutun terminologian mukaan luokituksen korjauskelpoinen — korjauskelvoton pätemättömyys. Tätä Stangin luokitusta on arvosteltu erityisesti Tanskan kirjallisuudessa.⁵¹ — Absoluuttisen ja relatiivisen pätemättömyyden erottelun kiistanalaisuus ei rajoitu vain luokitusperustekysymykseen. Jos nimittäin lähdetään siitä, että puheena oleva erottelu perustuu henkilötahoerotteluun, jää ratkaistavaksi kysymys, millä tavoin henkilötahoerottelu suoritetaan.

Skandinavian kirjallisuudessa tarkastellaan pätemättömyyttä yleensä kahdessa henkilörelaatiossa: toisaalta sopijapuolten kannalta ja toisaalta ns. kolmannen miehen näkökulmasta.⁵² Tälle jaotukselle on »sukua» luokitus *vahvoihin ja heikkoihin pätemättömyysperusteisiin*.⁵³ Jos pätemättömyysperusteeseen voidaan vedota vilpittömästi mielestä (hyvästä uskosta)⁵⁴ huolimatta, sanotaan pätemättömyysperustetta vahvaksi, muuten heikoksi. Mainittu sukulaisuussuhde on siinä, että vaikka vahvojen ja heikkojen pätemättömyysperusteiden ero vedetäänkin hyvän uskon perusteella, edellyttää hyvä usko kysymyksen asettelun eri henkilötahoihin.

On ilmeisen selvää, että erottelu sopimuskumppanirelaatioon ja kolmannen miehen relaatioon ei ole aina riittävän tarkka. Tämä havaitaan muun muassa tarkasteltaessa luovutustoimia. Välttääkseen tuon epätarkkuuden *Zitting*⁵⁵ erottaa (omistajanvaihdosta silmällä pitäen) asianosaisrelaation, etenevän sivullisrelaation, takautuvan sivullisrelaation ja yleisen sivullisrelaation. Onko tämä erottelu tarkoituksenmukainen pätemättömyysopin näkökulmasta?

Esitettyyn tarkoituksenmukaisuuskysymykseen voidaan vastata sen jälkeen, kun riittävän laajat yksityistapausten tutkimukset on suoritettu. Koska niitä ei ole tehty, ei nyt ole syytä ryhtyä tarkastelemaan

⁵¹ Esim. *Lassen*, *Nullitet* s. 83; *Ussing*, s. 256 ss. Ks. myös *Arnholm*, s. 351 ss.

⁵² *Zitting*, *Saantosuoja* s. 2: »Käsiteltäessä erilaisia oikeussuojakysymyksiä on sivullistahoa vanhastaan käsitelty yhtenä kokonaisuutena. Sen mukaan 'suhde tertiukseen' muodostaa 'inter partes-suhteen' vastakohdan.» Tällaista »vastakohdtaa» käyttävät mm. *Arnholm*, s. 361 ss.; *Lassen*, *Nullitet* s. 226 ss.; *Stang*, s. 534. Ks. myös *Palmgren—Olsson*, s. 87, 91.

⁵³ Ks. esim. *Arnholm*, s. 353; *af Hällström*, *Ogiltighet* s. 334 ss.; *Illum*, s. 60; *Ussing*, s. 123 ss.; *Zitting*, s. 54 av. 11. Ks. erit. jäljempänä 14 §:n 1-A-kohdassa lausuttua.

⁵⁴ Käsitteiden hyvä usko ja vilpiton mieli välillä voidaan ajatella olevan tietty ero. Ks. *Vihma*, *Tiedonantovelvollisuus* s. 54 ss., s. 73 ss.

⁵⁵ *Zitting*, s. 47 ss.

erilaisia ajateltavissa olevia henkilötahojaotuksia.⁵⁶ Tämä johtuu myös siitä, että tässä tutkimuksessa ei ole tarkoituksena tarkastella erilaisia sivullistahoja ja pätemättömyyden vaikutusta niissä.⁵⁷ — Asianosaisrelaatiossakin on syytä erottaa *yksipuolinen ja kaksipuolinen pätemättömyys*.⁵⁸ Pätemättömyyden olemuksesta ei näet suinkaan johdu, että se ilmenisi samanlaisena sopimuskumppanien kesken.

4. PÄTEMÄTTÖMYYDEN ASIALLINEN MERKITYS

A. Lähtökohta. Edellä on johdantoajatuksena lausuttu, että sopimus on pätemätön, ellei se saa aikaan niitä oikeusvaikutuksia, jotka siihen normaalisesti liittyvät.⁵⁹ Jokseenkin näin luonnehditaan meillä pätemättömyyden asiallinen merkitys.⁶⁰ Toisaalta voidaan todeta, ettei pätemättömyyden asiallisen merkityksen selvittämällä ole suurtakaan sijaa kirjallisuudessamme.⁶¹ Ainoana varsinaisena poikkeuksena on pidettävä Zittingin⁶² esitystä. Epävarsinaisia poikkeuksia on olemassa.⁶³

Kysymys oikeustoimen sitovuudesta ja sen vastakohdasta, sitomattomuudesta eli pätemättömyydestä, on Zittingin⁶⁴ mielestä kysymys, joka johtaa koko oikeustieteen kardinaalikysymykseen: kysymykseen oikeuden pätevyydestä. Oikeustoimen sitovuuden probleemia selvitellessä ei ilmeisesti ole syytä lähteä oikeuden pätevyysprobleemista. Sitä ei tee Zittingkään. Oikeuden pätevyydestä lähdettäessä kohotaan näet

⁵⁶ Ks. Ylöstalo, Moite s. 47 ss. olevaa esitystä »jäämistöintresseistä».

⁵⁷ Vrt. tässä yhteydessä Zitting, LM 1953 s. 986.

⁵⁸ Ks. po. jaotuksesta esim. af Hällström, Ogiltighet s. 338; J. Serlachius, JFT 1902 s. 37 ss.; Zitting, Saantosuoja s. 66. Ks. lisäksi Karlgren, Studier s. 149 ss.

⁵⁹ Ks. tämän §:n av. 6:n kohdalla lausuttua.

⁶⁰ Ks. esim. Kivimäki, s. 117: »Oikeustoimi on pätemätön, ellei se... aikaansaa niitä oikeusvaikutuksia, joita laki kysymyksesssäolevaan oikeustoimeen liittää». Aivan samoin Rautiala, Testamentin tekemisestä s. 103; Wrede, Oikeustoimilaki s. 79. Samaan suuntaan Ekström, s. 669; Hernberg, s. 164; Montgomery, s. 643; Rautiala, Avioliiton purkamisen s. 17 ss.; J. Serlachius, JFT 1902 s. 1; Zitting, s. 52.

⁶¹ Tätä osoittaa edellisessä alaviitassa mainitun kirjallisuuden viittaustekniikka. Viittauksia ei yleensä esiinny. Ks. vielä Kivimäki, DL 1927 s. 1: »Välipuheen sitovuus merkitsee sitä, että sopimuskumppanit ovat velvolliset täyttämään, mitä ovat toisilleen luvanneet.»

⁶² Ks. Zitting, s. 52 av. 3, s. 68 av. 13, joissa, mikäli olen ymmärtänyt Zittingin oikein, lausutaan toisessa kohdassa aivan päinvastoin kuin toisessa kohdassa.

⁶³ Ks. av. 73 jäljempänä.

⁶⁴ Zitting, s. 67.

sellaiseen »tieteellisten abstraktioiden ohueen ilmapiiriin»,⁶⁵ jossa kadotetaan kosketus oikeuselämän realiteetteihin. Lisäksi on syytä korostaa vaaraa, joka sisältyy siihen, että oikeuden pätevyyskysymyksestä dedusoidaan oikeustoimen pätevyyden asiallinen merkitys. Seuraavassa tutustutaan oikeustoimen pätevyysprobleemiin lainopin tasosta, kuten yleensä on tehty.⁶⁶

Tarkasteltaessa pätemättömyyden asiallista merkitystä havaitaan varsin pian kysymyksen vaikeus. Onhan nimittäin olemassa tilanteita, jolloin sopimus ei oikeuta luontoissuoritukseen, vaan *positiivisen sopimusedun* (ns. *täyttämisintressin*) määräiseen vahingonkorvaukseen. Esimerkkinä voidaan mainita meidänkin oikeusjärjestyksemme osalta »klassillinen kysymys», oikeuttaako velvoiteoikeudellinen sopimus luontoissuoritukseen vai ainoastaan täyttämisintressin määräiseen korvaukseen. Tähän laajaan yleiskysymykseen on vastattu edellisen vaihtoehdon mukaisesti,⁶⁷ joskin poikkeuksia on olemassa. Näistä poikkeuksista mainittakoon esimerkkeinä työsopimus ja tekemättäjättämistä koskevat sopimukset.⁶⁸ Toisaalta taas »pätemättömällä» sopimuksella voi olla joitakin oikeusvaikutuksia. Se saattaa oikeuttaa *negatiivisen sopimusedun* (ns. *luottamusintressin*) määräiseen vahingonkorvaukseen,⁶⁹ tai sillä saattaa olla joitakin muita oikeusvaikutuksia.⁷⁰ Näistä muutamista lausumista päädytään seuraavaan toteamukseen: Pätemättömyys

⁶⁵ Tätä osuvaa vertauskuvaa käyttää eräässä toisessa yhteydessä *Br. Suviranta*: Katsaus kilpailutalouden teoriaan, Helsinki 1956, s. 18 (eripainos).

⁶⁶ Ks. edellä av. 60—61 sekä lisäksi esim. *Arnholm*, TFR 1950 s. 491: »At et løfte er ugyldig betyder bara att løftgeberen er ubundet av selve løftet — at det ikke skal legger til grunn hvis den annen krever oppfyllelse»; *Björling—Malmström*, s. 38; *Ekelöf*, TFR 1945 s. 230; *Enneccerus—Nipperdey*, II s. 861 ss.; *Ussing*, s. 117; *Vahlén*, s. 167 av. 19; *Windscheid*, PR I s. 216.

⁶⁷ Ks. esim. *Carlson*, *Naturfullgörelse* s. 1 ss.; *Chydenius*, KR I s. 144; *Godenhjelm*, s. 15 ss.; *Lilius*, LM 1916 s. 147; *Palmgren*, Mora s. 82 ss.; erit. s. 95 ss.; *Raninen*, LM 1942 s. 236; *Vihma*, *Mahdottomuus* s. 97. Toisin *Hernberg*, *Gäldförhållandet* esim. s. 20 ss., s. 38 ss., s. 70 ss.

⁶⁸ Luontoissuoritukseen mainituissa tapauksissa ei voida ketään pakottaa, sillä sellainen sotii, kuten yleisesti sanotaan, persoonallisen vapauden vaatimusta vastaan. Ks. po. poikkeustapauksista yleensä esim. *Kivimäki*, JFT 1957 s. 156 ss.; *Ljungman*, s. 5 ss.; *Rodhe*, *Obligationsrätt* s. 373 ss.; *Schobert*, s. 37 ss.

⁶⁹ Ks. jäljempänä 88 ja 113 av. kohdalla esitettyä.

⁷⁰ Pari esimerkkiä: a) pätemättömällä avioliitolla on varsin laajoja oikeusvaikutuksia, ks. esim. *Rautiala*, *Purkaminen* s. 38 ss. verrattuna s. 23, s. 31 ss.; *J. Serlachius*, JFT 1902 s. 18 ss.; b) pätemättömällä työsopimuksella, nimenomaan työläisten suojelunormien näkökulmasta, on suuri merkitys, ks. esim. *Sipilä*, *Järjestelmä* s. 202 ss.; *Vuorio*, s. 133 ss.

ei ole suinkaan *totaalista pätemättömyyttä*,⁷¹ vaan ainoastaan joidenkin oikeusvaikutusten puuttumista. Se on sitomattomuutta jollakin asiallisella vaikutusalalla. — Kun pätemättömyys ei ole suinkaan kaikkien oikeusvaikutusten puuttumista, on yritettävä selvittää, minkälaisuisten oikeusvaikutusten puuttumista voidaan pitää pätemättömyytenä. Liian epätasällisenä, ainakin a priori, on pidettävä edellä esitettyä, meillä vallitsevaa käsitystä: oikeustoimi on pätemätön, ellei se saa aikaan kaikkia niitä oikeusvaikutuksia, jotka siihen normaalisti liittyvät. Määritelmä jättää avoimeksi kysymyksen, mitkä ovat »normaalit oikeusvaikutukset». Onko esimerkiksi auton kaupan normaali oikeusvaikutus se, että ostaja saa rekisteröidyksi moottoriajoneuvonsa ja voi käyttää ajoneuvoa liikenteessä. Jos tämä on normaali vaikutus, merkitsee MootA 20 §:n muotomääräyksen laiminlyönti luovutussopimuksen pätemättömyyttä. Ellei tämä ole normaali vaikutus, ei sopimus ole pätemätön.⁷²

B. Skandinaavinen työhypoteesi. — Vahingonkorvauskysymyksen kytkeminen pätemättömyyskysymykseen on johtanut siihen, että Skandinavian kirjallisuudessa, varsinkin norjalais-tanskalaisissa tutkimuksissa, on päädytty tietyn hypoteesin omaksumiseen. Jos sopimus sitoo siinä mielessä, että se velvoittaa joko luontoissuoritukseen tai positiivisen sopimusedun (täyttämisentressin) korvaamiseen, pidetään sitä pätevänä. Jos sopimus oikeuttaa vain negatiivisen sopimusedun (luottamusintressin) korvaamiseen, ei sitä pidetä pätevänä.⁷³

Esitetyllä sitovuuden käsitteellä on eräitä heikkouksia. Ne sisältyvät jo käsitteisiin positiivinen ja negatiivinen sopimusetu. Näille käsitteille antoi varsinaisen operatiivisen merkityksen *Jhering*.⁷⁴ — Tutustuttaessa mainittuihin käsitteisiin havaitaan, että niillä on yleensä kaksoisfunktio. Toisaalta ne mittaavat vahingonkorvauksen määrän ja toisaalta ne ovat vahingonkorvauksen oikeusperusteen määrittäjinä, kuten *Braekhus* osoittaa.⁷⁵

⁷¹ Totaalisesta pätemättömyydestä puhuvat mm. *Arnholm*, s. 86; *Sipilä*, Järjestelmä s. 194.

⁷² Ks. kysymyksestä 14 §:n 1-C-f-kohdassa lausuttua.

⁷³ Näin mm. *Arnholm*, s. 79 ss.; *Illum*, s. 58; *Karlgren*, Spörsmaal s. 10 ss.; *Lassen*, Nullitet s. 41 ss.; *Stang*, s. 520; *Ussing*, s. 117; *Vahlén*, s. 167 av. 19. Ks. tässä yhteydessä *Carlson*, LM 1954 s. 152 ss.; *Telaranta*, Kivimäen juhlaulkaisu s. 381 ss., s. 402 ss.; *Vuorio*, s. 107, LM 1956 s. 453, joissa kaikissa heijastuu skandinaavinen käsitys.

⁷⁴ Tämän toteavat mm. *Augdahl*, Obligasjonsrett s. 339 av. 1; *Hildebrandt*, s. 39; *Karlgren*, Spörsmaal s. 21.

⁷⁵ *Braekhus*, TFR 1947 s. 515 ss.

Jos tarkastellaan positiivisen sopimusedun ja negatiivisen sopimusedun käsitteitä *vahingonkorvauksen laskemisen näkökulmasta*, havaitaan, että negatiivinen sopimusetu on varsin karkea mittapuu.⁷⁶ Kirjallisuudessa tosin vallitsee melkoinen yksimielisyys siitä, kuinka positiivinen ja negatiivinen sopimusetu periaatteessa lasketaan. Yleensä positiivinen sopimusetu ilmaistaan lausumalla, että sopimuskumppani on asetettava siihen asemaan, mikä hänellä olisi, jos sopimus olisi ollut tehokas. Negatiivinen sopimusetu taas merkitsee, että sopimuskumppani on asetettava siihen asemaan, mikä hänellä olisi, jos sopimuksen solmimista ei olisi tapahtunut.⁷⁷ Tällä tavoin käsitteitä käytettäessä joudutaan siihen, että negatiivisen sopimusedun määrä voi merkitä edullisempaa taloudellista lopputulosta kuin positiivisen sopimusedun mukaisesti laskettu vahingonkorvaus merkitsisi.⁷⁸ Sen vuoksi, kun sopimuskumppanille halutaan myöntää »ainoastaan» negatiivisen sopimusedun määräinen vahingonkorvaus, joudutaan lausumaan, että se ei kuitenkaan saa ylittää positiivista sopimusetua.⁷⁹ — Vahingonkorvauksen määrää laskettaessa puheenaolevia käsitteitä rasittaa toisenkinlainen epätarkkuus. Kun joudutaan jonkin yksityisen vahinkoerän osalta ratkaisemaan, onko tuo erä positiivista vai negatiivista sopimusetua, ei ratkaisun tekeminen ole suinkaan helppoa.⁸⁰ Voidaan näin ollen todeta, että käsitteiden käyttöä rasittaa tietty vaikeus ja epätasällisyys. Sitä paitsi eivät rahana suoritettava positiivisen sopimusedun määräinen vahingon-

⁷⁶ Ks. *Arnholm*, s. 85.

⁷⁷ Ks. *Braekhus*, TFR 1947 s. 516 sekä siinä olevia viitteitä skandinaaviseen kirjallisuuteen. Ks. lisäksi *Augdahl*, *Obligasjonsrett*, s. 336 ss.; *Björling—Malmström*, s. 186; *Bramsjö*, s. 168 ss.; *Kivimäki*, s. 72 av. 2; *Vihma*, *Tiedonantovelvollisuus* s. 71 av. 104.

⁷⁸ Esim. *Braekhus*, TFR 1947 s. 517, s. 531 ss.; *Stang*, s. 226 av. 60; *Vihma*, *Mahdottomuus* s. 73 av. 9: »Yleensä negatiivinen sopimusetu ei ylitä positiivista sopimusetua, mutta välistä niinkin voi sentään käydä, esim. jos toimittamatta jääneiden tavarain hinnat romahtavat.»

⁷⁹ Esim. *Rohde*, *Obligationsrätt* s. 495.

⁸⁰ Esim. *Almén*, *Köp I* s. 355; *Bramsjö*, s. 270 ss.; *Vihma*, *Tiedonanto* s. 191 ss.; Ks. *Braekhus*, TFR 1947 s. 518 ss., jossa negatiiviset sopimusedut on ryhmitelty seuraavalla tavalla: 1) neuvottelumenot, esim. neuvottelu asianajajan kanssa, esiin- neen katsastus ym.; 2) sopimuksen solmimismenot, esim. leimavero, agentin palkkio ym.; 3) täyttämismenot, esim. pakkaus- ja lähetyskulut; 4) disponointimenot eli menot, jotka syntyvät siten, että tehdään oikeustoimia sen sopimuksen vuoksi, joka sitten osoittautuu pätemättömäksi; 5) menot, jotka johtuvat sopimusobjektin vaarallisista ominaisuuksista.

korvaus ja luontoissuoritus taloudellisestakaan näkökulmasta aina merkitse samaa.⁸¹

Kun positiivisen ja negatiivisen sopimusedun käsitteitä tarkastellaan *vahingonkorvauksen perusteena*, jolloin vahingonkorvauskysymys on kytketty sopimuksen sitovuuden probleemiin, joutuu käsitteiden käyttö vieläkin kyseenalaisemmaksi. Sopimustahan sanotaan sitovaksi, jos se oikeuttaa joko luontoissuoritukseen tai positiivisen sopimusedun (täyttämisentressin) määräiseen korvaukseen. Kuitenkin asianlaita on niin, ettei noilla kahdella eri oikeusvaikutuksella ole »loogista» riippuvaisuussuhdetta.⁸² Jos *sopimus oikeuttaa luontoissuoritukseen*, ei sillä ole vielä sanottu mitään siitä, oikeuttaako se myös vahingonkorvaukseen. Yleistä kyllä on, että pätevä sopimus on vahingonkorvauksenkin perustana.⁸³ Silti tästä säännöstä on huomattavia poikkeuksia. Niinpä meidänkin oikeutemme osalta voidaan lausua, että luontoissuoritus on säännönmukaisesti ainoa mahdollisuus toteutettaessa esineoikeudellista suojaa.⁸⁴ Perheoikeudellisissa sopimuksissa, kuten kihlauksessa ja avioliittosopimuksessa, on vahingonkorvaus aivan erityislaatuisten normien varassa. Jos *sopimus ei oikeuta luontoissuoritukseen*, ei se suinkaan aina merkitse positiivisen sopimusedun (täyttämisentressin) korvaamattomuutta.⁸⁵ Edellä⁸⁶ on jo mainittu eräitä tapauksia, jolloin sopimuspuoli ei voi vaatia luontoissuoritusta, mutta kyllä täyttämisentressin korvaamista. Tätä luetteloa on helppo jatkaa.⁸⁷ Vieläkin vaikeampia vahingonkorvaus-

⁸¹ Ks. *Arnholm*, s. 79 ss.

⁸² *Ljungman*, s. 35: Lika litet existerar något rent logiskt samband inbördes mellan naturalexecution och skadeståndsvång.

⁸³ Ks. erottelusta sopimussääntöinen ja ulkokontrahdillinen vahingonkorvausvastuu, jolle usein rakennetaan koko vahingonkorvausoikeus esim. *Ek*, s. 46 ss., erit. av. 4 esitettyä.

⁸⁴ Ks. *Ljungman*, s. 23.

⁸⁵ Vrt. sen sijaan *Carlson*, LM 1954 s. 153 ss., jossa lausutaan mm.: »Kun sopimus on pätemätön, ei sen täyttämiseen, eikä myös sen täyttämisen laiminlyömisestä syntyneen vahingon korvaamiseen saa velvoittaa. Se on järkeen-käypää.»

⁸⁶ Ks. edellä av. 68 kohdalla lausuttua.

⁸⁷ Pari lisäesimerkkiä: a) Eräät, jotka eivät pidä kiinteistönluovutuksen esisopimusta pätevänä siinäkään tapauksessa, että se on tehty kiinteistönluovutuksen muutosäännöksiä noudattaen, katsovat tuollaisen sitomattoman sopimuksen velvoittavan jopa positiivisen sopimusedun määräiseen korvaukseen. Näin *Caselius*, Irroitamisoikeudet s. 67 av. 4. — Negatiivista sopimusetua puolustavat *Chydenius*, KR I s. 30; *Hernberg*, DL 1925 s. 370; *Voipio*, LM 1917 s. 114. Kun vanhempi oikeuskäytäntömme katsoi po. esisopimuksen sitomattomaksi, oli se vahingonkorvauskysymyksen osalta epäjohdonmukainen. Ks. *SOO t. 1912 II 19*; *KKO 1924 II 116*;

kysymyksiä liittyy negatiivisen sopimusedun (luottamusintressin) korvaamiseen. Luontoissuoritusvelvollisuuden puute ei näet suinkaan merkitse tuollaisen rajoitetun vahingonkorvausvelvollisuuden »käsitteellistä» poissulkemista. Probleemina on päinvastoin juuri se, voiko »pätämätön» sopimus joskus oikeuttaa negatiivisen sopimusedun korvaamiseen.⁸⁸

Kirjallisuudessa on toisinaan suhtauduttu varsin kielteisesti negatiiviseen sopimusedun käsitteeseen.⁸⁹ Se ei johdu ainoastaan edellä mainituista syistä. Kielteiseen käsitykseen ovat olleet vaikuttamassa myös eräät irrationaaliset ainekset, suoranainen vastenmielisyys negatiivisen sopimusedun oppia kohtaan.⁹⁰ Tämä vastenmielisyys on varsin ymmärrettävää. Negatiivisella sopimusedulla on ollut merkitystä eräiden »suurten kysymysten» yhteydessä. Nämä kysymykset on yleensä ratkaistu ja niissä negatiivisella sopimusedulla ei ole enää käyttötarkoitusta.⁹¹ Kun nuo peruskysymykset ovat saaneet »tuomionsa», niin mikä onkaan luonnollisempaa kuin suhtautua skeptillisesti koko oppiin negatiivisesta sopimusedusta.

Edellä olevat huomautukset skandinaavisesta sitovuuden hypoteesista⁹² osoittavat, että sitovuuden käsite ei suinkaan ole selvä. Työskenneltäessä sillä on vaikeuksia riittävästi edessä. Jos verrataan toisiinsa meillä käytettyä sitovuuden käsitettä ja tarkastelun alaisena ollutta skandinaavista käsitystä, on viimeksi mainitulle annettava etusija. Korostaahan skandinaavinen käsitys, ettei pätemättömyys suinkaan ole totaa-

KKO 1925 II 157. b) Ruotsin NyttjL 2:1 säättää, että vaikka suullinen maanvuokrasopimus ei sidokaan, niin vuokraaja, jolla on kiinteistö hallussaan, on oikeutettu saamaan positiivisen sopimusedun suuruisen vahingonkorvauksen. Ks. *Bramsjo*, s. 388. Tätä normia on Ruotsissa arvosteltu varsin kärkevästi. Mm. *Karlgren*, s. 69 av. 84 sanoo, että kysymyksessä on omituinen konstruktio. — Eikö kuitenkin ole niin, että »konstruktio» on omituinen, jollei siihen voida sijoittaa kaikkia yksityistapauksia. Huomaa tässä yhteydessä *Virkkunen*, Laskentatoimi s. 13: »Vaikka systematiikka periaatteessa muodostaakin vain puitteet asiasisältöä varten, on kokemus osoittanut kuitenkin, kuinka epätarkoituksenmukainen mutta jyrkkärajainen systematiikka sitoo kehitystä, johtamalla myös asiasisällön kangistumiseen ja kaavoittumiseen.»

⁸⁸ Ks. esim. *Braekhus*, TFR 1947 s. 517 ss.; *Hildebrandt*, s. 38 ss.; *Karlgren*, *Spörsnål*, s. 18 ss.; *Keller*, s. 110 ss.; *Winroth*, *Strödda uppsatser* IV s. 141 ss.

⁸⁹ Esim. *Almén*, *Köp* I s. 355; *Lundstedt*, *SvJT* 1924 s. 273 ss.

⁹⁰ *Braekhus*, TFR 1947 s. 531.

⁹¹ Ks. jäljempänä 10 §:n av. 43 lausuttua.

⁹² Negatiivisen sopimusedun käsitteellä on suuri merkitys saksalais-romaanisissa oikeusjärjestyksissä (ks. esim. *Stang*, s. 227), mutta po. tavalla muodostettua sitovuuden käsitettä on pidettävä skandinaavisena ja ainoastaan hypoteesina:

lista, vaan tarkoin määrättyä oikeusvaikutusten puutetta. — Mieli-piteeni skandinaavisesta käsityksestä ilmenee D-kohdasta, jossa esite-tään eräitä johtopäätöksiä pätemättömyyden asiallisesta merkityksestä.

C. Bramsjön käsite »återgång». Ruotsissa julkaisi *Bramsjö* 1950 väitöskirjan nimeltä »Om avtals återgång». Tässä teoksessa Bramsjö käyttää varsin laajaa purkautumisen (återgång) käsitettä. Hän on mahduttanut käsitteeseensä paitsi pätemättömyystapausta myös purkamis-(hävning) ja takaisinvoittotapaukset.⁹³ Laajaa purkautumisen käsi-tettä pidetään onnistuneena varsinkin siitä syystä, että tuomioistuinten määrätessä sopimuksen purkautumaan, »samlings-(general-) direktiv» sisältää useita erityisohjeita.⁹⁴ Osittain laajan käsitteen muodostamiseen lienee vaikuttanut se, että Bramsjö ei hyväksy »tavanomaisia» pätemät-tömyyden määrittelyjä.⁹⁵

Käsite »återgång» on otettu lähemmän tarkastelun kohteeksi siitä syystä, että siinä on tehty vakava yritys pätemättömyyden asiallisen sisällön selvittämiseksi. Valitettavasti esitystä on pidettävä vain yri-tyksenä. Käsite näet sortuu omaan mahdottomuuteensa. Bramsjön kirjaa ja erityisesti hänen käyttämäänsä »återgång»-käsitettä ovat arvos-telleet ainakin *Arnholm*,⁹⁶ *Lögberg*⁹⁷ ja *Zitting*.⁹⁸ Viimeksi mainittu lau-suu, että »erityyppisten tapausten kokoaminen yhteen ei näytä tarkoi-tuksenmukaiselta, ellei samalla suoriteta erittelyä ja aseteta täsmällisiä jaotteluperusteita, joiden avulla laajaa kokonaisuutta hallitaan». Tällä tavoin ei Bramsjö ole menetellyt, ja niinpä hänen laaja, joskin mielen-kiintoinen käsitteensä on vailla käyttötarkoitusta lainopin tasossa ole-via kysymyksiä selviteltäessä.⁹⁹

D. Eräitä johtopäätöksiä. Edellä on tarkasteltu kysymystä, mitä asiallisesti merkitsee, että sopimus on pätemätön. Meillä vallitsevaa käsitystä on pidetty liian epämääräisenä. Skandinaavisella työhypo-teesilla työskentelyyn on osoitettu liittyvän monia vaikeuksia, joskin

⁹³ *Bramsjö*, s. 2.

⁹⁴ *Bramsjö*, s. 14 ss.

⁹⁵ *Bramsjö*, s. 10 ss. Taistellessaan tavanomaisia käsityksiä vastaan Bramsjö lyö usein kirjeensä kiveen. Hän on näet ymmärtänyt eräät tavanomaisista käsityksistä väärin, kuten *Lögberg*, SvJT 1951 s. 347 osoittaa.

⁹⁶ *Arnholm*, TFR 1950 s. 488 ss.

⁹⁷ *Lögberg*, SvJT 1951 s. 345 ss.

⁹⁸ *Zitting*, s. 53 av. 7.

⁹⁹ *Arnholm*, TFR 1950 s. 490 korostaa käsitteen epäonnistuneisuutta sen laajuu-den vuoksi.

se on täsmällisempi kuin meillä vallitseva käsitys, joka jättää avoimeksi kysymyksen, mitkä ovat ne »normaalit oikeusvaikutukset», jotka konstituoivat pätevyyden. Bramsjön käsitettä »återgång» on pidetty liian laajana ja sen takia tarkoituksettomana. Kysymys sopimuksen pätevyydestä on siis varsin avoin. Eräitä johtopäätöksiä voidaan kuitenkin esittää.

Pätevällä sopimuksella on tiettyjä oikeusvaikutuksia. Noiden oikeusvaikutusten tutkimus on vielä miltei alussa.¹⁰⁰ Riittävät analyysit sopimusten oikeusvaikutuksista puuttuvat. — Oikeusvaikutuksia voidaan ryhmitellä monella eri tavalla. Tällaista ryhmittelyä voidaan kutsua vaikutusalaryhmittelyksi. Vaikutusaloja ovat muun muassa luontoissuoritus, oikeustoimen oikeusvaikutusten eliminointi eli purkaminen ja vahingonkorvaus.¹⁰¹ Vaikutusala-analyysissa on mentävä vieläkin tarkempiin ryhmittelyihin,¹⁰² joskin nuo kolme vaikutusalaa näyttelevät pääosaa pätemättömyyden asiallista merkitystä selvitetäessä.

Skandinaavinen työhypoteesi koostuu kahdesta vaikutusalasta: luontoissuoritusvelvollisuudesta ja vahingonkorvausvelvollisuudesta. Viimeksi mainittu jaetaan kahtia: positiiviseen ja negatiiviseen sopimukseen. Jos sopimus synnyttää luontoissuoritusvelvollisuuden tai oikeuttaa positiivisen sopimusedun määräiseen vahingonkorvaukseen, pidetään sopimusta pätevänä. Tätä on syytä pitää tarkoituksenmukaisena lähtökohtana, mutta vain lähtökohtana ja vain siihen saakka, kunnes oikeusvaikutusten tutkimukset antavat aihetta siirtyä tarkempiin käsitteisiin. Skandinaavinen työhypoteesi kaivannee jo nyt pari täydennystä. Ensimmäinen koskee vahingonkorvauksen kytkemistä sitovuuskysymykseen. Omalta osaltani en suorita niin täydellistä kytkentää, kuin yleensä tehdään. Sanon, että *sopimus on pätemätön, ellei se synnytä luontoissuoritusvelvollisuutta. Tämä on lähtökohta.* Jos luontoissuoritukseen ei ole mahdollisuutta, koska täyttämispakkoa ei voida toteuttaa¹⁰³ tai se on merkityksetön,¹⁰⁴ mutta positiivisen sopimusedun mää-

¹⁰⁰ Ks. esim. *Ljungman*, s. 1 ss.; *Vahlén*, s. 167 av. 19.

¹⁰¹ Ks. *Vihma*, Mahdottomuus s. 70 ss., missä mahdottomuuden seurauksia tarkasteltaessa työskennellään em. kolmella vaikutusalalla.

¹⁰² Ks. esim. *Rodhe*, *Obligationsrätt* s. 297 ss. olevaa oikeusvaikutuserittelyä.

¹⁰³ Tällä tarkoitetaan niitä tapauksia, jolloin vaatimusta ei voida toteuttaa pakkotoimin. Ks. niistä edellä 68 ja 87 av. mainittua.

¹⁰⁴ Esim. vaikka UL 3:42 mukaan tuomio voidaan antaa esim. kauppakirjan kirjoittamisesta ja tuomio käy kauppakirjasta sen jälkeen, kun tuomio on saavuttanut lainvoiman, niin tuskinpa yksikään pankki diskonttaisi vekselintekoon velvoittavaa tuomiota, mikä lain mukaan käy vekselistä.

räinen vahingonkorvausoikeus voidaan myöntää, silloinkin on sopimus katsottava päteväksi. Vahingonkorvaus on tällöin ainoastaan luontoissuorituksen välttämätön korvike (surrogaatti). — Toinen täydennys koskee typologista sitovuutta. Skandinaavinen työhypoteesi pitää oikeustointa päteväenä, kunhan se oikeuttaa luontoissuoritukseen tai positiivisen sopimusedun määräiseen vahingonkorvaukseen, kiinnittämättä huomiota typologiseen piirteeseen. Niinpä esimerkiksi *Arnholm*¹⁰⁵ ja *Ussing*¹⁰⁶ pitävät vekseliä sitovana, vaikka se ei täytäkään VeksL 1 §:n muotovaatimuksia, kun se kuitenkin yleensä käy VeksL 74 §:n mukaan tavallisesta velkakirjasta ja velvoittaa luontoissuoritukseen, joskaan ei tyyppinsä mukaisesti. Tätä ei voitane hyväksyä, vaan täytynee katsoa, että luontoissuorituksen tulee olla tyyppinmukaista luontoissuoritusta.¹⁰⁷

Mainitunlainen sitovuuden käsitys merkitsee muutosta ajattelutapaan, mikä usein esiintyy varsinkin muutosäännöksistä puhuttaessa. Usein näet lausutaan, että muutosäännöksen laiminlyömisestä aiheuttama pätemättömyys merkitsee koko sopimuksen olemattomuutta, kaikkien oikeusvaikutusten puuttumista tai muuta vastaavaa.¹⁰⁸ Saatetaanpa sanoa, että sopimusta ei voida pitää edes oikeustositiasiana, jollei muotomääräystä noudateta.¹⁰⁹ Siis: *ex nihilo nihil fit* eli — vapaasti suomen-

¹⁰⁵ *Arnholm*, s. 121.

¹⁰⁶ *Ussing*, s. 112.

¹⁰⁷ Meikäläisessä kirjallisuudessa VeksL:n po. tapausta pidetään pätemättömyytenä ja VeksL 74 §:n oikeusvaikutus selitetään *konversio-opin* (*muuntumisopin*) avulla. Ks. esim. *Kivimäki*, s. 121; *Rautiala*, Purkaminen s. 22 av. 26; *Wrede—Heinonkoski*, s. 106; *Wrede*, Oikeustoimilaki s. 81. Ks. myös *Guhl*, s. 97; *Munch—Petersen*, s. 344; *Platou*, s. 250; *Stang*, s. 538; vrt. *Oser—Schönenberger*, s. 92.

¹⁰⁸ *Hakulinen*, Luovutus 1 p. s. 8: »Oikeustoimi, joka jossakin suhteessa poikkeaa säädetystä muodosta, on mitätön, s.o. vailla kaikkea oikeudellista vaikutusta.» Vrt. Luovutus 2 p. s. 23, s. 25; *Halila*, s. 125 ss. lausuu, että oikeustoimen muoto liittyy »siksi läheisesti sen syntyyn, ettei kysymyksessä olevaa oikeustointia ilman muotomääräyksen noudattamista voida katsoa edes tehdyksi». *Hernberg*, s. 213: »Lausuma, että todistajat kuuluvat oikeustoimen muotoon, merkitsee sitä, että määrämuotoa syrjäyttämällä ei tarkoitettua oikeustointia lainkaan synny.» Ks. lisäksi esim. *Ask*, I s. 37; *Caselius—Rautiala*, (Caselius) s. 226; *Raninen*, Kauppataloustutkimuksia s. 216, sama, LTA 1956 s. 122; *Rautiala*, Testamentin tekemisestä s. 102; *Schneider*, s. 17; *Sohm—Mitteis—Wenger*, s. 218; *Stobbe*, s. 130. Vrt. esim. *Haataja*, Käsitem s. 50; *Montgomery*, s. 593; *J. Serlachius*, JFT 1885 s. 230, jotka kaikki myöntävät muotovirheelliselläkin sopimuksella voivan olla erinäisiä oikeusvaikutuksia. — Jo pandektologit opettivat, kuten esim. *Dernburg*, s. 390: Das nichtige Rechtsgeschäft ist keineswegs ein Nichts. Nicht zutreffend hat man es mit einer Totgeburt verglichen.

¹⁰⁹ Näin *Trygger*, Skriftliga bevis s. 129.

nettuna — tyhjästä ei saada mitään. Tästä on siis luovuttava. Pätemättömyys merkitsee oikeusvaikutuksen puuttumista vain luontoissuorituksen tai sen välttämättömän surrogaatin suhteen.¹¹⁰ Se ei siis *periaatteessa* sulje pois sellaista ratkaisua, että sopimuskumppaneille sopimuksen sitomattomuudesta (pätemättömyydestä) huolimatta myönnetään oikeus joko sellaiseen täyteen vahingonkorvaukseen, joka ei ole luontoissuorituksen surrogaatti,¹¹¹ tai negatiivisen sopimusedun määräiseen vahingonkorvaukseen. Viimeksi mainitun sovitteluratkaisun¹¹² tekemiseen on varmaan joskus syytäkin.¹¹³ Muotovirheen haitallisia vaikutuksia on näet pyrittävä eliminoimaan senkin uhalla, että negatiivinen sopimusetu rajoitetusti pakottaa pysymään sopimuksessa, joka ei velvoita luontoissuoritukseen. Jos negatiivisen sopimusedun määräinen vahingonkorvaus myönnetään, se *perustuu* reaaliseseen sovitteluratkaisuun. Vahingonkorvaus on tällöin ainoastaan väline, jota käytetään erilaisten ristiriitojen tasoittamiseen. Käsite negatiivinen sopimusetu tarkoittaa tällöin siis vain vahingonkorvauksen määrää, mutta ei sen perustetta. Lisäksi negatiivisella sopimusedulla, vahingonkorvauksen

¹¹⁰ Ahlander, s. 150 esittää, että pätevyys ja pätemättömyys voidaan määrittää vain suhteessa jokaiseen oikeusvaikutukseen. Saaminen voi siis olla pätevä tiettyihin oikeusvaikutuksiin (RF₁, RF₂, RF₃) nähden, mutta sitä vastoin pätemätön toisiin oikeusvaikutuksiin (RF₄, RF₅, RF₆) nähden.

¹¹¹ Vaikka esim. sopimus onkin OikTL 3 luvun normien perusteella käynyt pätemättömäksi, on sopimuskumppanilla, joka on joutunut esim. pakon tai petollisen viettelyn kohteeksi, oikeus saada täysi vahingonkorvaus toisen toimenpiteiden johdosta. Ks. esim. *Almén—Eklund*, s. 118, s. 121; *Wrede*, Oikeustoimilaki s. 86, s. 88.

¹¹² Negatiivisen sopimusedun määräistä vahingonkorvausta voidaan pitää »luonteeltaan» kompromissiratkaisuna. Ks. esim. *Arnholm*, s. 83; *Karlgren*, Spörmål s. 22.

¹¹³ Kirjallisuudessa esitetään usein *yleiskysymys*: oikeuttaako muotovirheen vuoksi pätemätön sopimus negatiivisen sopimusedun määräiseen vahingonkorvaukseen? Ks. esim. *Karlgren*, Spörmål s. 66 ss., missä hyväksytään ajatus negatiivisen sopimusedun tuomitsemisesta eräissä tapauksissa. Samoin mm. *Keller*, s. 142 ss.; *Nordling*, s. 172. Ks. kysymyksestä vielä *Becker*, s. 58; *Guhl*, s. 97; *Leonhard*, s. 274; *von Tuhr*, II: 1 s. 502 av. 40; *Tuhr—Siegwart*, I s. 225. — Kysymystä tuskin voidaan ratkaista yleisellä säännöllä. Sitä on syytä tarkastella kunkin muotosäännöksen kohdalta erikseen. Ks. *Arnholm*, s. 125.

Oikeuskäytännössämme on negatiivisen sopimusedun korvaaminen joutunut harkittavaksi vain kiinteistönluovutuksen esisopimuksen yhteydessä. Kun oikeustapaukset käsittelevät ainoastaan yhtä erikoistapausta, voitaneen niiden tarkastelusta luopua. Ks. kysymyksestä nyt jo *af Hällström*, JFT 1932 s. 398 siinä olevine viitteineen.

määrän käsitteellä, tarkoitetaan ainoastaan rajoitettua vahingonkorvausta. Puheena olevan sitovuuskäsityksen omaksuminen ei ole periaatteellinen este sillekään, että muotovirheen vuoksi pätemättömään sopimukseen liitetty sopimussakko katsotaan sitovaksi siinä määrin, ettei se tarkoita positiivisen sopimusedun määräistä vahingonkorvausta, vaan ainoastaan negatiivisen sopimusedun määräistä vahingonkorvausta, jonka tulee jäädä alle positiivisen sopimusedun.¹¹⁴

Kuvatuslaisella sitovuuden käsitteellä työskentely vapauttaa niistä vaikeuksista, jotka ovat edessä silloin, kun pätemättömällä sopimuksella katsotaan olevan joitakin oikeusvaikutuksia. Jos lähdetään siitä, että pätemättömyys merkitsee kaikkien oikeusvaikutusten puutetta, joudutaan, kun joissakin yksityistapauksissa tuollainen ratkaisu tuntuu mahdollomalta, turvautumaan varsin monimutkaisiin ja monenkaltaisiin oikeusvaikutuskonstruktioihin selvitetessä »pätemättömän» sopimuksen oikeusvaikutuksia.¹¹⁵ Jonkinlainen »alusta» on näet löydettävä niiden oikeusvaikutusten olemassaololle, joita ei voida johtaa sopimuksesta, kun se ajatellaan olemattomaksi. Jos sen sijaan lähdetään siitä, että pätemättömyys merkitsee vain tarkoin määrättyjen oikeusvaikutusten puuttumista, vapaudutaan mainitunlaisista alustan etsinnöistä. Tällöin ei itse norminasettamistakaan rasita kysymys siitä, kuinka mahdollinen oikeusvaikutus »konstruoidaan», vaan sen olemassaoloa voidaan vapaasti punnita »mittaamalla» keskenään puolesta ja vastaan puhuvia näkökohtia.

¹¹⁴ Sopimussakonkaan osalta en rohkene vastata yleiskysymykseen, sitooko muotovirheen johdosta pätemättömään sopimukseen liitetty sopimussakko. — Vrt. sen sijaan *Carlson*, JFT 1932 s. 131 ss.; DL 1951 s. 1 ss. viitteineen, joka hyväksyy aina alennetun sopimussakon (OikTL 36 §); *Vihma*, Sopimussakko s. 96 ss., DL 1951 s. 209 ss. viitteineen, joka ei hyväksy alennettuakaan sopimussakkoa, koska sekin hänen mielestään painostaa lisäksi pääsopimuksen tekoon ja siis luontoissuoritukseen. — Oikeuskäytäntömme ratkaisut po. kysymyksestä liittyvät kiinteistönluovutuksen esisopimukseen. Niihin nähden lausutaan samaa kuin edellisessä alaviitteessä.

¹¹⁵ Eräät käyttävät luontoisveloitteen (*naturalis obligatio*) käsitettä, kuten esim. *Ask*, II s. 5; *Björling—Malmström*, s. 40; *Reichel*, s. 4 ss.; *Stobbe*, s. 131 av. 23. Huomaa *Lahtinen*, DL 1954 s. 315. Toisinaan turvaudutaan perusteettoman edun konstruktion, esim. *Kivimäki*, DL 1927 s. 29 ss. Toisinaan taas selitetään oikeusvaikutukset oikeussuhteen käsitteen avulla, esim. *Godenhjelm*, JFT 1952 s. 185; *Sipilä*, Järjestelmä s. 185 ss. Erityisesti on mainittava, että ajattelukaava *culpa in contrahendo* on saanut palvella tässäkin oikeusvaikutuskuvaajana. Ks. esim. *Arnholm*, s. 83 ss.; *Hildebrandt*, s. 39 ss.; *Karlgren*, Spörsml s. 13 ss., s. 142 ss.; *Rodhe*, Obligationsrätt s. 494 ss.

Havainnot, jotka tässä pykälässä on tehty pätemättömyysopista, ovat perustuneet ajatukseen, ettei oikeutemme osalta ole suoritettu riittäviä yksityistapausten selvityksiä. Siksi kunnes analyysin aika on sivuutettu, on syytä pidättäytyä synteeseistä. Jollei niin tehdä, suoritetaan tarpeettomia yleistyksiä. Pätemättömyysopin alalla analyysin aika vie-nee kauan.¹¹⁶ Tutkimusalue on niin laaja ja työmäärä sen mittainen, että siihen ei riittäne edes yhden ihmisiän kestävä tutkimustyö.¹¹⁷ Analyysin aikakaudella on omat ikävät puolensa. On luotava lukuisia, täysin erillään pidettäviä luokitusperusteita. Useiden luokitusperusteiden käyttö vaikuttaa tietystikin sotkuiselta. Mutta sotkuisuus on sentään pienempi paha kuin ne virheelliset yleistyksset, joihin väen väkisin yksinkertaistettu, joskin »kaunis» pätemättömyysoppi johtaa.¹¹⁸

¹¹⁶ *Ehrenzweig*, I: 1 s. 285: Vergebens bemüht man sich, scharf umrissene Arten Unwirksamkeit zu unterscheiden, um mit wenigen Schablonen in allen Fällen auszukommen.

¹¹⁷ Kenties useiden tutkijoiden ryhmätyöskentelyllä saataisiin aikaan riittävä erittely synteesiä varten.

¹¹⁸ Vrt. sen sijaan *Karlgren*, Nullitet s. 249, joka puolustaa kaksijakoa mitättömyys—moitteenvaraisuus mm. sillä, että kaksijako luo suuren yleiskatsauksellisuuden, mikä jo sinänsä on arvo.

10 §. »TAMAN LUVUN SÄÄNNÖKSET EIVÄT KOSKE MÄÄRAMUOTOISIA SOPIMUKSIA» ELI OIKTL 1₂ §:n TULKINTAA

A. Määrämuotoisten sopimusten käsite OikTL 1₂ §:ssä. Ennen oikeustoimilakimme (OikTL) olemassaoloa voitiin olla erimielisiä siitä, olivatko sopimuksen solmimista koskevat normit rakennetut siten, että jo tarjousta oli pidettävä tekijäänsä sitovana. Puheena olevasta kysymyksestä oli meilläkin sekä oikeuskäytännössä¹ että kirjallisuudessa niin sanottu lupaus- eli sitoumusteoria saavuttanut voimakasta jalansijaa.² Lupausteorian mukaan, hieman yleistäen, jo pelkkä tarjouskin sitoo tekijäänsä. Sopimusteorian mukaan taas tarjous ei sido. Sidonnaisuus syntyy vasta sitten, kun tarjous on hyväksytty.³

OikTL:n mukaan samoin kuin vastaavien skandinaavisten lakien mukaan⁴ »tarjous sopimuksen tekemisestä ja sellaiseen tarjoukseen

¹ Ks. LVK 2/1925, s. 15 mainitut oikeustapaukset.

² Sitoumusteorian kannalla olivat mm. *Chydenius*, JFT 1892—1893 s. 340 ss., KR I esim. s. 10; *Hernberg*, s. 205, s. 208; *J. Serlachius*, JFT 1887 s. 2 ss., JFT 1902 s. 168 ss., erit. s. 176 perustelua; *Wrede—Heinonkoski*, s. 76 ss. oleva Wreden alkuperäisesitys. Vastakkaisella eli sopimusteorian kannalla oli *Ekström*, s. 522 ss. — Toisinaan näkee väitettävän, että *Chydenius* olisi ilmaissut mielipiteensä po. aikakauskirjan s. 266 ss. Näin *af Hällström*, *Villfarelse* s. 58 av. 142; *Raninen*, *Vahvistuskirje* s. 23. Mainittu väite tuskin pitää paikkaansa. Niinpä *Björöling*, *SvJT* 1932 s. 429 viittaa *Chydeniuksen* osalta po. aikakauskirjan sivuille s. 340 ss.

³ Laajassa vertailevassa tutkimuksessa lieene tarkoituksenmukaista jakaa tarjouksen sitovuutta koskevat järjestelmät a) angloamerikkalaisiin, b) romaanisiin ja c) pohjoisgermaanisiin järjestelmiin (Ks. *Rabel*, s. 71 ss., *Raninen*, *Vahvistuskirje* s. 23 ss.). Ks. ensiksi mainituista esim. *Leake*, s. 10 ss.; romaanisista Ranskan oikeuden osalta *Colin—Capitant*, s. 34 ss.; *Planiol—Ripert*, s. 125 ss.; pohjoisgermaanisista BGB 145—148 §, OR 3—5 Art. ABGB 862 §.

⁴ Ruotsissa »Lagen om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område (11.6.1915), Tanskassa samanniminen laki (8.5.1917) ja Norjassa »Lov om avslutning av avtaler, om fuldmagt og ugyldige viljeserklæringer» (31.5.1918), jotka olennaisesti ovat toistensa ja myös meidän OikTL:mme kaltaisia.

annettu vastaus sitovat tarjouksen tekijää ja vastauksen antajaa». ⁵ Tämä OikTL 1 §:n perusnormi on tiettyssä mielessä absoluuttinen. ⁶ Jollei tarjous sido tekijäänsä, ei sitä voida pitää minään tarjouksena OikTL:n mielessä. Siihen nähden ei siis sovelleta OikTL:n normeja tarjouksesta ja vastauksesta. ⁷ — Puheena olevalla lainkohdalla legalisoitiin lupaus- eli sitoumusteoria, ⁸ joskin tällöin lieenee tehty eräitä modifikaatioita aivan puhtaaksi viljeltyyn sitoumusteoriaan. ⁹

OikTL 1 §:ssä säädetään muun muassa: »Tämän luvun säännökset eivät koske määrämuotoisia sopimuksia.» Tämä herättää useita mielenkiintoisia kysymyksiä, joita seuraavassa pyritään selvittämään. Ensimmäinen näistä kysymyksistä koskee sanojen »määrämuotoisia sopimuksia» merkitystä. Lain esityöt valaisevat tätä kysymystä.

OikTL syntyi siten, että valtioneuvosto antoi vuonna 1920 lainvalmistelukunnalle tehtäväksi laatia lain välipuheista ja muista velvoiteoikeudellisista toimista. Vuonna 1925 lainvalmistelukunta sai valmiiksi ehdotuksensa. Tässä ehdotuksessa, Norjan ja Tanskan vastaavien lakien esikuvan mukaisesti, ¹⁰ ei ollut tarkastelun alaista sanontaa. Lainvalmistelukunta ¹¹ perustelee sanonnan poisjättämistä seuraavalla tavalla: »Ne sopimukset, joissa ei ole noudatettu sanottuja muotomääräyksiä, ovat pätemättömät. Tästä seuraa, etteivät myöskään tarjoukset, jotka ovat sellaisia, ettei sopimuksen tekeminen niiden perusteella ole nyt sanottulla tavalla mahdollinen, ole sitovia. Lainvalmistelukunta on asiallisesti tässä kohden samalla kannalla kuin Ruotsin sopimuslaki. Kun Lainvalmistelukunta kuitenkin ei ole katsonut voivansa ottaa asiasta mää-

⁵ Tämä säännös puuttuu Norjan lain 1 §:stä, mutta ei Ruotsin ja Tanskan laeista. Ks. tämän eron syistä *Bugge*, s. 2.

⁶ *LVK 2/1925*, s. 29; *Raninen*, Vahvistuskirje s. 36 ss.; *Wrede*, Oikeustoimilaki s. 15; Vrt. *Karlgren*, *Studier* s. 151 ss.

⁷ Näin mm. *Bugge*, s. 5; *LVK 2/1925*, s. 15; *Raninen*, Vahvistuskirje s. 22 ss.; *Wrede*, Oikeustoimilaki s. 14; *Ylöstalo*, *Moite* s. 271.

⁸ Näin *Wrede*, *Allgemeiner Teil* s. 54. Ks. *El. Kaila*, *LM 1929* s. 187: »Ns. sopimusteoriasta siirrytään ns. lupauseorian kannalle.»

⁹ Ks. *Karlgren*, *Studier* s. 8.

¹⁰ Norjan ja Tanskan OikTL 1 §:ssä ei puhuta mitään määrämuotoisista sopimuksista eikä »sopimuksista, joiden päättämiseen vaaditaan suorituksen toimittaminen toiselle sopimuspuolelle». Ruotsin OikTL 1 § mainitsee määrämuotoiset sopimukset, mutta ei reaaliosopimuksia niin kuin meidän lakimme. Ks. tämän eron tekemisestä ja sen tarkoituksenmukaisuudesta esim. *Förslag till avtalslagen*, s. 40; *Björöling*, *SvJT 1916* s. 353 ss., *SvJT 1918* s. 341 ss., *SvJT 1932* s. 428; *Bugge*, s. 2; *Ekeberg*, *SvJT 1917* s. 444 ss., *SvJT 1918* s. 343.

¹¹ *LVK 2/1925*, s. 18.

räystä lakiehdotukseen, on se johtunut siitä, että poikkeusasemassa ovat puheenaolevassa katsonnassa, paitsi muotomääräysten alaiset sopimukset, myös ns. reaalikontrahdit, so. sellaiset sopimukset, joissa sopimuksen täyttämisen edellytyksenä on jokin reaalinen suoritus. Kun tarkempien määräysten antaminen viimeksi mainittujen sopimusten tekemisestä kuitenkin on, niiden keskinäisen erilaatuisuuden vuoksi, vaikeaa, ei Lainvalmistelukunta ole tahtonut ehdottaa annettavaksi määräyksiä vain muotomääräysten alaisista sopimuksista. Pelättävissä nimittäin on, että jos lakiin otettaisiin määräys, joka nimenomaan sulkisi lainalaisuudesta muotomääräysten alaiset sopimukset, tästä tehtäisiin sellainen johtopäätös, että lainsäännöksiä olisi sovellettava reaalikontrahteihin, mikä asiallisesti merkitsisi sanottujen kontraktien poistamista Suomen oikeusjärjestelmästä. Viitattuun menettelyyn Lainvalmistelukunta on katsonut olevansa oikeutettu sitä suuremmalla syyllä, kun tähän lakiehdotukseen on otettu säännöksiä vain siitä, kuinka sopimus syntyy, muttei siitä, millä edellytyksillä sopimuksella on oleva oikeusvaikutus. Ehdotuksen säännökset tarjouksesta ja vastauksesta perustuvat sille edellytykselle, että kysymys on sopimuksesta, joka syntyy ilman muuta tarjouksen hyväksymisen kautta; ellei näin ole asianlaita, vaan sopimus edellyttää syntyäkseen, että muotomääräyksiä on noudatettu tai että reaalisuoritus on tapahtunut, ei tietenkään tarjoukskaan sopimuksen solmimisesta voi olla sitova.»

Puheenaoleva lainkohta (OikTL 12 §) lisättiin lakiin myöhempien valmistelutöiden yhteydessä. Ensi kerran se esiintyneen nykyisessä muodossaan esityksessä, jonka hallitus vuoden 1927 valtiopäivillä antoi eduskunnalle laiksi varallisuus oikeudellisista oikeustoimista.¹² Esityksen yhteydestä ei kuitenkaan ilmene, missä merkityksessä sanoja »määrämuotoisia sopimuksia» on tarkoitettu käytettäväksi. Edellä suoritettua muutosäännösten luokituksen johdosta ei OikTL 1 §:n 2 momentin puheena oleva kohta ole »itsestään selvä», niin kuin asiasta on voitu lausua.¹³ Muutosäännöksiähän eivät ole ainoastaan legaalinormit, vaan myös tavanomaisoikeudelliset ja yksityisautonomiset muutosäännökset, jotka kaikki on jaettu varsinaisiin, epävarsinaisiin ja ohjesisältöisiin muutosäännöksiin.

Kiistatonta on, että *lainvalmistelukunnan käsityksen mukaan* määrämuotoisia ovat vain sellaiset sopimukset, jotka ovat legaalisten ja varsinaisten muutosäännösten alaisia. Jos siis laissa on muutosäännös, jonka

¹² Ks. hallituksen esitys eduskunnalle laiksi varallisuus oikeudellisista oikeustoimista, 1927 vp. asiak. esit. N:o 66 s. 2.

¹³ Wrede, Oikeustoimilaki s. 16 ss.

noudattamatta jäämisen oikeusvaikutuksena on pätemättömyys, on ainoastaan tällaisten muutosäännösten alaisia sopimuksia lainvalmistelukunnan mielestä pidettävä määrämuotoisina. Myöhempien esitöiden yhteydessä ei ilmene, että sanontaa »määrämuotoisia sopimuksia» olisi tarkoitettu käytettäväksi muussa merkityksessä kuin lainvalmistelukunnan käyttämässä. Tätä käsitystä tukee sekin, että Ruotsin vastavan lain 1 §:n 3 momentissa käytetään sanontaa: »I fråga om avtal, vars giltighet enligt lag fordras iakttagande av viss form.» Ei ole epäiltävissä, että sekä mainitulla Ruotsin lain sanonnalla että meidän lakimme sanonnalla »määrämuotoisia sopimuksia» on tahdottu antaa sisällöltään samanlainen säännös.

Sanonnassa »määrämuotoisia sopimuksia» on pidetty silmällä yksinomaan sopimuksia, jotka on tehtävä lain määräämässä muodossa, jotta ne olisivat päteviä. Tästä varmaan johtuu, että kun kirjallisuudessamme puhutaan määrämuotoisista sopimuksista vapaamuotoisten sopimusten vastakohtana, tarkoitetaan legaalisten ja varsinaisten muutosäännösten alaisia sopimuksia.¹⁴ Voidaan kuitenkin kysyä, eikö määrämuotoisten sopimusten käsitettä jo OikTL 12 §:n pohjalta pidä käsittää laajemmin, kuin kirjallisuudessamme tehdään.

Esitettyyn kysymykseen on vastattava myöntävästi. OikTL 12 §:n sanoilla »määrämuotoisia sopimuksia» tarkoitetaan *kaikkia varsinaisten muutosäännösten alaisia sopimuksia* eikä ainoastaan legaalienormien alaisia. Tätä vaatii ennen kaikkea johdonmukaisuus. Mitään eroa ei voine olla siinä, onko muutosäännös legaalinenormi, tavanomaisoikeudellinen vai yksityisautonominen määräys. Tosin Ruotsin vastaavassa lainkohdassa puhutaan lain määräämistä, legaalisista muutosäännöksistä. Tästä huolimatta esitettyä käsitystä puheena olevien sanojen merkityksestä lienee pidettävä oikeana. Ruotsin OikTL:n puheena olevaa lainkohtaa lienee analogisesti sovellettava yksityisautonomisiin ja tavanomaisoikeudellisiin muutosäännöksiin edellyttäen, että ne ovat varsinaisia muutosäännöksiä.¹⁵ — Syytä on korostaa, että kysymys on varsin »teoreetti-

¹⁴ Näin esim. *Hirvelä—Hari—Veisterä*, s. 3; *Lagerlöf—Kauppi*, s. 25; *Montgomery*, s. 586, s. 593, vrt. s. 596; *Vihma*, Sopimussakko s. 122 ss.; *Wrede—Heinonkoski*, s. 105; *Wrede*, Oikeustoimilaki s. 16. — Vastaavasti määrittelevät formaalikontrahdin käsitteen *Björling*, SvJT 1916 s. 353, SvJT 1918 s. 342; *Björling—Malmström*, s. 30; *Ekeberg*, SvJT 1917 s. 446, SvJT 1918 s. 343; *Seth—Karlgrén*, s. 139; *Stjernstedt*, s. 11. Huomaa *Almén—Eklund*, s. 9.

¹⁵ Ruotsin oikeuden osalta on kysymyksessä analogia, muttei meidän oikeutemme osalta. Meidän OikTL:mme sanamuoto poikkeaa Ruotsin sopimuslain sanamuodosta.

nen», sillä B-kohdassa omaksutaan käsitys, ettei OikTL 12 § ratkaise määrämuotoisten sopimusten tarjouksen sitovuutta tai sitomattomuutta.

On sanottu, että OikTL 12 § on kasuistinen normi.¹⁶ Tämä pitää paikkansa myös siinä suhteessa, että lainkohdassa ei ole legalisoitu määrämuotoisten sopimusten yleiskäsittettä. Siinä käytetty käsite koskee vain OikTL:n omaa tarvetta. Siihen on siis suhtauduttava »kenttätöön» tavoin, selvittäen, mitä puheena olevalla sanonnalla on juuri tuossa tapauksessa tarkoitettu.¹⁷ — Edellä ei ole esitetty määrämuotoisten sopimusten käsittettä. Tämä johtuu siitä, että tutkimusobjekteina on haluttu pitää muutosäännökset eikä muutosäännösten alaisia sopimuksia. Juuri selvitetty kysymys suorastaan pakottaa lausumaan määrämuotoisten sopimusten määritelmän. Syytä on päätyä vain *muodolliseen yleiskäsitteseen*: määrämuotoinen on sopimus, josta on olemassa muutosäännös.¹⁸ Tämä käsite on tietysti paljon laajempi kuin OikTL:n käyttämä erityiskäsite.

B. Sitooko määrämuotoisen sopimuksen tarjous? OikTL 12 §:ssä ei säädetä, että määrämuotoisten sopimusten (OikTL:n mielessä) tarjous ei sido. Siinä sanotaan vain, että lain 1 luvun säännökset »eivät koske» määrämuotoisia sopimuksia.¹⁹ Tämän vuoksi on kysyttävä, sitooko

¹⁶ Ekeberg, SvJT 1918 s. 343.

¹⁷ Ks. edellä 1 §:n av. 53 kohdalla lausuttua.

¹⁸ Ks. *Ehrenzweig*, I:1 s. 264: *Förmliche sind Geschäfte, für die Gesetz oder Rechtsgeschäft eine bestimmte Form vorschreiben.* — Vain silloin, kun on olemassa muutosäännös, on syytä puhua määrämuotoisesta sopimuksesta. Ei siis riitä, että sopimuskumppanit *tekevät* sopimuksensa tietyllä tavalla, esimerkiksi kirjallisesti. Ks. esim. *Becker*, s. 65; *Oser—Schönenberger*, s. 107. Kenties tällaisen eron tekee myös *Cederberg*, Prokura s. 27. Toisin *Chydenius*, KR I s. 15.

¹⁹ Vaikka OikTL 1 luvun säännökset eivät koske määrämuotoisia sopimuksia, näin ei ole asianlaita 3 luvun suhteen. OikTL 3 luvun pätemättömyyssäännökset soveltuvat siis määrämuotoisiin sopimuksiin. Tämä on tunnustettu pohjoismaissa sekä kirjallisuudessa että oikeuskäytännössä. Vastaavanlaiset periaatteet on muissakin uudenaikaisissa oikeusjärjestyksissä. Sitä vastoin vanhoissa oikeusjärjestyksissä, kuten esim. roomalaisessa oikeudessa, vieläpä kaiketi muinaisessa ruotsalais-suomalaisessa oikeudessa on ollut vallalla periaate, jonka mukaan määrämuotoiset sopimukset eivät voineet olla pätemättömiä asiallisten virheiden vuoksi, jos vain muutosäännöstä oli noudatettu. Ks. OikTL 3 luvun soveltuvuudesta määrämuotoisiin sopimuksiin esim. *af Hällström*, JFT 1932 s. 431, s. 471, sama, *Ogiltighet* s. 324, sama, JFT 1944 s. 321; *Hernberg*, *Lainhuudatus* s. 81 ss.; *Noponen*, *Maanmittaus* 1933 s. 65; *Palmgren*, JFT 1942 s. 264 ss.; *Wrede*, *Oikeustoimilaki* s. 17. Ks. lisäksi esim. *Almén*, *Avtalslagen* s. 14; *Almén—Eklund*, s. 10, *SOU* 1947:38, s. 152 ss.; *Benckert*, *Några spörsmål* s. 76; *Bugge*, s. 89 verrattuna s. 2; *Karlgren*, SvJT 1950

määrämuotoisten sopimusten tarjous. Kysymyksen ratkaisemiseksi on erotettava toisaalta varsinaiset muutosäännökset ja toisaalta epävarsinaiset ja ohjesisältöiset muutosäännökset.

Kirjallisuudessa on kysymystä tarkasteltu kenties poikkeuksettomasti *lain määräämien varsinaisten muutosäännösten* näkökulmasta. Tällaisten määrämuotoisten sopimusten osalta on tarjouksen sitovuus torjuttu.²⁰ Yleensä ei tehdä eroa siinä suhteessa, onko tarjoukseen nähden noudatettu muutosäännöstä vai ei. Toiset kuitenkin sanovat, että tarjous ei sido siinäkään tapauksessa, että se tehdään muutosäännöstä noudattaen.²¹ Tätä käsitystä on pidettävä oikeana. Perusteluista voidaan olla eri mieltä. Perustelujen oikeellisuudella on erittäin tärkeä merkitys jäljempänä C-kohdassa käsiteltäville »oikeusteoreettisille näköaloille». Tämän vuoksi kysymystä on selvitettävä hieman laajemmin.

Eräiden mielestä OikTL 1₂ §:n sanoilla »eivät koske» selvästi evätään tarjouksen sitovuus.²² Näiden käsitysten mukaan normina, joka kieltää määrämuotoisten sopimusten tarjousten sitovuuden, on pidettävä OikTL 1₂ §:n määräystä. Tätä käsitystä ei voitane hyväksyä jäljempänä mainituin perustein. — Ei myöskään voitane sanoa, että tarjouksen sitomattomuus voidaan *e contrario* johtaa OikTL 1₂ §:stä. OikTL 1₂ § on kasuistinen normi eikä sitä voitane käyttää hyväksi *e contrario* -päätelyyn.²³

s. 862; *Stjernquist*, TFR 1952 s. 552; *Vahlén*, s. 161 ss. erit. av. 4 mainitut oikeustapaukset. Ks. vielä *Schneider*, s. 17; *von Tuhr*, II:1 s. 562 ss.

²⁰ Näin esim. *Almén*, *Avtalslagen* s. 5; *Björling*, SvJT 1916 s. 353; *Ekeberg*, SvJT 1918 s. 343; *Hakulinen*, *Luovutus* s. 115, s. 135; *Hernberg*, s. 208; *af Hällström*, *Villfarelse* s. 21 av. 46; *Palmgren*, JFT 1942 s. 265; *Raninen*, *Vahvistuskirja* s. 49 av. 113; *Stjernstedt*, s. 11; *Vahlén*, s. 70; *Wrede*, *Oikeustoimilaki* s. 16. Näin myös *LVK 2/1925*, s. 18 ja *Förslag till avtalslagen*, s. 40. Ks. lisäksi *KKO 1921 II 201*, missä (ennen OikTL:n voimaantuloa) on ratkaisua (kiinteistökaupan osalta) perusteltu tarjouksen sitomattomuudella.

²¹ Näin *Palmgren—Olsson*, s. 77. Ks. lisäksi *Undén*, II:1 s. 117, missä sanotaan, että vaikka kiinteistönluovutuksen tarjous tehdään muutosäännöstä noudattaen, se ei sido. Samoin *Chydenius*, KR I s. 21, joskin näin siksi, että tarjous ei ole omistus-oikeuden siirtämistä. Ks. vielä *Seth—Karlgrén*, s. 141. Huomaa *Karlgrén*, SvJT 1937 s. 391.

²² Esim. *Ekeberg*, SvJT 1918 s. 343; *af Hällström*, *Villfarelse* s. 21 av. 46, vrt. *sama*, JFT 1936 s. 272; *Hakulinen*, *Luovutus* s. 115; *Wrede*, *Oikeustoimilaki* s. 16 ss.

²³ Näin *Ekeberg*, SvJT 1918 s. 343; ks. myös *Lassen*, *Loven om aftaler* s. 55. — Lisäksi voidaan sanoa, että ei ole syytä *e contrario* -päätelyyn, koska tarjouksen sitomattomuus voidaan osoittaa muutamakin tietä.

Toiset tulkitsevat aivan kirjaimellisesti lain sanontaa »eivät koske». Sen mukaan OikTL on jättänyt ratkaisematta kysymyksen määrämuotoisten sopimusten tarjouksen sitovuudesta. Kysymys on siis jätetty OikTL:n säätelyn ulkopuolelle. Sitovuus tai sitomattomuus ratkeaa ulkopuolisen normin mukaan. Tätä käsitystä on pidettävä oikeana useilla eri perusteilla. Ensinnäkin meidän lakimme esikuvana olleen Ruotsin sopimuslain 13 §:ssä säädetään: »gälle vad särskilt är stadgat». Siis jokin ulkopuolinen normi määrää kysymyksestä Ruotsin lain mukaan.²⁴ Miksi asia olisi meillä toisin? On myös huomattava, että lainvalmistelukuntamme²⁵ piti kysymystä määrämuotoisten sopimusten tarjousten sitomattomuudesta niin itsestään selvänä, ettei siitä olisi ollut syytä säätää mitään OikTL 12 §:ssä.²⁶ Kun lakiin kuitenkin otettiin puheena oleva sanonta, täytynee se ymmärtää siten, että toteamalla itsestään selvä asiantila on haluttu sanoa niin kuin Ruotsin laissa, että sitovuuskysymyksestä olkoon voimassa, mitä erittäin on säädetty. Laki viittaa siis joihinkin OikTL:n ulkopuolella oleviin normeihin.²⁷

OikTL 1 §:n 2 momentti määrää, että tarjouksen sitovuus on ratkaistava muiden kuin OikTL:n normien perusteella. Edellä on pidetty oikeana käsitystä, että määrämuotoisen sopimuksen tarjous ei sido siinäkään tapauksessa, että tarjous on tehty muotomääräyksiä noudattaen. Tällaisen käsityksen omaksuminen merkitsee, että tarjousten sitovuutta ei ole ratkaistava kussakin tapauksessa erikseen, vaan että on olemassa *yksi ja yleinen kieltonormi*, mikä epää tarjouksen sitovuuden. Tästä kieltonormista poikkeaminen on mahdollista ainoastaan silloin kun *toinen normi* määrää, että määrämuotoisen sopimuksen tarjous sitoo. Meillä ei liene tuollaisia *poikkeuksia* säädetty.²⁸

²⁴ Ks. ruotsalaista kirjallisuutta esim. *Almén*, *Avtalslagen* s. 5; *Björling*, *SvJT* 1916 s. 353, vrt. sama, *SvJT* 1932 s. 428, jossa *Björling* lausuu, että Suomen OikTL:ssa on tehty nimenomainen poikkeus tarjouksen sitovuudesta; *Stjernstedt*, s. 11; *Vahlén*, s. 70. — Huomaa *af Hällström*, *JFT* 1936 s. 272.

²⁵ *LVK* 2/1925, s. 18.

²⁶ Ks. *Hernberg*, s. 208; *Wrede*, *Oikeustoimilaki* s. 16 ss.

²⁷ Vrt. *Förslag till avtalslagen*, s. 40; *Undén*, II:1 s. 117. Niissä katsotaan Ruotsin lain viittaavan siihen, että tarjous ei sido. Siis laissa olisi po. kysymys ratkaistu.

²⁸ Vrt. Ruotsin työehtosopimuslain (*Lag om kollektivavtal*) 1 §. Työehtosopimuksen tarjous sitoo. Ks. *Schmidt*, *Kollektiv arbetsrätt* s. 89. — Huomaa av. 36 kohdalla lausuttu.

Vertailevassa intressissä todettakoon, että mm. Saksan ja Sveitsin oikeusjärjestysten mukaan määrämuotoisen sopimuksen tarjous sitoo, mikäli se on tehty muotomääräystä noudattaen. Ks. esim. *Oser—Schönenberger*, s. 50, s. 86; *von Tuhr*,

Mikä normi sitten epää tarjouksen sitovuuden? Normin legislatiivinen peruste on jokseenkin selvä. Mitä ensinnäkin vapaamutoisesti tehtyihin tarjouksiin tulee, on luonnollista, että tuollainen tarjous ei voi sitoa. Järkyttäisihän vastakkainen käsitys kaikkia muutosäännösten etuja. Niissä tapauksissa, jolloin sopijapuolten yhdenaikainen läsnäolo (*unitas actus*) on välttämätöntä, ei myöskään voida ajatella sopimuksen jakamista sitovaan tarjoukseen ja hyväksymiseen.²⁹ Jollei yhdenaikainen läsnäolo ole välttämätön ja tarjous tehdään määrämuotoisesti, ei se kuitenkaan sido siitä syystä, että on olemassa puheena oleva kieltonormi. Tässä tapauksessa normin legislatiivinen perusta on kyseenalainen. Enintään voidaan sanoa, että kun muutosäännöksillä pyritään erottamaan valmiit sopimukset neuvotteluista ja muistiinpanoista, tehostuu tämä tarkoitus, kun määrämuotoiselta tarjoukselta evätään sitovuus. Muutosäännöksen tehokkuus lisääntyy siis hieman.³⁰ Vaikka kieltonormin legislatiivinen tarkoituksenmukaisuus voidaan osoittaa, ei sillä vielä ole osoitettu normin olemassaoloa.³¹ Jos kuitenkin käännämme katseet ajassa taaksepäin ja lähdemme etsimään puheena olevaa normia, löydämme sen.

Ennen OikTL:n säätämistä oltiin eri mieltä siitä, vallitsiko meillä sopimus- vai sitoumusteoria.³² Jos menemme kehityksen rataa tarpeeksi kauas taaksepäin, tulemme ajankohtaan, jolloin yksimielisesti oltiin sopimusteorian kannalla. — Vasta tanskalaisten oikeusoppineiden kirjoitukset sopimusteoriaa vastaan viime vuosisadan loppupuolella toivat sitoumusteorian esiin pohjoismaissakin, ja se voitti alaa lähinnä oikeuspoliittisten argumenttien nojalla.³³ Se legalisoitiin meillä OikTL:ssa, mutta samalla säädettiin: tämä ei koske määrämuotoisia sopimuksia. Ne jätettiin lain soveltamispiirin ulkopuolelle. Niihin nähden *vallitsee*

II: 1 s. 525. On väitetty, että Saksan BGB 128 §:stä voidaan johtaa po. sitovuuden periaate. Näin *Almén*, *Avtalslagen* s. 14 av. 1. Tämä tuskin pitää paikkaansa, sillä BGB:n esitöiden yhteydessä lausutaan nimenomaan, että puheena olevalla kysymyksellä ei ole suurta käytännöllistä merkitystä, jonka vuoksi sen selvittäminen saa jäädä tieteen tehtäväksi. Ks. *BGB Motiv*, I s. 167. Ks. vielä *Karlowa*, s. 18.

²⁹ Näin kenties *Vahlén*, s. 70.

³⁰ Ks. *Karlowa*, s. 25; *Vahlén*, s. 75 av. 91. Ks. myös *Almén—Eklund*, s. 10; *Förslag till avtalslagen*, s. 40.

³¹ Ks. *Karlgrén*, *SvJT* 1937 s. 395, missä kiinteistönkaupan osalta lausutaan, että muutosäännös sinänsä ei selitä tarjouksen sitomattomuutta.

³² Ks. edellä av. 2.

³³ Ks. edellisen johdosta esim. *Almén*, *Om auktion* II s. 215 ss.; *Förslag till avtalslagen*, s. 35 ss.; *Lassen*, s. 32 ss.; *Stang*, s. 199 ss.; *Ussing*, s. 52 ss.

vanha, sopimusteorian mukainen kieltonormi. Tämä ei ole millään tavoin outoa. OikTL ei näet ole suinkaan kokonaisuudessaan syrjäyttänyt sopimusteoriaa. Se vallitsee varsin laajoilla sopimusoikeuden aloilla.³⁴ Tätä ei esitetä riittävän usein, vaikka puheena oleva sopimusoikeuden ala ei ole pieni. Taloudellisesti se on erittäin suuri.

Edellä on tarkasteltu kysymystä ainoastaan lain määräämien varsinaisten muutosäännösten näkökulmasta. Nyt on vastattava kysymykseen, koskeeko tarjouksen sitomattomuus myös *tavanomaisoikeudellisten* ja *yksityisautonomisten* muutosäännösten alaisia sopimuksia, jos niiden noudattamatta jäämisen oikeusvaikutuksena on pätemättömyys. Kysymykseen on vastattu jo aikaisemmin, kun on lausuttu, että OikTL 1₂ §:n sanonta »määrämuotoisia sopimuksia» tarkoittaa myös tuollaisia määrämuotoisia sopimuksia.³⁵ Niidenkin osalta on jo johdonmukaisuuden vuoksi katsottava, että tarjoukset eivät sido. Tästä normista voidaan poiketa silloin kun toinen normi määrää, että tarjous sitoo.³⁶ Näin on asianlaita, jos sopimuspuolet päättävät asettamastaan yksityisautonomisesta muotomääräyksestä, että tarjoukset sitovat kuitenkin.

Epävarsinaisten ja *ohjesisältöisten* muutosäännösten alaisten sopimusten tarjoukset sen sijaan sitovat. Olisi varsin merkillistä, jollei ohjesisältöisen muutosäännöksen alaisen sopimuksen tarjous sitoisi. Eihän muutosäännöksen noudattamatta jäämisellä ole suoranaista oikeudellista merkitystä. Sama koskee epävarsinaisia muutosäännöksiä. Jos muutosäännöksen noudattaminen on välttämätöntä, jotta sopimus voitaisiin esimerkiksi rekisteröidä, ei tällä seikalla voine olla merkitystä siitä täysin erillään olevassa sitovuuskysymyksessä.

C. Oikeusteoreettisia näköaloja. Kun sanotaan, että tarjous ei sido, että vallitsee sopimusteoria, on tällä huomattava merkitys vanhalle kiistakysymykselle, onko sopimus oikeustoimi. Pohjoismaissa on vallitsevana käsityksenä, että sopimus ei ole oikeustoimi. Sitä vastoin tarjous ja hyväksyminen selitetään oikeustoimiksi, koska sopimuksen oikeusvai-

³⁴ *Karlgren*, Spörsmål s. 18 av. 13 toteaa, että sääntö tarjouksen peruuttamattomuudesta ei olekaan niin yleinen, kuin aluksi voi tuntua. Ks. lisäksi *Seth—Karlgren*, s. 137; *Ussing*, s. 106 lausuu: I Tilfaelde, hvor Loven kraever en Overenskomst i bestemte Former og Reglen maa forstaas saaledes, at begge Parter Erklaeringer kraever Form, kan det siges, at Overenskomsten er retstiftende. — Huomaa *Rytkölä*, s. 137: »Julkisoikeudellisiin sopimuksiin nähden on siis yleensä vallitsevana ns. sopimusteoria».

³⁵ Ks. edellä av. 15 kohdalla lausuttua.

³⁶ Ks. edellä av. 28 kohdalla lausuttua.

kutukset juontuvat niistä.³⁷ Tätä käsitystapaa luonnehtikoot *Stangin* ³⁸ sanat: »Gjennem en eiendommelig sammenknytning av to rettsandler fremgår avtalen (kontrakten).» Toisaalta taas esitetään, että kyllä sopimus(kin) on oikeustoimi. Tämä on vallitsevana käsityksenä meikäläisessä kirjallisuudessa.³⁹

Silloin kun sopimusteoria vallitsee, eivät oikeusvaikutukset kytkeydy tarjoukseen ja hyväksymiseen, vaan sopimukseen.⁴⁰ Näin ollen putoaa pohja pois vallitsevalta pohjoismaiselta käsitykseltä, sikäli kuin on kysymys määrämuotoisista sopimuksista (OikTL:n mielessä). Tuntuukin siltä, että sopimuksen käsitettä muodosteltaessa on liiaksi pidetty silmällä oikeusvaikutuksia ja »unohdettu» se melkoinen sopimusoikeuden alue, jolla sitoumusteoria ei vallitsekaan.

Pidetäänkö sopimusta oikeustoimena vai katsotaanko tarkoituksen mukaiseksi antaa mainittu nimi vain tarjoukselle ja hyväksymiselle? Viimeksi mainittu on *periaatteessa* mahdollista, jos oikeustoimen käsitettä ei muodosteta oikeusvaikutusten, vaan oikeustosiasiain pohjalta. Kyllä sopimus toisaalta ja tarjous sekä hyväksyminen toisaalta voidaan oikeustosiasiaina erottaa. — Puheena olevaan kysymykseen ei tässä liene syytä ottaa kantaa. Oikeustoimen käsite on näet esikysymyksenä sille kysymykselle, onko sopimus oikeustoimi. Oikeustoimen käsitteellinen selvittely vie puolestaan tarkoituksenmukaisuusharkintaan ja »suurille vesille», joille ei ole nyt syytä mennä.⁴¹ Tässä yhteydessä riittänee, kun

³⁷ Ks. edellisen johdosta esim. *af Hällström*, Villfarelse s. 198 ss.; *Raninen*, Vahvistuskirje s. 56 ss.; *Telaranta*, s. 82 ss. Niissä on laajat viitteet pohjoismaiseen kirjallisuuteen.

³⁸ *Stang*, s. 299.

³⁹ Näin mm. *Ekström*, s. 517 ss.; *Hernberg*, s. 151; *Kivimäki*, s. 76; *Palmgren—Olsson*, s. 72; *Raninen*, Vahvistuskirje s. 58; *Allan Serlachius*, s. 68; *Wrede*, Oikeustoimilaki s. 16. Vrt. sen sijaan *af Hällström*, Villfarelse s. 198 ss.; *Telaranta*, s. 82 ss.

⁴⁰ Aina ei siis voida lausua, kuten *af Hällström*, Villfarelse s. 119: Avtalet är följaktligen en sammansättning av rättsstiftande faktorer, men är icke själv en sådan. On ajateltava sopimusteorian edellyttämällä tavalla, kuten esim. *Karlowa*, s. 19. *Karlowa* lausuu, että tarjous ei saa aikaan oikeustointa, vaan se on ainoastaan oikeustoimen tekemisen elementti (Element der Geschäftserrichtung).

⁴¹ Ks. oikeustoimen käsitteestä esim. *Arnholm*, s. 21 ss.; *Ekström*, s. 494 ss.; *Karlgrén*, Spörmål s. 181 ss., s. 82 ss.; *Kivimäki*, s. 64 ss.; *Ussing*, s. 3 ss. Ks. lisäksi *Manigk*, s. 19 ss.; *Planiol—Ripert*, s. 20 ss.; *Winfield*, s. 2 ss.

Po. käsitteen suhteen ei kirjallisuudessa ole saavutettu pysyviä tuloksia. Kirjallisuus tarjoaa vain runsaan joukon erilaisia määrittely-yrityksiä, viime aikoina jopa merkkejä »määrittelyväsymyksestä» (*Arnholm*, s. 23). Kuitenkin voidaan sanoa, että ko. kysymys on oikeustieteen mieliteemoja. (*Zitting*, LM 1953 s. 975). —

todetaan, että niidenkin mielestä, jotka epäävät sopimuksilta oikeustoimen luonteen perustaen käsityksensä siihen, että oikeusvaikutukset juontuvat tarjouksesta ja hyväksymisestä, täytynee johdonmukaisuuden vuoksi lausua, että ainakin niillä aloilla, joissa sopimusteoria vallitsee, sopimuksia on pidettävä oikeustoimina.

Tässä yhteydessä voidaan vielä viitata eräisiin »oikeusteoreettisiin näköaloihin». Sanottaessa, että tarjous ei sido, voidaan sitovuudella tarkoittaa monenlaista. Tavallista kuitenkin on, että sitovuuden katsotaan merkitsevän tarjouksen tiettyä (OikTL:n mukaista) peruuttamattomuutta.⁴² Sitomattomuus ei siis merkitse kaikkien oikeusvaikutusten puutetta eikä sulje pois esimerkiksi negatiivisen sopimusedun korvaamismahdollisuutta. Eri asia on sitten, onko syytä joskus tehdä tuollainen sovitteluratkaisu.⁴³ — Tarjousten sitomattomuus ei merkitse, ettei voi-

Meillä on *Telaranta* julkaissut väitöskirjan oikeustoimen käsitteen selvittämiseksi (ks. erit. s. 137 ss.). Hän on rajoittanut käsitteensä alan varsin suppeaksi erottaen oikeustoimen piiristä ns. käyttäytymisvastuun tapaukset (s. 200 ss.). Oikeustoimella (tahdonilmaisulla) *Telaranta* tarkoittaa sellaista yksityisautonomista muotoamistointia, »jossa henkilö tietoisien, tahallisten käyttäytymisensä kautta tiedoittaa toiselle oikeudellisen vaikutuksen aikaansaamiseen kohdistuvan tarkoituksensa» (s. 164). Käsitteen alasta putoavat tällä pois tapaukset, joihin nähden ei ole olemassa tuota tietoista, tahallista käyttäytymistä. Kun eräillä tuollaisilla oikeustosi-asioilla on sama oikeusvaikutus kuin »oikeustoimillakin» (mm. ne konstituivat sitovuuden), luo *Telaranta* niitä varten oikeusvaikutuskäsitteensä: käyttäytymisvastuun tapaukset. Tätä on arvosteltu varsin kärkevästikin, ja kysymys on aiheuttanut väittelyn luontoista kirjoittelua. Ks. *Carlson*, LM 1954 s. 151 ss., *sama*, LM 1956 s. 595 ss.; *Telaranta*, Käsitteet s. 363 ss. (T. M. Kivimäen juhlaulkaisussa); *Vuorio*, s. 106 ss., myös s. 49 av. 8, *sama*, LM 1956 s. 444 ss.; ks. vielä *Zitting*, LM 1953 s. 975 ss.

⁴² OikTL 1 § puhuu tarjouksen ja vastauksen »sitovuudesta», samoin Ruotsin ja Tanskan vastaavat lait. Ks. myös BGB 145 §. Näiden kaikkien osalta sanotaan tarjouksen sitovuuden merkitsevän peruuttamattomuutta. Ks. esim. *Karlgren*, SvJT 1937 s. 391; *Palandt*, s. 129; *Seth—Karlgren*, s. 135; *Tuhr—Siegwart*, I s. 177; *Ussing*, s. 53. Ks. myös *Kivimäki*, s. 80 av. 2: »Tekstissä mainittua säännöstä ei ole luettava niin, että tarjous olisi käsitteensä mukaan peruuttamaton. Sitovaisuus merkitsee vain sitä, että tarjouksen kautta tulee vastapuolelle vakuutetuksi tilaisuus sen hyväksymiseen, ts. tarjous muodostaa hyväksymisen pohjan l. alustan.»

⁴³ Kehityksen näkökulmasta tarkasteltuna tuntuu negatiivisen sopimusedun myöntäminen luonnolliselta. Silloin kun sopimusteorian katsottiin vallitsevan myös vapaamuotoisten oikeustointen alueella, pyrittiin tarjouksen sitomattomuuden ja sen herättämän luottamuksen välistä ristiriitaa sovittelemaan negatiivisen sopimusedun myöntämisellä. Tällainen mielipide oli varsin yleinen. Ks. lausutun johdosta esim. *Almén—Eklund*, s. 7 ss.; *Arnholm*, s. 84 ss.; *Chydenius*, JFT 1892—93 s. 266 ss.; *Ekström*, s. 534, joka pitää käsitystä ehdottomasti vääränä; *Förslag till avtalslagen*, s. 38 ss.; *Kivimäki*, s. 72; erit. *Windscheid*, PR II s. 176 av. 5 olevaa laajaa kirjalli-

taisi tehdä esisopimuksia ja -sitoumuksia.⁴⁴ Niiden sitovuus muodostaa oman kysymyksensä⁴⁵ siitäkin huolimatta, että raja tarjouksen, esisopimuksen ja lopullisen sopimuksen välillä on joskus vaikeasti selvitettävissä.^{46 47}

suuskatsausta. — Usein sanotaan, että negatiivisen sopimusedun käsite on tarjouksen osalta näytellyt jo osansa loppuun (mm. *Almén—Eklund*, s. 7; *Förslag till avtalslagen*, s. 39). Tämä ei pidä paikkaansa, sillä niillä sopimusoikeuden aloilla, joilla vallitsee sopimusteoria, on vanhalla tasapainotusongelmalla jalsijansa (ks. *Karlgren*, *Spörmål* s. 18 av. 3). Suoritetaanko tasapainotus vai ei, on kysymys, jonka arvoväritteisyydestä on muistutettava. Toiselta puolen on punnittava tarjouksen synnyttämän luottamuksen arvo ja toisen puolen »vaakakuppiin» voidaan asettaa paitsi se, että negatiivisen sopimusedun myöntäminen »nakertaa» muotosäännöksen funktioita (ks. edellä av. 30), myös se, että kun tarjouksen saajan tulee tietää, että tarjous ei sido, täytyy hänen ottaa lukuun mahdollinen tarjouksen peruuttaminen, minkä vuoksi tarjouksen saajan luottamus toisen sanaan ei ole täysin perusteltua (ks. *Ekström*, s. 543). Pääasia sentään on, että tasapainotusongelmaan suhtaudutaan reaalisesti eikä tunneta vastenmielisyyttä kompromissiin joidenkin »konstruktiovaikeuksien» vuoksi (ks. *Arnholm*, s. 84).

⁴⁴ *Karlgren*, SvJT 1937 s. 391 av. 1.

⁴⁵ Ks. jäljempänä 15 §:n B-a-kohtaa.

⁴⁶ Ks. *Almén*, Om auktion II s. 318; *Arnholm*, s. 180 ss.; *Chydenius*, KR I s. 21; *Lassen*, s. 13; *Tobias*, s. 38 ss.

⁴⁷ Tarjouksen sitomattomuus (peruuttamattomuus) ei merkitse, ettei sitomattomasta tarjouksesta voitaisi käyttää termiä tarjous. Ks. esim. *Chydenius*, Om aktiebolag s. 53 av. 1; *Godenhielm*, JFT 1952 s. 185 ss.; *Hakulinen*, Luovutus s. 134; *af Hällström*, JFT 1944 s. 321; *Pehkonen*, LM 1918 s. 159. Ks. lisäksi *Karlgren*, *Studier* s. 247 ss. — Eri asia on se, että tuollainen sitomaton tarjous ei ole OikTL:n mukainen tarjous. Ks. edellä av. 7.

11 §. MUOTOVIRHEEN AIHEUTTAMA OSA- PÄTEMÄTTÖMYYS

A. Johtaako muotovirhe osapätemättömyysprobleemiin? Uudessa PK 16: 11₂:ssa säädetään: »Jos testamentti on muodollisesti virheellinen sikäli, että 5 §:n 2 momentin säännöstä ei ole noudatettu, olkoon testamentti pätemätön vain sanotussa säännöksessä tarkoitettulta osalta.» Puheena olevalla normilla jaettiin muotosäännöksen kokonaisuus sikäli, että tietty esteellisyys ei tee testamenttia kokonaisuudessaan pätemättömäksi. Testamentti on pätemätön vain sikäli, kuin laissa mainitulle esteelliselle henkilölle on testamentattu jotakin.¹ Tämä tietää muutosta aikaisemman lain kantaan. Vanhan PK 16 luvun muotosäännöksiä pidettiin jakamattomina. Jääviysvirhe aiheutti koko testamentin pätemättömyyden.²

Jos puheena oleva selvä lainkohta jätetään huomioon ottamatta, voidaan kysyä, johtaako muotovirhe osapätemättömyysprobleemiin, siis kysymykseen, onko koko oikeustoimi pätemätön, jos osa siitä on pätemätön. — Saattaa tuntua, että osapätemättömyysprobleemi ei esiinny muotovirheiden yhteydessä. Niinpä *Rautiala*³ on useissa eri yhteyksissä lausunut: »Yleisenä sääntönä voidaan pitää, että jos pätemättömyys määrämuotoisissa oikeustoimissa johtuu oikeustoimen muodosta, on koko oikeustoimi pätemätön.» Sanonta sulkenee pois koko osapätemättömyyden kysymyksen.

Puheena oleva käsitys on tiettyssä, mutta ahtaassa mielessä oikea. Muotosäännös koostuu yhdestä tai useammasta menettelytapakaavasta, jotka taas sisältävät yksityisiä muodollisuuksia.⁴ Nuo muodollisuudet

¹ Ks. *Rautiala*, Testamentin tekemisestä s. 59 ss., s. 138 ss.; *Ylöstalo*, Tulkinta s. 68 av. 11.

² Ks. esim. av. 1 mainitun lisäksi *Chydenius*, Arfsrätt s. 189; *Kalha*, DL 1954 s. 97; *Lilius*, s. 154 ss.; *Rapola*, LM 1954 s. 367; *Wrede—Melandner*, s. 231.

³ *Rautiala*, Purkamisen s. 26, LM 1944 s. 549, Avioliitto-oikeus s. 161, s. 262, Testamentin tekemisestä s. 183.

⁴ Ks. edellä 5 §:n 4-A-kohta.

ovat sikäli tasaveroisia, että niin kauan kuin kaikkia niitä ei ole noudatettu, ei muutosäännöstä ole noudatettu. Yksityisen muodollisuuden noudattamisella on yhtä tärkeä merkitys kuin koko muutosäännöksen noudattamisella.⁵ Muutosäännös on tässä mielessä jaoton kokonaisuus, jota on vaikea särkeä.⁶ Voidaan sanoa, että jos muutosäännöstä on noudatettu vain osittain, se aiheuttaa koko oikeustoimen pätemättömyyden.

Edellä on puhuttu muutosäännöksen muodollisesta soveltamisalasta. On myös lausuttu, että sivuvälipuheiden osalta on lähtökohtana totaalisuusvaatimus. Lähtökohdan mukaan sopimuksen kaikkien välipuheiden tulee olla muutosäännöksen alaisia. Jos on tehty »suullinen sivuvälipuhe», se ei sido.⁷ Nyt herää kysymys, johtaako suullisen sivuvälipuheen pätemättömyys koko sopimuksen pätemättömyyteen vai onko ainoastaan tuota välipuhetta pidettävä pätemättömänä? — Ei liene epäilystä, että kysymyksessä on muotovirheestä johtuva osapätemättömyysprobleemi. Tällaisina niitä on kirjallisuudessa käsitelty korostaen joskus, että muotovirhe voi aiheuttaa osapätemättömyyden.⁸

B. Osapätemättömyyskysymyksen ratkaisemisesta. Osapätemättömyysprobleemin ratkaiseminen on eräissä oikeusjärjestyksissä säännelty yleisnormein.⁹ Näitä säännöksiä on sovellettava myös muotovirheen aiheuttamiin osapätemättömyystilanteisiin.¹⁰ Johtukoonpa pätemättö-

⁵ Ks. *Schneider*, s. 17.

⁶ *Rautiala*, Testamentin tekemisestä s. 59: »Määrämuotoinen oikeustoimi on muotonsa puolesta jakamaton.»; *Ylöstalo*, Tulkinta s. 68 av. 11: »Muodollisessa suhteessa testamentti on kokonaisuus, jota on vaikea särkeä.»

⁷ Ks. edellä 4 §:n av. 99 kohdalla lausuttua.

⁸ *Arnholm*, s. 196: Også formmangler kan ramme partielt. Ks. lisäksi esim. *Anderegg*, s. 58 ss.; *Becker*, s. 57; *Hakulinen*, Luovutus s. 24 ss.; *Karlgren*, SvJT 1950 s. 864 ss.; *Lilius*, s. 204 ss.; *Oser—Schönenberger*, s. 152; *von Tuhr*, II: 1 s. 283, s. 501 av. 35; *Vahlén*, s. 102 ss.; *Vihma*, Sopimussakko s. 163 ss. Ks. lisäksi jäljempänä B-b-kohdassa lausuttua.

⁹ *Saksan BGB* 139 §: Ist ein Teil eines Rechtsgeschäftes nichtig, so ist das ganze Rechtsgeschäft nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, dass es auch ohne den nichtigen Teile vorgenommen sein würde. Vrt. *BGB* 2085 §. — Aivan toisenlaisen presumption asettaa *Sveitsin OR* 20 art., jonka 2 mom:ssa säädetään: Betrifft aber der Mangel bloss einzelne Teile des Vertrages, so sind nur diese nichtig, sobald nicht anzunehmen ist, dass es ohne den nichtigen Teil überhaupt nicht geschlossen worden wäre. Ks. vielä Itävallan ABGB 882 § sekä erit. *Lang*, s. 1 ss., missä on laaja vertaileva katsaus.

¹⁰ Esim. *Anderegg*, s. 58 ss.; *Becker*, s. 57; *von Tuhr*, II: 1 s. 283, s. 501 av. 35; *Tuhr—Siegwart*, I s. 230 ss.

myys mistä syystä tahansa, on yleisnormeja sovellettava.¹¹ — Pohjoismaissa ei ole tuollaisia yleisnormeja.

a. Katsaus kirjallisuuteen. Pohjoismaisessa kirjallisuudessa kysymykseen on kiinnitetty melkoisesti huomiota. Meidän kirjallisuutemme on niin laaja, että katsaus siihen riittänee.¹²

*Montgomery*¹³ tyytyy toteamaan, että joskus osassa oikeustointa oleva pätemättömyys aiheuttaa koko oikeustoimen pätemättömyyden. Joskus asia on päinvastoin. Hän ei siis esitä kysymyksestä mitään normia.¹⁴ *Ekström*¹⁵ lähtee siitä, että ellei sopimuskumppanien tarkoitusta voida saada selville, niin kuin yleensä on, ei mitään presumptiota-kaan ole asetettava. Yleistä hänen mielestään lienee, että oikeustoimi on kokonaan pätemätön. Näin on aina silloin, kun on kysymys oikeustoimen oleellisesta osasta. *Wrede*¹⁶ asettaa pääsäännöksi, että oikeustoimi on kokonaan pätemätön, mutta myöntää poikkeuksiakin olevan. Saman periaatteen ovat lausuneet *af Hällström*,¹⁷ *Caselius*,¹⁸ *Ylöstalo*,¹⁹ *Kopponen*²⁰ ja *Hakulinen*.²¹ Viimeksi mainitun mukaan osittainen pätemättömyys edellyttää, että kysymys on sopimuskokonaisuuden kannalta epäoleellisesta tai irrallisesta välipuheesta. Tällaisessa tapauksessa näet voidaan edellyttää, että sopimuspuolet tarkoittavat pysyä sopimuksessa, vaikka epäoleellinen tai irrallinen välipuhe katsotaan sitomattomaksi. *Hakulinen* jatkaa, että pääsääntönä on koko oikeustoimen pätemättömyys. »Tämä johtuu siitä, että oikeustoimi muodostaa kiinteän kokonaisuuden, josta ei voida erottaa pois mitään osaa saattamatta oikeustointa asianosaisten tarkoitusta vastaamattomaksi.» Myös *af Hällström* korostaa, että osittainen pätemättömyys on silloin mahdollista, kun pätemätön osa on epäoleellinen osa koko oikeustoimesta. *Yöstalo*²² taas katsoo

¹¹ Ks. *Lang*, s. 18.

¹² Ks. pohjoismaisesta kirjallisuudesta esim. *Arnholm*, s. 196 ss.; *Björling—Malmström*, s. 47 ss.; *Lassen*, s. 135; *Stang*, s. 535 ss.; *Vahlén*, s. 232 ss. olevaa oikeustapausesittelyä; *Ussing*, s. 260 ss.; *Øvergaard*, s. 99.

¹³ *Montgomery*, s. 654.

¹⁴ Näin kenties myös *Kivimäki*, s. 126 ss.; vrt. s. 97.

¹⁵ *Ekström*, s. 679 ss., s. 734.

¹⁶ *Wrede*, Oikeustoimilaki s. 80, s. 83.

¹⁷ *af Hällström*, *Villfarelse* s. 239 ss., JFT 1932 s. 315 ss., s. 448 ss. Ks. tässä yhteydessä erit. *Vahlén*, s. 103 av 109, jossa hän arvostelee *Hällströmin* perusteluja.

¹⁸ *Caselius*, LM 1945 s. 283, s. 543. Ks. myös *Caselius—Rautiala*, s. 212 ss.

¹⁹ *Ylöstalo*, *Tulkinta* s. 68. Ks. myös *Moite* s. 93 ss.

²⁰ *Kopponen*, s. 152.

²¹ *Hakulinen*, *Kivimäen juhlaulkaisu* s. 105, ks. myös s. 110.

²² *Ylöstalo*, *Tulkinta* s. 67 ss.

1734 vuoden lain PK 17:6:n ja 7:n puhuvan testamenttiin nähden osittaisesta pätemättömyydestä. Hän jatkaa: »Puheena olevassakin kysymyksessä jälkisaadokset eroavat elävien kesken tehtävistä oikeustoimista, joissa useimmiten oletamus lienee päinvastainen.» *Rautiala*²³ esitti aluksi, että yleisenä sääntönä on vain pätemättömän välipuheen sitomattomuus, mutta ei koko oikeustoimen pätemättömyys. Myöhemmin hän on luopunut tästä kannastaan ja esittänyt, että pätemättömyys voi olla myös osittaista, riippuen »oikeustoimen laadusta, pätemättömyysperusteesta ja siitä, miten oleelliseen oikeustoimen osaan pätemättömyys perustuu».²⁴ Tästä tekee poikkeuksen muotovirhe, niin kuin edellä on mainittu. *Vihma*²⁵ taas arvostelee vallitsevaa kokonaispätemättömyyden kantaa lausuen muun muassa: »Ainakin varallisuusoikeudellisiin oikeustoimiin nähden on sekä OikTL että käytäntö varsin laajassa mitassa hyväksynyt käsityksen, ettei oikeustoimen osan pätemättömyyden tarvitse aiheuttaa koko oikeustoimen pätemättömyyttä.»²⁶ *Vihma* arvelee, että kenties on tarkoituksenmukaista tehdä ero eri pätemättömyysperusteiden välillä. Tästä syystä hän rajoittaa tutkimuksensa vilppiin ja päätyy sen osalta lopputulokseen, että kysymys on ratkaistava kussakin tapauksessa erikseen.²⁷ *Palmgren—Olssonin*²⁸ kanta on, että kysymys on ratkaistava in casu. Tällöin on otettava huomioon mahdolliset lain määräykset sekä se, miten oleelliseen sopimuksen osaan pätemättömyys kohdistuu. Oleellisuuskriteerion muodostaa subjektiivinen mittapuu: välipuheen merkitys sopimuskumppaneille. Jos pätemättömyys kohdistuu oleelliseen kohtaan, on koko sopimus pätemätön, mutta jos kysymyksessä on vähämerkityksinen välipuhe, »on sopimusta vain epävarmoissa tapauksissa oikaistava».

Jäljempänä c-kohdassa suoritetaan yhteenveto lausutuista käsityksistä ja oikeuskäytäntömme kannasta. Nyt on silti aiheellista todeta, että sikäli kuin jonkinlaista yleissääntöä on suositeltu, ei yleensä ole

²³ *Rautiala*, Velkasuhteet s. 86 ss., s. 234.

²⁴ *Rautiala*, Purkaminen s. 25 ss., Avioliitto-oikeus s. 137 ss. Ks. vielä *sama*, teoksessa *Caselius—Rautiala*, s. 208, mistä saadaan käsitys, että *Rautiala* on nykyisin toista mieltä kuin mitä yllä on mainittu. Erään yksityistapauksen osalta hän näet esittää, että »kysymykseen täytyy vastata sen mukaan, mikä on ollut myyjän ja ostajan tarkoitus. Yleensä lienee edellytettävä, että tarkoitus on ollut kiinteistön luovutus kokonaisuudessaan».

²⁵ *Vihma*, Tiedonantovelvollisuus s. 68 ss., s. 184 ss., Sopimussakko s. 60 av. 47, s. 163 ss., LM 1950 s. 891.

²⁶ *Vihma*, Tiedonantovelvollisuus s. 69.

²⁷ *Sama*, s. 70.

²⁸ *Palmgren—Olsson*, s. 77.

tehty eroa eri pätemättömyysperusteiden välillä. Yleissääntö soveltuu siis muotovirheisiin, niin kuin eräissä ulkomaisissa oikeusjärjestyksissä olevia yleisnormeja on tulkittu. Rautiala ja Vihma sitä vastoin kiinnittävät huomiota pätemättömyysperusteidenkin erilaisuuteen, arvellen silläkin kenties olevan merkitystä. — Omalta osaltani en ota kantaa kysymykseen, millä tavoin pätemättömyysperusteiden erilaisuus voisi vaikuttaa kysymyksen ratkaisuun. Lopputulos voi siis olla, että se joko vaikuttaa tai ei vaikuta mitään. Luontainen ajattelu kuitenkin sanonee, että pätemättömyysperusteiden erilaisuus ei varmaankaan kovin usein aiheuttane eroavaisuutta. Kysymys pitäisi kuitenkin tutkia tapaus tapaukselta. Tässä yhteydessä siihen ei ole syytä. Tarkoituksenahan on ainoastaan tarkastella muotovirheen synnyttämää osapätemättömyysprobleemia. Tästä syystä oikeustapauskatsaus rajoitetaankin koskemaan ainoastaan muotovirheitä.²⁰

b. Oikeuskäytäntömme. Muotovirheen johdosta syntyneitä osapätemättömyyskysymyksiä on ollut melko usein Korkeimmassa oikeudessa esillä.³⁰ Jokseenkin poikkeuksetta ne liittyvät kiinteistönkauppoihin.³¹ Ne ovat harvinaisen paljon samankaltaisia. Vain kolmenlaisista tapauksista voidaan puhua.

KKO 1939 II 57: A oli myynyt B:lle kiinteistön 8.1.1936 laaditulla kauppakirjalla. A ja B olivat kaupasta neuvoteltaessa suullisesti sopineet, että B:n tuli ryhtyä erääseen oikeudenkäyntiin, jonka lopputuloksesta riippui lainhuudon saaminen. Kauppahinnan maksu kytketty lainhuudon saantiin. Mainittu suullinen välipuhe sisälsi myös sen, että ellei B ryhdy oikeudenkäyntiin, A:lla on oikeus purkaa kauppa. B ei ryhtynyt oikeudenkäyntiin. A vaati kaupan purkamista. Kaikki oikeusasteet hylkäsivät purkukanteen katsoen, että puheena oleva suullinen sivuvälipuhe on MK 1:2 vastaisena sitomaton.

²⁰ Jos kysymystä tarkastellaan muidenkin kuin muotovirheiden osalta, voidaan todeta, että oikeuskäytäntömme on horjuva. Ks. *Heikonen*, DL 1943 s. 239 ss.; *Rautiala*, Holhousoikeus s. 137 av. 300; *Vihma*, Tiedonantovelvollisuus s. 69 av. 98. Ne sisältävät riittävän näytön oikeuskäytännöstämme.

³⁰ Tapauksen lukumäärää on rajoitettu siten, että tarkasteltavaksi ei ole otettu tapauksia, joissa on useampia kuin kaksi sopimuskumppania ja ainoastaan joku vaatii sopimuksen julistamista pätemättömäksi. Tällöin on kysymyksessä osittaisen pätemättömyyden probleemi, mutta harkittavana ei ole ollut kysymys, onko jokin välipuhe pätemätön, vaan onko sopimus kokonaisuudessaan vai ainoastaan moittijan osalta julistettava pätemättömäksi. Ks. esim. *Heikonen*, DL 1943 s. 239 ss.

³¹ Ks. kuitenkin *KKO 1948 II 48:* Kun vuokrasopimukseen ei ollut otettu väitettyä ehtoa, että vuokrasopimus oli purkautuva, jos vuokrauksen kohteena oleva tila tultaisiin ottamaan maanhankintalain mukaan asutukseen, oli sanottu ehto merkityksetön.

Tässä ratkaisussa Korkein oikeus on pitänyt ainoastaan kerrotunlaista suullista välipuhetta sitomattomana. Perustelut eivät osoita, onko välipuheen oleellisuuteen kiinnitetty huomiota. Perusteluista ilmenee ainoastaan, että välipuhe³² on *non scriptum*. Sitä vastoin muut kauppakirjassa olevat välipuheet ovat sitovia.

Toisen tyyppiryhmän muodostavat *ns. mustaa kauppahintaa* koskevat ratkaisut. Ne eroavat hieman toisistaan, minkä vuoksi on syytä tarkastella kolmea eri tapausta.

KKO 1943 I 27: 20.6.1941 laaditulla kauppakirjalla oli myyty määräala ja kauppakirjassa 4000 mk:n määräiseksi arvioitu hevonen. Kauppakirjaan oli merkitty hevosen ja määräalan hinnaksi 77.382 mk 50 penniä. Kaupan yhteydessä oli sovittu suullisesti, että ostajat maksavat *ns. mustana* kauppahintana lisäksi 26.617 mk 50 penniä. Todellinen kauppahinta oli siis 104.000 markkaa eli 100.000 markkaa määräalasta ja 4.000 markkaa hevosesta. Myyjät vaativat ostajalta suullisesti sovittua mustaa kauppahintaa. KO hyväksyi kanteen, koska tuollaista sopimusta, vaikka sitä ei ollut kauppakirjaan merkitty, oli pidettävä pätevänä. HO hylkäsi kanteen toteennäyttämättömänä. KKO:ssa kysymys joutui äänestykseen. Äänestys koski ainoastaan ratkaisun perusteluita. Lopputulos oli, että kanne hylättiin.

Perustelut. a) *Neovius ja Lumme:* Koska kiinteistön määräalan kauppa oli tehtävä, kuten oli tapahtunutkin, sillä tavoin, kuin MK 1:2:ssa säädetään, ja sopimusta kauppahinnasta oli pidettävä kauppaehtona, joka sanotun lainkohdan mukaan oli pantava kauppakirjaan ja julkisista kaupanvahvistajista 9.6.1933 annetun asetuksen mukaan merkittävä kaupanvahvistajan päiväkirjaankin, sen vuoksi ja kun kantajat niin ollen eivät voineet vastaajia vastaan saattaa voimaan kauppahinta-saamista yli kauppakirjan osoittaman hinnan, KKO jätti HO:n lopputuloksen pysyväksi. b) *Piihponen ja Heinonkoski:* Ei muutosta. c) *Stenström:* Koska, joskin vastaajat olivat sitoutuneet suorittamaan mainitun lisäkauppahinnan, sitoumusta, jota on pidettävä kauppaehtona, ei ole tehty MK 1:2:ssa säädettyssä järjestyksessä eikä se siis sido vastaajia, KKO harkitsee oikeaksi jättää HO:n tuomion lopputuloksen pysyväksi.

KKO 1945 I 43 (plenum): A oli myynyt 2.12.1943 laaditulla kauppakirjalla B:lle tilan 850.000 mk:n hinnasta. A vaati B:tä velvoitettavaksi maksamaan A:n 3.2.1944 asettaman ja B:n hyväksymän vekselin perusteella 51.250 mk:n pääomaa korkoineen ja kuluineen. RO katsoi selvitetyn, että vekseli oli syntynyt sen kaupan yhteydessä, jolla A oli myynyt B:lle po. tilan, minkä vuoksi ja kun B oli näyttänyt suorittaneensa A:lle koko rahana maksettavan osan tilan kauppahinnasta eikä A:lla siis ollut B:ltä saatavaa vekselin nojalla, RO hylkäsi kanteen. HO päätyi samaan lopputulokseen, joskin hieman lisätyin perustein. KKO (enemmistö: 18 jäsentä) lausui, että koska sopimus kiinteistön kauppahinnasta oli sellainen

³² Välipuheella tarkoitetaan tässä ainoastaan sopimuksen yksityisiä osia, mutta ei myyjän tai ostajan antamia *tietoja* kaupan päättämiseen vaikuttavista seikoista, kuten esim. tietoja kiinnityksistä, metsän laadusta ja määrästä, viljelmien pinta-alasta jne. Ks. R. Beckman, 1734 lain juhlaulkaisu IV s. 95 av. 70. Ks. po. kysymyksistä esim. *Chydenius*, KR I s. 20; *Wrede—Caselius*, I s. 246.

maakaaren 1 luvun 2 §:ssä tarkoitettu luovutuksen perustuksena oleva ehto, joka ollakseen pätevä oli kirjaan pantava, eikä niin ollen se A:n ilmoittama seikka, että kauppahinta olisi puheenaolevassa kaupassa sovittu suuremmaksi, kuin kauppakirjaan oli merkitty, vaikuttanut asiaan, KKO harkitsi oikeaksi tämän nojalla ja RO:n muutoin mainitsemilla perusteilla jättää pysyväksi lopputuloksen, johon HO oli tuomiossaan joutunut.

KKO 1953 II 71: Kanne, joka perustui kiinteistönkaupan yhteydessä tehtyyn erilliseen kirjalliseen lisäsopimukseen, jossa myyjälle mm. oli myönnetty oikeus kaataa myydyn tilan metsästä sovittu määrä puutavaraa, hylätty, koska po. sopimus tarkoitti mustan kauppahinnan suorittamista. KO perusteli ratkaisua lausuen mm.: ...kun nuo lisäehdot ollakseen pätevät MK 1:2 mukaan olisi pitänyt merkitä kauppakirjaan. HO ja KKO: Ei muutosta.

Puheena olevat tapaukset poikkeavat sikäli toisistaan, että ensimmäisessä velotettiin pelkkään suulliseen sivuvälipuheeseen perustuvaa mustaa kauppahintaa. Toisessakin oli kysymys mustasta kauppahinnasta, mutta siitä oli annettu vekseli, johon velkomus nojautui. Kolmannessa tapauksessa musta kauppahinta oli saanut erillisen sivusopimuksen asun eikä ollut enää rahasuoritusvaatimus, vaan metsänhakkuuoikeutta koskeva vaatimus. Kaikissa mainituissa tapauksissa Korkein oikeus on katsonut, että ainoastaan sivuvälipuhe kauppahinnasta on pätemätön, mutta ei koko kauppasopimus. Tämä käytäntö on ollut johdonmukainen yhtä poikkeusta lukuunottamatta.³³ — Tässä yhtey-

³³ Ks. *KKO 1929 I 48:* A ja B olivat 23.10.1927 tehdyn kiinteistönkaupan yhteydessä suullisesti sopineet, että ostaja B:n tuli suorittaa leimaverokin, joka arvioitiin 142.600 markaksi. Kauppakirjaan merkittiin kauppahinnaksi 320.000 markkaa, vaikka kauppahinnaksi oli tarkoitettu 462.600 mk. B joutui maksamaan leimaveroa vain 67.376 mk. Tämän vuoksi A vaati B:tä velvoitettavaksi maksamaan arvioidun ja todellisen leimaveron määrän erotuksen 75.224 mk. Kaikki oikeusasteet hylkäsivät kanteen. KKO perusteli ratkaisuaan lausuen mm.: Koskei kiinteistönkauppaa sellaisena, kuin se näkyi kauppakirjasta, ollut moitittu, eikä A:lla, joka MK 1:2 mukaan ei voinut B:tä vastaan panna voimaan kauppahinta-saamista yli kauppakirjan osoittaman jo maksetun hinnan, siis ollut laillista perustetta kanteeseen (äänestys 4:1); *1948 II 203:* Kiinteistön kaupassa suullisesti tehty sopimus, että kaikki tilojen metsässä olevat määrätyn suuruiset arvopuut jäivät myyjälle, ei ole sitova; *1949 II 109:* Rakennuksen ja maapohjan vuokraoikeuden kaupassa, joka silloin voimassa olleen lain mukaan (L 22.12.1944) oli tehtävä määrämuotoisesti, oli suullisesti sovittu, että kolmas henkilö sitoutuu kauppakirjassa mainitun hinnan lisäyksenä suorittamaan myyjälle määräsunnan. Sitoumus katsottu pätemättömäksi, vaikka siitä oli annettu velkakirja; *1950 II 430:* Kiinteistön kauppakirjaan liittyvissä lisäsopimuksissa myyjille pidätetyt luontoissuoritukset katsottu sovitun kauppahinnan lisäyksiksi eikä niitä koskevaa sopimusta pidetty ostajia velvoittavana; *1951 II 10:* Kiinteistönkaupan yhteydessä tehty suullinen sopimus lisähinnan maksamisesta oli mitätön. Vrt. *KKO 1937 II 134:* Koska kiinteistö-

dessä on huomautettava kahdesta seikasta. Voidaan kenties väittää, että kun kanteessa on vaadittu ainoastaan mustan kauppahinnan suorittamista ja kun kanne on hylätty, ei ole harkittu ollenkaan kysymystä koko sopimuksen pätemättömyyden mahdollisuudesta. Tuntuu kuitenkin siltä, että kokonaispätemättömyys on joutunut harkinnan kohteeksi. Korkein oikeus on omaksunut käsityksen, että se voi ottaa viran puolesta huomioon muutovirheen, vaikka siihen ei vedotakaan.³⁴ Kun näin on asianlaita, täytyy johdonmukaisuuden vuoksi muutovirheen kaikkien oikeusvaikutusten joutua harkinnan alaisiksi, siis myös

oli myyty korkeammasta hinnasta, kuin kauppakirjaan oli merkitty, voitiin ostajalta vaatia sovittua hintaa.

Kirjallisuudessamme on mustan kauppahinnan osalta lausuttu, tosin hieman eri perustein, että koko sopimus on pätemätön. Näin *Caselius—Rautiala*, s. 212 ss., jossa on *Caseliuksen* kommentaarit ratkaisuihin KKO 1943 I 27, 1945 I 43; *Kivimäki*, s. 140: »Jos maatilasta on maksettu 200.000 mk, mutta kauppakirjaan on leimaverojen säästämiseksi hinta merkitty 20.000 markaksi, on kauppa pätemätön, koska hinta 20.000 mk oli simuloitu ja koska kiinteistökaupalle säädettyä muotoa ei oltu noudatettu dissimuloituun kauppaan nähden.» Vrt. *Hakulinen*, Luovutus s. 24, s. 125, josta yhteenvetona saataneen tulos, että jollei kauppahintaa ole kauppakirjassa (täydellinen aukko), on koko luovutus pätemätön. Jos sen sijaan kauppahinta, vaikkapa väärinkin, on mainittu kauppakirjassa, on kysymys ratkaistava in casu »tulkinnalla, onko itse luovutuskin sen johdosta pidettävä rauenneena». Vrt. sitä vastoin *sama*, Velkakirjalaki s. 53, missä esitetään, että »sellainen sopimus (so. välipuhe mustasta kauppahinnasta) on mitätön. — Ks. lisäksi Lainopillisen yhdistyksen keskustelukysymystä N:o 7 vuodelta 1944, jolloin käsiteltiin kysymystä mustasta kauppahinnasta. Alustajana oli af *Hällström*, joka lähtien siitä, että MK 1:2 oleva määräys kauppaehtojen kirjaamisesta on vain ohje (ks. edellä 4 §:n av. 103 lausuttua), katsoi mustan kauppahinnan velvoittavaksi. Tätä vastusti *Nybergh*. *Hällströmin* kantaan yhtyi 15 jäsentä. *Nyberghin* mielipiteen sitomattomuudesta hyväksyi 6 jäsentä. Ks. JFT 1944 s. 320 ss., s. 363 ss. Ks. vielä *Honka*, LM 1946 s. 66 ss. — *Ruotsin* oikeuskäytännössä katsotaan tuollaiset mustan kauppahinnan tapaukset sitoviksi. Ks. esim. *NJA* 1900 s. 119; 1921 s. 636; huomaa *NJA* 1907 s. 138; 1908 s. 519; 1937 s. 186. Ks. niistä *Karlgren*, Spörsnål s. 67 av. 78; *Undén*, II:1 s. 107; *Vahlén*, s. 141 ss. Tässä yhteydessä on huomautettava, että kun *Saksan* oikeuden mukaan koko sopimus on pätemätön mustan kauppahinnan vuoksi (esim. *Leonhard*, s. 274), on *Saksan* oikeuskäytäntö evännyt usein vetoamisen tuohon muutovirheeseen *exceptio dolin* perusteella. Ks. esim. *Arndt*, DJZ 1926 s. 805 ss. Vrt. *Lang*, s. 139, missä esitetään, että ainoastaan mustaa kauppahintaa koskeva välipuhe on pätemätön, koska ko. välipuhe ei ole sopimuksen osa. Ks. lisäksi jäljempänä 14 §:n 3-B-e-kohdassa mainittua.

³⁴ KKO 1952 I 14: Jutussa, jossa on vaadittu kiinteistökaupasta tehdyn esisopimuksen purkamista, ylempi oikeus voi viran puolestakin ottaa huomioon sen seikan, ettei esisopimusta ollut tehty MK 1:2:ssa määrätyn muodon.

kysymyksen osittaisesta tai kokonaispätemättömyydestä.³⁵ Toinen huomautus, asian käytännöllisen merkittävyyden vuoksi, koskee Korkeimman oikeuden ratkaisuja *ns. valkeasta kauppahinnasta* kiinteistöjen kaupoissa. Jos näet sopimuskumppanit ovat menetelleet siten, että ylihintaa suoritetaan heti kaupantekotilaisuudessa tai joskus myöhemminkin ja myyjä vaatii ostajalta kauppakirjan osoittamaa määrää, niin ostajan huomautus ylihinnan suorittamisesta on katsottu merkityksettömäksi. Perustuhan myyjän vaatimus kauppakirjaan.³⁶ Tätä käsitystä ei voitane pitää oikeana.³⁷ Lienee sama, onko ylihintaa suullisessa sopimuksessa,

³⁵ Ks. KKO 1947 II 345: Se seikka, että ostaja ja myyjä olivat sopineet kauppahinnan toiseksi kuin kauppakirjaan oli merkitty, ei tehnyt kauppaa mitättömäksi. Vrt. kuitenkin KKO 1929 I 48 perusteluja.

³⁶ KKO 1953 II 43: Myyjien vaatiessa kauppakirjan (MK 1:2) ehtojen mukaista kauppahinnan erää katsottu, ettei se ostajan ilmoittama seikka, että hän kaupan yhteydessä tehdyn suullisen sopimuksen mukaisesti oli suorittanut myyjälle kauppakirjaan merkitsemätöntä hyvitystä, vaikuttanut jutun ratkaisuun (äänestys 3:2). 1954 II 22: Kiinteistökaupassa vain osa sovitusta kauppahinnasta oli merkitty kauppakirjaan. Muusta osasta (mustasta kauppahinnasta) ostajat olivat tunnustaneet myyjille velkakirjan, jonka määrän he olivat sittemmin suorittaneet. Velkakirjan määrää ei luettu kauppakirjaan merkityn hinnan lyhennykseksi (äänestys 4:1). — Vähemmistöt katsoivat kysymyksessä olevalla mustalla kauppahinnalla voitavan kuitata.

³⁷ Ks. Lahtinen, DL 1954 s. 312 ss., missä hän vastustaa noita valkean hinnan ratkaisuja ennen kaikkea sillä perusteella, että mustalla kauppahinnalla on pyritty kiertämään leimavero- ja kauppavoitonverovelvollisuutta. Kun sama tarkoitus on valkean kauppahinnan tapauksilla, tulee niiden saada sama kohtalo, »sillä eihän lakien kiertäminen saata olla anteeksiannettavampaa sen johdosta, että musta hinta maksetaan ennen valkoista eikä päinvastoin» (s. 315). Tätä perustelutapaa voidaan kutsua reaalisen harkinnan perusteluksi. Se on otettava-huomioon, mutta toistakin tietä ja kenties tärkeämpää, päädytään samaan tulokseen. Kauppahintaa koskeva välipuhe ja tuon välipuheen täyttämistoimi on pidettävä erillään. Tätä tietä tullaan siihen, että on olemassa sopimuskumppanien kannalta yksi välipuhe, hintaa koskeva välipuhe. »Veroteknisistä syistä» kauppakirja osoittaa vain osan siitä. Täyttämistoimi on valkean kauppahinnan tapauksessa kohdistunut ensin sitomattomaan välipuheen osaan. Se on palautettava, sillä maksutoimi ei paikkaa muotovirhettä kiinteistökaupassa (LHL 20 §; Hakulinen, Luovutus s. 25 ss.; vrt. kuitenkin sama, Perusteeton etu s. 195 ss.). Ajatus jonkinlaisen »*naturalis obligation*» olemassaolosta muotovirhetapauksessa on perusteeton (Lahtinen, emk. s. 315). Tarkoituksetonta on omaksua käsitys, että ostajan tulee vaatia eri oikeudenkäynnissä suorittamaansa olematonta velkaa. Tämän vuoksi hänellä tulee olla oikeus kuitata suorittamallaan mustalla hinnalla valkeaa hintaa, eikä valkeaa hintaa siis voida tuomita maksettavaksi muuta kuin se määrä, johon suoritettun mustan hinnan kuittausoikeus ei yllä.

vekselissä, velkakirjassa tai erillisessä metsänhakkuusopimuksessa vai onko se jo ehditty maksaa.³⁸ Jos hyväksytään ylihinnan velvoittavuus valkeana kauppahintana, mutta ei mustana, voi jokainen järjestää, että ylihinta otetaan valkeana.

KKO 1954 II 78: Kiinteistönkauppakirjassa oli kauppahinta sovittu suoritettavaksi osaksi rahassa, osaksi eri eläkevälikirjaa vastaan. Eläkevälikirja tehtiin kuitenkin vasta kaupantekotilaisuuden jälkeen, jolloin kaupanvahvistaja ei ollut saapuvilla eläkevälikirjaa vahvistamassa. Kiinteistönkauppa ja sen nojalla myönnetty lainhuuto julistettiin kaikissa oikeusasteissa mitättömäksi. KO perusteli ratkaisua lausuen mm.: ...koskei kaupanvahvistaja ollut kaupassa todistanut oikeaksi kauppakirjaan liittyvää erillistä eläkekirjaa eikä laillista kauppaa niin ollen ollut syntynyt. HO korosti ratkaisussaan erityisesti sitä, että eläke oli muodostanut oleellisen osan kauppaehdoista. KKO totesi, että kauppakirjassa edellytettyä eri eläkevälikirjaa ei ollut tehty kauppaa päätettäessä, vaan vasta myöhäisemmässä tilaisuudessa, jossa kaupanvahvistaja ei ollut ollut saapuvilla eläkevälikirjaa vahvistamassa. Sen vuoksi ja kun Maakaaren 1 luvun 2 §:n mukaisesti päätettyä laillista kauppaa niin ollen ei ollut syntynyt, KKO jätti pysyväksi sen lopputuloksen, johon HO tuomiossaan oli johtunut.

Tässä tapauksessa Korkein oikeus tuomitsi koko kaupan pätemättömäksi katsoen, että eläkesopimus on sellainen kauppavälikirja, jossa muotovirhe ei saata aiheuttaa osittaista pätemättömyyttä.³⁹

c. Yhteenvedo. *Kirjallisuudesta* voidaan todeta, että vaikka kukaan ei kielläkään osapätemättömyyden mahdollisuutta, enemmistö katsoo kokonaispätemättömyyden säännöksi myös muotovirheisiin nähden. Silloin, kun tulee kysymykseen osapätemättömyys, on korostettu usein virheen vähäisyyttä tavallisesti sanomalla, että oleellinen virhe aiheuttaa kokonaispätemättömyyden.⁴⁰ Oleellisuutta voidaan mitata sekä subjek-

³⁸ Ks. *Hakulinen*, Velkakirjalaki s. 53, missä esitetään, että sopimus korvauksen suorittamisesta kauppakirjassa mainitun hinnan lisäksi on mitätön, vaikka ostaja olisi antanut myyjälle »abstraktisen velkakirjan».

³⁹ Samoin *Hakulinen*, Luovutus s. 146. Ks. KaupanvahvistajaA 3 § 2 mom., missä säädetään mm.: »Niinikään on kauppavälikirja todistettava samoin kuin kauppakirja». Ks. vielä *KKO 1928 II 87*: Kun kiinteistön kauppakirjassa edellytetty eläkevälikirja oli jäänyt tekemättä ja kiinteistönvastikkeeseen sisältyvä eläke siten määräämättä, niin kiinteistöstä ei ollut syntynyt lopullista kauppaa. Samoin *KKO 1943 II 86 ja 108*.

⁴⁰ Ks. edellä a-kohdassa mainitun lisäksi *Haataja*, Käsite s. 182; *Lilius*, s. 209 ss., joissa korostetaan oleellisuuskriteeriä. Samoin myös mm. *Schmidt*, Kollektiv arbetsrätt s. 95; *Stang*, s. 536 ss.; *Ussing*, s. 260.

tiivisella,⁴¹ objektiivisella⁴² että niiden sulautuman mittapuulla.⁴³ Näitä kaikkia mittapuita on käytetty.

Oikeuskäytännöstä on vaikeaa sanoa juuri mitään muuta, kuin että toisinaan on oikeustoimi kokonaisuudessaan, toisinaan vain muotovirheelliseltä osaltaan julistettu pätemättömäksi. Kenties voidaan lausua vielä, että olennaisuudella on ollut hieman merkitystä, joskin mustan kauppahinnan tapauksissa ainoastaan musta kauppahinta on katsottu velvoittamattomaksi. Tämä johtuu siitä, että muotovirheen tarjoamaa osapätemättömyysmahdollisuutta on käytetty voimakkeinona niitä verokavalluksia vastaan, joihin mustalla kauppahinnalla on pyritty.⁴⁴

Muotovirheen osalta voitaneen suositella sellaisen kannan omaksumista, että kysymys ratkaistaan kussakin tapauksessa erikseen. Tällöin ei tehdä tarpeettomia yleistyksiä ja kaikki asiaan vaikuttavat näkökohdat voidaan ottaa huomioon. Virheen *olennaisuudelle* on syytä antaa ensisijainen ja ratkaiseva merkitys. Olennaisuuskriteerio on tarkoituksenmukaista muodostaa objektiivisen mittapuun mukaan, paitsi kun on kysymys vastikkeettomista oikeustoimista. Objektiivisen olennaisuuskriteerion käyttöä puoltavat tarkoituksenmukaisuusnäkökohdat. On näet varsin vaikeaa ratkaista, milloin jokin välipuhe tai sen osa on olennainen subjektiivisesta näkökulmasta. Lienee myös niin, että aina silloin, kun syntyy oikeudenkäynti puheena olevasta kysymyksestä, virhettä on pitäminen olennaisena subjektin kannalta. Kukapa lähtisi »syyhyttää saunaan». Objektiivisen mittapuun käyttöä puoltaa myös se, että sopimuksella luodaan ulkoinen tila, johon usein liittyy muitakin kuin sopimuspuolten intressejä. Olevana olotilana ei koko sopimusta ole syytä järkyttää muuten kuin objektiivisin perustein. Ne, jotka solmivat muotovirheellisen välipuheen, saavat alistua tällaiseen pahaan.⁴⁵

⁴¹ Näin mm. *Lassen*, s. 135; *Palmgren—Olsson*, s. 77; *Ussing*, s. 260.

⁴² Näin kaiketi *Rautiala*, *Purkaminen* s. 25 sekä HO edellä mainitussa oikeustapauksessa (KKO 1954 II 78). Ks. myös *Stang*, s. 536 ss.

⁴³ *af Hällström*, *Villfarelse* s. 241, erit. av. 662.

⁴⁴ Ks. esim. *Lahtinen*, DL 1954 s. 313; *af Hällström*, JFT 1944 s. 324 ss. katsoo, että po. tarkoitukseen ei saa käyttää pätemättömyyttä, vaan ainoastaan rangaitusta ja muita vastaavia keinoja. Jos ko. keinoa kuitenkin käytetään, katsoo *af Hällström* välttämättömäksi myöntää myyjälle purkuoikeuden, jos mustan kauppahinnan määrä on oleellinen.

⁴⁵ Lienee myös tarkoituksenmukaista, että olennaisuutta arvostellaan myös oikeudenkäyntihetken olosuhteet huomioon ottaen. Jos esim. kaupan purkua vaaditaan pitkän ajan kuluttua sopimuksen solmimisesta eikä muotovirhe ole paikkaantunut LHL 20 §:n perusteella, saattaa purkuoikeuden myöntäminen yksinomaan sopimushetken olosuhteet huomioon ottaen johtaa kovin räikeään kohtuut-

Jos sopimuksesta puuttuu jokin oleellinen aineosa (*essentialia negotii*), on koko sopimus pätemätön.⁴⁶ Tämä on johdonmukainen seuraus oleellisen aineosan käsitteestä.⁴⁷ Sanottu ei kuitenkaan merkitse, ettei essentialiassa voisi olla virhettä (esim. musta kauppahinta). Jos virhe on epäoleellinen, saattaa oikeusvaikutuksena olla ainoastaan osittainen pätemättömyys.⁴⁸

tomuuteen. Vrt. kuitenkin Saksan BGB 139 §, missä sanotaan mm.: *vorgenommen sein würde*. Näiden sanojen katsotaan ilmaisevan, että huomioon on otettava ainoastaan sopimushetki. Myöhemmillä tapahtumilla ei siis ole merkitystä. Täten syntynyttä kohtuuttomuutta pyritään tasoittamaan siten, että sopimuspuolelta evättään oikeus vedota pätemättömyyteen. Kielto perustetaan yleiseen *exceptio doli generalis* -normiin. Ks. *Lang*, s. 54 ss. viitteineen. Sveitsin OR käyttää samankaltaista sanontaa kuin Saksan BGB (OR 20 art.: *geschlossen worden wäre*).

⁴⁶ Näin mm. *Ekström*, s. 680; *Esser*, s. 22; *Hakulinen*, Luovutus s. 24; *von Tuhr*, II:1 s. 283.

⁴⁷ Ks. edellä 4 §:n av. 78–79 kohdalla lausuttua.

⁴⁸ Vrt. tässä yhteydessä *Benckert*, *Festschrift Ekeberg* s. 76 ss., jossa *Benckert* luokittelee kiinteistönkaupassa olevat välipuheet tyyppilausekkeisiin (typpklausuler) ja yksilöllisiin lausekkeisiin (individuella klausuler). Näiden molempien lausekkeiden tulee sisältyä *Benckertin* mukaan kauppakirjaan. Tämän laiminlyömisellä on erilaiset oikeusvaikutukset, mm. se, että tyyppilausekkeiden virheellisyydet aiheuttavat koko sopimuksen pätemättömyyden, kun taas puutteellisuus yksilölausekkeissa merkitsee vain osittaista pätemättömyyttä. Tämä jako ei perustu yksinomaan erotteluun essentialiat ja ei-essentialiat. Vrt. kuitenkin *Vahlén* s. 57 av. 2.

IV LUKU. ERILAISTEN MUOTOSÄÄNNÖS- TEN NOUDATTAMATTA JÄÄMINEN SEKÄ MUITA PERUSONGELMIA

12 §. YKSITYISAUTONOMISISTA MUOTO- SÄÄNNÖKSISTÄ

1. SOPIMINEN MUOTOSÄÄNNÖKSESTÄ

Eräissä nykyisissä oikeusjärjestyksissä on annettu nimenomaisia legaalinormeja yksityisautonomisista muotosäännöksistä. Näin on asianlaita muun muassa Saksassa ja Sveitsissä.¹ Meidän oikeusjärjestyksemme ei sisällä tuollaisia määräyksiä, eivät myöskään skandinaaviset oikeusjärjestykset.²

Kirjallisuudessamme esitetään yleisesti, että sopimuskumppanit voivat tehdä välipuheen sopimuksen muodosta.³ Tämän periaatteen voidaan sanoa ilmenevän oikeuskäytännössämme.⁴

Tuollaiset muotoa koskevat välipuheet ovat yleisiä. On tavallista, että huoneenvuokrasopimuksiin sisältyy välipuhe, jonka mukaan sopi-

¹ Ks. Saksan BGB 125, 127 ja 154 § sekä niistä esim. *Enneccerus—Nipperdey*, II s. 662 ss.; *BGB Motiv*, I s. 181 ss.; *Loewe*, s. 42 ss.; *von Tuhr*, II: 1 s. 527 ss. — Ks. Sveitsin OR 16 art. sekä siitä esim. *Becker*, s. 65 ss.; *Oser—Schönenberger*, s. 107 ss.; *Schneider*, s. 6, s. 20, s. 30, s. 74; *Tuhr—Siegwart*, I s. 231 ss. Ks. vielä Itävallan ABGB 884 § sekä siitä *Ehrenzweig*, II: 1 s. 153 ss.

² Ks. esim. *Almén*, *Avtalslagen* s. 36; *Arnholm*, s. 124 ss.; *Lassen*, s. 64; *Stang*, s. 277 ss.; *Ussing*, s. 106.

³ Ks. esim. *Chydenius*, KR I s. 15 ss.; *Ekström*, s. 704 ss.; *Godenhielm*, JFT 1952 s. 185 ss.; *Halila*, s. 126 ss.; *af Hällström*, JFT 1932 s. 310 ss.; *Kivimäki*, s. 96 ss.; *Montgomery*, s. 595 ss.; *Vihma*, *Sopimussakko* s. 122 ss.; *Wrede—Heinonkoski*, s. 108. Ks. myös JFT 1877 s. 322 ss. käytyä keskustelua.

⁴ Ks. KKO 1925 II 546.

mus on sanottava irti kirjallisesti.⁵ Rakennusurakkasopimuksissa esiintyy usein välipuhe, että urakkasopimuksen muutokset ja lisäykset on tehtävä kirjallisesti. Saatetaanpa sanoa, että näin on meneteltävä, jotta muutokset ja lisäykset olisivat päteviä.⁶ Mainitunlaisia muotoa koskevia välipuheita on usein valmiiksi painetuissa tyyppisopimuskaavakeissa.⁷

Käytännöllisesti tärkeä, joskin käsitteellisesti tiettyjä vaikeuksia tuottava on kysymys toisen sopimuskumppanin oikeudesta *yksipuolisesti* asettaa muotosäännös. Mainittu vaikeus johtuu siitä, että muotosäännöksen asettamista ja kirjaamistoimia (julkisuuteensaattamistoimia)⁸ ei ole aina riittävässä määrin pidetty erillään. Tämän erillään pitämisen välttämättömyyttä pyrkii osoittamaan seuraava tyyppitilanne-erittely.

Voiko tarjouksen tekijä etukäteen vaatia hyväksyjältä, että tämän on annettava vastauksensa määrättyssä muodossa, esimerkiksi kirjallisesti? Onko tuollaista tarjouksen tekijän vaatimusta pidettävä muotovaatimuksena? Molempiin kysymyksiin on vastattava myöntävästi.⁹ — Voiko hyväksyjä etukäteen vaatia presumptiiviselta tarjouksen tekijältä, esimerkiksi liikututtavaltaan, että tämän on tehtävä tarjouksensa tietyllä tavalla, jotta hän (hyväksyjä) käsittelee niitä sitovina? Onko tuollainen vaatimus muotovaatimus? Molempiin kysymyksiin lienee vastattava myöntävästi.¹⁰

⁵ Työehtosopimuksissa esiintyy usein sellainen määräys, että irtisanomista tulee seurata ehdotus uudeksi työehtosopimukseksi. Tätä vaatimusta ei ole syytä pitää irtisanomisen muotovaatimuksena, vaan jonakin muuna vaatimuksena. Sen laiminlyömisestä ei voida olettaa (presumoida) johtuvan, että irtisanominen on pätemätön. Riittää siis, että irtisanominen suoritetaan kirjallisesti (TEhtol 32 §), ellei muuta ilmene. Vrt. *Kopponen*, s. 164 verrattuna s. 138, mistä ilmenee, että *Kopponen* pitää vaatimusta muotomääräyksenä, jonka noudattamatta jäämisestä seuraa pätemättömyys, mikäli tämä on »täysin selvästi» ilmaistu. Ks. Ruotsin oikeuden osalta *Rodhe*, *Obligationsrätt* s. 721, joka ei pitäne vaatimusta muotosäännöksenä eikä katso sen noudattamatta jäämisestä johtuvan irtisanomisen pätemättömyyttä; *Schmidt*, *Kollektiv arbetsrätt* s. 115, katsoo kysymyksessä olevan ohjesisältöisen muotosäännöksen. Näin myös Ruotsin työtuomioistuimen oikeuskäytäntö, kuten *Rodhe* ja *Schmidt* osoittavat.

⁶ Ks. esim. *Arnholm*, s. 124 ss.; *Danz*, s. 198.

⁷ Esim., että ilmoitus kaupan kohteen virheestä on tehtävä kirjallisesti.

⁸ Ks. edellä 2 §:n 2-C-kohdassa lausuttua.

⁹ *Raninen*, *Vahvistuskirje* s. 30: »Toisaalta tarjouksen tekijä voi asettaa tarjoukseensa ehtoja vastausaikaan ja *muotoon*... nähden.» Samoin *Tuhr—Siegwart*, I s. 174. Ks. myös *Becker*, s. 65; *Kivimäki*, LM 1955 s. 749 ss.

¹⁰ Näin kenties *Tuhr—Siegwart*, I s. 231, sillä siinä lausutaan, että muotoa

Voiko hyväksyjä, *antaessaan* myöntävän vastauksen, pyytää kirjallista vahvistusta tai sopimusta? Mikä merkitys on tuollaisella lausumalla, ja onko se muotoa koskeva vaatimus? Ennen kuin tähän kysymykseen vastataan, on syytä tarkastella eräitä tätä tapausta lähellä olevia tilanteita. — Voiko tarjouksen tekijä, sen jälkeen kun *hyväksyvä vastaus on jo saapunut perille*, vaatia sopimuskumppaniltaan kirjallista vahvistusta tai sopimusta? Voiko hyväksyjä, *sen jälkeen kun* hän on antanut varauksettoman vastauksensa, esittää samankaltaisen vaatimuksen? Ennen kuin näihin kysymyksiin vastataan, on kysyttävä, ovatko tuollaiset vaatimukset muotovaatimuksia. Kirjallisuudessa niitä yleensä käsitellään muototapauksina.¹¹ Oikeammin sanoen tällaista kysymystä ei ole yleensä asetettu, on vain puhuttu muodosta, kun on tarkasteltu näitä tapauksia. Sama koskee sitäkin tapausta, että sopimuskumppanit sopimuksen tehtyään päättävät laatia esimerkiksi kirjallisen sopimuksen.¹² Omalta osaltani en pidä näitä tapauksia muototapauksina, vaan yksityisautonomisina kirjaamistoimina (julkisuuteensaattamistoimina).¹³ Näissä tapauksissa ei näet voida sanoa, että kysymyksessä on välittömästi sopimuksen solmimiseen liittyvä toimenpide, mikä on muodon yleinen tunnusmerkki.¹⁴ Kysymykseen, milloin sopimuskumppani voi yksipuolisesti vaatia tuollaista kirjaamistointia, ei voida antaa yleistä

koskevan välipuheen ei tarvitse tapahtua sopimuksena, vaan se voidaan asettaa yksipuolisestikin, kunhan se vain tapahtuu ennen sopimuksen tekoa (ks. myös s. 231 av. 83). Ks. *Ekström*, s. 704. Vrt. sen sijaan *Loewe*, s. 43, joka sanoo, että kukaan ei voi yksipuolisella tahdonilmaisulla asettaa sopimuksen muutosäännöstä.

¹¹ Ks. pohjoismaisesta kirjallisuudesta esim. *Almén—Eklund*, s. 25; *Arnholm*, s. 114; *Kivimäki*, s. 96; *Lassen*, s. 64 av. 4 e-5; *Raninen*, *Vahvistuskirje* s. 78; *Stang*, s. 278 av. 29; *Stjernstedt*, s. 24 ss.; *Ussing*, s. 105.

¹² Ks. esim. *Becker*, s. 65; *Danz*, s. 197; *Ekström*, s. 705; *Oser—Schönenberger*, s. 108; *Palandt*, s. 531. Kaikissa näissä puhutaan muutosäännöksen asettamisesta, joskin samalla lausutaan, että tuollainen »muutosäännös» on yleensä ainoastaan ohjesäältäöinen muotomääräys.

¹³ Näin mm. *Tuhr—Siegwart*, I s. 231 ss., missä on erotettu sovittu muoto (vorbehaltene Form) ja jälkikäteen tapahtuva kirjaaminen (nachträgliche Beurkundung). *Tuhr—Siegwartin* mukaan yksityisautonominen kirjaamistoimi voi merkitä a) sitä, että sopijapuolet purkavat aikaisemman sopimuksensa ja korvaavat sen uudella kirjaamisoikeustoimella, b) sitä, että kirjaaminen suoritetaan todistamisintressissä. Tässä tapauksessa voidaan vedota suullisiinkin sivuvälipuheisiin, jollainen ei ole mahdollista a-tapauksessa. *Danz*, s. 197 vaatii a-tapauksen osalta, että tällaisen tarkoituksen on ilmettävä nimenomaan ja selvästi. Ks. lisäksi *Raninen*, *Vahvistuskirje* s. 74 ss. olevaa esitystä sopimuksen tekemisen jälkeen lähete-tyistä vahvistuskirjeistä laajoine kirjallisuusviitteineen.

¹⁴ Ks. edellä 2 §:n 2-C-kohdassa lausuttua.

vastausta. Voidaan ainoastaan lausua, että tähän hänellä tulee olla erityinen kelpoisuus jonkin normin perusteella. Kelpuuttava normi saat-
taa olla lainsäädännössä, sopijapuolten keskinäisessä välipuheessa tai
tavanomaisessa oikeudessa.¹⁵

Palaamme kysymykseen, voiko hyväksyjä, samalla kun hän antaa
hyväksymisensä, pyytää kirjallista vahvistusta tai sopimusta. Tämä
kysymys on varsin monitahoinen. Se johtaa suorastaan kysymysverk-
koon. Tässä yhteydessä on tarpeen tarkastella kolmea eri kysymystä,
jotka on pidettävä erillään toisistaan. Ensimmäinen kysymys koskee
yksinomaan sitä, voiko hyväksyjä liittää vastaukseensa puheena ole-
van ehdon. Tähän on vastattava myöntävästi edellyttäen, että hyväksy-
mistä voidaan pitää OikTL 6 §:n vaatimuksen mukaisesti »puhtaana».¹⁶
Toinen kysymys koskee hyväksyjän vaatimuksen vaikutusta sopimuk-
sen sitovuuteen. Hyväksyjän vaatimus kirjallisesta vahvistuksesta tai
sopimuksesta voi merkitä kahta eri asiaa.¹⁷ Se voi tarkoittaa sitä, että
tarjous hyväksytään heti, mutta samalla toivotaan tai ehdottomasti vaa-
ditaan jo solmitun sopimuksen vahvistamista. Mainittu vaatimus voi
merkitä myös sitä, että tarjous hyväksytään sellaisella OikTL 6 §:n
mukaisella ehdolla, että todella saadaan aikaan kirjallinen sopimus.
Vasta se luo sitovuuden. Ennen sitä ei ole saavutettu yksimielisyyttä,
consensus puuttuu. Kummasta tapauksesta kulloinkin on kysymys, on

¹⁵ Näin esim. *Lassen*, s. 64 av. 4 e.; *Stang*, s. 278 av. 29; *Ussing*, s. 103. Ks.
lisäksi esim. *Almén—Eklund*, s. 25 ss.; *Arnholm*, s. 114; *Bugge*, s. 22; *Kivimäki*, s. 96;
Raninen, Vahvistuskirje s. 78; *Stjernstedt*, s. 24 ss. Ks. vielä esim. seuraavia lain-
kohtia WarranttiA 11 §; TyösopL 22 §; VeksL 39 §; MeriL 94, 95 §; VelkakirjaL
21 §. Huomaa *Heldrichin* lakiehdotuksen 13 §, jossa sopimuskumppanille ehdo-
tettiin varsin laaja oikeus vaatia toiselta sopimuskumppanilta viikon kuluessa sopi-
muksen teosta kirjallista sopimusta (ks. *Heldrich*, s. 96 ss.).

¹⁶ Kysymys hyväksymisen puhtaudesta ratkeaa kuten kysymys sopijapuolen
oikeudesta yksipuolisesti vaatia kirjaamistointa. Hyväksymistä on siis pidettävä
puhtaana, jos sopimuskumppanilla on oikeus tällaisen »ehdon» asettamiseen lain,
sopimuksen tai tavanomaisen oikeuden perusteella. Ks. av. 15 kohdalla mainittua.

¹⁷ Vrt. *Förslag till avtalslagen*, s. 52, jossa Ruotsin sopimuslakikomitea katsoo,
että sen ehdotusasteelle jääneestä 7 §:stä on seurauksena, että se, joka hyväksymi-
seensä on liittänyt pyynnön kirjallisesta »vahvistuksesta» tai sopimuksen tekemi-
sestä kirjallisesti, voi aina pitää sopimusta lopullisesti solmittuna siitäkin huolimatta,
että toinen sopimuspuoli ei suostu pyyntöön. Tällainen kieltäytyminen saattaa kui-
tenkin sisältää sopimuksen rikkomisen ja oikeuttaa joskus sopimuksen purkuun.
Almén—Eklund, s. 25 ss. tuntuu epäilevän sääntöä. *Stjernstedt*, s. 25 hyväksyy
säännön. Ks. Norjan vastaavasta ehdotuksesta *Bugge*, s. 22.

ratkaistava tulkinnalla. Sen voi osoittaa myös kauppatapa.¹⁸ — Tämän tutkimuksen näkökulmasta on vielä kysyttävä, ovatko molemmat mainitut tapaukset muototapauksia. Ovatko ne siis muotovaatimuksia? Sellaisina niitä yleensä lienee käsitelty.¹⁹ Aikaisemmin lausutun perusteella²⁰ tätä ei voida täysin hyväksyä. On syytä katsoa, että jos sitovuus syntyy jo hyväksymisellä, on kysymys sopimuksen teosta erillään olevasta kirjaamistoimesta. Sitä vastoin toista tapausta, jossa sitovuus kytkeytyy puheena olevan vaatimuksen noudattamiseen, on pidettävä muotovaatimuksena.

Esitetty tyyppitilanneanalyysi osoittaa, että yksityisautonomisen muutosäännöksen ja julkaisemistoimenpiteen erottaminen ei ole helppoa. Tätä rajanvetoa, joka on suoritettava välittömyystunnusmerkin nojalla, vaikeuttaa sekin, että muutosäännöksen asettamisen ei tarvitse tapahtua nimenomaisesti.²¹ Joissakin tapauksissa voidaan pelkistä olosuhteistakin todeta muutosäännöksen olemassaolo.²² Yksinomaan se seikka, että sopimus on tosiasialla tehty esimerkiksi kirjallisesti, ei merkitse muutosäännöksen olemassaoloa.²³ Siihen vaaditaan muutosäännöksen asettamista koskeva tahdonilmaisu, vaikkapa konkludenttinenkin.²⁴

Mihin perustuu yksityisautonomisten muutosäännösten antamismahdollisuus? Vastaukseksi ei riitä, että tämä mahdollisuus on tunnustettu kirjallisuudessamme.²⁵ Ratkaisu olisi selvä, jos lainsäädännössämme olisi tätä kysymystä sääntelevä yleisnormi, niin kuin asianlaita on eräissä vieraissa oikeusjärjestyksissä. Yleisnormia ei kuitenkaan ole, eikä meillä liene sellaisia erityisiä legaalnormejakaan, joiden voitaisiin

¹⁸ Ks. *Almén*, *Avtalslagen* s. 36 av. 20; *Raninen*, *Vahvistuskirje* s. 78. Huomaa lisäksi *Hakulinen*, *LM* 1938 s. 278.

¹⁹ Ks. edellä av. 11—13.

²⁰ Ks. edellä av. 14 kohdalla lausuttua.

²¹ Näin mm. *Becker*, s. 65; *Oser—Schönenberger*, s. 107; *Tuhr—Siegwart*, I s. 231 av. 82.

²² Näin mm. *Stjernstedt*, s. 26; *Tuhr—Siegwart*, I s. 231.

²³ Näin mm. *Becker*, s. 65; *Loewe*, s. 43; *Oser—Schönenberger*, s. 107. Ks. lisäksi *Cederberg*, *Prokura* s. 27. Vrt. sen sijaan *Chydenius*, *JFT* 1892—93 s. 349, *KR* I s. 15, joissa on samastettu tosiasiallinen tapaus muototapaukseen. Tästä voitaneen tehdä sellainenkin johtopäätös, että *Chydeniuksen*kin mukaan muotoa koskeva välipuhe voi tapahtua konkludenttisesti.

²⁴ Jos sopimuspuolet ovat eri mieltä siitä, onko muutosäännös asetettu vai ei, on todistustaakka sillä, joka vetoaa määrämuodon olemassaoloon. Näin mm. *Halila*, s. 126 ss.; *Tuhr—Siegwart*, I s. 231 av. 82. Vrt. sen sijaan esim. *Palandt*, s. 99.

²⁵ Ks. edellä av. 3 kohdalla mainittua kirjallisuutta.

sanoa ilmaisevan tuollaisen yleisen periaatteen.²⁶ Lainsäädäntömme normeista ei siis kysymyksen ratkaisua voida johtaa suoraan, mutta kylläkin epäsuorasti. Jäljempänä esitetään, että laajoilla sopimus-oikeutemme alueilla vallitsee vapaamuotoisuuden periaate.²⁷ Käytännöllisesti katsoen tämä merkitsee sitä, että sopimuspuolet voivat tällöin tehdä sopimuksen millä tavoin tahansa.²⁸ Tästä muotovapauden periaatteesta voidaan johtaa kelpoisuus yksityisautonomisten muotosäännösten asettamiseen. — Kelpoisuusnormin olemassaolon tueksi voidaan viitata myös sen oikeuspoliittiseen taustaan. Lainsäätäjällä on varsin vaikean arvostuskysymyksen edessä antaessaan legaalisia muotosäännöksiä. Hän joutuu punnitsemaan vastakkain niitä etuja ja haittoja, jotka seuraavat muotosäännöksen antamista. Usein muotosäännöksen haitat saattavat tuntua suuremmilta kuin edut. Tästä johtuu, että muotosäännöstä ei säädetäkään, vaikka se joitakin yksityistapauksia silmällä pitäen olisi erittäin tarkoituksenmukaista. Jos sopimuskumppanit voivat asettaa yksityisautonomisen muotosäännöksen, he voivat yksityistapauksessa saavuttaa sen päämäärän, jota lainsäätäjälläkin on pitänyt suotavana.²⁹

Yksityisautonomisten muotosäännösten antamismahdollisuus ei ole rajaton. Yksityisautonomisten normien »luonteeseen» kuuluu rajoittuneisuus.³⁰ Rajoitusten olemassaoloa ei tietystikään voida perustella edellä lausutulla. On tutkittava, onko rajoituksia olemassa. Jos niitä on olemassa,³¹ ne osoittavat, että mikäli halutaan käyttää yksityisautonomian käsitettä, on se muodostettava rajoittuneisuuden ajatukselle.

²⁶ Kenties ainoa legaalinnormimme on TEhtoL 21 §, jossa ilmenee mahdollisuus sopia muotosäännöksestä. Lainkohdassa säädetään työehtosopimuksen osalta mm., että »sopimus syntyy myös siten, että sopimuksen sisältö merkitään sopimuspuolten pitämässä neuvottelussa laadittuun pöytäkirjaan, joka on yhteisesti sovitulla tavalla oikeaksi todettu». Lain esitöiden yhteydessä käytettiin sanontaa »oikeaksi todistettu» (ks. hallituksen esitystä n:o 20/vp 1946 s. 1 sekä erit. siihen liittyvää suuren valiokunnan mietintöä N:o 34/vp 1946). Sanamuodon muuttumisesta huolimatta voidaan sanoa, että TEhtoL 21 § suo mahdollisuuden sopia »todistamiskaa-van» (oikeaksi toteamisen) lähemmästä sisällöstä.

²⁷ Ks. jäljempänä 16 §.

²⁸ Esim. *Guhl*, s. 93: Muotovapaudella ymmärretään periaatetta, minkä mukaan on yhdenmukaista, millä tavoin tahto ilmaistaan.

²⁹ Hieman tähän suuntaan oikeuspoliittisen taustan osalta *Loewe*, s. 42 ss.

³⁰ Näin esim. *Burckhardt*, *Methode* s. 207 ss.; *Germann*, s. 105; *Telaranta*, s. 29.

³¹ Muutama esimerkki: a) Yksityisautonominen muotosäännös voidaan asettaa absoluuttisen, legaalisen muotosäännöksen (esim. MK 1:2) rinnalle. Sillä voidaan

2. MUOTOSÄÄNNÖKSEN NOUDATTAMATTA JÄÄMISEN OIKEUSVAIKUTUS

Yleistä on, että vaikka sopimuskumppanit ovat asettaneet muotosäännöksen, välipuhe ei ilmaise, onko kysymyksessä varsinainen, epävarsinainen vai ohjesisältöinen muotosäännös.³² Toisaalta taas voidaan lausua, että sopimuspuolten tarkoitus, jolla on ratkaiseva merkitys kysymyksen arvostelussa,³³ ilmenee sangen usein monista asianhaaroista, kuten esimerkiksi sopimuspuolten välisistä neuvotteluista, aikaisemmista sopimuksista, kyseessä olevan sopimuksen laadusta ja taloudellisesta merkityksestä sekä monista muista seikoista.³⁴ Jollei kuitenkaan sopimuspuolten tarkoitusta saada selville, mikä lienee harvinaista, herää kysymys, onko muotosäännöstä pidettävä varsinaisena, epävarsinaisena vai ohjesisältöisenä.

Ainakin Itävallan ABGB,³⁵ Saksan BGB³⁶ ja Sveitsin OR³⁷ sisältävät kysymyksestä presumption. Niissä kaikissa on omaksuttu pätemättömyyslinja. Epäselvissä tapauksissa on oletettava, että kysymyksessä on varsinainen muotosäännös. Nämä normit poistivat erään van-

lisätä legaalisen normin muotovaatimuksia, mutta ei vähentää niitä. Ks. *af Hällström*, JFT 1932 s. 311. Jollei yksityisautonomista muotosäännöstä aseteta legaalinormin rinnalle, voivat menettelytapakaavat ja niiden muodollisuudet vaihdella paljon. Niinpä jos on sovittu oikeustoimen tekemisestä kirjallisesti, ei sen välttämättä tarvitse sisältää allekirjoitusvaatimusta. Ks. esim. *Loewe*, s. 43; *Schneider*, s. 74. — Huomaa myös KKO t. 1924 II 170; 1950 II 389. Kummassakin tapauksessa on hylätty vaatimus metsänhakkuusopimuksen julistamisesta pätemättömäksi sellaisella muodollisella perusteella, että hakkuusopimuksesta puuttuu toisen sopimuspuolen allekirjoitus. b) Yksityisautonomisen muotosäännöksen noudattamatta jäämisen oikeusvaikutukseksi ei voida sopia sellaista julkisoikeudellista vaikutusta kuin rangaistus. c) Sopimuskumppanit eivät myöskään voi määrätä, että sopimuksen todistusarvo riippuu muotosäännöksen noudattamisesta. Näin mm. *Oser-Schönenberger*, s. 107; *von Tuhr*, II: 1 s. 527 av. 220.

³² Kysymys yksityisautonomisen muotosäännöksen olemassaolosta on pidettävä erillään kysymyksestä, mikä oikeusvaikutus tuollaisen normin noudattamatta jämisellä on. Ks. *Enneccerus-Nipperdey*, II s. 662.

³³ Esim. *Chydenius*, JFT 1892—93 s. 349; *Danz*, s. 195 ss.; *Kivimäki*, s. 96; *Loewe*, s. 82.

³⁴ Esim. *Halila*, s. 127, jossa korostetaan mm. kauppatavan merkitystä. Samoin *Danz*, 195.

³⁵ ABGB 884 §.

³⁶ BGB 125 ja 154 §.

³⁷ OR 16 art.

han kiistakysymyksen mainittujen oikeusjärjestysten osalta. Kysymyksen juuret juontuvat roomalaisesta oikeudesta.³⁸ 1600- ja 1700-lukujen saksankielisessä kirjallisuudessa esiintyy vallitsevana mielipiteenä ohjesisältöisyyslinja. 1800-luvulla alkoi pätemättömyysmielipide voittaa kannatusta. Se saavutti vallitsevan mielipiteen aseman ja legalisoitiin mainituilla laeilla.³⁹

Kysymystä lienee poikkeuksetta tarkasteltu siten, että ei ole otettu huomioon mahdollisia epävarsinaisia muutosäännöksiä. On kysytty, vallitseeko tuollaisissa epäselvyystepauksissa ohjesisältöisyys (todistettavuus)- vai pätemättömyyslinja.⁴⁰ Tällainen käsitys on ymmärrettävä. Useinhan ei esitetä epävarsinaisten muutosäännösten ryhmää.⁴¹ Lisäksi on todettava, että sopimukseen (tai oikeustoimeen) perustuvat epävarsinaiset muutosäännökset ovat »harvinaisia lintuja».⁴² Tämän vuoksi voidaan hyvin perustein asettua sille kannalle, että ellei selvästi muuta ilmene, kysymyksessä ei ole epävarsinainen muutosäännös. Näin ollen

³⁸ Lähtökohdan muodosti L. 17 C. cit. Sitä tulkittiin varsin eri tavoin. Ks. esim. *Regelsberger*, s. 145 ss. olevaa laajaa esitystä, jonka mukaan Justinianus määrsi sopimuksen sitovaksi jo ennen kuin sovittua muutosäännöstä oli noudatettu (s. 154).

³⁹ Ks. edellisen johdosta *Regelsberger*, s. 154 ss.; *Windscheid*, PR II s. 199, erit. av. 12; sekä *Regelsberger* (s. 160) että *Windscheid* (s. 199) ovat henkilökohtaisesti pätemättömyyslinjalla.

⁴⁰ Esim. *Danz*, s. 195; *Ekström*, s. 704; *Kivimäki*, s. 96; *Oser—Schönenberger*, s. 107 lausuu, että sovitulla muutosäännöksellä on kaksi merkitystä (einen doppelten Charakter), vaikka samalla sivulla todetaankin, että sopimuspuolet voivat antaa muutosäännökselle useita erilaisia merkityksiä; *Regelsberger*, s. 145; *Tuhr—Siegwart*, I s. 231.

Kaksijakaisuudella työskentelevät loppujen lopuksi myös esim. *Dehn*, s. 19 ja *Windscheid*, PR II s. 199, jotka ottavat huomioon sellaisenkin mahdollisuuden, että muutosäännöksen asettamista koskeva välipuhe voi olla esisopimus, sopimus siitä, että vastaisuudessa laaditaan tietyssä muodossa lopullinen pääsopimus. Tätä sopimuksen tyyppioppia koskevaa tulkintamahdollisuutta ei ole syytä tuoda esiin kolmantena mahdollisuutena, jos halutaan pysyä johdonmukaisessa esityksessä hypäämättä asiasta toiseen.

⁴¹ Ei edes legaalien muutosäännösten osalta. Ks. edellä 5 §:n 3-A-kohdassa lausuttua.

⁴² Tätä sattuvaa vertauskuvaa käyttää eräässä toisessa yhteydessä *Caselius* (DL 1945 s. 260). — Esimerkkinä sopimukseen perustuvasta epävarsinaisesta muutosäännöksestä voidaan mainita tapaus, jolloin on sovittu, että sopimus on laadittava kirjallisesti ja siinä tapauksessa, ettei niin menetellä, sopimuspuoli on velvollinen maksamaan tietyn suuruisen sopimussakon.

epäselvyystupauksissa jää harkittavaksi, vallitseeko meillä pätemättömyys- vai ohjesisältöisyyspresumptio.⁴³

Kirjallisuudessamme on puheena olevaan presumptiokysymykseen vastattu eri tavoin. *Chydenius*⁴⁴ lienee pätemättömyyslinjalla, vaikka hänen esityksensä, joka rakentuu erilaisten tapausten tarkastelulle, saat-
taa olla ymmärrettävissä päinvastoin. *Montgomery*⁴⁵ lausuu, että tahdonilmaisu ei ole tehokas, ennen kuin muotosäännöstä on noudatettu. Hän edustaa siis pätemättömyyslinjaa. *Ekström*⁴⁶ on myös pätemättömyyslinjalla, mutta edellyttää, että silloin, kun välipuhe muodosta tehdään, ei ole olemassa valmista vapaamuotoista sopimusta. Jos näin on asianlaita, silloin Ekströmin mukaan »muoto» on sovittu vain todistelu-
tarkoituksessa.⁴⁷ *Kivimäki*⁴⁸ taas on ohjesisältöisyyden kannalla. Hänen mielestään sovittu muoto on yleensä valittu todistuksen helpottami-
seksi. »Vain, jos nimenomaisesti on suostuttu tai asianhaarat selvästi osoittavat, että muoto on oleva oikeustoimen pätevyys edellytyksenä, on oikeustoimi, jota ei ole tehty sovitussa muodossa, pätemätön.»⁴⁹

Jos tarkastellaan muualla kuin meillä lausuttuja mielipiteitä nimen-
omaan sellaisten oikeusjärjestysten osalta, joissa kysymyksestä ei ole säädetty mitään, voidaan todeta mielipiteiden jakaantuvan varsin tasai-

⁴³ Kysymys on siis presumptiosta eikä todistustaakkanormista. Presumption asettavat Itävallan, Saksan ja Sveitsin oikeusjärjestykset. Presumptiona tapausta on tarkasteltu yksityisoikeudellisessa kirjallisuudessa, kuten tämän §:n viitteet osoittavat. Vrt. *Halila*, s. 127. Ks. presumptioiden suhteesta todistustaakkanormeihin *Halila*, s. 24 ss., s. 326 ss.

⁴⁴ *Chydenius*, JFT 1892—93 s. 349 ss., KR I s. 15; *Ussing*, s. 106 av. 14 katsoo Chydeniuksen olevan pätemättömyyden kannalla.

⁴⁵ *Montgomery*, s. 595 ss.

⁴⁶ *Ekström*, s. 704 ss.

⁴⁷ Tapausta, jolloin »muodosta» sovitaan jälkeinpäin, ei pidetä muotosäännös-
tapauksena, niin kuin edellä av. 13 kohdalla lausuttiin. Ks. myös av. 12 olevaa kirjallisuutta.

⁴⁸ *Kivimäki*, s. 96. Ks. *sama*, LM 1955 s. 750, jossa lausutaan, että kun »on sovittu tai myyjä ilman sopimustakin on pyytännyt myöntävää vastausta vain tiettyssä muodossa esim. kirjallisesti eikä ostaja lähetä tai anna vastausta tässä muodossa, voidaan asettaa kysymykseen, onko muussa muodossa nimenomaisestikaan annettua vastausta pidettävä ostajaa sitovana». *Kivimäki* vastaa kysymykseen, että »tapaus saattaa kuitenkin tällöin olla sellainen, johon, kun kysymyksessä on etupäässä myyjän varmuusintressi, voidaan soveltaa OikTL 33 §:ään sisältyvää uskon ja luottamuksen periaatetta».

⁴⁹ Samankaltainen ajatus ilmenee *Kopposella* (ks. s. 164). Ks. *Hirvelä—Hari—Veisterä*, s. 3: »Todistelun helpottamiseksi vapaamuotoisissakin oikeustoimissa varsin laajalti käytetään kirjallista muotoa ja todistajia.»

sesti pätemättömyyslinjan⁵⁰ ja ohjesisältöisyysslinjan⁵¹ kesken, joskin uudemmassa pohjoismaisessa kirjallisuudessa ohjesisältöisyys on saanut suuremman kannatuksen. Mielipiteiden jakaantuminen on varsin ymmärrettävää. Tehtävänä on normin asettaminen, missä, niin kuin miltei aina, tietyt näkökohdat puhuvat toiseen suuntaan ja tietyt toiseen suuntaan. Kun noita yhteismitattomia näkökohtia yritetään »punnita», ei ehdottoman »oikeaa» käsitystä voida lausua.⁵² — Omalta osaltani suositellen⁵³ ohjesisältöisyyden mukaista presumptiota epäselvissä tapauksissa. Käsitys pohjautuu lähinnä siihen, että on kohtuutonta pitää sopimusta sitomattomana, ellei sellaista olosuhteista ilmene.⁵⁴

Jos omaksutaan käsitys, että epäselvissä tapauksissa on kysymys ohjesisältöisestä normista, seuraa tästä johdonmukaisesti, että yksityisautonomisten muutosäännösten muodollista soveltamisalaa koskevat kysymykset ratkeavat tiettyyn suuntaan. Jos muutosäännös on ohjesisältöinen, todistelun helpottamiseksi määrätty, ovat kaikki sovitut välipuheet tehokkaita. Ne kuuluvat siis sopimukseen, vaikka ne olisi-kin »unohdettu» ottaa esimerkiksi kirjalliseen sopimukseen. Tämä koskee sekä sivuvälipuheita että sopimuksen muutoksia ja lisäyksiä.⁵⁵

⁵⁰ Esim. *Arnholm*, s. 124 ss. on varsin varovainen (»Normelt betyder det»); *Nordling*, s. 214 ss.; *Platou*, s. 251 ss.

⁵¹ Esim. *Almén*, *Avtalslagen* s. 36 av. 20; *Lassen*, s. 64, erit. av. 5; *Stang*, s. 277, erit. av. 28; *Ussing*, s. 106, erit. av. 14. Ks. lisäksi *Schirrmeister—Prochownick*, s. 30 ss., jonka mukaan näin on asianlaita Englanninkin oikeudessa.

⁵² Ks. edellä 4 § av. 37 kohdalla lausuttua.

⁵³ Kirjallisuudessa esiintyy sellaisiakin esityksiä, joissa ei ole asetettu presumptiota, vaan on tyydytty korostamaan sitä, että sopimuspuolten tahto on ratkaisevana. — Esim. *Stobbe*, s. 133 lausuu, että olisi erehdys asettaa presumptiota. Ks. myös *Godenhielm*, *JFT* 1952 s. 185 ss.

⁵⁴ Sveitsin pätemättömyys-presumption osalta lausuu *Schneider* s. 20 mm., ettei voida kieltää, että presumptio on melko kova. Huomaa myös *Halila*, s. 127 olevaa todistustaakkanormin perustelua. Vrt. *Loewe*, s. 81, joka katsoo Saksan BGB 125 §:n sopivaksi siitä syystä, että se suhtautuu johdonmukaisesti samalla tavalla legaalisiin ja yksityisautonomisiin muutosäännöksiin.

⁵⁵ Kirjallisuudessa ei sivuvälipuheiden osalta yleensä kysytä, onko kysymys sovitusta muutosäännöksestä vai kirjaamistoimesta, eikä edellisen osalta kysytä, onko kysymys ohjesisältöisestä vai varsinaisesta muutosäännöksestä. Kysymys suullisista sivuvälipuheista puetaan muotoon, sitovatko tuollaiset välipuheet. Kysymykseen vastataan yleensä seuraavasti: »Yleinen sääntö on, että kirjalliseen oikeustoimeen liittyvät suulliset sivuvälipuheet ovat pätemättömiä. Tämä perustuu siihen, että kun jostakin oikeustoimesta on kerran tehty asiakirja, sen myös oletetaan sisältävän kaiken, mitä tuohon oikeustoimeen nähden on tahdottu ja sovittu. Vain siinä tapauksessa, että nimenomaan todistetaan sivuvälipuheenkin tarkoitetun kuuluvaksi sopimuksen sisällykseen, on se suullisenakin pätevä, vaikka pääsopimus on

Asian luonteesta johtuu kuitenkin, että se, joka vetoaa suulliseen sivuvälipuheeseen, on velvollinen todistamaan, että sivuvälipuhe on tarkoitettu otettavaksi huomioon⁵⁶ sopimuskumppanien välillä. Voidaan näet sanoa, että yleisen kokemuksen mukaan sopimuskumppanit ovat tahtoneet vain sitä, minkä asiakirja osoittaa.⁵⁷ Toisaalta on huomautettava, että puheena olevaan näyttökysymykseen ei ole syytä suhtautua liian ankarasti. Ei voitane edes vaatia, että suullisen sivuvälipuheen on oltava nimenomainen.⁵⁸ — Siis ainoastaan silloin, kun on kysymys sopimukseen perustuvasta varsinaisesta muutosäännöksestä, voi sivuvälipuhe olla tehoton muotovirheen vuoksi. Tällöinkin pitää olla kysymyksessä sellainen välipuhe, mihin sovelletaan muutosäännöstä.⁵⁹

3. HYVÄKSYMISEN JA TÄYTTÄMISTOIMEN VAIKUTUS MUOTOVIRHEESEEN

A. Hyväksyminen. Paikkaako hyväksyminen muotovirheellisen sopimuksen silloin, kun sovittua varsinaista muutosäännöstä ei ole nou-

kirjallinen». Nämä *Vihman* sanat (Sopimussakko s. 123) edustavat vallitsevaa mielipidettä meillä, mikä ilmenee hieman eriasteisina lausumina. Ks. lisäksi *Caselius*, Sosiaalinen aikakauskirja 1925 s. 589; *Chydenius*, KR I s. 16 ss., vrt. sama, JFT 1892—93 s. 350; *Honkasalo*, DL 1925 s. 297; *Kivimäki*, s. 97; *Rautiala*, Ositus s. 131; *Telaranta*, LM 1953 s. 871; *Ylöstalo*, Takauss. 107. Näin myös enemmistö Lainopillisessa yhdistyksessä, JFT 1877 s. 325 ss. Tämä on katsottava myös KKO:n käsitykseksi. Ks. esim. KKO t. 1924 II 442; 1931 II 45; 1939 II 200; 1946 II 266. Vrt. sitä vastoin esim. *Montgomery*, s. 596, missä on lausuttu käsitys, että sopimuspuolilla ei ole oikeutta edes esittää todisteita asiakirjan osoittamaa sisällystä vastaan. Ks. tästä vielä 1800-luvulla melko yleisestä käsityksestä ja sen virheellisyydestä jäljempänä 14 §:n 1-D-kohta.

⁵⁶ Näin mm. *Halila*, s. 125 ss.; *Ylöstalo*, Takauss. 107 ss.; *Palandt*, s. 97. Tällä kannalla on myös oikeuskäytäntömme, kuten *Halila* osoittaa.

⁵⁷ Ks. esim. *Chydenius*, Om tolkning s. 30.

⁵⁸ Ks. *Ehrenzweig*, II: 1 s. 156.

⁵⁹ Kysymys, onko yksityisautonominen ja varsinainen muutosäännös totaalinen, ulottuuko se kaikkiin välipuheisiin, on ainakin yhtä riidanalainen kuin sama kysymys legaalisten muutosäännösten osalta. Ks. edellä 4 §:n H-b-kohdassa lausuttua, jossa on omaksuttu kaikkien varsinaisten muutosäännösten osalta lähtökohdaksi totaalisuusajatus. — Ei kuitenkaan ole epätavallista, että sopimuspuolet ovat tarkoittaneet muutosäännöksen koskemaan ainoastaan sopimuksen pääkohtia ja ovat jättäneet vähemmän merkitykselliset seikat suullisen sopimuksen varaan. Ks. esim. *Palandt*, s. 96; *Schneider*, s. 36. Asian luonteesta johtuu, että se, joka väittää varsinaisen muutosäännöksen poikkeavan totaalisuusvaatimuksesta, on velvollinen todistamaan väitteensä.

datettu?⁶⁰ Kirjallisuudessa on kysymykseen vastattu myöntävästi.⁶¹ Ilmeneepä tämänkaltainen ajatus kenties eräässä Korkeimman oikeuden ratkaisussakin.⁶² Ei voi olla epäilystäkään siitä, että tämä käsitys on oikea. Sopimuskumppanien vallassahan on asettaa muotosäännös. Heidän vallassaan on myös kumota tuo normi⁶³ ja hyväksyä muotovirheelinen sopimus tai yksityinen välipuhe.⁶⁴

Hyväksyminen on siis oikeustosiasiata, joka paikkaa muotovirheen, mikäli se on aiheutunut yksityisautonomisen normin noudattamatta jäämisestä. Tällaisen hyväksymisen ei tarvitse tapahtua määrämudossa.⁶⁵ Se voi olla jopa konkludenttinenkin.⁶⁶

Oikeutemme osalta lienee tarkoituksenmukaista omaksua käsitys, että puheena oleva pätemättömyys yleensä edellyttää reaktiota. Muunlainen mielipide ei vastanne asian luonnetta. Kukaan muu kuin sopimuskumppanit ei yleensä tiedä, että on olemassa muotosäännös. Näin ollen heidän tehtäväkseen jää reagoida normin aiheuttamaan pätemättömyyteen.⁶⁷ Tarkoituksenmukaista lienee katsoa vielä, että reaktion tulee

⁶⁰ Ohjesisältöisten muotosäännösten osalta kysymys on aivan »aiheeton». Epävarsinaisten muotosäännösten osalta näin ei ole asianlaita. Tästä huolimatta epävarsinaiset muotosäännökset on jätetty tarkastelun ulkopuolelle, lähinnä siitä syystä, että niiden oikeusvaikutusten erilaisuus hajottaisi esitystä liiaksi.

⁶¹ Näin esim. Ask, I s. 3; Danz, s. 198; Kivimäki, s. 97; Oser—Schönenberger, s. 108; Palandt, s. 135; Schneider, s. 31; von Tuhr, II:1 s. 530; Tuhr—Siegwart, I s. 232.

⁶² Ks. KKO 1925 II 546.

⁶³ Esim. Kivimäki, s. 97; Schneider, s. 31; Tuhr—Siegwart, I s. 232. — On huomattava, että kirjallisuudessa puhutaan varsin yleisesti muotoa koskevan välipuheen kumoamisesta. Koska sen oikeusvaikutus on sama kuin hyväksymisen, ei niiden välille ole tässäkin tehty eroa.

⁶⁴ Jos lähdetään yksityisautonomian teoriasta, voidaan sanoa, että jollei yksityisautonomista muotosäännöstä ole noudatettu, on loukattu erästä yksityisnormia. Hyväksymisellä luodaan toinen, päinvastainen normi. Näiden tasaveroisten normien ristiriita ratkeaa siten, että jälkimmäinen kumoaa edellisen. Hyväksymisnormi määrää siis sopimuspuolten välisen suhteen. — Ei liene epäilystä siitä, että tämä katsomustapa reaalisuudessaan on varsin tarkoituksenmukainen.

⁶⁵ Näin esim. Danz, s. 198; Kivimäki, s. 97; Oser—Schönenberger, s. 108; Palandt, s. 135; Schneider, s. 31; Tuhr—Siegwart, I s. 232.

⁶⁶ Näin mm. Kivimäki, s. 97; Loewe, s. 82, s. 85; Oser—Schönenberger, s. 108; Palandt, s. 135; Regelsberger, s. 161; Tuhr—Siegwart, I s. 232.

⁶⁷ Vrt. Saksan BGB 125 §, joka presumoi, että sovitun muodon noudattamattajätöstä on seurauksena mitättömyys (Nichtigkeit). Käsitteen mukaan sitä ei voida paikata edes hyväksymisellä ja se on otettava ex officio huomioon. Kuitenkin katsotaan hyväksymisen paikkaavan muotovirheen. Tämä osoittaa, kuinka vaikeaa

tapahtua kohtuullisen ajan kuluessa. Ajan kohtuullisuus on harkittava kussakin tapauksessa erikseen.⁶⁸

Kun katsotaan yksityisautonomisen muutosäännöksen aiheuttaman pätemättömyyden olevan määräaikaan sidottu ja edellyttävän reaktiota, voidaan moiteoikeudesta luopua.⁶⁹ Siihen nähden soveltuu *mutatis mutandis* se, mitä edellä on lausuttu hyväksymisestä.

B. Täyttämistoimi. Täyttämistoimella tarkoitetaan tässä sitä pelkkää tosiasiaa, että sopimus on täytetty eli — laajassa merkityksessä — maksu on tapahtunut.⁷⁰ Sillä ei siis tarkoiteta mahdollisia täyttämistoimeen liittyviä tahdonilmaisuja.⁷¹ Paikkaako tuollainen oikeustosi asia sovitun muutosäännöksen laiminlyömisestä aiheutuneen pätemättömyyden?

Kirjallisuudessa on näin asetettuun kysymykseen vastattu kieltävästi, mutta »tosiasiassa» on päädytty toiseen lopputulokseen. Aivan yleisesti, tosin hieman eri vivahtein, lausutaan, että vaikka täyttämistoimi ei sinänsä paikkaakaan muotovirhettä, niin siitä voidaan lukea hyväksyminen.⁷² Täyttämistoimi siis *tulkitaan* hyväksymiseksi.⁷³ Täl-

on käyttää kaksijakoa *Anfechtbarkeit* — *Nichtigkeit*. Ks. edellä 9 §:n 2-kohdassa lausuttua.

⁶⁸ Käsitys perustuu ajatukseen, että muotovirheiden haitallisia vaikutuksia on pyrittävä eliminoimaan mahdollisuuksien mukaan.

⁶⁹ Oikeustosi asiat hyväksyminen ja moiteoikeudesta luopuminen on syytä pitää erillään. Edellinen on huomattavasti laajempi kuin jälkimmäinen. Erotuksen tekevät meillä mm. *Bo Palmgren*, JFT 1942 s. 284 ss., joka puhuu suorasta ja epäsuorasta (= moiteoikeudesta luopuminen) hyväksymisestä; *J. Serlachius*, JFT 1902 s. 7; *Ylöstalo*, Moite s. 265. Vrt. sen sijaan *Ekström*, s. 685; *Hakulinen*, Velkakirjalaki s. 53; *Haataja*, Käsite s. 104; *af Hällström*, JFT 1932 s. 399 ss., s. 404.

⁷⁰ Tarkastelun alaisiksi ei oteta tapauksia, jolloin sopimus on täytetty vain osittain. Ks. kysymyksestä esim. *Martin*, s. 45; *Schneider*, s. 26 ss., niissä olevine viitteineen. Ks. muiden virheiden kuin muotovirheiden osalta esim. *Bramsjö*, s. 62 ss.; *Palmgren*, Säljarens Mora s. 133 ss.; *Vihma*, Mahdottomuus esim. s. 69, s. 98, s. 324 ss.

⁷¹ Täyttämistoimen käsite on varsin kiistanalainen, lähinnä siinä suhteessa, onko täyttämistoimi oikeustoimi vai ei. Esim. *Chydenius*, KR I s. 153; *Serlachius—Cederberg*, s. 188 ss.; *Wrede—Heinonkoski*, s. 174 ss., katsovat, että kysymyksessä on yksipuolinen oikeustoimi. *Hakulinen*, Perusteeton etu s. 44 ss., *sama*, LM 1931 s. 239 ss., katsoo kysymyksessä olevan sopimuksen. *Kivimäki*, s. 85 ss., lausuu, että kiistaa ei voida ratkaista yhtenäisin säännöin, joskin usein on kysymys pelkästä tosiasiasta. *Rekola*, Vanhentuminen s. 389, lausuu, että kysymyksessä on oikeustoimi. Ks. erit. *Boehmer*, *Erfüllungswille* s. 3 ss.

⁷² Näin esim. *Danz*, s. 197; *Kivimäki*, s. 97: »Tällaisen luopumuksen (muotovaatimuksesta) on katsottava olevan olemassa, jos suoritus on tapahtunut, vaikka oikeustoimi ei sopimuksesta huolimatta tullutkaan tehdyksi määrämuotoisesti»;

lainen katsomistapa on mahdollinen, koska hyväksyminen voi tapahtua vapaamuotoisesti, kuten edellä on lausuttu.⁷⁴

Ei voida kieltää, että päätyminen täyttämistoimesta hyväksymiseen merkitsee turvautumista hypoteettisen tahdon olettamukseen.⁷⁵ Tästä huolimatta oikeuskäytäntömme lukee kaikenlaisten »virheiden» osalta varsin herkästi täyttämistoimesta hyväksymisen.⁷⁶ Miksi ei sitten näin olisi asianlaita puheena olevassakin tapauksessa? Tätä taustaa vastaan voidaan kysyä, eikö todella voitaisi mennä niin pitkälle, että täyttämistoimelle sinänsä annettaisiin paikkaava merkitys. Tosin näin ei yleensä ole asianlaita legaalisten muotosäännöstemme osalta,⁷⁷ mutta sitä ei sen-

samoin *Loewe*, s. 82, edellyttäen, että on tapahtunut varaukseton, molemminpuolinen suoritus; *Schneider*, s. 31 vaatii, että sen, joka ottaa vastaan suorituksen, tulee nimenomaan lausua, että hän haluaa täyttämistoimesta huolimatta pysyä muotovaatimuksessa; *Tuhr—Siegwart*, I s. 232 av. 86. Ks. lisäksi *Becker*, s. 66; *Ennecerus—Nipperdey*, II s. 664; *Regelsberger*, s. 161.

⁷³ Ks. tässä yhteydessä esim. *Arnholm*, s. 344; *Hakulinen*, *Perusteeton etu* s. 195; *Kivimäki*, DL 1927 s. 25, *sama*, LM 1955 s. 742.

⁷⁴ Ks. edellä av. 65—66 kohdalla lausuttua.

⁷⁵ Näin mm. *Bramsjö*, s. 62. Vrt. sen sijaan *af Hällström*, *Villfarelse* s. 255 ss. Ks. hypoteettisen tahdon olettamuksesta yleensä esim. *Ylöstalo*, *Tulkinta* s. 27 av. 13 viitteineen.

⁷⁶ Laajojen oikeustapaustutkimusten perusteella päätyvät tähän *af Hällström*, *Villfarelse* s. 245 ss.; *Telaranta*, s. 217 ss., lausuen (s. 217) mm.: »Jos tarkastellaan sellaisia oikeuskäytännössä ilmeneviä tapauksia, joissa henkilön katsotaan tietyn positiivisen käyttäytymisensä kautta samalla ilmaisevan jotakin, voidaan niissä todeta tiettyä yhdenmukaisuutta. Siten katsotaan henkilön, joka ottaa vastaan taikka toisaalta tekee määrätyn suorituksen, tämän käyttäytymisensä kautta hyväksyvän kulloinkin kyseessäolevan toimen.» Samanlaisen herkkyyden toteaa Ruotsin oikeuskäytännön osalta *Karlgren*, *Nullitet* s. 257. — Huomautettakoon, että päätymistä täyttämistoimesta hyväksymiseen ei *Telaranta* pidä oikeustoimena (tahdonilmaisuna), vaan lukee tapaukset käsitekategoriaansa »käyttäytymisvastuun tapaukset». Ks. edellä 10 §:n av. 41 lausuttua. — Huomaa VanhA 2 §, missä säädetään mm.: »Jos velallinen on maksanut pääsummaa tahi korkoa, taikka se makso hänen tietensä on tapahtunut, tahi jos hän muuten toteen saatettavasti on tunnustanut velkansa...».

⁷⁷ Näin *Kivimäki*, s. 97; ks. *Vihma*, *Sopimussakko* s. 174. Vrt. sen sijaan *Hakulinen*, *Perusteettoman edun palautus* s. 194 ss. olevaa ilmeisen erheellistä esitystä, jossa täyttämistoimen katsotaan sangen laajalti paikkaavan muotovirheen (= suoritus ei ole palautettavissa). *Hakulinen* antaa esityksessään ratkaisevan merkityksen muotosäännösten tarkoituksille (funktioille). Tästä johtuukin, että hänen käsitystään ei voida pitää meidän oikeutemme eikä kai minkään muunkaan oikeuden mukaisena. — Ks. Ruotsin oikeuden osalta *Bramsjö*, s. 52 ss.; *Seth—Karlgren*, s. 141. *Bramsjö* s. 57 ss. tarkastelee suoritusta eräänä muotovirheenkin »återgångshinder'inä». *Bramsjö* katsoo, että täyttämistoimi ei yleensä ole tuollainen este mainiten kuitenkin poikkeuksia. Hänen esimerkkinsä irtisanomisesta on huono, sillä se

tään voitane käyttää perusteluna yksityisautonomisiin muutosäännöksiin nähden.⁷⁸ Voitaneenkin katsoa, että oikeutemme mukaan täyttämistoimi jo sinänsä paikkaa puheena olevan muotovirheen eikä siihen tarvitse etsiä sopimuspuolen tai sopimuspuolten hypoteettista tahtoa. Eräs merkittävä lisäys on tähän sääntöön tehtävä. Niin kuin sopimuspuolet voivat tehdä muutosäännöksen, niin kuin he voivat antaa tuollaisen normin noudattamatta jäämiselle erilaisia oikeusvaikutuksia, samoin he voivat päättää, että täyttämistoimi ei paikkaakaan muotovirhettä.⁷⁹ Tällöin ei tietenkään täyttämistoimella ole parantavaa vaikutusta. Kuitenkin voidaan vaatia, että se, joka väittää, että täyttämistoimella ei ole tuollaista vaikutusta, on velvollinen todistamaan asian tilan.⁸⁰

ei ole sopimus, kuten *Lögdberg*, SvJT 1951 s. 353 huomauttaa (ks. myös *Laakso*, LM 1939 s. 534 ss. olevaa esitystä irtisanomisesta).

Kysymys siitä, milloin täyttämistoimi paikkaa legaalisen muutosäännöksen aiheuttaman pätemättömyyden, on oikeutemme osalta jokseenkin selvittämätön. Toisin sen sijaan esim. Saksan oikeuden osalta. BGB säättää 313, 518, 766 ja 2301 §:ssä (kiinteistön velvoiteoikeudellinen luovutussopimus, lahjanlupaus, takaus, kuolemanvaraislahja) täyttämistoimelle parantavan vaikutuksen. Tämä on antanut aiheen kysyä, onko niissä ilmaistu yleinen paikkaantumissääntö vai koskeeko paikkaantuminen vain noita yksityistapauksia. Vallitseva mielipide samoin kuin oikeuskäytäntökin katsoo, että vain po. tapauksissa tulee korjaantuminen kysymykseen. Ks. esim. *Danz*, s. 197; *Enneccerus—Nipperdey*, II s. 650, erit. av. 16; *Loewe*, s. 85 ss.; *Palandt*, s. 96; *Schneider*, s. 26 ss.; *Stobbe*, s. 130 ss., joka lausuu s. 64, että vanhassa germaanisessa oikeudessa asianlaita oli päinvastoin. Vrt. *Esser*, s. 22; *Martin*, s. 22 ss., jossa tosin ei puhuta mitään yleisestä paikkaantumisesta, vaan ko. lainkohtia tulkitaan analogisesti varsin laajasti ja esitys huipentuu s. 49 eräiden yleisten periaatteiden lausumiseen; *Reichel*, s. 32 ss., katsoo po. lainkohtien ilmaisevan yleisen periaatteen. Ks. vielä *Baer*, s. 59 ss. olevaa esitystä BGB 313 §:stä. Vertailevassa intressissä voidaan todeta, että Sveitsin oikeus ei myöskään tunne yleistä paikkaantumisperiaatetta, ks. esim. *Schneider*, s. 30; *Tuhr—Siegwart*, I s. 225. Itävallan ABGB ja Preussin ALR antavat sangen usein täyttämistoimelle parantavan vaikutuksen, ks. esim. *Dernburg*, I s. 495; *Ehrenzweig*, II: 1 s. 150, jonka mukaan muotovirheen vuoksi pätemätön velvoiteoikeudellinen sopimus on luontaisvelvoite; *Loewe*, s. 86. Ks. Englannin ja Ranskan oikeuksien osalta *Martin*, s. 50 ss., missä on laajahko komparatiivinen esitys.

⁷⁸ Vrt. sen sijaan *Danz*, s. 197.

⁷⁹ Näin *Martin*, s. 43 jopa legaalisten muutosäännösten osalta.

⁸⁰ Esim. rakennusurakkasopimuksissa on tavallista, että sopimuksen muutokset määrätään tehtäväksi kirjallisesti, jotta ne olisivat päteviä. Tästä huolimatta valvova rakennusmestari sallii suorittaa suullisen sopimuksensa varassa ns. muutostöitä. Nyt voidaan sanoa, että tuota suullista sopimusta rasittaa muotovirhe. Täyttämistoimella se kuitenkin paikkaantuu. — Kuinka on asianlaita siihen mahdolliseen kompetenssikysymykseen nähden, jonka mukaan rakennusmestarilla ei ole oikeutta päättää ko. muutoksesta, sen selvittäminen ei kuulu tämän tutkimuksen piiriin.

13 §. TAVANOMASOIKEUDELLISET MUOTOSÄÄNNÖKSET

Muotosäännösten järjestelmää tarkasteltaessa on suoritettu ns. perusjako.¹ Jaotus sisältää väitteen, että oikeusjärjestykseemme sisältyy tavanomaisoikeudellisia muotosäännöksiä, siis sellaisia muotosäännöksiä, joiden olemassaolo perustuu tavanomaiseen oikeuteen.² Tämän oikeaksi osoittaminen on vaikeaa.

Jos mennään kehityksen rataa riittävän kauaksi taaksepäin muotosäännösten synnyn hämärään alkuun, löydetään sieltä muotomääräyksiä, jotka eivät ole syntyneet lainsäädäntöteitse tai muulla vastaavalla tavalla, vaan ovat suorastaan kasvaneet esiin kansan elämästä. Nuo muotosäännökset eivät olleet »tehtyjä», vaan ne olivat syntyneet kansan sisimmästä luonteesta.³ Ei voitane kieltää, että sellaiset muotosäännökset ovat tavanomaisoikeudellisia. Tavanomaisen oikeuden välityksellä kirjallisten sopimusten käyttö on levinnyt ja yleistynyt,⁴ samoin muun muassa sitojaisrahan antaminen.⁵

Kysymykseen, tunteeiko nykyinen oikeusjärjestyksemme tavanomaisoikeudellisia muotosäännöksiä, olisi ollut helppo vastata kymmenen vuotta sitten. Ennen lahjanlupauslain olemassaoloa (LahjaL 31. 7. 1947) oltiin sillä kannalla, että paljousesineitä koskevan lahjanlupauksen oli tapahduttava kirjallisesti. Jollei niin menetelty, ei donatio gene-

¹ Ks. 5 §:n 2-kohta.

² Kysymys on siis koko muotosäännöksen olemassaolosta eikä esim. jonkin legaalisen muotosäännöksen tavanomaisoikeudellisesta tulkinnasta, jota mm. oikeuskäytäntö luo.

³ Ks. esim. *Ekström*, s. 694; *Jhering*, s. 504; *Savigny*, s. 238. — Puheena olevaa eroa, joka ei nojaudu kriteeriolle legaalinormit—tavanomainen oikeus (*Jhering*, s. 505), on luonnehdittu puhumalla naiiveista ja tietoisista muotosäännöksistä. Ks. tästä luokituksesta edellä 8 §:n C-kohdassa lausuttua.

⁴ Ks. esim. *Almqvist*, s. 85; *af Hällström*, JFT 1932 s. 286.

⁵ *Ask*, II s. 33.

riksen lupaus sitonut. Tätä muutosäännöstä pidettiin tavanomaiseen oikeuteen perustuvana normina.⁶ LahjaL poisti tämän tavanomaisoikeudellisen muutosäännöksen. Nyt meillä on vastaavanlainen legaalin muutosäännös.⁷

Tavanomaisoikeudelliset normit ovat yleensä harvinaisia, jos tavanomaisella oikeudella tarkoitetaan sitä, mitä sillä yleensä tarkoitetaan.⁸ Tämä koskee varsinkin muutosäännöksiä. Olen tiedustellut muutosäännösten olemassaoloa Keskuskauppakamarista, joka, kuten tunnettua on, pitää luetteloa lähinnä kauppaoikeuden piiriin kuuluvista tavanomaisen oikeuden normeista. Tiedusteluni tulos oli, että luetteloissa ei ole ainoatakaan tavanomaisoikeudellista muutosäännöstä. Muualtakaan en ole saanut selville yhtään tuollaista normia.⁹ Tästä huolimatta ei niiden olemassaoloa voitane kieltää. On luontaisen ajattelutavan vastaista, että esimerkiksi kauppatoiminnan alalla ei voisi olla tuollaisia normeja.¹⁰ Aivan eri asia on niiden teknillisluontoinen »esiinottaminen».

⁶ Kivimäki, LM 1925 s. 96: »Näistä syistä... on donatio specieistä tavanomaisen oikeuden voimasta tullut täydellinen reaalikontrahti,, donatio generiksen lupauksesta taas määrämuotoinen oikeustoimi.» Samoin Rautiala, Velkasuhteet s. 226. Myös Hakulinen, Perusteeton etu s. 60 av. 3 katsoo, että kysymyksessä oli tavanomaisoikeudellinen muutosäännös. Hakulisen mielestä ei tällöin ole kuitenkaan ollut kysymyksessä varsinainen muutosäännös, vaan sellainen epävarsinainen muutosäännös, jonka noudattamattajätöstä oli seurauksena, ettei muita todistustekijöitä voitu käyttää. Hakulinen lausuu: »Tuomioistuinten on, ellei lahjakirjaa ole olemassa, yleensä hyvin vaikeata katsoa todistetuksi, että lahjan antaja on tarkoittanut aktuaalista velvoitteen lahjoittamista eikä ainoastaan lupautumista antaa myöhemmin lahjaksi jokin reaalin esine.» Samassa yhteydessä Hakulinen lausuu, että »oikeuskäytäntömme näyttää olevan taipuvainen käsittelemään pätevänä lahjoituksena vain sellaista promissoorista lahjaa, josta on annettu kirjallinen todiste.» Tämän vuoksi voidaan kysyä, kumpaa Hakulinen loppujen lopuksi tarkoittaa, varsinaista vai epävarsinaista muutosäännöstä. Vrt. Tawaststjerna, LM 1924 s. 74, jossa katsotaan, että lahjanlupauksen pätevyys ei voi olla riippuvainen siitä, onko se annettu kirjallisesti. Huomattava on, että Tawaststjerna kielsi po. sitoumukselta sitovuudenkin. Ks. vielä Caselius, LM 1945 s. 289; Chydenius, KR II s. 24, katsoi vapaamuotoisenkin sitoumuksen tehokkaaksi.

⁷ LahjaL 1 §.

⁸ Näin af Hällström, Ågareförbehåll s. 18.

⁹ Kenties kyselytutkimus (ns. gallututkimus) toisi esiin noita normeja. Siihen ei ole voitu ryhtyä mm. menetelmän kalleuden johdosta, niin suotavaa kuin sen suorittaminen olisikin.

¹⁰ Ks. esim. Danz, s. 96; Raninen, Vahvistuskirje s. 78.

Edellämainitusta syystä on tavanomaisoikeudelliset muutosäännökset jätettävä omaan tuntemattomuuteensa. Voidaan vain todeta, että tällaiset normit ovat varsin harvinaisia.¹¹

¹¹ Sen sijaan tavanomainen oikeus kelpuuttaa usein sopimuskumppanin vaatimaan toiselta esim. kirjallista vahvistusta tai sopimusta. Tällöin ei kuitenkaan ole kysymys muutosäännöksestä. Ks. edellä 12 §:n 1-kohdassa lausuttua.

14 §. LAKISÄÄNTÖISET MUOTO- SÄÄNNÖKSET

1. MUOTOSÄÄNNÖSTEN NOUDATTAMATTA JÄÄMISEN ERILAISISTA OIKEUSVAIKUTUKSISTA

A. Varsinaiset muotosäännökset. Oikeusjärjestyksessämme on melko runsaasti varsinaisia muotosäännöksiä. Jos verrataan keskenään pohjoismaisia oikeusjärjestyksiä, voidaan havaita, että Suomessa on varsinaisia muotosäännöksiä hieman enemmän kuin Ruotsissa, missä kehitys on useiden muotomääräysten osalta johtanut siihen, ettei muotomääräys ole enää varsinainen muotosäännös.¹ Kummassakin mainitussa oikeusjärjestyksessä on varsinaisia muotosäännöksiä huomattavasti enemmän kuin Norjassa ja Tanskassa.² Pääasiassa tästä johtuu, että Norjan ja Tanskan OikTL 1 §:ssä ei puhuta mitään määrämuotoisista sopimuksista niin kuin Ruotsin ja Suomen vastaavissa lainkohdissa.³

Varsinaisten muotosäännösten noudattamatta jäämisen oikeusvaikutuksena on pätemättömyys. Tämän vuoksi voidaan sanoa, että varsinaiset muotosäännökset muodostavat kiinteärajaisten muotomääräysten ryhmän. Se ei kuitenkaan merkitse, että ilman muuta olisi selvää, onko jokin yksityinen muotomääräys varsinainen, epävarsinainen vai ohje-sisältöinen.⁴ Tätä lakisääntöisten muotosäännösten perusongelmaa tarkastellaan jo tässä pykälässä. Hieman jäljempänä⁵ näet yritetään vastata kysymykseen, onko pätemättömyys ns. pääsääntö. Samassa yhtey-

¹ Ks. jäljempänä 16 §:n 2-kohdassa lausuttua.

² Näin Ruotsin suhteesta Norjaan ja Tanskaan *Björling*, SvJT 1918 s. 342; *Bugge*, s. 2.

³ Ks. esim. *Almén—Eklund*, s. 10; *Förslag till avtalslagen*, s. 40.

⁴ Tämän toteaa jo mm. *Ask*, II s. 7, s. 47. Ks. lisäksi *Ekeberg*, *Festskrift för Grotenfelt* s. 22. — Parhaana osoituksena puheena olevasta epäselvyydestä ovat tässä teoksessa mainitut useat oikeustapaukset.

⁵ Ks. jäljempänä 2-kohta.

dessä selvitetään eräitä ratkaisuihin vaikuttavia näkökohtia. — Varsinaisten muotomääräysten noudattamatta jäämisen vaikutuksena oleva pätemättömyys ei ole siinäkään mielessä kiinteärajaista, että sitä pitäisi tarkastella omana erityisenä pätemättömyysopillisena ryhmänä.⁶ Muotovirheiden aiheuttama pätemättömyys näet vaihtelee eri muotomääräysten osalta niin paljon, ettei yleisiä »muotovirhesääntöjä» voitane esittää.⁷ Muotovirheiden aiheuttamaa pätemättömyyttä tarkasteltaessa on siis kuljettava samanlaista erottelun tietä kuin »yleisessäkin» pätemättömyysopissa, niin että erilaiset luokitusperusteet pidetään täysin erillään.⁸

Tämän teoksen — kartoitustutkimuksen — yhtenä päämääränä on muotosäännösten järjestelmän selvittäminen. Kun varsinaisten ja ohjesisältöisten muotomääräysten ryhmät ovat kirjallisuudessamme tuttuja ja tunnustettuja, ei näitä muotomääräyksiä liene syytä käsitellä laajemmalti kuin mitä edellä on tehty ja jäljempänä vielä tehdään.⁹ Niinpä varsinaisten muotomääräysten »luettelon» laatimista on puheena olevan päämäärän näkökulmasta pidettävä epätarkoituksenmukaisena.¹⁰ Jok-

⁶ Vrt. sen sijaan af Hällström, JFT 1932 s. 411, sama, Ogiltighet s. 338 ss., missä katsotaan, että muodollinen pätemättömyys (den formella ogiltigheten) on erikoislaatuista eikä sitä voida sijoittaa tavanomaisiin pätemättömyyden ryhmiin. Toista tällaista käsitystä ei liene esitetty. Ks. erit. J. Serlachius, JFT 1902 s. 6, s. 3, sama, Sakrätt s. 109 av. 1: Logiskt är ogiltigheten på grund af formbrist icke af annan beskaffenhet eller af större intensitet än ogiltighet i följd af annan ogiltighetsgrund.

⁷ Eräs yleisty, joka liittyy absoluuttiseen ja relatiiviseen pätemättömyyteen, sisältää kieltämättä huomionarvoisen lähtökohdan, joskin sen täsmentäminen ja perusteellinen tutkiminen on tarpeen. Kirjallisuudessa lausutaan usein, että muotovirheistä johtuva pätemättömyys on »vahvaa». Siihen nähden ei siis ole vilpittömän mielen suoja. Näin esim. Björling—Malmström, s. 40; Guhl, s. 97; von Tuhr, II: 1 s. 502; Tuhr—Siegwart, I s. 224; Ussing, s. 123.

Lienee kaiken aikaisemmin lausutun perusteella selvää, ettei se Wreden väite, että muotovirhe aiheuttaa ainoastaan suhteellisen (relatiivisen) pätemättömyyden, pidä paikkaansa. Wrede tarkoittaa relatiivisella pätemättömyydellä korjauskelpoista pätemättömyyttä. Ks. Wrede, Allgemeiner Teil s. 61, jossa lausutaan, että näin on yleensä, mutta Wrede, Oikeustoimilaki s. 82 sääntö esiintyy poikkeuksettomana.

⁸ Ks. edellä 9 §:n 3-kohdassa lausuttua.

⁹ Ks. edellä 5 §:n 3-A-kohdassa esitettyä kaksijakoa.

¹⁰ Tavallista on, ettei kirjallisuudessa esitetä asianomaisen oikeusjärjestyksen, oikeusalan tai lakikodifikaation muotomääräysten luetteloa, vaan tyydytään tuomaan esiin tyyppiesimerkkejä. Erityisesti tämä koskee kotimaisia esityksiä. Ks. esim. Ekström, s. 700 ss.; Hernberg, s. 213 ss.; Kivimäki, s. 94 ss.; Montgomery, s. 594 ss. Ks. lisäksi esim. Arnholm, s. 119 ss.; Lassen, s. 62 ss.; Tuhr—Siegwart, I

seenkin samoin on sanottava ohjesisältöisistä muutomääräyksistä. Eräiden tyyppiesimerkkien mainitseminen on kuitenkin paikallaan. Aikaisempi esitys ei näet ole tuonut niitä siinä määrin esiin kuin varsinaisia muutosäännöksiä. Sitä vastoin epävarsinaiset muutosäännökset joutuvat laajimman esityksen kohteeksi. Ovathan ne meillä yleensä jääneet kaikkea huomiota vaille.

B. Ohjesisältöiset muutosäännökset. Kauppakaassa on muutamia säännöksiä, joiden mukaan sopimus on tehtävä määrämuotoisesti, mutta joita on pidettävä ainoastaan ohjesisältöisinä normeina, lainsäätäjän toivomuksina. Tällaisia säännöksiä ovat KK 10:1:n määräykset *käteispanttauksesta*.¹¹ Lainkohdan mukaan se, joka aikoo tehdä käteispanttauksen, »tehköön sen kahden todistajan läsnä ollessa taikka ottakoon pantinsaajalta todistuskirjan siitä». *Talletuksesta* säädetään KK 12:1:ssä samoin, että talteenpanija »tehköön sen todistajain läsnäollessa taikka ottakoon siitä kirjan». Vakiintunut mielipide¹² katsoo tämänkin muutosäännöksen vain ohjesisältöiseksi. *Avoimen yhtiön perustamissopimuksesta* määrää KK 15:1: »Kuka aikoo toisen kanssa perustaa yhtiön ja pitää yhteistä kauppaa, on sopimus siitä kirjallisesti tehtävä ja kaikki sovitut ehdot selvästi mainittavat.» Tämän muutomääräyksen tulkinnasta on oltu eri mieltä enemmän kuin kummankaan edellä mainitun kauppakaaren säännöksen tulkinnasta. Vallitsevaksi mielipiteeksi ja oikeaksi tulkinnaksi on katsottava sellainen käsitys, että KK 15:1 on ainoastaan lainsäätäjän ohje,¹³ joskin sitä käytännön oikeuselämässä on syytä noudattaa.¹⁴ Perustamissopimuksen pätevyys ei kuitenkaan riipu

s. 221 ss.; *Ussing*, s. 105 ss. Vrt. sitä vastoin esim. *Enneccerus—Lehmann*, s. 112 ss.; *Loewe*, s. 24 ss., s. 57, s. 70, s. 76; *Schneider*, s. 66 ss., s. 78 ss., s. 83.

¹¹ Näin mm. *Calonius*, s. 320; *Ekström*, s. 703 av. 5, s. 707 av. 5; *Haataja*, *Käsite* s. 50 av. 1; *Hakulinen*, *Luovutus* s. 17 av. 1; *Heikonen*, *Avoin yhtiö* s. 127 av. 1; *Kivimäki*, s. 93; *Rautiala*, esim. LM 1944 s. 541; *Telaranta*, s. 78 av. 103; *Trygger*, *Om fullmakt* s. 103 av. 1. Ks. vielä 4 §:n av. 8 mainittua kirjallisuutta (*Björling—Malmström*; *Undén*; *Wrede—Caselius*).

¹² Näin mm. *Calonius*, s. 411; sekä edellä av. mainitut *Ekström*, *Haataja*, *Hakulinen*, *Heikonen*, *Kivimäki*, *Rautiala*, *Telaranta*, *Trygger*. Samoin vielä mm. *Wrede—Heinonkoski*, s. 106.

¹³ Näin mm. *Calonius*, s. 433; *Caselius*, DL 1945 s. 259; *Haataja*, *Käsite* s. 50; *Hakulinen*, *Luovutus* s. 17 av. 1, s. 33 av. 8; *Heikonen*, DL 1930 s. 373 ss., *sama*, *Avoin yhtiö* s. 127 ss.; *Kauppi*, *Kauppaoikeus* s. 32; *Kivimäki*, s. 93; *Palmgren—Olsson*, s. 16; *Rautiala*, *Holhousoikeus* s. 145, s. 249; *Telaranta*, s. 78 av. 103; *Trygger*, *Skriftliga bevis* s. 131; *Wrede—Heinonkoski*, s. 106. Varsinaiseksi muutosäännökseksi katsovat po. normin mm. *Ekström*, s. 700 av. 6; *Hernberg*, s. 213, *sama*, *Uppsatser* s. 78; *Montgomery*, s. 595, vrt. sen sijaan *sama*, *Bolagskontraktet* s. 100 ss.

¹⁴ Näin mm. *Calonius*, s. 433; *Heikonen*, *Avoin yhtiö* s. 133.

sen noudattamatta jäämisestä, eikä sillä ole muutakaan välitöntä oikeusvaikutusta. KK 18: 1 määrää *toimeksiantosopimuksesta*, että asiamies »ottakoon siihen valtakirjan». Tosin valtuutukselle eräissä erikoistapauksissa on säädetty oma muotonsa,¹⁵ mutta puheena oleva KK 18: 1 on ainoastaan ohjesisältöinen.¹⁶

Muullakin kuin kauppakaarella on ohjesisältöisiä muotomääräyksiä, joista mainittakoon pari esimerkkiä. PK 11: 1:ssä on määräys jakamattomassa kuolinpesässä elämisestä.¹⁷ Sanotun lainkohdan mukaan »määrättäköön kirjallisesti, millä ehdoilla he (= perilliset) siitä ovat tehneet sopimuksen, ja kaksi todistajaa kirjoittakoon nimensä sen alle». Tästä huolimatta voidaan puheena oleva sopimus tehdä suullisesti, vieläpä konkludenttisesti.¹⁸ Kirjailijan ja taiteilijan oikeudesta työnsä tuotteisiin 15. 3. 1880 annetussa asetuksessa säädetään (28 §), että tekijänoikeuden luovutus sopimus on tehtävä »kirjallisen välipuheen kautta». Kuitenkaan ei voida olla muulla kannalla kuin sillä, että kysymyksessä on ohjesisältöinen normi.¹⁹

Edellä lausuttiin varsinaisten muutosäännösten osalta, että ne muodostavat kiinteärajaisen muotomääräysten ryhmän.²⁰ Samoin on lausuttava ohjesisältöisistä muutosäännöksistä. Tyypiesimerkit osoittavat lisäksi, että kiinteärajaisuus ei merkitse sitä, että yksityistapauksessa olisi helppoa ratkaista, onko jokin legaalinnormi ohjesisältöinen muotomääräys. — Jos ohjesisältöisiä muutosäännöksiä tarkastellaan »klassillisen» oikeuslauseopin näkökulmasta,²¹ voidaan vielä sanoa, että ne ovat *lex imperfectoja*, oikeuslauseita vailla tehostetta.²² Tästä lausumasta avautuu varsin laajoja oikeusteoreettisia (oikeuslauseopillisia) näköaloja, joiden ydinkysymyksenä voidaan pitää kysymystä, kuuluuko pakko

¹⁵ Ks. oikeudenkäyntivaltakirjan osalta edellä 7 §:n av. 11 kohdalla lausuttua sekä valtuutuksen muodosta yleensä jäljempänä 15 §:n B-c-kohdassa lausuttua.

¹⁶ Näin mm. *Calonius*, s. 419; *Hakulinen*, Luovutus s. 33 av. 8; *Kauppi*, Kauppa-oikeus s. 127; *Kivimäki*, DL 1927 s. 7 av. 3; *Trygger*, Om fullmakt s. 103. Ks. lisäksi *Chydenius*, KR II s. 272; *Hernberg*, Rättshandbok s. 238.

¹⁷ Näin mm. *Chydenius*, Arfsrätt s. 96; *Hakulinen*, Luovutus s. 17 av. 1; *Heikonen*, Perinnönyhteys I s. 175 av. 3, *sama*, Avoin yhtiö s. 130; *Kivimäki*, s. 93; *Rautiala*, Ositus s. 131, *sama*, Holhousoikeus s. 102; *Telaranta*, s. 78 av. 103; *Trygger*, Skriftliga bevis s. 131; *Wrede—Melanders*, s. 143. Ks. vielä LVK N:o 1/1953, s. 42.

¹⁸ Näin mm. *Chydenius*, Arfsrätt s. 96; *Heikonen*, Avoin yhtiö s. 130.

¹⁹ Näin *Kivimäki*, Tekijänoikeus s. 260, erit. av. 1; *Nybergh*, JFT 1939 s. 102 av. 1; *Saxén*, s. 62 ss.

²⁰ Ks. av. 6 kohdalla lausuttua.

²¹ Ks. edellä 5 §:n 3-C-kohdassa lausuttua.

²² Näin esim. *Ask*, I s. 26; *Sohm—Mitteis—Wenger*, s. 219.

oikeuden olemukseen.²³ Ken sellaisen lukee oikeuden olemukseen, hänen lienee evättävä puheena olevilta normeilta »oikeuden luonne».²⁴ Tästä johdutaan kysymykseen: mitä oikeus on?²⁵ Siitä tuskin saavutetaan yksimielisyyttä. — Lienee selvää, että näihin kysymyksiin ei ole tässä syytä puuttua.

Ovatko ohjesisältöiset muutosäännökset aina olleet vain lainsäätäjän ohjeita? Kysymykseen ei voitane antaa yleistä vastausta. Asia on tutkittava tapaus tapaukselta. On kuitenkin varmaa, että eräiden muutosäännösten oikeusvaikutus on aikojen vierieessä kulunut, kunnes siitä ei ole jäänyt mitään jäljelle.²⁶ Toisaalta voidaan olla varmoja siitäkin, että jotkin muutosäännökset ovat jo alun perin tarkoitetut ohjeiksi. Tällöin ne toteuttavat muutosäännösten funktioita sitä tietä, että niitä usein noudatetaan yksinomaan lain arvovallan voimasta.²⁷

Jos sopimuskumppanit ovat noudattaneet ohjesisältöistä muutosäännöstä, on tapausta arvosteltava aivan samoin kuin silloin, kun on kysymys sopimukseen perustuvasta (yksityisautonomisesta) muutosäännöksestä.²⁸ Voitaneenpa ajatustyön helpottamiseksi mennä niin pitkälle, että lausutaan: jos sopimuskumppanit ovat noudattaneet ohjesisältöistä muutosäännöstä, on koko normi jätettävä huomiotta.

²³ Sängen yleisesti katsotaan pakon kuuluvan oikeusjärjestyksen »luonteeseen». Näin uudemmassa kirjallisuudessamme esim. *Lahtinen*, s. 109 ss.; *Lehtinen*, s. 50 ss.; *Telaranta*, s. 16 ss. Vastakkaisella kannalla on mm. *Alanen*, s. 53 ss. Ks. vielä erit. *Ekström*, s. 3 ja *El. Kaila*, *Oikeuslogiikka* s. 44, s. 114 ss., jotka kummatkään eivät katso pakon kuuluvan oikeuden olemukseen. Huomautettakoon, että Kailan ja Lahtisen esitykset sisältävät varsin runsaat kirjallisuusviitteet.

²⁴ Ks. kysymyksestä esim. *Alanen*, s. 54; *Burckhardt*, *Einführung* s. 17; *Ger-mann*, s. 19 ss.; *Lehtinen*, s. 57 ss. Vrt. vielä *El. Kaila*, *Oikeuslogiikka* s. 44, jossa lausutaan, että »sanctiivia ei saa identifioida pakkonormien kanssa», ja päädytään siihen, että *lex imperfecta* on todellinen oikeuslause (s. 115), joka kuitenkin kuvataan luonnottomuudeksi (s. 272). Lausuupa Kaila vielä: »Kuitenkin koko *lex imperfecta* sellaisenaan on jo jotakin anomaalista» (LM 1926 s. 284).

²⁵ Näin varsinkin, mitä tulee oikeuden määritelmään, jos siihen pyritään useista eri näkökulmista. — »Noch suchen die Juristen eine Definition zu ihrem Begriffe vom Recht», kuten *Kant* lausuu »liiankin usein» siteeratussa väitteessään (Ks. *Caselius*, *Pantti* s. 3).

²⁶ *Trygger*, *Skriftliga bevis* s. 131 lausuu KK 15:1:stä, että siinä näyttää tehdyn kirjallisuusvaatimus välttämättömäksi, mutta jos tämä onkin ollut lainsäätäjän tarkoitus, on se vähitellen kadottanut merkityksensä. Ks. lisäksi *Ask*, II s. 46; *BGB Motiv*, I s. 180; *Ekström*, s. 703.

²⁷ Näin *Arnholm*, s. 118.

²⁸ Ks. *Honkasalo*, DL 1925 s. 297; *Rautiala*, *Ositus* s. 131; *Trygger*, *Skriftliga bevis* s. 139 ss. Ks. yksityisautonomisista muutosäännöksistä edellä 12 §:ssä lausuttua.

C. Epävarsinaiset muutosäännökset. Epävarsinaisilla muutosäännöksillä tarkoitan sellaisia muotomääräyksiä, joiden noudattamatta jäämisellä on jokin muu sopimuspuoliin kohdistuva välitön oikeusvaikutus kuin pätemättömyys.²⁹ Sopimus sitoo siis sopimuspuolia. Laki jättää oikeustoimen pysyväksi, mutta säätää muutosäännöksen rikkojalle joi-takin haitallisia vaikutuksia.³⁰ Voidaan myös sanoa, että muutosään-nöksen noudattaminen on tällöin joidenkin erityisten oikeusvaikutusten edellytys³¹ tai että se on velvollisuus, mutta ei pätevyyden ehto.³² Tun-teeko oikeusjärjestyksemme tällaisia muutosäännöksiä siinä määrin, että on aiheellista luoda epävarsinaisten muutosäännösten käsite?³³ Kysy-myksen ratkaisemiseksi on esimerkkeinä tarkasteltava eräitä yksityis-tapauksia.³⁴

a. AL 108 §:n elatussopimus. AL 108 §:ssä säädetään muun muassa: »Jos puoliso, joka on velvoitettu tai joka täyttääkseen elatusvelvollisuu-tensa on kirjallisessa, todistajain allekirjoittamassa sopimuksessa sitou-tunut antamaan varoja toisen puolison käytettäväksi tai tämän ja lasten

²⁹ Ks. edellä 5 §:n 3-B-kohdassa lausuttua.

³⁰ Näin esim. *Ekström*, s. 705; *Stang*, s. 269.

³¹ Näin esim. *Arnholm*, s. 118; *Illum*, s. 108; *Lassen*, s. 63; *Ussing*, s. 107, jossa oleva alajaotus on otsikoitu: »Form som Betingelse for visse Retsvirk-ninger»; *Vahlén*, s. 14.

³² Näin *Burckhardt*, Einführung s. 43.

³³ Edellä 5 §:n 3-B-kohdassa esitettyä on näet pidettävä vain eräänlaisena työhypoteesina. Sen tarkoituksenmukaisuus yritetään vasta nyt osoittaa.

³⁴ *Stobbe*, s. 132, väittää, että jos muutosäännöksen noudattaminen on välttä-mätöntä todistelun vuoksi, niin tällainen muutosäännös ei koske sopimuksen väli-töntä solmimista. Tällainen väite on yhtä »oikeutetusti» esitettävissä muitakin epävarsinaisia muutosäännöksiä vastaan. Mutta väite on torjuttava. Jos se pitäisi paikkansa, ei epävarsinaisia muutosäännöksiä voitaisi pitää yleisen tunnus-merkistön mukaisina muutosäännöksinä (ks. edellä 2 §:n 2-C-kohdassa lausuttua). — Epävarsinaiset muutosäännökset koskevat välittömästi sopimuksen solmimista. Niiden osalta, samoin kuin varsinaisten muutosäännösten osalta, säädetään, että sopimus on tehtävä tietyllä tavalla. Ellei muutosäännöstä noudateta, on sillä tiettyjä oikeusvaikutuksia. Varsinaisten muutosäännösten osalta on kysymyksessä pätemättömyys, epävarsinaisten muutosäännösten osalta jotain muuta. Oikeusvai-kutuksen erilaisuudella ei voine olla mitään tekemistä siinä, sanotaanko muutosään-nöksen koskevan välittömästi sopimuksen solmimista vai ei. Jos näin olisi, niin silloinhan ohjesisältöisiä muutosäännöksiä ei voitaisi sanoa muutosäännöksiksi. Juuri se, että muutosäännös on olemassa ennen sopimuksen solmimista ja siinä sanotaan, että sopimus on tehtävä tietyllä tavalla, aiheuttaa, että välittömyystunnus-merkki pätee. Lisäksi on korostettava, että niin ohjesisältöisiä kuin epävarsinaisia-kin muutosäännöksiä yleensä käsitellään muutosäännöksinä. Ks. edellä B-kohdassa esitettyä sekä jäljempänä lausuttua viitteineen.

elatuksen, on laiminlyönyt velvollisuutensa eikä vaadittaessa ole antanut vakuutta velvollisuutensa täyttämistä, voidaan sen turvaamiseksi määrätä, että määräosa puolison palkasta on, sikäli kuin se erääntyy, maksettava toiselle puolisolalle.»

Mikä oikeusvaikutus on sillä, ettei AL 108 §:n muotomääräystä noudateta? Vastaus ilmenee AL 109 §:stä ja 20. 8. 1948 annetusta laista lapsen elatusavun turvaamiseksi eräissä tapauksissa (ElatusturvaL). AL 109 §:ssä säädetään, että määräystä puolison palkan pidättämisestä voidaan pyytää suoraan ulosottomieheltä. Tähän pyyntöön on ulosottomiehen suostuttava, jos anomuksen oheen on liitetty tuomio tai »muu asiakirja, jossa maksuvelvollisuus on määrätty». Viimeksi mainitulla lisäyksellä tarkoitetaan selvästi 108 §:n sisältämän muotovaatimuksen täyttävää asiakirjaa. Jollei muutosäännöstä ole noudatettu, ei ulosottomies voi antaa palkanpidätystä koskevaa määräystä.³⁵ Elatusturvalaissa määrätään, että lääninhallitus voi tietyin edellytyksin määrätä elatusvelvollisen työlaitokseen työllään suorittamaan lapsen elatusavun (2 §). ElatusturvaL 1 §:n mukaan tuollainen »velkavankeusmääräys» voidaan antaa »oikeuden lainvoimaisen päätöksen tai asianmukaisesti päätetyn sopimuksen perusteella». Laki puhuu »asianmukaisesti päätetystä sopimuksesta». Mitä sillä tarkoitetaan? Korkein hallinto-oikeus on omaksumanut käsityksen, että sillä ei tarkoiteta AL 108 §:n muodossa tehtyä elatussopimusta, mutta kyllä heti jäljempänä selvitettävää AULapsiL:n mukaista elatussopimusta.³⁶ Korkeimman hallinto-oikeuden käsitys,

³⁵ Näin Grönvall, s. 87; Melander, Asumusero s. 143 ss.; Rautiala, Avioliiton purkamisen s. 151 ss. Ks. myös Melander, Avioeron vaikutuksesta lapsen huoltoon s. 124; KKO 1935 II 541, missä KKO katsoi selvityksi, että A oli 20.5.1932 päivätyssä sopimuksessa sitoutunut antamaan B:lle siinä mainitun elatusavun, mutta etteivät todistajat sopimuskirjaa tehtäessä olleet sitä allekirjoituksillaan vahvistaneet. Sen vuoksi ja kun tuota sopimuskirjaa huolimatta siitä, että kaksi henkilöä oli B:n pyynnöstä sopimuksen teon jälkeen merkinnyt nimensä sopimuskirjaan todistajiksi, ei voitu pitää sellaisena todistajain allekirjoittamana kirjallisena sopimuksena, kuin avioliittolain 108 §:ssä tarkoitetaan, eikä sen nojalla saman lain 109 §:n mukaan siis myöskään voitu toimittaa ulosmittausta A:n palkan pidättämiseksi, KKO kumosi A:n palkan ulosmittauksen. Toisin maistraatti ja HO. Mitä tulee siihen, että KKO vaatii po. sopimuksen todistajien yhdenakaista läsnäoloa, lienee se tarpeetonta ottaen huomioon ko. sopimuksen merkityksen ja sen, että muutosäännöksiä on tulkittava erittäin varovasti laajentaen. Vrt. jäljempänä 44 av. olevaa tapausta.

³⁶ Näin Kuuskoski, Huoltaja 1950 s. 461. Kuuskoski viittaa ko. kirjoituksessaan kolmeen KHO:n ratkaisuun (12.12.1949 taltio n:o 4447; 25.5.1950 taltio n:o 2840; 25.5.1950 taltio n:o 2842). Ks. lisäksi KHO 1949 I 36 (plenum; äänestys 11:3): Avioliittolain 108 §:ssä tarkoitettua sopimusta ei ole katsottu sellaiseksi

mitä tulee AL 108 §:ään, voidaan hyvin perustein saattaa kysymyksen-alaiseksi. ElatusturvaL 1 § puhuu asianmukaisesta sopimuksesta asettamatta AL:n elatussopimusta mihinkään erityisasemaan. Näin lakia sovellettiinkin useissa lääninhallituksissa ennen Korkeimman hallinto-oikeuden antamia ratkaisuja. Sen jälkeen kun nuo ratkaisut ovat tulleet tunnetuiksi, ovat lääninhallitukset luonnollisesti omaksuneet ylioikeutensa käsityksen.³⁷ Mikä käytännöllinen merkitys tällä on? Huoltoviranomaisten luona tehdään edelleenkin AL 108 §:n mukaisia sopimuksia ja ne viedään tavallisesti alioikeuksien »vahvistettaviksi». Ovatpa sosiaalilautakunnat joskus varustaneet sopimuksen »vahvistuksellaan», usein pelkällä leimasimenkäytöllä. Tällaisiakin sopimuksia pidetään eräissä lääninhallituksissa »asianmukaisina sopimuksina». ElatusturvaL:n toimenpiteisiin voidaan siis ryhtyä.³⁸ Korkeimman hallinto-oikeuden käsitys on johtanut käytännössä siihen, että AL 108 §:n muotomääräystä ei katsota riittäväksi. Vaaditaan vielä eräänlainen lisätoimenpide. Kun laki ei aseta tuollaista vaatimusta, ei sen asettamiseen voida mennä, ei varsinkaan, jos lisävaatimus katsotaan muotovaatimukseksi, niin kuin käytännössä on asianlaita. Muotomääräysten tulkinnan tulee näet olla suhteellisen suppeaa (varovaisesti laajentavaa).³⁹ Puheena olevassa tapauksessa tuo suhteellisuus on ilmeisen selvästi ylitetty.⁴⁰

asianmukaisesti päätetyksi sopimukseksi, jota lapsen elatusavun turvaamisesta eräissä tapauksissa 20.2.1948 annetun lain 1 §:ssä tarkoitetaan. Vähemmistö katsoi, että elatusvelvollinen voitiin toimittaa työlaitokseen po. sopimuksen perusteella. KHO 1953 II 155: Isä voitiin määrätä vain tuomioistuimen lainvoiman saaneen päätöksen perusteella suorittamaan aviopapselle maksettavaa elatusapua työlaitoksessa tehtävällä työllä.

³⁷ *Tynkkynen*, Elatusavun turvaaminen s. 86: »Alunperin oli kunnallisten huoltoviranomaisten ja lainlaatijoittenkin mielipiteenä, että mainittu sanonta tarkoitti yleensä elatusavusta tehtyä sopimusta, jos se täytti lain, siis AL 108 §:n ja AULapsiL 11 §:n muotomääräykset. Myös lääninhallitukset sovelsivat lakia tämän mukaisesti.»

³⁸ Käytäntöä koskevat tiedot on saatu Uudenmaan lääninhallituksesta sekä eri puolilla Suomea kunnanvirkailijoina toimineilta Yhteiskunnallisen Korkeakoulun oppilailta. Ks. lisäksi *Tynkkynen*, Elatusavun turvaaminen s. 86 ss., missä Tynkkynen suosittaa, että huoltoviranomaiset edelleenkin huolehtisivat po. sopimusten laatimisesta ja niiden vahvistamisesta oikeudessa. Kirjoituksesta ilmenee, että alioikeuskäytäntö on vahvistuspyyntöihin nähden ollut horjuvaa ja että KKO on 18.11.1953 vahvistanut erään elatussopimuksen, vaikka alioikeus ja HO eivät olleet sitä tehneet.

³⁹ Ks. jäljempänä 15 §.

⁴⁰ Voidaan tietenkin sanoa, että yksinomaan yksityisten henkilöiden myötävaikutuksella syntyneen sopimuksen perusteella ei voida ryhtyä sellaiseen toimen-

Jos siis AL 108 §:n muotomääräystä on noudatettu, voi ulosottomies antaa palkan pidättämistä koskevan määräyksen. On myös suositettava, että tällöin ryhdytään ElatusturvaL:n mukaisiin toimenpiteisiin. Sen sijaan muutosäännöksen noudattaminen tai noudattamatta jääminen ei vaikuta sopimuksen pätevyYTEEN.⁴¹

b. AULapsiL 11 §:n elatussopimus. Avioliiton ulkopuolella syntyneen lapsen elatusvelvollisuuden täyttämistä voivat asianomaiset, lapsen huoltaja ja makaaja, tehdä sopimuksen.⁴² Tämän sopimuksen teosta määrätään AULapsiL 11 §:ssä, että se on »laadittava kirjallisesti ja todistajain allekirjoitettava». Mainitussa lainkohdassa säädetään vielä, että »sopimus on, jotta se olisi pätevä, lastenvalvojan esityksestä (holhous)-lautakunnan vahvistettava». Mikä oikeusvaikutus on sillä, että 11 §:n muutosäännöstä ei noudateta? Käsitykseni mukaan sillä on vain se oikeusvaikutus, että sosiaalilautakunta, jolle sopimuksen vahvistaminen nykyisin kuuluu,⁴³ ei saa vahvistaa sopimusta. Jos sosiaalilautakunta kuitenkin vahvistaa sopimuksen, on sitä pidettävä pätevänä.⁴⁴

piteeseen kuin työlaitokseen lähettämiseen. Mutta tuleeko sopimus »vahvemmaksii» sillä, että nuori huoltovirkailija sopimuskumppaneita kuulematta lyö sosiaalilautakunnan leiman po. sopimukseen? Myöskään alioikeus ei voine olla velvollinen »vahvistamaan» ko. sopimuksia. Eikö näet tällainen velvollisuus koskisi silloin yhtä hyvin kaikkia muitakin sopimuksia? Eihän niidenkään vahvistamisesta ole mitään säädetty. On myös muistettava: huono laki, mutta silti laki.

⁴¹ AL:n elatusvelvollisuutta koskeva sopimus rakentuu AL 115 §:n mukaan ns. *clausula rebus sic stantibus* -periaatteelle. Olosuhteiden oleellinen muutos voi oikeuttaa muuttamaan sopimusta. Tämäkin saattaa ehkä viitata siihen, että kysymyksessä ei ole varsinainen muutosäännös. Tällaista perustelua käyttää toisessa yhteydessä *Hernberg*, s. 231: »Tällainen tavallaan lievä oikeuspakko ei kysy sitä oikeusturvaa, joka muotomääräyksellä pyritään toteuttamaan.»

⁴² Vrt. *Melander*, Lapsen huollosta s. 243, missä lausutaan, että »huoltaja edustaa lasta». Tämä viittanee siihen, että toinen sopimuspuoli olisi lapsi, jota huoltaja edustaa olematta siis itse sopimuspuoli, niin kuin yllä on katsottu.

⁴³ 20.1.1950 annetulla lailla sosiaalihuollon hallinnasta on po. tehtävä määrätty sosiaalilautakunnalle.

⁴⁴ Ks. *Tynkkynen*, Elatusvelvollisuuden määrittäminen s. 33, missä lausutaan, »että vain vahvistettu sopimus voidaan panna täytäntöön, kuten lainvoiman saanut tuomio, eikä sitä, etteikö kirjallinen, todistajain allekirjoittama sopimus ilman vahvistustakin sitoi sopijapuolia». Vrt. sen sijaan *Palmgren*, Siviilioikeus s. 128; *KKO 1955 II 9*: A oli lausunut KO:ssa, että häneltä oli ruvettu perimään elatussopimuksen perusteella elatusmaksuja. Koska A ei kuitenkaan saattanut muistaa mainittuna päivänä (17.12.1950) allekirjoittaneensa mitään elatussopimusta, ja jos hän oli sen tehnyt, hänen oli täytynyt olla tolkkottomasti humalassa ja koska A:lla sitä paitsi oli syytä epäillä, että mikäli hän sittenkin oli allekirjoittanut elatussopimuksen, tilaisuudessa ei ollut ollut läsnä esteettämiä todistajia, A oli vaatinut, että elatussopimus

Esitetty mielipide perustuu ennen kaikkea siihen, että lain sanamuodon mukaan vasta sosiaalilautakunnan vahvistus tekee sopimuksen sitovaksi. Ellei sitä ole olemassa, ei sopimus ole pätevä, vaikka se olisikin tehty AULapsiL 11 §:n säätämässä muodossa. Sosiaalilautakunnan vahvistus, kun se tapahtuu lastenvalvojan esityksestä, on taas sellainen oikeustositiasia, jolle voidaan antaa yksinomainen sitovuuden luova merkitys. Tähän lopputulokseen voidaan päätyä siitakin syystä, että todennäköisesti kaikkialla maassamme ei noudateta puheena olevaa muotomääräystä, vaikka Maalaiskuntien liitto on vahvistanut tyyppisopimuskaavan (lomake n:o 43 c). Muotovirheeseen vetoaminen taas, sen jälkeen kun sosiaalilautakunta on vahvistanut sopimuksen, tuntuu kohtuuttomalta. On myös huomattava, että suositun käsityksen omaksuminen merkitsee sitä, että AL:n ja AULapsiL:n elatussopimukset tulevat muotonsa puolesta varsin lähelle toisiaan.⁴⁵ Tämä on tietynlainen »etu», sillä ovathan molemmat sopimukset sopimustyypeinä toisiaan lähellä.

AULapsiL 11 §:n sisältämän muotomääräyksen noudattamatta jäämisen vaikutuksena on, että sosiaalilautakunnan on kieltäydyttävä vah-

julistettaisiin mitättömäksi. KO hylkäsi kanteen toteennäyttämättömänä. HO: Ei muutosta. KKO: Ei muutosta. Humalatila katsottiin toteennäyttämättömäksi ja muuten ratkaisua perusteltiin siten, että koska oli selvitetty, että A oli allekirjoittanut sopimuksen, niin näin ollen se seikka, ettei tämä ollut tapahtunut molempien sopimukseen todistajiksi kirjoittautuneiden henkilöiden saapuvilla ollessa, oli merkityksetön. — KKO:n ratkaisun perustelutapa viitannee siihen, että allekirjoitus olisi sopimuksen pätevyuden edellytys, samoin kuin todistajien nimikirjoitukset. Sen sijaan todistajien ja sopimuspuolten yhtenäikaisuutta ei vaadita. Ks. vielä *Carlson, B. C.*: Avioliiton ulkopuolella syntyneitä lapsia koskeva uusi lainsäädäntö, *Sosiaalinen aikakauskirja* 1925 s. 331, missä korostetaan, että vasta sosiaalilautakunnan vahvistus tekee sopimuksen päteväksi; *LVK:n ehdotus* laiksi avioliiton ulkopuolella syntyneistä lapsista ynnä perustelmat, Helsinki 1910 s. 41: »Tuollaiset välipuheet eivät ole lapseen nähden päteviä, ellei holhouslautakunta ole välipuhetta tutkinut ja vahvistanut.» Vrt. lisäksi Ruotsin oikeuteen, jonka mukaan muutosäännöksen noudattaminen ja asianomainen vahvistus yhdessä ovat sopimuksen pätevyuden edellytyksiä. Näin oli asianlaita myös vanhan, ennen AULapsiL:me säädetyn FB:n mukaan. Ks. FB 3: 4 sekä siitä *Förslag till föräldrabalk* (SOU 1946: 49), s. 88, s. 99.

⁴⁵ AL:n palkanpidätyssäännösten esikuvana ovat olleet vastaavat AULapsiL:n säännökset. Tämä käy ilmi hallituksen esityksestä n:o 40/vp 1927 s. 76 ss. ja LVK:n asiaa koskevasta esityksestä. Ks. siitä *Huttunen*, s. 204. AL:n elatussopimuksen muotomääräykset eivät ole varsinaisia muotomääräyksiä, kuten edellä a-kohdassa osoitettiin. Miksi siis AULapsiL:n muotomääräysten ehdottomasti pitäisi olla sellaisia, varsinkaan kun AULapsiL:n esityöt eivät ainakaan riittävästi valaise puheena olevaa kysymystä?

vistamasta elatussopimusta.⁴⁶ Sopimus on tällöin pätemätön, ei muoto-
virheen vuoksi, vaan siitä syystä, että sosiaalilautakunnan vahvistus
puuttuu. Näin on asianlaita siinäkin tapauksessa, että muotomääräystä
on noudatettu, mutta sosiaalilautakunta on evännyt vahvistuksen lapsen
edun vuoksi.

AULapsiL 30 §:n mukainen palkanpidätysmääräys samoin kuin
34 a §:n mukainen täytöntöönpanokin (ulosmittaus) voidaan suorittaa
aina silloin, kun sosiaalilautakunta on vahvistanut sopimuksen. Tässä
suhteessa ei 11 §:n muutosäännösten noudattamatta jäämisellä ole mer-
kitystä. Sama on asianlaita ElatusturvaL:n toimenpiteiden osalta.
Sopimus, jossa on sosiaalilautakunnan vahvistus, voidaan katsoa »asian-
mukaiseksi».

c. Huoneenvuokrasopimus. HVL 1₂ §:n mukaan huoneenvuokra-
sopimus, joka on tarkoitettu olemaan voimassa vuotta pidemmän ajan,
on tehtävä kirjallisesti. Sanotussa lainkohdassa määrätään lisäksi, että
jos sopimus kuitenkin tehdään suullisesti, on kumpikin sopimuspuoli
oikeutettu sanomaan sen irti. Lainkohdan sanamuoto osoittaa varsin
selvästi, että puheena oleva muutosäännös on epävarsinainen. Sen nou-
dattamatta jäämisestä ei johdu vuotta pidempienkään vuokrasopimusten
pätemättömyys, vaan vain sangen laajan irtisanomisoikeuden syntymi-
nen.⁴⁷ Lain määräys vuotta pidemmän sopimuksen kirjallisesta
teosta johtuu siitä, että tällä on vain haluttu suojata vuokrasopimuksen
olemassaolosta tietämätöntä uutta omistajaa.⁴⁸

d. Kiinteistönvälityssopimus. 7. 6. 1945 annetun Kiinteistönvälittä-
jäasetuksen 10₁ §:ssä määrätään: »Välitystehtävän toimeksiannosta on
tehtävä kirjallinen sopimus.» Verrattaessa mainitun asetuksen 2 §:ää
14 §:ään ilmenee, että puheena oleva muutosäännös koskee vain sellaisia
kiinteistönvälityssopimuksia, joissa kiinteistönvälittäjänä toimii asetuk-

⁴⁶ Näin *Tynkkynen*, Elatusvelvollisuuden määrääminen s. 34.

⁴⁷ *Caselius*, Sosiaalinen aikakauskirja 1925 s. 588 ss.; *Honkasalo*, DL 1925 s. 297:
»Edellämainitulla määräyksellä (1 §) huoneenvuokralaki ei siis ole asettanut sopi-
muksen pätevyyttä kirjallisesta muodosta riippuvaksi, vaan on vuokrasopimus lain
mukaan vapaamuotoinen.» *Wrede—Caselius*, I s. 372 mm.: »Suullinen sopimus ei
ole kuitenkaan tässäkin tapauksessa pätemätön.» Ks. lisäksi *Kauppi*, Kauppa-
oikeus s. 100; vanhojen vuokrasopimusten osalta (mm. *Visbyn kaupunkilaki*) *Ask*,
II s. 17 ss.; *Hernberg*, s. 173 puhuu HVL 1₂ §:stä niin epäselvästi, että hänen »kan-
taansa» lienee mahdoton saada selville; *Lang*, s. 70.

⁴⁸ *Honkasalo*, DL 1925 s. 297.

sen edellyttämä kiinteistönvälittäjä.⁴⁹ Mikä oikeusvaikutus on sillä, että tätä muutosäännöstä ei noudateta?

Asetuksen 10 §:n sanamuoto on varsin ehdottoman sävyinen. Tästä huolimatta on katsottava, että sen rikkomisen oikeusvaikutuksena on rangaistus. Tämä ilmenee osittain jo asetuksen 20₃ §:stä, missä säädetään: »Sitä, joka *muutoin rikkoo* tätä asetusta tai sen nojalla annettuja määräyksiä, rangaistakoon sakolla tai enintään kuuden kuukauden vankeudella, ellei rikoksesta lain mukaan ole ankarammin rangaistava.» Erityisen ilmeiseksi tämä käy, jos ajatellaan 10 §:n noudattamista käytännöllisessä välitystoiminnassa ja sen kontrolloimista. Yleensä kiinteistönvälittäjät laativat välitystehtävän toimeksiannosta kirjallisen sopimuksen. Jollei sellaista kuitenkaan tehdä, mutta välittäjä suorittaa toimeksiantosopimuksen mukaisen välitystehtävän, olisi kohtuutonta, ellei hänellä olisi oikeutta sovittuun palkkioon. Onhan välittäjä jo antanut tulevalle sopijapuolelle tiedon henkilöstä, joka haluaisi tehdä sopimuksen. Tämä tiedonanto on välittäjän palkkion tärkein peruste.⁵⁰ Vieläkin epäoikeudenmukaisemmalta tuntuu, että välittäjän pitäisi luovuttaa takaisin saamansa välityspalkkio. Kirjallisten välityssopimusten laatimista valvovat poliisiviranomaiset muun muassa seuraamalla sanomalehdissä olevia välitysilmoituksia; niiden perusteella he menevät tarkastamaan, onko kirjallinen välityssopimus laadittu. Ellei sellaista ole tehty, joutuu välittäjä 20 §:n mukaiseen rangaistusvastuuseen. Tällaiset sakkorangaistukset eivät ole harvinaisia. Siis vaikka asetuksen 10 §:n muutosäännöstä ei noudatetakaan, välityssopimus on pätevä,⁵¹ mutta normin noudattamatta jäämisestä seuraa rangaistus.⁵²

⁴⁹ 2 §: »Kiinteistönvälittäjänä pidetään tämän asetuksen mukaan jokaista, joka tarkoituksenaan saattaa myyjät ja ostajat kosketuksiin toistensa kanssa, joko yksinomaan tahi muun elinkeino- tai ansiotoiminnan yhteydessä palkkiota vastaan ammattimaisesti tai jatkuvasti:

1) toimii välittäjänä luovutettaessa kiinteätä omaisuutta tahi kiinteistö-, asunto- tai asutus-osakeyhtiön tahi muun vastaavanlaisen yhteisön osakkeita tai osuuksia tahi

2) välittää kiinteän omaisuuden vuokrausta.»

⁵⁰ Ks. *Stenius*, DL 1947 s. 52.

⁵¹ *Stenius*, DL 1947 s. 54 lausuu välityssopimuksista yleensä: »Kummankin, sekä toimeksiantajan että välittäjän edun mukaista olisi, että tällainen sopimus tehtäisiin aina kirjallisesti, jolloin välttyttäisiin monista jälkeinpäin esiintyvistä todistamisvaikeuksista ja erimielisyyksistä.» *Stenius* jatkaa: »Edellämainitussa asetuksessa on 10 §:ssä säädetty kiinteistön tai siihen rinnastettavan objektin välittäminen nähdyn, että välitystehtävän toimeksiannosta on aina tehtävä kirjallinen sopimus». Esityksestä ei voitane päätellä mitään po. kysymykseen.

⁵² Puheena olevaa ratkaisua tukee sekin, että asetusta ja siis sen muotomää-

e. Kommandiittiyhtiön perustamissopimus. Asetuksessa äännötmistä eli kommandityhdyskunnista (KommYA) säädetään, että sanotun yhtiön perustajat »tehköön siitä kirjallisen kontrahdin». Tätä 1 §:n määräystä täydentää 2 §:n määräys siitä, mitä seikkoja sopimuksen tulee sisältää. Kysymykseen, mikä vaikutus on sillä, että sopimusta ei laadita kirjallisesti, on varsin vaikea vastata. *Caselius*⁵³ sanoo: »Edellyttääkö laki sellaista kommandiittiyhtiötä, joka perustettaisiin vain suullisella sopimuksella ja jota ei merkittäisi kaupparekisteriin, on vaikea sanoa. Joka tapauksessa kysymys on enemmän teoreettinen kuin käytännöllinen, sillä suullisin sopimuksin perustettu kommandiittiyhtiö on harvinaisen lintu ja taloudellisesti merkityksellön yritys.» Tämä pitää paikkansa, mutta tähän »teoreettiseen» kysymykseen on otettava kanta.

Kommandiittiyhtiön perustamissopimuksen tulee KommYA 1 §:n mukaan olla kirjallinen. KaupparekA 9 §:stä ilmenee, että kommandiittiyhtiön ei aina tarvitse ottaa toiminimeä ja ilmoittaa sitä kaupparekisteriin, niin kuin on asianlaita mm. osakeyhtiöön nähden. Milloin kuitenkin sanotun 9 §:n mukaan tällainen ilmoitus on tehtävä, »ilmoitukseen on liitettävä yhtiösopimus», kuten KaupparekA 16 §:ssä säädetään. Tällä perusteella on pidettävä selvänä, että jos aiotaan perustaa sellainen kommandiittiyhtiö, joka on merkittävä kaupparekisteriin, on siitä tehtävä perustamissopimus KommYA 1 §:n määräämässä muodossa. Ellei näin menetellä, ei kommandiittiyhtiötä merkitä kaupparekisteriin.⁵⁴ Rekisteröimispakkoa tehostetaan KommYA 22 §:n rangaistuksilla. Onko sitten muutosäännöksen noudattaminen sopimuksen pätevyyden edellytys?

Kirjallisuutemme enemmistö pitää säännöstä varsinaisena muotomääräyksenä.⁵⁵ Tiettyä epärointiä kuitenkin esiintyy.⁵⁶ Hyvin perustein voidaankin asettua sille kannalle, että kysymyksessä ei ole varsinainen

räystäkin sovelletaan vain ammattimaisesti tai jatkuvasti palkkiota vastaan suoritettuun välitystoimintaan. Olisiko siis mm. oikeus välityspalkkioon riippuva siitä, onko kysymyksessä ammattivälittäjä tai esim. asianajaja, joka usein suorittaa välitystehtäviä, mutta johon nähden ei noudateta asetusta.

Ks. tässä yhteydessä 23. 7. 1936 annetun työnvälityslain 19, 20 ja 27 §.

⁵³ *Caselius*, DL 1945 s. 259 ss.

⁵⁴ Näin *Caselius*, DL 1945 s. 260.

⁵⁵ Näin mm. *Ekström*, s. 700 av. 6; *Hernberg*, s. 120, s. 213, sama, *Uppsatser* s. 81; *Kauppi*, *Kauppa-oikeus* s. 33; *Kivimäki*, s. 31; *Lagerlöf—Kauppi*, s. 204; *Montgomery*, s. 595; *Palmgren—Olsson*, s. 18.

⁵⁶ Ks. *Caselius*, DL 1945 s. 259 ss.

muutosäännös. KommYA 3 §:ssä, joka kumottiin KaupparekA:lla, määrättiin, että sopimus oli annettava tuomioistuimeen määräajassa »uhalla muuten tulla mitättömäksi». Tämä pätevyyden edellytys on nyt kumottu ja yhtiösopimus on KaupparekA 9 §:n määräämässä tapauksessa annettava rekisteri-ilmoituksen mukana kaupparekisteriin. Tällä ilmoituksella ei kuitenkaan ole konstitutiivista merkitystä kommandiittiyhtiöön nähden.⁵⁷ Voidaan sanoa, että kommandiittiyhtiön »olemuksen» ei suinkaan kuulu rekisteröiminen.⁵⁸ Juuri tämä puhuu sen puolesta, että kysymyksessä ei ole varsinainen muutosäännös, varsinkin kun KommYA:n esitöistä ei selviä, minkä vuoksi muutosäännös säädettiin.⁵⁹ Kommandiittiyhtiötä voidaan myös verrata avoimeen yhtiöön, jota se monessa suhteessa muistuttaa. Avoimen yhtiön perustamissopimus voidaan tehdä millä tavoin tahansa, vaikka KK 15: 1 puhuukin kirjallisesta sopimuksesta.⁶⁰ Tälläkin perusteella voidaan rinnastaa avoimen yhtiön ja kommandiittiyhtiön perustamissopimusten muodot *de lege lata*, niin kuin vuoden 1914 lainvalmistelukunta tekee *de lege ferenda*,⁶¹ huomioon ottaen kuitenkin KaupparekA 16 §:n.

Yhteenvetona kysymykseen, mikä vaikutus on sillä, että KommYA 1 §:n muutosäännöstä ei noudateta, voidaan lausua: Silloin kun kommandiittiyhtiön on otettava toiminimi ja ilmoitettava se kaupparekisteriin, on muutosäännöksen noudattaminen rekisteröinnin edellytys.⁶² Jos sen sijaan toiminimeä ei tarvitse ottaa, ei muutosäännöksellä ole väli-

⁵⁷ Näin Caselius, DL 1945 s. 261; Kauppi, Kaupparekisteri s. 296. Vrt. Hernberg, s. 121, ks. sama, Rättshandbok s. 323 ss.

⁵⁸ Samoin on asianlaita avoimeen yhtiöön nähden. Ks. esim. Heikonen, Avoin yhtiö s. 134 ss., erit. s. 140 av. 1 olevaa laajaa kirjallisuuskatsausta.

⁵⁹ Ks. Hans Kejserliga Majestäts Nädiga Proposition n:o 11/vp. 1863—64.

⁶⁰ Ks. edellä av. 13 kohdalla mainittua.

⁶¹ Ks. Lainvalmistelukunnan ehdotusta asetukseksi avoimista ja kommandiittiyhtiöistä ym., Helsinki 1914, s. 75 ss. verrattuna s. 103 ss. — Ruotsin 28.6.1895 annettu laki kauppayhtiöistä ym. sisältää määräykset mm. kommandiittiyhtiöstä (1: II), ja siinä on sama rinnastus. Samanlaiset rinnastukset lienevät yleisiä kaikissa nykyisissä kauppalainsäädännöissä (ks. mainittua LVK:n ehdotusta s. 72).

⁶² On huomattava, että edellisessä alaviitteessä mainittu LVK suunnitteli avoimen yhtiön perustamissopimuksen kirjalliseksi. Tämän normin noudattamisesta lausuu LVK s. 76: »Pakottaakseen noudattamaan määräystä kirjallisesta muodosta, on Lainvalmistelukunta (Söderholm — Grönvall — Tulenheimo) toisessa yhteydessä ehdottanut sellaisen lisäyksen tekemistä säännöksiin kauppayhtiön ilmoittamisesta kaupparekisteriin, että ilmoitukseen olisi liitettävä rekisteröivät seikat sisältävä ote yhtiösopimuksesta.»

töntä merkitystä. Se on vain ohjesisältöinen muutosäännös tältä osin.⁶³ Koskaan muutosäännöksen noudattaminen ei ole perustamissopimuksen pätevyyden edellytys.⁶⁴

f. Moottoriajoneuvon luovutus sopimus. Moottoriajoneuvon luovutuksesta säädetään 4. 10. 1957 annetussa moottoriajoneuvoasetuksessa (MootA). Asetus tuli voimaan 1. 12. 1957 (MootA 89 §). Asetuksen 20 §:n mukaan »ilmoitus auton rekisteröimistä varten on omistajan tehtävä kirjallisesti lääninhallitukselle. Ilmoitukseen on liitettävä omistusoikeuden selvittämiseksi kahden henkilön todistama luovutuskirja».

Mikä oikeusvaikutus on sillä, että MootA 20 §:n muutosäännöstä ei noudateta? Ainoana oikeusvaikutuksena on se, että moottoriajoneuvoa ei rekisteröidä. Tähän viittaa selvästi asetuksen sanamuoto, jonka mukaan hakijan »omistusoikeuden selvittämiseksi» tarvitaan asetuksen mukainen luovutuskirja.⁶⁵ Vasta silloin, kun ajoneuvo rekisteröidään,

⁶³ Sanontaa »tältä osin» alköön käsitettävä siten, että kysymyksessä olisi ns. sekamuutosäännös. Asia voidaan näet sanoa niinkin, että ko. lainkohta sisältää kaksi normia, joista toinen on ohjesisältöinen ja toinen epävarsinainen muutosäännös.

⁶⁴ Sanotun mielipiteen tueksi voidaan kenties viitata lakiin ulkomaalaisen oikeudesta ryhtyä yhtiömieheksi kauppayhtiöön ja henkilökohtaisesti vastuunalaiseksi yhtiömieheksi kommandiittiyhtiöön, mikä laki on annettu 28.7.1939. Ks. Heikonen, Avoin yhtiö s. 130 av. 2, missä, tosin varsin varovasti, katsotaan ko. lain ilmentävän sitä, että avoimen yhtiön yhtiösopimus ei välttämättä vaadi kirjallista muotoa. Po. lain käsittelemässä erityiskysymyksessä on rinnastettu avoimen yhtiön perustamissopimus ja kommandiittiyhtiön yhtiösopimus. Laissa säädetään: »Haettaessa 1 momentissa mainittua lupaa on näytettävä, että yhtiön perustamisesta tai siihen liittymisestä on tehty sopimus». Tästä Heikonen esittää seuraavaa, joka lain perusteella soveltuu niin avoimeen kuin kommandiittiyhtiöön: »Tämä sanamuoto viittaa näet vahvasti siihen, että sopimuksen olemassaolo voidaan näyttää millä tavoin hyvänsä. Laissa on todennäköisesti käytetty tuota sanamuotoa, koska lähdetäessä siitä, että yhtiösopimus saattaa olla myös esim. suullinen, sopimuskirjan alkuperäisenä taikka jäljennöksenä esittäminen ei silloin olisi mahdollista.»

⁶⁵ Moottoriajoneuvon luovutuksesta säädettiin ennen MootA:n voimaantuloa 21.5.1926 annetussa laissa moottoriajoneuvoliikenteestä (MootL). Lain 2 §:n mukaan, sellaisena kuin se kuului 24.11.1950 tehdyn muutoksen jälkeen, »kun moottoriajoneuvoa ilmoitetaan rekisteröitäväksi, on hakijan omistusoikeus siihen osoitettava kahden henkilön todistamalla luovutuskirjalla». Tämäkin sanamuoto viittaa mainittuun vaikutukseen. Ks. vielä alkuperäisen MootL:n huomattavasti selvempää sanontaa po. suhteessa. Sen mukaan omistusoikeus voitiin osoittaa joko todistamattomalla luovutuskirjalla tai kahden luotettavan henkilön kirjallisella todistuksella. Ks. lisäksi Lvk:n mietintöä n:o 11 hallituksen esityksen johdosta

tarvitaan luovutuskirjaa. Ellei rekisteröitäessä esitetä asianmukaista luovutuskirjaa, ei omistusoikeutta ole osoitettu laillisella tavalla ja rekisterianomus voidaan heti hylätä. Suositeltavampaa kuitenkin on, että noudatetaan sitä eräiden lääninhallitusten entistä tapaa, että puutteellinen luovutuskirja toimitetaan asianomaiselle, jolloin asiakirja melko varmasti tulee uudelleen ja oikein laadituksi.⁶⁶ Tällainen »lykkäminen» soveltuu erittäin hyvin kansanomaiseen oikeudenhoitoomme. MootA 20 §:n sisältämän muutosäännöksen noudattamatta jääminen ei siis merkitse moottoriajoneuvon luovutussopimuksen pätemättömyyttä.

g. Oppisopimus. OppisopL 3 §:n mukaan oppisopimussuhteesta on laadittava kirjallinen, kauppa- ja teollisuusministeriön vahvistaman kaavan mukainen sopimus. Tätä muutosäännöstä, lähinnä sen sisältämää ns. määräsanavaatimusta on tarkasteltu edellä.⁶⁷ Siihen viitaten on nyt vain todettava, että muutosäännöksen noudattamatta jäämisen oikeusvaikutuksena on OppisopL 8 §:n mukaan, että ammattioppilaslautakunta ei rekisteröi sopimusta ja että ammatinharjoittajaa rangaistaan OppisopL 21 §:n perusteella, ellei oppisopimusta varoituksenkaan jälkeen laadita oikeassa muodossa. Sen sijaan oppisopimuksen pätevyys ei riipu muutosäännöksen noudattamisesta välittömästi. Pätevyyskysymys kytkeytyy kyllä rekisteröimiseen, joskin epäonnistuneella tavalla.⁶⁸

h. Osamaksukauppa. Osamaksu- eli vähittäismaksukaupasta säädetään 30. 11. 1933 annetussa laissa vähittäismaksukaupasta (VähMaksuL). Lain 10 §:n mukaan »myyjällä on oikeus vaatiessaan esinettä takaisin sillä perusteella, että ostaja on laiminlyönyt maksuvelvollisuutensa, saada esineen takaisinottamiseksi virka-apua sen paikkakunnan ulosottomieheltä, missä esine on». Näin on asianlaita, »milloin vähittäismaksukaupasta on tehty kirjallinen sopimus». Lain sanamuoto osoittaa

laiksi kiinnityksestä linja-autoon vp. 1950, s. 2, missä lausutaan mm.: »Käytäntö on valiokunnan saamien tietojen mukaan kehittynyt siihen suuntaan, että rekisteriviranomaiset yhä yleisemmin vaativat selvityksenä hakijan omistusoikeudesta luovutuskirjan, minkä vuoksi ja oikeusturvallisuuden kannalta valiokunnan mielestä on aihe tässä yhteydessä ulottaa mainittu muoto kaikkia moottoriajoneuvoja koskevaksi.»

⁶⁶ Näin meneteltiin mm. Mikkelin ja Uudenmaan lääninhallituksissa silloin kun MootL:ia noudatettiin.

⁶⁷ Ks. edellä 4 §:n 116 av. kohdalla lausuttua.

⁶⁸ Ks. *Sipilä*, Työoikeus s. 128, jossa lievästi arvostellen todetaan, että oppisopimuksen pätevyyttä koskevien normien osalta laissa on »epätasaisuutta».

varsin selvästi, mikä oikeusvaikutus on sillä, että VähMaksuL 10 §:n muutosäännöstä ei noudateta. Esineen takaisin ottamiseksi ei voida saada virka-apua ulosottomieheltä. Ulosottomiehen on hylättävä hakemus.⁶⁹ Osamaksukaupan sitovuus ei sen sijaan riipu muotomääräyksen noudattamisesta.⁷⁰

i. Osuuskunnan perustamissopimus. Osuuskunnan perustamissopimuksesta säädetään OsuuskuntaL 4 ja 163 §:ssä. 4 §:n mukaan perustamisesta on tehtävä kirjallinen sopimus. OsuuskuntaL 15 § osoittaa selvästi, että tämä on varsinainen muutosäännös. Perustamissopimuksen muodosta määrätään myös 163 §:ssä. Lainkohdan mukaan se »on oleva kahden henkilön oikeaksi todistama». Tämän muotomääräyksen noudattamatta jäämisestä ei kuitenkaan johdu perustamissopimuksen pätemättömyys, vaan yleensä se, että kaupparekisteri epää sopimuksen rekisteröinnin riittävän näytön puutteen vuoksi. 163 §:n muotomääräys on siis epävarsinainen muotomääräys.⁷¹

j. Yhteenveto. Edellä on esimerkkeinä tarkasteltu eräitä epävarsinaisia muutosäännöksiä. Esitys osoittaa, että meillä on lukuisia epävarsinaisia muutosäännöksiä. Esimerkkiluetteloa voidaan sitä paitsi jatkaa kenties melkoisestikin.⁷²

⁶⁹ Näin mm. *Almen—Eklund*, Avbetalningsköp s. 79 ss. vastaavan Ruotsin lain osalta. Huomaa VähMaksuL 11 §:n edellytys virka-avun saamiselle.

⁷⁰ Näin mm. *Folke Schmidt*, Ågareförbehåll s. 163 ss.; *Palmgren—Olsson*, s. 136. Ks. lisäksi *af Hällström*, Ågareförbehåll s. 112; *Kauppi*, Kauppaoikeus s. 92; *Vihma*, Väinö: Luentoja irtaimen kaupasta, Helsinki 1957 (moniste), s. 33 verrattuna s. 31.

⁷¹ Näin 163 §:n osalta *Hakulinen—Rapola*, s. 79, s. 364; *Osuuskuntalakikomitean mietintö*, s. 108. Ks. myös vanhan osuustoimintalain vastaavanlaisen määräyksen osalta *Rapola—Halme*, s. 149, erit. av. 1. Ks. vielä *Ekström*, s. 701; *Hernberg*, s. 213 av. 9.

⁷² Ks. UL 5: 48, joka koskee kiinteistön pakkohuutokauppaa, sekä siitä *Ailio*, LM 1923 s. 143 ss.; *Hakulinen*, Luovutus s. 45 ss., s. 118; *Ollinen*, I s. 57 ss., erit. s. 76, II s. 34, s. 54 ss., mm.: »Pakkohuutokaupassa on kauppakirjan antamisen merkitys oikeastaan siinä, että se on todistuksena siitä, että kauppaehdot ovat täytetyt ja kauppa siis pätevä ynnä ostaja oikeutettu täysin vapaasti hallitsemaan ja käyttämään kiinteistöä»; *Petäys*, LM 1923 II s. 131; *Serlachius*, Sakrätt s. 131. Ks. vielä L Suomen liittymisen johdosta vuoden 1924 kansainväliseen konossomenttisopimukseen (9.6.1939) 3 § 6-kohta, sekä siitä *Beckman*, Merioikeuden käsikirja (Turku 1940) s. 386 ja *Nybergh*, JFT 1952 s. 226; nyt jo kumotusta 28.6.1798 annetusta asetuksesta, joka sisälsi määräyksiä velka- ja takaussitoumusten allekirjoittamisesta ja todistamisesta (1 §) esim. *Ylöstalo*, Takauksesta s. 107 av. 3 viitteineen; metsänhakkuusopimuksesta A toisen maalla kasvavan metsän hakkuuoikeuden kiinnittämisestä (10.7.1901) 1 §. Varallisuus oikeudellisiin sopimuksiin sovel-

Epävarsinaiset muutosäännökset esiintyvät tässä tutkimuksessa san-
gen epäyhtenäisenä muutosäännösten ryhmänä. Toisinaan muutosään-
nöksen noudattamatta jäämisen oikeusvaikutuksena on rangaistus.⁷³ Toi-
sinaan muutosäännöksen noudattaminen on täytäntöönpanon oikeuspe-
rusta, niin kuin prosessioikeudessa lausutaan.⁷⁴

Muutosäännös voi olla myös *ns. todistusmuutosäännös*.⁷⁵ Sen nou-
dattamisella on merkitystä sopimuksen todistamisen kannalta. Todistet-
tavuusmerkitys saattaa olla varsin eriasteista.⁷⁶ Jos muutosäännöksen
noudattamisella on sellainen oikeusvaikutus, että vain se, mikä on il-
maistu muutosäännöstä noudattaen, saadaan esittää näyttönä sopimuk-
sesta, puhutaan yksinomaisista todistuskeinoista.⁷⁷ Todistuskeinojen
yksinomaisuuden periaate soveltuu melko huonosti niihin oikeusjärjes-

letaan myös UL 2:1:tä ja Maksamismääräyslain (16.7.1954) 1 ja 2 §:iä, joita tuskin
on syytä kutsua varallisuus oikeudellisten sopimusten (tai oikeustointen) muoto-
säännöksiksi, kuten kenties UL 2:13.

⁷³ Vrt. sen sijaan *Vahlén*, s. 13, jonka mielestä tällöin ei ole kysymys muoto-
säännöksestä. Myös voidaan viitata niihin teknillisen muodon käsityksiin, joissa
vain pätemättömyys konstituoii muutosäännöksen (ks. edellä 1 §:n av. 46–48 koh-
dalla lausuttua). Niille ei kuitenkaan voida antaa sitä merkitystä, mikä *Vahlénin*
käsitykselle on annettava. *Vahlén* ei näet ole sitä mieltä, että muutosäännöksen
ainoa oikeusvaikutus on pätemättömyys (s. 14). Tästä syystä tehty rajoitus oudok-
suttaa, varsinkin kun se poikkeaa vallitsevasta pohjoismaisesta käsityksestä. Esim.
Arnholm, s. 118; *Stang*, s. 268; *Ussing*, s. 112 ss. Meillä näin ainakin *Ekström*,
s. 705; *Sipilä*, Työoikeus s. 128 av. 1. — Rangaistuksen käyttäminen muutosään-
nöksen laiminlyönnin oikeusvaikutuksena ei ole ollut eikä ole pohjoismaissa har-
vinaista. Ks. esim. *Ask*, II s. 50, s. 131; *Stang*, s. 268; *Ussing*, s. 112 ss. — *De lege*
ferenda voidaan suositella rangaistuksen käyttöä. Ei näet suinkaan aina ole vält-
tämätöntä, että muutosäännöksen noudattamatta jäämisellä on niin tehokas oikeus-
vaikutus kuin pätemättömyys.

⁷⁴ Ks. esim. *Wrede*, Civilprocessrätt III s. 67 ss.

⁷⁵ Ks. todistusmuutosäännöksen käsitteestä esim. *Burckhardt*, Einführung s. 44
ss.; *Schneider*, s. 8; *Tuhr—Siegwart*, I s. 223; *Undén*, Om vittnen s. 4 ss.; *Vahlén*,
s. 14.

On syytä korostaa, että *todistusmuutosäännös ei ole sama kuin ohjesisältöinen*
muutosäännös. Edellisellä on oikeudellista merkitystä. Jälkimmäinen on vain lain-
säätäjän hurskas toive, tosin usein annettu siksi, että sopimuspuolet huolehtisivat
vastaisesta todistelusta. Ks. edellä 5 §:n av. 45–50 kohdalla lausuttua.

⁷⁶ Näin *Vahlén*, s. 14.

⁷⁷ Ruotsin oikeuskäytännössä tällainen muutosäännöksen vaikutus on yleinen.
Ks. esim. *Ekeberg*, SvJT 1925 s. 1 ss.; *Undén*, Om vittnen s. 6 ss. — Klassillisena
esimerkkinä on pidettävä Ranskan Cc:n edellä mainittuja muutosäännöksiä. Ks.
niistä 5 §:n av. 48.

tyksiin, joissa vallitsee vapaa todistelu ja todistusharkinta,⁷⁸ niin kuin meilläkin yleensä on asianlaita.⁷⁹

Epävarsinaisten muutosäännösten noudattamatta jäämisen oikeusvaikutus on usein »luonteeltaan» julkista oikeutta. Tästä varmaan johdetaan, että kun yksityisoikeuden tutkija kohtaa tällaisen muutosäännöksen, hän lausuu mielellään: tämän seikan selvittäminen ei kuulu minulle.⁸⁰ Samoin tekee julkisen oikeuden tutkija tavatessaan muutosäännöksen, joka kiistattomasti kuuluu yksityisoikeuteen, kuten on varsinaisten muutosäännösten laita.⁸¹ Tällaisesta menettelystä on seurauksena käytännön lakimiehen näkökulmasta epätydyttävä tulos. Lainsäädännössämme on säännöksiä, joissa yksityisoikeudellisten sopimusten osalta lausutaan, että sopimus on tehtävä tietyllä tavalla. Normi ei useinkaan paljasta, mikä on sen noudattamatta jäämisen oikeusvaikutus. Käytännön lakimiehelle tämän selville saaminen on ensiarvoisen tärkeää. Miksi siis yksityisoikeuden tutkijan olisi kieltäydyttävä sitä ilmoittamasta? Ei ainakaan siitä syystä, että oikeusvaikutus on julkisoikeudellinen.⁸² — Kun yksityisoikeuden tutkija ottaa selvittääkseen myös julkisoikeudellisia oikeusvaikutuksia, merkitsee tämä, että *tuossa tapauksessa* luovutaan erottelusta yksityiseen ja julkiseen oikeuteen. Kun sellaisen otsikon alla kuin »muutosäännökset» käsitellään kaikkia muutosäännösten oikeusvaikutuksia,⁸³ merkitsee tämä, että muutosäännöksiä ei ole syytä luokitella yksityisoikeudellisiin ja julkisoikeudellisiin sillä perusteella, onko niiden noudattamatta jäämisen oikeusvaikutus yksityisoikeudellinen vai julkisoikeudellinen.⁸⁴

⁷⁸ Heldrich, s. 95 lausuu mm.: Tuomarin nykyiseen asemaan ei sovi todistusvälineiden rajoittamisen periaate. Tuomarin tehtävänä on saada totuus selville. Sen vuoksi todistusvälineiden rajoitus kohdistuu tuomariin, ei asianosaisiin. Todistusmuutosäännöksen asettaminen merkitsee, että samalla kun tuomarilta vaaditaan totuuden selville saamista, hänelle asetetaan side silmille.

⁷⁹ Ks. Tirkkonen, Todistuslainsäädäntö s. 23 ss.

⁸⁰ Ks. esim. Schneider, s. 9. Joskus taas korostetaan, että normi ei kuulu yksityisoikeuteen. Ks. esim. Burckhardt, Einführung s. 43 ss.; Holmbäck, s. 43; Tuhr—Siegwart, I s. 223.

⁸¹ Ks. esim. Wrede, Todistusoikeus s. 82. Vrt. toisaalta esim. Trygger, Skriftliga bevis s. 129 ss. Huomaa Merikoski, V.: Hallinto-oikeudellinen tutkimus yhdistymisvapaudesta, Helsinki 1935, s. 162.

⁸² Ks. esim. Arnholm, s. 118 ss.; Illum, s. 108; Lassen, s. 63 ss.; Stang, s. 268; Ussing, s. 105 ss.

⁸³ Ks. eräistä toisista tapauksista esim. Ekelöf, Festschrift Ekeberg s. 176 ss.; Kruse, Vinding: Ejendomsretten, I, 3. udg., København 1951, s. 712 ss.; Rodhe, Obligationsrätt s. 597 ss.

⁸⁴ Osoituksena siitä, että jaotusta julkinen oikeus ja yksityinen oikeus ei suin-

D. Oikeusvaikutusten erottelun tarpeellisuudesta. Muotosäännösten luokittelu varsinaisiin, epävarsinaisiin ja ohjesisältöisiin muotosäännöksiin perustuu oikeusvaikutusten erilaisuuteen. *Käsitteellisesti* erilaiset vaikutukset on pidettävä erillään.⁸⁵ On näet selvää, että kysymykset, onko oikeustoimi pätemätön ja voidaanko oikeustoimen olemassaolo näyttää toteen, ovat kaksi eri asiaa, vaikka niillä kieltämättä on tiettyjä liittymäkohtia.⁸⁶ Jos oikeustoimi on pätemätön, hylätään siihen perustuva kanne. Jos oikeustointa ei kyetä näyttämään toteen, hylätään kanne toteennäyttämättömänä.

Tässä tutkimuksessa esitetty epävarsinaisten muotosäännösten ryhmä on sangen hajanainen, niin kuin edellisessä kohdassa lausuttu osoittaa. Tämän vuoksi voidaan väittää, että epävarsinaiset muotomääräykset pitää ryhmitellä tarkemmin. Jos systematisointia jatketaan suorittamalla oikeusvaikutusten erotteluja, luodaan tiukkoja käsittearsinoita. Jos niin ei menetellä, muodostaa epävarsinaisten muotosäännösten ryhmä riittävän joustavan »lokeron». Jälkimmäinen menettelytapa lienee tarkoituksenmukaisempi.⁸⁷

Varsinaisen muotosäännöksen laiminlyömisestä johtuu, että sopimus on pätemätön. Todistusmuotosäännöksen noudattamatta jäämisen vaikutus kohdistuu todistamiskysymykseen. Nämä kaksi oikeusvaikutusta on pidettävä erillään. Myös tästä seuraa sitten eräitä merkittäviä johtopäätöksiä. Jos sopimus on tehtävä esimerkiksi kirjallisesti, jotta se olisi pätevä, ei tämä varsinainen muotosäännös sisällä normia siitä, minäkalaisia todistuskeinoja saadaan käyttää sopimuksen teon ja sen sisäl-

kaan ole pidetty edes vähämerkityksisenä, on se, että tarkastelun alaisina ovat olleet yksityisoikeudelliset, lähinnä varallisuus oikeudelliset sopimukset. Julkisoikeudellisiin sopimuksiin ja niiden muotosäännöksiin ei ole puututtu. Ks. niistä *Oeschger, Kurt: Zur Lehre vom öffentlichrechtlichen Vertrag, Winterhur 1954, s. 43 ss.; Rytkölä, s. 51 ss.*

⁸⁵ Ks. *Burckhardt, Einführung s. 44; Homberger, s. 20.*

⁸⁶ Mm. *Burckhardt, Einführung s. 44; Tuhr—Siegwart, I s. 224: todistamattomalla oikeudella on vain problemaattinen arvonsa. Ks. lisäksi Hakulinen, DL 1945 II s. 87; Undén, Solennitetsvittnen s. 16.*

⁸⁷ Tällaisen »lokeron» muodostaa klassillisen oikeuslauseopin käyttämä käsite *lex minus quam perfecta*, joilla tarkoitetaan oikeuden käskyjä, joiden sanktiona on muu kuin pätemättömyys. Jos tämä otetaan lähtökohdaksi, on lausuttava, että epävarsinaiset muotosäännökset ovat puheena olevaa oikeuslauseutyyppiä. Näin esim. *Heldrich, s. 98; Loewe, s. 79; Sohm—Mitteis—Wenger, s. 218 ss. Ks. vielä Jhering, s. 474 av. 651.*

lön osoittamiseksi.⁸⁸ Niinpä tällöin ei tarvitse turvautua yksinomaan asiakirjan osoittamaan näyttöön, jollainen mielipide vielä vuosisadan vaihteessa oli yleinen. Sanottiin, että asiakirjan esittäminen on ainoa laillinen keino sen sisällön toteen näyttämiseksi.⁸⁹ Nykyisin voidaan sanoa, että sopimus ei ole tuolla tavoin »sidottu asiakirjaan».⁹⁰ Johdonmukaista tämän kanssa on, että jos asiakirja on hävinnyt, se ei merkitse oikeustoimen katoamista, kunhan vain sopimuksen sisältö voidaan näyttää toteen.⁹¹ Voidaanpa kadonnut asiakirja eräissä tapauksissa kuolettaakin.⁹² — Todistamisoikeusvaikutuksen ja pätemättömyyden erillään pitämisen avulla päädytään myös siihen, että jos varsinaista muutosäännöstä ei ole noudatettu, sopimus on pätemätön, vaikka sopimuksen teko ja sisältö voitaisiinkin muulla tavoin näyttää toteen.⁹³ Niin ikään voidaan lausua, että sopimuksen pätevyyskysymystä on arvostettava sen tekohetken pohjalta eikä mahdollisen myöhemmän oikeuden-

⁸⁸ Näin mm. *Chydenius*, KR I s. 27: Då lagen såsom form för ett rättsärende fordrar skrift och vittnen, innebär detta ingalunda någon bestämning om den bevisning, genom hvilken aftalet kan styrkas, *sama*, *Arfsrätt* s. 179 ja *Om tolkning*, s. 30; af *Hällström*, JFT 1932 s. 338. Ks. lisäksi *Holmbäck*, s. 43; *Ussing*, s. 108.

⁸⁹ Ks. esim. *Ask*, II s. 47 ss.; *Gram—Vogt*, s. 37; *Montgomery*, s. 597; *Trygger*, *Skriftliga bevis* s. 127 ss.; *Wrede*, *Todistusoikeus* s. 82 ss.; *Wrede—Heinonkoski*, s. 107. Huomaa *Kivimäki*, s. 97. — Voidaan kysyä, kuinka paljon näihin mielipiteisiin on vaikuttanut se, että eräissä lainsäädännöllisissä esitöissä ei ole oltu tietoisia siitä periaatteellisesta erosta, joka vallitsee varsinaisten muutosäännösten ja todistusmuutosäännösten välillä, kuten *Holmbäck*, s. 43 lausuu. Ks. erit. Ruotsin vuoden 1826 lakikomitean ehdotusta oikeudenkäymiskaaren 21 luvun 4 §:ksi sekä siitä *Undén*, *Om vittnen* s. 6 ss.

⁹⁰ Esim. *Caselius*, teoksessa *Caselius—Rautiala* s. 177.

⁹¹ Näin esim. *Ekström*, s. 701; *Kivimäki*, s. 96; *Palmgren*, *Siviilioikeus* s. 190. Ks. lisäksi *Vahlén*, s. 149 ss.; *Undén*, *Om vittnen* s. 6 ss. — Tämä käsitys oli valitseva vanhemmassakin kirjallisuudessa. Se teki siis poikkeuksen tähän tapaukseen nähden. Ks. esim. *Ask*, II s. 118; ehdotus, joka mainittu edellä av. 89; *Wrede*, *Todistusoikeus* s. 83. — Jos kadoksiin on joutunut sellainen asiakirja, jonka sisältämä oikeustoimi voidaan vapaamuotoisesti purkaa, herää kysymys, onko oikeustoimi oletettava puretuksi vaiko ei. Mutta tämä on jo oma kysymyksensä.

⁹² Ks. L asiakirjan kuolettamisesta (14.8.1901). — Ks. tässä yhteydessä KKO 1930 II 379: Sitten kun kiinteistön kauppaa koskeva kauppakirja oli kadonnut, vaati ostaja myyjäin oikeudenomistajien velvoittamista antamaan hänelle kaupasta uuden luovutuskirjan. Kanne hyväksyttiin siten, että mainitut oikeudenomistajat velvoitettiin antamaan ostajalle asiakirja, jossa ostajalle vahvistettiin kadonneen kauppakirjan mukainen oikeus ko. kiinteistöön, ja oli, jos tämä laiminlyötiin, tuomiolla sama vaikutus kuin jos sanottu velvoitus olisi täytetty.

⁹³ Näin esim. *Chydenius*, *Om tolkning* s. 30; *Holmbäck*, s. 41; *Rautiala*, LM 1944 s. 545. Ks. myös edellä 7 §:n 34 av. lausuttua.

käynnin näkökulmasta. Jos siis varsinainen muotosäännös sisältää esteettömien todistajien myötävaikutusvaatimuksen, on esteettömyyskysymystä arvosteltava tekohetken olosuhteiden mukaan.⁹⁴ Sopimuksen solmimisen jälkeen tapahtunut esteelliseksi tulo ei vaikuta pätevyyskysymykseen mitään.⁹⁵

2. PÄTEMÄTTÖMYYS — PÄÄSÄÄNTÖKÖ?

»Verrattoman lainopillisen hengen koulu», pandektitiede,⁹⁶ opetti, että muotosäännöksen noudattamatta jäämisen oikeusvaikutuksena on mitättömyys (Nichtigkeit).⁹⁷ Tämä käsitys ei kuitenkaan ollut aivan yksimielinen.⁹⁸ Sen auktoritatiivista voimaa osoittaa kuitenkin se, että Saksan BGB legalisoi sen. BGB 125 §:ssä säädetään näet lakisääntöisten muotosäännösten osalta: Oikeustoimi, jota ei ole tehty lain määräämässä muodossa, on mitätön.

⁹⁴ Näin mm. *Calonius*, s. 511; *Chydenius*, *Arfsrätt* s. 187; *Hakulinen*, *Luovutus* s. 143, *sama*, DL 1945 II s. 87; *Lilius*, s. 158 ss.; *Rapola*, LM 1954 s. 362; *Rautiala*, LM 1944 s. 545, *sama*, *Avioliitto-oikeus* s. 261, *sama*, Testamentin tekemisestä s. 27; *Ylöstalo*, *Moite* s. 153 av. 39. Ks. lisäksi *af Hällström*, JFT 1932 s. 334 ss. olevia oikeuspoliittisia näkökohtia; *Vahlén*, s. 64. — Puheena olevaa käsitystä tukee suorastaan OK 17:43:n sanamuoto: »Milloin lain mukaan oikeustoimi on päätettävä esteettömäin todistajain läsnäollessa tai esteettömän todistajan on toimituksessa oltava läsnä, olkoon... sellaiseksi todistajaksi esteellinen...». Ks. po. lainkohdan tulkinnasta erit. *Söderlund*, SvJT 1950 s. 766 ss.

Vastakkaista mielipidettä edustavat mm. *Palmén*, s. 63 ss. Ks. vielä *Ask*, II s. 51; *Kivimäki*, s. 93, missä lausuttu koskenee vain ohjesisältöisiä todistajia. Heidänkin suhteensa lausuma on menettänyt merkityksensä, sillä OK 17 luvun muutoksen jälkeen oikeudenkäynnissä ei kukaan yleensä ole esteellinen todistajaksi. Ks. *Tirkkonen*, *Todistuslainsäädäntö* s. 94.

⁹⁵ Näin mm. *Hakulinen*, *Luovutus* s. 144, *sama*, DL 1945 II s. 87; *Rautiala*, *Avioliitto-oikeus*, s. 261.

⁹⁶ Ks. *Sohm—Mitteis—Wenger*, s. 157. — Toisaalta: jos nykyisin halutaan sanoa jostakin oikeusoppineesta oikein pahoin, saatetaan lausua, että hän on pandektologi! Tämä ei kuitenkaan vähennä pandektologien arvoa, jos asiaa katsellaan, kuten sitä pitäisi katsella, pandektologien oman aikakauden tasosta.

⁹⁷ Näin mm. *Jhering*, s. 475; *Karlowa*, s. 179; *Savigny*, s. 238; *Windscheid*, PR I s. 183, PR II s. 199. Ks. lisäksi *Rosin*, s. 119, joka mm. lausuu kirjallisuudessa usein esiintyvät sanat: Muotosäännösten »luonteesta» johtuu mitättömyys.

⁹⁸ Ks. esim. *Dernburg*, s. 169, jonka mukaan kysymys erilaisista oikeusvaikutuksista on ratkaistava lain sanojen ja mielen mukaan. Ks. lisäksi *Stobbe*, s. 129, joka asettaa mitättömyyspresumption, ellei laki paljasta muuta; *Regelsberger*, s. 138 ss.

Mainittu BGB:n normi on osoittautunut liian kireäksi, joustamattomaksi. Saksan oikeus tuntee myös epävarsinaisia muutosäännöksiä. Ristiriitaa, joka vallitsee BGB 125 §:n ja todellisten olosuhteiden välillä, on hälvennetty tunnustamalla tämä tosiasia.⁹⁹ Ristiriita poistuu kokonaan, jos suunnitelma BGB:n muutosäännösten uusimisesta toteutuu. Tehtävää suorittaneen *Heldrichin* lakiehdotus näet määrää, että ellei laista muuta ilmene, on oikeustoimi katsottava mitättömäksi.¹⁰⁰ Tämä merkitsee hieman samanlaisen linjan omaksumista legaalisten muutosäännösten osalta, kuin nykyinen BGB säättää sopimukseen perustuvista muutosäännöksistä.¹⁰¹ *Heldrichin* normiehdotus on jokseenkin samanlainen kuin Sveitsin voimassa olevan OR:n 11 artikla. Se määrää, että legaalisten muutosäännösten noudattamatta jäämisen oikeusvaikutuksena on mitättömyys, mutta myöntää poikkeuksia olevan.¹⁰²

On vain arvailua, jos sanotaan pandektologien opin tai BGB 125 §:n vaikuttaneen pohjoismaissa. Olipa asian laita kuinka tahansa, joka tapauksessa kirjallisuudessa on väitetty, että muutosäännöksen laiminlyömisestä asian luonteen mukaan johtuu pätemättömyys.¹⁰³ On selvää, että tämä käsitys ei voi kaiken edellä lausutun perustella pitää paikkaansa. Päinvastoin on korostettava, ettei *asian tai muutosäännöksen »luonteesta»* suinkaan johdu, että muutosäännöksen noudattamatta jäämisen oikeusvaikutuksena on pätemättömyys.¹⁰⁴ — Mikä on oikein Pyreneitten tuolla puolella, se voi olla väärin täällä puolella.

Voidaanko oikeutemme osalta lausua, että *pääsäännön* mukaan sopimus on pätemätön, ellei muutosäännöstä noudateta? Vaikka tällainen-

⁹⁹ Ks. *Heldrich*, s. 105 ss.; *Palandt*, s. 95.

¹⁰⁰ *Heldrichin* lakiehdotuksen 3. §:ssä säädetään: Ein Vertrag, welcher der gesetzlich vorgeschriebenen Form ermangelt, ist nichtig, soweit sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt.

¹⁰¹ Ks. edellä 12 §:n 2-kohdassa esitettyä.

¹⁰² OR 11 art:ssa säädetään mm.: Ist über Bedeutung und Wirkung einer gesetzlich vorgeschriebenen Form nicht etwas anderes bestimmt, so hängt von deren Beobachtung die Gültigkeit des Vertrages ab. Ks. tämän säännöksen tulkinasta esim. *Becker*, s. 54, jonka mukaan poikkeuksesta ei tarvitse edes nimenomaisesti säättää, vaan se voi ilmetä mm. normin tarkoituksesta; *Oser—Schönenberger*, s. 90 ss.; *Tuhr—Siegwart*, I s. 224.

¹⁰³ Näin esim. *Reuterskiöld*, Aftal s. 168. Ks. lisäksi *Björling—Malmström*, s. 40: Sellaisissa oikeustoimissa, jotka ehdottomasti on tehtävä määrämuotoisina, aiheuttaa muotovirhe pätemättömyysperusteen; *Hernberg*, s. 213, *sama*, Rättshandbok s. 28; *Montgomery*, s. 593, s. 652, vrt. *sama*, Bolagskontraktet s. 102; *Nordling*, s. 172.

¹⁰⁴ Tätä korostavat mm. *Arnholm*, s. 118; *Stang*, s. 269; *Ussing*, s. 105.

kin mielipide on esitetty,¹⁰⁵ se ei saata pitää paikkaansa. Väite ei muutenkaan ole erityisen onnistunut. Tässä suhteessa viitataan siihen, mitä aikaisemmin on lausuttu pääsääntöjen esittämisestä yleensä.¹⁰⁶

Tunteeko oikeutemme sitten sellaisen *presumption*, että legaalinen muutosäännös on *epäselvissä tapauksissa* oletettava varsinaiseksi muutosäännökseksi? Tällainen mielipide on melko vahvasti edustettuna pohjoismaisessa kirjallisuudessa.¹⁰⁷ Kuitenkin on katsottava, että tämä ei pidä paikkaansa. Edellä 1-kohdassa on tarkasteltu eräitä yksityisiä muutosäännöksiä ja niiden perusteella voidaan todeta, että minkäänlaisista *presumptiota* ei voida asettaa.¹⁰⁸ Jos sellaiseen olisi turvauduttu, ei varmaankaan olisi päädytty esitettyihin lopputuloksiin.

Muutosäännösten noudattamatta jäämisen oikeusvaikutuksista ei voida olettaa mitään. Muutosäännös voi olla aivan yhtä hyvin varsinainen, epävarsinainen tai ohjesisältöinen muotomääräys. Kysymys on ratkaistava kussakin tapauksessa erikseen.¹⁰⁹ Se ei ole usein kovin helpoakaan, sillä ratkaisua tehtäessä joudutaan turvautumaan varsin erilaisiin näkökohtiin ja punnitsemaan niitä. Noista erilaisista näkökohdista on nyt tarkasteltava eräitä.

¹⁰⁵ Näin Rautiala, *Ositus*, s. 322. Ks. sama teoksessa Caselius—Rautiala s. 210, missä lausutaan, että jos määrämuotoisessa oikeustoimessa on jokin muotovirhe, on oikeustoimi pätemätön ja pätemättömyys on mitättömyyttä (Rautiala viittaa Saksan BGB 125 §:ään). Ks. myös sama, LM 1950 s. 758 ja Peruskurssi s. 24, missä mitättömyydestä (nulliteettiudesta) puhuttaessa lausutaan, että »tällainen pätemättömyys voi esiintyä silloin kun määrämuotoisessa oikeustoimessa on muotovirhe». Ks. lisäksi Platou, s. 248 ss.; Seth—Karlgrén, s. 140 ss.

¹⁰⁶ Ks. edellä 6 §:n B-kohdan alussa lausuttua.

¹⁰⁷ Ekström, s. 706, lausuu, että näin on asianlaita, ellei laki, joka määrää muodosta, anna aihetta muunlaiseen lopputulokseen; Lassén, s. 64; Ussing, s. 112, esittää, että milloin uudemmassa lainsäädännössä on annettu muutosäännös, josta ei ilmene, mikä sen oikeusvaikutus on, on oletettava, että kysymyksessä on varsinainen muutosäännös, edellyttäen, ettei mikään puhu tätä tulosta vastaan. Vanhemman lainsäädännön osalta Ussing esittää miltei päinvastaisen oletuksen. Ks. lisäksi Vahlén, s. 14, joka lausuu, että Ruotsin oikeus muistuttaa tässä kysymyksessä lähinnä Saksan ja Sveitsin oikeutta. — Voidaan kysyä: kumpaa näistä?

¹⁰⁸ Ks. Arnholm, s. 118, s. 119, joka esittää, että kunkin muotomääräyksen oikeusvaikutusanalyysi suoritetaan asianomaisen oikeusjärjestyksen kohdassa, testamentin muotomääräysten analyysi perintöoikeudessa, avioehdon perheoikeudessa jne. Ks. lisäksi Stang, s. 268.

¹⁰⁹ Missään tapauksessa ei saa lähteä liikkeelle sellaisesta vanhasta käsityksestä, että ellei laki nimenomaan sano mitään jonkin käskynsä noudattamatta jäämisen oikeusvaikutuksesta, sellaiseksi on katsottava pätemättömyys. Ks. po. käsityksestä ja sen virheellisyydestä Ekström, s. 656 ss.; Kivimäki, DL 1927 s. 4 ss., erit. s. 7; Montgomery, s. 650 ss.

Luulisi, että puheena olevaan muutosäännösten perusongelmaan saataisiin vastaus jo *lain sanamuodosta*. Ei näet ole paljon vaadittu, jos sanotaan, että kutakin muutosäännöstä säädettyäessä on selvästi ilmaistava normin noudattamatta jäämisen oikeusvaikutus. On myönnettävä, että melko usein lainsäädännössämme lausutaan, mikä on po. oikeusvaikutus.¹¹⁰ Näin ei kuitenkaan ole asianlaita aina, eikä edes riittävän useinkaan. Päinvastoin joudutaan toteamaan, että muotomääräystemme sanonnat vaihtelevat varsin paljon.¹¹¹ Tämän vuoksi muutosäännöksen noudattamatta jäämisen oikeusvaikutusta selvittäessä ei lain sanamuodolle epäselvissä tapauksissa voida antaa suurta merkitystä.¹¹² Erilaisiin sanamuotoihin lienee usein tultu pelkkien tyyliseikkojen vuoksi.¹¹³ — *De lege ferenda* on toivottava, että tässä legaalisten muutosäännösten perusongelmassa saataisiin selvyyttä aikaan.¹¹⁴

¹¹⁰ Esim. AL 66 §: »jotta ne olisivat päteviä»; PK 16:9: »Testamentti voidaan moitteen johdosta julistaa pätemättömäksi»; LHL 20 §: »Jos se, joka on luovuttanut kiinteistönsä toiselle, tahi se, jolle hänen oikeutensa on siirtynyt, tahtoo vaatia luovutuksen julistamista mitättömäksi sillä perusteella, ettei luovutusta ole tehty lain säätämässä muodossa.» Ks. AOL 2:2; AL 25 §; YhdL 20 §; vielä VeksL 2 §; ShekL 2 §; MeriL 5 §; OsuuskuntaL 15 §.

¹¹¹ Esimerkkeinä mainittakoon seuraavankaltaiset sanonnat: »on tehtävä», esim. MK 1:2, KK 15:1, MVL 1 §, YhdL 6 §, TontinvuokraL 2 §, VakuutusyhtiöL 7 §, KiinteistönvälittäjäL 10 §; »tehtäköön», esim. KK 10:1, 12:1, KommYA 1 §, SäätiöL 1 §; »tehkööt», esim. OYL 1 §; »tehtäköön», esim. MVL 11 §; »on laadittava», esim. AULapsiL 11 §; »on oleva», esim. SäätiöL 3 §, OsuuskuntaL 163 §; »on toimitettavat», esim. PK 12:2; »on allekirjoitettavat», esim. PK 12:11; »on perustettava», esim. L keskinäisistä vahinkovakuutusyhdistyksistä 3 §, AvustuskassaL 5 §; »merkitkööt», esim. PK 16:3; »määrättäköön», esim. PK 11:1; »perustettakoon», esim. L hypoteekkiyhdistyksistä 5 §. Ks. vielä esim. AL 108 §; AULapsiL 20 §.

¹¹² Ks. esim. Heikonen, Avoin yhtiö s. 129; Lind, s. 362 av. 1. Vrt. sen sijaan J. Serlachius, JFT 1885 s. 229. Myös R. Beckman, JFT 1936 s. 276, kiinnittänee liiaksi huomiota lain sanamuotoon.

¹¹³ Huomaa Rekola, Vanhentuminen s. 359: »Vanhentumisen vaikutuksia tulokittaessa ei siis puheena oleville eri lainkohtien sanamuodollisille eroavaisuuksille ole syytä antaa suurta merkitystä. Toisinaan lienee eri sanontojen käyttäminen johtunut yksinomaan tyyllillisistä syistä.» Tämä soveltuu lausuttavaksi muutosäännöksistäkin.

¹¹⁴ Aivan uusimmasta lainsäädännöstämme voidaan esimerkkinä mainita OsuuskuntaL 163 §, mikä sisältää epävarsinaisen muutosäännöksen (ks. edellä 1-C-i-kohta). Kuka käytännön mies voi lain sanamuodosta, että perustamiskirja »on oleva kahden henkilön oikeaksi todistama», päätellä, että kysymyksessä on epävarsinainen muutosäännös? Tähän tulokseen on suorastaan mahdotonta tulla, jos käytännön miehet luulevat, kuten Lahtinen, LM 1957 s. 135 esittää: »Vallitseva on meikäläisessä lainopissa käsitys, että muotovirhettä armotta seuraa oikeustoimen pätemättömyys.»

Joskus on muutosäännöksen noudattamatta jäämisen oikeusvaikutusta selvitellessä turvauduttu *muutosäännöksen kokoonpanoon, laatuun*. On lausuttu vuoden 1734 lain osalta, että milloin laissa on haluttu antaa varsinainen muutosäännös, kirjallisen muodon lisäksi vaaditaan myös todistajien myötävaikutus.¹¹⁵ Tämä ei pidä paikkaansa edes vuoden 1734 lain osalta.¹¹⁶ Vielä vähemmän sillä on merkitystä kaikkien varallisuus oikeudellisten muutosäännöstemme osalta. Tämä lienee kaiken edellä lausutun perusteella niin selvää, ettei se kaivanne erityisiä perustelujakaan.¹¹⁷

Muutosäännöksen noudattamatta jäämisen oikeusvaikutusten on sanottu ilmenevän *muutosäännöksen tarkoituksista (funktioista)*. Tällä ei ole haluttu väittää, kuten yleensä tehdään, että muutosäännöksen funktioilla on merkitystä muutosäännöksen tulkinnassa,¹¹⁸ vaan että funktio-opilla on *ratkaiseva merkitys* muutosäännöksen noudattamatta jäämisen oikeusvaikutusten tarkastelussa niin kuin muotomääräyksen tulkinnassa yleensäkin.¹¹⁹

Meillä on *Osvi Lahtinen*¹²⁰ esittänyt aivan äskettäin käsityksensä muutosäännösten funktioista. Hän kutsuu käsitystään muoto/funktio-konstruktioksi. Sitä »voidaan käyttää hyväksi muotoa koskevien säännösten tulkinnassa», lausuu Lahtinen.¹²¹ Lähtökohtana hänellä on, että »ensin tietenkin turvaudutaan tavallisiin laintulkintakeinoihin». Ellei niistä saada apua, sitten vasta on turvauduttava tuohon muoto/funktio-

¹¹⁵ Näin *Heikonen*, Avoin yhtiö s. 130.

¹¹⁶ Esim. PK 11:1 on ohjesisältöinen muutosäännös, vaikka siinä vaaditaan kaksinkertaista menettelytapaa: kirjallisuutta ja kahden todistajan myötävaikutusta (ks. edellä av. 18 kohdalla lausuttua). Vuoden 1734 lain PK 16:1 mukaan testamentti voitiin tehdä suullisesti ja todistajien myötävaikutuksella, hätätilassa jopa pelkästään omakätisesti kirjoittamalla. Tätä säännöstä on pidetty varsinaisena muutosäännöksenä, ks. esim. *Chydenius*, *Arfsrätt* s. 178 ss., s. 198 ss.; *Lilius*, s. 145 ss.; *Ylöstalo*, *Moite* s. 150. Ks. vielä OK 15:4.

¹¹⁷ Viitattakoon tässä §:ssä esimerkkeinä mainittuihin yksityistapauksiin, jotka osoittavat, että menettelytapakaavojen erilaisuudesta ei voida päätellä juuri mitään.

¹¹⁸ Ks. esim. *Arnholm*, s. 121 ss.; *Ask*, II s. 4 ss.; *Haataja*, *Käsite* s. 45 ss.; *Heldrich*, s. 91 ss.; *Jhering*, s. 478 ss.; *Karlgren*, *Stiftelseurkund* s. 55; *Loewe*, s. 17 ss.; *Schneider*, s. 17 ss.; *Ussing*, s. 102 ss.; *Vahlén*, s. 44 ss.

¹¹⁹ Erityisen ratkaisevan merkityksen funktio-opille antavat mm. *Bergström*, s. 51; *Hakulinen*, *Perusteeton etu* s. 194 ss.; *Lahtinen*, LM 1957 s. 134 ss.; *Martin*, s. 2 ss., erit. s. 49. Huomaa Sveitsin OR 22 art. Ks. vielä *Guhl*, s. 96; *Tuhr-Sieewart*, I s. 225.

¹²⁰ *Lahtinen*, LM 1957 s. 134 ss.

¹²¹ emk. s. 139.

konstruktion.¹²² Esitys osoittaa kuitenkin, ettei siinä ole noudatettu tätä toissijaisuusajatusta, vaan käsitellyt yksityistapaukset on ratkaistu lähinnä jokseenkin yksinomaan esitetyn konstruktion avulla.¹²³ Tähän »teoreettiseen rakennelmaan» on syytä tutustua lähemmin.¹²⁴

Lahtinen lähtee siitä, että »muotovaatimuksen noudattamisen ja aineellisen oikeellisuuden välillä saattaa esiintyä vakavaa ristiriitaa».¹²⁵ Tätä lähtökohtaa on pidettävä sikäli oikeana, että muotovirheeseen vetoaminen on usein tavan ja yleisen moraalin (etiikan) normien vastaista, joskaan ei yleensä oikeusnormien vastaista.¹²⁶ Konstruktio on luotu erilaisten normien ristiriidan hälventämiseksi. Siinä erotetaan¹²⁷ ns. relevantit funktiot ja ei-relevantit funktiot. Edellisiä ovat sellaiset tietyn säännöksen perustana olevat funktiot, jotka ovat »joko nimenomaan mainitut tai asian luonteesta johdettavissa». Erityisesti tässä piilee esityksen heikkous, nimenomaan käytännöllisyyttä ajatellen. On varsin vaikeaa mennä sanomaan, mikä funktio on »relevantti». Lainsäätäjä on sata vuotta sitten saattanut säätää muutosäännöksen sen vuoksi, että jokin seikka olisi todistettavissa. Kehityksen kuluessa mainittu todistettavuuden turvaaminen on saattanut menettää merkityksensä. Normi elää kuitenkin. Minkä vuoksi? Siksi, että se nyt toteuttaa jotakin muuta funktiota, esimerkiksi tekee rekisteröimisen mahdolliseksi. Muutosäännöksen funktioiden »relevanttiuden» tarkka määrittäminen on siis varsin vaikeaa,¹²⁸ kuten pikainen tutustuminen esimerkiksi MK 1:2:n funktioiden relevanttiuden määrittämiseen osoittaa.¹²⁹ Heikkous ei

¹²² emk. s. 139.

¹²³ emk. s. 140 ss.

¹²⁴ Lahtinen kutsuu esitystään ko. tavalla, ks. emk. s. 137.

¹²⁵ emk. s. 137.

¹²⁶ Ks. tämän §:n 3-A-kohtaa.

¹²⁷ emk. s. 140.

¹²⁸ Lahtinen (emk. s. 143) joutuu lausumaan: »Oma vaikeutensa tietenkin on ratkaistessa kysymystä, milloin voidaan katsoa funktiolla tavoitellun seikaston toteutuneen ilman muotoakin. Muodon funktiot eivät näet ole tarkkaan määrätävissä eikä niiden toteutuminen aina selvästi todettavissa, vaan niihin nähden ilmenee enemmän tai vähemmän epämääräisyyttä.» Ks. lisäksi esim. Undén, Om solennitetsvittnen, s. 17; Vahlén, s. 14, s. 45; Ylöstalo, Tulkinta s. 38: »Ei ole helppoa yksityisissä tapauksissa sanoa, mikä tarkoituserä muotomääräyksillä on kulloinkin etualalla.»

¹²⁹ Esim. Almén, Om auktion II s. 282 ss., katsoo päätarkoitukseksi sen, että saatokirja on todiste omistusoikeudesta. Myötävaikuttavana syynä on lisäksi pyrkimys saada kypsä harkinta aikaan; Ailio, LM 1923 s. 137 ss., ja af Hällström, JFT 1932 s. 299, näkevät tärkeimpänä tarkoituksena sen, että varmuus ja selvyyys val-

rajoitu tähän. Käsité »relevantti» on ilmaistu niin epämääräisesti, että lukija jää arvelemaan, mitä sillä tarkoitetaan. Oikeastaan pitää paikkansa vain se, että muutosäännösten funktioista (tarkoituksista) puhuttaessa on erotettava kahdenlainen tarkoitus. On näet puhuttava *objektiivisista eli sosiaalisista tarkoituksista ja subjektiivisista eli muotomääräyksen antajan tarkoituksista*.¹³⁰ Edellisillä tarkoitetaan niitä vaikutuksia, jotka muotomääräyksen antamisella aina on. Ne toteutuvat täysin riippumatta muutosäännöksen asettajan toiveista eli subjektiivisista funktioista. Kenties subjektiiviset toiveet eivät toteudukaan muotomääräyksellä, vaan niiden toteuttamiseen olisi ollut tarkoituksenmukaista käyttää jotakin muuta välinettä.

Jokaisella välineellä on tarkoituksensa, objektiivinen funktio.¹³¹ Bumerangi palaa takaisin, vaikka kuinka toivotaan sen jäävän palaa-matta. Objektiivisten funktioiden tutkiminen kuuluu oikeussosiologian tehtäviin. Tutkimuksen tulee olla empiiristä.¹³² Mietiskelyllä ja käy-

litsi kiinteistöjen omistussuhteissa ja niissä ehdoissa, jotka liittyvät noiden suhteiden muutoksiin; *Undén*, II:1 s. 100, katsoo päämerkitykseksi muotomääräyksen liittyvyyden lainhuudatusjärjestelmään. Ks. vielä *Chydenius*, KR I s. 18; *Karlgren*, SvJT 1952 s. 784; *Hakulinen*, Luovutus s. 21; *af Trolle*, SvJT 1948 s. 100 ss.; *Zitting*, s. 183.

¹³⁰ Yleensä tätä jakoa ei suoriteta. Selvänä se esiintyy *Aubertilla* (s. 2 ss.) tutkimuksessa, joka koskee rangaistuksen sosiaalista funktiota. Samoin voidaan lausua *Ahlmanista*. (Ks. *Ahlman, Erik*: Arvojen ja välineitten maailma, Helsinki 1920, s. 89 ss., erit. s. 96 ss.). Ks. lisäksi *af Hällström*, JFT 1932 s. 300 av. 68, missä todetaan, että kirjallinen muoto *tosiasiassa* helpottaa lainhuudatusjärjestelmää. *Hällström* jatkaa: Men detta är en följd av formen, däremot icke mera dess orsak; *Tirkkonen*, Välimiesmenettely s. 10, puhuu välimiesmenettelyn valo- ja varjopuolista lausuen, että välimiesmenettelyyn liittyy »eräitä niin sanoakseni yleispätevää laatua olevia etuja ja varjopuolia». Tämä tarkoittanee juuri objektiivisia funktioita.

¹³¹ Ks. *Ahlman*, emt. s. 96. — *Aubert*, s. 8 ss., puhuu ilmituoduista (manifeste) ja latenteista funktioista. Edelliset ovat nimenomaan julki lausuttuja objektiivisia vaikutuksia, jälkimmäiset taas sellaisia, joita ei ole nimenomaan lausuttu julki. Det hvider eventuel på sosialvitenskap å gjorde dem manifeste, lausuu *Aubert* (s. 9).

¹³² Empiirisenä ei voida pitää tutkimusta, jossa kootaan kirjallisuudessa esitettyjä mielipiteitä muutosäännösten tarkoituksista. On myönnettävä, että lausunnot muotomääräysten »valo- ja varjopuolista» (lausuma on sitaateissa sen arvoväriteisyyden vuoksi) käyvät tärkeimmissä kysymyksissä yhteen. Tämä viittaa siihen, että nuo ennen kaikkea mietiskelyllä todetut tarkoitukset ovat objektiivisia (ks. *Tirkkonen*, Välimiesmenettely s. 9 ss.). *Etuina* luetellaan seuraavia näkökohtia:

a) Todistettavuuden edistäminen. Ks. esim. *Arnholm*, s. 122; *Ask*, I s. 5; *BGB Motiv*, I s. 179; *Bramsjö*, s. 57; *Chydenius*, Om tolkning s. 29; *Ekström*, s. 708; *Haataja*, Käsité s. 46; *Heldrich*, s. 93; *Hernberg*, s. 213; *Jhering*, s. 499; *LVK* 1921: 11,

tännön esimerkeillä voidaan saavuttaa huomattavia tuloksia, mutta tulosten oikeellisuus ja ennen kaikkea tarkkuus jäänee aina jälkeen empiirisistä tutkimuksista. Oikeussosiologian tulokset koituvat ennen

s. 29; *Melander*, Lapsen huollosta s. 258; *Tuhr—Siegwart*, I s. 222; *Ussing*, s. 102; *Vahlén*, s. 46 ss.; *Ylöstalo*, DL 1953 s. 365.

b) Valmistelevien toimien erottaminen valmiista sopimuksesta. Ks. esim. *Ask*, II s. 33; *BGB Motiv*, I s. 179; *Ekström*, s. 708; *Heldrich*, s. 91; *Jhering*, s. 495: So dient die Form als Stempel des fertigen juristischen Willens; *Karlgren*, Stifteleurkund s. 55; *Vahlén*, s. 47 ss.

c) Sisällön selvyyden ja oikeustoimen juridisen luonteen tehostaminen ja kirjastaminen. Ks. esim. *Ask*, I s. 5; *BGB Motiv*, I s. 179; *Chydenius*, Om tolkning s. 28; *Heldrich*, s. 91 ss.; *Hernberg*, s. 192; *Jhering*, s. 494; s. 498; *Ussing*, s. 102; *Vahlén*, s. 48.

d) Materiaalisten vääryyksien estäminen. Ks. esim. *Arnholm*, s. 122; *Ekström*, s. 651; *af Hällström*, Villfarelse s. 48, sama, JFT 1952 s. 134; *Olsson*, JFT 1952 s. 249; *Serlachius—Cederberg*, s. 13 av. 1; *Vahlén*, s. 48, s. 109, s. 279, s. 321; *Ylöstalo*, Moite s. 98.

e) Kypsan harkinnan aikaansaaminen sopimusta tehtäessä ja tähän liittyvänä sopimuksen oikeusvaikutusten ymmärtäminen. Ks. esim. *Ask*, I s. 5, II s. 4; *Bramsö*, s. 57; *Ekström*, s. 708; *af Hällström*, JFT 1932 s. 336; *Lilius*, s. 11; *Rapola*, LM 1954 s. 361; *Rautiala*, LM 1944 s. 540, sama, Holhousoikeus s. 209; *Tuhr—Siegwart*, I s. 222; *Ussing*, s. 102; *Ylöstalo*, DL 1953 s. 365. Varsin usein tämä esitetään tärkeimpänä etuna. Ks. esim. *Danz*, s. 134; *Esser*, s. 22; *Heck*, s. 125; *Schneider*, s. 14.

f) Teknillisluontoiset edut, kuten esimerkiksi oikeudenkäyntien lyhentäminen ja yksinkertaistaminen ja rekisteröintitoimenpiteiden mahdollistaminen joustavasti. Ks. esim. *BGB Motiv*, I s. 178; *Heldrich*, s. 91 ss.; *Lahtinen*, LM 1957 s. 135; *Zitting*, s. 181 ss.

On selvää, että kaikkia näitä »etuja» ei voida sellaisinaan lukea eduiksi (*Vahlén*, s. 49). Niinpä muotomääräyksillä voidaan estää enintään karkeat materiaaliset vääryydet, jos niitäkään. Oikeuskäytännössä esiintyvien muotovirheoikeudenkäyntien yhteydessä esiintyy laskelmieni mukaan yli 50 % sellaisia tapauksia, joissa on vedottu sekä muotovirheeseen että materiaalliseen perusteeseen. Usein näkee väitettävän, että noita etuja ei voida saavuttaa, ellei muutosäännöstä uloteta valtuutukseen. Tähän on sanominen, että oikeuskäytännön perusteella tätä vaaraa liioitellaan. Vain erittäin harvoin on tehty »vilppiä» valtakirjaa ja sen vapaamuotoisuutta hyväksi käyttäen.

Muotomääräysten varjopuoloina mainitaan seuraavia näkökohtia:

a) Muutosäännösten noudattamisen epämukavuus ja rasittavuus, joka ilmenee ennen kaikkea liike-elämässä hidastavana tekijänä. Ks. esim. *Arnholm*, s. 123; *Ask*, I s. 25; *BGB Motiv*, I s. 180; *Chydenius*, KR I s. 115; *Ekström*, s. 708; *Jhering*, s. 480 ss.; *Lilius*, s. 12; *Nybergh*, JFT 1952 s. 231; *Schneider*, s. 9; *von Tuhr*, II:1 s. 498; *Ylöstalo*, Tulkinta s. 133.

b) Muutosäännöksiin sisältyvä muotovirheen mahdollisuus. Tämä haitta ilmenee lähinnä muotovirheen vaarana, tavan ja yleisen moraalin reaktiona muotovirheeseen vedottaessa ja mahdollisuutena keinotella muotovirheellä käyttäen hyväksi

kaikkea lainsäätäjien hyväksi. Lainsäätäjän on tiedettävä, mikä objektiivinen vaikutus muutosäännöksellä tulee olemaan, jottei hän käyttäisi väärää välinettä asettamansa päämäärän tavoitteluun.¹³³

taitamatonta sopimuspuolta. Ks. esim. *Arnholm*, s. 123; *BGB Motiv*, I s. 479; *Ekström*, s. 708; *Jhering*, s. 480 ss.; *Rautiala*, LM 1955 s. 559; *Tuhr—Siegwart*, I s. 223; *Vahlén*, s. 47 ss.

c) Muutosäännöksillä luodaan turvallisuudentunteen fiktio, kuvitelma, että kaikki on kunnossa. Tämä voi tuottaa suuriakin pettymyksiä. Ks. *Arnholm*, s. 122.

d) Muutosäännökset ovat omiaan johtamaan oikeuskäytäntöä kaikissa oikeuskysymyksissä » kylmään muodollisuuteen». Ks. *Knoph*, Arverett s. 119.

Muotomääräysten edut ja varjopuolet eivät ole yksityisten muutosäännösten osalta samoja. Jollei muuta eroa ole, niin funktiot ainakin esiintyvät eriasteisina yksityistapauksittain (ks. esim. *Arnholm*, s. 124; *Jhering*, s. 502 ss.; *Karlgren*, *Stiftelseurkund* s. 55; *Ussing*, s. 102 ss.). Tämä johtuu siitä, että etuihin ja varjopuoliin vaikuttavat niin sanoakseni tietyt muuttujat. Näinä muuttujina mainittakoon ensin oikeustoimen oma *luonne* (ks. esim. *Arnholm*, s. 124; *Björling*, *Egenhändig namnunderskrift* s. 86; *Jhering*, s. 503; *Heikonen*, Avoin yhtiö s. 131 av. 1; *Lilius*, s. 12; *Tuhr—Siegwart*, I s. 223; *Ussing*, s. 103; *Vahlén*, s. 32, s. 44, s. 109). Esimerkiksi vekselin ja shekin muutosäännökset osoittavat, kuinka muotomääräys voi olla jopa edistämässä vaihdannan nopeutta (ks. *Arnholm*, s. 121; *Tuhr—Siegwart*, I s. 223). Oikeustoimen »luonnetekijöinä» mainittakoon oikeustoimen yhteiskunnallinen tärkeys, sen pitkäaikaisuus, onko oikeustoimi omiaan houkuttelemaan vilppiin, oikeudenvastaiseen painostukseen tms. (ks. *Arnholm*, s. 124; *Ussing*, s. 103). Merkittävän muuttujan muodostaa *itse muutosäännös*. Muotomääräys koostuu menettelytapakaavoista, jotka sisältävät yksityisiä muodollisuuksia. Muotomääräyksen kokoonpano vaikuttaa suuresti sen etuihin ja varjopuoliin (ks. esim. *Arnholm*, s. 124). Muuttujia on varmaan vielä useita (ks. *Jhering*, s. 503, missä annetaan tietty merkitys kansan »muototajulle»).

Edellä on lueteltu eräitä etuja ja varjopuolia. Luettelo ei voi olla tyhjentävä siitäkään syystä, että tietty etu tai varjopuoli on mahdollista ilmaista eri tavoin (ks. *Lahtinen*, LM 1957 s. 135). Eräs etu on tarkoituksellisesti jätetty viimeiseksi: *oikeusvarmuus*. Sitä voidaan pitää omana etunaan, joka muutosäännöksillä jossain määrin saavutetaan. Eräät yllä mainituista eduista ovat sellaisia, että ne sisältyvät jo oikeusvarmuuteen (= ratkaisujen ennaltalaskettavuuteen). Kuitenkin oikeusvarmuutta on korostettava. Oikeusvarmuudelle antavat suuren merkityksen mm. *Caselius*, DL 1954 II s. 46; *Ekeberg*, SvJT 1925 s. 22; *Tirkkonen*, LM 1954 s. 753; *Vahlén*, s. 116. Huomaa *Rautiala*, DL 1957 II s. 53, missä lausutaan, että ankarat muotomääräykset aiheuttavat epävarmuutta oikeusturvallisuudelle. Muotomääräys ei voine olla vaarana oikeusvarmuudelle, vaan se aina edistää oikeusvarmuutta, joskin oikeusvarmuus muuttujista johtuen on eriasteista.

¹³³ Ei-empirisistä funktiotutkimuksista, joissa on saavutettu merkittävää objektiivisuutta, mainittakoon mm. *Olsson*, *Borgenärsskydd* s. 38 ss. (koskee tradition merkitystä irtaimen omaisuuden kaupassa); *Rekolä*, *Vanhentuminen* s. 36 ss. (koskee vanhentumissäännösten perusteita); *Tirkkonen*, *Välimiesmenettely* s. 9 ss. (koskee välimiesmenettelyä).

Objektiivisten funktioiden tarkallekaan tuntemukselle ei voida antaa ratkaisevaa tulkinnallista merkitystä. Vielä vähemmän siihen on syytä subjektiivisten funktioiden, lainsäätäjän toiveiden, osalta. Kuinka niille voitaisiin rakentaa jotain ehdotonta ja varmaa, jos nuo toiveet eivät ole muutosäännöksellä edes toteutettavissa.

Muotomääräysten tarkoituksille ei voida antaa ratkaisevaa tulkinnallista merkitystä. Niiden tuntemusta ei kuitenkaan ole väheksyttävä, olkoonpa, että tuo tuntemus on epätarkkaakin. Muutosäännösten tarkoitukset ovat siis tulkinnallisia näkökohtia muiden näkökohtien joukossa, ja niiden painavuus on punnittavissa vain kunkin määrämuodon osalta erikseen.¹³⁴

Ellei lainkohta osoita selvästi, mikä oikeusvaikutus muutosäännöksen noudattamatta jäämisellä on, joudutaan tavallisesti turvautumaan lukuisien erilaisten näkökohtien punnintaan. Periaatteessa millekään näkökohdalle ei voida antaa ratkaisevaa merkitystä.¹³⁵ Kunkin näkökohdan arvo on mitattava yksityistapauksittain samoin kuin kysymys, mikä oikeusvaikutus muotomääräyksen noudattamatta jäämisellä on, on tutkittava kussakin tapauksessa erikseen.

3. MUOTOVIRHEESEEN VETOAMISEN NORMIN- VASTAISUUS

A. Onko muotovirheeseen vetoaminen tavan ja moraalin normien vastaista? Haluttaessa asettaa juridinen normi, jonka noudattamista toivotaan, on tarkoituksenmukaista varmistua siitä, että asetettu normi ei joudu ristiriitaan muiden jo olemassa olevien normien kanssa. Erityi-

¹³⁴ *Rekola*, Vanhentuminen s. 47: »Millään vanhentumisperusteella erikseen ei siis vanhentumissäännösten tulkitsemisessa voi olla sellaista merkitystä, mikä jollekin niistä on toisinaan tahdottu antaa.» Tämä soveltuu yhtä hyvin lausuttavaksi muotomääräysten osalta.

¹³⁵ Muutosäännöstemme *lainsäädännölliset esityöt* eivät useinkaan riittävän selvästi osoita, mikä oikeusvaikutus muutosäännöksen noudattamatta jäämiselle on haluttu antaa. Ks. esim. edellä av. 45, 59, 62 ja 65 mainittuja esitöitä.

¹³⁶ Kysymyksen asettaminen osoittaa, että oikeuden, tavan ja moraalin normit on periaatteessa pidettävä erillään. Ks. po. rajanvedoista esim. *Ahlman*, s. 63 ss.; *Alanen*, s. 18 ss.; *Ross*, s. 73 ss.; *Stammler*, s. 52 ss.; *Telaranta*, s. 17 ss.; *Westermarck*, *Edward*: Moraalin synty ja kehitys I, Porvoo 1933, erit. s. 179 ss. Huomaa *Knoph*, *Standarder* s. 275.

sesti tämä koskee oikeusnormien suhdetta tavan, moraalin ja uskonnon normeihin. Tässä yhteydessä ei ole syytä tarkastella, onko sopimuspuolen vetoaminen muotovirheeseen jonkin uskontokunnan normien vastaista. Sen sijaan kysymys on asetettava tavan ja moraalin normien tasoon.¹³⁶

Yleinen on mielipide, jonka mukaan muotovirheeseen vetoaminen ei ole moraalin (etiikan) normien vastaista.¹³⁷ Kun tavan ja yleisen moraalin¹³⁸ normien erottaminen käytännössä on erittäin vaikeaa, sallittaneen nämä periaatteessa erillään pidettävät normit samastaa ja lausua, että puheena olevan mielipiteen mukaan muotovirheeseen vetoamista ei pidetä tavan tai moraalin normien vastaisena. Vastakkaiset käsitykset eivät kuitenkaan ole harvinaisia.¹³⁹ Kysymystä, onko muotovirheeseen vetoaminen tavan ja moraalin vastaista, ei ole syytä ryhtyä ratkaisemaan kamariviisaalla pohdiskelulla. Probleemi voidaan ratkaista, jos voidaan osoittaa joitakin tavan tai moraalin normeja, joiden vastaista muotovirheeseen vetoaminen on. Onko meillä tällaisia normeja?

Eräät *sananolaskut* ilmaisevat periaatteen: on pidettävä, mitä on luvattu.¹⁴⁰ Sellaisista mainittakoon meille tutut: »Sanasta miestä, sarvesta härkää» ja »Ennen mies maansa myöpi ennenkuin sanansa

¹³⁷ von Tuhr, II:1 s. 502: Es besteht auch keine auf Sitte oder Anstand begründete Pflicht, ein formnichtiges Geschäft zu erfüllen. Ks. myös Jhering, s. 490 ss.; Guhl, s. 96; Loewe, s. 21 av. 3; Schneider, s. 18, s. 23, vrt. kuitenkin s. 15. Huomaa Ylöstalo, Moite s. 224.

¹³⁸ Ks. yksityisen ja yleisen moraalien erosta esim. Ahlman, Erik: Totuudellisuuden probleemi, Porvoo 1929, s. 27 ss.; Carlson, Rätten s. 26; Karsten, s. 46 ss.

¹³⁹ Reichel, s. 148: Uskon ja luottamuksen periaate kuuluu: yksi mies, yksi sana. Mutta muotomääräys sanoo: ellei muotomääräystä ole noudatettu; ei sana ole pätevä, ja joka sellaiseen sanaan uskoo, rakentaa hiekalle. Ks. myös mm. Ekström, s. 708 (kenties); Lahtinen, LM 1957 s. 137, jossa ristiriita nähdään »aineellisen oikeellisuuden» ja muotovaatimusten noudattamisen välillä; Stammer, s. 260, s. 453 ss.; Undén, Solennitetsvittnen s. 18 ss.; Vahlén, s. 49 ss.

¹⁴⁰ Sanonta *pacta sunt servanda* ilmaisee myös yleisen moraalisen periaatteen. Ks. Ahlman, s. 41 ss., missä esitetään mm., että ko. periaate on »luonnonoikeuden tärkeimpiä peruslauselmia» (samoin s. 74). Lupauksen rikkomisen »vääryyden» aste ei Ahlmanin mukaan ole aina sama. Aste-erot johtuvat mm. siitä, miten vahvasti ja juhlallisesti sitoumus on annettu sekä siitä, miten kauan on kulunut lupauksen antamisesta, ennenkuin se rikotaan. Ks. lisäksi Karsten, s. 154 ss.; Kivimäki, DL 1952 s. 351 ss., missä lausutaan mm., että ko. periaate on »ylipositiivinen oikeussääntö»; Stang, JFT 1933 s. 367 ss.

Pacta sunt servanda -sanonta esiintyy erittäin yleisenä lainopillisessa kirjallisuudessa. Se ei kuitenkaan liene peräisin roomalaisesta oikeudesta. Ks. Vuorio, s. 186, av. 7, missä viitataan Wengeriin.

syöpi».¹⁴¹ Vastaavanlaisia sananlaskuja esiintyy muuallakin. Esimerkiksi Saksassa niitä on runsaasti.¹⁴² Tämä johtunee siitä, että uskolla ja luottamuksella on ollut suuri merkitys germaanisten kansojen keskuudessa.¹⁴³ — Puheena olevien sananlaskujen on katsottava ilmaisevan yleistä tapaa ja moraalia. Niiden mukaan sanaa ei saa »syödä». Ken näin tekee, hän rikkoo sanassapysymisen normia vastaan. Erityisen ilmeiseksi tämä käy, jos ajattelemme tapausta, jolloin sanassapysyminen on vahvistettu kättä lyömällä tai vannomalla vala.¹⁴⁴ »Jos joku aikoo rikkoa lupauksensa, mikä ero puhutulla ja kirjoitetulla sanalla sitten on?»¹⁴⁵

Jos edellä lausuttua taustaa vasten kysytään, onko muotovirheeseen vetoaminen tavan tai moraalin sääntöjen vastaista, on myönteisen vastauksen antaminen ilmeisen selvää. Muotovirheeseen vetoaminen sotii usein sanassapysymisen tapa-moraali-normia vastaan. Jos muotomääräyksen noudattaminen on tullut tavaksi, mikä lienee harvinaista, ei muotovirheeseen vetoaminen ole tavan vastaista.¹⁴⁶ Usein kuitenkin syntyy normien ristiriita, toisaalta oikeusnormien ja toisaalta tavan sekä

¹⁴¹ Ks. *Koskenjaakko*, *Sananlaskututkimuksia* I s. 117 ss., missä mainitaan mm. seuraavat sananlaskut: Annettu luvattu lahja; lupaus tekee tyhjäksi, takaus takittomaksi; lupaus on velkaa pahempi; minkä päästät suustasi, päästät kädestäsikin. Lupausta ei sananlaskujen mukaan aina pidetä sitovana, joskin lupauksen antajaa moititaan. Tällaisista sananlaskuista mainittakoon mm.: Paha paljon lupailija, hyvä puheensa pitäjä; syöpi koira kahlehensa, pettääpi paha valansa.

¹⁴² Esim.: Ein Mann, ein Wort; das Wort muss stehen; Worte machen den Handel; mein Wort ist mein Siegel; geredt ist geredt, man kann es mit keinem Schwam abwischen. Ks. *Manigk*, s. 75. Ks. lisäksi *Koskenjaakko*, *Sananlaskututkimuksia* I s. 118, s. 121.

¹⁴³ Ks. esim. *Riechert*, s. 17. Parhaana osoituksena tästä on se, että Saksassa siirryttiin tarjouksen sitovuudessa sopimusteoriasta sitovuusteoriaan jo paljon varhaisemmin kuin meillä. Ks. esim. *Almén—Eklund*, s. 5; *Wrede*, *Oikeustoimilaki* s. 13 ss.

¹⁴⁴ Ks. ns. kunniasanan merkityksestä sopimuksia vahvistavana tekijänä *Riechert*, s. 11 ss.

¹⁴⁵ Kirjailijatar *Han Suyin* lausuu romaanissaan Päivien kimallus (Helsinki 1955, s. 161) mm.: »Ja hän halusi minun allekirjoittavan joukon papereita, jotka hänellä oli valmiina. Sillä eurooppalaiset eivät milloinkaan usko muuhun kuin kirjoitettuun sanaan, lapsellista kyllä. Sillä jos joku aikoo rikkoa lupauksensa, mikä ero puhutulla ja kirjoitetulla sanalla sitten on?»

¹⁴⁶ *Knoph*, *Norges rett* s. 136, väittää vieläkin olevan yleisen uskomuksen, että lupauksesta voidaan peräytyä aina siihen saakka, kunnes se on tehty kirjallisesti. Vrt. yhteiskuntamme osalta edellä av. 141 mainittuja sananlaskuja.

moraalin normien välille.¹⁴⁷ Voidaan myös sanoa, että tällöin on olemassa tilanne, jolloin tietty arvo on toista arvoa vastassa.¹⁴⁸

Puheena oleva ristiriita on pyrittävä saamaan mahdollisimman vähäiseksi. Muotovirheen haitalliset vaikutukset on yritettävä eliminoida.¹⁴⁹ Tässä on *de lege ferenda* sangen merkittävä probleemiryhmä.

B. Onko muotovirheeseen vetoaminen oikeusnormien vastaista? Jos sopimuskumppani vetoaa muotovirheeseen, on sitä usein pidettävä tavan ja yleisen moraalin vastaisena. Tästä ei tietenkään saa tehdä johtopäätöstä, että tuollainen menettely olisi oikeusnormien vastaista. Päinvastoin muotovirheeseen vetoaminen ei yleensä ole oikeusnormien vastaista.¹⁵⁰ Voiko se joskus olla sitä?

a. Ns. muotovirheen vaikutuksettomuuden periaate. Eräillä oikeuden aloilla vallitsee ns. muotovirheen vaikutuksettomuuden periaate. Niinpä yhtiöoikeudessa on tällainen periaate olemassa ennen kaikkea osakeyhtiöiden ja osuuskuntien osalta.¹⁵¹ Muotovirheen vaikutus-

¹⁴⁷ Vaikka Englannin oikeus on sopimusteorian kannalla, »ei kauppias yleensä peruuta tarjouksiaan, sillä jos hän peruuttaisi niitä, pidettäisiin hänen kauppamoraaliana huonona ja hän itse olisi 'unfair'», lausuu *Raninen* (Vahvistuskirje s. 23 av. 7 viitteineen). Ks. myös *Vahlén*, s. 40.

¹⁴⁸ Ks. *Karsten*, s. 96 ss. Ks. lisäksi *Ahlman*, s. 70, *sama*, Teoria ja todellisuus, Porvoo 1925, s. 129.

¹⁴⁹ Ks. esim. *Bo Palmgren*, JFT 1938 s. 352; *Vahlén*, s. 54. Huomaa *Lahtinen*, LM 1957 s. 137, missä esitetään, että »muutosta aineellisen oikeudellisuuden hyväksi on saatavissa sekä pyrkimällä käsittämään muotoa koskevat säännökset mahdollisimman suppeasti että luomalla mahdollisuuksia pitää oikeustointa pätevänä muotovirheestä huolimatta». *Lahtinen* jatkaa, että vain viimeksi mainittua »voidaan pitää varsinaisena ristiriidan ratkaisemiskeinona». Tähän lopputoteamukseen on yhdyttävä, joskin vain siinä mielessä, että ristiriidan ratkaiseminen kuuluu ennen kaikkea lainsäätäjälle, jolla on monenlaisia keinoja tämän päämäärän saavuttamiseksi. Laintulkinnalla siihen on jokseenkin mahdotonta päästä.

¹⁵⁰ Esitetty lausuma on niin itsestään selvä, että se vaikuttaa paradoksilta. Ks. kuitenkin esim. *Schneider*, s. 18.

¹⁵¹ Näin mm. *Augdahl*, Aksjeselskapet s. 462; *Cederberg*, TFR 1935 s. 437; *Hakulinen—Rapola*, s. 276; *Nial*, Bolagsstämmobeslut s. 8 ss.; *Platou*, Selskapsret s. 277. Ks. vielä *KKO 1936 II 196*, missä päätöstä perustellaan mm. seuraavasti: sen tähden ja kun se seikka, että pankki siitä huolimatta oli kysymyksessä olevassa hallituksen jäsenten vaalissa saanut äänestää 59 osakkeen perusteella, oli ratkaisevasti vaikuttanut vaalin tulokseen ja tuota tulosta siis oli pidettävä vastoin lakia syntyneenä; *KKO 1946 II 200*: Yhtiökokouksen päätöksen täytäntöönpanoa on anottu kiellettäväksi, koska osakkeenomistajan oli sallittu käyttää äänivaltaa osakkeiden nojalla, joita hän ei enää omistanut. Hakemus hylätty, kun tämä seikka ei ollut vaikuttanut kokouksen päätöksiin.

tuksettomuuden periaatteella tarkoitetaan sitä, että vaikka osakeyhtiön kokouksen tai osuuskunnan kokouksen päätöksessä on muotovirhe, niin virhe on merkityksetön, jos voidaan osoittaa tai voidaan olettaa, että muotovirheellisen päätöksen sisältö ei muuttuisi siinä tapauksessa, että päätös julistettaisiin pätemättömäksi.¹⁵² Vastaavanlainen periaate on voimassa myös muun muassa kunnanvaltuuston tekemästä päätöksestä valitettaessa (kunnallisvalituksessa)¹⁵³ ja jutun palauttamisessa. »Palauttamisperusteiksi voidaan katsoa erilaiset menettelylliset virheet edellyttäen, että ne ovat asiaan vaikuttavat», lausuu *Reinikainen*.¹⁵⁴

Voidaanko varallisuus oikeudellisten sopimusten muutosäännösten osalta esittää vastaavanlainen muotovirheen vaikutuksettomuuden periaate? Kysymykseen on vastattava kieltävästi. Tähän viittaavat useat näkökohdat. On erittäin rohkeaa soveltaa kysymyksessä olevaa periaatetta varsinaiseen sopimusoikeuteen. Sopimusten muotovirheiden osalta tähän ei ole mahdollisuuttakaan, sillä eihän tällöin voida puhua lopputuloksen muuttumisesta tai muuttumattomuudesta. Sellainen on mahdollista korporatiivisen tahdon muodostumisessa samoin kuin oikeuden (tai muun viranomaisen) päätöksissä.

Muotovirheen vaikutuksettomuuden periaatteessa pidetään silmällä sitä, olisiko päätös muodostunut toiseksi vaiko ei. Ratkaisevana ei siis ole suinkaan virheen suuruus, joskin suuri virhe yleensä merkinnee, että päätös olisi voinut muuttua. Virheen suuruus on kuitenkin aivan muuta kuin päätöksen mahdollinen muuttuminen ja muuttumattomuus. Sen vuoksi muotovirheen vaikutuksettomuuden periaate ja mahdollinen pienien virheiden vaikutuksettomuuden periaate on pidettävä erillään.¹⁵⁵

b. Pienet muotovirheet. Lainsäädännössämme on eräitä yksityistapauksia silmälläpitäen määrätty, että oikeudenvastaisuudella tulee olla tietty voimakkuusaste, jotta siihen voidaan kiinnittää huomiota.¹⁵⁶

¹⁵² Näin *Nial*, Bolagsstämmobeslut s. 10. Ks. myös edell. av. mainittua kirjallisuutta. Se osoittaa, että muotovirheen vaikutuksettomuuden periaatteen lähemmästä sisällöstä ei olla täysin yksimielisiä.

¹⁵³ Ks. esim. *Kuuskoski*, *Reino*: Uusi kunnallislaki, Helsinki 1949, s. 417 siinä mainittuine oikeustapauksineen; *Merikoski*, II s. 105.

¹⁵⁴ *Reinikainen*, *Veikko*: Jutun palauttamisesta, Vammala 1946, s. 59, ks. myös siinä olevia viitteitä.

¹⁵⁵ Vrt. *Kuuskoski*, emt. s. 417; *Nial*, Bolagsstämmobeslut s. 10.

¹⁵⁶ Ks. esim. MVL 43 §, 44 §, YhdL 21 §; HVL 21 §; AsOYL 16 §; MeriL 57 §; TOL 96 §.

Virheen täytyy siis olla jollain tavoin oleellinen. Jos se on pieni tai vähäinen, ei sillä ole merkitystä. *Minima non curat praetor* — preetori ei välitä pikkuseikoista.

Aaltonen¹⁵⁷ on esittänyt tavarán virhettä koskevassa tutkimuksessaan kysymyksen: »Voidaanko yleisesti sanoa, että olisi yleisten oikeudessaamme vallalla olevien periaatteiden vastaista, jos ostajan sallittaisiin käyttää hyväkseen vähäpätöistä virhettä ja kenties tarkoituksellisesti aiheuttaa myyjälle vahinkoa?» Tähän yleiskysymykseen hän ei ole antanut vastausta, vaan on tarkastellut kysymystä tavarán virheen näkökulmasta.¹⁵⁸ Myöskään tässä tutkimuksessa ei ole syytä vastata näin laajaan yleiskysymykseen.¹⁵⁹ On ainoastaan kysyttävä: onko pie-
neen muotovirheeseen vetoaminen oikeuden vastaista?

Näin asetettuun kysymykseen ei yleensä ole vastattu. Sen sijaan sellaiset mielipiteet eivät ole harvinaisia, jolloin jossakin yksityistapauksessa on kiinnitetty huomiota virheen suuruuteen. On lausuttu, että kun muotovirhe siinä ja siinä yksityistapauksessa on ollut vähäinen tai epäoleellinen, sitä ei ole ollut syytä ottaa huomioon.¹⁶⁰ Onpa ainakin eräässä Korkeimman oikeutemme ratkaisussakin nimenomaan kiinnitetty huomio muotovirheen oleellisuuteen.¹⁶¹ Toisaalta voidaan havaita,

¹⁵⁷ Aaltonen, s. 118.

¹⁵⁸ Vrt. sen sijaan esim. *Edvard Murén*, LM 1957 s. 193. *Nybergh*, JFT 1933 s. 162, jonka mukaan oikeudenvastaisuuden on aina oltava tietyn vahvuista (»städse bör vara av viss styrka»), jotta siihen voitaisiin vedota. Huomaa *af Hällström*, JFT 1942 s. 420.

¹⁵⁹ Asian luonnosta johtuu, että jos lausutaan, että pienikin muotovirhe on relevantti, tällä on sanottu samalla, ettei virheen aina tarvitse olla oleellinen.

¹⁶⁰ Näin mm. *Ekeberg*, SvJT 1925 s. 6, s. 23; *af Hällström*, JFT 1947 s. 111, missä tällainen käsitys lausutaan vähintään toivomuksena; *Walén*, SvJT 1948 s. 406 mm.: och det är stötande att, om någon åberopar... fullkomligt betydelselöst formfel. Ks. vielä *Hakulinen*, DL 1945 II s. 90, missä hän testamentin osalta lausuu: »Sen vuoksi saattaisi olla puolustettavissa sellainen sovitteleva tulkinta, että harkittaisiin in casu, onko esteellisyys ollut niin merkittävä, että se tekee todistajan epäluotettavaksi»; *Rapola*, LM 1954 s. 355: »Muotoa koskevia määräyksiä tiukennettaessa on kiinnitetty huomiota siihen... ettei säännösten ahtaus aiheuttaisi testamentin pätemättömyyttä muotovirheen johdosta jonkin vähämerkityksellisen seikan sivuuttamisen takia»; *Undén*, Om vittnen s. 16 ss., lausuen s. 21: Sålunda kan det vara rimligt att göra skillnad mellan viktigare och perifera jävsgrunder (MK 1: 2 osalta).

¹⁶¹ KKO 1954 II 121, missä lausutaan, että kiinteistön luovutuksen esisopimus oli sitomaton »tuollaisen oleellisen muodollisen puutteen takia». Ks. myös LVK 1953 n:o 1, s. 40, mistä ilmenee, että jopa perinnönjaon allekirjoituksiakin voidaan pitää »vähämerkityksisinä» eikä niiden puute ole »radikaalinen virheellisyys».

että eräissä yksityislausumissa ei ole kiinnitetty huomiota virheen pienuuteen muuta kuin siinä mielessä, että myönnetään pienenkin virheen aiheuttavan muotovirheen yhtä hyvin, kuin sen tekee suuri virhe.¹⁶² — Varallisuus oikeudellisten sopimusten muotovirheen oleellisuuteen tai epäoleellisuuteen ei voitane kiinnittää huomiota siinä määrin, että *yksinomaan tai pääasiassa* tällä perusteella evättäisiin oikeus vedota muotovirheeseen. On näet varsin vaikeaa määrittää käsitteitä oleellinen, epäoleellinen, suuri, pieni ja vähäinen.¹⁶³ On siis vaikeaa sanoa, milloin muotovirhe on oleellinen, milloin ei. Sitä paitsi, jos tällaiseen menettelyyn turvaudutaan, kuljetetaan oikeuteemme yleislauseke, jolla järkytetään suuresti sitä, mihin muutosäännöksillä pyritään: oikeusvarmuutta. Mikään muutosäännöksen menettelytavan muodollisuuksista ei siis periaatteessa ole oleellinen tai epäoleellinen. Ellei muutosäännöksen menettelytavan jokaista osaa ole noudatettu, ei muutosäännöstä ole noudatettu, olkoon tuo osa kuinka pieni tai vähäpätöinen tahansa.¹⁶⁴ Muunlainen käsitys johtaa helposti täyteen vallattomuuteen, ellei suorastaan mielivaltaan.¹⁶⁵

On myönnettävä, että pieneen muotovirheeseen vetoaminen saattaa joskus tuntua kohtuuttomalta. Se ei kuitenkaan oikeuta suorittamaan erottelua pieniin ja suuriin virheisiin siinä mielessä, että virheen pienuus oikeuttaisi puhumaan esimerkiksi perifeerisistä jääviperusteista tai muusta vastaavasta. Vielä vähemmän virheen pienuus oikeuttaa suositteluun joustavaa ja kohtuullista tulkintaa.¹⁶⁶ Ellei omaksuta tällaista »muodollista» käsitystä, on edessä se, mihin edellisessä kappaleessa väitettiin jouduttavan: mielivalta.¹⁶⁷ — Jos kohtuuteen vetoamalla

¹⁶² Näin mm. *Dernburg*, RR II s. 966; *Rautiala*, LM 1955 s. 564; *Schneider*, s. 17.

¹⁶³ Näin esim. *Aaltonen*, s. 119; *Ekström*, s. 596; *Gunnar Palmgren*, JFT 1942 s. 256. Ks. vielä *Platou*, s. 182 ss.; *Vihma*, Tiedonantovelvollisuus s. 48 ss. olevaa selvitystä termistä »merkityksellinen» ja *sama*, Sopimussakko, s. 138 ss. olevaa esitystä »ilmeisestä kohtuuttomuudesta».

¹⁶⁴ Ks. *Schneider*, s. 17.

¹⁶⁵ Ks. mielivallan välttämisestä ja harkintapakosta yleensä *Brusiin*, Harkinta s. 91 ss.

¹⁶⁶ Toisin *Nybergh*, JFT 1955 s. 301, joka vastustaa ankaraa suhtautumista muutosäännöksiin puhuen varsin arvopitoisesti, jopa suggestiivisestikin henkilöistä, jotka »muodollisuudessaan» eivät menettele *Nyberghin* suositamalla tavalla (emk. s. 302). Ks. myös *Konttinen*, DL 1921 s. 426 ss.

¹⁶⁷ *Jhering*, s. 471 esittää roomalaisen oikeuden myöhäisemmän kehityksen pohjalta seuraavat tunnetut ja usein siteeratut sanat: Die Form ist die geschworene Feindin der Willkür, die Zwillingsschwester der Freiheit.

halutaan evätä oikeus muotovirheeseen, se voidaan joskus tehdä, mutta ei yksinomaan virheen »pienuuden» nojalla. Kysymykseen, mikä merkitys kohtuudelle voidaan antaa, pyritään vastaamaan jäljempänä d-kohdassa.

c. Ns. salaiset muotovirheet. Pienistä muotovirheistä on erotettava ns. salaiset muotovirheet. Näiden kahden erilaisen muotovirheryhmän luokitusperusteet eivät ole samat.¹⁶⁸ Tosiasiassa salainen muotovirhe on usein »pieni». Onko oikeusjärjestyksemme asettanut salaiset muotovirheet johonkin erikoisasemaan? Onko salaiseen muotovirheeseen vetoaminen oikeusjärjestyksemme jonkin normin vastaista?

Kirjallisuudessamme on esitetty mielipide, jonka mukaan salaisen muotovirheen oikeusvaikutus on *kiinteistönluovutuksessa* erilainen kuin näkyvän muotovirheen oikeusvaikutus.¹⁶⁹ Tälle mielipiteelle ei saada laista minkäänlaista tukea. Kun kerran laki¹⁷⁰ ei aseta salaisia muotovirheitä erikoisasemaan, ei sellaiseen voida muutenkaan mennä.¹⁷¹ Salaiseen muotovirheeseen voidaan kiinteistönluovutuksessa vedota aivan yhtä hyvin kuin näkyväänkin muotovirheeseen.

Sanotulla ei ole haluttu väittää tarkoituksettomaksi jaotusta salaisiin ja näkyviin muotovirheisiin. Sellainen on tarkoituksenmukaista esimerkiksi arvosteltaessa julkisen kaupanvahvistajan vastuuta ja lainhuudatusviranomaisen mahdollisuutta todeta muotovirhe. Sen sijaan kiinteistönkaupan pätevyyskysymyksessä jaottelulla ei ole oikeutemme mukaan merkitystä.

Jaotus näkyviin ja salaisiin muotovirheisiin ei rajoitu vain kiinteistönluovutukseen. Muidenkin sopimusten muotovirheet voidaan luokitella ja on joskus luokiteltukin tällä tavoin.¹⁷² Näissä muissa tapauksissa

¹⁶⁸ Sen määrittäminen, milloin virhe on salainen, ei ole aivan helppoa. Ks. esim. *Zitting*, s. 192, jonka mukaan virhe on salainen, jos sitä ei havaita »asiakirjojen tarkastelun ja yleisesti tunnetuiksi katsottavien seikkojen huomioimisen perusteella». Vrt. *Tiililä*, DL 1955 s. 69. Ks. tässä yhteydessä *Aaltonen*, s. 109 ss. olevaa esitystä KK 1:4:n sanonnasta »salainen virhe».

¹⁶⁹ Näin *Chydenius*, KR I s. 29 ss.; *Zitting*, s. 182 ss., erit. s. 192, s. 194, *sama*, LM 1956 s. 559.

¹⁷⁰ Ko. lainkohdat ovat LainhL 7 ja 20 §.

¹⁷¹ Ks. erit. *Hannikainen*, LM 1951 s. 809 ss. ja *Lahtinen*, DL 1952 s. 212 ss. olevia arvosteluja *Zittingin* puoltamasta jaotuksesta näkyviin ja salaisiin muotovirheisiin. Ks. lisäksi *Zitting*, s. 189 ss., missä arvostellaan *Hakulisen* ja *af Hällströmin* käsityksiä, joissa ei ole tehty po. erotusta. Huomaa *Vahlén*, s. 70, mistä ilmenee, että hänkään ei anna ko. jaotukselle sellaista merkitystä kuin *Zitting*.

¹⁷² Ks. esim. *Rautiala*, LM 1955 s. 559 (avioehtosopimus), s. 565 (kiinteistönkauppa); *Ylöstalo*, Moite s. 37 verrattuna s. 148 ss. (testamentti).

ei ole väitettykään, että salaisen muotovirheen oikeusvaikutukset olisi-
vat jossakin erikoisasemassa. Tämä on oikea käsitys. Jos salaiset
muotovirheet halutaan asettaa johonkin erikoisasemaan, on sen ilmet-
tävä laista. Mutta sellaista ei ilmene lainsäädännöstämme ainoassakaan
yksityistapauksessa.

d. Muotovirheeseen vetoamisen kohtuuttomuus. Roomalaisen oikeu-
den kehityksen pohjalta on tapana puhua ankarasta oikeudesta (*jus
strictum*) ja joustavasta oikeudesta (*jus aequum*).¹⁷³ Ankan oikeuden
normien pääasiallisena tehtävänä on oikeusvarmuuden ylläpitäminen,
mistä johtuu, että ne suovat varsin vähän harkintavapautta.¹⁷⁴ Ovatko
muutosäännökset ankaraa oikeutta? Kysymykseen on vastattu myön-
tävästi.¹⁷⁵ Onpa lausuttu, että muutosäännösten »luonne» estää koh-
tuusnäkökohtien huomioon ottamisen laajassa mitassa.¹⁷⁶ Tätä kielteistä
suhtautumista voidaan perustella lähinnä kahdella näkökohdalla. En-
simmäistä voitaneen kutsua epäyhtenäisyysperusteeksi ja toista liiallisen
subjektiivisuuden perusteeksi.

On sanottu, että kohtuusnäkökohtien huomioon ottaminen johtaa
suureen epäyhtenäisyyteen ja epävarmuuteen.¹⁷⁷ Tämä väite pitää paik-
kansa. Oikeuskäytäntömme on ollut esimerkiksi testamentin todistajien
esteellisyysskysymyksissä jokseenkin horjuvaa. Mistä tämä johtuu?
Siitä, että oikeuskäytäntö »melko arveluttavalla» tavalla kohtuussyiden
vuoksi tinkii esteellisyyttä koskevista säännöksistä.¹⁷⁸ Samankaltaista

¹⁷³ Ks. esim. *Alanen*, s. 57 ss.; *Dernburg*, RR I s. 55; *Sohm—Mitteis—Wenger*,
s. 25.

¹⁷⁴ *Alanen*, s. 57.

¹⁷⁵ Näin *Ekström*, s. 43. Ks. lisäksi *Boehmer*, s. 72 ss.; *Heck*, *Interessenjuris-
prudenz* s. 182 ss., joka käyttää käsitettä »starre Normen».

¹⁷⁶ *Nybergh*, JFT 1944 s. 365: Det ligger f.ö. i formföreskrifternas natur att
billighetshänsyn icke i samma grad som eljes kunna vinna beaktande.

¹⁷⁷ Esim. *Caselius*, LM 1953 s. 972: »Irtaantuessaan määrämuotoisuudesta muka
kohtuussyistä päinvastainen kanta (= kuin Caseliuksen suosittama) luisuu kalte-
vaa pintaa vaarantaen oikeusvarmuutta»; cf *Hällström*, JFT 1932 s. 362 ss.; *Undén*,
Om vittnen s. 21.

¹⁷⁸ Näin *Ylöstalo*, Moite s. 157. Ks. myös *Hakulinen*, DL 1945 II s. 89: »Maini-
tunlainen lainkäyttö on omiaan tekemään epäselväksi testamentin todistajien ase-
man.» *Lilius*, LM 1907 s. 49: »Jos kerta ei pysytä tarkalleen lain yleisissä, todistaja-
kelpoisuudesta muuten voimassa olevissa säännöksissä vaan niistä ruvetaan yhdessä
tai toisessa kohden vapautumaan, niin minä en voi muuta käsittää kuin että nämät
säännökset ovat jätettävät kokonaan sovelluttamatta testamentitodistajiin nähden,
koska on aivan mahdotonta jättää jokaisen yksityisen satunnaisesta katsantokan-
nasta riippuvaksi, millä kohden tässä kulloinkin olisi raja vedettävä.» — Vanhan

epäyhtenäisyyttä voidaan todeta useissa muissakin tapauksissa, muun muassa kiinteistönluovutuksen muutosäännösten tulkinnassa.¹⁷⁹ Tällaista epäyhtenäisyyttä on arvosteltu varsin kärkevästikin.¹⁸⁰

Kielteistä suhtautumista muutosäännösten kohtuulliseen käsittelyyn on vastustettu myös sillä perusteella, että eri henkilöillä saattaa olla

PK 16 luvun ajalta, jolloin suullinen testamentti oli sallittu muussakin kuin hätätilatapauksessa, voidaan viitata seuraaviin Ylöstalon (Moite s. 157 av. 59) kokoaamiin oikeustapauksiin, missä testamentti on katsottu päteväksi. Ks. KKO t. 1919 II 105 (palkolliset todistajina); 1930 II 2 ja 1938 II 449 (sisaren tytär todistajana); 1936 II 387 (serkku todistajana); 1941 II 90 (testamentinsaajayhdistyksen johtokunnan jäsen todistajana); 1944 II 133 (tekijän tädin mies todistajana). Ks. oikeuskäytännöstä myös Aminoff, s. 527 ss.; Ekholm, s. 238 ss.; Walldén, s. 180 ss.; ks. vielä Lilius, LM 1920 s. 263; B. A. S.(almiala), DL 1941 II s. 79 ss.

¹⁷⁹ Sanottu epäselvyys koskee ennen kaikkea yhdenaikaisuusvaatimusta (*unitas actus*). Ks. vanhemmasta lainkäytöstä Godenhielm, JFT 1936 s. 254 ss.; af Hällström, JFT 1932 s. 342 ss. Uudemmassa lainkäytössä on yhdenaikaisuusvaatimus saavuttanut johdonmukaisuuden. Ks. esim. KKO 1939 I 35; 1940 II 82; 1943 II 240; 1944 II 127; 1944 II 226; 1945 II 251; 1946 II 127; 1948 II 470. Todistajien esteettömyyskysymyksessä esiintyy harvinainen johdonmukaisuus (vrt. sen sijaan kirjallisuudesta esim. Hakulinen, Luovutus s. 137 ss.; af Hällström, JFT 1932 s. 334 ss.; Zitting, s. 187), jos mittapuuna käytetään testamentin todistajista annettuja ratkaisuja. Ellei oteta lukuun erästä vanhaa oikeustapausta (ks. JFT Bil. s. 62b, missä SOO katsoi kaupan päteväksi, vaikka sen todistajista toinen oli esteellinen), on oikeuskäytäntömme vaatinut todistajien esteettömyyttä. Niinpä kauppvoja on julistettu pätemättömiksi mm. seuraavissa tapauksissa: KKO 1927 I 62 (toinen todistaja oli ostajan vaimon sisar); 1943 II 145 ja 1944 II 252 (kaupanvahvistaja oli ostajan eno); 1944 II 128 (kaupanvahvistaja oli myyjän serkku); 1954 II 98 (kaupanvahvistajan vaimo oli ollut todistajana); 1955 II 55 (kaupanvahvistajan kutsuma todistaja oli ollut ostajan edesmenneen sisaren ja myyjän tyttären mies). Huomaa KKO 1955 II 55: Kun samalla kertaa oli eri kauppakirjoilla myyty yhdellä kauppakirjalla kiinteistö kahta määräalaa lukuunottamatta ja kahdella kauppakirjalla nuo määräalat ja kun ostajat olivat saaneet myydyn omaisuuden haltuunsa, oli lainhuudatuslain 20 §:ssä säädetty moiteaika määräalojenkin luovutusten kohdalta luettava siitä, kun kiinteistön luovutukselle oli saatu lainhuuto (äänestys 3:2). Varsinkin viimeksi mainittu ratkaisu on ilmeinen »kohtuullisuusratkaisu», kuten jutun asiakirjat osoittavat.

Oikeuskäytäntömme on ollut epäjohdonmukaista myös asianajovaltakirjan muodon suhteen. Ks. edellä 7 §:n 11 av. olevaa kirjallisuutta. Sama koskee avioehdon muodon yhdenaikaisuusvaatimusta. Ks. toisaalta KKO 1940 II 119; 1953 II 133 sekä toisaalta KKO 12.12.1956 (julkaistu DL 1957 II s. 49 ss), missä täysistuntoratkaisulla luovuttiin yhdenaikaisuusvaatimuksesta. Ks. aviottoman lapsen tunnustamista koskevasta käytännöstä Caselius, LM 1955 s. 873.

¹⁸⁰ af Hällström, JFT 1932 s. 362 ss. mm.: Dyliska de veka hjärtats domar utplåna de fasta, rätta linjerna, framkalla osäkerhet och bitterhet... vilket väl icke är rätt och billigt; Lilius, LM 1907 s. 51.

varsin erilainen käsitys siitä, milloin on ylitetty »kohtuullisen muodollisuuden rajat».¹⁸¹

Kohtuuteen ei voitane vedota ainakaan siinä mielessä, että yksinomaan ja pääasiassa tällä perusteella evättäisiin oikeus vedota muotovirheeseen. Myöskään muutosäännösten *tulkinnassa* ei voida mennä kohtuuden nimessä tekemään myönnytyksiä. Muutosäännösten tulkinta muuttuu tällöin varsin epäyhtenäiseksi ja epävarmaksi. Sen osoittavat edellä esimerkkeinä mainitut Korkeimman oikeutemme ratkaisut. Erinomaisen selvästi se käy ilmi Ruotsin oikeuskäytännöstä, jossa kohtuullisuusperiaate on tulkinnallisella linjalla viety sangen pitkälle.¹⁸² Kohtuuteen vetoaminen on Ruotsin oikeuskäytännön viimeaikaisen tendenssin mukaista.¹⁸³

Sanotulla ei ole haluttu kokonaan kieltää kohtuusnäkökohtien merkitystä. Mutta niitä alkoon sovellettako muutosäännösten tulkintaan.

¹⁸¹ Ks. *Tirkkonen*, LM 1954 s. 753. Siinä lausutut ajatukset soveltuvat myös sopimusten muutosäännöksiin. *Tirkkonen* sanoo mm.: »Professori Ellilä on eräissä yhteyksissä korostanut, että prosessimme kansanomaisen luonne edellyttää sitä, että vältetään liiallista muodollisuutta. Tällä näkökohdalla on — se myönnettäköön — tietty oikeutuksensa. Toisaalta on kuitenkin huomattava, että prosessi-oikeudelliset normit sisältävät 'muotomääräyksiä', joilla oikeusvarmuuden kannalta on huomattava arvonsa. Lisäksi eri henkilöillä saattaa olla varsin erilainen käsitys siitä, milloin on ylitetty 'kohtuullisen' muodollisuuden rajat. Olen kuitenkin kaikkiaan sitä mieltä, että on täysi aihe menetellä melko varovasti, kun prosessimme kansanomaisuuteen nojautuen halutaan konkreettisesti yksityistapauksessa syrjäyttää jokin tilanteeseen muuten soveltuva prosessuaalinen normi.» Ks. tässä yhteydessä myös *Vahlén*, s. 364, joka lausuu, että jos muutosäännöksessä halutaan pysyä, useat näkökohdat puoltavat sitä, että muutosäännöstä sovelletaan ankaresti. Jokainen muotomääräyksen modifikaatio vähentää näet sen arvoa, mistä syystä on parempi kulkea joko vapaamuotoisuuden tai ankaran määrämuotoisuuden tietä kuin yrittää löytää jonkinlainen sovittelava kanta noiden kahden eri vaihtoehdon välillä.

¹⁸² Sanottu koskee varsinkin avioehtosopimuksen, kiinteistönluovutuksen, osituksen ja perinnönjaon sekä testamentin muutosäännöksiä. Ks. oikeustapauskatsausten osalta esim. *Ekeberg*, SvJT 1925 s. 1 ss. (testamentti); *Lind*, Festskrift Marks von Württemberg s. 359 ss. (perinnönjako); *Nial*, Festskrift Ekeberg s. 383 ss. (avioehtosopimus); *Unden*, Om vittnen s. 12 ss., *sama*, Solennitetsvittnen s. 16 ss. (kiinteistönkauppa). Ks. vielä *N. Beckman*, SvJT 1940 s. 43 ss.; *Karlgren*, SvJT 1952 s. 784 ss.; *Vahlén*, erit. s. 57 ss.

¹⁸³ Ks. esim. *Ahrnborg*, SvJT 1950 s. 490; *Bramsjö*, s. 58; *Vahlén*, 9 av. 9. Ks. lisäksi *Seth—Karlgren*, s. 140; *Zitting*, Kivimäen juhlaulkaisu s. 518. — *Karlgren*, Handpenningsavtal s. 302 sanoo, että mitä vanhemmasta muotomääräyksestä on kysymys, sitä selvempänä »modifiointi» esiintyy. *Karlgren* rinnastaa po. kehityksen Ruotsin tunnetusti lempeään rikosoikeudelliseen käytäntöön.

Sen sijaan voidaan suositaa sitä, että kun tietyssä yksityistapauksessa on todettu muotovirhe, siihen vetoaminen evätään kohtuuden ja etenkin eräiden muiden näkökohtien vuoksi. Kohtuusnäkökohdat otetaan tällöin huomioon, mutta ei epäyhtenäisyyteen johtavalla tulkintatiellä, vaan muodostamalla yhtenäisiä periaatteita, joilla muotovirheeseen vetoaminen yksityistapauksissa voidaan kieltää. Tämän periaatteen selvittelyyn palataan jäljempänä f-kohdassa.

e. Onko muotovirheeseen vetoaminen OikTL 33 §:n vastaista. OikTL 33 §:ssä säädetään, että oikeustointa, jota muuten olisi pidettävä pätevänä, ei voida saattaa voimaan, jos oikeustoimi on tehty sellaisissa olosuhteissa, että niistä tietoisesti olisi kunnianvastaista ja arvotonta vedota oikeustoimeen. Voiko muotovirheeseen vetoaminen *joskus*¹⁸⁴ olla tämän normin soveltamisen kohteena? Kysymykseen lienee vastattava kieltävästi.¹⁸⁵ OikTL 33 § soveltuu vain oikeustoimen pätemättömäksi julistamiseen, mutta ei päinvastaiseen tapaukseen, pätemättömän oikeustoimen tehokkaaksi selittämiseen.

OikTL 33 § lienee yhdenmukainen sen oikeudessamme olevan yleisen periaatteen kanssa, että ihmisten toiminnan tulee olla rehellistä ja kunniallista.¹⁸⁶ Voidaan siis kysyä, onko muotovirheeseen vetoaminen *joskus* tuon yleisen oikeusperiaatteen vastaista. Ennen kysymykseen vastaamista on — probleemin valaisemiseksi — syytä tutustua Saksan oikeuskäytäntöön.

Saksan oikeuskäytäntö on evännyt varsin laajassa mitassa mahdollisuuden vedota muotovirheisiin. Sopimuskumppani voi vedota yleiseen, petollisuuden estävään vapautusperusteeseen (*exceptio doli generalis*). Reichsgericht käyttää puheena olevaa oikeuskeinoa useissa eri tilanteissa, jolloin ratkaisu muuten johtaisi kohtuuttomuuteen. Periaate ei siis rajoitu muotovirheisiin.¹⁸⁷ Puheena oleva normi, *exceptio doli generalis* -normi, juontuu roomalaisesta oikeudesta.¹⁸⁸ Sisältönsä, sellaisena kuin se oikeuskäytännössä esiintyy, se saa lähinnä BGB:n 242 ja 826

¹⁸⁴ Vain *joskus* voi muotovirheeseen vetoaminen olla oikeusnormin vastaista, mutta ei yleensä. Ks. esim. *Nipperdey*, JZ 1952 s. 579.

¹⁸⁵ Vrt. sitä vastoin *Kivimäki*, LM 1955 s. 750.

¹⁸⁶ Tällaisen yleisen oikeusperiaatteen katsotaan vallitsevan oikeusjärjestyksessämme. Ks. mm. *Kivimäki*, s. 146; *Telaranta*, s. 18 ss. (hieman epäroiden s. 19); *Vihma*, Tiedonantovelvollisuus s. 34 ss.; *Zitting*, s. 129. Ks. vielä esim. *Arnholm*, s. 324; *Stang*, s. 596.

¹⁸⁷ Näin esim. *Jacoby*, s. 2.

¹⁸⁸ Ks. *Jacoby*, s. 2 ss.; *Jörs-Kunkel-Wenger*, s. 203, s. 261; *Sohm-Mitteis-Wenger*, s. 705 ss.

pykälistä.¹⁸⁹ Exceptio doli generalis -normi ei kuitenkaan ole identtinen puheena olevien pykälien kanssa. Sen sisältö on vaihdellut melkoisesti oikeuskäytännössä, jopa sovellettuna muutosäännöksiinkin.¹⁹⁰ Tässä ei ole syytä ryhtyä tutkimaan, millainen sisältö sillä on eri aikoina ollut ja miten Saksan oikeuskäytäntö on kutakin lukuisista ratkaisuksistaan perustellut.¹⁹¹ Nyt riittää, kun todetaan, että Saksassa on evätty vetoaminen muotovirheeseen yleislausekkeella, joka muistuttaa meillä vallitsevaa yleistä rehellisyyden ja kunniallisuuden vaatimusta. Toisaalta on huomautettava, että Saksan oikeudessa on ollut erinomainen aihe turvautua kysymyksessä olevaan normiin. Kun Saksan oikeuden mukaan osapätemättömyys aiheuttaa yleensä koko oikeustoimen pätemättömyyden, on ollut syytäkin evätä osassa sopimusta olevaan muotovirheeseen vetoaminen.¹⁹²

Edellä lausuttu taustana palaamme kysymykseen, onko oikeutemme mukaan muotovirheeseen vetoaminen joskus yleisen rehellisyyttä ja kunniallisuutta vaativan oikeusperiaatteen vastaista. Näin voinee asiantilaita joskus olla.¹⁹³ Vetoaminen muotovirheeseen merkitsee silloin kahden oikeusnormin näennäistä ristiriitaa. Tuo ristiriita voidaan ratkaista useallakin tavalla. Luontainen ajattelu puhuu lähinnä kahden ratkaisumahdollisuuden puolesta. Toinen vaihtoehto on, että rehellisyyttä ja kunniallisuutta koskevaan normiin vedoten evätään oikeus vedota muotovirheeseen. Toisen vaihtoehdon mukaan sopimuskumppanille myönnetään oikeus vahingonkorvaukseen, tosin vain negatiivisen sopimusedun määrään saakka.¹⁹⁴

¹⁸⁹ BGB 242 §: Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. — 826 §: Wer in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem anderen zum Ersatze des Schadens verpflichtet.

¹⁹⁰ Laajimmillaan normi oli kansallissosialismin vallitessa. Nyt yritetään palata aikaisempaan ja tiukempaan kantaan. Näin *Boehmer*, s. 99.

¹⁹¹ Ks. yleensä esim. *Arndt*, DJZ 1926 s. 805; *Boehmer*, s. 80 ss., erit. s. 95 ss.; *Enneccerus—Nipperdey*, II s. 651 ss.; *Hildebrandt*, s. 117 ss.; *Jacoby*, s. 13 ss., erit. s. 74 ss.; *Nipperdey*, JZ 1952 s. 577 ss.

¹⁹² Ks. edellä 11 §:n av. 9 kohdalla ja av. 33 lausuttua.

¹⁹³ Vrt. *Oser—Schönenberger*, s. 91; *Schneider*, s. 18; *von Tuhr* II:1 s. 502: Die Berufung auf Formnichtigkeit verstösst nicht gegen Treu und Glauben, ks. kuitenkin s. 502 av. 40.

¹⁹⁴ Näin mm. *Arnholm*, s. 125, joka lausuu kuitenkin, että yleistä sääntöä ei voida asettaa, vaan ratkaisu on tehtävä kussakin tapauksessa erikseen. Ks. myös *Becker*, s. 58; *Guhl*, s. 97; *Karlgren*, Spörsmaal, s. 66 ss.; *Leonhard*, s. 274; *Tuhr—Siegwart*, I s. 225; *von Tuhr*, II:1 s. 502 av. 40.

f. Yhteen veto. Ratkaistaessa kysymystä, voiko muotovirheeseen vetoaminen joskus olla oikeusnormin vastaista, on edellä pyritty erittelemään ratkaisuun vaikuttavia näkökohtia. On todettu, että sopimuksissa ei yleensä vallitse ns. muotovirheen vaikutuksettomuuden periaatetta. Jos virhe on pieni tai salainen, ei se sinänsä estä vetoamasta muotovirheeseen. Samoin on asianlaita, vaikka ratkaisu tuntuisi kohtuuttomalta. Sen sijaan muotovirheeseen vetoaminen voi joskus olla yleisen rehellisyyttä ja kunniallisuutta koskevan oikeusperiaatteen vastaista. Milloin näin on asianlaita?

Jos joku on *tahallaan* aiheuttanut muotovirheen *käyttääkseen* sitä myöhemmin *hyväkseen*, täytyy tuollaista menettelyä pitää rehellisyyden ja kunniallisuuden vastaisena oikeudelliseltakin kannalta. Esimerkiksi kiinteistön myyjä kutsuu kauppakirjaa todistamaan jonkun sellaisen sukulaisensa, joka on siihen esteellinen. Hän tekee tämän siitä syystä, että hän voi saamallaan kauppahinnalla tehdä uuden, varsin edullisen kaupan. Tuon kaupan voitolla hän sitten »ostaa» myymänsä kiinteistön takaisin. Hän toisin sanoen vetoaa muotovirheeseen, joutuu palauttamaan saamansa kauppahinnan, jonka reaaliarvoa inflaatio on koko ajan pienentänyt, ja saa takaisin kiinteistön, jonka reaaliarvo on inflaation johdosta noussut. Tällaisessa tapauksessa voidaan suositella, että oikeus muotovirheeseen vetoamiseen evätään.¹⁹⁵

Jos joku *muulla tavoin tahallaan* on aiheuttanut muotovirheen, esimerkiksi »takaamalla kunnian miehenä pysyvänsä sanassaan», ei liene syytä yleensä suositella muotovirheeseen vetoamisen epäämistä. Sama koskee tapausta, jolloin on kysymys ainoastaan *tuottamuksesta*. Joskus voitaneen noissakin tapauksissa evätä muotovirheeseen vetoaminen. Näin on asianlaita, jos varsin useat näkökohdat puhuvat ratkaisun puolesta.¹⁹⁶ Tällaisista näkökohdista mainittakoon edellä eriteltyt seikat (kohtuus, virheen pienuus ym.) ja lisäksi mahdollinen täyttämistoimi,

¹⁹⁵ Vrt. erit. *Karlgren*, Spörsnål s. 67, joka lausuu tällaisesta ratkaisusta, että se on »radikaalinen», joskin materiaaliselta kannalta hyvin tyydyttävä. *Karlgren* ei kuitenkaan katso voivansa suositella sitä, koska se tuskin soveltuu Ruotsin tämänhetkiseen oikeuskäsitelyyn, mikä on mennyt erittäin pitkälle eliminoidessaan muotovirheen haitallisia vaikutuksia (ks. emt. av. 78 mainittuja oikeustapauksia). Vaikka meidän oikeuskäytäntömme ei yleensä ole mennyt niin pitkälle kuin Ruotsin, on tämän materiaalisesti tyydyttävän kannan omaksumista suositettava.

¹⁹⁶ Ks. edellä 3 §:n 22 av. kohdalla lausuttua, missä eräässä yksityistapauksessa on kysymys ratkaistu siten, että on tunnustettu muotovirheen olemassaolo, mutta evätty oikeus vedota siihen.

ajan kuluminen sopimuksen solmimisesta,¹⁹⁷ onko muotovirhe, varsinkin sivusopimuksissa ja päiväämistapauksissa,¹⁹⁸ aiheutettu tahallaan vai onko se syntynyt vahingossa, sekä mahdolliset muut näkökohdat.

Muotovirheeseen vetoaminen voidaan siis joskus evätä. Ellei tällainen ole mahdollista, herää kysymys, voidaanko sopimuspuolelle myöntää negatiivisen sopimusedun määräinen vahingonkorvaus. Mikään ei voine estää sitäkään, että tuollainen vahingonkorvausoikeus esiintyy itsenäisenä, siitä riippumatta,¹⁹⁹ onko olemassa muotovirheeseen vetoamisen epäämisoikeus. — Edellä on hieman tarkasteltu negatiivisen sopimusedun määräisen vahingonkorvauksen myöntämistä. Tällöin lausuttiin, että kysymystä ei voitane ratkaista yleisillä säännöillä. Sitä on siis tarkasteltava kunkin muutosäännöksen kohdalta erikseen.¹⁹⁹ Tämä koskenee niitäkin tapauksia, jolloin vahingonkorvausoikeudella pyritään sovittelemaan tarkastelun alaisia tapauksia.²⁰⁰

On myönnettävä, että muotovirheeseen vetoamisen epäämismahdollisuus tietää varsin vaarallisen yleislausekkeen tuomista oikeusjärjestykseen.²⁰¹ Sen vuoksi siihen voidaan turvautua vain erittäin harvoissa tapauksissa. Normin käyttämistä puoltavat kuitenkin eräät painavat syyt. Oikeuskäytäntömme, varmaan jossain määrin Ruotsin esimerkkiä seuraten, on tuonut kohtuullisuusajattelun muutosäännöstenkin pariin. Tämä on tehty epätarkoituksenmukaisella tavalla: tulkinnan tiellä. Lausutaan esimerkiksi, että muutosäännökseen ei kuulu sellainen esteettömyys, joka lain sanamuodon mukaan siihen kuuluu. Tällainen menettely merkitsee, että muutosäännösten oikean sisällön selvittäminen lähtee liukumaan kaltevaa pintaa vaarantaen oikeusvarmuutta.²⁰² Kaltevalle pinnalle astuminen merkitsee tietynlaisen »ikiliikkujan» liikkeelle pane-
mista. On näet varsin vaikeaa lähteä kiristämään otetta tulkinnan tiellä.²⁰³ Tätä osoittaa parhaiten se, että Ruotsissa, missä oikeuskäy-

¹⁹⁷ Ks. *Nipperdey*, JZ 1952 s. 579.

¹⁹⁸ Jos esimerkiksi jokin sopimuksen välipuhe on unohduksessa jäänyt pois sopimuksesta, voitaneen sitä joskus käsitellä toisin, kuin jos se on jätetty tahallaan pois. Vrt. *af Hällström*, JFT 1955 s. 321 ss.

¹⁹⁹ Ks. 9 §:n 113 av. kohdalla lausuttua.

²⁰⁰ Vrt. edellä av. 194 olevaa kirjallisuutta.

²⁰¹ Esim. *Nipperdey*, JZ 1952 s. 580 korostaa, että Reichsgerichtin em. käytäntö on luonut joustavan yleislausekkeen, joka liittyy oikeusetiikkaan. Ks. yleislausekkeista yleensä esim. *Kivimäki*, LM 1950 s. 302 ss.; *Knoph*, *Standarder* s. 1 ss. Huomaa *Fischer*, s. 54, missä lausutaan yleislausekkeista: Sie sind Sicherheitsventile!

²⁰² Ks. *Caselius*, LM 1953 s. 972.

²⁰³ Vrt. *Nybergh*, JFT 1944 s. 364.

täntö on tuollaisella liukuvalla tiellä, on lausuttu usein, että oikeuskäytännön ei ole syytä ryhtyä kiristämään muotovaatimuksia, vaan sen tulee tapahtua lainsäädännöllä.²⁰⁴ Jos oikeuskäytäntö on tulkinnut lakia siten, että esimerkiksi todistajat saavat olla esteellisiä, kuka ymmärtää sen, että esteelliset todistajat eivät yhtäkkiä enää kelpaisikaan! Oikeuskäytännön on, kuten sanottu, vaikeaa ryhtyä kiristämään löysääntynyttä tulkintaa. Tästä syystä ei voida suosittaa tulkinnan tietä. Sitä vastoin on suositettava sitä, että pysytään tiukasti muotosäännöksissä, myönnettään muotovirheen olemassaolo, mutta joissakin erittäin harvoissa tapauksissa evätään muotovirheeseen vetoamisen oikeus. Milloin näin menetellään, on välttämätöntä tarkoin ilmaista, mistä syystä niin on tehty. Muussa tapauksessa se on oikeusvarmuuden kannalta ainakin yhtä vaarallista kuin kulkeminen tulkinnan tietä. Puheena olevaa normia sovellettaessa on meneteltävä vieläkin varovaisemmin kuin sovellettaessa OikTL 33 §:ää.²⁰⁵

²⁰⁴ Näin mm. *Ekeberg*, Tfr 1937 s. 483; *Nial*, Festskrift Ekeberg s. 394; *Undén*, Sakrätt II:1 s. 158: En skärpning av formkravet, som synes vara ur flera synpunkter önskvärd, torde emellertid endast bör ske lagstiftningsvägen; *Vahlén*, s. 53. Samoin meillä *Rautiala*, LM 1955 s. 558. Ks. myös *Heck*, Intressenjurisprudenz s. 186.

²⁰⁵ Ks. *Vihma*, Tiedonantovelvollisuus s. 41, missä lausutaan OikTL 33 §:n soveltamisesta yleensä: »Meidän tuomioistuimemme ovat . . . seuranneet yleistä oikeuskehitystä vain varovaisesti, tekisi mieli sanoa liian hitaasti. Ei pitäisi pelätä rehellisyyden ja kunniallisuuden vaatimusten tiukentamista sopimustenteossa.» — Viime vuosina on ko. yleislausekkeen käyttö lisääntynyt. Ks. KKO 1948 II 379; 1949 II 258 ja 377; 1951 II 151; 1952 II 52; 1954 II 107.

15 §. Ns. SUPPEAN TULKINNAN VAATIMUS

A. Katsaus kirjallisuuteen. Muotomääräysten tärkeimpiä peruskysymyksiä on kysymys niiden suppeasta¹ tulkinnasta. Voidaanko muutosäännöksiä tulkita laajentavasti?

Eräiden mielestä muotomääräyksiä on tulkittava suppeasti.² Tämä käsitys perustuu lähinnä kahteen näkökohtaan, muotomääräysten poikkeuksellisuuteen ja eräisiin oikeuspoliittisiin näkökohtiin. Toiset sen sijaan katsovat, että muotomääräyksiä voidaan tulkita laajentavasti.³ Jopa analogiakkin katsotaan mahdolliseksi.⁴ Laajentavaa tulkintaa perus-

¹ Suppea-sanaa ei ole varustettu lainausmerkeillä niin kuin *Zitting* (s. 364) tekee. Suppea tulkinta ja supistava tulkinta on tässä ja vain tässä synonymisoitu. Probleemina näet on, voidaanko muotomääräyksiä tulkita laajentavasti. Tämän kysymyksen kannalta on yhdentekevää, puhutaanko suppeasta vai supistavasta tulkinnasta.

² Näin meillä mm. *Ailio*, LM 1923 s. 138; *Chydenius*, KR I s. 23; *Haataja*, Käsite s. 46; *Heikonen*, LM 1939 s. 362, *sama*, DL 1942 II s. 38; *Lilius*, LM 1925 s. 708, joka lausuu jopa: »Meidän lakimmehan ei yleensä rakasta muodollisuuksia, ja milloin se poikkeustapauksessa katsoo täytyvänsä sellaiseen turvautua, se tapahtuu miltei vastenmielisesti ja mahdollisimman lievässä muodossa. Tällaisia poikkeustapauksia koskevia säännöksiä ei yleisten laintulkintaperiaatteiden mukaan saa ulottaa muihin, olkoonpa läheisiinkin tapauksiin. Ne ovat 'strictissime' sovellettavat, ja tulkittavat»; *Bo Palmgren*, JFT 1952 s. 135 (kenties); *Rautiala*, Holhous-oikeus s. 231, *sama*, LM 1955 s. 557, s. 629, DL 1957 II s. 53. Samoin mm. *Danz*, s. 141, vaikka hän lausuu, että muotomääräykset ovat samojen tulkintasääntöjen alaisia kuin muut lainsäätäjän tahdonilmaisut (s. 139); *Schneider*, s. 15.

³ Näin mm. *Caselius*, LM 1955 s. 869, joskin hän on aikaisemmin (Irroittamis-oikeudet s. 65, s. 125 ja DL 1938 s. 139) esittänyt päinvastaisen käsityksen, mikä kuitenkin ei ole tarkoitettu poikkeuksettomaksi, kuten *Caselius* lausuu LM 1955 s. 869; *Godenhjelm*, JFT 1936 s. 262 ss.; *Hakulinen*, Luovutus s. 39 ss.; *Ylöstalo*, DL 1953 s. 99, *sama*, Tulkinta s. 67; *Nybergh*, JFT 1952 s. 229 av. 14. Samoin mm. *Ehrenzweig*, I:1 s. 264; *Knoph*, Arverett s. 124; *von Tuhr*, II:1 s. 501; *Vahlén*, s. 52 ss.

⁴ Näin *Hakulinen*, SvJT 1946 s. 748, *sama*, Luovutus s. 39; *von Tuhr*, II:1 s. 501. Ks. myös *af Hällström*, JFT 1952 s. 134, mistä ilmenee, ettei Hällström periaatteessa suhtaudu kielteisesti analogian käyttöön. Huomaa *Honkasalo*, I s. 48: »Huolimatta

tellaan sillä, että muotomääräykset kuuluvat materiaaliseen oikeuteen, minkä vuoksi niitä on tulkittava kuten muitakin materiaalisen oikeuden normeja.⁵ Vaikka tälle teoreettisluontoiselle näkökohdalle ei annettaisikaan suurta merkitystä, voi laajaa tulkintaa puoltava käsitys viitata edellisen lisäksi oikeuskäytäntöön⁶ ja siihen, että vaikka jotkut oikeusoppineet ovat periaatteessa olleet suppean tulkinnan kannalla, eivät he aina ja johdonmukaisesti ole voineet pysyä tulkintasäännössään.⁷

Suppean tulkinnan puolustajat viittaavat usein muotomääräysten poikkeuksellisuuteen. Ajatus kulkee seuraavaa rataa. Poikkeussäännöksiä on tulkittava suppeasti — muotosäännökset ovat poikkeussäännöksiä — siis muotosäännöksiä on tulkittava suppeasti.⁸ Käsitys nojaa kahteen väittämään. Toinen on se, että poikkeussäännöksiä on tulkittava suppeasti, ja toinen, että muotomääräykset ovat poikkeussäännöksiä. Pitävätkö premissit paikkansa? Meillä esitetään yleisesti, että poikkeussäännöksiä on tulkittava suppeasti.⁹ Tämän mielipiteen oikeellisuuden tutkiminen koko laajuudessaan on niin suuri kysymys, ettei siihen voida tässä tutkimuksessa ryhtyä.¹⁰ Otamme väitteen kuitenkin työhypoteesiksi ja kysymme, ovatko muotomääräykset poikkeussäännöksiä.

Muotomääräykset eivät ole poikkeussäännöksiä tuon sanan varsinaisessa mielessä. Poikkeuksellisuutta arvosteltaessa on näet otettava

siitä, että analogian ja varsinaisen tulkinnan välillä on mainittu periaatteellinen ero, käytännössä ei suinkaan aina ole helppo sanoa, kumpaa tietä tulokseen on tultu.»

⁵ Ks. *Caselius*, LM 1955 s. 869; *Nybergh*, JFT 1952 s. 229 av. 14; *Vahlén*, s. 52. Ks. lisäksi *Heck*, *Interessenjurisprudenz* s. 184 ss. lausuttua.

⁶ Tähän viittaavat *Caselius*, LM 1956 s. 869; *Ylöstalo*, DL 1953 s. 100 av. 37. Ks. myös jäljempänä B-kohdassa mainitut oikeustapaukset.

⁷ Tähän viittaavat *Hakulinen*, *Luovutus* s. 40 av. 1; *Ylöstalo*, DL 1953 s. 99 av. 36.

⁸ Näin mm. *Ailio*, LM 1923 s. 138; *Danz*, s. 141; *Haataja*, *Käsite* s. 46; *Heikonen*, DL 1942 II s. 38; *Rautiala*, LM 1955 s. 557; *Schneider*, s. 15.

⁹ Näin edellisessä av:ssä mainittujen lisäksi mm. *Ellilä*, *Sivullisen oikeussuoja* s. 54 av. 76; *Hernberg*, s. 28; *Melander*, LM 1954 s. 133; *Vihma*, *Tiedonantovelvollisuus* s. 77 ss.; *Zitting*, s. 364. Ks. lisäksi *Aaltonen*, s. 97 av. 28, joka katsoo, ettei suppeassa tulkinnassa voida aina pysyä; *Alanen*, s. 96 ss.; *Ekström*, s. 66, joka katsoo, ettei poikkeussäännöksiä aina tarvitse tulkita *supistavasti*; *Montgomery*, s. 96, joka esittää päinvastaisen käsityksen kuin *Ekström*.

¹⁰ Ks. erit. *Heck*, *Interessenjurisprudenz* s. 186 ss., jonka mukaan poikkeussäännöksistä voidaan puhua loogisessa ja tilastollisessa merkityksessä. Omalta osaltani tarkoitan poikkeuksellisuudella juuri tilastollista, eksaktia poikkeuksellisuutta.

huomioon poikkeusten lukumäärä. *Ellilään*¹¹ yhtyen on lausuttava, »että jos poikkeusten lukumäärä huomattavasti lisääntyy, niin toisinaan onkin tarpeen suorittaa uudelleenarviointi, eikä poikkeuksista olekin tullut pääsääntö». Näin ei ole ainakaan vielä muotomääräystemme osalta, vaikka niitä onkin esineoikeudessa runsaasti. Poikkeusten runsaus merkinnee, ettei sääntöä poikkeussäännösten suppeasta tulkinnasta voida soveltaa sellaisenaan ja normaalissa laajuudessa.¹² Muotomääräykset ovat ryhmä- tai systeemipoikkeuksia.

Suppean tulkinnan vaatimus nojautuu myös eräisiin oikeuspoliittisiin näkökohtiin. Voidaan viitata siihen, että muotomääräykset ovat »yleisen elämäkäsitetyksen» vastaisia.¹³ Voidaan myös sanoa, että kun muotomääräyksillä on tiettyjä haittoja,¹⁴ niin noita haittoja ei ole ulotettava laajemmalle kuin on välttämätöntä. Niiden vastapainoksi voidaan viitata muotomääräysten etuihin ja sanoa, että ne on joskus syytä ulottaa laajemmalle kuin mihin suppealla tulkinnalla päästään.¹⁵

B. Eräitä tulkintatapauksia. Edellä lausutun perusteella ei ole syytä ottaa kantaa suppean tulkinnan kysymykseen. On vielä tarkasteltava eräitä tulkintatapauksia.

a. Esisopimuksen muoto. Esisopimuksen (*pactum de contrahendo*)¹⁶ tärkeimpiä kysymyksiä on kysymys sen muodosta.¹⁷ Tämä kysymys ei

¹¹ *Ellilä*, Sivullisen oikeussuoja s. 54 av. 76.

¹² Huomaa *Heck*, Interessenjurisprudenz s. 188, joka leimaa tekstissä esitetyn ajattelutavan »aidoksi käsitelainopiksi», jota muka ei voida sallia.

¹³ Näin *Danz*, s. 141.

¹⁴ Ks. edellä 14 §:n av. 132 esitettyä.

¹⁵ Ks. lisäksi *Ylöstalo*, DL 1953 s. 100 olevia perusteluja.

¹⁶ Esisopimus-sana on käännös saksankielisestä sanasta Vorvertrag. Sen toi kirjallisuuteen Thöl vuonna 1854. Näin mm. *Oser—Schönenberger*, s. 157; *Schneider*, s. 36; *Windscheid*, PR II s. 193 av. 1.

¹⁷ Näin *Caselius*, Irroittamisoikeudet s. 67. Ainakin yhtä tärkeä on kysymys esisopimusten sitovuudesta. Nyt riittänee, kun todetaan, että yleensä esisopimukset ovat sitovia. Ks. esim. *Caselius*, Irroittamisoikeudet s. 66 ss.; *Chydenius*, KR I s. 202; *Ekström*, s. 559 ss.; *Godenhjelm*, JFT 1952 s. 194; *Haataja*, Käsité s. 66; *Hakulinen*, Luovutus s. 113 ss.; *Hernberg*, DL 1925 s. 359 ss.; *Kaila*, Pääpiirteet s. 190; *Kivimäki*, s. 78 ss.; *Rautiala*, Avioliitto-oikeus s. 20; *Rekola*, Vanhentuminen s. 87, s. 126; *Vihma*, Sopimussakko s. 31, s. 94; *Wrede*, Allgemeiner Teil, s. 58, Oikeus-toimilaki s. 36. Ks. lisäksi *Almén*, Om auktion II s. 297 ss.; *Enneccerus—Lehmann*, s. 686 ss.; *Lassen*, s. 12 ss.; *Nordling*, (p. 1891) s. 219 ss.; *Schneider*, s. 37 ss.; *Reuterskiöld*, Esisopimus s. 30 ss. olevaa kirjallisuuskatsausta; *Ussing*, s. 97 ss.

ole yleensä joutunut lainsäädännön kohteeksi.¹⁸ Niinpä se on avoinna muun muassa meidän ja skandinaavisten oikeusjärjestysten osalta.¹⁹

Kysymys esisopimuksen muodosta on kirjallisuudessa ollut vilkkaan pohdinnan kohteena. Esitetyt mielipiteet voidaan karkeasti mitaten jakaa neljään ryhmään. Eräiden mielestä pääsopimuksen muotomääräyksiä on sovellettava esisopimukseen.²⁰ Toiset taas sanovat, että pääsopimuksen muotomääräys ei ulotu esisopimukseen, perustaen käsityksensä muun muassa siihen, että muotomääräyksiä ei pitäisi tulkita laajentavasti.²¹ Kolmas, niin sanoakseni sveitsiläis-itävaltalainen käsitys katsoo, että esisopimukseen on sovellettava pääsopimuksen muotomääräyksiä, mikäli ne on annettu sopimuskumppanien suojaksi.²² Neljäs varsinkin pohjoismaissa sangen yleinen käsitys sanoo, että kysymys on ratkaistava kussakin yksityistapauksessa erikseen.²³

¹⁸ Ks. kuitenkin *Sveitsin* OR 22 art., missä määrätään, että milloin laki määrää tietyn muodon sopimuspuolten suojaksi, jotta sopimus olisi pätevä, koskee muotomääräys esisopimustakin. Vastaavanlainen legaalinormi sisältyy *Itävallan* ABGB 936 §:ään. *Heldrichin* lakiluonnoksen 5 §:ssä määrätään, että pääsopimuksen muoto koskee myös esisopimuksia, mikäli muotosäännöksen tarkoituksesta ei muuta johdu. *Saksan* BGB ei sisällä yleissäännöstä. Tämä ilmenee selvästi lain esitöistä, ks. *BGB Motiv*, I s. 184. Samoin *Caselius*, *Irroittamisoikeudet* s. 66 av. 3. Toisin *Hernberg*, s. 225, *sama*, DL 1925 s. 359.

¹⁹ Huomaa seuraavat jo kumotut legaalinormit: L. 7.8.1942 (Ask. 629) 2 § 1 mom.; A. 5.2.1943 (Ask. 138) 1 §, 2 §; L. 22.12.1944 (Ask. 976) 2 §, 4 §; Tulloon tähän otetuksi em. A:n 1 § 1 mom.: »Jos — — — on tehty kiinteistön vastaista luovuttamista tarkoittava sopimus, jossa sitoudutaan luovuttamaan kiinteistö sanotun päivän jälkeen päättyvässä ajassa erikseen tehtävällä kauppa- tai muulla luovutuskirjalla, on saantoon, joka perustuu tällaiseen — — — luovutuskirjaan, haettava lupa — — —»

²⁰ Näin mm. *Ekström*, s. 559: »i regel» näin; *El. Kaila*, *Pääpiirteet* s. 190; *Windscheid*, PR II s. 194, tosin eräin varauksin. Tällä kannalla oli alkujaan myös *Hernberg*, DL 1925 s. 368, mutta hän muutti sittemmin käsitystään, ks. seuraava av. Ks. vielä *Hakulinen*, *Luovutus* s. 115.

²¹ Näin mm. *Hernberg*, s. 231; *Reuterskiöld*, *Esisopimus* s. 49 ss. Ks. lisäksi *Tobias*, s. 28 ss., erit. s. 35, missä esitetään outo käsitys. Kun siinä korostetaan vapaamuotoisuutta, voitaneen mielipide mainita tässäkin kohdassa.

²² Mielipiteistä, jotka on esitetty muiden kuin Sveitsin ja Itävallan oikeusjärjestyksiä silmällä pitäen, näin mm. *Dernburg*, II:1 s. 217; *Larenz*, s. 54.

²³ Näin mm. *Almén*, *Om auktion* II s. 297; *Caselius*, *Irroittamisoikeudet* s. 67; *Kivimäki*, s. 78 ss.; *Lassen*, s. 13; *Nordling*, (p. 1891) s. 220; *Stang*, s. 268 av. 3; *Ussing*, s. 97, s. 112, missä on esitetty eräitä sääntöjä kysymyksen ratkaisua varten. Tällä kannalla täytynee katsoa *Vihmankin* olevan (ks. *Sopimussakko*, s. 174), vaikka hän DL 1951 s. 210 lausuu sanat, joiden mukaan esisopimukseen olisi aina sovellettava pääsopimuksen muotosäännöksiä.

Oikeuskäytännössämme ei kysymys ole joutunut periaatteena ratkaistavaksi, mutta kyllä erään yksityistapauksen yhteydessä. Kiinteistökaupan esisopimuksen muoto on ollut usein esillä. Korkein oikeutemme on omaksunut käsityksen, että tuollainen esisopimus sitoo edellyttäen, että siinä on noudatettu kiinteistönluovutuksen muotomääräyksiä.²⁴

Kirjallisuudessa vallitseva käsitys ja oikeuskäytäntömme ovat siis tulkinneet muotomääräyksiä laajentavasti, soveltaen pääsopimuksen muotomääräyksiä esisopimukseen. Tällainen laajentava tulkinta on hyväksyttävä. Ellei pääsopimuksen muotomääräyksiä yleensä sovellettaisi²⁵ esisopimukseen, menettäisivät muotomääräykset kaiken merkityksensä.²⁶ Voitaisiinkin silloin vapaamuotoisella sopimuksella päästä pääsopimuksen tarkoitukseen.²⁷

b. Purkusopimuksen muoto. Sopimuksen purkamiseen liittyy useita vaikeita kysymyksiä.²⁸ Sellainen on kysymys purkamisen muodosta. — Purkamisen muodosta ei liene missään oikeusjärjestyksessä annettu sel-

²⁴ Näin mm. KKO 1928 I 50; 1936 I 44; 1943 II 87; 1944 II 262; 1951 I 5; 1952 I 14 ja II 3; 1954 II 121; t. 7/2 1955, julkaistu DL 1955 II s. 83 ss.; t. 4/5 1956, julkaistu DL 1956 II s. 87 ss. Ks. lisäksi KKO 1925 I 14; 1928 I 50. Vrt. Wrede—Caselius, I s. 241 av. 2, missä väitetään, että »Suomessa on vakiintunut oikeudenkäyttö, jonka mukaan ei kiinteistökaupan muodossakaan tehdyn esisopimuksen perusteella voida vaatia luovutuksen täyttämistä». Tämä ei enää pidä paikkaansa (ks. Hakulinen, SvJT 1946 s. 750, sama, Luovutus, s. 115). Jo noin 20 vuotta voidaan tekstissä esitetyn oikeuskäytännön sanoa vallinneen. Ks. vanhemmasta oikeuskäytännöstä Wrede—Caselius, ibid. sekä lisäksi KKO 1929 II 250, II 380, II 611, II 869. Huomaa myös KKO 1925 II 157.

²⁵ Esitetystä ilmenee käsitykseni, jonka mukaan kysymys on ratkaistava yksityistapauksittain.

²⁶ Tähän viittaavat mm. Almén, Om auktion II s. 297 ss.; Caselius, Irroittamisoikeudet s. 67 ss.; Hakulinen, Luovutus s. 115; Hernberg, DL 1925 s. 368; Larenz, s. 54; Schneider, s. 38; Vihma, Sopimussakko s. 174 ss.

²⁷ Esisopimus luo kontrahoisvelvollisuuden. Sen ensisijaisena päämääränä on pääsopimuksen teko. Pohjimmaisena tarkoituksena on kuitenkin pääsopimuksen tarkoittaman oikeussuhteen aikaansaaminen. Ks. esim. Caselius, Irroittamisoikeudet s. 66; Nordling, (p. 1891) s. 220; Schneider, s. 38. Ks. lisäksi Hakulinen, Luovutus s. 113. Vrt. sen sijaan Hernberg, s. 225, sama, DL 1925 s. 359.

²⁸ Jo purkamisen käsite on varsin epäselvä. Siitä ei voitane antaa minkäänlaista asiallista määritelmää. Siksi paljon eri purkutapaukset vaihtelevat. Ks. erilaisista käsityksistä esim. Godenhjelm, s. 181 ss. viitteineen; Rødhe, Hævning s. 458 ss. viitteineen. Purkamista ei saa sekoittaa irtisanomiseen. Ks. tästä Laakso, LM 1939 s. 534 ss.

laista yleisnormia, kuin esisopimuksesta on annettu.²⁹ Joitakin erityismääräyksiä on meilläkin olemassa.³⁰

Kirjallisuudessa ei purkamisen muotokysymys ole ollut siinä määrin esillä kuin vastaava esisopimusta koskeva kysymys. Esitetyt mielipiteet jakaantuvat karkeasti ottaen kolmeen ryhmään. Eräiden mielestä sopimus on yleensä purettava samassa muodossa kuin se on tehtykin.³¹ Toiset katsovat, että määrämuotoinen sopimus voidaan purkaa millä tavoin tahansa.³² Kolmannen käsityksen mukaan purkamisen on yleensä vaipaamuotoista, mutta jos sopimuksen *muotoon* kuuluu viranomaisen myötävaikutus, on purkamisen tehtävä samassa muodossa.³³

Purkamisen muodosta ei voitane antaa minkäänlaista ehdottoman varmaa sääntöä. Tapaukset on ratkaistava kukin erikseen. Yleensä purkamiseen ei tarvitse soveltaa sopimuksen tekemisestä annettuja muotomääräyksiä. Käsitys perustuu siihen, että koska ainoastaan oikeustoimen *tekeminen* on määrätty tapahtuvaksi tietyllä tavalla, ei muotomääräystä tarvitse soveltaa purkamiseen, joka on kausaltaan aivan muuta kuin oikeussuhteen perustamista koskeva oikeustoimi.³⁴ Lisäksi

²⁹ Eräänlainen »yleissäännös» lienee ollut roomalaisen oikeuden *stipulatio aquiliana* -kaava, joka kantaa »keksijänsä» Gallus Aquiliuksen nimeä. Alun perin roomalaisessa oikeudessa vallitsi sääntö, että sopimus on purettava päinvastaisessa järjestyksessä, kuin se on tehty (*contrarius actus*), ks. esim. Jhering, s. 626 ss.; Jörs—Kunkel—Wenger, s. 193 ss.; Sohm—Mitteis—Wenger, s. 193. *Stipulatio aquiliana* -kaava muutti *contrarius actus* -säännöksen, ks. Ask, I s. 38 ss. Pohjoismaissa lienee *contrarius actus* alkujaankin ollut tuntematon, ks. Amira, s. 485 ss.

³⁰ Testamentin peruuttamisen muodosta säättää PK 16:6; *valtuutuksen* peruuttamisen muodosta ovat määräykset OikTL:n 2 luvussa. Ks. lisäksi erit. Sveitsin OR 115 art., sekä sen laajentavasta tulkinnasta esim. Becker, s. 600 ss.; Oser—Schönerberger, s. 607 ss.; Tuhr—Siegwart, I s. 229, II s. 608.

³¹ Näin mm. Ekström, s. 706 ss., joskin hän tekee säännöstä merkittäviä poikkeuksia; Wrede, Allgemeiner Teil s. 49. Tällä kannalla oli aluksi Rautialakin, ks. LM 1944 s. 552. — Huomaa Heikonen, LM 1941 s. 260: »Vaikka yleinen käsitys määrämuotoisten oikeustoimien peruuttamisesta lienee, että niihin vaaditaan samaa muotoa kuin itse oikeustoimen tekemiseen, on kuitenkin katsottu, että asianomaiset voivat peruuttaa oikeustoimen hävittämällä sitä koskevan asiakirjan».

³² Näin mm. Leonhard, s. 274; Palandt, s. 419; von Tuhr, II:1 s. 96, s. 508; sekä av. 30 mainittu kirjallisuus.

³³ Näin Kivimäki, s. 96; Rautiala, Avioliitto-oikeus s. 264, sama, Holhousoikeus s. 125, s. 147, sama, Peruskurssi s. 23. Rautialan mukaan viranomaisen myötävaikutuksen ei tarvitse kuulua muotoon, vaan riittää, että oikeustoimi on tehty viranomaisen myötävaikutuksella. Ks. myös JFT 1939 s. 167 ss. olevan keskustelukysymyksen perusteluja.

³⁴ Oikeussuhteen perustaminen ja purkamisen ovat kausaltaan erilaisia. Näin mm. Hakulinen, Luovutus s. 116; Heikonen, LM 1941 s. 261.

voidaan sanoa, että oikeussuhteen perustaminen on tuntemattomuuteen astumista. Purkamisen taas tietää palaamista vanhaan, tuttuun oikeussuhteeseen. Purkamisen ei siis vaadi sellaista kypsää harkintaa kuin sopimuksen tekeminen.³⁵ — Jos sopimuksen solmimiseen kuuluu viranomaisen myötävaikutus, on oikeussuhteen perustamisesta annettua muotomääräystä toisinaan sovellettava oikeussuhteen purkamiseen, mutta ei aina. Kysymyksen ratkaisu riippuu pääasiassa siitä, millaista viranomaisen myötävaikutus on ollut. Esimerkiksi *kiinteistönkauppa* on purettava samassa muodossa, kuin se on tehtykin.³⁶ Samoin on asianlaita *avioehtosopimuksen* osalta.³⁷ Sitä vastoin esimerkiksi *säädekirja* voitaneen peruuttaa vapaamuotoisesti aina siihen saakka, jolloin peruuttaminen on vielä mahdollista.³⁸ Näin on asianlaita siitä huolimatta, että säädekirjalle on haettu oikeusministeriön lupa,³⁹ mikä merkitsee »viranomaisen myötävaikutusta». Niin ikään lienee selvää, että *oikeudenkäyntivaltuutus*, vaikkapa se olisi annettu tuomioistuimen edessä, tai tässä muodossa tehty *välityssopimus* voidaan purkaa vapaamuotoisesti.⁴⁰

³⁵ Heikonen, LM 1941 s. 267.

³⁶ Näin mm. Caselius, LM 1945 s. 284; Hakulinen, Luovutus s. 117, edellyttäen kuitenkin, että omistusoikeus on jo siirtynyt ostajalle; af Hällström, JFT 1939 s. 173 ss., ks. sama, SvJT 1946 s. 752; Johanson, JFT 1939 s. 181; Rekola, Vero s. 184; Wasastjerna, JFT 1939 s. 167 ss. samoin kuin Hakulinenkin; Wrede—Caselius, I s. 245. Samoin KKO 1938 I 50: Kiinteistönkauppa, jonka julkinen kaupanvahvistaja on todistanut oikeaksi, on purettava siinä järjestyksessä kuin MK 1:2:ssa säädetään; 1955 II 43.

Ennen vuoden 1933 lain muutosta ei viranomaisen myötävaikutus ollut tarpeen. Lainkäyttö oli taipuvainen katsomaan purkamisen vapaamuotoiseksi. Ks. esim. JFT 1901 Bil. s. 61 a; JFT 1909 Bil. s. 112 b; KKO t. 1924 t. 230; 1930 II 105; 1931 II 350; 1934 II 537. Ks. myös Petäys, DL 1932 II s. 131; vrt. Chydenius, KR I s. 28; Godenhjelm, JFT 1936 s. 264.

³⁷ Näin mm. Hakulinen, Maanmittaus 1933 s. 92; Huttunen, s. 83; Rautiala, Avioliitto-oikeus s. 284 ja LM 1944 s. 552. Ks. sama, Holhousoikeus s. 125, s. 147. KKO:n ratkaisuja ei liene, mutta esim. Itä-Suomen HO on omaksunut po. käsityksen (taltio N:o 530/10.1.1952). Huomaa Sveitsin ZGB 181 art. — Ks. myös AL 41 §.

³⁸ Säädekirja voidaan peruuttaa aina siihen saakka, kunnes säätö on merkitty säätöirekisteriin. Näin mm. Caselius, DL 1938 s. 138; Kivimäki, s. 42.

³⁹ Näin Caselius, DL 1938 s. 138 ss., missä esitetään myös, että peruutuksesta on tehtävä ilmoitus oikeusministeriöön.

⁴⁰ Tirkkonen, Välimiesmenettely s. 127, lausuu, että välityssopimus voidaan aina purkaa vapaamuotoisesti, mikäli toisin ei ole sovittu. Ks. Wrede, Civilprocessrätt I s. 249, mistä käy ilmi, että oikeudenkäyntivaltuutus voidaan purkaa vapaamuotoisesti, mutta siitä on tehtävä ilmoitus tuomioistuimelle. Ks. lisäksi Brauer, s. 50. — Huomaa OikTL 27 §.

Kirjallisuus ja oikeuskäytäntömme osoittavat siis, että muotomääräyksiä on joskus tulkittava niin laajasti, että ne ulotetaan purkusopimuksiin.⁴¹

c. Valtuutuksen muoto. Valtuutus eroaa niin suuresti siitä sopimuksesta (pääsopimuksesta), jonka tekemistä varten se on annettu, että suorastaan luontainen ajattelu puoltaa käsitystä, ettei pääsopimuksen muotomääräyksiä voida ulottaa valtuutukseen. Tämän käsityksen mukainen legaalinormi on säädetty Saksan BGB:ssä.⁴² Sanottu mielipide on erittäin yleinen kirjallisuudessa.⁴³ Pitääkö tämä käsitys meidän oikeutemme osalta paikkansa?

Ylöstalo⁴⁴ on äskettäin lausunut yleisten oikeusperiaatteiden mukaisena käsityksen, että »määrämuotoisuusvaatimusta ei ole lupa ulottaa valtuutukseen». Mielipide on esitetty kyllä vekselin osalta, mutta toisaalta korostetaan periaatteen yleisyyttä. Ylöstalo⁴⁵ esittää lisäksi, että tällainen sääntö on johdettavissa MK 1: 2:sta ja 10: 1:stä. — Kuitenkaan sääntö ei pidä paikkaansa kaikissa yksityistapauksissa, niin kuin kirjallisuudessa joskus lausutaankin.⁴⁶ Esimerkiksi, jos on kysymyksessä jokin epävarsinainen muotomääräys, joka on säädetty sen vuoksi, että viranomainen voi rekisteröidä vaikkapa luovutustoimen, lienee muoto-

⁴¹ Ellei purkuvapautta vallitse, elleivät sopimuskumppanit voi purkaa sopimusta tahdonilmaisuuillaan, kuten on asianlaita mm. avioliittosopimuksen ja kenties aviottoman lapsen tunnustamisen osalta (ks. AULapsiL 21 §), voi vain tuomioistuimien purkaa sopimuksen. Kysymys purkuvapaudesta ei ole muotokysymys, vaan kysymys sopimusvapauden erään elementin, purkuvapauden, olemassaolosta.

⁴² BGB 167 §: Die Erklärung bedarf nicht der Form, welche für das Rechtsgeschäft bestimmt ist, auf das sich die Vollmacht bezieht. Vrt. kuitenkin BGB 1945 §, HGB 12 ja 252 §; Brauer, s. 13 ss.; Müller—Freienfels, s. 264 ss. Italian Codice civile 1392 art. sisältää aivan päinvastaisen määräyksen.

⁴³ Näin mm. Chydenius, KR I s. 23; Ekström, s. 791 ss.; Hakulinen, Luovutus s. 42, s. 130; af Hällström, JFT 1932 s. 352 ss.; Kivimäki, s. 106; Mannerheim, JFT 1887 s. 284; Palmgren—Olsson, s. 80 ss.; Rautiala, LM 1944 s. 541, sama, Peruskurssi s. 29; Wrede, Oikeustoimilaki s. 41, s. 77. Ks. lisäksi Almén—Eklund, s. 47 ss.; Arnholm, Sammansatte avtaler s. 30; Ask, II s. 124 ss.; Björling—Malmström, s. 33; Stang, s. 365 ss.

⁴⁴ Ylöstalo, Vekselitutkimuksia s. 47.

⁴⁵ Ylöstalo, Vekselitutkimuksia s. 47 av. 24.

⁴⁶ Esim. Ussing, s. 300: Naar den Retshandel, Fuldmaegtigen faar Magt til at indgaa, ifølge, Lovgivningen kraever en bestemt Form, maa Fuldmagtserklaeringen opfylde samme Formkrav, hvis Formreglens Formaal ellers ikke kunde naas. Ks. lisäksi Cederberg, Prokura s. 24; Karlgren, Stiftelseurkund s. 63; sekä erit. Brauer, s. 13 ss.; Müller—Freienfels, s. 228 ss., s. 264 ss. Ks. vielä Hernberg, s. 161, vrt. sama, Rättshandbok s. 32; Leonhard, s. 279.

määräys usein ulotettava valtuutukseenkin.⁴⁷ Kenties muitakin poikkeuksia on tehtävä ehdottomasta suppean tulkinnan vaatimuksesta.

C. Yhteenveto. Edellisessä kohdassa suoritettu yksityistapausten tarkastelu osoittaa, että suppean tulkinnan vaatimuksessa ei aina voida pysyä. Esimerkkiluetteloa voidaan jatkaa varmaan paljonkin muotomääräyksen asiallista soveltamisalaa koskevissa kysymyksissä.⁴⁸ Sen sijaan voi vain erittäin harvoin tulla kysymykseen sellainen laajentava tulkinta, että muotomääräykseen sisällytetään kokonainen menettelytapakaava, jota siinä ei ole ilmaistu. Esimerkiksi, jos muotomääräyksen mukaan sopimus on tehtävä kirjallisesti, ei yleensä voida vaatia todistajien myötävaikutusta.⁴⁹ Sitä vastoin yksityisten muodollisuuksien, menettelytapakaavojen osien, suhteen voidaan helposti luopua suppean tulkinnan vaatimuksesta. Jos lainkohta määrää, että sopimus on tehtävä kirjallisesti, ei suppean tulkinnan vaatimukseen nojautuen saada kestävää pohjaa väitteelle, että sopimusta ei tarvitse allekirjoittaa, koska näin ei laissa määrätä.

Jossain vaiheessa ylitetään suppean tulkinnan vaatimus. Muotomääräystä tulkitaan »liian» laajasti. Siitä, milloin tuo ylitys tapahtuu, ei voitane antaa ehdotonta ja varmaa sääntöä. Asia on ratkaistava kussakin yksityistapauksessa erikseen. Eräänlaiseksi »suhteelliseksi ohjeeksi» voidaan ottaa *Caseliuksen*⁵⁰ asian luonteesta johtuen epätarkat, mutta silti niin paljon sanovat sanat: »Muotosäännösten laventavassa tulkinnassa on noudatettava mitä suurinta varovaisuutta.» Muotomääräyksillä ei siis ole lupa »knoppailla».

⁴⁷ Lääninhallitus ei voine rekisteröidä auton luovutusta, ellei myyntivaltuutuksessa ole noudatettu MootA 20 §:n muotomääräystä. — Huomaa *Trygger*, Om fullmakt s. 137, missä MK 10:1:tä tulkitaan laajasti.

⁴⁸ Ks. esim. *Caselius*, LM 1955 s. 869; *Hakulinen*, Luovutus s. 37 ss.

⁴⁹ Ks. yksityistapauksista esim. *Caselius*, DL 1945 s. 260; *Ekström*, s. 698; *Kopponen*, s. 150; *Tirkkonen*, Välimiesmenettely s. 89. KKO 1947 II 6: Kiinteistönluovutusta koskevan valtakirjan ei tarvitse olla todistajain oikeaksi todistama. Samanlainen on Ruotsin oikeuskäytäntö po. tapauksessa. Ks. *Seth—Karlgrén*, s. 141.

⁵⁰ *Caselius*, LM 1955 s. 869.

V LUKU. VAPAAMUOTOISUUDEN PERIAATE JA SEN MERKITYS

16 §. KEHITYKSEN AVAAMIA NÄKÖALOJA

1. KEHITYKSEN SUURET AALTOLIIKKEET

A. Kohti konsensualismia. Oikeusjärjestysten normit rakentuvat kehityksen pohjalle samoin kuin muutkin yhteiskunnallisen elämän normit.¹ Asioiden tarkastelu historian valossa on tarpeen nykyisyyden tajuamiseksi.² Tämä koskee myös niitä oikeusnormeja, jotka ovat joutuneet tämän tutkimuksen kohteiksi. Historia antaa niillekin tietyn syvyysperspektiivin,³ vetoaa meihin menneisyyden olemassaolon voimalla.⁴ Jo nämä syyt puhuvat sen puolesta, että muutosäännöksiä on syytä tarkastella kehityksen näkökulmasta.⁵ Tarkastelun tarkoituksenmukaisuus osoittautuu lopputuloksissa, jotka esitetään jäljempänä 3-kohdassa.

Oikeusjärjestyksen *alkuajoille* on tunnusomaista ankara formalismi.⁶

¹ *Alanen*, s. 105.

² *Halphen, Louis*: Johdatus historiantutkimukseen, Porvoo 1951, s. 9.

³ Ks. *Brusiin*, Harkinta s. 226.

⁴ *Halphen*, emt. s. 7: »... eikä mikään todistelu tehoa meihin niin syvästi kuin tietoisuus menneisyyden olemassaolosta.»

⁵ Ks. oikeushistorian merkityksestä yleensä esim. *Forsman*, s. 3; *Ekström*, s. 60 ss.; *Haataja*, Käsite s. 19 ss.; *Hemmer*, s. 1 ss. — Huomaa *Brusiin*, LM 1954 s. 444, missä lausutaan, että vertailevan oikeushistoriallisen tutkimuksen näkökulmasta »kenties saatettaisiin hedelmällisesti selvitellä . . . kysymyksiä sellaisia kuin 'oikeustoimen muoto'».

⁶ Formalismi-sanalla tarkoitetaan tässä tutkimuksessa vain varallisuusoikeudellisten sopimusten määrämuotoisuutta, ks. esim. *Platou*, s. 242. Sanaa voidaan tietysti käyttää laajemmassakin merkityksessä. Ks. esim. *Brunner*, II s. 4; *Heusler*, s. 49; *Manigk*, s. 74.

Tällainen käsitys syntyy suorastaan ensivaikutelman perusteella.⁷ Sen paikkansapitävyyttä ei nykyisin tarvitse epäillä. On kyllä väitetty, että germaaninen oikeus olisi alkujaan rakentunut vapaamuotoisuuden ajatukselle, mutta uudempi oikeushistorallinen tutkimus on osoittanut kiistattomasti, että sekin on alun perin ollut formalismin kannalla.⁸ Mitä kauemmaksi ajassa mennään taaksepäin, sitä lukuisammin germaaniset oikeuslähteet sisältävät muotosäännöksiä. Onpa väitetty, että vanha germaaninen oikeus olisi ollut muodollisempi kuin roomalainen oikeus,⁹ jolle määrämuotoisuus oli suorastaan tunnusmerkillistä. Toisaalta kyllä roomalaisenkin oikeus osoittaa, että kehitys kulki vapautumista kohti lähinnä sikäli, että pyrittiin vapautumaan monimutkaisista ja osittain tarkoituksettomista muodoista.¹⁰

Vanhimmille muotosäännöksille on tunnusomaista menettelytapakaavojen monimutkaisuus. Ne ovat suorastaan rituaaleja ja varsin symbolisia.¹¹ Niillä on usein liittymäkohtia uskontoon.¹² Niinpä tutkimus osoittaa, että roomalaisen oikeuden verbaalikontrahteihin liittyy uskonnollisia piirteitä.¹³ Toiset muotosäännökset ovat saaneet elinvoimansa ennen kaikkea ikivanhoista tavoista. Eräät niistä ovat syntyneet palvelemaan suorastaan kansojen vietinkaltaista muutotarvetta.¹⁴

Vanhinta aikakautta nimitetään usein naiivien muotojen aikakaudeksi.¹⁵ Tämä arvostus johtunee lähinnä siitä, että luontainen ymmär-

⁷ Näin Jhering, s. 470. Ks. lisäksi esim. Hernberg, LM 1926 s. 68; Lilius, s. 9 ss.; Loewe, s. 9; Schneider, s. 8.

⁸ Ks. kysymyksestä esim. Ask, II s. 1 ss.; Loewe, s. 14; Manigk, s. 74 ss.; Stobbe, s. 62, erit. av. 1 olevaa kirjallisuuskatsausta.

⁹ Näin Heusler, s. 68 ss. Ks. myös Ekström, s. 695.

¹⁰ Näin Ask, I s. 60; Savigny, s. 240. Vrt. Ekström, s. 695, missä hieman liioitellen lausutaan, että muotovapaudesta kehittyi sääntö.

¹¹ Winfield, s. 107: Form and ceremony were everything, substance and intention were nothing or almost nothing. Ks. myös Vinogradoff, II s. 232.

¹² Ks. erit. Latte, s. 96 ss. — Päinvastaisesta vuorovaikutuksesta, oikeuden vaikutuksesta uskontoon, tarjoavat esimerkin kirkkorakennukset, joiden basilika-tyylin on väitetty olevan peräisin muinaisroomalaisista oikeussaleista. Ks. Paunu, U.: Liturgiikan oppikirja, Helsinki 1916, s. 21.

¹³ Näin Hägerström, s. 1 ss., erit. s. 189: Das »spondere» und das »promittere» bedeuten ursprünglich mit Versprechen verbundene religiöse Akte. Ks. myös Knoph, Arverett s. 119; Loewe, s. 13 av. 4 mainittua; Olivecrona, SvJT 1941 s. 271 ss.; Ussing, s. 100; Vinogradoff, I s. 365.

¹⁴ Näin esim. Heusler, s. 69 ss.; Loewe, s. 13; Savigny, s. 239.

¹⁵ Esim. Ekström, s. 694; Jhering, s. 504; Lilius, s. 11. Ks. Platou, s. 242, vrt. sen sijaan Heusler, s. 69.

rys ei voinut käsittää sanojen sitovuutta. Pelkkä tahdonilmaisuus on jotain niin abstraktista, että se oli konkretisoitava muotomääräyksin.¹⁶

Kehitys jatkui. Muotosäännöksistä alkoi karista tarpeeton monimutkaisuus. Niitä ryhdyttiin tietoisesti määräämään oikeudellis-teknillisiksi välikappaleiksi, jolla pyrittiin tiettyihin päämääriin.¹⁷ Alkoi siirtyminen ajanjaksoon, jota on kutsuttu rationaalisten muotosäännösten aikakaudeksi.¹⁸ Samanaikaisesti versoi periaate pelkän tahdonilmaisun sitovuudesta.

Joidenkin yksityisten muotosäännösten osalta saattaa olla edessä tuntemattomuuden verho, jonka taakse on mahdollista katsoa vain oletamusten varassa.¹⁹ Tästä huolimatta voidaan seurata muotomääräysten kehityksen suuria aaltoliikkeitä. Joskus *keskiajan loppupuolella* ²⁰ näyttävät muotosäännökset saavan tietyn ja yhtenäisen kehityssuunnan. Eri oikeusjärjestykset kulkevat ajallisesti jonkin verran »epäjärjestyksessä». ²¹ Kehitys ei myöskään tapahdu missään yhtäkkiä, vaan pitkähkön ajan kuluessa. ²² Päämäärä on silti varsin ilmeinen: vapaamuotoisuuden eli konsensualismin idea tunkeutuu oikeusjärjestyksiin.

Vapaamuotoisuuden ajatus esiintyy jo glossaattorien, postglossaattorien ja kommentaattorien teoksissa. ²³ Kuitenkin vasta kanonisen oikeuden ja luontaisoikeuden julistama sanassapysymisen velvollisuus ja siihen liittyvä vapaamuotoisuuden ajatus kaatavat viimeisetkin esteet konsensualismin tieltä. ²⁴ Konsensualismi on voittanut. Sopimusten tekoon riittää vapaamuotoinen consensus, tahtojen yhtyminen. Konsen-

¹⁶ Ks. esim. *Arnholm*, s. 121; *Heusler*, s. 47; *Planitz*, s. 23. Huomaa *Paunu*, emt. s. 3, missä lausutaan nykyisestä jumalanpalveluksesta, että siinä ihmiset ilmaisevat suhteensa jumalaansa, koska »ihmisellä on tarve ulkonaisessa, aistimillakin havaittavassa muodossa» menetellä niin.

¹⁷ Ks. esim. *Schneider*, s. 45; *Sjögren*, *Kompendium*, s. 46.

¹⁸ Näin esim. *Ekström*, s. 695; *Jhering*, s. 504; *Lilius*, s. 11.

¹⁹ Muotosäännösten kehityksen tuntemattomuutta ja hypoteettista luonnetta, varsinkin yksityistapauksien osalta, korostavat mm. *Ekström*, s. 694; *Holmbäck*, s. 43; *Malmström*, *SvJT* 1941 s. 230; *Undén*, *Om vittnen* s. 10; *Vahlén*, s. 7. Huomaa myös *Sjögren*, *Rättshistoriska studier* s. 106.

²⁰ Ks. esim. *Arnholm*, s. 121 ss.; *Heusler*, s. 48; *Planitz*, s. 25, s. 138 ss.; *Schneider*, s. 10; *Stang*, s. 286; *Stobbe*, s. 64 ss., s. 127; *Ussing*, s. 101; *Winfield*, s. 107.

²¹ Ks. jäljempänä 2-kohtaa, missä seurataan Ruotsin ja Suomen olojen kehitystä hieman tarkemmin kuin yllä.

²² Ks. *Heusler*, s. 48.

²³ Ks. esim. *Ask*, II s. 2; *Heusler*, s. 48; *Loewe*, s. 14 ss.; *Ussing*, s. 101.

²⁴ Ks. esim. *Ekström*, s. 696; *Manigk*, s. 77; *Schneider*, s. 10; *Stobbe*, s. 64 ss.; *Vahlén*, s. 8.

sualismi on kohonnut yleiseksi periaatteeksi, mikä tosin tekee myönnetyksiä formalismille, kuten seuraavassa pian havaitaan.

B. Vapaamuotoisuuden periaate ja sen suhde sopimusvapauteen. Sopimusvapaus on länsimaisten oikeusjärjestysten suuria kulmakiviä, ennen kaikkea niin sanotun velvoiteoikeuden osalta.²⁵ Meidänkin oikeusjärjestyksemme rakentuu sopimusvapauden periaatteelle.²⁶ Se on eräänlainen voimanlähde, josta sopimusoikeutemme ammentaa elinvoimaansa. Sopimusvapauden käsite on kuitenkin melkoisen epäselvä. Tätä osoittaa parhaiten se, että sopimusvapaus-sanaa käytetään lukuisissa eri merkityksissä.²⁷

Olen esittänyt eräässä kirjoituksessa sopimusvapauden käsitteestä,²⁸ että sen tulee olla muodollinen yläkäsite. Sopimusvapaus on hajotettava erilaisiin alakäsitteisiin, sopimusvapauden momentteihin eli elementteihin. Alakäsitteiksi on tarkoituksenmukaista valita kuusi erilaista »vapautta», joista yksi on muotovapaus.²⁹ Muotovapaus on siis sopimus-

²⁵ Ks. skandinaavisten oikeusjärjestysten osalta esim. *Björling—Malmström*, s. 25; *Knoph*, *Utviklingslinjer* s. 14 ss.; *Stang*, s. 4 ss.; *Ussing*, s. 186 ss., s. 197 ss.; mannermaisten oikeusjärjestysten osalta esim. *Fischer*, s. 45 ss.; *Planiol—Ripert*, s. 6, s. 35; *Stammler*, s. 387 ss., *von Tuhr*, I s. 25, s. 137, s. 223, II: 1 s. 143 ss., s. 177 ss.; anglo-amerikkalaisten oikeusjärjestysten osalta *Salmond—Williams*, s. 1 ss. Vrt. Neuvostoliiton osalta *Vyshinsky*, *The Law of Soviet State*, New York, 1951, s. 538 ss.

²⁶ Näin esim. *Alanen*, s. 149; *Caselius*, *Pantti* s. 124; *Chydenius*, *Om tolkning* s. 9; *Erma*, s. 23 ss.; *Haataja*, *Käsite* s. 46, s. 172; *Hakulinen*, *Velkakirjalaki* s. 105; *af Hällström*, *Villfarelse* s. 49, s. 106 ss., s. 180; *El. Kaila*, *Oikeuslogiikka* s. 276, *sama*, *Päähkohdat* s. 194; *Kivimäki*, s. 66; *Olsson*, *Borgenärsskydd* s. 25; *Palmgren—Olsson*, s. 70, s. 115, s. 150; *Telaranta*, s. 61, *sama*, *LM* 1957 s. 36; *Vihma*, *Sopimus-sakko* s. 124; *Vuorio*, s. 124; *Wrede*, *Oikeustoimilaki* s. 83, s. 106, s. 114.

²⁷ *Fischer*, s. 15 ss. esittää 13 eri merkitystä. Meidänkin kirjallisuudessamme käytetään sopimusvapaus-sanaa kahdeksassa eri merkityksessä, ks. *LM* 1956 s. 603 ss.

²⁸ Ks. *LM* 1956 s. 601 ss. (»Sopimusvapauden käsitteestä»).

²⁹ Ko. jaotus perustuu *Fischerin* viisijakoon. *Fischer* (s. 34 ss.) jakaa sopimusvapauden elementit seuraavasti: a) päättävävapaus, b) sopimuskumppanin valintavapaus, c) sisältövapaus, d) muotovapaus ja e) purkuvapaus. Vastaavanlaisia sopimusvapauden jaotteluja esittävät mm. *Enneccerus—Lehmann*, s. 110; *Enneccerus—Nipperdey*, II s. 691 av. 15; *Esser*, s. 24; *Larenz*, s. 31 ss.; *Scherrer*, s. 9. — Omalta osaltani jaan sisältövapauden kahteen ryhmään: tyyppivapauteen ja sisältövapauden suppeassa merkityksessä (ks. *LM* 1956 s. 607 ss.). Ko. käsityksestä lausuu *Telaranta*, *LM* 1957 s. 36 av. 13: »Tämä Muukkosen esittämä sisältövapauden jako on nähdäkseni välttämätön, jos sopimusvapauden käsite halutaan ulottaa yleisesti velvoiteoikeuden ulkopuolelle, kuten Muukkonen ymmärtääkseni tekee.» Tähän on sanottava, että käsite on ulotettava laajemmalle kuin velvoiteoikeuteen. Onhan

vapauden alakäsite. Jos tutkimuskohteena on koko sopimusvapauden ongelma, on nuo erilaiset vapaudet otettava työvälineiksi. Sopimusvapaus yhteisnimityksenä on tarkemmissa tutkimuksissa liian laaja ja epämääräinen.

Tässä tutkimuksessa ovat tutkimuskohteena muutosäännökset. Sen vuoksi ei ole syytä tarkastella muuta kuin muotovapautta, sopimusvapauden yhtä elementtiä.³⁰

Luulisi, että muotovapaus vallitsisi kaikissa nykyajan oikeusjärjestyksissä. Tällainen käsitys on kirjallisuudessa yleinen.³¹ Tarkempi tarkastelu osoittaa kuitenkin, ettei näin ole asianlaita suinkaan kaikkien nykyaikaisten oikeusjärjestysten osalta. Muotovapaus vallitsee skandinaavisissa oikeusjärjestyksissä.³² Samoin sanotaan olevan asianlaidan meilläkin.³³ Mannermaisten oikeusjärjestysten osalta kysymys ei enää ole yhtä selvä. Esimerkiksi Saksan ja Sveitsin oikeusjärjestykset rakentuvat muotovapauden periaatteelle.³⁴ Sen sijaan entisen, vapaan Unkarin osalta lienee asianlaita ollut toisin.³⁵ Ranskan oikeuden täytyy

esim. perhe- ja perintöoikeuden alaltakin hyvä tietää, missä määrin sopimusvapauden eri elementit ovat vapaita.

³⁰ Usein ei muotovapautta sisällytetä sopimusvapauteen. Näin mm. *Erma*, s. 25; *Esser*, s. 24; *Larenz*, s. 31 ss. Tämä on vallitseva käsitys meikäläisessä kirjallisuudessa, joka ei edes jaa sopimusvapautta noihin alakäsitteisiin (ks. LM 1956 s. 603 ss. mainittua kirjallisuutta). Kun muutosäännösten olemassaolo vaikeuttaa sopimusten vapaata solmimista, ei sitä ole syytä jättää sopimusvapauden ulkopuolelle. Näin mm. *Fischer*, s. 38; *Scherrer*, s. 9.

³¹ *Ekström*, s. 696: I nutida rätt är formfrihet överallt regeln. Samoin mm. *Haataja*, Käsite s. 46; *Platou*, s. 241; *Tuhr—Siegwart*, I s. 221.

³² Ks. esim. *Björling—Malmström*, s. 30; *Gjelsvik*, s. 219; *Gram—Vogt*, s. 36; *Hagerup*, s. 62; *Ilum*, s. 107; *Knoph*, Norges rett s. 136; *Lassen*, s. 62; *Munch—Petersen*, s. 153, s. 344; *Platou*, s. 241 ss.; *Stang*, s. 268; *Ussing*, s. 103.

³³ Näin esim. *Alanen*, s. 149; *Chydenius*, Om tolkning s. 28; *Ekström*, s. 696, s. 707; *Heikonen*, Avoin yhtiö s. 131, sama, DL 1930 s. 375; *Hernberg*, s. 213; *Lilius*, s. 172; LVK vuoden 1914 yhtiöasetusedotuksessa s. 75; *Telaranta*, s. 78; *Wrede—Heinonkoski*, s. 102.

³⁴ Sveitsin OR 11 art.: Verträge bedürfen zu ihrer Gültigkeit nur dann einer besonderen Form, wenn das Gesetz eine solche vorschreibt. Ks. kirjallisuudesta esim. *Danz*, s. 141; *Fischer*, s. 72; *Loewe*, s. 17 ss. viitteineen; *Schneider*, s. 9 ss.; *Tuhr—Siegwart*, I s. 221. — Samoin on asianlaita Itävallassa. Ks. *Ehrenzweig*, II: 1 s. 150.

³⁵ *Almasi*, I s. 119: Man setzt sich daher mit der wirklichen Rechtslage in heftigen Widerspruch wenn man... behauptet, dass das allgemeine Prinzip die Formlosigkeit sei und die aufgezählten Fälle bloss als Ausnahmen zu betrachten seien. Almasi jatkaa, että tosiasiaassa vapaamuotoisuus on koko oikeuden alueen huomioon ottaen sangen poikkeuksellisesti tunnustettu.

katsoa olevan määrämuotoisuuden kannalla, joskaan sopimukset eivät yleensä ole pätemättömiä, vaikka niitä ei olekaan tehty määrättyssä muodossa. Ranskan muotomääräisyys rakentuu näet todistusmuotomääräysten varaan.³⁶ Englannin omalaatuinen kontrahtijärjestelmä oikeutaneekin sentään puhumaan vapaamuotoisuudesta.³⁷

Muotovapauden pääongelmia on, missä määrin muotovapautta on rajoitettu.³⁸ Tämän kysymyksen selvittäminen on eräänlaista laskutoimitusta. On otettava selvälle toisaalta kaikki mahdolliset sopimustyytit ja -lajit, toisaalta muotosäännökset. Vertaamalla sitä sopimusoikeuden alaa, jolla ei ole muotosäännöksiä, siihen sopimusoikeuden alaan, jolla niitä on, voidaan ilmoittaa, kuinka rajoitettua tai rajoittamatonta muotovapaus on. Ei liene myöskään tarkoituksenmukaista, että tuohon »laskutoimitukseen» ryhdytään koko sopimusoikeuden osalta.³⁹ Kysymys on asetettava oikeusaloittain.⁴⁰ Se on siis projisioitava erikseen perheoikeuteen, perintö- ja testamenttioikeuteen ja niin edelleen. Näin menetellen saadaan riittävän selvä kuva muotovapauden vallitsevuudesta. Tältä pohjalta lähtien voidaan todeta, että meidän oikeudessamme *velvoiteoikeuden alueella* on muotosäännöksiä *vähemmän* kuin *esineoikeuden alueella*.⁴¹

C. Muotosäännösten renessanssiko? Jos edellä A-kohdassa lausutun perusteella ryhdytään piirtämään formalismin suurten aaltoliikkeiden käyrää ajan tasoon, muodostuneen se seuraavanlaiseksi. Kehityksen alussa käyrä on korkeimmillaan. Joskus keskiajan loppupuolella se alkaa laskea. Tätä laskeutumista on kestänyt läpi uudenajankin. Kuinka on asianlaita uusimmalla ajalla ja erittäinkin nykyaikana?

Kirjallisuudessa lausutaan usein, että kehitys kulkee vääjäämättö-

³⁶ Kysymyksessä ei ole tietystikään mikään »epäsuora» muotopakkoisuus. Ks. kysymyksestä lähemmin edellä 5 §:n av. 48 ja 55 lausuttua.

³⁷ Näin Curti, II s. 12. Ks. lisäksi Anson, s. 60 ss.; Schirmeister—Prochownick, s. 35 ss.; Winfield, s. 107 ss.

³⁸ Sanottu koskee myös muita sopimusvapauden elementtejä.

³⁹ Ks. edellä av. 31—37, missä mielipide on yleensä lausuttu koko sopimusoikeuden osalta.

⁴⁰ Näin ovat menettelleet mm. Almasi, I s. 118 ss.; Erma, s. 25; Esser, s. 22; Planitz, s. 25; Schneider, s. 9.

⁴¹ Erma, s. 25 lausuu muotovapaudesta: »Sekin on kieltämättä juuri velvoiteoikeudessa voimassa laajemmalti kuin missään muussa oikeudenhaarassa.» Esser, s. 22: Im Schuldrecht herrscht Formfreiheit, im Gegensatz zur Formstrenge des Sachenrechts. Ks. vielä Almasi, I s. 118, jonka mukaan esineoikeudessa on tavalista määrämuotoisuus; Schneider, s. 9.

mästi vapaamuotoisuutta kohti.⁴² Esimerkiksi *Allan Serlachius*⁴³ esitti vuosisatamme alussa: »Mitä vilkkaammaksi liike-elämä käy ja mitä tavallisemmiksi oikeustoimet tulevat, sitä enemmän vastusta on niihin yhdistetyistä muodollisuuksista. Senpä vuoksi kulkeekin kehitys siihen suuntaan, että oikeustoimien muodot, joille aikaisemmin pantiin äärettömän suuri merkitys, yhä useammassa tapauksessa muuttuvat sivuseikaksi». — Vastakkaiset mielipiteet eivät ole harvinaisia. Nykyisin esitetään melko yleisesti, että muotomääräykset ovat noususuunnassa.⁴⁴ Tämä ilmiö ei ole millään tavoin paikallinen. Siitä voitaneen lausua lisäksi, että se ei ole yksinomaan oikeudellinen ilmiö, vaan kenties eräänlainen kulttuuri-ilmiö,⁴⁵ joka selittyy osittain nykyisten yhteiskuntien antiliberaalisesta katsomustavasta.⁴⁶ Juristeina meitä kiinnostaa kuitenkin väite muotomääräysten noususuunnasta, joka usein ilmaistaan lausumalla, että edessämme on formalismin renessanssi.⁴⁷

Sanonta formalismin renessanssi lienee lähtöisin ranskalaisesta kirjallisuudesta. Siellä on muun muassa *Flour*⁴⁸ kirjoittanut tutkielman puheena olevasta ilmiöstä. Erityisesti hän arvostelee mielipiteitä, jotka väittävät, että kehitys kulkisi vääjäämättömästi vapaamuotoisuutta kohti. *Flour* esittää, että määrämuotoisuus ei ole vanhojen lakien yksinoikeus, jonka kohtalona olisi hävitä sivistyksen kehittyessä. Vaikka formalismin muodot ovat vaihdelleet, on se aina kuuluva oikeuden tekniikan

⁴² Esim. *Hernberg*, s. 213: »Oikeuskehityksen tunnusmerkkinä on kaikkialla pyrkimys päästä muotopakosta.» Samoin mm. *Nybergh*, JFT 1952 s. 229; *Schneider*, s. 9; *Ussing*, s. 100, vaikka hän joutuu s. 101 myöntämään muotomääräysten lisääntyneen monilla aloilla. Huomaa *Savigny*, s. 240.

⁴³ *Allan Serlachius*, s. 65.

⁴⁴ Ks. mm. *Arnholm*, s. 118; *Fischer*, s. 52, s. 73, missä av. 168 sisältää laajan kirjallisuusviitteen; *Flour*, s. 93 ss.; *Iuul—Ross—Trolle*, s. 116; *Oftinger*, K.: Die Vertragsfreiheit, kokoomateoksessa Die Freiheit des Bürgers im Schweizerischen Recht, Zürich 1948, s. 325; *Scherrer*, s. 35; *Vahlén*, s. 8.

⁴⁵ Ks. *Platou*, s. 242, missä lausutaan näin vanhojen muotomääräysten osalta.

⁴⁶ Näin *Iuul—Ross—Trolle*, s. 166 ss. Ks. tässä yhteydessä myös *Arnholm*, s. 122. *Jhering*, s. 470 ss. katsoo tietyn parallelismin vallitsevan vapauden ja formalismin välillä, joita molempia ilmiöitä *Jhering* pitää roomalaisen oikeuden perusajatuksina. *Jhering* esittää roomalaisen oikeuden myöhemmän kehityksen pohjalta, että vapaus ja määrämuotoisuus eivät olekaan todellisessa vastakohtaisuussuhteessa: Die Blüthezeit der Freiheit ist zugleich die Periode der peinlichsten Strenge in der Form. Ks. po. parallelismista ja sen lähemmästä ajatussisällöstä *Vahlén*, s. 50 av. 27.

⁴⁷ Sanontaa käyttävät mm. *Colin—Capitant*, s. 25 ss.; *Fischer*, s. 52; *Flour*, s. 93 ss.; *Vahlén*, s. 8.

⁴⁸ *Flour*, s. 93 ss.

välikkappaleisiin. Tältä pohjalta on Flourin mielestä ikävää tehdä johtopäätös, että lainsäädäntö julistaa määrämuotoisuuden renessanssia, mutta kirjallisuus vapaamuotoisuutta.^{48a}

Omalta osaltani en voi sanoa, elääkö esimerkiksi koko Eurooppa jonkinlaista määrämuotoisuuden renessanssia. Jotta tällainen väite voitaisiin varmuudella esittää, tarvittaisiin itsenäistä oikeusvertailevaa tutkimusta. Tällaiseen ei voida tässä tutkimuksessa ryhtyä. Sen verran kuitenkin voidaan lausua, että jos formalismi valmistautuu kuolemaan, on kuolinkamppailu oleva pitkä. Jos taas formalismi elää renessanssiaan, niin se ei vielä ole huomiota herättävä.⁴⁹

2. KEHITYS RUOTSISSA JA SUOMESSA

A. Ankarasta formalismista vapaamuotoisuuteen. »Tutkimukset niin sanotun etnologisen lakitieteen alalla ovat tuoneet ilmi kaikkien maailman kansojen oikeuselämässä hämmästyttävää samankaltaisuutta, jota ei voida selittää satunnaisesti yhtäläisyydeksi, vaan joka on katsottava yleisen ihmisluonteen ilmaukseksi.» Nämä *Jaakko Forsmanin*⁵⁰ sanat muistaen ei ole ihmeteltävää, jos Ruotsin ja Suomen formalismin kehityksen sanotaan alkaneen, kuten kehitys yleensä on alkanut: ankarasta formalismista.⁵¹

Tässä tutkimuksessa ei ole tarkoituksenmukaista selvittää yksityisiä muotomääräyksiä, niin mielenkiintoista kuin se olisikin. Tehtävänä on ainoastaan pyrkimys kehityssuunnan seuraamiseen.

Ankan formalismin aikaa jatkui todennäköisesti vielä 1500-luvulla, mutta sitten kehitys alkoi muuttua. Yleiseurooppalainen vapaamuotoisuuden aate tunkeutui pohjolaan ja saavutti täällä samoja voittoja kuin muuallakin. Ei liene liioittelua, jos lausutaan, että 1600-luku⁵² ja 1700-

^{48a} *Flour*, s. 111: Dans la loi se manifeste une renaissance, dans la jurisprudence une décadence, du formalisme.

⁴⁹ Näin *Flour*, s. 94. Huomaa *Knoph*, *Arverett* s. 120, missä *Knoph* kehityksenkin pohjalta toteaa, että olisi hätiköityä tehdä sellainen johtopäätös, että kaikki muutosäännökset ovat pahasta (uting).

⁵⁰ *Forsman*, s. 9.

⁵¹ Ks. esim. *Amira*, I s. 257 ss.; *Ask*, II s. 1 ss.; *Sjögren*, *Kompendium* s. 46.

⁵² *Holmbäck*, s. 43: 1600-talet är i allmänhet de formlösa rättshandlingarnas tid. Samoin *Vahlén*, s. 20 av. 28. Vrt. kuitenkin *Ekeberg*, *SvJT* 1925 s. 1: formstränghet, som präglade 1600-talets rättsuppfattning; *Nybergh*, *JFT* 1952 s. 230:

luku⁵³ ovat Ruotsi-Suomen oikeusjärjestyksessä vapaamuotoisuuden aikaa.

Kiinteistönluovutuksen muutosäännökset muuttuvat maanlakien ajanjakson loppupuolella suuresti. Luovutus tulee käytännöllisesti katsoen vapaamuotoiseksi. 1700-luvun kirjallisuus, vieläpä vuoden 1734 lain säätämisen jälkeenkin, katsoo, että MK 1: 2 ei ole varsinainen muutosäännös.⁵⁴ Muutosäännösten yleisen kehityksen kannalta on merkittävää, että näin oli asianlaita MK 1: 2:n osalta. Onhan kiinteistönkauppa määrämuotoisten sopimusten »tyypillinen esimerkki».⁵⁵

Olisi uskallettua väittää 1600- ja 1700-lukua vapaamuotoisuuden aikakaudeksi vain kiinteistön kaupan muotomääräysten kehityksen perusteella. Väitettä on voitava perustella muullakin. Se on helppoakin. Testamenttiin nähden vallitsi myös vapaamuotoisuus, siitä huolimatta, että 1686 annettiin mainitun vuoden nimellä kulkeva testamenttisääntö, jonka säännökset sittemmin siirtyivät vuoden 1734 lakiin.⁵⁶ Maanvuokrasopimus oli selvästi vapaamuotoinen.⁵⁷ Onpa lausuttu, että ainoa vuoden 1734 lain varsinainen muotomääräys, joka koski varallisuusoikeudellisia sopimuksia, oli MK 1: 2.⁵⁸ Vaikka tämä väite ei ainakaan täysin pidä paikkaansa,⁵⁹ se osoittaa, kuinka hyvin perustein voidaan puhua vapaamuotoisuuden ajanjaksosta. Sanottua älköön otettako aivan kirjaimellisesti, vaan ennen kaikkea osoituksena vapaamuotoisuuden idean suurista voitoista.⁶⁰

B. 1800-luvulta nykypäiviin. Sen jälkeen kun vapaamuotoisuuden periaate oli johtanut kiinteistönkaupassa edellä mainittuun, seuraa vastavaikutus. Niin Ruotsissa kuin Suomessakin se alkanee 1800-luvun

»Vidkommande åter 1734 års lag så är det ju känt, att en reaktion mot den formstränghet, som i mycket ännu präglade 1600-talet, framträdde hos lagens stiftare».

⁵³ Vahlén, *ibid.*

⁵⁴ Ks. edellisen johdosta Almquist, s. 87; Ask, II s. 114; af Hällström, JFT 1932 s. 288 ss.; Malmström, SvJT 1941 s. 250, erit. av. 1 mainittu kirjallisuus; Vahlén, s. 18 ss.

⁵⁵ Sanontaa käyttää Kauppi: Osakeyhtiön nimessä s. 134. Ks. myös Cederberg, LM 1930 s. 51.

⁵⁶ Ks. esim. Bergman, s. 40 ss.; Ekeberg, SvJT 1925 s. 1 ss.; Heikonen, LM 1941 s. 258; Holmbäck, s. 19 av. 5, s. 43; Lilius, s. 103 ss., erit. s. 107 ss.

⁵⁷ Haataja, Käsité s. 50 ss.

⁵⁸ Hakulinen, SvJT 1946 s. 737, sama, Luovutus s. 17.

⁵⁹ Ks. edellä av. 54 kohdalla lausuttua.

⁶⁰ Ks. tässä yhteydessä Malmström, SvJT 1941 s. 250.

alussa.⁶¹ Meillä Suomessa kehitys on kulkenut yhä suurempaan muoto-ankaruuteen. Saimmehan me vuoden 1933 lainmuutoksilla julkisen kaupanvahvistajan järjestelmän. Ruotsissa kehitys on kulkenut toiseen suuntaan. MK 1:2 on siellä voimassa alkuperäisessä muodossaan, joskin tarkoituksena on ollut useita kertoja muuttaa normia.⁶² 1800-luvulla vallinnut ankan muotomääräisyyden aika on 1900-luvulla muuttunut. Tällä hetkellä Ruotsi on varsin pitkällä vapaamuotoisuuden tiellä. Tuomioistuimet julistavat harvoin kiinteistönkaupan pätemättömäksi muotovirheen vuoksi. Tämä on siellä tendenssi.⁶³ Oikeuskäytännön pohjalta voidaan lausua, että kirjallisuusvaatimuksessa on pysytty, mutta todistajia ei pidetä varsinaiseen muotomääräykseen kuuluvina. Todistajat ovat yksinomainen todistuskeino, jos luovutuskirjan aitous kiistetään.⁶⁴

Testamentin muotosäännöksissä on tapahtunut meillä samankaltaista kiristymistä kuin MK 1:2:ssa. Vuonna 1801 annettiin kuninkaallinen selitys. Sen päämääränä oli muotomääräysten kiristäminen. Vaikka selitystä ei aluksi noudatettukaan,⁶⁵ johti oikeuskäytäntö⁶⁶ sekä kirjallisuus⁶⁷ siihen, että testamentin muotomääräykset käsitettiin meillä varsinaisiksi muotosäännöksiksi. Vuonna 1953 tehty PK 16 luvun muutos ilmentää niin ikään tiettyä tiukentuvaa otetta.⁶⁸ Ruotsissa taas kehitys on testamentinkin osalta, ennen kaikkea testamentin todistajien osalta, liukunut samoja vapaan suuntauksen uria kuin kiinteistönkauppa.⁶⁹

⁶¹ Ks. *Almquist*, s. 87; *af Hällström*, JFT 1932 s. 324; *Vahlén*, s. 23.

⁶² Ks. *Vahlén*, s. 25 ss., missä on esitetty kaikki lainmuutosehdotukset.

⁶³ *Vahlén*, s. 62. Ks. lisäksi *Bramsjö*, s. 58; *Godenhjelm*, JFT 1936 s. 260; *Karlgren*, Spörmål s. 67 av. 78; *Zitting*, Kivimäen juhlaulkaisu s. 518.

⁶⁴ Ks. esim. *NJA* 1892 s. 550; 1917 s. 632; 1919 s. 281; 1922 s. 161; 1924 s. 489; 1943 s. 532; 1946 s. 411. Ks. kirjallisuudesta edellä 5 §:n av. 84 lausuttua sekä lisäksi *af Trolle*, SvJT 1948 s. 102.

⁶⁵ Esim. *Ekeberg*, SvJT 1925 s. 4 ss.

⁶⁶ Ks. *Lilius*, s. 175 ss. selostettuja oikeustapauksia 1800-luvun puolivälistä lukien.

⁶⁷ Ks. *Ylöstalo*, Moite s. 150, joka lukee tämän mm. Chydeniuksen ja Liliuksen ansioksi. Ks. myös *Chydenius*, Arfsrätt s. 178 ss.; *Lilius*, s. 146 ss.

⁶⁸ *Rapola*, LM 1954 s. 353: »Tämä osittaisuudistus sai aiheen siitä, että eduskunta . . . lausui hallitukselle toivomuksen, että testamentin muotoa koskevat määräykset muutettaisiin ankarammiksi. Myös Korkein oikeus oli samanlaisin edellytyksin puoltanut 17 luvun muuttamista.» — Todistajien esteellisyyskysymyksessä voidaan kuitenkin havaita tietynlaista lieventymistä. Ks. *Kalha*, DL 1954 s. 98, joka näkee tässä »vapaamman nykyaikaisen suhtautumisen» todistamismenettelyyn.

⁶⁹ Ks. edellä 14 §:n av. 182 kohdalla lausuttua.

Elämmekö me nykyisin Suomessa muotomääräysten renessanssia? Ruotsin osalta on kysymykseen vastannut *Vahlén*.⁷⁰ Hänen mielestään on havaittavissa piirteitä muotomääräysten renessanssista Ruotsin lainsäädännössä, mutta ei oikeuskäytännössä.⁷¹ Meidän oikeutemme osalta kysymykseen ei liene aikaisemmin vastattu. Voitaneen kuitenkin lausua, että erällä merkittävillä sopimusoikeuden aloilla on *lainsäädännössä* havaittavissa muotomääräysten enentymistä ja olemassa olevien muotomääräysten tiukentumista.⁷² *Oikeuskäytännön kehityssuunnasta* on vaikeaa mennä sanomaan mitään. Edellä on tarkasteltu OK 15:4:n määräyksiä oikeudenkäyntivaltakirjan muodosta.⁷³ Niiden osalta on käyty taistelua formalismin olemassaolosta ja formalismi on voittanut. Oikeudenkäyntivaltakirjaa voidaan pitää erittäin hyvänä esimerkkinä, sillä siinä on selvänä ollut esillä kysymys: mennäänkö vapaamuotoisuuteen? Toisaalta on havaittavissa ilmeisiä merkkejä vapaamuotoisuudesta tai oikeammin kohtuusnäkökohtien huomioon ottamisesta ja sitä tietä

⁷⁰ *Vahlén*, s. 8.

⁷¹ Käsitystään lainsäädännön osalta *Vahlén* (s. 8) perustelee ainoastaan kahdella näkökohdalla. Toinen on se, että vuoden 1947 ehdotus MK 1:2:ksi sisälsi kaupanvahvistajasäännösten meidän esikuvamme mukaisesti (ks. *SOU* 1947:38, s. 144 ss.). Toinen näkökohta on kiinteistönvuokran muotomääräysten tiukentuminen (*NyttjL* 2:1). *Bramsjö*, s. 58 arvelee, että vuokrasopimuksen muotomääräykset joutuvat samanlaisen liukuvan kehityksen kohteeksi, kuin esim. MK 1:2 on joutunut.

⁷² Esim. maanvuokrasopimuksesta annettiin varsinainen muotomääräys v. 1864 (Näin *Haataja*, Käsite s. 51 ss.; *Hällfors*, s. 26). *LVK* 1/1953, s. 40, sisältää tiettyä tiukentamista perinnönjakoon nähden, kuten KKO:n lausunto osoittaa (monistettu 17.6.1955, s. 28 verrattuna äänestyspöytäkirjanliite s. 19). Vuonna 1914 suunniteltiin ns. suljetun yhtiön perustamisen muodoksi viranomaisen myötävaikutusta (ks. *LVK*:n ehdotusta asetukseksi avoimista yhtiöistä ym., s. 112, s. 125). Viranomaisen myötävaikutusta on suunniteltu myös asunto-osakkeiden luovutuksessa (ks. ns. toisen eli Ripatin komitean ehdotusta uudeksi *AsOYL*:ksi, 8 §, joka on peräisin vuodelta 1945). — Huomaa *PK* 17:11.

Tapauksista, jolloin muotomääräyksestä on luovuttu tai sitä on helpotettu, mainittakoon esimerkkinä vuoden 1873 *MeriL*, missä luovuttiin vakuutussopimuksen muotosäännöksistä (ks. *Vihma*, Tiedonantovelvollisuus s. 106), sekä uusi OK 17:43, missä todistajien yleisiä esteellisyysperusteita höllennettiin (ks. *Ylöstalo*, *Moite* s. 157).

⁷³ Ks. edellä 7 § av. 11 olevia viitteitä. — Huomaa *Konttinen*, *DL* 1921 s. 428: »Valtakirjattomaan edustukseen nähden meillä ollaan muodollisempia kuin kenties missään muussa Europan maassa»; *Bo Palmgren*, *JFT* 1938 s. 352.

liukumisesta vapaampaan suuntaan.⁷⁴ Tämä käsitys ilmenee melko selvänä Korkeimman oikeuden joulukuussa 1956 tekemässä täysistuntoratkaisussa. Siinä menttiin avioehdon todistamismenettelyn osalta vapaamuotoisuudessa pitemmälle kuin Ruotsissa.⁷⁵ Lieneekö liioittelua lausua, että oikeuskäytäntömme on luonut katseen läntiseen naapuriimme, mutta kysyy, kuten Hamlet: »To be or not to be?»

3. ERAITA JOHTOPÄÄTÖKSIÄ

Edellä on pyritty osoittamaan, että muotomääräykset eivät ole mikään katoava ilmiö. Niin ikään on selvitetty, että Ruotsissa on viimeaikainen kehitys kulkenut varsin erilaisia latuja kuin meillä Suomessa. Nämä lopputulokset antavat pohjan eräille johtopäätöksille.

Muotomääräykset ovat voimakkaasti *kansallisia* normeja. Tätä piirrettä korostetaan toisinaan kirjallisuudessa, joskaan ei riittävän usein.⁷⁶ Muotomääräysten kansallista erikoisvivahtetta osoittaa paitsi äsken esitetty kehityksen seuraaminen, myös kansojen oma erikoislaatu. On ilmeisen selvää, että ranskalainen, englantilainen ja saksalainen kansallisuonne ovat siinä määrin erilaisia, että suhtautuminen muutosäännöksiin on erilaista.⁷⁷ Sanottu koskee luonnollisesti meitä suomalaisiakin. Muutosäännöksemme ovat siis todella meidän omaa oikeuttamme. Tätä

⁷⁴ Ks. edellä 14 §:n av. 178—179 kohdalla lausuttua.

⁷⁵ Tapaus on julkaistu DL 1957 II s. 49 ss. Korkeimman oikeuden enemmistön käsityksenä on, »ettei molempien puolisoitten tarvitse olla silloin läsnä kun avioehtosopimus todistetaan. Riittää kun todistaminen tapahtuu toisen puolison toimenpiteestä. Myöskään ei ole asetettu sitä vaatimusta, että todistamisen pitäisi tapahtua molempain puolisoitten positiivisen myötävaikutuksen kautta tai, että sen tulisi tapahtua molempain puolisoitten suostumuksella», kuten *Rautiala*, DL 1957 II s. 52 toteaa. Ruotsin oikeuskäytäntö vaatii puolisoitten yhteistä myötävaikutusta. Ks. NJA 1937 s. 226; 1946 s. 620, sekä niistä *Nils Beckman*, SvJT 1951 s. 21. Ks. myös *Nial*, Festskrift Ekeberg s. 382 ss.

⁷⁶ Piirrettä korostavat *von Tuhr*, II: 1 s. 496; *Vahlén*, s. 32: Formföreskrifter ha vanligen mycket varierande utseende i olika länder. De bygga ofta på nationella avtalsedvånjor och ha upptagits i lag på skilda utvecklingsstadier.

⁷⁷ Kansanluonteen merkitystä muotomääräyksiin alleviivaavat mm. *Jhering*, s. 503, s. 519; *Reuterskiöld*, Aftal s. 44 av. 3. Ks. lisäksi *Allan Serlachius*, LM 1907 s. 43.

osoittaa senkin, kuten edellä on lausuttu, että meillä on varsinaisia muotomääräyksiä enemmän kuin muissa pohjoismaissa.⁷⁸

Kun muotomääräykset ovat kansallisia normeja, on niihin suhtauduttava sen mukaisesti. *Vertailevalla oikeustutkimuksella* ei ole yleensä sitä merkitystä, mikä sillä useiden muiden normien osalta on. Tietenkin poikkeuksia on riippuen muun muassa sopimuksen omasta laadusta. Jos jokin sopimus tai oikeustoimi on »kansainvälinen», kuten esimerkiksi vekseli,⁷⁹ vaikuttaa se myös muutosäännöksen tulkintaan, mutta yleisesti ottaen vertaileva oikeustutkimus on vähämerkityksistä.⁸⁰ Sen sijaan sisäiselle vertailulle, oman maan muotomääräyksiä vertailulle, on annettava suuri merkitys.⁸¹

Muutosäännösten kehityksen seuraaminen osoittaa, että formalismi ei ole ollut aina samanlaista. Toisin ajoin on suhtautuminen muotomääräyksiin ollut ankaraa, toisin ajoin taas verraten vapaata. Kehityksen aaltoilulla on se merkitys, että kunkin ajanjakson *oikeustapa*ukset on heijastettava asianomaisen kehityskauden tasoon. Vain täten oikeustapausten todellinen »arvo» saadaan mitatuksi. Eri aikojen oikeustapausten prejudikaattiarvo siis vaihtelee.⁸² — Formalismi on aikansa lapsi.⁸³

Kehitys osoittaa myös, etteivät muotomääräykset ole tarpeeton ja katoava ilmiö. Muutosäännöksiin ei tästä syystä saa suhtautua väheksyvästi. Oikeuskäytäntömme on syytä muistaa tämä. Muussa tapauksessa voi käydä siten, että lähemme kulkemaan kohti vapaamuotoi-

⁷⁸ Ks. edellä 14 §:n 1-A-kohdassa lausuttua.

⁷⁹ Ks. esim. *Ylöstalo*, *Vekselitutkimuksia* s. 35.

⁸⁰ Ks. *Caselius*, LM 1955 s. 871 av. 1, missä heijastuu esitetty kanta.

⁸¹ Sisäinen eli interni vertailu on sangen yleistä. Ks. esim. *Caselius*, LM 1955 s. 865 ss.; *Heikonen*, *Avoim yhtiö* s. 127 ss.; *af Hällström*, JFT 1932 s. 328; *Palmén*, s. 51 ss.; *Rautiala*, LM 1955 s. 565 ss. Ks. lisäksi mm. *Nial*, *Festskrift Ekeberg* s. 385 ss.; *Undén*, *Om vittnen* s. 3 ss.; *Vahlén*, s. 9. Vrt. sen sijaan *R. Beckman*, 1734 juhlaulkaisu IV s. 84 av. 18, jossa eräässä yksityistapauksessa perusteluitta evätään tällaisen vertailun merkitys lausumalla, että vertailun kohteena olevat lainkohdat »eivät kuitenkaan todista mitään» verrattavasta lainkohdasta.

⁸² *Vahlén*, s. 117, esittää ajatuksen Ruotsin MK 1:2:n osalta ja jatkaa: 1800-luvun ja 1900-luvun ensimmäisten vuosien ratkaisuja ei ilman muuta voida hyväksyä nykyisen tulkinnan tienviitoiksi. — *Vahlénin* havainto lienee ulotettava kaikkiin muotomääräyksiin.

⁸³ *Stang*, *Utviklingslinjer* s. 8: Retten er et barn av sin tid.

suutta, vaikka kehitys muualla viittaa päinvastaiseen suuntaan. Lisäksi on syytä korostaa muutosäännösten suuren klassikon *Jheringin* ajatusta: Täydellisessä vapaamuotoisuudessa ei oikeus voi säilyä, mutta kyllä muotopakkoisuudessa.⁸⁴

⁸⁴ *Jhering*, s. 478.

ASIAHAKEMISTO

Numerot tarkoittavat teoksen sivuja

Accidentalia negotii: 56—

Aineosat

— luonnolliset: 56—

— oleelliset: 56—

— tilapäiset: 56—

Allekirjoitus: 83 av. 67, 112 av. 19, 163 av. 31; ks. kaksipuoliset, yksipuoliset muutosäännökset

Alueellinen toimivalta, kaupanvahvistajan: 40 av. 37

Analogia: 222

Apuoikeustoimi: 69—

Arpajako: 46—; ks. perinnönjako

Asiallinen virhe: 17, 138 av. 19; ks. muotovirhe

Auto: ks. moottoriajoneuvo

Autonomia: ks. yksityisautonomia

Avioehtosopimus

— julkaiseminen: 21

— muoto: 21, 88 av. 14, 216 av. 182, 242; ks. purkusopimus, päiväys, pöytäkirjaan ottaminen, tekopaikan merkitseminen

Avioliittoon kuuluttaminen: 42; ks. vihkiminen

Avioton lapsi

— elatussopimus: 98 av. 28, 181—

— tunnustaminen: 69, 97—, 215 av. 179

Avoimen yhtiön perustamissopimus: 178—

Clausula rebus sic stantibus: 184 av. 41

Contrarius actus: 227 av. 29

Culpa in contrahendo: 132 av. 115

Elatussopimus

— AL 108 §: 181—

— AULapsiL 11 §: 184—

Eläkevälikirja: 115

Esisopimus: 126 av. 87, 131 av. 113, 145, 165 av. 40, 211 av. 161, 224—

Essentialia negotii: 56—, 68 av. 120, 157

Esteettömyys: ks. todistajat

Exceptio doli: 152 av. 33, 156 av. 45, 217—

Falsa demonstratio non nocet: 13, 36 av. 22

Formalismi: 231—; ks. vapaamuotoisuus

Funktio: ks. tarkoitus

Funktioarvoperiaate: 96

Huoneenvuokrasopimus: 53 av. 51, 54 av. 56, 158, 186—

Hyväksyminen: 118 av. 43, 168—; ks. »puhdas» hyväksyminen

Hätätilatestamentti: 93; ks. testamentti

Ineksistenssi: ks. olemattomuus

Interni vertailu: ks. sisäinen vertailu

Irtisanominen: 53 av. 51, 53 av. 56, 159, 171 av. 77, 226 av. 28

Jakamaton kuolinpesä: 179

Julkaisemistoimi

— yleensä: 20—, 159—

Julkinen

- kaupanvahvistaja: ks. alueellinen toimivalta
- testamentti: 97

Jus

- aequum: ks. oikeus
- strictum: ks. oikeus

Kauppahinta

- aineosana: 58
- ns. musta: 151—
- ns. valkea: 154—

Kauppapata: 162, 164 av. 34

Kielivaatimus: 47—

Kiinnityssuostumus: 98 av. 31

Kiinteistönluovutus

- muoto: 17, 22—, 45, 63 av. 103, 85 av. 84, 87 av. 10, 88 av. 13, 90 av. 20, 97, 99 av. 33, 119 av. 46, 150—, 202, 211 av. 160, 213, 215, 216 av. 182, 239—; ks. alueellinen toimivalta, kauppahinta, purkusopimus, päi-väys, tekopaikan merkitseminen, yhdenaikaisuusvaatimus

Kiinteistönvälityssopimus: 186—

Kirjaamistoimi: 74 av. 14, 159—; ks. julkaisemistoimi

Kohtuus: 212, 214—

Kommandiittiyhtiön perustamissopi-sopimus: 188—

Kompetenssi

- normi: 80—
- pätemättömyys: 109

Konkurrenssi: ks. kilpailevat muoto-säännökset

Konsensualismi: 231—

Kontraoimisvelvollisuus: 226 av. 27

Konversio: 130 av. 107

Koodit: 50

Korvattavuuden periaate: 93—

Kuolettaminen: 196

Kuulutus Virallisessa lehdessä

- avioehtosopimuksen: 21, 24 av. 56

Käteispantti: 45, 178

Käyttätymisnormi: 80—

Lahjanlupaus: 45, 85, 174

Lex imperfecta: 179—

Lex minus quam perfecta: 195 av. 87

Lex specialis: 92 av. 3

Locus regit actum: 91 av. 2

Luontois-

- suoritus: 123—
 - velvoite: ks. naturalis obligatio
- Luottamusintressi:** ks. negatiivinen sopimusetu
- Lupausteoria:** ks. sitoumusteoria

Maanvuokrasopimus: 87, 150 av. 31, 239, 241 av. 72

Maksu: ks. täyttämistoimi

Menettelytapakaava: 82—

Mitättömyys: ks. pätemättömyys

Moiteoikeudesta luopuminen: 118 av. 43, 170

Moitteenvaraisuus: ks. pätemättömyys

Moottorijoneuvo: 190—, 124, 230 av. 47

Moraali: 207—

Muodollisuus: 82—, 147

Muoto

- laajassa merkityksessä: 8—
- sisäinen: 105 av. 28
- suppeassa merkityksessä: 8—
- teknillisessä merkityksessä: 8—
- ulkoinen: 105 av. 28

Muotosäännös

- alternatiivinen: 92
- epävarsinainen: 76—, 164—, 181—
- kahdenkertainen: 104
- kaksipuolinen: 86—
- kilpaileva: 91—
- kolminkertainen: 104
- korvattava: 92; ks. korvattavuuden periaate
- käsite: 1— (aksiomaattinen), 31— (erikoistunnusmerkistö), 12— (yleistunnusmerkistö)
- lakisääntöinen: 73—, 176—
- legaalinen: ks. lakisääntöinen
- naiivi: 105, 173 av. 3, 232
- negatiivinen: 104

- ohjesisältöinen: 76—, 164—, 178—
- positiivinen: 104
- rakenne: 82—
- rationaalinen: 233; ks. tietoinen
- representatiivinen: 105
- sekamuotosäännös: 85
- solenniteettimuotosäännös; ks. solenniteettimuoto
- sopimukseen perustuva: ks. yksityisautonominen
- suhtautuminen niihin: 6, 212 av. 166
- suojaava: 105
- tavanomaisoikeudellinen: 73—, 173—
- tietoinen: 105, 173 av. 3
- todistusmuotosäännös: 78, 193, 236
- totaalin: 60, 168 av. 59
- valinnainen: 92
- varoittava: 105
- varsinainen: 76—, 164—, 176—
- yhdenkertainen: 104
- yhdistetty: 105
- yksinkertainen: 84 av. 80
- yksipuolinen: 86—
- yksityisautonominen: 73—, 92 av. 4, 158—

Muotovapaus: ks. vapaamuotoisuus

Muotovirhe

- näkyvä: 213—
- pieni: 39 av. 34, 210—
- salainen: 40 av. 37, 213—
- yleensä: 17; ks. asiallinen virhe, kohtuus

Muotovirheen vaikutuksettomuus: 36, 209—, 219—

Musta kauppahinta: ks. kauppahinta

Muuntumisoppi: ks. konversio

Määrämuotoinen: ks. sopimus

Määräsanavaatimus: 66—

Naturalia negotii: 56—

Naturalis obligatio: 132 av. 115, 154 av. 37, 171 av. 77

Negatiivinen sopimusetu: 123—, 144, 218, 220

Normisuositus: 49

Oikeudenkäyntivaltakirja: 41 av. 43, 93 av. 7, 94—, 241; ks. purkusopimus

Oikeus

- ankara: 214
- joustava: 214

Oikeustoimi: ks. sopimus

Olemattomuus: 109—

Oppisopimus: 67, 191

Osakeyhtiön yhtiökokous

- pöytäkirja: 43 av. 47
- yleensä: 17—, 43 av. 47, 110 av. 15, 209

Osamaksukauppa: 191—

Osapätemättömyys: 102, 146—

Ositus: ks. perinnönjako

Osuuskunnan perustamissopimus: 93, 192, 200 av. 114

Pacta sunt servanda: 297 av. 140

Pactum de contrahendo: ks. esisopimus

Pakko

- huutokauppa: 99 av. 32, 192 av. 172
- oikeuteen kuuluvana: 179—

Pandektitiede: 5, 197

Perinnönjako: 46—, 63 av. 103, 99, 112 av. 19, 211 av. 161, 216 av. 182, 241 av. 72

Perusteeton etu: 132 av. 115

Poikkeussäännös: 223—

Positiivinen sopimusetu: 123—

Prokura: 52 av. 48, 53 av. 49, 53 av. 52

»Puhdas» hyväksyminen: 161

Puolison suostumus: 69, 98

Purkusopimus: 226—

Purkuvapaus: 229 av. 41

Päiväys

- avioehtosopimuksessa: 35—
- kiinteistön luovutuksessa: 37—
- shekissä: 36
- testamentissa: 34
- vekselissä: 36
- yleensä: 3, 33—

Pätemättömyys

- absoluuttinen: 117—
- asiallinen merkitys: 23 av. 55, 122—

- itsestään vaikuttava: 116—
- kaksipuolinen: 122
- korjauskelpoinen: 116—
- lopullinen: 116—
- mitätön: 113—
- moitteenvaarainen: 113—
- oppi: 107—
- osittainen: ks. osapätemättömyys
- reaktiota edellyttävä: 116—
- reklamationvarainen: 120
- relatiivinen: 117—
- riippuva: 116—
- sen tarkastaminen: 119—, 153
- totaalinen: 124, 127
- väitteenvarainen: 120
- yksipuolinen: 122

Pätemättömyysperuste

- heikko: 121
- vahva: 121, 177 av. 7
- yleensä: 107—, 150

Pöytäkirjaan merkitseminen

- avioehtosopimuksen: 21, 23 av. 55, 119 av. 46
- työehtosopimuksen: 21—
- yleensä: 20, 25 av. 63; ks. osakeyhtiön yhtiökokous

Rakennusurakkasopimus: 159, 172 av. 80

Reaalisopimus: 10 av. 50, 135 av. 10, 136

Salakieli (-kirjoitus): 48—

Shekki: 31—, 66; ks. päiväys, tekopai-
kan merkitseminen

Sinetti: 94—; ks. oikeudenkäyntivalta-
kirja

Sisäinen vertailu: 243

Sitoumusteoria: 134—, 141—, 208 av. 143

Sivuvälipuhe: ks. suullinen sivuväli-
puhe

Solenniteettimuoto: 78, 84 av. 80, 101—

Sopimus

- etu: ks. negatiivinen, positiivinen
sopimusetu
- käsite: 142—

— määrämuotoinen: 10—, 73 av. 12, 74, 134—

— reaalisopimus: ks. se

— sisältö: 19, 54—

— teoria: 134—, 141—, 208 av. 143

— vapaamuotoinen: 10; vapaamuotoi-
suus

— sen yhtenäisyysoppi: 86—

Sopimussakko: 132, 165 av. 42

Sopimustyyppien rajat: 61

Sopimusvapaus: 234—

Soveltamisala

— ajallinen: 91 av. 1, 196—

— asiallinen: 59—

— muodollinen: 59—, 86 av. 1

— paikallinen: 91 av. 2

— totaalinen: 60; ks. totaalinen muo-
tosäännös

Sovinto: 100 av. 34

Stipulaatio: 66

Stipulatio aquiliana: 227 av. 29

Suppea tulkinta: 222—

Suullinen sivuvälipuhe: 62—, 147—, 167,
av. 55, 168

Symbolit: 104—

Säädöskirja: 98 av. 30, 228

Tahdonilmaisu

— hiljainen: 51—, 59 av. 88

— konkludenttinen: 1, 51—, 162

— käsite: ks. sopimus

— nimenomainen: 50—, 93

— »selvyys»: 53—, 57 av. 81, 93

— »todistettavuus»: 53—, 93

Talletus: 178

Tapa: 207—; ks. kauppatapa, tavan-
omaisoikeudellinen muotosäännös

Tarjous

— määrämuotoisen sopimuksen: 138—

— yleensä: 134—, 145, 159—

Tarkastamisvelvollisuus: ks. pätemät-
tömyys

Tarkoitus

— muotosäännösten: 45, 201—

Tavanomainen oikeus: ks. tavanomais-
oikeudellinen muotosäännös

Tehottomuus: 107—

Tekemättäjättäminen: 123

Tekijänoikeuden luovutus: 179

Tekopaikan merkitseminen

— avioehtosopimukseen: 35 av. 16

— kiinteistön luovutuksessa: 37—

— shekkiin: 36

— testamenttiin: 31

— vekseliin: 36

— yleensä: 33—

Tempus regit actum: 91 av. 1

Testamentti

— muoto: 63 av. 103, 68 av. 123, 97, 112 av. 19, 146, 211 av. 160, 214, 216 av. 182, 239—; ks. hätätilatesta-

mentti, julkinen testamentti, purkusopimus, päiväys, tekopaikan merkitseminen, todistajat

— valvonta: 119 av. 46

Todistajat

— esteettömyys: 83 av. 72, 102, 146, 197, 214, 241 av. 72

— tietämisvelvollisuus: 27 av. 70

— yhdenaikainen läsnäolo: ks. yhdenaikaisuusvaatimus

Todistuskeino: 193—

Todistustaakka: 162 av. 24, 166 av. 43, 168, 172

Toimeksiantosopimus: 179

Traditiovaatimus: 44—

Tunnustaminen: 100 av. 34

Tyyppisopimuskaava: 67, 159

Työehtosopimus: 21—, 63 av. 103, 68 av. 123, 119 av. 46, 140 av. 28, 159, 163 av. 26

Työsopimus: 123

Täyttämisentressi: ks. positiivinen sopimusetu

Täyttämistoimi: 170—

Unitas actus: ks. yhdenaikaisuusvaatimus

Vahingonkorvaus: ks. negatiivinen, positiivinen sopimusetu

Vahvistuskirje: 160

Valtuutus

— apuoikeustoimena: 69

— muoto: 70, 229—; ks. oikeudenkäyntivaltakirja

Vanhentumisen katkaiseminen: 53 av. 51, 54 av. 55

Vapaamuotoisuus: 1, 9, 163, 231—

Vekseli

— muoto: 31—, 66, 119 av. 46, 130; ks. päiväys, tekopaikan merkitseminen

Verba solennia: 66 av. 110; ks. määräsana vaatimus

Vihkiminen: 67—

Vähittäismaksukauppa: ks. osamaksukauppa

Välikäsissuhde: 63 av. 103

Välityssopimus: 68 av. 123, 93; ks. purkusopimus

Väärennys: 100 av. 15

Yhdenaikaisuusvaatimus

— avioehtosopimuksessa: 27 av. 70, 215 av. 179, 242

— kiinteistönluovutuksessa: 215 av. 179

— todistajien: 102, 182 av. 35, 181 av. 44

— yleensä: 141

Yhtenäisyysoppi: 86—

Yhtiökokous: ks. osakeyhtiö

Yksityisautonomia: 55, 75—, 163, 169 av. 64; ks. yksityisautonominen muutosäännös

Yleislauseke: 220—

„Återgång”: 128

